FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT YVES BOT

föredraget den 7 juli 2009 [1]

1. Genom förevarande begäran om förhandsavgörande har domstolen på nytt ombetts att precisera reglerna för och räckvidden av förbudet mot diskriminering på grund av ålder i gemenskapsrätten. Domstolen ges därigenom tillfälle att klargöra innebörden av domen av den 22 november 2005 i målet Mangold. [2]

2. Närmare bestämt kommer förevarande mål att föranleda domstolen att precisera de bestämmelser som reglerar den allmänna principen om förbud mot diskriminering på grund av ålder och den funktion som denna princip fyller i en situation där fristen för införlivande av rådets direktiv 2000/78/EG av den 27 november 2000 om inrättande av en allmän ram för likabehandling i arbetslivet [3] har löpt ut. Framför allt ska det fastställas vilken roll och vilka befogenheter den nationella domstolen har när den ställs inför en nationell bestämmelse som innebär diskriminering på grundval av ålderskriteriet, när de omständigheter som gett upphov till tvisten vid den nationella domstolen är hänförliga till tiden efter fristen för införlivande av direktiv 2000/78 och parterna i tvisten är två enskilda.

3. Begäran har framställts i ett mål mellan Seda Kücükdeveci och hennes tidigare arbetsgivare, Swedex GmbH & Co. KG (nedan kallat Swedex), angående beräkningen av den uppsägningstid som är tillämplig i hennes fall.

4. I förslaget till avgörande kommer jag först att förklara varför direktiv 2000/78 ska tjäna som norm i förevarande mål vid bedömningen av huruvida det föreligger diskriminering på grund av ålder.

5. Jag kommer därefter att ange att direktivet, enligt min mening, ska tolkas så, att det utgör hinder för en nationell lagstiftning enligt vilken anställningsperioder som en arbetstagare har fullgjort innan vederbörande har fyllt 25 år inte ska beaktas vid beräkningen av den anställningstid som i sig ligger till grund för att fastställa den uppsägningstid som arbetsgivaren ska iaktta vid uppsägning.

1 — Originalspråk: franska.

2 — Dom av den 22 november 2005 i mål C-144/04, Mangold, REG 2005, s. I-9981.

3 — EGT L 303, s. 16, och rättelse i EGT L 2, 2001, s. 42.

6. Slutligen kommer jag att ange skälen till att jag anser att den hänskjutande domstolen, i en situation där denna domstol inte kan tolka den nationella lagstiftningen på ett sätt som är förenligt med direktiv 2000/78, enligt principen om gemenskapsrättens företräde och mot bakgrund av principen om förbud mot diskriminering på grund av ålder, har befogenhet att underlåta att tillämpa nationell lagstiftning som strider mot direktivet, vilket även gäller inom ramen för en tvist mellan två enskilda.

I — Tillämpliga bestämmelser

A — *Direktiv 2000/78*

7. I artikel 1 i direktiv 2000/78 föreskrivs att ”[s]yftet med detta direktiv är att fastställa en allmän ram för bekämpning av diskriminering i arbetslivet på grund av religion eller övertygelse, funktionshinder, ålder eller sexuell läggning, för att principen om likabehandling skall kunna genomföras i medlemsstaterna”.

8. Artikel 2 i direktivet har följande lydelse:

”1. I detta direktiv avses med principen om likabehandling att det inte får förekomma någon direkt eller indirekt diskriminering på någon av de grunder som anges i artikel 1.

2. Enligt punkt 1 skall

a) direkt diskriminering anses förekomma när en person på någon av de grunder som anges i artikel 1 behandlas mindre förmånligt än en annan person behandlas, har behandlats eller skulle ha behandlats i en jämförbar situation,

…”

9. I artikel 3.1 i direktivet föreskrivs följande:

”Inom ramen för gemenskapens befogenheter skall detta direktiv tillämpas på alla personer, såväl inom den offentliga som den privata sektorn, inklusive offentliga organ, i fråga om följande:

…

c) Anställnings- och arbetsvillkor, inklusive avskedande och löner.

…”

10. I artikel 6.1 i direktiv 2000/78 föreskrivs följande:

”Utan hinder av artikel 2.2 får medlemsstaterna föreskriva att särbehandling på grund av ålder inte skall utgöra diskriminering om särbehandlingen på ett objektivt och rimligt sätt inom ramen för nationell rätt kan motiveras av ett berättigat mål som rör särskilt sysselsättningspolitik, arbetsmarknad och yrkesutbildning, och sätten för att genomföra detta syfte är lämpliga och nödvändiga.

I sådan särbehandling kan i synnerhet följande inbegripas:

a) Införande av särskilda villkor för tillträde till anställning och till yrkesutbildning, anställnings- och arbetsvillkor, inbegripet villkor för avskedande och löner, för ungdomar och äldre arbetstagare samt underhållsskyldiga personer i syfte att främja deras anställbarhet eller att skydda dem.

b) Fastställande av minimivillkor avseende ålder, yrkeserfarenhet eller anställningstid för tillträde till anställningen

eller för vissa förmåner förknippade med anställningen.

c) Fastställande av en högsta åldersgräns för rekrytering, grundat på den utbildning som krävs för tjänsten i fråga eller på att det krävs en rimligt lång anställningsperiod innan personen i fråga skall pensioneras."

11. I enlighet med artikel 18 första stycket i direktiv 2000/78 skulle direktivet införlivas med medlemsstaternas rättsordningar senast den 2 december 2003. I artikel 18 andra stycket i direktivet föreskrivs dock följande:

"Medlemsstaterna får om så behövs ta ytterligare tre år på sig från och med den 2 december 2003, eller sammanlagt högst sex år, för att genomföra bestämmelserna i detta direktiv om diskriminering på grund av ålder och funktionshinder för att på så sätt beakta särskilda omständigheter. De skall genast underrätta kommissionen om så är fallet..."

12. Förbundsrepubliken Tyskland utnyttjade denna möjlighet, så att de bestämmelser i direktiv 2000/78 som rör diskriminering på grund av ålder och funktionshinder skulle vara införlivade i denna medlemsstat senast den 2 december 2006.

B — *Den nationella lagstiftningen*

13. I 622 § i den tyska civillagen (Bürgerliches Gesetzbuch) (nedan kallad BGB), som har rubriken "Uppsägningstider i anställningsförhållanden", föreskrivs följande:

"1) En arbetare eller anställd (arbetstagare) kan säga upp sin anställning för att upphöra efter en uppsägningstid av fyra veckor till den 15:e i månaden eller till utgången av månaden.

2) Vid uppsägning från arbetsgivarens sida ska uppsägningstiden vara

— en månad till och med utgången av månaden, om anställningstiden i rörelsen eller företaget har varat i två år,

— två månader till och med utgången av månaden, om anställningstiden i rörelsen eller företaget har varat i fem år,

— tre månader till och med utgången av månaden, om anställningstiden i rörelsen eller företaget har varat i åtta år,

— fyra månader till och med utgången av månaden, om anställningstiden i rörelsen eller företaget har varat i tio år,

…

Anställningsperioder som fullgjorts innan arbetstagaren fyllt 25 år ska inte beaktas vid beräkningen av anställningstiden.” [4]

4 — Den sista meningen förekom, i huvudsak, redan i 2 § första punkten i lag om uppsägningstider för anställda (Gesetz über die Fristen für die Kündigung von Angestellten) av den 9 juli 1926.

14. I 1, 2 och 10 §§ i den allmänna lagen om likabehandling (Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz) av den 14 augusti 2006, [5] varigenom direktiv 200/78 har införlivats, föreskrivs följande:

”1 § – Syftet med lagen

Syftet med denna lag är att förhindra eller undanröja missgynnande på grund av ras eller etniskt ursprung, kön, religion eller övertygelse, funktionshinder, ålder eller könsidentitet.

2 § – Tillämpningsområde

…

4) Vid uppsägning gäller endast bestämmelserna om allmänt och särskilt skydd mot uppsägning.

5 — BGBl. 2006 I, s. 1897.

…

10 § – Tillåten särbehandling på grund av kön

Utan hinder av 8 § är särbehandling på grund av ålder tillåten om särbehandlingen på ett objektivt och rimligt sätt kan motiveras av ett berättigat mål. Sätten för att genomföra detta syfte ska vara lämpliga och nödvändiga. I sådan särbehandling kan i synnerhet följande inbegripas:

1. Införande av särskilda villkor för tillträde till anställning och till yrkesutbildning, anställnings- och arbetsvillkor, inbegripet villkor för löner och avskedande, för ungdomar och äldre arbetstagare samt underhållsskyldiga personer i syfte att främja deras anställbarhet eller att skydda dem.

…"

II — Tvisten vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

15. Seda Kücükdeveci är född den 12 februari 1978. Hon var sedan den 4 juni 1996, det vill säga sedan 18 års ålder, anställd av Swedex.

16. Genom skrivelse av den 19 december 2006 sade Swedex upp henne med verkan från och med den 31 januari 2007, med beaktande av den lagstadgade uppsägningstiden.

