Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
SHARPSTON
föredraget den 12 juli 2012 [1]

**Mål C-152/11**

**Johann Odar**
**mot**
**Baxter Deutschland GmbH**

(begäran om förhandsavgörande från Arbeitsgericht München (Tyskland))

”Likabehandling i arbetslivet — Förbud mot diskriminering på grund av ålder och funktionshinder — Fråga huruvida nationella åtgärder som tillåter att arbetstagare nära pensionsåldern undantas från, eller får en nedsättning av, de förmåner som beviljas inom ramen för ett företagsråds sociala plan är förenliga med unionslagstiftningen”

1. I den aktuella begäran om förhandsavgörande från Arbeitsgericht München (arbetsdomstolen i München) har domstolen ombetts att klargöra huruvida rådets direktiv 2000/78/EG [2] utgör hinder för nationella bestämmelser [3] om avgångsvederlag. Enligt nämnda bestämmelser får arbetstagare nära pensionsåldern (som är lägre för personer med funktionshinder) undantas från (eller ges en nedsättning av det avgångsvederlag som beviljas inom ramen för) ett förmånssystem som har till syfte att mildra konsekvenserna av en uppsägning.

## Tillämpliga unionsrättsliga bestämmelser

*Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna*

2. I artikel 21 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna [4] förbjuds diskriminering, bland annat på grund av ålder och funktionshinder.

1 — Originalspråk: engelska.

2 — Rådets direktiv 2000/78/EG av den 27 november 2000 om inrättande av en allmän ram för likabehandling i arbetslivet (EGT L 303, s. 16, och rättelse i EGT L 2, 2001, s. 42) (nedan kallat direktivet).

3 — De nationella bestämmelser som avses är 10 § punkt 6 i den allmänna lagen om likabehandling (Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz) (se punkterna 12 och 13 nedan) och en social plan som motparten i målet vid den nationella domstolen och det relevanta företagsrådet har upprättat: se punkterna 17 och 18 nedan. Den sociala planen är utformad på ett sätt som innebär att vissa arbetstagare får en nedsättning av de förmåner som de annars skulle ha haft rätt till. De undantas dock inte helt från möjligheten att erhålla avgångsvederlag.

4 — EUT C 83, 2010, s. 389 (nedan kallad stadgan).

*Direktiv 2000/78/EG*

3. Följande skäl är relevanta:

”(8) I riktlinjerna för sysselsättningen under år 2000, som godkänts av Europeiska rådet i Helsingfors den 10 och 11 december 1999, framhålls behovet av att främja en arbetsmarknad som är gynnsam för social integration genom utformningen av enhetliga strategier för att motverka diskriminering av grupper som t.ex. funktionshindrade. I dessa understryks även att särskild vikt skall fästas vid stöd till äldre arbetstagare så att de i högre grad skall kunna delta i arbetslivet.

…

(11) Diskriminering på grund av religion eller övertygelse, funktionshinder, ålder eller sexuell läggning kan undergräva förverkligandet av målen i EG-fördraget, särskilt förverkligandet av en hög sysselsättningsnivå och en hög nivå på det sociala skyddet, en höjning av levnadsstandarden och livskvaliteten, ekonomisk och social sammanhållning och solidaritet samt fri rörlighet för personer.

(12) Därför bör all direkt eller indirekt diskriminering på grund av religion eller övertygelse, funktionshinder, ålder eller sexuell läggning på de områden som omfattas av detta direktiv förbjudas i hela gemenskapen.

…

(14) Detta direktiv påverkar inte de nationella bestämmelserna om pensionsålder.

…

(25) Förbudet mot åldersdiskriminering är en viktig faktor för att uppnå de mål som fastställs genom riktlinjerna för sysselsättning och för att uppmuntra mångfald inom sysselsättningen. Särbehandling på grund av ålder kan dock motiveras under vissa förhållanden och kräver alltså särskilda bestämmelser som kan variera efter förhållandena i medlemsstaterna. Det är följaktligen mycket viktigt att göra en skillnad mellan berättigad [*] särbehandling, särskilt sådan som motiveras av de legitima [*] målen för sysselsättningspolitiken, arbetsmarknaden och yrkesutbildningen och den diskriminering som bör vara förbjuden.” [* I enlighet med terminologin i artikel 6 i direktivet används nedan vid direkt hänvisning till skäl 25 i stället för ordet ”berättigad” ordet ”befogad” och i stället för ordet ”legitima” ordet ”berättigade”. Övers. anm.]

4. I artikel 1 anges att syftet med direktivet ”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”.

5. I artikel 2 föreskrivs följande:

”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,

b) indirekt diskriminering anses förekomma när en skenbart neutral bestämmelse eller ett skenbart neutralt kriterium eller förfaringssätt särskilt missgynnar personer med en viss religion eller övertygelse, ett visst funktionshinder, en viss ålder, eller en viss sexuell läggning jämfört med andra personer, om inte

i) bestämmelsen, kriteriet eller förfaringssättet objektivt motiveras av ett berättigat mål och om medlen för att uppnå detta mål är lämpliga och nödvändiga …” [5]

6. Artikel 3 har rubriken ”Räckvidd” och har följande lydelse:

”1. 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

…” [* I enlighet med terminologin i lagen (1982:80) om anställningsskydd används nedan i stället för ”avskedande” uttrycket ”uppsägning”. Övers. anm.]

7. Särbehandling på grund av någon av de grunder som är förbjudna enligt direktivet kan vara befogad om den omfattas av något av de specifika undantag som anges i artikel 2.5, artikel 3.4, artikel 4.1 och artikel 6.1. [6]

8. Artikel 6 har rubriken ”Befogad särbehandling på grund av ålder”. Punkt 1 har följande lydelse:

”1. 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 enlighet med terminologin i artikel 2.2 används nedan i stället för uttrycket ’sätten för att genomföra detta syfte’ uttrycket ’medlen för att uppnå detta mål’. Övers. anm.]

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 [uppsägning] och löner, för ungdomar och äldre arbetstagare …”

9. Artikel 16 har följande lydelse: ”Medlemsstaterna skall därför vidta nödvändiga åtgärder för att säkerställa att

a) lagar och andra författningar som strider mot principen om likabehandling upphävs,

5 — I artikel 5 förpliktas medlemsstaterna att vidta de åtgärder som behövs för att garantera att principen om likabehandling efterlevs vad avser arbetstagare med funktionshinder. Arbetsgivarna är således skyldiga att göra det möjligt för en arbetstagare med funktionshinder att få tillträde till, delta i eller göra karriär i arbetslivet, eller att genomgå utbildning. I artikel 2.2 b ii i anges att indirekt diskriminering inte anses förekomma när arbetsgivare iakttar nationella skyldigheter som införts till genomförande av principerna i artikel 5.

6 — Undantag från det allmänna förbudet mot diskriminering är enligt artikel 2.5 i direktivet tillåtet när medlemsstater inför åtgärder som bland annat är nödvändiga för den allmänna säkerheten, ordningens bevarande samt skydd för hälsa. I artikel 3.4 i direktivet anges ett specifikt undantag mot diskriminering på grund av ålder eller funktionshinder när det gäller försvarsmakten. Enligt artikel 4.1 i direktivet ska en särbehandling som föranleds av bland annat ålder eller funktionshinder inte utgöra diskriminering om denna egenskap utgör ett verkligt och avgörande yrkeskrav på grund av yrkesverksamhetens natur eller det sammanhang där den utförs, förutsatt att målet är legitimt och kravet proportionerligt. Se exempelvis dom av den 12 januari 2010 i mål C-229/08, Wolf (REU 2010, s. I-1).

b) bestämmelser som strider mot principen om likabehandling som finns i individuella avtal eller kollektivavtal, i interna regler för företag …

förklaras eller kan förklaras ogiltiga eller ändras.”

