

U.2017.824H

Om forholdet mellem EU-rettens forbud mod aldersdiskrimination og den dagældende § 2 a, stk. 3, i funktionærloven om ret til fratrædelsesgodtgørelse i en tvist mellem en opsagt arbejdstager og en privat arbejdsgiver.

Ansættelses- og arbejdsret 271.9 og 27.9 - EU-ret 1.4 og 2 - Personspørgsmål 3 - Statsforfatningsret 9.

- ♦ A blev i maj 2009 som 60-årig opsagt af selskabet, S, efter godt 25 års ansættelse. Før han fyldte 50 år, var han indtrådt i en pensionsordning, der gav ham ret til at oppebære alderspension, men A fik arbejde i en anden virksomhed og aktiverede ikke sin alderspension. S udbetalte ikke fratrædelsesgodtgørelse, idet funktionærlovens dagældende § 2 a, stk. 3, bestemte, at fratrædelsesgodtgørelse bortfaldt, »hvis funktionæren ved fratrædelsen vil oppebære en alderspension fra arbejdsgiveren, og hvis funktionæren er indtrådt i den pågældende pensionsordning før det fyldte 50. år«. EU-Domstolen udtalte i en sag mellem en arbejdstager og en offentlig arbejdsgiver (Ole Andersen-sagen), at § 2 a, stk. 3, i nærmere angivet omfang var i strid med beskæftigelsesdirektivet, og A rejste i marts 2012 krav mod S om fratrædelsesgodtgørelse. S afviste kravet, og boet efter A indbragte sagen for domstolene. Højesteret stillede under sagens behandling spørgsmål til EU-Domstolen. Højesteret fandt ved afgørelsen af, om direktivkonform fortolkning var mulig, at der forelå en klar retstilstand, og at det ikke ville være muligt ved anvendelse af de fortolkningsmetoder, der er anerkendt i dansk ret, at anlægge en fortolkning af funktionærlovens § 2 a, stk. 3, som kunne bringe bestemmelsen i

825

overensstemmelse med beskæftigelsesdirektivet som fortolket ved EU-Domstolens dom i Ole Andersen-sagen. Højesteret bemærkede, at der heller ikke var grundlag for at anvende forskelsbehandlingslovens § 1 med forrang og på den måde opnå en direktivkonform fortolkning. Der forelå således en »contra legem«-situation.(1) Højesteret skulle herefter ifølge EU-Domstolens dom tage stilling til, om et EU-retligt princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder kunne føre til, at S ikke kunne støtte ret på den dagældende bestemmelse i funktionærlovens § 2 a, stk. 3. Højesteret udtalte bl.a., at tiltrædelsesloven ikke indeholder hjemmel til i en tvist mellem private at lade det uskrivne EU-princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder fortrænge den dagældende bestemmelse i funktionærlovens § 2 a, stk. 3. Danske domstole kunne således ikke undlade at anvende § 2 a, stk. 3, og S kunne derfor med henvisning til bestemmelsen undlade at udbetale fratrædelsesgodtgørelse til boet efter A. Højesteret frifandt derfor S og ændrede herved Sø- og Handelsrettens dom.(2)

H.D. 6. december 2016 i sag 15/2014 (1. afd.)

DI som mandatar for Ajos A/S (adv. Thomas Nielsen, Kbh.) mod

Boet efter A (adv. Arvid Andersen, Kbh., besk.).

Sø- og Handelsrettens dom 14. januar 2014 F-19-12 [SH2014.F.0019.12]

Indledning

Sagen drejer sig om, hvorvidt sagsøgeren har ret til dels fratrædelsesgodtgørelse i henhold til funktionærlovens § 2a, dels en godtgørelse for aldersdiskrimination i henhold til forskelsbehandlingslovens § 7, stk. 2.

Påstande

Boet efter A har nedlagt principal påstand om, at Ajos A/S tilpligtes at betale A 286.364,40 kr. med tillæg af procesrenter af kr. 143.182,20 fra den 30. juni 2009 og af yderligere kr. 143.182,20 fra 14. juni 2012.

A har nedlagt subsidær påstand om, at Ajos A/S tilpligtes at betale A 143.182,20 kr. med tillæg af procesrenter fra den 30. juni 2009.

Ajos A/S (herefter Ajos) har nedlagt påstand om frifindelse.

Oplysningerne i sagen

Den 1. juni 1984 blev A, der var født 20. februar 1949, ansat i Højgaard & Schultz A/S. I maj 2001 blev Højgaard & Schultz' og Monberg & Thorsens entreprenøraftdelinger lagt sammen i MT Højgaard A/S. Den 1. juni 2007 blev Ajos udskilt som et 100 % ejet datterselskab i MT Højgaard A/S.

A var ansat som afdelingsleder for aktiviteterne i Vestdanmark. Ved brev af 31. maj 2007 fra Ajos blev A's titel ændret til salgskonulent pr. 1. juni 2007. Det fremgår af brevet, at A i forbindelse med skift af firmabil vil få bil i gruppe C. De øvrige ansættelsesvilkår var uændrede. Brevet er underskrevet af Heinrich K. Rasmussen.

Ved brev af 25. maj 2009 fra Ajos blev A afskediget med 6 måneders varsel til fratrædelse den 30. november 2009. Afskedigelsen var begrundet i en organisationsændring som følge af markedsnedgang. A blev pålagt at afholde hoved- og restferie inden fratrædelse, og resterende feriefri dage betragtedes som afholdt ved fratrædelsen.

A kontraopsagde herefter sin stilling. Af brev af 28. maj 2009 fra Ajos til A fremgår:

»Under henvisning til samtale d.d., vedr. din opsigelse af din stilling i Ajos med udgangen af juni 2009, har vi efter fælles overenskomst aftalt nedenstående vilkår i opsigelsesperioden. Du skal i uge 23 lave en fyldestgørende sagsoverdragelse af Kolding- og Schellsagerne til PENY. Sagsoverdragelsen forventes at ville tage 2-3 dage. PENY vil i hele juni måned kunne ringe til dig med evt. spørgsmål til de to sager.

Ud over ovenstående overlevering aftales det, at du ikke står yderligere til rådighed i opsigelsesperioden.

I forlængelse af din sagsoverdragelse i uge 23, er det endvidere aftalt, at du returnerer din firmabil og de af virksomhedens effekter, som du er i besiddelse af, herunder bærbar pc, mobiltelefon, nøglebrik, evt. nøgle og yderligere effekter, som du måtte være i besiddelse af.

Din firmabil og øvrige effekter bedes du aflevere på Godthåbsvej 4 i Vejle senest torsdag den 4. juni 2009, kl. 14.00 til PENY.

Resterende feriefri dage for ferieåret 2009/2010, betragtes som værende afholdt ved din fratrædelse.

...

For en god ordens skyld beder vi dig bekræfte ovenstående aftale ved din underskrift på dette brev.

...«

Brevet er underskrevet af Heinrich K. Rasmussen og A.

Af A's lønseddel for juni 2009 fra Ajos fremgår det, at månedslønnen udgjorde 38.611,11 kr., værdi af fri bil

826

udgjorde 6.027,41 kr. og firmaandel af pension udgjorde 3.088,88 kr., i alt 47.727,40 kr.

Af brev af 25. august 2009 fra Ajos til A fremgår det:

»Med henvisning til dialog omkring muligheden for godtgørelse i forbindelse med din fratræden, er vi enige i, at du er berettiget til 3 måneders godtgørelse efter formandsoverenskomsten § 11.«

A fik herefter udbetalt i alt 143.182,20 kr.

A tiltrådte som udlejningskonsulent hos X-firma A/S med start den 16. juni 2009. Det fremgår af ansættelseskontrakten, at månedslønnen udgjorde 40.000 kr., og at A efter 3 måneders ansættelse indtrådte i virksomhedens obligatoriske pensionsordning. Pensionen udgjorde 10 % betalt af virksomheden og 5 % af A.

Efter opsigelsen fra Ajos valgte A således ikke at aktivere sin alderspension, men overførte den til det nye ansættelsesforhold hos X-firma. A gik på pension i februar 2011.

Af formandsoverenskomsten, der er indgået mellem Dansk Byggeri og Dansk Formands Forening, fremgår det af 2012 udgaven:

»§ 12 Godtgørelse ved afsked.

Opsiges en Formand, der er fyldt 50 år, men som på fratrædelsestidspunktet ikke er fyldt 65 år, og som har været uafbrudt beskæftiget i den pågældende virksomhed som formand i mindst 10 år, skal arbejdsgiveren betale en godtgørelse svarende til 3 måneders løn.

Kommentar til § 12.

...

Bestemmelsen om godtgørelse ved afskedigelse er et supplement til de gældende regler i funktionærloven. Funktionærlovens regler påvirkes således ikke heraf.

...«

Der er enighed om, at 2012-udgaven af formandsoverenskomsten er identisk med den tidligere § 11. Det er ubestridt, at formandsoverenskomsten gælder mellem parterne, da MT Højgaard A/S er medlem af Dansk Industri, som har tiltrådt overenskomsten, som den er indgået. Det er ligeledes ubestridt, at der er afgivet arbejdsgivererklæring.

Advokat Arvid Andersen sendte den 9. marts 2012 på vegne af Dansk Formands Forening påkrav om betaling af fratrædelsesgodtgørelse svarende til 3 måneders løn i medfør af funktionærlovens § 2a. I påkravet er henvist til EU-Domstolens dom af 12. oktober 2010 i Ole Andersen-sagen. På vegne af Dansk Industri afviste Morten Bach Eisensee ved e-mail af 7. juni 2012 kravet om § 2a-godtgørelse. Dansk Formands Forening udtog som mandatar for A stævning den 14. juni 2012 ved Retten i Glostrup. Sagen er den 21. december 2012 henvist til Sø- og Handelsretten i medfør af retsplejelovens § 227, stk. 1.

A afgik ved døden den 10. februar 2013. Dansk Formands Forening meddelte, at man ikke ville fortsætte sagen. Boet efter A er herefter indtrådt i sagen.

EU-Domstolen afsagde den 12. oktober 2010 dom i sagen C-499/08 Ingeniørforeningen i Danmark for Ole Andersen mod Region Syddanmark (herefter Ole Andersen-sagen). I sagens præmis 47 anføres:

»Det følger heraf, at funktionærlovens § 2a, stk. 3 - ved ikke at tillade udbetaling af fratrædelsesgodtgørelse til en arbejdstager, der, selv om han har ret til udbetaling af en alderspension fra sin arbejdsgiver, ikke desto mindre har til hensigt midlertidigt at give afkald på en sådan pension med henblik på at forfølge sin erhvervs-mæssige karriere - gør et for vidtgående indgreb i de legitime interesser for de arbejdstagere, der befinder sig i en sådan situation, og således går ud over det, der er nødvendigt for at opnå de socialpolitiske formål, der forfølges med denne bestemmelse.«

Det hedder i dommens konklusion:

»Artikel 2 og artikel 6, stk. 1, i Rådets direktiv 2000/78 af 27. november 2000 ... skal fortolkes således, at de er til hinder for nationale retsfor skrifter, 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 beskæf-

tigelse for arbejdstagere med en anciennitet på over 12 år i virksomheden.«

Dommen er omtalt på advokatfirmaet SJ Laws hjemmeside den 14. oktober 2010 i en artikel »Bortfald af fratrædelsesgodtgørelse er aldersdiskrimination«. Af artiklen fremgår det blandt andet, at der bør rejses krav på vegne af de medlemmer, som i medfør af funktionærlovens § 2a, stk. 3, er blevet afskåret fra fratrædelsesgodtgørelse, selvom de ved fratrædelsen ikke har oppebåret alderspension fra arbejdsgiveren. Dommen omtales desuden i Landorganisationen i Danmark (LO) cirkulære nr. 16/2010 af 16. oktober 2010. Af cirkulæret fremgår det, at det er LO's anbefaling, at forbundene hurtigst muligt tager initiativ til at rejse sager for de medlemmer, der måtte være omfattet af dommen. Dommen omtales også i Beskæftigelsesministeriets vejledende notat fra december 2010. Af notatet fremgår det blandt andet, at det er Beskæftigelsesministeriets vurdering, at danske forvaltningsmyndigheder ikke ud fra et forvaltningsretligt synspunkt af egen drift er forpligtede til at undersøge, om sager vedrørende en fratrædelsesgodtgørelse i henhold til § 2a, der er afgjort før den 12. oktober 2010, skal genoptages. Ministeriet lægger vægt på, at den praksis, som underkendes af dommen, ikke efter ministeriets opfattelse var en klar lovstridig praksis.

Forklaringer

Anne Marie Benner har forklaret, at hun er HR-chef i Ajos. Hun har været ansat i 7 år og har derfor også været chef for A.

827

A var ansat som salgskonsulent og varetog kontakten til moderselskabet MT Højgaard som hovedkunde. Kun en mindre del af hans opgaver var salg til lokalområdet. A havde intet ledelsesansvar. Tidligere, og inden ændringen af stillingsbetegnelsen, var A afdelingsleder med personaleansvar.

Hun var ikke med til opsigelsessamtalen med A, men var med til at drøfte, hvad der skulle skrives ned, og hun udarbejdede papirerne.

A blev ikke fritstillet i forbindelse med opsigelsen. Nogle af de overvejelser, de gør sig i forbindelse med fritstilling, er, hvilken stilling medarbejderen har haft, om han har haft ledelsesansvar, og om han har haft en betroet stilling. Medarbejdere med betroede stillinger bliver ofte fritstillet, men det er en individuel vurdering hver gang. A havde ikke en særligt betroet stilling, men havde en salgsfunktion.

A fik ikke godtgørelse efter § 2a. Det gav man ikke, hvis medarbejderen var fyldt 60 og havde ret til alderspension. Det følger af funktionærloven. Det var en overvejelse, de gjorde sig hver gang. Hun havde ingen grund til at tro, at A havde ret til godtgørelsen dengang i 2009.

Kontraopsigelsen er et udtryk for en aftale. Aftalen blev forhandlet mellem Heinrich K Rasmussen som den umiddelbare chef og A. Hun godkendte de aftalte vilkår som HR-chef.

Det blev aftalt, at A skulle overdrage sine opgaver til PENY. Derefter skulle han stille sine arbejdsredskaber og tage hjem. Der var tale om en fritstilling efter hendes opfattelse. Aftalen om at aflevere arbejdsredskaber hurtigere, end hvad der fremgik af opsigelsen, var efter A's ønske, fordi han gerne ville stoppe hurtigere, idet han havde mulighed for at starte hos en ny arbejdsgiver. Ajos ville gerne gøre, hvad de kunne for at hjælpe. Når A ikke længere skulle arbejde, blev det aftalt, at han skulle holde ferie. Det var en forhandling om give-and-take. Der er ikke noget usædvanligt i, at AJOS indgår sådanne aftaler. Hun er gået ud fra, at en sådan aftale afslutter alle krav. Det var hende selv, der skrev brevet.

Kim Bøje Madsen fra A's forbund rejste senere krav om 3 måneders løn. Hun kan ikke huske, om Kim Bøje ringede, inden de skriftvekslede om sagen, men de har helt sikkert talt i telefon sammen. Hun bad om dokumentation for, at A opfyldte kravet om

10 års medlemskab i forbundet og om hans ledende funktion. Hun mener, at der var diskussion om, hvorvidt A havde 10 års ledelse-serfaring. De endte med at betale godtgørelsen lidt pr. kulance for ikke at få polemik om sagen. Det var hende, der underskrev brevet for Heinrich K. Rasmussen. Når det i brevet fremgår, at de er enige i, at A var berettiget til godtgørelse, er det vel, fordi der ikke var nogen grund til at skabe dårlig stemning. Hun ved ikke, hvad hun ellers skulle have skrevet. Hun kan ikke huske, om hun nævnte for Kim Bøje Madsen, at hun opfattede kravene som afsluttede. Det var de i hvert fald, efter der blev betalt de 3 måneders godtgørelse. Denne udbetaling var til fuld og endelig afgørelse. Desuden havde de allerede indgået aftale en gang. Hun havde ikke fantasi til at forestille sig yderligere krav.

Da hun skrev opsigelsen, vidste hun ikke, at A var omfattet af formandsoverenskomsten, og derfor kunne hun ikke skrive noget om overenskomsten i opsigelsesbrevet. Hvis medarbejderen efterfølgende kommer og fortæller, at han er omfattet af for eksempel formandsoverenskomsten, må de jo håndtere det. Det er heller ikke sikkert, at medlemsoverenskomsten har betydning, hvis for eksempel betingelserne for godtgørelse ikke er opfyldt.

Efter de havde betalt godtgørelsen, forventede de ikke at blive mødt med yderligere krav. Hun blev meget overrasket, da der igen blev rejst krav fra A, 3 år efter han var stoppet. Havde de kendt til det nye krav, ville de nok have kigget formandsoverenskomsten lidt mere efter i sømmene, inden der var blevet betalt godtgørelse, da der så ville have været tale om 6 måneders løn. Det er rigtig mange penge.

Hun hørte første gang om Ole Andersen-sagen, da hun modtog brevet af 9. marts 2012 fra advokat Arvid Andersen.

Kim Bøje Madsen har forklaret, at han har været landsformand i Dansk Formands Forening i 9 år. Han yder også konkret medlemsrådgivning.

A blev meldt ind i foreningen i 1979. I forbindelse med A's ansættelse i Højgaard & Schultz i 1984 blev der underskrevet arbejds-gi-vererklæring.

Formandsoverenskomsten er en medlemsoverenskomst, hvilket betyder, at man skal være medlem for at være omfattet. Overenskomsten er gældende for Ajos. Ajos er medlem af Dansk Industri. MT Højgaard A/S valgte at melde sig ud af Dansk Byggeri og ind i Dansk Industri. Da man gerne ville sikre sine medlemmer, blev der indgået en tiltrædelsesaftale. Overenskomsten gælder derfor via en tiltrædelsesoverenskomst.

A kontaktede først foreningen, efter han var blevet opsagt i maj 2009. Han aftalte med A, at A skulle tage kontakt til sin nærmeste leder og fortælle om overenskomsten. Han er ret sikker på, at A gjorde det. Han husker ikke noget om baggrunden for opsigelsen. Han kan ikke huske, om han dengang i 2009 så brevet af 28. maj 2009 med fratrædelsesaftalen. Han viste ikke, at A kontraopsagde sin stilling, førend A sendte kopi af den nye ansættelsesaftale med X-firma. Han husker ikke, hvornår han fik denne kopi. Han var godt klar over, at A havde lang anciennitet i foreningen.

Det skal nok passe, at han har modtaget en e-mail fra Anne Marie Benner i juni 2009 med spørgsmål om, hvorvidt A opfyldte betingelserne for godtgørelse efter overenskomsten. Han husker, at han efter sommerferien, måske den 27. juli 2009, sendte A's optagelses-begæring og

828

et print screen fra medlemssystemet som dokumentation. A havde også en arbejdsgivererklæring underskrevet den 22. maj 1984 af vist nok Bent Jensen. Der var noget diskussion om, hvorvidt A opfyldte betingelsen om at have haft en ledende stilling. Det endte med, at A fik godtgørelsen. Det blev ikke nævnt, at udbetalingen var til fuld og endelig afgørelse. Godtgørelsen efter formandsove-

renskomsten har ingen sammenhæng med § 2a. Spørgsmålet om § 2a-godtgørelse blev aldrig drøftet.

Kravet om § 2a-godtgørelse blev først rejst, efter at han til et fyraftensmøde var blevet opmærksom på Ole Andersen-dommen. Han havde godt været klar over, at der var en sag, men ikke, at den var blevet afgjort. Foreningen har ikke egen juridisk afdeling. Hvis der er brug for juridisk bistand, retter de henvendelse til deres faste advokatfirma SJ Law.

Heinrich K. Rasmussen har forklaret, at han i 4 år har været produktionsdirektør i Ajos. Hans arbejdsområde omfatter opsætning og serviceværksted. Dengang A blev opsagt, var han afdelingschef, og dermed A's overordnede.

