

Præjudikat eller ikke præjudikat

Chartrets retsvirkning i dansk ret efter EU-domstolens og Højesterets afgørelser i Ajos-sagen

Nielsen, Ruth; Tvarnø, Christina D.

Document Version

Accepted author manuscript

Published in:

Tidsskrift for Rettsvitenskap

DOI:

[10.18261/issn.1504-3096-2017-02-03-04](https://doi.org/10.18261/issn.1504-3096-2017-02-03-04)

Publication date:

2017

License

Unspecified

Citation for published version (APA):

Nielsen, R., & Tvarnø, C. D. (2017). Præjudikat eller ikke præjudikat: Chartrets retsvirkning i dansk ret efter EU-domstolens og Højesterets afgørelser i Ajos-sagen. *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 130(2-3), 218-246.
<https://doi.org/10.18261/issn.1504-3096-2017-02-03-04>

[Link to publication in CBS Research Portal](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us (research.lib@cbs.dk) providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Download date: 18. Jun. 2025



Præjudikat eller ikke præjudikat: Chartrets retsvirkning i dansk ret efter EU-domstolens og Højesterets afgørelser i Ajos-sagen

Ruth Nielsen and Christina D. Tvarnø

Journal article (Accepted manuscript*)

Please cite this article as:

Nielsen, R., & Tvarnø, C. D. (2017). Præjudikat eller ikke præjudikat: Chartrets retsvirkning i dansk ret efter EU-domstolens og Højesterets afgørelser i Ajos-sagen. Tidsskrift for Rettsvitenskap, 130(2-3), 218-246. DOI: 10.18261/issn.1504-3096-2017-02-03-04

DOI: [10.18261/issn.1504-3096-2017-02-03-04](https://doi.org/10.18261/issn.1504-3096-2017-02-03-04)

* This version of the article has been accepted for publication and undergone full peer review but has not been through the copyediting, typesetting, pagination and proofreading process, which may lead to differences between this version and the publisher's final version AKA Version of Record.

Uploaded to [CBS Research Portal](#): February 2019

Præjudikat eller ikke præjudikat

Chartrets retsvirkning i dansk ret efter EU-domstolens og Højesterets afgørelser i Ajos-sagen

Af

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

Denne artikel behandler præjudikatværdien af EU-Domstolens og Højesterets afgørelser i Ajos-sagen. Artiklen belyser navnlig den manglende præjudikatværdi af Højesterets obiter dictum udtalelse om EU's Charter om grundlæggende rettigheder, hvor Højesteret antog, at de grundlæggende rettigheder i Chartret, heriblandt diskriminationsforbuddet i artikel 21 ikke har direkte, horisontal virkning i Danmark. Efter forfatterens opfattelse er EU-Domstolens dom i Ajos-sagen, der fastholder tidligere EU-praksis (Mangold- og Küçükdeveci-dommene), præjudikat for, at Chartret har direkte, horisontal virkning i national ret på samme betingelser som andre traktatbestemmelser, fx artikel 157 TEUF om ligeløn, mens Højesterets dom ikke er et præjudikat for det modsatte.

1. Indledning

EU-Domstolens dom i Ajos-sagen omhandler pligten til EU-konform fortolkning af generelle EU-retlige principper på traktatniveau og princippet om EU-rettens forrang¹ for og direkte virkning² i dansk ret, herunder især spørgsmålet om den direkte horisontale virkning af EU's almindelige principper og grundlæggende rettigheder. Den specifikke grundlæggende rettighed, Ajos-sagen handler om, er forbuddet mod aldersdiskrimination i beskæftigelse og erhverv,³ der er kodificeret i artikel 21 i EU's Charter om grundlæggende rettigheder⁴ og konkretiseret i beskæftigelsesdirektivet.⁵ Højesterets dom i Ajos-sagen omhandlede den dagældende § 2a, stk. 3, i funktionærloven, i en sag mellem en privat arbejdstager og en privat arbejdsgiver (Ajos). 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 § 2 a, stk. 3, i funktionærloven, som den blev fortolket i højesteretspraksis, at han ikke havde krav på fratrædelses-godtgørelse, selv om han efter sin fratræden fra Ajos fortsatte på arbejdsmarkedet og faktisk ikke gik på pension.

Retsgrundlaget er på væsentlige punkter ændret siden afskedigelsen i Ajos-sagen, der fandt sted den 25. maj 2009. Fra 1. februar 2015 er funktionærloven ændret, således at den tidligere

1. Flaminio Costa mod ENEL, Sag 6/64, EU:C:1964:66.

2. van Gend en Loos, sag 26/62, EU:C:1963:1.

³ 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 Schjølér: Aldersdiskriminationsforbuddets indtog i arbejds- og ansættelsesretten, Odense 2016, phd-afhandling, Syddansk Universitet.

⁴ 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.

⁵ 2000/78/EF.

§ 2a, stk. 3 ikke længere eksisterer. EU's Charter om grundlæggende rettigheder fik traktatrang ved Lissabon-Traktatens ikrafttræden den 1. december 2009.

Strukturen i artiklen er følgende: Nedenfor i afsnit 2 opridses hovedindholdet i Ajos sagen. I afsnit 3 diskuteres præjudikatværdien af EU-domstolens afgørelse i Ajos-sagen med særlig vægt på EU's Charter om grundlæggende rettigheder. I afsnit 4 analyseres flertallet og mindretallet i Højesterets afgørelse og præjudikatværdien heraf. I afsnit 5 inddrages den monistiske udvikling i EU-retten og den dualistiske forankring af flertalsafgørelsen i Højesterets dom i Ajos-sagen i vurderingen af præjudikatværdien af såvel EU-domstolens som Højesterets afgørelser i Ajos-sagen. Afsnit 6 præsenterer konklusionen af analyserne i denne artikel.

2. Kort om 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, og tiltrådte efterfølgende en stilling i en anden virksomhed. Ajos udbetalte derfor under henvisning til den dagældende § 2a, stk. 3 i funktionærloven ikke fratrædelsesgodtgørelse svarende til tre måneders løn. Funktionæren indbragte sagen for domstolene og krævede fratrædelsesgodtgørelse. Sø- og Handelsretten gav ham medhold heri,⁶ fordi EU-Domstolen i Ole Andersen-sagen⁷ har fastslået, at den tidligere § 2 a, stk. 3 i funktionærloven som den blev fortolket i fast højesteretspraksis⁸ stred mod beskæftigelsesdirektivet 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.

Ajos ankede afgørelsen til Højesteret, der stillede to præjudicielle spørgsmål til EU-Domstolen⁹ efter artikel 267, stk. 3 TEUF, hvor det første spørgsmål omhandlede hvorvidt 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 besvarede¹⁰ dette spørgsmål bekræftende.

For det andet spurgte Højesteret, om det vil være foreneligt med EU-retten, at danske domstole i en horisontal sag mellem private, foretager en afvejning af det EU retlige princip om forbud mod diskrimination pga. alder og den 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. EU-domstolen fastslog, at det påhviler den nationale domstol, i en tvist mellem private, der er omfattet af anvendelsesområdet for beskæftigelsesdirektivet, at fortolke national ret 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

⁶ Sø- og Handelsrettens dom afsagt den 14. januar 2014 i sag F-19-12.

⁷ Sag C-499/08, Ole Andersen, EU:C:2010:600.

⁸ Senest U 2014.1119H.

⁹ Se Højesterets forelæggelseskendelse H.K. 22. september 2014 i sag 15/2014 (1. afdeling), U 2015, 3668 H.

