

U.2012B.295

Ansættelses- og arbejdsret 271.9 og 6 - EU-ret 2 - Menneskerettigheder 1.7 - Personspørgsmål 3 - Statsforfatningsret 21.2

Forfatningskrise?

Ifølge UfR 2012.2247 Ø og en dom fra Vestre Landsret af 12/4 2012 strider funktionærlovens § 2 a, stk. 3, mod EU-rettens forbud mod aldersdiskrimination og er derfor uden virkning - også i retssager mellem private. Dommene og en tilsvarende afgørelse fra Østre Landsret af 15/6 2012 om ferielovens § 13 repræsenterer et indbrud i lovgivers grundlovmæssige kompetence og skaber usikkerhed om, hvorvidt de af Folketinget vedtagne love kan kræves respekteret. De følger heller ikke den linje, EU-domstolen har lagt for tilfælde, hvor national ret kolliderer med EU-retten.

Af professor, jur.dr. Ole Hasselbalch

I krydsfeltet mellem den traditionelle danske jura og EU-retten er der ved at opstå spændinger, som underminerer troen på retssystemet som rimelighedens forankring. Dette er ikke blot en konsekvens af de materielle ordninger, EU har introduceret, og som i visse aspekter - med eller uden føje - har givet anledning til en del debat og modvilje. Det er også en konsekvens af selve den *måde*, på hvilken EU-retten skabes og injiceres i den danske retsorden. Tre nye landsretsdomme sætter problemstillingen i sidstnævnte henseende på spidsen:

1. Dommen i UfR 2012.2247 Ø angår en sag mellem en privat arbejdsgiver og en funktionær, der i foråret 2011 blev overført til en anden og uden for funktionærloven liggende stilling i virksomheden. Spørgsmålet var, om hans i den anledning ifølge denne lovs § 2 a, stk. 1, erhvervede krav på fratrædelsesgodtgørelse gik tabt efter samme bestemmelses stk. 3, hvorefter godtgørelsen bortfalder, såfremt funktionæren ved fratrædelsen har mulighed for at oppebære arbejdsgiverbetalt alderspension, og han er indtrådt i pensionsordningen før det fyldte 50. år. Den pågældende funktionærs krav var således ganske vist formelt set afskåret ifølge det udtrykkelige indhold af § 2 a, stk. 3, men han mente, at reglen var uden virkning, idet den kolliderer med EU-rettens forbud mod aldersdiskrimination. Arbejdsgiveren henviste på sin side til, at direktiv 2000/78 EF om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv (der forbyder usaglig aldersdiskrimination) ikke har virkning mellem private, samt at hverken direktivet, EU-domstolens dom af 12/10 2010 i sag 499/2008 (hvorefter den forskelsbehandling, bestemmelsen medfører, er i strid med direktivet) eller EU-retlige principper medførte, at der var krav på fratrædelsesgodtgørelse.

Østre Landsret antager, at direktiv 2000/78/EF er til hinder for en bestemmelse som § 2 a, stk. 3, men at direktivet ikke kan påberåbes i forholdet direkte mellem private. Retten fastslår imidlertid dernæst, at § 2 a, stk. 3, kolliderer med EF/EU-domstolens domme af 22/11 2005 (sag C-144/04, Mangold) og 12/10 2010 (sag C-499/08, Küçükdeveci). I henhold til disse afgørelser er forbuddet mod forskelsbehandling på grund af alder således et *almindeligt EU-retligt princip*, der i modsætning til direktiv 2000/78/EF *også* kan påberåbes over for private arbejdsgivere. I konsekvens heraf og i pagt med præmis 77 i dommen af 22/11 2005 antager landsretten, at den skal undlade at anvende de mod princippet stridende bestemmelser i dansk lov, herunder funktionærlovens § 2, stk. 3. Landsretten er endog gået så vidt som til at udsende et »hyrdebrev« herom til byretterne.

