



# LUND UNIVERSITY

## Noteringar om Skydd för Etablerad Position - ett normativt grundmönster

Numhauser-Henning, Ann

*Published in:*

Festskrift till Catharina Calleman - i rättens utkanter

2014

[Link to publication](#)

*Citation for published version (APA):*

Numhauser-Henning, A. (2014). Noteringar om Skydd för Etablerad Position - ett normativt grundmönster. I A. Persson, & L. Ryberg-Welander (Red.), *Festskrift till Catharina Calleman - i rättens utkanter* (s. 275-286). Iustus förlag.

*Total number of authors:*

1

### General rights

Unless other specific re-use rights are stated the following general rights apply:

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Read more about Creative commons licenses: <https://creativecommons.org/licenses/>

### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

LUND UNIVERSITY

PO Box 117  
221 00 Lund  
+46 46-222 00 00

*Festskrift till*  
*Catharina Calleman*  
– i rättens utkanter

# Noteringar om *Skydd för Etablerad Position* – ett normativt grundmönster

## 1. Introduktion<sup>1</sup>

I Christensens teori om normativa grundmönster beskrivs *Skydd för Etablerad Position* som ett särskilt betydelsefullt mönster.<sup>2</sup> Något förenklat kan normativa grundmönster sägas avspegla grundläggande sociala normer, föreställningar och sedvänjor som vuxit fram i samhället och i relationer mellan människor. Grundmönstret *Skydd för Etablerad Position* går tillbaka till det rudimentära skyddet för äganderätten i meningen rätten att inte berövas denna, skyddet för besittningen. *Skydd för Etablerad Position* är ett konservativt grundmönster såtillvida att det upprätthåller de sociala positioner som etablerats. Samtidigt säger mönstret inget om hur dessa ställningar uppnåtts eller vilka som har möjlighet att uppnå dem. Med tiden har grundmönstret ”förflyttats” till nya områden, t.ex. i form av besittningsskyddet för hyresgästen inom boenderätten, som inkomstbortfallsprincipen inom socialförsäkringsrätten och som anställningsskyddet för arbetstagaren inom arbetsrätten. *Skydd för etablerad position* har i ett flertal studier av

<sup>1</sup> Kapitlet bygger på en tidigare engelsk version (hittills opublicerad) och forskningsamanuens Maria Linnér har varit behjälplig vid översättningen till svenska.

<sup>2</sup> Jfr Christensen (2000) och Numhauser-Henning (2013).

den sociala dimensionen visat sig vara centralt för förståelsen av rättsutvecklingen.<sup>3</sup>

Dessa noteringar hänför sig till två nya sammanhang där *Skydd för Etablerad Position* aktualiserats och som samtidigt bekräftar grundmönstrets speciella betydelse för den normativa utvecklingen.

## 2. Beteendekonomin och besittningseffekten

I sin bästsäljare *Tänka, snabbt och långsamt* från 2011 diskuterar ekonomipristagaren och psykologen Daniel Kahneman den så kallade besittningseffekten (*the Endowment Effect*).<sup>4</sup> Besittningseffekten – som stipulerar att människor är villiga att betala mer för att behålla något de redan äger än för att erhålla något som tillhör någon annan – är en del av prospektteorin som introducerades av Kahneman och Tversky år 1979.<sup>5</sup> I 1979 års artikel använder författarna kognitiv psykologi för att förklara motsättningar mellan ekonomiskt beslutsfattande respektive neo-klassisk teori och den hegemoniska rational choice-teorin. Prospektteorin beskrivs som en beslutsprocess i två faser; *editing* och *evaluation*. I den senare teoriutvecklingen (kallad kumulativ prospektteori) fokuserar Kahneman och Tversky på evaluationsfasen.<sup>6</sup> I denna fas fattar individen ”riskabla” beslut i förhållande till sin referensnivå, det tillstånd som motsvarar individens befintliga position. Här spelar den så kallade förlustaversionen (*loss aversion*) en avgörande roll – nackdelarna med en förändring tenderar att ses som större än fördelarna. Förlustaversionen innebär med andra ord att det finns en inneboende preferens för det oförändrade tillståndet i förhållande till den nuvarande eller faktiska referenssituationen, och detta visar sig genom att risken för en eventuell förlust väger betydligt tyngre än chansen till en eventuell vinst. Förlusten av en (etablerad) position uppvägs alltså inte av tillfredsställelsen av att förbättra sin ställning.