¹⁰ Sag C-441/14, Ajos, EU:C:2016:278. Generaladvokatens udtalelse: EU:C:2015:776. Se om EU-Domstolens dom i Ajos-sagen Jonas Christoffersen, Kort Nyt – Ajos-sagen, EU Ret og Menneskeret nr. 2 2016 og Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø: Ajos-sagens betydning for rækkevidden af EU-konform fortolkning i forhold til det almindelige EU-retlige princip om forbud mod aldersdiskrimination, U 2016 B 269.

kan hverken drages i tvivl af retssikkerhedsprincippet eller princippet om beskyttelse af den berettigede forventning.

Flertallet i Højesteret¹¹ fandt, at tiltrædelsesloven fra 1972 med senere ændringer fortolket i lys af forarbejderne til ændringen af loven i 1993 i forbindelse med ratifikationen af Maastricht-Traktaten 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.¹²

3. Præjudikatværdien af EU-Domstolens dom i Ajos-sagen

Der er flere grunde til, at EU-domstolens afgørelse i Ajos-sagen skal ses som et stærkt præjudikat, hvilket behandles nedenfor i afsnit 3.1-3.6. I afsnit 3.7. formuleres konklusionen,

3.1. Praksis om pligten til at overholde grundlæggende rettigheder , herunder Chartrets horisontale direkte virkning

EU-domstolens afgørelse i Ajos-sagen er i overensstemmelse med tidligere praksis om pligt til på EU regulerede områder at overholde grundlæggende rettigheder og principper i national ret. Grundlæggende rettigheder (menneskerettigheder) er i Europa reguleret i to forskellige regionale ordninger - EU-retten og EMRK.¹³

EU-Domstolens praksis om grundlæggende rettigheder begyndte i 1970'erne.¹⁴ Ved Maastricht-Traktaten blev denne praksis kodificeret i artikel 6 TEU. EU's grundlæggende rettigheder skal overholdes internt i EU-retten som en gyldighedsbetingelse for sekundærlovgivning.¹⁵ EU's grundlæggende rettigheder skal også overholdes internt i

¹¹ Højesterets dom af 6.12.2016 er endnu ikke trykt. Den er tilgængelig på Højesterets hjemmeside www.hoejesteret.dk.

¹² Se om Højesterets dom i Ajos-sagen Ruth Nielsen and Christina D. Tvarnø: Danish Supreme Court infringes the EU Treaties by its ruling in the Ajos case, ERT 2017 No 2, 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, European Law Journal No 1 2017 og Jens Kristiansen, Grænser for EU-rettens umiddelbare anvendelighed i dansk ret – Om Højesterets dom i Ajos-sagen, U 2017 B75.

¹³ 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.

¹⁴ Se nærmere Ulla, Neergaard og Ruth Nielsen: EU Ret, Kbh. 2016, kap. 4.

¹⁵ Som eksempel kan nævnes sag C-236/09, Test-Achats, EU:C:2011:100, hvor EU-Domstolen erklærede den tidligere artikel 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 artikel 21 og 23 i Chartret om grundlæggende rettigheder. § 8, stk. 2 i den danske lov om ligebehandling af kvinder og mænd i forbindelse med forsikring, pension og lignende finansielle ydelser tillader stadig diskrimination pga. kønsspecifikke aktuariemæssige faktorer, fx forskelle i mænds og kvinders levealder for medlemmer, der er optaget i en pensionskasse før 1.7.1999, se herom Agnete Lied Andersen, Ruth Nielsen og Kirsten Precht: Gamle damer og unisex-princippet på forsikrings- og pensionsområdet, Erhvervsjuridisk Tidsskrift nr. 4 2016, der antager, at bestemmelsen er uvirksom, fordi den strider mod EU-retten.

medlemsstaternes nationale ret, når de gennemfører EU-regler. I Wachauf-sagen ¹⁶ 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,*

3.2. Chartrets horisontale, direkte virkning

EU-domstolen følger i Ajos-sagen sin tidligere praksis om Chartrets horisontale direkte virkning i Küçükdeveci-sagen, ¹⁷ 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.

I litteraturen ¹⁸ anses EU-Domstolens dom i Küçükdeveci-sagen, for den første, hvor domstolen antog, at Chartrets artikel 21 har horisontal direkte virkning. EU-domstolen henviste i Küçükdeveci-sagen til Defrenne-II-dommen fra 1976, der fastslog den direkte horisontale virkning af forbuddet mod kønsdiskrimination vedrørende løn. EU-Domstolen anerkender også i AMS-sagen den direkte, horisontale virkning af artikel 21 i Chartret. ¹⁹

Chartret skal kun respekteres i national ret på EU-regulerede områder. Der er ingen tvivl om, at Ajos-sagen foregår på et EU-reguleret område, idet faktum i sagen falder inden for anvendelsesområdet for beskæftigelsesdirektivet.

I Mangold-sagen ²⁰ fastslog EU-Domstolen, at den tyske lovgivning om tidsbegrænset ansættelse ²¹ var i strid med princippet om forbud mod aldersdiskrimination og derfor ikke kunne anvendes. Bundesarbeitsgericht (den øverste tyske domstol i arbejdsretlige sager) fulgte EU-Domstolens dom i Mangold-sagen i en sag fra 2006 mod Honeywell. Honeywell 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 ²² 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 medlemslandenes kompetence. ²³

¹⁶ Sag 5/88, Wachauf, EU:C:1989:321.

¹⁷ Sag 555/07, Küçükdeveci, EU:C:2010:21.

¹⁸ Se Jonas Christoffersen: EU's Charter om Grundlæggende Rettigheder med kommentarer, Kbh. 2014 s. 52.

¹⁹ Sag C-176/12, AMS, EU:C:2014:2 præmis 47.

²⁰ Sag 144/04, Mangold, EU:C:2005:709.

²¹ 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.

²² BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 06. Juli 2010, - 2 BvR 2661/06 - Rn. (1-116),

http://www.bverfg.de/e/rs20100706_2bvr266106.html.

²³ 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

Den tyske Forfatningsdomstol rettede sig således til forskel fra Højesterets flertal efter EU-Domstolens afgørelse i Mangold-sagen og anerkendte horisontal direkte virkning af det generelle EU-retlige princip om forbud mod aldersdiskrimination. Den tyske tiltrædelseslov til Maastricht-traktaten ²⁴ godkender Tysklands ratifikation af Maastricht-Traktaten, men indeholder til forskel fra den danske tiltrædelseslov ingen inkorporeringsbestemmelse, da Tyskland pga. landets monistiske tradition ikke inkorporerer folkeretlige forpligtelser ved lov, men anser dem for ved ratifikationen at blive en del af national ret. Som det fremgår af fremstillingen nedenfor i afsnit 4.3. og 5 om tiltrædelsesloven og forskellen mellem monisme og dualisme, handler den danske højesteretsdom om fortolkning af bestemmelsen om inkorporerings i tiltrædelsesloven, som efter flertallets fortolkning ikke omfatter almindelige EU-retlige princippers direkte, horisontale virkning. Tysklands traditionelle forankring i den monistiske tradition og Danmarks i den dualistiske tradition kan derfor gøre det vanskeligt at sammenligne den danske højesteretsdom med Mangold-afgørelsen fra den tyske forfatningsdomstol.

På diskriminationsområdet er den praktiske betydning af, om Chartret har eller ikke har direkte horisontal virkning i Danmark formentlig størst i forhold til etnisk diskrimination og diskrimination pga. religion eller tro og det, der ligner, men måske ikke kan anses for omfattet af de EU-retlige begreber etnisk diskrimination og religionsdiskrimination. Andre former for diskrimination er formentlig så godt dækket i forskelsbehandlingsloven og lovene om kønsdiskrimination, at arbejdstagere sjældent vil have behov for at påberåbe sig artikel 21 i Chartret direkte anvendt.

