



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
M. SZPUNAR
fremsat den 26. juni 2019¹

Sag C-396/18

**Gennaro Cafaro
mod
DQ**

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Corte suprema di cassazione (kassationsdomstol, Italien))

»Præjudiciel forelæggelse – indehavere af pilotcertifikat, der er fyldt 60 år – selskab, der udøver aktiviteter i forbindelse med beskyttelse af den nationale sikkerhed – forbud mod forskelsbehandling på grund af alder – anvendelsesområde for forordning (EU) nr. 1178/2011 – direktiv 2000/78/EF«

I. Indledning

1. Princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder har været genstand for en righoldig retspraksis, hvorved Domstolen på baggrund af dette princip bl.a. har skullet undersøge, hvorvidt en medlemsstat kunne forbyde personer over en vis alder at udøve erhvervet som pilot².
2. Denne problematik tages nu op igen med de foreliggende præjudicielle spørgsmål på baggrund af de særlige omstændigheder i hovedsagen. Domstolen skal nærmere bestemt tage stilling til, om arten af de aktiviteter, der udøves af et selskab, som beskæftiger piloter, dvs. aktiviteter i forbindelse med beskyttelse af den nationale sikkerhed, kan have indflydelse på den vurdering, der skal foretages af forbuddet mod udøvelsen af dette erhverv for piloter, der er fyldt 60 år.

1 – Originalsprog: fransk.

2 – Dom af 13.9.2011, Prigge m.fl. (C-447/09, EU:C:2011:573), og af 5.7.2017, Fries (C-190/16, EU:C:2017:513).

II. Retsforskrifter

A. EU-retten

1. *Forordning (EF) nr. 216/2008*

3. Artikel 1, stk. 1, i forordning (EF) nr. 216/2008³ har følgende ordlyd:

»Denne forordning finder anvendelse på:

[...]

b) personale og organisationer, der beskæftiger sig med luftfartøjsoperationer

[...]

4. Som det fremgår af denne forordnings artikel 2, stk. 1, er »[h]ovedformålet med denne forordning [...] at fastlægge og opretholde et højt ensartet sikkerhedsniveau for civil luftfart i Europa«.

5. Den nævnte forordnings artikel 7, stk. 2, bestemmer:

»Bortset fra under uddannelsen må en person kun fungere som pilot, hvis den pågældende er i besiddelse af et certifikat og et helbredsbevis, der er relevant for den operation, der skal udføres.

[...]«

2. *Forordning (EU) nr. 1178/2011*

6. Artikel 1 i forordning (EU) nr. 1178/2011⁴ bestemmer:

»Ved denne forordning fastsættes nærmere regler for:

1) forskellige rettigheder til brug i forbindelse med pilotcertifikater, betingelserne for udstedelse, vedligeholdelse, ændring, begrænsning, suspension eller tilbagekaldelse af certifikater, certifikatindehavernes rettigheder og ansvar, betingelserne for konvertering af eksisterende nationale pilotcertifikater og nationale flymekanikercertifikater til pilotcertifikater samt betingelserne for accept af certifikater fra tredjelande

[...]«

7. Artikel 2 i forordning nr. 1178/2011 bestemmer:

»I denne forordning forstås ved:

1) »del-FCL-certifikat«: et flyvebesætningscertifikat, der opfylder kravene i bilag I

3 – Europa-Parlamentets og Rådets forordning af 20.2.2008 om fælles regler for civil luftfart og om oprettelse af et europæisk luftfartssikkerhedsagentur, og om ophævelse af Rådets direktiv 91/670/EØF, forordning (EF) nr. 1592/2002 og direktiv 2004/36/EF (EUT 2008, L 79, s. 1), som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 1108/2009 af 21.10.2009 (EUT 2009, L 309, s. 51) (herefter »forordning nr. 216/2008«).

4 – Kommissionens forordning af 3.11.2011 om fastsættelse af tekniske krav og administrative procedurer for flyvebesætninger i civil luftfart i henhold til Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 216/2008 (EUT 2011, L 311, s. 1), som ændret ved Kommissionens forordning (EU) nr. 290/2012 af 30.3.2012 (EUT 2012, L 100, s. 1) (herefter »forordning nr. 1178/2011«).

[...]«

8. Artikel 12 i forordning nr. 1178/2011, der har overskriften »Ikrafttræden og anvendelse«, har følgende ordlyd:

»1. Denne forordning træder i kraft på tyvendedagen efter offentliggørelsen i *Den Europæiske Unions Tidende*.

Den anvendes fra den 8. april 2012.

1b. Uanset stk. 1 kan medlemsstaterne beslutte ikke at anvende bestemmelserne i bilag I til IV før den 8. april 2013.

[...]«

9. Punkt FCL.065 i bilag I til forordning nr. 1178/2011, som har overskriften »Indskrænkninger i rettigheder for certifikatindehavere på over 60 år i erhvervsmæssig lufttransport«, bestemmer:

»a) 60-64 år. Flyvemaskiner og helikoptere. Indehaveren af et pilotcertifikat, som er fyldt 60 år, må ikke flyve som pilot på et luftfartøj i erhvervsmæssig lufttransport bortset fra:

- 1) som medlem af en besætning med flere piloter, og
- 2) hvis en sådan indehaver er den eneste pilot i flyvebesætningen, som er fyldt 60 år.

b) 65 år. Indehaveren af et pilotcertifikat, som er fyldt 65 år, må ikke flyve som pilot på et luftfartøj i erhvervsmæssig lufttransport.«

3. Direktiv 2000/78/EF

10. Direktiv 2000/78/EF⁵ har ifølge artikel 1 til formål »med henblik på at gennemføre princippet om ligebehandling i medlemsstaterne, at fastlægge en generel ramme for bekæmpelsen af forskelsbehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv på grund af religion eller tro, handicap, alder eller seksuel orientering«.

11. Artikel 2 i direktiv 2000/78 med overskriften »Begrebet forskelsbehandling« bestemmer:

»1. I dette direktiv betyder princippet om ligebehandling, at ingen må udsættes for nogen form for direkte eller indirekte forskelsbehandling af nogen af de i artikel 1 anførte grunde.

2. I henhold til stk. 1

a) foreligger der direkte forskelsbehandling, hvis en person af en eller flere af de i artikel 1 anførte grunde behandles ringere, end en anden i en tilsvarende situation bliver, er blevet eller ville blive behandlet

[...]

5 – Rådets direktiv af 27.11.2000 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv (*EFT 2000, L 303, s. 16*).

5. Dette direktiv berører ikke foranstaltninger fastsat ved national lovgivning, som i et demokratisk samfund er nødvendige af hensyn til den offentlige sikkerhed, den offentlige orden, for at forebygge forbrydelse, for at beskytte sundheden eller for at beskytte andres rettigheder og friheder.«

12. Artikel 3 i direktiv 2000/78 med overskriften »Anvendelsesområde« bestemmer i stk. 4:

»Medlemsstaterne kan fastsætte, at i det omfang dette direktiv vedrører forskelsbehandling på grund af handicap eller alder, finder det ikke anvendelse på tjeneste i de væbnede styrker.«

13. Artikel 4 i direktiv 2000/78 med overskriften »Erhvervsmæssige krav« bestemmer i stk. 1:

»Uanset artikel 2, stk. 1 og 2, kan medlemsstaterne bestemme, at ulige behandling, som er baseret på en egenskab, der har forbindelse med en eller flere af de i artikel 1 anførte grunde, ikke udgør forskelsbehandling, hvis den pågældende egenskab på grund af karakteren af bestemte erhvervsaktiviteter eller den sammenhæng, hvori sådanne aktiviteter udøves, udgør et regulært og afgørende erhvervsmæssigt krav, forudsat at målet er legitimt, og at kravet står i rimeligt forhold hertil.«

14. Artikel 6 i direktiv 2000/78 med overskriften »Berettigelse af ulige behandling på grund af alder« bestemmer i stk. 1:

»Uanset artikel 2, stk. 2, kan medlemsstaterne bestemme, at ulige behandling på grund af alder ikke udgør forskelsbehandling, hvis den er objektivt og rimeligt begrundet i et legitimt formål inden for rammerne af den nationale ret, bl.a. legitime beskæftigelses-, arbejdsmarkeds- og erhvervsuddannelsespolitiske mål, og hvis midlerne til at opfylde det pågældende formål er hensigtsmæssige og nødvendige.

[...]