Dessa beteendekonominiska upptäckter ligger helt i linje med det normativa grundmönstret *Skydd för etablerad positions* starka ställning i den normativa/rättsliga utvecklingen. Besittningseffekten underbygger detta normativa grundmönster och utgör därmed ett stöd för Anna Christensens teori om normativa grundmönster. Normativa grundmönster antas avspegla och kodifiera underliggande normativa föreställningar och praktiker i samhället

<sup>3</sup> Numhauser-Henning (2013).

<sup>4</sup> Kahneman (2011). Se även Kahneman, Knetsch & Thaler (2009).

<sup>5</sup> Kahneman & Tversky (1979).

<sup>6</sup> Tversky & Kahneman (1992).

och således även de normer som finns ”bortom” de formella rättsreglerna. Christensen uttrycker det så: ”Normativa grundmönster fanns långt innan den moderna lagstiftaren. De växer fram som stigen i skogen...”<sup>7</sup> – En etablerad position, här betecknad som den ursprungliga referensnivån, är särskilt svår att ge upp: detta motsvarar förlustaversionen. Regler som inbegriper bevarandet, dvs. skyddet, av en etablerad position representerar sålunda ett viktigt normativt mönster som identifierats i flera studier av den sociala dimensionen, medan rättsliga lösningar som innefattar distributiva mönster ofta är betydligt svagare i den rättsliga utvecklingen (även om också sådana mönster har visst stöd i beteendekonomin och preferensteorin).<sup>8</sup> – Samtidigt förstärker det faktum att en viss praktik ges rättslig status dess legitimitet och normativa beskaffenhet på samhällsnivå. Detta gäller inte minst när en praktik inkluderas i så stor utsträckning att den blir vad Tuori skulle beteckna som en del av vår rättskultur.<sup>9</sup>

Besittningseffekten gäller inte urskillningslöst. Det finns en skillnad beroende på om ägandepositionen ursprungligen förvärvades i omsättningssyfte eller om den avsåg att vara mer beständig. Även här finns en intressant parallell till mitt och Anna Christensens särhållande av äganderätten som etablerad position respektive som ett marknadsfunktionellt mönster, en uppdelning som var grundläggande vid tillkomsten av teorin om normativa grundmönster.<sup>10</sup>

### 3. Praxis från EU-domstolen

Andra exempel som bekräftar det normativa grundmönstret *Skydd för Etablerad Position* starka inflytande är två relativt nya fall där Europeiska unionens domstol (EU-domstolen) tolkar Rådets direktiv 2000/78/EG av den 27 november 2000 om inrättande av en allmän ram för likabehandling<sup>11</sup> (härefter ”det allmänna likabehandlingsdirektivet” eller ”direktivet”). Båda fallen rör tolkningen av artikel 6.1. i direktivet, vilken reglerar berättigad särbehandling på grund av ålder.

Det första fallet, *Hennings*<sup>12</sup>, tar upp frågan huruvida det är tillåtet med ett system för offentliganställda där lönen bestäms av arbetstagarens ålder.

<sup>7</sup> Christensen (1994).

<sup>8</sup> Jfr Camerer (2003).

<sup>9</sup> Tuori (2013), s. 62.

<sup>10</sup> Jfr Numhauser-Henning (1990) och Christensen (2000).

<sup>11</sup> OJ 303/16, 2 december 2000.

<sup>12</sup> *Sabine Hennings v. Eisenban-Bundesamt* och *Land Berlin v. Alexander Mai*, C-297/10 och 298/10 [2011] ECR I-07965.

Det aktuella kollektivavtalet, som föreskrev att grundlönen skulle bestämmas av arbetstagarens ålder, ansågs strida mot artikel 6.1 i det allmänna likabehandlingsdirektivet eftersom särbehandlingen var direkt hänförlig till arbetstagarens ålder. Åberopandet av förhandlingsrätten i artikel 28 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna ogillades med hänvisning till att även de rättigheter som tillfaller arbetsmarknadens parter måste utövas i överensstämmelse med direktivet.<sup>13</sup> Vad som gör *Hennings* särskilt intressant i det här sammanhanget är emellertid det faktum att domstolen accepterade arbetsmarknadens parter roll i fråga om att genom övergångsbestämmelser försöka få bukt med åldersdiskriminerande bestämmelser och de argument som användes för detta ändamål. Genom att ersätta det befintliga kollektivavtalet med ett nytt avtal upprätthöll arbetsmarknadens parter till viss del det förra avtalets åldersdiskriminerande element, i syfte att ”bibehålla de rättigheter som de anställda har förvärvat i fråga om lön”.<sup>14</sup> Syftet var att ersätta ett lönesystem som till stor del utgick från arbetstagarens ålder, och som således var diskriminerande, med ett nytt system baserat på objektiva kriterier. Frågan som ställdes till EU-domstolen var ”Ger förhandlingsrätten kollektivavtalsparterna handlingsutrymme för att undanröja sådan [ålders]diskriminering genom att med *bibehållande av de rättigheter* [min kursivering] som har förvärvats enligt det gamla avtalssystemet låta de anställda omfattas av ett nytt avtalsmässigt lönesystem i vilket hänsyn tas till arbetsuppgifter, prestationer och yrkeserfarenhet?”. Domstolen menade att ”[s]åvitt avser det mål som arbetsmarknadens parter eftersträfvade när de förhandlade [...] framgår av såväl beslutet om hänskjutande som den tyska regeringens yttranden att de anställdas övergång till det nya avtalsmässiga lönesystemet ägde rum med säkerställande av att de anställda *bibehöll* sina *förvärvade rättigheter* [min kursivering] och sina tidigare löner”.<sup>15</sup> Domstolen hänvisar därefter till det tidigare fallet *Kommissionen v. Tyskland* (se nedan), där domstolen slagit fast att ”...skyddet för *rättigheter som har förvärvats* [min kursivering] av en kategori av personer utgör ett tvingande skäl av allmänintresse som motiverar inskränkningen, förutsatt att den inskränkande åtgärden inte går utöver vad som är nödvändigt för

