

U.2017B.75

*Ansættelses- og arbejdsret 271.9 - 9 - EU-ret 2 - Statsforfatningsret 21.9*

## Grænser for EU-rettens umiddelbare anvendelighed i dansk ret - Om Højesterets dom i Ajos-sagen

- ♦ *Med dommen i Ajos-sagen har Højesteret afsagt en skelsættende dom om forholdet mellem dansk ret og EU-ret. Det følger af dommen, at det i sidste ende tilkommer danske domstole at afgøre, om en dansk regel kan fortolkes EU-konformt, og at en EU-regel med direkte virkning efter EU-retten alene er umiddelbart anvendelig i Danmark i det omfang, det er foreneligt med tiltrædelsesloven. Ifølge dommen er det ikke muligt at anvende hverken generelle, uskrevne EU-principper eller bestemmelser i EU-charteret om grundlæggende rettigheder umiddelbart i Danmark, selv om EU-Domstolen måtte tillægge dem direkte virkning efter EU-retten. Artiklen belyser dommen og dens betydning for pligten til at fortolke EU-konformt og anvende EU-ret umiddelbart i Danmark. Den skitserer afslutningsvis det dilemma, som lovgivningsmagten befinder sig i.*

*Af professor, dr.jur. Jens Kristiansen, Det Juridiske Fakultet, Københavns Universitet*

### 1. Indledning

Med dommen i Ajos-sagen har Højesteret sat punktum i et langvarigt sagskompleks om funktionærers ret til fratrædelsesgodtgørelse i en situation, hvor de samtidig har haft ret til arbejdsgiverfinansieret alderspension. Funktionærer havde ikke krav på fratrædelsesgodtgørelse i denne situation efter funktionærlovens dagældende § 2 a, stk. 3, men spørgsmålet var, om de i stedet kunne støtte et sådant krav på EU-rettens forbud mod aldersdiskrimination. Det samlede sagskompleks involverer bl.a. to præjudicielle domme fra EU-Domstolen og to domme fra Højesteret.

EU-Domstolen fastslog i den første af to domme, at § 2 a, stk. 3, var (delvis) uforenelig med forbuddet mod aldersdiskrimination i beskæftigelsesdirektivet, jf. dom af 12. oktober 2010 i C-499/08, *Ole Andersen*. I forlængelse heraf statuerede Højesteret, at domstolene i sager med offentlige arbejdsgivere måtte se bort fra § 2 a, stk. 3, i det omfang, bestemmelsen var uforenelig med Ole Andersen-dommen, jf. U2014.1119H. Højesteret bemærkede samtidig, at det var lovgivningsmagtens opgave at justere § 2 a i lyset af EU-dommen. Bestemmelsen blev i forlængelse heraf ændret, dog kun med virkning for fremtidige opsigelser.

I Ajos-sagen var spørgsmålet, om en funktionær, der var blevet opsagt af en privat virksomhed efter den tidligere regel, også kunne støtte sit krav på fratrædelsesgodtgørelse på EU-retten. Han hævdede, dels at det var muligt at foretage en EU-konform fortolkning af § 2 a, stk. 3, dels at et generelt EU-princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder havde forrang frem for bestemmelsen, hvis den ikke kunne fortolkes EU-konformt. Dansk Industri (DI) bestred på vegne af virksomheden, at det var muligt at omfortolke eller se bort fra den dagældende regel i § 2 a, stk. 3, i en sag med en privat virksomhed.

Højesteret spurgte EU-Domstolen, om det generelle ligebehandlingsprincip kunne og skulle afvejes over for hensynet til privates retssikkerhed og oplyste i forbindelse hermed, at det ikke var muligt at fortolke § 2 a, stk. 3, i overensstemmelse med Ole Andersen-dommen på grund af en fast retspraksis, jf. U2014.3667H. EU-

Domstolen svarede, at Højesteret ikke kunne undlade at fortolke EU-konformt alene på grund af en fast retspraksis, og at Højesteret skulle se bort fra § 2 a, stk. 3, hvis det ikke var muligt at fortolke bestemmelsen på en EU-konform måde, jf. dom af 19. april 2016 i C-441/14, *Ajos*. Højesteret frifandt imidlertid virksomheden ved en dom af 6. december 2016.<sup>1</sup>

Ifølge dommen er det i sidste ende Højesteret, der afgør, om dansk ret kan fortolkes EU-konformt, og grænsen for EU-konform fortolkning går ved en klar retstilstand (afsnit 2). Dernæst følger det af dommen, at en

### 76

EU-regel med direkte virkning efter EU-retten kun er umiddelbar anvendelig i Danmark, hvis det har hjemmel i dansk ret (tiltrædelsesloven), og at det ikke er tilfældet for de generelle (uskrevne) EU-principper og EU-charteret (afsnit 3). Endelig følger det af dommen, at danske domstole ikke er beføjet til at undlade at anvende lovgivning på baggrund af uskrevne retsprincipper, herunder et ligebehandlingsprincip (afsnit 4). Dommen værner om de grundlæggende principper om magtadskillelse og retssikkerhed i det danske forfatningssystem, men sætter samtidig lovgivningsmagten i et politisk dilemma (afsnit 5).

## 2. EU-konform fortolkning af dansk ret

### 2.1. Dansk ret fortolkes af danske domstole

EU-Domstolen er ifølge EU-traktaterne den autoritative fortolker af EU-retten. Det er således EU-Domstolen, der bindende fastlægger indholdet og rækkevidden af »traktaterne« og »retsakter udstedt af Unionens institutioner«, jf. TEUF artikel 267 om præjudicielle søgsmål.

Det følger forudsætningsvis af bestemmelsen, at EU-Domstolen ikke har kompetence til at fortolke national ret. Denne kompetencemæssige begrænsning har EU-Domstolen også selv anerkendt i adskillige domme, jf. f.eks. domme af 27. november 2001 i C-285/99, *Lambardini*, 9. september 2003 i C-151/02, *Jaeger*, og 27.

1 Dommens problematik er behandlet af bl.a. Ole Hasselbalch, Forfatningskrise?, U2012B.295-99, og Ret, uret og EU-ret, U2015B.53-59, Jens Kristiansen, Grænser for EU-konform fortolkning i nyere højesteretspraksis, Juristen 2014, s. 17-29, Når dansk ret (måske) er uforenelig med EU-retten, Juristen 2015, s. 225-35, The growing conflict between European uniformity and national flexibility, 2015, s. 215 ff., og Ajos-dommen og Højesterets dilemma, U2016B.301-11, Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø, Ajos-sagens betydning for rækkevidden af EU-konform fortolkning i forhold til det almindelige EU-retlige princip om forbud mod aldersdiskrimination, U 2016B.269-75, og Rass Holdgaard, Daniella Elkan og Gustav Krohn Schaldemose, Højesteret har sagt fra over for EU-Domstolen, Advokaten 1/2017, s. 32-37.

oktober 2009 i C-115/08, *EZ*. I den sidstnævnte dom udtalte Store Afdeling, »at det dog ikke tilkommer Domstolen at udtale sig om fortolkningen af nationale bestemmelser«, og at »den derfor (skal) holde sig til den fortolkning af national ret, som den nationale domstol har beskrevet for den« (præmis 57).<sup>2</sup>

EU-Domstolen stiller det krav til de nationale domstole, at de »i videst muligt omfang« fortolker nationale regler EU-konformt inden for rammerne af de anerkendte fortolkningsmetoder i national ret, og således at fortolkningen ikke må være »contra legem«, jf. f.eks. dom af 24. januar 2012 i C-282/10, *Dominguez*. Pligten til i videst muligt omfang at fortolke dansk ret på en EU-konform måde harmonerer med den generelle fortolknings- og formodningsregel, der gælder for internationale forpligtelser, som den danske stat har påtaget sig.<sup>3</sup> I *Ajos*-sagen forsøgte EU-Domstolen imidlertid at få Højesteret til at fortolke funktionærlovens dagældende § 2 a, stk. 3, på en måde, som ikke ville være forenelig med den faste forståelse af bestemmelsen i retspraksis.