10. I artikel 18 föreskrivs följande vad gäller genomförandet av direktivet: ”Medlemsstaterna skall anta de lagar och andra författningar som är nödvändiga för att följa detta direktiv senast den 2 december 2003, eller kan, på gemensam begäran av arbetsmarknadens parter, överlåta åt dessa att genomföra detta direktiv i fråga om bestämmelser som omfattas av kollektivavtal. I sådana fall skall medlemsstaterna säkerställa att arbetsmarknadens parter senast den 2 december 2003 i samförstånd inför de åtgärder som behövs; medlemsstaterna skall vidta alla nödvändiga åtgärder för att vid varje tillfälle kunna säkerställa de resultat som föreskrivs i detta direktiv …”

## Tillämpliga nationella bestämmelser

*Betriebsverfassungsgesetz*

11. Enligt 111–113 § lagen om medbestämmande i arbetslivet (Betriebsverfassungsgesetz, nedan kallad BetrVG) ska åtgärder vidtas för att mildra de negativa konsekvenserna för arbetstagare till följd av en omstrukturering av ett företag.[7] Arbetsgivare och företagsråd är således skyldiga att upprätta sociala planer i detta syfte.[8]

*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*

12. Genom den allmänna lagen om likabehandling av den 14 augusti 2006 (Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, nedan kallad AGG) införlivades direktivet med nationell lagstiftning.

13. 10 § AGG har rubriken ”Tillåten särbehandling på grund av ålder” och har följande lydelse:

”Utan hinder av 8 §[9] ska särbehandling på grund av ålder anses befogad om den på ett objektivt och rimligt sätt kan motiveras av ett berättigat mål. De medel som används för att uppnå detta mål ska vara lämpliga och nödvändiga. I sådan särbehandling kan särskilt följande inbegripas:

…

(6) Skillnad mellan förmåner i sociala planer i den mening som avses i [BetrVG], om företrädarna för arbetsgivaren och arbetstagarna har antagit bestämmelser om avgångsvederlag som varierar beroende på ålder och anställningstid och möjligheterna på arbetsmarknaden, som huvudsakligen är beroende av ålder, har beaktats inom ramen för dessa bestämmelser, varvid en relativt stor vikt har lagts vid åldern, eller om nämnda företrädare har undantagit anställda vars inkomster är säkerställda genom att de har rätt till pension, i förekommande fall efter det att arbetslöshetsförmåner har utgetts, från förmåner som beviljas inom ramen för den sociala planen.”

7 — Skyldigheten att samråda med företagsråden gäller om vissa villkor är uppfyllda, däribland villkor avseende antalet anställda i företaget. Med uttrycket ”omstrukturering” avses (i synnerhet) att verksamhet helt upphör, att företag slås samman, delas upp eller i grunden förändrar sin organisation, exempelvis att företaget i fråga omlokaliseras.

8 — Vid beslut om hur den sociala planen ska utformas ska hänsyn tas till de uppsagda arbetstagarnas intressen och deras möjligheter att få ny anställning, till de intressen som de arbetstagare som blir kvar i det omstrukturerade företaget har samt till företagets långsiktiga lönsamhet.

9 — 8 § innebär ett undantag från förbudet mot diskriminering på grund av den aktuella tjänstens yrkeskrav. Se i detta avseende artikel 4.1 i direktivet (ovan punkt 7 och fotnot 6).

*Lagstiftning om social trygghet*

14. Vad gäller statliga pensioner anges i 235 § i volym VI i den tyska lagen om social trygghet (Sozialgesetzbuch VI, nedan kallad SGB VI) att en arbetstagare (förutsatt att denne har uppfyllt sin skyldighet att betala in avgifter till pensionssystemet) har rätt till full statlig ålderspension vid 65 års ålder (den normala pensionsåldern [10]). Enligt 236a § SGB VI (i dess lydelse vid tidpunkten för omständigheterna i målet vid den nationella domstolen) hade svårt funktionshindrade arbetstagare rätt att vid 60 års ålder ta pensionen i anspråk i förtid. [11] Även under vissa andra omständigheter kan en arbetstagare ha rätt till nedsatt pension innan vederbörande har uppnått 65 års ålder. Under förutsättning att tillräckliga avgifter har betalats in till pensionssystemet kan förtidspension således även tas vid 63 års ålder.

15. För att vara berättigad till arbetslöshetsersättning ska en arbetslös person uppfylla vissa villkor (däribland ett avgiftskrav) och vara registrerad som aktivt arbetssökande. Staten betalar ut en standardarbetslöshetsersättning (*Arbeitslosengeld I*) [12] på upp till 60 procent av arbetstagarens tidigare nettolön (beloppet ökar till 67 procent vid vårdnadsansvar för barn under 18 år). Ersättningen betalas ut under en begränsad period som beror på arbetstagarens ålder och längden på den period under vilken avgifter har betalats. [13]

*Kündigungsschutzgesetz*

16. I lagen om anställningsskydd (Kündigungsschutzgesetz, nedan kallad KSchG) finns bestämmelser om urvalet av de personer som ska sägas upp. För att vara lagenlig måste en uppsägning vara ”socialt befogad” enligt 1 § punkt 2 KSchG. I 1 § punkt 3 anges att en uppsägning är socialt obefogad om en arbetsgivare under uppsägningsurvalsprocessen inte har beaktat en arbetstagares anställningstid, ålder, underhållsskyldighet och/eller huruvida vederbörande har ett svårt funktionshinder.

*Den sociala planen*

17. Den 30 april 2004 enades Baxter Deutschland GmbH (nedan kallat Baxter) och det relevanta företagsrådet [14] om en preventiv social plan (i praktiken en uppsägningsplan). § 6 punkt 1 har rubriken ”Avgångsvederlag som utgår när anställningsförhållandet upphör (förutom vid ’förtidspensionering’)”. I denna punkt stadgas följande:

”1. 1 Anställda … som lämnar [Baxter] (genom uppsägning av driftskäl eller upphörande av anställningsförhållandet i samförstånd) erhåller ett beskattningsbart bruttoavgångsvederlag i euro enligt följande formel:

Avgångsvederlag = (åldersfaktorn × anställningstiden [15]× bruttomånadslönen).”

Jag kommer att benämna den summa som ovanstående beräkning resulterar i som ”avgångsvederlag enligt den vanliga beräkningsmetoden”.

10 — Från och med 2012 kommer den lagstadgade pensionsåldern gradvis att förlängas från 65 till 67 år för personer födda efter den 31 december 1946.

11 — Från och med 2012 kommer åldern för att vara berättigad till förtidspensionering gradvis att förlängas från 60 till 62 år för personer födda efter den 31 december 1951.

12 — En lägre ersättning (*Arbeitslosengeld II*) betalas ut när (bland annat) perioden med rätt till full ersättning har löpt ut.

13 — En arbetstagare som är 50 år och som har betalat avgifter i minst 30 månader uppbär ersättning under högst 15 månader. Om arbetstagaren är 55 år och har betalat avgifter under minst 36 månader kan vederbörande uppbära ersättning under högst 18 månader medan en arbetstagare som är 58 år och har betalat avgifter i 48 månader uppbär ersättning i 24 månader.

14 — I detta förslag till avgörande kommer jag även att benämna Baxter och företagsråden som ”arbetsmarknadens parter”.

15 — Anställningstiden avser antalet anställningsår hos Baxter.

Enligt 6 § punkt 1.2 ökar åldersfaktorn gradvis från 0,35 vid 18 års ålder till 1,75 vid 57 års ålder. Därefter minskar den till 1,70 vid 58 års ålder. Från 58 års ålder minskar den sedan i allt snabbare takt ända ned till 0,30 vid 64 års ålder.

I 6 § punkt 1.5 stadgas följande: ”När det gäller anställda som uppnått 54 års ålder och som sägs upp av driftskäl eller vars anställningsförhållande upphör i samförstånd ska [avgångsvederlaget enligt den vanliga beräkningsmetoden] ställas mot följande beräkning:

Antalet månader till tidigast möjliga pensionering × 0,85 × bruttomånadslönen.”