Efter opsigelsen fik A tilbudt et andet job hos en stor leverandør, og derfor kontraopsagde A sin stilling. Baggrunden var, at A gerne ville tiltræde den nye stilling hurtigt. Der blev forhandlet en fratrædelsesaftale, der indebar, at A kunne starte i den nye stilling. Forhandlingen foregik ansigt til ansigt mellem ham selv og A. A var ikke blevet fritstillet i forbindelse med opsigelsen, men det blev han ved fratrædelsesaftalen. Det blev aftalt, at A skulle afvikle ferie og fridage som normalt, og at A kunne starte i det nye job den 16. juni 2009. Når der indgås en sådan fratrædelsesaftale, medfører det en afslutning af alle krav. Forhandlingen blev gennemført uden nogen konflikt, og han husker ikke, at der var nogen indikationer på nogen konflikt.

Kort efter fratrædelsesaftalen var indgået, blev der rejst krav om godtgørelse på 3 måneders løn. Det var ikke et krav, der havde været diskuteret i forbindelse med fratrædelsesaftalen. Han var ikke involveret i beslutningen om at efterkomme kravet.

Han har først meget senere hørt om det yderligere krav, som denne sag drejer sig om. Dette krav blev heller ikke diskuteret i forbindelse med forhandlingen af fratrædelsesaftalen.

Efter A startede i sin nye stilling, havde de et godt og almindeligt leverandør- og kundeforhold.

Parternes argumenter

A har gjort gældende, at han opfylder de objektive betingelser for § 2a-kravet på 3 måneders løn, idet ansættelsesforholdet blev bragt til ophør ved opsigelse fra arbejdsgivers side, og han havde mere end 18 års anciennitet. Retten til godtgørelse er ubestridt ikke fortabt ved kontraopsigelsen.

Det er ubestridt, at A kunne have aktiveret sin alderspension, men valgte at flytte denne til sit nye ansættelsesforhold. Det er ligeledes ubestridt, at A havde 18 års anciennitet.

EU-Domstolen har ved dommen af 12. oktober 2010 i Ole Andersen-sagen fastslået, at det er i strid med forbuddet mod forskelsbehandling på grund af alder at afskære en funktionær fra retten til fratrædelsesgodtgørelse i medfør af funktionærlovens § 2a, når vedkommende ved fratræden vælger at forblive erhvervsaktiv og ikke aktualiserer sin alderspension. Bestemmelsen i § 2a, stk. 3, er derfor i strid med forbuddet om aldersdiskrimination. Den hidtidige praksis fra før Ole Andersen-dommen, sådan som den for eksempel er udmøntet i U 1989.123 H, kan derfor ikke opretholdes.

Som følge af præmis 47 i Ole Andersen-sagen vil det ligeledes være i strid med forbuddet mod aldersdiskrimination at afskære en funktionær, der ved fratrædelsen agter at forblive erhvervsaktiv, fra retten til fratrædelsesgodtgørelse i henhold til funktionærlovens § 2a, under henvisning til at vedkommende har mulighed for at oppebære efterløn.

Ajos' afvisning af at udbetale fratrædelsesgodtgørelse til A er derfor ligeledes i strid med det almindelige EU-retlige princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder.

Dette princip om forbud mod aldersdiskrimination har ifølge EU-Domstolens praksis direkte retsvirkning i forhold til en privat arbejdsgiver, hvorfor Ajos ikke var berettiget til at afvise at udbetale

fratrædelsesgodtgørelse til A. Dette skyldes, at de danske domstole er forpligtede til at følge EU-Domstolens fortolkning, det vil sige at fortolke nationale love EU-konformt. Der er ingen retsprincipper af retssikkerhedsmæssig karakter, der forhindrer anvendelse af fortolkningen fra Ole Andersen-sagen.

Ajos' afvisning af at betale fratrædelsesgodtgørelsen er i strid med forskelsbehandlingsloven, og A har derfor krav på 3 måneders fratrædelsesgodtgørelse svarende til 143.182,20 kr.

Det bestrides, at fratrædelsesaftalen er indgået til fuld og endelig afgørelse af parternes mellemværende. En sådan bestemmelse kræver udtrykkelig aftale. Det kan i øvrigt diskuteres, om der overhovedet er indgået nogen aftale. Heller ikke efter at Dansk Formands Forening efterfølgende havde rettet krav om betaling i henhold til overenskomsten, blev der aftalt nogen endelighedsklausul. Det fremgår blot af Ajos' brev, at man er enige i, at A havde krav på godtgørelse. Der var ikke forhandling om andre krav, og det er en forudsætning, hvis der skal indgås aftale om begrænsning af præceptivt beskyttede krav, at disse har været genstand for forhandling. Dette princip følger for eksempel af Afskedigelsesnævnets kendelse af 12. april 2011 i sag 20101021.

Det bestrides, at kravet er forældet eller er bortfaldet som følge af passivitet. For at der kan indtræde

829

passivitet, kræves det, at parterne har indrettet sig i tillid til, at der ikke rejses krav. Dette indrettelsessynspunkt kræver en kvalificeret passivitetssituation, hvilket ikke forligger i denne sag, da det for begge parter var undskyldeligt, at der ikke blev taget højde for kravet.

Reglen i forskelsbehandlingslovens § 7, jf. § 2, indebærer en bevisbyrde. Da A har påvist sådanne faktiske omstændigheder, som giver anledning til at formode, at der er udøvet forskelsbehandling, påhviler det herefter Ajos at bevise, at ligebehandlingsprincippet ikke er blevet krænket. Ajos har ikke løftet denne bevisbyrde. Der er efter Ole Andersen-dommen ikke længere nogen tvivl om retsgrundlaget, og Ajos' manglende betaling skyldes derfor ren betalingsvægring. Dette understøttes blandt andet af U 2012.3099 V. Det er således evident, at A opfylder betingelserne for godtgørelse, og det er op til retten at fastlægge niveauet for godtgørelsen. Det er A's opfattelse, at en passende godtgørelse kan fastsættes til 3 måneders løn svarende til 143.182,20 kr.

Forfaldstidspunktet for sagsøgtets pligt til betaling af fratrædelsesgodtgørelse er fastsat i forvejen, hvilket var den 30. juni 2009. Forrentningen af A's krav på fratrædelsesgodtgørelse skal derfor ske fra dette tidspunkt, jf. rentelovens § 3, stk. 1, hvilket også udtrykkeligt blev fastslået ved U 1997.1144 H.

Ajos har gjort gældende, at der er indtrådt passivitet vedrørende A's eventuelle krav på godtgørelse i henhold til funktionærlovens § 2a. I forbindelse med sin fratræden blev der indgået en fratrædelsesaftale, der regulerede centrale vilkår i forbindelse med A's fratræden. Der blev således aftalt vilkår vedrørende fritstilling og ferie. På baggrund af denne aftale, og på baggrund af de øvrige omstændigheder, gav dette Ajos grund til at tro, at ethvert krav var afsluttet. På dette tidspunkt var Ajos således af den opfattelse, at A ikke var berettiget til hverken godtgørelse efter funktionærlovens § 2a eller efter formandsoverenskomstens § 11.

A's faglige organisation rejste i august 2009 krav om godtgørelse efter formandsoverenskomsten. Ajos indvilligede i at efterkomme dette krav, idet det herved var forudsat, at ethvert krav som følge af ansættelsesforholdet herefter var afsluttet. Ajos måtte gå ud fra, at den faglige organisation havde vendt hver en sten, inden kravet blev fremsat. Ajos havde derfor, i hvert fald fra sommeren 2009, føje til at gå ud fra, at A ikke kunne eller ville rejse yderligere krav.

Kravet om godtgørelse efter § 2a, blev første gang rejst den 9. marts 2012.

De faktiske forhold omkring A's fratræden, herunder retstilstanden på opsigelsestidspunktet, forløbet omkring parternes fratrædelsesaftale samt A's senere fremsatte krav om godtgørelse efter formandsoverenskomsten, underbygger således de helt konkrete og vægtige hensyn, som bør tages til Ajos' berettigede forventning om, at der ikke fremover ville blive fremsat krav mod Ajos.

Hverken A eller Ajos kunne på tidspunktet for A's fratræden vide, at der kunne rejses krav om fratrædelsesgodtgørelse, idet gældende ret dengang var, at der ikke var krav på fratrædelsesgodtgørelse, når en medarbejder kunne indtræde i en arbejdsgiverbetalt pensionsordning. Ajos gør gældende, at der må stilles særlige krav til A's reaktion efter dommen i Ole Andersen-sagen, og at A's manglende reaktion skal tillægges passivitetsvirkning. A's reaktionspligt skærpes, når der henses til, at Ole Andersen-sagen var kendt og omtalt af både den faglige organisation og af den faglige organisations faste advokat.

Såfremt retten ikke finder, at det eventuelle krav er bortfaldet som følge af passivitet, gøres det gældende, at kravet er bortfaldet som følge af de aftaler, som A og hans faglige organisation indgik, dels i forbindelse med fratræden, dels efter fratræden.

Såfremt det lægges til grund, at A's eventuelle krav ikke er bortfaldet ved de aftaler, som blev indgået, gøres det gældende, at der ikke er noget krav at gøre gældende, fordi hverken beskæftigelsesdirektivet eller afgørelsen i Ole Andersen-sagen skal kunne tillægges umiddelbar virkning mellem private, og slet ikke med tilbagevirkende kraft.

Det bestrides, at Ole Andersen-sagen eller andre EU-retlige principper medfører, at bestemmelsen i funktionærlovens § 2 a, stk. 3, ikke fortsat kan og skal praktiseres efter sit hidtidige indhold. Lovgiver har ikke ændret bestemmelsen hverken efter Ole Andersen-sagen eller i øvrigt i forbindelse med implementeringen af beskæftigelsesdirektivet. I tilfælde af uoverensstemmelse mellem nationale regler og EU-retlige principper må de nationale regler have forrang.

I forbindelse med implementeringen af beskæftigelsesdirektivets bestemmelser vedrørende alder i forskelsbehandlingsloven, herunder implementeringen af artikel 17 om effektive sanktioner i forskelsbehandlingslovens § 7, tilkendegav lovgiver ikke at ville gå videre i implementeringen, end hvad der fulgte af beskæftigelsesdirektivets krav. Anvendelsesområdet for § 7 vedrører derfor alene de krav, som måtte følge af beskæftigelsesdirektivet. Der er således ikke hjemmel i § 7 til et godtgørelseskrav i en situation som den foreliggende, hvor beskæftigelsesdirektivet ikke kan påberåbes mellem private. Det følger af U 2012.2247 Ø, at der ikke i et tilfælde, hvor forskelsbehandlingen udledes af EU-Domstolens praksis, og dermed ikke af beskæftigelsesdirektivet, er hjemmel til i dansk ret eller på andet grundlag at pålægge en privat arbejdsgiver en sanktion, herunder i form af godtgørelse.

Ajos har haft føje til at undlade betaling af godtgørelse efter § 2 a, idet det ikke var åbenbart, at A havde

830

ret til denne godtgørelse. Ajos havde derfor en legitim interesse i en retlig prøvelse henset til den retlige usikkerhed, der bestod om kravet. Dette skyldes det lange tidsrum, hvori A undlod at rejse kravet, hvilket har medført en berettiget indsigelse fra Ajos i forhold til den udviste passivitet, uanset om retten finder, at denne passivitet måtte være retsfortabende.

Subsidiært gøres det gældende, at godtgørelsen skal fastsættes til et væsentligt lavere beløb end kravet af A, herunder idet manglende betaling af godtgørelse efter § 2a ikke udgør nogen væsentlig krænkelse.

Såfremt det lægges til grund, at A måtte have krav på betaling af godtgørelse efter § 2 a, gøres det gældende, at der foreligger sådanne særlige omstændigheder, at der først kan kræves renter fra et senere tidspunkt end forfaldsdagen, jf. rentelovens § 3, stk. 5. Renter af kravet kan tidligst kræves fra sagens anlæg, subsidiært 30 dage efter advokat Arvid Andersens fremsættelse af kravet overfor Ajos den 9. marts 2012.

Sø- og Handelsrettens afgørelse

Ved dommene af 22. november 2005 i sag C-144/04 (Mangold-sagen) og 19. januar 2010 i sag C-555/07 (Kücükdeveci-sagen) har Domstolen fastslået, at princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder skal anses for et almindeligt EU-retligt princip, og at beskæftigelsesdirektivet blot konkretiserer dette princip. I Kücükdeveci-sagen har Domstolen endvidere udtalt, at det påhviler en national ret, der skal afgøre en tvist mellem private, at sikre sig, at princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder, som konkretiseret ved beskæftigelsesdirektivet, overholdes, idet retten om fornødent skal undlade at anvende enhver national bestemmelse, som er i strid med dette princip.

Det følger af Domstolens dom i Ole Andersen-sagen (C-499/08), at funktionærlovens § 2 a, stk. 3, som denne bestemmelse er blevet fortolket i retspraksis, er i strid med beskæftigelsesdirektivet. Den tidligere fortolkning af bestemmelsen er dermed tillige i strid med det almindelige EU-retlige princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder, som også kan påberåbes mellem private.

A og Ajos A/S indgik den 28. maj 2009 en fratrædelsesaftale. Aftalen er indgået før EU-Domstolens dom i »Ole Andersen-sagen« og kan ikke fortolkes sådan, at den indeholder en endelighedsklausul, som afskærer A fra at fremsætte krav om godtgørelse i medfør af funktionærlovens § 2 a i anledning af denne EU-dom.

Retten finder ikke grundlag for at anse kravet om fratrædelsesgodtgørelse for bortfaldet på grund af passivitet. Der er herved lagt vægt på, at der ikke har været en konkret anledning for A eller hans faglige organisation til at rejse kravet over for Ajos A/S særlig hurtigt efter EU-dommen, samt at der er tale om et præceptivt lovkrav for arbejdstageren, og at der ikke findes særlige beskyttelses hensyn i forhold til arbejdsgiveren.

Det er ubestridt, at A efter sin fratræden hos Ajos A/S valgte midlertidigt at give afkald på sin pension for at blive på arbejdsmarkedet. I overensstemmelse med retstilstanden efter EU-Domstolens dom i »Ole Andersen-sagen« er A herefter berettiget til en fratrædelsesgodtgørelse i medfør af funktionærlovens § 2 a svarende til 143.182,20 kr. Beløbet er ikke bestridt af Ajos A/S.

Ajos A/S har primært begrundet undladelse af at afregne fratrædelsesgodtgørelse efter funktionærlovens § 2 a med, at der var indgået en endelig fratrædelsesaftale, og at kravet var bortfaldet ved passivitet. Den manglende betaling af fratrædelsesgodtgørelsen findes på den baggrund ikke at udgøre aldersdiskrimination, og Ajos A/S frifindes derfor for godtgørelseskravet efter forskelsbehandlingslovens § 7.

Herefter gives boet efter A medhold i den subsidiære påstand om betaling af 143.182,20 kr.

Der er ikke grundlag for at afskære kravet om, at beløbet skal forrentes allerede fra forfaldstidspunktet, dvs. fra den 30. juni 2009. Påstanden herom tages derfor til følge.

Efter sagens udfald, omfang og forløb skal Dansk Industri som mandatar for Ajos A/S betale sagsomkostninger til boet efter A med 32.000 kr. Beløbet omfatter udgifter til advokat og betaling af retsafgifter svarende til det vundne beløb.

Højesterets dom

I tidligere instans er afsagt dom af Sø- og Handelsretten den 14. januar 2014.

I pådømmelsen har deltaget ni dommere: Poul Søgaard, Jytte Scharling, Thomas Rørdam, Jon Stokholm, Poul Dahl Jensen, Jens Peter Christensen, Hanne Schmidt, Lars Hjortnæs og Kurt Rasmussen.

Påstande

Parterne har gentaget deres påstande.

Præjudiciel forelæggelse

Højesteret anmodede ved kendelse af 22. september 2014 (UfR 2014.3667) EU-Domstolen om at besvare følgende spørgsmål:

»Spørgsmål 1

Indeholder det almindelige EU-retlige princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder et forbud mod en ordning som den danske, hvorefter arbejdstagere ikke er berettiget til fratrædelsesgodtgørelse, hvis de har ret til en arbejdsgiverbetalt alderspension i henhold til en pensionsordning, som de er indtrådt i før det fyldte 50. år, og hvor dette gælder, uanset om de vælger at fortsætte på arbejdsmarkedet eller vælger at gå på pension?

831

Spørgsmål 2

Vil det være foreneligt med EU-retten, at danske domstole i en sag mellem en arbejdstager og en privat arbejdsgiver om betaling af en fratrædelsesgodtgørelse, som arbejdsgiveren efter national ret som beskrevet i spørgsmål 1 er fritaget for at skulle betale, men hvor dette resultat ikke er foreneligt med det almindelige EU-retlige princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder, foretager en afvejning af dette princip og den direkte virkning heraf over for retssikkerhedsprincippet og det hermed sammenhængende princip om beskyttelse af den berettigede forventning og efter en sådan afvejning kommer til den konklusion, at princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder må vige for retssikkerhedsprincippet, således at arbejdsgiveren i overensstemmelse med national ret fritages for betaling af fratrædelsesgodtgørelsen? Det ønskes tillige oplyst, om det har betydning for, om en sådan afvejning kan komme på tale, at arbejdstageren efter omstændighederne har mulighed for at kræve erstatning af staten som følge af den danske lovgivnings uoverensstemmelse med EU-retten.«

Om baggrunden for spørgsmålene anførte Højesteret bl.a.:

»6. Baggrund for spørgsmålene

6.1. Da A blev opsagt og fratrådte sin stilling hos Ajos A/S med udgangen af juni 2009, havde han været uafbrudt beskæftiget i virksomheden siden den 1. juni 1984, og han havde derfor som udgangspunkt ret til en fratrædelsesgodtgørelse svarende til 3 måneders løn, jf. funktionærlovens § 2 a, stk. 1. Da han på fratrædelsestidspunktet var fyldt 60 år og havde ret til arbejdsgiverbetalt alderspension i henhold til en ordning, han var indtrådt i før det fyldte 50. år, har han som følge af bestemmelsen i § 2 a, stk. 3, således som denne bestemmelse efter fast retspraksis er blevet fortolket, imidlertid ikke krav på en sådan godtgørelse, selv om han efter sin fratræden fortsatte på arbejdsmarkedet, se nedenfor i punkt 6.5.

6.2. EU-Domstolen har i dommen af 12. oktober 2010 i Ole Andersen-sagen fastslået, at ordningen i henhold til funktionærlovens § 2 a, stk. 3, om bortfald af retten til fratrædelsesgodtgørelse, når den opsagte medarbejder har ret til en arbejdsgiverbetalt alderspension, er i strid med beskæftigelsesdirektivet og det heri indeholdte forbud mod forskelsbehandling på grund af alder i det omfang, den opsagte medarbejder har til hensigt at forfølge sin erhvervs mæssige karriere.

6.3. I tilfælde, hvor arbejdsgiveren er en offentlig myndighed, således som det var tilfældet i Ole Andersen-sagen, kan modstriden mellem den nationale bestemmelse i funktionærlovens § 2 a, stk.

3, og beskæftigelsesdirektivet løses ved, at arbejdstageren kan påberåbe sig og støtte ret på selve direktivets bestemmelser - forudsat at disse fremstår som ubetingede og tilstrækkeligt præcise - således at § 2 a, stk. 3, ved den konkrete retsanvendelse tilsidesættes, i det omfang bestemmelsen er i strid med direktivet.

6.4. I forhold til private er der ikke mulighed for at tillægge direktivbestemmelser direkte virkning, jf. f.eks. præmis 42 i EU-Domstolens dom i Dominguez-sagen. I sager mellem private kan en mulig modstrid mellem en national bestemmelse og et direktiv løses ved, at den nationale bestemmelse, så vidt det overhovedet er muligt, fortolkes i overensstemmelse med direktivet, således at en tilsyneladende modstrid fjernes. Denne pligt til direktivkonform fortolkning er underlagt visse begrænsninger, og der er ikke pligt til en fortolkning contra legem af national ret, jf. præmis 25 i samme dom.