Allerede i *Ole Andersen*-dommen bemærkede generaladvokat Kokott, at det burde være muligt at fortolke § 2 a, stk. 3, i overensstemmelse med beskæftigelsesdirektivet, da den »strenge udlægning« kun beroede »på fortolkningen i dansk retspraksis«. Hun pointerede dog samtidig, at fortolkningen fuldt ud tilkom den forelæggende ret, »der er enekompetent med hensyn til fortolkning af den nationale ret« (punkt 84).

De ni medvirkende højesteretsdommere i *Ajos*-sagen oplyste i forelæggelsen for EU-Domstolen, at der var en »fast retspraksis« om § 2 a, stk. 3, og at det derfor ville være »contra legem« at fortolke bestemmelsen i overensstemmelse med *Ole Andersen*-dommen, jf. U2014.3667H. Generaladvokat Bot var imidlertid af den opfattelse, at udtrykket »contra legem« må forstås som en fortolkning, »der strider imod selve ordlyden af den pågældende nationale bestemmelse« (punkt 68). Han mente derfor, at EU-Domstolen skulle »pålægge den forelæggende ret at ændre sin praksis« (punkt 71).

EU-Domstolen udtalte sig ikke generelt om *contra legem*-begrebet, men fastslog, at nationale domstole må »ændre en fast retspraksis«, såfremt det er nødvendigt for at fortolke national ret i overensstemmelse med et direktiv (præmis 33). Højesteret kunne derfor ikke »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« (præmis 34).

Højesteret fastholdt sin hidtidige fortolkning af § 2 a, stk. 3. Det er i sidste ende Højesteret, der afgør, hvad der gælder efter dansk ret. EU-Domstolen kan ikke bestemme, hvilke retskilder danske domstole kan og ikke kan lægge vægt på, og hvorledes de skal fortolke dansk ret i lyset af de relevante retskilder. Der er ikke i ordlyden af eller forarbejderne til tiltrædelsesloven støtte for, at domstolene kan eller skal se bort fra de almindeligt anerkendte fortolkningsmetoder i dansk ret som led i deres bestræbelser på at fortolke en lovregel EU-konformt. Det var derfor i sidste ende Højesteret, som måtte afgøre, om det var muligt at fortolke § 2 a, stk. 3, i overensstemmelse med *Ole Andersen*-dommen, og det var ikke muligt.

## 2.2. En fast retstilstand som grænse for EU-konform fortolkning

Den EU-konforme fortolkning af dansk ret møder sin grænse, når den er »contra legem«. Ifølge Højesteret foregår fortolkningen inden for rammerne af de almindeligt anerkendte fortolkningsmetoder i dansk ret, og fortolkningen er »contra legem«, når den går imod en klar retstilstand.<sup>4</sup>

### 77

Højesteret havde allerede i U2014.914H afvist, at det var muligt at fortolke ferielovens § 13, stk. 2, om erstatningsferie for sygdom opstået inden en ferie er påbegyndt, således at den også skulle omfatte sygdom opstået under ferien, selv om sontringen var uforenelig med EU-Domstolens praksis om arbejdstidsdirektivets artikel 7 om lønmodtageres ret til 4 ugers årlig betalt ferie. Højesteret lagde herved vægt på, at ferieloven lige siden dens ikrafttræden i 1938 havde været praktiseret på den måde, at risikoen for sygdom opstået under en ferie lå hos lønmodtageren, og at det var blevet bekræftet på en klar måde i forarbejderne til den ferielov, der trådte i kraft i 2000. Højesteret fremhævede tillige, at det ville være »et brud på retssikkerheden og den forudsigelighed i rettens anvendelse, som må kræves«, at pålægge en privat arbejdsgiver at betale erstatningsferie for sygdom opstået under en ferie, når retstilstanden klart var den modsatte.<sup>5</sup>

I *Ajos*-sagen havde Højesteret som nævnt allerede i forelæggelse-skendelsen oplyst, at det ikke var muligt at foretage en EU-konform fortolkning af funktionærlovens dagældende § 2 a, stk. 3, som følge af en »fast retspraksis«, jf. U2014.3667H. I den efterfølgende dom blev begrundelsen præciseret til følgende:

»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.«

På linje med U2014.914H var det afgørende således, at der forelå en »klar retstilstand«. Højesteret lagde (fortsat) afgørende vægt på, at der var en langvarig, fast forståelse af bestemmelsen i højesteretspraksis, men fremhævede nu også, at denne praksis var blevet bekræftet af lovgivningsmagten ved en ændring af bestemmelsen i 1996. Det var således ikke »alene« en fast retspraksis, der gjorde en EU-konform fortolkning umulig, men en samlet bedømmelse af de relevante retskilder.

Højesteret bemærkede, at der heller ikke var grundlag for at anvende det generelle forbud mod aldersdiskrimination i forskelsbehandlingslovens § 1 med forrang frem for funktionærlovens § 2 a, stk. 3. Spørgsmålet var blevet aktuelt i lyset af U2015.3827H, som gav pligten til at foretage tilpasningsforanstaltninger over for medarbejdere med handicap efter forskelsbehandlingslovens § 2 a forrang frem for arbejdsgiverens ret til at opsiges en medarbejder med forkortet opsigelsesvarsel ved 120 dages sygefravær inden for ét år efter funktionærlovens § 5, stk. 2. I modsætning til denne bestemmelse havde lovgivningsmagten imidlertid taget stilling til foreneligheden mellem § 2 a, stk. 3, og det EU-retlige forbud om aldersdiskrimination ved implementeringen af beskæftigelsesdirektivet.

2 På linje hermed betoner Justitsministeriet, at EU-Domstolen »kun (har) kompetence til at fortolke fællesskabsret«, i den redegørelse af 11. maj 2009 for forholdet mellem EF-Domstolens kompetence og grundloven (pkt. 4.1.3), som ministeriet udarbejdede i anledning af EU-dom af 25. juni 2008 i C-127/08, *Metock*.

3 Se f.eks. betænkning nr. 1546/2014 om inkorporering mv. inden for menneskeretsområdet, s. 34 ff.

4 Se særligt om legalitetsprincippet som grænse for EU-konform fortolkning i straffesager U2016.1230H.

5 Se for en mere indgående behandling af dommen *Jens Kristiansen*, Grænser for EU-konform fortolkning i nyere højesteretspraksis, *Juristen* 2014, s. 17-29 (især s. 23 ff.).