B. Italiensk ret

15. Den forelæggende ret har anført, at lufttransportselskabet DQ, som udfører efterretningstjenester⁶, er et selskab oprettet i henhold til artikel 25 i legge n. 124/2007 – Sistema di informazione per la sicurezza della repubblica e nuova disciplina del segreto (lov nr. 124/2007 om informationssystemet for Republikkens sikkerhed og de nye bestemmelser om klassifikation af hemmelige oplysninger) af 3. august 2007 (GURI nr. 187 af 13.8.2007), der udfører »klassificeret« virksomhed, nærmere bestemt efterretningstjenester uden fortjeneste for øje.

16. Artikel 744, stk. 4, i Codice della Navigazione (luftfartsloven) sidestiller luftfartøjer, der af offentlige eller private personer anvendes til virksomhed med henblik på beskyttelse af den nationale sikkerhed, med statslige luftfartøjer.

17. I henhold til luftfartslovens artikel 748, stk. 1, finder dens bestemmelser ikke anvendelse på luftfartøjer, der anvendes til beskyttelse af den nationale sikkerhed.

18. Luftfartslovens artikel 748, stk. 3, bestemmer, at flyvninger med luftfartøjer, der sidestilles med statslige luftfartøjer, sikrer et passende sikkerhedsniveau, der fastlægges i overensstemmelse med særlige regler vedtaget af de kompetente statslige myndigheder.

6 – Det fremgår dog af parternes skriftlige indlæg og af de mundtlige indlæg, der blev afgivet i retsmødet, at selskabet DQ ikke udelukkende udfører disse efterretningstjenester.

19. Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri (premierministerens dekret om begrænsningerne for ansættelse som besætning hos DQ) af 9. september 2008 (herefter »DPCM«) blev vedtaget på grundlag af luftfartslovens artikel 748, stk. 3.

20. Bestemmelse PCM-OPS 1.1136 i DPCM med overskriften »Den maksimale aldersgrænse« bestemmer:

»I betragtning af de i de foregående artikler nævnte formål kan piloter i [DQ] kun forblive erhvervsaktive, indtil de fylder 60 år.«

III. De faktiske omstændigheder, der ligger til grund for tvisten i hovedsagen, de præjudicielle spørgsmål og retsforhandlingerne for Domstolen

21. Den 19. januar 2012 meddelte DQ Gennaro Cafaro, der var ansat som pilot i dette selskab, at hans ansættelseskontrakt ville ophøre pr. 19. september 2012, idet han ville være fyldt 60 år.

22. Gennaro Cafaro anfægtede afskedigelsens lovlighed for Tribunale di Roma (retten i Rom, Italien), som forkastede hans søgsmål. Denne afgørelse blev efterfølgende, ved dom af 19. februar 2016, stadfæstet af Corte d'appello di Roma (appeldomstolen i Rom, Italien).

23. Gennaro Cafaro har iværksat kassationsappel ved den forelæggende ret, Corte suprema di cassazione (kassationsdomstol, Italien).

24. Den forelæggende ret har anført, at DQ's piloter i henhold til nationale bestemmelser sidestilles med statslige piloter. Som sådan udfører de flyvninger i forbindelse med beskyttelse af den nationale sikkerhed, der har til formål at sikre et passende sikkerhedsniveau, som fastlægges i overensstemmelse med særlige regler, bl.a. DPCM. Den forelæggende ret har i denne henseende præciseret, at DQ's piloter i henhold til DPCM's bestemmelser ikke må udøve deres erhverv efter det fyldte 60. år.

25. Den forelæggende ret har dog konstateret, at piloter på luftfartøjer i erhvervsmæssig lufttransport i henhold til bilag I, punkt FCL.065, i forordning nr. 1178/2011 under visse betingelser fortsat må udøve deres erhverv, efter at de er fyldt 60 år. Den forelæggende ret har nærmere bestemt fremhævet, at denne bestemmelse først forbyder disse piloter at udøve deres erhverv, når de er fyldt 65 år.

26. Den forelæggende ret er i tvivl om, hvorvidt bilag I, punkt FCL.065, i forordning nr. 1178/2011, som udtrykkelig finder anvendelse på erhvervsmæssig lufttransport, ikke desto mindre kan anses for en generel regel vedrørende piloters alder. I så fald er den forelæggende ret i tvivl om, hvorvidt denne bestemmelse er til hinder for nationale bestemmelser, hvorefter ansættelsesforholdet for piloter på luftfartøjer, der anvendes til aktiviteter i forbindelse med beskyttelse af den nationale sikkerhed, automatisk ophører, når de fylder 60 år.

27. Subsidiært ønsker den forelæggende ret oplyst, hvorvidt de særlige bestemmelser om automatisk ophør af ansættelsesforholdet for piloter, der er fyldt 60 år, er forenelige med direktiv 2000/78 og det heri fastsatte princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder samt med artikel 21, stk. 1, i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (herefter »chartret«).

28. På denne baggrund har Corte suprema di cassazione (kassationsdomstol), ved afgørelse indgået til Domstolen den 15. juni 2018, besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende spørgsmål:

»1) Er de nationale bestemmelser i [DPCM] – der i henhold til artikel 748, stk. 3, i codice della navigazione (luftfartsloven) regulerer begrænsningerne for ansættelse af flybesætningen hos [DQ] og bl.a. foreskriver, at ansættelsesforholdet ophører, når arbejdstageren fylder 60 år – i strid med

forordning nr. 1178/2011, for så vidt som forordningen foreskriver en aldersgrænse på 65 år for piloter i erhvervsmæssig lufttransport? Såfremt den nationale særlovgivning skal undlades anvendt, finder denne forordning da anvendelse på den foreliggende sag?

- 2) Subsidiært, og for så vidt som forordningen materielt set (*ratione materiae*) ikke finder anvendelse i den foreliggende sag, ønskes oplyst, om de ovennævnte nationale bestemmelser er i strid med det princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder i henhold til direktiv 2000/78 og til [chartret] (artikel 21, stk. 1), som konkret kommer til udtryk i direktiv 2000/78?»

29. Der er indgivet skriftlige indlæg af sagsøgeren i hovedsagen og DQ, den italienske og den polske regering samt Europa-Kommissionen.

30. I retsmødet, der fandt sted den 11. april 2019, blev der afgivet mundtlige indlæg på vegne af sagsøgeren i hovedsagen, DQ, den italienske regering samt Kommissionen.

IV. Bedømmelse

A. Det første præjudicielle spørgsmål

31. Med sit første præjudicielle spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om bilag I, punkt FCL.065, i forordning nr. 1178/2011 skal fortolkes således, at denne bestemmelse er til hinder for nationale bestemmelser som de i hovedsagen omhandlede, der foreskriver, at ansættelsesforholdet automatisk ophører for piloter ansat i et selskab, der anvender luftfartøjer i forbindelse med beskyttelse af medlemsstatens nationale sikkerhed, når de er fyldt 60 år.

32. Jeg skal indledningsvis præcisere, at denne bestemmelse efter min opfattelse ikke finder anvendelse på tvisten i hovedsagen, hvilket jeg vil påvise.

1. Bilag I, punkt FCL.065, i forordning nr. 1178/2011 finder ikke anvendelse ratione temporis

33. Det skal nævnes, at DQ, den italienske regering og Kommissionen principalt er af den opfattelse, at bilag I, punkt FCL.065, i forordning nr. 1178/2011 ikke finder anvendelse *ratione temporis* på situationen i hovedsagen.

34. Som det fremgår af forelæggelsesafgørelsen, er Corte suprema di cassazione (kassationsdomstol) derimod af den opfattelse, at det ikke kan udelukkes, at bilag I, punkt FCL.065, i forordning nr. 1178/2011 finder anvendelse *ratione temporis* på tvisten i hovedsagen, for så vidt som denne bestemmelse ikke er blandt de bestemmelser, hvis gennemførelse medlemsstaterne har mulighed for at udsætte.

35. Jeg skal gøre opmærksom på, at det som led i den samarbejdsprocedure mellem de nationale retter og Domstolen, som blev indført ved artikel 267 TEUF, tilkommer denne at give den forelæggende ret et hensigtsmæssigt svar, som sætter den i stand til at afgøre den tvist, der verserer for den. På denne baggrund bør de præjudicielle spørgsmål løses i lyset af alle de bestemmelser i traktaten og den afledte ret, som kan være relevante i forhold til det problem, der er rejst⁷. Med henblik på at give den nationale ret, som har forelagt et præjudicielt spørgsmål, den fornødne vejledning, kan Domstolen desuden inddrage EU-regler, som den nationale ret ikke har henvist til i forelæggelsesafgørelsen⁸.

7 – Jf. dom af 29.10.2015, Nagy (C-583/14, EU:C:2015:737, præmis 21 og den deri nævnte retspraksis).