Jag kommer att kalla den summa som denna alternativa beräkning resulterar i ”avgångsvederlag enligt den alternativa beräkningsmetoden” och dess effekter ”taket”.

6 § punkt 1.5 fortsätter på följande sätt:

”Om [avgångsvederlaget enligt den vanliga beräkningsmetoden] är större än [avgångsvederlaget enligt den alternativa beräkningsmetoden] ska det lägre beloppet betalas ut. Det lägre beloppet får emellertid inte underskrida hälften av [avgångsvederlaget enligt den vanliga beräkningsmetoden].

Om resultatet av beräkningen av [avgångsvederlaget enligt den alternativa beräkningsmetoden] blir noll ska hälften av [avgångsvederlaget enligt den vanliga beräkningsmetoden] betalas ut.”

Jag kommer att kalla denna ordning ”korrektionsfaktorn”.

18. Den 13 mars 2008 upprättades en kompletterande social plan.[16] 7 § i nämnda plan har rubriken ”Avgångsvederlag” och har följande lydelse: ”Anställda som omfattas av den sociala planen och vars arbetsförhållande upphör av driftskäl erhåller följande förmåner:

7.1 Avgångsvederlag: De anställda erhåller [avgångsvederlag enligt den vanliga beräkningsmetoden]

7.2 Precisering: Med avseende på 6 § punkt 1.5 i den preventiva sociala planen har parterna kommit överens om följande klargörande: ’Med tidigast möjliga pensionering avses den tidpunkt vid vilken den anställda för första gången kan göra anspråk på lagstadgad ålderspension, även om denna pension nedsatts på grund av att ålderspensionen tagits i anspråk i förtid.’”

## Bakgrund, förfarande och tolkningsfrågor

19. Johann Odar föddes den 25 juli 1950. Han är gift och har två underhållsberättigade barn. Han anses vara svårt funktionshindrad.[17] Han anställdes hos Baxter (och/eller dess föregångare) den 17 april 1979. Innan hans anställningsförhållande upphörde arbetade Johann Odar som chef för marknadsföringsavdelningen.

20. Efter ett beslut att flytta sin verksamhet från Heidelberg till München-Unterschleißheim sade Baxter, genom en skrivelse av den 25 april 2008, upp anställningsförhållandet med Johann Odar. Baxter erbjöd Johann Odar att fortsätta anställningsförhållandet på det nya driftstället. Arrangemanget innefattade en omfattande försöksperiod under vilken han kunde avgöra huruvida det nya arrangemanget var acceptabelt eller inte. Johann Odar accepterade ursprungligen detta erbjudande, men sade i sin tur upp anställningsförhållandet till den 31 december 2009.

16 — I förevarande förslag till avgörande kommer jag gemensamt att kalla den preventiva sociala planen och den kompletterande sociala planen ”den sociala planen”.

17 — Enligt nationell lagstiftning krävs en funktionsnedsättning på 50 procent för att en person ska kunna klassificeras som svårt funktionshindrad och därmed ha rätt till förtidspensionering vid 60 års ålder. Se punkt 14 ovan.

21. Den nationella domstolen har förklarat att Johann Odar, enligt 236a § SGB VI, har rätt att göra anspråk på en (nedsatt) pension för svårt funktionshindrade personer tidigast från och med det att han uppnått 60 års ålder (i detta fall från och med den 1 augusti 2010). [18]

22. Efter det att Johann Odars anställningsförhållande hade upphört [19] betalade Baxter ett avgångsvederlag till honom på 308 253,31 euro (brutto). Enligt den nationella domstolen beräknades avgångsvederlaget enligt 6 § punkt 1.1–1.5 i den sociala planen på följande sätt. [20] Först beräknades vederlaget enligt den vanliga beräkningsmetoden (avgångsvederlag = 1,7 (åldersfaktorn) × 29,71 år (anställningstiden) × 12 210,47 (bruttomånadslönen)). Detta gav ett avgångsvederlag på 616 506,63 euro. Eftersom Johann Odar emellertid var 58 år vid den aktuella tiden omfattades han av 6 § punkt 1.5 i den sociala planen. Avgångsvederlaget enligt den alternativa beräkningsmetoden beräknades därför sedan på följande sätt: 19 (antalet månader till tidigast möjliga pensionering) × 0,85 × 12 210,47 (bruttomånadslönen). Tillämpningen av denna beräkningsmetod gav ett avgångsvederlag på 197 199,09 euro. Baxter tillämpade därefter det resterande kriteriet i 6 § punkt 1.5 för att se till att Johann Odar erhöll minst 50 procent av det belopp han skulle ha varit berättigad till enligt den vanliga beräkningsmetoden och betalade följaktligen ut 308 253,31 euro brutto till honom.

23. Den 30 juni 2010 väckte Johann Odar talan mot Baxter. Han gjorde gällande att beräkningen av det avgångsvederlag som han beviljats inom ramen för den sociala planen är uttryck för särbehandling på grund av ålder och funktionshinder. Han har därför yrkat att motparten ska förpliktas att betala ytterligare kompensation på 271 988,88 euro brutto, vilket motsvarar skillnaden mellan det beviljade avgångsvederlaget och det avgångsvederlag som han hade erhållit om han vid den tidpunkt då anställningsförhållandet upphörde (vid samma anställningstid) hade varit 54 år.

24. Arbeitsgericht München anser att Johann Odars begäran ger upphov till frågor om hur unionsrätten ska tolkas och har därför vilandeförklarat målet och hänskjutit följande frågor till Europeiska unionens domstol för förhandsavgörande:

”1. Utgör förbudet mot diskriminering på grund av ålder i artiklarna 1 och 16 i [direktivet] hinder mot en nationell bestämmelse, enligt vilken särbehandling på grund av ålder kan vara tillåten när företrädare för arbetsgivaren och arbetstagarna inom ramen för ett företags- och yrkesbaserat system för social trygghet har undantagit anställda vars inkomster är säkerställda genom att de har rätt till pension, i förekommande fall efter det att arbetslöshetsförmåner har utgetts, från förmåner som beviljas inom ramen för den sociala planen, eller är en sådan särbehandling motiverad enligt artikel 6.1 [a] i [direktivet]?

2. Utgör förbudet mot diskriminering på grund av funktionshinder i artiklarna 1 och 16 i [direktivet] hinder mot en nationell bestämmelse, enligt vilken särbehandling på grund av ålder kan vara tillåten när företrädare för arbetsgivaren och arbetstagarna inom ramen för ett företags- och yrkesbaserat system för social trygghet har undantagit anställda vars inkomster är säkerställda genom att de har rätt till pension, i förekommande fall efter det att arbetslöshetsförmåner har utgetts, från förmåner som beviljas inom ramen för den sociala planen?

18 — På grund av sitt funktionshinder hade Johann Odar rätt att gå i förtidspension som tidigast vid 60 års ålder, med en nedsättning av pensionen på 10,8 procent. Han har rätt till full pension från och med 63 års ålder.

19 — Avgångsvederlaget beräknades från och med den 31 december 2008, det faktiska datum då Johann Odars anställningsförhållande skulle upphöra enligt Baxters skrivelse av den 25 april 2008 (”tidpunkten för de faktiska omständigheterna i målet vid den nationella domstolen”), se punkt 20.

20 — Alla siffror kommer från den nationella domstolens begäran om förhandsavgörande. Den nationella domstolens siffror och de siffror som anges i parternas skriftliga yttranden skiljer sig något åt. Mina egna beräkningar ger inte helt samma siffror. Vid användande av den vanliga beräkningsmetoden blir totalsumman exempelvis 616 714,20 euro. Samtliga siffror bör därför betraktas som uppskattningar.