Der forelå således en anden situation, og Ajos-dommen ændrer derfor heller ikke ved den retstilstand, som blev fastslået i forhold til funktionærlovens § 5, stk. 2, ved U2015.3827H.<sup>6</sup>

Højesteret nævnte ikke retssikkerhedshensynet i Ajos-dommen, men det er nærliggende, at hensynet også har spillet en rolle ved fortolkningen af § 2 a, stk. 3. Hvis Højesteret havde omfortolket bestemmelsen eller givet forskelsbehandlingsloven forrang, ville virksomheden reelt være kommet til at bære risikoen for det fejlskøn, som Folketinget udøvede, i forbindelse med at tinget opretholdt § 2 a, stk. 3, uændret ved implementeringen af beskæftigelsesdirektivet.

### 3. EU-rettens umiddelbare anvendelighed i Danmark

#### 3.1. Dansk ret og EU-ret som to adskilte retssystemer

At det ikke var muligt at fortolke funktionærlovens dagældende § 2 a, stk. 3, på en EU-konform måde indebar, at Højesteret skulle afgøre, om det var muligt i stedet at give det generelle EU-princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder forrang frem for bestemmelsen, selv om det i givet fald ville være til skade for den private virksomhed.

EU-Domstolen henviste i sin præjudicielle dom i Ajos-sagen til, at det generelle EU-princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder »har sin oprindelse i forskellige internationale konventioner og i medlemsstaternes fælles forfatningsmæssige traditioner« (præmis 22). Med hensyn til den direkte virkning henviste EU-Domstolen til »nødvendigheden af at sikre den fulde virkning af princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder, som konkretiseret ved direktiv 2000/78« (præmis 35). EU-Domstolen fulgte dermed den allerede udstukne linje fra dom af 22. november 2005 i sag C-144/04, *Mangold*, og dom af 19. januar 2010 i C-555/07, *Kücükdeveci*.

EU-Domstolens praksis om det generelle EU-princips direkte virkning har givet anledning til omfattende debat og kritik. Noget opsigtsvækkende har flere af EU-Domstolens egne generaladvokater været blandt de kritiske røster og åbent stillet spørgsmål ved, om den direkte virkning af det generelle EU-princip har det fornødne retlige grundlag i EU-traktaterne og respekterer

#### 78

hensynet til privates retssikkerhed og rettens forudsigelighed.<sup>7</sup>

At Højesteret også var skeptisk, viste forelæggelseskendelsen, hvor retten – med et længere citat af en af de kritiske generaladvokater – spurgte EU-Domstolen, om det generelle EU-princips direkte virkning kunne og skulle afvejes over for hensynet til private virksomheders retssikkerhed. EU-Domstolen afviste imidlertid, at pligten til at anvende EU-princippet direkte over for private kunne drages i tvivl af retssikkerhedsprincippet eller princippet om beskyttelse af den berettigede forventning. Efter EU-Domstolens afgørelse var sagen således klar: Højesteret skulle undlade at anvende § 2 a, stk. 3, hvis retten ikke kunne fortolke bestemmelsen EU-konformt.

Højesteret anerkendte i sin dom, at det i sidste ende tilkommer EU-Domstolen at afgøre, om en EU-regel har direkte virkning efter EU-retten:

»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.«

At det tilkommer EU-Domstolen at afgøre, om en EU-regel har direkte virkning efter EU-retten, harmonerer ikke bare med TEUF artikel 267, men ligger også i naturlig forlængelse af den arbejdsdeling, som Højesteret selv tillagde vægt i forbindelse med sin håndtering af spørgsmålet om EU-konform fortolkning, jf. afsnit 2.1. Dermed var det også klart, at EU-Domstolen bindende havde gjort op med, hvordan ligebehandlingsprincippet og retssikkerhedshensynet skulle afvejes inden for EU-retten.

Højesteret fastslog imidlertid, at det afgørende for den umiddelbare anvendelse af EU-princippet i Danmark måtte være, om princippet (også) var forankret i tiltrædelsesloven:

»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.«

Med denne konstatering understregede Højesteret på en iøjnefaldende måde, at dansk ret og EU-ret stadig er to adskilte retssystemer (dualisme). At det er sådan, er dog ikke særligt opsigtsvækkende, for EU-retten adskiller sig på det punkt principielt ikke fra anden international ret.

At (ratificeret) international ret ikke automatisk finder anvendelse i Danmark ligger implicit i grundlovens § 19, stk. 1. Ifølge bestemmelsen skal regeringen have Folketingets samtykke til at indgå internationale traktater, hvis opfyldelsen kræver lovgivning. Højesteret har på linje hermed afvist at anvende internationale traktater umiddelbart i dansk ret med forrang frem for dansk lovgivning, jf. U1986.898/3H om den europæiske menneskerettighedskonvention og U2006.770H om ILO-konventioner.<sup>8</sup>

At EU har fået overladt en række beføjelser i medfør af grundlovens § 20 adskiller EU-retten fra sædvanlig international ret. Dette særtræk ved EU-retten ændrer imidlertid ikke ved, at det er dansk ret, der sætter rammen for EU-rettens umiddelbare anvendelse i Danmark. Det følger således udtrykkeligt af grundlovens § 20, at det kun er muligt at overlade beføjelser til en international organisation »ved lov« og »i nærmere bestemt omfang«.<sup>9</sup> Højesteret har i overensstemmelse hermed forudsat, at EU-rettens umiddelbare anvendelse i Danmark i sidste ende afhænger af dansk ret, jf. herved U1998.800H om Maastricht-traktaten og U2013.1451H om Lissabon-traktaten (dommene er nærmere omtalt i afsnit 3.2).

Det er – forfatningsretligt set – ikke muligt at anse dansk ret som et led i »ét stort fælles europæisk retssystem« med den virkning, at EU-retten selv bindende afgør, hvornår den fortrænger dansk ret.<sup>10</sup> At EU-Domstolen havde givet det generelle EU-princip om

6 Se for en mere indgående behandling af dommen Jens Kristiansen, Når dansk ret (måske) er uforenelig med EU-retten, *Juristen* 2015, s. 225-35 (især s. 233 f.).

7 Se bl.a. udtalelserne fra Mázak i C-411/05, *Palacios de la Villa*, Kokott i C-321/05, *Kofoed*, og C-104/09, *Roca Álvarez*, Sharpston i C-427/06, *Bartsch*, Ruiz-Jarabo Colomer i C-55/07 og C-56/07, *Michaeler*, og Trestenjak i C-282/10, *Dominguez*.

8 Se nærmere herom Jens Peter Christensen, Jørgen Albæk Jensen og Michael Hansen Jensen, *Dansk Statsret*, 2. udg. 2016, s. 205 f. Om U2006.770H se særligt Ole Spiermann, Lovgivnings tilsidesættelse og det retlige grundlag herfor: Grundlov – menneskerettighedskonvention – traktat, U2006B.187-95.