6.5. Funktionærlovens § 2 a, stk. 3, er efter fast retspraksis, jf. senest Højesterets dom i UfR 2014.1119, blevet forstået således, at en arbejdstager ikke er berettiget til fratrædelsesgodtgørelse, hvis arbejdstageren har ret til arbejdsgiverbetalt alderspension i henhold til en ordning, som den pågældende er indtrådt i før det fyldte 50. år, uanset om arbejdstageren vælger midlertidigt at give afkald på pensionen med henblik på at forfølge sin erhvervs-mæssige karriere. Det vil på den baggrund være contra legem at anlægge en fortolkning af § 2 a, stk. 3, der kan bringe bestemmelsen i overensstemmelse med beskæftigelsesdirektivet som fortolket ved EU-Domstolens dom i Ole Andersen-sagen.

6.6. Sagens hovedspørgsmål er herefter, om et EU-retligt princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder kan anvendes som hjemmel til at pålægge den private arbejdsgiver Ajos A/S at betale fratrædelsesgodtgørelse, selv om virksomheden efter funktionærlovens § 2 a, stk. 3, er fritaget herfor. Sagen rejser dermed spørgsmål om, hvorvidt et uskrevent EU-retligt princip kan afskære en borger eller privat virksomhed fra at støtte ret på en national lovbestemmelse.

6.7. EU-Domstolen har i Küçükdeveci-dommen - i forlængelse af Domstolens afgørelse i Mangold-sagen - udtalt, at der gælder et princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder, der skal anses som et almindeligt EU-retligt princip, og at beskæftigelsesdirektivet konkretiserer dette princip (præmis 21). Domstolen har i Küçükdeveci-dommen endvidere udtalt, at det påhviler den nationale ret, som skal træffe afgørelse i en tvist vedrørende princippet, inden for rammerne af sin kompetence at sikre den retsskyttelse, der for borgerne følger af EU-retten, og at sikre dennes fulde virkning, idet den om fornødent skal undlade at anvende enhver national bestemmelse, der er i strid med dette princip (præmis 51 og 53).

6.8. Efter afsigelsen af Küçükdeveci-dommen har en af EU-Domstolens generaladvokater rejst en række principielle spørgsmål og opfordret til, at

832

EU-Domstolens tilgang i denne dom til spørgsmålet om direkte anvendelse af generelle retsprincipper i forhold til private gøres til genstand for en nærmere retsdogmatisk undersøgelse, jf. generaladvokat Trstenjaks forslag til afgørelse i Dominguez-sagen. Generaladvokaten har i den forbindelse bl.a. rejst spørgsmål om betydningen af retssikkerhedsprincippet og om betydningen af, at EU-Domstolens tilgang lader det reelle omfang af beskyttelsesområdet for det pågældende generelle retsprincip stå fuldstændig åbent og ikke præciserer, om direktivet muligvis indeholder mere vidtgående bestemmelser, som ikke er omfattet af beskyttelsesområdet for princippet.

6.9. Særligt med hensyn til retssikkerhedsprincippet har generaladvokat Trstenjak i sit forslag til afgørelse i Dominguez-sagen

påpeget (punkt 164), at EU-Domstolen ved flere lejligheder har erklæret, at også dette princip udgør et generelt retsprincip i EU-retten, og at princippet kræver, at retsregler, som har bebyrdende virkning for borgerne, skal være klare og præcise og deres anvendelse forudsigelig for borgerne. Generaladvokaten har endvidere anført, at eftersom en borger med EU-Domstolens tilgang i Küçükdeveci-sagen aldrig vil kunne vide, hvornår et uskrevent retsprincip i sin konkretisering ved det pågældende direktiv vil tilsidesætte national skreven ret, er der ud fra borgerens perspektiv i sådanne tilfælde en usikkerhed med hensyn til, om national ret finder anvendelse, som svarer til den usikkerhed ved en direkte anvendelse af direktivet i forholdet mellem private, som EU-Domstolen - som så ofte bekræftet i dens praksis - netop ønsker at undgå. EU-Domstolen har da også i sin seneste praksis fastholdt, at selv en klar, præcis og ubetinget bestemmelse i et direktiv, som har til formål at tillægge borgerne rettigheder eller at pålægge borgerne forpligtelser, ikke som sådan kan finde anvendelse inden for rammerne af en sag, hvori alene private er parter, jf. således præmis 36 i Laboubi-dommen.

6.10. Den foreliggende sag angår som nævnt en situation, hvor en privat arbejdsgiver har afskediget en medarbejder under omstændigheder, hvor arbejdsgiveren efter den nationale retsforordning (funktionærlovens § 2 a, stk. 3) ikke kan pålægges at betale fratrædelsesgodtgørelse, men hvor dette er i strid med beskæftigelsesdirektivet som fortolket af EU-Domstolen i Ole Andersen-sagen.

6.11. Med det første spørgsmål ønskes det oplyst, om det uskrevente EU-retlige princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder på dette punkt har samme indhold og udstrækning som i beskæftigelsesdirektivet, eller om beskæftigelsesdirektivet på dette punkt indeholder en beskyttelse mod aldersdiskrimination, der er mere vidtgående end den, der følger af det EU-retlige princip.

6.12. Hvis besvarelsen af det første spørgsmål indebærer, at ordningen efter funktionærlovens § 2 a, stk. 3, ikke kun er (delvis) i strid med beskæftigelsesdirektivet som fastslået ved Domstolens dom i Ole Andersen-sagen, men også er i strid med princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder, foreligger der herefter spørgsmål om den direkte anvendelse af princippet i forholdet mellem private parter (såkaldt horisontal direkte virkning). Efter EU-Domstolens domme i Mangold-sagen (navnlig præmis 77 og 78) og Küçükdeveci-sagen (navnlig præmis 51 og 53) må det lægges til grund, at EU-retten stiller krav om, at det forbud mod forskelsbehandling på grund af alder, der er omfattet af princippet, skal finde direkte anvendelse ved de nationale domstole også i sager mellem private.

Dette rejser spørgsmål om, hvordan en sådan direkte anvendelse i forhold til en privat part skal afvejes over for retssikkerhedsprincippet og det hermed sammenhængende princip om beskyttelse af den berettigede forventning.

Med spørgsmål 2 ønskes det oplyst, om det vil være foreneligt med EU-retten, at danske domstole i en sag mellem en arbejdstager og en privat arbejdsgiver om betaling af en fratrædelsesgodtgørelse, som arbejdsgiveren efter national ret som beskrevet i spørgsmål 1 er fritaget for at skulle betale, men hvor dette resultat ikke er foreneligt med det almindelige EU-retlige princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder, foretager en afvejning af dette princip og den direkte virkning heraf over for retssikkerhedsprincippet og det hermed sammenhængende princip om beskyttelse af den berettigede forventning og efter en sådan afvejning kommer til den konklusion, at princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder må vige for retssikkerhedsprincippet, således at arbejdsgiveren i overensstemmelse med national ret fritages for betaling af fratrædelsesgodtgørelsen.

Det ønskes tillige oplyst, om det har betydning for, om en sådan afvejning kan komme på tale, at arbejdstageren efter omstændighederne har mulighed for at kræve erstatning af staten som følge af den danske lovgivnings uoverensstemmelse med EU-retten, jf. herved den retspraksis, der følger af dom af 19. november 1991, Francovich m.fl. (forenede sager C-6/90 og C-9/90), hvorved både princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder og retssikkerhedsprincippet kan tilgodeses.«

EU-Domstolen (Store Afdeling) afsagde dom den 19. april 2016 (C-441/14). Det hedder i dommen bl.a.:

»Om det første spørgsmål

21 Med sit første spørgsmål ønsker den forelæggende ret, for hvilken der er indbragt en tvist mellem private, nærmere bestemt oplyst, om det almindelige princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder skal

833

fortolkes således, at det er til hinder for en national lovgivning som den i hovedsagen omhandlede, hvorefter arbejdstagere ikke er berettiget til fratrædelsesgodtgørelse, hvis de har ret til en arbejdsgiverbetalt alderspension i henhold til en pensionsordning, som de er indtrådt i før det fyldte 50. år, og hvor dette gælder, uanset om de vælger at fortsætte på arbejdsmarkedet eller vælger at gå på pension.

22 Med henblik på besvarelsen af dette spørgsmål bemærkes indledningsvis, at det almindelige princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder, som direktiv 2000/78 er et konkret udtryk for, har sin oprindelse i forskellige internationale konventioner og i medlemsstaternes fælles forfatningsmæssige traditioner, således som det fremgår af første og fjerde betragtning til direktivet (jf. domme Mangold, C-144/04, EU:C:2005:709, præmis 74, og Küçükdeveci, C-555/07, EU:C:2010:21, præmis 20 og 21). Det fremgår ligeledes af Domstolens praksis, at det nævnte princip, der nu er fastsat i artikel 21 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, skal anses for et almindeligt EU-retligt princip (jf. domme Mangold, C-144/04, EU:C:2005:709, præmis 75, og Küçükdeveci, C-555/07, EU:C:2010:21, præmis 21).

23 Dernæst bemærkes, at for så vidt som direktiv 2000/78 ikke selv fastsætter det almindelige princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder, men alene er et konkret udtryk for dette princip på området for beskæftigelse og erhverv, er rækkevidden af den ved direktivet sikrede beskyttelse ikke videre end den, der indrømmes i henhold til dette princip. EU-lovgiver har ved vedtagelsen af dette direktiv haft for øje at opstille mere præcise rammer, med hvilke det tilsigtes at gøre den konkrete gennemførelse af ligebehandlingsprincippet lettere, og navnlig fastsætte forskellige muligheder for fravigelse af det nævnte princip ved at afgrænse disse ved hjælp af en mere tydelig definition af deres anvendelsesområde.

24 Endelig bemærkes, at for at det almindelige princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder kan finde anvendelse på en situation som den i hovedsagen omhandlede, skal denne situation desuden være omfattet af anvendelsesområdet for det forbud mod forskelsbehandling, der er fastsat i direktiv 2000/78.

25 Det er i denne forbindelse tilstrækkeligt at bemærke, således som allerede fastslået af Domstolen, at funktionærlovens § 2 a, stk. 3, ved generelt at udelukke en hel kategori af arbejdstagere fra fratrædelsesgodtgørelse påvirker afskedigelsesvilkårene for disse arbejdstagere som omhandlet i artikel 3, stk. 1, litra c), i direktiv 2000/78 (dom Ingeniørforeningen i Danmark, C-499/08, EU:C:2010:600, præmis 21). Det følger heraf, at den i hovedsagen omhandlede nationale lovgivning ligger inden for EU-rettens anvendelsesområde og følgelig inden for anvendelsesområdet for det almindelige princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder.

26 På denne baggrund, og henset til den omstændighed, at Domstolen allerede har fastslået, at artikel 2 og artikel 6, stk. 1, i direktiv 2000/78 skal fortolkes således, at de er til hinder for en national lovgivning, som den, der er omhandlet i den foreliggende anmodning om præjudiciel afgørelse, og 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 (dom Ingeniørforeningen i Danmark, C-499/08, EU:C:2010:600, præmis 49), gør det samme sig gældende for det grundlæggende princip om ligebehandling, som det almindelige princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder blot er et særligt udtryk for.

27 Henset til ovenstående betragtninger skal det første spørgsmål besvares med, at det almindelige princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder, som direktiv 2000/78 er et konkret udtryk for, skal fortolkes således, at det også i en tvist mellem private er til hinder for en national lovgivning som den i hovedsagen omhandlede, hvorefter arbejdstagere ikke er berettiget til fratrædelsesgodtgørelse, hvis de har ret til en arbejdsgiverbetalt alderspension i henhold til en pensionsordning, som de er indtrådt i før det fyldte 50. år, og hvor dette gælder, uanset om de vælger at fortsætte på arbejdsmarkedet eller vælger at gå på pension.

Om det andet spørgsmål

28 Med sit andet spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om EU-retten skal fortolkes således, at den, når det er godtgjort, at den pågældende nationale bestemmelse er i strid med det almindelige princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder, gør det muligt for en national domstol, for hvilken der er indbragt en tvist mellem private, at afveje det nævnte princip over for retssikkerhedsprincippet og princippet om beskyttelse af den berettigede forventning og at nå til den konklusion, at de sidstnævnte skal anses for at veje tungere end det førstnævnte. I denne sammenhæng ønsker den forelæggende ret ligeledes oplyst, om den i forbindelse med denne afvejning kan eller skal tage hensyn til den omstændighed, at medlemsstaterne er forpligtet til at erstatte skade, der er forvoldt borgerne som følge af den ukorrekte gennemførelse af et direktiv såsom direktiv 2000/78.

29 I denne henseende bemærkes for det første, at det fremgår af fast retspraksis, at det påhviler de nationale domstole - når de skal afgøre en sag mellem private,

834

under hvilken det viser sig, at den omhandlede nationale lovgivning er i strid med EU-retten - at sikre den retsbeskyttelse, der for borgerne følger af EU-rettens bestemmelser, og at sikre bestemmelsernes fulde virkning (jf. i denne retning domme Pfeiffer m.fl., C-397/01 - C-403/01, EU:C:2004:584, præmis 111, og Küçükdeveci, C-555/07, EU:C:2010:21, præmis 45).

30 Selv om det er korrekt, at Domstolen med hensyn til en tvist mellem private stedse har fastslået, at et direktiv ikke i sig selv kan skabe forpligtelser for private og derfor ikke som sådan kan påberåbes over for sådanne personer (jf. bl.a. domme Marshall, 152/84, EU:C:1986:84, præmis 48, Faccini Dori, C-91/92, EU:C:1994:292, præmis 20, og Pfeiffer m.fl., C-397/01 - C-403/01, EU:C:2004:584, præmis 108), forholder det sig ikke desto mindre således, at Domstolen gentagne gange ligeledes har fastslået, at den forpligtelse for medlemsstaterne, der følger af et direktiv, til at virkeliggøre dets mål og deres pligt til at træffe alle almindelige eller særlige foranstaltninger for at sikre opfyldelsen af denne forpligtelse påhviler alle myndighederne i medlemsstaterne, herunder også domstolene inden for rammerne af deres kompetence (jf. i denne retning

navnlig domme von Colson og Kamann, 14/83, EU:C:1984:153, præmis 26, og Küçükdeveci, C-555/07, EU:C:2010:21, præmis 47).

31 Heraf følger, at de nationale domstole ved anvendelsen af national ret er forpligtet til at tage hensyn til samtlige bestemmelser i denne ret og til at benytte sig af de fortolkningsmetoder, der er anerkendt i denne, for i videst muligt omfang at fortolke den i lyset af det pågældende direktivs ordlyd og formål med henblik på at opnå det med direktivet tilsigtede resultat og således handle i overensstemmelse med artikel 288, stk. 3, TEUF (jf. bl.a. domme Pfeiffer m.fl., C-397/01 - C-403/01, EU:C:2004:584, præmis 113 og 114, og Küçükdeveci, C-555/07, EU:C:2010:21, præmis 48).

32 Domstolen har ganske vist fastslået, at princippet om overensstemmende fortolkning af national ret er underlagt visse begrænsninger. De nationale retsinstansers forpligtelse til at henvise til EU-retten, når de fortolker og anvender de relevante nationale retsregler, begrænses således af generelle retsprincipper, og den kan ikke tjene som grundlag for en fortolkning contra legem af national ret (jf. domme Impact, C-268/06, EU:C:2008:223, præmis 100, Dominguez, C-282/10, EU:C:2012:33, præmis 25, og Association de médiation sociale, C-176/12, EU:C:2014:2, præmis 39).

33 I denne sammenhæng skal det bemærkes, at kravet om en overensstemmende fortolkning omfatter forpligtelsen for de nationale domstole til i givet fald at ændre en fast retspraksis, såfremt denne er baseret på en fortolkning af national ret, som er uforenelig med formålene med et direktiv (jf. i denne retning dom Centrosteeel, C-456/98, EU:C:2000:402, præmis 17).

34 Den forelæggende ret kan derfor ikke i hovedsagen med rette antage, at det er umuligt for den at fortolke den omhandlede nationale bestemmelse i overensstemmelse med EU-retten, alene som følge af den omstændighed, at den stedse har fortolket denne bestemmelse i en retning, som ikke er forenelig med denne ret.

35 Efter disse præciseringer skal det desuden tilføjes, at selv om en national domstol, for hvilken der er indbragt en tvist vedrørende det almindelige princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder således, som direktiv 2000/78 er et konkret udtryk for, faktisk befinder sig i en situation, hvor det er umuligt for den at anlægge en fortolkning af national ret, der er i overensstemmelse med dette direktiv, er den inden for rammerne af sin kompetence ikke desto mindre forpligtet til at sikre den retsbeskyttelse, der for borgerne følger af EU-retten, og til at sikre dennes fulde virkning, idet den om fornødent skal undlade at anvende enhver bestemmelse i national ret, der er i strid med dette princip (dom Küçükdeveci, C-555/07, EU:C:2010:21, præmis 51).

36 Det fremgår desuden af præmis 47 i dom Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2014:2), at princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder tillægger private en subjektiv ret, der som sådan kan påberåbes, og som - selv i tvister mellem private - forpligter de nationale domstole til at undlade at anvende de nationale bestemmelser, der ikke er i overensstemmelse med det nævnte princip.

37 I den foreliggende sag påhviler det derfor den forelæggende ret, såfremt den finder, at det er umuligt for den at sikre en overensstemmende fortolkning af den omhandlede nationale bestemmelse, at undlade at anvende bestemmelsen.

38 Hvad for det andet angår spørgsmålet om, hvilke forpligtelser der følger af princippet om beskyttelse af den berettigede forventning for en national domstol, for hvilken der er indbragt en tvist mellem private, bemærkes, at en national domstol ikke kan støtte sig på det nævnte princip med henblik på fortsat at anvende en national retsregel, som er i strid med det almindelige princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder, som direktiv 2000/78 er et konkret udtryk for.

39 Anvendelsen af princippet om beskyttelse af den berettigede forventning som påtænkt af den forelæggende ret ville nemlig i realiteten svare til at begrænse de tidsmæssige virkninger af den af Domstolen anlagte fortolkning, for så vidt som denne fortolkning herved ikke ville kunne finde anvendelse på hovedsagen.

40 Det følger imidlertid af fast retspraksis, at den fortolkning, som Domstolen anlægger af EU-retten under udøvelse af sin kompetence i henhold til artikel 267 TEUF, i nødvendigt omfang belyser og præciserer betydningen og rækkevidden af denne ret, således som

835

den skal forstås og anvendes henholdsvis burde have været forstået og anvendt, fra datoen for sin ikrafttræden. Det følger heraf, at bortset fra tilfælde, hvor der foreligger helt særlige omstændigheder - hvilket det i det foreliggende tilfælde ikke er blevet gjort gældende skulle være tilfældet - skal retsinstansen anvende den således fortolkede EU-ret selv på retsforhold, der er stiftet og består, før der afsiges dom vedrørende fortolkningsanmodningen, såfremt betingelserne for at indbringe en sag om anvendelsen af denne ret for de kompetente domstole i øvrigt er opfyldt (jf. bl.a. dom Gmina Wrocław, C-276/14, EU:C:2015:635, præmis 44 og 45 og den deri nævnte retspraksis).

41 I øvrigt kan beskyttelsen af den berettigede forventning under alle omstændigheder ikke påberåbes med henblik på at nægte den privatperson, der har anlagt det søgsmål, som har ført Domstolen til at fortolke EU-retten således, at den er til hinder for den pågældende nationale retsregel, at gøre denne fortolkning gældende (jf. i denne retning domme Defrenne, 43/75, EU:C:1976:56, præmis 75, og Barber, C-262/88, EU:C:1990:209, præmis 44 og 45).

42 Hvad angår den tvivl hos den forelæggende ret, der er anført i denne doms præmis 19, skal det bemærkes, at den mulighed, som private, der er tillagt en subjektiv ret i henhold til EU-retten - såsom arbejdstageren i det foreliggende tilfælde - har for at nedlægge påstand om erstatning, når deres rettigheder er blevet krænket som følge af en tilsidesættelse af EU-retten, der kan tilregnes en medlemsstat (jf. i denne retning domme Francovich m.fl., C-6/90 og C-9/90, EU:C:1991:428, præmis 33, og Brasserie du Pêcheur og Factortame, C-46/93 og C-48/93, EU:C:1996:79, præmis 20), hverken kan rejse tvivl om den forelæggende rets forpligtelse til at vælge den fortolkning af national ret, som er overensstemmende med direktiv 2000/78, eller, såfremt en sådan fortolkning viser sig umulig at anlægge, at undlade at anvende den nationale bestemmelse, der er i strid med det almindelige princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder, som det nævnte direktiv er et konkret udtryk for, eller lægges til grund af den forelæggende ret inden for rammerne af den tvist, der er indbragt for den, for at give forrang til beskyttelsen af den berettigede forventning hos den privatperson, i det foreliggende tilfælde arbejdsgiveren, som har handlet i overensstemmelse med national ret.

