

U.2016B.301

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

Ajos-dommen og Højesterets dilemma

- ♦ *Med Ajos-dommen (dom af 16. april 2016 i C-441/14) har EU-Domstolen givet Højesteret klar besked om enten at fortolke funktionærlovens § 2 a, stk. 3, EU-konformt eller undlade at anvende bestemmelsen i en sag med en privat virksomhed. Højesteret står med den udfordring, at der ikke er et sikkert grundlag i dansk ret for at efterleve dommens vidtgående – men dårligt funderede og svagt argumenterede – anvisninger om EU-konform fortolkning og direkte virkning af det generelle ligebehandlingsprincip i sager med private. Højesteret befinder sig med andre ord i et dilemma, som der ikke er nogen enkel løsning på.*

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

1 En lille sag med store konsekvenser

Ajos-sagen fremtræder på overfladen som en banal arbejdsretlig tvist om en funktionærs krav på fratrædelsesgodtgørelse fra sin arbejdsgiver. Da han fratrådte, fik han ikke fratrædelsesgodtgørelse, da han var fyldt 60 år og dermed havde ret til aldersbetingede ydelser fra den pensionsordning, som arbejdsgiveren løbende havde indbetalt bidrag til. At han ikke fik udbetalt fratrædelsesgodtgørelse var i overensstemmelse med en fast højesteretspraksis om funktionærlovens dagældende § 2 a, stk. 3, som var blevet konfirmeret kort for inden opsigelsen med U2008.1892H.

Når sagen alligevel har principiel karakter, beror det på, at EU-Domstolen har fastslået, at bestemmelsen i § 2 a, stk. 3, er (delvis) uforenelig med EU-retten (dom af 12. oktober 2010 i C-499/08, *Ole Andersen*), og at Højesteret skal fortolke bestemmelsen EU-konformt eller undlade at anvende den, selv om der er tale om en privat arbejdsgiver (dom af 19. april 2016 i C-441/14, *Ajos*). Det er i sig selv opsigtsvækkende, at bestemmelsen har givet anledning til to præjudicielle forelæggelser for EU-Domstolen, og at Højesteret i den seneste forelæggelse reelt forsøgte at få EU-Domstolen til at revurdere sin praksis om direkte virkning over for private i den konkrete situation.

Som anført af Ruth Nielsen og Christina Tvarnø har Højesteret med Ajos-dommen imidlertid fået klar besked fra EU-Domstolen om enten at fortolke § 2 a, stk. 3, EU-konformt eller undlade at anvende bestemmelsen.¹ De to forfattere synes at gå ud fra, at det vil være en relativ ukompliceret sag for Højesteret at efterleve EU-dommen ved at fortolke § 2 a, stk. 3, EU-konformt eller alternativt undlade at anvende bestemmelsen. Som det vil fremgå af det følgende, er det min opfattelse, at der er et meget usikkert grundlag i dansk ret for at efterleve dommen, og at Højesteret derfor befinder sig i et dilemma, når retten skal afgøre sagen.²

I det følgende behandler jeg først Højesterets mulighed for at foretage en EU-konform fortolkning af funktionærlovens § 2 a (pkt. 2) og dernæst muligheden for at anvende det generelle ligebehandlingsprincip med direkte virkning over for den private virksomhed i sagen (pkt. 3). Artiklen rundes af med nogle sammenfattende bemærkninger om det dilemma, som Højesteret befinder sig i (pkt. 4).

2 Håndtering af Ajos-dommen inden for rammerne af dansk ret

2.1 Pligten til EU-konform fortolkning efter Ajos-dommen

I Ole Andersen-dommen udtalte generaladvokat Kokott i sit forslag til afgørelse, at funktionærlovens § 2 a, stk. 3, burde kunne fortolkes i overensstemmelse med beskæftigelsesdirektivet, da den »strenge udlægning af undtagelsesbestemmelsen« kun beroede »på fortolkningen i dansk retspraksis«. De ni medvirkende højesteretsdommere i Ajos-sagen udtalte imidlertid enstemmigt i forelæggelsen for EU-Domstolen, at det ikke er muligt at fortolke bestemmelsen EU-konformt som følge af en »fast retspraksis«, jf. U2014.3667H. På trods af den klare konstatering fra Højesteret kom spørgsmålet om EU-konform fortolkning til at spille en fremtrædende rolle for både generaladvokaten og Domstolen.

Generaladvokaten var i sit forslag opmærksom på Domstolens langvarige praksis om, at EU-konform fortolkning

302

skal foregå inden for rammerne af de fortolkningsmetoder, der er anerkendt i national ret. Han foreslog alligevel Domstolen at statuere, at det ikke kan være en hindring for at fortolke EU-konformt, »at der foreligger en fast national retspraksis«. Generaladvokaten lagde herved bl.a. vægt på, at en ændret fortolkning af bestemmelsen på ingen måde ville indebære, »at Højesteret må foretage en omskrivning af denne nationale bestemmelse« (pkt. 69).

Domstolen fulgte generaladvokatens opfordring og udtalte i præmis 33, »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 *Centroteel*, C-456/98, EU:C:2000:402, præmis 17)«. Den dom, som EU-Domstolen henviste til, forholdt sig ikke direkte til spørgsmålet, hvilket måske er grunden til den noget løse reference »jf. i denne retning«. Ifølge Domstolen kunne Højesteret imidlertid 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

¹ 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.

² Dette dilemma er også tidligere belyst mere generelt af Ole Hasselbalch, Forfatningskrise?, U2012B.295-99, og Ret, uret og EU-ret, U2015B.53-59, og 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, og The growing conflict between European uniformity and national flexibility, 2015, s. 215 ff.

stedse har fortolket denne bestemmelse i en retning, som ikke er forenelig med denne ret« (præmis 34).

Selv om Domstolen formulerede sig mindre bastant end generaladvokaten, var budskabet det samme: De ni medvirkende højesteretsdommere i Ajos-sagen var på vildveje, da de konstaterede, at det ikke var muligt at fortolke § 2 a, stk. 3, i overensstemmelse med Ole Andersen-dommen på grund af en »fast retspraksis«.

Domstolen berørte ikke, om det er foreneligt med dens kompetence efter TEUF artikel 267 til at fortolke »retsakter udstedt af Unionens institutioner« at pålægge en national domstol at se bort fra en fast retspraksis ved fortolkningen af en national lovregel. Domstolen har løbende fastslået, at den ikke har kompetence til at fortolke national ret under et præjudicielt søgsmål, jf. f.eks. dom af 27. november 2001 i C-285/99, *Lombardini*, og dom af 9. september 2003 i C-151/02, *Jaeger*. På linje hermed har Domstolen også løbende fastslået, at den EU-konforme fortolkning skal foregå inden for rammerne af de anerkendte fortolkningsmetoder i national ret, jf. f.eks. dom af 24. januar 2012 i C-282/10, *Dominguez*.