En dom fra Vestre Landsret af 12/4 2012 - B 1065-08 drejer sig om et tilsvarende tilfælde. En pilot var her blevet afskediget og fik bl.a. tilkendt fratrædelsesgodtgørelse, uanset han ligeledes var omfattet af forbeholdet i funktionærlovens § 2, stk. 3. Arbejdsgiveren havde i sammenhængen henvist til, at EU-domstolens lige nævnte dom af 12/10 2010 ikke er umiddelbart bindende for private arbejdsgivere, at parterne

havde indrettet sig på den hidtidige (danske) retspraksis med relation til bestemmelsen, samt at funktionærloven ikke kan ændres med tilbagevirkende kraft.

Vestre Landsret bemærker hertil, at det fremgår af forarbejderne til lov nr. 1417 af 22. december 2004, der implementerer direktiv 2000/78/EF, at det i forbindelsen blev overvejet, om forbuddet mod forskelsbehandling pga. alder nødvendigvis gjorde ændringer i den gældende bestemmelse i funktionærlovens § 2 a om fratrædelsesgodtgørelse, men at overvejelserne endte med at konkludere, at ordningen i funktionærlovens § 2 a kunne opretholdes som en *saglig* (indirekte) forskelsbehandling i forhold til yngre funktionærer.[1] Vestre Landsret noterer imidlertid i forlængelse heraf lakonisk, at det ved

296

EUD12/10 2010 (sag C-499/08) er fastslået, at bestemmelserne i direktiv 2000/78/EF skal fortolkes således, at de er til hinder for nationale forskrifter, hvorefter arbejdstagere alene som følge af den omstændighed, at de har ret til en alderspension udbetalt af deres arbejdsgiver i henhold til en pensionsordning, som de er indtrådt i før det fyldte 50. år, ikke er berettiget til en fratrædelsesgodtgørelse, der er bestemt til at lette overgangen til anden beskæftigelse for arbejdstagere med en anciennitet på over 12 år i virksomheden. Det ser altså nærmest ud, som om *Vestre Landsret* forudsætter, at direktiv 2000/78 har den direkte virkning, som *Østre Landsret* forkaster. I hvert fald savnes den stillingtagen til problemet om EU-rettens umiddelbart forbindende virkning i Danmark, som proceduren lægger op til.

Der er grund til undren over den frimodighed, de to domme afspejler, eftersom funktionærlovens § 2 a, stk. 3, har et objektivt klart indhold i form af en aldersgrænse, der ikke kan tolkes på, og som ganske vist blev indført i 1996 (ved lov 287 af 24/4 1996), dvs. før direktiv 2000/78/EF, men som lovgiver altså har ladet blive stående *uanset* direktivet. Et centralt forfatningsretligt princip, nemlig at det er den danske lovgiver, der i sidste ende lovgiver bindende på dansk grund, er dermed i spil.

2. Det har sporadisk været diskuteret i litteraturen, hvad stillingen er for en dansk domstol, såfremt dansk lovgivning ikke er indrettet i pagt med EU-retten.

Problemet har ikke nogen høj profil i de sædvanligt anvendte EU-retlige værker, der nemlig normalt vinkles med EU-retten som udgangspunkt, uden at forfatterne forholder sig til, hvorvidt den forrang for EU-retten, der udgangsvist følger heraf, nu også har tilstrækkelig hjemmel i de respektive nationale retsordener. Claus Gulmann og Karsten Hagel Sørensen er dog inde på spørgsmålet i *EU-ret*, 3. udg. (1995). Her antages det (s. 185 ff.), at der ikke er reelle forrangsproblemer, når det drejer sig om en konflikt i forhold til en *ældre* dansk lovregel. Det er vanskeligt at se, hvorfor der ikke er det. Hvis lovgiver

har ladet denne ældre regel blive stående i loven, uanset den ikke lader sig tolke i pagt med den nyere EU-retsforskrift, nødes man jo til at forholde sig til forrangsproblematikken.

