

Det afviste manuskript i Ajos-debatten

Forord

Den 6.12.2016 afsagde Højesteret dom i Ajos-sagen. Dommen er kontroversiel og har givet anledning til megen debat i det juridiske fagmiljø, både ved mundtlige debatarrangementer, bl.a. i Karnovs og Dansk Forening for Europarets regi, og i artikler.

Nedenstående manus - Højesteret begår traktatbrud – om Højesterets dom i Ajos-sagen, der er kritisk over for højesteretsdommen, blev den 20.12.2016 sendt til Ugeskrift for Retsvæsen, men det blev den 29.12.2016 afvist af redaktørerne. I februar 2017 publicerede Ugeskriftet en artikel af Jens Kristiansen: Grænser for EU-rettens umiddelbare anvendelighed i dansk ret – Om Højesterets dom i Ajos-sagen, U 2017, B 75, der er stærkt positiv over for Højesterets dom. Der er ved at blive trykt et par artikler om dommen, se Ruth Nielsen and Christina D. Tvarnø: Danish Supreme Court infringes the EU Treaties by its ruling in the Ajos case, der vil blive trykt i ERT (Europarättsligt Tidsskrift) 2017 No 2 og Mikael Rask Madsen, Henrik Palmer Olsen and Urska Sadl: Competing Supremacies and Clashing Institutional Rationalities: The Danish Supreme Court's Decision in the Ajos Case and the National Limits of Judicial Cooperation, der vil blive trykt i European Law Journal No 1 2017. Der er yderligere artikler på vej.

I betragtning af den omfattende debat, Højesterets dom har givet anledning til, finder vi, at alle, der er interesserede, bør have mulighed for at læse alle synspunkter, der har været fremsat. Vi publicerer derfor den af Ugeskriftet afviste artikel på CBSOpenAccess uden ændringer i forhold til det manus, der den 20.12.2016 blev sendt til Ugeskriftet.

Frederiksberg, marts 2017

Ruth Nielsen Christina D. Tvarnø

Højesteret begår traktatbrud – om Højesterets dom i Ajos-sagen

Af

professor, dr. jur. Ruth Nielsen og professor, Ph.D. Christina D. Tvarnø, begge Juridisk Institut, CBS

Den 6.12.2016 afsagde Højesteret dom i Ajos-sagen. Højesteret dømte stik imod EU-Domstolens dom i sagen og frifandt en privat arbejdsgiver fra at overholde det almindelige EU-retlige princip om forbud mod aldersdiskrimination. Dommen er efter forfatterens opfattelse ikke en skelsættende afgørelse, da den ikke kan anses for gældende dansk ret. I artiklen diskuteres dommens betydning for rækkevidden af principperne om EU-rettens forrang for og direkte virkning i dansk ret, især i forhold til grundlæggende rettigheders direkte horisontale virkning. Det diskuteres også, om Danmark risikerer en traktatbrudssag ved EU-Domstolen på grund af Højesterets dom.

1. Indledning. Problemstilling

Det retsdogmatiske hovedproblem, Højesterets dom i Ajos-sagen belyser, er rækkevidden af princippet om EU-rettens forrang for og direkte virkning i dansk ret, herunder især spørgsmålet om den direkte horisontale virkning af EU's grundlæggende rettigheder. Den specifikke grundlæggende rettighed, Ajos-sagen handler om, er forbuddet mod aldersdiskrimination i beskæftigelse og erhverv,¹ der er kodificeret i art. 21 i EU's Charter om grundlæggende rettigheder² og konkretiseret i beskæftigelsesdirektivet.³ Højesteret antog, at der ikke er hjemmel i dansk ret til at anvende det almindelige EU-retlige princip om forbud mod aldersdiskrimination frem for en dansk lovregel, som efter Højesterets opfattelse havde det modsatte indhold af EU-reglen. Højesteret gav således dansk ret forrang for EU-retten.

¹ Se Agnete L. Andersen, Ruth Nielsen, Kirsten Precht og Christina D. Tvarnø: Ligestillingslovene med kommentarer, bind I, Kbh. 2015, kap I (kommentaren til forskelsbehandlingsloven). Se også Christian Højer Schjøler: Aldersdiskriminationsforbuddets indtog i arbejds- og ansættelsesretten, Odense 2016, phd-afhandling, Syddansk Universitet.

² Se om Chartret, Steve Peers, Tamara Hervey, Jeff Kenner and Angela Ward (eds.): The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary, London 2014 og Jonas Christoffersen: EU's Charter om grundlæggende rettigheder med kommentarer, Kbh. 2014.

³ 2000/78/EF.

Højesterets tager også stilling til omfanget af pligten til EU-konform fortolkning. Efter vor vurdering strider Højesterets fortolkning af pligten til EU-konform fortolkning mod EU-Domstolens, men dette spørgsmål behandles ikke nærmere i nærværende artikel.⁴

På det retsteoretiske plan giver dommen anledning til at overveje, hvilket forhold mellem danske og internationale retskilder, herunder traktatkomplekset i EU, og hvilket begreb om gældende dansk ret, man forudsætter, når man tager stilling til retsdogmatiske spørgsmål.

1.1. Monisme og dualisme

I den stats- og folkeretlige litteratur blev der udviklet generelle teorier om forholdet mellem national ret og folkeret i slutningen af det 19. århundrede. De to hovedteorier er den monistiske og den dualistiske teori.⁵ Ifølge den monistiske teori udgør folkeret og national ret ét sammenhængende retssystem. Folkeretlige regler behøver ikke at inkorporeres eller omskrives for at blive en del af national ret, men bliver automatisk ved påtagelsen af den folkeretlige forpligtelse en del af national ret. De fleste kontinentaleuropæiske lande er overvejende monistiske.

Efter den dualistiske teori udgør folkeret og national ret derimod to principielt adskilte systemer. Folkeretten skal efter den dualistiske teori for at blive en bestanddel af national ret inkorporeres ved en særlig handling, typisk ved lov. Danmark fulgte ligesom Sverige, Norge og England før EF/EU-medlemskabet den 1.januar1973 overvejende den dualistiske teori om forholdet mellem nationale retskilder og retskilder af international art. I sager for nationale domstole antoges danske retskilder at have forrang for internationale retskilder.