2.2 EU-konform fortolkning af funktionærlovens § 2 a

Danske domstoles EU-retlige forpligtelse til at fortolke national ret EU-konformt er uproblematisk, så længe den foregår inden for rammerne af de anerkendte fortolkningsmetoder i dansk ret. Højesteret er efter grundlovens §§ 3, 63 og 64 den autoritative fortolker af dansk ret, og det er således i sidste ende Højesteret, der afgør, om den dagældende § 2 a, stk. 3, kan fortolkes i overensstemmelse med EU-dommen i Ole Andersen-sagen. Der er ingen støtte i ordlyden af eller forarbejderne til tiltrædelsesloven for, at EU-Domstolen skulle have fået overdraget en beføjelse til at pålægge danske domstole at ændre ved fortolkningen af dansk ret med bindende virkning for danske borgere (se i øvrigt nærmere herom i afsnit 3).³

Højesteret strækker sig generelt langt for at fortolke dansk ret i overensstemmelse med EU-retten, men har i nyere praksis også betonet hensynet til, at private kan indrette sig i tillid til en fast retstilstand, jf. U2014.914H.⁴ Det er på linje hermed, når Højesteret i forelæggelseskendelsen i Ajos-sagen konstaterede, at funktionærlovens § 2 a, stk. 3, ikke kunne fortolkes EU-konformt på grund af en »fast retspraksis«, jf. U2014.3667H. Der er dog ikke kun tale om en fast højesteretspraksis, men også om en praksis, der er blevet konfirmeret ad flere omgange af lovgivningsmagten.

Bestemmelsen i § 2 a blev indført ved en ændring af funktionærloven i 1971 med sigte på »at mildne overgangen til anden beskæftigelse« for funktionærer med langvarig ansættelse i samme virksomhed.⁵ Den undtog funktionærer med en pensionsordning, som arbejdsgiveren havde bidraget til. Ifølge forarbejderne tog bestemmelsen sigte på »situationer der normalt indebærer, at den pågældende udtræder af arbejdsmarkedet«. I højesteretspraksis blev bestemmelsen på baggrund af »ordlyden« og »forarbejderne« forstået

således, at den afskar funktionærer fra fratrædelsesgodtgørelse, uanset om pensionen var af beskeden størrelse, og funktionæren foretrak at blive på arbejdsmarkedet frem for at udtræde af det, jf. U1991.317H.

Lovgivningsmagten justerede undtagelsesbestemmelsen i 1996, således at der blev indsat et krav om, at funktionæren skulle være indtrådt i pensionsordningen inden det fyldte 50. år. Justeringen skulle modvirke, at en funktionær blev frataget retten til fratrædelsesgodtgørelse, som følge af at vedkommende ville være berettiget til en beskeden pensionsydelse fra pensionsordningen. Den nye bestemmelse ændrede derimod ikke ved, at det afgørende for bortfaldet af retten til fratrædelsesgodtgørelse var, om funktionæren ville være omfattet af en arbejdsgiverfinansieret pensionsordning, ikke om vedkommende ønskede at aktivere den.

303

6

Ved implementeringen af forbuddet mod forskelsbehandling på grund af alder i 2004 overvejede regeringen og Folketinget aldersgrænserne i funktionærlovens § 2 a. Ifølge bemærkningerne til lovforslaget udgjorde selve retten til fratrædelsesgodtgørelse i medfør af § 2 a en indirekte forskelsbehandling af yngre funktionærer, som dog var legitim på grund af dens sigte på at beskytte ældre funktionærer og lette deres overgang til anden beskæftigelse. Hverken lovforslaget eller den efterfølgende behandling i Folketinget forholdt sig eksplicit til bortfaldet af fratrædelsesgodtgørelsen som følge af retten til alderspension i § 2 a, stk. 3. Det fremgår imidlertid af Beskæftigelsesministeriets høringsnotat til lovforslaget, at Lederne i et høringsvar stillede spørgsmål ved, om undtagelserne i § 2 a, stk. 2 og 3, var forenelige med beskæftigelsesdirektivet. Ifølge Beskæftigelsesministeriet gav Lederne bemærkninger ikke regeringen anledning til at foreslå en justering af § 2 a.⁷ Der blev heller ikke stillet forslag herom fra andre politiske partier i forbindelse med behandlingen af lovforslaget. Den eneste ændring, der blev foretaget af funktionærloven, var ophævelsen af en aldersgrænse i funktionærlovens § 2 b.⁸

EU-dommen i Ole Andersen-sagen gav først anledning til en justering af § 2 a i januar 2015, efter at Højesteret havde peget på, at udformningen af nye generelle retningslinjer for bortfaldet af fratrædelsesgodtgørelse var Folketingets, ikke domstolens, opgave, jf. U2014.1119H. Ved justeringen blev retten til fratrædelsesgodtgørelse i medfør af stk. 1 indskrænket, samtidig med at undtagelserne i stk. 2 og 3 blev ophævet. Det fremgår af bemærkningerne til lovforslaget, at det var et vigtigt hensyn ved udformningen af den nye regel, at den var omkostningsneutral for erhvervslivet i forhold til den tidligere regel.⁹ Ifølge ændringslovens § 2, stk. 2, finder den ny § 2 a »anvendelse på opsigelser, der finder sted efter lovens ikrafttræden« (1. februar 2015).

Som det fremgår af det foregående, er der ikke noget i den løbende politiske stillingtagen til § 2 a, der giver grundlag for at fortolke

3 På linje hermed betoner Justitsministeriet, at Domstolen »kun (har) kompetence til at fortolke fællesskabsret« i redegørelse af 11. maj 2009 for forholdet mellem EF-Domstolens kompetence og grundloven (pkt. 4.1.3).

4 Se for en mere indgående behandling af dommen og Højesterets praksis Jens Kristiansen, Grænser for EU-konform fortolkning i nyere højesteretspraksis, *Juristen* 2014, s. 17-29. Se også U2016.1230H om legalitetsprincippet som grænse for EU-konform fortolkning i straffesager.

5 Folketingstidende 1970-71, tillæg A, sp. 1331ff.

6 Se nærmere om baggrunden lovforslag nr. 180 i Folketingets 1. samling 1995-96 om ændring af lov om retsforholdet mellem arbejdsgivere og funktionærer.

7 Se høringsnotatets side 2 i bilag 1 til lovforslag nr. 92 i Folketingets 1. samling 2004-05 om ændring af lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet (indsættelse af alder og handicap som kriterier i loven).

8 Se lovforslag nr. 91 i Folketingets 1. samling 2004-05 om ændring af lov om retsforholdet mellem arbejdsgivere og funktionærer (ophævelse af 18-årsgrænsen i § 2 b).

9 Lovforslag nr. 84 i Folketingets 1. samling 2014-15 om ændring af lov om retsforholdet mellem arbejdsgivere og funktionærer.

bestemmelsen på en anden måde, end den Højesteret har foretaget gennem en lang periode. Højesterets forståelse blev sanktioneret ved ændringen af § 2 a, stk. 3, i 1996, bestemmelsen blev anset for at være forenelig med beskæftigelsesdirektivet ved ændringen af forskelsbehandlingsloven i 2004, og ophævelsen af § 2 a, stk. 3, i 2015 fik alene virkning for fremtidige opsigelser. Det forekommer derfor at være med rette, at Højesteret i U2014.3667H har fastslået, at det ikke vil være muligt at fortolke bestemmelsen i overensstemmelse med Ole Andersen-dommen.

2.3 Forrang for forskelsbehandlingsloven i forhold til funktionærloven

Et muligt alternativ til EU-konform fortolkning kunne være at anvende forskelsbehandlingslovens § 2, stk. 1, om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder forud for bestemmelsen i funktionærlovens § 2 a, stk. 3. En sådan overvejelse har dog så vidt ses ikke været aktuel i Ajos-sagen, herunder ved Højesterets forelæggelse af spørgsmål for EU-Domstolen.

Denne fremgangsmåde spillede til gengæld en vigtig rolle i en lignende sag om funktionærlovens § 5, stk. 2, om forkortet opsigelsesvarsel ved 120 dages sygefravær inden for 12 måneder. EU-Domstolen har ved dom af 11. april 2013 i C-335/11 og C-337/11, *Ring og Werge*, fastslået, at forbuddet mod forskelsbehandling på grund af handicap i beskæftigelsesdirektivets artikel 2 er til hinder for en retstilstand svarende til funktionærlovens § 5, stk. 2, når sygefraværet er en følge af, at arbejdsgiveren har undladt at træffe hensigtsmæssige tilpasningsforanstaltninger i overensstemmelse med dette direktivs artikel 5.

