



KANDIDATAFHANDLING, JURA

CAND.JUR.

Indeholder funktionærloven aldersdiskrimination?

Does the Salaried Employees Act contain age discrimination?



Fag: Ansættelsesret

Vejleder: Bjørn Holtze

Forfattere: Camilla Andrea Nystrup Schrøder, studienummer 20114195

Lasse Fjordvang Seerup, studienummer 20163728

Dato: 18. maj 2021

Antal anslag: 165.722

Abstract

The purpose of this thesis is to examine and clarify whether The Danish Salaried Employees Act, section 2b, subsection 1, is in accordance with the prohibition of discrimination based on age that is a general principle within the European Union judicial area. More specifically, the main focus will be on the age limit within the rule. The rule causes people at the age of 30 or above to have the opportunity to receive more in compensation at the event of an unfair dismissal than people under the age of 30.

In relation to the examination of this issue it is essential to look at the relevant European Union acts which regulate the prohibition of discrimination based on age and the exceptions in connection herewith. Therefore, the *Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation* will be included in the examination, and the effects of the different EU acts will be settled to determine the influence of these acts in the Member States of the European Union.

In the process of this thesis, through both national laws, European Union acts, and relevant jurisprudence it has been determined that the Salaried Employees Act, section 2b, subsection 1, does in fact constitute discrimination based on age. Due to this it was therefore relevant to examine the possibilities of this discrimination to be justified within the exceptions that is regulated in the European Union acts.

It was with the insertion of the Salaried Employees Act, current section 2b, substantiated that a dismissal of an employee would be more of an inconvenience for people at the age of 30 or above. The rule could therefore protect the older employees from dismissal since it would be more expensive for employers to lay off this group of employees and as a result benefit the employment of people at the age of 30 or above.

On the other hand, the labour market has changed a lot since the insertion of the rule, and it is presumably no longer necessarily a bigger inconvenience for people at the age of 30 or above to be laid off than people under the age of 30. The substantiation about the reasonableness of this age discrimination is therefore not up to date with the current state of the labour market and is in relation herewith not an appropriate or necessary measure to benefit the employment of people at the age of 30 or above.

The conclusion to this issue is that the discrimination based on age in The Danish Salaried Employees Act, section 2b, subsection 1, is in comparison with the Court of Justice of the

European Union's assessment of the legitimate purposes considered to be sufficiently backed up by reasoning.

However, the measures in relation to this rule are in light of the jurisprudence within the European Union assessed to not be appropriate or necessary which is required by the *Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation, article 6, subsection 1*. Therefore, it can be concluded that the discrimination within The Danish Salaried Employees Act, section 2b, subsection 1, is most likely not completely in accordance with the European Union legal order.

Indholdsfortegnelse

Del I: Introduktion til afhandlingen.....	1
Kapitel 1: Introduktion.....	1
1.1 Indledning.....	1
1.2 Metode.....	2
1.2.1 Metode i forhold til EU-retten	2
1.2.1.1 Fortolkningsprincipper	3
1.2.1.2 Retspraksis.....	3
1.2.2 Opbygning	4
Del II: EU-retten.....	5
Kapitel 2: Samspil mellem EU-ret og national ret.....	5
2.1 Overblik over EU-retten.....	5
2.2 Primærregulering.....	6
2.2.1 Almindelige principper.....	7
2.2.1.1 Proportionalitetsprincippet	7
2.2.1.2 Legalitetsprincippet	7
2.2.1.3 Princippet om kompetencefordeling:	7
2.3 Sekundærregulering	8
2.3.1 Implementering af direktiver	8
2.3.1.1 Beskæftigelsesdirektivet.....	9
2.4 Princippet om forrang.....	10
2.5 Princippet om konform fortolkning.....	11
2.6 Princippet om direkte virkning.....	13
2.6.1 Generelt om direkte virkning.....	13
2.6.2 Direktiver.....	13
2.6.3 Den Europæiske Unions Charter om grundlæggende rettigheder	14
Kapitel 3: Princippet om ikke-diskrimination	15
3.1 EU-retten omkring forskelsbehandling	15
3.1.1 Indledende om ikke-diskrimination i EU-rettens retsakter.....	15
3.1.2 Traktaterne.....	16
3.1.3 Den Europæiske Unions Charter om Grundlæggende Rettigheder.....	17
3.1.4 Beskæftigelsesdirektivet	18
3.1.4.1 Indledende om beskæftigelsesdirektivet.....	18

3.1.4.2 Formålet med beskæftigelsesdirektivet	19
3.2 Sammenfatning.....	21
3.2.1 Aldersdiskriminationen i EU	21
3.2.2 EU-rettens påvirkning af national ret	21
Kapitel 4: Berettiget forskelsbehandling	23
4.1 Forskelsbehandling i direktivets artikel 2	24
4.1.1 Direkte forskelsbehandling.....	24
4.1.2 Indirekte forskelsbehandling	25
4.2 Undtagelsesbestemmelsen i direktivets artikel 6	26
4.2.1 Ulige behandling	26
4.3 Legitime formål.....	27
4.3.1 Fremme beskæftigelsen for visse grupper af arbejdstagere.....	29
4.3.1.1 Mangold-sagen	29
4.3.1.1.1 Bemærkninger.....	30
4.3.1.2 AB-sagen	30
4.3.1.2.1 Bemærkninger.....	31
4.3.1.3 Petersen-sagen	31
4.3.1.3.1 Bemærkninger.....	32
4.3.1.4 Sammenfatning.....	32
4.3.2 Medregning af erhvervs erfaring	33
4.3.2.1 Küçükdeveci-sagen.....	33
4.3.2.1.1 Bemærkninger.....	33
4.3.2.2 Specht-sagen og Hennigs og Mai-sagerne.....	34
4.3.2.2.1 Bemærkninger til dommene:	34
4.3.3 Bortfald af fratrædelsesgodtgørelse.....	35
4.3.3.1 Ole Andersen-sagen og Ajos-sagen.....	35
4.3.3.1.1 Bemærkninger.....	36
4.3.4 Bortfald af rådighedsløn	36
4.3.4.1 Toftgaard-sagen	36
4.3.4.1.1 Bemærkninger.....	37
4.3.5 Tvungen fratrædelsesalder.....	37
4.3.5.1 Palacios de la Villa-sagen, Rosenbladt-sagen og Hörnfelddt-sagen	37
4.3.5.1.1 Bemærkninger.....	40
4.3.6 Manglende præcisering af formål.....	41
4.3.7 Modstridende formål	42

4.4 Illegitime formål.....	43
4.4.1 Almen interesse contra individuelle interesser	43
4.4.2 Budgetmæssige mål.....	43
4.4.3 Nationale domstoles vurdering.....	44
4.5 Sammenfatning.....	45
Kapitel 5: Proportionalitetsvurderingen.....	47
5.1 Indledende om proportionalitetsvurderingen	47
5.2 Medlemsstaternes skøn	48
5.3 Hensigtsmæssighed	48
5.3.1 Küçükdeveci-sagen.....	51
5.4 Nødvendighed	51
5.4.1 Individuelle rettigheder.....	52
5.4.2 Balancen mellem de foreliggende hensyn	53
5.4.2.1 AB-sagen	53
5.4.2.2 Ole Andersen-sagen.....	55
5.5 Sammenholdning af sagerne vedrørende proportionalitetsvurdering	57
Del III: National ret	59
Kapitel 6: Funktionærlovens § 2b.....	59
6.1 Bestemmelsens omfattede personkreds.....	59
6.2 Bestemmelsens indhold.....	60
6.3 Forskelsbehandling i funktionærlovens § 2b	62
6.3.1 Begrundelsen for forskelsbehandling i funktionærlovens § 2b, stk. 1	64
6.3.1.1 Forarbejderne til funktionærloven	65
6.3.1.2 Forskelsbehandlingsloven	66
6.3.1.3 Er forskelsbehandlingen tilstrækkeligt begrundet	67
Kapitel 7: Funktionærlovens § 2a og Ole Andersen-sagen	70
7.1 Tilblivelsen af funktionærlovens § 2a.....	70
7.2 Ole Andersen-sagen	70
7.2.1 Sagen i hovedtræk	71
7.2.2 Domstolens resultat og begrundelse	71
7.3 Sammenligning af Ole Andersen-sagens resultat og funktionærlovens § 2b....	73
Kapitel 8: Anvendelse af beskæftigelsesdirektivet på funktionærlovens § 2b, stk. 1	75
8.1 Om anvendeligheden af beskæftigelsesdirektivet	75
8.2 Forskelsbehandling.....	75
8.3 Berettiget aldersdiskriminationen efter artikel 6, stk. 1	76
8.3.1 Formålet med aldersgrænsen i funktionærlovens § 2b, stk. 1	76

8.3.1.1 Bestemmelsens begrundelse i et legitimt formål.....	76
8.3.2 Bestemmelsens proportionalitet	78
Del IV: Konklusion	80
Litteratur	81

Forkortelser

Beskæftigelsesdirektivet/ Direktivet	Rådets direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv
Charteret	Den Europæiske Unions Charter om Grundlæggende Rettigheder
Domstolen	Den Europæiske Unions Domstol
EU	Den Europæiske Union
FBL	Forskelsbehandlingsloven
FUL	Funktionærloven
TEU	Traktaten om den Europæiske Union (Lissabon-traktaten 2009)
TEUF	Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde (Lissabon-traktaten 2009)
Traktaterne	TEU og TEUF

Del I: Introduktion til afhandlingen

Kapitel 1: Introduktion

1.1 Indledning

Gennem de seneste årtier har Den Europæiske Union haft et øget fokus på bekæmpelse af forskelsbehandling. Denne bekæmpelse af forskelsbehandling er fastsat i Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde artikel 10 og udgør samtidig et af Den Europæiske Unions mål, der er med til at sikre den enkelte borger.

Dette øgede fokus har ført til flere initiativer i forbindelse med forbuddet mod diskrimination. Ifølge Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde artikel 19, kan Rådet med enstemmighed og med Europa-Parlamentets godkendelse *træffe hensigtsmæssige foranstaltninger til bekæmpelse af forskelsbehandling på grund af race eller etnisk oprindelse, religion eller tro, handicap, alder eller seksuel orientering*. Med denne hjemmel blev direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv vedtaget. Formålet med dette direktiv var at gennemføre princippet om ligebehandling i medlemsstaterne og som led i dette at bekæmpe diskrimination i forbindelse med beskæftigelse og erhverv.

På baggrund af disse initiativer fra Den Europæiske Union findes det derfor relevant at undersøge Danmarks overholdelse af de for afhandlingen relevante EU-retlige retsakter og princippet om ligebehandling.

I dette speciale ligger fokuset på diskrimination på grund af alder. Dette udspringer af den begrænsning, der ligger i funktionærlovens § 2b, stk. 1, hvorefter det er muligt for personer, der er fyldt 30 år at få mere i godtgørelse for usaglig opsigelse, end det er muligt for personer, der ikke er fyldt 30 år. Bestemmelsen har været en del af dansk ret i flere årtier, og denne såkaldte 30-års grænse er ikke blevet ændret siden dens indførelse. Dermed findes det relevant at undersøge, om denne regel udgør aldersdiskrimination, og i så fald ydermere om denne eventuelle diskrimination kan være berettiget efter nogle af de i EU-retten fastlagte undtagelser til forbuddet.

Dette leder til følgende problemformulering:

Er aldersgrænsen i funktionærlovens § 2b, stk. 1, i overensstemmelse med EU-rettens forbud mod aldersdiskrimination?

1.2 Metode

Til besvarelsen af den ovenstående problemformulering vil den retsdogmatiske metode blive anvendt. Denne tilgang til problemstillingen indebærer fortolkning og analyse af gældende ret.¹

1.2.1 Metode i forhold til EU-retten

Siden Danmark har afgivet suverænitet til Den Europæiske Union (EU) i medfør af Grundlovens § 20, skal de EU-retlige retskilder ligeledes inddrages ved fastlæggelsen af den gældende ret i udfærdigelsen af denne afhandling. Vanskeligheden ved anvendelsen af den retsdogmatiske metode er tydelig på grund af denne supranationale retsdannelse.² For så vidt angår EU-retten, er denne en særlig retsorden, som adskiller sig fra såvel national ret som almindelig folkeret, da det er et omfattende og kompliceret retssystem, og på baggrund af dette må det altså behandles som en selvstændig retsdisciplin.³ Som følge af dette må det overvejes, om den retsdogmatiske metode er den rette ved behandlingen af national rets overensstemmelse med EU-retten. Der er dog på nuværende tidspunkt ikke nogen alment accepteret EU-retlig metode.⁴

På grund af den relevante problemformulering, er det selvfølgelig nødvendigt at inddrage EU-retten i undersøgelsen af denne problemformulering. Fastlæggelsen af gældende ret vil derfor i denne afhandling både omfatte national lovgivning og -retspraksis samt EU-lovgivning og -retspraksis. Baggrunden for anvendelsen af den retsdogmatiske metode er, at formålet med denne afhandling er at fastlægge den gældende ret og sikre de nationale retskilders overensstemmelse med EU-retten, hvilket blandt andet vil blive gjort ved beskrivelse og systematisering af retsreglerne og retspraksis.

¹ Munk-Hansen, Carsten, Den juridiske løsning – Introduktion til juridisk metode, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2017, side 13 f.

² Ibid., side 39

³ Sørensen, Karsten Engsig og Danielsen, Jens Hartig, EU Retten, 7. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2019, side 101 f.

⁴ Neergaard, Ulla og Nielsen, Ruth, EU-ret, 8. udgave, Karnov Group, 2020, side 130

Ved anvendelsen af den retsdogmatiske metode, vil der blive antaget en såkaldt *intern synsvinkel*⁵, siden der udelukkende vil blive anvendt retskilder, som er relevante for denne undersøgelse.

1.2.1.1 Fortolkningsprincipper

Til dette findes det ligeledes, at de EU-retlige fortolkningsprincipper bør inddrages ved undersøgelsen af problemformuleringen. Ved fortolkningen af nationale bestemmelsers overensstemmelse med EU-rettens regler, bør særligt princippet om forrang, princippet om konformfortolkning og princippet om direkte virkning anvendes for at sikre, at EU-rettens kilder styrkes.⁶ Principperne vil blive gennemgået i afhandlingens kapitel 2.

Det skal også bemærkes, at Den Europæiske Unions Domstol (Domstolen) i praksis både anvender ordlydsfortolkning og formålsfortolkning. Denne praksis er med til ikke at begrænse Domstolen til én bestemt fortolkningsmetode, og primært for fortolkningen er, at denne skal sikre EU-retsakternes effektive virkning.⁷ Domstolens anvendelse af fortolkningsmetoderne skal derfor ligeledes tages i betragtning ved analysen af Domstolens praksis.

1.2.1.2 Retspraksis

For at kunne besvare denne afhandlings problemformulering vil det ydermere være relevant at inddrage retspraksis for at undersøge tendensen inden for det pågældende område. En stor del af det, der ønskes at blive undersøgt, vil kunne findes i Domstolens tidligere afgørelser inden for samme område, da disse vil kunne belyse, hvorvidt funktionærlovens (FUL) § 2b, stk. 1, er i strid med- eller i overensstemmelse med EU-retten. Domstolens praksis vil således have en stor betydning for løsningen af denne problemstilling, og præmisserne i de relevante EU-retlige afgørelser vil blive inddraget som led i fortolkningen af EU-retsakter og klarlæggelsen af formålet bag disse retsakter.

På grund af EU's supranationale karakter er det naturligt, at der eksisterer flere forskellige oversættelser af EU-domme. Ved undersøgelsen og analysen af EU-retspraksis vil der i denne afhandling blive taget udgangspunkt i de danske oversættelser af dommene. Der må derfor tages forbehold for, at denne tilgang til undersøgelsen kan medføre, at noget fra den autentiske doms tekst kan være gået tabt i de danske oversættelser. Dette vil ligeledes gøre sig gældende i forhold til EU-retsakter.

⁵ Neergaard, Ulla og Nielsen, Ruth, EU-ret, 8. udgave, Karnov Group, 2020, side 128

⁶ Hamer, Carina Risvig m.fl., Juraens verden – Metoder, retskilder og discipliner, 1. udgave, Djøf Forlag, 2020, side 162

⁷ Neergaard, Ulla og Nielsen, Ruth, EU-ret, 8. udgave, Karnov Group, 2020, side 133

1.2.2 Opbygning

For bedst at besvare den pågældende problemformulering findes den optimale tilgang til problemløsningen, for det første, at fastlægge de EU-retlige aspekter, der skal inddrages. Dernæst skal det klarlægges, hvornår der kan ske ulige behandling på grund af alder efter EU-rettens regler, navnlig beskæftigelsesdirektivet. Her vil afhandlingens fokus særligt være centreret omkring beskæftigelsesdirektivets artikel 6, stk. 1, der er en undtagelsesbestemmelse til forbuddet mod forskelsbehandling på grund af alder. For det andet vil hovedsageligt FUL § 2b blive analyseret. Afslutningsvist vil FUL § 2b blive sammenholdt med beskæftigelsesdirektivets artikel 2 og 6, stk. 1, og dertilhørende retspraksis. Ud fra dette vil det så kunne konkluderes, hvorvidt FUL § 2b er i overensstemmelse med EU-retten, navnlig beskæftigelsesdirektivets artikel 2 og 6, stk. 1.

Del II: EU-retten

Kapitel 2: Samspil mellem EU-ret og national ret

Den Europæiske Union er et internationalt, økonomisk og politisk forpligtende samarbejde mellem dets medlemsstater. Ved medlemskab heraf afgiver staterne suverænitet til EU, hvorefter medlemsstaterne overlader en del af deres selvbestemmelsesret til EU. EU har i medfør af vedtagelsen af Traktaten om den Europæiske Union og Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde (traktaterne) kompetence til at vedtage retsakter, der skal implementeres på nationalt niveau.⁸ Imidlertid kan medlemsstaterne tage forbehold for visse EU-regler, som medlemsstaterne ikke ønsker skal gælde på nationalt plan.⁹ Nationale lovgivere er dermed i medfør af deres medlemskab underlagt visse begrænsninger med hensyn til vedtagelsen af national ret, eksempelvis det EU-retlige princip om forrang. Nærværende kapitel har til formål at belyse de væsentligste EU-retsakter og principper i henhold til at kunne redegøre for, hvordan EU-retten påvirker national ret, navnlig i forhold til aldersdiskrimination.

2.1 Overblik over EU-retten

EU-retten dannes på EU-niveau, men skal primært implementeres på nationalt niveau. I dette afsnit skabes derfor et overblik over de af EU-rettens retsakter og almindelige principper, der har betydning for denne afhandling.

EU-rettens retsakter inddeles i primærret og sekundærret samt soft-law. Primærretten udgør traktaterne og Charteret om Grundlæggende Rettigheder (Charteret) samt grundlæggende rettigheder og almindelige principper. Sekundærret udgør blandt andet direktiver og afgørelser.¹⁰ Primærretten er højere rangeret end sekundærretten i retskildehierarkiet, hvorfor eksempelvis direktiver kun kan vedtages, hvis der er hjemmel hertil i

⁸ TEUF artikel 1 og artikel 5, stk. 1 og 2 og Sørensen, Karsten Engsig og Danielsen, Jens Hartig, EU Retten, 7. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2019, side 51

⁹ Til eksempel se Sørensen, Karsten Engsig og Danielsen, Jens Hartig, EU Retten, 7. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2019, side 34 ff.

¹⁰ TEUF artikel 288

traktaterne.¹¹ Hvad angår den hierarkiske placering af Domstolens retspraksis, afhænger dette af *karaktern af de retsgrundsætninger, der opstilles, og forholdene i øvrigt*.¹²

2.2 Primærregulering

Traktaterne indeholder særligt bestemmelser om EU's mål og værdier samt kompetencenormer i henhold til EU-institutionerne. Endvidere indeholder TEUF pligtenormer, der beskrives som værende handlinger, der forbydes eller påbydes og henvender sig til medlemsstaterne, herunder borgerne og virksomhederne.¹³ Traktatens diskriminationsforbud udgør blandt andet en såkaldt pligtenorm og er et af EU-rettens grundlæggende principper, som vil blive behandlet i kapitel 3 i denne afhandling.

Blandt EU-rettens almindelige principper skal ligeledes proportionalitetsprincippet og legalitetsprincippet, herunder princippet om kompetencefordeling, nævnes. De almindelige principper, der særligt vedrører samspillet mellem EU-retten og national ret, herunder princippet om pligt til EU-konform fortolkning, princippet om forrang og direkte virkning, vil blive behandlet i indeværende kapitel i denne afhandling.

Charteret indeholder regler vedrørende grundlæggende rettigheder i henhold til menneskets værdighed, frihed, lighed og solidaritet. Charteret havde indtil Lissabon-Traktatens ikrafttrædelse den 1. december 2009 karakter af soft-law, men blev derefter juridisk bindende på traktatniveau,¹⁴ hvorfor medlemsstaterne er direkte bundet af Charteret. Charteret indeholder et forbud mod forskelsbehandling i artikel 21, der vil blive behandlet i kapitel 3 i denne afhandling.

¹¹ Neergaard, Ulla og Nielsen, Ruth, EU-ret, 8. udgave, Karnov Group, 2020, side 121

¹² Ibid., side 122

¹³ Ibid., side 140

¹⁴ TEU artikel 6, stk. 1

2.2.1 Almindelige principper

2.2.1.1 Proportionalitetsprincippet

Det EU-retlige proportionalitetsprincip udgør en del af EU-rettens grundlæggende principper,¹⁵ og princippet er med TEU artikel 5 traktatfæstet i henhold til EU-institutionernes beføjelser.

Princippet har ikke blot betydning for EU-institutionernes beføjelser, men har også betydning i forbindelse med fortolkning og udfyldning af EU-retsakter. Ligeledes skal princippet iagttages i forbindelse med fortolkning og udfyldning af nationale regler, der gennemfører EU-retsakter, som overlader medlemsstaterne et skøn.¹⁶ Ved vurderingen af om en EU-retsakt eller en national foranstaltning opfylder proportionalitetsprincippet foretages en såkaldt tre-trins test, hvorefter foranstaltningen for det første skal forfølge et legitimt mål, for det andet skal midlerne til opfyldelsen af målet være hensigtsmæssige, og for det tredje må midlerne ikke være mere indgribende end nødvendigt.¹⁷

2.2.1.2 Legalitetsprincippet

Legalitetsprincippet har en central rolle, idet EU-institutionerne ikke kan udstede retsakter uden hjemmel i enten traktaterne eller en anden hjemmel. Princippet er sammenhængende med EU-rettens kompetencefordelingsprincip i TEU artikel 5.¹⁸

2.2.1.3 Princippet om kompetencefordeling:

I henhold til vedtagelse af EU-rettens retsakter er EU-institutionerne imidlertid underlagt princippet om kompetencetildeling, jf. TEU artikel 5, hvilket bevirker, at EU kun har kompetence til at lovgive og vedtage juridisk bindende retsakter inden for de rammer, hvor medlemsstaterne har givet EU beføjelser i traktaterne med hensyn til at opfylde målene heri, jf. TEU artikel 5, stk. 2. Ligeledes følger det af TEU artikel 5, stk. 2, at EU ikke kan vedtage retsakter i tilfælde, hvor de ikke efter traktaterne har kompetence hertil. I

¹⁵ Domstolen antog første gang i C-11/70, Internationale Handelsgesellschaft, EU:C:1970:114, at princippet er et almindeligt princip i EU-retten

¹⁶ U.2014B.227 Niels Fenger: EU-rettens proportionalitetsprincip, side 227

¹⁷ Neergaard, Ulla og Nielsen, Ruth, EU-ret, 8. udgave, Karnov Group, 2020, side 195

¹⁸ Ibid., side 123

disse tilfælde følger det af nærhedsprincippet i TEU artikel 4, stk. 1, at kompetencen alene forbliver ved medlemsstaterne.

Hvad angår hvilke retsakter EU-institutionerne kan anvende ved udøvelsen af deres beføjelser, fremgår det af TEUF artikel 288, der ikke er udtømmende, at blandt andet direktiver kan anvendes. Det skal imidlertid nævnes, at artikel 288 ikke er en kompetenceregel, hvorfor kompetencen til at udstede retsakter, hvad angår forskelsbehandling, skal findes i traktatens andre bestemmelser. I den forbindelse skal navnlig TEUF artikel 19 nævnes, idet Rådet heri har hjemmel til at træffe hensigtsmæssige foranstaltninger til at bekæmpe forskelsbehandling blandt andet på grund alder. Rådet tildeles altså kompetence i medfør af artikel 19.

2.3 Sekundærregulering

Med hjemmel i TEUF artikel 19 kan Rådet under henvisning til TEUF artikel 288, stk. 1 altså vedtage direktiver til bekæmpelsen af forskelsbehandling. I nærværende afhandling har særligt *Rådets direktiv 2000/78 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv* betydning. Direktivet er vedtaget med hjemmel i TEUF artikel 19 og indfører generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv. Direktivets relevante bestemmelser for besvarelsen af afhandlingens problemfelt vil blive behandlet i kap 3 og 4. Det er dog i dette afsnit relevant at redegøre kort for implementeringen af direktiver, da medlemsstaterne er forpligtede til at implementere direktivet i national ret,¹⁹ hvorfor direktivet blot vil blive nævnt nedenfor i forbindelse hermed.

2.3.1 Implementering af direktiver

Direktiver fastlægger fælles mål, der skal opnås i alle EU's medlemsstater. Det fremgår af ordlyden af TEUF artikel 288, stk. 3, at direktiver er bindende for medlemsstaterne med hensyn til det tilsigtede mål, *men overlader det til de nationale myndigheder at bestemme form og midler for gennemførelsen*. Medlemsstaterne har en pligt til at implementere direktiver i national lovgivning, men det er op til hver enkelt medlemsstat, hvordan de vil gennemføre direktivet og opfylde målene. Alligevel er medlemsstaterne underlagt visse begrænsninger. Eksempelvis skal der anvendes bindende nationale retsakter til

¹⁹ Neergaard, Ulla og Nielsen, Ruth, EU-ret, 8. udgave, Karnov Group, 2020, side 227

gennemførelse af bindende dele af direktiverne. Desuden er det ikke tilstrækkeligt, at medlemsstaterne implementerer direktivets indholdsmæssige ordlyd direkte.²⁰

Desuden har direktiver enten et krav om minimumsharmonisering eller krav om totalharmonisering. Ved minimumsharmonisering fastlægges der nogle mindstekrav, som medlemsstaterne *mindst* skal opfylde ved implementeringen, men der kan fastsættes strengere krav ved national lovgivning, såfremt disse ikke er uforenelige. Dette er i modsætning til totalharmonisering, hvor medlemsstaterne ikke selv kan stille yderligere krav, end direktivet medfører.²¹

2.3.1.1 Beskæftigelsesdirektivet

Direktivet, der er vedtaget med hjemmel i TEUF artikel 19, som indfører generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv indeholder mindstekrav. Dette fremgår af direktivets artikel 8, stk. 1 og 2, samt præambelbetragtning nummer 28, der er sålydende:

*“Dette direktiv fastsætter **mindstekrav** og giver således medlemsstaterne mulighed for at indføre eller opretholde gunstigere bestemmelser. Gennemførelsen af dette direktiv kan ikke anvendes som begrundelse for en forringelse af eksisterende vilkår på dette felt i de enkelte medlemsstater”* (egen fremhævning).