I praksis er sondringen mellem dualistiske og monistiske lande ikke så skarp som i teorien. Mange lande benytter elementer fra begge teorier. I Danmark har den dualistiske tilgang længe været modificeret af en fortolkningsregel og en formodningsregel. Dansk ret fortolkes i videst muligt omfang i overensstemmelse med de internationale regler, Danmark har tiltrådt, og der er en formodning for, at den danske lovgiver ikke ønsker at bryde en international regel, Danmark har indgået. Kun hvis den danske lovgiver klart og bevidst bryder en international forpligtelse, har dansk ret forrang. Højesterets dom i Ajos-sagen er derfor kun på linje med den danske dualistiske tradition, hvis det må antages, at den danske lovgiver klart og bevidst har ønsket at lovgive imod Unionstraktaten (TEU), se om Danmarks ratifikation af Maastricht-Traktaten nedenfor i afsnit 4.3.

Den 1. januar 1958 blev Det Europæiske Økonomiske Fællesskab (EØF) oprettet af 6 kontinentaleuropæiske lande (Tyskland, Frankrig, Italien, Belgien, Holland og Luxembourg),⁶ der også før oprettelsen af EF/EU overvejende havde været tilhængere af den monistiske teori. Den mest indflydelsesrige retsteoretiker var/er i mange kontinentaleuropæiske lande Hans Kelsen, der i bogen *Reine Rechtslehre* fra 1934,⁷ definerede retssystemet som et hierarkisk opbygget system af retskilder (Stufenbau). Kelsen antager, at kriteriet for en norms gyldighed er dens tilblivelse i overensstemmelse med en trindhøjere norm i retskildehierarkiet,

⁴ Se herom Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø: Ajos-sagens betydning for rækkevidden af EU-konform fortolkning i forhold til det almindelige EU-retlige princip om forbud mod aldersdiskrimination, U 2016, B 269 og Jens Kristiansen: Ajos-sagen og Højesterets dilemma, U 2016, B.301.

⁵ Se herom Christina D. Tvarnø og Ruth Nielsen: *Retskilder og retsteorier*, Kbh. 2014, kap. 3.

⁶ Forinden havde disse lande i 1951 stiftet Det europæiske Kul- og Stålfællesskab (EKSF), der ophørte som selvstændig institution efter 50 år og blev integreret i EU.

⁷ Se Hans Kelsen: *Introduction to the Problems of Legal Theory* (A Translation of the First edition of *Reine Rechtslehre* 1934), Oxford 1992 p. 99.

ikke normens overensstemmelse med et empirisk faktum eller dens indholdsmæssige overensstemmelse med en moralsk eller (rets)politisk norm. Kelsen antog, at internationale og nationale retskilder er en del af ét fælles, monistisk system, opbygget i et enkelt normativt hierarki, hvor international ret (folkeret) har forrang for nationale retskilder.

EU-retten startede med Rom-Traktaten, der trådte i kraft den 1. januar 1958, i en folkeretlig form, men allerede i Van Gend en Loos-sagen fra 1963 og COSTA/ENEL-sagen fra 1964⁸ udtalte EU-Domstolen, at EØF-traktaten til forskel fra almindelige folkeretlige traktater har indført en særlig (*sui generis*) retsorden, der er integreret i medlemsstaternes retssystemer og som skal anvendes af deres domstole som rettigheds- og pligtsskabende ikke kun for medlemsstaterne, men også for borgerne og virksomhederne, dvs. har direkte virkning i medlemsstaterne og forrang for nationale retskilder. EU-Domstolen udtalte:

Til forskel fra de almindelige internationale traktater har EØF-traktaten indført en særlig retsorden der er integreret i medlemsstaternes retssystemer fra det tidspunkt da traktaten trådte i kraft, og som skal anvendes af deres instanser; medlemsstaterne har ved at oprette et Fællesskab på ubegrænset tid, der har egne institutioner, retsevne, partshabilitet, beføjelse til at optræde på internationalt plan og navnlig egentlige beføjelser, der er en følge af en kompetencebegrænsning eller en overførsel af beføjelser fra medlemsstaterne til Fællesskabet, faktisk begrænset deres suverænitet, selv om det er sket inden for afgrænsede områder, og har således skabt et regelsæt som finder anvendelse på deres statsborgere og på dem selv: af denne integration i hvert medlemsstats retssystem af bestemmelser, som hidrører fra fællesskabsretskilden, og mere generelt af traktatens ordlyd og ånd følger det logisk, at medlemsstaterne ikke kan gøre en senere ensidig foranstaltning gældende imod en retsorden, som de har accepteret på gensidig basis; en sådan foranstaltning vil således ikke kunne gøres gældende imod denne retsorden.

EU-Domstolen valgte hermed en monistisk tilgang til spørgsmålet om forholdet mellem EU-ret og national ret. Det er ikke overraskende i betragtning af, at alle dommere i EU-Domstolen før 1. januar 1973, da Danmark og UK indtrådte i EU/EF, var uddannet inden for de teoretiske rammer, som følger af Kelsens Reine Rechtslehre, herunder en monistisk forståelse af forholdet mellem nationale retskilder og retskilder af international art med forrang for internationale retskilder over nationale retskilder.

1.2. Gældbegreber

For 50-70 år siden – før Danmarks medlemskab af EF/EU pr. 1. januar 1973 – var der i det juridiske miljø i Danmark bred tilslutning til den navnlig af Alf Ross udformede realistiske retsteori. Ross definerede i *Ret og Retfærdighed* fra 1953 gældende dansk ret som den retsopfattelse, det måtte forventes, at domstolene ville følge, fordi de anså sig forpligtede til det.⁹ Danske domstole indgik i et domstolshierarki, hvor Højesteret var den øverste domstol, og dens meninger om retsspørgsmål normalt blev anset for gældende ret.