Højesteret konstaterede i U2015.3827H, at forskelsbehandlingsloven har gennemført beskæftigelsesdirektivet i dansk ret og må fortolkes i overensstemmelse hermed. Højesteret udtalte videre, at det »følger heraf, at 120-dages-reglen i funktionærloven ikke kan anvendes, heller ikke af private arbejdsgivere, hvis et sygefravær er en følge af, at arbejdsgiveren har undladt at træffe hensigtsmæssige tilpasningsforanstaltninger efter forskelsbehandlingslovens § 2 a«. Det anførte fra virksomheden om en manglende direkte virkning af beskæftigelsesdirektivet i forhold til private kunne ikke føre til et andet resultat, »idet retstilstanden som nævnt følger af forskelsbehandlingslovens regler om forbud mod forskelsbehandling på grund af handicap, og disse regler er både nyere og må anses for specielle i forhold til 120-dages reglen i funktionærlovens § 5, stk. 2«. Den private virksomhed blev herefter dømt til at betale godt ét års løn i form af ekstra opsigelsesvarsel og godtgørelse for uberettiget opsigelse, selv om opsigelsen var foretaget i overensstemmelse med såvel ordlyden som en fast og langvarig forståelse af § 5, stk. 2.¹⁰

At Højesteret gav forskelsbehandlingsloven forrang frem for funktionærlovens § 5, stk. 2, medførte de facto

304

det samme resultat som en EU-konform fortolkning af bestemmelsen ville have medført. Det springer derfor i øjnene, at Højesteret undlod at tage stilling til, om funktionærlovens § 5, stk. 2, kunne være fortolket på en EU-konform måde. Hvis det ikke var muligt at fortolke bestemmelsen i overensstemmelse med beskæftigelsesdirektivet, kan det virke som et kunstgreb i stedet at give forskelsbehandlingsloven – som implementerer selvsamme direktiv – forrang frem for bestemmelsen. Mens forskelsbehandlingsloven oplagt er af nyere dato end funktionærlovens § 5, stk. 2, forekommer det ikke overbevisende, at det generelle forbud mod handicapdiskrimi-

nation er mere specielt end den detaljerede regel om opsigelse med forkortet varsel ved 120 dages sygefravær.¹¹

Ved implementeringen af beskæftigelsesdirektivet forholdt Beskæftigelsesministeriet sig ikke eksplicit til, om funktionærlovens § 5, stk. 2, var forenelig med beskæftigelsesdirektivets forbud mod handicapdiskrimination. Derved adskiller situationen sig fra den foreliggende om § 2 a, stk. 3, hvor Beskæftigelsesministeriet som nævnt i sit høringsnotat til Folketinget afviste et synspunkt fra Lederne om, at § 2 a, stk. 3, var uforenelig med beskæftigelsesdirektivets forbud mod aldersdiskrimination. Det er således politisk lagt til grund ved implementeringen af beskæftigelsesdirektivet, at der ikke var en modsætning mellem forskelsbehandlingslovens forbud mod forskelsbehandling på grund af alder og den manglende ret til fratrædelsesgodtgørelse efter funktionærlovens § 2 a, stk. 3. Det forekommer allerede af den grund ikke muligt at anvende forskelsbehandlingslovens forbud mod forskelsbehandling på grund af alder forud for § 2 a, stk. 3.

3 Umiddelbar anvendelse af EU-retten

3.1 Det generelle ligebehandlingsprincips direkte virkning ifølge Ajos-dommen

Formålet med Højesterets forelæggelse var at få EU-Domstolen til at besvare to spørgsmål om den direkte virkning af det generelle EU-princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder i forhold til private. Mens generaladvokaten undlod at besvare de stillede spørgsmål, fik Højesteret en besvarelse af begge spørgsmål fra EU-Domstolen.

Med hensyn til det første spørgsmål udtalte Domstolen, at det generelle EU-retlige princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder er til hinder for en retstilstand svarende til den, der fulgte af den dagældende funktionærlovs § 2 a, stk. 3. Ifølge Domstolen er beskæftigelsesdirektivet blot det konkrete udtryk for det generelle EU-princip, og der er derfor sammenfald mellem princippets og direktivets anvendelsesområde. I praksis får direktivets forbud mod forskelsbehandling på grund af alder dermed reelt direkte virkning mellem private, selv om direktivet ikke har en sådan virkning efter TEUF artikel 288.

Domstolen henviste ikke til en specifik hjemmel i traktatgrundlaget for hverken det generelle princip eller dets direkte virkning. For så vidt angik det generelle princip henviste Domstolen til, at det »har sin oprindelse i forskellige internationale konventioner og i medlemsstaternes fælles forfatningsmæssige traditioner« (præmis 22). Med hensyn til den direkte virkning henviste 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). Domstolen forklarede ikke, hvordan denne »nødvendighed« stemte overens med, at den »med hensyn til en tvist mellem private stedse har fastslået, at et direktiv ikke i sig selv kan skabe forpligtelser for private« (præmis 30).

Domstolen udtalte med hensyn til det andet spørgsmål, at Højesteret ikke kan støtte sig på retssikkerhedsprincippet med henblik på fortsat at anvende en national lovregel, som er i strid med det generelle princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder. Det ville ifølge Domstolen »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« (præmis 39). Ifølge dommen kan Højesteret derfor ikke afveje den direkte virkning af det generelle li-

¹⁰ Allerede ved den oprindelige vedtagelse af bestemmelsen lå det klart, at det ikke gjorde en forskel, om et sygefravær var en følge af et handicap, jf. betænkning om revision af funktionærloven, 1947, s. 17.

¹¹ Se for en mere grundig behandling af dommen Jens Kristiansen, Når dansk ret (måske) er uforenelig med EU-retten, *Juristen* 2015, s. 225-35.

gebehandlingsprincip over for retssikkerhedsprincippet, men skal undlade at anvende bestemmelsen i § 2 a, stk. 3, hvis det ikke er muligt at fortolke den EU-konformt.

EU-Domstolen tillagde ikke retssikkerhedsprincippet – som også har status af et generelt EU-princip – samme vægt, som den har gjort i en række andre domme. Domstolen har f.eks. fastslået, at retssikkerhedsprincippet og det hermed forbundne princip om beskyttelse af den berettigede forventning kræver, at retsreglerne er klare og præcise, og at deres anvendelse er forudsigelig for borgerne. Dette princip gælder ifølge Domstolen med særlig styrke, når der er tale om bestemmelser med retsvirkninger af økonomisk art, jf. f.eks. dom af 9. oktober 2014 i C-492/13, *Traum*.

At Domstolens praksis om ligebehandlingsprincippets direkte virkning over for private er kontroversiel viser sig også i form af en – opsigtsvækkende – kritik fra en række af dens egne generaladvokater. Flere generaladvokater har således peget på, at Domstolens praksis savner en klar traktatmæssig hjemmel, og at den er problematisk i forhold til privates retssikkerhed.

305

¹²

3.2 EU-rettens umiddelbare anvendelse i dansk ret

EU-Domstolen afgør, om en regel har direkte virkning efter EU-retten, men en sådan regel kan alene finde umiddelbar anvendelse i dansk ret via tiltrædelseslovens generelle regler.¹³ Tiltrædelsesloven anviser to mulige veje for en umiddelbar anvendelse af EU-ret i Danmark: Den ene mulighed er ifølge § 2, at den umiddelbare anvendelighed er et resultat af en beføjelse, som er overdraget til EU i henhold til de traktater, der er oplyst i lovens § 4. Den anden mulighed er ifølge § 3, at den umiddelbare anvendelighed følger direkte af de traktater, som er oplyst i § 4.