3. Utgör förbudet mot diskriminering på grund av ålder enligt artiklarna 1 och 16 i [direktivet] hinder mot en bestämmelse i det företags- och yrkesbaserade systemet för social trygghet [21] enligt vilken det med avseende på anställda som är äldre än 54 år och har sagts upp av driftskäl ska göras en alternativ beräkning av avgångsvederlaget på grundval av tidigaste möjliga tidpunkt för pensionering, varvid, i förhållande till den vanliga beräkningsmetoden, som framför allt anknyter till anställningstiden, det lägre avgångsvederlaget ska betalas, förutsatt att det uppgår till minst hälften av det normala avgångsvederlaget, eller är en sådan särbehandling motiverad enligt artikel 6.1 [a] i [direktivet]?

4. Utgör förbudet mot diskriminering på grund av funktionshinder enligt artiklarna 1 och 16 i [direktivet] hinder mot en bestämmelse i det företags- och yrkesbaserade systemet för social trygghet enligt vilken det med avseende på anställda som är äldre än 54 år och har sagts upp av driftskäl ska göras en alternativ beräkning av avgångsvederlaget – varvid det tas hänsyn till om den anställde har rätt till en ålderspension på grund av funktionshinder och varvid man utgår från den tidigaste möjliga tidpunkten för pensionering i motsats till vad som är fallet vid den vanliga beräkningsmetoden, vilken framför allt anknyter till anställningstiden – varefter det lägre avgångsvederlaget ska betalas, förutsatt att det uppgår till minst hälften av det normala avgångsvederlaget?

25. Johann Odar, Baxter, den tyska regeringen och Europeiska kommissionen har ingett skriftliga yttranden till domstolen. Samtliga utvecklade sin talan muntligen vid förhandlingen den 18 april 2012.

## Bedömning

*Inledande anmärkningar*

26. Den hänskjutande domstolens frågor rör såväl frågan om huruvida en nationell bestämmelse (10 § punkt 6 AGG) omfattas av artiklarna 2.2 b i och 6.1 i direktivet som den specifika sociala plan som tillämpades av Baxter. Det kan underlätta att redan från början precisera exakt vad domstolens svar på de hänskjutna frågorna bör, eller inte bör, omfatta.

27. Domstolens roll är naturligtvis att meddela ett förhandsavgörande avseende tolkningen av den aktuella unionslagstiftningen. Den nationella lagstiftning som avviker från principen om likabehandling ger emellertid arbetsmarknadens parter ett visst utrymme för skönsmässig bedömning. Frågan huruvida en korrekt tolkning av unionslagstiftningen utgör hinder för en sådan nationell lagstiftning kan inte besvaras utifrån ett abstrakt resonemang. Det är nödvändigt att beakta vad som sker när arbetsmarknadens parter upprättar en specifik social plan som får följder för en enskild person (här Johann Odar). Jag anser därför att analysen bör omfatta nedanstående frågor (varav inte alla är frågor som det ankommer på domstolen att besvara).

28. Får den sociala planen följder som strider mot artiklarna 1 och 2.1 i direktivet och som inte omfattas av undantagen i artiklarna 2.2 b i och 6.1 i direktivet? För att besvara den frågan är det nödvändigt att beakta de specifika detaljerna i den aktuella planen och de resultat den leder till. I det följande kommer jag därför att undersöka hur planen fungerar, studera vad resultatet blev när den tillämpades på Johann Odar och pröva huruvida resultatet strider mot direktivet. Domstolen har full behörighet att besvara denna fråga, även om det kan finnas vissa ytterligare faktiska omständigheter som det ankommer på den nationella domstolen att pröva eller bekräfta.

21 — Jag tolkar det företags- och yrkesbaserade systemet för social trygghet i frågorna 3 och 4 som en hänvisning till den ovan i punkt 17 nämnda sociala planen.

29. Är Baxters sociala plan vidare tillåten enligt 10 § punkt 6 AGG? Detta är i huvudsak en fråga som rör nationell rättstillämpning och som det ankommer på den nationella domstolen att besvara. [22]

30. Om en social plan som den som Baxter har upprättat är tillåten enligt nationell rätt, utgör i så fall relevanta unionsrättsliga bestämmelser ett hinder för en sådan nationell lagstiftning? För att besvara den frågan är det nödvändigt att kombinera komponenter i svaren på de två föregående frågorna. Om unionslagstiftningen, enligt en korrekt tolkning, utgör hinder för en social plan som ger upphov till vissa specifika resultat och om en sådan plan är tillåten enligt den nationella lagstiftningen, följer att en korrekt tolkning av direktivet utgör ett hinder för en sådan nationell genomförandelagstiftning, eftersom arbetsmarknadens parter ges ett orimligt stort mått av flexibilitet vad gäller upprättandet av sociala planer och det därför blir möjligt att upprätta sociala planer som, även om de är tillåtna enligt den nationella lagstiftningen, likväl leder till resultat som strider mot direktivet.

Frågorna 3 och 4

31. Genom frågorna 3 och 4 vill den nationella domstolen få klarhet i huruvida direktivets förbud mot diskriminering på grund av ålder och/eller funktionshinder utgör hinder för en bestämmelse i en social plan enligt vilken förmåner som betalas till arbetstagare som är 54 år eller äldre ska fastställas på grundval av tidigaste möjliga tidpunkt för pensionering (den alternativa beräkningsmetoden).

32. Syftet med direktivet är att tillhandahålla en allmän ram för att bekämpa diskriminering i yrkeslivet på grund av ålder eller funktionshinder. Det följer av artikel 3.1 c att direktivet ska tillämpas på ”alla personer, såväl inom den offentliga som den privata sektorn … i fråga om … [a]nställnings- och arbetsvillkor, inklusive [uppsägning] och löner”. Jag delar den nationella domstolens uppfattning att den sociala planen faller inom direktivets tillämpningsområde eftersom den påverkar arbetstagares anställnings- och arbetsvillkor, inklusive uppsägning och löner.

33. Enligt artikel 2.1 i direktivet 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. I artikel 2.2 a anges att enligt punkt 1 ska direkt diskriminering anses förekomma när en person behandlas mindre förmånligt än en annan person behandlas, har behandlats eller skulle behandlas i en jämförbar situation. I artikel 2.2 b definieras indirekt diskriminering som situationer ”... när en skenbart neutral bestämmelse eller ett skenbart neutralt kriterium eller förfaringssätt särskilt missgynnar personer med ett visst funktionshinder, [23] en viss ålder, ...”.

34. I direktivet görs en åtskillnad mellan direkt diskriminering och indirekt diskriminering. Indirekt diskriminering anses inte förekomma om det sätt på vilket den aktuella personen behandlas omfattas av tillämpningsområdet för artikel 2.2 b i. Direkt diskriminering på grund av ålder är tillåtet om diskrimineringen omfattas av tillämpningsområdet för artikel 6.1 i direktivet. Det finns ingen motsvarande bestämmelse som rättfärdigar direkt diskriminering på grund av funktionshinder. [24]

35. Johann Odar har gjort gällande att den sociala planen utgör direkt diskriminering på grund av ålder och leder till indirekt diskriminering på grund av funktionshinder.

36. Min tolkning är att den sociala planen tillämpades på Johann Odar på nedanstående sätt.

22 — Se dom av den 19 februari 2009 i mål C-321/07, Schwarz (REG 2009, s. I-1113), punkt 48 och där angiven rättspraxis.

23 — I förevarande mål har jag tolkat denna fras som ”med ett funktionshinder”, eftersom den annars skulle bli meningslös. Det avgörande är inte exakt vilken form av funktionsnedsättning som Johann Odar lider av utan den omständigheten att han anses vara funktionshindrad.

24 — Vissa former av positiv särbehandling vad gäller personer med funktionshinder omfattas, trots att de utgör direkt särbehandling på denna grund, av artikel 7.2 i direktivet.