I den forfatningsretlige del af sit forfatterskab fremhævede Ross, at den domstolsfokuserede definition af gældende dansk ret i *Ret og Retfærdighed* primært var tænkt i forhold til privatretten, og at gældbegrebet i relation til den offentlige ret måtte inddrage andre øverste statsorganer end domstolene, især regering og folketing i definitionen af gældende ret. Kriteriet for, at en forfatningsretlig norm kan anses for gældende dansk ret er ifølge Ross,¹⁰ at den effektivt efterleves af de øverste statsmyndigheder og at dette sker, fordi den af disse opleves som retligt forpligtende. Højesterets dom i Ajos-sagen handler i høj grad om det forfatningsretlige forhold mellem Danmark og EU, Om dommen er udtryk for

⁸ Sag 26/62, van Gend en Loos, EU:C:1963:1 og sag 6/64, Costa/ENEL, EU:C:1964:66.

⁹ Se Alf Ross: *Ret og Retfærdighed*, Kbh. 1953.

¹⁰ Se Alf Ross: *Dansk Statsforfatningsret*, bind I, 3. gennearbejdede udgave ved Ole Espersen, Kbh. 1983 s. 41.

gældende dansk ret i den af Ross definerede betydning af begrebet, afhænger derfor af, om de øvrige øverste statsorganer kan forventes at være enige med Højesteret. Ross' teori er en prognoseteori. Det afgørende for, om Højesterets dom i Ajos-sagen er gældende dansk ret efter Ross' gældsbegreb, er ikke, hvad nogle folketingspolitikere sagde og mente i den politiske kamp i 1992-93 om ja eller nej til Unionen ved en folkeafstemning, men hvad de og regeringen vil sige og anse sig for forpligtede til at mene, hvis Kommissionen i anledning af Højesterets dom i Ajos-sagen udtrykker bekymring for, om arbejdstagernes grundlæggende rettigheder respekteres i Danmark.

Integrationen af EU-ret i dansk ret foregår både på initiativ af EU-aktører og på initiativ af danske retskildeproducenter, heriblandt domstolene. I Danmark har navnlig Østre og Vestre Landsret og Sø- og Handelsretten bidraget til integrationen af EU-ret i dansk ret. Den retsudvikling omkring funktionærlovens § 2a, der har foregået de sidste snart 10 år, blev startet af Vestre Landsret, der i Ole Andersen-sagen¹¹ valgte at bruge art. 267, stk. 2 TEUF til at spørge EU-Domstolen, om den tidligere § 2a, stk. 3 i funktionærloven, som den blev fortolket i fast højesteretspraksis, var i overensstemmelse med EU-retten. Forløbet omkring den tidligere § 2a, stk. 3 i funktionærloven er et klart eksempel på den integrationsfremmende effekt af art. 267, stk. 2 TEUF, der giver alle nationale domstole i EU-landene kompetence til at stille præjudicielle spørgsmål til EU-domstolen og derved bidrage til at integrere EU-retlige regler i deres nationale ret.¹²

Efter vor opfattelse har udviklingen af en stadig stigende integration af EU-retlige og folkeretlige retskilder i danske retskilder medført, at dansk ret i dag (2017) udgør ét stort retssystem af blandet national, EU-retlig og folkeretlig herkomst. Det, der i dag er gældende ret i Danmark og dermed dansk ret, beror på en integreret anvendelse af retskilder af dansk, EU-retlig og folkeretlig herkomst.¹³ Det gælder i særlig høj grad for retstillingen vedrørende grundlæggende rettigheder (menneskerettigheder), hvor ikke kun EU-retten, men også de folkeretlige regler, der følger af EMRK (Den europæiske menneskerettighedskonvention), der siden ERT-sagen¹⁴ anses for at udgøre en integrerende del af EU-retten, spiller en væsentlig rolle ved siden af og i mange tilfælde med forrang for danske retskilder. Art. 6 TEU om de grundlæggende rettigheder i EU inkorporerer eksplicit EMRK i EU-retten.¹⁵

I de følgende afsnit undersøger vi både, om Højesterets dom i Ajos-sagen kan anses for gældende dansk ret efter Ross' definition af begrebet i den statsretlige del af sit forfatterskab, og om den er gældende dansk ret i en monistisk betydning af begrebet, hvor det afgørende er en integreret anvendelse af danske, EU-retlige og folkeretlige retskilder.

1.3. Konsekvenser af dommen

Højesterets dom er klart i strid med EU-retten og kan give anledning til en traktatbrudssag. Denne mulighed behandles nedenfor i afsnit 5.

Der verserer en sag om statsligt erstatningsansvar for fejlimplementering af EU-retten mellem arbejdstagerparten i Ajos-sagen og staten, der har været stillet i bero på udfaldet af sagen mod arbejdsgiveren (Ajos). En række tilsvarende sager har været sat i bero for at afvente Højesterets dom i Ajos-sagen. Vi går ikke i denne artikel nærmere ind på, om de

¹¹ Sag C-499/08, Ole Andersen, EU:C:2010:600.

¹² Se om art. 267, stk. 2 TEUF Christina D. Tvarnø og Ruth Nielsen: Retskilder og Retsteorier, Kbh. 2014, kap. 3, og Ruth Nielsen: Judiciel aktivisme i EF-arbejdsretten, Retfærd_1989_nr. 4_s.14.

¹³ Se nærmere Christina D. Tvarnø og Ruth Nielsen: Retskilder og Retsteorier, Kbh. 2014, navnlig kap. 14.

¹⁴ Sag C-260/89, ERT, EU:C:1991:254.

¹⁵ Se Eva Ersbøl (red.): EU's Charter i et menneskeretligt krydsfelt, Kbh. 2016.

arbejdstagere, der er gået glip af fratrædelsesgodtgørelse i strid med EU-retten, kan få erstatning herfor af den danske stat.¹⁶

1.4. Strukturen i artiklen

I afsnit 2 opridses hovedindholdet i Ajos sagen. Afsnit 3 handler generelt om de EU-retlige principper om forrang og direkte virkning. Den horisontale direkte virkning i Danmark af EU's grundlæggende rettigheder, herunder af Chartret og Danmarks accept af disse principper behandles i afsnit 4. I afsnit 5 diskuteres spørgsmålet, om Danmark risikerer en traktatbrudssag efter art. 258 TEUF på grund af Højesterets dom i Ajos-sagen. Endelig formuleres i afsnit 6 konklusionen af analysen i denne artikel.