43 Henset til samtlige ovenstående betragtninger skal det andet spørgsmål besvares med, at EU-retten skal fortolkes således, at når en national domstol, for hvilken der er indbragt en tvist mellem private, der er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2000/78, anvender bestemmelserne i national ret, påhviler det den at fortolke disse bestemmelser således, at de kan anvendes i overensstemmelse med dette direktiv, eller, såfremt en sådan overensstemmende fortolkning er umulig, om nødvendigt at undlade at anvende enhver bestemmelse i national ret, som er i strid med det almindelige princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder. Denne forpligtelse kan hverken drages i tvivl af retssikkerhedsprincippet eller princippet om beskyttelse af den berettigede forventning eller af den mulighed, som en privatperson, der anser sine rettigheder for krænket på grund af anvendelsen af en national bestemmelse,

som er i strid med EU-retten, har for at drage den pågældende medlemsstat til ansvar for tilsidesættelse af EU-retten.«

Anbringender

DI som mandatar for Ajos A/S har navnlig anført, at A på fratrædelsestidspunktet ikke opfyldte betingelserne for at få udbetalt fratrædelsesgodtgørelse efter funktionærlovens § 2 a, idet han havde ret til at få udbetalt en privat, arbejdsgiverbetalt pensionsordning og derfor var omfattet af den dagældende bestemmelse i § 2 a, stk. 3.

Det forhold, at EU-Domstolen ved dommen i Ole Andersen-sagen (C-499/08) har fastslået, at § 2 a, stk. 3, ikke er forenelig med beskæftigelsesdirektivet, kan ikke føre til et andet resultat. For at de EU-retlige forpligtelser kan få bindende virkning for private i Danmark, skal det nemlig enten være muligt at fortolke § 2 a, stk. 3, EU-konformt, eller det skal være muligt at anvende EU-retten umiddelbart i Danmark. Ingen af disse muligheder foreligger.

Et EU-direktiv kan ikke i sig selv skabe forpligtelser for private. Det har EU-Domstolen senest fastslået i præmis 30 i dommen af 19. april 2016 i den foreliggende sag. Som det videre fremgår af dommen, skal en uoverensstemmelse mellem national ret og beskæftigelsesdirektivet så vidt muligt løses gennem EU-konform fortolkning af national ret (præmis 31). Det forudsætter imidlertid, at der eksisterer et rimeligt fortolkningsrum. Den nationale domstols forpligtelse til at »bøje« national ret i forhold til direktivet kan dermed kun strækkes så vidt, som den nationale fortolkningstradition tillader. Den yderste grænse for forpligtelsen til konform fortolkning går ved fortolkning *contra legem* (præmis 32), altså fortolkning »mod gældende ret«. I forelæggelseskendelsen af 22. september 2014 anførte Højesteret, at det vil være *contra legem* at anlægge en fortolkning af funktionærlovens § 2 a, stk. 3, der bringer bestemmelsen i overensstemmelse med beskæftigelsesdirektivet som fortolket af EU-Domstolen i Ole Andersen-sagen. EU-Domstolen antager i præmisserne 33 og 34, at Højesteret uden videre bør kunne ændre fast retspraksis. Det bør ikke føre til, at Højesteret ændrer sin vurdering af, at direktivkonform fortolkning vil være *contra legem*. Højesteret er den autoritative fortolker af dansk ret, og Højesterets praksis vedrørende § 2 a, stk. 3, er fast

836

funderet i lovgivningsmagtens tilkendegivelser om bestemmelsen.

Det bestrides, at funktionærlovens § 2 a, stk. 3, må vige for forbuddet mod aldersdiskrimination i forskelsbehandlingsloven ud fra et synspunkt om *lex posterior*. § 2 a, stk. 3, er tværtimod *lex specialis* i forhold til forskelsbehandlingslovens generelle forbud mod aldersdiskrimination, idet bestemmelsen konkret regulerer retsstillingen for fratrædelsesgodtgørelse ved afskedigelse af ældre medarbejdere. Lovgivningsmagten tog specifik stilling til bestemmelsen i funktionærlovens § 2 a, herunder § 2 a, stk. 3, i forbindelse med implementeringen af beskæftigelsesdirektivet i 2004. Herved adskiller situationen sig fra situationen, der forelå til pådømmelse i Højesterets dom gengivet i UfR 2015.3827, hvor ministeriet ikke forholdt sig til funktionærlovens § 5, stk. 2 (120-dages reglen), ved behandlingen af ændringsforslaget til forskelsbehandlingsloven.

Det bestrides endvidere, at det er muligt i dansk ret at foretage en umiddelbar anvendelse af »det almindelige EU-retlige princip mod forskelsbehandling på grund af alder« trods en klar retstilstand i funktionærlovens § 2 a, stk. 3, og til skade for Ajos. Dette princip har en diffus oprindelse. Hertil kommer, at flere af EU-Domstolens generaladvokater har haft reservationer over for princippet rækkelvidde. I præmis 35 anvender Domstolen formuleringen, at den nationale domstol er forpligtet til at sikre den fulde virkning af det anførte princip »inden for rammerne af sin kompetence«. Det ligger uden for danske domstoles kompetence at anvende princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder ved at undlade

at lægge en klar dansk retstilstand til grund i en sag mellem to private. Det skyldes særligt to forhold.

For det første er der ikke hjemmel hertil i tiltrædelsesloven. Der er således ikke grundlag for at fastslå, at Danmark har overladt til EU-Domstolen med direkte virkning over for private på baggrund af uskrevne retsprincipper at pålægge danske domstole at undlade at anvende klar dansk lovgivning.

For det andet vil det være i strid med grundlovens § 3 og et retssikkerhedsprincip på grundlovsniveau, hvis Højesteret som følge af en anvendelse af princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder skal ændre den klare retstilstand i funktionærlovens § 2 a, stk. 3, herunder ved at undlade at anvende denne bestemmelse til skade for Ajos, der som privat virksomhed har indrettet sig i tiltro til en helt klar retstilstand.

For Højesteret frafaldes anbringendet om, at godtgørelseskravet er bortfaldet som følge af de fratrædelsesaftaler, som A og hans faglige organisation indgik med selskabet. Derimod gentages anbringenderne om, at der foreligger passivitet, at krav på fratrædelsesgodtgørelse først skal forrentes fra sagens anlæg, og at der i en situation som den foreliggende ikke er grundlag for at pålægge en privat arbejdsgiver at betale godtgørelse efter forskelsbehandlingsloven.

Boet efter A har navnlig anført, at A ved opsigelsen i maj 2009 opfyldte betingelserne for at få udbetalt fratrædelsesgodtgørelse efter funktionærlovens § 2 a, idet han forblev på arbejdsmarkedet. Den dagældende bestemmelse i lovens § 2 a, stk. 3, og retspraksis på området var i strid med EU-retten. Dette blev fastslået ved EU-Domstolens dom i Ole Andersen-sagen i oktober 2010. Det er i den forbindelse ikke afgørende, at Ajos er en privat arbejdsgiver.

Det er således muligt ved EU-konform fortolkning at bringe harmoni mellem funktionærlovens § 2 a, stk. 3, og forbuddet mod aldersdiskrimination. Det gælder, uanset om fortolkningen sker på grundlag af forbuddet i beskæftigelsesdirektivet eller det primæretlige princip om forbud mod aldersdiskrimination. Hverken ordlyden af funktionærlovens § 2 a, stk. 3, eller bestemmelsens forarbejder og formål er til hinder for en sådan EU-konform fortolkning. Diskriminationssynspunktet har ikke været inddraget i hidtidig retspraksis om funktionærlovens § 2 a, stk. 3, og der foreligger ikke en *contra legem*-situation. Det er på grundlag af ordlyden af § 2 a, stk. 3, muligt for Højesteret at fortolke bestemmelsen i overensstemmelse med EU-retten. Hertil kommer, at EU-Domstolen i præmisserne 33 og 34 udtrykkeligt har fastslået, at den særlige undtagelse i form af forbuddet mod *contra legem*-fortolkning skal begrænses til alene at angå den nationale lovbestemelses direkte ordlyd og intet andet, herunder heller ikke hidtidig national retspraksis om fortolkning af § 2 a, stk. 3.

Højesteret er ifølge EU-Domstolens præmis 31 forpligtet til i videst muligt omfang at tage hensyn til samtlige elementer i national ret. Funktionærlovens § 2 a, stk. 3, må derfor vige for forbuddet mod aldersdiskrimination i forskelsbehandlingslovens § 1, jf. principperne om *lex specialis* og *lex posterior*. Højesteret har tidligere anvendt en sådan model for håndtering af en konflikt mellem funktionærloven og forbuddet mod forskelsbehandling på grund af handicap, idet Højesteret under henvisning til forskelsbehandlingslovens § 2 a fandt, at 120-dages reglen i funktionærlovens § 5, stk. 2, ikke kunne anvendes, jf. UfR 2015.3827. Det er ikke rigtigt, at lovgivningsmagten forholdt sig til funktionærlovens § 2 a, stk. 3, ved behandlingen af ændringsforslaget til forskelsbehandlingsloven. Man forholdt sig kun til, om retten til fratrædelsesgodtgørelse kunne indebære diskrimination af yngre funktionærer.

Selv om Højesteret måtte konkludere, at det er umuligt at foretage direktivkonform fortolkning af § 2 a, stk. 3, følger det af EU-Domstolens praksis, herunder præmis 37 i den foreliggende sag,

at Højesteret skal undlade at anvende bestemmelsen. Den direkte virkning af princippet indebærer nemlig, at forbuddet mod

837

forskelsbehandling på grund af alder har forrang for funktionærlovens § 2 a, stk. 3.

Regeringen og Folketinget har siden tiltrædelsesloven i 1972 været bekendt med EU-Domstolens fortolkningsstil og retsanvendelse i form af henvisninger til de fælles forfatningsmæssige traditioner i medlemsstaterne og har stedse anerkendt og accepteret EU-Domstolens retsskabende praksis. Domstolen har i flere sager forud for Mangold-dommen understreget, at EU's institutioner og medlemsstaterne, når de anvender fællesskabsretten, skal overholde de såkaldte grundrettigheder ved udøvelsen af deres kompetence. Hertil kommer, at der ved Amsterdam-traktaten, som der blev afholdt folkeafstemning om i 1998, blev indsat en særlig hjemmelsbestemmelse i traktatens artikel 6 A, hvorefter der kan vedtages regler om bl.a. bekæmpelse af forskelsbehandling på grund af alder. Det kan derfor lægges til grund, at der inden for beskæftigelsesområdet er overladt såvel lovgivnings- som domskompetence til EU. Ydermere har Danmark ved Lissabon-traktaten og charteret accepteret - såvel bagudrettet som fremadrettet - den fulde retsvirkning af det almindelige EU-retlige forbud mod aldersdiskrimination, således som dette princip første gang blev knæsat ved Mangold-dommen. Den omstændighed, at det i charteret er angivet, at bestemmelserne ikke udvider Unionens beføjelser som fastsat i traktaten, er udtryk for, at disse beføjelser allerede var overladt til EU's institutioner, herunder EU-Domstolen. På denne baggrund har EU-Domstolen ved den muligt retsskabende virksomhed, der er forbundet med Mangold-dommen, handlet inden for de traktatfæstede beføjelser. Der foreligger derfor ikke en ekstraordinær situation, og det kan ikke med den fornødne sikkerhed fastslås, at EU-Domstolens praksis bygger på en anvendelse af traktaten, der ligger uden for suverænitetsafgivelsen ifølge tiltrædelsesloven, jf. afsnit 9.6 i Højesterets dom om Maastricht-traktaten (UfR 1998.800). Ved at fastslå, at forbuddet mod aldersdiskrimination er en grundrettighed på traktatniveau, har EU-Domstolen derfor handlet inden for grænserne for Danmarks kompetenceoverladelser i grundlovens § 20.

Endelig bestrides det, at Højesteret skal undlade at følge EU-Domstolens afgørelser, fordi disse skulle være i strid med grundlovens § 3 og et retssikkerhedsprincip på grundlovsniveau.

Kravet er ikke bortfaldet ved passivitet, og fratrædelsesgodtgørelsen skal forrentes fra fratrædelsestidspunktet den 30. juni 2009. Der skal endvidere betales godtgørelse for overtrædelse af forskelsbehandlingsloven.

Retsgrundlaget mv.

I. Dansk ret

A. Funktionærloven

Funktionærlovens § 2 a blev indsat i loven ved lov nr. 224 af 19. maj 1971 og havde følgende ordlyd:

»Såfremt en funktionær, der har været uafbrudt beskæftiget i samme virksomhed i 12, 15 eller 18 år, opsiges, skal arbejdsgiveren ved funktionærens fratreden udrede et beløb svarende til henholdsvis 1, 2 eller 3 måneders løn.

Stk. 2. Bestemmelsen i stk. 1 finder ikke anvendelse, såfremt funktionæren ved fratædelsen vil oppebære pension fra arbejdsgiveren eller folkepension.

Stk. 3. Bestemmelsen i stk. 1 finder tilsvarende anvendelse i tilfælde af uberettiget bortvisning.«

I bemærkningerne til lovforslaget (Folketingstidende 1970-71, tillæg A, L 53, sp. 1334) er anført bl.a.:

»Med henblik på at mildne overgangen til anden beskæftigelse for ældre funktionærer, der opsiges efter i en længere årrække at

have været beskæftiget i samme virksomhed, stilles der forslag om indførelse af en bestemmelse om, at arbejdsgiveren ved funktionærens fratreden skal udrede et beløb svarende til 1, 2 eller 3 måneders løn, alt efter som den pågældende har været ansat i virksomheden i 12, 15 eller 18 år. Det er en selvfølge, at der udover den nævnte ydelse tilkommer funktionæren sædvanlig løn i opsigelsesperioden.

I stk. 2 foreslås det, at bestemmelsen ikke skal finde anvendelse, såfremt funktionæren ved fratædelsen vil oppebære pension fra arbejdsgiveren eller folkepension, dvs. situationer der normalt indebærer, at den pågældende udtræder af arbejdsmarkedet.«

Ved lov nr. 287 af 24. april 1996 blev funktionærlovens § 2 a, stk. 2, ophævet og i stedet blev indsat:

»*Stk. 2.* Bestemmelsen i stk. 1 finder ikke anvendelse, såfremt funktionæren ved fratædelsen vil oppebære folkepension.

Stk. 3. Hvis funktionæren ved fratædelsen vil oppebære en alderspension fra arbejdsgiveren, og hvis funktionæren er indtrådt i den pågældende pensionsordning før det fyldte 50. år, bortfalder fratædelsesgodtgørelsen.

Stk. 4. Bestemmelsen i stk. 3 finder ikke anvendelse, hvis der den 1. juli 1996 ved kollektiv overenskomst er taget stilling til spørgsmålet om nedsættelse eller bortfald af fratædelsesgodtgørelsen som følge af alderspension fra arbejdsgiveren.«

Bestemmelsen i § 2 a, stk. 3, gjaldt også, da A blev opsagt i maj 2009. Af bemærkningerne til lovforslaget, der førte til lov nr. 287 af 24. april 1996, fremgår bl.a. (Folketingstidende 1995-96, tillæg A, L 180, s. 3537):

»Fratrædelsesgodtgørelsen blev indført i funktionærlovens § 2 a ved lov nr. 224 af 19. maj 1971 (Folketingstidende sp. 916, 1299, 6433 og 6526, tillæg A, sp. 1331, tillæg B, sp. 1817 og tillæg C, sp. 903). Bestemmelsens oprindelige formål var at mildne overgangen til anden beskæftigelse for funktionærer, der afskediges efter en længere årrække at have været beskæftiget i samme virksomhed. Funktionærer, der træder ud af

838

arbejdsmarkedet, dvs. afskediges med pension fra arbejdsgiveren eller folkepension, har således efter bestemmelsens ordlyd ikke haft krav på godtgørelsen.

De nye arbejdsmarkedspensionsordninger, der i stort omfang er blevet gennemført i de senere år, indebærer, at der i en årrække frem vil blive udbetalt mange, meget små pensionsbeløb. Da bestemmelsen blev vedtaget i 1971, kendte man stort set ikke disse små pensionsbeløb.

Den nuværende udformning af bestemmelsen i funktionærlovens § 2 a, stk. 2, er af domstolene blevet fortolket således, at selv ganske små pensionsydelse fra arbejdsgiveren medfører, at fratrædelsesgodtgørelsen efter § 2 a, stk. 1, bortfalder. I Højesterets dom af 14. februar 1991, refereret i UfR 1991.317, fandt retten således, at en pension med et engangsbeløb på ca. 9000 kr. samt en årlig udbetaling på 8 kr. medførte bortfald af fratrædelsesgodtgørelsen.

Efter forslaget vil funktionærer med disse meget små pensionsydelse ikke miste deres fratrædelsesgodtgørelse, som kan være på op til 3 måneders løn.

...

Bemærkninger til forslagens enkelte bestemmelser

Til § 1

Fratrædelsesgodtgørelsen vil efter den foreslåede bestemmelse i § 2 a, stk. 2, fortsat bortfalde, hvis funktionæren ved fratædelsen vil oppebære folkepension. Fratrædelsesgodtgørelser bortfalder som hovedregel ved alderspension fra arbejdsgiveren, men er funktionæren indtrådt i pensionsordningen efter det fyldte 50. år, bortfalder fratrædelsesgodtgørelsen ikke. Den foreslåede bestemmelse i § 2 a, stk. 3, er indsat, fordi funktionærer indtrådt i denne

sene alder vil have en meget kort opsparingsperiode og dermed et lille pensionsbeløb.

...«

Funktionærlovens § 2 a fik ved lov nr. 52 af 27. januar 2015 følgende ordlyd:

»Såfremt en funktionær, der har været uafbrudt beskæftiget i samme virksomhed i 12 eller 17 år, opsiges, skal arbejdsgiveren ved funktionærens fratræden udrede et beløb svarende til henholdsvis 1 og 3 måneders løn.

Stk. 2. Stk. 1 finder tilsvarende anvendelse i tilfælde af uberettiget bortvisning.«

Den nye § 2 a finder anvendelse på opsigelser, der finder sted efter lovens ikrafttræden den 1. februar 2015. Af bemærkningerne til lovforslaget fremgår bl.a. (Folketingstidende 2014-15, 1. samling, tillæg A, lovforslag nr. L 84):

»1. *Indledning og baggrund*

...

Med den foreslåede forenkling af bestemmelsen afklares den retsikkerhed, som EU-Domstolens afgørelse i sag C-499/08 har givet anledning til i relation til funktionærer, der ved fratrædelsen havde mulighed for at overgå til arbejdsgiverbetalt alderspension, jf. den gældende § 2 a, stk. 3; hvis en funktionær opfylder den foreslåede bestemmelses anciennitetskrav og opsiges af arbejdsgiver eller bortvises uberettiget, vil funktionæren have ret til en fratrædelsesgodtgørelse på én eller tre måneders løn. Det vil med den foreslåede § 2 a således ikke være nødvendigt at vurdere, om funktionæren fortsat forfølger en erhvervsmæssig karriere, hvilket der fx skulle tages stilling til i Højesterets afgørelser af 17. januar 2014 vedrørende forståelsen af den gældende § 2 a i lyset af EU-Domstolens afgørelse i sag C-499/08.

...

2. *Gældende ret*

...

Som nævnt ovenfor, havde de danske domstole indtil afgørelsen af sag C-499/08 fortolket § 2 a, stk. 3, således, at retten til fratrædelsesgodtgørelse bortfaldt, hvis den afskedigede funktionær havde mulighed for at overgå til arbejdsgiverbetalt alderspension på fratrædelsestidspunktet, uanset om den afskedigede funktionær benyttede sig af denne mulighed eller ej.