8 – Jf. senest dom af 21.3.2019, Mobit og Autolinee Toscane (C-350/17 og C-351/17, EU:C:2019:237, præmis 35), og af 11.4.2019, Repsol Butano og DISA Gas (C-473/17 og C-546/17, EU:C:2019:308, præmis 38).

36. Den forelæggende ret har ganske vist ikke identificeret nogen bestemmelse i forordning nr. 1178/2011, der giver mulighed for at udsætte gennemførelsen af forordningens bilag I, punkt FCL.065. Det må imidlertid fastslås, at denne forordnings artikel 12, stk. 1b, udtrykkeligt giver mulighed herfor, idet medlemsstaterne ifølge denne artikels ordlyd kan beslutte ikke at anvende bestemmelserne i bilag I – hvori punkt FCL.065 indgår – før den 8. april 2013.

37. I denne henseende fremgår det af såvel Kommissionens og den italienske regerings skriftlige indlæg som af denne regerings indlæg i retsmødet, at Den Italienske Republik har gjort brug af muligheden i henhold til artikel 12, stk. 1b, i forordning nr. 1178/2011, således at bestemmelserne i denne forordnings bilag I ikke var gældende i Italien før den 8. april 2013.

38. Som det blev meddelt Gennaro Cafaro den 19. februar 2012, ophørte hans ansættelsesforhold den 19. september 2012, og bilag I, punkt FCL.065, i forordning nr. 1178/2011 finder således ikke anvendelse *ratione temporis* i hovedsagen.

39. For fuldstændighedens skyld skal jeg i det følgende påvise, at forordning nr. 1178/2011 under alle omstændigheder heller ikke finder materiel (*ratione materiae*) anvendelse i hovedsagen.

2. Forordning nr. 1178/2011 finder ikke anvendelse ratione materiae

40. Forordning nr. 1178/2011 er en retsakt til gennemførelse af forordning nr. 216/2008 og er bl.a. vedtaget på grundlag af denne forordnings artikel 7, stk. 6. Det følger heraf, at det materielle anvendelsesområde for forordning nr. 1178/2011 ikke kan være større end det materielle anvendelsesområde for den basisretsakt, der er grundlag for dens vedtagelse⁹.

41. Jeg vil derfor henvise til de bestemmelser i forordning nr. 216/2008, der definerer dens materielle anvendelsesområde, med henblik på at fastlægge anvendelsesområdet for forordning nr. 1178/2011.

42. På den ene side er formålet med forordning nr. 216/2008 at opstille fælles regler for og opretholde et højt ensartet sikkerhedsniveau for civil luftfart¹⁰. Denne forordning finder således anvendelse på aktiviteter, der henhører under civil luftfart. Den samme konklusion gør sig gældende hvad angår forordning nr. 1178/2011, der fastsætter de tekniske krav og administrative procedurer for flyvebesætninger i civil luftfart.

43. På den anden side fastsætter artikel 1, stk. 2, i forordning nr. 216/2008 imidlertid en klar undtagelse fra anvendelsen af denne forordning hvad angår personale og organisationer, som deltager i militær-, told- eller politioperationer eller lignende opgaver. Denne undtagelse gælder således også hvad angår forordning nr. 1178/2011.

44. Jeg skal her gøre nærmere rede for, hvorledes jeg forstår denne undtagelse. Gennaro Cafaro har gjort gældende, at DQ ikke kan anses for at være omfattet af undtagelsen i artikel 1, stk. 2, i forordning nr. 216/2008, for så vidt som det er et privat selskab, der er oprettet i henhold til civillovbogen, og som driver virksomhed med tilladelse til at udføre erhvervmæssig lufttransport. Ifølge Gennaro Cafaro bør forordning nr. 1178/2011 derfor finde anvendelse på DQ.

45. Ganske vist skal artikel 1, stk. 2, i forordning nr. 216/2008 fortolkes strengt, da den vedrører en undtagelse. Efter min opfattelse indebærer dette imidlertid ikke, at der ved fastlæggelsen af, om den pågældende enhed er omfattet af denne bestemmelse, skal lægges vægt på enhedens retlige form.

9 – Jf. analogt dom af 14.11.1989, Spanien og Frankrig mod Kommissionen (6/88 og 7/88, EU:C:1989:420), hvori Domstolen annullerede de gennemførelsesforanstaltninger, som Kommissionen havde vedtaget, for så vidt som de ikke var omfattet af grundforordningens anvendelsesområde.

10 – Artikel 2, stk. 1, i forordning nr. 216/2008.

46. For det første fremgår det efter min opfattelse af ordlydsfortolkningen af artikel 1, stk. 2, i forordning nr. 216/2008, at en enheds form ikke er relevant med henblik på at fastslå, om den er omfattet af undtagelsen, for så vidt som der ikke nævnes noget herom i denne bestemmelse. Den pågældende bestemmelse vedrører således personale og organisationer, *som deltager* i militær-, told- eller politioperationer eller lignende opgaver. Der henvises udelukkende til de aktiviteter, som det pågældende personale og de pågældende organisationer udøver. Denne bestemmelse opstiller således et funktionelt, og ikke et formelt, kriterium for fastlæggelsen af, hvorvidt det personale eller de organisationer, som udøver denne virksomhed, er omfattet af anvendelsesområdet for forordning nr. 216/2008 og, i forlængelse heraf, forordning nr. 1178/2011.

47. For det andet er den fortolkning af artikel 1, stk. 2, i forordning nr. 216/2008, som Gennaro Cafaro har foreslået i sit skriftlige indlæg, efter min opfattelse i strid med den effektive virkning af forordning nr. 216/2008 og forordning nr. 1178/2011, da den ville indebære, at anvendelsesområdet for disse forordninger var afhængigt af nationale retlige kvalificeringer. Hvis denne bestemmelse skulle fortolkes således, ville et privat selskab i henhold til national ret altid være omfattet af anvendelsesområdet for disse forordninger. Såfremt anvendelsen af bestemmelserne i forordning nr. 216/2008 og forordning nr. 1178/2011 alene afhæng af nationale bestemmelser i deres forskellige variationer, ville det medføre betydelige forskelle mellem medlemsstaternes ordninger og herved være til hinder for virkeliggørelsen af disse forordningers formål, dvs. fastsættelsen af fælles regler inden for civil luftfart.

48. Det fremgår imidlertid af forelæggelsesafgørelsen, at DQ leverer en ydelse »af særlig karakter«, nemlig »efterretningstjenester« med henblik på beskyttelse af den nationale sikkerhed¹¹. DQ's virksomhed falder således uden for det materielle anvendelsesområde for forordning nr. 216/2008, hvilket der er to grunde til. For det første henhører efterretningstjenester, der udføres i forbindelse med beskyttelse af den nationale sikkerhed, efter min opfattelse ikke under civil luftfart. For det andet – hvilket har større betydning – er en sådan særlig aktivitet omfattet af undtagelsen i artikel 1, stk. 2, i forordning nr. 216/2008, da det er opgaver, der svarer til militær-, told- eller politioperationer. Det er i denne henseende uvæsentligt, at DQ udøver denne virksomhed i form af en privat enhed.

49. Det er derfor min opfattelse, at hverken forordning nr. 1178/2011 generelt eller mere specifikt dens bilag I, punkt FCL.065 finder anvendelse *ratione materiae* på den foreliggende situation, og at de heller ikke finder anvendelse *ratione temporis*.

B. Det andet præjudicielle spørgsmål

50. Med sit andet præjudicielle spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om bestemmelserne i direktiv 2000/78 og i chartrets artikel 21, stk. 1, skal fortolkes således, at de er til hinder for nationale bestemmelser som de i hovedsagen omhandlede, der foreskriver, at ansættelsesforholdet automatisk ophører for piloter ansat i et selskab, der anvender luftfartøjer i forbindelse med beskyttelse af medlemsstatens nationale sikkerhed, når de er fyldt 60 år.

51. Med henblik på klart at identificere de EU-retlige elementer, hvoraf der er anmodet om en fortolkning, skal jeg indledningsvis præcisere, at det efter min opfattelse ikke er nødvendigt at henvise til chartrets bestemmelser for at besvare det præjudicielle spørgsmål. Chartret fastsætter således et almindeligt princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder, som inden for området for beskæftigelse og erhverv konkretiseres af bestemmelserne i direktiv 2000/78¹². Heraf følger, at når

11 – Selv om en del af DQ's virksomhed, ifølge parternes bemærkninger, ikke hører under dette formål.

