

Højesteret har sagt fra over for EU-Domstolen

Den 6. december 2016 sagde Højesteret for første gang fra over for EU-Domstolens dynamiske fortolkningsstil. Højesteret fastslog, at Danmarks tiltrædelseslovgivning ikke gør det muligt at følge EU-Domstolens præjudicielle dom i sagen. Otte af de ni dommere fandt, at Højesteret ikke inden for rammerne af dens funktion som 'dømmende magt' kunne imødekomme EU-Domstolens anvisninger.

AF RASS HOLDGAARD, ADVOKAT, DANIELLA ELKAN, ADVOKAT OG GUSTAV KROHN SCHALDEMOSE, ADVOKATFULDMÆGTIG, KAMMERADVOKATEN

DA A I 2009 som 60-årig blev opsagt af virksomheden Ajos, havde han ret til alderspension. A gik imidlertid ikke på pension, men fik en ny stilling i en anden virksomhed. Derfor krævede han fratrædelsesgodtgørelse svarende til 3 måneders løn med henvisning til den dagældende funktionærlovs § 2 a, stk. 3. Ajos nægtede at udbetale godtgørelsen. Efter en årelang og fast højesteretspraksis blev § 2a, stk. 3, nemlig fortolket sådan, at en arbejdsgiver kunne undlade at betale fratrædelsesgodtgørelsen, hvis arbejdstageren var berettiget til arbejdsgiverbetalt alderspension, også selvom arbejdstageren – som i A's tilfælde – valgte at blive på arbejdsmarkedet.

Ole Andersen-dommen

Godt et år senere fastslog EU-Domstolen i Ole Andersen-dommen (C-499/08), at denne forståelse af § 2a, stk. 3, er i strid med beskæftigelsesdirektivets forbud mod forskelsbehandling på grund af alder. Hvis den opsagte arbejdstager har til hensigt at forfølge sin erhvervs-mæssige karriere, kan man ikke nægte ham godtgørelsen, blot fordi han er berettiget til pension.

Ajos' begrundelse for at nægte A fratrædelsesgodtgørelse var altså i overensstemmelse med en veletableret dansk fortolkning af funktionærlovens § 2a, stk. 3, men i strid med beskæftigelsesdirektivets forbud mod aldersdiskrimination.

Funktionærlovens § 2a, stk. 3, blev herefter ændret med virkning fra 1. februar 2015, så den danske retsstilling blev bragt i overensstemmelse med Ole Andersen-dommen.

EU-Domstolens traditionelle tilgang til regelkonflikter

Men hvilke rettigheder og pligter havde funktionærer så før 1. februar 2015, hvor dansk ret og EU-retten ikke harmonerede?

Svaret er ligetil, hvis arbejdsgiveren er en del af 'staten' i EU-retlig forstand. Det viser 'bunkebryllup'-sagen (trykt i U.2014.1119 H), som angik en række arbejdstagere, der havde rejst krav mod deres *offentlige* arbejdsgivere. Uoverensstemmelsen mellem den dagældende funktionærlov og beskæftigelsesdirektivet kunne i denne sag løses ved at anvende velkendte principper om EU-rettens direkte virkning og forrang: Arbejdstagerne kunne i sagen støtte ret på direktivets aldersdiskriminationsforbud *direkte* over for deres offentlige arbejdsgivere. Det betød, at den dagældende funktionærlovs § 2a, stk. 3, ikke kunne anvendes, i det omfang de pågældende arbejdstagere forblev på arbejdsmarkedet.

Svaret er mindre ligetil, når der – som i Ajos-sagen – er tale om to private parter, der påberåber sig hver sit regelsæt. Her kan konflikten mellem funktionærloven og direktivet nemlig ikke – som i 'bunkebryllupssagen' – løses ved, at arbejdstageren støtter direkte ret på

direktivbestemmelsen. Det skyldes, at direktiver ifølge EUF-Traktatens artikel 288, stk. 3, og efter fast EU-retspraksis, ikke kan pålægge private – som virksomheden Ajos – forpligtelser.