Mens tiltrædelsesloven fastlægger de situationer, hvor EU-retten kan være umiddelbar anvendelig i Danmark, forholder den sig ikke udtrykkeligt til konflikter mellem dansk ret og EU-retten. Det er forudsat i forarbejderne til den oprindelige lov, at domstolene kan håndtere EU-rettens krav på forrang på grundlag af grundlovens § 20, tiltrædelsesloven samt den generelle formodning for, at Folketinget lovgiver i overensstemmelse med Danmarks internationale forpligtelser.¹⁴ Denne opfattelse har også været lagt til grund ved de efterfølgende ændringer af tiltrædelsesloven.¹⁵

Højesteret forudsætter, at danske domstole skal anvende EU-retten umiddelbart – og med forrang frem for dansk ret – i det omfang det følger af en EU-retsakt eller en EU-dom, jf. U1998.800H om Maastricht-traktaten og U2013.1451H om Lissabon-traktaten. Dommene har dog det forbehold, at den relevante EU-retsakt eller EU-dom skal befinde sig inden for de overdragne beføjelser i tiltrædelsesloven og de grænser, grundloven sætter.¹⁶ I U2013.1451H betonedes Højesteret danske myndigheders pligt til løbende at sikre,

at EU – herunder EU-Domstolen – anvender traktaten på en måde, der er forenelig med de overdragne beføjelser.

Spørgsmålet er, om en umiddelbar anvendelse af det generelle EU-princip med forrang frem for funktionærlovens § 2 a, stk. 3, vil have den fornødne hjemmel i tiltrædelseslovens §§ 2 og 3 sammenholdt med TEUF artikel 19 om bekæmpelse af forskelsbehandling, TEU artikel 6, stk. 1, om chartret om borgernes grundlæggende rettigheder og TEU artikel 6, stk. 3, om generelle EU-principper (afsnit 3.3). Det er også et spørgsmål, om en umiddelbar anvendelse med forrang frem for en gyldigt vedtaget og kundgjort lovregel til skade for en privat virksomhed vil være foreneligt med grundloven (afsnit 3.4).

3.3 Tiltrædelsesloven

3.3.1 TEUF artikel 19 om bekæmpelse af forskelsbehandling

En EU-regel kan ifølge tiltrædelseslovens § 3 anvendes umiddelbart i Danmark, hvis den er indeholdt i en af de oplistede traktater i § 4. Det vil f.eks. være muligt at anvende TEUF artikel 157 om ligeløn umiddelbart i en dansk retssag, da EU-Domstolen har fastslået, at den har direkte virkning i forhold til såvel offentlige myndigheder som private virksomheder, jf. dom af 8. april 1976 i C-43/75, *Defrenne*.

Der knytter sig i forlængelse heraf en særlig interesse til TEUF artikel 19 om bekæmpelse af forskelsbehandling som følge af bl.a. alder. I modsætning til TEUF artikel 157, som er en pligtbestemmelse, er TEUF artikel 19 imidlertid kun en kompetencebestemmelse. Rådet kan ifølge stk. 1 (med enstemmighed) »træffe hensigtsmæssige foranstaltninger« med sigte på at bekæmpe forskelsbehandling på grund af bl.a. alder. EU-Domstolen har i flere tilfælde fastslået, at bestemmelsen kun vedrører Unionens »kompetencer« til at træffe hensigtsmæssige foranstaltninger, jf. dom af 11. juli 2006 i C-13/05, *Chacón Navas*, og dom af 18. december 2014 i C-354/13, *Kaltoft*.

At bestemmelsen – som oprindeligt kom ind i Amsterdam-traktaten – kun er en hjemmelsbestemmelse blev også lagt til grund ved den danske ratificering af traktaten:

»Artikel 6a er en hjemmelsbestemmelse. Den betyder, at Fællesskabet inden for traktatens rammer og med enstemmighed kan vedtage retsakter til bekæmpelse af forskelsbehandling. Disse retsakter kan både være bindende og ikke-bindende, jf. EF-traktatens artikel 189.«¹⁷

Bestemmelsen var en af de primære grunde til, at Amsterdam-traktaten blev gennemført efter grundlovens § 20-procedure. Det lå således fast ved ratifikationen af traktaten, at den nye bestemmelse gav EU »hjemmel til at udstede bl.a. umiddelbart anvendelige retsakter«.

306

¹² Se bl.a. 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*.

¹³ Se oprindeligt lov nr. 447 af 11. januar 1972 om Danmarks tiltrædelse af De Europæiske Fællesskaber og senest lov nr. 321 af 30. april 2008 om ændring af lov om Danmarks tiltrædelse af De Europæiske Fællesskaber og Den Europæiske Union (Danmarks ratifikation af Lissabon-traktaten).

¹⁴ Se FT 1971-72, tillæg B, sp. 2802.

¹⁵ Se senest Justitsministeriets redegørelse af 4. december 2007 for visse forfatningsretlige spørgsmål i forbindelse med Danmarks ratifikation af Lissabon-traktaten, s. 95ff.

¹⁶ Se om tilsvarende praksis hos forfatningsdomstole og højesteretter i andre EU-lande Per Cramér, The roles of mutual trust in EU law, i Michael Dougan og Samantha Currie (red.), 50 years of the European treaties, Looking back and thinking forward, 2009, s. 43-61, og Bruno de Witte, Direct effect, primacy, and the nature of the legal order, i Poul Craig og Gráinne de Búrca (red.), The evolution of EU law, 2. udg. 2011, s. 323-62.

¹⁷ Se svar fra udenrigsministeren i besvarelse af 5. september 1997 af spørgsmål nr. 200 fra Folketingets Europaudvalg (alm. delbilag 1280 m.v.), der er gengivet i bilag til Europaudvalgets betænkning over lovforslag nr. 1 i Folketingets 2. samling i 1997-98 (Materialesamling vedrørende Folketingets behandling af Amsterdam-traktaten).

Efter TEUF artikel 19 er valget af retsakt et politisk valg inden for de rammer, som bl.a. nærheds- og proportionalitetsprincippet sætter, jf. TEU artikel 5, stk. 3 og 4. Rådet valgte med beskæftigelsesdirektivet at vedtage en retsakt, som kun retter sig til medlemsstaterne, jf. TEUF artikel 288. EU-Domstolen har imidlertid reelt – via det generelle ligebehandlingsprincip, den selv har udviklet – tillagt direktivet direkte virkning i forhold til private.

Spørgsmålet er, om det gør en relevant forskel i forhold til tiltrædelseslovens § 2 og grundlovens § 20, at det er EU-Domstolen og ikke Rådet, der har givet det EU-retlige forbud mod forskelsbehandling på grund af alder direkte virkning for private. Det følger af tiltrædelseslovens § 2, at EU's »institutioner« kan udøve de overdragne beføjelser »i det omfang, det er fastsat i de i § 4 nævnte traktater«.

Ifølge den forfatningsretlige teori gør det som altovervejende regel ikke en forskel, om en overdraget beføjelse bliver udøvet af et andet EU-organ end det oprindeligt forudsatte, da beføjelsen ifølge § 2 er overladt til EU som sådan.¹⁹ Højesteret har tilsvarende fastslået, at der ikke foreligger en ny § 20-situation, hvis der sker ændringer i den måde, som EU kan udøve en overladt beføjelse på, jf. U2013.1451H.