Etnisk diskrimination i beskæftigelse er i Danmark forbudt ved forskelsbehandlingsloven og i de fleste andre samfundsforhold, fx kreditgivning, i den etniske ligebehandlingslov, men begrebet etnisk diskrimination er uklart både på EU-niveau og i dansk lovgivning. Det kan illustreres ved Jyske Finans-sagen. ²⁵

En dansk statsborger, der var født i Bosnien, ønskede sammen med sin samleverske, der også var dansk statsborger, men født i Danmark, et billån i Jyske Finans. Den mandlige part blev mødt med strengere krav til bevis for sin identitet end kæresten under henvisning til, at han til forskel fra hende var født uden for de nordiske lande, en medlemsstat i EU, Schweiz eller Liechtenstein, hvilket efter virksomhedens forretningspraksis medførte skærpede krav til bevis for kundens identitet. Han klagede til Ligebehandlingsnævnet over påstået etnisk diskrimination og fik medhold og blev tilkendt en godtgørelse på 10.000 kr. for overtrædelse af den etniske ligebehandlingslov. ²⁶ Jyske Finans ville ikke acceptere afgørelsen og indbragte den for domstolene. Viborg ret fulgte Ligebehandlingsnævnet. Jyske Finans ankede til Vestre Landsret, der stillede præjudicielle spørgsmål til EU-Domstolen efter artikel 267 TEUF, om hvorvidt det etniske ligebehandlingsdirektiv skal forstås sådan, at diskrimination pga. fødested som praktiseret af Jyske Finans skal anses for etnisk diskrimination. Jyske Finans begrundede sin forretningspraksis med at det var en hensigtsmæssig måde at leve op til de krav til kreditinstitutter, der stilles i direktivet om bekæmpelse af hvidvaskning af penge og terrorisme. ²⁷

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'.

²⁴ Gesetz zum Vertrag vom 7. Februar 1992 über die Europäische Union vom 28. Dezember 1992 (BGBl. 1992 II S. 1251).

²⁵ Sag C-668/15, Jyske Finans, EU:C:2017:278, generaladvokatens udtalelse af 1.12.2016, EU:C:2016:914.

²⁶ Ligebehandlingsnævnets sag: J.nr. 2500032-10, tilgængelig på retsinfo.dk og på nævnets hjemmeside.

²⁷ 2005/60/EF.

EU-Domstolen svarede, at den anvendte forretningspraksis ikke er etnisk diskrimination i direktivets forstand. Man henviser herved til EU-Domstolens dom i CHEZ Razpredelenie Bulgaria-sagen,²⁸ hvor Domstolen fastslog, at begrebet »etnisk oprindelse« eller etnicitet bygger på den opfattelse, at samfundsgrupper bl.a. kendetegnes ved indbyrdes at have samme nationalitet, religiøse overbevisning, sprog, kulturelle baggrund, traditioner og levested'. Med denne definition fulgte EU-Domstolen Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols retspraksis, hvori det er fastslået, at »etnicitet og race er beslægtede begreber [...] etnicitet bygger på den opfattelse, at samfundsgrupper bl.a. kendetegnes ved indbyrdes at have samme nationalitet, religiøse overbevisning, fælles sprog, kulturel baggrund, traditioner og levested. Forskelsbehandling på grund af etnisk oprindelse er en form for racediskrimination'.²⁹

Herefter er det nærliggende at spørge, om Jyske Finans' brug af fødestedskriteriet i sin forretningspraksis strider mod artikel 21 i Chartret direkte anvendt. Artikel 21 forbyder 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, dvs. et meget bredere udvalg af diskriminationsgrunde end dem, der er omfattet af forskelsbehandlingsloven og den etniske ligebehandlingslov.

3.3. Den EU-retlige pligt til EU-konform fortolkning af national ret

Pligten til EU-konform fortolkning er et overordnet fortolkningsprincip. Det går ud på, at medlemsstaterne på EU-regulerede områder skal fortolke deres nationale retskilder i overensstemmelse med EU-retten, hvis det er muligt. Det er muligt, hvis man ved at anvende en hvilken som helst af de fortolkningsmetoder, der er anerkendt i national ret, kan nå frem til et EU-konformt resultat. Hvis ordlyden af en dansk lov kan fortolkes i overensstemmelse med EU-reglen, er der derfor pligt til at gøre det, da ordlydsfortolkning er en anerkendt fortolkningsmetode i dansk ret. Det gælder, uanset om der i lovens forarbejder måtte være holdepunkter for noget andet.³⁰ I Ajos-dommen siger EU-Domstolen eksplicit, at Højesteret ikke kan undlade at fortolke EU-konformt alene med den begrundelse, at det følger af fast højesteretspraksis, at der skal fortolkes i strid med EU-retten.

Det har i ca. 30 år været antaget i EU-Domstolens praksis, at pligten til EU-konform fortolkning ikke indebærer pligt til fortolkning *contra legem*. I Kolpinghuis-sagen³¹ fastslog EU-Domstolen således, at en medlemsstat ikke kan straffe alene med hjemmel i EU-konform fortolkning, hvis der ikke er hjemmel i national lovgivning. Ajos-dommen er den første dom, hvor EU-Domstolen udtaler sig klart om, hvad der forstås ved *contra legem* fortolkning. Det synes klart, at *contra legem* fortolkning omfatter fortolkning i strid med national lovtekst. Hvis der er modstrid mellem ordlyden af en dansk lovregel og en EU-regel, er der derfor ikke pligt til EU-konform fortolkning.

EU-Domstolen har i sin praksis om EU-konform fortolkning især henvist til to bestemmelser som retsgrundlag (hjemmel) for denne pligt: art. 4, stk. 3 TEU om pligt til

²⁸ CHEZ Razpredelenie Bulgaria, C-83/14, EU:C:2015:480, præmis 46.

²⁹ Menneskerettighedsdomstolen, 22.12.2009, Sejdić og Finci mod Bosnien-Herzegovina, CE:ECHR:2009:1222JUD002799606, § 43. I dom, 13.12.2005, Timishev mod Rusland, CE:ECHR:2005:1213JUD005576200, § 55, tilføjede EMD ligeledes »stammetilhørsforhold« som et kendetegn for en samfundsgruppes etnicitet.

³⁰ Sag C-371/02, Björnekulla, EU:C:2004:275.

³¹ Se sag 80/86, Kolpinghuis Nijmegen, ECLI:EU:C:1987:431.

loyalt samarbejde, og art. 288, stk. 3 TEUF, hvorefter direktiver er forpligtende for medlemsstaterne mht. målsætningen.

EU traktaterne har indeholdt bestemmelser om loyalitetspligt siden Rom-traktaten. I Rom-traktaten stod bestemmelsen i art. 5 EØF. Ved Maastricht-traktaten blev den omnummereret til art. 10 EF og ved Lissabon-traktaten fik den sin nuværende formulering som art. 4, stk. 3 TEU. Ordlyden er næsten den samme i dag (2017) som i den oprindelige bestemmelse i Rom-traktaten fra 1957. I den EU-retlige litteratur ses art. 4, stk. 3 TEU som regel som en meget vigtig bestemmelse med nær forbindelse til princippet *pacta sunt servanda*, der er *jus cogens* i folkeretten.³² Artikel 4, stk. 3 TEU er også hjemmel for principperne om EU-rettens forrang og direkte virkning og til nationale domstoles pligt til at rette sig efter EU-Domstolens fortolkning af EU-retten. Pligtssubjekterne i artikel 4, stk. 3 TEU er EU-institutionerne og medlemsstaterne i alle deres funktioner, dvs. som lovgivere, forvaltningsmyndigheder, domstole, offentlige arbejdsgivere og offentlige ordregivere.