2. Faktum og jus i Ajos-sagen

Funktionæren i Ajos-sagen blev efter 25 års ansættelse den 25. maj 2009 afskediget af Ajos, der er en privat arbejdsgiver. Funktionæren tiltrådte efterfølgende en stilling i en anden virksomhed. Efter funktionærlovens § 2a, stk. 1 havde funktionæren som udgangspunkt ret til en fratrædelsesgodtgørelse svarende til tre måneders løn, men da han på fratrædelsestidspunktet havde ret til en arbejdsgiverbetalt alderspension, fordi han var fyldt 60 år, medførte den dagældende § 2a, stk. 3, i funktionærloven, at han ikke havde krav på fratrædelsesgodtgørelse, selv om han efter sin fratreden fra Ajos fortsatte på arbejdsmarkedet og faktisk ikke gik på pension. Funktionæren krævede fratrædelsesgodtgørelse svarende til tre måneders løn, hvilket Sø- og Handelsretten gav ham medhold i,¹⁷ fordi EU-Domstolen i Ole Andersen-sagen har fastslået, at den tidligere § 2 a, stk. 3 i funktionærloven som den blev fortolket i fast højesteretspraksis¹⁸ stred mod beskæftigelsesdirektivet¹⁹ og dermed var i strid med det almindelige EU-retlige princip om forbud mod diskrimination på grund af alder, der er konkretiseret i dette direktiv. Sø- og Handelsretten henviste til EU-Domstolens domme i Mangold- og Küçükdeveci-sagerne, se om disse nedenfor i afsnit 4.1. Ajos ankede afgørelsen til Højesteret, der stillede præjudicielle to spørgsmål til EU-Domstolen²⁰ efter art. 267, stk. 3 TEUF.

For det første om det almindelige EU-retlige princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder indeholder et forbud mod en ordning som den danske, hvorefter arbejdstagere ikke er berettiget til fratrædelsesgodtgørelse, hvis de har ret til en arbejdsgiverbetalt alderspension, og hvor dette gælder, uanset om de vælger at fortsætte på arbejdsmarkedet eller vælger at gå på pension. EU-Domstolen besvarede²¹ dette spørgsmål bekræftende.

For det andet spurgte Højesteret, om det vil være foreneligt med EU-retten, at danske domstole i en sag mellem en arbejdstager og en privat arbejdsgiver om betaling af en fratrædelsesgodtgørelse, som arbejdsgiveren efter national ret er fritaget for at skulle betale, men hvor dette resultat ikke er foreneligt med det almindelige EU-retlige princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder, foretager en afvejning af dette princip og den

¹⁶ Se om denne problemstilling Ruth Nielsen: Statsligt erstatningsansvar for Højesterets fejlfortolkning af EU-retten i Festskrift til Peter Møgelvang-Hansen, Kbh. 2016. Artiklen ligger i fuld tekst på den nordiske Arbetsrättsportal, der findes på <http://arbetsratt.juridicum.su.se/>

¹⁷ Sø- og Handelsrettens dom afsagt den 14. januar 2014 i sag F-19-12.

¹⁸ Senest U 2014.1119H.

¹⁹ 2000/78/EF.

²⁰ Se Højesterets forelæggelseskendelse H.K. 22. september 2014 i sag 15/2014 (1. afdeling), U 2015, 3668 H.

²¹ Sag C-441/14, Ajos, EU:C:2016:278. Generaladvokatens udtalelse:EU:C:2015:776.

direkte virkning heraf over for retssikkerhedsprincippet og det hermed sammenhængende princip om beskyttelse af den berettigede forventning og efter en sådan afvejning kommer til den konklusion, at princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder må vige for retssikkerhedsprincippet, således at arbejdsgiveren i overensstemmelse med national ret fritages for betaling af fratrædelsesgodtgørelsen. EU-Domstolens svar på dette spørgsmål var, at EU-retten skal fortolkes således, at det, når en national domstol, for hvilken der er indbragt en tvist mellem private, der er omfattet af anvendelsesområdet for beskæftigelsesdirektivet, anvender national ret, påhviler den at fortolke denne således, at den kan anvendes i overensstemmelse med direktivet, eller, hvis det er umuligt, om nødvendigt at undlade at anvende enhver bestemmelse i national ret, som er i strid med det almindelige princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder. Denne forpligtelse kan hverken drages i tvivl af retssikkerhedsprincippet eller princippet om beskyttelse af den berettigede forventning.

Højesteret valgte med 8 stemmer mod 1 at gøre det modsatte af det, EU-Domstolen havde sagt, at Højesteret er forpligtet til. Flertallet fandt, at tiltrædelsesloven fra 1972 med senere ændringer ikke indeholder hjemmel til i en tvist mellem private at lade det uskrevne EU-retlige princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder fortrænge den daværende bestemmelse i funktionærlovens § 2 a, stk. 3, som ifølge fast højesteretspraksis ikke gav en arbejdstager, der havde ret til pension fra arbejdsgiveren, krav på fratrædelsesgodtgørelse.

Højesterets dom angår en afskedigelse foretaget den 25. maj 2009. Retsgrundlaget er på væsentlige punkter ændret siden denne dato. Fra 1.2.2015 er funktionærloven ændret, således at den tidligere § 2a, stk. 3 ikke længere eksisterer. Fra 1.12.2009, da Lissabon-Traktaten trådte i kraft, fik EU's Charter om grundlæggende rettigheder, der i art. 21 kodificerer det almindelige princip om forbud mod aldersdiskrimination, traktatrang, jf. art. 6, stk. 1 TEU.