I det foreliggende tilfælde vil der imidlertid ikke blot være tale om, at et andet EU-organ udøver den overladede beføjelse, men også om, at den regulerende beføjelse skifter karakter til en dømmende beføjelse (som er den eneste Domstolen har i medfør af TEU artikel 19). Det har siden Danmarks optagelse i Fællesskabet i 1973 været et fast teoretisk synspunkt, at bestemthedskravet indebærer, at tiltrædelsesloven både skal præcisere, hvilke sagsområder der er overladt, og angive »beføjelsernes indhold, f.eks. om de går ud på at fastsætte generelle regler, træffe konkrete beslutninger af administrativ karakter eller afgøre retstvister«.²⁰ Denne forståelse af bestemthedskravet har også løbende været lagt til grund af Justitsministeriet ved de forfatningsretlige redegørelser for de skiftende traktater.²¹

Højesteret har på linje hermed i U1998.800H fastslået, at bestemthedskravet »må forstås således, at der skal foretages en positiv afgrænsning af de overladede beføjelser dels med hensyn til sagsområder, dels med hensyn til beføjelsernes karakter«. I U2013.1451H tilføjede Højesteret, at § 20-proceduren skal iagttages, »hvis den mellemfolkelige myndighed overlades yderligere beføjelse til at udøve lovgivende, administrativ eller dømmende myndighed med direkte virkning i Danmark, hvad enten udvidelsen angår sagsområderne eller karakteren af de overladede beføjelser«.

Den lovgivende beføjelse, som er overladt til EU i medfør af tiltrædelseslovens § 2 smh. med TEUF artikel 19, retter sig mod (generelle) retsakter om bekæmpelse af forskelsbehandling. Der er væsentlig forskel på at overlade en beføjelse til EU's politiske organer til at vedtage retsakter (med vetoret for den danske regering) og at overlade en beføjelse til EU's dømmende instanser til at udvikle generelle retsprincipper på baggrund af konkrete retstvister.²²

Sammenfattende vil det ikke være muligt at anse et dommerskabt EU-princip for at være omfattet af den lovgivende beføjelse, der

er afgivet i medfør af tiltrædelseslovens § 2 smh. med TEUF artikel 19.

3.3.2 EU-chartret – TEU artikel 6, stk. 1

Unionen anerkender ifølge TEU artikel 6, stk. 1, de rettigheder, som er fastlagt i chartret om borgernes grundlæggende rettigheder. Chartret blev oprindeligt kun proklameret som en højtidelig erklæring i forbindelse med Nice-traktaten, men fik med Lissabon-traktaten »samme juridiske værdi som traktaterne«. Det fremgår udtrykkeligt af ordlyden af chartrets artikel 21, at den omfatter et forbud mod at forskelsbehandle på grund af (bl.a.) alder.

Chartret forpligter ifølge artikel 51, stk. 1, dels »Unionens institutioner«, dels »medlemsstaterne, dog kun når de gennemfører EU-retten«. De fastlagte rettigheder har således et mere begrænset anvendelsesområde end f.eks. ligelønspligten i TEUF artikel 157, da de i forhold til medlemsstaterne kun gælder inden for EU-rettens anvendelsesområde.

EU-Domstolen er måske af den opfattelse, at chartrets artikel 21 – trods ordlyden af artikel 51, stk. 1 – også kan forpligte private, jf. dom af 15. januar 2014 i C-176/12, *AMS*. I *Ajos*-sagen støtter Domstolen dog ikke den direkte virkning på en udtrykkelig henvisning til chartrets artikel 21, men konstaterer blot, at princippet »nu er fastsat i artikel 21«.

Når Domstolen ikke henviste direkte til chartrets artikel 21 til støtte for den direkte virkning, kan det bero på, at opsigelsen og fratrædelsen fandt sted i henholdsvis maj og juni 2009, og dermed inden chartret fik juridisk virkning med Lissabon-traktatens ikrafttræden den 1. december 2009. Domstolen har fastslået, at chartret ikke

307

kan finde direkte anvendelse i en tvist mellem private parter, hvis de faktiske forhold ligger forud for den dato, hvor chartret fik samme værdi som traktaterne, jf. dom af 26. marts 2015 i C-316/13, *Fenoll*.

Det følger således allerede af Domstolens praksis, at chartrets artikel 21 ikke kan finde umiddelbar anvendelse på opsigelsen i *Ajos*-sagen. Det er dog et spørgsmål, om det efter dansk ret vil gøre en forskel, om opsigelsen først havde fundet sted efter den 1. december 2009, hvor chartret fik samme værdi som traktaterne.

Lissabon-traktaten blev ganske vist indføjet i oplistningen af traktater i tiltrædelseslovens § 4 ved en ændring af loven i 2008. Udgangspunktet vil derfor være, at chartret kan finde umiddelbar anvendelse i dansk ret efter Lissabon-traktatens ikrafttræden i medfør af tiltrædelseslovens §§ 3 og 4, da det efter dette tidspunkt er tillagt »samme juridiske værdi som traktaterne« i medfør af TEU artikel 6, stk. 1.

Under Folketingets behandling af Lissabon-traktaten blev det imidlertid lagt til grund, at chartrets formål (kun) var at »synliggøre« de grundlæggende rettigheder, som allerede eksisterede i EU. Det blev således understreget af udenrigsministeren, at chartret »ikke (...) indeholder nye eller udvidede rettigheder i forhold til

¹⁸ Justitsministeriets redegørelse af 6. oktober 1997 om visse forfatningsmæssige spørgsmål i forbindelse med Danmarks ratifikation af Amsterdam-traktaten.

¹⁹ Se Per Lachmann, Grundlovens § 20 og traktater, der ændrer EU's institutioner, *Juristen* 2012, s. 259 ff.

²⁰ Max Sørensen, Responsum til Folketingets Markedsudvalg, trykt i *Juristen* 1971, s. 434 ff.

²¹ Se f.eks. Justitsministeriets redegørelse af 4. december 2007 for visse forfatningsretlige spørgsmål i forbindelse med Danmarks ratifikation af Lissabon-Traktaten, s. 19.

²² Der gælder dog næppe noget krav om, at den udvidede beføjelse for EU skal have en »væsentlig« karakter, jf. Jørgen Steen Sørensen, Max Sørensen og grundlovens § 20 – Fra Forfatningskommissionens betænkning til Lissabon-Traktaten, i Jens Hartig Danielsen (red.), Max Sørensen 100 år, 2013, s. 495-519, særligt s. 506 ff.

de rettigheder, som EU efter EF-domstolens praksis skal overholde allerede i dag«. ²³

Denne forståelse af chartret kommer også til udtryk i protokol 30 til Lissabon-traktaten om chartrets anvendelse i Polen og Det Forenede Kongerige. Ifølge protokollens artikel 1 giver chartret »ikke øget kompetence« til EU-Domstolen og nationale domstole til at erklære love i de to lande i modstrid med chartret. Ved Folketingets behandling af Lissabon-traktaten blev det lagt til grund, at protokollen er et generelt »fortolkningsredskab om chartrets anvendelsesområde«. ²⁴ Højesteret lagde ved sin afgørelse af, om Lissabon-traktaten rettelig skulle være gennemført efter grundlovens § 20-procedure til grund, at chartret skal forstås i overensstemmelse med de tilknyttede protokoller, jf. U2013.1451H.