9 Se Jens Peter Christensen, Jørgen Albæk Jensen og Michael Hansen Jensen, *Dansk Statsret*, 2. udg. 2016, s. 219 f.

10 Se om tendenser i denne (mere monistiske) retning f.eks. Karen Dyekjær, Om EU-rettens integrering i den danske retsorden – et paradigmeskift? Del I og II, *Europarättslig Tidsskrift* 2015, s. 577-91 og 867-81, Ruth Nielsen, *Dansk arbejdsret*, 3. udg. 2016, s. 36 ff., og Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø, Ajos-sagens betydning for rækkevidden af EU-konform fortolkning i forhold til det almindelige EU-retlige princip om forbud mod aldersdiskrimination, U 2016B.269-75.

forbud mod forskelsbehandling på grund af alder direkte virkning efter EU-retten kunne derfor ikke i sig selv være nok til at lade princippet fortrænge funktionærlovens § 2 a, stk. 3. Om det var muligt, måtte bero på tiltrædelsesloven og i sidste ende på Højesterets fortolkning af loven.

### 3.2. Tiltrædelseslovens centrale betydning

Tiltrædelsesloven gør EU-retten umiddelbar anvendelig i Danmark, i det omfang den konkrete EU-regel er et resultat af en »beføjelse«, som er overladt til EU i henhold til de traktater, der er oplyst i lovens § 4, eller dens umiddelbare anvendelighed følger af »bestemmelserne« i

#### 79

de oplyste traktater i § 4, jf. lovens §§ 2 og 3. Det er således efter ordlyden af § 2 og § 3 de oplyste EU-traktater i § 4, som fastlægger kredsen af de EU-regler, der kan være umiddelbart anvendelige i Danmark.<sup>11</sup>

Hverken grundloven eller tiltrædelsesloven indeholder regler om, hvorvidt den umiddelbart anvendelige EU-ret (altid) har forrang frem for dansk ret.<sup>12</sup> Det er imidlertid forudsat i forarbejderne til den oprindelige tiltrædelseslov, at domstolene kan håndtere EU-rettens forrang efter grundlovens § 20, tiltrædelseslovens § 3 samt de generelle fortolkningsprincipper om anvendelse af international ret.<sup>13</sup> Denne opfattelse har også været lagt til grund af Justitsministeriet ved de efterfølgende ændringer af tiltrædelsesloven.<sup>14</sup>

Højesteret har beskæftiget sig med forholdet mellem EU-ret og dansk ret på et abstrakt plan i U1998.800H og U2013.1451H om Maastricht-traktatens og Lissabon-traktatens gennemførelse i Danmark. I begge sager var der fokus på tiltrædelseslovens forenelighed med grundloven og i første række på henholdsvis den »øvre« og »nedre« grænse for anvendelsen af grundlovens § 20.

Ifølge U1998.800H kan danske domstole »i almindelighed« lægge til grund, at EU-Domstolens afgørelser om EU-reglers direkte virkning »ligger inden for suverænitetsafgivelsens grænser«. Det følger dog af bestemmelsen i grundlovens § 20 og domstolenes adgang til at prøve lovens grundlovsmæssighed, at domstolene ikke kan fratages adgangen til at prøve, om en retsakt »overskrider grænserne for den ved tiltrædelsesloven foretagne suverænitetsafgivelse«. En EU-retsakt er uanvendelig i Danmark i den »ekstraordinære situation«, at det med »den fornødne sikkerhed« kan fastslås, at retsaksen ligger uden for suverænitetsafgivelsen ifølge tiltrædelsesloven. Tilsvarende gælder med hensyn til fællesskabsretlige regler og retsprincipper, som beror på EU-Domstolens praksis.<sup>15</sup>

I U2013.1451H henviste Højesteret i vidt omfang til de centrale præmisser fra Maastricht-dommen, herunder at det er muligt at få prøvet, om en konkret EU-retsakt eller EU-dom overskrider grænserne for suverænitetsafgivelsen i tiltrædelsesloven. Højesteret tilføjede, at det også gælder, hvis der med henvisning til charteret om grundlæggende rettigheder bliver vedtaget EU-retsakter – eller afsagt domme af EU-Domstolen – baseret på en sådan anvendelse af traktatgrundlaget. Det er iøjnefaldende, at dommen fremhævede

en række af de retlige forudsætninger, som lå til grund for Lissabon-traktatens gennemførelse i dansk ret. Højesteret lagde således vægt på, at det forfatningsretligt var forudsat, »at der ikke ved Danmarks tiltrædelse af Lissabon-traktaten er sket yderligere overladelse af beføjelser«, »at Lissabon-traktaten skal forstås i overensstemmelse med de protokoller og erklæringer, der er medtaget som bilag til traktaten«, og »at der ikke sker overladelse af beføjelser, som kræver anvendelse af § 20-proceduren«. Højesteret betonedede, »at danske myndigheder er forpligtet til at sikre dette overholdt.«<sup>16</sup>

Højesteret har kun i enkelte konkrete sager været konfronteret med spørgsmålet om EU-reglers umiddelbare anvendelighed og forrang frem for dansk ret. Det beror i vid udstrækning på, at sagerne herom har været rettet mod offentlige myndigheder, der altovervejende har fulgt den praksis at tage bekræftende til genmæle, når det har stået klart, at en dansk regel har været uforenelig med EU-retten.<sup>17</sup>

Den sagsøgte region i Ole Andersen-sagen tog på linje hermed bekræftende til genmæle over for kravet om fratrædelsesgodtgørelse i forlængelse af EU-Domstolens præjudicielle dom, jf. U2012.41V. Efterfølgende opstod der imidlertid usikkerhed om rækkevidden af Ole Andersen-dommen, og ved afgørelsen af en række sager herom fastslog Højesteret, at funktionærlovens dagældende § 2 a, stk. 3, ikke kunne anvendes af en offentlig arbejdsgiver, i det omfang det vil være uforeneligt med EU-dommen, jf. U2014.1119H. Spørgsmålet om beskæftigelsesdirektivets umiddelbare anvendelse var ikke genstand for strid mellem parterne, men Højesteret bekræftede i præmisserne, at direktivet havde forrang frem for funktionærlovens § 2 a, stk. 3, i sager med offentlige arbejdsgivere.<sup>18</sup>

I Ajos-sagen bestred DI på vegne af sit medlem, at tiltrædelsesloven gav fornøden hjemmel for at anvende EU-princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder umiddelbart i en sag med en privat virksomhed. Højesteret gav DI og virksomheden medhold og gjorde det dermed klart, at der ligger en både retlig og praktisk realitet i, at en EU-regel med direkte virkning efter EU-retten skal være hjemlet som umiddelbar anvendelig efter tiltrædelsesloven, for at den kan få den tilsigtede direkte virkning i Danmark. Ifølge dommen er der ikke hjemmel i tiltrædelsesloven til hverken at anvende de generelle (uskrevne) EU-principper eller EU-charteret om grundlæggende rettigheder umiddelbart (over for private) i Danmark.

#### 80

### 3.3. Tiltrædelsesloven og generelle EU-principper

Højesteret anførte i Ajos-dommen, at det generelle EU-princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder er udledt af retskilder »uden for EU-traktaterne«, men at det er nærliggende at forstå EU-Domstolens praksis på den måde, »at der er tale om et uskrevet princip, som gælder på traktatniveau«, selv om det efter de afsagte domme ikke kan anses for »at have grundlag i en nærmere bestemt traktatbestemmelse«.

<sup>11</sup> Se generelt om tiltrædelsesloven Jens Hartig Danielsen, *Suverænitetsafgivelse*, 1999, særligt s. 95 ff. og 323 ff.

<sup>12</sup> Se hertil f.eks. Henrik Zahle, *Dansk forfatningsret 2*, Regering, forvaltning og dom, 3. udg. 2001, s. 297.