3.Forrang og direkte virkning af traktat- og direktivbestemmelser

Princippet om EU-rettens forrang for national ret var veletableret inden Danmark trådte ind i EF/EU pr. 1.1.1973, da EU-retten siden 1964 med afgørelsen i Costa mod ENEL-sagen, som nævnt i indledningen har haft forrang for national ret. EU-Domstolen afviste med Costa/ Enel-sagen den dualistiske teori i forholdet mellem EU-retten og national ret. Af erklæring nr. 17 til Lissabon-Traktaten om forrang fremgår eksplicit, at

”traktaterne og den ret, der vedtages af Unionen på grundlag af traktaterne, i overensstemmelse med Domstolen for Den Europæiske Unions faste retspraksis har forrang frem for medlemsstaternes ret på de betingelser, der er fastlagt i nævnte retspraksis.”

Selv om forrangsprincippet ikke er nævnt i selve traktatteksten, følger det af erklæring 17, som henviser til EU-domstolens praksis,²² at forrangsprincippet er et af hovedprincipperne i EU-retten og uløseligt forbundet med EU'-rettens særlige karakter. Således gjaldt forrangsprincippet både før og efter Lissabon-Traktaten og indebærer, at en national regel der strider mod traktaterne og de grundlæggende rettigheder og almindelige retsprinsipper skal anses som uvirksom og dermed ikke kan anvendes, hverken i vertikale eller horisontale sager.²³

²² Der henvises endvidere i erklæring 17 til Rådets Juridiske Tjenestes udtalelse om forrang, jf. dokument 11197/07 (JUR 260), som bilag til denne slutakt: "Udtalelse fra Rådets Juridiske Tjeneste af 22. juni 2007.

²³ Se fx Murphy-sagen, C-157/86, EU:C:1988:62.

Traktatbestemmelser, der er klare og præcise, har direkte virkning både i den vertikale relation mellem borgere og staten og ofte også i det horisontale forhold mellem private, jf. Defrenne-II-sagen.²⁴ Direktiver har direkte virkning i den vertikale relation, fx i forholdet mellem en arbejdstager og en offentlig arbejdsgiver, hvis de er klare og præcise, men direktiver har ikke horisontal direkte virkning, se Dori-sagen.²⁵ Det er derfor afgørende i Ajos-sagen, om det almindelige EU-retlige princip om forbud mod aldersdiskrimination har direkte horisontal virkning i dansk ret.

4. Almindelige EU- retlige principers forrang og direkte horisontale virkning

Grundlæggende rettigheder (menneskerettigheder) er i Europa reguleret i to forskellige regionale ordninger - EU-retten og EMRK²⁶ EU-Domstolens praksis om grundlæggende rettigheder begyndte i 1970'erne.²⁷ Ved Maastricht-Traktaten blev EU-Domstolens praksis om grundlæggende rettigheder kodificeret i art. 6 TEU. EU's grundlæggende rettigheder skal overholdes internt i EU-retten som en gyldighedsbetingelse for sekundærlovgivning.²⁸ EU's grundlæggende rettigheder skal også overholdes internt i medlemsstaternes nationale ret, når de gennemfører EU-regler. I Wachauf-sagen²⁹ udtalte EU-Domstolen (vor kursivering):

...., at den er uforenelig med de i fællesskabsretten gældende principper for beskyttelse af de grundlæggende rettigheder. Disse principper er også bindende for medlemsstaterne, når disse gennemfører fællesskabsbestemmelserne.

Der er således ingen tvivl om, at staten Danmark, herunder Højesteret, efter EU-retten var og er EU-retligt forpligtet til at overholde EU's grundrettigheder i forbindelse med gennemførelsen af beskæftigelsesdirektivet. Rækkevidden af denne pligt er dog stadig – også efter at Chartret har fået traktatrang - omdiskuteret i litteraturen.³⁰

4.1. EU-domme om almindelige retsprincipers horisontale direkte virkning

I Mangold-sagen³¹ fastslog EU-Domstolen, at den tyske lovgivning om tidsbegrænset ansættelse³² var i strid med princippet om forbud mod aldersdiskrimination og derfor ikke kunne anvendes. Bundesarbejdsgericht (den øverste tyske domstol i arbejdsretlige sager) fulgte EU-Domstolens dom i Mangold-sagen i en sag fra 2006 mod Honeywell. Honeywell

²⁴ Sag 43/75, Defrenne-II, EU:C:1976:56.

²⁵ Sag C-91/92, Dori, EU:C:1994:292.

²⁶ Se Guy Harpaz, 'The European Court of Justice and its Relations with the European Court of Human Rights: The Quest for Enhanced Balance, Coherence and Legitimacy', *Common Market Law Review* 2009 s. 105 og Sionaidh Douglas-Scott, 'A Tale of Two Courts: Luxembourg, Strasbourg and the Growing European Human Rights Acquis', *Common Market Law Review* 2006 s. 629.

²⁷ Se nærmere Ulla, Neergaard og Ruth Nielsen: *EU Ret*, Kbh. 2016 kap. 4.

²⁸ Som eksempel kan nævnes sag C-236/09, Test-Achats, EU:C:2011:100, hvor EU-Domstolen erklærede den tidligere art. 5, stk. 2 i direktiv 2004/113 om ligebehandling af kvinder og mænd ved handel med varer og tjenesteydelser, der tillod brug af kønsspecifikke aktuariemæssige beregninger i forsikring, for ugyldig, fordi den stred mod det almindelige EU-retlige princip om forbud mod kønsdiskrimination, der er kodificeret i art. 21 og 23 i Chartret om grundlæggende rettigheder.

²⁹ Sag 5/88, Wachauf, EU:C:1989:321.

³⁰ Se Eleni Frantziou: *The Horizontal Effect of the Charter of Fundamental Rights of the EU: Rediscovering the Reasons for Horizontality*, *European Law Journal* 2015.

³¹ Sag 144/04, Mangold, EU:C:2005:709.