Højesteret har som en del af den dømmende magt klart pligt til loyal samarbejde efter art. 4, stk. 3 TEU, herunder pligt til EU-konform fortolkning af al dansk ret på EU-regulerede områder, det vil i Ajos-sagen sige både den dagældende § 2 a, stk. 3 i funktionærloven og tiltrædelsesloven. Det tilkommer EU-Domstolen at fortolke, hvori denne EU-retlige pligt består. Højesteret anlægger i Ajos-sagen en anden fortolkning af hvad contra legem indebærer end den foran beskrevne EU-retlige. Højesterets flertal sætter sig fuldstændigt udover loyalitetspligten i artikel 4, stk. 3 TEU, mens mindretallet stort set overholder denne pligt, se nærmere nedenfor i afsnit 4.

3.4. EU-rettens forrang og direkte virkning

Siden Van Gend en Loos-sagen fra 1963 og COSTA/ENEL-sagen fra 1964³³ har principperne om EU-rettens forrang for og direkte virkning i national ret været veletablerede i EU-retten. Dette var således gældende da Danmark trådte ind i EF, nu EU pr. 1.1.1973. Selv om forrangsprincippet ikke er nævnt i selve traktatteksten, følger det af erklæring 17 til Lissabon-Traktaten, som henviser til EU-domstolens praksis,³⁴ 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-Traktatens ikrafttræden den 1.12.2009, da Chartret fik traktatrang. Det indebærer, at en national regel der strider mod traktaterne og de grundlæggende rettigheder og almindelige retsprinsipper skal være uvirksom og dermed ikke kan anvendes, hverken i vertikale eller horisontale relationer.³⁵

Traktatbestemmelser, der er ubetingede, 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.³⁶ Direktiver har direkte virkning i den vertikale relation, fx som i Ole Andersen-sagen i forholdet mellem en arbejdstager og en offentlig arbejdsgiver, hvis de er ubetingede, klare og præcise, men det er i dag fast praksis, at direktiver ikke har horisontal direkte virkning, se Dori-sagen.³⁷ Det er derfor afgørende i Ajos-sagen, om det almindelige

³² Se Temple Lang, John: Developments, Issues, and New Remedies – The Duties of National Authorities and Courts under Article 10 of the EC Treaty, Fordham International Law Journal 2003 p. 1904 og Klamert, Marcus: The Principle of Loyalty in EU Law, Oxford 2014.

³³ Sag 26/62, van Gend en Loos, EU:C:1963:1 og sag 6/64, Costa/ENEL, EU:C:1964:66.

³⁴ 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.

³⁵ Sag C-157/86, Murphy, EU:C:1988:62.

³⁶ Sag 43/75, Defrenne-II, EU:C:1976:56

³⁷ Sag C-91/92, Dori, EU:C:1994:292.

EU-retlige princip om forbud mod aldersdiskrimination har direkte horisontal virkning i dansk ret.

3.5. EU-domstolens indflydelse på retsdannelsen gennem obiter dictum og fortolkningsstil

EU-Domstolen adskiller sig fra danske domstole ved i sine domme at være mere principorienteret og i ganske høj grad at udtale sig eksplicit om forskellige typer retsakters retskildeværdi.³⁸ EU-Domstolen har i flere tilfælde udtalt meget væsentlige fortolkninger i form af obiter dicta, fx i Marshall-I-sagen,³⁹ hvor den første gang udtalte det, der i dag er fast praksis i EU-retten, at direktiver ikke har horisontal, direkte virkning.⁴⁰

EU-Domstolen anser sine domme for bindende for de nationale domstole, hvilket er nødvendigt for at sikre ensartet anvendelse af EU-retten i alle medlemslande og er hjemlet i artikel 4, stk. 3 TEU om pligten til loyalt samarbejde og kom til udtryk i Atlanta-sagen.⁴¹

EU-Domstolen praktiserer ikke en *stare decisis* doktrin, dvs. en lære om, at dens domme er bindende præjudikater for den selv. EU-domstolen anvender en dynamiske fortolkningsstil således, at EU-domstolen står frit i forhold til tidligere afgørelser. Det sker dog kun sjældent, at EU-Domstolen eksplicit ændrer eller modificerer sin tidligere praksis. Højesteret lagde i sin forelæggelse af præjudicielle spørgsmål i Ajos-sagen op til, at EU-Domstolen burde ændre sin praksis i forhold til Mangold- og Küçükdeveci-sagerne, men det gjorde EU-Domstolen ikke. Tværtimod fastholdt og videreførte den denne praksis, så den i dag må anses for fast praksis.

3.6. Præjudikatværdien af, at EU-domstolens dom er afgjort enstemmigt af Store Afdeling

Ajos-sagen blev afgjort af EU-Domstolens Store Afdeling, jf. artikel 251(1) TEUF. Det styrker præjudikatværdien af afgørelsen. Det er således et dommerkolegium bestående af 13 dommere ved EU-Domstolen, som her fortsætter den retning i integrationen mellem national ret og EU-ret, som har været i gang i de 60 år, der er gået siden Det Europæiske Fællesskab (EF, nu EU) blev oprettet, hvilket ligeledes øger præjudikatværdien af EU-Domstolens afgørelse i Ajos-sagen.

3.7. EU-Domstolens dom er et stærkt præjudikat for, at Chartret har direkte, horisontal virkning

EU-Domstolens dom i Ajos-sagen må i dag (2017) anses som udtryk for fast praksis for, at almindelige EU-retlige principper, herunder dem, der er indeholdt i Chartret, har horisontal, direkte virkning i national ret. Denne praksis, der begyndte med Mangold-dommen fra 2005, blev fastholdt i Küçükdeveci-dommen fra 2010 og er fastholdt og videreført i Ajos sagen, har nu holdt i ca. 12 år og er anerkendt af blandt andre den tyske forfatningsdomstol, EU-Domstolen konkretiserer med sin praksis anvendelsen af artikel 6, stk. 3 TEU. Spørgsmål om

³⁸. I præmis 18 i Grimaldi-sagen, Sag C-322/88, Grimaldi EU:C:1989:646.

³⁹. Sag 152/84, Marshall-I, EU:C:1986:84, hvor den udtalte: 'Med hensyn til argumentet om, at et direktiv ikke kan gøres gældende over for en privat, bemærkes, at ifølge traktaten artikel 189 [nu artikel 288 TEUF] består et direktivs bindende karakter, som er grundlaget for at støtte ret på det ved en national ret, kun i forhold til 'enhver medlemsstat, som det rettes til'. Heraf følger, at et direktiv ikke i sig selv kan skabe forpligtelser for private, og at en direktivbestemmelse derfor ikke som sådan kan påberåbes over for sådanne personer.'

⁴⁰. Se nærmere Neergaard, Ulla og Ruth Nielsen: EU Ret, Kbh. 2016, kap. 5.

⁴¹. Sag C-465/93, Atlanta, EU:C:1995:369.

den horisontale direkte virkning af Chartret har været genstand for megen litterær debat i de senere år i det meste af EU.⁴² En Charterbestemmelse skal for at have direkte horisontal virkning ligesom en traktatbestemmelse være ubetinget og præcis. Det er der mange Charterbestemmelser, der ikke er, men artikel 21 om forbud mod bl.a. aldersdiskrimination opfylder klart dette krav. Dette forbud er fx lige så præcist som forbuddet mod kønsdiskrimination i artikel 157 TEUF om ligeløn, der har haft direkte horisontal virkning siden Defrenne-II-sagen⁴³ fra 1976. Defrenne-II-sagen handlede om et tilfælde, hvor ligelønsprincippet ikke var implementeret i national ret, så det var afgørende, om art. 157 TEUF kunne anvendes direkte som forpligtende for en privat arbejdsgiver, hvilket EU-Domstolen fastslog, at den kunne. Det fremgår af artikel 6, stk. 1, TEU, at EU's Charter om grundlæggende rettigheder har samme juridiske værdi som traktaterne. Ifølge Chartrets artikel 21, stk. 1, er »[e]nhver forskelsbehandling på grund af [...] alder [...] forbudt«. Nina Holst-Christensen⁴⁴ 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.

