

Aldersdiskrimination på det danske arbejdsmarked

Age Discrimination in the Danish Labour Market

Anastasia T.J. Nordensgaard

20-04-2012

Vejledere: Ruth Nielsen og Niels Ploug

Antal tegn: 12 figurer á 800 tegn + 172.273 anslag = 181.873 tegn = 79,94 normalsider

Indholdsfortegnelse

LISTE OVER DIAGRAMMER OG GRAFER	7
SUMMARY.....	8
FORKORTESESLISTE.....	9
1 KAPITEL 1. PROBLEMSTILLING	10
1.1 Indledning.....	10
1.2 Emne	11
1.3 Baggrund og begrundelse.....	11
1.4 Synsvinkel	11
1.5 Problemformulering	11
1.5.1 Jura.....	11
1.5.2 Økonomi.....	12
1.5.3 Integreret	12
1.6 Teori.....	12
1.6.1 Juridisk teori	12
1.6.2 Økonomisk teori	12
1.7 Metode.....	13
1.7.1 Juridisk metode.....	13
1.7.1.1 Retskildelære	13
1.7.1.1.1 Regulering	13
1.7.1.1.2 Retspraksis.....	14
1.7.1.2 Retsdogmatik.....	14
1.7.1.3 Forholdet mellem EU-ret og national ret.....	15
1.7.1.3.1 EU-rettens forrang.....	15
1.7.1.3.2 EU konform fortolkning	15
1.7.1.3.3 Betydning for afhandlingen	15
1.7.2 Økonomisk metode.....	16
1.7.3 Integreret metode.....	16
1.8 Afgrænsninger	16
1.8.1 Juridiske afgrænsninger	16
1.8.2 Økonomiske afgrænsninger.....	17
1.9 Struktur.....	18

2	KAPITEL 2. JURIDISK ANALYSE DEL 1 - EU-RET.....	19
2.1	Indledning.....	19
2.2	Charteret om grundlæggende rettigheder	19
2.3	Beskæftigelsesdirektivet	20
2.3.1	Præambler; Betragtning 4 og 25.....	20
2.3.2	Art. 1 og art. 2, forbud mod forskelsbehandling	20
2.3.3	Art. 6, undtagelse til forbuddet mod forskelsbehandling pga. alder.....	21
2.3.4	Art. 3, anvendelsesområde	21
2.4	EU-Domstolens retspraksis	21
2.4.1	Det EU-retlige princip om forbuddet mod forskelsbehandling pga. alder.....	22
2.4.1.1	Kritik af Mangold-sagen	23
2.4.1.1.1	Fastholdelse af praksis i Mangold-sagen.....	24
2.4.2	EU-Domstolens test	24
2.4.2.1	Anvendelsesområdet	25
2.4.2.2	Alderskriteriet	26
2.4.2.3	Retfærdiggørelse.....	27
2.4.2.3.1	Objektivt og rimeligt begrundet i et legitimt formål	27
2.4.2.3.2	Proportionalitet	29
2.4.2.4	Opsummering	31
2.4.3	Ole Andersen-sagen.....	32
2.4.3.1	Retsvirkning af Ole Andersen-sagen	32
2.4.3.1.1	Obiter dictum	33
2.5	Foreløbige forholdsregler og sanktionsmuligheder	33
2.6	Håndhævelse.....	34
2.7	Medlemsstaternes erstatningsansvar	34
2.8	Delkonklusion.....	34
3	KAPITEL 3. JURIDISK ANALYSE DEL 2 – DANSK RET	35
3.1	Indledning.....	35
3.2	FSBL § 7	35
3.3	U.2012.341V	36
3.3.1	Retsvirkning af U.2012.341V.....	36
3.4	FUL § 2a.....	37
3.4.1	Baggrunden for FUL § 2a	37
3.4.2	Formålet med FUL § 2a.....	37