12 – Dom af 13.9.2011, Prigge m.fl. (C-447/09, EU:C:2011:573, præmis 48 og den deri nævnte retspraksis). Dog ikke i sager, hvor Domstolen netop skal undersøge foreneligheden af en bestemmelse i afledt ret med chartret eller fortolke en sådan bestemmelse i overensstemmelse med chartret.

Domstolen er forelagt et præjudicielt spørgsmål om fortolkningen af det almindelige princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder, som stadfæstet i chartrets artikel 21, og af bestemmelserne i direktiv 2000/78, skal Domstolen alene undersøge spørgsmålet med hensyn til direktivet¹³.

52. Jeg vil i min analyse også udelukkende fokusere på fortolkningen af bestemmelserne i direktiv 2000/78. I denne henseende gør jeg opmærksom på, at selv om den forelæggende ret ikke formelt har anført de relevante bestemmelser i direktiv 2000/78 i sine præjudicielle spørgsmål, fremgår det af fast retspraksis, at Domstolen af spørgsmålenes ordlyd, således som de er formuleret af den forelæggende ret, og under hensyn til de af retten meddelte oplysninger kan udlede de EU-retlige momenter, der er nødvendige, for at denne ret kan træffe afgørelse vedrørende de retsspørgsmål, som er indbragt for den, i overensstemmelse med EU-retten¹⁴.

53. Ved en fortolkning af direktiv 2000/78 på baggrund af forelæggelsesafgørelsens begrundelser kan der identificeres adskillige bestemmelser, der er relevante for løsningen af tvisten i hovedsagen, nemlig artikel 2, stk. 5, artikel 3, stk. 4, artikel 4, stk. 1, og artikel 6, stk. 1, i direktiv 2000/78.

54. For at besvare det andet præjudicielle spørgsmål vil jeg derfor analysere disse artikler en ad gangen.

55. Det skal først undersøges, om de i hovedsagen omhandlede bestemmelser er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2000/78. Derefter vil jeg undersøge, om disse bestemmelser indfører ulige behandling på grund af alder, og endelig, om denne ulige behandling, i givet fald, kan begrundes og således ikke udgør forskelsbehandling som omhandlet i direktiv 2000/78¹⁵.

1. Spørgsmålet, om direktiv 2000/78 finder anvendelse

56. Kommissionen har anført, at DQ's situation kan være omfattet af undtagelsen i artikel 3, stk. 4, i direktiv 2000/78, hvorefter medlemsstaterne kan fastsætte, at i det omfang dette direktiv vedrører forskelsbehandling på grund af alder, finder det ikke anvendelse på tjeneste i de væbnede styrker.

57. Af de følgende grunde er det imidlertid min opfattelse, at undtagelsen i denne bestemmelse ikke er relevant i den foreliggende sag.

58. For det første, principalt, bekræftede den italienske regering i retsmødet, at selv om Den Italienske Republik i national ret har fastsat en undtagelse fra anvendelsen af direktiv 2000/78 med hensyn til tjeneste i de væbnede styrker – i overensstemmelse med dette direktivs artikel 3, stk. 4 – som bl.a. vedrører forskelsbehandling på grund af alder, omfatter denne undtagelse under alle omstændigheder ikke DQ.

59. Endvidere skal artikel 3, stk. 4, i direktiv 2000/78 fortolkes strengt, da den vedrører en undtagelse. Med andre ord kan undtagelsen ikke omfatte alle de selskaber, som, selv om de udøver aktiviteter i forbindelse med beskyttelse af den nationale sikkerhed, ikke indgår i medlemsstatens væbnede styrker. Denne bestemmelse kan følgelig ikke fortolkes således, at den kan vedrøre organisationer, som ikke indgår i de væbnede styrker, selv om de udfører opgaver der svarer til operationer udført af sådanne styrker.

13 – Dom af 13.11.2014, Vital Pérez (C-416/13, EU:C:2014:2371, præmis 25 og den deri nævnte retspraksis).

14 – Jf. dom af 9.7.1969, Völk (5/69, EU:C:1969:35, præmis 2), af 17.7.2008, ASM Brescia (C-347/06, EU:C:2008:416, præmis 25), og af 8.11.2012, Gülbahce (C-268/11, EU:C:2012:695, præmis 32).

15 – Jf. bl.a. dom af 13.9.2011, Prigge m.fl. (C-447/09, EU:C:2011:573, præmis 37), af 13.11.2014, Vital Pérez (C-416/13, EU:C:2014:2371, præmis 27), og af 15.11.2016, Salaberria Sorondo (C-258/15, EU:C:2016:873, præmis 24, 30 og 31). Denne tilgang i tre led betegnes i øvrigt som »traditionel« i retslitteraturen. Jf. bl.a. C. Tobler, »EU Age Discrimination Law and Older and Younger Workers: Court of Justice of the EU Case Law Development«, i A. Numhauser-Henning, M. Rönmar (red.), *Age Discrimination and Labour Law, Comparative and Conceptual Perspectives in the EU and Beyond*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2015.

60. I øvrigt kan der af den analyse, som jeg foreslår i forbindelse med besvarelsen af det første præjudicielle spørgsmål, af DQ's aktiviteter som opgaver svarende til militære operationer som omhandlet i forordning nr. 216/2008, ikke drages nogen konklusion med hensyn til, om undtagelsen i artikel 3, stk. 4, i direktiv 2000/78 finder anvendelse.

61. For det første fremgår det af selve ordlyden af undtagelsen i denne bestemmelse, at dens anvendelsesområde er langt mere snævert end anvendelsesområdet for artikel 1, stk. 2, i forordning nr. 216/2008. Mens den førstnævnte alene vedrører væbnede styrker, vedrører undtagelsen fra anvendelsen af forordning nr. 216/2008 militær-, told- eller politioperationer eller lignende opgaver. Dette bekræftes af 18. betragtning til direktiv 2000/78, hvoraf det fremgår, at direktivet finder anvendelse på politiet, fængselsvæsnet og redningstjenesterne. Domstolen har i øvrigt ved gentagne lejligheder slået fast, at direktiv 2000/78 finder anvendelse på politistyrkerne¹⁶. Denne omstændighed viser, i det omfang det er relevant, at undtagelsen i artikel 3, stk. 4, i direktiv 2000/78 skal fortolkes indskrænkende.

62. For det andet skal jeg fremhæve, at direktiv 2000/78 har et meget vidt anvendelsesområde, således at det omfatter flest mulige, forskellige former for forskelsbehandling: Det finder både anvendelse på den private og den offentlige sektor, såvel i rekrutteringsfasen som i forbindelse med afbrydelse af ansættelseskontrakter, ligesom det finder anvendelse på arbejdsvilkår og aflønning¹⁷. Det ville derfor være i strid med ånden i og formålet med direktiv 2000/78 at give mulighed for en vid undtagelse fra dets anvendelse.

63. Det fremgår af både forelæggelsesafgørelsen og den italienske regerings og DQ's indlæg under proceduren og i retsmødet, at DQ ganske vist udøver aktiviteter i forbindelse med beskyttelse af den nationale sikkerhed, men ikke indgår i Den Italienske Republiks væbnede styrker. I øvrigt er hele kernen i den foreliggende sag spørgsmålet om, hvorvidt DQ's særlige status og den særlige karakter af selskabets aktiviteter kan begrunde en forskelsbehandling på grund af alder.

64. DQ er følgelig ikke omfattet af undtagelsen i artikel 3, stk. 4, i direktiv 2000/78, og dette direktiv finder derfor anvendelse på tvisten i hovedsagen.

2. Identificering af en forskelsbehandling som omhandlet i direktiv 2000/78

65. Jeg gør opmærksom på, at formålet med direktiv 2000/78, i henhold til dets artikel 1, er med henblik på at gennemføre princippet om ligebehandling i medlemsstaterne at fastlægge en generel ramme for bekæmpelsen af forskelsbehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv på grund af bl.a. alder. Artikel 2 i direktiv 2000/78 definerer princippet om ligebehandling således, at ingen må udsættes for nogen form for direkte eller indirekte forskelsbehandling, bl.a. på grund af alder. Dette direktivs artikel 2, stk. 2, litra a), fastsætter nærmere bestemt, at der foreligger direkte forskelsbehandling, hvis en person, bl.a. på grund af alder, behandles ringere, end en anden i en tilsvarende situation bliver, er blevet eller ville blive behandlet.

66. Med henblik på at fastslå, om de i hovedsagen omhandlede bestemmelser udgør forskelsbehandling som omhandlet i direktiv 2000/78, skal det således først afgøres, om de medfører ulige behandling. Derefter vil jeg efterprøve, om den ulige behandling kan begrundes i lyset af bestemmelserne i direktiv 2000/78, således som DQ samt den italienske og den polske regering har gjort gældende, idet den i så fald ikke udgør forskelsbehandling i dette direktivs forstand.