<sup>13</sup> *Sabine Hennings v. Eisenban-Bundesamt och Land Berlin v. Alexander Mai*, C-297/10 och 298/10 [2011] ECR I-07965, p. 67–68.

<sup>14</sup> *Sabine Hennings v. Eisenban-Bundesamt och Land Berlin v. Alexander Mai*, C-297/10 och 298/10 [2011] ECR I-07965, p. 83. I den engelska versionen används uttrycket ”*established rights as regards pay*”.

<sup>15</sup> *Sabine Hennings v. Eisenban-Bundesamt och Land Berlin v. Alexander Mai*, C-297/10 och 298/10 [2011] ECR I-07965, p. 89.

detta skydd”.<sup>16</sup> ”[G]enom att arbetsmarknadens parter anförtros uppgiften att finna en jämvikt mellan sina respektive intressen uppnås en avsevärd flexibilitet, eftersom vardera parten i förekommande fall kan säga upp avtalet... Det framgår följaktligen att bibehållandet av de tidigare lönerna och, följaktligen, det diskriminerande system som grundas på ålder, har haft som mål att hindra löneförlust och varit avgörande för att göra det möjligt för arbetsmarknadens parter att genomföra övergången från det [tidigare]system[et]... Det ska följaktligen anses att ett berättigat mål, i den mening som avses i artikel 6.1... eftersträvas med övergångsbestämmelserna”.<sup>17</sup> Avtalet ansågs också vara lämpligt och nödvändigt eftersom ”den diskriminerande verkan är ägnad att försvinna i takt med utvecklingen av de anställdas lön”<sup>18</sup> och att ”det inte var orimligt, för arbetsmarknadens parter, att anta övergångsbestämmelser”.<sup>19</sup> Inte heller ansågs de bestämmelser som var aktuella i målet mer långtgående än nödvändigt ”med hänsyn till det stora utrymme för skönsmässig bedömning som arbetsmarknadens parter har i fråga om fastställande av löner”.<sup>20</sup> Artikel 6.1 i det allmänna likabehandlingsdirektivet ansågs således ”... inte utgöra något hinder för att tillämpa en bestämmelse i ett kollektivavtal, såsom den som är aktuell i målen vid den nationella domstolen, enligt vilken ett lönesystem som medför diskriminering på grund av ålder ersätts med ett lönesystem som grundas på objektiva kriterier, samtidigt som en viss diskriminerande verkan från det första systemet bibehålls under en period som är övergående och tidsbegränsad, för att säkerställa att anställda som innehar en tjänst kan övergå till det nya systemet utan att lida inkomstförlust”.<sup>21</sup> Generaladvokat i målet var V. Trstenjak, men domstolen bestämde sig för att avgöra målet utan att inhämta yttrande från generaladvokaten.

<sup>16</sup> *Sabine Hennings v. Eisenban-Bundesamt och Land Berlin v. Alexander Mai*, C-297/10 och 298/10 [2011] ECR I-07965, p. 90.

<sup>17</sup> *Sabine Hennings v. Eisenban-Bundesamt och Land Berlin v. Alexander Mai*, C-297/10 och 298/10 [2011] ECR I-07965, p. 92.

<sup>18</sup> *Sabine Hennings v. Eisenban-Bundesamt och Land Berlin v. Alexander Mai*, C-297/10 och 298/10 [2011] ECR I-07965, p. 96.