I antologien *Europæiseringen af dansk ret* (2008) har Birgitte Egelund Olsen undersøgt den daværende danske retspraksis på området (s. 355 f.) og med en enkelt byretsafgørelse som undtagelse ingen eksempler fundet fra de højere retsinstanser på, at domstolene direkte anvender og henviser til forrangsprincippet. Hun konstaterer dog, at domstolene går langt i deres fortolkning af såvel dansk ret som EU-retten for at sikre, at der *ikke* foreligger en konflikt mellem dansk ret og EU-retten. Fremdeles konstaterer hun, at »hvor en bestemmelses ordlyd og forarbejder klart indeholder en konflikt i forhold til EU-retten, og hvor lovgiver har haft flere anledninger til at ændre reglerne, så de blev direktivkonforme, men har undladt dette og dermed indirekte antydning, at man ikke fra dansk side ønsker at gennemføre direktivet på dette punkt, så vil de danske domstole følge de danske lovgivere.«

I UfR 1991 B s. 22 antager Per Walsøe med henvisninger til den statsretlige litteratur, at den danske lov må gå forud, når der er lovgivet »klart og bevidst« i strid med en EF-retsregel.

3. Domstolene går vitterlig *meget* langt for at undgå konflikter mellem dansk ret og EU-retten. I UfR 2004.1246 H (om)tolkes f.eks. den dagældende gamle bestemmelse i retsplejelovens § 323 om, at »udlændinge« kan afkræves sikkerhedsstillelse for sagsomkostninger, til, at dette udtryk efter indtrædelsen i EF ifølge EF-traktatens regler om fri udveksling af tjenesteydelser (den daværende traktats artikel 49) ikke omfatter EF-borgere. Dette var da også, hvad der senere blev indskrevet udtrykkeligt i den nugældende bestemmelse angående samme i lovens § 321. Tolkningen er anstrengt, men den forekommer dog ikke umulig, eftersom det ved tiltrædelsen af EF var ganske klart tilsigtet af lovgiver - og let forudseeligt for borgerne - at der efter tiltrædelsesloven ville være forskel på »udlændinge«, alt efter om de kom fra et EF-land eller ej.

En række danske - herunder nyere - domme har været inde på spørgsmålet om EU-rettens forrang i forhold til dansk ret, når EU-retten er i *aldeles klar* konflikt med en dansk lovgivning, fordi det er umuligt at tolke denne EU-retskonformt. Det drejer sig imidlertid så vidt ses i alle tilfælde om sager, hvor det *offentlige* var sagsøgt for overtrædelse af EF/EU-regler, typisk af skatte- eller afgiftsmæssig karakter, altså sager, der har vedrørt EU-reglernes såkaldte vertikale effekt (dvs. virkning i konflikter mellem en privat og en medlemsstat). Kendt er især de såkaldte ambi-sager, hvor Højesteret statuerede, at det ved lov 840 af 18/12 1987 indførte såkaldte arbejdsmarkedsbidrag principielt skulle tilbagebetales efter EF-domstolens dom af 31/3 1992 (sag C-200/90), ifølge hvilken ordningen stred mod det sjette momsdirektiv.

Der er imidlertid ikke noget til hinder for, at det offentlige så at sige lægger sig ned i forhold til EU-retten og undlader at procedere på det synspunkt, at en klar, dansk lov ikke kan tilsidesættes af danske domstole på grundlag af EU-retten. En sådan holdning kan også være ganske fornuftig i lyset af de konsekvenser, det vil have for det offentlige, hvis man til skade for borgerne praktiserer en EU-retsstridig ordning. Hvad angår stillingen mht. den såkaldte *horisontale* effekt (altså EU-reglernes betydning i relationen mellem private indbyrdes), kan ordningen derfor meget vel være anderledes.