16 – Dom af 13.11.2014, Vital Pérez (C-416/13, EU:C:2014:2371), og af 15.11.2016, Salaberria Sorondo (C-258/15, EU:C:2016:873).

17 – Artikel 3 i direktiv 2000/78. Jf. vedrørende anvendelsesområdet for direktiv 2000/78 P. Bailly, J.-P. Lhernould, »Discrimination en raison de l'âge: sources européennes et mise en œuvre en droit interne«, *Revue de droit social*, 2012, s. 223, og C. Tobler, *op. cit.*

a) Spørgsmålet, om der foreligger ulige behandling

67. Efter min opfattelse er der ingen tvivl om, at de nationale bestemmelser medfører ulige behandling, der er direkte baseret på alder, hvilket i øvrigt ikke har været genstand for drøftelser blandt parterne.

68. Virkningen af DPCM er således, at DQ's piloter, der er ældre end 60 år, i en tilsvarende situation behandles ringere end det samme selskabs yngre piloter, for så vidt som deres ansættelsesforhold med DQ automatisk ophører, når de fylder 60 år – og udelukkende af denne grund. Det er åbenlyst, at bestemmelser af denne karakter indfører en ulige behandling, der er direkte baseret på alder, som omhandlet i bestemmelserne i artikel 1, sammenholdt med artikel 2, stk. 2, litra a), i direktiv 2000/78¹⁸.

b) De potentielle undtagelser

69. Direktiv 2000/78 fastsætter tre undtagelser¹⁹, der kan danne grundlag for, at ulige behandling, der er direkte baseret på alder, ikke anses for forskelsbehandling i dette direktivs forstand.

70. To af disse undtagelser, i henholdsvis artikel 2, stk. 5, og artikel 4, stk. 1, i direktiv 2000/78, gælder vedrørende alle grundene til forskelsbehandling og ikke specifikt ulige behandling på grund af alder. Dette direktivs artikel 2, stk. 5, bestemmer således, at en foranstaltning fastsat ved national lovgivning, som er nødvendig af hensyn til den offentlige sikkerhed, den offentlige orden, for at forebygge forbrydelse, for at beskytte sundheden eller for at beskytte andres rettigheder og friheder, ikke udgør forskelsbehandling i dette direktivs forstand. Artikel 4, stk. 1, i direktiv 2000/78 bestemmer ligeledes, at ulige behandling, som er baseret på en egenskab, der bl.a. har forbindelse med alder, ikke udgør forskelsbehandling i dette direktivs forstand, hvis den pågældende egenskab på grund af karakteren af bestemte erhvervsaktiviteter eller den sammenhæng, hvori sådanne aktiviteter udøves, udgør et regulært og afgørende erhvervsmæssigt krav.

71. Desuden fastsætter direktiv 2000/78, i artikel 6, stk. 1, en specifik undtagelse vedrørende forskelsbehandling på grund af alder²⁰, der vedrører foranstaltninger, som er objektivt og rimeligt begrundede i et legitimt formål inden for rammerne af den nationale ret, bl.a. legitime beskæftigelses-, arbejdsmarkeds- og uddannelsespolitiske mål.

72. Inden jeg undersøger muligheden for at begrunde en ulige behandling som den, der rammer DQ's piloter, vil jeg vende tilbage til det indbyrdes forhold mellem disse tre undtagelser med henblik på at fastsætte, hvilke der kan give mulighed for at begrunde den i hovedsagen omhandlede foranstaltning.

1) Forholdet mellem de forskellige undtagelser på grundlag af det formål, der forfølges med foranstaltningen

73. Ifølge Domstolens praksis er det af betydning at identificere det formål, der forfølges med den i hovedsagen omhandlede foranstaltning, for at kunne afgøre, hvilke af direktivets bestemmelser der skal lægges til grund for denne undersøgelse²¹. Med andre ord afhænger anvendelsen af undtagelserne af det formål, der forfølges med den foranstaltning, som indfører den ulige behandling.

18 – Jf. analogt dom af 13.9.2011, Prigge m.fl. (C-447/09, EU:C:2011:573, præmis 44 og 45).

19 – Jf. vedrørende en typeinddeling af de potentielle undtagelser E. Bribosia, T. Bombois, »Interdiction de la discrimination en fonction de l'âge: du principe, de ses exceptions, et de quelques hésitations...«, *RTD Eur.*, 2011, s. 41, eller C. Tobler, *op. cit.*

20 – Jf. vedrørende grundene til, at der er fastsat en specifik undtagelse for forskelsbehandling på grund af alder, C. O'Conneide, »Constitutional and Fundamental Rights Aspects of Age Discrimination«, i A. Numhauser-Henning, M. Rönnmar, *op. cit.*

21 – Dom af 12.1.2010, Petersen (C-341/08, EU:C:2010:4, præmis 37).

74. Ifølge den forelæggende rets oplysninger har de bestemmelser i DPCM, som fastsætter aldersgrænsen for DQ's piloter, til formål, af hensyn til den nationale sikkerhed, at sikre et passende sikkerhedsniveau for DQ's flyvninger. De i hovedsagen omhandlede bestemmelser har således to formål: at sikre luftfartssikkerheden og beskytte den nationale sikkerhed.

75. Det formål, der vedrører luftfartssikkerheden, kan kædes sammen med beskyttelsen af den offentlige sikkerhed som omhandlet i artikel 2, stk. 5, i direktiv 2000/78 og kan ligeledes udgøre et legitimt formål som omhandlet i dette direktivs artikel 4, stk. 1, der kan begrunde, at princippet om ligebehandling fraviges²². Den samme konklusion kan drages vedrørende beskyttelsen af den nationale sikkerhed, eftersom de foranstaltninger, hvis formål består i en sikker gennemførelse og et vellykket resultat af statens efterretningsmissioner, unægtelig er foranstaltninger, som sikrer den offentlige sikkerhed. Artikel 2, stk. 5, og artikel 4, stk. 1, i direktiv 2000/78 kan således i princippet påberåbes med henblik på at begrunde den ulige behandling, som DQ's piloter, der er fyldt 60 år, er genstand for²³.

76. Henset til de formål, der forfølges ved de i hovedsagen omhandlede bestemmelser, er undtagelsen i artikel 6, stk. 1, i direktiv 2000/78 efter min opfattelse imidlertid ikke relevant i den foreliggende sag. Denne bestemmelse opstiller en liste over de formål, som en foranstaltning skal forfølge, for at den kan være omfattet af undtagelsen. Selv om denne liste ganske vist ikke er udtømmende og – som det fremgår af EU-lovgivers anvendelse af udtrykket »bl.a.« – kun har vejledende karakter²⁴, betyder dette ikke, at alle typer formål kan påberåbes i henhold til denne bestemmelse. Domstolen har allerede fastslået, at de formål, der kan anses for legitime som omhandlet i artikel 6, stk. 1, i direktiv 2000/78, er socialpolitiske formål²⁵. Den har i dommen i sagen Prigge m.fl.²⁶ bl.a. udelukket, at formålet vedrørende luftfartssikkerhed kan udgøre et legitimt formål i denne bestemmelses forstand.

77. Jeg ser ingen grund til at tage Domstolens fortolkning af artikel 6, stk. 1, i direktiv 2000/78 op til fornyet overvejelse. Det er derimod min opfattelse, at det ville indebære en ubegrundet udvidelse af en undtagelse fra princippet om ligebehandling ud over de grænser, som EU-lovgiver har fastsat, hvis andre formål end socialpolitiske blev accepteret som legitime formål i denne bestemmelses forstand.

78. For så vidt som de i hovedsagen omhandlede bestemmelser forfølger et formål, der består i at sikre luftfartssikkerheden, kan de derfor ikke – som det udtrykkeligt fremgår af dommen i sagen Prigge m.fl.²⁷ – være begrundet i henhold til artikel 6, stk. 1, i direktiv 2000/78. På samme måde kan formålet vedrørende beskyttelse af den nationale sikkerhed heller ikke udgøre et legitimt formål i denne bestemmelses forstand, da det ikke henhører under socialpolitikken.

79. Jeg er følgelig af den opfattelse, at den ulige behandling, der følger af de nationale bestemmelser, kun kan begrundes i henhold til artikel 2, stk. 5, og artikel 4, stk. 1, i direktiv 2000/78, dog forudsat at betingelserne for deres anvendelse er opfyldt.

22 – Dom af 13.9.2011, Prigge m.fl. (C-447/09, EU:C:2011:573, præmis 58 og 69).