Medlemsstaterne har med direktivet mulighed for at indføre *gunstigere* bestemmelser end, hvad direktivet forudsætter, da der er tale om såkaldte mindstekrav. Imidlertid hjemler direktivet ikke en mulighed for at forringe allerede eksisterende vilkår inden for anvendelsesområdet af direktivet.

Endvidere indeholder direktivet i artikel 16, stk. 1, litra a, en pligt for medlemsstaterne til at *træffe de nødvendige foranstaltninger til at sikre, at alle love og administrative bestemmelser, der strider imod princippet om ligebehandling, ophæves*. Dette indebærer dog ikke, at medlemsstaterne er forpligtede til at vedtage bestemte foranstaltninger. Det overlades derimod til medlemsstaterne frit at vælge mellem de forskellige løsninger, der kan opfylde de mål, som direktivet tilstræber.²²

²⁰ Neergaard, Ulla og Nielsen, Ruth, EU-ret, 8. udgave, Karnov Group, 2020, side 227 f.

²¹ Sørensen, Karsten Engsig og Danielsen, Jens Hartig, EU Retten, 7. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2019, side 145

²² C-396/17, Leitner, EU:C:2019:375, præmis 78

I Danmark implementeres dele af beskæftigelsesdirektivet både i funktionærloven og forskelsbehandlingsloven.

2.4 Princippet om forrang

I Danmark kaldes den måde, lovgivningen hierarkisk er bygget op, for den retlige trinfølge. Dette betyder for eksempel, at Grundloven har forrang for love, og love har forrang for bekendtgørelser. Som led i Danmarks indtrædelse i EU i 1973,²³ er EU-retten nu også blevet en del af den retlige trinfølge.

Der foreligger et grundlæggende princip om, at EU-retten har forrang for nationale regler. Dette betyder, at de EU-retlige retsakter hierarkisk ligger over nationale retsregler. Dermed er det de nationale regler, der skal stemme overens med de EU-retlige retsakter.

Det ligner således *lex superior*-princippet, der indebærer, at den trindhøjere regel vinder over den trinlavere regel. Efter dette princip bør en trindhøjere regel, som for eksempel en lov, der omfatter samme område som en trinlavere regel, eksempelvis en bekendtgørelse med hjemmel i loven, altså "vinde" over den trinlavere regel, såfremt de to bestemmelser er modstridende.²⁴ I forbindelse med samspillet mellem EU-ret og national ret, er der dog også et princip, der styrker EU-rettens stilling i forhold til national ret. Dette princip er *lex posterior*-princippet, der går ud på, at en yngre EU-retlig regel har forrang frem for en ældre national regel.²⁵

Princippet om forrang fremgår ikke af traktaterne, men er blevet stadfæstet af Domstolen. Dette blev fastslået i 1964 i sagen *Costa mod ENEL*²⁶. Princippet blev blandt andet begrundet med, at det ellers ville være muligt for medlemsstaterne at undgå deres EU-retlige forpligtelser ved en modstridende national lov.²⁷ Derudover blev det yderligere lagt til grund fra Domstolen, at TEUF artikel 288, der omhandler forordningers bindende virkning og umiddelbare anvendelighed, også ville være meningsløs, såfremt en medlemsstat alene ved indførelsen af ny national lovgivning kunne ophæve virkningen af denne

²³ Sørensen, Karsten Engsig og Danielsen, Jens Hartig, *EU Retten*, 7. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2019, side 32

²⁴ Hansen, Lone L. og Werlauff, Erik, *Den juridiske metode - en introduktion*, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2016, side 186

²⁵ Sørensen, Karsten Engsig og Danielsen, Jens Hartig, *EU Retten*, 7. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2019, side 186

²⁶ C-6/64, *Costa mod ENEL*, EU:C:1964:66

²⁷ *Ibid.*, præmis 8

regel.²⁸ Der ligger dermed flere begrundelser bag princippet om EU-rettens forrang for national ret, men det må primært siges af være begrundet i et ønske om at sikre EU-rettens effektivitet og ensartede anvendelse i medlemsstaterne. Såfremt princippet om EU-rettens forrang ikke var til, ville dette netop have den konsekvens, at EU-retten ikke ville have den samme virkning i alle medlemsstaterne, hvilket kunne føre til, at visse medlemsstater respekterede de EU-retlige regler, medens de EU-retlige regler måtte vige for modstridende nationale regler i andre medlemsstater.²⁹

Det lader til, at princippet om forrang bliver respekteret af de danske domstole,³⁰ men Højesteret har udtalt i dommen U.1998.800H, at EU-retten, på trods af domstolens accept af forrangsprincippet, ikke har forrang for Grundloven.³¹

Domstolen har dog været klar i sin udmelding om, at EU-retten har forrang for alle nationale retsakter, hvilket også inkluderer Grundloven.³² Dette blev netop præciseret for første gang i sagen Internationale Handelsgesellschaft³³, hvor EU-retsakternes virkning blev anfægtet i forhold til fundamentale rettigheder, som fulgte af den tyske grundlov. Hertil bemærkede Domstolen, at en fællesskabsakts gyldighed ikke påvirkes af nationale retsakter, uanset hvilken art de måtte være, da fællesskabsretten ellers ville miste sin karakter af fællesskabsret, såfremt den skulle vige for nationale retsakter.³⁴

Der er således fortsat en uafklaret diskussion om EU-rettens forrang i forhold til nationale grundlove, men ellers er der en generel erkendelse af EU-rettens forrang i praksis.

2.5 Princippet om konform fortolkning

Siden EU-retten har forrang for national lovgivning, medfører dette, at den nationale lovgivning skal fortolkes EU-konformt. Dette betyder, at den nationale lovgivning skal fortolkes således, at den stemmer overens med EU-retten. Medlemsstaterne har altså en pligt til at fortolke egne retsregler EU-konformt. Denne såkaldte fortolkningspligt omfatter samtlige myndigheder i en medlemsstat, og pligten er blevet henvist af Domstolen til at fremgå af såvel TEUF artikel 288, stk. 3, der omhandler direktivkonform fortolkning,

²⁸ C-6/64, Costa mod ENEL, EU:C:1964:66, præmis 9

²⁹ Ibid., side 186

³⁰ Ibid., side 32

³¹ U.1998.800H, side 55, bemærkning 9.2

³² Sørensen, Karsten Engsig og Danielsen, Jens Hartig, EU Retten, 7. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2019, side 187 f.

³³ C-11/70, Internationale Handelsgesellschaft, EU:C:1970:114

³⁴ Ibid., præmis 3

som TEU artikel 4, stk. 3, der omhandler pligten til loyalt samarbejde.³⁵ Fortolkningspligten blev første gang fastslået af Domstolen i sagen von Colson³⁶. Dommen omhandler direktivkonform fortolkning, hvilket er den eneste fortolkningspligt, der er traktatbestemt, men sidenhen har der været flere domme, der fastslår, at national lovgivning også skal fortolkes konformt i forhold til andre EU-retsakter, og udgangspunktet er, at al national lovgivning skal fortolkes EU-konformt.³⁷ I forhold til direktivkonform fortolkning, som omhandlet i von Colson-sagen, er det yderligere bestemt af Domstolen, at der ved fortolkningen af direktiver kan anvendes disses præambler. Selvom der ikke kan støttes selvstændig ret på præambelbetragtninger, så kan disse stadig anvendes som vejledende momenter ved fortolkningen af en retsregel for at opnå den nærmeste forståelse af formålet med den pågældende bestemmelse.³⁸

Såfremt der er tvivl om, hvorvidt en national bestemmelse er i strid med EU-retten, vil det dog ikke være spørgsmålet om tilsidesættelse af den nationale bestemmelse på grund af EU-rettens forrang, der opstår som det første. Det vil først blive undersøgt, om bestemmelsen kan fortolkes EU-konformt.³⁹

Spørgsmålet om, hvilken lovgivning der er omfattet af princippet om EU-konform fortolkning, kan muligvis føre til en antagelse af, at denne fortolkningspligt kun gælder for lovgivning, der vedrører et EU-reguleret emne, som det var tilfældet i von Colson-sagen. Domstolen har dog yderligere fastslået i sagen Pfeiffer-sagen⁴⁰, at pligten til EU-konform fortolkning ikke er begrænset til lovgivning, der implementerer EU-retten. Dermed omfatter fortolkningspligten hele den nationale lovgivning ved den nationale domstols vurdering af reglernes overensstemmelse med EU-retten.⁴¹

Princippet om EU-konform fortolkning er dog ikke uden begrænsninger. Domstolen har fastslået i Ajos-sagen⁴², at de nationale retsinstitutters pligt til at fortolke nationale bestemmelser EU-konformt ikke kan være et grundlag for de nationale retsinstitutter til at fortolke EU-retten contra legem af national lovgivning.⁴³ Contra legem-fortolkning skal

³⁵ Neergaard, Ulla og Nielsen, Ruth, EU-ret, 8. udgave, Karnov Group, 2020, side 202 og 205

³⁶ C-14/83, von Colson, EU:C:1984:153

³⁷ Sørensen, Karsten Engsig og Danielsen, Jens Hartig, EU Retten, 7. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2019, side 163

³⁸ Nielsen, Ruth, Lov om forbud mod forskelsbehandling - med kommentarer, 1 udgave, Karnov Group, 2017, side 78

³⁹ C-282/10, Dominguez, EU:C:2012:33, præmis 23

⁴⁰ Forenede sager C-397/01 – C-403/01, Pfeiffer, EU:C:2004:584, præmis 119

⁴¹ Neergaard, Ulla og Nielsen, Ruth, EU-ret, 8. udgave, Karnov Group, 2020, side 206

⁴² C-441/14, Ajos, EU:C:2016:278

⁴³ Ibid., præmis 32

her forstås som en fortolkning af EU-rettens regler, der strider imod den pågældende medlemsstats egen nationale lovgivning.⁴⁴

2.6 Princippet om direkte virkning

2.6.1 Generelt om direkte virkning

Ligesom princippet om forrang og princippet om konform fortolkning er en del af EU-rettens primære regulering, så er princippet om direkte virkning ligeledes indeholdt i primærretten. Princippet medfører, at privatpersoner eller virksomheder har mulighed for at påberåbe en EU-retsakt, enten over for den pågældende medlemsstat eller over for en anden privatperson eller virksomhed. Dette afhænger af, om den pågældende EU-retsakt har delvis direkte virkning eller fuld direkte virkning.⁴⁵

I forbindelse med princippet om direkte virkning, bliver der sondret mellem vertikal- og horisontal direkte virkning. Dette ses ligeledes i sammenhæng med, om der er tale om delvis- eller fuld direkte virkning. Delvis direkte virkning betyder, at EU-retsakten alene har vertikal direkte virkning, medens fuld direkte virkning betyder, at EU-retsakten har såvel vertikal som horisontal direkte virkning.⁴⁶ Hvorvidt princippet om direkte virkning overhovedet finder anvendelse afhænger først og fremmest af den relevante EU-retsakts karakter. Visse retsakter har fuld direkte virkning, andre har delvis direkte virkning og nogle har slet ikke direkte virkning.

2.6.2 Direktiver

Direktiver er ikke på samme måde direkte anvendelige som eksempelvis forordninger. Direktiver skal gennemføres i medlemsstaterne, hvor det er overladt de nationale myndigheder at bestemme form og midler for gennemførelsen,⁴⁷ og på den måde bliver

⁴⁴ Neergaard, Ulla og Nielsen, Ruth, EU-ret, 8. udgave, Karnov Group, 2020, side 206

⁴⁵ EU-rettens direkte virkning, 2015, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/?uri=LEGIS-SUM%3A114547>, besøgt 28/04/2021

⁴⁶ Ibid., besøgt 28/04/2021

⁴⁷ TEUF artikel 288, 3. afsnit

direktiverne anvendelige. Direktiver kan dog godt have vertikal direkte virkning, såfremt de er ubetingede, klare og præcise.⁴⁸

Domstolen har i forhold til direktivers direkte virkning ydermere udtalt sig om nationale domstoles pligter ved overholdelsen af direktiver. Dette gør sig dermed ligeledes gældende for beskæftigelsesdirektivet. I forbindelse hermed har Domstolen fastslået, at selvom en sag vedrører to private parter og ingen af parterne dermed kan påberåbe sig et direktivs bestemmelser, har den nationale domstol imidlertid pligt til at fortolke de nationale bestemmelser således, at de er i overensstemmelse med det formål, der følges med det for sagen relevante direktiv.⁴⁹

2.6.3 Den Europæiske Unions Charter om grundlæggende rettigheder

I forhold til Charteret, er der tvivl om, hvorvidt dette har horisontal direkte virkning. Domstolen er dog klar i sin udmelding om, at Charteret sagtens kan have horisontal direkte virkning. Dette er set i tidligere sager ved Domstolen. Det er dog også blevet udtalt af Domstolen, at en bestemmelse i Charteret ikke har horisontal direkte virkning, såfremt den er upræcis, som det var tilfældet i AMS-sagen⁵⁰ vedrørende Charterets artikel 27.⁵¹ I den samme sag bemærkede Domstolen, at dette ikke gør sig gældende for samtlige af Charterets bestemmelser, da det ligeledes afhænger af sagens omstændigheder. Domstolens udtalelse omkring Charterets artikel 21, stk. 1, var, at denne er direkte anvendelig og kunne dermed påberåbes.⁵² Det er ydermere præciseret af Domstolen, at Charterbestemmelser har horisontal direkte virkning, når de er klare, præcise og ubetingede,⁵³ hvilket er gældende for Charterets artikel 21, og som er de samme betingelser for direktivers vertikale direkte virkning. I EU-retten er det generelt en primær betingelse for retsakter, udover forordninger, at disse kan have direkte virkning i national ret, såfremt de er klare og præcise.⁵⁴

⁴⁸ Neergaard, Ulla og Nielsen, Ruth, EU-ret, 8. udgave, Karnov Group, 2020, side 216 og EU-rettens direkte virkning, 2015, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/?uri=LEGISSUM%3A114547>, besøgt 28/04/2021

⁴⁹ C-441/14, Ajos, EU:C:2016:278, præmis 30

⁵⁰ C-176/12, AMS, EU:C:2014:2

⁵¹ Ibid., præmis 45 og 46

⁵² Ibid., præmis 47

⁵³ C-414/16, Egenberger, EU:C:2018:257, præmis 76-78 og Neergaard, Ulla og Nielsen, Ruth, EU-ret, 8. udgave, Karnov Group, 2020, side 215

⁵⁴ Neergaard, Ulla og Nielsen, Ruth, EU-ret, 8. udgave, Karnov Group, 2020, side 212

Kapitel 3: Princippet om ikke-diskrimination

3.1 EU-retten omkring forskelsbehandling

3.1.1 Indledende om ikke-diskrimination i EU-rettens retsakter

Indledningsvist skal det bemærkes, at der er flere betegnelser for diskrimination. Dette ses i Domstolens retspraksis, EU-retsakter og i litteraturen. Her anvendes begreberne ulige behandling, forskelsbehandling og diskrimination. I den danske oversættelse af EU's retsakter bliver der sondret mellem forskelsbehandling, der skal forbydes, og ulige behandling, der kan være berettiget. Denne sondring vil ikke blive inddraget i denne afhandling, da disse begreber dækker over det samme. Anvendelsen af forskellige begreber i EU's retsakter er blot til for at kunne sondre mellem, hvornår en diskrimination kan være henholdsvis lovlige eller ulovlig. I forbindelse hermed er det i den danske oversættelse af beskæftigelsesdirektivet blevet valgt at kalde diskrimination, der kan være lovlige, for ulige behandling, medens diskrimination, der er ulovlig, kaldes for forskelsbehandling.⁵⁵ På baggrund af dette vil alle betegnelser i forbindelse med diskrimination derfor blive brugt i udfærdigelsen af denne afhandling afhængigt af konteksten.

Den Europæiske Union er i væsentlig grad baseret på de grundlæggende mål som EU ønsker at fremme, der fremgår af TEU artikel 3, hvorefter et af målene er at bekæmpe *social udstødelse og forskelsbehandling*. Endvidere tilstræber EU at bekæmpe enhver form for forskelsbehandling ved udformning og gennemførelse af sine politikker og aktiviteter jf. TEUF artikel 10. Artikel 18 i TEUF indeholder et direkte diskriminationsforbud på grund af nationalitet. Derudover er det reguleret i samme traktats artikel 19, at Rådet kan træffe hensigtsmæssige foranstaltninger til at bekæmpe forskelsbehandling på grund af køn, handicap, alder, seksuel orientering, race eller etnisk oprindelse, religion eller tro.

Med Charterets artikel 21 forbydes ligeledes *enhver forskelsbehandling på grund af køn, race, farve, etnisk eller social oprindelse, genetiske anlæg, sprog, religion eller tro, politiske eller andre anskuelser, tilhørsforhold til et nationalt mindretal, formueforhold, fødsel, handicap, alder, seksuel orientering eller ethvert andet forhold*.

⁵⁵ Dette kan eksempelvis ses i betragtning nr. 25 i præamblen til direktiv 2000/78

Hvad angår specifikt beskæftigelsesområdet er beskæftigelsesdirektivet relevant for denne afhandling. Direktivets formål er, at ingen må udsættes for forskelsbehandling i forbindelse med beskæftigelse og erhverv. Her omfatter begrebet forskelsbehandling ulige behandling på grund af religion eller tro, handicap, alder eller seksuel orientering, jf. direktivets artikel 1.

EU-retten har altså gennem dens primær- og sekundærregulering et fokus på og ønske om ikke-diskrimination. Nedenfor vil det blive undersøgt, hvor og hvordan EU regulerer diskrimination, navnlig aldersdiskrimination med henblik på at kunne anskueliggøre aldersdiskriminationsforbuddet i EU-retten

3.1.2 Traktaterne

TEUF indeholder et mål om at bekæmpe enhver form for forskelsbehandling jf. artikel 10. Med artikel 19 har EU-institutionerne beføjelser til at træffe hensigtsmæssige foranstaltninger til at bekæmpe forskelsbehandling på grund af blandt andet alder. I medfør af TEU artikel 5, stk. 2, tildeles EU-institutionerne med TEUF artikel 19 kompetence til at vedtage foranstaltninger til at bekæmpe forskelsbehandling. Dermed er artikel 19 alene en hjemmelsbestemmelse og indeholder ikke i sig selv et diskriminationsforbud.

Imidlertid har EU-domstolen alligevel i sin praksis fastslået, at princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder skal anses for et almindeligt EU-retligt princip.⁵⁶ Princippet finder kun anvendelse, såfremt den muligvis diskriminerende nationale behandling, retningslinjer eller lovbestemmelser falder inden for fællesskabsrettens anvendelsesområde. Det fremgår blandt andet af Bartsch-sagen⁵⁷, der omhandlede nationale retningslinjer vedrørende udbetaling af pension til personer, hvis ægtefælle i forbindelse med dennes ansættelse afgik ved døden, at disse retningslinjer ikke er foranstaltninger til gennemførelse af fællesskabsretten.⁵⁸ EU-domstolen konkluderende i den forbindelse, at de omhandlede retningslinjer ikke havde en forbindelse til hverken TEUF artikel 19 eller beskæftigelsesdirektivet, hvorfor det almindelige EU-retlige princip om forbud mod forskelsbehandling ikke fandt anvendelse.⁵⁹ Omvendt fandt princippet om forbud mod forskelsbehandling anvendelse i Mangold-sagen. Den omhandlede nationale bestemmelse i sagen var nemlig blevet indført i forbindelse med gennemførelse af et EU-direktiv.⁶⁰

⁵⁶ C-144/04, Mangold, EU:C:2005:709, præmis 74

⁵⁷ C-427/06, Bartsch, EU:C:2008:517

⁵⁸ Ibid., præmis 24

⁵⁹ Ibid., præmis 25

⁶⁰ C-144/04, Mangold, EU:C:2005:709, præmis 51 og 64

Afslutningsvis konkluderende EU-domstolen, at forbuddet mod forskelsbehandling på grund af alder bevirker, at den nationale ret skal undlade at anvende enhver modstridende bestemmelse i national lov.⁶¹

Endvidere har EU-domstolen bemærket, at princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder følger af det almindelige EU-retlige ligebehandlingsprincip.⁶² I relation til Domstolens praksis indeholder ligebehandlingsprincippet et krav til EU-lovgiver om, at lige forhold ikke må behandles forskelligt, medmindre en sådan behandling er objektivt begrundet.⁶³ Princippet har sin oprindelse i retspraksis, men blev med ikrafttrædelsen af Lissabontraktaten kodificeret i artikel 20 og artikel 21 i Charteret. Uanset anerkender Domstolen EU-rettens almindelige principper i praksis, omend de ikke kan henføres til en bestemt traktatbestemmelse.⁶⁴

3.1.3 Den Europæiske Unions Charter om Grundlæggende Rettigheder

Det fremgår af Charterets artikel 20, at *alle mennesker er lige for loven*. Hvad angår forskelsbehandling fremgår det sålydende af Charterets artikel 21, stk. 1:

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

Artikel 21 indeholder dermed et generelt diskriminationsforbud og kodificerer det almindelige EU-retlige princip om forbud mod diskrimination på grund af alder.⁶⁵ Forinden Charterets retskildestatus på traktatniveau med vedtagelsen af Lissabon-traktaten i 2009 havde Domstolen allerede i Mangold-sagen fastslået, at der gælder et generelt uskrevet princip om forbud mod aldersdiskrimination i EU-retten. Artikel 21 indfører et sådant forbud direkte i sin ordlyd, men Charteret finder kun anvendelse i national ret på områder reguleret af EU. Charteret kan således kun finde anvendelse, såfremt et område er reguleret i anden EU-retskilde end Charteret. Det følger dermed af artikel 21, at nationale lovgivere i forbindelse med gennemførelse af EU-regler skal overholde diskriminationsforbuddet i artikel 21.⁶⁶

⁶¹ C-144/04, Mangold, EU:C:2005:709, præmis 78

⁶² C-555/07, Küçükdeveci, EU:C:2010:21, præmis 50

⁶³ C-149/96, Portugal mod Rådet, EU:C:1999:574, præmis 91

⁶⁴ Nielsen, Ruth, EU-arbejdsret, 5. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2019, side 224

⁶⁵ Ibid., side 217

⁶⁶ Ibid., side 218

3.1.4 Beskæftigelsesdirektivet

3.1.4.1 Indledende om beskæftigelsesdirektivet

Før vedtagelsen af Amsterdam-traktaten⁶⁷, omhandlede forskelsbehandling primært diskrimination på grund af nationalitet. Med Amsterdam-traktaten fik EU nye beføjelser til at bekæmpe forskelsbehandling jf. TEUF artikel 19. I henhold til EU's målsætning om at bekæmpe enhver form for diskrimination og med EU-institutioners nye beføjelser til at træffe foranstaltninger til at bekæmpe diskrimination, blev beskæftigelsesdirektivet vedtaget. Direktivet trådte i kraft den 2. december 2000,⁶⁸ hvorefter medlemsstaterne senest den 2. december 2003 skulle efterkomme direktivet ved at vedtage de nødvendige love og administrative bestemmelser.⁶⁹ Imidlertid gav direktivet mulighed for at medlemsstaterne, om nødvendigt, kunne få en yderligere frist på 3 år til gennemførelsen af direktivets bestemmelser om forskelsbehandling på grund af alder og handicap således, at de senest skulle efterkomme direktivet den 2. december 2006. Uanset på hvilket tidspunkt medlemsstaterne vælger at gennemføre direktivet i den nationale lovgivning, er direktivet gældende fra det tidspunkt, det er trådt i kraft, altså den 2. december 2000.

Anvendelsesområdet for beskæftigelsesdirektivet er fastlagt i artikel 3, hvoraf det fremgår, at både den offentlige- og den private sektor er omfattet. Alle personer, for så vidt angår forhold, der vedrører udvælgelseskræfter, ansættelse, afskedigelse, løn, vilkår under ansættelsen og medlemskab i forbindelse med arbejdsgiver- eller arbejdstagerorganisation er omfattet, jf. artikel 3, stk. 1, litra a-d. Det skal bemærkes, at tidsbegrænset ansættelser er reguleret i Rådets direktiv 1999/70/EF.

Beskæftigelsesdirektivet omfatter ikke forskelsbehandling på grund af nationalitet og berører ikke tredjelandsstatsborgere eller statsløse personer jf. artikel 3, stk. 2. Tillige omfatter direktivet ikke offentlige udbetalinger eller lignende ordninger jf. artikel 3, stk. 3. Hvad angår forskelsbehandling på grund af alder ved tjeneste i væbnede styrker kan medlemsstaterne fastsætte, at direktivet ikke finder anvendelse jf. artikel 3, stk. 4.

⁶⁷ Der trådte i kraft 1. maj 1999

⁶⁸ Jf. direktiv 2000/78 artikel 20

⁶⁹ Jf. direktiv 2000/78 artikel 18

3.1.4.2 Formålet med beskæftigelsesdirektivet

I forbindelse med anvendelse af beskæftigelsesdirektivets bestemmelser skal det bemærkes, at direktivet indeholder en omfattende præambel, der må inddrages ved fortolkning af direktivet.⁷⁰

Direktivet indeholder en formålsbestemmelse i artikel 1, hvoraf det fremgår sålydende:

“Formålet med dette direktiv er, med henblik på at gennemføre princippet om ligebehandling i medlemsstaterne, at fastlægge en generel ramme for bekæmpelsen af forskelsbehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv på grund af religion eller tro, handicap, alder eller seksuel orientering”.