37. Inom ramen för den sociala planen fastställdes Johann Odars faktiska avgångsvederlag på grundval av följande tre faktorer: den vanliga beräkningsmetoden, den alternativa beräkningsmetoden och korrigeringsfaktorn. [25]

Diskriminering på grund av ålder

38. Den vanliga beräkningsmetoden leder till direkt diskriminering på grund av ålder. Upp till och med 57 års ålder tilldelas äldre arbetstagare en högre och högre åldersfaktor, även om ökningen sker ojämnt. De behandlas i detta avseende på ett förmånligare sätt än yngre arbetstagare. Målet vid den nationella domstolen rör emellertid inte denna aspekt. Det är den minskning av åldersfaktorn som därefter följer som ger upphov till den särbehandling som Johann Odar har drabbats av inom ramen för den sociala planen. [26] Vid lika anställningstid och lika lön varierar avgångsvederlaget enbart på grundval av arbetstagarens ålder, eftersom både lön och anställningstid multipliceras med åldersfaktorn. [27]

39. Johann Odars avgångsvederlag beräknades på grundval av åldern 58 år, för vilken åldersfaktorn är 1,7. Eftersom hans åldersfaktor således blev lägre än om han hade varit 57 år behandlades han mindre förmånligt än vad en ett år yngre arbetstagare (med samma anställningstid och lön) hade behandlats (om allt annat hade varit lika).

40. Skillnaden mellan åldersfaktorerna 1,75 och 1,7 är liten. Den ekonomiska nackdelen till följd av en sådan skillnad är mindre än om Johann Odar (exempelvis) hade varit 59 år när hans anställningsförhållande upphörde. Trots det rör det sig i 6 § punkt 1.1 och 1.2 i den sociala planen om särbehandling på grund av ålder.

41. Den alternativa beräkningsmetoden (som är föremål för frågorna 3 och 4) tillämpades sedan på Johann Odars avgångsvederlag. Effekten av detta blev att avgångsvederlaget begränsades till 85 procent av den bruttolön som han skulle ha erhållit från och med datumet för anställningens upphörande och fram till och med den tidigaste möjliga tidpunkten för pensionering (varvid månadslönen antogs förbli oförändrad under hela denna period).

42. Den nationella domstolen har konstaterat att taket endast gäller från 54 års ålder och frågar sig om detta kan utgöra diskriminering på grund av ålder. Baxter har gett två förklaringar. I sitt skriftliga yttrande uppgav Baxter att orsaken till att beräkningen gäller från 54 års ålder enbart är att det vid en tidigare ålder är matematiskt omöjligt för beräkningen att påverka det belopp som den vanliga beräkningsmetoden resulterar i. Vid förhandlingen förklarade Baxter att den tidigaste möjliga pensionsåldern var lägre när den preventiva sociala planen upprättades (än när Johann Odar sades upp). Var och en av dessa förklaringar kan tänkas vara korrekt. Det ankommer på den nationella domstolen att bedöma detta. Såvitt det inte går att börja arbeta hos Baxter före 18 års ålder eller går att erhålla förtidspensionering före 60 års ålder verkar Baxters första förklaring vara korrekt ur ett

25 — Se punkt 22 ovan.

26 — Åldersfaktorn ökar i ojämn takt från 0,35 vid 18 års ålder och når sitt högsta värde (1,75) vid 57 års ålder. Därefter sjunker den snabbt och når sitt lägsta värde (0,3) vid 64 års ålder.

27 — I varje enskilt fall avgörs resultatet av de relevanta siffrorna och av hur beräkningen av de olika uppgifterna sker. I den vanliga beräkningsmetoden inom ramen för den sociala planen (avgångsvederlag = åldersfaktorn × anställningstiden × bruttomånadslönen) avgör åldersfaktorn antalet månadslöner (eller delar av en månadslön) som ska beaktas vid beräkningen av avgångsvederlaget. För en arbetstagare som är 36 år beräknas månadslönen således till sitt nominella värde (åldersfaktor 1). Vid 57 års ålder multipliceras månadslönen med 1,75 och vid 64 års ålder multipliceras den med 0,3. För en arbetstagare på 36 år multipliceras därför anställningstiden med 0,75 (eller ¾) av en månadslön mindre än för en arbetstagare som är 57 år. Vid 64 års ålder multipliceras den med 1,45 (nästan 1 ½) av en månadslön mindre än för en arbetstagare som är 57 år. De arbetstagare som har en högre åldersfaktor och längre anställningstid får därför större förmåner enligt den sociala planen.

rent matematiskt perspektiv. Om någon av dessa parametrar är inkorrekta (vilket det ankommer på den nationella domstolen att pröva) kan den alternativa beräkningsmetoden påverka det belopp som tillämpningen av den vanliga beräkningsmetoden resulterade i vid en tidigare tidpunkt. Om så är fallet innebär detta återigen att det rör sig om direkt diskriminering på grund av ålder.

43. Om vi (vilket är mest sannolikt) antar att Baxters förklaring är korrekt är det specifika omnämnandet av åldern 54 år i den sociala planen irrelevant. Den alternativa beräkningsmetoden kan tillämpas på alla åldrar men ger endast effekt från 54 års ålder. Omnämnandet av ”54 år” i den sociala planen innebär därför inte någon faktisk särbehandling på grund av ålder – det rör sig enbart om en mindre lyckad skrivning som ger intryck av att det rör sig om särbehandling. Den alternativa beräkningsmetoden leder därför inte i sig till direkt diskriminering.

Diskriminering på grund av funktionshinder

44. Låt oss nu studera vad effekten blir om den alternativa beräkningsmetoden tillämpas på Johann Odars avgångsvederlag i) vid en pensionsålder på 65 år och ii) vid en pensionsålder på 60 år. I det första fallet påverkar den alternativa beräkningsmetoden inte avgångsvederlaget. I det andra fallet blir effekten av den alternativa beräkningsmetoden dramatisk och avgångsvederlaget minskar i ett första skede med mer än två tredjedelar, även om den slutliga minskningen genom tillämpning av korrigeringsfaktorn inskränks till hälften. Detta är en direkt följd av tillämpningen av en pensionsålder på 60 år i stället för en pensionsålder på 65 år. Att beräkningen i förevarande mål grundades på den lägre pensionsåldern (60 år) är i sig en direkt följd av Johann Odars funktionshinder.

45. Den tyska regeringen har hävdat att arbetstagare med funktionshinder inte diskrimineras i den sociala planen, eftersom dessa har rätt att gå i pension vid 60 års ålder och därför inte kan jämföras med personer utan funktionshinder, som har rätt att gå i pension vid 65 års ålder. Skillnaden mellan lägsta möjliga pensionsålder för dessa båda grupper innebär en objektiv åtskillnad. Till stöd för sin uppfattning att objektivt olika situationer inte bör behandlas lika anför den tyska regeringen domarna i målen Bird’s Eye Walls [28] och Hlozek [29].

46. Jag delar inte Tysklands uppfattning.

47. Jag anser att båda grupperna omfattar arbetstagare som kan tänkas vilja arbeta vidare fram till och med den normala pensionsåldern (65 år), men som har varslats om uppsägning. Enligt min uppfattning är de två kategorierna därför jämförbara.

48. Omständigheterna i förevarande mål skiljer sig dessutom från omständigheterna i målen Bird’s Eye Walls och Hlozek, eftersom den så kallade övergångspensionen i dessa båda mål endast betalades till arbetstagare som var nära den lagstadgade pensionsåldern. Övergångspensionen i målet Hlozek betalades till arbetstagare som sades upp till följd av en omstrukturering av det företag som de var anställda hos. Övergångspensionen betalades till de kvinnor som hade uppnått 50 års ålder och till de män som hade uppnått 55 års ålder. Betalningen av övergångspensionen kopplades till pensionsåldern på så sätt att kvinnor hade rätt till ålderspension vid 55 års ålder medan män hade rätt till ålderspension först vid 60 års ålder. Domstolen konstaterade att fastställandet av olika åldrar för när män respektive kvinnor kunde beviljas övergångspension var en neutral mekanism som bekräftade att det inte rörde sig om diskriminering. Män och kvinnor befann sig följaktligen inte i identiska situationer och deras respektive ställningar ansågs därför inte vara jämförbara. [30]

28 — Dom av den 9 november 1993 i mål C-132/92, Bird’s Eye Walls (REG 1993, s. I-5579).