23 – Det skal i denne forbindelse påpeges, at de to bestemmelsers anvendelsesområder kan være sammenfaldende, således at de vil blive anvendt samtidigt. Jf. bl.a. dom af 13.9.2011, Prigge m.fl. (C-447/09, EU:C:2011:573). Der gælder imidlertid forskellige betingelser for deres anvendelse.

24 – Dom af 5.3.2009, Age Concern England (C-388/07, EU:C:2009:128, præmis 43).

25 – Dom af 5.3.2009, Age Concern England (C-388/07, EU:C:2009:128, præmis 46).

26 – Dom af 13.9.2011 (C-447/09, EU:C:2011:573, præmis 82).

27 – Dom af 13.9.2011 (C-447/09, EU:C:2011:573).

2) Betingelserne for anvendelse af undtagelserne

80. Jeg vil først redegøre for grundene til, at artikel 2, stk. 5, i direktiv 2000/78 efter min opfattelse ikke kan fortolkes således, at den kan begrunde en foranstaltning som den i hovedsagen omhandlede. Derefter vil jeg påvise – nu hvad angår dette direktivs artikel 4, stk. 1 – at der i den foreliggende sag kan tillades en undtagelse fra princippet om ligebehandling.

i) Artikel 2, stk. 5, i direktiv 2000/78

81. I henhold til artikel 2, stk. 5, i direktiv 2000/78 vil en foranstaltning, som indfører ulige behandling, der er direkte baseret på alder, men som i et demokratisk samfund er nødvendig af hensyn til den offentlige sikkerhed, ikke udgøre forskelsbehandling i dette direktivs forstand, dog forudsat at denne foranstaltning er fastsat ved national lovgivning²⁸.

82. Jeg gør opmærksom på, at kravet om fastsættelse ved national lovgivning gælder specifikt for undtagelsen i artikel 2, stk. 5, i direktiv 2000/78. Hverken artikel 4, stk. 1, eller artikel 6, stk. 1, i dette direktiv indeholder en sådan betingelse. EU-lovgivers hensigt med dette supplerende krav var således at underlægge anvendelsen af artikel 2, stk. 5, i direktiv 2000/78 endnu strengere betingelser end betingelserne for anvendelsen af de øvrige undtagelser i dette direktiv²⁹. I modsætning til artikel 4, stk. 1, og artikel 6, stk. 1, i direktiv 2000/78 henviser dette direktivs artikel 2, stk. 5, således specifikt til et retligt instrument³⁰, nemlig national lovgivning.

83. I øvrigt skal artikel 2, stk. 5, i direktiv 2000/78, herunder kravet om fastsættelse ved national lovgivning, fortolkes strengt, da der er tale om en undtagelse fra princippet om forbud mod forskelsbehandling. Det tilkommer den nationale lovgiver at vælge at indføre denne type undtagelser fra princippet om ligebehandling inden for området for beskæftigelses- og arbejdsvilkår, i overensstemmelse med betingelserne i artikel 2, stk. 5, i direktiv 2000/78, og et sådant valg skal resultere i en præcis lovbestemmelse.

84. Det er derfor min opfattelse, at begrebet »national lovgivning« som omhandlet i artikel 2, stk. 5, i direktiv 2000/78 skal opfattes snævert. Med andre ord er en national lovgivning i denne bestemmelses forstand – som et udtrykkeligt og specifikt krav i artikel 2, stk. 5, i direktiv 2000/78 – en lov i formel forstand³¹. En national lovgivning i denne bestemmelses forstand er således en retsakt, der er vedtaget af et lovgivende organ³².

28 – Der er kun afsagt nogle få domme vedrørende begrebet »lovgivning« som omhandlet i artikel 2, stk. 5, i direktiv 2000/78. Dom af 13.9.2011, Prigge m.fl. (C-447/09, EU:C:2011:573) bør nævnes i denne forbindelse, selv om den ikke bidrager med oplysninger vedrørende fortolkningen, som gør det muligt at afgøre, om den i hovedsagen omhandlede foranstaltning er fastsat ved national lovgivning. I denne dom fastslog Domstolen, at en foranstaltning fastsat af arbejdsmarkedets parter kunne opfylde betingelsen i artikel 2, stk. 5, i direktiv 2000/78, men kun såfremt disse arbejdsmarkedsparter af medlemsstaten ved bemyndigelsesregler havde tilladelse til at vedtage foranstaltninger i denne bestemmelses forstand.

29 – Jf. i denne forbindelse generaladvokat Cruz Villalóns forslag til afgørelse Prigge m.fl. (C-447/09, EU:C:2011:321, punkt 51).

30 – Dom af 13.9.2011, Prigge m.fl. (C-447/09, EU:C:2011:573, præmis 59).

31 – Selv om Domstolen accepterede en vis nuancering af dette princip i dom af 13.9.2011, Prigge m.fl. (C-447/09, EU:C:2011:573, præmis 60 og 61), vedrørende kollektive aftaler vedtaget af arbejdsmarkedets parter, er denne nuancering underlagt nøje betingelser. Medlemsstaterne kan således kun tillade arbejdsmarkedets parter at vedtage foranstaltninger som omhandlet i artikel 2, stk. 5, i direktiv 2000/78 ved bemyndigelsesregler, hvis disse bemyndigelsesregler er tilstrækkelig præcise til at sikre, at de pågældende foranstaltninger opfylder de krav, der er fastsat i denne bestemmelse. Efter min opfattelse bør denne nuancering, vedrørende den helt konkrete situation, hvor arbejdsmarkedets parter udøver deres ret til at forhandle og indgå kollektive overenskomster, ikke forstås således, at den giver mulighed for i alle tilfælde at fravige kravet om, at foranstaltningen er fastsat ved national lovgivning, da det i så fald ville medføre en alt for stor udvidelse af anvendelsesområdet for en undtagelse fra princippet om ligebehandling, som EU-lovgiver udtrykkeligt har udformet særlig restriktivt.

32 – Jf. analogt, vedrørende denne definition, generaladvokat Jääskinen's forslag til afgørelse Parlamentet mod Kommissionen (C-286/14, EU:C:2015:645, punkt 1).

85. Selv om den præcise karakter af DPCM har været genstand for drøftelser parterne imellem, og selv om det tilkommer den nationale ret at afgøre dette, fremgår det dog af parternes indlæg i retsmødet, at de i hovedsagen omhandlede bestemmelser under ingen omstændigheder er en lov i formel forstand, idet de ikke er vedtaget af et lovgivende organ, hvilket det imidlertid tilkommer den forelæggende ret at efterprøve.

86. Det er også min opfattelse, at de i hovedsagen omhandlede bestemmelser ikke kan anses for en foranstaltning fastsat ved national lovgivning som omhandlet i artikel 2, stk. 5, i direktiv 2000/78.

87. Den ulige behandling, der følger af de i hovedsagen omhandlede bestemmelser, kan således ikke begrundes på grundlag af denne bestemmelse.

ii) Artikel 4, stk. 1, i direktiv 2000/78

88. I henhold til artikel 4, stk. 1, i direktiv 2000/78 udgør ulige behandling, som er baseret på en egenskab, der har forbindelse med alder, ikke forskelsbehandling, såfremt de pågældende erhvervsaktiviteters art eller den sammenhæng, hvori sådanne aktiviteter udøves, udgør et regulært og afgørende erhvervsmæssigt krav, forudsat at målet er legitimt, og at kravet står i rimeligt forhold hertil.

89. Der findes en fast retspraksis, som fortolker denne bestemmelse³³: Der er adskillige betingelser, som skal være opfyldt, for at den ulige behandling ikke udgør forskelsbehandling i denne bestemmelses forstand.

90. For det første skal den ulige behandling være baseret på en egenskab, der bl.a. har forbindelse med alder, og denne egenskab skal udgøre et »regulært og afgørende erhvervsmæssigt krav«. Domstolen har præciseret, at »det er en egenskab, som er knyttet til begrundelsen for den ulige behandling, som skal udgøre et regulært og afgørende erhvervsmæssigt krav, og ikke begrundelsen i sig selv«³⁴. For det andet skal det forfulgte mål være legitimt. For det tredje skal kravet stå i et rimeligt forhold hertil.

91. Hvad angår den anden betingelse har jeg i dette forslag til afgørelses punkt 75 anført, at de formål, der forfølges ved de i hovedsagen omhandlede bestemmelser, og som består i at sikre luftfartssikkerheden og beskytte den nationale sikkerhed, kunne anses for legitime mål som omhandlet i artikel 4, stk. 1, i direktiv 2000/78. Jeg skal derfor alene undersøge den første og den sidste af disse betingelser.