³² Beskæftigelsesdirektivet var endnu ikke trådt i kraft i Tyskland. Den omstridte tyske lov implementerede direktiv 1999/70/EF om tidsbegrænset ansættelse. Mangold-sagen foregik således på et EU-reguleret område.

indbragte en klage (Verfassunsbeschwerde) over Bundesarbeitsgerichts dom for den tyske forfatningsdomstol (Bundesverfassungsgericht) med den begrundelse, at EU-Domstolen havde overskredet sine beføjelser i Mangold-sagen. I Juli 2010, afviste Bundesverfassungsgericht Honeywells Verfassunsbeschwerde.³³ Den tyske forfatningsdomstol antog, at EU-Domstolens afgørelser kun kan tilsidesættes af en tysk domstol, såfremt EU-Domstolen på kvalificeret måde har overskredet sin kompetence og såfremt den pågældende afgørelse medfører en betydelig ændring af kompetencefordelingen mellem medlemsstaterne og EU på bekostning af medlemslandets kompetence.³⁴

Den tyske Forfatningsdomstol rettede sig således til forskel fra Højesteret efter EU-Domstolens afgørelse i Mangold-sagen og anerkendte horisontal direkte virkning af det generelle EU-retlige princip om forbud mod aldersdiskrimination.

Tilsvarende var tilfældet i Küçükdeveci-sagen,³⁵ hvor EU-Domstolen fastslog, at princippet om forbud mod diskrimination på grund af alder var et generelt princip i EU-retten hvorfor det påhviler en national domstol, der skal afgøre en tvist mellem private, at sikre sig, at princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder, som konkretiseret ved beskæftigelsesdirektivet, overholdes, idet den om fornødent skal undlade at anvende enhver modstridende national bestemmelse. Dette rettede den tyske arbejdsdomstol sig efter.

4.2. Betydningen af at forbuddet mod aldersdiskrimination er reguleret i EU's Charter om grundlæggende rettigheder

Det fremgår af art. 6, stk. 1, TEU, at EU' Charter om grundlæggende rettigheder har samme juridiske værdi som traktaterne. Ifølge Chartrets art. 21, stk. 1, er »[e]nhver forskelsbehandling på grund af [...] alder [...] forbudt«. Nina Holst-Christensen³⁶ antager, at spørgsmålet, om Chartret har direkte horisontal virkning, ikke kan besvares under et med virkning for alle Chartrets bestemmelser, men må afgøres for hver enkelt bestemmelse for sig. Den sag, hvor EU-Domstolen mest tydeligt har anerkendt den direkte, horisontale virkning af art. 21 i Chartret er AMS-sagen.³⁷

4.3. Danmarks ratifikation af Maastricht-traktaten i 1992-93

Den europæiske Union (EU) blev oprettet ved Maastricht-traktaten af 1992, der trådte i kraft den 1.11.1993 efter at være blevet ratificeret i alle de dengang 12 medlemsstater i EF. Ratifikationen i Danmark skete efter grundlovens § 19 og 20 og omfattede vedtagelse i Folketinget af 3 love og 2 folkeafstemninger i henholdsvis 1992 og 1993. Den 2. juni 1992

³³ BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 06. Juli 2010, - 2 BvR 2661/06 - Rn. (1-116), http://www.bverfg.de/e/rs20100706_2bvr266106.html.

³⁴ Bundesverfassungsgericht formulerede følgende Leitsatz: 'Eine Ultra-vires-Kontrolle durch das Bundesverfassungsgericht kommt nur in Betracht, wenn ein Kompetenzverstoß der europäischen Organe hinreichend qualifiziert ist. Das setzt voraus, dass das kompetenzwidrige Handeln der Unionsgewalt offensichtlich ist und der angegriffene Akt im Kompetenzgefüge zu einer strukturell bedeutsamen Verschiebung zulasten der Mitgliedstaaten führt'. I den engelske version, der er tilgængelig på Bundesverfassungsgerichts hjemmeside, lyder det: ' a) Ultra vires review by the Federal Constitutional Court can only be considered if a breach of competences on the part of the European bodies is sufficiently qualified. This is contingent on the act of the authority of the European Union being manifestly in breach of competences and the impugned act leading to a structurally significant shift to the detriment of the Member States in the structure of competences.'

³⁵ Sag 555/07, Küçükdeveci, EU:C:2010:21.

³⁶ Nina Holst-Christensen; EU-Chartrets horisontale direkte virkning i Eva Ersbøl (red.) EU's Charter i et menneskeretligt krydsfelt, Kbh. 2016 p. 225.

³⁷ Sag C-176/12, AMS, EU:C:2014:2 præmis 47.

stemte et flertal på 50,7 % af danskerne nej til Maastricht-traktaten.

Herefter blev der indgået et såkaldt nationalt kompromis³⁸ og en aftale mellem Danmark og de andre medlemslande i EU (Edinburgh-aftalen) om, at Danmark kunne ratificere Maastricht-traktaten med fire forbehold vedrørende unionsborgerskabet, den fælles forsvarspolitik, tredje fase af ØMU'en (den fælles valuta euroen) og samarbejdet om retlige og indre anliggender. Der var ikke noget femte forbehold om, at Danmark ikke skulle overholde de grundlæggende rettigheder i art. 6, stk. 3 TEU, der blev indført ved Maastricht-Traktaten. Der blev til gennemførelse af Danmarks ratifikation fremsat tre lovforslag:

L 176 Forslag til lov om ændring af lov om Danmarks tiltrædelse af De Europæiske Fællesskaber (Tiltrædelsesloven).

L177 Forslag til Lov om Danmarks tiltrædelse af Edinburgh-Afgørelsen og Maastricht-Traktaten.

L 178 Forslag til lov om afholdelse af folkeafstemning om forslag til lov om Danmarks tiltrædelse af Edinburgh-afgørelsen og Maastricht-traktaten.

Lovforslaget om ændring af tiltrædelsesloven, L 176 var fremsat med hjemmel i grundlovens § 20, fordi det (med de begrænsninger, der følger af de fire forbehold, der er indeholdt i Edinburgh-afgørelsen) indebar suverænitetssafgivelse til EU. Det siges i bemærkningerne til L 177, at det på baggrund af drøftelserne mellem de politiske partier i Folketinget måtte ventes, at L 176 ville blive vedtaget i Folketinget med et meget betydeligt flertal. Hvis et lovforslag, der er omfattet af grundlovens § 20, vedtages af 5/6 af Folketingets medlemmer, var det i 1993 den almindelige opfattelse, at der efter grundloven ikke var mulighed for at afholde en bindende folkeafstemning om det. For at sikre, at dansk tilslutning til Maastricht-Traktaten og dermed til oprettelse af EU skete på grundlag af en bindende folkeafstemning, valgte regeringen at dele tiltrædelsesspørgsmålet op i de tre ovennævnte lovforslag. På den baggrund må de tre lovforslag fortolkes i lyset af hinanden.