29 — Dom av den 9 december 2004 i mål C-19/02 (REG 2004, s. I-11491).

30 — Domen i målet Bird’s Eye Walls (ovan fotnot 28) avsåg en liknande situation. I det fallet betalades övergångspensionen till arbetstagare som hade rätt till sjukpension innan de hade uppnått den normala pensionsåldern, vilken var 60 år för kvinnor och 65 år för män. Se även domen i målet Hlozek (ovan fotnot 29), punkt 49.

49. I förevarande mål beviljas i princip alla arbetstagare avgångsvederlag. Hur nära personen i fråga är pensionsåldern är enbart relevant vid tillämpning av den alternativa beräkningsmetoden. Här är den korrekta jämförelsen följaktligen mellan två uppsagda arbetstagare. Till skillnad från situationen i målen Bird's Eye Walls och Hlozek [31] är det inte en jämförelse grundad på ålder som ger rätt till en förmån när anställningsförhållandet upphör.

50. I förevarande mål behandlas arbetstagare med funktionshinder mindre förmånligt än arbetstagare utan funktionshinder, eftersom funktionshindrade arbetstagare har rätt till pension vid 60 års ålder i stället för vid 65 års ålder. För varje given ålder kommer den första komponenten i beräkningen enligt den alternativa beräkningsmetoden (antal månader till tidigast möjliga pensionsålder) alltid att vara lägre för arbetstagare med funktionshinder än för lika gamla arbetstagare utan funktionshinder.

51. Följaktligen leder den till synes neutrala alternativa beräkningsmetoden till indirekt diskriminering av arbetstagare med funktionshinder. Den indirekta diskrimineringen på grund av funktionshinder får följande konsekvenser: i) att en arbetstagare med funktionshinder som sägs upp vid 58 års ålder erhåller ett väsentligt lägre avgångsvederlag än en lika gammal anställd med samma lön och samma anställningstid, men som inte har något funktionshinder, ii) att arbetstagaren med funktionshinder kan få svårare än sin kollega utan funktionshinder att hitta ny anställning och ha större ekonomiska behov resten av livet om vederbörande tvingas att acceptera en nedsättning av pensionsnivån [32] samt iii) att det blir väsentligt billigare att säga upp arbetstagare med funktionshinder än arbetstagare utan funktionshinder, så att arbetstagare med funktionshinder löper en potentiellt större risk att sägas upp. [33]

52. Jag anser därför att den sociala planen leder till indirekt diskriminering på grund av funktionshinder, eftersom en skenbart neutral bestämmelse (antal månader till tidigast möjliga pensioneringstidpunkt) i 6 § punkt 1.5 i den sociala planen medför en nackdel (lägre avgångsvederlag) för arbetstagare med funktionshinder, som har rätt att gå i pension vid 60 års ålder, jämfört med arbetstagare utan funktionshinder, som inte har rätt att gå i pension förrän de har uppnått den normala pensionsåldern (65 år).

53. Den hänskjutande domstolen har förklarat att det är möjligt att göra anspråk på förtidspension på andra grunder, exempelvis vid 63 års ålder. [34] Denna fråga är inte aktuell i målet vid den nationella domstolen och måste prövas mot nationell lagstiftning. Frågan behöver därför inte besvaras av domstolen.

Motivering enligt direktivet

54. Enligt artikel 2.2 b i i direktivet kan indirekt diskriminering anses förekomma om det sätt på vilket den aktuella personen behandlas objektivt motiveras av ett berättigat mål och om medlen för att uppnå detta mål är lämpliga och nödvändiga.

55. Dessutom är direkt diskriminering på grund av ålder (men inte på andra grunder, såsom funktionshinder) tillåten om den omfattas av artikel 6.1 i direktivet. I denna ges medlemsstaterna ett stort utrymme för skönsmässig bedömning vid fastställandet av sin sysselsättningspolitik och de ges möjlighet att fastställa särskilda villkor för uppsägning när de genomför berättigade mål som

31 — Se ovan fotnoterna 28 och 29.

32 — Med förbehåll för de nationella bestämmelser om pensioner till arbetstagare med funktionshinder som i ett första skede erhåller en nedsatt pension, som efter tre år kan omvandlas till full pension under förutsättning att villkoren i den nationella lagstiftningen är uppfyllda.

33 — Se punkterna 70–75 nedan.

34 — Se punkt 14 ovan.

rättfärdigar vad som annars skulle ha betraktats som diskriminering på grund av ålder[35]. I skäl 25 i direktivet anges trots detta att det är ”viktigt att göra en skillnad mellan [befogad] särbehandling, särskilt sådan som motiveras av de [berättigade] målen för sysselsättningspolitiken, arbetsmarknaden och yrkesutbildningen och den diskriminering som bör vara förbjuden”.

56. Artikel 2.2 b i och artikel 6.1 i direktivet har inte samma räckvidd.[36] Trots att lydelsen av de två bestämmelserna skiljer sig åt (i artikel 2.2 b i anges att ”… bestämmelsen ... objektivt motiveras av ett berättigat mål …” medan det i artikel 6.1 anges att särbehandling på grund av ålder inte ska utgöra diskriminering om särbehandlingen ”på ett objektivt och rimligt sätt … kan motiveras av ett berättigat mål …”) har domstolen likväl konstaterat att det är otänkbart att en särbehandling skulle kunna motiveras av ett med lämpliga och nödvändiga medel uppnått berättigat mål utan att denna motivering samtidigt var rimlig.[37]

– Berättigat mål

57. Rätten att arbeta och förbudet mot diskriminering på grund av ålder och/eller funktionshinder har stadfästs som grundläggande rättigheter i stadgan.[38] Eftersom befogad särbehandling enligt artiklarna 2.2 b i och 6.1 i direktivet utgör ett undantag från den allmänna principen om icke-diskriminering måste båda dessa bestämmelser ges en restriktiv tolkning.[39] Dessutom har medlemsstaterna trots sitt betydande utrymme för skönsmässig bedömning på socialpolitikens område bevisbördan för att det eftersträvade målet är berättigat (eller för att de eftersträvade målen är berättigade), varvid beviskraven är högt ställda.[40]

58. I avsaknad av någon precisering i den ifrågavarande nationella lagstiftningen avseende det mål som eftersträvas, kan andra omständigheter, som framgår av det sammanhang i vilket åtgärden har vidtagits, användas för att fastställa vad som utgör målet för åtgärden, för att därvid möjliggöra en domstolsprövning av huruvida åtgärden är berättigad och proportionerlig.[41]

59. Den nationella domstolen har konstaterat att målet för den sociala planen är att göra det möjligt för arbetsmarknadens parter att fördela begränsade medel mellan arbetstagare som har blivit uppsagda. Syftet med den sociala planen är att mildra de direkta följderna av uppsägningen genom att betala en överbryggande ersättning till arbetstagarna fram till deras nästa säkerställda inkomst, och därvid ge yngre arbetstagare en förmånligare behandling. De senare anses vara i större behov av ersättning eftersom de, till skillnad från äldre arbetstagare som närmar sig pensionsåldern, inte har någon uppenbar framtida inkomstkälla.

60. Med tanke på att det endast finns begränsade medel att fördela mellan de arbetstagare som har sagts upp är målet att de arbetstagare som anses ha störst behov ska behandlas förmånligare helt klart snarare ett mål av allmänt intresse än ett ”rent individuell[t] skäl som hänför sig till arbetsgivarens situation, såsom att minska kostnaderna eller att förbättra konkurrenskraften”.[42] Jag godtar därför detta som ett berättigat mål.