Der er ikke i Ajos-dommen taget stilling til, hvad der gælder, hvor den EU-regel, en national regel strider mod, findes i et direktiv, der kun har retskildevægt som sekundærregulering. Det er sammenstødet mellem national ret og EU-retlig primærret (det almindelige princip om forbud mod aldersdiskrimination, der nu er kodificeret i Chartret), der er det centrale i Ajos-sagen.

4. Begrænsninger i præjudikatværdien af Højesterets dom i Ajos-sagen

Der medvirkede 9 dommere (7 mænd og 2 kvinder). Alle var enige om, at det ikke var muligt at fortolke den tidligere § 2 a, stk. 3 i funktionærloven EU-konformt. Herefter opstod spørgsmålet, om Højesteret skulle anvende det almindelige EU-retlige princip om forbud mod aldersdiskrimination som direkte forpligtende for en privat arbejdsgiver og undlade at anvende den tidligere § 2 a, stk. 3 i funktionærloven, hvilket EU-Domstolen havde sagt i besvarelsen af de præjudicielle spørgsmål, at Højesteret skulle. I forhold til dette spørgsmål delte Højesteret sig i et flertal på 8 dommere (7 mand og 1 kvinde) og et mindretal på 1 dommer (en kvinde).⁴⁵ Alene det, at dommen er med dissens, svækker dens præjudikatværdi.

Flertallet fandt, at der ikke i den danske tiltrædelseslov, fortolket i lys af forarbejderne til ændringen af loven i forbindelse med Danmarks ratifikation af Maastricht-Traktaten i 1993, var hjemmel til at give det EU-retlige princip om forbud mod aldersdiskrimination direkte virkning med forrang for dansk ret i den horisontale relation mellem to private. Mindretallet fandt derimod, at der i tiltrædelsesloven er den fornødne hjemmel til at undlade at anvende bestemmelsen i den dagældende funktionærlovs § 2 a, stk. 3, i sagen, og at danske domstole ikke herved ville handle uden for rammerne af deres beføjelse som dømmende magt.

Flertallet udtalte som et obiter dictum, at principper, der er udviklet eller fastlagt på grundlag af TEU artikel 6, stk. 3, efter tiltrædelsesloven ikke er gjort umiddelbart anvendelige i Danmark. Tilsvarende gælder, at bestemmelserne i Chartret, herunder Chartrets artikel 21

⁴² Se Frantziou, Eleni: The Horizontal Effect of the Charter of Fundamental Rights of the EU: Rediscovering the Reasons for Horizontality, *European Law Journal* 2015 s. 657 ff. med henvisninger til den europæiske litteratur.

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

⁴⁴ Nina Holst-Christensen; EU-Chartrets horisontale direkte virkning i Eva Ersbøl (red.); EU's Charter i et menneskeretligt krydsfelt, Kbh. 2016 s. 225.

⁴⁵ Se om kønnets betydning for, hvordan dommere dømmer, Christina D. Tvarnø og Ruth Nielsen: *Retskilder og Retsteorier*, kap. 12, Kbh. 2017 (under udgivelse).

om ikke-forskelsbehandling, efter tiltrædelsesloven ikke er gjort umiddelbart anvendelige her i landet. Mindretallet udtalte sig ikke om Chartrets retsvirkninger i Danmark.

Nedenfor analyseres flertallets og mindretallets afgørelser i Ajos-sagen i lyset af EU-retten og det vurderes i hvert enkelt afsnit, hvorvidt afgørelsen i Ajos-sagen kan anses som et præjudikat, dels i forhold til flertallets udtalelse om EU's Charter, dels i forhold til loyalitetspligten i artikel 4, stk. 3 TEU, dels i forhold til pligten til EU-konform fortolkning af såvel funktionærloven som tiltrædelsesloven. Det vurderes også, om flertallet og mindretallet følger Højesterets tidligere praksis om forholdet mellem EU ret og dansk ret i dommene om ratifikation af Maastricht-Traktaten⁴⁶ og Lissabon-Traktaten.⁴⁷

4.1. Danske domstoles dobbeltrolle på EU-regulerede områder: både nationale domstole og fællesskabsdomstole

På EU-regulerede områder er nationale domstole også fællesskabs-domstole efter artikel 4, stk. 3 TEU om pligt til loyalt samarbejde.⁴⁸ Mindretallet påtager sig denne dobbeltrolle, mens flertallet helt overvejende spiller rollen som dansk domstol og ser bort fra sine forpligtelser som fællesskabsdomstol. Hvis flertallet i Højesteret havde ageret som den tyske forfatningsdomstol, ville flertallet i højere grad have opfyldt kravene i artikel 267 TEUF, der foreskriver et samarbejde mellem nationale judicielle organer og EU-Domstolen, gennem præjudicielle sager, hvorved EU-domstolen hjælper de nationale domstole med at anvende EU-retten på en ensartet måde. I Ajos-sagen anviste EU-domstolen gennem den præjudicielle afgørelse, efter hvilke principper Højesteret skulle fortolke national ret. Det var kun mindretallet i Højesteret, som agerede som fællesskabsdomstol i Ajos-sagen. Flertallet overholdt ikke artikel 4, stk. 3 TEUF, hvilket svækker præjudikatværdien af flertallets afgørelse.

4.2. Flertallets udtalelse om Chartrets manglende direkte, horisontale virkning er kun et obiter dictum

Afskedigelsen i Ajos-sagen skete efter vedtagelsen af, men før Lissabon-Traktatens ikrafttræden og Chartret om grundlæggende rettigheders opståen i det EU-retlige retskildehierarki. Ved Lissabon-traktatens ikrafttræden blev Chartret om grundlæggende rettigheder løftet i det EU-retlige retskildehierarki fra soft law til traktatrang. Som nævnt ovenfor falder artikel 21 i EU's charter om grundlæggende rettigheder ikke ind under Ajos-sagens almindelige karakter, hvilket fremgår eksplicit af dommens konklusion, hvorfor der er tale om et obiter dictum, når Højesteret udtaler at:

... bestemmelserne i charteret, herunder charterets artikel 21 om ikke-forskelsbehandling, efter tiltrædelsesloven ikke er gjort umiddelbart anvendelige her i landet.⁴⁹

Det er sjældent, at danske afgørelser indeholder obiter dictum og de almindelige danske domstole undgår normalt udtalelser som obiter dicta.⁵⁰ Obiter dictum defineres i den juridiske litteratur som en udtalelse, der ikke er nødvendig for at begrunde dommens resultat og som det

⁴⁶ U 1998.800 H.

⁴⁷ U 2013.1451 H.

⁴⁸ Se fx generaladvokatens udtalelse i *Jongeneel Kaas*-sagen 237/82, EU:C:1984:44.