3. *Lovforslaget*

Med lovforslaget foreslås det, at funktionærlovens § 2 a ændres. Bestemmelsen vil fortsat omhandle en ret til fratrædelsesgodtgørelse til funktionærer, der opsiges eller uberettiget bortvises af arbejdsgiveren, og som ved fratrædelsen har været ansat i samme virksomhed i 12 år eller derover. Men bestemmelsen forenkles betydeligt, idet de undtagelsesbestemmelser vedrørende pension, som findes i den gældende § 2 a, stk. 2-4, ikke indgår i den foreslåede § 2 a. Det vil med vedtagelse af den foreslåede § 2 a ikke have nogen betydning i relation til retten til fratrædelsesgodtgørelse, om den pågældende funktionær går på pension, har mulighed for at gå på pension eller fortsat forfølger en erhvervsmæssig karriere efter fratrædelsen. Der vil således være tale om en ubetinget og undtagelsesfri rettighed for funktionærer til fratrædelsesgodtgørelse, der opfylder de i bestemmelsen angivne grundbetingelser.

...

Ændringen af § 2 a foreslås at træde i kraft den 1. februar 2015. Det er ancienniteten på fratrædelsestidspunktet, der er afgørende for, om der skal betales fratrædelsesgodtgørelse, men det er opsigelsen fra arbejdsgiverside eller den uberettigede bortvisning, der udløser retten til fratrædelsesgodtgørelse. En ikrafttræden den 1. februar 2015 indebærer derfor, at spørgsmål om fratrædelsesgodtgørelse til en funktionær, der opsiges inden den 1. februar 2015, afgøres efter den gældende § 2 a, uanset at fratræden først sker efter

den 1. februar 2015, mens en opsigelse, der afgives af arbejdsgiver efter den 1. februar 2015, vil kunne udløse en fratrædelsesgodtgørelse i henhold til den foreslåede § 2 a.

...

839

9. *Forholdet til EU-retten*

Lovforslaget er en opfølgning på EU-Domstolens dom af 12. oktober 2010 i sag C-499/08, Ole Andersen.

...

Bemærkninger til lovforslagets enkelte bestemmelser *Til § 1 [funktionærlovens § 2 a]*

...

Fratrædelsesgodtgørelsen efter den foreslåede § 2 a vil stadig kunne bruges i overensstemmelse med det, der var formålet med den gældende § 2 a - at mildne overgangen til anden beskæftigelse for funktionærer, der afskediges efter mange års ansættelse i samme virksomhed - men med ophævelse af undtagelsesbestemmelserne om pension får fratrædelsesgodtgørelsen efter den foreslåede § 2 a et bredere sigte. Godtgørelsen kan tillige ses som en økonomisk håndsrækning for lang og tro tjeneste eller som en form for særligt »plaster på såret« til en funktionær, der afskediges efter at have arbejdet for samme arbejdsgiver i en årrække. Der er således ikke tale om, at de hensyn, der oprindeligt lå til grund for den gældende § 2 a, ikke længere tilgodeses, men med den foreslåede bestemmelse får funktionærlovens § 2 a en anden karakter.

...

Til § 2 [overgangsbestemmelsen]

Det foreslås, at ændringen af § 2 a træder i kraft den 1. februar 2015. Da det er opsigelsen af funktionæren, der udløser retten til fratrædelsesgodtgørelse, vil det være opsigelsestidspunktet, der er afgørende for, hvad der gælder med hensyn til fratrædelsesgodtgørelse, hvilket fremgår af det foreslåede stk. 2. En funktionær, der opsiges forud for den 1. februar 2015, vil således have krav på fratrædelsesgodtgørelse i henhold til den gældende § 2 a, selvom funktionæren først fratræder efter den 1. februar 2015.

...«

B. Forskelsbehandlingsloven

Lovbekendtgørelse nr. 1349 af 16. december 2008 om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet mv. (forskelsbehandlingsloven) indeholder bl.a. følgende bestemmelser:

»§ 1. Ved forskelsbehandling forstås i denne lov enhver direkte eller indirekte forskelsbehandling på grund af race, hudfarve, religion eller tro, politisk anskuelse, seksuel orientering, alder, handicap eller national, social eller etnisk oprindelse.

...

§ 2. En arbejdsgiver må ikke forskelsbehandle lønmodtagere eller ansøgere til ledige stillinger ved ansættelse, afskedigelse, forflyttelse, forfremmelse eller med hensyn til løn- og arbejdsvilkår.

...

§ 7. Personer, hvis rettigheder er krænket ved overtrædelse af §§ 2-4, kan tilkendes en godtgørelse.

...«

Beskæftigelsesdirektivet er gennemført i dansk ret ved lov nr. 253 af 7. april 2004 om ændring af lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet mv. og ved lov nr. 1417 af 22. december 2004 om ændring af lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet mv.

I lovforslaget, der ligger til grund for lov nr. 1417 af 22. december 2004, hvor diskriminationskriterierne handicap og alder blev indsat i forskelsbehandlingsloven, hedder det i de almindelige bemærkninger bl.a. (Folketingstidende 2004-05, 1. samling, tillæg A, L 92, s. 2698 og 2701):

»2.1.2 *Direktivets særbestemmelser om alder*

For så vidt angår alder er det direktivets udgangspunkt, at forskelsbehandling på grund af alder er forbudt. Direktivet beskytter således både unge og ældre mod forskelsbehandling. Direktivet anerkender imidlertid også, at der kan være situationer, hvor det vil være lovligt at tillægge en lønmodtagers alder betydning. Direktivet indeholder derfor en særbestemmelse i artikel 6, stk. 1, hvorefter medlemsstaterne kan bestemme, at ulige behandling på grund af alder ikke udgør forskelsbehandling, hvis den er objektivt og rimeligt begrundet i et legitimt formål indenfor rammerne af den nationale ret, bl.a. legitime beskæftigelses-, arbejdsmarkeds- og erhvervsuddannelsespolitiske mål, og hvis midlerne til at opfylde det pågældende mål er hensigtsmæssige og nødvendige. Det vil sige, at det absolutte udgangspunkt i direktivet, hvorefter direkte forskelsbehandling er ulovlig og ikke kan legitimeres, vil kunne fraviges for så vidt angår direkte aldersdiskrimination, såfremt medlemsstaterne bestemmer dette, og såfremt denne fravigelse i øvrigt er sagligt og proportionalt begrundet i et legitimt formål indenfor rammerne af den nationale ret.

...

5.2 Funktionærlovens aldersgrænser

Funktionærlovens § 2 a om ret til fratrædelsesgodtgørelse.

Efter funktionærlovens § 2 a har en funktionær, der har været uafbrudt beskæftiget i samme virksomhed i 12, 15 eller 18 år, ret til fratrædelsesgodtgørelse svarende til henholdsvis 1, 2 eller 3 måneders løn, hvis funktionæren opsiges af arbejdsgiveren. Det overordnede formål med bestemmelsen er at yde en godtgørelse til funktionærer efter længere tids ansættelse »for at mildne overgangen til anden beskæftigelse for ældre funktionærer« (jf. FT 70/71, tillæg A, spalte 1334). Bestemmelsen finder alene anvendelse, når funktionæren opsiges af arbejdsgiveren. Bestemmelsen gælder også ved uberettiget bortvisning, jf. § 2 a, stk. 4. Bestemmelsen indeholder dermed et beskyttelsesformål i forhold til ældres muligheder for at få ny beskæftigelse - i form af løn i længere tid. Bestemmelsen er et eksempel på indirekte forskelsbehandling af

840

ynge funktionærer, og vil derfor skulle vurderes ud fra direktivets artikel 2, stk. 2, litra b. Herefter kan en indirekte forskelsbehandling tillades, hvis den pågældende bestemmelse (her retten til fratrædelsesgodtgørelse betinget af anciennitet) er objektivt begrundet i et legitimt formål, og midlerne til at opfylde det er hensigtsmæssige og nødvendige. Da formålet med funktionærlovens § 2 a er at beskytte ældre funktionærer og lette deres overgang til anden beskæftigelse, vil bestemmelsen kunne opretholdes som saglig indirekte forskelsbehandling, jf. kravene i direktivets artikel 2, stk. 2, litra b. Der foreslås derfor ingen ændringer til funktionærlovens § 2a.

...«

I et hørings svar af 12. oktober 2004 fra Ledernes Hovedorganisation hedder det bl.a.:

»1. Ændring af forskelsbehandlingsloven

A. Ledernes Hovedorganisation har deltaget i behandlingen af forbudet mod alders- og handicapdiskrimination i Implementeringsudvalget. Ledernes Hovedorganisation finder, at det fremlagte forslag er i overensstemmelse med de drøftelser, der har været i udvalget.

Dog har Ledernes Hovedorganisation i Implementeringsudvalget efterlyst en analyse af direktivet i forhold til funktionærlovens § 2 a, stk. 2 og stk. 3 - uden resultat.

Umiddelbart mener Ledernes Hovedorganisation således, at disse bestemmelser er udtryk for en aldersdiskrimination, der ikke kan opretholdes med henvisning til artikel 2 eller artikel 6.

Ledernes Hovedorganisation skal derfor på ny anmode om, at Beskæftigelsesministeriet beskriver forholdet til funktionærlovens

§ 2 a, stk. 2 og 3, herunder hvorvidt der evt. skal ske en ændring af begge eller en af bestemmelserne.

...«

I et høringsnotat fra Beskæftigelsesministeriet, der blev sendt til Folketingets Arbejdsmarkedsudvalg den 8. november 2004, hedder det bl.a.:

»Lederne efterlyser en analyse af forholdet til funktionærlovens § 2 a, stk. 2 og 3 om retten til fratrædelsesgodtgørelse set i forhold til direktivets artikel 2 og 6.

Det overordnede formål med § 2 a, stk. 1, er at yde en godtgørelse til funktionærer efter længere tids ansættelse »for at mildne overgangen til anden beskæftigelse for ældre funktionærer« (jf. FT 70/71, tillæg A, spalte 1334). Der er derimod ikke ret til fratrædelsesgodtgørelse, hvis funktionærer ved fratrædelsen vil oppebære folkepension, jf. § 2a, stk. 2. Funktionærlovens bestemmelse harmonerer dermed med lovforslaget[s] bestemmelser om pligtæssig fratreden.

...«

C. Tiltrædelsesloven mv.

I tiltrædelseslovens §§ 2-4 (lov nr. 447 af 11. oktober 1972 med senere ændringer, lov om Danmarks tiltrædelse af Den Europæiske Union) hedder det:

»§ 2 Beføjelser, som efter grundloven tilkommer rigets myndigheder, kan i det omfang, det er fastsat i de i § 4 nævnte traktater mv., udøves af Den Europæiske Unions institutioner.

§ 3 Bestemmelserne i de i § 4 nævnte traktater mv. sættes i kraft i Danmark i det omfang, de efter EU-retten er umiddelbart anvendelige i Danmark.

Stk. 2. Det samme gælder de retsakter, der er vedtaget af Fællesskabernes institutioner inden Danmarks tiltrædelse af Fællesskabernes og offentliggjort i De europæiske Fællesskabers Tidende.

§ 4 Bestemmelserne i § 2 og § 3 vedrører følgende traktater mv.:

1. Traktat af 25. marts 1957 om oprettelse af Det europæiske økonomiske Fællesskab,
2. Traktat af 25. marts 1957 om oprettelse af Det europæiske Atomenergifællesskab,
3. Konvention af 25. marts 1957 vedrørende fælles institutioner for De europæiske Fællesskaber,
4. Konvention af 13. november 1962, som ændrer traktaten om oprettelse af Det europæiske økonomiske Fællesskab med henblik på at gøre den særlige associeringsordning, der er omhandlet i fjerde del af denne traktat, anvendelig på de nederlandske Antiller,
5. Traktat af 8. april 1965 om oprettelse af et fælles Råd og en fælles Kommission for De europæiske Fællesskaber,
6. Traktat af 22. april 1970 om ændring af visse budgetbestemmelser i traktaterne om oprettelse af De europæiske Fællesskaber og i traktaten om oprettelse af et fælles Råd og en fælles Kommission for De europæiske Fællesskaber,
7. Traktat af 22. januar 1972 vedrørende kongeriget Danmarks, Irlands, kongeriget Norges og Det forenede kongerige Storbritannien og Nordirlands tiltrædelse af Det europæiske økonomiske Fællesskab og af Det europæiske Atomenergifællesskab,
8. Traktat af 13. marts 1984 om ændring af traktaterne om oprettelse af De europæiske Fællesskaber for så vidt angår Grønland,
9. Europæisk Fælles Akt af 17. og 28. februar 1986, med undtagelse af dennes afsnit I og III,
10. Traktat af 7. februar 1992 om Den Europæiske Union med tilhørende protokoller og erklæringer med undtagelse af
 - a) bestemmelserne i Traktatens afsnit II, 3. del afsnit VI, kapitel 1, artikel 104 C, stk. 9 og 11, kapitel 2, artikel 105, stk. 1, 2, 3 og 5, artikel 105 A, 108 A, 109, 109 A, stk. 2, litra b, samt artikel 3, 6, 9.2, 12.1, 14.3, 16, 18, 19, 20, 22, 23, 26.2, 27, 30, 31, 32, 33, 34, 50 og 52 i protokollen om statuten for Det Europæiske System

af Centralbanker og Den Europæiske Centralbank for så vidt disse bestemmelser vedrører deltagelse i tredje fase af Den Økonomiske og Monetære Union, og

841

b) Traktatens afsnit VI, artikel K.9,

11. Afgørelse af 12. december 1992 om visse problemer, som Danmark har rejst vedrørende Traktaten om Den Europæiske Union med tilhørende erklæringer,

12. Amsterdamtraktaten om ændring af Traktaten om Den Europæiske Union, traktaterne om oprettelse af De Europæiske Fællesskaber og visse tilknyttede akter med tilhørende protokoller og erklæringer, med undtagelse af

a) artikel K.14 i Traktaten om den Europæiske Union, som affattet ved Amsterdamtraktatens artikel 1, nr. 11, og

b) bestemmelserne i afsnit III a, bortset fra artikel 73 J, stk. 2, litra b, i og iii, i Traktaten om oprettelse af det Europæiske Fællesskab, som affattet ved Amsterdamtraktatens artikel 2, nr. 15,

13. Nicetraktaten om ændring af traktaten om Den Europæiske Union, traktaterne om oprettelse af De Europæiske Fællesskaber og visse tilknyttede akter med tilhørende protokoller og erklæringer med undtagelse af

a) traktatens artikel 2, nr. 4, der ændrer artikel 67 i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab,

b) traktatens artikel 2, nr. 33, der indfører en ny artikel 229 A i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab, og

c) protokol vedrørende artikel 67 i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab,

14. Lissabontraktaten om ændring af traktaten om Den Europæiske Union og traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab og visse tilknyttede akter med tilhørende protokoller og erklæringer med undtagelse af

a. (det retlige forbehold) traktatens artikel 2, nr. 63-68, der ændrer bestemmelserne i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde tredje del, afsnit IV vedrørende et område med frihed, sikkerhed og retfærdighed, for så vidt disse bestemmelser ikke angår udpegnings af de tredjelands, hvis statsborgere skal være i besiddelse af visum ved passage af EU-landenes ydre grænser, eller foranstaltninger vedrørende en ensartet udformning af visa, samt traktatens artikel 2, nr. 29, der indfører en ny artikel 16 B i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde, for så vidt denne bestemmelse angår medlemslandenes behandling af personoplysninger under udøvelsen af aktiviteter, der er omfattet af traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmådes tredje del, afsnit IV, kapitel 4 og 5, og

b. (euro-forbeholdet) de bestemmelser, der er angivet i artikel 116a, stk. 2, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde, og i artikel 42, stk. 1, i protokol om statuten for Det Europæiske System af Centralbanker og Den Europæiske Centralbank.

...«

I forbindelse med behandling af lovforslaget om Danmarks tiltrædelse af EF besvarede udenrigsministeren en række spørgsmål. Det hedder i svaret til spørgsmål 31 bl.a. (Folketingstidende 1971-72, tillæg B, sp. 3018 f.):

»Kravene i grundlovens § 20 om, at beføjelser kun kan overlades i nærmere bestemt omfang, betyder, at der ikke ganske generelt kan ske en overdragelse af f.eks. al lovgivningsmagt eller al udøvende magt. Den lov, der vedtages, skal enten direkte eller ved henvisning til traktatteksten præcisere det omfang, hvori overdragelsen sker. Denne præcisering kan bestå i en angivelse af de sagsområder eller emneområder, på hvilke de fælles organer skal kunne udøve beføjelser, samt en angivelse af beføjelsernes indhold, f.eks. om de går ud på at fastsætte generelle regler, træffe konkrete beslutninger af administrativ karakter eller afgøre retstvister. Kravet

om, at sådan præcisering skal fremgå af loven, udelukker, at det overlades til vedkommende internationale organer selv at bestemme omfanget af deres beføjelser.

...«

I Justitsministeriets redegørelse af juli 1972 for visse statsretlige spørgsmål i forbindelse med en dansk tiltrædelse af De Europæiske Fællesskaber hedder det bl.a. (s. 107 f.):

»Der er også visse *bestemmelser i selve traktaterne*, der er umiddelbart anvendelige. Det drejer sig først og fremmest om bestemmelser, der regulerer forholdet mellem de enkelte virksomheder indbyrdes (især forbudet mod konkurrencebegrænsede aftaler og mod misbrug af en monopolstilling). Også bestemmelser, der pålægger medlemsstaterne forpligtelser, kan dog medføre umiddelbare rettigheder for borgerne, men kun på betingelse af, at bestemmelsen ifølge sin karakter er egnet til at skabe retsvirkninger mellem medlemsstaterne og borgerne. Dette er tilfældet, såfremt bestemmelsen indeholder en klar og ubetinget forpligtelse for medlemsstaten, som hverken med hensyn til sin gennemførelse eller med hensyn til sine virkninger forudsætter en indgriben fra Fællesskabernes institutioner, og som ikke overlader noget skøn til medlemsstaten med hensyn til gennemførelsen.

Domstolen har endelig i enkelte afgørelser fastslået, at *bestemmelser i særlige tilfælde* kan være umiddelbart anvendelige. I de trufne afgørelser synes Domstolen at anlægge samme retningslinjer, som den har benyttet ved afgørelse af, om traktatbestemmelser, der pålægger medlemsstaterne forpligtelser, er umiddelbart anvendelige. Direktiver og beslutninger rettet til medlemsstaterne vil derfor i det højeste kunne give borgerne umiddelbare rettigheder. De kan aldrig medføre umiddelbare pligter for borgerne.

...«

I forbindelse med Maastricht-Traktaten blev tiltrædelsesloven ændret ved lov nr. 281 af 28. april 1993. I bemærkningerne til lovforslaget hedder det bl.a. (Folketingstidende 1992-93, tillæg A, L 176, sp. 6697 f. smh. sp. 6467):

842

»Som fremhævet i bemærkningerne til det samtidigt hermed fremsatte lovforslag om Danmarks tiltrædelse af Edinburgh-Afgørelsen og Maastricht-Traktaten indebærer tiltrædelsen af Maastricht-Traktaten, at visse beføjelser, der tilkommer danske myndigheder, overlades til EF's institutioner.

...

Bestemmelsen i § 2 i tiltrædelsesloven af 1972 fastsætter, at beføjelser overlades til De Europæiske Fællesskabers institutioner i det omfang, det følger af de i § 4 nævnte traktater m.v., og bestemmelsen i § 3, stk. 1, i tiltrædelsesloven af 1972 fastsætter, at bestemmelser i de i § 4 nævnte traktater sættes i kraft i Danmark, i det omfang de efter fællesskabsretten er umiddelbart anvendelige i Danmark. Det er Maastricht-Traktatens søjle 1 (artikel G), der indeholder bestemmelser af denne karakter.

Således som bestemmelsen er udformet, er der to områder, hvor der ikke overlades beføjelser i medfør af grundlovens § 20. Det drejer sig for det første om Den Økonomiske og Monetære Unions tredje fase. Det drejer sig for det andet om eventuel overførsel af samarbejdsområder fra det mellemstatslige samarbejde i Maastricht-Traktatens søjle 3 (art. K.9., jfr. art. K.1. nr. 1-6) til EF-samarbejdet i søjle 1.