17. Genom talan som väcktes den 9 januari 2007 ifrågasatte Seda Kücükdeveci uppsägningen vid Arbeitsgericht Mönchengladbach. Till stöd för sin talan gjorde hon särskilt gällande att uppsägningen hade verkan först från och med den 30 april 2007, på grund av att uppsägningstiden i enlighet med 622 § stycke 2 första meningen punkt 4 BGB, efter tio års anställning i företaget förlängs till fyra månader och fram till utgången av månaden.

18. Hon anser att 622 § stycke 2 sista meningen BGB utgör diskriminering på grund av ålder i strid med gemenskapsrätten, till den del det i bestämmelsen föreskrivs att anställningsperioder som fullgjorts före 25 års ålder inte ska beaktas vid beräkningen av uppsägningstiden. Följaktligen ska denna nationella bestämmelse inte tillämpas.

19. Arbeitsgericht Mönchengladbach biföll Seda Kücükdevecis talan, och Swedex beslutade därför att överklaga avgörandet till Landesarbeitsgericht Düsseldorf (Tyskland).

20. I beslutet om hänskjutande har Landesarbeitsgericht Düsseldorf påpekat att även om utformningen av anställningsskyddet indirekt kan påverka arbetsgivarnas anställningspolicy, har det inte visats att åldergränsen på 25 år konkret följer och uppfyller mål inom sysselsättnings- och arbetsmarknadspolitiken.

21. Den ovannämnda domstolen anser att sammankopplingen mellan en förlängning av uppsägningstiden och en minimiålder huvudsakligen beror på den tyska lagstiftarens social- och familjepolitiska uppfattning samt på bedömningen att äldre arbetstagare påverkas i högre grad av följderna av arbetslöshet på grund av sina familjemässiga och ekonomiska förpliktelser samt avtagande yrkesmässiga flexibilitet och rörlighet. 622 § stycke 2 sista meningen BGB återspeglar lagstiftarens bedömning att yngre arbetstagare i regel reagerar lättare och snabbare vid förlusten av ett arbete, och att det rimligen kan krävas en större flexibilitet och rörlighet av dem med hänsyn till deras ålder. I enlighet med målet att skydda äldre arbetstagare som varit anställda längre, föreskrivs det obestridligen i 622 § stycke 2 BGB att de anställningsperioder som arbetstagaren fullgjort före 25 års ålder inte ska beaktas och att uppsägningstiden först från och med denna ålder gradvis förlängs i förhållande till anställningstidens längd.

22. Den nationella domstolen är inte övertygad om att 622 § stycke 2 sista meningen BGB strider mot grundlagen. Däremot ställer den sig tvivlande till huruvida denna bestämmelse är förenlig med gemenskapsrätten.

23. Med hänsyn till domstolens resonemang i domen i det ovannämnda målet Mangold och de ”överväganden avseende den aktuella arbetsmarknadens struktur och den berördes egen situation” som anfördes i den domen, anser den nationella domstolen närmare bestämt att det är tveksamt om särbehandlingen på ett objektivt sätt kan motiveras enligt de allmänna gemenskapsrättliga principerna eller mot bakgrund av artikel 6.1 i direktiv 2000/78.

24. Vidare anser den nationella domstolen att det följer av domstolens rättspraxis att det ovannämnda direktivet inte kan anses ha direkt effekt i tvisten vid den nationella domstolen. Med stöd av två domar som avkunnats av domstolen på senare tid, vari de nationella domstolarnas skyldighet till

direktivkonform tolkning har upprepats och preciserats,[6] har den nationella domstolen även påpekat att detta förutsätter att den nationella bestämmelsen kan tolkas. Med tillämpning av kriterierna att man vid tolkningen av en lagbestämmelse inte bara ska beakta bestämmelsens lydelse, utan också dess systematiska placering i det aktuella regelverket och de mål som enligt lagstiftarens tydliga avsikt eftersträvas med de föreskrifter som den ingår i,[7] anser den nationella domstolen att 622 § stycke 2 sista meningen BGB, vars ordalydelse är otvetydig, inte kan tolkas.

25. Den nationella domstolen vill följaktligen få klarhet i vilka slutsatser de nationella domstolarna ska dra för det fall denna bestämmelse är oförenlig med den allmänna gemenskapsrättsliga principen om förbud mot diskriminering på grund av ålder.

26. Den nationella domstolen har i det avseendet framhållit att enligt den tyska grundlagen är nationella domstolar skyldiga att tillämpa gällande lagregler. Den betvivlar att domen i det ovannämnda målet Mangold kan uppfattas så, att nationella domstolar har befogenhet, vid genomförandet av gemenskapens primärrätt, att underlåta att tillämpa nationella bestämmelser som strider mot denna. En sådan situation skulle nämligen medföra en risk för motstridig rättspraxis mellan medlemsstaternas domstolar, vilka kan besluta att antingen underlåta att tillämpa en nationell lagstiftning eller tillämpa den, beroende på huruvida de anser att den strider mot gemenskapens primärrätt eller ej. Dessa anmärkningar har föranlett den nationella domstolen att be domstolen att precisera huruvida dess avsikt, i domen i det ovannämnda målet Mangold, var att utesluta att de nationella domstolarna kan vara skyldiga att, i enlighet med den nationella rätten, begära ett förhandsavgörande innan de beslutar att en nationell bestämmelse inte kan tillämpas på grund av att den strider mot gemenskapens primärrätt. Slutligen har den nationella domstolen angett att kravet att nationella bestämmelser som strider mot gemenskapsrätten inte ska tillämpas, vilket uppställdes i domen i det ovannämnda målet Mangold, ger upphov till frågan om skyddet för de enskildas berättigade förväntningar på tillämpningen av gällande lagar, särskilt när frågan uppstår huruvida dessa lagar är förenliga med de allmänna gemenskapsrättsliga principerna.

27. Mot denna bakgrund beslutade Landesarbeitsgericht Düsseldorf att hänskjuta följande tolkningsfrågor till domstolen:

”1) a) Strider en nationell lagbestämmelse, enligt vilken den för arbetsgivaren gällande uppsägningstiden gradvis förlängs i förhållande till anställningstidens längd, varvid anställningsperioder som arbetstagaren fullgjort innan vederbörande fyllt 25 år emel-

6 — Dom av den 5 oktober 2004 i de förenade målen C-397/01–C-403/01, Pfeiffer m.fl. (REG 2004, s. I-8835), punkt 119, och av den 4 juli 2006 i mål C-212/04, Adeneler m.fl. (REG 2006, s. I-6057), punkt 124.

7 — Den nationella domstolen har i det avseendet omnämnt en dom av Bundesverfassungsgericht av den 7 juni 2005 och domstolens dom av den 7 december 2006 i mål C-306/05, SGAE (REG 2006, s. I-11519), punkt 34.

lertid inte ska beaktas, mot det gemenskapsrättsliga förbudet mot diskriminering på grund av ålder, i synnerhet mot gemenskapens primärrätt eller mot direktiv 2000/78...?

b) Kan den omständigheten att arbetsgivaren vid uppsägning av yngre arbetstagare endast måste beakta en minsta uppsägningstid motiveras med att arbetsgivaren har ett verksamhetsmässigt intresse av personalflexibilitet – som påverkas negativt av längre uppsägningstider – och att yngre arbetstagare inte ges ett skydd vad gäller anställningstrygghet och möjligheten att vidta åtgärder (vilket äldre arbetstagare ges genom längre uppsägningstider), exempelvis på grund av att de, med hänsyn till deras ålder och/eller färre sociala, familjemässiga och privata förpliktelser, förväntas besitta en större yrkesmässig och personlig flexibilitet och rörlighet?

2) För det fall fråga 1 a besvaras jakande och fråga 1 b besvaras nekande:

Ska domstolen i en medlemsstat i samband med en tvist mellan enskilda underlåta att tillämpa en lagbestämmelse som klart strider mot gemenskapsrätten eller ska den beakta de berättigade förväntningar som de personer som omfattas av bestämmelsen har på tillämpningen av gällande nationella lagar på så sätt att den underlåter att tillämpa lagbestämmelsen först efter ett avgörande från... domstolen angående den omtvistade bestämmelsen eller angående en väsentligen liknande bestämmelse?”

III — Bedömning

A — *Fråga 1 a och b*

28. Den första frågan avser i huvudsak huruvida gemenskapsrätten ska tolkas så, att den utgör hinder för en nationell bestämmelse enligt vilken anställningsperioder som fullgjorts före 25 års ålder inte ska beaktas vid beräkningen av uppsägningstiden. Innan denna fråga besvaras är det, såsom den nationella domstolen har bett domstolen, lämpligt att klargöra vilken gemenskapsregel som ska tjäna som norm vid bedömningen i förevarande mål, det vill säga principen om förbud mot diskriminering på grund av ålder, vilken enligt domstolen utgör en allmän rättsprincip i gemenskapsrätten, [8] eller direktiv 2000/78.