Det fremgår således direkte af ordlyden af direktivets artikel 1, at formålet er at gennemføre princippet om ligebehandling ved i direktivet at fastlægge generelle rammer for bekæmpelsen af forskelsbehandling på beskæftigelsesområdet, herunder blandt andet på grund af alder. I den forbindelse skal første og fjerde præambelbetragtning bemærkes. Heraf fremgår, at forbud mod forskelsbehandling på grund af alder har sin oprindelse i forskellige internationale konventioner og i medlemsstaternes fælles forfatningsmæssige traditioner. Direktivet indeholder derfor ikke i sig selv et forbud om forskelsbehandling på grund af alder, men konkretiserer blot princippet ved indførelse af generelle rammer herfor.⁷¹ Endvidere fremgår det af Domstolens praksis, omhandlende direktivet, at et forbud mod forskelsbehandling på grund af alder skal anses for et almindeligt fællesskabsretligt princip. Dette slog Domstolen allerede fast ved dens første dom vedrørende direktivet i 2004.⁷²

Den i direktivet sikrede beskyttelse mod forskelsbehandling går ikke videre end den, der indrømmes i henhold til det almindelige princip om forbud mod forskelsbehandling, idet direktivet alene er en konkretisering af dette princip inden for beskæftigelsesområdet. Direktivet er imidlertid vedtaget med henblik på at skabe mere præcise rammer for medlemsstaternes gennemførelse af ligebehandlingsprincippet. Desuden tilsigtes det med direktivet at fastsætte forskellige muligheder for fravigelse af forbuddet mod forskelsbehandling ved at afgrænse disse ved hjælp af en mere tydelig definition af anvendelsesområdet.⁷³

⁷⁰ Nielsen, Ruth, Lov om forbud mod forskelsbehandling - med kommentarer, 1 udgave, Karnov Group, 2017, side 78

⁷¹ C-144/04, Mangold, EU:C:2005:709, præmis 74; C-555/07; Küçükdeveci, EU:C:2010:21, præmis 21; C-441/14, Ajos, EU:C:2016:278, præmis 22

⁷² C-144/04, Mangold, EU:C:2005:709, præmis 75

⁷³ C-441/14, Ajos, EU:C:2016:278, præmis 23

Opregningen af de forskelsbehandlingsgrunde i direktivets artikel 1 er udtømmende og anvendelsesområdet for direktivet kan ikke ved analogi udvides ud over forskelsbehandling af disse grunde.⁷⁴ Dette betyder, at de i direktivets artikel 1 nævnte forskelsbehandlingsgrunde er de eneste, der er omfattede af direktivets beskyttelsesområde.

Forskelsbehandling på grund af alder har ikke sin oprindelse i direktivet, men direktivet har til formål at hjælpe medlemsstaterne med indførelse af ligebehandlingsprincippet, hvorfor der med direktivet fastsættes generelle rammer for ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv. Medlemsstaterne er forpligtende til at gennemføre direktivet i deres nationale lovgivning.

Beskæftigelsesdirektivet indeholder bestemmelser, der skal være med til at fastlægge en generel ramme for bekæmpelsen af forskelsbehandling inden for beskæftigelsesområdet, blandt andet i forhold til ansættelsesvilkår, heriblandt afskedigelse af arbejdstager.⁷⁵ Direktivet definerer i artikel 2, hvordan det almindelige EU-retlige ligebehandlingsprincip skal fortolkes, herunder hvornår der foreligger forskelsbehandling inden for beskæftigelsesområdet. Imidlertid indeholder artikel 6 en bestemmelse, hvorefter medlemsstaterne kan bestemme, at en ulige behandling på grund af alder, der efter artikel 2, stk. 2, vil blive anset som værende forskelsbehandling, ikke udgør forskelsbehandling, såfremt betingelser herfor er opfyldte. I det følgende kapitel 4 i denne afhandling vil direktivets artikel 2 først blive gennemgået med henblik på at undersøge, hvornår der foreligger forskelsbehandling. Dernæst vil direktivets artikel 6 blive gennemgået med henblik på at undersøge, hvornår en given forskelsbehandling på grund af alder opfylder betingelser for ikke at udgøre aldersdiskrimination.

Gennemgangen skal være med til at klarlægge om FUL § 2b indeholder forskelsbehandling, jf. artikel 2. Såfremt dette gør sig gældende, skal gennemgangen af artikel 6 være med til at klarlægge om aldersdiskriminationen i FUL § 2b er omfattet heraf.

⁷⁴ C-13/05, Chacón Navas, EU:C:2006:456, præmis 56

⁷⁵ Jf. direktiv 2000/78 artikel 3, stk. 1, litra c

3.2 Sammenfatning

3.2.1 Aldersdiskriminationen i EU

Det er utvivlsomt, at EU-retten indeholder et almindeligt princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder. Domstolen har i sin praksis inden for beskæftigelsesområdet fastslået, at princippet skal anses som værende et almindeligt EU-retligt princip. Beskæftigelsesdirektivet konkretiserer blot dette princip, og indeholder dermed ikke i sig selv forbuddet. Til gengæld indeholder Charteret et forbud mod forskelsbehandling på grund af blandt andet alder.

Ligebehandlingsprincippet, der betyder, at lige forhold skal behandles lige, og forskellige forhold skal behandles forskelligt, har nær sammenhæng med forbuddet mod forskelsbehandling på grund af alder, idet forbuddet udspringer af ligebehandlingsprincippet. Dette kommer af, at ligebehandlingsprincippet er vidtrækkende, hvor forbuddet mod forskelsbehandling på grund af alder er mere konkret i forhold til den pågældende forskelsbehandlingsgrund. Dette kan forklares med, at ligebehandling forudsætter, at alle skal behandles lige, og forbuddet mod forskelsbehandling på grund af alder medfører, at ingen må udsættes for en ulige behandling baseret på dennes alder. Undtagelsen til dette er dog, hvis en sådan ulige behandling er objektivt og rimeligt begrundet.

Beskæftigelsesdirektivets formål er netop at gennemføre ligebehandlingsprincippet i medlemsstaterne ved at indføre generelle rammer om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv. Indenfor rammerne af direktivet kan medlemsstaterne i medfør af artikel 6, stk.1, fravige princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder.

3.2.2 EU-rettens påvirkning af national ret

Princippet om forskelsbehandling på grund af alder udgør en del af EU-rettens primærregulering, hvorfor medlemsstaterne er forpligtede til at lovgive i overensstemmelse med dette princip. Princippet i Charterets artikel 21 fik med tilblivelsen af Lissabontraktaten fuld direkte virkning, idet bestemmelsen er præcis, klar og ubetinget. Dermed kan private borgere og virksomheder påberåbe princippet over for andre private borger, virksomheder og staten.

Medlemsstaterne skal implementere direktiver i national lovgivning, hvorfor beskæftigelsesdirektivet skal implementeres. Det er i forbindelse hermed overladt til medlemsstaterne at vælge, hvilke bindende foranstaltninger, der skal gennemføre direktivet. Direktivet indeholder såkaldte minimumskrav, hvorfor medlemsstaterne om nødvendigt kan indføre gunstigere bestemmelser, end hvad direktivet kræver, men gennemførelsen af direktivet kan ikke begrunde en forringelse af allerede eksisterende vilkår.

I overensstemmelse med EU-rettens princip om konform fortolkning, princippet om forrang og princippet om direkte virkning, kan det konstateres, at såfremt en national bestemmelse er i strid med EU-retsakter, skal den nationale bestemmelse enten fortolkes EU-konformt eller tilsidesættes, hvis en konform fortolkning ikke kan lade sig gøre således, at EU-rettens effektivitet sikres.

Kapitel 4: Berettiget forskelsbehandling

På trods af det klare diskriminationsforbud i EU-retten, herunder i forhold til alder, følger det imidlertid af beskæftigelsesdirektivets artikel 6, at en forskelsbehandling på grund af alder undtagelsesvis kan være berettiget inden for anvendelsesområdet af direktivet. Det fremgår af ordlyden af artikel 6, stk. 1, 1. pkt., at “*Uanset artikel 2, stk. 2, kan medlemsstaterne bestemme, at ulige behandling på grund af alder ikke udgør forskelsbehandling (...)*“. I forhold til om en given national foranstaltning, der indeholder et alderskriterium, kan være omfattet af direktivets artikel 6, skal det derfor først konstateres om selve foranstaltningen udgør forskelsbehandling, for derefter at kunne vurdere om undtagelsesmulighederne for diskriminationsforbuddet i artikel 6 finder anvendelse.

Derfor vil nærværende kapitel indeholde en kort redegørelse for begrebet *forskelsbehandling*, jf. artikel 2, med inddragelse af relevant domspraksis. Ligeledes indeholder kapitlet en gennemgang af undtagelsesmulighederne i artikel 6 med inddragelse af relevant domspraksis for at kunne belyse, hvornår en ulige behandling på grund af alder i national lovgivning kan være lovligt begrundet i henhold til beskæftigelsesdirektivet.

Artikel 6, stk. 1, har følgende ordlyd:

Stk. 1. Uanset artikel 2, stk. 2, kan medlemsstaterne bestemme, at ulige behandling på grund af alder ikke udgør forskelsbehandling, hvis den er objektivt og rimeligt begrundet i et legitimt formål inden for rammerne af den nationale ret, bl.a. legitime beskæftigelses-, arbejdsmarkeds- og erhvervsuddannelsespolitiske mål, og hvis midlerne til at opfylde det pågældende formål er hensigtsmæssige og nødvendige.

Der kan bl.a. være tale om følgende former for ulige behandling:

- a) tilvejebringelse af særlige vilkår for adgang til beskæftigelse og erhvervsuddannelse, beskæftigelse og erhverv, herunder betingelser vedrørende afskedigelse og aflønning, for unge, ældre arbejdstagere og personer med forsørgerpligt med henblik på at fremme deres erhvervsmæssige integration eller at beskytte dem*
- b) fastsættelse af minimumsbetingelser vedrørende alder, erhvervs erfaring eller anciennitet for adgang til beskæftigelse eller til visse fordele i forbindelse med beskæftigelse*

- c) fastsættelse af en maksimal aldersgrænse for ansættelse, som er baseret på uddannelsesmæssige krav til den pågældende stilling eller nødvendigheden af at have tilbagelagt en rimelig periode i beskæftigelse før pensionering.

4.1 Forskelsbehandling i direktivets artikel 2

Beskæftigelsesdirektivets artikel 2 definerer begrebet forskelsbehandling i sammenknytning med princippet om ligebehandling jf. artikel 1. Artikel 2, stk. 1 er sålydende:

“Stk. 1. I dette direktiv betyder princippet om ligebehandling, at ingen må udsættes for nogen form for direkte eller indirekte forskelsbehandling af nogen af de i artikel 1 anførte grunde”

Indledningsvist skal det bemærkes, at det fremgår af formålet med direktivet, at enhver person sikres en effektiv beskyttelse mod forskelsbehandling af en af de i artikel 1 anførte grunde, hvoraf alder fremgår. I medfør af ordlyden af artikel 2, stk. 1, fremgår det, at forskelsbehandling som begreb i direktivet både omfatter den direkte forskelsbehandling og den indirekte forskelsbehandling. Definitionen af forskelsbehandling som direkte og indirekte fremgår af artikel 2, stk. 2.

4.1.1 Direkte forskelsbehandling

I direktivets artikel 2, stk. 2, litra a, præciseres det, at der i henhold til stk. 1 foreligger direkte forskelsbehandling, såfremt en person bliver behandlet anderledes på grund af et af de i direktivets artikel 1 angivne forhold, end en anden person i en tilsvarende situation ville være blevet behandlet. Nationale foranstaltninger, der omhandler alderskriterier, hvorefter en arbejdstager stilles ringere end en anden person i en tilsvarende situation, indebærer dermed direkte forskelsbehandling. Som eksempel på en direkte forskelsbehandling kan Ole Andersen-sagen⁷⁶ nævnes. I denne sag medførte en bestemmelse i dansk lovgivning, at personer, der havde ret til alderspension eller folkepension ikke nødvendigvis havde ret til fratrædelsesgodtgørelse efter længere tids ansættelse i samme virksomhed. Denne bestemmelse blev af domstolen anset som værende direkte baseret på et alderskriterium og udgjorde dermed direkte forskelsbehandling som omhandlet i

⁷⁶ C-499/08, Andersen, EU:C:2010:600

beskæftigelsesdirektivets artikel 2, stk. 2, litra a.⁷⁷ Bestemmelsen indeholdt ikke en decideret aldersgrænse, men var blot forbundet med personers ret til alderspension eller folkepension. Personers ret til modtagelse af pension er indiskutabelt forbundet med opnåelsen af en bestemt alder, hvorfor Domstolen kom frem til det pågældende resultat om, at bestemmelsen udgjorde direkte aldersdiskrimination.

Som et andet eksempel på en sag, hvor den omhandlede foranstaltning indeholdt en aldersgrænse, kan Palacios de la Villa-sagen⁷⁸ nævnes. Sagen omhandlede en national bestemmelse, hvorefter en arbejdstagers ansættelseskontrakt uden videre ophører, når arbejdstageren når den alder, der i den pågældende bestemmelse er fastsat for at kunne gå på pension.⁷⁹ Domstolen konkluderede, at et sådant ophør af ansættelse grundet en aldersgrænse, imidlertid må *“anses for direkte at pålægge en ringere behandling af arbejdstagere, der har nået denne alder, i forhold til de øvrige erhvervsaktive personer”*. En sådan behandling indebærer således direkte forskelsbehandling på grund af alder i henhold til artikel 2, stk. 1 og stk. 2, litra a.⁸⁰

4.1.2 Indirekte forskelsbehandling

Det præciseres i artikel 2, stk. 2, litra b, at der i henhold til stk. 1 foreligger indirekte forskelsbehandling, såfremt en tilsyneladende neutral bestemmelse, betingelse eller praksis vil stille personer, der blandt andet tilhører en bestemt aldersgruppe særlig ufordelagtigt i forhold til andre personer.

En national bestemmelse, der eksempelvis forbyder pensionerede personer fra den private og den offentlige sektor at deltage i en offentlig forvaltnings tildeling af undersøgelses- og rådgivningsopgaver, udgør en indirekte forskelsbehandling, jf. artikel 2, stk. 2, litra b.⁸¹ Dette skyldes, at kriterier om *ikke at være pensioneret* medfører, at bestemmelsen indirekte forskelsbehandler en bestemt aldersgruppe.

I henhold til direktivets beskrivelse af en indirekte forskelsbehandling, skal det bemærkes, at artikel 2, stk. 2, litra b, nr. i, hjemler en undtagelse. Det fremgår af ordlyden heraf, at indirekte forskelsbehandling kan være lovlig, såfremt den er *“objektivt begrundet i et legitimt mål, og midlerne, der bliver brugt til at opnå målet, er proportionale i forhold til*

⁷⁷ C-499/08, Andersen, EU:C:2010:600, præmis 24

⁷⁸ C-411/05, Palacios de la Villa, EU:C:2007:604

⁷⁹ Ibid., præmis 29

⁸⁰ Ibid., præmis 51

⁸¹ C-670/18, CO, EU:C:2020:272, præmis 27-29

dette". Såfremt en national tilsyneladende neutral bestemmelse kvalificeres som værende indirekte forskelsbehandling, kan bestemmelsen alligevel være lovlig, hvis betingelserne i artikel 2, stk. 2, litra b, nr. i, er opfyldte. Denne undtagelsesbestemmelse er ikke relevant til besvarelsen af denne afhandlings problemformulering, hvorfor bestemmelsen ikke gennemgås yderligere.

Det fremgår udtrykkeligt af ordlyden af artikel 2, stk. 2, jf. artikel 2, stk. 1, at ingen må udsættes for nogen form for forskelsbehandling, uagtet om den ulige behandling skal kvalificeres som direkte eller indirekte forskelsbehandling. Såfremt en national foranstaltning indeholder et alderskriterium, der udgør forskelsbehandling i henhold til artikel 2, stk. 2, skal det undersøges om en sådan foranstaltning kan berettiges i henhold til artikel 6, stk. 1. En national bestemmelse, der ikke kan kvalificeres som værende en forskelsbehandling i henhold til artikel 2, stk. 2, er ikke omfattet af direktivet.

4.2 Undtagelsesbestemmelsen i direktivets artikel 6

Ordlyden af artikel 6, stk. 1, giver medlemsstaterne mulighed for "*(...) at ulige behandling på grund af alder ikke udgør forskelsbehandling, hvis den er objektivt og rimeligt begrundet i et legitimt formål inden for rammerne af den nationale ret, bl.a. legitime beskæftigelses-, arbejdsmarkeds- og erhvervsuddannelsespolitiske mål, og hvis midlerne til at opfylde det pågældende formål er hensigtsmæssige og nødvendige. (...)*".⁸² Betingelserne for at en aldersdiskrimination i henhold til artikel 6, stk. 1, er lovlig, er således 1) at der foreligger en ulige behandling, 2) at den ulige behandling er objekt og rimeligt begrundet i et legitimt formål, og 3) at midlerne til at opfylde det pågældende formål er hensigtsmæssige og nødvendige. I det følgende vil betingelserne blive gennemgået med henblik på at belyse, hvornår forskelsbehandling på grund af alder er berettiget aldersdiskrimination efter artikel 6, stk.1. Imidlertid vil kravet om hensigtsmæssighed og nødvendighed blive behandlet i kap 5.

4.2.1 Ulige behandling

Det fremgår af artikel 6, stk. 1, at uanset om en foranstaltning skal anses som værende direkte eller indirekte forskelsbehandling i henhold til artikel 2, stk. 2, kan en ulige behandling på grund af alder i henhold til artikel 6, stk. 1, udgøre lovlig

⁸² Uddrag af direktiv 2000/78 artikel 6, stk. 1

aldersdiskrimination, såfremt formålet med den givne nationale foranstaltning er objektivt og rimeligt begrundet i et legitimt formål. Hvad angår bestemmelsens ordlyd vedrørende “*ulige behandling*”, oplistes der tre eksempler på former for ulige behandling i stk. 1, andet afsnit, litra a-c, der kan være legitime og dermed ikke være omfattet af diskriminationsforbuddet. Det skal bemærkes, at eksemplerne ikke udgør en udtømmende opstilling af ulige behandling, idet det følger af bestemmelsens ordlyd, at “*der kan bl.a. være tale om følgende former for ulige behandling*”. Med formuleringen *bl.a.* tilskyndes ikke en udtømmende liste.⁸³

Med litra a er det muligt at indføre en national foranstaltning, der giver unge arbejdstagere, ældre arbejdstagere og personer med forsørgerpligt særlige vilkår vedrørende betingelser for afskedigelse og aflønning. En sådan ulige behandling betinger, at formålet er at fremme én af de tre persongruppers erhvervsmæssige integration eller at beskytte dem.

Litra b og c hjemler muligheden for fastsættelse af aldersgrænser i særlige tilfælde, herunder eksempelvis i forhold til adgang til beskæftigelse som omhandlet i litra b.

Idet eksemplerne ikke udgør en udtømmende opstilling af foranstaltninger, der kan berettigede forskelsbehandling, er det ikke nødvendigt, at en given national foranstaltning kan klassificeres under én af de forskelsbehandlingstyper, der fremgår direkte af artikel 6, stk. 1, andet afsnit.⁸⁴ Eksemplerne i litra a-c kan imidlertid anvendes som fortolkningsbidrag i forhold til hvilke formål, der anses som værende legitime efter direktivets artikel 6.

4.3 Legitime formål

Det følger af ordlyden af direktivets artikel 6, stk. 1, at et legitimt formål bl.a. kan findes i *beskæftigelses-, arbejdsmarkeds- og erhvervsuddannelsespolitiske mål*. Formuleringen *bl.a.* tilskynder ikke til en udtømmende angivelse af legitime formål og har blot vejledende karakter.⁸⁵

Indledningsvist skal direktivets præambel bemærkes, idet denne bør anvendes ved fortolkningen af artikel 6.⁸⁶ Først skal ellefte betragtning nævnes. Heraf fremgår, at forskelsbehandling på grund af alder kan hindre EU's mål om opnåelse af *et højt*

⁸³ C-45/09, Rosenbladt, EU:C:2010:601, præmis 40

⁸⁴ Ibid., præmis 40

⁸⁵ C-388/07, Age Concern, EU:C:2009:128, præmis 43

⁸⁶ Jf. denne afhandlings afsnit 3.1.4.2 Formålet med beskæftigelsesdirektivet

*beskæftigelsesniveau og et højt socialt beskyttelsesniveau, højnelse af levestandarden og livskvaliteten, økonomisk og social samhørighed og solidaritet samt fri bevægelighed for personer.*⁸⁷

Endvidere skal femogtyvende betragtning bemærkes. Af betragtningen fremgår, at *ulige behandling på grund af alder kan være berettiget under visse omstændigheder og kræver derfor særlige bestemmelser, der kan variere alt efter situationen i medlemsstaterne.*⁸⁸ Domstolen bemærkede i den forbindelse i Palacios de la Villa-sagen, at medlemsstaternes valg af, hvilke beskæftigelses- og socialpolitiske mål en bestemmelse forfølger afhænger af den konkrete situation på dennes medlemsstats arbejdsmarked.⁸⁹ Derfor vil et legitimt formål i en medlemsstat kunne berettige en aldersdiskrimination, såfremt medlemsstatens situation på arbejdsmarkedet kræver en aldersdiskriminerende handling til at forfølge et konkret mål. Omvendt er det ikke givet, at et lignende legitimt formål i anden medlemsstat vil berettige en aldersdiskriminerende handling, såfremt arbejdsmarkedssituationen ikke er sammenlignelig. Endvidere bemærkede Domstolen, at i takt med arbejdsmarkedets udvikling, råder de nationale myndigheder over *muligheden for at ændre de midler, der er iværksat for at opnå et legitimt formål af almen karakter, f.eks. ved at tilpasse dem til udviklingen i beskæftigelsessituationen i den berørte medlemsstat.*⁹⁰

Det kan udledes af præambelbetragtningerne til fortolkning af *“legitime formål”*, at nationale aldersdiskriminerende foranstaltninger, der har til formål at højne beskæftigelsen, kan anses som værende et legitimt formål. Tillige kan udledes af femogtyvende betragtning, at den pågældende situation på arbejdsmarkedet i medlemsstaterne har indflydelse på, hvorvidt en national bestemmelse kan være lovlig efter direktivet, og at en lovlig bestemmelse i en medlemsstat kan være ulovlig i en anden.

I indeværende afsnit vil det med inddragelse af relevant domspraksis blive belyst, hvilken form for aldersdiskrimination, der kan være objektiv begrundet i et legitimt formål med henblik på at vurdere hvilke aldersdiskriminerende foranstaltninger, Domstolen blandt andet vurderer kan høre under legitime beskæftigelses-, arbejdsmarkeds- og erhvervspolitiske mål, jf. artikels 6. Endvidere vil det med relevant domspraksis blive belyst hvilke formål, der er illegitime med henblik på at kunne søge en afgrænsning af legitime mål.

Idet der findes en omfangsrig EU-praksis på området for prøvelsen af artikel 6, stk.1, vil det ikke være muligt at gennemgå samtlige domme. Praksis er valgt ud fra dets evne til

⁸⁷ Uddrag af præambelbetragtning nr. 11 til direktiv 2000/78

⁸⁸ Uddrag af præambelbetragtning nr. 25 til direktiv 2000/78

⁸⁹ C-411/05, Palacios de la Villa, EU:C:2007:604, præmis 69

⁹⁰ Ibid., præmis 70

at anskueliggøre, hvornår Domstolen finder, at aldersdiskriminerende foranstaltninger kan berettiges i et legitimt formål inden for rammerne af den nationale ret.

I det følgende undersøges sager, hvor Domstolen anerkendte formålet bag den nationale aldersdiskriminerende foranstaltning.

Det skal bemærkes, at hvad angår valget af formålet bag en aldersdiskriminerende foranstaltning, fremgår det af Domstolens faste praksis, at medlemsstaterne råder over en vid skønsmargin med hensyn til hvilket bestemt formål, der ønskes forfulgt på området for socialpolitik og beskæftigelse.⁹¹ Det er altså medlemsstaterne, der selv vælger hvilke nationale mål, der ligger bag valget af en aldersdiskriminerende foranstaltning. Domstolen skal blot vurdere, om det valgte formål er legitimt, herunder blandt andet i forhold til beskæftigelses-, arbejdsmarkeds- og erhvervspolitiske mål, der betegnes som værende socialpolitiske mål.⁹²

4.3.1 Fremme beskæftigelsen for visse grupper af arbejdstagere

Domstolen har i en række sager fastslået, at et legitimt formål kan være at fremme beskæftigelsen for visse grupper af arbejdstagere.

4.3.1.1 Mangold-sagen

Mangold-sagen var den første EU-dom, der tog stilling til indholdet af forbuddet mod aldersdiskrimination i henhold til beskæftigelsesdirektivets artikel 6, stk.1. Sagen omhandlede en national foranstaltning, der gjorde det muligt for arbejdsgiver uden begrænsninger at kunne indgå en tidsbegrænset ansættelseskontrakt med arbejdstagere, der er fyldt 52 år.⁹³ Formålet hermed var at fremme beskæftigelsen for ældre arbejdstagere, der er blevet arbejdsløse og havde betydelige vanskeligheder med at finde ny beskæftigelse.⁹⁴ Domstolen bemærkede, at et sådan formål om at fremme beskæftigelsen for denne gruppe arbejdstagere var principielt, og skulle anses som værende *objektivt og rimeligt* til at begrunde en sådan ulige behandling på grund af alder.⁹⁵ Desuden anerkendte Domstolen i

⁹¹ Bl.a. C-511/19, AB, EU:C:2021:274, Foreløbig udgave, præmis 30, og den deri nævnte praksis

⁹² C-388/07, Age Concern, EU:C:2009:128, præmis 46

⁹³ C-144/04, Mangold, EU:C:2005:420, præmis 57

⁹⁴ Ibid., præmis 59

⁹⁵ Ibid., præmis 61

sagen Kommissionens udtalelse om, at det ikke er *berettiget at drage et sådant formål af almen interesse i tvivl*.⁹⁶

4.3.1.1.1 Bemærkninger

En tidsbegrænset kontrakt som den i sagen omhandlede, har til formål at begrænse arbejdsløsheden for arbejdstagere, der er fyldt 52 år. Et sådant mål er legitimt, idet foranstaltningen fremmer beskæftigelsen for ældre arbejdstagere, der er opført i litra a, andet afsnit. Imidlertid skal det bemærkes, at litra a ikke indeholder tidsbegrænsede kontrakter som eksempel. Ikke desto mindre kan det udledes af sagen, at Domstolen anvender dele af ordlyden af litra a ved prøvelsen af, om tidsbegrænset kontrakter for arbejdstagere, der er fyldt 52 år, forfølger et legitimt formål, omend tidsbegrænset kontrakter ikke direkte fremgår af litra a.

4.3.1.2 AB-sagen

Domstolen har efterfølgende fortsat afgjort flere sager, hvorefter formålet med at fremme beskæftigelsen for visse grupper af arbejdstagere var legitimt i forbindelse med en national foranstaltning, der udgjorde aldersdiskrimination.