...«

I lov nr. 355 af 9. juni 1993 om Danmarks tiltrædelse af Edinburgh-Afgørelsen og Maastricht-Traktaten hedder det i bemærkningerne til lovforslaget bl.a. (Folketingstidende 1992-93, tillæg A, L 177, sp. 6718 f.):

»*Princippet om respekt for grundrettighederne*

»Grundrettigheder« er en fællesbetegnelse for de grundlæggende rettigheder for borgere i medlemslandene, der fremgår af staternes forfatninger og af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention samt tilsvarende traktater.

EF-Domstolen har i sin praksis fastslået, at grundrettighederne er en del af fællesskabsretten. Når EF-Domstolen skal vurdere, om en konkret EF-retsakt strider mod fællesskabsretten, overvejer den derfor, om retsaktens krænker rettigheder, der er fastlagt i f.eks. Den Europæiske Menneskerettighedskonvention eller i medlemslandenes forfatninger. Er det tilfældet, vil Domstolen tilsidesætte retsaktens.

Dette domstolsskabte princip indgår nu i Maastricht-Traktaten. Det sker med formuleringen, at »Unionen respekterer de grundlæggende rettigheder, således som de garanteres ved den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, undertegnet i Rom den 4. november 1950, og således som de følger af Medlemsstaternes fælles forfatningsmæssige traditioner, som generelle principper for fællesskabsretten.

...«

Danmark har i overensstemmelse med § 1 i lov nr. 321 af 30. april 2008 om ændring af lov om Danmarks tiltrædelse af De Europæiske Fællesskaber og Den Europæiske Union tiltrådt Lissabon-traktaten om ændring af Traktaten om Den Europæiske Union og Traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab og visse tilknyttede akter med tilhørende protokoller og erklæringer. I det pågældende lovforslag indgik Udenrigsministeriets redegørelse til Folketinget om Lissabon-traktaten som bilag, og det fremgår af redegørelsen bl.a. (Folketingstidende 2007-08, 2. samling, tillæg A, L 53, s. 2177):

»*Chartret og Den Europæiske Menneskerettighedskonvention*

EU's charter om grundlæggende rettigheder blev vedtaget af EU's institutioner i 2000. Chartret har indtil nu været politisk, men ikke juridisk bindende. Lissabon-traktaten medtager ikke chartret i traktatteksten, men gør det juridisk bindende ved at indsætte en traktatbestemmelse, der henviser til det. Det understreges samtidig i traktaten, at charteret ikke udvider EU's beføjelser. Chartret genproklameres i en opdateret udgave i december 2007.

...«

Under lovforslagets behandling i Folketingets Europaudvalg, besvarede udenrigsministeren bl.a. følgende spørgsmål fra udvalget:

»Spørgsmål 290:

»Indeholder Charteret om Grundlæggende Rettigheder jf. artikel 6 i TEU, også retlige forpligtelser for borgerne?«

Svar:

Nej, charteret retter sig til henholdsvis EU's institutioner, organer, kontorer og agenturer samt til medlemsstaterne, når de gennemfører EU-retten, jf. charterets artikel 51, stk. 1.«

I Justitsministeriets redegørelse af 4. december 2007 for visse forfatningsretlige spørgsmål i forbindelse med Danmarks ratifikation af Lissabon-traktaten hedder det i afsnit 4.4.3 om Unionens tiltrædelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention bl.a. (s. 97 f.):

»a) *Det nuværende traktatgrundlag*

Det følger af EF-Domstolens retspraksis, at de såkaldte »grundrettigheder« - herunder rettigheder efter Den Europæiske Menneskerettighedskonvention - hører til de almindelige retsgrundsætninger, som EF-Domstolen beskytter. I dom af 18. juni 1991 (sag C-260/89, ERT, Sml. s. I-2925, præmis 41) fastslog EF-Domstolen således bl.a. følgende:

»... Det følger heraf ... at foranstaltninger, som er uforenelige med overholdelsen af de ved konventionen anerkendte og sikrede menneskerettigheder, ikke er tilladte i Fællesskabet.«

Med Maastricht-traktaten blev der indsat en udtrykkelig bestemmelse i EU-Traktatens artikel 6, stk. 2, om

843

Unionens overholdelse af grundlæggende rettigheder. Bestemmelsen har følgende ordlyd:

»*Artikel 6*

...

2. Unionen respekterer de grundlæggende rettigheder, således som de garanteres ved den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, undertegnet i Rom den 4. november 1950, og således som de følger af medlemsstaternes fælles forfatningsmæssige traditioner, som generelle principper for fællesskabsretten.«

b) *Lissabon-Traktaten*

Med Lissabon-Traktaten fastsættes det i EU-Traktatens artikel 6, stk. 3, at de grundlæggende rettigheder, som de er garanteret ved Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, og som de følger af medlemsstaternes fælles forfatningsmæssige traditioner, udgør generelle principper i EU-retten. Bestemmelsen svarer til indholdet af den gældende bestemmelse i EU-Traktatens artikel 6, stk. 2, således som sidstnævnte bestemmelse fortolkes af EF-Domstolen.

...«

Lissabon-traktaten trådte i kraft den 1. december 2009, og det fremgår af ikrafttrædelsesbestemmelsen i lov nr. 321 af 30. april 2008 om Danmarks ratifikation af Lissabon-traktaten, at § 2, der angår tiltrædelsesloven, først træder i kraft samtidig med Lissabon-traktaten.

Foranlediget af EF-Domstolens dom af 25. juli 2008 i sag C-127/08 (Metock-sagen) anmodede regeringen Justitsministeriet om at udarbejde en juridisk redegørelse, som skulle beskrive forholdet mellem EF-Domstolens kompetence og grundloven. Justitsministeriet udarbejdede redegørelsen i samarbejde med Statsministeriet og Udenrigsministeriet, og i redegørelse af 11. maj 2009 for forholdet mellem EF-Domstolens kompetence og grundloven hedder det bl.a. (s. 29 ff.):

»...

4.2.2 *Er EF-Domstolens retsskabende virksomhed inden for traktatens rammer eller Domstolens fortolkningsstil et grundlovsproblem?*

EF-Domstolen er som nævnt i bl.a. pkt. 4.2.1 kompetent til at afgøre tvivlsspørgsmål om udstrækningen af EU's kompetence, og EF-Domstolen har på dette grundlag afsagt en række domme af væsentlig betydning for retsudviklingen inden for EU, jf. pkt. 4.1.6.

Denne retsskabende virksomhed inden for traktatens rammer skal bl.a. ses i sammenhæng med, at EF-Domstolen ved sin fortolkning også lægger vægt på andre fortolkningsmomenter end de relevante bestemmelsers ordlyd, herunder på traktatens eller retsaktens formål.

Disse kendetegn ved EF-Domstolens virksomhed gjaldt allerede, da Danmark blev medlem af EF den 1. januar 1973, og de indgik i debatten forud for beslutningen (og folkeafstemningen) om Danmarks tilslutning til EF, jf. ovenfor under pkt. 4.2.1. Der var således i debatten bl.a. opmærksomhed om Domstolens udvikling af princippet om fællesskabsrettens forrang i forhold til national ret, jf. bl.a. Domstolens sag 6/64, Costa mod ENEL, som er omtalt ovenfor under pkt. 4.1.6.

Der kan også henvises til, at Højesteret i forbindelse med Maastricht-sagen tog stilling til EF-Domstolens retsskabende virksomhed og fortolkningsstil.

Under behandlingen for Højesteret gjorde appellanterne således bl.a. gældende, at grundlovens § 20 kun giver hjemmel til afgivelse af suverænitet »i nærmere bestemt omfang«, og at denne betingelse, bl.a. under henvisning til EF-Domstolens retsskabende virksomhed, ikke var opfyldt. På regeringens vegne bestred Kammeradvokaten heroverfor, at EF-Domstolens fortolkningsstil skulle indebære, at

de overladede kompetencer er for ubestemte til at blive overladt efter grundlovens § 20.

Højesteret fastslog, at hverken EF-Domstolens retsskabende virksomhed inden for traktatens rammer eller det forhold, at Domstolen ved fortolkning af EF-Traktaten også lægger vægt på andre fortolkningsmomenter end bestemmelsernes ordlyd, herunder traktatens formål, er i strid med de forudsætninger, som er lagt til grund ved tiltrædelsesloven, eller i sig selv uforeneligt med bestemt-hedskravet i grundlovens § 20.

Der kan efter Justitsministeriets opfattelse ikke peges på forhold - herunder domme fra EF-Domstolen - som ligger tidsmæssigt efter dommen i Maastricht-sagen, der skulle føre til en anden vurdering af forholdet til grundloven, end den Højesteret anlagde.

Det er på den baggrund Justitsministeriets opfattelse, at hverken EF-Domstolens retsskabende virksomhed inden for traktatens rammer eller Domstolens fortolkningsstil er et grundlovsproblem.

Det skal dog samtidig nævnes, at det forhold, at bl.a. EF-Domstolens fortolkningsstil ikke er et grundlovsproblem, ikke betyder, at de resultater, som Domstolen i konkrete sager når frem til, ikke af og til kan give anledning til debat. Dette har f.eks. været tilfældet i forhold til dommen i den såkaldte Metock-sag. I den forbindelse bemærkes generelt, at det forhold, at Danmark ikke får medhold i en sag for EF-Domstolen om omfanget af EU's beføjelser, naturligvis ikke i sig selv fører til, at de beføjelser, EU's institutioner måtte have efter dommen, må anses for uforenelige med tiltrædelsesloven eller grundloven.

Den omstændighed, at der kan forekomme sager ved EF-Domstolen, hvor f.eks. den danske regering giver udtryk for en opfattelse, som domstolen ikke tager til følge i sin afgørelse, adskiller sig i øvrigt principielt set ikke fra sager ved danske domstole, hvor f.eks. et ministerium ikke får medhold i sin fortolkning af den lovgivning, som er relevant for en konkret sag.

...«

844

II. EU-ret

A. Beskæftigelsesdirektivet

Rådets direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv (beskæftigelsesdirektivet) blev udstedt med hjemmel i artikel 13 i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab (TEF), som havde følgende ordlyd:

»...

Artikel 13: Foranstaltninger mod forskelsbehandling pga. køn, race, etnisk oprindelse m.v. (tidligere artikel 6 A)

1. Med forbehold af denne traktats øvrige bestemmelser og inden for rammerne af de beføjelser, som traktaten tillægger Fællesskabet, kan Rådet med enstemmighed på forslag af Kommissionen og efter høring af Europa-Parlamentet træffe hensigtsmæssige foranstaltninger til at bekæmpe forskelsbehandling på grund af køn, race eller etnisk oprindelse, religion eller tro, handicap, alder eller seksuel orientering.

2. Når Rådet, uden at der er tale om nogen form for harmonisering af medlemsstaternes love og administrative bestemmelser, vedtager fællesskabs-tilskyndelsesforanstaltninger til støtte for medlemsstaternes aktioner med henblik på at bidrage til virkeliggørelsen af målene i stk. 1, træffer det uanset stk. 1 afgørelse efter fremgangsmåden i artikel 251.«

Bestemmelsen er nu optaget som artikel 10 og artikel 19 i Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF).

Beskæftigelsesdirektivet indeholder bl.a. følgende betragtninger:

(1) »I henhold til artikel 6 i traktaten om Den Europæiske Union bygger Unionen på principperne om frihed, demokrati og respekt for menneskerettighederne og de grundlæggende frihedsrettigheder

samt retsstatsprincippet, der alle er principper, som medlemsstaterne har til fælles, og den respekterer de grundlæggende rettigheder, således som de garanteres ved den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, og således som de følger af medlemsstaternes fælles forfatningsmæssige traditioner, som generelle principper for fællesskabsretten.

...

(4) Alle menneskers ret til lighed for loven og beskyttelse mod forskelsbehandling er en universel rettighed, der anerkendes i verdenserklæringen om menneskerettigheder og FN's konventioner om afskaffelse af alle former for diskrimination imod kvinder, om borgerlige og politiske rettigheder og om økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder, og den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, som alle medlemsstaterne har undertegnet. ILO-konvention nr. 111 forbyder forskelsbehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv.

...«

I beskæftigelsesdirektivets artikel 1, 2 og 6 hedder det bl.a.:

»Artikel 1

Formål

Formålet med dette direktiv 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 religion eller tro, handicap, alder eller seksuel orientering.

Artikel 2

Begrebet forskelsbehandling

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

b) foreligger der indirekte forskelsbehandling, hvis en tilsyneladende neutral bestemmelse, betingelse eller praksis vil stille personer ..., som tilhører en bestemt aldersgruppe, ... særlig ufordelagtigt i forhold til andre personer, medmindre

i) den pågældende bestemmelse, betingelse eller praksis er objektivt begrundet i et legitimt mål, og midlerne til at opfylde det er hensigtsmæssige og nødvendige, eller

...

Artikel 6

Berettigelse af ulige behandling på grund af alder

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. Maastricht-Traktatens artikel F og TEU artikel 6

Maastricht-Traktaten om Den Europæiske Union indeholder bl.a. følgende bestemmelser:

»AFSNI I

Fælles bestemmelser

...

Artikel F

1. Unionen respekterer Medlemsstaternes nationale identitet og deres styreform, der bygger på demokratiske principper.

845

2. Unionen respekterer de grundlæggende rettigheder, således som de garanteres ved den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, undertegnet i Rom den 4. november 1950, og således som de følger af Medlemsstaternes fælles forfatningsmæssige traditioner, som generelle principper for fællesskabsretten.

3. Unionen tilvejebringer de nødvendige midler for at nå sine mål og gennemføre sin politik.

AFSNIT II

Bestemmelser om ændring af Traktaten om oprettelse af det Europæiske Økonomiske Fællesskab med henblik på oprettelse af Det Europæiske fællesskab

Artikel G

Traktaten om oprettelse af Det Europæiske Økonomiske Fællesskab ændres i overensstemmelse med bestemmelserne i denne artikel med henblik på oprettelse af et europæisk fællesskab.

...«

Artikel 6 i Traktaten om Den Europæiske Union (TEU) - som vedtaget ved Lissabon-traktaten - har følgende ordlyd:

»Artikel 6:

Grundlæggende rettigheder

1. Unionen anerkender de rettigheder, friheder og principper, der findes i chartret om grundlæggende rettigheder af 7. december 2000 som tilpasset den 12. december 2007 i Strasbourg, der har samme juridiske værdi som traktaterne.

Chartrets bestemmelser udvider ikke på nogen måde Unionens beføjelser som fastsat i traktaterne.

Rettighederne, frihederne og principperne i chartret skal fortolkes i overensstemmelse med de almindelige bestemmelser i chartrets afsnit VII vedrørende fortolkning og anvendelse af chartret og under behørigt hensyn til de forklaringer, der henvises til i chartret, og som anfører kilderne til disse bestemmelser.

2. Unionen tiltræder den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder. Tiltrædelse af denne konvention ændrer ikke Unionens beføjelser som fastsat i traktaterne.

3. De grundlæggende rettigheder, som de er garanteret ved den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, og som de følger af medlemsstaternes fælles forfatningsmæssige traditioner, *udgør* generelle principper i EU-retten.«

C. Charter om grundlæggende rettigheder

Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (2010/C 83/02), som ved henvisning i artikel 6, stk. 1, i Lissabon-traktaten om ændring af Traktaten om Den Europæiske Union og Traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab er juridisk bindende, indeholder bl.a. følgende bestemmelser:

»Artikel 21

Ikke-forskelsbehandling

1. Enhver forskelsbehandling på grund af køn, race, farve, etnisk eller social oprindelse, genetiske anlæg, sprog, religion eller tro, politiske eller andre anskuelser, tilhørsforhold til et nationalt mindretal, formueforhold, fødsel, handicap, alder, seksuel orientering eller ethvert andet forhold er forbudt.

2. ...

Artikel 51

Anvendelsesområde

1. Bestemmelserne i dette charter er rettet til Unionens institutioner, organer, kontorer og agenturer under iagttagelse af nærhedsprincippet samt til medlemsstaterne, dog kun når de gennemfører

EU-retten. De respekterer derfor rettighederne, overholder principperne og fremmer anvendelsen heraf i overensstemmelse med deres respektive kompetencer og under overholdelse af grænserne for de kompetencer, der er tildelt Unionen i traktaterne.

2. Dette charter udvider ikke anvendelsesområdet for EU-retten ud over Unionens kompetencer og skaber ingen nye kompetencer eller nye opgaver for Unionen og ændrer ikke de kompetencer og opgaver, der er fastlagt i traktaterne.«

D. EU-Domstolens praksis

I dom af 22. november 2005 i sag C-144/04, Mangold, udtalte EU-Domstolen (Store Afdeling) bl.a.:

»74 For det andet, og frem for alt, indeholder direktiv 2000/78 ikke i sig selv noget princip om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv. I henhold til direktivets artikel 1 har dette nemlig alene til formål »at fastlægge en generel ramme for bekæmpelsen af forskelsbehandling på grund af religion eller tro, handicap, alder eller seksuel orientering«, mens selve princippet om forbud mod disse former for forskelsbehandling, som det fremgår af betragtning 1 og 4 til direktivet, har sin oprindelse i forskellige internationale konventioner og i medlemsstaternes fælles forfatningsmæssige traditioner.

75 Princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder skal anses for et almindeligt fællesskabsretligt princip. ...

...

77 Under disse omstændigheder påhviler det den nationale ret, som skal træffe afgørelse i en tvist vedrørende princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder, inden for rammerne af sine beføjelser at sikre den retsbeskyttelse, der for borgerne følger af fællesskabsretten, og at sikre dennes fulde virkning, idet den skal undlade at anvende enhver modstridende bestemmelse i national lov ...

78. ...

Det påhviler den nationale ret at sikre den fulde virkning af det almindelige princip om forbud mod

846

forskelsbehandling på grund af alder, idet den skal undlade at anvende enhver modstridende bestemmelse i national lov, også selv om fristen for direktivets gennemførelse endnu ikke er udløbet.

...«

I dom af 19. januar 2010 i sag C-555/07, Küçükdeveci, gentog EU-Domstolen (Store Afdeling), at princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder skal anses for et almindeligt EU-retligt princip. Det anføres i dommen bl.a.:

»Om de præjudicielle spørgsmål

...

19 Som den forelæggende ret har opfordret til, bør det for at besvare dette spørgsmål indledningsvis afklares, om spørgsmålet skal bedømmes på grundlag af den primære EU-ret eller på grundlag af direktiv 2000/78.

20 Herved bemærkes for det første, at Rådet for Den Europæiske Union har vedtaget direktiv 2000/78 med hjemmel i artikel 13 EF, og Domstolen har fastslået, at det ikke i sig selv indeholder noget princip om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv, da dette princip har sin oprindelse i forskellige internationale konventioner og i medlemsstaternes fælles forfatningsmæssige traditioner, men alene har til formål på disse områder at fastlægge en generel ramme for bekæmpelsen af forskellige former for forskelsbehandling, herunder på grund af alder (jf. Mangold-dommen, præmis 74).

21 Domstolen har i denne sammenhæng anerkendt, at der gælder et princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder, der skal anses for et almindeligt EU-retligt princip (jf. i denne retning Mangold-dommen, præmis 75). Direktiv 2000/78 konkretiserer

dette princip (jf. analogt dom af 8.4.1976, sag 43/75, Defrenne, Sml. s. 455, præmis 54).

22 Det skal ligeledes påpeges, at det fremgår af artikel 6, stk. 1, TEU, at Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder har samme juridiske værdi som traktaterne. Ifølge chartrets artikel 21, stk. 1, er »[e]nhver forskelsbehandling på grund af [...] alder [...] forbudt«.

23 For at princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder skal kunne finde anvendelse i et tilfælde som det i hovedsagen foreliggende, er det yderligere en forudsætning, at det ligger inden for EU-rettens anvendelsesområde.

24 Herved bemærkes, at til forskel fra den sag, der gav anledning til dom af 23. september 2008, Bartsch (sag C-427/06, Sml. I, s. 7245), har den angiveligt diskriminerende adfærd, der i denne hovedsag er vedtaget med støtte i de omtvistede nationale bestemmelser, fundet sted efter udløbet af den berørte medlemsstats frist for at gennemføre direktiv 2000/78, hvilken frist for Forbundsrepublikken Tysklands vedkommende udløb den 2. december 2006.