297

4. Spørgsmålet om aldersgrænsers holdbarhed i forhold til EU-rettens diskriminationsregler har tidligere været oppe for Højesteret, nemlig i UfR 2009.2405. Her nåede retten frem til, at Undervisningsministeriets beslutninger omkring indførelsen af en aldersgrænse på 67 år ikke var egnet til at bringe virkeliggørelsen af det i EU-beskæftigelsesdiskriminationsdirektivet (2000/78/EF) foreskrevne resultat i alvorlig fare, hvorfor man lod grænsen stå fast. En anden dom, UfR 2012.341 V, drejer sig om en sag svarende til dem, der er afgjort ved UfR 2012.2247 Ø og VL 12/4 2012, men mellem en funktionær og en *offentlig* arbejds-

giver. Her blev prøvelsen af funktionærlovens § 2, stk. 3, imidlertid ikke aktuel, idet arbejdsgiversiden efter en præjudicial afgørelse fra EU-domstolen om forståelsen af direktiv 2000/78/EF i relation til offentligt ansatte[2] tog bekræftende til genmæle på dette punkt.[3] Denne dom skaber ikke desto mindre betydelig usikkerhed om stillingen:

Det konstateres således i den (s. 342), at lovgiver ved en ændring af funktionærlovens § 2 b om usaglig afskedigelse i 2004, hvorved aldersgrænsen i denne regel ophævedes med henvisning til direktiv 2000/78/EF, antog, at direktivet ikke nødvendiggjorde en ophævelse også af aldersgrænsen i fratrædelsesgodtgørelsesreglerne i lovens § 2 a. »Af forarbejderne ses der imidlertid ikke herved at være taget stilling til spørgsmålet om diskrimination af ældre medarbejdere i relation til betingelserne for ophør af retten til godtgørelse«, hedder det dernæst. Hvad ligger der i det?

Lovgiver havde som sagt aldersgrænseproblemet på bordet ved lovændringen i 2004.[4] Og man forholdt sig her - ifølge dommen - til aldersgrænsen i funktionærlovens § 2 b, men altså ifølge UfR 2012.341 V ikke til aldersgrænsen i § 2 a? Hvad da med de forarbejder, samme landsret citerer i dommen af 12/4 2012? Og mener Vestre Landsret i UfR 2012.341 da alvorligt, at lovgiver godt nok tog højde for eksistensen af § 2 a, stk. 3, men desuagtet lod det være flydende, hvorvidt denne regel fortsat bestod eller ikke bestod? *Udgangspunktet*, hvis lovgiver lader en udtrykkelig regel stå, er vel, at den fortsat gælder - Folketinget kan jo dog ikke antages at ville lade en udtrykkelig lovregel med et objektivt aflæseligt indhold blive stående i lovtæksten, hvis Tinget mener, at den ingen virkning skal have?

Eller kræver Vestre Landsret, at Folketinget skulle have vedtaget § 2 a, stk. 3, på ny, for at den ville stå fast? Eller mener landsretten, at lovgiver ved funktionærlovsændringen i 2004 tog fejl af den EU-rettlige stilling i relation til § 2 a, stk. 3 - mistolkede direktiv 2000/78/EF, og intet vidste om og ikke forudså det almindelige EU-retlige princip, der kom til syne med EF-domstolens dom af 2005?

Svaret på sidstnævnte synes at være et ja - men den slags fejtagelser fra lovgiver kan jo ikke i sig selv være hjemmel for at give EU-retten forrang. Eller - og måske mest sandsynligt - mener landsretten, at lovgiver udmærket var klar over de problemer, de nye EU-diskriminationsregler skabte i relation til § 2 a, stk. 3, men at man blot forklarede sig ud af dem dengang, idet man ønskede at undgå at sætte fokus på de med en ændring af § 2 a forbundne omkostninger for arbejdsgiverne? Kan Folketinget i så fald via denne politisk begrundede mistolkning af EU-retten krybe uden om, i håb om at ophævelsen af aldersgrænsen også i § 2 a, stk. 3, bagefter lader sig snige ind ad bagdøren via EF/EU-domstolen?

5. Hvordan skal stillingen da anskues i det tilfælde, som er behandlet i UfR 2012.2247 Ø og VL 12/4 2012, hvor lovgiver har ladet en klar bestemmelse stå som grundlag for afgørelse af tvister mellem private, uanset at dens fortsatte harmoni med EU-retten er i bedste fald tvivlsom?