<sup>19</sup> *Sabine Hennings v. Eisenban-Bundesamt och Land Berlin v. Alexander Mai*, C-297/10 och 298/10 [2011] ECR I-07965, p. 98.

<sup>20</sup> *Sabine Hennings v. Eisenban-Bundesamt och Land Berlin v. Alexander Mai*, C-297/10 och 298/10 [2011] ECR I-07965, p. 98.

<sup>21</sup> *Sabine Hennings v. Eisenban-Bundesamt och Land Berlin v. Alexander Mai*, C-297/10 och 298/10 [2011] ECR I-07965, p. 99. Jfr också målet *Thomas Specht v. Land Berlin*, C-501/12 där generaladvokat Bot argumenterar för att ett övergångssystem, avsett att överkomma ett åldersdiskriminerande lönesystem men utan någon tidsbegränsning, gick ”utöver vad som är nödvändigt för att uppnå målet avseende skydd för förvärvade rättigheter” (p. 89).

Det andra målet, *Kommissionen v. Ungern*<sup>22</sup>, handlade inte bara om obligatorisk pensionering – vilket i princip är tillåtet enligt EU-domstolens tidigare praxis<sup>23</sup> – utan också om begränsade rättigheter för personer i särskilda yrkeskategorier (domare, åklagare och notarius publicus) att fortsätta att arbeta när åldersgränsen för pensionering sänktes från 70 till 62 år. Enligt kommissionen innebar ”sänkningen av åldern för obligatorisk pensionering från 70 till 62 år för domare, åklagare och personer som innehar ämbetet notarius publicus ... en särbehandling på grund av ålder mellan personer inom ett visst yrke”.<sup>24</sup> Kommissionen påpekade vidare att ”den omständigheten att de berörda personerna tidigare omfattades av ett mer gynnsamt system än det som tillämpades på övriga arbetstagare inom den offentliga sektorn inte utesluter att nämnda lagstiftning utgör diskriminering”.<sup>25</sup> Enligt domstolen var visserligen den statliga målsättningen att standardisera reglerna gällande obligatorisk pensionering tillåtet enligt artikel 6.1 i del allmänna likabehandlingsdirektivet, men det aktuella förfarandet uppfyllde inte kraven på lämplighet och nödvändighet. Bedömningen genomfördes individuellt, utifrån den berörda enskilda arbetstagarens perspektiv: ”för personer i dessa grupper skapades en förväntan att de kunde stanna i tjänst till denna ålder [70 år]... De aktuella bestämmelserna har emellertid inneburit en plötslig och betydande sänkning av åldersgränsen för obligatorisk pensionering utan att föreskriva övergångsbestämmelser ägnade att skydda de berörda personernas berättigade förväntningar”.<sup>26</sup>

Domslutet stämmer väl överens med generaladvokat J. Kokotts förslag till avgörande. Även hon argumenterar utifrån begreppet berättigade förvänt-

<sup>22</sup> *Kommissionen v. Ungern*, C-286/12 [2013] ECR I-00000.

<sup>23</sup> Se *Palacios de la Villa v. Cortefiel Servicios SA*, C-411/05 [2007] ECR I-8531; *Age Concern England v. Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform*; C-388/07 [2009] ECR I-01569; *Rosenblatt v. Oellerking Gebäudereinigungsges mbH*, C-45/09 [2010] ECR I-09391; *Georgiev v. Technicheski Universitet, Sofia*, C-250/09 och C-268/09 [2010] I-11869; *Fuchs och Köhler v. Land Hessen*, C-159/10 och C-160/10 [2011] ECR I-06919 och det något senare fallet *Kommissionen v. Ungern*, C-286/12 [2013] ECR I-00000. Det finns även svensk praxis i form av *Torsten Hörnfeldt v. Posten Meddelande AB*, C-141/11, [2012] ECR I-0000. Se även *Petersen v. Beerufungsausschuss für Zahnärzte für den Bezirk Westfalen-Lippe*, C-341/08 [2010] ECR I-00047; *Ole Andersen v. Region Syddanmark*, C-499/08 [2010] ECR I-09343; *Prigge v. Deutsche Lufthansa AB*, C-447/09 [2011] ECR I-08003 and *Johann Odar v. Baxter Deutschland GmbH*, C-152/11 [2013] ECR I-00000.

<sup>24</sup> *Kommissionen v. Ungern*, C-286/12 [2013] ECR I-00000, p. 24.

<sup>25</sup> *Kommissionen v. Ungern*, C-286/12 [2013] ECR I-00000, p. 24.