AB-sagen⁹⁷ er den seneste⁹⁸ afgjorte EU-dom vedrørende direktivets artikel 6, stk. 1. Sagen omhandlede en national ordning, hvorefter en arbejdstager, der var bundet af et tidsubestemt ansættelsesforhold ved en offentlig sektor, kunne af arbejdsgiveren anbringes under en såkaldt arbejdskraftreserve. Betingelserne herfor var, at arbejdstageren opfylder de betingelser, som giver ret til fratrædelse med fuld pension og var fyldt mindst 58 år i en specifik angivet periode.⁹⁹ Domstolen bemærkede for det første ved prøvelse af, om den omhandlede ordning var legitim efter direktivets artikel 6, at ordningen fremmede et højt beskæftigelsesniveau, der udgør et af de mål som EU forfølger i TEU artikel 3, stk. 3. For det andet bemærkede Domstolen, at det allerede fremgår af EU-rettens praksis, at formålet med at fremme ansættelse og forfremmelse af yngre medarbejdere kan udgøre et legitimt beskæftigelsesformål. Formålet med den nationale ordning skulle oprindeligt findes i et mål om at nedbringe de offentlige udgifter. Idet ordningen var rettet mod arbejdstagere, der nærmede sig pensionsalderen, medvirkede ordningen til, at det undgås at

⁹⁶ C-144/04, Mangold, EU:C:2005:420, præmis 60

⁹⁷ C-511/19, AB, EU:C:2021:274

⁹⁸ Pr. maj 2021

⁹⁹ C-511/19, AB, EU:C:2021:274, præmis 24-27

opsige yngre arbejdstagere.¹⁰⁰ Af de grunde konkluderede Domstolen afslutningsvist sålydende:

“(...) selv om ordningen for arbejdskraftreserven indgår i finanspolitikken, forfølger den samtidig sådanne beskæftigelsesmæssige mål, som er omhandlet i artikel 6, stk. 1, i direktiv 2000/78, og som i princippet er egnet til objektivt og rimeligt at kunne begrunde en ulige behandling på grund af alder.”¹⁰¹

4.3.1.2.1 Bemærkninger

Domstolen tillægger det ikke yderligere vægt, at formålet med aldersdiskriminationen skulle findes i finanspolitikken. Det afgørende i sagen med hensyn til prøvelsen af det legitime formål blev i stedet virkningen af foranstaltningen på arbejdsmarkedet. Det faktum, at unge arbejdstagere ikke opsiges, fremmer i sig selv unges beskæftigelse, hvilket Domstolen lagde til grund, hvorefter Domstolen anerkendte, at foranstaltningen forfølger et legitimt beskæftigelsesmæssigt mål efter artikel 6, stk.1.

4.3.1.3 Petersen-sagen

Ligeledes har Domstolen i Petersen-sagen¹⁰² anerkendt målet med at fremme unges ansættelse på arbejdsmarkedet. Sagen omhandlede en national foranstaltning, hvorefter der fastsættes en aldersgrænse på 68 år for udøvelsen af hvervet som overenskomstilsluttet tandlæge. Idet den nationale ret havde angivet flere formål, blev foranstaltningen prøvet efter flere bestemmelser i direktivet. Hvad angår prøvelse i henhold til direktivets artikel 6, stk. 1, blev formålet om fordeling mellem generationerne for at opnå beskæftigelse som overenskomstilsluttet tandlæge lagt til grund. Domstolen bemærkede indledningsvist, at Domstolen i dens praksis allerede havde fastslået, at det er et lovligt mål i medlemsstaternes social- eller beskæftigelsespolitik at fremme ansættelse ved at indføre bestemmelser, der forbedrer mulighederne for at visse kategorier af arbejdstagere kan få fodfæste på arbejdsmarkedet. I forbindelse med det konkluderede Domstolen, *at en foranstaltning, der træffes med henblik på at fremme unges muligheder for at udøve beskæftigelse som overenskomstilsluttet tandlæge, anses for en foranstaltning, der henhører under beskæftigelsespolitikken.*¹⁰³ I den forbindelse henviste Domstolen til sagen Palacios de la

¹⁰⁰ C-511/19, AB, EU:C:2021:274, præmis 41

¹⁰¹ Ibid., præmis 42

¹⁰² C-341/08, Petersen, EU:C:2010:4

¹⁰³ C-341/08, Petersen, EU:C:2010:4, præmis 68

Villa¹⁰⁴, hvori Domstolen ligeledes bemærker, at det allerede i dens praksis var blevet fastslået, at det ubestrideligt er et lovligt mål i medlemsstaternes social- eller beskæftigelsespolitik at fremme ansættelse.¹⁰⁵

4.3.1.3.1 Bemærkninger

Den aldersdiskriminerende foranstaltning berører kun tandlæger, herunder de ældre arbejdstagere over 68 år. Formålet med at begrænse deres muligheder for at udøve hvervet som overenskomstilsluttet tandlæge skulle i sagen forbedre unge arbejdstageres muligheder for at udøve det pågældende hverv. Formålet med at fremme beskæftigelsen for unge arbejdstagere blev på baggrund af dette fundet at udgøre et legitimt formål.

4.3.1.4 Sammenfatning

Den nationale foranstaltning i Mangold-sagen fremmer beskæftigelse for arbejdstagere, der var fyldt 52 år ved indsættelse i en ordning, der medførte muligheden for tidsbegrænsede kontrakter for disse arbejdstagere, idet det blev lagt til grund, at disse havde svært ved at finde arbejde. Ordningen skulle tilgodese denne gruppe og medfører umiddelbart ikke forringelse eller forbedringer for andre grupper af arbejdstagere. Modsat i Petersen-sagen hvorefter det var legitimt at fremme beskæftigelsen for de unge arbejdstagere ved at begrænse de ældre arbejdstagere i at udøve hvervet som overenskomstilsluttet tandlæge. Med den seneste sag på området, AB-sagen, fandtes en hel tredje grund at være omfattet af det legitime formål om at fremme beskæftigelsen, idet den ældre gruppe af arbejdstager fratages deres krav på godtgørelse med begrundelse i finanspolitikken. Imidlertid anerkendte domstolen ordningen for at forfølge det legitime formål om at fremme beskæftigelsen for unge arbejdstagere med den begrundelse, at de unge arbejdstagere ikke blev fyret på bekostning af den ældre gruppe.

Ved at sammenholde Mangold-sagen, Petersen-sagen og AB-sagen kan det uddrages heraf, at Domstolen anerkender flere forskellige mål indeholdt i det legitime formål om at fremme beskæftigelsen.

¹⁰⁴ C-411/05, Palacios de la Villa, EU:C:2007:604

¹⁰⁵ Ibid., præmis 65

4.3.2 Medregning af erhvervserfaring

Domstolen har i flere sager taget stilling til, om en aldersgrænse for medregning af erhvervserfaring kunne være berettiget i et legitimt formål. I Küçükdeveci-sagen¹⁰⁶ havde alder betydning for medregning af erhvervserfaring i forhold til arbejdstagernes afskedigelsesfrist. I Specht-sagen¹⁰⁷ var aldersgrænsen for medregning af erhvervserfaring afgørende for indplacering på løntrin. Det samme gjorde sig gældende for sagerne Hennigs og Mai. Derfor vil disse sager blive gennemgået i det følgende.

4.3.2.1 Küçükdeveci-sagen

Küçükdeveci-sagen omhandlede en national foranstaltning vedrørende beregning af afskedigelsesfrist, hvorefter beskæftigelsesforholdets varighed, der var tilbagelagt inden arbejdstageren var fyldt 25 år, ikke kunne medregnes.¹⁰⁸ Foranstaltningen henvendte sig til en arbejdstagers ansættelsesforhold. Fastsættelsen af grænsen på 25 år var et udtryk for et politisk kompromis i forbindelse med uenigheden om nye regler om afskedigelsesfristerne. Formålet med aldersgrænsen skulle for det første findes i at fritage arbejdsgiveren for de forlængende afskedigelsesfrister for arbejdstagere under 25 år.¹⁰⁹ For det andet findes det, *at yngre arbejdstagere sædvanligvis reagerer bedre og hurtigere på tabet af deres arbejdsplads således, at de formodes at have større fleksibilitet*. For det tredje letter *en kortere afskedigelsesfrist for unge arbejdstagere mulighederne for deres ansættelse, idet den personalemæssige fleksibilitet øges*.¹¹⁰ Domstolen fandt, at sådanne formål kunne henføres til beskæftigelses- og arbejdsmarkedspolitik efter artikel 6.¹¹¹

4.3.2.1.1 Bemærkninger

I Küçükdeveci-sagen anvendes arbejdstagerens erhvervserfaring ved beregning af afskedigelsesfrist, hvorefter erhvervserfaring, forinden denne var fyldt 25 år, ikke kunne medregnes ved beregningen. Domstolen anerkender uden videre de angivne formål som værende legitime. Her kan der særligt lægges vægt på formålet om at øge den personalemæssige fleksibilitet, da denne gør det lettere for arbejdsgiver at afskedige sine

¹⁰⁶ C-555/07, Küçükdeveci, EU:C:2010:21

¹⁰⁷ Forenede sager C-501/12 – C-506/12, C-540/12 og C-541/12, Specht, EU:C:2014:2005

¹⁰⁸ C-555/07, Küçükdeveci, EU:C:2010:21, præmis 11

¹⁰⁹ Ibid., præmis 34

¹¹⁰ Ibid., præmis 35

¹¹¹ Ibid., præmis 36

medarbejdere og dermed også gør det lettere at ansætte nye medarbejdere, hvilket ligeledes fremmer unges mulighed for en fleksibel beskæftigelse.

Det er i denne dom værd at bemærke, at formålet med foranstaltningen kunne findes i, at det er lettere for unge arbejdstagere at finde ny beskæftigelse. Domstolen bemærker ikke dette yderligere, men udtaler blot, at de af den nationale regering og den forelæggende ret nævnte formål kan henføres under de legitime formål som omhandlet i beskæftigelsesdirektivets artikel 6, stk. 1.

4.3.2.2 Specht-sagen og Hennigs og Mai-sagerne

Specht-sagen, der omhandlede en national foranstaltning, hvorefter en arbejdstagers alder på ansættelsestidspunktet, var afgørende for, hvilket løntrin arbejdstageren startede på. Såfremt arbejdstageren var 21 år gammel, ville denne starte på løntrin 1. Såfremt arbejdstageren ansættes efter, at denne var fyldt 23 år, startede den pågældende arbejdstager på løntrin 2.¹¹² Formålet med aldersgrænserne var at belønne en arbejdstagers erhvervserfaring. Domstolen bemærkede, at formålet med at belønne arbejdstagerens erhvervserfaring, hvorved denne sættes i stand til bedre at udføre sit arbejde, allerede udgør et legitimt lønpolitisk formål.¹¹³ Domstolen henviste i denne forbindelse til Hennigs og Mai-sagerne¹¹⁴, der omhandlede tilsvarende aldersanciennitetstrin, hvori Domstolen ligeledes bemærker, at formålet med at belønne en arbejdstagers erhvervserfaring udgør et legitimt formål.

4.3.2.2.1 Bemærkninger til dommene:

I Specht-sagen samt Hennigs og Mai-sagerne anvendes arbejdstagerens erhvervserfaring i forbindelse med indplacering på løntrin, eftersom oppebåret erhvervserfaring skulle belønnes. Hvad angår formålet med at belønne arbejdstagerens erhvervserfaring, fandt Domstolen, at dette udgør et legitimt lønpolitisk formål efter beskæftigelsesdirektivets artikel 6.

¹¹² C-501/12 – C-506/12, C-540/12 og C-541/12, Specht, EU:C:2014:2005, præmis 41

¹¹³ Ibid., præmis 48

¹¹⁴ C-297/10 og C-298/10, Hennigs- og Mai, EU:C:2011:560

Domstolen anerkender med dommene, at aldersdiskriminerende foranstaltninger, der har til formål at belønne arbejdstageres erhvervs erfaring, udgør et legitimt lønpolitisk formål efter direktivets artikel 6, stk. 1.

4.3.3 Bortfald af fratrædelsesgodtgørelse

Siden FUL § 2b, stk. 1, indeholder en begrænsning af arbejdstageres ret til godtgørelse ved usaglig opsigelse, findes det relevant at foretage en sammenligning med den hidtidige praksis fra Domstolen i forhold til begrænsningen i arbejdstageres ret til fratrædelsesgodtgørelse.

4.3.3.1 Ole Andersen-sagen og Ajos-sagen

Domstolen blev første gang forelagt præjudicielle spørgsmål vedrørende fratagelsen af godtgørelse baseret på alder i forbindelse med FUL § 2a, stk. 3, ved Ole Andersen-sagen. Sagen omhandlede den danske funktionærlov, der i dens daværende § 2a, stk. 3 begrænsede arbejdstagerens ret til fratrædelsesgodtgørelse. Foranstaltningen i stk. 3 bevirkede, at hvis arbejdstageren var indtrådt i en pensionsordning inden det fyldte 50. år, var denne ikke berettiget til fratrædelsesgodtgørelse.¹¹⁵ Dette følger af, at formålet med fratrædelsesgodtgørelsen var at mildne overgangen til anden beskæftigelse for ældre arbejdstagere efter længere tids ansættelse i samme virksomhed. Herudover var det af den forelæggende ret angivet, at begrænsningen i udbetalingen af fratrædelsesgodtgørelse ligeledes var en følge af, at arbejdstagere med ret til oppebåret pension normalt vælger at forlade arbejdsmarkedet.¹¹⁶ Disse formål anerkendte Domstolen som værende legitime beskæftigelses- og arbejdsmarkedspolitiske formål.¹¹⁷ Domstolen har senere taget stilling til samme problematik i forhold til samme nationale foranstaltning, som i Ole Andersen-sagen, i Ajos-sagen. Domstolen henviste derfor blot til Ole Andersen-sagen ved fortolkningen af direktivets artikel 6 med hensyn til formålet bag funktionærlovens § 2a, stk. 3, der ligeledes var omhandlet i Ajos-sagen.¹¹⁸

¹¹⁵ C-499/08, Andersen, EU:C:2010:600, præmis 23

¹¹⁶ Ibid., præmis 27

¹¹⁷ C-499/08, Andersen, EU:C:2010:600, præmis 29 og 31

¹¹⁸ C-441/14, Ajos, EU:C:2016:278, præmis 26

4.3.3.1.1 Bemærkninger

Det kan med Ole Andersen-sagen bemærkes, at formål der har til hensigt at mildne overgangen til anden beskæftigelse for ældre arbejdstagere, der har været beskæftiget i den samme virksomhed i en længere årrække, er med til at beskytte arbejdstageren. Endvidere skal det bemærkes, at begrænsningen om at udbetale godtgørelsen til arbejdstageren, der alligevel forlader arbejdsmarkedet, beskytter arbejdsgiveren, og dermed ligeledes anses som et legitimt formål. I Ajos-sagen henviste domstolen blot til Ole Andersen sagen i forbindelse med FUL § 2a, stk. 3, og dennes overensstemmelse med beskæftigelsesdirektivet. Dette betyder således, at det samme gjorde sig gældende ved Ajos-sagen, og der var dermed tale om et legitimt formål, siden sagen vedrørte samme bestemmelse og derved havde samme formål som i Ole Andersen-sagen.

4.3.4 Bortfald af rådighedsløn

4.3.4.1 Toftgaard-sagen

Den danske Toftgaard-sag¹¹⁹ vedrører Tjenestemandsløven, der indfører rådighedsløn på tre år til den tjenestemand, der afskediges grundet nedlæggelse af stillingen, men der ydes ikke rådighedsløn til den tjenestemand, der var fyldt 65 år, som havde ret til en alderspension.¹²⁰ Først blev denne foranstaltning prøvet efter direktivets artikel 6, stk. 2, hvorefter Domstolen vurderede, at denne foranstaltning ikke kunne henføres under undtagelsesbestemmelsen i stk. 2.¹²¹ Dernæst blev den nationale foranstaltning efter stk. 1 prøvet. Formålet bag foranstaltningen, hvorefter arbejdstagere, der var fyldt 65 år, ikke kunne modtage rådighedsløn, skulle for det første findes i at opretholde arbejdstagerens rådighed med henblik på overgang til en anden stilling. For det andet skulle retten til rådighedsløn indskrænkes til kun at gælde for de arbejdstagere, der har behov for beskyttelse og opfylder deres pligt til at stå til rådighed.¹²² Domstolen anerkendte formålene for at være legitime beskæftigelses- og arbejdsmarkedspolitiske formål efter direktivets artikel 6, stk. 1.¹²³

¹¹⁹ C-546/11, Toftgaard, EU:C:2013:603

¹²⁰ Ibid., præmis 47

¹²¹ Ibid., præmis 21 og 45

¹²² Ibid., præmis 49

¹²³ Ibid., præmis 51-53

4.3.4.1.1 Bemærkninger

Det skal bemærkes, at Domstolen anerkender et formål om at opretholde arbejdstagerens ansættelse, og derved beskyttes arbejdstagerens beskæftigelse på arbejdsmarkedet. Ydermere er et formål om at begrænse en foranstaltnings anvendelsesområde til kun at gælde for de personer, som bestemmelsen har til hensigt at beskytte, legitimt i henhold til direktivets artikel 6, stk. 1.

4.3.5 Tvungen fratrædelsesalder

Indledningsvist skal det bemærkes, at hvad angår pensionsalder, fremgår det af direktivets fjortende præambelbetragtning, at direktivet ikke berører nationale bestemmelser vedrørende fastsættelse af pensionsalder. Det er overladt til medlemsstaterne at fastsætte bestemmelser vedrørende pensionsalder, og direktivet finder ikke anvendelse i henhold til prøvelsen af den af medlemsstaternes valgte pensionsalder.

Imidlertid fremgår det af Domstolens praksis, at en national foranstaltning, der medvirker til en tvungen fratrædelsesalder for den ældre gruppe af arbejdstagere, er omfattet af anvendelsesområdet.

4.3.5.1 Palacios de la Villa-sagen, Rosenblatt-sagen og Hörnfeldt-sagen

I sagen Palacios de la Villa, der omhandlede en national foranstaltning, hvorefter en arbejdstagers ansættelseskontrakt uden videre ophørte, når arbejdstageren havde nået aldersgrænsen for at kunne gå på pension, der i bestemmelsen var fastsat til 65 år.¹²⁴ Formålet med foranstaltningen skulle findes i at fremme adgangen til beskæftigelse ved en bedre fordeling mellem generationerne.¹²⁵ Endvidere skulle formålet findes i den omstændighed, at foranstaltningen blev indført i en økonomisk kontekst, idet landet var præget af høj arbejdsløshed, hvorfor en tvungen fratrædelsesalder ville give arbejdssøgende personer mulighed for at få fodfæste på arbejdsmarkedet.¹²⁶

Domstolen anerkendte, at formålene med at fremme beskæftigelse og afskaffe arbejdsløsheden forfølger et legitimt formål efter direktivets artikel 6, stk. 1.¹²⁷

¹²⁴ C-411/05, Palacios de la Villa, EU:C:2007:604, præmis 48

¹²⁵ Ibid., præmis 53

¹²⁶ Ibid., præmis 58

¹²⁷ Ibid., præmis 66

Domstolen har efterfølgende i henholdsvis Rosenblatt-sagen¹²⁸ og Hörmfeldt-sagen¹²⁹ ligeledes behandlet nationale foranstaltninger vedrørende tvungen fratrædelsesalder.

I Rosenblatt-sagen behandlede Domstolen to nationale foranstaltninger efter artikel 6, stk. 1. For det første blev en national foranstaltning, hvorefter en arbejdstagers ansættelseskontrakt automatisk ophørte uden opsigelse, når denne kan kræve en alderspension, prøvet af Domstolen.¹³⁰ Formålet bag denne tvungne fratrædelsesalder skulle findes i den nationale regerings indlæg under retsforhandlingerne, hvoraf det fremgår, at foranstaltningen, der automatisk medfører ophør af ansættelseskontrakter, afspejler en politisk og social konsensus, der har gjort sig gældende i mange år. Endvidere fremgår det af indlægget sålydende:

“(...) Ophøret af de nævnte arbejdstageres ansættelseskontrakter kommer direkte de unge arbejdstagere til gode, idet det letter deres indtræden på arbejdsmarkedet, hvilket er blevet vanskeliggjort af den vedvarende arbejdsløshed. De ældre arbejdstageres rettigheder beskyttes desuden på passende vis. De fleste af dem ønsker nemlig at ophøre med at arbejde, så snart de kan oppebære pension, idet den udgør en erstatningsindkomst, efter at de ikke længere får løn. Det automatiske ophør af ansættelseskontrakten indebærer ligeledes den fordel, at arbejdsgiverne ikke tvinges til at afskedige arbejdstagerne, efter at det er godtgjort, at de ikke længere er arbejdsduelige, hvilket kunne være ydmygende for de ældre”¹³¹

Ved Domstolens vurdering, bemærkes det indledningsvist, at automatisk ophævelse af ansættelseskontrakter for arbejdstagere, der opfylder betingelserne for at få deres pension udbetalt, *længe har været en del af arbejdsretten i en række medlemsstater*.¹³² Domstolen fremhævede endvidere, at automatisk ophævelse *hviler på en afvejning af politiske, økonomiske, sociale, demografiske og/eller budgetmæssige hensyn og afhænger af valget mellem at forlænge arbejdstagernes arbejdsliv eller at sørge for, at de pensioneres tidligt*.¹³³ Slutteligt anerkendte Domstolen, at de formål, der fremgår af indlægget, er legitime.¹³⁴

¹²⁸ C-45/09, Rosenblatt, EU:C:2010:601

¹²⁹ C-141/11, Hörmfeldt, EU:C:2012:421

¹³⁰ C-45/09, Rosenblatt, EU:C:2010:601, præmis 11 og 36

¹³¹ Ibid., præmis 43

¹³² Ibid., præmis 44

¹³³ Ibid., præmis 44

¹³⁴ Ibid., præmis 45

For det andet blev en anden national bestemmelse, hvorefter en ansættelseskontrakt automatisk ophørte ved udløbet af den kalendermåned, hvori arbejdstageren har krav på pension, dog senest ved udløbet af den måned, hvori arbejdstageren fylder 65 år, ligeledes prøvet i sagen.¹³⁵ Hvad angår formålet med denne bestemmelse, konstateres det indledningsvist af Domstolen, at de formål, der forfølges, ikke er angivet i forbindelse med den nationale foranstaltning.¹³⁶ Det bemærkes i den forbindelse, at ved en manglende præcisering af formål med en national foranstaltning kan denne findes i andre elementer, der indgår i en pågældende foranstaltnings almindelige kontekst. Domstolen har allerede i sagerne *Palacios de la Villa* og *Age Concern* fastslået, at *andre elementer* kan anvendes til at identificere det formål, der forfølges med en given national foranstaltning, herunder i forhold til netop at føre kontrol med, om en given national foranstaltning opfylder betingelser for anvendelsen af direktivets artikel 6, stk. 1.¹³⁷ I henhold til formålene bag den omhandlede foranstaltning henviste Domstolen blandt andet til en national dom, hvori det fremgik, at formålene var at fremme unges beskæftigelse, at planlægge ansættelserne og at give mulighed for en god personaleforvaltning, der var afbalanceret efter arbejdstagerenes alder.¹³⁸ Domstolen har allerede anerkendt, at foranstaltninger om ophør af ansættelseskontrakter for arbejdstagere, der kan få udbetalt en pension, kan forfølge et legitimt formål efter direktivets artikel 6 til at fremme adgangen til beskæftigelse ved en bedre fordeling af denne mellem generationer.¹³⁹

Hörfeldt-sagen kan sammenlignes med Rosenblatt-sagen. Sagen omhandler en national foranstaltning, der bevirker, at en arbejdstagers ansættelseskontrakt automatisk ophører, når den pågældende er fyldt 67 år. Foranstaltningen tager ikke hensyn til den alderspension, som den pågældende ønsker at oppebære.¹⁴⁰ Formålene bag aldersgrænsen blev i sagen anført til, at:

“(…) 67-årsreglen for det første har til formål at undgå ydmygende afskedigelser af arbejdstagere som følge af deres høje alder. For det andet muliggør den en justering af alderspensionsordninger, som baseres på livsindkomstprincippet. For det tredje har den til formål at begrænse hindringerne for dem, der ønsker at arbejde efter, at de er fyldt 65 år. Den har for det fjerde til formål at udgøre en tilpasning til den demografiske udvikling og faren for mangel på arbejdskraft. For det femte har den til formål at skabe en ret og ikke en pligt til at arbejde til 67-årsalderen, således at arbejdsforholdet kan

¹³⁵ C-45/09, *Rosenblatt*, EU:C:2010:601, præmis 18 og 27

¹³⁶ *Ibid.*, præmis 57

¹³⁷ *Ibid.*, præmis 58, og den deri nævnte praksis

¹³⁸ *Ibid.*, præmis 60

¹³⁹ *Ibid.*, præmis 62

¹⁴⁰ C-141/11, *Hörfeldt*, EU:C:2012:421, præmis 19

fortsætte efter 65-årsalderen. Fastsættelsen af en obligatorisk pensionsalder er også medvirkende til, at det er nemmere for unge mennesker at komme ind på arbejdsmarkedet."¹⁴¹

I tilknytning hertil bemærkede Domstolen ligesom i Rosenbladt-sagen, at mekanismen i form af aldersgrænsen havde været en del af en mangeårig praksis, der afspejler det beskæftigelsespolitiske formål ved at give ældre arbejdstagere øget tilskyndelse til at videreføre deres karriere. Derudover var formålet at skabe en balance mellem arbejdstagerens interesse i at arbejde og at skabe en blød overgang mellem arbejdstagerens arbejdsliv og pension.¹⁴²

Ved Domstolens prøvelse af formålene bemærkes det, at ifølge Domstolens faste praksis er det ubestrideligt et lovligt formål i medlemsstaternes beskæftigelsespolitik at fremme ansættelse, navnlig når der er tale om at lette unges adgang til beskæftigelse.¹⁴³ Ydermere henviste Domstolen til dens egen anerkendelse af lignende formål i Rosenbladt-sagen, hvorfor Domstolen anerkendte formålene bag 67-årsalderen.¹⁴⁴

4.3.5.1.1 Bemærkninger

Det skal i denne sag særligt fremhæves, at Domstolen bemærkede, at den nationale foranstaltning igennem flere år været en del af arbejdsretten i flere medlemsstater. Umiddelbart efterlader denne betragtning en antydning af, at såfremt en national foranstaltning i længere tid har eksisteret i flere medlemsstater, kan dette anses som værende legitimt. Det hænger imidlertid ikke sammen med formålet med direktivets tilblivelse, herunder i forhold til bekæmpelsen af forskelsbehandling på grund af alder, at en aldersdiskriminerende foranstaltning er lovlig, på baggrund af dens længerevarende levetid og almene accept på arbejdsmarkedet i adskillige medlemsstater. Domstolen begrundede dog denne betragtning med, at denne tilstand på arbejdsmarkedet er et resultat af en afvejning af politiske, økonomiske, sociale, demografiske og/eller budgetmæssige hensyn. Domstolen havde allerede i Palacios de la Villa-sagen angivet medlemsstaternes mulighed for indførelsen af denne type bestemmelser i forbindelse med deres skøn om enten at forlænge arbejdstagerens arbejdsliv eller at søge for en tidligere pensionering af arbejdstageren.¹⁴⁵

¹⁴¹ C-141/11, Hörnfeldt, EU:C:2012:421, præmis 26

¹⁴² Ibid., præmis 26 og 27

¹⁴³ Ibid., præmis 29

¹⁴⁴ Ibid., præmis 30

¹⁴⁵ C-411/05, Palacios de la Villa, EU:C:2007:604, præmis 69

Det kan udledes heraf, at Domstolen i de tre sager fastslår, at denne afvejning er en del af medlemsstaternes skøn og gør det dermed muligt at tage stilling til vigtigheden af enten at forlænge arbejdstagerens arbejdsliv eller at sørge for, at de pensioneres tidligt.