25 På denne dato fik direktivet den virkning, at de i hovedsagen omtvistede bestemmelser, der omfatter et område, der er reguleret af samme direktiv, nemlig i det foreliggende tilfælde vilkårene for afskedigelse, blev henført under EU-rettens anvendelsesområde.

...

49 Ifølge den forelæggende ret kan BGB's § 622, stk. 2, andet afsnit, ikke fortolkes i overensstemmelse med direktiv 2000/78 som følge af bestemmelsens klarhed og præcision.

50 I denne forbindelse bemærkes dels, som anført i denne doms præmis 20, at direktiv 2000/78 blot konkretiserer og ikke selv indeholder princippet om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv, dels at princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder er et almindeligt EU-retligt princip, idet det udgør en specifik anvendelse af det almindelige ligebehandlingsprincip (jf. i denne retning Mangold-dommen, præmis 74-76).

51 Under disse omstændigheder påhviler det den nationale ret, som skal træffe afgørelse i en tvist vedrørende princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder, som konkretiseret ved direktiv 2000/78, inden for rammerne af sin kompetence at sikre den retsbeskyttelse, der for borgerne følger af EU-retten, og at sikre dennes fulde virkning, idet den om fornødent skal undlade at anvende enhver national bestemmelse, der er i strid med dette princip (jf. i denne retning Mangold-dommen, præmis 77).

52 Hvad for det andet angår forpligtelsen for en national ret, der skal afgøre en tvist mellem private, til at forelægge Domstolen præjudicielle spørgsmål om fortolkningen af EU-retten, før den undlader at anvende en national bestemmelse, som den anser for at være i strid med fællesskabsretten, skal det påpeges, at det fremgår af forelæggelsesafgørelsen, at dette aspekt af spørgsmålet er motiveret af den omstændighed, at den forelæggende ret i medfør af national ret ikke kan undlade at anvende en gældende bestemmelse i national ret, uden at denne bestemmelse forinden er blevet erklæret forfatningsstridig af Bundesverfassungsgericht (den tyske forfatningsdomstol).

53 I denne forbindelse skal det fremhæves, at nødvendigheden af at sikre den fulde virkning af princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder, som konkretiseret ved direktiv 2000/78, indebærer, at en national ret, der konfronteres med en national bestemmelse, der falder ind under EU-rettens anvendelsesområde, som den finder er uforenelig med dette princip, og som ikke kan fortolkes i overensstemmelse hermed, skal undlade at anvende den, uden at den hverken er forpligtet til eller forhindret i forinden at anmode Domstolen om en præjudiciel afgørelse.

...

56 Henset til det ovenstående skal det andet spørgsmål besvares med, at det påhviler en national ret, der skal afgøre en tvist mellem private, at sikre sig, at princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder, som konkretiseret ved direktiv 2000/78, overholdes, idet den om fornødent skal undlade at anvende enhver modstridende national bestemmelse, uanset om den udøver den beføjelse, som den har i de tilfælde, der er omhandlet i artikel 267, stk. 2, TEUF, til at forelægge Domstolen præjudicielle spørgsmål om fortolkningen af dette princip.

...«

I generaladvokat Y. Bots forslag af 7. juli 2009 til afgørelse i Küçükdeveci-sagen hedder det bl.a.:

»77 Hvad indledningsvis angår selve spørgsmålet om, hvorvidt princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder udgør et almindeligt princip i fællesskabsretten, er jeg således tilbøjelig til at mene, at den vægt, Domstolen lagde på princippet, hænger sammen med den udvikling i fællesskabsretten, som består i, dels at alder er blevet indføjret som en forbudt begrundelse for forskelsbehandling i artikel 13, stk. 1, EF, dels at forbuddet mod forskelsbehandling på grund af alder er blevet fastslået som en grundlæggende rettighed, således som det fremgår af artikel 21, stk. 1, i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (33). Ganske vist havde Domstolens ræsonnement givet været mere overbevisende, hvis det ikke kun havde bygget på internationale konventioner og medlemsstaternes fælles forfatningsmæssige traditioner, hvori der for størstedelens vedkommende ikke fastsættes et særligt princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder, men også på de nævnte bestemmelser. Jeg finder det imidlertid væsentligt, at Domstolens fastslåelse af, at fællesskabsretten indeholder et sådant almindeligt princip, er i overensstemmelse med medlemsstaternes og fællesskabsinstitutionernes udtalte ønske om effektivt at bekæmpe forskelsbehandling på grund af alder. På den baggrund er det ikke overraskende, at princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder som et specifikt udtryk for det almindelige princip om lighed og forbud mod forskelsbehandling og som en grundlæggende rettighed har den høje status at være et almindeligt princip i fællesskabsretten.

...«

I EU-Domstolens (Store Afdeling) dom af 12. oktober 2010 i sag C-499/08, Ingeniørforeningen i Danmark for Ole Andersen mod Region Syddanmark, udtales det bl.a.:

»Nationale bestemmelser

8 Lov om retsforholdet mellem arbejdsgivere og funktionærer (funktionærloven) indeholder i § 2a følgende bestemmelser vedrørende den særlige fratrædelsesgodtgørelse:

»Såfremt en funktionær, der har været uafbrudt beskæftiget i samme virksomhed i 12, 15 eller 18 år, opsiges, skal arbejdsgiveren ved funktionærens fratræden udrede et beløb svarende til henholdsvis 1, 2 eller 3 måneders løn.

Stk. 2. Bestemmelsen i stk. 1 finder ikke anvendelse, såfremt funktionæren ved fratrædelsen vil oppebære folkepension.

Stk. 3. Hvis funktionæren ved fratrædelsen vil oppebære en alderspension fra arbejdsgiveren, og hvis funktionæren er indtrådt i den pågældende pensionsordning før det fyldte 50. år, bortfalder fratrædelsesgodtgørelsen.

[...]«

9 Den forelæggende ret har oplyst, at det fremgår af fast national retspraksis, at retten til fratrædelsesgodtgørelse afskæres, hvis en privat pensionsordning, hvortil arbejdsgiveren har bidraget, åbner mulighed for udbetaling af alderspension ved fratrædelsen, også selv om funktionæren ikke ønsker at benytte pensionsordningen. Dette gælder også, selv om pensionsudbetalingen nedsættes som følge af det fremrykkede pensioneringstidspunkt.

...
Tvisten i hovedsagen og det præjudicielle spørgsmål

17 ... Vestre Landsret har besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»Skal forbuddet mod direkte eller indirekte forskelsbehandling på grund af alder i artikel 2 og 6 i Rådets direktiv 2000/78/EF fortolkes således, at det er til hinder for, at en medlemsstat opretholder en retstilstand, der indebærer, at en arbejdsgiver ved opsigelse af en funktionær, der har været uafbrudt beskæftiget i samme virksomhed i 12, 15 eller 18 år, ved funktionærens fratræden skal udrede godtgørelse svarende til henholdsvis 1, 2 eller 3 måneders løn, men således at denne godtgørelse ikke skal udbetales, hvis funktionæren ved fratrædelsen har mulighed for en alderspension fra en pensionsordning, hvortil arbejdsgiveren har bidraget?«

Om det præjudicielle spørgsmål

47 Det følger heraf, at funktionærlovens § 2a, stk. 3 - ved ikke at tillade udbetaling af fratrædelsesgodtgørelse til en arbejdstager, der, selv om han har ret til udbetaling af en alderspension fra sin arbejdsgiver, ikke desto mindre har til hensigt midlertidigt at give afkald på en sådan pension med henblik på at forfølge sin erhvervs-mæssige karriere - gør et for vidtgående indgreb i de legitime interesser for de arbejdstagere, der befinder sig i en sådan situation, og således går ud over det, der er nødvendigt for at opnå de socialpolitiske formål, der forfølges med denne bestemmelse.

848

48 Den ulige behandling, der følger af funktionærlovens § 2a, stk. 3, kan derfor ikke begrundes i henhold til artikel 6, stk. 1, i direktiv 2000/78.

49 Det præjudicielle spørgsmål skal derfor besvares med, at artikel 2 og artikel 6, stk. 1, i direktiv 2000/78 skal fortolkes således, at det er til hinder for nationale retsforordninger, 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 tolv år i virksomheden.

...«

I sit forslag til afgørelse af Ole Andersen-sagen, fremsat den 6. maj 2010, anførte generaladvokat J. Kokott bl.a.:

»22 På grundlag af disse overvejelser har Domstolen i indtil videre to præjudicielle retssager direkte støttet sig på det grundlæggende retsprincip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder og udtalt, at det påhviler den nationale ret om fornødent at »undlade at anvende« enhver modstående bestemmelse i national ret. Der synes herved at være tale om et kunstgreb til løsning af problemer med forskelsbehandling i retsforhold mellem private, hvor direktiv 2000/78 i sig selv ikke finder direkte anvendelse og dermed ikke kan fortrænge national civil- og arbejdsret.

23 Det er fristende at foretage en indgående undersøgelse og prøvelse af det dogmatiske fundament for den omtvistede horisontale direkte virkning af almindelige retsprincipper eller grundlæggende rettigheder i forholdet mellem private, men dette ville føre for vidt her. I det foreliggende tilfælde er der nemlig tale om et vertikalt retsforhold, hvor Ole Andersen uden tvivl som arbejdstager direkte kan påberåbe sig ligebehandlingsprincippet i direktiv 2000/78 over for sin offentligretlige arbejdsgiver. Det er derfor fuldt ud tilstrækkeligt at besvare Vestre Landsrets præjudicielle spørgsmål alene på grundlag af dette direktiv, der konkretiserer det almindelige retsprincip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder. Denne fremgangsmåde har Domstolen også anvendt i de

seneste sager vedrørende forskelsbehandling på grund af alder, hvor der ligeledes var tale om vertikale retsforhold.«

Højesterets begrundelse og resultat

Sagens baggrund og spørgsmål

A, som da var 60 år, blev den 25. maj 2009 opsagt af Ajos A/S efter godt 25 års ansættelse som funktionær i den samme privatejede virksomhed. Før han fyldte 50 år, var han indtrådt i en pensionsordning, der gav ham ret til at oppebære en alderspension fra arbejdsgiveren. Den 16. juni 2009 tiltrådte han en ny stilling i en anden virksomhed, hvor han uden at aktivere sin alderspension overførte denne til det nye ansættelsesforhold.

Ajos udbetalte ikke fratrædelsesgodtgørelse, idet den dagældende § 2 a, stk. 3, i funktionærloven indeholdt en bestemmelse om, at fratrædelsesgodtgørelse bortfaldt, »hvis funktionæren ved fratrædelsen vil oppebære en alderspension fra arbejdsgiveren, og hvis funktionæren er indtrådt i den pågældende pensionsordning for det fyldte 50. år«.

EU-Domstolen fandt ved dom af 12. oktober 2010 i sag C-499/08 (Ole Andersen), at »funktionærlovens § 2 a, stk. 3 - ved ikke at tillade udbetaling af fratrædelsesgodtgørelse til en arbejdstager, der, selv om han har ret til udbetaling af en alderspension fra sin arbejdsgiver, ikke desto mindre har til hensigt midlertidigt at give afkald på en sådan pension med henblik på at forfølge sin erhvervs-mæssige karriere - gør et for vidtgående indgreb i de legitime interesser for de arbejdstagere, der befinder sig i en sådan situation, og således går ud over det, der er nødvendigt for at opnå de socialpolitiske formål, der forfølges med denne bestemmelse« (præmis 47). På den baggrund fastslog Domstolen, at den dagældende bestemmelse i funktionærlovens § 2 a, stk. 3, i det angivne omfang var i strid med beskæftigelsesdirektivet (Rådets direktiv 2000/78/EF om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv).

I marts 2012 rejste Dansk Formands Forening på vegne af A krav mod Ajos om fratrædelsesgodtgørelse. Kravet blev afvist af Ajos.

Ved dom af 17. januar 2014 (UfR 2014.1119) fastslog Højesteret i en sag, der angik offentlige arbejdsgivere, at funktionærlovens § 2 a, stk. 3, som følge af EU-Domstolens dom i Ole Andersen-sagen ikke kan anvendes i tilfælde, hvor arbejdstageren godtgør at have til hensigt midlertidigt at give afkald på alderspension for at forfølge en erhvervs-mæssig karriere.

Den foreliggende sag angår, om Ajos efter den dagældende bestemmelse i funktionærlovens § 2 a, stk. 3, er fritaget for at betale den fratrædelsesgodtgørelse, som A, nu hans bo, efter lovens § 2 a, stk. 1, som udgangspunkt har krav på. Afgørelsen heraf beror i første omgang på, om det er muligt at fortolke de dagældende regler i funktionærloven på en måde, der er i overensstemmelse med beskæftigelsesdirektivet som fortolket af EU-Domstolen i Ole Andersen-sagen, eventuelt ved at anvende de regler i forskelsbehandlingsloven, der er fastsat til gennemførelse af beskæftigelsesdirektivet. Er dette ikke muligt, skal der tages stilling til, om et EU-retligt princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder fører til, at Ajos ikke kan støtte ret på den dagældende bestemmelse i funktionærlovens § 2 a, stk. 3.

849

Direktivkonform fortolkning

Boet efter A har anført, at boet har krav på godtgørelse efter den dagældende bestemmelse i funktionærlovens § 2 a, stk. 1, og efter forskelsbehandlingsloven, fordi undtagelsesbestemmelsen i funktionærlovens dagældende § 2 a, stk. 3, skal forstås i overensstemmelse med den fortolkning af beskæftigelsesdirektivet, som EU-Domstolen har fastslået i Ole Andersen-sagen.

Det fremgår af EU-Domstolens dom af 19. april 2016 i sag C-441/14 (Ajos), at EU-Domstolen gentagne gange har fastslået, at et direktiv i en tvist mellem private ikke i sig selv kan skabe forpligtelser for private og derfor ikke som sådan kan påberåbes over for sådanne parter, men at den forpligtelse for medlemsstaterne, der følger af et direktiv, til at virkeliggøre dets mål og deres pligt til at træffe alle almindelige eller særlige foranstaltninger for at sikre opfyldelsen af denne forpligtelse, påhviler alle myndighederne i medlemsstaterne, herunder også domstolene inden for rammerne af deres kompetence (præmis 30). Det fremgår endvidere, at det følger heraf, at de nationale domstole ved anvendelsen af national ret er forpligtede til at tage hensyn til samtlige bestemmelser i denne ret og til at benytte sig af de fortolkningsmetoder, der er anerkendt i denne, for i videst muligt omfang at fortolke den nationale ret i lyset af det pågældende direktivs ordlyd og formål med henblik på at opnå det resultat, der tilsigtes med direktivet, og således handle i overensstemmelse med TEUF artikel 288, stk. 3 (præmis 31). Det fremgår dernæst, at forpligtelsen til overensstemmende fortolkning begrænses af generelle retsprincipper, og at den ikke kan tjene som grundlag for en fortolkning *contra legem* af national ret (præmis 32).

Højesteret har efter indførelsen af funktionærlovens § 2 a i 1971 gentagne gange taget stilling til forståelsen af bestemmelsens dagældende stk. 3, jf. Højesterets domme af 4. oktober 1973 (UfR 1973.898), 7. december 1988 (UfR 1989.123 og UfR 1989.126), 14. februar 1991 (UfR 1991.314/1, UfR 1991.314/2 og UfR 1991.317), 9. maj 2008 (UfR 2008.1892) og 17. januar 2014 (UfR 2014.1119). Det er ved disse domme fastslået, at en arbejdstager ikke var berettiget til fratrædelsesgodtgørelse, hvis arbejdstageren - under de betingelser, der var angivet i bestemmelsen - ved sin fratreden havde ret til en alderspension fra arbejdsgiveren, uanset om arbejdstageren valgte at gøre brug af retten til pension.

I dommen gengivet i UfR 1991.317 henviste Højesteret til, at dette resultat fulgte af bestemmelsens ordlyd sammenholdt med dens forarbejder, selv om der i sagen var tale om ret til en pension af beskeden størrelse.

Efter denne dom blev § 2 a, stk. 3, ændret ved lov nr. 287 af 24. april 1996, således at retten til fratrædelsesgodtgørelse kun bortfaldt, hvis arbejdstageren var indtrådt i pensionsordningen inden det fyldte 50. år. Ændringen var efter lovforslagets bemærkninger affødt af den nævnte dom fra 1991 og havde til formål at hindre, at arbejdstagere med meget små pensionsydelse mistede retten til fratrædelsesgodtgørelse (Folketingstidende 1995-96, tillæg A, L 180, s. 3537). Loven indeholdt ikke andre ændringer af betydning for den forståelse af bestemmelsen, der var fastlagt i retspraksis.

På baggrund af det anførte finder Højesteret, at der foreligger en klar retstilstand, og at det ikke vil være muligt ved anvendelse af de fortolkningsmetoder, der er anerkendt i dansk ret, at anlægge en fortolkning af funktionærlovens dagældende § 2 a, stk. 3, der kan bringe bestemmelsen i overensstemmelse med beskæftigelsesdirektivet som fortolket ved EU-Domstolens dom i Ole Andersen-sagen.

Højesteret bemærker i tilknytning hertil, at der ikke er grundlag for at anvende forskelsbehandlingslovens § 1 med forrang for funktionærlovens § 2 a, stk. 3, og på den måde opnå en direktivkonform fortolkning. Højesteret lægger herved vægt på, at lovgivningsmagten ved gennemførelsen af beskæftigelsesdirektivets regler om aldersdiskrimination ved lov nr. 1417 af 22. december 2004 har lagt til grund, at direktivets regler ikke medførte behov for ændringer af funktionærlovens § 2 a, jf. pkt. 5.2 i bemærkningerne til lovforslaget (Folketingstidende 2004-05, 1. samling, tillæg A, L 92, s. 2701). Herved adskiller situationen sig fra den situation, der forelå til pådømmelse ved Højesterets dom af 11. august 2015 (UfR

2015.3827), om forholdet mellem 120-dages reglen i funktionærlovens § 5, stk. 2, og forskelsbehandlingslovens § 2 a om handicappede personers adgang til beskæftigelse.

Der foreligger således en *contra legem*-situation, hvilket indebærer, at det ikke er muligt at fortolke den dagældende bestemmelse i funktionærlovens § 2 a, stk. 3, i overensstemmelse med beskæftigelsesdirektivet.

Princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder

Otte dommere - Poul Søgaard, Thomas Rørdam, Jon Stokholm, Poul Dahl Jensen, Jens Peter Christensen, Hanne Schmidt, Lars Hjortnæs og Kurt Rasmussen - udtaler:

Det fremgår af EU-Domstolens dom af 19. april 2016 i den foreliggende sag, at princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder tillægger private en subjektiv ret, der som sådan kan påberåbes, og som - selv i tvister mellem private - forpligter de nationale domstole til at undlade at anvende de nationale bestemmelser, der ikke er i overensstemmelse med det nævnte princip (præmis 36). I den foreliggende sag påhviler det derfor den forelæggende ret, såfremt den finder, at det er umuligt for den at sikre en overensstemmende fortolkning af den omhandlede nationale bestemmelse, at undlade at anvende bestemmelsen

850

(præmis 37). Ifølge EU-Domstolen kan denne forpligtelse ikke drages i tvivl af de EU-retlige principper om retssikkerhed og beskyttelse af den berettigede forventning. Forpligtelsen kan heller ikke drages i tvivl af den mulighed, som en privatperson, der anser sine rettigheder for krænkede på grund af anvendelsen af en national bestemmelse, som er i strid med EU-retten, har for at drage den pågældende medlemsstat til ansvar for tilsidesættelse af EU-retten (præmis 43).

I dommens præmis 22 hedder det om princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder:

»... det almindelige princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder, som direktiv 2000/78 er et konkret udtryk for, har sin oprindelse i forskellige internationale konventioner og i medlemsstaternes fælles forfatningsmæssige traditioner, således som det fremgår af første og fjerde betragtning til direktivet (jf. domme Mangold, C-144/04, ... præmis 74, og Küçükdeveci, C-555/07, ... præmis 20 og 21). Det fremgår ligeledes af Domstolens praksis, at det nævnte princip, der nu er fastsat i artikel 21 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, skal anses for et almindeligt EU-retligt princip (jf. domme Mangold, ..., præmis 75, og Küçükdeveci, ..., præmis 21).«

Det følger af dommen, at det vil være i strid med princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder at anvende den dagældende bestemmelse i funktionærlovens § 2 a, stk. 3, i det foreliggende tilfælde, hvor A valgte at fortsætte på arbejdsmarkedet, efter at han var blevet afskediget af Ajos.