8 — Domen i det ovannämnda målet Mangold, punkt 75.

1. Vilken gemenskapsregel ska tjäna som norm?

29. Jag anser att det är direktiv 2000/78 som, i en sådan situation som den som är i fråga i målet vid den nationella domstolen, ska tjäna som norm vid bedömningen av huruvida det föreligger diskriminering på grund av ålder som är förbjuden enligt gemenskapsrätten.

30. Det ska först erinras om att det framgår såväl av titeln på och ingressen till som innehållet i och syftet med direktiv 2000/78 att direktivet ska fastställa en allmän ram för att säkerställa att alla personer behandlas lika i arbetslivet, genom att ge ett verkningsfullt skydd mot diskriminering på någon av de grunder som anges i artikel 1, däribland ålder. [9]

31. Jag noterar att de faktiska omständigheterna i målet vid den nationella domstolen inträffade efter utgången av den frist som Förbundsrepubliken Tyskland hade medgetts för att införliva direktivet, det vill säga efter den 2 december 2006.

32. Vidare föreligger det enligt min mening inte några tvivel om att den aktuella nationella bestämmelsen omfattas av direktivets tillämpningsområde. Det ska i det avseendet erinras om att enligt lydelsen i artikel 3.1 c i direktiv 2000/78 ska direktivet ”tillämpas på alla personer, såväl inom den offentliga som den privata sektorn... i fråga om... [a]nställnings- och arbetsvillkor, inklusive avskedande och löner”. Eftersom 622 § BGB utgör en bestämmelse som reglerar ett av villkoren för att uppsägning ska få ske, ska den anses omfattas av direktivets tillämpningsområde.

33. Min bedömning för att avgöra huruvida 622 § stycke 2 sista meningen BGB strider mot det förbud mot diskriminering på grund av ålder som uppställs i gemenskapsrätten kommer således att huvudsakligen baserar sig på de bestämmelser i direktiv 2000/78 som innehåller en precisering av vad som ska anses utgöra en särbehandling på grund av ålder i strid med gemenskapsrätten. Detta direktiv utgör således det detaljerade regelverk som gör det möjligt att fastställa huruvida det föreligger diskriminering på grund av ålder i arbetslivet.

34. Jag ser följaktligen inte något skäl till att ge den allmänna principen om förbud mot diskriminering på grund av ålder en självständig innebörd genom att begränsa mig till att tolka denna princip, eftersom det skulle medföra den stora nackdelen att direktiv 2000/78 förlorade all ändamålsenlig verkan. Det betyder dock inte att den allmänna gemenskapsrättsliga princip som principen om förbud mot diskriminering på grund av ålder utgör helt kommer att sakna

9 — Dom av den 16 oktober 2007 i mål C-411/05, Palacios de la Villa (REG 2007, s. I-8531), punkt 42.

betydelse vid min bedömning av förevarande begäran om förhandsavgörande. Eftersom denna allmänna princip är oupplösligt förbunden med direktiv 2000/78, vilket har till huvudsakligt syfte att underlätta genomförandet av denna princip, ska den – som jag kommer att förklara närmare i samband med svaret på den andra frågan – beaktas när det är fråga om att avgöra huruvida och på vilka villkor direktiv 2000/78 kan åberopas i en tvist mellan enskilda.

35. Sedan detta klargjorts ska det nu undersökas huruvida direktiv 2000/78, särskilt artikel 6.1 i detta, ska tolkas så, att det utgör hinder för en sådan nationell bestämmelse som 622 § stycke 2 sista meningen BGB.

2. Utgör direktiv 2000/78 hinder för 622 § stycke 2 sista meningen BGB?

36. Det ska först konstateras att, eftersom det i 622 § stycke 2 sista meningen BGB föreskrivs att anställningsperioder som arbetstagaren fullgjort innan vederbörande fyllt 25 år inte ska beaktas vid beräkningen av anställningstiden, vilken i sig ligger till grund för att fastställa uppsägningstiden vid uppsägning från arbetsgivarens sida, införs genom denna bestämmelse en sådan särbehandling som direkt grundar sig på ålder som avses i artikel 2.1 och 2.2 a i direktiv 2000/78. 622 § stycke 2 sista meningen BGB medför nämligen direkt en mindre förmånlig behandling av uppsagda arbetstagare som påbörjade en anställning hos arbetsgivaren före 25 års ålder jämfört med uppsagda arbetstagare som påbörjade en sådan anställning efter denna ålder. Vidare missgynnar denna bestämmelse yngre arbetstagare jämfört med äldre arbetstagare, eftersom de förstnämnda potentiellt sett, vilket Seda Kücükdevecis situation visar, kan undantas från den skyddsmekanism som den gradvisa förlängningen av uppsägningstiden i förhållande till den tid arbetstagaren har arbetat i företaget utgör.

37. Det framgår dock av artikel 6.1 första stycket i direktiv 2000/78 att sådan särbehandling på grund av ålder inte utgör diskriminering som är förbjuden enligt artikel 2 i direktivet ”om särbehandlingen på ett objektivt och rimligt sätt inom ramen för nationell rätt kan motiveras av ett berättigat mål som rör särskilt sysselsättningspolitik, arbetsmarknad och yrkesutbildning, och sätten för att genomföra detta syfte är lämpliga och nödvändiga”. Sådana berättigade mål, vilka är socialpolitiska mål,[10] kan således motivera särbehandling på grund av ålder. I artikel 6.1 andra stycket i direktiv 2000/78 ges flera exempel på sådan särbehandling.

10 — Dom av den 5 mars 2009 i mål C-388/07, Age Concern England, punkt 46.

38. Vid förhandlingen redogjorde Förbundsrepubliken Tysklands företrädare för den allmänna bakgrunden till att åldergränsen på 25 år infördes. Därav framgår att den tyska lagstiftaren år 1926 inrättade ett system med gradvis förlängning av uppsägningstiden i förhållande till anställningens längd. Införandet av en åldergräns på 25 år, från och med vilken anställningsperioderna beaktas, hade till syfte att delvis befria arbetsgivarna från denna gradvisa förlängning av uppsägningstiden. Det förefaller vara fråga om en bestämmelse som underlättade en politisk kompromiss för att kunna vidta den huvudsakliga åtgärd som denna förlängning utgör. Syftet med denna bestämmelse tycks dessutom vara att ge arbetsgivarna större flexibilitet när de vill säga upp yngre arbetstagare, och denna flexibilitet i förhållande till de yngsta arbetstagarna kompenserar på sätt och vis för den börda som den gradvisa förlängningen av uppsägningstiden i förhållande till anställningens längd utgör för arbetsgivarna. Med andra ord har den tyska lagstiftaren försökt att uppnå en jämvikt mellan det stärkta skyddet för arbetstagarna i förhållande till den tid de har arbetat i företaget och arbetsgivarnas intresse av personalflexibilitet.

39. De förklaringar som den nationella domstolen har gett gör det vidare möjligt att klargöra det sammanhang i vilket 622 § stycke 2 BGB antogs. Generellt sett syftar denna paragraf till att stärka äldre arbetstagares skydd mot arbetslöshet. Den tyska lagstiftaren utgick från antagandet att arbetslöshet drabbar äldre arbetstagare hårdare än yngre arbetstagare, eftersom de förstnämnda har familjemässiga och ekonomiska förpliktelser medan de sistnämnda i regel inte har det. Vidare är de äldre arbetstagarnas yrkesmässiga rörlighet mindre. Vid tidpunkten för antagandet av den omtvistade bestämmelsen, det vill säga i början av 1900-talet, tycks det som om arbetstagarna, i huvudsak män, brukade bilda familj i trettioårsåldern. Eftersom yngre arbetstagare i allmänhet inte har någon försörjningsbörda före denna ålder, anses de ha ett tillräckligt skydd genom tillämpningen av den minsta uppsägningstiden. Vidare har det uppgetts att de yngre arbetstagarna reagerar lättare och snabbare vid förlusten av ett arbete.

40. Det har även anförts att åldersgränsen på 25 år skulle kunna anses ha ett berättigat mål som rör sysselsättnings- och arbetsmarknadspolitik, eftersom den minskar den högre arbetslösheten bland yngre arbetstagare genom att skapa villkor som underlättar anställning av personer i denna åldersgrupp. Den omständigheten att endast den minsta uppsägningstiden behöver iakttas lockar med andra ord arbetsgivarna att anställa fler yngre arbetstagare.

41. Kan det, med hänsyn till dessa förklaringar, anses att 622 § stycke 2 sista meningen BGB, i vilken det föreskrivs att anställningsperioder som har fullgjorts före 25 års ålder inte ska beaktas, har ett berättigat mål i den mening som avses i artikel 6.1 i direktiv 2000/78, det vill säga ett socialpolitiskt mål?

42. Jag anser att det ska göras åtskillnad mellan den åtgärd som avser en gradvis förlängning av uppsägningstiden i förhållande till den tid som arbetstagaren har arbetat i företaget och den åtgärd som avser fastställandet av en åldersgräns på 25 år för att dra fördel av denna förlängning.