Traditionelt er dette problem – hvor en direktivbestemmelse og en national regel ikke harmonerer i en tvist mellem to private parter – blevet håndteret af EU-Domstolen ved at kræve, at den nationale domstol først ‘i videst muligt omfang’ søger at fortolke national ret EU-konformt. Pligten til at fortolke national ret EU-konformt i videst muligt omfang stopper imidlertid efter fast praksis dér, hvor en sådan fortolkning ville være ‘contra legem’ (altså hvor fortolkningen ender med at stride mod national ret), eller hvor fortolkningen ville stride mod grundlæggende retsprincipper. Hvis det ikke er muligt at overholde EU-retten ved EU-konform fortolkning af national ret, har den krænkede private part altså ikke flere EU-retsmidler tilbage over for den anden private part. Så må den private i stedet overveje at kræve erstatning af medlemsstaten.

Den finurlige Mangold-nuance

Men for godt ti år siden begyndte Domstolen at udvikle en finurlig og omdiskuteret nuance til disse velkendte principper.

Domstolen fastslog i Mangold-sagen (sag C-144/04), at princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder skal anses for

et almindeligt EU-retligt princip, og at dette princip kan påberåbes i en tvist mellem private. Det betød i den konkrete sag, at arbejdstageren kunne påberåbe sig princippet om forbud mod aldersdiskrimination, som er udmøntet i beskæftigelsesdirektivet, over for sin private arbejdsgiver. I Domstolens Store Afdelings dom i Küçükdeveci-sagen (C-555/07) gentog Domstolen princippet.

Mangold- og Küçükdeveci-dommene har været omdiskuteret og kritiseret i den juridiske litteratur og af flere generaladvokater. Kritikken har navnlig lydt på, at Domstolen i realiteten undergraver princippet om, at direktivbestemmelser ikke kan pålægge private forpligtelser. Andre har anført, at princippet er problematisk af retssikkerhedsmæssige grunde. Ikke desto mindre har EU-Domstolen hidtil ikke vaklet.

Hvad betyder alt dette så for A's ret til fratrædelsesgodtgørelse? Det betyder, at hvis A skulle have medhold i sagen mod Ajos, skulle han overbevise Højesteret om, enten at funktionærlovens § 2a, stk. 3, kunne fortolkes EU-konformt, eller at det generelle EU-retlige princip om forbud mod aldersdiskrimination betød, at A kunne påberåbe sig forbuddet direkte over for Ajos.

Højesteret udfordrer EU-Domstolen

Efter den oprindelige hovedforhandling af Ajos-sagen i juni 2014 be-

sluttede Højesteret, at det med en helt klar og fast højsteretspraksis ikke var muligt at ændre kurs og pludselig fortolke funktionærlovens § 2a, stk. 3, i overensstemmelse med den måde, som EU-Domstolen havde fortolket beskæftigelsesdirektivets aldersdiskriminationsforbud i Ole Andersen-dommen. Det ville være en 'contra legem'-fortolkning af funktionærloven.

For Højesteret var spørgsmålet derfor kun, om Ajos alligevel var forpligtet til at betale fratrædelsesgodtgørelsen, fordi beskæftigelsesdirektivets aldersdiskriminationsforbud ifølge Mangold- og Küçükdeveci-dommene er en udmøntning af et generelt EU-retligt princip.

Selvom Mangold- og Küçükdeveci-dommene klart indikerede, at EU-Domstolen allerede havde svaret 'ja' til det spørgsmål, fandt Højesteret, at dette var betænkeligt ud fra et retssikkerhedsmæssigt hensyn (til Ajos). Derfor besluttede Højesteret – i stedet for at afsige dom – at spørge EU-Domstolen, om det ikke var tid til at 'præcisere' Mangold-praksis.