<sup>26</sup> *Kommissionen v. Ungern*, C-286/12 [2013] ECR I-00000, p. 67–68. Vidare ogillades ett argument angående generationsmässig rättvisa angående tillgång till anställning efter noggrann granskning av logiken i de aktuella reglerna i jämförelse med dem som tillämpades i *Küçükdevici v. Swedex GmbH Co KG* C-555/07 ECR I-10517.



ningar (*confiance légitimée*<sup>27</sup>) och menar att den direkta sänkningen, utan övergångsbestämmelser, av åldergränsen för pensionering från 70 till 62 år är oproportionerlig.

Som tidigare nämnts hänvisade domstolen i *Hennings* till det äldre fallet *Kommissionen v. Tyskland*<sup>28</sup>, vilket handlade om huruvida Tyskland hade misslyckats med att implementera etableringsfriheten i artikel 43 EG. Kommissionens talan riktade sig mot ”övergångsbestämmelserna eller bestämmelserna avseende ’förvärvade rättigheter’ i den mån dessa innebär att enbart psykoterapeuter som under referensperioden utövat verksamhet i en region i Tyskland inom ramen för den tyska lagstadgade sjukförsäkringen har möjlighet att utöva verksamhet inom ramen för nämnda försäkring, medan denna möjlighet inte erbjuds psykoterapeuter som under samma period utövat sin verksamhet utanför Tyskland inom ramen för den lagstadgade sjukförsäkringen i en annan medlemsstat”.<sup>29</sup> Frågan i målet var således huruvida de övergångsbestämmelser som skyddade psykoterapeuters förvärvade rättigheter att utöva sitt yrke i en viss (tysk) region under en angiven referensperiod stred mot etableringsfriheten. Övergångsbestämmelserna utgjorde ett undantag från ett kvotsystem som nyligen implementerats – ett undantag som enbart gynnade psykoterapeuter som under referensperioden hade behandlat patienter inom ramen för den tyska lagstadgade sjukförsäkringen. Den avgörande frågan var huruvida det faktum att bestämmelserna var av övergångskaraktär och syftade till att skydda förvärvade rättigheter fritog Tyskland från skyldigheten att följa fördragets bestämmelser om etableringsfrihet, och därigenom innebar att en begränsning av etableringsfriheten kunde rättfärdigas. Övergångsbestämmelserna ansågs vara indirekt diskriminerande ifråga om nationalitet; frågan blev då om det trots det kunde rättfärdigas som lämpliga och nödvändiga. Domstolen menade att ”skyddet för en förvärvad rättighet, som består i att bevara en patientkrets som byggts upp genom flera års yrkesverksamhet, utgör ett tvingande skäl av allmänintresse”,<sup>30</sup> vilket kunde rättfärdiga en inskränkning av etableringsfriheten under förutsättning att bestämmelserna ”inte går längre än vad som är nödvändigt för att uppnå detta ändamål”.<sup>31</sup> I det aktuella fallet bedömdes övergångsbestämmelserna trots detta vara oproportionerliga,

<sup>27</sup> *Kommissionen v. Ungern*, C-286/12, generaladvokatens förslag till avgörande, p. 65.

<sup>28</sup> *Kommissionen v. Tyskland*, C-456/05 [2007] ECR I-10517.

<sup>29</sup> *Kommissionen v. Tyskland*, C-456/05 [2007] ECR I-10517, p. 17.

<sup>30</sup> *Kommissionen v. Tyskland*, C-456/05 [2007] ECR I-10517, p. 63.

<sup>31</sup> *Kommissionen v. Tyskland*, C-456/05 [2007] ECR I-10517, p. 65.

och de ansågs därmed innebära en otillåten inskränkning av etableringsfriheten.