DI som mandatar for Ajos har gjort gældende, at der efter dansk ret ikke er hjemmel til at anvende det nævnte princip med direkte virkning i en tvist mellem private, således at Ajos afskæres fra at støtte ret på den dagældende bestemmelse i funktionærlovens § 2 a, stk. 3.

Vi skal om dette spørgsmål udtale følgende:

EU-Domstolen har kompetence til at afgøre spørgsmål om fortolkningen af EU-retten, jf. TEUF artikel 267. Det henhører således under EU-Domstolen at afgøre, om en regel efter EU-retten har direkte virkning med forrang for en modstående national bestemmelse, herunder også i tvister mellem private.

Om en EU-retlig regel kan tillægges den virkning i dansk ret, som EU-retten kræver, beror i første række på loven om Danmarks tiltrædelse af Den Europæiske Union.

Efter lovens § 2 kan beføjelser, som efter grundloven tilkommer rigets myndigheder, udøves af Den Europæiske Unions institutioner i det omfang, det er fastsat i de traktater mv., som er nævnt i § 4. Efter § 3 sættes bestemmelserne i de traktater mv., som er nævnt i § 4, i kraft i Danmark i det omfang, de efter EU-retten er umiddelbart anvendelige i Danmark.

Efter EU-Domstolens domme i Mangold-sagen, Küçükdeveci-sagen og i den foreliggende sag lægger vi til grund, at princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder er et almindeligt EU-retligt princip, der ifølge EU-Domstolen har sin oprindelse i forskellige internationale konventioner og i medlemsstaternes fælles forfatningsmæssige traditioner. EU-Domstolen henviser ikke til bestemmelser i de traktater, der er omfattet af tiltrædelsesloven, som grundlag for princippet.

Selv om princippet er udledt af retskilder uden for EU-traktaterne, er det nærliggende at forstå de tre nævnte domme på den måde, at der er tale om et uskrevet princip, som gælder på traktatniveau. Princippet kan imidlertid efter de nævnte domme ikke anses for at have grundlag i en nærmere bestemt traktatbestemmelse.

En sådan situation, hvor et princip på traktatniveau efter EU-retten skal have direkte (pligtskabende) virkning og tillægges forrang for modstående dansk lov i en tvist mellem private, uden at princippet har grundlag i nogen bestemt traktatbestemmelse, er ikke forudsat i tiltrædelsesloven.

Lovgivningsmagten var allerede ved tilblivelsen af tiltrædelsesloven i 1972 bekendt med, at bestemmelser i selve traktaterne kan være umiddelbart anvendelige, jf. herved Justitsministeriets redegørelse af juli 1972 for visse statsretlige spørgsmål i forbindelse med en dansk tiltrædelse af De Europæiske Fællesskaber, side 107 f. Sådanne bestemmelser er gjort til en del af dansk ret ved tiltrædelseslovens § 3.

Det er endvidere velkendt og også forudsat i tiltrædelsesloven, at EU-Domstolen kan udvikle og fastslå generelle principper, der har deres oprindelse i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention og tilsvarende traktater og i medlemsstaternes fælles forfatningsmæssige traditioner. Sådanne generelle principper er imidlertid efter tiltrædelsesloven ikke umiddelbart anvendelige i Danmark, og de kan således ikke påberåbes i tvister mellem private. Der kan herved henvises til den nugældende bestemmelse i artikel 6, stk. 3, i Traktaten om Den Europæiske Union (TEU), hvorefter de grundlæggende rettigheder, som er garanteret ved Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, og som de følger af medlemsstaternes fælles forfatningsmæssige traditioner, udgør generelle principper i EU-retten. Bestemmelsen blev oprindeligt vedtaget i forbindelse med Maastricht-Traktaten (som artikel F i afsnit I om fælles bestemmelser i Traktaten om Den Europæiske Union), og det blev ved ændringen af tiltrædelsesloven i den forbindelse lagt til grund, at bestemmelsen ikke hørte til de bestemmelser, der var omfattet af tiltrædelseslovens § 2 om overladelse af beføjelser og af § 3 om traktatbestemmelser mv., der er umiddelbart anvendelige i

851

Danmark (Folketingstidende 1992-93, tillæg A, sp. 6698 smh. sp. 6467).

Det fremgår af forarbejderne til loven om Danmarks tiltrædelse af Edinburgh-Afgørelsen og Maastricht-Traktaten, at bestemmelsen var en kodifikation af EU-Domstolens praksis, hvorefter domstolen var efterprøvet af en konkret EU-retsakt vurderer, om retsakten kræner rettigheder, der er fastlagt i f.eks. Den Europæiske Menneskerettighedskonvention eller i medlemsstaternes forfatninger (Folketingstidende 1992-93, tillæg A, sp. 6718 f.).

Der er ikke ved de efterfølgende ændringer af tiltrædelsesloven sket nogen ændring af, at artikel 6, stk. 3, ikke hører til de bestem-

melser, der er omfattet af tiltrædelseslovens § 2 og § 3. Det er således i Justitsministeriets redegørelse af 4. december 2007 for visse forfatningsretlige spørgsmål i forbindelse med Danmarks ratifikation af Lissabon-traktaten alene anført, at »bestemmelsen svarer til indholdet af den gældende bestemmelse i EU-Traktatens artikel 6, stk. 2, således som sidstnævnte bestemmelse fortolkes af EF-Domstolen«, jf. redegørelsens side 98.

EU-Domstolen har i Küçükdeveci-sagen anført (præmis 22), at det fremgår af artikel 6, stk. 1, i Traktaten om Den Europæiske Union (TEU), at Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder har samme juridiske værdi som traktaterne, og at enhver forskelsbehandling på grund af alder er forbudt ifølge charterets artikel 21, stk. 1. Tilsvarende har EU-Domstolen i præmis 22 i sin afgørelse i den foreliggende sag anført, at det almindelige princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder nu er fastsat i artikel 21 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder.

TEU artikel 6, stk. 1, henviser til Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, og det anføres, at charterets bestemmelser ikke på nogen måde udvider Unionens beføjelser som fastsat i traktaterne. Charteret trådte i kraft den 1. december 2009 og indeholder i artikel 21 et forbud mod forskelsbehandling bl.a. på grund af alder. Det anføres i charterets artikel 51, at charteret er rettet til Unionens institutioner og organer samt til medlemsstaterne, dog kun når de gennemfører EU-retten. Charteret skaber ingen nye kompetencer eller opgaver for Fællesskabet og Unionen og ændrer ikke de kompetencer og opgaver, der er fastlagt i traktaterne.

I overensstemmelse hermed fremgår det af den redegørelse, som Udenrigsministeriet afgav til Folketinget i forbindelse med forslaget om ændring af tiltrædelsesloven som følge af Lissabon-traktaten (Folketingstidende 2007-08, 2. samling, tillæg A, L 53, s. 2177), at charteret ikke udvider EU's beføjelser, og det fremgår af udenrigsministerens svar på spørgsmål 290 fra Folketingets Europaudvalg vedrørende lovforslaget, at charteret ikke indebærer retlige forpligtelser for borgerne.

Det følger af det foran anførte, at principper, der er udviklet eller fastlagt på grundlag af TEU artikel 6, stk. 3, efter tiltrædelsesloven ikke er gjort umiddelbart anvendelige i Danmark. Tilsvarende gælder, at bestemmelserne i charteret, herunder charterets artikel 21 om ikke-forskelsbehandling, efter tiltrædelsesloven ikke er gjort umiddelbart anvendelige her i landet.

På den baggrund finder vi, at der ikke er grundlag for at fastslå, at det EU-retlige princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder, som ifølge EU-Domstolen har sin oprindelse i forskellige internationale konventioner og i medlemsstaternes fælles forfatningsmæssige traditioner - dvs. i retskilder svarende til dem, der er nævnt i TEU artikel 6, stk. 3 - ved tiltrædelsesloven er gjort umiddelbart anvendeligt i Danmark.

Det bemærkes i den forbindelse, at det efter vores opfattelse ikke kan føre til en anden bedømmelse, at dommen i Mangold-sagen, hvor EU-Domstolen første gang fastslog princippet, blev afsagt i 2005 og således forelå, da tiltrædelsesloven blev ændret i 2008. Ændringen af tiltrædelsesloven var alene en følge af Lissabon-traktaten, og dommen i Mangold-sagen er ikke omtalt i forarbejderne til ændringsloven. Allerede af denne grund kan dommen ikke føre til, at tiltrædelsesloven herefter på dette punkt skal forstås på en anden måde end før ændringen. Hertil kommer, at EU-Domstolen ved dommen i Mangold-sagen ikke havde taget stilling til, om de EU-retlige principper om retssikkerhed og beskyttelse af den berettigede forventning efter omstændighederne kan fritage for at lade princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder fortrænge gældende national lovgivning i en tvist mellem private. Endelig bemærker vi, at ændringen af tiltrædelsesloven som følge

af Lissabon-traktaten først trådte i kraft samtidig med Lissabon-traktaten den 1. december 2009, og også af den grund kan ændringen ikke tillægges betydning i den foreliggende sag, hvor afskedigelsen var sket et halvt år forinden.

Sammenfattende finder vi herefter, at tiltrædelsesloven ikke indeholder hjemmel til i en tvist mellem private at lade det uskrevne princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder fortrænge den dagældende bestemmelse i funktionærlovens § 2 a, stk. 3, i det omfang bestemmelsen er i strid med forbuddet.

Hvis Højesteret i denne situation skulle undlade at anvende bestemmelsen, ville Højesteret handle uden for rammerne af sin beføjelse som dømmende magt.

Danske domstole kan som følge af det anførte ikke undlade at anvende den dagældende bestemmelse i funktionærlovens § 2 a, stk. 3, og Ajos kan således støtte ret på bestemmelsen.

Vi stemmer herefter for at tage påstanden om frifindelse til følge.

852

Dommer Jytte Scharling udtaler:

Spørgsmålet er, om princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder, som efter EU-retten har direkte virkning, og som beror på EU-Domstolens praksis, bygger på en anvendelse af traktaten, der ligger inden for den overladelse af beføjelser til Den Europæiske Union, der er sket ved tiltrædelsesloven.

Som anført af flertallet har EU-Domstolen kompetence til at afgøre spørgsmål om fortolkningen af EU-retten, jf. TEUF artikel 267, og det henhører således under EU-Domstolen at afgøre, om en regel efter EU-retten har direkte virkning med forrang for en modstående national bestemmelse, herunder også i sager mellem private.

EU-Domstolen fastslog ved dommen af 22. november 2005 i sag C-144/04 (Mangold), at direktiv 2000/78 ikke i sig selv indeholder noget princip om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv. I henhold til direktivets artikel 1 har direktivet nemlig alene til formål »at fastlægge en generel ramme for bekæmpelsen af forskelsbehandling på grund af religion eller tro, handicap, alder eller seksuel orientering«, mens selve princippet om forbud mod disse former for forskelsbehandling, som det fremgår af betragtning 1 og 4 til direktivet, har sin oprindelse i forskellige internationale konventioner og i medlemsstaternes fælles forfatningsmæssige traditioner (præmis 74). Domstolen fastslog endvidere, at princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder skal anses for et almindeligt fællesskabsretligt princip (præmis 75). Det følger af dommen, at princippet om forbud mod forskelsbehandling har direkte virkning, også i en tvist mellem private.

Ved dommen har EU-Domstolen således som led i sin retsskabende virksomhed fastslået, at det almindelige EU-retlige princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder gælder på traktatniveau og har umiddelbar virkning.

Højesteret har ved dom af 6. april 1998 (UfR 1998.800) om Maastricht-Traktaten og ved dom 20. februar 2013 (UfR 2013.1451) om Lissabon-traktaten bedømt de to traktater i forhold til bl.a. grundlovens § 20 om suverænitetsafgivelse i nærmere bestemt omfang. Det er i den forbindelse bl.a. lagt til grund, at det ikke i sig selv er uforeneligt med bestemthedskravet i grundlovens § 20 eller i strid med de forudsætninger, som er lagt til grund ved tiltrædelsesloven, at EU-Domstolen ved fortolkning af traktaten også lægger vægt på andre fortolkningsmomenter end en bestemmelses ordlyd, herunder traktatens formål. Det samme gælder domstolens retsskabende virksomhed.

Det hedder om EU-Domstolens kompetence i dommen om Maastricht-Traktaten punkt 9.6 (som gentaget i dommen om Lissabon-traktaten) og punkt 9.7:

»9.6. Appellanterne har anført, at EF-Domstolens kompetence efter Traktaten sammenholdt med princippet om fællesskabsrettens

forrang indebærer, at danske domstole er afskåret fra at håndhæve grænserne for den suverænitetsafgivelse, som har fundet sted ved tiltrædelsesloven, og at dette må tages i betragtning ved vurderingen af, om bestemthedskravet i grundlovens § 20, stk. 1, er overholdt.

Ved tiltrædelsesloven er det anerkendt, at kompetencen til at prøve lovligheden og gyldigheden af EF-retsakter tilkommer EF-domstolen. Dette indebærer, at danske domstole ikke kan anse en EF-retsakt for uanvendelig i Danmark, uden at spørgsmålet om dens forenelighed med Traktaten har været prøvet af EF-domstolen, og at danske domstole i almindelighed kan lægge til grund, at EF-domstolens afgørelser herom ligger inden for suverænitetsafgivelsens grænser. Højesteret finder imidlertid, at det følger af bestemthedskravet i grundlovens § 20, stk. 1, sammenholdt med danske domstoles adgang til at prøve loves grundlovsmæssighed, at domstolene ikke kan fratages adgangen til at prøve spørgsmålet om, hvorvidt en EF-retsakt overskrider grænserne for den ved tiltrædelsesloven foretagne suverænitetsafgivelse. Danske domstole må derfor anse en EF-retsakt for uanvendelig i Danmark, hvis der skulle opstå den ekstraordinære situation, at det med den fornødne sikkerhed kan fastslås, at en EF-retsakt, der er opretholdt af EF-domstolen, bygger på en anvendelse af Traktaten, der ligger uden for suverænitetsafgivelsen ifølge tiltrædelsesloven. Tilsvarende gælder med hensyn til fællesskabsretlige regler og retsprincipper, som beror på EF-domstolens praksis.

9.7. På den anførte baggrund finder Højesteret, at hverken den supplerende kompetence, som i medfør af EF-traktatens art. 235 er indrømmet Rådet, eller EF-domstolens retsskabende virksomhed kan anses for uforenelig med bestemthedskravet i grundlovens § 20, stk. 1.«

EU-Domstolens retsskabende virksomhed inden for traktatens rammer og dens fortolkningsstil var kendt, da Danmark blev medlem af EF den 1. januar 1973. Disse kendetegn ved EF-Domstolens virksomhed indgik i debatten forud for beslutningen (og folkeafstemningen) om Danmarks tilslutning til EF. Der var således i debatten bl.a. opmærksomhed om domstolens udvikling af princippet om fællesskabsrettens forrang i forhold til national ret, jf. bl.a. Domstolens sag 6/64, Costa mod ENEL. Da Domstolen udviklede og fastslog dette princip, var fællesskabsrettens forrang ikke nævnt i traktaten.

Domstolen har også i tiden op til de seneste ændringer af tiltrædelsesloven videreudviklet denne fortolkningsstil og har f.eks. fastslået, at også traktatbestemmelser kan have direkte virkning over for private som pligtssubjekter, jf. herved sag 43/75 Defrenne, dom af 8. april 1976, hvor Domstolen tillagde den dagældende

853

artikel 119 om medlemsstaternes pligt til at gennemføre og opretholde princippet om ligeløn til mænd og kvinder for samme arbejde direkte virkning.

På den anførte baggrund finder jeg, at der ikke foreligger en sådan ekstraordinær situation, at det med den fornødne sikkerhed kan fastslås, at anvendelsen af et almindeligt EU-retligt princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder inden for beskæftigelsesområdet ligger uden for rammerne af den kompetence, der ved tiltrædelsesloven er overladt til EU-Domstolen.

Det følger af tiltrædelseslovens § 3, at bestemmelserne i de i § 4 nævnte traktater mv. sættes i kraft i Danmark i det omfang, de efter EU-retten er umiddelbart anvendelige i Danmark. Efter det foran anførte finder jeg, at princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder må anses for at følge af de traktater mv., der er nævnt i tiltrædelseslovens § 4, sådan som disse traktater er fortolket af EU-Domstolen.

Princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder er fastslået i Mangold-dommen fra 2005 og har ikke sin oprindelse

i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, der trådte i kraft den 1. december 2009. Princippet har endvidere ikke grundlag i en bestemt traktatbestemmelse og var ikke kendt, da tiltrædelsesloven blev ændret i forbindelse med Maastricht-Traktaten. Der er herefter efter min opfattelse ikke det fornødne sikre grundlag for at fastslå, at det anførte i forarbejderne til ændringerne i tiltrædelsesloven i forbindelse med Maastricht-Traktaten om artikel 6, stk. 3, i Traktaten om Den Europæiske Union (TEU) også omfatter det senere fastslåede princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder. Jeg bemærker endvidere, at dommen i Mangold-sagen er afsagt i 2005 før vedtagelsen af den seneste ændring af tiltrædelsesloven i forbindelse med Danmarks ratifikation af Lissabon-traktaten (lov nr. 321 af 30. april 2008). Det var således kendt ved denne ændring, at princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder efter EU-retten var umiddelbart anvendeligt, og der er ikke i forbindelse med vedtagelsen af ændringsloven taget forbehold om, at det nævnte princip ikke skulle have direkte virkning her i landet.

Jeg finder herefter, at der i tiltrædelsesloven er den fornødne hjemmel til at undlade at anvende bestemmelsen i funktionærlovens § 2 a, stk. 3, i sagen, og at danske domstole ikke herved vil handle uden for rammerne af deres beføjelse som dømmende magt.

Med denne begrundelse, og idet jeg kan tiltræde, at kravet på fratrædelsesgodtgørelse først forrentes fra sagens anlæg, og at der ikke er grundlag for at pålægge Ajos at betale en godtgørelse efter forskelsbehandlingsloven, stemmer jeg for at stadfæste Sø- og Handelsrettens dom.

Konklusion og sagsomkostninger

Der træffes afgørelse efter stemmeflertallet, således at Ajos frifindes.

Under hensyn til sagens karakter og videregående betydning finder Højesteret, at ingen af parterne skal betale sagsomkostninger for Sø- og Handelsretten eller Højesteret til den anden part eller til statskassen.

Thi kendes for ret

Ajos A/S frifindes.

Ingen af parterne skal betale sagsomkostninger for Sø- og Handelsretten eller Højesteret til den anden part eller til statskassen.

- 1 FT 1970-71, till. A, lovforslag nr. L 53, sp.1334, FT 1995-96, till. A, lovforslag nr. L 180, s. 3537, FT 2004-05, 1. saml., till. A, lovforslag nr. L 92, s. 2698 og 2701, FT 2014-15, 1. saml., till. A, lovforslag nr. L 84, alm. bem. pkt. 1, 2, 3 og 9 og bem. til § 1 og 2, EU-Domstolens domme af 22. november 2005 i sag C-144/04 (Mangold), af 19. januar 2010 i sag C-555/07 (Kücükdeveci), af 12. oktober 2010 i sag C-499/08 (Ole Andersen), af 19. april 2016 i sag C-441/14 (Ajós), U 1973.898 H, U 1989.123 H, U 1989.126 H, U 1991.314/1 H, U 1991.314/2 H, U 1991.317 H, U 2008.1892 H og U 2014.1119 H.
- 2 FT 1971-72, till. B, sp. 3018 f., FT 1992-93, till. A, lovforslag nr. L 176, sp. 6697, og lovforslag nr. L 177, sp. 6718 f., samt FT 2007-08, 2. saml., till. A, lovforslag nr. L 2177.