3.4.3	Retten til fratrædelsesgodtgørelse - Indholdet af FUL § 2a, stk. 1.....	38
3.4.4	Kort om FUL § 2a, stk. 3	39
3.4.5	Indholdet af FUL § 2a, stk. 2.....	39
3.4.6	Ligebehandlingsnævnets afgørelse i sag 127/2011	40
3.4.7	Ligebehandlingsnævnets afgørelse i sag 219/2012 og 220/2012	41
3.4.8	Test af FUL § 2a, stk. 2.....	42
3.4.8.1	Finder EU-retten anvendelse?.....	42
3.4.8.2	Opfylder FUL § 2a, stk. 2 alderskriteriet?.....	42
3.4.8.3	Kan den ulige behandling pga. alder retfærdiggøres?.....	43
3.4.8.3.1	Objektivt og rimeligt begrundet legitimt formål	43
3.4.8.3.2	Proportionalitet	44
3.5	FUL § 2b	47
3.5.1	Baggrunden for FUL § 2b	47
3.5.2	Formålet med FUL § 2b.....	48
3.5.3	Indholdet af FUL § 2b.....	48
3.5.4	Baggrunden for 30 års grænsen i FUL § 2b, stk. 1, 3 pkt.	48
3.5.5	Indholdet af FUL § 2b, stk. 1, 3.pkt.....	49
3.5.6	Test af FUL § 2b, stk. 1, 3. pkt.....	49
3.5.6.1	Finder EU-retten anvendelse?.....	49
3.5.6.2	Opfylder FUL § 2b, stk. 1, 3. pkt. alderskriteriet?.....	49
3.5.6.3	Kan denne ulige behandling retfærdiggøres?	50
3.5.6.3.1	Objektivt og rimeligt begrundet legitimt formål	50
3.5.6.3.2	Proportionalitet	50
3.6	Delkonklusion.....	52
4	KAPITEL 4. ØKONOMISK ANALYSE DEL 1. TEORI.....	53
4.1	Indledning.....	53
4.2	Antagelser.....	53
4.2.1	Alder og produktivitet	53
4.2.2	Fuldkommen konkurrence på arbejdsmarkedet.....	54
4.3	Human capital teori.....	55
4.3.1	Typer af investering, generel og specifik	55
4.4	Deferred compensation teori	56
4.5	Incentamenter til aldersdiskrimination	57
4.5.1	Virksomhedens økonomiske rationale	58

4.5.1.1	Human capital teori og aldersdiskrimination.....	58
4.5.1.2	Deferred compensation og aldersdiskrimination	58
4.5.1.3	Kritik af virksomhedens økonomiske rationale	59
4.5.1.4	Opsummering på virksomhedens økonomiske rationale.....	60
4.5.2	Imperfekt information	60
4.5.2.1	Stereotyper.....	60
4.5.2.2	Statistisk diskrimination	60
4.5.3	Lavere ansættelsessikkerhed for ældre medarbejdere	61
4.5.3.1	For meget social sikkerhed.....	61
4.5.3.1.1	Fratrædelsesgodtgørelse	62
4.5.3.2	Det ungdomsdominerede arbejdsmarked	62
4.6	Delkonklusion på teorien	62
5	KAPITEL 5. ØKONOMISK ANALYSE DEL 2 - STATISTIK	64
5.1	Indledning.....	64
5.2	Retspraksis.....	64
5.2.1	Udvælgelse af data.....	64
5.2.1.1	Skævhed	65
5.2.2	Antal sager ved Ligebehandlingsnævnet	66
5.2.3	Antal sager ved de danske domstole	66
5.2.4	Antal sager ved EU-Domstolen.....	68
5.2.5	Sammenfattende om antal sager om aldersdiskrimination.....	69
5.2.6	Opsummering - Retspraksis	69
5.3	Arbejdsmarkedsstatistik	70
5.3.1	Udvælgelse af data.....	70
5.3.1.1	Skævhed	70
5.3.2	Beskæftigelsesstatus	71
5.3.2.1	Erhvervs- og beskæftigelsesfrekvens	71
5.3.2.2	AKU ledighedsprocent.....	72
5.3.2.3	Personer i alderen 55-64 år.....	73
5.3.2.4	Opsummering - Beskæftigelsesstatus	74
5.3.3	Fraværstatistik	75
5.3.4	Arbejdstidsønske.....	77
5.3.5	Folkepension.....	77
5.3.6	Opsummering på arbejdsmarkedsstatistik.....	79