Generaladvokat Mengozzi argumenterade för att talan skulle ogillas med hänvisning till att kommissionen hade underlåtit att genom det förfarande som stod till dess förfogande agera i tid, och därmed inte förhindrat att det påtalade fördragsbrottet fick de verkningar som kommissionen har tillskrivit det.<sup>32</sup> Med hänsyn till sakfrågan ansåg Mengozzi – precis som EU-domstolen senare gjorde – att de aktuella övergångsbestämmelserna utgjorde en otillåten inskränkning av etableringsfriheten. Frågan blev då huruvida det rörde sig om en inskränkning som kunde rättfärdigas, det vill säga en inskränkning som ”grundas på tvingande hänsyn till allmänintresset, är ägnade att säkerställa förverkligandet av det syfte som eftersträvas med dem och inte går längre än vad som är nödvändigt för att uppnå detta syfte”.<sup>33</sup> Övergångsbestämmelserna i målet hade ett dubbelt syfte, dels avsåg ”de att göra det möjligt för psykoterapeuter som tidigare öppnat en mottagning i Tyskland (...) med hänsyn till *skyddet för förvärvade rättigheter* [min kursivering] och skyddet för berättigade förväntningar”, dels avsåg att säkerställa att ”endast ett begränsat antal psykoterapeuter kan göra gällande en rätt att erhålla tillstånd, oberoende av de verkliga vårdbehoven”.<sup>34</sup> Generaladvokaten ansåg också att sådana förvärvade rättigheter och berättigade förväntningar kunde betecknas som tvingande hänsyn till allmänintresset.<sup>35</sup> Med hänvisning till domstolen, som tidigare slagit fast att ”de materiella gemenskapsbestämmelserna, för att säkerställa skyddet för rättssäkerhetsprincipen och principen om skydd för berättigade förväntningar, skall tolkas så, att de endast syftar på situationer som uppstått innan de trädde i kraft, om det av deras lydelse, syften eller systematik klart framgår att de skall ges en sådan verkan. Å andra sidan kan en enskild inte ha berättigade förväntningar på att det inte kommer att göras någon som helst lagändring, utan rättssäkerhetsprincipen kräver snarare att lagstiftaren beaktar de ekonomiska aktörernas särskilda situation och i förekommande fall anpassar tillämpningen av de nya rättsliga bestämmelserna härefter”,<sup>36</sup> drog general-

<sup>32</sup> *Kommissionen v. Tyskland*, C-456/05 [2007], generaladvokatens förslag till avgörande, p. 60.

<sup>33</sup> *Kommissionen v. Tyskland*, C-456/05 [2007], generaladvokatens förslag till avgörande, p. 94.

<sup>34</sup> *Kommissionen v. Tyskland*, C-456/05 [2007], generaladvokatens förslag till avgörande, p. 95.

<sup>35</sup> *Kommissionen v. Tyskland*, C-456/05 [2007], generaladvokatens förslag till avgörande, p. 97.

<sup>36</sup> *Kommissionen v. Tyskland*, C-456/05 [2007], generaladvokatens förslag till avgörande, p. 98.

advokaten slutsatsen att de aktuella övergångsbestämmelserna visserligen var ägnade att säkerställa förverkligandet av det syfte som eftersträvas med dem.<sup>37</sup> Trots detta kvarstod frågan huruvida de var proportionerliga. Efter noggrann granskning kom generaladvokaten, till skillnad från EU-domstolen, till slutsatsen att ”kommissionen inte har visat att det fanns en alternativ åtgärd som skulle innebära en mindre inskränkning av etableringsskyldigheten och utgöra ett lika effektivt sätt att uppnå nämnda syften”. Mengozzi föreslog därför att talan skulle ogillas.<sup>38</sup>

I *Hennings* formulerades både generaladvokatens förslag till avgörande (fråga två) och den faktiska domen i termer av skydd för förvärvade rättigheter (*established rights*) – målet rör bibehållandet av befintliga lönenivåer. Utfallet tyder också på att domstolen godtog direkt särbehandling på grund av ålder i syfte att bevara sådana förvärvade rättigheter. – Även i *Kommissionen v. Tyskland* uttrycktes de då aktuella övergångsbestämmelserna som en fråga om ”förvärvade rättigheter”. Här slogs emellertid fast att bestämmelserna på grund av bristande proportionalitet inte utgjorde en rättfärdig inskränkning av den av EG-fördraget skyddade etableringsfriheten. I *Kommissionen v. Ungern* ansågs det däremot vara fråga om berättigade förväntningar. Skyddet för berättigade förväntningar har i det tidigare ansetts vara ett uttryck för skydd för etablerad position. Ett exempel är Nils Eliassons doktorsavhandling, i vilken han diskuterar just pensionssystem och kopplingen till det normativa grundmönstret *Skydd för Etablerad Position*.<sup>39</sup> Generaladvokaten formulerade emellertid *Kommissionen v. Tyskland* som både en fråga om skydd för etablerad position och skydd för berättigade förväntningar, och hänvisade i samband med detta till ett tidigare uttalande från EU-domstolen där skyddet för berättigade förväntningar relaterades till förutsebarhetsprincipen.<sup>40</sup> Detta gör att skyddet för förvärvade rättigheter – när

<sup>37</sup> *Kommissionen v. Tyskland*, C-456/05 [2007], generaladvokatens förslag till avgörande, p. 101.

<sup>38</sup> *Kommissionen v. Tyskland*, C-456/05 [2007], generaladvokatens förslag till avgörande, p. 128–130.