På det principielle plan er udgangspunktet, at de danske domstoles kompetence er fastlagt ved Grundloven, og at de ifølge denne skal tolke dansk lovgivning. De påser endvidere, at EU-retsakter, EU-retsprincipper og domme fra EU-domstolen holder sig inden for suverænitetsafgørelsens rammer (jf. Højesterets dom i den såkaldte Maastricht-sag UfR 1998.800 H). Derimod har hverken de eller EU-domstolen nogen kompetence til at *annullere* en objektivt klar og af lovgiver bevidst fastholdt dansk lovbestemmelse, som ikke strider mod Grundloven. På principielt plan har de derfor heller ikke kompetence til at *borttolke* en lovbestemmelse med et så objektivt klart indhold, at bestemmelsen er umulig at omfortolke.

Det må i så henseende være ligegyldigt, om den strider mod reglerne i en international organisation som EU, der sandsynligvis vil gøre forestillinger, såfremt Danmark opretholder lovgivning i strid med EU-

retten. Tiltrædelsen af EU har således ikke fundet sted på grundlovsniveau, men ved en almindelig lov. Og én almindelig lov, tiltrædelsesloven(e), overprioriterer ikke uden videre en anden almindelig lov, in casu funktionærlovens § 2 a, stk. 3, med den heri hjemlede aldersbegrænsning. Hertil synes således at måtte kræves faste og i relation til den overprioriterede lov konkrete holdpunkter for, at noget sådant var tilsigtet fra lovgivers side i forbindelse med tiltrædelseslovens gennemførelse - som f.eks. i dommen UfR 2004.1246 H, hvor selve udtrykket »udlænding« fik tilført et andet indhold i og med vor indtræden i EF.

Udgangspunktet må således være, at det ganske vist er både forfatningsretligt acceptabelt og i harmoni med

298

almindelige lovforkløringsprincipper at tolke dansk lovgivning, der ikke *klart* siger noget andet, i pagt med de underliggende EU-retlige regler. Men det forekommer *ikke* forfatningsretligt holdbart, hvis domstolene med henvisning til EU-retten, herunder nogle flydende EU-retlige principper af uklar oprindelse og ubestemt indhold, griber ind i noget. Folketinget klart har vedtaget og herefter ikke rørt ved på nogen måde, der må forstås som en opgivelse af lovgivningens hidtidige ordning. Hvorvidt der skal laves om på en sådan klar vedtagelse, er et politisk anliggende, der må tages stilling til i Folketinget, og som er domstolene uvedkommende.

De *tidligere* tiltrædelseslove til EF og EU synes i lyset heraf vanskeligt at kunne påberåbes som grundlag for borttolkning af funktionærlovens § 2 a, stk. 3, på tværs af lovgivers efterfølgende bevidste fastholdelse af bestemmelsen på det tidspunkt, hvor funktionærloven var på bordet i sammenhæng med indførelsen af de EU-retlige aldersdiskriminationsregler - jf. herom det ovenfor nævnte. Ved denne lejlighed har lovgiver jo nemlig gjort et valg, som herefter må stå fast, uanset at forudsætningerne for beslutningen om at fastholde reglen måtte være urigtige. Hvis man bare kunne se bort fra love, der måtte være blevet til ud fra urigtige forudsætninger mht. den på tidspunktet eksisterende retsstilling, ville der kunne blive usikkerhed om ikke helt få lovregler.

Spørgsmålet er imidlertid, hvorvidt den *seneste* tiltrædelseslov, nemlig lov nr. 321 af 30/4 2008 om ændring af lov om Danmarks tiltrædelse af De Europæiske Fællesskaber og Den Europæiske Union, har forrykket situationen, og om denne seneste tiltrædelseslov altså udgør et tilstrækkeligt grundlag for nu at anse § 2, stk. 3, for bortfaldet.