⁴⁹ Dommen s. 42

⁵⁰ Sml. Jensen, Torben: Domstolenes retsskabende, retsudfyldende og responderende virksomhed, U 1990 B 441.

således ikke er nødvendigt at tage stilling til for, at dommens resultat kunne nås.⁵¹ Obiter dicta opfattes derfor ikke som præjudikater, men som udtalelser ”i forbifarten”.⁵² I modsætning til en doms ratio decidendi (*den* regel, der er lagt til grund for afgørelsen i den konkrete sag) er en doms obiter dictum således udtalelser om retsspørgsmål, som ikke har haft afgørende betydning for afgørelsen i den konkrete sag. I fransk ret er det i henhold til Code Civil artikel 5 ikke tilladt, at domstolene opstiller almindelige regler i en afgørelse.⁵³ I Common Law er udtalelser af bred karakter uden betydning for kommende tilfælde⁵⁴ og det er generelt i den internationale retsvidenskab opfattelsen, at obiter dicta ikke skaber præcedens, det gør alene dommens ratio decidendi.⁵⁵

I Ajos-sagen er det afgørende derfor dansk rets uoverensstemmelse med en grundlægende ret, der på det for sagen afgørende tidspunkt fremgik af det almindelige EU-retlige princip om forbud mod aldersdiskrimination, der var en del af primærretten. Det hovedspørgsmål, Højesteret stillede EU-Domstolen, var, hvilken betydning hensynet til arbejdsgiverens (Ajos') retssikkerhed har over for princippet om forbud mod aldersdiskrimination. I forhold til tilsvarende sager, der opstår efter den 1. december 2009, er det relevante spørgsmål, hvornår artikel 21 i EU's Charter om grundlæggende rettigheder gælder i sager for de danske domstole.⁵⁶

Ud fra den juridiske tradition og retslitteraturen er Højesterets bemærkning angående chartrets artikel 21 et obiter dictum, der normalt ikke tillægges præjudikatværdi.

4.3. Højesterets fortolkning af tiltrædelsesloven, særlig ændringerne i forbindelse med Danmarks ratifikation af Maastricht-Traktaten

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, nu EU. Ratifikationen i Danmark skete efter grundlovens § 20 og omfattede vedtagelse i Folketinget af 3 love og 2 folkeafstemninger i henholdsvis 1992 og 1993. Den 2. juni 1992 stemte et flertal på 50,7 % af danskerne nej til Maastricht-traktaten.

Herefter blev der indgået et såkaldt nationalt kompromis⁵⁷ og en traktat mellem Danmark og de andre medlemslande i EU (Edinburgh-aftalen) om, at Danmark kunne ratificere Maastricht-traktaten med fire forbehold vedrørende unionsborgerskabet, den fælles

⁵¹ Torstein Eckhoff, Rettskildelære, 5. Udgave, 2001.

⁵² Morten Wegener, Juridisk metode, 3. Udgave, København, 2000, s. 105.

⁵³ Ole Lando, Kort indføring i komparativ ret, 2. Udgave, København, 2004, s. 32.

⁵⁴ Ibid, s. 97.

⁵⁵ Alf Ross, Om ret og retfærdighed, 1953, København, s. 103 og Preben Stuer Lauridsen, Om ret og retsvidenskab, Gyldendal, 1992, s. 144. WE. Von Eyben nævner i Juridisk Grundbog III, 1975, dommen U1942.278H, der omhandler et skatteretligt obiter dictum, der efterfølgende fik betydning for senere landsskatteretspraksis, se s. 638.

⁵⁶ Se herom Niels Fenger: Hvornår gælder EU's Charter om grundlæggende rettigheder i sager for de danske domstole?, Juristen 2015 s 168 ff. og Ole Hasselbalch: Ret, uret og EU-ret, U.2015, B.s. 53. Se endvidere Peers, Hervey, Kenner and Ward (eds.): The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary, London 2014, Jonas Christoffersen: EU's Charter om grundlæggende rettigheder med kommentarer, Kbh. 2014. Ruth Nielsen and Christina D. Tvarnø: Danish Supreme Court infringes the EU Treaties by its ruling in the Ajos case, ERT, 2017 No 2 samt EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights: Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, tilgængelig på http://ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/files/networkcommentaryfinal_en.pdf.

⁵⁷ 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.

forsvarspolitik, tredje fase af ØMU'en (den fælles valuta euroen) og samarbejdet om retlige og indre anliggender. 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-aftalen) indebar suverænitetsafgivelse 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-Aftalen, blev indføjet i § 4. Der blev ikke i lovteksten taget noget forbehold vedrørende artikel 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-aftalen sat ind i tiltrædelseslovens § 4. Som det ses, indeholder tiltrædelsesloven bestemmelser i §§2 og 4, der afgiver suverænitet fra Danmark til EU og bestemmelser i §§ 3 og 4, der i overensstemmelse med den dualistiske tradition, se om denne nedenfor i afsnit 5, inkorporerer en række EU-regler i dansk ret med de retsvirkninger, de har ifølge EU-retten.

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. Artikel 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 deler sig ved fortolkning af tiltrædelsesloven i det foran nævnte flertal og mindretal. Flertallet antager, at artikel 6, stk. 3 TEU ikke er omfattet af kompetenceoverførslen (suverænitetsafgivelsen) fra Danmark til EU. Det strider, som det fremgår af ovenstående, mod tiltrædelseslovens klare ordlyd. Til støtte for sin fortolkning anfører flertallet en bemærkning i forarbejderne til ændringen af Tiltrædelsesloven i 1993,⁵⁸ hvorefter det fremgår, at:

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 flertallets hovedargument for, at artikel 6, stk. 3 TEU ikke er omfattet af suverænitetsafgivelsen i tiltrædelsesloven. Den dominerende metafor ved beskrivelse af strukturen i EU⁵⁹ 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)⁶⁰ samt en overliggende med generelle principper, herunder princippet om forbud mod aldersdiskrimination, og en underliggende med visse fælles og afsluttende bestemmelser. Mindretallet finder, at princippet om forbud mod diskrimination pga. alder er omfattet af de traktater mv., der er nævnt i tiltrædelseslovens § 4.

Den citerede udtalelse i bemærkningerne er efter vor vurdering ikke et tilstrækkeligt argument for, at artikel 6, stk. 3 TEU ikke skulle være omfattet af tiltrædelsesloven, hvis ordlyd uden vanskelighed – som gjort af mindretallet – kan fortolkes EU-konformt. Hverken flertallet eller mindretallet diskuterer pligten til EU-konform fortolkning i forhold til tiltrædelsesloven, hvilket i vore øjne er en mangel, se nedenfor i afsnit 4.4..

4.4. Højesterets anvendelse af princippet om EU-konform fortolkning

4.4.1. Højesteret overser pligten til EU-konform fortolkning af tiltrædelsesloven

Pligten til EU-konform fortolkning i henhold til artikel 288 TEUF, stk. 3, vedrører kun direktivers virkning, mens pligten til EU-konform fortolkning i henhold til artikel 4, stk. 3, TEU om pligten til loyalt samarbejde gælder i forhold til en hvilken som helst EU-retlig retskildetype,⁶¹ fx primærretlige regler som det almindelige EU-retlige princip om forbud

⁵⁸ Folketingstidende 1992-93, tillæg A, L 176, sp. 6697 f. smh. sp. 6467.

⁵⁹ Se Ulla Neergaard og Ruth Nielsen: EU Ret, Kbh. 2016, kap. 1.

⁶⁰ 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.

⁶¹ Se nærmere Christina D. Tvarnø og Ruth Nielsen, Retskilder og retsteorier, 4. udgave, 2017 (under udgivelse) kap. 3.

mod forskelsbehandling pga. alder, som der er tale om i forhold til den tidligere § 2 a, stk. 3 i funktionærloven eller de almindelige principper om EU-rettens forrang og direkte virkning, som Danmark gennemfører i tiltrædelsesloven. Hverken flertallet eller mindretallet nævner princippet om EU-konform fortolkning i relation til tiltrædelsesloven, men mindretallet fortolker faktisk tiltrædelsesloven ud fra ordlyden på en måde, der stemmer med EU-retten. Det gør flertallet derimod ikke.