<sup>39</sup> Eliasson (2001). Eliasson fann att det skydd som rättssystemen i de länder som ingick i hans undersökning – Sverige, Norge och Tyskland – erbjöd uttrycktes i termer av äganderätt, berättigade förväntningar, icke-retroaktivitet, avtal och god tro. Vidare fann Eliasson att ett test mot berättigade förväntningar var tillförlitligare än lösningar som utgick från skyddet för ackumulerade ägarrättigheter i sig – även med hänsyn till att det rådande pensionssystemet bygger på ett potentiellt otillfredsställande kontrakt mellan generationer. – Jfr även *Kommissionen v. Ungern* C-286/12 [2013] ECR I-00000 där EU-domstolen *obiter octum* accepterade en generell höjning av pensionsåldern i Ungern från 62 till 65 år, med hänvisning till att detta uppfyllde kravet på reglering om en gradvis övergång, se domen p. 73.

<sup>40</sup> *Kommissionen v. Tyskland*, C-456/05 [2007], generaladvokatens förslag till avgörande, p. 98.

det uttrycks som berättigade förväntningar – kan sägas ligga något närmare generella rättsstatsprinciper än det normativa grundmönstret *Skydd för Etablerad Position*.<sup>41</sup>

Dessa fall talar tydligt för det normativa grundmönstret *Skydd för Etablerad Position*s starka ställning. Utrymmet för rättfärdigad särbehandling är visserligen betydligt större i fråga om diskriminering på grund av ålder än för andra diskrimineringsgrunder, jämför artikel 6.1 i det allmänna likabehandlingsdirektivet.<sup>42</sup> Samtidigt rör det något tidigare fallet *Kommissionen v. Tyskland*, som EU-domstolen själv refererar till, fördragsstadgade rättigheter. Vidare har skydd för etablerad position – även i samband med åldersdiskriminering – alltså ansetts utgöra ett bärande argument för särbehandling som en övergångsåtgärd också i relation till kollektivavtalade regler som i sig bedömts innefatta oacceptabel diskriminering. I *Hennings* handlar det verkligen om förvärvad (etablerad) position såtillvida att det faktiskt är fråga om framtida inkomster och inte redan intjänade rättigheter. (Å andra sidan rör det sig om ett avtal om en viss lönenivå, och för att detta ska förändras krävs att kollektivavtalet ändras med allt vad detta medför i form av uppsägningstid etc.) *Kommissionen v. Ungern* rör pensionsrättigheter, i betydelsen intjänade rättigheter/uppskjuten inkomst. Här är det sålunda än mer naturligt – och därför mindre anmärkningsvärt – att domstolen stödjer bibehållandet av sådana rättigheter och inte anser det ”lämpligt och nödvändigt” att åsidosätta dem – även om det finns legitima skäl för pensionsreformen i sig. Redan intjänade rättigheter skyddas såsom regelrätt ägande.<sup>43</sup> Domen argumenteras emellertid inte i dessa termer utan utifrån mer generella överväganden kopplade till de inblandade parternas svårigheter att, med hänsyn till införandet och dylikt, vidta nödvändiga åtgärder. Och, både domen och generaladvokatens förslag talar i termer av berättigade förväntningar.

<sup>41</sup> Jämför det anhängiggjorda målet *Luigi D’Aniello and Others v. Poste Italiane SpA*, C-89/13.

<sup>42</sup> Jfr dock *Kenny et al. v. Minister for Justice, Equality and Law Reform et al.*, C-427/11 [2013] ECR I-00000 angående lika lön för män och kvinnor. Här fann EU-domstolen att ”den nationella domstolen kan beakta intresset av goda relationer mellan arbetsmarknadens parter i förening med andra omständigheter som gör det möjligt för nämnda domstol att bedöma huruvida löneskillnaderna mellan de båda grupperna av arbetstagare beror på sakliga skäl som helt saknar samband med könsdiskriminering samt är förenliga med proportionalitetsprincipen.”, se domen p. 50. Bakgrunden till målet var en process, där utförandet av vissa arbetsuppgifter successivt övergick från mer välbetalda (manliga) poliser till lägre (kvinnliga) tjänstemän eftersom det (enligt den nationella domstolen) ”varit uppenbart orättvist och oförenligt med praxis att sänka lönen för de polistjänstemän [...] som hade tillsatts på dessa tjänster.” Se domen p. 15.

<sup>43</sup> Jfr till exempel följande fall från Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna: *Müller v. Österrike* (App. no. 5849/72), *Steck and Others v. Storbritannien* (App. no. 6573/01 och 65900/01) och *Gaygusuz v. Österrike* (App. no. 17371/90).