Tillige skal det bemærkes, at den nationale ret i forbindelse hermed udtalte, at den nationale bestemmelse havde til hensigt ikke at ændre på den mangeårige praksis vedrørende automatisk ophør af ansættelseskontrakter, når arbejdstageren når pensionsalderen. I den forbindelse fremhævede den nationale ret, at denne mekanisme er blevet anvendt uagtet den sociale og demografiske situation på arbejdsmarkedet.¹⁴⁶ Det er bemærkelsesværdigt, at et sådant formål ville kunne henføres under legitime formål,¹⁴⁷ idet femogtyvende præambelbetragtning til direktivet, der uddyber direktivets formål, angiver, at ulige behandling kan være berettiget afhængigt af situationen i den pågældende medlemsstat.

I Hörnfeldt-sagen angav Domstolen ligeledes de samme bemærkninger med hensyn til den mangeårige praksis. Imidlertid fremgik det af sagen, at formålet bestod i at give ældre arbejdstagere øget tilskyndelse til at videreføre deres karriere, samt at skabe en balance mellem arbejdstagerens interesse på den ene side og et ønske om at skabe en blød overgang mellem arbejdslivet og pensionering på den anden side. Et sådant formål synes umiddelbart ikke at være uforeneligt med et legitimt formål efter artikel 6, stk. 1, eftersom Domstolen allerede i dens praksis har anerkendt formål om at øge beskæftigelsen for visse grupper af arbejdstager for at være legitime.

Det fremgår endvidere af Rosenbladt-sagen samt Hörnfeldt-sagen, at der var flere formål bag foranstaltningerne. Det kan af den grund udledes af sagen, at flere forskellige formål blev lagt til grund for den aldersdiskriminerende foranstaltning, hvoraf flere af disse i forvejen af Domstolen er blevet anerkendt som værende legitime i henhold til direktivets artikel 6, stk. 1. Domstolen afprøver ikke de angivne formål individuelt, men konkluderer blot, at de angivne formål er legitime, uagtet at nogle formålene ikke umiddelbart klart synes at være legitime efter artikel 6, stk. 1.

4.3.6 Manglende præcisering af formål

Direktiver er for medlemsstaterne bindende med hensyn til det tilsigtede mål, og medlemsstaterne bestemmer selv form og midler ved implementering af direktivet. Medlemsstaterne er dog forpligtet til at sikre direktivets fulde virkning ved implementering. Hvad

¹⁴⁶ C-45/09, Rosenbladt, EU:C:2010:601, præmis 42

¹⁴⁷ Jf. direktiv 2000/78 artikel 6, stk. 1

angår medlemsstaternes implementering af navnlig direktivets artikel 6, er medlemsstaterne ikke forpligtede til at udarbejde en liste over de konkrete tilfælde, hvor en ulige behandling kan være berettiget med henvisning til et legitimt formål.¹⁴⁸ Domstolen har blandt andet i Age Concern-sagen præciseret, at de omhandlede legitime formål, der fremgår af ordlyden af artikel 6, stk. 1, kun har vejledende karakter, hvilket bekræftes af formuleringen *bl.a.*¹⁴⁹ Endvidere bemærkede Domstolen, at en manglende angivelse af et legitimt formål i forbindelse med en aldersdiskriminerende national foranstaltning ikke medfører, at den aldersdiskriminerende foranstaltning automatisk udelukkes af direktivet.¹⁵⁰ I medfør af en manglende angivelse af et legitimt formål bemærkede Domstolen følgende:

”I mangel af en sådan præcisering er det ikke desto mindre væsentligt, at andre elementer, der indgår i den pågældende foranstaltnings almindelige kontekst, gør det muligt at identificere det formål, der forfølges med foranstaltningen, med henblik på at føre retslig kontrol med dens lovlighed samt med, at midlerne til at opfylde det pågældende formål er hensigtsmæssige og nødvendige.”¹⁵¹

Domstolens udtalelse kan give anledning til en antagelse af, at det legitime formål med bestemmelsen ikke er afgørende, idet bedømmelsen af en aldersdiskriminerende foranstaltning i sidste ende afhænger af proportionalitetsvurderingen.

4.3.7 Modstridende formål

I Hütter-sagen, der omhandlede en national bestemmelse vedrørende indplacering på løntrin for kontraktansatte på universiteterne, blev der fastlagt en aldersgrænse på 18 år i forhold til medregning af erhvervs erfaring, der var afgørende for indplaceringen på løntrin. En sådan behandling indebærer forskelsbehandling, idet den medregnede erhvervs erfaring er afhængig af, på hvilke alderstrin de har opnået deres erhvervs erfaring.¹⁵² For det første var formålet med en aldersgrænse på 18 år ikke at forskelsbehandle personer, der havde taget en almen gymnasial uddannelse med de personer, der havde taget en faglig uddannelse. For det andet var formålet ligeledes at fremme beskæftigelse for unge, der havde taget en faglig uddannelse.¹⁵³ Ved prøvelsen af formålene bemærkede Domstolen

¹⁴⁸ C-388/07, Age Concern, EU:C:2009:128, præmis 42

¹⁴⁹ Ibid., præmis 43

¹⁵⁰ Ibid., præmis 44

¹⁵¹ Ibid., præmis 45

¹⁵² C-88/08, Hütter EU:C:2009:381, præmis 39

¹⁵³ Ibid., præmis 40

indledningsvist, at det er et legitimt formål at belønne erhvervs erfaring, men at aldersgrænsen indebærer en forskelsbehandling desuagtet, at arbejdstagerne havde samme erhvervs erfaring. Arbejdstagerens alder på tidspunktet, hvor erhvervs erfaringen er opnået, var afgørende. I tilknytning til angivelse af formålene bemærkede Domstolen, at formålene umiddelbart kan forekomme modstridende med hinanden.¹⁵⁴ Det kan angives i forbindelse hermed, at de ved sagen angivne formål var åbenbart modstridende, som Domstolen ligeledes bemærker, da de forsøger at tilgodese begge persongrupper. Det er dog ikke muligt for den samme foranstaltning at stille to forskellige persongrupper bedre over for hinanden. Uanset at Domstolen bemærkede, at der ved den i sagen omhandlede foranstaltning var angivet modstridende formål, var Domstolens konklusion imidlertid, at formålene med foranstaltningen var legitime.¹⁵⁵

4.4 Illegitime formål

Efter en gennemgang af legitime formål og Domstolens vægt herpå, findes det passende at gennemgå eksempler på formål, der efter omstændighederne sandsynligvis ikke er legitime.

4.4.1 Almen interesse contra individuelle interesser

I Age-Concern-sagen bemærkede Domstolen, at der skal skelnes mellem formål af almen interesse contra formål af individuelle interesser med hensyn til de legitime formål, der kan anses som værende omfattede af direktivets artikel 6, stk. 1. Individuelle formål, der er særegne for arbejdsgiveren, herunder blandt andet omkostningsbegrænsning eller forbedringer af konkurrenceevnen, kan ikke forfølge et legitimt beskæftigelses- eller socialpolitisk mål efter artikel 6, stk. 1.¹⁵⁶

4.4.2 Budgetmæssige mål

I AB-sagen udtalte Domstolen, at budgetmæssige hensyn kan være afgørende for en medlemsstats socialpolitiske valg og dermed påvirke de foranstaltninger, som

¹⁵⁴ C-88/08, Hütter EU:C:2009:381, præmis 46

¹⁵⁵ Ibid., præmis 42

¹⁵⁶ C-388/07, Age Concern, EU:C:2009:128, præmis 46

medlemsstaterne ønsker at vedtage til beskyttelse af beskæftigelsen.¹⁵⁷ Imidlertid bemærkede Domstolen, at budgetmæssige hensyn ikke i sig selv udgør et legitimt beskæftigelsespolitisk mål under henvisning til Domstolens retspraksis. Ligeledes havde Domstolen i CO-sagen fastslået, at et formål om effektivt at nedbringe de offentlige udgifter ikke i sig selv kan udgøre et legitimt formål efter direktivets artikel 6, stk. 1, til at berettige aldersdiskrimination.¹⁵⁸ Ikke desto mindre fandt Domstolen alligevel i begge sager, at de omhandlede nationale foranstaltninger forfulgte andre formål, der efter artikel 6 kunne anses for værende legitime.

Det vil sige, at Domstolen ikke anerkender budgetmæssige overvejelser, når disse står alene, som værende legitime. Domstolen anerkender alligevel, at budgetmæssige hensyn kan være afgørende for medlemsstaternes socialpolitiske mål.

4.4.3 Nationale domstoles vurdering

I forbindelse med denne gennemgang skal det bemærkes, at Domstolen i forbindelse med dens prøvelse af legitime formål i henhold til artikel 6 bemærker, at det i sidste instans tilkommer “(...) *den nationale ret, som alene er kompetent til at vurdere de faktiske omstændigheder i den sag, der er indbragt for den, og til at fortolke den anvendelige nationale lovgivning, at udfinde grunden til, at den pågældende foranstaltning blev opretholdt, og derved identificere det formål, der forfølges hermed.*”¹⁵⁹

Dermed præciserer Domstolen, at det er den nationale ret, der er forpligtet til at udfinde det legitime formål bag en opretholdt national aldersdiskriminerende foranstaltning. Endvidere har Domstolen ligeledes udtalt sålydende:

*”Det tilkommer i sidste instans den nationale ret, som er enekompetent til at vurdere de faktiske omstændigheder i den sag, der er indbragt for den, og til at fortolke den anvendelige nationale lovgivning, at afgøre, om og i hvilket omfang en bestemmelse, (...) berettiges af »legitime« formål i den forstand, hvori udtrykket anvendes i artikel 6, stk. 1, i direktiv 2000/78”*¹⁶⁰

Domstolen kan dermed angive sine betragtninger i forhold til, hvorvidt de med foranstaltningerne forfulgte mål er legitime, men det er uanset dette stadig de nationale domstole,

¹⁵⁷ C-511/19, AB, EU:C:2021:274, præmis 34

¹⁵⁸ C-670/18, CO, EU:C:2020:272, præmis 35

¹⁵⁹ C-341/08, Petersen, EU:C:2010:4, præmis 42

¹⁶⁰ C-388/07, Age Concern, EU:C:2009:128, præmis 47

der skal vurdere, om de nationale bestemmelser kan berettiges i medfør af de angivne legitime formål.

4.5 Sammenfatning

Det fremgår af ordlyden af direktivets artikel 6, stk. 1, af femogtyvende præambelbetragtning og af Domstolens praksis på området, at der ikke kan drages tvivl om, at legitime formål kan være mål, der tilskynder til diversiteten i beskæftigelsen. Desuagtet at et sådant formål bevirker til en aldersdiskriminerende foranstaltning, der imidlertid oftest tilskynder til de unge arbejdstagers beskæftigelse på bekostning af, at det er de ældre arbejdstager, der bliver aldersdiskrimineret. Ydermere fremgår det af gennemgangen af Domstolens praksis, at et formål, der har til hensigt at belønne erhvervs erfaring, kan udgøre et legitimt formål. Det skal ligeledes bemærkes, at formål, der er bestemt til at beskytte arbejdstagernes interesser, arbejdsgiverens interesser eller beskytte en bestemt persongruppe, samt formål der bekæmper misbrug, kan henføres under legitime formål. Det skal imidlertid bemærkes, at interesser, der vedrører arbejdsgiverens omkostningsbegrænsning eller forbedring af konkurrenceevne, ikke er omfattet.

Derudover har Domstolen i dens praksis påpeget, at budgetmæssige overvejelser bag en aldersdiskriminerende handling ikke i sig selv kan udgøre et legitimt formål. Dette kan eksemplificeres ved Domstolens bemærkninger i AB-sagen, hvori det af Domstolen blev udtalt, at selvom det angivne formål med den aldersdiskriminerende foranstaltning vedrører finanspolitik, kunne formålet alligevel findes i et legitimt formål efter artikel 6, stk. 1.

Det kan dermed ud fra gennemgangen af Domstolens praksis udledes, at bredden af legitime formål under direktivets artikel 6, stk. 1, er omfangsrig. Det kan således udledes af Domstolens praksis, at Domstolen ikke stiller strenge krav til, hvad der kan anses som legitime formål, og som resultat af dette, anerkendes nærmest samtlige formål som værende legitime. Dette kan sandsynligvis hænge sammen med medlemsstaternes vide skønsmargin i henhold til valg af, hvilke formål inden for social- og beskæftigelsespolitik en aldersdiskriminerende foranstaltning skal forfølge. Endvidere skal det i denne sammenhæng bemærkes, at artikel 6, stk. 1, ikke indeholder en udtømmende liste af, hvilke formål, der efter bestemmelsen kan anses som værende legitime. Bestemmelsen indeholder imidlertid eksempler på former for ulige behandlinger, der efter direktivet kan anses som værende legitime. Domstolen iagttager ikke i alle sager, hvilke af de i bestemmelsen oplyste formål, den pågældende foranstaltning kan henføres under. Dette er dog ikke

ensbetydende med, at Domstolen ikke anvender ordlyden af bestemmelsens andet afsnit litra a-c ved vurderingen af, om den pågældende foranstaltning eventuelt kan sammenholdes med eksemplerne.

Kapitel 5: Proportionalitetsvurderingen

Indeværende kapitel vil indeholde en gennemgang af Domstolens retspraksis med henblik på at belyse Domstolens proportionalitetsvurdering efter beskæftigelsesdirektivets artikel 6, stk. 1.

Såfremt en aldersdiskriminerende national foranstaltning forfølger et legitimt formål, følger det af ordlyden af direktivets artikel 6, stk. 1, at *midlerne til at opfylde det pågældende formål skal være hensigtsmæssige og nødvendige*. Det vil sige, at det legitime formål bag den aldersdiskriminerende foranstaltning skal være hensigtsmæssigt og nødvendigt. Med dette henvises til den EU-retlige proportionalitetsvurdering.

5.1 Indledende om proportionalitetsvurderingen

Proportionalitetsvurderingen skal anvendes ved undersøgelsen af, hvornår det er proportionalt at forskelsbehandle på grund af alder. Proportionalitetsvurderingen indebærer, at en foranstaltning skal forfølge et *legitimt mål*, og midlerne hertil skal være *hensigtsmæssige* og må ikke gå længere end *nødvendigt*. Der er allerede i denne afhandlings kapitel 4 skabt et overblik over, hvilke formål der efter direktivets artikel 6, stk. 1, kan være social- og beskæftigelsespolitiske legitime formål, som er omfattet. Næste trin er herefter, om de legitime formål i en given national foranstaltning kan bære kravene om at være hensigtsmæssige og nødvendige.

Det skal her ligeledes understreges, at praksis på området er omfangsrigt, hvorfor det ikke er muligt at inddrage samtlige domme ved vurderingen af Domstolens proportionalitetsvurderingen efter artikel 6. Spørgsmålet er desuden også, om en sådan gennemgang vil føre et resultat med sig, idet den nationale foranstaltning netop skal afvejes over et individuelt konkret formål, som påhviler medlemsstaterne.

Nedenfor vil det med inddragelse af domspraksis forsøges at blive belyst, hvilke momenter Domstolen anvender i dens proportionalitetsvurdering i henhold til en aldersdiskriminerende foranstaltning.

5.2 Medlemsstaternes skøn

I forhold til valget af hvilke foranstaltninger, der skal anvendes med henblik på at forfølge det af medlemsstaterne valgte formål, skal det bemærkes, at medlemsstaterne råder over en vid skønsmargin med hensyn til valget af foranstaltninger, der skal forfølge målet.¹⁶¹ Det er i den forbindelse af Domstolens praksis fremhævet, at medlemsstaternes vide skøn ikke kan bevirke, at gennemførelse af princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder kan gøres illusorisk.¹⁶² Hvad det angår, har Domstolen i Age Concern-sagen udtalt, at generelle udsagn om en aldersdiskriminerende foranstaltnings egnethed til at indgå i beskæftigelses-, arbejdsmarkeds- og erhvervsuddannelsespolitiske mål ikke er tilstrækkelige til at berettige, at forbuddet mod forskelsbehandling på grund af alder fraviges. Ligeledes kan sådanne udsagn heller ikke anføres til støtte for, at der er rimelig grund til at antage, at de valgte foranstaltninger er egnede til at forfølge de legitime formål.¹⁶³

Der overlades til medlemsstaterne en vid skønsmargin i forhold til valg af formål med en aldersdiskriminerende foranstaltning, samt hvilke foranstaltninger, der er egnede til at forfølge målene. Medlemsstaternes vide skønsmargin forudsætter imidlertid ikke, at forbuddet mod forskelsbehandling på grund af alder på den baggrund kan fraviges. Foranstaltninger er fortsat underlagt en streng proportionalitetsvurdering med hensyn til, om midlerne til at opfylde det pågældende formål er hensigtsmæssige og nødvendige.

5.3 Hensigtsmæssighed

Den nationale aldersdiskriminerende foranstaltning skal være hensigtsmæssig. I forbindelse hermed vurderes det, om foranstaltningen er åbenbart uegnet eller urimelig til at forfølge de legitime formål.

I Toftgaard-sagen, blev der med den pågældende foranstaltning forfulgt flere formål. På den ene side forfulgte foranstaltningen formålet om at finde den rette balance mellem statens krav på området for tilpasning, restrukturering og effektivisering af den offentlige administration. På den anden side forfulgte foranstaltningen det dobbelte formål, hvorefter der sigtes mod at opretholde arbejdstagerens rådighed med henblik på overgang til anden stilling. Tillige sikres arbejdstageren, der ikke havde ret til alderspension en øget beskyttelse. Endvidere medførte udelukkelsen af rådighedsløn til de arbejdstagere, der

¹⁶¹ I denne retning: C-499/08, Andersen, EU:C:2010:600, præmis 33; C-670/18, CO, EU:C:2020:272, præmis 43; og C-411/05 Palacios de la Villa, EU:C:2007:604 præmis 68

¹⁶² C-499/08, Andersen, EU:C:2010:600, præmis 33; C-388/07, Age Concern, EU:C:2009:128, præmis 51

¹⁶³ C-388/07, Age Concern, EU:C:2009:128, præmis 51

havde ret til alderspension, at foranstaltningen misbruges, idet det blev lagt til grund, at det som udgangspunkt var meget lidt sandsynligt at disse arbejdstagere ville besætte en anden stilling.¹⁶⁴ Hvad angår, hvorvidt disse forelagte formål af medlemsstaten var hensigtsmæssige, bemærkede Domstolen følgende:

*“(...) at det henset til det formål, der forfølges af lovgiver – og som består i at yde en forhøjet beskyttelse til de tjenestemænd, der ikke har en stabil og varig erstatningsindkomst – ikke synes urimeligt kun at indrømme retten til rådighedsløn til de tjenestemænd, som navnlig ikke har ret til en alderspension.”*¹⁶⁵

Det skal hertil bemærkes, at hensynet til at beskytte de arbejdstagere, der ikke havde ret til alderspension, eller som Domstolen udtaler, *der ikke har en stabil og varig erstatningsindkomst*, forekom det ikke urimeligt kun at indrømme retten til rådighedsløn til dem, der navnlig ikke havde ret til alderspension.¹⁶⁶ Derudover bemærkede Domstolen, at formålet med, at arbejdstageren står til rådighed i medfør af nedlæggelse af deres stilling, ligeledes synes egnet, idet de arbejdstagere, der ikke havde ret til alderspension, vil være tvunget til at indtræde på arbejdsmarkedet. Dermed ville de ikke være til rådighed, såfremt de ville blive anvist en ny stilling. Det samme vil ikke gøre sig gældende for de arbejdstagere, der allerede havde opnået ret til alderspension, idet det skønnes, at disse vil være mindre tilbøjelige til at indtræde i en ny stilling grundet deres alder.¹⁶⁷

Afslutningsvist konkluderede Domstolen, at de af medlemsstaten forfulgte formål ikke fremstod som åbenbart uhensigtsmæssige.¹⁶⁸ Imidlertid finder Domstolen alligevel, at den omhandlede foranstaltning går videre end nødvendigt, idet den automatisk udelukker de arbejdstagere, der havde ret til alderspension, fra retten til rådighedsløn.¹⁶⁹

Domstolens bemærkninger vedrørende egnethedskravene i sagen indikerer, at de af medlemsstaterne valgte formål, skal opfylde kravet om at være hensigtsmæssige. Domstolen bemærkede imidlertid i Hütter-sagen, at de valgte formål, som medlemsstaterne angiver, ikke må forekomme indbyrdes modstridende.¹⁷⁰ Ikke desto mindre prøvede Domstolen alligevel de angivne formål individuelt med hensyn til egnetheden. Hvad angår det første formål, hvorefter personer der havde taget en almen uddannelse ikke stilles ringere end

¹⁶⁴ C-546/11, Toftgaard, EU:C:2013:603, præmis 49

¹⁶⁵ Ibid., præmis 55

¹⁶⁶ Ibid., præmis 55

¹⁶⁷ Ibid., præmis 56

¹⁶⁸ Ibid., præmis 58

¹⁶⁹ Ibid., præmis 72

¹⁷⁰ C-88/08, Hütter EU:C:2009:381, præmis 46

de personer, der havde taget en faglig uddannelse, fremhævede Domstolen, at alderskriteriet for medregning af erhvervs erfaring forinden det fyldte 18. år kan medføre forskelsbehandling af to personer, der har fulgt den samme uddannelse. Af denne årsag fandtes det kriterium vedrørende den alder, hvor erhvervs erfaringen er opnået, ikke at være hensigtsmæssig til opfyldelse af formålet.¹⁷¹ Hvad angår det andet formål om at fremme beskæftigelse for unge arbejdstagere, fandt Domstolen, at i og med at foranstaltningen uden videre gælder for alle ansatte uanset deres alder på ansættelsestidspunktet, er aldersgrænsen på 18 år ikke egnet til at fremme beskæftigelsen for unge arbejdstagere. Domstolen fremhævede i denne forbindelse, at et kriterium, der alene var baseret på uddannelsesstypen og ikke alder forekom mere egnet til at opfylde formålet om, at den ene uddannelse ikke stilles ringere end den anden.¹⁷²

Det kan af Toftgaard-sagen og Hütter-sagen udledes, at såfremt der foreligger flere legitime formål bag den aldersdiskriminerende foranstaltning, giver det anledning til at antage, at hvert af formålene individuelt skal efterprøves i forhold til proportionalitetsvurderingen, herunder egnethedsvurderingen. Imidlertid foretog Domstolen ikke en klar individuel vurdering af formålene ved prøvelsen af første foranstaltning i Rosenblatt-sagen, hvorefter en arbejdstagers ansættelseskontrakt automatisk ophørte uden opsigelse, når denne kan kræve en alderspension. Domstolen bemærkede arbejdsgiverens og de ældre arbejdstageres beskyttelse i forbindelse med prøvelsen af proportionalitet, men bemærkede ikke umiddelbart, at hensigten ligeledes skulle tilgodese de unge arbejdstageres indtræden på arbejdsmarkedet.¹⁷³ I denne forbindelse skal det derfor bemærkes, at Domstolen ikke tilsyneladende forfølger en systematisk gennemgang af de legitime formål i dens proportionalitetsvurdering.

Endvidere har Domstolen bemærket, at det følger af fast retspraksis, *at en foranstaltning kun kan sikre gennemførelse af de påberåbte mål, hvis den faktisk forfølger målene på konsekvent og systematisk måde.*¹⁷⁴ Det vil sige, at med hensyn til foranstaltningens nødvendige karakter, skal det vurderes, om det pågældende alderskriterium i foranstaltningen medfører et resultat, der er i strid med det tilstræbte formål.

¹⁷¹ C-88/08, Hütter EU:C:2009:381, præmis 48

¹⁷² Ibid., præmis 48

¹⁷³ C-45/09, Rosenblatt, EU:C:2010:601, præmis 49 og 50

¹⁷⁴ I denne retning C-341/08, Petersen, EU:C:2010:4, præmis 53; C-476/11, Kristensen, EU:C:2013:590, præmis 67

5.3.1 Küçükdeveci-sagen

I Küçükdeveci-sagen var det legitime formål to-leddet, idet aldersgrænsen på 25 år for medregning af erhvervs erfaring i henhold til afskedigelsesfrister, for det første skulle findes i at lette arbejdsgiverens byrde ved afskedigelsen af unge arbejdstagere. I den forbindelse udtalte Domstolen følgende:

*“Disse bestemmelser er imidlertid ikke egnede til at opfylde dette formål, eftersom de finder anvendelse på **alle arbejdstagere**, der er blevet ansat i virksomheden, før de fyldte 25 år, uanset deres alder på tidspunktet for deres afskedigelse ”.*¹⁷⁵ (egen fremhævning)

For det andet skulle aldersgrænsen beskytte arbejdstagerne i forhold til varigheden af deres ansættelser. Domstolen fandt ikke, at aldersgrænsen var egnet til at opnå det angivne formål. Endvidere udtalte Domstolen, at aldersgrænsen for medregning af erhvervs erfaring berør unge arbejdstagere i ulig omfang, *idet den rammer de unge, der tidligt påtager sig beskæftigelse, enten uden eller efter blot en kort erhvervsuddannelse, og ikke dem, der først begynder at arbejde senere efter en lang uddannelse.*¹⁷⁶ Domstolen konkluderede på den baggrund, at den omhandlede aldersdiskriminerende foranstaltning ikke var berettiget efter artikel 6, stk. 1, hvorfor princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder medførte, at foranstaltningen var uforenelig med beskæftigelsesdirektivet.¹⁷⁷

Det skal bemærkes, at Domstolen i sagen lagde til grund ved vurderingen af, hvorvidt den omhandlede foranstaltning var nødvendig, at denne fandt anvendelse på *alle arbejdstagere*.

5.4 Nødvendighed

Foruden kravet om hensigtsmæssighed forudsætter proportionalitetsvurderingen samt ordlyden af artikel 6, stk. 1, at en national foranstaltning skal opfylde kravet om nødvendighed således, at der er en proportional sammenhæng mellem mål og midler.

¹⁷⁵ C-555/07, Küçükdeveci, EU:C:2010:21, præmis 40

¹⁷⁶ Ibid., præmis 42

¹⁷⁷ Ibid., præmis 42

5.4.1 Individuelle rettigheder

Domstolen har i dens praksis fremhævet, at proportionalitetsprincippet indebærer en afvejning mellem individuelle rettigheder og det tilsigtede mål.