5.4	Delkonklusion.....	79
6	KAPITEL 6. INTEGRERET ANALYSE	81
6.1	Indledning.....	81
6.2	Retspolitisk analyse af bestemmelserne i FUL.....	81
6.2.1	Hvad bør være reaktionen på Ole Andersen-sagen	81
6.2.2	Forslag til ændring af FUL § 2a, stk. 3	82
6.2.3	Forslag til ændring af FUL § 2a, stk. 2	82
6.2.4	Forslag til ændring af FUL § 2b, stk. 1, 3 pkt.	82
6.3	Efficiens analyse	83
6.3.1	Diskussion af begrebet efficiens.....	83
6.3.2	Efficiens af de foreslåede ændringer	83
6.3.3	Bevisbyrde i FUL § 2a, stk. 2 og 3	84
6.4	Tidsmæssig udstrækning af Ole Andersen-sagen.....	85
6.5	Delkonklusion.....	86
7	KAPITEL 7. KONKLUSION.....	87
	PERSPEKTIVERING.....	88
	LITTERATURLISTE	89
	JURA	89
	Artikler.....	89
	Bøger	89
	Direktiver.....	89
	Domme	90
	Love.....	91
	Lovforslag.....	92
	Traktater.....	92
	ØKONOMI	92
	Artikler.....	92
	Bøger	93
	Hjemmesider	94
	BILAG 1.....	95

LISTE OVER DIAGRAMMER OG GRAFER

Diagram 1: Antal sager ved Ligebehandlingsnævnet	66
Diagram 2: Antal sager ved de danske domstole.....	67
Diagram 3: Antal anlagte og afsagte sager ved EU-Domstolen	68
Diagram 4: Samlet antal afsagte sager om alder	69
Diagram 5: Erhvervs- og beskæftigelsesfrekvens for personer i alderen 35-64 år.....	71
Diagram 6: AKU ledighedsprocent for personer i alderen 35-64 år.....	72
Diagram 7: Beskæftigelsesstatus for personer i alderen 55-64 år	73
Diagram 8: AKU ledighedsprocent for personer i alderen 55-64 år.....	74
Graf 1: Fravær (egen sygdom) i den private sektor for personer i alderen 50-60+ år	75
Graf 2: Fravær (egen sygdom) i den private sektor for personer i alderen 25-49 år	76
Graf 3: Arbejdstidsønske for personer i alderen 55-64 år.....	77
Graf 4: Folkepension for personer i alderen 65-84 år hele landet	78

SUMMARY

Even though ageism is banned there are more and more cases concerning age discrimination, why the need to conduct a study of ageism is even greater.

The legal scope of this master's thesis is to analyze whether the Danish Salaried Employees Act paragraphs 2a, stk. 2 and 2b, stk. 1, 3. pkt. conflicts with EU-law. In order for justification of discrimination on grounds of age the national provisions have to meet the conditions of a three step test deduced from the case-law of the ECJ. It is analyzed that the provisions in the Salaried Employees Act falls within the scope of Directive 2000/78 and so within the scope of EU-law, and that the provisions are also founded on a criterion based on grounds of age. The aim pursued by the provisions is also legitimate as the aim is objectively and reasonably. But the Salaried Employees Act paragraph 2a, stk. 2 and 2b, stk. 1, 3. pkt. conflicts with the principle of proportionality because the means to achieve the goal of protecting the white collar workers goes beyond what is necessary and distort the legitimate interests of the workers. The conclusion is that the provisions are in conflict with the principle of non-discrimination on grounds of age and cannot be justified.

Meanwhile the economic scope of the thesis is to analyze the different incentives employers can have to age discrimination and to find evidence of whether ageism is a problem on the Danish labour market. The theoretical part of the thesis comes up with three main incentives to discriminate on grounds of age. The first incentive to ageism is a rationale to profit maximization, while the second incentive arises because of lack of information concerning the workers actual productivity. The third incentive arises out of poor job security. In the second half of the economic part statistics of court cases concerning ageism and the labour market is deduced. The conclusion is that the statistics shows tendencies which points in the direction that ageism is in fact a problem in the Danish labour market.

The last part of the thesis focuses on the consequences of the Ole Andersen-case. The conclusion is that there have to be a change in law and the provisions in the Salaried Employees Act are modified so they are efficient.