<sup>13</sup> Se FT 1971-72, tillæg B, sp. 2802.

<sup>14</sup> Se senest Justitsministeriets redegørelse af 4. december 2007 for visse forfatningsretlige spørgsmål i forbindelse med Danmarks ratifikation af Lissabon-traktaten, s. 95 ff.

<sup>15</sup> Se for en mere detaljeret gennemgang og analyse af dommen, Ole Spiermann, *Hvad kommer efter tyve?* U1998B.325-35.

<sup>16</sup> Se for en mere detaljeret gennemgang og analyse Helle Krunke, *Lissabon-sagen – Med magt følger ansvar*, *Juristen* 2013, s. 216-25.

<sup>17</sup> Se nærmere herom f.eks. Jens Kristiansen, *Når dansk (måske) er uforenelig med EU-retten*, *Juristen* 2015, s. 225-35 (især s. 231 med eksempler fra praksis).

<sup>18</sup> Se for en nærmere gennemgang af dommen Jens Kristiansen, *Grænser for EU-konform fortolkning i nyere højesteretspraksis*, *Juristen* 2014, s. 17-29 (især s. 25 ff.).

Det er ifølge Højesteret forudset i tiltrædelsesloven, at skrevne traktatbestemmelser kan være umiddelbart anvendelige, og de er gjort til en del af dansk ret gennem tiltrædelseslovens § 3. Det er også forudset, at EU-Domstolen udvikler generelle, uskrevne EU-principper, men det er ikke forudset, at de kan være pligtskabende for private:

»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 forudset i tiltrædelsesloven.«

Højesteret anførte i præmisserne, at EU-Domstolen ikke havde henvist »til bestemmelser i de traktater, der er omfattet af tiltrædelsesloven, som grundlag for princippet«. Højesteret lagde tillige vægt på lovens forarbejder og især, at det var blevet oplyst i lovforslaget om gennemførelsen af Maastricht-traktaten og Edinburgh-afgørelsen, at det kun var Maastricht-traktatens søjle 1, der indeholdt bestemmelser, som var omfattet af tiltrædelseslovens §§ 2 og 3. Den nye bestemmelse om de generelle EU-principper (nu TEU artikel 6, stk. 3) faldt uden for søjle 1 og var dermed ikke omfattet af de umiddelbart anvendelige EU-regler efter §§ 2 og 3. Højesteret fremhævede ydermere, at det fremgik af lovforslaget, at EU-Domstolens praksis om de generelle principper tog sigte på at efterprøve, om en konkret EU-retsakt krænker grundlæggende rettigheder. Ifølge dommen var der ikke ved de efterfølgende ændringer af tiltrædelsesloven ændret ved, at TEU artikel 6, stk. 3, falder uden for de bestemmelser, som er omfattet af lovens §§ 2 og 3.

Det er nærliggende at læse præmisserne således, at »formodningen« for EU-rettens umiddelbare anvendelighed – som blev fastslået i U1998.800H – er knyttet til de situationer, hvor det har været muligt for lovgivningsmagten at forudse en direkte virkning over for private. Om en direkte virkning har været forudset, beror på en sædvanlig fortolkning af tiltrædelsesloven, herunder dens forarbejder.

Det er i forlængelse heraf nødvendigt at sondre mellem de tilfælde, hvor EU-Domstolens praksis har grundlag i en konkret traktatbestemmelse, og de tilfælde, hvor den ikke har. Mens lovgivningsmagten har forudset, at skrevne traktatbestemmelser kan være grundlag for umiddelbart anvendelige EU-regler, gælder det tilsvarende ikke med uskrevne principper, som er uden grundlag i en konkret traktatbestemmelse.

Med den lovgivningsteknik, der er anvendt i tiltrædelsesloven, er det reelt bestemmelserne i EU-traktaterne, der via lovens § 4 fastlægger omfanget af den (mulige) umiddelbart anvendelige EU-ret i Danmark. I U1998.800H fastslog Højesteret, at det er foreneligt med bestemthedskravet i grundlovens § 20 at beskrive de overladede beføjelser »ved henvisning til en traktat«. Højesteret lagde bl.a. vægt på, at EU-traktaterne er baseret på et princip om tildelte kompetencer (nu TEU artikel 5, stk. 1), som svarer til bestemthedskravet i § 20. At det efter traktaten tilkommer EU-Domstolen at afgøre, om en konkret retsakt overholder princippet om tildelte kompetencer kan »ikke i sig selv anses for uforeneligt med bestemthedskravet«. Danske domstole kan derfor »i almindelighed« lægge til grund, at EU-Domstolens afgørelser »ligger inden for suverænitetsafgørelsens grænser«. I forlængelse heraf bliver det »i almindelighed« EU-Domstolens praksis, som fastlægger indholdet og rækkevidden af de skrevne traktatbestemmelseres umiddelbare anvendelighed i Danmark.

Med Ajos-dommen har Højesteret fastslået, at det samme ikke gælder i forhold til de (uskrevne) EU-principper, der er udviklet af EU-Domstolen uden grundlag i en konkret traktatbestemmelse. Er der ikke et grundlag i en konkret traktatbestemmelse, er man uden for suverænitetsoverladelens grænser, således som disse er afstukket med tiltrædelsesloven, og der bliver derfor heller ikke plads til nogen »formodning« for umiddelbart anvendelse.

Sammenfattende konstaterede Højesteret, »at principper, der er udviklet eller fastlagt på grundlag af TEU artikel 6, stk. 3, efter tiltrædelsesloven ikke er gjort umiddelbart anvendelige i Danmark«. At det forholder sig sådan, må – i mine øjne – også ses i lyset af, at det er usikkert, om det vil harmonere med bestemthedskravet i grundlovens § 20 at anvende uskrevne EU-principper uden grundlag i en konkret traktatbestemmelse umiddelbart over for private.<sup>19</sup> Højesteret fastslog i U1998.800H, at det følger af bestemthedskravet i § 20, at der skal foretages en positiv afgrænsning af de overladede beføjelser, og at det er udelukket at overlade til en international organisation at bestemme omfanget af sine beføjelser.<sup>20</sup>

### 81

En dissenterende dommer tog udgangspunkt i Maastricht-dommens »formodningsregel« og nåede frem til, at der trods tilkendegivelserne i forarbejderne ikke forelå »en sådan ekstraordinær situation«, at det med »den fornødne sikkerhed« kunne fastslås, at EU-princippet »ligger uden for rammerne af den kompetence, der ved tiltrædelsesloven er overladt til EU-Domstolen«. At EU-princippet var umiddelbart anvendeligt med forrang frem for funktionærlovens dagældende § 2 a, stk. 3, støttede dissensen så vidt ses på tiltrædelseslovens § 3 om ikraftsatte bestemmelser i de oplistede traktater i § 4.