Flertallet i Højesteret overser, at alle dele af dansk ret skal fortolkes EU-konformt. EU-Domstolen henviser i sin hidtidige praksis vedrørende EU-konform fortolkning som nævnt både til artikel 4, stk. 3, TEU om pligten til loyalt samarbejde, der gælder i relation til alle EU-retlige retskildetyper, og artikel 288, stk. 3 TEUF om direktivers forpligtende virkning. Man kan få det indtryk, at Højesterets flertal tror, at pligten til EU-konform fortolkning kun gælder danske retskilder, der implementerer EU-direktiver.

Det følger af EU-Domstolens praksis,⁶² at der er pligt til EU-konform fortolkning af dansk ret på alle EU-regulerede områder. En EU-konform fortolkning af tiltrædelseslovens tekst i §§ 3 og 4 kunne – som antaget af mindretallet – have ført til, at det grundlæggende princip om forbud mod aldersdiskrimination var en del af de traktater, der er nævnt i tiltrædelseslovens § 4, og dermed havde direkte virkning. Det er efter forfatternes mening en fejl, at Højesteret ikke fortolkede tiltrædelsesloven EU-konformt.

Flertallet i Højesteret burde have set forarbejderne til tiltrædelsesloven og deres betydning for resultatet af Ajos-sagen i lyset af Björnekulla-sagen.⁶³ Björnekulla-sagen omtales ikke i dommen, til trods for, at den omhandler uoverensstemmelse mellem ordlyden i en EU retsakt (et direktiv) og svenske forarbejder til en svensk lov om gennemførelse af et direktiv.

Björnekulla-sagen omhandlede et horisontalt retsforhold og EU-Domstolen udtalte, at: *når en national ret skal fortolke nationale retsforordninger ... er den forpligtet til, i videst muligt omfang at fortolke dem i lyset af direktivets ordlyd og formål og at fremkalde det med direktivet tilsigtede resultat ... uanset at der i forarbejderne til den nationale bestemmelse findes elementer, der kunne føre til en anden fortolkning.*⁶⁴

Det er efter forfatternes mening forkert, at flertallet i Højesteret lægger større vægt på forarbejderne til tiltrædelsesloven end på lovens tekst. En EU-konform fortolkning af ordlyden i tiltrædelseslovens §§ 3 og 4 ville føre til, at de generelle principper i EU-retten, som defineret af EU-Domstolen gælder i dansk ret med direkte virkning i det omfang, de har direkte virkning i henhold til EU-retten.

4.4.2. Højesteret og EU-konform fortolkning af funktionærlovens § 2 a, stk. 3

Den ordlyd i funktionærlovens § 2 a, stk. 3, der var tale om at fortolke EU-konformt i Ajos-sagen, lyder således:

»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 i den konkrete sag«.

Den direktivkonforme fortolkning går ud på, at dette kun gælder, hvis arbejdstageren faktisk oppebærer pension fra arbejdsgiveren, mens hun eller han bevarer retten til fratrædelsesgodtgørelse, hvis den pågældende bliver på arbejdsmarkedet og ikke gør brug af retten til at gå på pension. Den fortolkning, Højesteret hidtil har anlagt i sin retspraksis, og

⁶² Mangold-sagen, præmis 78.

⁶³ *Björnekulla*, C-371/02, EU:C:2004:275.

⁶⁴ *Björnekulla*, punkt 13.

som fastholdes i Ajos-sagen af både flertallet og mindretallet, går ud på, at fratrædelsesgodtgørelsen bortfalder, både når arbejdstageren faktisk er gået på pension, og når hun eller han har ret til at få pension, men faktisk vælger ikke at gå på pension og bliver på arbejdsmarkedet. I vore øjne stemmer den direktivkonforme fortolkning bedre med ordlyden end Højesterets fortolkning. Vi er derfor enige med generaladvokat Kokott, der i Ole Andersen-sagen udtalte, at ordlyden var forenelig med en direktivkonform fortolkning.⁶⁵ I Ajos-dommen udtalte EU-Domstolen, som nævnt, at kravet om EU-konform fortolkning medfører en forpligtelse for de nationale domstole til i givet fald at ændre en fast retspraksis, hvis denne er baseret på en fortolkning af national ret, som er uforenelig med et direktiv.⁶⁶

4.5. Højesteretsdommen har givet anledning til megen debat i det juridiske fagmiljø

Højesterets dom i Ajos-sagen 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. I februar 2017 publicerede Ugeskrift for Retsvæsen en artikel af Jens Kristiansen,⁶⁷ der er stærkt positiv over for Højesterets dom. Der er ved at blive trykt et par artikler om dommen,⁶⁸ og der er yderligere artikler på vej.

Jens Kristiansen antager, at Højesterets dom er skelsættende og er et afgørende præjudikat for den regel, at Chartret ikke har horisontal, direkte virkning i Danmark. Vores konklusion er modsat, at Højesterets dom ikke er skelsættende og, at den ikke kan anerkendes som præjudikat for, at Chartret ikke har horisontal, direkte virkning i Danmark. EU-Domstolen havde allerede ved Mangold-sagen i 2005 afgjort, med hjemmel i artikel 6 TEU, der kom ind i traktatkomplekset ved Maastricht-traktaten, at princippet om forbud mod diskrimination pga. alder var gældende i EU-retten.⁶⁹ Der er således ikke tale om en ny kompetence indført ved indførelsen af Lissabon-Traktaten, hvor Chartret fik traktatrang, men en videreførelse af den kompetence, som EU-Domstolen allerede havde benyttet dels i forhold til forbuddet mod diskrimination pga. alder, dels i sine langt tidligere sager om direkte virkning, forrang og EU-konform fortolkning. Det er efter forfatterens mening netop sådanne afgørelser, der er årsagen til, at Chartret ikke kan antages at indføre nye eller udvidede kompetencer, da disse allerede var overladt og accepteret ved såvel Danmarks tiltrædelse til EF i 1973 som ved Maastricht- og Amsterdam - Traktaterne, og således naturligvis også ved Lissabon-traktaten.

Jens Kristiansen konkluderer, *"Højesteret har- med støtte i forarbejderne til tiltrædelsesloven – reelt fastslået, at der gælder 'et femte EU-forbehold'."* Dette mener forfatterne er direkte forkert. Traktatforbehold kan både formelt og reelt kun indføres ved traktat eller folkeretlig sædvane.

Gode præjudikater bliver normalt modtaget uden nævneværdig modsigelse i det juridiske

⁶⁵ Sag C-499/08, Ole Andersen, Generaladvokatens udtalelse EU:C:2010:248.

⁶⁶ Se også 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.

⁶⁷ Jens Kristiansen, Grænser for EU-rettens umiddelbare anvendelighed i dansk ret – Om Højesterets dom i Ajos-sagen, U 2017 B 75. Se for en kritik af dommen Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø: Højesteret begår traktatbrud – om Højesterets dom i Ajos-sagen, publiceret på CBSOpenAccess under overskriften Det afviste manuskript i Ajos-debatten, tilgængelig på <http://openarchive.cbs.dk/handle/10398/9471>.

⁶⁸ Se Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø: Danish Supreme Court infringes the EU Treaties by its ruling in the Ajos case, ERT (Europarättsligt Tidskrift) 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, European Law Journal No 1 2017.

⁶⁹ Den tyske forfatningsdomstol erklærede sig enig i dette i 2010 (efter tvisten var opstået i Ajos-sagen). Mangold-sagen havde dog påvist horisontal direkte virkning inden Ajos-sagen blev aktuel.

fagmiljø. Den megen debat, Højesterets dom i Ajos-sagen har givet anledning til, er i sig selv et argument for, at flertalsafgørelsen kun i mindre grad kommer til at virke som præjudikat.