Ved ratifikationen af Lissabon-traktaten er det ydermere lagt til grund, at »den retlige funktion af charteret (er) at sætte grænser for institutionernes beføjelser og for medlemsstaterne, når de gennemfører EU-retten«. ²⁵ På et direkte spørgsmål, om chartret (også) indeholder »retlige forpligtelser for borgerne«, svarede udenrigsministeren: »Nej, charteret retter sig til henholdsvis EU's institutioner (...) samt til medlemsstaterne, når de gennemfører EU-retten«. ²⁶

Sammenfattende synes det således generelt at ligge uden for det politiske mandat – som det tegner sig i forarbejderne til loven om ratifikationen af Lissabon-traktaten – at undlade at anvende funktionærlovens § 2 a, stk. 3, i en sag med en privat virksomhed, alene med henvisning til at chartrets artikel 21 er umiddelbar anvendelig efter tiltrædelseslovens § 3.

3.3.3 Generelle EU-principper – TEU artikel 6, stk. 3

Det fremgår af det foregående afsnit, at det generelle ligebehandlingsprincip, der finder anvendelse i Ajos-sagen, har en uskreven karakter, som Højesteret også synes at antage i sin forelæggelseskendelse i U2014.3667H. På linje hermed henviste EU-Domstolen til, at det generelle EU-princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder har udspring i »forskellige internationale konventioner« og »medlemsstaternes fælles forfatningsmæssige traditioner«. Det peger i retning af TEU artikel 6, stk. 3, som kom ind i forbindelse med Maastricht-traktaten som en kodificering af Domstolens praksis om grundlæggende rettigheder. Bestemmelsen gør både Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (EMRK) og de grundlæggende rettigheder, som følger af »medlemslandenes fælles forfatningsmæssige traditioner«, til generelle principper i EU-retten.

Domstolen har ikke støttet den direkte virkning af det generelle princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder på en udtrykkelig reference til bestemmelsen i TEU artikel 6, stk. 3. Der er heller ingen støtte for, at en direkte virkning af generelle EU-

principper for private skulle være udtryk for medlemslandenes fælles forfatningsmæssige traditioner, da der er meget forskellige nationale traditioner på dette politisk og retlige sensitive område. ²⁷ Domstolen har i de foreløbige domme udelukkende begrundet den direkte virkning i hensynet til at sikre princippet »fulde virkning«. ²⁸ Domstolens nuværende præsident, Koen Lenaerts, har – sammen med en kollega – forklaret tankegangen bag denne praksis således:

308

»However, once it is determined that a national measure infringes secondary legislation embedding a general principle, the consequences that flow from such determination do not pertain to the powers of the EU-legislature. Given that general principles enjoy a »constitutional status«, whether a general principle produces horizontal direct effect is a »[question] of [primary-law] interpretation which fall[s] within the jurisdiction of the [ECJ]«. ²⁹

Som det fremgår af citatet, skulle EU-Domstolen være beføjet til af egen drift at tillægge et generelt EU-princip direkte virkning i forhold til private, fordi princippet nyder en »forfatningsmæssig status« i EU-retten. Forfatterne forklarer ikke, hvordan denne konstruktion – som er løsrevet fra konkrete traktatregler – harmonerer med princippet om tildelte kompetencer i TEU artikel 5, stk. 1.

Efter dansk ret har EU-Domstolen ikke en autonom adgang til at erklære generelle EU-principper for umiddelbart anvendelige over for private i medfør af princippernes »forfatningsmæssige status«. Det fremgår af U1998.800H, at EU-Domstolens retsskabende virksomhed kun er forenelig med tiltrædelsesloven og grundlovens § 20, så længe den foregår »inden for Traktatens rammer« (afsnit 9.5).

På linje hermed fremgår det af tiltrædelseslovens § 3, at det kun er »bestemmelserne i de i § 4 nævnte traktater m.v.«, der sættes i kraft i Danmark i det omfang, de efter EU-retten er umiddelbart anvendelige i Danmark. Det afgørende efter tiltrædelsesloven er således, om det generelle EU-princip kan anses for at være et traktatfæstet princip. De generelle EU-principper indgår ikke som et punkt i opregningen af traktater i § 4, og der er heller ikke støtte i lovens forarbejder for, at udtrykket »traktater m.v.« i § 3 skulle kunne omfatte generelle EU-principper af uskreven karakter.

I bemærkningerne til lovforslaget til § 3 i den oprindelige 1972-lov blev der udelukkende fokuseret på en begrænset kreds af regler i traktaterne. Uskrevene retsprincipper blev slet ikke nævnt, mens det til gengæld blev understreget, at det var en betingelse for en umiddelbar anvendelse af en retsakt, der var vedtaget inden Danmarks optagelse (§ 3, stk. 2), »at retsaksen var offentliggjort i De europæiske Fællesskabers Tidende«. ³⁰

²³ Se udenrigsministerens svar på spørgsmål 30 og 41 fra Europaudvalget til lovforslag nr. 53 om ændring af lov om Danmarks tiltrædelse af De Europæiske Fællesskaber og Den Europæiske Union i Folketingets 2. samling 2007-08. I den europapolitiske aftale – som blev gengivet fuldt ud i Europaudvalgets betænkning af 14. marts 2008 – blev det understreget, at chartret ikke »på nogen måde udvider EU's, herunder EU-Domstolens, kompetence«.

²⁴ Se Udenrigsministeriets svar på spørgsmål 186, 187 og 527 fra Europaudvalget. Denne forståelse af protokollen er tillige blevet bekræftet ved EU-Domstolens dom af 21. december 2011 i C-411/10, *N.S.*, som herved lagde vægt på, at chartret ikke har skabt nye rettigheder.

²⁵ Se navnlig udenrigsministerens svar på spørgsmål 30 fra Europaudvalget.

²⁶ Se udenrigsministerens svar på spørgsmål 290 fra Europaudvalget.

²⁷ 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.

²⁸ Se præmis 77 i dom af 21. november 2005 i C-144/04, *Mangold*, præmis 51 og 53 i dom af 19. januar 2010 i C-555/07, *Kücükdeveci*, og præmis 35 i dom af 19. april 2016, *Ajos*.

²⁹ Koen Lenaerts og José A. Gutiérrez-Fons, *The constitutional allocation of powers and general principles of powers*, Common Market Law Review, Vol. 47, 2010, s. 1649 og 1668 (citatet er fra den sidstnævnte side).

³⁰ FT 1971-72, tillæg A, sp. 4540 ff., særligt sp. 4542.

I bemærkningerne til lovforslaget om Maastricht-traktaten og Edinburgh-afgørelsen blev det i relation til lovens § 3 fremhævet, at det (kun) var »Maastricht-Traktatens søjle 1 (artikel G), der indeholder bestemmelser af denne karakter«. ³¹ Den nye bestemmelse om de generelle EU-principper var indeholdt i artikel F, stk. 2, og var dermed ikke omfattet af søjle 1 og i forlængelse heraf heller ikke af tiltrædelseslovens § 3. Det blev samtidig understreget, at den nye bestemmelse knæsatte Domstolens praksis, hvorefter den anvendte EMRK og medlemsstaternes fælles forfatningsmæssige traditioner, når den skulle vurdere, »om en konkret EF-retsakt strider mod fællesskabsretten«. ³²

Ved ratifikationen af Lissabon-traktaten anførte udenrigsministeren følgende i bemærkningerne til lovforslaget: »Umiddelbart anvendelige traktatbestemmelser vil fortsat vedrøre det hidtidige søjle 1-samarbejde og Euratom-traktaten.« ³³ Ratifikationen af Lissabon-traktaten ændrede således ikke ved, at den umiddelbart anvendelige EU-ret efter tiltrædelseslovens § 3 var knyttet til den oprindelige søjle 1 – hvortil de generelle principper ifølge TEU artikel 6, stk. 3, stadig ikke hørte – selv om søjleopdelingen i øvrigt blev forladt med traktaten.