I en 25 sider lang og meget detaljeret præjudiciel forelæggelse inviterede Højesteret reelt EU-Domstolen til at (gen)overveje sin Mangold-praksis. Højesteret spurgte navnlig Domstolen, om ikke princippet om forbud mod aldersdiskrimination må vige for retssikkerhedsprincippet, der jo også er et generelt EU-retligt princip, når man – som i Ajos-sagen – ville komme til i strid med klar national ret at pålægge en privat arbejdsgiver pligter på grundlag af et uforudsigeligt og uskrevet EU-retligt princip.

Da Højesteret forelagde spørgsmålene, havde der allerede været betydelig bekymring over, hvad Mangold-praksis gjorde ved private parters retssikkerhed. Udover flere kritiske generaladvokater havde den tyske forbundsforfatningsdomstol i sin Honeywell-dom fra 2010 også Mangold-dommen til kritisk eftersyn. Den tyske forfatningsdomstol valgte at rette ind efter EU-Domstolen. Forfatningsdomstolen fandt nemlig, at EU-Domstolen i Mangold ikke *åbenbart* havde handlet ultra vires (ud over sine beføjelser).

Den danske regering, der valgte at afgive indlæg i den præjudicielle Ajos-sag, udtrykte også bekymring for EU-Domstolens retsudvikling. I sit indlæg argumenterede regeringen for, at det må være foreneligt med EU-retten i konkrete situationer at lade princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder vige for retssikkerhedsprincippet og princippet om beskyttelse af berettigede forventninger.

Sagen blev behandlet af EU-Domstolens Store Afdeling (13 dom-

mere) og med generaladvokat. Under den mundtlige forhandling i Luxembourg kom den danske regering under hård beskydning fra EU-Domstolens dommere, som stillede en byge af kritiske spørgsmål, der indikerede, at Domstolen ikke havde stor forståelse for de danske bekymringer.

Svaret fra Luxembourg

Generaladvokat Y. Bot afgav sit forslag til afgørelse i sagen 25. november 2015. Noget usædvanligt valgte generaladvokaten at svare på noget andet end det, Højesteret havde spurgt om. Generaladvokaten mente nemlig, at Højesterets fortolkning af dansk ret ikke i tilstrækkelig grad tog højde for, hvad der kræves af det EU-retlige princip om EU-konform fortolkning af national ret. Med andre ord mente generaladvokaten, at hvis blot Højesteret fortolkede dansk ret tilstrækkelig EU-konformt, så ville Højesteret kunne nå frem til en forståelse af funktionærlovens § 2a, stk. 3, som passede med Ole Andersen-dommen. Og så ville problemet være løst. Tonen i forslaget er ganske hård og afvisende over for den bekymring, som Højesteret udtrykker i sin forelæggelseskendelse.

EU-Domstolen derimod svarede på det, som Højesteret havde spurgt om – men var også helt urokkelig: Det generelle EU-retlige princip om forbud mod forskelsbehandling på baggrund af alder betyder, at nationale domstole er forpligtet til at undlade at anvende en national bestemmelse, der strider mod princippet. Domstolen gik videre og udtalte, at princippet om beskyttelse af berettigede forventninger ikke kan bruges som begrundelse for fortsat at anvende national ret i strid med EU-retten. Domstolen begrundede dette med, at det i realiteten ville svare til at begrænse den tidsmæssige virkning af den fortolkning, som Domstolen har anlagt i sin praksis. EU-Domstolen delte med andre ord heller ikke Højesterets bekymringer.

Selvom Domstolen ikke lige så direkte som generaladvokaten inviterede Højesteret til at genoverveje, om ikke funktionærlovens § 2a, stk. 3, kunne fortolkes i overensstemmelse med EU-retten, fik det alligevel et 'præciserende' ord med på vejen: Domstolen erindrede Højesteret om, at kravet om direktivkonform fortolkning også indebærer en forpligtelse for de nationale domstole til at ændre fast praksis, hvis den er baseret på en fortolkning af national ret, som er uforenelig med EU-retten. Højesteret kan derfor – ifølge EU-Domstolen – ikke 'alene' med henvisning til, hvordan national ret hidtil er fortolket i Højesterets domme, konkludere, at det vil være 'contra legem' at gøre det anderledes fremover.