I Mangold-sagen bemærkede Domstolen, at den nationale foranstaltning, hvorefter alle arbejdstagere, der er fyldt 52 år, kan ansættes på en tidsbegrænset kontrakt, udelukkende var baseret på et alderskriterium. Foranstaltningen tager ikke højde for, om arbejdstageren forinden kontraktindgåelse var arbejdsløs, ligesom der ikke tages højde for varigheden af arbejdsløshedsperioden, indtil arbejdstager kan gøre krav på pension.¹⁷⁸ Endvidere bemærkede Domstolen følgende:

*“Da denne lovgivning anvender den pågældende arbejdstagers alder som det eneste kriterium for at anvende en tidsbegrænset ansættelseskontrakt - uden at det er godtgjort, at fastsættelse af en aldersgrænse, uafhængigt af andre overvejelser vedrørende strukturen på det pågældende arbejdsmarked eller den berørte arbejdstagers personlige forhold, er objektivt nødvendigt for at opfylde målet om, at ældre arbejdsløse kommer ind på arbejdsmarkedet (...)”*¹⁷⁹

Domstolen lægger dermed vægt på, at det ikke med “vedtagelsen” af foranstaltningen er godtgjort, at der på arbejdsmarkedet er en situation, hvorefter der var øget arbejdsløshed for arbejdstagere, der er fyldt 52 år. Foranstaltningen er endvidere ikke egnet, idet den kan anvendes ved alle arbejdstagere, der fyldt 52 år, uanset denne arbejdstagers beskæftigelsesmæssige forhold. På den baggrund konkluderede Domstolen, at den aldersdiskriminerende foranstaltning går ud over, hvad der er hensigtsmæssigt og nødvendigt for at opfylde det mål, der forfølges med foranstaltningen.¹⁸⁰ Hvad angår en sådan proportionalitetsvurdering fremhævede Domstolen efterfølgende:

*“(…) Proportionalitetsprincippet indebærer nemlig, at enhver undtagelse til en individuel rettighed i videst muligt omfang både skal tilgodese de krav, der følger af ligebehandlingsprincippet, og det tilsigtede mål. Følgelig kan en sådan national lovgivning ikke begrundes under henvisning til artikel 6, stk. 1, i direktiv 2000/78.”*¹⁸¹

¹⁷⁸ C-144/04, Mangold, EU:C:2005:420, præmis 64

¹⁷⁹ Ibid., præmis 65

¹⁸⁰ Ibid., præmis 65

¹⁸¹ Ibid., præmis 65

Dermed forudsætter proportionalitetsvurderingen, som Domstolen fremhævede, at den aldersdiskriminerende foranstaltning skal tilgodese de krav, der følger af ligebehandlingsprincippet og det tilsigtede mål. I AB-sagen udtalte Domstolen ligeledes, at en aldersdiskriminerende foranstaltning skal gøre det muligt at opfylde det tilsigtede mål, uden at en sådan foranstaltning udgør et for vidtgående indgreb i de berørte arbejdstageres legitime interesser.¹⁸² Endvidere fremhævede Domstolen, hvad angår proportionalitetsvurderingen, i Ole Andersen-sagen, at det skal undersøges om den aldersdiskriminerende foranstaltning:

“(…) gør det muligt at opnå de beskæftigelsespolitiske formål, der forfølges af lovgiver uden samtidig at foretage et for vidtgående indgreb i de legitime interesser for de arbejdstagere, der som følge af denne bestemmelse berøves den pågældende ydelse med den begrundelse, at de kan oppebære en alderspension, som arbejdsgiveren har bidraget til.”¹⁸³

Derved kan det af Domstolens udtalelser i sagerne bemærkes, at proportionalitetsvurderingen forudsætter, at en aldersdiskriminerende foranstaltning skal tilgodese kravet om ligebehandlingsprincippet samt det tilsigtede mål. Det tilsigtede mål, der er fastsat af medlemsstaterne, skal afvejes i forhold til, om den aldersdiskriminerende foranstaltning udgør et for vidtgående indgreb i arbejdstagerens legitime interesser.

5.4.2 Balancen mellem de foreliggende hensyn

Hvorvidt den aldersdiskriminerende foranstaltning opfylder de af medlemsstaterne valgte beskæftigelsespolitiske formål, skal det bemærkes, at det påhviler medlemsstaterne at finde en rimelig balance mellem de foreliggende hensyn.¹⁸⁴ AB-sagen og Ole Andersen-sagen bliver i det følgende anvendt for at eksemplificere en sådan afvejning mellem de foreliggende hensyn i sagerne.

5.4.2.1 AB-sagen

Formålene i sagen var at opretholde et højt beskæftigelsesniveau, herunder fremme unge arbejdstageres ansættelse. Domstolen bemærkede i denne forbindelse, at det skal afgøres om den nationale lovgiver, har søgt at nå de angivne mål uden at gøre et for vidtgående

¹⁸² C-511/19, AB, EU:C:2021:274, præmis 45

¹⁸³ C-499/08, Andersen, EU:C:2010:600, præmis 32

¹⁸⁴ C-511/19, AB, EU:C:2021:274, præmis 45; C-670/18, CO, EU:C:2020:272, præmis 43

indgreb i interesserne for de arbejdstagere, der har været omfattet af den nationale foranstaltning.¹⁸⁵ Den nationale foranstaltning, der fratog arbejdstagerens opsigelsesgodtgørelse medførte, at arbejdstageren, der blev omfattet af arbejdskraftreserven, ville få en betydelig lønnedgang. Hertil bemærkede Domstolen, at arbejdstageren kun var underlagt ordningen i en kortere periode, herunder maksimalt 24 måneder.¹⁸⁶ Arbejdstageren ville kunne have gjort krav på opsigelsesgodtgørelsen, såfremt den nationale foranstaltning ikke udelukkede arbejdstageren for denne mulighed. Domstolen konkluderede, at den aldersdiskriminerende foranstaltning af hensyn til den økonomiske sammenhæng, der lagde til grund for den nationale foranstaltning, grundet den nationale økonomi, ikke var urimelig.¹⁸⁷

Endvidere bemærkede Domstolen, at den nationale ordning, hvorefter arbejdstageren kunne placeres under arbejdskraftreserven følger beskyttelsesforanstaltninger, der:

“(...) omfatter muligheden for på visse betingelser at finde anden beskæftigelse eller udøve selvstændig virksomhed uden at miste retten til at oppebære løn i henhold til denne ordning, forpligtelsen for den offentlige arbejdsgiver, eller i mangel heraf arbejdsanvisningen, til at indbetale de af arbejdsgiveren og arbejdstageren skyldige sociale bidrag til det relevante forsikringsorgan indtil den ansattes pensionering på grundlag af arbejdstagerens hidtidige grundløn, undtagelsen af sårbare sociale grupper med behov for beskyttelse fra ordningen for arbejdskraftreserven, muligheden for det omhandlede personale for at blive overført til andre ledige stillinger i organer i den offentlige sektor og vedtagelsen af foranstaltninger vedrørende tilbagebetaling af lån i fast ejendom, som det pågældende personale har optaget.”¹⁸⁸

Foranstaltninger som disse finder Domstolen egnede til at mindske ordningens ugunstige virkninger.

Afslutningsvist konkluderede Domstolen, at den nationale aldersdiskriminerende foranstaltning, der medførte, at arbejdstagere, der var fyldt 58 år i en specifikt angiven periode, som kunne anbringes under en arbejdskraftreserve, ikke udgør et for vidtgående indgreb i de berørte arbejdstageres legitime interesser. Domstolen bemærkede i den forbindelse,

¹⁸⁵ C-511/19, AB, EU:C:2021:274, præmis 47

¹⁸⁶ Ibid., præmis 48

¹⁸⁷ Ibid., præmis 49

¹⁸⁸ Ibid., præmis 50

at i den alvorlige økonomiske situation, som medlemsstaten befandt sig i, ikke går ud over, hvad der er nødvendigt for at opfylde det pågældende formål.¹⁸⁹

I sagen afvejes medlemsstaternes økonomiske situation over for det indgreb der gøres i arbejdstagerens legitime interesse. Der blev af Domstolen i den forbindelse særligt lagt vægt på, at den periode, hvor arbejdstageren får en mærkværdig lønnedgang, er på maksimalt 24 måneder, der må anses som værende en kort periode. Tillige blev der af Domstolen lagt vægt på, at den nationale foranstaltning indebar beskyttelsesforanstaltninger, der var egnede til at mindske ordningens ugunstige virkninger. På trods af den lønnedgang og fratagelsen af fratrædelsesgodtgørelse, der gør et indgreb i de berørte arbejdstageres interesse, fandt Domstolen, at disse indgreb ikke var for vidtgående sammenholdt med den økonomiske krise, medlemsstaten befandt sig i. Det kan derfor udledes af dommen, at det legitime formål om at fremme unges ansættelse ved at placere arbejdstagere i en arbejdskraftreserve kan berettige en aldersdiskrimination efter direktivets artikel 6, stk. 1.

5.4.2.2 *Ole Andersen-sagen*

I Ole Andersen-sagen var formålet med fratagelsen af arbejdstagerens godtgørelse begrundet i at yde en højere grad af beskyttelse til arbejdstagere, hvor overgangen til anden beskæftigelse var vanskelig, grundet arbejdstagerens anciennitet i virksomheden. Ligeledes beskyttede bestemmelsen mod ugunstig anvendelse, herunder hindringen af dobbeltkompensation fra arbejdsgivers side. Domstolen konkluderede kort, at den nationale foranstaltning ikke kan anses for at være åbenbart uegnet til at nå de legitime beskæftigelsespolitiske formål.¹⁹⁰

Hvad angår Domstolens efterfølgende vurdering af nødvendigheden, bemærkede Domstolen indledningsvist, at lovgiver har forsøgt at opnå en rimelig balance mellem legitime, men modstridende interesser.¹⁹¹ Endvidere har lovgiver afvejet den nationale foranstaltning i henhold til nødvendigheden af at bekæmpe misbrug. Den nationale lovgiver havde i denne forbindelse fremhævet, at aldersgrænsen og kravet om opnået alderspension, der i bestemmelsen udelukker arbejdstagerens mulighed for fratrædelsesgodtgørelse, gør det muligt at undgå dobbeltkompensation i form af udbetaling af godtgørelse samt pension.¹⁹²

¹⁸⁹ C-511/19, AB, EU:C:2021:274, præmis 51 og 52

¹⁹⁰ C-499/08, Andersen, EU:C:2010:600, præmis 35

¹⁹¹ Ibid., præmis 37

¹⁹² Ibid., præmis 39

Domstolens bemærkninger til de af den nationale lovgivers afvejn timer mellem de foreliggende hensyn, var sålydende:

“(...) alle arbejdstagere, der på tidspunktet for deres afskedigelse har ret til en alderspension fra deres arbejdsgiver, og som er indtrådt i denne pensionsordning før det fyldte 50. år, afskæres fra at modtage fratrædelsesgodtgørelse (...)”¹⁹³

Det bemærkes i denne henseende, at de nationale lovgivere havde den opfattelse, at arbejdstageren normalt forlader arbejdsmarkedet, når den pågældende er berettiget til en alderspension fra deres arbejdsgiver. En arbejdstager, der, uanset om denne opfylder betingelser for den omhandlede alderspension, ikke har til hensigt at forlade arbejdsmarkedet, fratages fratrædelsesgodtgørelsen. Domstolen fremhævede, at i medfør af den nationale foranstaltning, hvorefter afskedigede arbejdstagere, *der ønsker at forblive på arbejdsmarkedet, afskæres fra den pågældende godtgørelse alene med den begrundelse, at de bl.a. som følge af deres alder kan få udbetalt en sådan pension.*¹⁹⁴ Derudover bemærkede Domstolen, at foranstaltningen ligeledes bevirker, at arbejdstagere, der har ret til alderspension, men som ikke ønsker at udnytte retten hertil, kan i medfør af foranstaltningen tvinges til at acceptere en alderspension, der kan være mindre end den, de kunne have oppebåret, såfremt de forblev på arbejdsmarkedet. Dette medfører på længere sigt et væsentligt indtægtstab for disse arbejdstagere.

Afslutningsvist konkluderede domstolen dermed følgende:

“Det følger heraf, at funktionærlovens § 2a, stk. 3 – ved ikke at tillade udbetaling af fratrædelsesgodtgørelse til en arbejdstager, der, selv om han har ret til udbetaling af en alderspension fra sin arbejdsgiver, ikke desto mindre har til hensigt midlertidigt at give afkald på en sådan pension med henblik på at forfølge sin erhvervsmæssige karriere – gør et for vidtgående indgreb i de legitime interesser for de arbejdstagere, der befinder sig i en sådan situation, og således går ud over det, der er nødvendigt for at opnå de socialpolitiske formål, der forfølges med denne bestemmelse.”¹⁹⁵

På trods af de nationale lovgiveres afvejning mellem de foreliggende hensyn, finder Domstolen ikke, at foranstaltningen, der alene udelukker arbejdstageres fratrædelsesgodtgørelse med den begrundelse, at arbejdstager opfylder betingelserne for alderspension som

¹⁹³ C-499/08, Andersen, EU:C:2010:600, præmis 43

¹⁹⁴ Ibid., præmis 44

¹⁹⁵ Ibid., præmis 47

fastsat i den omhandlede foranstaltning, kan være berettiget efter direktivets artikel 6, stk. 1

5.5 Sammenholdning af sagerne vedrørende proportionalitetsvurdering

I Ole Andersen-sagen kom Domstolen frem til et andet resultat end i AB-sagen. Det blev i sagen lagt til grund, at foranstaltningen går videre end nødvendigt, idet de arbejdstagere, der ikke ønsker at gå på pension, men forbliver på arbejdsmarkedet, fratages fratrædelsesgodtgørelsen. Endvidere kan foranstaltningen for samme arbejdstagere få den virkning, at arbejdstageren vil være nødsaget til at acceptere en lavere pension, end den pågældende kunne opnå ved at forblive på arbejdsmarkedet. Derfor kunne hensynet til arbejdsgiveres interesse vedrørende beskyttelse mod dobbeltkompensation ikke veje tungere, end det indgreb foranstaltningen medførte for de arbejdstagere, der havde til hensigt at forblive på arbejdsmarkedet.

Imidlertid angår AB-sagen og Ole Andersen-sagen forskellige omstændigheder, idet den nationale foranstaltning i AB-sagen skulle afvejes over for den økonomiske situation, som medlemsstaten befandt sig i. Den økonomiske situation var ligeledes afgørende ved vurderingen af, hvorledes den aldersdiskriminerende foranstaltning var for vidtgående i AB-sagen.

I Mangold-sagen bemærkede Domstolen, at med hensyn til formålet med foranstaltningen, der angik en øget arbejdsløshed for arbejdstagere, der var fyldt 52 år, som havde betydelige vanskeligheder med at finde anden beskæftigelse, var det ikke af den nationale lovgiver godtgjort, at strukturen på arbejdsmarkedet forudsatte en sådan aldersdiskriminerende foranstaltning. Uanset om strukturen på arbejdsmarkedet dokumenterede en øget arbejdsløshed, ville et sådant hensyn alligevel skulle afvejes i forhold til arbejdstagerens legitime interesser. Dermed kan det ikke udledes, at en dokumenteret arbejdsløshed automatisk berettiger forskelsbehandling på grund af alder.

Endvidere fremgår det af Mangold-sagen, at foranstaltningen berørte alle arbejdstagere, der var fyldt 52 år, uden at tage hensyn til den pågældendes arbejdsløshed, hvorfor foranstaltningen uhensigtsmæssigt ikke beskyttede arbejdstagere. Lignende gjorde sig gældende i Ole Andersen-sagen, hvori det ligeledes bemærkes, at den omhandlede nationale foranstaltning berørte alle arbejdstagere, uagtet den pågældendes ønske om at gøre brug af alderspensionen. Ydermere havde Domstolen samme bemærkninger i Küçükdeveci-sagen, hvorefter den nationale foranstaltning var for vidtgående, idet den berørte alle arbejdstagere. Desuden fremgår det af Hütter-sagen, at formålene for det første var

indbyrdes modstridende, hvorfor foranstaltningen ikke kunne opfylde formålene. For det andet blev det ligeledes fremhævet, at foranstaltningen berører alle arbejdstagere uagtet deres alder på ansættelsestidspunktet.

Afslutningsvist skal det bemærkes at medlemsstaterne, herunder nationale lovgivere, er enekompetente til at vurdere en sags faktiske omstændigheder. Derfor tilkommer det de nationale lovgivere at efterprøve, om foranstaltningen er egnet til at sikre gennemførelse af de angivne formål, herunder om foranstaltningen opfylder målene på en sammenhængende og systematisk måde. Endvidere tilkommer det den nationale ret at efterprøve, om foranstaltningen som middel til opnåelse af formålet er hensigtsmæssig og nødvendig.¹⁹⁶ Dette er ikke ensbetydende med, at proportionalitetsvurderingen uden videre udelukkende er overladt til medlemsstaterne. Domstolen indikerer blot, at de nationale lovgiver skal efterprøve foranstaltningen i forhold til Domstolens vurderinger heraf.

¹⁹⁶ C-670/18, CO, EU:C:2020:272, præmis 50

Del III: National ret

Kapitel 6: Funktionærlovens § 2b

For at kunne besvare denne afhandlings problemformulering er det relevant at redegøre for den i afhandlingen relevante bestemmelse, navnlig FUL § 2b, stk. 1. Undersøgelsen af FUL § 2b, stk. 1, foretages med henblik på at belyse, hvorvidt der i bestemmelsen foreligger en aldersdiskriminerende foranstaltning. Ole Andersen-sagen vil blive inddraget til sammenligning med lovligheden af FUL § 2b, stk. 1. Endvidere vil det blive undersøgt, om foranstaltningen kan berettiges efter beskæftigelsesdirektivets artikel 6, stk. 1, såfremt denne udgør aldersdiskrimination.

Funktionærlovens § 2b, stk. 1, er sålydende:

”Såfremt opsigelse af en funktionær, som har været uafbrudt beskæftiget i den pågældende virksomhed i mindst 1 år før opsigelsen, ikke kan anses for rimeligt begrundet i funktionærens eller virksomhedens forhold, skal arbejdsgiveren udrede en godtgørelse. Denne fastsættes under hensyn til funktionærens ansættelsestid og sagens øvrige omstændigheder, men kan ikke overstige funktionærens løn for en periode svarende til halvdelen af det opsigelsesvarsel, der tilkommer den pågældende i henhold til § 2, stk. 2 og 3. Er funktionæren ved opsigelsen fyldt 30 år, kan godtgørelsen dog udgøre indtil 3 måneders løn”

6.1 Bestemmelsens omfattede personkreds

Det er ikke alle ansatte, der er omfattet af FUL § 2b omkring usaglig opsigelse. Funktionærloven kommer, som titlen på loven også anfører, kun til anvendelse i retsforholdet mellem arbejdsgivere og funktionærer. Det er uddybet i FUL § 1, hvilke medarbejdere, der er omfattet af funktionærbegrebet. I medfør af denne bestemmelse, omfatter funktionærbegrebet personer, der er beskæftiget som handels- og kontormedhjælpere, som arbejder med køb og salg, kontorarbejde eller dermed ligestillet lagerekspedition, jf. FUL § 1, stk. 1, litra a. Derudover er personer, der i deres arbejde yder teknisk eller klinisk bistand af ikke-håndværks- eller -fabriksmæssig art, og andre medhjælpere, som udfører et arbejde, der kan sidestilles hermed, omfattede, jf. FUL § 1, stk. 1, litra b. Ydermere er

personer, der udfører et arbejde, som udelukkende eller i størstedelen af arbejdet indebærer, at personen på arbejdsgiverens vegne skal lede eller føre tilsyn med udførelsen af andres arbejde, ligeledes omfattet af loven, jf. FUL § 1, stk. 1, litra c.

Fælles for FUL § 1, stk. 1, litra a og b, er, at det udførte arbejde ikke alene behøver at være funktionærarbejde. I medfør af FUL § 1, stk. 1, litra d, er det tilstrækkeligt, at personer, der udfører et arbejde, hvor den overvejende del af arbejdet udgøres af det i FUL § 1, stk. 1, litra a eller b, nævnte arbejde, ligeledes er omfattet af funktionærlovens regler. Arbejdets art er dermed det afgørende for, om en person er omfattet af funktionærlovens regler, og det er således en betingelse, at personens beskæftigelse opfylder et af de ovenstående krav i FUL § 1, stk. 1, litra a-d.¹⁹⁷

Der skal altså være tale om en funktionær, før funktionærloven finder anvendelse på forholdet, som uddybet ovenfor. Dernæst er det relevant at se på FUL § 2b, stk. 1, da denne ligeledes opstiller betingelser for, hvornår en funktionær er omfattet af bestemmelsen. Betingelsen i forbindelse med bestemmelsens omfattede persongruppe lyder således, at funktionæren skal have været ”*uafbrudt beskæftiget i den pågældende virksomhed i mindst 1 år*”.¹⁹⁸ Dette betyder således, at en funktionær, der har været ansat i en virksomhed i over et år, ikke nødvendigvis er omfattet af FUL § 2b, stk. 1, hvis beskæftigelsen har været afbrudt. Dette kan eksempelvis forekomme, hvor en funktionær, der er tidsbegrænset ansat, først bliver tilbudt en ny ansættelse en måned efter ophøret af sin tidsbegrænsede ansættelse, og ansættelsestiden efter afbrydelsen af ansættelsen er under 1 år, da opsigelsen sker. Den pågældende funktionær vil i en sådan situation ikke være omfattet af FUL § 2b, stk. 1.

6.2 Bestemmelsens indhold

Den anden betingelse i FUL § 2b, stk. 1, er, at opsigelsen ”*ikke kan anses for rimeligt begrundet*”.¹⁹⁹ Der er her tale om et krav om, at opsigelsen af funktionæren skal være usaglig, før funktionæren har ret til godtgørelse efter bestemmelsen. Funktionærer med en anciennitet i den pågældende virksomhed på mindst 1 år har dermed en udvidet beskyttelse mod usaglige opsigelser på grund af denne betingelse om en rimelig begrundelse for opsigelsen i FUL § 2b, stk. 1, 1. pkt.

¹⁹⁷ Paulsen, Jens, Afskedigelse. Arbejdsgiverens ledelsesret og ledelsespligt – alm. del, 1. udgave, Karnov Group, 2015, side 280

¹⁹⁸ FUL § 2b, stk. 1, 1. pkt.

¹⁹⁹ Ibid.

Det er angivet i bestemmelsen, at opsigelsen kan være begrundet i såvel funktionærens som arbejdsgiverens forhold. For så vidt angår arbejdsgiverens forhold, kan disse eksempelvis være omstrukturering, arbejdsmangel, rationalisering eller arbejdsgiverens skøn.²⁰⁰ Funktionærens forhold kan derimod være misligholdelse, sygdom, uegnethed, og samarbejds- og tillidsproblemer.²⁰¹

Dette betyder således, at funktionæren ikke nødvendigvis kan bebrejdes noget i forbindelse med en saglig opsigelse, da det lige så vel kan være begrundet i den pågældende arbejdsgivers forhold. I forbindelse med vurderingen af rimeligheden af opsigelsen, er det forholdene på selve opsigelsestidspunktet, der er relevante.²⁰²

I tilfælde, hvor en funktionær bliver opsagt, vil det i praksis ofte være arbejdsgiveren, der skal løfte bevisbyrden for, at opsigelsen er saglig.²⁰³ Dette kan dog variere afhængigt af situationen. Arbejdsgiveren har et berettiget skøn, i forbindelse med opsigelser, over, hvem arbejdsgiveren finder det bedst at afskedige. Såfremt en opsigelse skyldes arbejdsmangel, og denne begrundelse er fundet godtgjort, men den afskedigede funktionær påstår, at opsigelsen af netop den omhandlede funktionær var usaglig, er det funktionæren, der selv skal løfte bevisbyrden for denne påstand.²⁰⁴

Konsekvensen for overtrædelse af FUL § 2b er, at arbejdsgiveren skal udrede en godtgørelse til funktionæren.²⁰⁵ Ifølge samme bestemmelses ordlyd, bliver godtgørelsen fastsat under hensyn til funktionærens anciennitet i virksomheden og sagens øvrige omstændigheder. Der er dog en grænse for godtgørelsens størrelse. Godtgørelsen kan ikke overstige den løn, som svarer til halvdelen af funktionærens opsigelsesvarsel. Har funktionæren eksempelvis været ansat i 3,5 år og dermed har et opsigelsesvarsel på 4 måneder, kan godtgørelsen for usaglig opsigelse efter FUL § 2b, stk. 1, udgøre indtil 2 måneders løn for den pågældende funktionær.

Bestemmelsen har dog en tilføjelse til begrænsningen omkring godtgørelse. Dette er, at såfremt funktionæren er fyldt 30 år på tidspunktet for opsigelsen, kan godtgørelsen for usaglig opsigelse udgøre indtil 3 måneders løn for den pågældende funktionær, uanset funktionærens anciennitet i virksomheden.²⁰⁶ Dermed ville en funktionær, der er fyldt 30

²⁰⁰ Andersen, Lars Svenning m.fl., Funktionærret, 6. udgave, Djøf Forlag, 2020, side 816 ff.

²⁰¹ Ibid., side 829 ff.

²⁰² Ibid., side 805

²⁰³ Paulsen, Jens, Afskedigelse. Arbejdsgiverens ledelsesret og ledelsespligt – alm. del, 1. udgave, Karnov Group, 2015, side 590

²⁰⁴ Ibid., side 280

²⁰⁵ FUL § 2b, stk. 1

²⁰⁶ FUL § 2b, stk. 1, sidste pkt.

år på tidspunktet for opsigelsen, i det ovenfor anførte eksempel kunne modtage indtil 3 måneders løn i stedet for 2 måneders løn.

FUL § 2b, stk. 2, bestemmer yderligere, at funktionærer, der har været uafbrudt beskæftiget i virksomheden i mindst 10 år på tidspunktet for den usaglige opsigelse har ret til en godtgørelse, der kan udgøre indtil 4 måneders løn. For funktionærer, der har været uafbrudt beskæftiget i virksomheden i mindst 15 år på tidspunktet for den usaglige opsigelse, kan godtgørelsen udgøre indtil 6 måneders løn. Denne del af bestemmelsen er således med til at tilgodese funktionærer med høj anciennitet i den pågældende virksomhed.

Afslutningsvist er det reguleret i FUL § 2b, stk. 3, at bestemmelsen gælder tilsvarende for funktionærer, der er blevet uberettiget bortvist. Højesteret har dog fastslået, at en uberettiget bortvisning ikke nødvendigvis medfører godtgørelse efter FUL § 2b.²⁰⁷ Det er kun i den situation, hvor en opsigelse af den bortviste medarbejder i samme situation ikke havde været rimeligt begrundet i enten arbejdsgivers forhold eller lønmodtagers forhold, at funktionæren ville have ret til godtgørelse efter FUL § 2b. Såfremt en opsigelse havde været saglig, men bortvisningen var uberettiget, ville funktionæren alene have ret til erstatning efter FUL § 3. Dette var tilfældet i U.1981.252H, hvor sagsøgeren ikke fik medhold i sin påstand om godtgørelse efter FUL § 2b, men dog blev tilkendt løn og feriepenge for perioden, der svarede til sagsøgerens opsigelsesvarsel.²⁰⁸

FUL § 2b, stk. 2 og 3, er ikke relevant for denne afhandlings fremstilling, hvorfor de ikke vil blive behandlet yderligere.