Forslag L 177 indebar, at Maastricht-Traktaten i overensstemmelse med reglerne i grundlovens § 19 kunne ratificeres på Danmarks vegne, og at Edinburgh-Afgørelsen blev godkendt. L176 ændrer tiltrædelsesloven, således at Maastricht-Traktaten med de begrænsninger, der følger af de fire forbehold i Edinburgh-Afgørelsen, blev indføjet i § 4. Der blev ikke taget noget forbehold vedrørende art. 6, stk. 3 TEU om grundlæggende rettigheder.

Den 18. maj 1993 var der folkeafstemning om L 177, der resulterede i et ja til Edinburgh-aftalen og Maastricht-traktaten: 56,7 % stemte ja, 43,3 % nej. Herefter ratificerede Danmark Maastricht-Traktaten, der derpå trådte i kraft den 1.11.1993. Tiltrædelsesloven af 1972 bestemmer:

§ 2. Beføjelser, som efter grundloven tilkommer rigets myndigheder, kan i det omfang, det er fastsat i de i § 4 nævnte traktater m. v., udøves af De europæiske Fællesskabers institutioner.

§ 3. Bestemmelserne i de i § 4 nævnte traktater m. v. sættes i kraft i Danmark i det omfang, de efter fællesskabsretten er umiddelbart anvendelige i Danmark [vor kursivering]

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

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

I tiltrædelseslovens § 4 er der en opregning af en række EU-retlige retskilder. Ved ændringen af tiltrædelsesloven i 1993 blev Maastricht-traktaten med de begrænsninger (de 4 danske EU-forbehold), der følger af Edinburgh-afgørelsen sat in i tiltrædelseslovens § 4.

³⁸ Det omfattede Socialdemokratiet, Socialistisk Folkeparti, Det Radikale Venstre, Det Konservative Folkeparti, Venstre, Centrum-Demokraterne og Kristeligt Folkeparti. I Folketinget var kun Fremskridtspartiet imod det nationale kompromis i 1993.

Det er vigtigt at lægge mærke til, at Danmark i tiltrædelseslovens § 3 overlader det til EU-retten at afgøre, i hvilket omfang de opregnede EU-retlige traktater med videre har forrang for og direkte virkning i dansk ret. Art. 6, stk. 3 TEU, der blev indført ved Maastricht-traktaten, bestemmer:

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

Højesteret antager i sin dom i Ajos-sagen, at art. 6, stk. 3 TEU ikke er omfattet af kompetenceoverførslen fra Danmark til EU. Det strider, som det fremgår af ovenstående, mod tiltrædelseslovens klare ordlyd. Til støtte for sin fortolkning anfører Højesteret en bemærkning i forarbejderne til Tiltrædelsesloven,³⁹ hvor det siges:

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

Denne bemærkning er Højesterets hovedargument for, at art. 6, stk. 3 TEU ikke er omfattet af suverænitetssafgivelsen i tiltrædelsesloven. Den dominerende metafor ved beskrivelse af strukturen i EU⁴⁰ i perioden fra Maastricht-traktatens ikrafttræden den 1.11.1993 til Lissabon-Traktatens ikrafttræden den 1.12.2009 var et græsk tempel. I tempelmodellen antoges EU at bestå af tre søjler: fællesskabsretten (søjle 1), der omfattede EF, EKSF og Euratom, det udenrigs- og sikkerhedspolitiske samarbejde (søjle 2) og samarbejde om retlige og indre anliggender (søjle 3)⁴¹ samt en overligger med generelle principper, herunder princippet om forbud mod aldersdiskrimination, og en underligger med visse fælles og afsluttende bestemmelser.

Den citerede udtalelse i bemærkningerne er efter vor vurdering ikke et tilstrækkeligt argument for, at art. 6, stk. 3 TEU ikke skulle være omfattet af tiltrædelsesloven. Som det fremgår af gennemgangen foran i afsnit 4.1 har almindelige EU-retlige principper efter EU-retten i et vist omfang direkte horisontal virkning i og forrang for national ret. Denne udtalelse kan derfor efter vor vurdering ikke begrunde en tilsidesættelse af den klare ordlyd i Tiltrædelseslovens §§2-4.

Ændringen af Tiltrædelsesloven i 1993 skete som led i en atypisk lovgivningsproces efter grundlovens § 20 i forbindelse med den anden af to folkeafstemninger, hvor der var stemt nej til Unionen i den første. De politiske aspekter spillede en større rolle end de juridiske ved kampen om ja eller nej til Maastricht-traktaten i 1993. Det politiske establishment i 1993, der stod bag ja-kampagnen, valgte i den interne danske debat at bagatellisere suverænitetssafgivelsen til EU. Ved ændringen af tiltrædelsesloven i 1993 ønskede et meget stort flertal i det normale lovgivningsorgan i Danmark at blive medlem af Unionen på de betingelser, der var aftalt i Edinburgh-afgørelsen, der ikke indeholder noget forbehold om, at Danmark ikke ville overholde grundrettighederne eller acceptere, at det er EU's institutioner,

³⁹ Folketingstidende 1992-93, tillæg A, L 176, sp. 6697 f. smh. sp. 6467.

⁴⁰ Se Ulla Neergaard og Ruth Nielsen: EU Ret, Kbh. 2016, kap. 1.