43. Syftet med den förlängda uppsägningstiden är helt klart att skydda de arbetstagare vars anpassningskapacitet och möjligheter till omplacering – enligt den tyska lagstiftarens uppfattning – minskar när de har varit anställda länge i ett företag. Om en arbetsgivare beslutar att säga upp en arbetstagare som arbetat länge i företaget, underlättar visserligen en förlängd uppsägningstid arbetstagarens övergång till en ny yrkessituation, särskilt sökandet efter ett nytt arbete. Det stärkta skyddet för den uppsagda arbetstagaren i förhållande till den tid som vederbörande har arbetat i ett företag kan, enligt min mening, anses ha ett berättigat mål som rör sysselsättnings- och arbetsmarknadspolitik, i den mening som avses i artikel 6.1 i direktiv 2000/78.

44. Det är däremot svårare att identifiera ett berättigat mål, i den mening som avses i nämnda bestämmelse, vad gäller den åtgärd som avser att anställningsperioder som har fullgjorts före 25 års ålder inte ska beaktas.

45. Jag anser att påståendet att en sådan åtgärd har en positiv effekt på anställningen av yngre arbetstagare är minst sagt teoretiskt. Det är däremot säkert att korta uppsägningstider med nödvändighet har en negativ inverkan på de yngre arbetstagarnas sökande efter ett nytt arbete. Jag anser således att införandet av en åldersgräns på 25 år, från och med vilken systemet med förlängning av uppsägningstiden kan tillämpas, inte främjar yngre arbetstagares anställbarhet i den mening som avses i artikel 6.1 andra stycket a i direktiv 2000/78.

46. Det huvudsakliga syftet med denna åtgärd är, enligt vad som framgår av den allmänna bakgrunden till denna, att möjliggöra för arbetsgivarna att med större flexibilitet administrera den personalkategori som yngre arbetstagare utgör, eftersom den tyska lagstiftaren ansåg att dessa hade mindre behov av skydd vid uppsägning än äldre arbetstagare. Problemet är följaktligen att avgöra huruvida arbetsgivarnas intresse av att med större flexibilitet kunna administrera en kategori arbetstagare kan anses höra till de socialpolitiska mål som avses i artikel 6.1 i direktiv 2000/78, såsom de mål som rör sysselsättnings- och arbetsmarknadspolitik.

47. I domen i det ovannämnda målet Age Concern England angav domstolen att dessa berättigade mål är av allmänintresse och därför skiljer sig från de rent individuella skäl som hänför sig till arbetsgivarens situation, såsom att minska kostnaderna eller att förbättra konkurrenskraften. Det kan dock inte uteslutas att en nationell bestämmelse

som eftersträvar nämnda berättigade mål ger arbetsgivarna ett visst mått av flexibilitet. [11] Därav drar jag slutsatsen att domstolen inte utesluter att en nationell åtgärd som avser sysselsättnings- och arbetsmarknadspolitik kan ta sig uttryck i beviljandet av ”ett visst mått av flexibilitet” för arbetsgivarna. Det är dock svårt att godta att den flexibilitet som arbetsgivarna ges kan utgöra ett berättigat mål i sig. Domstolen har nämligen just preciserat att de ”berättigade” mål som avses i artikel 6.1 i direktiv 2000/78 är ”av allmänintresse”. Detta inslag av allmänintresse tycks dock saknas i fråga om den åtgärd som innebär att anställningsperioder som har fullgjorts före 25 års ålder inte ska beaktas, vilken slutligen innebär att en kategori arbetstagare, i det här fallet de yngsta, inte omfattas av skyddsregler vid uppsägning.

48. Vidare ställer jag mig skeptisk till relevansen av ett av de antaganden som ligger till grund för 622 § stycke 2 sista meningen BGB, nämligen att yngre arbetstagare reagerar lättare och snabbare vid förlusten av ett arbete än övriga arbetstagare. Ungdomsarbetslöshetens höga andel i våra samhällen går stick i stäv med detta antagande, vilket kanske var välgrundat år 1926 men som i dag inte längre håller.

49. Av dessa skäl anser jag att den åtgärd som innebär att anställningsperioder som har fullgjorts före 25 års ålder inte ska beaktas vid beräkningen av uppsägningstiden inte har ett berättigat mål i den mening som avses i artikel 6.1 i direktiv 2000/78.

50. Även om domstolen skulle anse att denna åtgärd har ett berättigat socialpolitiskt mål, såsom de mål som rör sysselsättnings- och arbetsmarknadspolitik, anser jag under alla omständigheter att en sådan åtgärd går utöver vad som är lämpligt och nödvändigt för att uppnå detta mål.

51. Medlemsstaterna har visserligen obestridligen ett stort utrymme för skönsmässig bedömning när det gäller inte bara valet av vilka social- och sysselsättningspolitiska mål som ska uppnås, utan även valet av medel för att uppnå dessa mål. [12] Domstolen har dock även slagit fast att allmänna påståenden om att en viss åtgärd är ägnad att bidra till sysselsättningspolitiken, arbetsmarknadspolitiken eller yrkesutbildningspolitiken inte räcker för att visa att målet med den aktuella åtgärden kan motivera att det görs undantag från principen om förbud mot diskriminering på grund av ålder, och de utgör inte heller omständigheter som gör det rimligt att anta att de valda medlen är ägnade att uppnå detta mål. [13] Även om det antas att målet med 622 § stycke 2 sista meningen BGB är att underlätta anställning av yngre arbetstagare, och således främja denna arbetstagarkategoris anställbarhet, finns det inte några konkreta uppgifter

11 — Punkt 46.

12 — Domen i det ovannämnda målet Palacios de la Villa, punkt 68.

13 — Domen i det ovannämnda målet Age Concern England, punkt 51.

som stöder detta påstående eller som visar att denna åtgärd är ägnad att uppnå ett sådant mål. Jag anser således att det inte har visats att denna åtgärd är lämplig och nödvändig.

52. Vidare leder tillämpningen av 622 § stycke 2 sista meningen BGB till en situation där alla arbetstagare som påbörjat en anställning före 25 års ålder och som, i likhet med Seda Kücükdeveci, sägs upp strax innan de har uppnått denna ålder generellt undantas från en viktig del av arbetstagarskyddet vid uppsägning, oavsett deras personliga situation, familjesituation och utbildningsnivå. Vidare har detta generella undantag, som beslutades år 1926, bibehållits utan att det enligt min mening har visats att fastställandet av en sådan åldersgräns hela tiden har anpassats till den rådande ekonomiska och sociala situationen för denna kategori av arbetstagare.

53. Det är av det skälet som jag föreslår att domstolen slår fast att artikel 6.1 i direktiv 2000/78 ska tolkas så, att den utgör hinder för en sådan nationell lagstiftning som den som är i fråga i målet vid den nationella domstolen, i vilken det generellt föreskrivs att anställningsperioder som har fullgjorts före 25 års ålder inte ska beaktas vid beräkningen av uppsägningstiden.

B — *Den andra frågan*

54. Den nationella domstolen har ställt den andra frågan för att få klarhet i vilka slutsatser den ska dra för det fall 622 § stycke 2 sista meningen BGB är oförenlig med direktiv 2000/78. Är den i synnerhet skyldig att underlåta att tillämpa denna nationella bestämmelse när den ska avgöra en tvist mellan enskilda? Har vidare den nationella domstolen en skyldighet att hänskjuta en begäran om förhandsavgörande till domstolen innan den kan underlåta att tillämpa en nationell bestämmelse som strider mot gemenskapsrätten?

55. Den sistnämnda frågan kräver enligt min mening inte några långa utläggningar. Det framgår nämligen klart sedan domen av den 9 mars 1978 i målet Simmenthal [14] att den nationella domstolen, i egenskap av allmän gemenskapsdomstol, är skyldig att tillämpa gemenskapsrätten i dess helhet och skydda de rättigheter som denna ger enskilda genom att underlåta att tillämpa varje nationell bestämmelse som strider mot gemenskapsrätten. Den nationella domstolens skyldighet att inte tillämpa nationella bestämmelser som utgör hinder för gemenskapsbestämmelsernas fulla verkan är på intet sätt villkorad av att det först har hänskjutits en begäran om förhandsavgörande till domstolen. I annat fall skulle de nationella domstolarnas möjlighet att begära förhandsavgörande enligt artikel 234 andra stycket EG i de flesta fall riskera att omvandlas till en generell skyldighet att begära förhandsavgörande.

14 — Dom av den 9 mars 1978 i mål 106/77, Simmenthal (REG 1978, s. 629; svensk specialutgåva, volym 4, s. 75).

56. Den första delen av den nationella domstolens fråga är däremot mer komplicerad och det finns inte något självklart svar i domstolens rättspraxis.