6.3 Forskelsbehandling i funktionærlovens § 2b

Som nævnt ovenfor er det anført i FUL § 2b, stk. 1, at funktionærer, der er fyldt 30 år, kan blive tildelt indtil 3 måneders løn i godtgørelse uafhængigt af deres opsigelsesvarsel, medens funktionærer under 30 år kun kan modtage en godtgørelse, der svarer til indtil halvdelen af deres opsigelsesvarsel. Der er dermed tale om en forskelsbehandling på baggrund af alder i bestemmelsen.

Som det er angivet i beskæftigelsesdirektivets artikel 2, stk. 2, litra a, foreligger der direkte forskelsbehandling, såfremt en person på grund af dennes alder behandles ringere, end en anden person ville blive behandlet i en tilsvarende situation. I medfør af FUL §

²⁰⁷ U.1981.252H, side 3

²⁰⁸ Ibid., side 2

2b, stk. 1, bliver arbejdstagere, der endnu ikke er fyldt 30 år, stillet ringere ved en usaglig opsigelse i forhold til deres afskedigelsesvilkår.

På baggrund af FUL § 2b, stk. 1, bliver der stillet krav til arbejdstageres anciennitet, såfremt de endnu ikke er fyldt 30 år i forbindelse med modtagelse af godtgørelse for usaglig opsigelse. Da arbejdstageres mulighed for godtgørelse bliver beregnet efter deres opsigelsesvarsel, der unægteligt hænger sammen med arbejdstagerens anciennitet i medfør af FUL § 2, stk. 1-3, medfører dette således, at arbejdstagerne skal have opnået en vis anciennitet for at være berettiget til samme godtgørelse som arbejdstagere, der er fyldt 30 år. Imidlertid bliver der ikke stillet nogen krav til arbejdstageres anciennitet, såfremt de er fyldt 30 år, i forbindelse med udmålingen af godtgørelsens størrelse. Der bliver dermed foretaget en forskelsbehandling af arbejdstagere, der alene er baseret på deres alder.

Det skal dog bemærkes, at FUL § 2b, stk. 1, ikke nødvendigvis medfører en forskelsbehandling i form af større godtgørelse til arbejdstagere, der er fyldt 30 år, sammenlignet med arbejdstagere, der endnu ikke er fyldt 30 år. Dette udspringer blandt andet af formuleringen “*indtil*” i FUL § 2b, stk. 1. Denne formulering bevirker, at der ikke er nogen fast sats, men i stedet en ramme, for størrelsen af godtgørelsen. Således vil en arbejdstager med et opsigelsesvarsel på 6 måneder ikke nødvendigvis få en godtgørelse svarende til 3 måneders løn. Dette kan dermed resultere i, at en person med mulighed for modtagelse af godtgørelse, der svarer til 3 måneders løn, kun modtager 2 måneders løn. Dermed vil der ikke nødvendigvis være forskel på den godtgørelse, der bliver tildelt en arbejdstager, der endnu ikke er fyldt 30 år, sammenlignet med en arbejdstager, der er fyldt 30 år.

På samme måde vil en arbejdstager, som endnu ikke er fyldt 30 år, der har opnået en høj anciennitet og dermed har et opsigelsesvarsel på 6 måneder,²⁰⁹ have ret til samme godtgørelse som en arbejdstager, der er fyldt 30 år. I den situation vil begge arbejdstagere have mulighed for at få en godtgørelse for usaglig opsigelse, der svarer til indtil 3 måneders løn. Dermed vil den yngre arbejdstager ikke blive stillet ringere i forhold til muligheden for modtagelse af godtgørelse. Denne arbejdstager vil derfor i praksis ikke kunne påstå, at der bliver foretaget en forskelsbehandling på grund af alder efter FUL § 2b, stk. 1, da arbejdstageren vil have ret til samme godtgørelse, svarende til indtil 3 måneders løn, som arbejdstagere, der er fyldt 30 år. Det skal dog hertil tilføjes, at det sjældent vil forekomme i praksis, at arbejdstagere, der endnu ikke er fyldt 30 år, har opnået en anciennitet i samme virksomhed, der medfører et opsigelsesvarsel på 6 måneder.

²⁰⁹ FUL § 2, stk. 2 og 3

Uanset disse forhold udgør foranstaltningen i FUL § 2b, stk. 1, stadig forskelsbehandling, men de ovenstående forhold er udtryk for, at det ikke er alle arbejdstagere, som endnu ikke er fyldt 30 år, der bliver ramt af bestemmelsen.

Det må på baggrund af det ovenstående kunne konstateres, at FUL § 2b, stk. 1, er et udtryk for direkte forskelsbehandling efter beskæftigelsesdirektivets artikel 2, stk. 2, litra a, da forskelsbehandlingen alene er baseret på arbejdstagernes alder.

Beskæftigelsesdirektivets artikel 6, stk. 1, andet afsnit, angiver flere eksempler, hvor der kan være tale om forskelsbehandling. Denne bestemmelses opregning af eksempler er ikke udtømmende, jf. bestemmelsens ordlyd samt gennemgang af Domstolens praksis i denne afhandling. Der kan derfor stadig være andre situationer, som ligeledes kan være omfattet af bestemmelsen. Alligevel må det siges, at FUL § 2b, stk. 1, alt andet lige må høre under beskæftigelsesdirektivets artikel 6, stk. 1, andet afsnit, litra b, der blandt andet omfatter en fastsættelse af minimumsbetingelser vedrørende alder for adgang til visse fordele i forbindelse med beskæftigelse.

På baggrund af det ovenfor anførte bør det derfor undersøges, om den direkte forskelsbehandling i FUL § 2b, stk. 1, opfylder kravene i beskæftigelsesdirektivets artikel 6, stk. 1, og dermed er i overensstemmelse med EU-retten. Dette spørgsmål vil blive undersøgt nedenfor.

6.3.1 Begrundelsen for forskelsbehandling i funktionærlovens § 2b, stk. 1

Det fremgår af beskæftigelsesdirektivets artikel 6, stk. 1, at forskelsbehandling på grund af alder skal være objektivt og rimeligt begrundet i et legitimt formål inden for rammerne af den nationale ret. Dette betyder således, at der bør kunne findes en begrundelse for forskelsbehandlingen i FUL § 2b, stk. 1. Såfremt bestemmelsen ikke opfylder dette krav omkring begrundelsen for forskelsbehandlingen, kan det medføre, at bestemmelsen ikke er i overensstemmelse med beskæftigelsesdirektivet. Domstolen har dog udtalt i adskillige domme, at hvis formålet ikke er præciseret, bør der være andre elementer, der indgår i den pågældende foranstaltnings almindelige kontekst, som gør det muligt at identificere formålet.²¹⁰ Dette leder dermed til, at forskelsbehandlingen i FUL § 2b, stk. 1, kan være begrundet i såvel forarbejderne til selve loven som i andre elementer, som Domstolen bemærker.

²¹⁰ C-45/09, Rosenbladt, EU:C:2010:601, præmis 58; C-411/05, Palacios de la Villa, EU:C:2007:604, præmis 57; og C-388/07, Age Concern, EU:C:2009:128, præmis 45

6.3.1.1 Forarbejderne til funktionærloven

Som det første bør det undersøges, om der foreligger en objektiv og rimelig begrundelse i et legitimt formål i forarbejderne til funktionærloven, da dette er det mest nærliggende sted at finde en sådan begrundelse.

Siden FUL § 2a²¹¹ blev indsat i funktionærloven i 1964, vil det være relevant at se på det fremsatte lovforslag til denne lovændring. Formuleringen i det pågældende lovforslag er angivet på følgende måde:

“Såfremt funktionæren ved opsigelsen er fyldt 30 år, er det dog skønnet rimeligt at åbne adgang til ydelse af en godtgørelse, svarende til 3 måneders løn, uanset om det funktionæren tilkommende opsigelsesvarsel, jfr. foran, ikke måtte berettige ham til en godtgørelse af denne størrelse.”²¹²

Det er i denne begrundelse angivet, at det er *skønnet rimeligt*, at funktionærer, der er fyldt 30 år, kan få tilkendt en godtgørelse, der svarer til indtil 3 måneders løn, uafhængigt af funktionærens opsigelsesvarsel. Dette er den eneste begrundelse for forskelsbehandlingen på grund af alder i FUL § 2b, stk. 1, der er at finde i det fremsatte lovforslag. Anførelsen af denne begrundelse kan skyldes, at prioriteterne kan have været anderledes i forhold til begrundelser, end de er i dag. Uanset dette må det konstateres, at begrundelsen hviler på skønnet, der blev foretaget ved indsættelsen af reglen. Det skal hertil bemærkes, at dette skøn blev foretaget i en anden tid. Hvad der blev anset som rimeligt i 1964, vil ikke nødvendigvis blive anset for rimeligt i dag. Denne betragtning skal derfor inddrages ved undersøgelsen af bestemmelsens rimelighed i forhold til formålet.

Ved 1. behandling af det fremsatte lovforslag²¹³, udtalte den daværende ordfører for Socialdemokratiet, Egon Jensen, at det ville være mere vanskeligt for en funktionær at skaffe sig arbejde efter en afskedigelse, jo længere tid funktionæren har været i den samme virksomhed. I forbindelse hermed tilføjer Egon Jensen, at det især er funktionærer i aldersgruppen 35-40 år og opefter, der rammes uforholdsmæssigt hårdt ved afskedigelse, og at dette derfor skal begrunde en større godtgørelse ved en usaglig opsigelse af funktionærer i denne aldersgruppe.²¹⁴ Denne betragtning begrunder dermed forskelsbehandlingen i FUL § 2b, stk. 1²¹⁵, med, at det skal være dyrere for arbejdsgiveren at foretage en usaglig

²¹¹ Nuværende FUL § 2b

²¹² LFF 1963-10-18 nr. 26, bemærkning nr. 3

²¹³ LFF 1963-10-18 nr. 26

²¹⁴ 1. behandling af LFF 1963-10-18 nr. 26, sp. 850

²¹⁵ Daværende FUL § 2a

opsigelse af personer i denne aldersgruppe, da arbejdstagerne bliver hårdere ramt ved en afskedigelse, end yngre arbejdstagere gør.

Egon Jensens begrundelse ved 1. behandling af lovforslaget i forbindelse med beskyttelsen af funktionærer, der har været ansat i samme virksomhed i længere tid, kan sammenlignes med begrundelsen for indsættelsen af fratrædelsesgodtgørelsen i FUL § 2a. I lovforslaget til denne bestemmelse blev det angivet, at formålet med fratrædelsesgodtgørelsen i FUL § 2a var at mildne overgangen til anden beskæftigelse.²¹⁶ Der blev således ved begge begrundelser lagt vægt på de komplikationer og den besværlighed, der kan være gældende for ældre funktionærer ved erhvervelsen af anden beskæftigelse efter mange års ansættelse i samme virksomhed.

Det bør her lægges til grund, at arbejdsmarkedet ved indførelsen af den daværende FUL § 2a²¹⁷ var anderledes, end det er i dag. På tidspunktet for vedtagelsen af bestemmelsen var det mere typisk for folk at komme på arbejdsmarkedet forholdsvis hurtigt. I dag er det til gengæld meget normalt for personer først at komme på arbejdsmarkedet i slutningen af tyverne eller starten af trediverne. Derfor vil personer i den af Egon Jensen omtalte aldersgruppe ikke nødvendigvis rammes lige så hårdt af en afskedigelse i dag, som de ville i 1964, som påstået af Egon Jensen, da de pågældende personer sandsynligvis ikke har været på arbejdsmarkedet i betydeligt lang tid. Ligeledes kan det lægges til grund, at på samme måde som folk i 1964 ofte indtrådte på arbejdsmarkedet i en tidligere alder, end de gør i dag, så forlod de ofte også arbejdsmarkedet tidligere, end folk gør i dag. En person, der blev afskediget efter sit fyldte 30. år, ville altså have overstået en større del af sin tid på arbejdsmarkedet, end en person, der blev afskediget ved samme alder, i dag ville have overstået. Det kan dermed påstås, at begrundelsen for 30-års grænsen i forbindelse med godtgørelse for usaglig opsigelse, var mere passende på den tid, hvori den blev indsat, da arbejdsmarkedet i dag har ændret sig betydeligt fra dengang.

6.3.1.2 Forskelsbehandlingsloven

Det bør i forbindelse med undersøgelsen af begrundelsen for forskelsbehandlingen i FUL § 2b, stk. 1, undersøges, hvorvidt der findes noget i forskelsbehandlingsloven²¹⁸ (FBL), der kan begrunde denne forskelsbehandling. Derfor er det relevant at se på, hvilke undtagelser der findes til forbuddet mod forskelsbehandling.

²¹⁶ LFF 1970-11-04 nr. 53, bemærkning nr. 3

²¹⁷ Nuværende FUL § 2b

²¹⁸ LBKG 2017-08-27 nr. 1001

Forskelsbehandlingslovens kapitel 3 indeholder bestemmelserne om undtagelserne til forbuddet mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet. De omhandlede bestemmelser er FBL §§ 6 og 6a. Det er bestemt i FBL § 6, stk. 1, at virksomheder, hvis udtrykte formål er at fremme et bestemt politisk eller religiøst standpunkt eller en bestemt trosretning, er undtaget fra forbuddet mod forskelsbehandling på grund af politisk anskuelse, religion eller tro.

Bestemmelsens stk. 2 giver hjemmel til ministrene til at kunne fravige lovens §§ 2-5, der regulerer forbuddet mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet. Herved kan der stilles krav til en persons *race, politiske anskuelse, seksuelle orientering eller nationale, sociale eller etniske oprindelse eller krav om, at personen har en bestemt hudfarve, alder eller et bestemt handicap eller tilhører en bestemt religion eller trosretning*. Denne regel er eksempelvis relevant i politiet, hvor det kan være fordelagtigt at have ansatte med en særlig etnisk baggrund, da en service overfor borgere med en specifik etnisk baggrund bedst kan ydes af ansatte fra den pågældende etniske gruppe.²¹⁹

FBL § 6a bestemmer, at forskelsbehandlingsloven ikke er til hinder for fastsættelse af aldersgrænse i forbindelse med adgang til pensions- eller invaliditetsydelse, der er omfattet af erhvervstilknyttede sikringsordninger. Ligeledes er loven ikke til hinder for anvendelse af alderskriteriet i aktuarberegninger inden for rammerne af disse ordninger. Denne undtagelse er dog med forbehold for, at forskelsbehandlingen på grund af alder ikke medfører forskelsbehandling på grund af køn.²²⁰

FBL §§ 6 og 6 a omhandler altså situationer, der ikke omfatter scenarier, som måtte kunne tilknyttes FUL § 2b, da undtagelsesbestemmelserne i forskelsbehandlingsloven ikke nævner afskedigelse eller usaglige afskedigelser og i øvrigt ikke kan henføres på anvendelsesområdet for FUL § 2b. På baggrund af det ovenstående kan det således udledes, at forskelsbehandlingsloven ikke indeholder bestemmelser, hvori forbuddet mod forskelsbehandling på grund af alder er undtaget, og hvor disse undtagelser kan begrunde forskelsbehandlingen i FUL § 2b, stk. 1.

6.3.1.3 Er forskelsbehandlingen tilstrækkeligt begrundet

Begrundelsen for forskelsbehandlingen i FUL § 2b, stk. 1, er alt andet lige en forholdsvis svag begrundelse. Den mest tydelige bemærkning ved indsættelsen af bestemmelsen i

²¹⁹ Karnovs note nr. 42 til LBKG 2017-08-27 nr. 1001

²²⁰ FBL § 6 a, 2. pkt.

forhold til begrundelsen er, at det er skønnet rimeligt.²²¹ Derudover er Egon Jensens udtalelse med til at belyse, hvilke aspekter der indgik i vurderingen af rimeligheden af, at personer, der er fyldt 30 år, bør have mulighed for mere i godtgørelse for usaglig opsigelse. Det bliver i forbindelse hermed udtalt, at det alt andet lige bør være dyrere for arbejdsgivere at “*spille bold med disse menneskers eksistensmuligheder*”.²²²

Begrundelsen for denne 30-års grænse viser, at prioriteterne i forbindelse med begrundelse var anderledes på tidspunktet for indsættelsen af bestemmelsen, end de er i dag. På trods af at denne begrundelse muligvis var tilstrækkelig på tidspunktet for indsættelsen af reglen, må ændringen i arbejdsmarkedet resultere i, at denne begrundelse ikke længere er så fyldestgørende, som den har været. Det er på baggrund heraf svært at begrunde forskelsbehandlingen med de ved indsættelsen af reglen bagvedliggende begrundelser.

Dette medfører dog ikke, at forskelsbehandlingen er ulovlig, da formålet med forskelsbehandling på grund af alder ligeledes kan identificeres af andre relevante elementer.²²³ Det betyder heller ikke, at begrundelsen for forskelsbehandlingen i FUL § 2b, stk. 1, ikke er tilstrækkelig, men det skønnes ud fra disse betragtninger, at begrundelsen er svag i forhold til de konsekvenser, som reglen medfører eller kan medføre.

Bestemmelsen kan på sin vis fungere som en straf for funktionærer, der i en tidlig alder indtræder på arbejdsmarkedet. Dette kan eksemplificeres på følgende måde, hvor to funktionærer har præcis samme anciennitet fra en ansættelse, i dette eksempel 2 år, hvilket medfører et opsigelsesvarsel på 3 måneder fra arbejdsgivers side.²²⁴ Den ene funktionær er i eksemplet endnu ikke fyldt 30 år, og den anden funktionær er fyldt 30 år. Ved en usaglig afskedigelse af disse funktionærer vil den ældre funktionær have mulighed for at modtage indtil 3 måneders løn i godtgørelse, medens den yngre funktionær vil kunne modtage indtil 1,5 måneders løn i godtgørelse i medfør af FUL § 2b, stk. 1.

Denne forskelsbehandling på grund af alder kan skabe urimelighed mellem de yngre og de ældre arbejdstagere og give et incitament til først at indtræde på arbejdsmarkedet i en senere alder for at opnå den samme beskyttelse som funktionærer, der er fyldt 30 år. Det må antages, at jo mere arbejdsgiver må yde i godtgørelse for en usaglig opsigelse, jo mere varsomt, vil arbejdsgiveren træde for at undgå denne udgift. Derved må muligheden for yderligere godtgørelse til funktionærer, der er fyldt 30 år, ligeledes kunne anses som en

²²¹ LFF 1963-10-18 nr. 26, bemærkning nr. 3

²²² 1. behandling af LFF 1963-10-18 nr. 26, sp. 850

²²³ C-45/09, Rosenbladt, EU:C:2010:601, præmis 58; C-411/05, Palacios de la Villa, EU:C:2007:604, præmis 57; og C-388/07, Age Concern, EU:C:2009:128, præmis 45

²²⁴ FUL § 2, stk. 2, nr. 2

yderligere beskyttelse mod usaglig opsigelse, sammenlignet med personer, der ikke indgår i denne aldersgruppe.

Kapitel 7: Funktionærlovens § 2a og Ole Andersen-sagen

7.1 Tilblivelsen af funktionærlovens § 2a

I 1971 blev en lovændring til funktionærloven vedtaget på baggrund af LFF 1970-11-04 nr. 53, der blandt andet medførte forflyttelsen af den daværende FUL § 2a til den nuværende § 2b og indførelsen af en ny § 2a. FUL § 2a blev ændret ved LBKG 1996-06-28 nr. 642 og bestemmelsens stk. 1 og 3 havde som følge heraf følgende ordlyd:

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

(...)

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

Funktionærer havde således som udgangspunkt ret til en fratrædelsesgodtgørelse, når funktionæren havde opnået en vis anciennitet, og afskedigelsen var fra arbejdsgivers side i medfør af den dagældende FUL § 2a, stk. 1, som anført ovenfor. Bestemmelsens stk. 3, der begrænsede funktionærers ret til fratrædelsesgodtgørelsen, og dennes overensstemmelse med EU-retten blev dog taget op til prøvelse af Domstolen i Ole Andersen-sagen²²⁵.

7.2 Ole Andersen-sagen

Sagen om Ole Andersen vil i det følgende blive gennemgået for at belyse Domstolens betragtninger i forhold til en sag omkring godtgørelse i forbindelse med fratrædelse, og derudover at dette sker i sammenhæng med forskelsbehandling på grund af alder. I forbindelse hermed vil det blive undersøgt, hvilke forhold Domstolen lægger vægt på ved denne problemstilling og ligeledes, hvordan resultatet kan anvendes i forhold til det i afhandlingen relevante spørgsmål.

²²⁵ C-499/08, Andersen, EU:C:2010:600

7.2.1 Sagen i hovedtræk

Region Syddanmark valgte at opsig Ole Andersen efter en ansættelse med en varighed af omtrent 27 år. Ole Andersen var på tidspunktet for opsigelsen 63 år og i stedet for at udnytte sin ret til at få udbetalt pension fra en arbejdsgiverbetalt pensionsordning, valgte Ole Andersen at melde sig ledig og derved forblive på arbejdsmarkedet. Ole Andersen gjorde krav på en fratrædelsesgodtgørelse svarende til 3 måneders løn i medfør af den dagældende FUL § 2a, stk. 1, da han havde været ansat i mere end 18 år. Dette blev af Region Syddanmark afvist med henvisning til, at Ole Andersen havde ret til at få udbetalt arbejdsgiverbetalt pension og derfor ikke havde ret til fratrædelsesgodtgørelse efter FUL § 2a, stk. 1, jf. stk. 3. På baggrund heraf anlagde Ole Andersens fagforening, Ingeniørforeningen i Danmark, sag mod Region Syddanmark som repræsentant for Ole Andersen.²²⁶

7.2.2 Domstolens resultat og begrundelse

Domstolen bemærkede, at FUL § 2a, stk. 3, indiskutabelt er forbundet med arbejdstagerens alder.²²⁷ Domstolen fastlægger dermed, at bestemmelsen er et udtryk for forskelsbehandling på grund af alder. Hertil bør det tilføjes, at Domstolen kategoriserer den pågældende forskelsbehandling på grund af alder i FUL § 2a, stk. 3, som direkte baseret på et alderskriterium og dermed udgør direkte forskelsbehandling som omhandlet i beskæftigelsesdirektivets artikel 2, stk. 2, litra a.²²⁸ Domstolen valgte derfor at undersøge, om den direkte forskelsbehandling kunne begrundes i et anerkendt formål og således være undtaget fra princippet om ikke-diskrimination og dermed var i overensstemmelse med EU-retten.

I forbindelse med dette havde den danske regering fremhævet i begrundelsen for afskæring af en fratrædelsesgodtgørelse, at arbejdsgiveren skulle beskyttes mod at betale dobbeltkompensation, herunder både arbejdsgiverbetalt pension og fratrædelsesgodtgørelse, da en sådan dobbeltkompensation ikke ville tjene noget beskæftigelsespolitisk formål.²²⁹ Begrænsningen, der udsprang af bestemmelsen, var altså ifølge den nationale lovgiver af hensyn til arbejdsgiveren for at denne ved en usaglig opsigelse ikke skulle stilles urimeligt dårligt økonomisk. Domstolen fastslog i forbindelse hermed, at de omhandlede formål, som FUL § 2a, stk. 3, var begrundet i, var egnet til objektivt og rimeligt at kunne begrunde den ulige behandling på grund af alder, som bestemmelsen medførte, inden for rammerne

²²⁶ C-499/08, Andersen, EU:C:2010:600, præmis 12-16

²²⁷ Ibid., præmis 23

²²⁸ Ibid., præmis 24

²²⁹ Ibid., præmis 28

af den nationale ret i overensstemmelse med beskæftigelsesdirektivets artikel 6, stk. 1.²³⁰ Ydermere bemærkede Domstolen, at FUL § 2a, stk. 3, ikke kunne anses som uegnet til at nå det legitime beskæftigelsespolitiske formål.²³¹ Domstolen fastslog således med disse bemærkninger, at FUL § 2a, stk. 3, opfyldte betingelsen om, at forskelsbehandlingen på grund af alder skal være objektivt og rimeligt begrundet i et legitimt formål, som det er bestemt efter beskæftigelsesdirektivets artikel 6, stk. 1.

Afslutningsvist undersøgte Domstolen, hvorvidt FUL § 2a, stk. 3, var hensigtsmæssig og nødvendig i forhold til at opfylde formålet, som det er krævet i beskæftigelsesdirektivets artikel 6, stk. 1.

Ved indførelsen af FUL § 2a i 1971, blev det angivet i forarbejderne, at formålet med fratrædelsesgodtgørelsen efter FUL § 2a, stk. 1, var "(...) *at mildne overgangen til anden beskæftigelse for ældre funktionærer, der opsiges efter i en længere årrække at have været beskæftiget i samme virksomhed (...)*".²³² Dette indebar således, at fratrædelsesgodtgørelsen var tiltænkt funktionærer, der blev på arbejdsmarkedet. Dermed burde funktionærer, der har ret til arbejdsgiverbetalt pension således ikke have ret til fratrædelsesgodtgørelse efter FUL § 2a, stk. 1, jf. stk. 3, da denne situation ifølge den nationale lovgiver normalt indebærer, at funktionærerne forlader arbejdsmarkedet. Domstolen bemærker dog, at såfremt en funktionær ønsker at udskyde sin ret til arbejdsgiverbetalt pension og i stedet blive på arbejdsmarkedet, vil FUL § 2a, stk. 3, ligeledes ramme disse funktionærer, selvom den er rettet mod funktionærer, der går på pension.²³³ Dette resulterer i, at en gruppe arbejdstagere, der er defineret på grundlag af deres alder, vil kunne blive tvunget til at modtage en alderspension, der ellers ville have været større, hvis de var blevet på arbejdsmarkedet i længere tid, hvilket kan medføre et væsentligt indtægtstab for arbejdstagerne.²³⁴ Som følge heraf vurderede Domstolen, at FUL § 2a, stk. 3, udgjorde et for vidtgående indgreb og dermed gik ud over, hvad der var nødvendigt for at nå det med bestemmelsen ønskede mål.²³⁵ Dette medførte, at betingelserne for anvendelsen af undtagelsen til forskelsbehandling på grund af alder, som angivet i beskæftigelsesdirektivets artikel 6, stk. 1, ikke alle var opfyldte, og den ulige behandling i FUL § 2a, stk. 3, kunne dermed ikke begrundes heri.²³⁶

²³⁰ C-499/08, Andersen, EU:C:2010:600, præmis 31

²³¹ Ibid., præmis 35

²³² LFF 1970-11-04 nr. 53, bemærkning nr. 3

²³³ C-499/08, Andersen, EU:C:2010:600, præmis 44

²³⁴ Ibid., præmis 46

²³⁵ Ibid., præmis 47

²³⁶ Ibid., præmis 48

7.3 Sammenligning af Ole Andersen-sagens resultat og funktionærlovens § 2b

I denne sag blev det af Domstolen således fastlagt, at midlerne til at nå målet med FUL § 2a, stk. 3, ikke stemte overens med proportionalitetsprincippet, da de gik ud over, hvad der var nødvendigt for at nå det pågældende mål. Dette var det centrale forhold, der gjorde, at bestemmelsen blev anset for at være i strid med beskæftigelsesdirektivets artikel 2 og artikel 6, stk. 1. Domstolens bemærkning i forbindelse med denne begrundelse var ydermere, at FUL § 2a, stk. 3, kunne medføre et væsentligt indtægtstab for de omfattede funktionærer, da de omfattede funktionærer kunne blive tvunget til at modtage alderspensionen frem for at fortsætte på arbejdsmarkedet.