⁴¹ Ved Amsterdam-Traktaten blev en række emner flyttet fra søjle 3 til søjle 1, således at søjle 3 herefter kun omfattede politisamarbejde og samarbejde i kriminalsager. Ved Lissabon-traktaten blev søjlestrukturen forladt og det hele slået sammen i en enhedsstruktur for EU.

herunder EU-Domstolen, der afgør, om Maastricht-traktatens bestemmelser herunder art. 6, stk. 3 TEU har forrang for og direkte virkning (vertikalt og horisontalt) i dansk ret.

Danmarks ratifikation af Maastricht-Traktaten blev efterfølgende prøvet af Højesteret.⁴² Højesteret udtalte i denne sag om spørgsmålet om danske domstoles adgang til at tilsidesætte EU-regler, der strider mod dansk ret (vor kursivering):

Danske domstole må derfor anse en EF-retsakt for uanvendelig i Danmark, hvis der skulle opstå den *ekstraordinære situation, at det med den fornødne sikkerhed* kan fastslås, at en EF-retsakt, der er opretholdt af EF-domstolen, bygger på en anvendelse af Traktaten, der ligger uden for suverænitetssafgivelsen ifølge tiltrædelsesloven. Tilsvarende gælder med hensyn til fællesskabsretlige regler og retsprincipper, som beror på EF-domstolens praksis.

Efter vor vurdering opfylder Højesteret dom i Ajos-sagen ikke de krav om ekstraordinær situation og klar overskridelse af suverænitetssafgivelsen i tiltrædelsesloven, Højesteret selv formulerede i Maastricht-dommen.

5. Traktatbrudssag efter art. 258 TEUF

EU-Kommissionen kan med hjemmel i art. 258 TEUF rejse en traktatbrudssag mod Danmark som følge af Højesterets afgørelse i Ajos-sagen, fordi Danmark med afgørelsen ikke har overholdt de forpligtelser, der påhviler Danmark i henhold til traktaterne. Kommissionen har tidligere anlagt traktatbrudssag mod et medlemsland pga. dets domstoles adfærd, se EU-Domstolens dom fra 2003, hvor Italien blev dømt for traktatbrud⁴³ på grund af italienske domstoles, især den italienske Højesteret (Corte suprema di cassazione)s fejlfortolkning af EU-retten. I 2004 var Sverige på nippet til at blive genstand for en traktatbrudssag pga. svenske domstoles, især den svenske Högsta Domstolens utilbøjelighed til at stille spørgsmål til EU-Domstolen i medfør af art. 267 TEUF. Kommissionen gennemførte de indledende administrative faser af en traktatkrænkelssag og fremsatte en begrundet udtalelse i 2004.⁴⁴ Sverige bøjede af og vedtog en lovændring, hvorefter sidste instans domstole, for hvem der rejses spørgsmål om forelæggelse af præjudicielle spørgsmål for EU-Domstolen, skal begrunde et evt. afslag herpå. Kommissionen stoppede derefter traktatbrudssagen og undlod at indstævne Sverige for EU-Domstolen.⁴⁵

Det er ikke sikkert, at det ender med en traktatbrudssag i situationer, hvor der er tale om fejlfortolkning af EU-retten ved nationale domstole. Anlæggelsen af en traktatbrudssag beror på både juridiske og politiske vurderinger. Henset til det politiske klima i EU på nuværende tidspunkt vil Kommissionen formentlig ikke rejse en traktatbrudssag på grund af Højesterets traktatbrud.

6. Konklusion

6.1. Er Højesterets dom gældende dansk ret i den af Ross definerede betydning af begrebet?

⁴² U 1998.800 H.

⁴³ Sag C-129/00, Kommissionen mod Italien, EU:C:2003:656.

⁴⁴ Kommissionens sag nr. 2003/2161, C(2004) 3899, 13. oktober 2004.

⁴⁵ Se nærmere Ulf Bernitz: Förhandsavgöranden av EU-domstolen. Svenska domstolars hållning och praxis. Sieps 2010:2, tilgængelig på Sieps' hjemmeside på http://www.sieps.se/sites/default/files/620-2010_2.pdf

Efter vor vurdering er Højesterets dom i Ajos-sagen ikke gældende dansk ret i den af Ross definerede betydning af begrebet. Ross' teori er en prognoseteori. Hvis regeringen modtager et kritisk brev fra Kommissionen i anledning af Højesterets dom i Ajos-sagen, er det i dag (2017) en realistisk prognose, at regeringen vil svare, at Danmark overholder sine EU-retlige forpligtelser vedrørende forrang og direkte virkning og henvise til tiltrædelseslovens tekst. I dag er det klart ordlyden af tiltrædelsesloven, der gælder i en Rossiansk betydning af ordet, og ikke nogle bemærkninger i forarbejderne til ændringen af loven i 1993, der er blevet til som led i den daværende politiske kamp for at få befolkningen til at sige ja til at gå med til at oprette Unionen.

Ovenstående gælder, uanset om der anlægges en dualistisk eller en monistisk synsvinkel på forholdet mellem dansk ret og EU-ret. Efter fortolkningsreglen og formodningsreglen, der som omtalt i indledningen i Danmark normalt anvendes sammen med en dualistisk tilgang, er der ikke et tilstrækkeligt sikkert grundlag for at antage, at den danske lovgiver ikke i tiltrædelsesloven har afgivet suveræniteten til EU vedrørende de grundlæggende rettigheder.

6.2. Er Højesterets dom gældende dansk ret i en monistisk betydning af begrebet?

Efter vor vurdering er Højesterets dom i Ajos-sagen klart ikke gældende dansk ret i en monistisk betydning af begrebet gældende dansk ret. Højesteret vælger i Ajos-sagen en efter dansk tradition vidtgående variant af en dualistisk tilgang til forholdet mellem EU ret og dansk ret. Højesteret går i Ajos-sagen væsentligt længere i dualistisk retning end den gjorde i Maastricht-dommen fra 1998.

6.3. Kan Danmark dømmes for traktatbrud i anledning af Højesterets dom i Ajos-sagen?

Hvis Kommissionen rejser en traktatbrudssag på grund af Højesterets dom i Ajos-sagen, forekommer det sandsynligt, at Danmark vil blive dømt for traktatbrud. Kommissionen vil formentlig af politiske grunde undlade at anlægge en sådan sag.