Med disse ord overlod Domstolen det dermed til Højesteret at afgø-

re, hvordan sagens resultat skulle nås, men ikke *hvilket* resultat, der skulle nås. Domstolen havde reelt anvist to veje til resultatet: Højesteret kunne enten fortolke funktionærlovens § 2 a, stk. 3, EU-konformt eller undlade at anvende bestemmelsen i sagen mellem de private parter med den virkning, at Ajos ville blive pålagt at betale fratrædelsesgodtgørelsen til A.

Højesterets reaktion – Ajos-dommen

Bolden var dermed sparket tilbage til Højesteret, og spørgsmålet var nu, hvad Højesteret ville gøre. Rette ind som den tyske forbundsforfatningsdomstol i Honeywell-sagen – eller stå fast på sine retssikkerhedsmæssige betænkeligheder? Svaret kom i Højesterets dom fra 6. december.

Her konkluderer et flertal på otte af de ni dommere, at Højesteret *ikke* har mulighed for at følge nogen af EU-Domstolens anvisninger.

Nej, vi kan ikke fortolke direktivkonformt

For det første stod samtlige ni højesteretsdommere fast på, at direktivkonform fortolkning af funktionærlovens § 2a, stk. 3, ikke er mulig. I sin dom (præmis 33-34) fremhæver EU-Domstolen som nævnt, at en modstridende fast national retspraksis ikke i sig selv er til hinder for EU-konform fortolkning. Den faste nationale retspraksis var nemlig den eneste begrundelse, som Højesteret i forelæggelseskendelsen havde angivet som årsag til, at en direktivkonform fortolkning af lovbestemmelsen ville være ‘contra legem’. I dommen uddyber Højesteret sin begrundelse med henvisninger til ordlyd, forarbejder og en efterfølgende lovændring. Konklusionen er: Det er, som Højesteret allerede havde oplyst i forelæggelsen, *ikke* muligt ved anvendelse af de fortolkningsmetoder, der er anerkendt i dansk ret, at anlægge en fortolkning af funktionærlovens dagældende § 2a, stk. 3, der kan bringe bestemmelsen i overensstemmelse med beskæftigelsesdirektivets aldersdiskriminationsforbud.

Nej, vi kan ikke pålægge Ajos den slags pligter

Skulle Højesteret så lade det uskrevne EU-retlige princip om forbud mod aldersdiskrimination tromle funktionærlovens dagældende § 2a, stk. 3, og pålægge Ajos at betale fratrædelsesgodtgørelsen til A?

Her delte Højesteret sig. Flertallet på otte dommere fandt, at det uskrevne EU-retlige princip ikke kunne fortrænge den danske bestemmelse, mens den dissenterende dommer kom til det modsatte resultat.

Det afgørende for både flertallet og dissensen er her rækkevidden

af tiltrædelsesloven. Som flertallet siger: “Om en EU-retlig regel kan tillægges den virkning i dansk ret, som EU-retten kræver, beror i første række på” tiltrædelsesloven.

Med henvisning til Mangold-, Küçükdeveci- og Ajos-dommene lagde flertallet til grund, at princippet om forbud mod aldersdiskrimination er et uskrevet EU-retligt princip på traktatniveau, som ikke har grundlag i en nærmere bestemt traktatbestemmelse. Efter den nugældende EU-Traktats artikel 6, stk. 3, udgøres generelle principper i EU-retten af de grundlæggende rettigheder, som de er garanteret ved den Europæiske Menneskerettighedskonvention (EMRK), og som de følger af medlemsstaternes fælles forfatningsmæssige traditioner.

Flertallet mente ikke, at det var forudset i tiltrædelsesloven, at sådanne uskrevne EU-retlige principper kan skabe pligter i en tvist mellem to private og tillægges forrang for en modstridende dansk regel.