57. Domstolen har dock vid ett flertal tillfällen gett ett entydigt svar på frågan huruvida ett direktiv som har införlivats på ett felaktigt sätt, eller som inte alls har införlivats, av en medlemsstat kan åberopas i en tvist mellan enskilda. Domstolen har således konsekvent slagit fast att ett direktiv inte i sig kan medföra skyldigheter för en enskild, och det kan därför inte som sådant åberopas gentemot denne. Enligt domstolen följer härav att även om en direktivsbestämmelse som syftar till att tillerkänna enskilda rättigheter eller ålägga dem skyldigheter är klar, precis och ovillkorlig kan den inte som sådan tillämpas inom ramen för en tvist som enbart berör enskilda. [15] Domstolen har således vägrat att ta ett steg som skulle få till följd att direktiv likställdes med förordningar, genom att gemenskapen tillerkändes rätt att ålägga enskilda skyldigheter med omedelbar verkan, trots att gemenskapen endast har getts sådan behörighet i de fall där den har fått rätt att anta förordningar. [16] Detta ställningstagande tar hänsyn till direktivets särskilda art, vilket per definition direkt medför skyldigheter endast för medlemsstaterna, vilka direktivet riktar sig till, och direktivet kan endast ålägga enskilda skyldigheter genom nationella införlivandeåtgärder. [17]

58. Domstolen har kompenserat denna bestämda vägran att tillerkänna direktiv horisontell direkt effekt med att framhålla att det finns alternativa lösningar som är ägnade att tillmötesgå en enskild som anser sig ha lidit skada på grund av att ett direktiv inte har införlivats eller har införlivats på ett felaktigt sätt.

59. Den första lösningen som lindrar direktivens avsaknad av horisontell direkt effekt består av den nationella domstolens skyldighet att i den utsträckning det är möjligt tolka den nationella rätten mot bakgrund av det aktuella direktivets ordalydelse och syfte för att uppnå det resultat som avses i direktivet. [18] Principen om direktivkonform tolkning innebär att de nationella domstolarna ska göra allt som ligger inom deras behörighet, med hänsyn till den nationella rätten i sin helhet och med tillämpning av de tolkningsmetoder som är erkända i nationell rätt, för att säkerställa att det aktuella direktivet ges full verkan och för att uppnå ett resultat som är förenligt med direktivets syfte. [19]

60. I domen i de ovannämnda förenade målen Pfeiffer m.fl. preciserade domstolen, angående en tvist mellan enskilda, hur den nationella domstolen ska gå till väga, genom att ytterligare lite grann sudda ut gränsen mellan möjligheten att åberopa en direktivkonform tolkning och möjligheten att åberopa ett direktiv i syfte att utesluta

15 — Dom av den 7 juni 2007 i mål C-80/06, Carp (REG 2007, s. I-4473), punkt 20 och där angiven rättspraxis.

16 — Dom av den 14 juli 1994 i mål C-91/92, Faccini Dori (REG 1994, s. I-3325; svensk specialutgåva, volym 16, s. I-1), punkt 24.

17 — Se Simon, D., *La directive européenne,* Dalloz, 1997, s. 73.

18 — Se bland annat domen i de ovannämnda förenade målen Pfeiffer m.fl., punkt 113 och där angiven rättspraxis, och dom av den 23 april 2009 i de förenade målen C-378/07–C-380/07, Angelidaki m.fl. (REG 2009, s. I-3071), punkt 197.

19 — Domen i de ovannämnda förenade målen Angelidaki m.fl., punkt 200.

tillämpningen av nationell rätt som strider mot direktivet. Domstolen angav nämligen att om det under vissa omständigheter enligt nationell rätt är tillåtet, i enlighet med de tolkningsmetoder som erkänns i denna rätt, att tolka en bestämmelse i den nationella rätten på ett sådant sätt att en konflikt med en annan bestämmelse i den nationella rätten kan undvikas eller att i detta syfte avgränsa bestämmelsens räckvidd genom att bara tillämpa den i den mån den är förenlig med den andra bestämmelsen, är den nationella domstolen skyldig att använda samma metoder för att uppnå det resultat som eftersträvas i direktivet. [20]

61. Den nationella domstolens skyldighet att beakta ett direktivs innehåll vid tolkningen och tillämpningen av relevanta bestämmelser i nationell rätt begränsas emellertid av allmänna rättsprinciper, särskilt av principerna om rättssäkerhet och förbud mot retroaktiv lagstiftning, och den kan inte tjäna som grund för att tolka nationell rätt *contra legem*. [21]

62. Den andra lösningen som lindrar direktivens avsaknad av horisontell direkt effekt kan komma i fråga just för det fall det resultat som anges i ett direktiv inte kan uppnås genom tolkning. Gemenskapsrätten medför nämligen en skyldighet för medlemsstaterna att ersätta de skador som de har orsakat enskilda på grund av att ett direktiv inte har införlivats, förutsatt att tre villkor är uppfyllda. För det första ska syftet med direktivet vara att ge enskilda rättigheter. För det andra ska innehållet i dessa rättigheter kunna fastställas på grundval av direktivets bestämmelser. Slutligen ska det föreligga orsakssamband mellan åsidosättandet av medlemsstatens skyldighet och den uppkomna skadan. [22]

63. Den tredje lindrande lösningen består slutligen i att direktivens horisontella direkta effekt har frikopplats från möjligheten att åberopa direktiven i syfte att utesluta en tillämpning av nationell lagstiftning som strider mot dessa, även inom ramen för en tvist mellan enskilda. Denna lösning innebär att det, även om direktiven inte kan ersätta avsaknaden av nationell lagstiftning eller bristfällig nationell lagstiftning för att direkt ålägga enskilda skyldigheter, anses att direktiven åtminstone kan åberopas för att utesluta en tillämpning av nationell lagstiftning som strider mot direktiven, varvid den nationella domstolen, för att avgöra en tvist mellan enskilda, ska tillämpa den nationella lagstiftningen utan att beakta de bestämmelser som strider mot direktivet.

64. Denna frikoppling mellan direktivens så kallade substituerande direkta effekt och möjligheten att åberopa dessa för att utesluta

20 — Domen i de ovannämnda förenade målen Pfeiffer m.fl., punkt 116.

21 — Domen i de ovannämnda förenade målen Angelidaki m.fl., punkt 199 och där angiven rättspraxis.

22 — Ibidem, punkt 202 och där angiven rättspraxis.

tillämpningen av nationella bestämmelser har dock aldrig allmänt och uttryckligen bekräftats av domstolen. [23] Omfattningen av denna tredje lindrande lösning är således för närvarande mycket begränsad. [24]

65. Sammanfattningsvis är den nuvarande linjen i rättspraxis, vad gäller direktivens effekt i tvister mellan enskilda, följande. Domstolen motsätter sig fortfarande att direktiv tillerkänns horisontell direkt effekt och den tycks anse att de två huvudsakliga lösningarna för att lindra detta, nämligen skyldigheten till direktivkonform tolkning och medlemsstaternas ansvar för åsidosättande av gemenskapsrätten, i de flesta fall räcker både för att säkerställa direktivens fulla verkan och för att tillmötesgå enskilda som anser sig ha lidit skada till följd av medlemsstaternas felaktiga beteende.

66. Svaret på den nationella domstolens fråga skulle följaktligen, på klassiskt sätt, kunna bestå i att erinra om den rättspraxis som just angetts och att påpeka för den nationella domstolen att den är skyldig att tillgripa alla medel som står till buds för att göra en tolkning av den nationella rätten som är förenlig med det syfte som eftersträvas genom direktiv 2000/78 och, för det fall en sådan tolkning inte är möjlig, anmoda Seda Kücükdeveci att väcka talan om skadestånd mot Förbundsrepubliken Tyskland med anledning av det ofullständiga införlivandet av direktivet.

67. Jag kommer dock inte föreslå domstolen att slå in på den vägen, av följande skäl.

68. Som Landesarbeitsgericht Düsseldorf har anfört gäller, för det första, skyldigheten till direktivkonform tolkning endast i den mån den aktuella nationella lagstiftningen kan tolkas. Denna domstol anser dock att så inte är fallet med 622 § stycke 2 sista meningen BGB. Domstolen har således blivit tillfrågad av en nationell domstol som har uppgett att bestämmelsens ordalydelse är otvetydig och att den, även om den gör allt som ligger inom dess behörighet för att uppnå det mål som

23 — För en allmän förklaring av skillnaden mellan dessa två effekter av gemenskapsrätten, se särskilt punkterna 24–90 i generaladvokaten Légers förslag till avgörande i mål C-287/98, Linster, där domstolen meddelade dom den 19 september 2000 (REG 2000, s. I-6917), och Simon, D., ”Synthèse générale”, *Les principes communs d'une justice des États de l'Union européenne, Actes du colloque des 4 et 5 décembre 2000,* La Documentation française, Paris, 2001, s. 321, där det anges att ”skälet till att domstolen inte tillerkänner vissa bestämmelser i gemenskapsrätten direkt effekt är helt enkelt att dessa bestämmelser *inte kan* tillämpas av de nationella domstolarna utan att dessa tvingas frångå sin rättskipande uppgift och överta den nationella lagstiftarens roll, vilken i detta fall har ett utrymme för skönsmässig bedömning som inte kan utnyttjas av en domstol utan att de grundläggande principerna om maktfördelning åsidosätts” (s. 332). Möjligheten att åberopa direktiv för att utesluta tillämpningen av nationella bestämmelser inverkar inte på något sätt menligt på utövandet av detta utrymme för skönsmässig bedömning. Det är endast fråga om att kontrollera att medlemsstaten, vid utövandet av detta, har hållit sig inom de gränser som gäller för utrymmet för skönsmässig bedömning.