Justitsministeriet fremhævede i forbindelse med sin analyse af den nye bestemmelse i TEU artikel 6, stk. 2, om EU's tiltræden af EMRK – der som nævnt også er en del af de generelle principper i EU-retten – at det ville »kræve en dansk beslutning for, at de allerede fastsatte regler i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mv. inden for EU-rettens anvendelsesområde i givet fald får direkte virkning for borgere mv. i Danmark«. ³⁴ Denne opfattelse – som også er lagt til grund i U2013.1451H (afsnit 5) – vil være svær at forene med, at de generelle EU-principper (herunder EMRK) allerede skulle være umiddelbart anvendelige i dansk ret over for private i medfør af tiltrædelseslovens § 3 smh. med TEU artikel 6, stk. 3.

Justitsministeriet anførte ganske vist – og lidt kryptisk – at TEU artikel 6, stk. 3, svarede til den tidligere artikel 6, stk. 2, »således som sidstnævnte bestemmelse fortolkes af EU-Domstolen«. ³⁵ Det fremgår ikke af redegørelsen, om Justitsministeriet herved også tænkte på dom af 22. november 2005 i C-144/04, *Mangold*, hvor Domstolen første gang fastslog den direkte virkning af det generelle princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder. Det forekommer imidlertid ikke nærliggende at tillægge denne generelle bemærkning vægt, i betragtning af at de øvrige – mere præcise og tungtvejende – fortolkningsdata peger i den modsatte retning. Som tidligere nævnt oplyste udenrigsministeren efterfølgende, at den umiddelbare anvendelse af EU-regler

309

efter tiltrædelseslovens § 3 knytter sig til søjle 1-samarbejdet, og at chartret – som bl.a. kodificerer det generelle ligebehandlingsprincip – ikke forpligter private.

Sammenfattende giver ordlyden af og forarbejderne til tiltrædelseslovens § 3 således ikke en sikker hjemmel for at anvende det uskrevne ligebehandlingsprincip umiddelbart over for en privat

virksomhed med den følge, at Højesteret må se bort fra funktionærlovens § 2 a, stk. 3.

3.4 Forfatningsretlige principper

I det foregående afsnit 3.3 har jeg belyst nogle af de betæneligheder, der vil gøre sig gældende i forhold til tiltrædelsesloven ved at anvende et generelt EU-princip om ligebehandling med forrang frem for funktionærlovens § 2 a, stk. 3. EU-Domstolen har ikke selv anført en (klar) traktatmæssig hjemmel for det generelle EU-princips direkte virkning over for private, og der er ikke noget sikkert grundlag i tiltrædelsesloven for at anvende det generelle ligebehandlingsprincip umiddelbart i dansk ret med forrang frem for funktionærlovens § 2 a, stk. 3, i sager med private virksomheder. At skulle se bort fra § 2 a, stk. 3, på baggrund af et generelt ligebehandlingsprincip af uskreven karakter – som forekommer at være det eneste mulige EU-retlige grundlag i det konkrete tilfælde – rejser imidlertid også spørgsmål i forhold til den forfatningsmæssige ordning i Danmark.

At undlade at anvende en dansk lovregel, som er gyldigt vedtaget af Folketinget og kundgjort i Lovtidende, har visse lighedstræk med at lovgive med tilbagevirkende kraft. Det er dog den almindelige opfattelse i den forfatningsretlige teori, at grundlovens § 22 om kundgørelse ikke afskærer et politisk flertal fra at lovgive med tilbagevirkende kraft. ³⁶ Heller ikke EMRK artikel 7 afskærer lovgivning med tilbagevirkende kraft uden for det strafferetlige område. ³⁷

Folketinget kunne således have valgt at tillægge den ændring af § 2 a, som blev vedtaget i januar 2015, tilbagevirkende kraft. Det gjorde Folketinget ikke, og en sådan tilbagevirkende kraft ville også have rejst komplicerede spørgsmål i forhold til de lønmodtagere, som allerede havde modtaget en fratrædelsesgodtgørelse, som de nu alligevel ikke var berettiget til. Folketinget valgte heller ikke den mere begrænsede løsning at ophæve § 2 a, stk. 3, med tilbagevirkende kraft, i det omfang den måtte være uforenelig med Ole Andersen-dommen.

Spørgsmålet om at se bort fra § 2 a, stk. 3, i Ajos-sagen drejer sig imidlertid ikke om lovgivning med tilbagevirkende kraft i traditionel forstand. Spørgsmålet er, om domstolsmagten – uden om lovgivningsmagten – kan se bort fra en lovbestemmelse til skade for en privat. At domstolene skulle afskære en privat fra at indrette sig i tillid til en gyldigt vedtaget og kundgjort lovregel på baggrund af et dommerskabt retsprincip rejser således ikke kun et spørgsmål i forhold til grundlovens § 22, men også i forhold til magtfordelingsprincippet i grundlovens § 3.

I den forfatningsretlige teori har det været den overvejende opfattelse, at grundlovens § 3 afskærer lovgivningsmagten fra at vedtage lovgivning, der regulerer konkrete retsforhold. ³⁸ At singulære love kan være uforenelige med grundlovens § 3 er blevet bekræftet med U1999.841H, hvor en privat institution (Tvind) var blevet afskåret fra at få domstolsprøvet, om den opfyldte lovens generelle betingelser for at modtage tilskud. Højesteret lagde herved bl.a. vægt på, at denne forståelse af bestemmelsen var »i overensstemmelse med

31 FT 1992-93, tillæg A, sp. 6698.

32 FT 1992-93, tillæg A, sp. 6719.

33 Lovforslag nr. 53 i Folketingets 2. samling 2007-08 (bemærkningerne til forslaget § 2, nr. 3).

34 Justitsministeriets redegørelse af 4. december 2007 for visse forfatningsretlige spørgsmål i forbindelse med Danmarks ratifikation af Lissabon-traktaten, s. 100.

35 Justitsministeriets redegørelse af 4. december 2007 for visse forfatningsretlige spørgsmål i forbindelse med Danmarks ratifikation af Lissabon-traktaten, s. 98.

36 Se Jens Peter Christensen, Jørgen Albæk Jensen og Michael Hansen Jensen, Dansk Statsret, 2. udg. 2016, s. 161 ff., med yderligere referencer.

37 Se Peer Lorenzen m.fl., den Europæiske Menneskerettighedskonvention, 3. udg. 2011, s. 453 ff. og 627 ff.

38 Se Jens Peter Christensen m.fl., s. 143 f og 237 ff.

det retssikkerhedshensyn, der er et af de bærende hensyn bag magtadskillelsen i § 3«.

I den forfatningsretlige teori har det tillige været diskuteret, om lovgivningsmagtens kompetence kan være begrænset af uskrevne retsprincipper og især af et uskrevet ligebehandlingsprincip på forfatningsniveau. Det har teorien generelt været skeptisk overfor, men dog ikke villet udelukke i »helt ekstraordinære tilfælde«. ³⁹ Højesteret har bl.a. i U1986.898/3 H afvist at se bort fra en lovregel, som efter sagsøgernes opfattelse krænkede en lighedsgrundsætning med forfatningsmæssig rang. I en kommentar til dommen fremhævede en af de medvirkende højesteretsdommere, at det er »yderst tvivlsomt«, om der gælder en lighedsgrundsætning i dansk forfatningsret. ⁴⁰

I en sag, der involverer en privat som det mulige pligtsubjekt, kan man også formulere spørgsmålet således, om det vil være foreneligt med magtfordelingsprincippet i grundlovens § 3, at domstolsmagten afskærer en privat fra at indrette sig i tillid til en gyldigt vedtaget og kundgjort lovregel på baggrund af et dommerskabt retsprincip. Det forekommer nærliggende, at der her må gøre sig de samme retssikkerhedsmæssige betænkeligheder gældende, som førte Højesteret til at tilsidesætte en singularer lovregel som forfatningsstridig i U1999.841H.