Den dissenterende dommer lagde særlig vægt på, at Mangold-dommen var kendt ved gennemførelsen af Lissabon-traktaten, og at der ikke i forbindelse med vedtagelsen af ændringsloven var »taget forbehold om, at det nævnte princip ikke skulle have direkte virkning her i landet«. For flertallet på otte dommere var det ikke afgørende, at Mangold-dommen var afsagt inden Lissabon-traktaten blev gennemført i dansk ret, da dommen ikke var omtalt i forarbejderne til den ændring af tiltrædelsesloven, som gennemførte traktaten: »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 kom ydermere, at EU-Domstolen ikke i Mangold-dommen havde forholdt sig til retssikkerhedsprincippet, og at den ændring af tiltrædelsesloven, som gennemførte Lissabon-traktaten, først var trådt i kraft, efter at virksomheden havde opsagt medarbejderen. Med dommen står det således klart, at Højesteret finder, at det ikke per automatik kan lægges til grund, at lovgivningsmagten ved en ændring af tiltrædelsesloven har accepteret at foreliggende praksis fra EU-Domstolen.

### 3.4. Tiltrædelsesloven og EU-charteret om grundlæggende rettigheder

Virksomheden blev frifundet, da tiltrædelsesloven ikke indeholdt fornøden hjemmel til at lade det generelle uskrevne EU-princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder fortrænge funktionærlovens dagældende § 2 a, stk. 3, i en tvist med en privat virksomhed. Højesteret forholdt sig imidlertid ikke kun til de generelle uskrevne EU-principper, men også til EU-charteret om grundlæggende rettigheder.

<sup>19</sup> Se nærmere herom Jens Kristiansen, Ajos-dommen og Højesterets dilemma, U2016B.301-11 (især s. 307 ff.).

<sup>20</sup> Udenrigsministeren oplyste i et svar på spørgsmål 31 fra Folketingets Europaudvalg til lovforslaget om gennemførelse af Amsterdam-traktaten i Folketingets 2. samling 1997-98, at det »ikke er muligt at opstille en udtømmende oversigt over (...) de forfatningsmæssige traditioner«, der ligger til grund for de generelle EU-principper.

Højesteret bemærkede, at EU-Domstolen i den præjudicielle dom i Ajos-sagen havde henvist til, at EU-princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder »nu er fastsat« i charterets artikel 21. EU-Domstolen havde dog ikke henvist til charterets artikel 21 som egentlig støtte for den direkte virkning af princippet i Ajos-sagen. Det kunne måske opfattes som et udslag af, at charteret kun forpligter »Unionens institutioner« og »medlemsstaterne, dog kun når de gennemfører EU-retten«, jf. artikel 51, stk. 1. På trods af ordlyden af denne bestemmelse synes EU-Domstolen imidlertid at tillægge artikel 21 direkte virkning i forhold til private, jf. domme af 19. januar 2010 i C-555/07, *Kücükdeveci*, og af 24. januar 2014 i C-176/12, *AMS*.<sup>21</sup> Mere sandsynligt er det derfor, at EU-Domstolen undlod at støtte sig direkte på artikel 21, fordi charteret ikke (tidsmæssigt) fandt anvendelse i den konkrete sag, hvor opsigelsen var foretaget, inden charteret blev tillagt samme juridiske værdi som traktaterne, jf. dom af 26. marts 2015 i C-316/13, *Fenoll*.

Højesteret kunne dermed have indskrænket sig til at bemærke, at charterets artikel 21 ikke fandt anvendelse, da funktionæren var opsagt og fratrukket, inden charteret fik juridisk virkning med Lissabon-traktatens ikrafttræden den 1. december 2009. Når Højesteret valgte at forholde sig mere principielt til charteret, skyldtes det formentlig de mange ventende sager, hvor flere af de berørte funktionærer først er blevet opsagt efter den 1. december 2009. Charter-problematikken var med andre ord aktuell, om end ikke lige i den konkrete sag.

I modsætning til de generelle (uskrevne) EU-principper er charteret skreven ret og er tillagt samme juridiske værdi som traktaterne i medfør af TEU artikel 6, stk. 1. Charteret er imidlertid ikke medtaget i selve traktatteksten eller de tilknyttede erklæringer og protokoller.<sup>22</sup> Charteret var heller ikke medtaget i det lovforslag, som Folketinget vedtog i forbindelse med Lissabon-traktatens gennemførelse i dansk ret.<sup>23</sup>

Højesteret synes at have anskuet charteret ud fra samme synsvinkel, som retten anskuede de generelle, uskrevne EU-principper. Det er ikke forudsat i tiltrædelsesloven, at charterets bestemmelser kan have pligtsskabende virkninger for private.

Højesteret fremhævede for det første de udtrykkelige begrænsninger i charterets anvendelse, som fremgik af ordlyden af TEU artikel 6, stk. 1, og charterets artikel 51, stk. 1 og 2. I forlængelse heraf fremhævede Højesteret for det andet, at det i overensstemmelse hermed var oplyst i den redegørelse om Lissabon-traktaten, som Udenrigsministeriet afgav til Folketinget, at charteret »ikke udvider EU's beføjelser«, og at udenrigsministeren havde oplyst i et svar til Folketingets Europaudvalg, »at charteret ikke indebærer retlige forpligtelser for borgerne«.

## 82

At Højesteret lagde afgørende vægt på de retlige forudsætninger for charterets gennemførelse i dansk ret lå i naturlig forlængelse af U2013.1451H. Her betonede Højesteret således en række væsentlige retlige forudsætninger for gennemførelsen af Lissabon-traktaten, i forbindelse med at retten sagde god for, at traktaten var gen-

nemført uden at iagttage proceduren i grundlovens § 20, jf. nærmere herom i afsnit 3.2.

Højesteret støttede sig til to centrale tilkendegivelser i forarbejderne, men kunne også have henvist til en række andre steder i forarbejderne, herunder svar fra udenrigsministeren til Folketingets Europaudvalg, hvorefter charteret ikke ville medføre nye eller udvidede kompetencer for EU og EU-Domstolen.<sup>24</sup> Højesteret kunne også have henvist til, at redegørelserne fra Justitsministeriet og Udenrigsministeriet ikke omtalte den mulighed, at de mange vage, skønspregede bestemmelser i charteret kunne forpligte private, og at redegørelserne (derfor) heller ikke tog stilling til, om det i givet fald ville gøre det nødvendigt at benytte proceduren i grundlovens § 20.<sup>25</sup>

Sammenfattende udtalte Højesteret, »at bestemmelserne i charteret, herunder charterets artikel 21 om ikke-forskelsbehandling, efter tiltrædelsesloven ikke er gjort umiddelbart anvendelige her i landet«. Konstateringen skal nok læses i lyset af den måde, hvorpå Højesteret generelt anvendte udtrykket »umiddelbar anvendelig« i dommen. Udtrykket er således løbende anvendt med sigte på EU-reglers pligtsskabende virkninger til skade for private, og det er derfor nærliggende at forstå præmisserne således, at de tager sigte på en umiddelbar anvendelse over for (til skade for) private. En sådan forståelse harmonerer også bedst med den vægt, som Højesteret tillagde udenrigsministerens svar til Europaudvalget, hvorefter charteret ikke kan forpligte private.

At EU-charteret (og de generelle EU-principper) formentlig kan påberåbes af borgere og virksomheder umiddelbart over for offentlige myndigheder vil næppe have den helt store praktiske betydning. Charteret forpligter kun medlemsstaterne, i det omfang de gennemfører EU-ret, og de fleste regler i EU-direktiver kan i sig selv være umiddelbart anvendelige over for offentlige myndigheder, når implementeringsfristen er udløbet, sådan som U2014.1119H illustrerer det for beskæftigelsesdirektivet.