24 — Det anges ofta att möjligheten att åberopa direktiv för att utesluta tillämpningen av nationella bestämmelser i en tvist mellan enskilda har erkänts i dom av den 30 april 1996 i mål C-194/94, CIA Security International (REG 1996, s. I-2201), och av den 26 september 2000 i mål C-443/98, Unilever (REG 2000, s. I-7535). Domstolen ansåg nämligen att en teknisk föreskrift som inte har anmälts i enlighet med rådets direktiv 83/189/EEG av den 28 mars 1983 om ett informationsförfarande beträffande tekniska standarder och föreskrifter (EGT L 109, s. 8; svensk specialutgåva, område 13, volym 12, s. 154), vilket enligt domstolen utgör ”ett väsentligt förfarandefel”, inte ska tillämpas av den nationella domstolen, vilket även gäller inom ramen för en tvist mellan enskilda (domarna i de ovannämnda målen CIA Security International, punkt 48, och Unilever, punkt 50). Domstolen motiverade denna helomvändning jämfört med dess klassiska rättspraxis med att ”direktiv 83/189... inte på något sätt [definierar] det materiella innehållet i den rättsregel som den nationella domstolen skall tillämpa när den avgör målet. Det skapar varken rättigheter eller skyldigheter för enskilda” (domen i det ovannämnda målet Unilever, punkt 51).

eftersträvas genom direktiv 2000/78, inte kan göra en tolkning av bestämmelsen som är förenlig med direktivets syfte. Under dessa omständigheter anser jag att det inte skulle vara tillfredställande att anmoda den nationella domstolen att utföra en uppgift som den, med hänsyn till rättsläget enligt nationell rätt, anser sig vara oförmögen att slutföra.

69. För det andra skulle den största nackdelen med ett svar som styrde Seda Kücükdeveci i riktning mot att väcka talan om skadestånd mot Förbundsrepubliken Tyskland vara att hon förlorade målet, med de ekonomiska följder som det skulle komma att medföra, trots att det har konstaterats föreligga diskriminering på grund av ålder som strider mot direktiv 2000/78, och att hon tvingades väcka talan på nytt. Enligt min mening skulle en sådan lösning strida mot den rätt till ett effektivt rättsmedel som, enligt artikel 9 i direktiv 2000/78, de som anser sig förfördelade på grund av att principen om likabehandling inte har tillämpats på dem ska åtnjuta. Ur det perspektivet krävs det, för att effektivt bekämpa diskriminering som strider mot gemenskapsrätten, att den behöriga nationella domstolen – omedelbart och utan att vara tvungen att anmoda de drabbade personerna att väcka skadeståndstalan mot staten – kan tillerkänna personerna i den missgynnade gruppen samma förmåner som dem som personerna i den gynnade gruppen åtnjuter. [25] Det är av det skälet som jag anser att domstolen inte bör inskränka sig till ett svar som är inriktat på en talan om skadestånd mot staten på grund av det ofullständiga införlivandet av direktivet.

70. Jag föreslår att domstolen intar ett ambitiösare synsätt när det gäller bekämpning av diskriminering som strider mot gemenskapsrätten, ett synsätt som för övrigt inte alls står i motsatsförhållande till domstolens klassiska rättspraxis vad gäller direktivens avsaknad av horisontell direkt effekt. Detta synsätt, vilket till stor del grundar sig på den specifika karaktären hos de direktiv som rör bekämpning av diskriminering och på normhierarkin i gemenskapens rättsordning, består i att ett direktiv som har antagits för att underlätta genomförandet av den allmänna likhetsprincipen och icke-diskrimineringsprincipen inte kan medföra att räckvidden därav minskas. Domstolen bör följaktligen, såsom den har gjort beträffande själva den allmänna gemenskapsrättsliga principen, slå fast att ett direktiv som syftar till att bekämpa diskriminering kan åberopas i en tvist mellan enskilda i syfte att utesluta tillämpningen av en nationell bestämmelse som strider mot direktivet.

71. Enligt min mening är för övrigt detta synsätt det enda som går att förena med domstolens uttalanden i domen i det ovannämnda målet Mangold. I den domen ansåg domstolen att en nationell bestämmelse, vilken tillåter att tidsbegränsade anställningsavtal ingås utan begränsningar när den anställde fyllt 52 år, såvida det inte föreligger ett direkt samband med ett tidigare avtal om tillsvidareanställning med samma arbetsgi-

25 — Se bland annat dom av den 17 januari 2008 i mål C-246/06, Velasco Navarro (REG 2008, s. I-105), punkt 38.

vare, inte kunde vara motiverad enligt artikel 6.1 i direktiv 2000/78. Den största svårigheten för domstolen var att avgöra vilka slutsatser den nationella domstolen skulle dra av denna tolkning i en situation där, för det första, parterna i tvisten vid den nationella domstolen var två enskilda och, för det andra, införlivandefristen för nämnda direktiv ännu inte hade löpt ut då det omtvistade anställningsavtalet ingicks.

72. För att övervinna dessa två hinder slog domstolen, med tillämpning av den rättspraxis som bygger på domen i det ovannämnda målet Simmenthal, fast att det, i en tvist som rör principen om förbud mot diskriminering på grund av ålder, ankom på den nationella domstolen att inom ramen för sin behörighet säkerställa det rättsliga skydd som enskilda tillerkänns enligt gemenskapsbestämmelserna och att säkerställa att dessa får full verkan genom att underlåta att tillämpa varje bestämmelse i den nationella lagstiftningen som strider mot gemenskapsrätten. [26] Domstolen godtog således att denna princip kunde åberopas i en tvist mellan enskilda i syfte att utesluta tillämpningen av en diskriminerande nationell lagstiftning.

73. För att komma fram till denna slutsats gjorde domstolen bedömningen att den omständigheten att införlivandefristen för direktiv 2000/78 inte hade löpt ut då avtalet ingicks inte kunde påverka konstaterandet att den aktuella nationella lagstiftningen var oförenlig med artikel 6.1 i direktiv 2000/78. Domstolen stödde sig, för det första, på den rättspraxis som bygger på domen av den 18 december 1997 i målet Inter-Environnement Wallonie, [27] av vilken det framgår att under ett direktivs införlivandefrist ska medlemsstaterna avhålla sig från att vidta åtgärder som allvarligt äventyrar det resultat som föreskrivs i direktivet. [28]

74. För det andra påpekade domstolen att principen om likabehandling i arbetslivet inte behandlas i direktiv 2000/78. Enligt artikel 1 i detta direktiv har direktivet nämligen uteslutande till syfte ”att fastställa en allmän ram för bekämpning av diskriminering... på grund av religion eller övertygelse, funktionshinder, ålder eller sexuell läggning”, medan själva principen om förbud mot dessa former av diskriminering har sitt ursprung, såsom framgår av skälen 1 och 4 i samma direktiv, i diverse internationella överenskommelser och i medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner. [29] Domstolen drog därav slutsatsen att principen om förbud mot diskriminering på grund av ålder ska anses vara en allmän rättsprincip i gemenskapsrätten. [30]

26 — Domen i det ovannämnda målet Mangold, punkterna 77 och 78.

27 — Dom av den 18 december 1997 i mål C-129/96, Inter-Environnement Wallonie (REG 1997, s. I-7411).

28 — Punkt 45. Se även domen i det ovannämnda målet Mangold, punkt 67.

29 — Domen i det ovannämnda målet Mangold, punkt 74.

30 — Ibidem, punkt 75.

75. Domstolen tillämpade därefter sin rättspraxis enligt vilken domstolen, när nationella bestämmelser omfattas av gemenskapsrättens tillämpningsområde och förhandsavgörande har begärts, ska tillhandahålla samtliga uppgifter om tolkningen av gemenskapsrätten som är nödvändiga för att den nationella domstolen ska kunna avgöra huruvida dessa bestämmelser är förenliga med en sådan princip. Den aktuella nationella bestämmelsen omfattades av gemenskapsrättens tillämpningsområde, eftersom den utgjorde en åtgärd för att genomföra rådets direktiv 1999/70/EG av den 28 juni 1999 om ramavtalet om visstidsarbete undertecknat av EFS, UNICE och CEEP. [31] Domstolen ansåg följaktligen att efterlevnaden av den allmänna principen om likabehandling, särskilt på grund av ålder, inte som sådan kunde vara beroende av att medlemsstaternas frist för införlivande av ett direktiv som har till syfte att fastställa en allmän ram för bekämpning av diskriminering på grund av ålder har löpt ut. [32]

76. Det är allmänt känt att domen i det ovannämnda målet Mangold har blivit föremål för mycket kritik. Om vi håller oss till vad den domen i huvudsak har tillfört, nämligen att efterlevnaden av den allmänna gemenskapsrättsliga princip som principen om förbud mot diskriminering på grund av ålder utgör inte kan vara beroende av att medlemsstaternas frist för införlivande av direktiv 2000/78 har löpt ut, och att den nationella domstolen följaktligen är skyldig att säkerställa att denna princip får full verkan genom att underlåta att tillämpa varje bestämmelse i den nationella lagstiftningen som strider mot gemenskapsrätten, även inom ramen för en tvist mellan enskilda, anser jag att denna kritik bör nyanseras.