U2014.714H viser, at Højesteret lægger betydelig vægt på, at private kan indrette sig i tillid til en fast retstilstand. I dommen anførte retten således, 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, når

310

retstilstanden klart var den modsatte. I den sag vedrørte spørgsmålet dog udelukkende, om det var muligt at fortolke en regel i ferieloven i overensstemmelse med et EU-direktiv, som efter EU-Domstolens praksis ikke havde direkte virkning i forhold til private. ⁴¹ Der kan derfor ikke slutes direkte fra denne sag og så til spørgsmålet om det generelle EU-princips umiddelbare anvendelse i Ajos-sagen, selv om hensynet til den private arbejdsgiver er lige så reelt som i U2014.714H.

Sammenfattende er det således et åbent spørgsmål, om Højesteret kan og vil finde det foreneligt med magtfordelings- og retssikkerhedsprincippet i dansk forfatningsret at afskære en privat virksomhed fra at indrette sig i tillid til en gyldigt vedtaget og kundgjort lovregel på baggrund af et dommerskabt retsprincip.

4 Højesterets dilemma

Med Ajos-dommen har EU-Domstolen fastslået, at Højesteret ikke kan undlade at fortolke funktionærlovens § 2 a, stk. 3, EU-konformt, alene med henvisning til at bestemmelsen har en fast forståelse i retspraksis, og at Højesteret skal undlade at anvende bestemmelsen, hvis det (af andre grunde) er umuligt at fortolke bestemmelsen EU-konformt. Dommen fastlægger den forståelse af EU-retten, som Højesteret skal lægge til grund for sin afgørelse, selv om den forekommer både dårligt funderet og svagt argumenteret. Spørgsmålet er imidlertid, om det vil være muligt at anvende dommens vidtgående anvisninger om den EU-konforme fortolkning og direkte virkning af EU-retten efter dansk ret.

Det er Højesteret, som autoritativt fortolker dansk ret, og retten afviste allerede i forelæggelseskendelsen, at den dagældende

funktionærlovs § 2 a, stk. 3, kan fortolkes EU-konformt på grund af en fast retspraksis. Hertil kan imidlertid føjes, at denne retspraksis også er blevet politisk sanktioneret ved en lovændring i 1996, og at det ved implementeringen af beskæftigelsesdirektivet i 2004 blev lagt til grund, at forbuddet mod forskelsbehandling på grund af alder ikke gjorde det nødvendigt at ændre § 2 a, stk. 3. Det forekommer derfor ikke muligt at ændre ved den forståelse af § 2 a, stk. 3, som Højesteret gennem en længere årrække har lagt til grund.

Højesteret har ikke taget stilling til, om et generelt (uskrevet) EU-princip kan finde umiddelbar anvendelse i medfør af tiltrædelsesloven med forrang frem for en national lovregel i en sag med en privat part. En umiddelbar anvendelse af det generelle ligebehandlingsprincip efter retningslinjerne i Ajos-dommen vil indebære, at private virksomheder kommer til at bære risikoen for lovgivningsmagtens forkerte vurdering af bestemmelsens forenelighed med EU-retten. Selv i tilfælde, hvor Højesteret – som i U2014.470 H om bl.a. lavere aflønning af ungarbejdere – har fastslået, at en (meget klar) lovregel er forenelig med det EU-retlige forbud mod forskelsbehandling på grund af alder, vil virksomhederne bære risikoen for, at det efterfølgende måtte vise sig, at der er tale om en EU-stridig retstilstand. I dette tilfælde skal virksomhederne og deres rådgivere således være i stand til at forudse, at et politisk flertal skønnede forkert, og at landets højeste domstol derefter tog fejl i sin retlige vurdering af lovens forenelighed med EU-retten.

Højesteret staterede i U1999.841H, at det var grundlovsstridigt, at Folketinget (reelt) havde frataget den private institution Tvind den retssikkerhed, der lå i at kunne få et omtvistet spørgsmål prøvet ved domstolene. I Ajos-sagen er spørgsmålet, om Højesteret selv kan og skal afskære en privat virksomhed fra den retssikkerhed, der ligger i at kunne indrette sig i tillid til en lovregel, som har et klart indhold ifølge en langvarig højesteretspraksis. Det valg, Højesteret træffer i sagen, og den begrundelse, som Højesteret giver for sin afgørelse, kan ikke bare få principiel betydning for den måde, som EU-retten kan anvendes på i dansk ret, men vil også være med til at definere Højesteret som domstol mange år ud i fremtiden.

Man kan spørge, om det reelt vil være muligt for Højesteret at håndtere det dilemma, retten befinder sig i, på anden vis end ved at følge EU-dommen. I U1998.800H gav Højesteret selv det svar, at EU-retsakter og EU-domme gælder i Danmark med det forbehold, at de skal være forenelige med grundloven og tiltrædelsesloven. I U2013.1451H betonedes Højesteret ydermere, at danske myndigheder har »pligt« til at sikre, at EU, herunder EU-Domstolen, anvender traktaten på en måde, der er forenelig med de overdragne beføjelser.

Det må selvsagt være en relevant overvejelse for Højesteret, hvilke mulige konsekvenser en eventuel manglende efterlevelse af EU-dommen kan have for den danske stat. Det kan ingen sige noget sikkert om, men det forekommer til gengæld nærliggende – også i lyset af de politiske præmisser som Lissabon-traktaten blev ratificeret på – at det må være et politisk anliggende at få afklaret de kontroversielle spørgsmål om chartrets og de generelle EU-principers umiddelbare anvendelse over for private i dansk ret.

Hvis Højesteret måtte undlade at følge EU-dommen, vil det ikke være et opgør med ligebehandlingsprincippet som grundlæggende værdi. Både »ligestilling« og »retsstat« er grundlæggende europæiske værdier ifølge TEU artikel 2. Hvis Højesteret ender med at

³⁹ Se Jens Peter Christensen m.fl., s. 146 f.

⁴⁰ Se Erik Riis i U1987B.50 ff.

⁴¹ EU-Domstolen har dog ikke villet udelukke, at chartrets artikel 31, stk. 2, kan give retten til 4 ugers årlig betalt ferie i arbejdstidsdirektivets artikel 7 direkte virkning over for private, jf. dom af 24. januar 2012 i C-282/10, *Dominguez*, og dom af 26. marts 2015 i C-316/13, *Fenoll* (i begge sager lå de faktiske forhold forud for Lissabon-traktatens ikrafttræden).

vægte retssikkerhedshensynet i den konkrete sag, vil det således ikke være en distancering fra ligestilling som

311

grundværdi, men alene fra det generelle ligestillingsprincips direkte virkning over for private af retssikkerhedsmæssige grunde. At der kan være en mulig konflikt mellem et grundlæggende EU-princip

og forfatningsmæssige principper i det enkelte medlemsland er forudsat i TEU artikel 4, stk. 2. Ifølge bestemmelsen respekterer Unionen medlemsstaternes »nationale identitet, som den kommer til udtryk i deres grundlæggende politiske og forfatningsmæssige strukturer«. Hensynet til privates retssikkerhed er et grundlæggende element i det danske forfatningsstyre og har tidligere ført Højesteret til at kende en lovregel forfatningsstridig.