#### 4. Avslutande kommentar

Detta är endast några exempel som visar på det normativa grundmönstret *Skydd för Etablerad Position* inflytande i rättsutvecklingen och, för att använda Tuoris terminologi, dess betydelse för vår rättskultur.<sup>44</sup>

#### Källförteckning

- Camerer, C., *Behavioral Game Theory: Experiments in Strategic Interaction*, Princeton University Press, 2003.
- Christensen, A., ”Protection of Established Position, a Basic Normative Pattern”, *40 Scandinavian Studies in Law* 285, 2000.
- Christensen, A., ”Äganderätten skyddar din säng och ditt vapen”, *Dagens Nyheter* 23 september 1994.
- Eliasson, N., *Protection of Accrued Pension Rights: An Inquiry into Reforms of Statutory and Occupational Pension Schemes in a German, Norwegian and Swedish Context*, Lund: Juristförlaget, 2001.
- Kahneman, D., *Thinking, Fast and Slow*, Brockman Inc., 2011.
- Kahneman, D.; Knetsch, J. & Thaler, R., ”Experimental Test of the Endowment Effect and the Coase Theorem”, i: *The New Behavioral Economics, Volume 3, Tastes for Endowment, Identity and the Emotions* (red. EL Khalil), s. 119–142, 2009.
- Kahneman, D. & Tversky, A., ”Advances in Prospect Theory: Cumulative Representation of Uncertainty”, s. 297–323, *Journal of Risk and Uncertainty* 5(4), 1992.
- Kahneman, D., & Tversky, A., ”Prospect theory: An Analysis of Decision Under Risk”, s. 263–291, *Econometrica* (The Economist Society) 47 (2), 1979.
- Numhauser-Henning, A., ”Understanding Law as Normative Patterns in a Normative Field”, i: *Normative Patterns and Legal Developments in the Social Development* (red. Numhauser-Henning, A. & Rönmmar, M.), Oxford: Hart Publishing, 2013.
- Numhauser-Henning, A., ”Land Ownership: A Critical Study of the Swedish Land Acquisition Act and its Functions”, *34 Scandinavian Studies in Law* 181, 1990.
- Tuori, K., ”*Law Beyond Law*”, i: *Normative Patterns and Legal Developments in the Social Development* (red. Numhauser-Henning, A. & Rönmmar, M.), Oxford: Hart Publishing, 2013.

<sup>44</sup> Tuori (2013).

**Praxis från EU-domstolen**

- Age Concern England v. Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform*; C-388/07 [2009] ECR I-01569.
- Fuchs och Köhler v. Land Hessen*, C-159/10 och C-160/10 [2011] ECR I-06919.
- Georgiev v. Technicheski Universitet, Sofia*, C-250/09 och C-268/09 [2010] ECR I-11869.
- Johann Odar v. Baxter Deutschland GmbH*, C-152/11 [2013] ECR I-00000.
- Kenny et al. v. Minister for Justice, Equality and Law Reform et al.*, C-427/11 [2013] ECR I-00000.
- Kommissionen v. Tyskland*, C-456/05 [2007] ECR I-10517.
- Kommissionen v. Ungern*, C-286/12 [2013] ECR I-00000.
- Küçükdevici v. Swedex GmbH Co KG* C-555/07 ECR I-10517.
- Ole Andersen v. Region Syddanmark*, C-499/08 [2010] ECR I-09343.
- Palacios de la Villa v. Cortefiel Servicios SA*, C-411/05 [2007] ECR I-8531.
- Petersen v. Beerufungsausschuss für Zahnärzte für den Bezirk Westfalen-Lippe*, C-341/08 [2010] ECR I-00047.
- Prigge v. Deutsche Lufthansa AB*, C-447/09 [2011] ECR I-08003.
- Rosenblatt v. Oellerking Gebäudereinigungsges mbH*, C-45/09 [2010] ECR I-09391.
- Sabine Hennings v. Eisenban-Bundesamt och Land Berlin v. Alexander Mai*, C-297/10 och 298/10 [2011] ECR I-07965.
- Torsten Hörnfeldt v. Posten Meddelande AB*, C-141/11, [2012] ECR I-00000.
- Thomas Specht v. Land Berlin*, C-501/12, [2014] ECR I-00000.
- Luigi D'Aniello and Others v. Poste Italiane SpA*, C-89/13, [2015] ECR I-00000.

**Praxis från Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna**

- Gaygusuz v. Österrike*, App. No. 17371/90, ECHR 1996-IV.
- Müller v. Österrike*, App. No. 5849/72, D.R. 1, p. 50.
- Steck and Others v. Storbritannien*, App. No. 6573/01 och 65900/01, ECHR 2006-VI.