77. Vad först beträffar själva förekomsten av principen om förbud mot diskriminering på grund av ålder som en allmän rättsprincip i gemenskapsrätten, är jag benägen att anse att domstolens framhållande av en sådan princip överensstämmer med gemenskapsrättens utveckling, såsom den följer dels av att ålder införts som ett förbjudet diskrimineringskriterium i artikel 13.1 EG, dels av att det slagits fast att förbudet mot diskriminering på grund av ålder utgör en grundläggande rättighet, vilket framgår av artikel 21.1 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna. [33] Domstolens resonemang skulle visserligen ha varit mer övertygande om det hade grundats även på dessa uppgifter och inte enbart på internationella överenskommelser och medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner, vari det i de flesta fall inte fastställs någon särskild princip om förbud mot diskriminering på grund av ålder. Det är dock viktigt att understryka att domstolen, genom att påpeka förekomsten av en sådan allmän rättsprincip i gemenskapsrätten, har agerat i överensstämmelse med den önskan att effektivt bekämpa diskriminering på grund av ålder som medlemsstaterna och gemenskapsinstitutionerna har gett utryck för. Ur den synvinkeln är det inte överraskande att principen om förbud mot diskriminering på grund av ålder, såsom ett särskilt uttryck för den allmänna likhets-

31 — EGT L 175, s. 43. Se domen i det ovannämnda målet Mangold, punkt 75 och där angiven rättspraxis.

32 — Domen i det ovannämnda målet Mangold, punkt 76.

33 — Stadgan proklamerades officiellt första gången den 7 december 2000 i Nice (EGT C 364, s. 1) och därefter ytterligare en gång den 12 december 2007 i Strasbourg (EUT C 303, s. 1).

principen och icke-diskrimineringsprincipen och såsom en grundläggande rättighet, åtnjuter den upphöjda ställningen som allmän rättsprincip i gemenskapsrätten.

78. Vidare anser jag att de slutsatser som domstolen drog, i domen i det ovannämnda målet Mangold, av förekomsten av en sådan princip förefaller vara förenliga med den rättspraxis som domstolen stegvis har utarbetat angående den allmänna likhetsprincipen och icke-diskrimineringsprincipen.

79. Domstolen anser således sedan länge att den allmänna likhetsprincipen är en av de grundläggande principerna inom gemenskapsrätten. [34] Enligt denna princip får lika situationer inte behandlas olika, såvida det inte finns sakliga skäl för en sådan behandling. [35] Den hör till de grundläggande rättigheter som domstolen ska säkerställa iakttagandet av. [36]

80. I egenskap av allmän gemenskapsrättlig princip fyller denna princip flera funktioner. Den möjliggör för gemenskapsdomstolen att täppa till de luckor som kan finnas i primärrättsliga eller sekundärrättsliga bestämmelser. Vidare utgör den ett tolkningsverktyg för att klargöra innebörden och räckvidden av bestämmelser i gemenskapsrätten [37] och ett sätt att kontrollera giltigheten av gemenskapsrättsakter. [38]

81. Även medlemsstaterna är bundna av den allmänna likhetsprincipen och icke-diskrimineringsprincipen när de genomför gemenskapsbestämmelser. De är således skyldiga att i den utsträckning det är möjligt tillämpa dessa bestämmelser på ett sådant sätt att de villkor som följer av kravet på skydd för grundläggande rättigheter i gemenskapens rättsordning uppfylls. [39] Som jag påpekat ovan anser domstolen i det avseendet att när nationella bestämmelser omfattas av gemenskapsrättens tillämpningsområde ska domstolen, vid besvarandet av en begäran om förhandsavgörande, tillhandahålla samtliga uppgifter om tolkningen av gemenskapsrätten som är nödvändiga för att den nationella domstolen ska kunna avgöra huruvida dessa bestämmelser är förenliga med de grundläggande rättigheter som domstolen ska säkerställa iakttagandet av. [40] Om det med hänsyn till denna tolkning visar sig att en

34 — Dom av den 19 oktober 1977 i de förenade målen 117/76 och 16/77, Ruckdeschel m.fl. (REG 1977, s. 1753; svensk specialutgåva, volym 3, s. 421), punkt 7.

35 — Se bland annat dom av den 25 november 1986 i de förenade målen 201/85 och 202/85, Klensch m.fl. (REG 1986, s. 3477; svensk specialutgåva, volym 8, s. 729), punkt 9, och av den 12 december 2002 i mål C-442/00, Rodríguez Caballero (REG 2002, s. I-11915), punkt 32 och där angiven rättspraxis.

36 — Domen i det ovannämnda målet Rodríguez Caballero, punkt 32.

37 — Se bland annat den inverkan som likhetsprincipen kunde ha på fastställandet av tillämpningsområdet för rådets direktiv 76/207/EEG av den 9 februari 1976 om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor (EGT L 39, s. 40; svensk specialutgåva, område 5, volym 1, s. 191) i dom av den 30 april 1996 i mål C-13/94, P. mot S. (REG 1996, s. I-2143), punkterna 18–20.

38 — Se bland annat dom av den 10 mars 1998 i mål C-122/95, Tyskland mot rådet (REG 1998, s. I-973), punkterna 54–72.

39 — Domen i det ovannämnda målet Rodríguez Caballero, punkt 30 och där angiven rättspraxis.

40 — Ibidem, punkt 31 och där angiven rättspraxis.

nationell bestämmelse strider mot gemenskapsrätten, ska den nationella domstolen, i enlighet med principen om gemenskapsrättens företräde, underlåta att tillämpa den nationella bestämmelsen.

82. I domstolens resonemang i domen i det ovannämnda målet Mangold beaktas dessa olika omständigheter som följer av domstolens rättspraxis för att garantera den allmänna likhetsprincipens verkan, oberoende av huruvida fristen för införlivande av direktiv 2000/78 har löpt ut. Ett sådant resonemang är enligt min mening förenligt med normhierarkin i gemenskapens rättsordning.

83. För att åskådliggöra hur domstolen ser på förhållandet mellan en primärrättslig gemenskapsbestämmelse och en sekundärrättslig gemenskapsbestämmelse, är det intressant att göra en jämförelse med hur domstolen uppfattar förhållandet mellan artikel 119 i EEG-fördraget (därefter artikel 119 i EG-fördraget (artiklarna 117–120 i EG-fördraget har ersatts av artiklarna 136–143 EG)), vari föreskrivs principen om lika lön för kvinnor och män, och direktiv 75/117/EEG [41].

84. I domen av den 8 april 1976 i målet Defrenne [42] påpekade således domstolen att direktiv 75/117 preciserar det materiella innehållet i artikel 119 i fördraget i vissa hänseenden och innehåller olika bestämmelser som i huvudsak syftar till att förbättra det rättsliga skyddet för de arbetstagare som eventuellt missgynnas genom åsidosättandet av principen i denna artikel om lika lön. [43] Domstolen ansåg att detta direktiv syftar till att främja det korrekta genomförandet av artikel 119 i fördraget med hjälp av en rad nationella åtgärder som ska vidtas. Direktivet kan dock inte begränsa verkan av denna artikel. [44] I domen av den 31 mars 1981 i målet Jenkins [45] förtydligade domstolen på samma sätt att artikel 1 i nämnda direktiv, som i huvudsak syftar till att underlätta den praktiska tillämpningen av principen om lika lön som anges i artikel 119 i fördraget, inte på något sätt ändrar denna princips innehåll eller räckvidd såsom den fastställts i denna artikel. [46] Domstolen har nyligen erinrat om denna rättspraxis i sin dom av den 3 oktober 2006 i målet Cadman. [47]

85. Mot bakgrund av denna rättspraxis är det enligt min mening helt logiskt att domstolen, i domen i det ovannämnda målet Mangold, ansåg att det förhållandet att fristen för att införliva direktiv 2000/78 inte hade löpt ut inte kunde inverka menligt på verkan av principen om förbud mot diskriminering på grund av ålder och att det, för att säkerställa en sådan verkan, ankom på den nationella domstolen att underlåta att tillämpa natio-

41 — Rådets direktiv 75/117/EEG av den 10 februari 1975 om tillnärmningen av medlemsstaternas lagar om tillämpningen av principen om lika lön för kvinnor och män (EGT L 45, s. 19; svensk specialutgåva, område 13, volym 4, s. 78).