FUL § 2b omhandler tydeligvis en hel anden situation, end Ole Andersen-sagen omhandlede. Den dagældende FUL § 2a, stk. 3 og den nugældende FUL § 2b, omhandler begge funktionærers ret til en godtgørelse i forbindelse med afskedigelse, men FUL § 2b omfatter de usaglige opsigelser, hvor der ved FUL § 2a, stk. 3, blot var et krav om, at funktionæren havde nået en vis anciennitet. Ydermere henvender begrænsningen i FUL § 2b, stk. 1, sig til den yngre aldersgruppe af funktionærer, hvor begrænsningen i den dagældende FUL § 2a, stk. 3, henvendte sig til den ældre aldersgruppe af funktionærer. Begge bestemmelser er imidlertid udtryk for en direkte forskelsbehandling på grund af alder og medfører en konsekvens af funktionærernes ret til godtgørelse.

Domstolens argument om konsekvensen i form af et væsentligt indtægtstab kan sammenlignes med konsekvenserne, som FUL § 2b, stk. 1, medfører. Denne bestemmelse kan ligeledes medføre et indtægtstab og muligvis et væsentligt indtægtstab, i og med den påvirker muligheden for funktionærer, der endnu ikke er fyldt 30 år, til at få en godtgørelse for usaglig opsigelse af samme størrelse som de funktionærer, der er fyldt 30 år, har mulighed for at blive tilkendt.

Området, hvor den dagældende FUL § 2a, stk. 3, og den nugældende FUL § 2b, stk. 1, bør adskilles i forhold til begrundelse, er, at FUL § 2a, stk. 3, blev vurderet til at gå ud over, hvad der var nødvendigt for at nå målet, i og med funktionærer, der ønskede at blive på arbejdsmarkedet, ligeledes blev ramt af bestemmelsen.²³⁷ Imidlertid må det ved FUL § 2b, stk. 1, overvejes, om forskelsbehandlingen overhovedet er objektivt og rimeligt begrundet i et legitimt formål, som det er krævet efter beskæftigelsesdirektivets artikel 6, stk. 1.

²³⁷ C-499/08, Andersen, EU:C:2010:600, præmis 47

Som det er blevet anført i denne afhandlings afsnit *4.3 Legitime formål*, fremgår det af Domstolens praksis på området, at rækkevidden for legitime formål er bred. Det er tidligere fremhævet, at de angivne formål bag en aldersdiskriminerende foranstaltning i national lovgivning kan anses som værende legitim således, at de kan henføres under social- og beskæftigelsespolitiske formål som omhandlet i beskæftigelsesdirektivets artikel 6, stk. 1. Det skal derfor bemærkes, at formålet bag foranstaltningen i FUL § 2b, stk. 1, sandsynligvis vil anses som værende et legitimt formål.

Det kan diskuteres, hvorvidt resultatet i Ole Andersen-sagen er relevant for FUL § 2b, stk. 1. Både FUL § 2b, stk. 1, og den ved Ole Andersen-sagen gældende FUL § 2a, stk. 3, indeholder begge netop en begrænsning af funktionærers mulighed for godtgørelse, som er direkte begrundet i funktionærens alder. Forskellen mellem bestemmelserne er, at den dagældende FUL § 2a, stk. 3, begrænsede ældres mulighed for godtgørelse, medens FUL § 2b, stk. 1, begrænser unges mulighed for godtgørelse. Udover dette aspekt er de to bestemmelser forholdsvis ens i begrundelse og konsekvens. Det skal dog bemærkes, at konsekvensen ved den dagældende FUL § 2a, stk. 3, var mere indgribende end FUL § 2b, stk. 1, da den helt fratog de berørte funktionærers godtgørelse, hvorimod FUL § 2b, stk. 1, kun begrænser størrelsen af godtgørelsen. På trods af denne forskel i konsekvenserne, er de to bestemmelser alligevel sammenlignelige. Der er åbenlyst nok ikke noget klart svar på, hvilket resultat en prøvelse af FUL § 2b, stk. 1, ville føre til, men på baggrund af Ole Andersen-sagen og de begrundelser, der hører hertil, må der alt andet lige sættes spørgsmålstegn ved, om det samme måtte gøre sig gældende for FUL § 2b, stk. 1.

Kapitel 8: Anvendelse af beskæftigelsesdirektivet på funktionærlovens § 2b, stk. 1

Indledningsvist skal det bemærkes, at Domstolen når denne bliver forelagt præjudicielle spørgsmål vedrørende navnlig direktivets artikel 2 og artikel 6, stk. 1, med hensyn til om en given national aldersdiskriminerende foranstaltning kan berettige forskelsbehandling på grund af alder, anvender som regel følgende fremgangsmåde:

”For at kunne besvare disse spørgsmål skal det undersøges, om den i hovedsagen omhandlede lovgivning er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2000/78, og i bekræftende fald om den indfører en ulige behandling på grund af alder, og om denne ulige behandling kan være begrundet i henhold til direktivets artikel 6, stk. 1.”²³⁸

Men henblik på en hensigtsmæssig vurdering af hvorvidt FUL § 2b, stk. 1, indeholder aldersdiskrimination, der kan berettiges efter direktivets artikel 6, stk. 1, skal det først afgøres om direktivet finder anvendelse, hvorefter det vil blive undersøgt om 30 årsgrænsen udgør forskelsbehandling for derefter at vurdere om artikel 6, stk. 1, kan finde anvendelse.

8.1 Om anvendeligheden af beskæftigelsesdirektivet

Det fremgår af direktivets artikel 3, stk. 1, litra c, at direktivet finder anvendelse på alle personer, for så vidt angår *ansættelse- og arbejdsvilkår, herunder afskedigelse og løn*. Det kan dermed ud fra dette konstateres, at anvendelsesområdet for direktivet omfatter FUL § 2b, idet denne vedrører fratrædelsesgodtgørelse for usaglige opsigelser i forbindelse med ansættelsesforhold for funktionærer.

8.2 Forskelsbehandling

Hvad angår spørgsmålet om, hvorvidt FUL § 2b, stk. 1, udgør forskelsbehandling på grund af alder, som omhandlet i direktivets artikel 2 kan det hertil bemærkes, at bestemmelsens ordlyd bevirker, at funktionærer, der endnu ikke er fyldt 30 år, stilles ringere end funktionærer, der er fyldt 30 år, alene på baggrund af et alderskriterium. Dermed er der tale om direkte forskelsbehandling som omhandlet i direktivets artikel 2, stk. 2, litra a.

²³⁸ C-511/19, AB, EU:C:2021:274, præmis 21

8.3 Berettiget aldersdiskriminationen efter artikel 6, stk. 1

En sådan forskelsbehandling, som FUL § 2b, stk. 1, medfører, kan efter direktivets artikel 6, stk. 1, være berettiget, såfremt forskelsbehandlingen på grund af alder for det første forfølger et legitimt formål og for det andet er hensigtsmæssigt og nødvendigt. Derfor skal det i forbindelse med formålet bag FUL § 2b, stk. 1, vurderes, om disse formål kan anses for at være legitime i den forstand, som det er forudsat i direktivets artikel 6, stk. 1.

8.3.1 Formålet med aldersgrænsen i funktionærlovens § 2b, stk. 1

I undersøgelsen af begrundelsen for aldersgrænsen i FUL § 2b, stk. 1, fremgår det ikke specifikt i forarbejderne eller andet, hvad formålet med aldersgrænsen på 30 år er.

Det skal i den forbindelse indledningsvist bemærkes, at som det eksemplificeres i Age Concern-sagen,²³⁹ bevirker en manglende angivelse af et legitimt formål med en aldersdiskriminerende foranstaltning imidlertid ikke, at foranstaltningen udelukkes fra direktivets anvendelsesområde. Det fremgår ligeledes af Age Concern-sagen, at såfremt der ikke er angivet et formål med en aldersdiskriminerende foranstaltning kan *andre elementer* anvendes til at identificere formålet med den pågældende forskelsbehandling.²⁴⁰

8.3.1.1 Bestemmelsens begrundelse i et legitimt formål

En mulig begrundelse for aldersgrænsen på 30 år kan findes i Egon Jensen udtalelse i 1. behandling af LFF 1963-10-18 nr. 26, der er sålydende:

“(...)Det er ikke mindst dem i aldersgrupperne fra 35 til 40 år og opefter, der rammes uforholdsmæssig hårdt ved afskedigelse. Derfor må det også være dyrere og måske endda endnu dyrere at spille bold med disse menneskers eksistensmuligheder (...)”²⁴¹

Formålet kan delvist findes i Egon Jensens påstand om, at ældre arbejdstagere rammes hårdere ved en afskedigelse, end yngre arbejdstagere gør. Derudover bemærkes det, at det som følge heraf bør være en større konsekvens for arbejdsgiver at afskedige personer i denne ældre aldersgruppe. Denne mere betydelige udgift for arbejdsgiver ved

²³⁹ C-388/07, Age Concern, EU:C:2009:128, præmis 44

²⁴⁰ Ibid., præmis 44; C-411/05, Palacios de la Villa, EU:C:2007:604, præmis 57

²⁴¹ 1. behandling af LFF 1963-10-18 nr. 26, sp. 850

afskedigelse af ældre arbejdstagere kan give arbejdsgivere et incitament til at fastholde arbejdstagere i denne aldersgruppe, hvilket kan anses for at være med til at fremme beskæftigelsen for personer i denne aldersgruppe.

Et formål om at fremme beskæftigelse for visse grupper af arbejdstagere og ligeledes at beskytte arbejdstageren er i henhold til direktivets artikel 6 et beskæftigelsespolitisk formål, der kan henføres til direktivets artikel 6, stk. 1.²⁴²

Såfremt det lægges til grund at formålet med aldersgrænsen i FUL § 2b kan findes i et mål om at beskytte arbejdstageren, der er over 30 år på baggrund af udtalelsen fra Egon Jensen, kan et sådant formål anses for at være legitimt efter direktivets artikel 6, stk. 1.

Endvidere kan en anden mulig årsag til den ved bestemmelsens indsættelse fastsatte 30-årsgrænsen eventuelt findes i situationen på arbejdsmarkedet. Det skal i denne forbindelse nævnes, at en aldersdiskriminerende foranstaltning kan være berettiget, såfremt formålet ville være at mindske arbejdsløsheden.²⁴³ Domstolen udtalte i Mangold-sagen, at en aldersdiskriminerende foranstaltning, hvorefter det var muligt at indgå tidsbegrænsede kontrakter med arbejdstagere, der var fyldt 52 år, ville være proportionalt, såfremt der for denne gruppe af arbejdstagere var en højere arbejdsløshed. Idet Domstolen ikke fandt at medlemsstaten befandt sig i en sådan situation, kunne den aldersdiskriminerende foranstaltning ikke undtages for forbuddet mod forskelsbehandling på grund af alder efter direktivets artikel 6, stk. 1.²⁴⁴

Domstolen lægger vægt på situationen på arbejdsmarkedet i den pågældende medlemsstat, som det også tidligere er anført i denne afhandling. Her er niveauet for den omhandlede gruppe af arbejdstageres arbejdsløshed relevant for Domstolens resultat. Det må på baggrund heraf kunne antages, at såfremt strukturen på arbejdsmarkedet i den pågældende medlemsstat indebærer en høj arbejdsløshed blandt den omhandlede gruppe af arbejdstagere, ville en aldersdiskriminerende foranstaltning sandsynligvis være berettiget efter direktivets artikel 6, stk. 1.

Det er i Egon Jensens udtalelse såvel som i lovforslagets bemærkninger angivet, at formålet med 30-årsgrænsen i FUL § 2b, stk. 1, er at beskytte arbejdstagere, der er fyldt 30 år. Et sådant formål må anses som værende legitimt set i lyset af Domstolens vurdering af legitime formål bagved aldersdiskriminerende foranstaltninger.

²⁴² Direktiv 2000/78 artikel 6, stk. 1, andet afsnit, litra a, og eksempelvis C-511/19, AB, EU:C:2021:274, præmis 41; C-144/04, Mangold, EU:C:2005:420, præmis 59

²⁴³ C-411/05, Palacios de la Villa, EU:C:2007:604, præmis 72 og 73

²⁴⁴ C-144/04, Mangold, EU:C:2005:420, præmis 65

8.3.2 Bestemmelsens proportionalitet

I denne afhandlings afsnit 6.3.1.1 *Forarbejderne til funktionærloven* er der argumenteret for, at begrundelsen for den aldersdiskriminerende foranstaltning kan ledes tilbage til tidspunktet for vedtagelsen af bestemmelsen. På dette tidspunkt var normaliteten, at folk indtrådte på arbejdsmarkedet i en tidligere alder end i dag og ligeledes forlod arbejdsmarkedet tidligere end i dag.

Formålet kunne findes i at beskytte den ældre gruppe på arbejdsmarkedet og ligeledes personer med forsørgerpligt, idet personer, der var fyldt 30 år, ofte var et sted i livet, hvor disse havde forsørgerpligt. På samme måde som det var antaget ved indsættelsen af FUL § 2a, stk. 3, at personer ofte forlod arbejdsmarkedet, når disse opnåede den nationalt bestemte pensionsalder, var det sandsynligvis også antaget i 1964, at personer, der er fyldt 30 år, ofte har forsørgerpligt, hvilket rimeligvis gør en mulighed for mere i godtgørelse ved en usaglig opsigelse.

Et sådant formål ville kunne henføres til direktivets artikel 6, stk. 1, andet afsnit, litra a, hvorefter en ulige behandling, der tilvejebringer særlige *vilkår* "(...) *vedrørende afskedigelse (...) for ældre arbejdstagere og personer med forsørgerpligt med henblik på at fremme deres erhvervsmæssige integration eller at beskytte dem*" vil være legitim.

I takt med at tidspunktet for personers indtrædelse på arbejdsmarkedet er blevet udskudt, så er tidspunktet for en forsørgerpligt ligeledes udskudt for de flestes vedkommende. Dette kan ses ved, at man for det meste før i tiden havde forsørgerpligt i en tidligere alder end i dag. Derfor kunne den pågældende foranstaltning sandsynligvis være tilstrækkelig til at opnå det ønskede mål ved at tilgodese personer over 30 år på tidspunktet for indsættelsen af reglen. I dag virker det dog tvivlsomt, at den samme regel er egnet til at nå dette mål uden at gå ud over, hvad der er nødvendigt i forbindelse hermed i overensstemmelse med direktivets artikel 6, stk. 1.

Desuden skal det bemærkes at FUL § 2b blev indsat i år 1964 i den daværende FUL § 2a. På dette tidspunkt var Danmark ikke medlem af EU, idet vi først fik medlemskab i 1973. På det tidspunkt var der ikke fokus på aldersdiskriminerende foranstaltninger i EU. Tillige fik EU-institutionerne først beføjelser til at træffe hensigtsmæssige foranstaltninger til at bekæmpe forskelsbehandling, herunder på grund af alder, med vedtagelsen af Amsterdam-traktaten i 1999. Endvidere blev beskæftigelsesdirektivet først vedtaget i år 2000 og efterfølgende implementeret i medlemsstaterne.

Selvom FUL § 2b er vedtaget forinden Danmarks medlemskab i EU og før vedtagelsen af beskæftigelsesdirektivet, skal FUL § 2b alligevel vige for de EU-retlige regler. Dette udspringer af det tidligere omtalte *lex posterior-princip*.²⁴⁵

Afslutningsvist fremgår det af direktivets artikel 16 såvel som Domstolens praksis, at medlemsstaterne er forpligtede til at sikre sig, at alle arbejdstagere kan nyde hele den beskyttelse, som de er tildelt ved direktivet mod forskelsbehandling på grund af alder. Endvidere forpligtes medlemsstaterne til at træffe de nødvendige foranstaltninger til at sikre, at alle *bestemmelser, der strider mod princippet om ligebehandling, ophæves*. I den forbindelse er medlemsstaterne, når en national foranstaltning er i strid med direktivet, forpligtet til enten at fortolke den nationale regel i overensstemmelse med direktivet eller blot tilsidesætte reglen, såfremt en konform fortolkning ikke er mulig.²⁴⁶

Det må på baggrund heraf kunne fremhæves, at bestemmelsen ved dens indsættelse stemte overens med behovene på det daværende arbejdsmarked. Imidlertid må det påstås, at bestemmelsen ikke længere er proportional i forhold til, hvordan arbejdsmarkedet har udviklet sig. Det er derfor ikke sikkert, at bestemmelsen i dag ved en prøvelse af denne ville blive vurderet til at være i overensstemmelse med beskæftigelsesdirektivets artikel 2 og 6, stk. 1, da bestemmelsen ikke er blevet ændret i takt med arbejdsmarkedets udvikling og de her tilhørende påkrævede lovmæssige ændringer.

²⁴⁵ Jf. herom denne afhandlings afsnit 2.4 Princippet om forrang

²⁴⁶ Jf. herom denne afhandlings afsnit 3.2.2 EU-rettens påvirkning af national ret

Del IV: Konklusion

Det skal i forbindelse med konklusionen af denne afhandlings problemformulering bemærkes, at det er ubestrideligt, at det generelle EU-retlige princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder er gældende på det beskæftigelsesmæssige område. Princippet er konkretiseret i beskæftigelsesdirektivet, der har til formål at gennemføre det EU-retlige ligebehandlingsprincip i medlemsstaterne.

Ved gennemgang af Domstolens praksis med hensyn til hvilke formål, der kan anses som værende legitime, kan det konkluderes, at Domstolen finder nærmest samtlige angivne formål bag en aldersdiskriminerende foranstaltning som værende legitime beskæftigelsespolitiske formål efter beskæftigelsesdirektivets artikel 6, stk. 1. Dermed kan det konkluderes, at formålet med 30-årsgrænsen i FUL § 2b, stk. 1, er et legitimt beskæftigelsespolitisk mål.

I forhold til Domstolens proportionalitetsvurdering af aldersdiskriminerende foranstaltninger, kan det udledes, at der skal foretages en afvejning mellem arbejdstagernes individuelle rettigheder og det tilsigtede mål. I den forbindelse skal der foretages en rimelig balance mellem de foreliggende hensyn i forhold til at vurdere om den aldersdiskriminerende foranstaltning er for vidtgående. Det kan konkluderes at proportionalitetsvurderingen efter beskæftigelsesdirektivets artikel 6, stk. 1, afhænger af de for sagen konkrete omstændigheder.

Det kan af Domstolens praksis udledes, at situationen på arbejdsmarkedet kan være afgørende i forbindelse med vurderingen af, om en national aldersdiskriminerende foranstaltning er hensigtsmæssig og nødvendig.

Konklusionen på denne afhandlings problemformulering er dermed, at FUL § 2b, stk. 1, efter sammenligning med Domstolens praksis, opfylder kravet om at være objektivt og rimeligt begrundet i et legitimt formål. Det er dog usikkert, at den aldersdiskriminerende foranstaltning i FUL § 2b, stk. 1, opfylder kravet om at være proportional. Dette følger af, at foranstaltningen ikke er hensigtsmæssig eller nødvendig i forhold til situationen på arbejdsmarkedet i dag. Den aldersdiskriminerende foranstaltning i FUL § 2b, stk. 1, er derfor højst sandsynligt ikke fuldstændig i overensstemmelse med EU-rettens forbud mod aldersdiskrimination, der er konkretiseret i beskæftigelsesdirektivet.

Litteratur

Bibliografi

Andersen, Lars Svenning m.fl., Funktionærret, 6. udgave, Djøf Forlag, 2020

Hamer, Carina Risvig m.fl., Juraens verden – Metoder, retskilder og discipliner, 1. udgave, Djøf Forlag, 2020

Hansen Lone L. og Werlauff, Erik , Den juridiske metode - en introduktion, 1. udgave, Jurist- og Øko-nomforbundets Forlag, 2016

Munk-Hansen, Carsten , Den juridiske løsning – Introduktion til juridisk metode, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2017

Neergaard, Ulla og Nielsen, Ruth , EU-ret, 8. udgave, Karnov Group, 2020

Nielsen, Ruth , Lov om forbud mod forskelsbehandling - med kommentarer, 1 udgave, Karnov Group, 2017,

Paulsen, Jens, Afskedigelse. Arbejdsgiverens ledelsesret og ledelsespligt – alm. del, 1. udgave, Karnov Group, 2015

Sørensen, Karsten Ensig og Danielsen, Jens Harting, EU Retten, 7. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2019

EU-retlig lovgivning

Den Europæiske Unions Charter om Grundlæggende Rettigheder (2010/C 83/03)

Rådets direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv

Traktaten om den Europæiske Union (Lissabon-traktaten 2009)

Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde (Lissabon-traktaten 2009)

National lovgivning

Lovbekendtgørelse 2017-08-24 nr. 1001 om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet mv.

Lovbekendtgørelse 2017-08-24 nr. 1002 om retsforholdet mellem arbejdsgivere og funktionærer

Forarbejder

1. behandling af LFF 1963-10-18 nr. 26, Forslag til Lov om ændring af lov om retsforholdet mellem arbejdsgivere og funktionærer

LFF 1963-10-18 nr. 26, Forslag til Lov om ændring af lov om retsforholdet mellem arbejdsgivere og funktionærer

LFF 1970-11-04 nr. 53, Forslag til Lov om ændring af lov om retsforholdet mellem arbejdsgivere og funktionærer

Nationale domme

U.1981.252H

U.1998.800H

EU-domme

Sag C-6/64, Costa mod ENEL, dom af 15. juli 1964 (EU:C:1964:66)

Sag C-11/70, Internationale Handelsgesellschaft mbH mod Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel dom af 17. december 1970 (EU:C:1970:114)

Sag C-14/83, Sabine von Colson og Elisabeth Kamann mod Land Nordrhein-Westfalen dom af 10. april 1984 (EU:C:1984:153)

Sag C-149/96, Den Portugisiske Republik mod Rådet for Den Europæiske Union dom af 23. november 1999 (EU:C:1999:574)

Forende sager C-397/01-403/01, Bernhard Pfeiffer (C-397/01), Wilhelm Roith (C-398/01), Albert Süß (C-399/01), Michael Winter (C-400/01), Klaus Nestvogel (C-401/01), Roswitha Zeller (C-402/01) og Matthias Döbele (C-403/01) mod Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut eV dom af 5. oktober 2004 (EU:C:2004:584)

Sag C-144/04, Werner Mangold mod Rüdiger Helm, dom af 22. november 2005 (EU:C:2005:709)

Sag C-13/05, Sonia Chacón Navas mod Eurest Colectividades SA dom af 11. juli 2006 (EU:C:2006:456)

Sag C-411/05, Felix Palacios de la Villa mod Cortefiel Servicios SA, dom af 16. oktober 2007 (EU:C:2007:604)

Sag C-427/06, Birgit Bartsch mod Bosch und Siemens Hausgeräte dom af 23. september 2008 (EU:C:2008:517)

Sag C-388/07, Age Concern England mod Secretary for State for business, Enterprise and Regulatory Reform, dom af 5. marts 2009 (EU:C:2009:128)

Sag C-88/08, David Hütter mod Technische Universität Graz, dom af 18. juni 2009 (EU:C:2009:381)

Sag C-341/08 Domnica Petersen mod Berufungsausschuss für Zahnärzte für den Bezirk Westfalen-Lippe, dom af 12. januar 2010 (EU:C:2010:4)

Sag C-555/07, Seda Küçükdeveci mod Swedex GmbH & Co. KG, dom af 19. januar 2010 (EU:C:2010:21)

Sag C-45/09, Gisela Rosenblatt mod Oellerking Gebäudereinigungsges. mbH, dom af 12. oktober 2010 (EU:C:2010:601)

Sag C-499/08, Ingeniørforeningen i Danmark for Ole Andersen mod Region Syd-danmark, dom af 12. oktober 2010 (EU:C:2010:600)

Forenede sager C-297/10 og C-298/10, Hennings og Mai, dom af 8. september 2011 (EU:C:2011:560)

Sag C-282/10, Maribel Dominguez mod Centre informatique du Centre Ouest Atlantique og Préfet de la région Centre dom af 24. januar 2012 (EU:C:2012:33)

Sag C-141/11, Torsten Hömfeldt mod Posten Meddelande AB, dom af 5. juli 2012 (EU:C:2012:421)

Sag C-546/11, Toftgaard mod Indenrigsministeriet, dom af 26. september 2013 (EU:C:2013:603)

Sag C-176/12, Association de médiation sociale mod Union locale des syndicats CGT m.fl. dom af 15. januar 2014 (EU:C:2014:2)

Forenede sager C-501/12 - C-506/12, C-540/12 og C-541/12, Thomas Specht (sag C-501/12), Jens Schombera (sag C-502/12), Alexander Wieland (sag C-503/12), Uwe Schönefeld (sag C-504/12), Antje Wilke (sag C-505/12), Gerd Schini (sag C-506/12), Rena Schmeel (sag C-540/12) og Ralf Schuster (sag C-541/12) mod Land Berlin, dom af 19. juni 2014 (EU:C:2014:2005)

Sag C-441/14, Ajos A/S mod Boet efter A, dom af 19. april 2016 (EU:C:2016:278)

Sag C-414/16, Vera Egenberger mod Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung e.V. dom af 17. april 2018 (EU:C:2018:257)

Sag C-396/17, Martin Leitner mod Landespolizeidirektion Tirol dom af 8. maj 2019 (EU:C:2019:375)

Sag C-670/18 CO mod Comune di Gesturi dom af 2. april 2020 (EU:C:2020:272)

Sag C-511/19 AB mod Olympiako Athlitiko Kentro Athinon – Spyros Louis dom af 15. april 2021 (EU:C:2021:274)

Hjemmesider

EU-rettens direkte virkning, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/?uri=LEGISSUM%3A114547>, af 14. januar 2015

Andet

Karnovs kommenterede udgave af Lovbekendtgørelse 2017-08-24 nr. 1001 om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet mv.

U.2014B.227: EU-rettens proportionalitetsprincip af Niels Fenger, Københavns Universitet