Herfor taler den omstændighed, at også denne tiltrædelseslov overordnet hviler på en forudsætning om EU-rettens forrang på dansk grund. Imod taler omvendt, at § 2, stk. 3, har et objektivt aflæseligt, ganske klart indhold, nemlig en aldersgrænse, der ikke kan tolkes på, og at lovgiver som sagt bevidst har fastholdt reglen og har ladet den stå også *efter* 2008. Der har oven i købet gennem årene bl.a. i den arbejdsretlige forenings regi været ført en omfattende diskussion blandt de arbejdsretskyndige - til hvilken kreds Folketingets forvalter af denne lov, nemlig Beskæftigelsesministeriet, hører - *netop* om bestemmelsens fortsatte beståen, uden at dette har fremprovokeret et lovforslag til ophævelse af den. I ministeriets implementeringsudvalg med de store organisationers deltagelse har sagen også været fremme, om end dette pga. at kommunikationernes fortrolige karakter ikke lader sig dokumentere.

At lovgivningsmagten muligvis eller sandsynligvis ville have normharmoniseret med EU-retspraksis, såfremt spørgsmålet var sat på spidsen, og man havde fået det til behandling, ændrer ikke ved, at lovgiver *de facto* har ladet den klare regel stå. Lovgiver kan finde på at foretage sig så meget. Og skal man undgå, at det bliver aldeles usikkert, hvad der er gældende ret på dansk grund, kan retten ikke baseres på metafysiske overvejelser over, hvad lovgiver kunne formodes at ville gøre i en given situation, men må hvile på, hvad lovgiver *faktisk* har foretaget sig eller *ikke* foretaget sig.

Endvidere taler imod det forrangsprincip, specielt UfR 2012.2247 Ø anvender med hjemmel i de nævnte EU-domme, den omstændighed, at den løsning, dommen konstituerer, har til forudsætning, at lovgiver til EU skulle have afgivet lovgivningskompetence i et så ubestemt omfang, at det måske slet ikke ville være gyldigt efter Grundlovens § 20. Man kan således spørge, om et generelt retsprincip vedrørende aldersdiskrimination, som er tilvejebragt via EF- og EU-domstolen uden om EU's formelle lovgivningsprocedure i EU, overhovedet ligger inden for suverænitetsafgivelsens rammer?

6. I et nyligt andet tilfælde, hvor det har vist sig, at en lovregel kolliderede med EU-retten, har lovgiver i god ro og orden *selv* korrigeret reglen flere år efter:

Ifølge direktiv 2003/88/EF (arbejdstidsdirektivet) artikel 7, stk. 1, har en lønmodtager ret til 4 ugers årlig betalt ferie. Denne ret antoges ved EF-domstolens dom af 10/9 2009 (sag C-277/08) - uforudset - at gå så vidt, at en lønmodtager, der blev sygemeldt *under* sin ferie, efter at være blevet rask har krav på at holde denne årlige ferie på et andet tidspunkt end det oprindeligt fastsatte, hvilket han ikke havde efter dagældende ferielovs § 13, stk. 2. Dennes mening var således ganske klar: Lovgiver lovfæstede en hidtidig retspraksis på området, dog at det nøjagtige tidspunkt for (sygdoms)risikoens overgang til lønmodtager i relation til feriens påbegyndelse justeredes.[5] På grundlag af dommen opdateredes bestemmelsen derfor - men først i 2012[6] og efter et sædvanligt, grundigt lovforberedende arbejde, hvor de mange detailproblemer, der var forbundet med ændringen, blev afdækket og løst.[7]

Netop i relation til artikel 7, punkt 1, i arbejdstidsdirektivet foreligger også en nyere afgørelse fra EU-domstolen, der legitimerer denne løsning, nemlig af 24/1 2012 (sag C-282/10). Heri fastslås, at dette punkt i direktivet skal fortolkes således, at bestemmelsen er til hinder for en fransk lovgivning eller praksis, hvorefter retten til årlig betalt ferie er betinget af, at arbejdstageren har haft en faktisk beskæftigelsesperiode af en vis længde i en særlig referenceperiode. Afgørelsen kommer ind på stillingen i de tilfælde, hvor national ret i en eller anden