35 — Se skäl 25 (ovan punkt 3). Se även dom av den 5 mars i mål C-388/07, Age Concern England (REG 2009, s. I-1569), punkt 51.

36 — Domen i målet Age Concern England (ovan fotnot 35), punkt 58.

37 — Domen i målet Age Concern England (ovan fotnot 35), punkt 65.

38 — Se artikel 21 i stadgan.

39 — Vad gäller tolkningen av undantag rent generellt, se dom av den 21 oktober 2010 i mål C-227/09, Acardo m.fl. (REU 2010, s. I-10273), punkt 58 och där angiven rättspraxis. Vad gäller tolkningen av det undantag som anges i artikel 2.5 i direktivet, se dom av den 12 januari 2010 i mål C-341/08, Petersen (REU 2010, s. I-47), punkt 60, och mer nyligen av den 13 september 2011 i mål C-447/09, Prigge m.fl. (REU 2011, s. I-8003), punkt 56.

40 — Domen i målet Age Concern England (ovan fotnot 35), punkt 65.

41 — Dom av den 18 november 2010 i de förenade målen C-250/09 och C-268/09, Georgiev (REU 2010, s. I-11869), punkt 40.

42 — Domen i målet Age Concern England (ovan fotnot 35), punkt 46.

61. Även om målet kan anses berättigat är frågan huruvida den sociala planen är lämplig och nödvändig. Med andra ord, är den sociala planen ett lämpligt medel för att uppnå de eftersträvade målen (att överbrygga perioden mellan uppsägningen och arbetstagarens nästa inkomst, varvid yngre arbetstagare som (till skillnad från äldre arbetstagare som närmar sig pensionsåldern) inte har någon uppenbar säkerställd framtida inkomstkälla ska behandlas mer förmånligt)? Och skulle dessa mål kunna uppnås genom mindre diskriminerande åtgärder?

– Är den sociala planen ett lämpligt medel för att uppnå dessa mål?

62. De tre faktorer som används för att fastställa avgångsvederlaget enligt den vanliga beräkningsmetoden i den sociala planen (åldersfaktor, anställningstid och bruttomånadslön) gynnar äldre arbetstagare upp till 57 års ålder.[43] För personer mellan 36 år (åldersfaktor = 1,00) och 57 år (åldersfaktor = 1,75)[44] medför åldersfaktorn en ökning av det avgångsvederlag som erhålls. Rent generellt ökar troligtvis såväl anställningstid som lön i takt med en arbetstagares ålder,[45] vilket också ökar det avgångsvederlag som arbetstagaren har rätt till.

63. Arbetsmarknadens parter beaktade emellertid därefter den omständigheten att äldre arbetstagare som närmar sig pensionsåldern har rätt till en pension. I den alternativa beräkningsmetoden infördes därför ett tak motsvarande 85 procent av vad arbetstagaren skulle ha tjänat mellan tidpunkten för anställningsförhållandets upphörande och den tidpunkt vid vilken vederbörande för första gången kan göra anspråk på ålderspension. I avsaknad av ett sådant tak är det förvisso troligt att en större andel av de begränsade medlen skulle tilldelas äldre arbetstagare som snart kommer att ha tillgång till en säkerställd inkomstkälla (nämligen ålderspension), vilket skulle kunna missgynna yngre arbetstagare.[46]

64. Jag godtar därför att det är lämpligt för arbetsmarknadens parter att vid fördelningen av de begränsade medel de har tillgång till enligt den sociala planen fastställa ett tak för de förmåner som ska betalas ut till äldre arbetstagare som närmar sig pensionsåldern. I det avseendet kan den sociala planen anses utgöra ett lämpligt medel för att nå de eftersträvade målen.

65. Eftersom en arbetstagare med funktionshinder emellertid kan gå i pension tidigare (om än med nedsatt pension) än en arbetstagare utan funktionshinder missgynnar den alternativa beräkningsmetoden emellertid funktionshindrade arbetstagare. Det ankommer på den nationella domstolen att, vid sin bedömning av den sociala planen, pröva huruvida det är troligt att fastställandet av ett tak för funktionshindrade arbetstagares avgångsvederlag ger tillräckligt gynnsamma effekter vad gäller den samlade tillgången på medel för utbetalning av avgångsvederlag för att en nedsättning av de funktionshindrade arbetstagarnas ersättning ska anses vara motiverad. Med tanke på att ett företag i regel har relativt få anställda med funktionshinder[47] förefaller det inte troligt att en sådan åtgärd, vilken på detta sätt (medvetet eller omedvetet) riktas mot funktionshindrade arbetstagare, anses lämplig.

43 — Se punkt 17 ovan.

44 — Se ovan fotnoterna 26 och 27.

45 — Se punkt 38 ovan.

46 — Vid förhandlingen framhöll den tyska regeringen att en arbetstagare som går i pension i förtid behåller rätten att söka ny anställning. Om vederbörande hittar ett nytt arbete upphör pensionen. Han kan sedan fortsätta att arbeta fram till den lagstadgade pensionsåldern. Efter en justering för att spegla de särskilda omständigheterna i det aktuella fallet skulle hans pension då börja betalas ut igen. I den mån ett sådant argument grundas på antagandet att den äldre arbetstagaren verkligen kommer att hitta en ny anställning har inga bevis till stöd för detta ingetts till domstolen och ett sådant antagande går också stick i stäv med de erkända svårigheter som äldre har att hitta ny anställning. Även om det ankommer på den nationella domstolen att pröva en sådan ståndpunkt lutar jag åt att argumentet är felaktigt. Det stämmer emellertid att tillgången till en pension (även en nedsatt sådan) ger en inkomsttrygghet som en yngre arbetstagare som förlorar sin anställning saknar.

47 — Se *Facts on disability in the world of work*, publicerad av Internationella arbetsorganisationen, tillgänglig på http:www.ilo.org/employment/disability.

– Kan den sociala planens mål uppnås med mindre diskriminerande medel?

66. Är det nödvändigt att rikta in sig på arbetstagare med funktionshinder för att arbetsmarknadens parter ska kunna ge andra arbetstagare en förmånligare behandling?

67. Jag anser inte det. [48]

68. Vid beräkningen av de förmåner som ska betalas till arbetstagare som har blivit uppsagda tar den alternativa beräkningsmetoden enbart hänsyn till en nyckelfaktor, det vill säga tiden fram till den aktuella arbetstagarens pensionsålder. Som angetts ovan anser jag i princip att detta är lämpligt. Vid närmare betraktande visar sig emellertid den till synes rättvisa karaktären av ett sådant tak (vilken grundar sig på den direkta kopplingen till den tidpunkt då en alternativ säker inkomst blir tillgänglig) emellertid vilseledande. Genom att taket uteslutande inriktas på en enda nyckelfaktor vägs inte andra faktorer in som är relevanta för funktionshindrade arbetstagare. Medan alla arbetstagare som går i pension i förtid får nedsatt pension, och kan bli tvungna att anpassa sina utgifter i överensstämmelse med detta, tar den alternativa beräkningsmetoden ingen hänsyn till att funktionshindrade arbetstagare till följd av sitt funktionshinder kan ha haft större utgifter under hela livet och/eller till att dessa kostnader kan komma att öka i takt med att de blir äldre. De kanske inte kan ändra sitt utgiftsmönster utan att göra stora uppoffringar, som en kollega utan funktionshinder inte skulle behöva göra.

69. De berättigade målen i den sociala planen förefaller således kunna uppnås genom mindre diskriminerande medel, där den särskilda situation som arbetstagare med funktionshinder befinner sig i beaktas vid fördelningen av de begränsade medel som finns att tillgå för utbetalning av avgångsvederlag. Därför anser jag att de bestämmelser som införts genom Baxters sociala plan inte klarar proportionalitetstestet.