42 — Dom av den 8 april 1976 i mål 43/75, Defrenne (REG 1976, s. 455; svensk specialutgåva, volym 3, s. 59).

43 — Punkt 54.

44 — Punkt 60.

45 — Dom av den 31 mars 1981 i mål 96/80, Jenkins (REG 1981, s. 911; svensk specialutgåva, volym 6, s. 53).

46 — Punkt 22.

47 — Dom av den 3 oktober 2006 i mål C-17/05, Cadman (REG 2006, s. I-9583), punkt 29.

nella bestämmelser som var oförenliga. Den omständigheten att tvisten vid den nationella domstolen rörde två enskilda kunde vidare knappast utgöra hinder för möjligheten att åberopa denna allmänna gemenskapsrättsliga princip för att utesluta en tillämpning av nationella bestämmelser, eftersom domstolen vid ett flertal tillfällen redan har tagit ett större steg genom att tillerkänna fördragsbestämmelser, som särskilt ger uttryck för den allmänna likhetsprincipen och icke-diskrimineringsprincipen, horisontell direkt effekt. [48]

86. Domstolen måste nu avgöra huruvida den vill behålla samma synsätt beträffande de situationer som uppstått efter det att fristen för införlivande av direktiv 2000/78 har löpt ut. Jag anser att svaret bör vara jakande, eftersom det skulle strida mot den logik som ligger till grund för domen i det ovannämnda målet Mangold att inta ett annat synsätt.

87. Eftersom direktiv 2000/78 utgör ett instrument som är avsett att underlätta den praktiska tillämpningen av principen om förbud mot diskriminering på grund av ålder och särskilt att förbättra det rättsliga skyddet för de arbetstagare som eventuellt missgynnas genom åsidosättandet av denna princip, kan direktivet inte påverka räckvidden av denna princip och detta gäller även – *a fortiori* – efter utgången av medlemsstaternas frist för att införliva direktivet. Det är i det avseendet svårt att tänka sig att konsekvenserna av gemenskapsrättens företräde skulle försvagas efter utgången av fristen för att införliva direktiv 2000/78. Framför allt kan det dock inte godtas att enskildas skydd mot sådan diskriminering som strider mot gemenskapsrätten minskar i intensitet efter utgången av en sådan frist, när det är fråga om ett regelverk som syftar till att ge dem ytterligare skydd. Jag anser således att direktiv 2000/78 ska kunna åberopas i en tvist mellan enskilda för att utesluta tillämpningen av en nationell bestämmelse som strider mot gemenskapsrätten.

88. Att inta ett sådant synsätt skulle här inte medföra att domstolen ändrade sin rättspraxis angående direktivens avsaknad av horisontell direkt effekt. I förevarande mål är det nämligen endast fråga om att utesluta tillämpningen av en nationell bestämmelse som strider mot direktiv 2000/78, i det här fallet 622 § stycke 2 sista meningen BGB, detta för att möjliggöra för den nationella domstolen att tillämpa resterande bestämmelser i denna paragraf, i det här fallet de uppsägningstider som beräknas i förhållande till anställningens längd. Det är således här inte fråga om att direkt tillämpa direktiv 2000/78 på en enskilds självständiga beteende som inte omfattas av några särskilda statliga regleringar, som exempelvis en arbetsgivares beslut att inte anställa arbetstagare som är äldre än

48 — Se bland annat dom av den 12 december 1974 i mål 36/74, Walrave och Koch (REG 1974, s. 1405; svensk specialutgåva, volym 2, s. 409), domen i det ovannämnda målet Defrenne och dom av den 6 juni 2000 i mål C-281/98, Angonese (REG 2000, s. I-4139). Se även, för en aktuell bekräftelse på att fördragets bestämmelser om de grundläggande friheterna, såsom artikel 43 EG, har horisontell direkt effekt, dom av den 11 december 2007 i mål C-438/05, International Transport Workers' Federation och Finnish Seamen's Union (REG 2007, s. I-10779), punkterna 57–59 och där angiven rättspraxis.

45 år eller yngre än 35 år. Endast en sådan situation skulle föranleda frågan huruvida det är lämpligt att tillerkänna direktivet verklig horisontell direkt effekt. [49]

Ur den synvinkeln är det på grund av att direktiv 2000/78 genomför denna princip, sett till dess syfte att förbjuda diskriminering på grund av ålder, som möjligheten att åberopa nämnda direktiv i tvister mellan enskilda utökas.

89. Om domstolen håller fast vid sin önskan att inte allmänt bekräfta frikopplingen mellan direktivens så kallade substituerande direkta effekt och möjligheten att åberopa dessa för att utesluta tillämpningen av nationella bestämmelser, så anser jag att den specifika karaktären hos de direktiv som rör bekämpning av diskriminering gör det möjligt för domstolen att välja en lösning med mer begränsad räckvidd som samtidigt har fördelen att vara förenlig med domstolens rättspraxis angående den allmänna likhetsprincipen och icke-diskrimineringsprincipen.

90. Avslutningsvis vill jag påpeka att jag anser att domstolen, med hänsyn till gemenskapsrättens ständigt ökande inblandning i förhållandena mellan enskilda, oundvikligen kommer att ställas inför andra fall där frågan uppkommer huruvida direktiv som bidrar till att garantera grundläggande rättigheter kan åberopas i tvister mellan enskilda. Dessa fall kommer sannolikt att öka om Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna i framtiden blir rättsligt bindande, eftersom det bland de grundläggande rättigheter som anges i stadgan finns ett visst antal som hör till gemenskapens regelverk i form av direktiv. [50] Ur det perspektivet anser jag att domstolen redan nu bör reflektera över huruvida fastställandet av att rättigheter som garanteras genom direktiv utgör grundläggande rättigheter kan öka möjligheten att åberopa direktiven i tvister mellan enskilda. Förevarande mål ger domstolen tillfälle att precisera det svar som den vill ge på denna viktiga fråga.

49 — Det skulle då vara mer komplicerat att lösa problemet, eftersom domstolen, utöver det stora hinder som hänger samman med direktivets art, då skulle behöva ta ställning till den mer allmänna frågan huruvida diskrimineringsförbudet kan gälla alla typer av förhållanden mellan enskilda. Det ska i det avseendet noteras att det tvingande förbudet mot varje form av diskriminering som anges i de primärrättsliga bestämmelserna redan har föranlett domstolen att tillerkänna dessa bestämmelser största möjliga tillämplighet, särskilt i förhållanden mellan enskilda (se bland annat domarna i de ovannämnda målen Defrenne, punkt 39, och Angonese, punkterna 34–36). Vidare visar artikel 3.1 i direktiv 2000/78, vari det föreskrivs att direktivet ska "tillämpas på alla personer, såväl inom den offentliga som den privata sektorn", att gemenskapslagstiftaren uppfattar diskrimineringsförbudet som tillämpligt på anställningsförhållanden som regleras av civilrätten. Se även, utanför gemenskapsrättens ramar, Europadomstolens dom av den 13 juli 2004 i målet Pla och Puncernau mot Andorra, *Recueil des arrêts et décisions* 2004-VIII, där Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna tycks ha medgett att förbudet mot diskriminering som föreskrivs i artikel 14 i Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, som undertecknades i Rom den 4 november 1950, är tillämpligt i förhållanden mellan enskilda, vilket således möjliggör en kontroll av att rent civilrättsliga handlingar är förenliga med denna artikel (se i det avseendet Sudre, F., *Droit européen et international des droits de l'homme,* PUF, Paris, 2008, nionde upplagan, s. 264).

50 — Se i det avseendet De Schutter, O., "Les droits fondamentaux dans l'Union européenne: une typologie de l'acquis", *Classer les droits de l'homme,* 2004, s. 315. Författaren nämner som exempel arbetstagares rätt till information och samråd inom företaget (artikel 27), arbetstagarens skydd mot uppsägning utan saklig grund (artikel 30), rätten till rättvisa arbetsförhållanden (artikel 31), förbudet mot barnarbete och skydd av ungdomar i arbetslivet (artikel 32), garantin för att kunna förena familjeliv och yrkesliv (artikel 33) och migrerande arbetstagares rätt till social trygghet (artikel 34.2) (s. 346 och s. 347).

IV — Förslag till avgörande

91. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen slår fast följande:

1) Artikel 6.1 i rådets direktiv 2000/78/EG av den 27 november 2000 om inrättande av en allmän ram för likabehandling i arbetslivet ska tolkas så, att den utgör hinder för en sådan nationell lagstiftning som den som är i fråga i målet vid den nationella domstolen, i vilken det generellt föreskrivs att anställningsperioder som har fullgjorts före 25 års ålder inte ska beaktas vid beräkningen av uppsägningstiden.

2) Det ankommer på den nationella domstolen att underlåta att tillämpa denna nationella lagstiftning, även inom ramen för en tvist mellan enskilda.