299

grad rummer et problem i forhold til direktivets ordning: Den forelæggende (nationale) domstol skal i så fald undersøge, om den kan nå frem til en EU-retskonform tolkning af den nationale regel. Såfremt en sådan fortolkning ikke er mulig, skal den nationale domstol undersøge, om den direkte virkning af artikel 7, stk. 1, i direktiv 2003/88 kan påberåbes over for de sagsøgte. Og endelig: Såfremt den nationale domstol heller ikke på dette grundlag kan nå frem til det materielle resultat, der er fastsat i direktivet, vil den part, der har lidt skade som følge af den nationale lovgivnings uoverensstemmelse med EU-retten, kunne påberåbe sig EU-domstolens dom af 19/11 1991 (Francovich m.fl., sagerne C-6/90 og C-9/90), med henblik på at opnå erstatning.

Hermed anvises en også på dansk grund forfatningsretligt forsvarlig ordning. Der foreligger imidlertid nu *også* en afgørelse (fra samme afdeling af landsretten som i UfR 2012.2247 Ø, nemlig ØL 15/6 2012 - B 2021-10, som når til et *andet* resultat. Spørgsmålet i denne sag, som opstod mellem to private på grundlag af ferielovens § 13, stk. 2, inden dennes ændring i 2012, var, om EU-domstolens tolkning i dommen af 10/9 2009 (sag C-277/08) af artikel 7, stk. 1, i direktiv 2003/88/EF indebærer, at en lønmodtager har krav på erstatningsferie, såfremt han bliver syg *under* den forud fastsatte årlige ferie, og i givet fald om ferielovens § 13 (inden lovændringen) skulle tolkes i overensstemmelse hermed.

Arbejdsgiversiden henviste i sagen til ferielovens udtrykkelige indhold samt den omstændighed, at dette indhold først blev justeret ved lovændringen i 2012. Lovændringen i sig selv viste således - ifølge proceduren - hvad der på dansk grund var gældende ret for en privat virksomhed indtil da. Endvidere henvistes bl.a. til EU-domstolens lige omtalte dom af 24/1 2012 (sag C-282/10) samt til præmis 110 i EF-domstolens dom af 4/7 2006 (sag 212/04), hvorefter de nationale ret-

sinstansers forpligtelse til at henvise til indholdet af et direktiv, når de fortolker de relevante nationale retsregler, begrænses af generelle retsprincipper, herunder retssikkerhedsprincippet og forbuddet mod tilbagevirkende kraft, og hvorefter et direktiv ikke kan tjene som grundlag for en fortolkning *contra legem* af national ret. Endvidere henvistes til, at direktiver ikke i sig selv kan pålægge private forpligtelser, og at private ikke kan påberåbe sig et direktiv direkte i en sag mod en anden privat.

Landsretten fastslår desuagtet, at det efter EU-domstolens praksis påhviler de nationale retsinstanser - begrænset af generelle retsprincipper og princippet om, at der ikke kan tolkes *contra legem* i national ret - i videst muligt omfang at tolke nationale retsfor skrifter i lyset af direktivets ordlyd og formål. Og landsretten fandt ikke, at *formuleringen* af ferielovens § 13 inden ændringen i 2012 udelukkede en fortolkning i pagt med EU-domstolens dom af 10/9 2009 (sag C-277/08). Herefter domfældtes arbejdsgiveren.

Ud fra ferielovens meget klare forarbejder og dansk retstradition mht. forarbejders betydning for tolkningen af lovregler er det uforståeligt, hvordan landsretten kan nå frem til dette resultat. Det gælder ikke mindst, i lyset af at lovgiver altså har anset stillingen som *så* klar, at det har givet anledning til en ændring af bestemmelsen ud fra den forudsætning, at den ikke burde kolidere med EU-retten. Og hvordan kan landsretten i øvrigt undvige problemet om direktivers manglende direkte forbindende virkning mellem private ved blot at undlade at forholde sig til det? Dommen er da også anket til Højesteret.