Efter en gennemgang af de seneste traktatændringer fastslår flertallet mere generelt, at principper udviklet eller fastlagt på baggrund af EU-Traktatens artikel 6, stk. 3, eller bestemmelser i EU’s charter om grundlæggende rettigheder, herunder chartrets artikel 21 om ikke-forskelsbehandling, efter tiltrædelsesloven ikke er gjort umiddelbart anvendelige i Danmark.

Højesterets flertal bemærkede i den anledning, at det ikke kunne føre til en anden bedømmelse, at Mangold-dommen fra 2005, hvor EU-Domstolen første gang knæsatte dette uskrevne princip, blev afsagt forud for den seneste ændring af tiltrædelsesloven i 2008 i forbindelse med Lissabon-Traktatens ikrafttræden. Højesterets flertal lagde her vægt på, at Mangold-dommen *ikke* er omtalt i forarbejderne til ændringsloven.

Dette bemærkede den dissenterende dommer også. Men ifølge hende viste den manglende omtale af Mangold-dommen i forarbejderne tværtimod, at lovgiver *ikke* har taget et forbehold om, at det princip, der blev knæsat i Mangold, ikke skal have umiddelbar virkning her i landet.

Så vi følger ikke EU-Domstolens dom

Højesterets flertal fandt derfor, at tiltrædelsesloven ikke giver hjemmel til at lade det uskrevne princip om forbud mod aldersdiskrimination fortrænge den dagældende § 2a, stk. 3, i funktionærloven i en tvist mellem private parter.

“

Ajos-dommen er utvivlsomt en af de mest skelsættende domme fra Højesteret i nyere tid. Dommen rejser flere interessante spørgsmål om samarbejdet mellem EU-Domstolen og Højesteret og for den sags skyld om samarbejdet mellem den danske (tiltrædelses)lovgiver og Højesteret. Men for det praktiske retsliv får dommen næppe store konsekvenser.

I en sætning, der – formentlig bevidst – tydeliggør forskellen mellem EU-Domstolens og Højesterets tilgang til deres egen jobbeskrivelse, slutter flertallet af med at slå fast, at hvis Højesteret undlader at anvende funktionærlovens § 2a, stk. 3, til fordel for et uskrevet EU-retligt princip, ville Højesteret handle “uden for rammerne af sin beføjelse som dømmende magt.”

Den dissenterende dommer foreslog en anderledes tilbageholdende tilgang, der konkret ville gøre det muligt at forene dansk ret med EU-retten. I dissensen hedder det blandt andet:

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

Den prøvelsestilbageholdenhed, der ligger i ordene en ‘ekstraordinær situation’ og ‘den fornødne sikkerhed’, er lånt fra Højesterets præmisser i Maastricht-dommen (U.1998.800.H), som gentaget i Lissabon-dommen (U.2013.1451.H).

Dommens praktiske konsekvenser

Ajos-dommen er utvivlsomt en af de mest skelsættende domme fra Højesteret i nyere tid. Dommen rejser flere interessante spørgsmål om samarbejdet mellem EU-Domstolen og Højesteret og for den sags skyld om samarbejdet mellem den danske (tiltrædelses)lovgiver og Højesteret. Men for det praktiske retsliv får dommen næppe store konsekvenser.

Højesterets dom er trods alt begrænset til helt særlige situationer. Dommens praktiske rækkevidde ser umiddelbart ud til at være begrænset af i hvert fald tre forhold:

For det første angår den kun tvister mellem private parter.

For det andet angår den kun sager, hvor det ikke er muligt at løse tvisten ved at fortolke den danske regel EU-konformt, fordi det vil være ‘contra legem’. Disse tilfælde vil formentlig sjældent forekomme i praksis, da det ofte netop vil være muligt at løse tvisten ved EU-konform fortolkning.

For det tredje er Ajos-dommen begrænset til at angå 1) uskrevne generelle EU-retsprincipper, som er udviklet på grundlag af TEU artikel 6, stk. 3, og 2) bestemmelser i charteret. Udspringer en grundrettighed, herunder en grundrettighed, der i dag er kodificeret i charteret, derimod af en (anden) traktatbestemmelse, må man vel efter flertallets begrundelse som udgangspunkt kunne anse den for fuldt virkende i Danmark.