92. Det skal indledningsvis, for det første, efterprøves, om den ulige behandling af DQ's piloter, som er under 60 år, og de piloter, der er over 60 år, er begrundet i en egenskab, der har forbindelse med alder, og for det andet, om denne egenskab kan anses for et regulært og afgørende erhvervsmæssigt krav. Efter min opfattelse indeholder dommen i sagen Prigge m.fl.³⁵ nyttige anvisninger i denne henseende³⁶.

33 – Jf. bl.a. dom af 12.1.2010, Wolf (C-229/08, EU:C:2010:3), af 13.9.2011, Prigge m.fl. (C-447/09, EU:C:2011:573), af 13.11.2014, Vital Pérez (C-416/13, EU:C:2014:2371), af 15.11.2016, Salaberria Sorondo (C-258/15, EU:C:2016:873), og af 14.3.2017, Bougnaoui og ADDH (C-188/15, EU:C:2017:204), sidstnævnte dom vedrørende ulige behandling på grund af religion. Jf. desuden generaladvokat Sharpstons forslag til afgørelse Bougnaoui og ADDH (C-188/15, EU:C:2016:553, punkt 90 ff.).

34 – Jf. senest dom af 14.3.2017, Bougnaoui og ADDH (C-188/15, EU:C:2017:204, præmis 37 og den deri nævnte retspraksis).

35 – Dom af 13.9.2011 (C-447/09, EU:C:2011:573).

36 – Også selv om denne dom ikke vedrørte piloter, der udøvede aktiviteter i forbindelse med beskyttelse af den nationale sikkerhed, men piloter, der udførte erhvervsmæssig flyvning.

93. I denne dom fastslog Domstolen, at det er afgørende, at piloter i luftfartsselskaber besidder særlige fysiske evner, for så vidt som manglende fysiske evner for dette erhverv kan have vidtrækkende konsekvenser. Desuden er det ubestrideligt, at disse fysiske evner svækkes med alderen. Heraf følger, at den omstændighed, at en person skal besidde særlige fysiske evner, kan anses for at være et regulært og afgørende erhvervsmæssigt krav med henblik på udøvelsen af erhvervet som pilot i et luftfartsselskab, og at besiddelsen af sådanne evner er knyttet til alderen³⁷.

94. Den samme konklusion bør efter min opfattelse gøre sig gældende vedrørende de piloter på luftfartøjer, som udfører opgaver i forbindelse med beskyttelse af den nationale sikkerhed. Den særlige karakter af de opgaver, som udføres af DQ's piloter, ændrer ikke ved den konstatering, at de fysiske evner svækkes med alderen, og heller ikke ved omfanget af de konsekvenser, som manglende fysiske evner kan have for dette erhverv³⁸.

95. Den ulige behandling, som er indført ved de i hovedsagen omhandlede bestemmelser, bør således anses for at være baseret på en egenskab, der har forbindelse med alder, og som udgør et regulært og afgørende erhvervsmæssigt krav som omhandlet i artikel 4, stk. 1, i direktiv 2000/78.

96. Hvad, for det andet, angår kravet om forholdsmæssighed anfører 23. betragtning til direktiv 2000/78 ganske vist, at ulige behandling kun »under meget begrænsede omstændigheder« kan retfærdiggøres, når en relevant egenskab, der bl.a. vedrører alder, udgør et regulært og afgørende erhvervsmæssigt krav³⁹. Denne betragtning er i øvrigt udtryk for princippet om, at artikel 4, stk. 1, i direktiv 2000/78, der vedrører en undtagelse fra princippet om forbud mod forskelsbehandling, skal fortolkes strengt⁴⁰. I øvrigt fastslog Domstolen i Petersen-dommen og i dommen i sagen Prigge m.fl., der vedrørte automatisk ophør af ansættelsesforhold på grund af alder, før den pågældende havde nået den almindelige pensionsalder ifølge national ret⁴¹, at foranstaltningen ikke opfyldte kravet om forholdsmæssighed⁴².

97. Ikke desto mindre anser jeg ikke den aldersgrænse, der vedrører DQ's piloter, og konsekvenserne heraf for at være indlysende uforholdsmæssig under de faktiske omstændigheder i hovedsagen. Jeg vil herefter for det første redegøre for grundene til, at løsningen i Petersen-dommen⁴³ og i dommen i sagen Prigge m.fl.⁴⁴ med hensyn til foranstaltningens forholdsmæssighed efter min opfattelse ikke kan anvendes i den foreliggende sag. For det andet vil jeg redegøre for, i hvilken henseende jeg anser de nationale bestemmelser som de i hovedsagen omhandlede, der fastsætter en aldersgrænse på 60 år for udøvelse af funktioner som pilot i selskabet DQ, for eventuelt at være forholdsmæssige, hvilket det tilkommer den forelæggende ret at efterprøve.

37 – Dom af 13.9.2011, Prigge m.fl. (C-447/09, EU:C:2011:573, præmis 67). Jf. ligeledes i denne retning J. Maliszewska-Nienartowicz, »Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości dotyczące wyjątku od zakazu dyskryminacji ze względu na istotny i determinujący wymóg zawodowy«, *Europejski Przegląd Sądowy*, 2018, nr. 8, s. 32.

38 – Det er derimod min opfattelse, at de særlige vilkår for udførelsen af DQ's opgaver gør det endnu mere nødvendigt, at piloterne besidder særlige fysiske egenskaber.

39 – Jf. ligeledes dom af 13.9.2011, Prigge m.fl. (C-447/09, EU:C:2011:573, præmis 71), og af 14.3.2017, Bougnaoui og ADDH (C-188/15, EU:C:2017:204, præmis 38).

40 – Dom af 13.9.2011, Prigge m.fl. (C-447/09, EU:C:2011:573, præmis 72).

41 – Og international ret hvad angår dom af 13.9.2011, Prigge m.fl. (C-447/09, EU:C:2011:573, præmis 75).

42 – Dom af 13.9.2011, Prigge m.fl. (C-447/09, EU:C:2011:573). Jf. desuden analogt dom af 12.1.2010, Petersen (C-341/08, EU:C:2010:4), hvor Domstolen imidlertid fastslog, at et automatisk ophør af ansættelsesforholdet på grundlag af direktivets artikel 2, stk. 5, var uforholdsmæssigt. Jf. i denne henseende D. Schiek, »Proportionality in Age Discrimination Cases: Towards a Model Suitable for Socially Embedded Rights«, i A. Numhauser-Henning, M. Rönmar, *op. cit.*

43 – Dom af 12.1.2010 (C-341/08, EU:C:2010:4).

44 – Dom af 13.9.2011 (C-447/09, EU:C:2011:573).

98. Hvad angår løsningen i Petersen-dommen⁴⁵ og i dommen i sagen Prigge m.fl.⁴⁶, hvori det blev fastslået, at den foranstaltning, som medførte, at ansættelsesforholdet automatisk ophørte efter en vis alder, var uforholdsmæssig, var forklaringen efter min opfattelse først og fremmest, at foranstaltningen manglede sammenhæng. I dommen i sagen Prigge m.fl.⁴⁷ fastslog Domstolen, at arbejdsmarkedets parter fastsættelse af »aldersgrænsen for, hvornår piloter i luftfartsselskaber [...] ikke længere anses for at besidde de fysiske evner til at kunne udøve deres erhverv, til 60 år, *mens nationale og internationale bestemmelser på visse betingelser tillader udøvelsen af denne aktivitet* indtil 65 års-alderen«, udgør et uforholdsmæssigt krav. På samme måde fastslog Domstolen i Petersen-dommen⁴⁸, at »foranstaltning[en er] usammenhængende som følge af [en] undtagelse«, og at »den aldersgrænse, der er pålagt, [i dette tilfælde] ikke [er] nødvendig for at beskytte sundheden«. I begge disse domme blev de pågældende bestemmelser med andre ord anset for at være uforholdsmæssige, da de ikke reelt opfyldte hensynet om at nå målet på en sammenhængende og systematisk måde⁴⁹, for så vidt som det samme erhverv kunne udøves i andre enheder ud over den aldersgrænse, der var fastsat i lovgivningen.