4.6. Mindretallet i Højesteret

Mindretallet lægger vægt på, at EU-Domstolen allerede i Mangold-sagen, som led i sin retsskabende virksomhed fastslog, at det almindelige EU-retlige princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder er en del af primærretten og har haft umiddelbar virkning i dansk ret siden 2005. Mindretallet henviser endvidere til EU-domstolens afgørelse i Defrenne-II-sagen fra 1976, hvorefter traktatbestemmelser kan have direkte virkning over for private.

Derudover lægger mindretallet vægt på, at princippet om forbud mod diskrimination pga. alder må anses for omfattet af suverænitetsafgivelsen i tiltrædelseslovens § 4, hvilket mindretallet begrundet i Højesterets praksis i Maastricht-dommen⁷⁰ og Lissabon-dommen,⁷¹ hvor det blev lagt til grund, ”at det ikke i sig selv er uforeneligt med bestemmelseskravet i grundlovens § 20 eller i strid med de forudsætninger, som er lagt til grund ved tiltrædelsesloven, at EU-Domstolen ved fortolkning af traktaten også lægger vægt på andre fortolknings-momenter end en bestemmelses ordlyd, herunder traktatens formål. Det samme gælder domstolens retsskabende virksomhed.”

Højesteret udtalte i Maastricht-sagen enstemmigt med 11 dommere om spørgsmålet om danske domstoles adgang til at tilsidesætte EU-regler, der strider mod dansk ret, at de danske domstole (vor kursivering):

ikke kan fratages adgangen til at prøve spørgsmål om, hvorvidt en EF-retsakt overskrider grænserne for den ved tiltrædelsesloven foretagne suverænitetsafgivelse. 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 suverænitetsafgivelsen ifølge tiltrædelsesloven. Tilsvarende gælder med hensyn til fællesskabsretlige regler og retsprincipper, som beror på EF-domstolens praksis.

I Lissabon-sagen videreførtes dette standpunkt enstemmigt af 11 dommere. Mindretallet i Ajos-sagen udtaler, at flertallets afgørelse fraviger de krav om ekstraordinær situation og sikker overskridelse af suverænitetsafgivelsen i tiltrædelsesloven, Højesteret selv formulerede – enstemmigt under medvirken af mange dommere i Maastricht- og Lissabon-dommene. Forfatterne af nærværende artikel er enige i denne opfattelse. Flertallet nævner ikke Maastricht- og Lissabon-dommene, der var påberåbt af arbejdstageren, og giver således ingen begrundelse for ændringen af højesteretspraksis.

5. Dualistisk og monistisk forståelsesramme for forholdet mellem dansk ret og EU ret

Udtrykkene monisme og dualisme er teoretiske begreber, der blev udviklet i den stats- og folkeretlig litteratur i slutningen af det 19. og begyndelsen af det 20. århundrede.⁷² De anvendes ofte i en vag betydning, der varierer fra forfatter til forfatter. Udtrykt i generelle

⁷⁰ U 1998.800 H. Maastricht-traktaten blev ratificeret efter grundlovens § 20. Sagsøgerne mente, at det burde være sket ved en grundlovsændring. Det synspunkt fik de ikke medhold i.

⁷¹ U 2013.1451 H. Lissabon-traktaten blev ratificeret efter grundlovens § 19. Sagsøgerne mente, at det burde være sket efter grundlovens § 20. Det synspunkt fik de ikke medhold i.

⁷² Se herom Christina D. Tvarnø og Ruth Nielsen: Retskilder og retsteorier, kap. 3, Kbh. 2017 (under udgivelse).

vendinger refererer dualisme til ideen om, at national ret og folkeretten er selvstændige juridiske ordner. I modsætning hertil refererer monisme til den opfattelse, at national og international ret begge er komponenter af et og samme retssystem. Anvendt på forholdet mellem dansk ret og EU ret indebærer en dualistisk tilgang, at der anlægges en enten-eller synsvinkel, enten er en retsregel dansk ret eller den er EU ret, mens en monistisk tilgang indebærer, at der anlægges en både-og synsvinkel. Gældende dansk ret beror på EU-regulerede område på en integreret anvendelse af danske og EU-retlige retskilder, dvs. retten i Danmark er baseret både på danske retskilder og på EU retlige retskilder

Ifølge den monistiske teori udgør international ret og national ret ét sammenhængende retssystem, således at internationale regler ikke behøver at inkorporeres eller omskrives for at blive en del af national ret, men automatisk ved påtagelsen af den internationale forpligtelse bliver en del af national ret. De fleste kontinentaleuropæiske lande er overvejende monistiske.

Efter den dualistiske teori udgør international ret og national ret derimod to principielt adskilte systemer. International ret 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. januar 1973 overvejende den dualistiske teori om forholdet mellem nationale retskilder og retskilder af international artikel. I sager for nationale domstole antoges danske retskilder at have forrang for internationale retskilder. Som nævnt foran skete der ved tiltrædelsesloven en inkorporering af EU-retten i dansk ret.

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.⁷³ 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 TEU. Højesteret går i Ajos-dommen længere i dualistisk retning end det hidtil har været sædvanligt. Det svækker efter vores vurdering dommens egnethed som præjudikat. Den er et skridt i den modsatte retning af den almindelige tendens i retsudviklingen, herunder den udvikling, Højesteret har fremmet med dommene i Maastricht-sagen og Lissabon-sagen, se herom foran i afsnit 4.6.

Den 1. januar 1958 blev Det Europæiske Økonomiske Fællesskab (EØF) oprettet af 6 kontinentaleuropæiske lande (Tyskland, Frankrig, Italien, Belgien, Holland og Luxembourg, 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 1934,⁷⁴ 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, 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

⁷³ Se Ole Espersen: Indgåelse og opfyldelse af traktater, Kbh. 1970.

⁷⁴ Se Hans Kelsen: *Introduction to the Problems of Legal Theory* (A Translation of the First edition of *Reine Rechtslehre* 1934), Oxford 1992 s. 99.

fra 1964⁷⁵ 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 pligtskabende 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.

6. Konklusion

På baggrund af ovenstående analyser i artiklen konkluderes det, at EU-Domstolens dom i Ajos-sagen er et klart præjudikat for, at Chartret har direkte horisontal virkning i national ret på samme vilkår som andre traktatbestemmelser, mens der er en række begrænsninger i Højesteretsdommens egnethed som præjudikat.

Flertallet i Højesteret sætter efter forfatterens mening ikke nye grænser for Chartrets direkte horisontale virkning i Danmark. Udtalelsen om Chartret er et obiter dictum fra flertallet i en dom med dissens, hvor flertallet sætter sig ud over de grundlæggende EU-retlige principper om loyalt samarbejde (artikel 4, stk. 3 TEU), forrang, direkte virkning og EU-konform fortolkning.

Rækkevidden af flertalsafgørelsen for så vidt angår det arbejdsretlige spørgsmål er begrænset til sager før ændringen af funktionærlovens § 2 a, stk. 3 fra 1 februar 2015. Der er således i en arbejdsretlig sammenhæng ikke tale om en skelsættende dom. Det i arbejdsretlig henseende skelsættende er lovændringen i 2015, hvor den danske lovgiver demonstrerede sin vilje til at anerkende det almindelige, EU-retlige princip om forbud mod diskrimination pga. alder.

⁷⁵ Sag 26/62, van Gend en Loos, EU:C:1963:1 og sag 6/64, Costa/ENEL, EU:C:1964:66.