I hvert fald på nuværende tidspunkt, hvor forbuddet mod aldersdiskrimination er det eneste princip med ophæng i chartret (alene), som EU-Domstolen har fastslået finder anvendelse i tvister mellem private, er Højesterets sondring derfor formentlig af mindre praktisk betydning. I det lys kan det dog forekomme bemærkelsesværdigt, at Højesteret fandt behov for generelt at udtale, at “bestemmelserne i charteret [...] ikke er gjort umiddelbart anvendelige her i landet.”

Uanset dommens begrænsede praktiske konsekvenser er den grænse, som ‘tiltrædelseslovgiver’ ifølge Højesteret har trukket, principiel.

Fra et *dansk* perspektiv er det naturligvis interessant at læse dommen i sammenhæng med den bekymring for charterets betydning, som blandt andet tidligere højesteretspræsidenter som Melchior og Dahl har udtrykt. I en dansk demokrati- og retskultur, hvor der – med Hørups ord – er ingen over og ingen ved siden af Folketinget, giver det måske mening at holde fast i, at vi skal være helt sikre på, at tiltrædelseslovgiver virkelig har ønsket at lade charterets vidtrækkende rettighedskatalog gælde i sager mellem private. Eller med Dahls ord i et nyligt festskrift til Jens Peter Christensen: “Hvert land har sit svar på, hvor balancepunktet mellem jura og politik ligger. Det danske balancepunkt er demokratisk funderet, og det er vigtigt, at udviklingen internationalt ikke bliver så dynamisk og kreativ, at man ikke kan følge med nationalt. Som forholdene er i Danmark og de andre nordiske lande, kan vi trygt have vores egen tilgang til de spørgsmål, internationaliseringen rejser. Nordisk retspragmatisme er en fælles værdi, der er værd at stå vagt om, og vi skal ikke uden videre give efter for andres.”

For *EU-retsjurister* vil grænsedragningen nok forekomme mere overraskende. Dommen betyder, at en del af EU-retsordenens primære retskilder ikke kan pålægge private forpligtelser på dansk territorium. Det drejer sig om den gruppe af uskrevne retsprincipper, som EU-Domstolen allerede før Danmarks tiltrædelse af EU begyndte at udvikle, og som i dag udledes af TEU artikel 6, stk. 3, inklusive dem, som i dag er kodificeret i charteret. Hvis man mere generelt ønsker et opgør med EU-Domstolens ‘aktivistiske’ fortolkningsstil, så er det ikke nødvendigvis det naturlige sted at sætte foden ned. Mange af de mest vidtgående og omdiskuterede retsprincipper, som EU-Domstolen har udviklet, er faktisk baseret på andre traktatbestemmelser end TEU artikel 6, stk. 3, herunder navnlig på loyalitetsprincippet

i TEU artikel 4, stk. 3. Disse principper gribes formentlig ikke af Ajos-dommens flertals begrundelse, ligesom nyudviklede retsprincipper fra EU-Domstolen heller ikke rammes, når blot EU-Domstolen udleder principperne af en anden traktatbestemmelse end TEU artikel 6, stk. 3. ●

Rass Holdgaard

Advokat, ph.d., partner i Kammeradvokatens team for EU-ret og international ret. Han rådgiver danske myndigheder og fører retssager ved danske domstole og EU-Domstolen om en bred vifte af EU-retlige emner.

Daniella Elkan

Advokat i Kammeradvokatens team for EU-ret og international ret. Hun rådgiver danske myndigheder og fører retssager ved danske domstole og EU-Domstolen i sager om EU-retlige emner.

Gustav Krohn Schaldemose

Advokatfuldmægtig, LL.M, i Kammeradvokatens team for EU-ret og international ret. Han rådgiver danske myndigheder om EU-retlige, menneskeretlige og internationale forhold og fører retssager ved danske domstole.