99. Det er dog ikke min opfattelse, at de i hovedsagen omhandlede bestemmelser mangler sammenhæng og således ikke opfylder hensigten om at nå formålene om at sikre luftfartssikkerheden og beskytte den nationale sikkerhed på en sammenhængende og systematisk måde. For det første findes der – i modsætning til, hvad der er tilfældet inden for erhvervsmæssig lufttransport – ikke nogen referencenormer i national ret, hvilket det tilkommer den forelæggende ret at efterprøve, eller i international ret, så vidt jeg ved, som kan rejse tvivl om sammenhængen hvad angår beslutningen om at fastsætte aldersgrænsen til 60 år for piloter, som i DQ udøver aktiviteter i forbindelse med den nationale sikkerhed. Det fremgår heller ikke af forelæggelsesafgørelsen, at der findes undtagelser fra den omtvistede regel, som kan rejse tvivl om dens sammenhæng, hvilket det imidlertid tilkommer den forelæggende ret at efterprøve.

100. Jeg er derfor af den opfattelse, at Domstolens løsning i Petersen-dommen⁵⁰ og i dommen i sagen Prigge m.fl.⁵¹ ikke kan anvendes på de i hovedsagen omhandlede bestemmelser uden en anden form for analyse.

101. Det skal derfor undersøges, om disse bestemmelser er forholdsmæssige. I dette øjemed skal det undersøges, hvorvidt denne aldersgrænse er nødvendig for at nå formålet og ikke går videre, end hvad der er nødvendigt hertil⁵².

102. Jeg skal i denne henseende præcisere, at det i sidste instans tilkommer den nationale ret, som er enekompetent til at vurdere de faktiske omstændigheder og fortolke den nationale lovgivning, at afgøre, om og i hvilket omfang de i hovedsagen omhandlede bestemmelser er i overensstemmelse med disse krav. For at give den nationale ret et fyldestgørende svar er Domstolen dog kompetent til på grundlag af det i hovedsagen oplyste samt de for den afgivne skriftlige og mundtlige indlæg at vejlede den nationale ret på en sådan måde, at denne kan træffe sin afgørelse i den konkrete sag, der verserer for den⁵³. Jeg vil derfor behandle dette spørgsmål i følgende redegørelse.

45 – Dom af 12.1.2010 (C-341/08, EU:C:2010:4).

46 – Dom af 13.9.2011 (C-447/09, EU:C:2011:573).

47 – Dom af 13.9.2011 (C-447/09, EU:C:2011:573, præmis 75). Min fremhævelse.

48 – Dom af 12.1.2010 (C-341/08, EU:C:2010:4, præmis 62).

49 – Dom af 12.1.2010, Petersen (C-341/08, EU:C:2010:4, præmis 53). Jf. vedrørende kriteriet om sammenhæng P. Bailly, J.-P. Lhernoud, *op. cit.* Jf. ligeledes M. Domańska, »Zakaz dyskryminacji ze względu na wiek w orzecznictwie TS«, *Europejski Przegląd Sądowy*, 2011, nr. 4, s. 36.

50 – Dom af 12.1.2010 (C-341/08, EU:C:2010:4).

51 – Dom af 13.9.2011 (C-447/09, EU:C:2011:573).

52 – Dom af 12.1.2010, Wolf (C-229/08, EU:C:2010:3, præmis 42). Jf. desuden, vedrørende proportionalitetskriteriet, D. Schiek, *op. cit.*

53 – Dom af 14.3.2017, G4S Secure Solutions (C-157/15, EU:C:2017:203, præmis 36).

103. Det er efter min opfattelse ubestrideligt, at lovgivningen bør anses for hensigtsmæssig. Da piloternes fysiske evner som anført ovenfor svækkes med alderen, er fastsættelsen af en aldersgrænse, over hvilken DQ's piloter ikke længere kan udøve deres erhverv, hensigtsmæssigt for at nå formålet med hensyn til at sikre luftfartssikkerheden og beskytte den nationale sikkerhed.

104. Det springende punkt er i højere grad spørgsmålet, om denne foranstaltning ikke går ud over, hvad der er nødvendigt for at nå disse to formål. Dette spørgsmål har i øvrigt været genstand for drøftelser mellem parterne, idet Gennaro Cafaro er af den opfattelse, at en simpel begrænsning af betingelserne for udførelsen af hans opgaver ville have kunnet nå de formål, som forfølges ved de omhandlede bestemmelser, og at automatisk ophør af hans ansættelsesforhold derfor er en uforholdsmæssig foranstaltning. Gennaro Cafaro har bl.a. gjort gældende, at han kunne indgå i en besætning med flere piloter, hvoraf kun den ene af de to piloter måtte være over 60 år.

105. Jeg er imidlertid af den opfattelse, at en mindre restriktiv foranstaltning ikke ville give mulighed for at nå formålene med hensyn til at sikre luftfartssikkerheden og beskytte den offentlige sikkerhed på samme måde som automatisk ophør af ansættelsesforholdet.

106. DQ beskæftiger kun et meget begrænset antal piloter og råder over et endnu mindre antal luftfartøjer. DQ og den italienske regering har fremhævet de særlige forhold omkring udførelsen af DQ's opgaver, som ikke kan sammenlignes med flyvninger inden for civil luftfart. Under disse omstændigheder, hvis korrekthed det dog tilkommer den forelæggende ret at efterprøve, ville konsekvensen af, at DQ blev pålagt at fortsætte med at beskæftige piloter over 60 år, som skulle udføre opgaver sammen med en pilot under 60 år, ikke kun være, at DQ blev begrænset i udførelsen af sine opgaver på grund af kravet om besætningens sammensætning, men også, at det blev vanskeligere for DQ at udføre opgaverne. Herved ville både formålet om at sikre luftfartssikkerheden og formålet om beskyttelse af den nationale sikkerhed blive kompromitteret.

107. Desuden betyder den omstændighed, at foranstaltningen indebærer, at en DQ-pilots ansættelseskontrakt automatisk ophører, når piloten er fyldt 60 år, ikke at denne foranstaltning går ud over, hvad der er nødvendigt for at nå formålene⁵⁴. Det fremgik af parternes indlæg i retsmødet, at DQ's struktur gjorde det umuligt at genansætte Gennaro Cafaro i selskabet i en anden stilling end stillingen som pilot, hvilket det imidlertid tilkommer den forelæggende ret at efterprøve.

108. For så vidt som mindre restriktive bestemmelser ikke ville give mulighed for at nå de forfulgte formål, er det min opfattelse, at de i hovedsagen omhandlede bestemmelser ikke går ud over, hvad der er nødvendigt for at nå de formål, der består i at sikre luftfartssikkerheden og beskytte den nationale sikkerhed.

109. Det fremgår derfor, at nationale bestemmelser som de i hovedsagen omhandlede, der fastsætter en aldersgrænse på 60 år for udøvelsen af funktioner som pilot i et selskab, der udøver aktiviteter i forbindelse med beskyttelse af den nationale sikkerhed, for det første kan anses for at være hensigtsmæssige i forhold til det formål, der består i at sikre luftfartssikkerheden og beskyttelsen af den nationale sikkerhed, og for det andet for ikke at gå ud over, hvad der er nødvendigt for at nå dette formål, bl.a. på grund af dette selskabs begrænsede ressourcer, hvilket det imidlertid tilkommer den forelæggende ret at efterprøve.

54 – Jf. dom af 5.7.2017, Fries (C-190/16, EU:C:2017:513, præmis 66), hvori Domstolen fastslog, at den omstændighed, at en aldersgrænse ikke indebar, at arbejdstagerens ansættelseskontrakt automatisk blev bragt til ophør af den grund, at den pågældende havde nået denne grænse, var et indicium for, at foranstaltningen var forholdsmæssig.

V. Forslag til afgørelse

110. På baggrund af det ovenfor anførte foreslår jeg Domstolen at besvare de præjudicielle spørgsmål, der er forelagt af Corte suprema di cassazione (kassationsdomstol, Italien), således:

- »1) Kommissionens forordning (EU) nr. 1178/2011 af 3. november 2011 om fastsættelse af tekniske krav og administrative procedurer for flyvebesætninger i civil luftfart i henhold til Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 216/2008, som ændret ved Kommissionens forordning (EU) nr. 290/2012 af 30. marts 2012, finder ikke anvendelse på den i hovedsagen omhandlede situation.
- 2) Artikel 4, stk. 1, i Rådets direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv skal fortolkes således, at den ikke er til hinder for bestemmelser som de i hovedsagen omhandlede, der foreskriver, at ansættelsesforholdet for piloter ansat i et selskab, der anvender luftfartøjer med henblik på beskyttelse af medlemsstatens nationale sikkerhed, automatisk ophører, når de er fyldt 60 år, hvis de formål, som forfølges ved disse bestemmelser, på grund af dette selskabs begrænsede ressourcer ikke ville kunne nås med mindre restriktive foranstaltninger, hvilket det imidlertid tilkommer den forelæggende ret at efterprøve.«