7. Den forfatningsretlige stilling synes at *måtte* være, at en dansk lovs objektivt klare og af lovgiver fastholdte indhold er det retlige grundlag for afgørelsen af tvister på dansk grund. En eventuel modstrid mellem en sådan lov og EU-retlige regler, det være sig i form af et direktiv eller et almindeligt EU-retligt princip, er således et anliggende mellem EU og Kongeriget Danmark, som domstolene ikke kan intervenere i.

Når der i kraft af den danske lovregels karakter og/eller forarbejder ingen mulighed er for at borttolke dens EU-retligt set uholdbare dele, og når lovgiver trods anledning til at ophæve den har ladet den stå, må borgerne således kunne henholde sig til, at reglen er udtryk for dansk gældende ret, som domstolene *skal* dømme efter. At tolke love stik imod, hvad der efter teksten og forarbejderne soleklart ligger i dem, for ikke at tale om at dømme ud fra nogle uskrevne og selv for jurister uforudsigelige EU-principper tilblevet uden om EU's regulære lovgivningsprocedure, er at undergrave tilliden til retsstaten. Hvis ikke borgerne kan gå ud fra, at det, der utvetydigt står at læse i loven, og/eller som de utvetydigt kan se har været lovgivers mening, står fast, gynger grundlaget således under enhver sikkerhed, mht. om man kan henholde sig til de af Folketinget grundlovmæssigt vedtagne love.

Noget kunne således tyde på, at nogen er blevet så opslugt af tanken om EU-rettens overordnede status, at de enten har glemt eller i al fald ikke i fornødent omfang har forholdt sig til spørgsmålet om, hvad denne status bygger på. De har således negligeret, at uanset at vi er medlem af EU, har Folketinget ikke underskrevet en blankocheck til EU, der sætter lovgivningsmagten ud af spillet. Noget sådant har lovgiveren i øvrigt slet ikke kompetence til efter Grundlovens § 20.

Der er derfor et påtrængende behov både for via Højesteret at få klarificeret den forfatningsretlige stilling og for via Folketinget at få justeret funktionærlovens § 2 a, således at offentligheden ikke skal leve med fortsat usikkerhed om kompetencefordelingen mellem EU og den danske lovgiver.

1. Landsretten citerer herved bemærkningerne til forslaget til ændring af forskelsbehandlingsloven, nemlig Folketingstidende 2004-2005 (1. samling), tillæg A, side 2701. Bestemmelsen anskues i henhold hertil som et eksempel på indirekte forskelsbehandling af yngre funktionærer, som skal vurderes ud fra direktivets artikel 2, stk. 2, litra b, ifølge hvilken forskelsbehandling

er tilladt, hvis det er objektivt begrundet i et legitimt formål, og midlerne til at opfylde det er hensigtsmæssige og nødvendige. Eftersom formålet med funktionærlovens § 2 a er at beskytte ældre funktionærer og lette deres overgang til anden beskæftigelse, antog lovforslaget derfor, at bestemmelsen kunne opretholdes som en saglig, indirekte forskelsbehandling, hvorfor der ikke foresloges nogen ændring af funktionærlovens § 2 a.

2. EU-domstolens dom af 12/10 2010 (sag 499/2008).
3. En tilsvarende sag mod en offentlig arbejdsgiver blev afgjort ved dom i Vestre Landsret 8/6 2012 (B-2631-11) til fordel for funktionæren.
4. Jf. lov 1416 af 22/12 2004 med lovforslag 2004/1 LSF 91, der anser en ændring af en aldersgrænse i § 2 b for nødvendig »*For at sikre en korrekt gennemførelse af beskæftigelsesdirektivets forbud mod forskelsbehandling på grund af alder*«.
5. Se lovforslag 178, Folketingstidende 1999/1, Tillæg A 4913, de specielle bemærkninger til lovforslagets § 13.
6. Lov 377 af 28/4 2012.
7. Jf. hvad angår de problemer, der knytter sig til en ophævelse af funktionærlovens § 2, stk. 3, Merete Preisler i Juristen 2012, s. 108 ff.