Det er også vigtigt at notere, at præmisserne kun retter sig mod EU-charteret (og de generelle EU-principper), og at de ikke ændrer ved, at en EU-regel (fortsat) kan være umiddelbar anvendelig over for private efter et andet retsgrundlag. At charterets artikel 15 omfatter EU-borgeres ret til at søge arbejde i alle medlemslande ændrer således ikke ved, at TEUF artikel 45 om arbejdstagernes frie bevægelighed er umiddelbar anvendelig efter tiltrædelseslovens § 3. At retten til persondatabeskyttelse er nedfældet i charterets artikel 8 ændrer heller ikke ved, at bestemmelser i persondataforordningen kan være umiddelbart anvendelige efter tiltrædelseslovens § 2, og at charterets artikel 8 kan indgå i fortolkningen af forordningens regler.

## 4. Domstolens begrænsede beføjelser over for lovgivningsmagten

I Ajos-sagen var der ikke stillet spørgsmål ved, at funktionærlovens dagældende § 2 a, stk. 3, var forenelig med grundloven. Når Højesteret konstaterede, at tiltrædelsesloven ikke indeholdt fornøden hjemmel til at se bort fra bestemmelsen, var sagen dermed afgjort.

<sup>21</sup> Se f.eks. Niels Fenger, Artikel 51 i EU's Charter om grundlæggende rettigheder i Eva Ersbøll (red.), EU's Charter - I et menneskeretligt krydsfelt, 2016, s. 187-204, særligt s. 198 ff., og Nina Holst-Christensen, EU-Chartrets horisontale direkte virkning, i samme, s. 225-43, særligt s. 238 ff.

<sup>22</sup> Charteret blev offentliggjort i EU-Tidende 2007/C 303/01 og Lissabon-traktaten i EU-Tidende 2007/C 306/01.

<sup>23</sup> Se bind 2 til lovforslag nr. 53 i Folketingets 2. samling i 2007-08 om ændring af lov om Danmarks tiltrædelse af De Europæiske Fællesskaber og Den Europæiske Union (Danmarks ratifikation af Lissabon-traktaten).

<sup>24</sup> Se en række eksempler i Jens Kristiansen, Ajos-dommen og Højesterets dilemma U2016B.301-11 (især s. 306 f.).

<sup>25</sup> Se Justitsministeriets redegørelse af 4. december 2007 for visse forfatningsretlige spørgsmål i forbindelse med Danmarks ratifikation af Lissabon-traktaten, særligt s. 101 ff., og Udenrigsministeriets redegørelse til Folketinget om Lissabon-traktaten, særligt s. 28 ff. (redegørelsen er gengivet i lovforslagets bind 3).

I umiddelbar forlængelse heraf tilføjede Højesteret imidlertid følgende:

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

Højesteret fastslog i og for sig blot det åbenlyse, at domstolene ikke kan se bort fra en gyldigt vedtaget og kundgjort lovregel. Bemærkningen var i den forstand overflødig, men tjente måske alligevel sit eget formål.

Bemærkningen kan være tænkt som en reference til, at EU-Domstolen selv anførte i præmis 35 i sin præjudicielle dom, at Højesteret havde en pligt til at undlade at anvende bestemmelsen »inden for rammerne af sin kompetence«. Med bemærkningen gjorde Højesteret det klart, at den ikke er kompetent til at undlade at anvende § 2 a, stk. 3, i en situation, hvor det i givet fald skulle ske uden hjemmel i tiltrædelsesloven eller anden tilsvarende vedtagelse fra lovgivningsmagten. Højesteret befandt sig således i en situation, der var omfattet af EU-dommens forbehold.

Bemærkningen tjente måske også det formål at fremhæve en mere principiel forskel på den dømmende magts funktioner i Danmark og EU. Mens EU-Domstolen kan prøve de lovgivende EU-organers vedtagelser på baggrund af generelle principper, den selv har udviklet i sin praksis, har Højesteret ikke en sådan beføjelse i det danske forfatningssystem. Højesteret henviste ikke udtrykkeligt til grundlovens § 3 om den lovgivende, udøvende og dømmende magt, men det er nærliggende at se bemærkningen som en reference til det grundlæggende forfatningsretlige princip om magtadskillelse.

Som anført i den forfatningsretlige teori ligger det »ganske fjernt fra dansk forfatningstradition«, at domstolene skulle være beføjede til at tilsidesætte lovgivning

### 83

på baggrund af generelle, uskrevne retsprincipper.<sup>26</sup> På trods heraf har teorien dog ikke villet udelukke, at det kunne være tilfældet i »helt ekstraordinære tilfælde«.<sup>27</sup>

Højesteret har ikke tidligere taget udtrykkelig stilling til spørgsmålet, selv om et uskrevet lighedsprincip med grundlovskraft har været påberåbt i nogle sager. I en kommentar til U1986.898H om HT-konflikten fremhævede højesteretsdommer Erik Riis, at det er »yderst tvivlsomt«, om der gælder en lighedsgrundsætning i dansk forfatningsret.<sup>28</sup>

Ajos-dommen synes at bekræfte, at det er Højesterets opfattelse, at domstolene ikke er beføjede til at tilsidesætte lovgivningsmagtens vedtagelser ud fra et generelt lighedsprincip med grundlovskraft. Ved at tilsidesætte lovgivning på et sådant grundlag, vil domstolene bevæge sig ind på lovgivningsmagtens område og samtidig afskære private fra at indrette sig i tillid til de regler, der er vedtaget af lovgivningsmagten. Det var da også en sådan sammenblanding af lovgivende og dømmende funktioner til skade for privates retssikkerhed, som Højesteret fandt var grundlovsstridig i U1999.841H om Tvind-skolerne. Højesteret lagde herved bl.a. vægt på »det retssikkerhedshensyn, der er et af de bærende hensyn bag magtadskillelsen i § 3«.<sup>29</sup>

## 5. Fra et juridisk til et politisk dilemma

Ajos-dommen vil uden tvivl blive analyseret og diskuteret i de næste mange år ikke bare i Danmark, men også i mange andre europæiske lande. Dommen er skelsættende ved, at Højesteret undlod at efterkomme de anvisninger, den kort forinden havde modtaget i en præjudiciel dom fra EU-Domstolen. Det er imidlertid vigtigt at fastslå, at dommen ikke anfægter EU-Domstolens rolle som øverste retsinstans inden for EU's retssystem. Den trækker derimod nogle klare linjer mellem dansk ret og EU-ret med en deraf følgende klar arbejdsdeling mellem danske domstole og EU-Domstolen.<sup>30</sup>

Dommen anerkender, at EU-Domstolen er den autoritative fortolker af EU-retten, men Højesteret gør det samtidig klart, at det er Højesteret, der er den autoritative fortolker af dansk ret. EU-Domstolen kan ikke give bindende pålæg om, hvornår en dansk retstilstand har en så klar og fast karakter, at den afskærer EU-konform fortolkning. Dommen synes i den henseende at kunne ses som et vink til EU-Domstolen om, at den skal respektere den traktatfastlagte arbejdsdeling, selv om Højesteret ikke siger det lige ud.