## Urvalskriterier vid uppsägning

70. Jag kommer även att kort beröra en annan fråga, nämligen kriterierna för att välja ut de arbetstagare som ska sägas upp och kostnaderna för att säga upp vissa särskilda typer av arbetstagare.

71. Under förhandlingen framhöll både Baxter och den tyska regeringen att arbetsgivare endast får tillämpa de fyra kriterier som anges i 1 § punkterna 2 och 3 KSchG när de väljer ut vilka arbetstagare som ska sägas upp. [49]

72. Även när dessa kriterier tillämpas på ett rättvist och objektivt sätt anser jag emellertid att den omständigheten att det är billigare att säga upp en äldre eller funktionshindrad arbetstagare kan påverka valet av vem som ska sägas upp.

73. Låt oss ta ett exempel för att se varför det förhåller sig på det sättet.

74. Ett företag som tillämpar samma sociala plan som Baxter är tvunget att säga upp 30 arbetstagare. Genom att tillämpa 1 § punkterna 2 och 3 KSchG ”poängsätter” det sin befintliga personal utifrån de fyra kriterier som anges i nämnda lagstiftning. [50] Arbetstagare med 80 poäng eller mer riskerar inte uppsägning. Efter att ha studerat poängen väljer företaget utan större svårigheter ut 29 arbetstagare

48 — Se punkterna 44–52 ovan.

49 — Se punkt 16 ovan.

50 — I mål C-86/10, Balaban, ombads domstolen att besvara huruvida artikel 6.1 i direktivet ska tolkas så, att den utgör hinder mot en nationell bestämmelse som tillåter att valet av vilka arbetstagare som ska bli föremål för kollektiv uppsägning grundas på ålder. Domstolen informerades om att ett poängsystem av den typ som jag har använt i mitt exempel var en vanlig metod för att tillämpa de fyra kriterierna. Målet avskrevs av den nationella domstolen (Arbeitsgericht Siegburg (Tyskland)) efter förhandlingen, men före dom hade meddelats (EUT C 252, 2011, s. 27).

som sägs upp, vilka samtliga har en poäng som ligger klart under tröskelvärdet. Även en trettionde arbetstagare måste väljas ut och det finns tre kandidater (A, B och C). Både A och B är gifta och har två underhållsberättigade barn. C är ensamstående och tillräckligt funktionshindrad för att vara berättigad till förtidspensionering på grund av sitt funktionshinder. Alla tre har 79 poäng:

| | A | B | C |
|---|---|---|---|
| Ålder | 57 | 54 | 57 |
| Anställningstid | 10 | 14 | 12 |
| Underhållsskyldighet | 12 | 12 | 0 |
| Funktionshinder | 0 | 0 | 10 |
| Totalt | 79 | 79 | 79 |

75. Om inte C fanns med skulle arbetsgivaren vara tvungen att välja mellan A och B. Det skulle då vara billigare att välja A. När C tas med i beräkningen blir i stället C arbetsgivarens logiska val och den kandidat som arbetsgivaren väljer att säga upp. Enligt min tolkning strider detta inte mot kraven i KSchG. När ett avgörande val måste göras mellan vem som ska sägas upp av två kandidater med samma poäng innebär det logiska valet dock att den äldre och/eller funktionshindrade arbetstagaren missgynnas.

76. Jag anser därför att direktivet utgör hinder för sådana nationella bestämmelser[51] som de som föreskrivs i 6 § punkt 1.1–1.5 i den sociala planen. Sådana bestämmelser leder till indirekt diskriminering på grund av funktionshinder eftersom en skenbart neutral bestämmelse i den sociala planen resulterar i en nackdel. Eftersom funktionshindrade arbetstagare har rätt att gå i pension vid 60 års ålder får de lägre avgångsvederlag än anställda som inte är funktionshindrade, vilka har rätt att gå i pension vid den lagstadgade pensionsåldern 65 år.

*Den första och den andra tolkningsfrågan*

77. Genom den första och den andra tolkningsfrågan vill den hänskjutande domstolen främst få klarhet i huruvida 10 § punkt 6 AGG är förenlig med direktivet i den del arbetsmarknadens parter tillåts att upprätta sociala planer (som den i förevarande mål) som leder till särbehandling på grund av ålder och/eller funktionshinder.

78. Den hänskjutande domstolen har förklarat att det enligt 10 § punkt 6 AGG är tillåtet med direkt diskriminering på grund av ålder. Nämnda domstol har emellertid inte uttryckligen konstaterat i) huruvida Baxters sociala plan omfattas av tillämpningsområdet för 10 § punkt 6 AGG eller ii) huruvida planen (enligt den nationella lagstiftningen) uppfyller kraven i nämnda bestämmelse.

79. Enligt fast rättspraxis ankommer det på den nationella domstolen att tolka bestämmelser i nationell lagstiftning och avgöra huruvida dessa är förenliga med unionslagstiftningen. Däremot är domstolen behörig att förse den nationella domstolen med nödvändig vägledning om tolkningen av direktivet som gör det möjligt för den nationella domstolen att bedöma huruvida nationella bestämmelser är förenliga med unionslagstiftningen.

51 — Se ovan fotnot 2 och punkterna 26–30 vad gäller förhållandet mellan direktivet, AGG och Baxters sociala plan.

80. Jag föreslår därför att domstolen ska tolka direktivet så, att det utgör hinder för Baxters sociala plan i den del nämnda plan diskriminerar en funktionshindrad arbetstagare som Johann Odar.[52] I det fall den nationella domstolen anser att Baxters sociala plan är tillåten enligt 10 § punkt 6 AGG ankommer det på den domstolen att bedöma huruvida nämnda bestämmelse i den nationella lagstiftningen kan tolkas i överensstämmelse med direktivet, så att sådana planer förbjuds. I annat fall bör den inte tillämpas.[53]

81. Mitt svar på den första och den andra tolkningsfrågan är därför att det ankommer på den nationella domstolen att – med utnyttjande av det utrymme för skönsmässig bedömning som den har enligt nationell rätt – tolka och tillämpa varje relevant nationell befogenhetsbestämmelse (här 10 § punkt 6 AGG) på ett sätt som står i överensstämmelse med direktiv 2000/78. Om den nationella domstolen finner att detta är omöjligt ska den underlåta att tillämpa den aktuella bestämmelsen.

## Förslag till avgörande

82. Min uppfattning är således att domstolen ska besvara de frågor som har ställts av Arbeitsgericht München på följande sätt:

1. Artiklarna 1, 2.2 b i och 6.1 i rådets direktiv 2000/78/EG av den 27 november 2000 om inrättande av en allmän ram för likabehandling i arbetslivet bör tolkas så, att de utgör hinder för sådana nationella bestämmelser som de som föreskrivs i 6 § punkt 1.1–1.5 i den sociala plan som upprättats av Baxter och företagsrådet, vilka leder till indirekt diskriminering på grund av funktionshinder, eftersom en skenbart neutral bestämmelse resulterar i en nackdel (lägre avgångsvederlag) för funktionshindrade arbetstagare, som har rätt till pension vid 60 års ålder, jämfört med anställda utan funktionshinder, som inte har rätt till pension förrän vid den lagstadgade pensionsåldern 65 år.

2. Det ankommer på den nationella domstolen att – med utnyttjande av det utrymme för skönsmässig bedömning som den har enligt nationell rätt – tolka och tillämpa varje relevant nationell befogenhetsbestämmelse på ett sätt som står i överensstämmelse med direktiv 2000/78. Om den nationella domstolen finner att detta är omöjligt ska den underlåta att tillämpa den aktuella bestämmelsen.

52 — Se punkt 76 ovan.

53 — Se dom av den 13 november 1990 i mål C-106/89, Marleasing (REG 1990, s. I-4135; svensk specialutgåva, volym 10, s. 575), punkt 8, och mer nyligen av den 10 mars 2011 i mål C-109/09, Deutsche Lufthansa (REU 2011, s. I-1309), punkt 51. Se även artikel 16 i direktivet (ovan punkt 9).