Dommen anfægter ikke, at EU-Domstolen bindende afgør, om en EU-regel har direkte virkning efter EU-retten, herunder mellem private parter. Det er således op til EU-Domstolen at afgøre, om f.eks. de enkelte bestemmelser i EU's charter om grundlæggende rettigheder kan have direkte virkning over for private. Højesteret fastslår imidlertid, at om en EU-regel med direkte virkning er umiddelbar anvendelig i Danmark afhænger af dansk ret og i praksis af tiltrædelsesloven. At Højesteret ikke fandt det muligt at anvende EU-princippet umiddelbart i Danmark til skade for en privat virksomhed adskiller sig i princippet ikke fra andre tilfælde, hvor Højesteret afviser, at det er muligt at fortolke dansk ret i overensstemmelse med EU-retten. Lovgivningsmagten kan i begge tilfælde justere lovgivningen inden for de rammer, som grundloven sætter.

Dommen kan ses som et værn om de grundlæggende principper om magtadskillelse og retssikkerhed i det danske forfatningssystem. Danske domstole har et begrænset mandat til at omfortolke og tilsidesætte lovgivning, og private kan derfor disponere i tillid til gældende dansk ret. I naturlig forlængelse heraf kan EU-ret også kun være umiddelbar anvendelig i Danmark i det omfang, lovgivningsmagten har bestemt det. I overensstemmelse med de almindelige principper for lovfortolkning spillede det i Ajos-sagen derfor en betydelig rolle, at lovgivningsmagten ikke havde forudset, at de generelle EU-principper og EU-charteret kunne forpligte private.

Med dommen ligger det fast, at hverken generelle (uskrevne) EU-principper eller bestemmelser i EU-charteret er umiddelbart anvendelige i Danmark, selv om EU-Domstolen måtte give dem direkte virkning over for private efter EU-retten. Højesteret har – med støtte i forarbejderne til tiltrædelsesloven – reelt fastslået, at der gælder »et femte EU-forbehold«. De fire officielle forbehold om henholdsvis euroen, unionsborgerskabet, det indre retlige samarbejde og det fælles forsvar er forankret i Edinburgh-afgørelsen og er dermed accepteret af EU. I modsætning hertil har »det femte forbehold« om de generelle EU-principper og EU-charteret en national karakter i og med, at det er forankret i tiltrædelsesloven og ikke tillige i et aftalegrundlag med EU.

<sup>26</sup> Se Jens Peter Christensen, Jørgen Albæk Jensen og Michael Hansen Jensen, Grundloven med kommentarer, 2015, s. 71.

<sup>27</sup> Se Jens Peter Christensen, Jørgen Albæk Jensen og Michael Hansen Jensen, Dansk Statsret, 2. udg. 2016, s. 137 ff.

<sup>28</sup> Se Erik Riis i U1987B.50 ff.

<sup>29</sup> Se nærmere herom Jens Kristiansen, Ajos-dommen og Højesterets dilemma, U2016B.301-11 (især s. 309 f.), og Jens Peter Christensen, Jørgen Albæk Jensen og Michael Hansen Jensen, Dansk Statsret, 2. udg., 2016, s. 250 ff. smh. med s. 126 ff.

<sup>30</sup> En tilsvarende tendens har været synlig i de senere års højesteretspraksis om forelæggelse af præjudicielle spørgsmål for EU-Domstolen, jf. Jens Kristiansen, Når dansk ret (måske) er uforenelig med EU-retten, Juristen 2015, s. 225-35 (især s. 226 ff.).

Den danske stat befinder sig i en situation, hvor den ikke (fuldt ud) har levet op til sine forpligtelser over for EU, sådan som disse er blevet fortolket af EU-Domstolen. Den konkrete konflikt om funktionærlovens § 2 a, stk. 3, er efter længere tids politisk tøven blevet håndteret i form af en ny EU-konform lovregel, der gælder for opsigelser, som finder sted efter den nye lovregels ikrafttræden den 1. februar 2015. For opsigelser, der har

#### 84

fundet sted før dette tidspunkt, venter der formentlig staten en række erstatningskrav fra lønmodtagere som følge af den hidtidige EU-stridige retstilstand.<sup>31</sup> Den generelle konflikt om uskrevne EU-princippers og EU-charterets manglende umiddelbare anvendelighed efter tiltrædelsesloven består. Regeringen og Folketinget har – i mine øjne – to mulige veje at gå i den henseende.

Den ene mulighed er at fastholde det grundlag, som EU-traktaterne er gennemført på i Danmark. Spørgsmålet om grundlæggende rettigheders direkte anvendelse over for private er politisk følsomt, og der er markante forskelle på den måde, som EU's medlemslande anskuer det.<sup>32</sup> Adskillelsen mellem den lovgivende og den dømmende funktion er grundlæggende i det danske forfatningssystem og har tidligere ført Højesteret til at underkende en lovregel som grundlovsstridig. En mulighed kunne derfor være – som regeringen gjorde i sit skriftlige indlæg for EU-Domstolen i Ajos-sagen – at

henvise til TEU artikel 4, stk. 2.<sup>33</sup> Ifølge bestemmelsen respekterer Unionen medlemsstaternes »nationale identitet, som den kommer til udtryk i deres grundlæggende politiske og forfatningsmæssige strukturer«.<sup>34</sup>

Den anden mulighed er at ændre tiltrædelsesloven, så domstolene får den fornødne hjemmel til at anvende de grundlæggende EU-rettigheder umiddelbart over for private i Danmark. Højesteret konstaterede i dommen, at hverken § 2 eller § 3 indeholder den fornødne hjemmel for en umiddelbar anvendelse, men tog ikke stilling til, hvilken af de to bestemmelser, det ville have været mest nærliggende at bedømme henholdsvis de generelle, uskrevne EU-principper og EU-charteret på baggrund af. Spørgsmålet har betydning for den procedure, som lovgivningsmagten i givet fald skal iagttage ved en eventuel ændring af tiltrædelsesloven. Uanset hvilken fremgangsmåde, der måtte være den rette, vil der være tale om at give danske domstole en potentielt vidtgående beføjelse til at tilsidesætte dansk lovgivning på baggrund af vage og skønsprægede (europæiske) retsprincipper med den virkning, at det vil blive mere usikkert for private at indrette sig i tillid til gældende dansk ret.

Det juridiske dilemma, som Højesteret befandt sig i ved afgørelsen af Ajos-sagen, er således nu blevet til et politisk dilemma for lovgivningsmagten. Her hører det til gengæld naturligt hjemme i et forfatningssystem som det danske.

31 Ved en dom af 19. januar 2017 har Højesteret fastslået, at staten ifaldt erstatningsansvar for ikke på en tilstrækkelig hurtig måde at have justeret den bestemmelse i ferieloven, som Højesteret (efterfølgende) afviste at fortolke EU-konformt i U2014.914H.

32 Se Julia Laffranque (red.), *The Protection of Fundamental Rights post-Lissabon*, Reports of the XXV FIDE Congress Tallinn 2012, Vol. 1, s. 89 ff. og 219 ff.

33 Udenrigsministeriet, Indlæg af 19. december 2014 fra den danske regering i EU-Domstolens sag nr. C-441/14, *Ajos*, s. 17.

34 Magtfordelingsprincippet er anset for at udgøre en del af den danske forfatningsmæssige identitet i Helle Krunke, *Constitutional identity – seen through a Danish lens*, Retfærd 2014, nr. 4, s. 24-40.