FORKORTELSESLISTE

art.	artikel
bl.a.	blandt andet
dvs.	det vil sige
ECJ	European Court of Justice
etc.	etcetera
evt.	eventuelt
FSBL	forskelsbehandlingsloven
FUL	funktionærloven
fx	for eksempel
H	Højesteret
hhv.	henholdsvis
ift.	i forhold til
jf.	jævnfør
mdr.	måneder
mdrs.	måneders
mfl.	med flere
mht.	med hensyn til
pga.	på grund af
pkt.	punktum
pr.	præmis
s.	side
saml.	samling
SH	Sø- og Handelsretten
TEU	Traktaten om den Europæiske Union
TEUF	Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde
U	Ugeskrift for Retsvæsen
V	Vestre Landsret

1 KAPITEL 1. PROBLEMSTILLING

1.1 Indledning

Alle medarbejdere tilfører værdi til den virksomhed de er ansat i, og medarbejderne kan derfor betragtes som et kapitalapparat. Dette gælder især de ældre medarbejdere, fordi de grundet deres alder som regel også har været på arbejdsmarkedet i mange år og har som følge heraf meget erfaring. Dog har nogle arbejdsgivere alligevel et incitament til at diskriminere ældre medarbejdere, hvilket fx kan have noget at gøre med de stereotyper man forbinder ældre mennesker med. Derfor er der en juridisk beskyttelse af ældre medarbejdere i forskelsbehandlingsloven¹ (herefter kaldet FSBL). Beskæftigelsesdirektivet² blev implementeret i FSBL i april 2004³, men det var først i december 2004 ved ændringsloven⁴ at alder blev indsat som kriterium. Før 2004 var det derfor ikke i strid med den daværende FSBL fra 1996⁵ at diskriminere pga. alder. Da kriteriet alder blev implementeret i FSBL i 2004, blev forholdet til bl.a. funktionærloven⁶ (herefter kaldet FUL) samtidig vurderet. Dog underkendte EU-Domstolen den hidtidige fortolkning af FUL § 2a, stk. 3, d. 12. oktober 2010 ved afgørelsen af Ole Andersen-sagen⁷. Denne sag rejser spørgsmålet om der er andre bestemmelser i FUL, der ikke lever op til det EU-retlige forbud mod aldersdiskrimination. Endvidere kan der stilles spørgsmål til hvorfor virksomhederne i det hele taget aldersdiskriminerer, samt om der kan findes støtte til at aldersdiskrimination finder sted på det danske arbejdsmarked.

¹ Bekendtgørelse af lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet m.v. lovbekendtgørelse nr. 1349 af 16/12/2008 Jf. lovbekendtgørelse nr. 31 af 12. januar 2005 med de ændringer, der følger af lov nr. 240 af 27. marts 2006, lov nr. 1542 af 20. december 2006 og § 17 i lov nr. 387 af 27. maj 2008. Loven indeholder bestemmelser, der gennemfører dele af Rådets direktiv 2000/43/EF om gennemførelse af princippet om ligebehandling af alle uanset race eller etnisk oprindelse (EF-Tidende 2000 nr. L 180, s. 22) samt Rådets direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv (EF-Tidende 2000 nr. L 303, s. 16).

² Rådets direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv

³ Lov nr. 253 af 07/04/2004

⁴ Lov nr. 1417 af 22/12/2004

⁵ Lov nr. 459 af 12/06/1996

⁶ Bekendtgørelse af lov om retsforholdet mellem arbejdsgivere og funktionærer jf. lovbekendtgørelse nr. 81 af 03/02/2009. Herved bekendtgøres lov om retsforholdet mellem arbejdsgivere og funktionærer, jf. lovbekendtgørelse nr. 68 af 21. januar 2005 med de ændringer, der følger af § 7 i lov nr. 542 af 24. juni 2005, § 58 i lov nr. 566 af 9. juni 2006 og lov nr. 312 af 30. april 2008. Loven indeholder bestemmelser, der gennemfører dele af Rådets direktiv 1999/70/EF af 28. juni 1999 om rammeaftalen vedrørende tidsbegrænset ansættelse, der er indgået af EFS, UNICE og CEEP (EF-Tidende 1999 nr. L 175, s. 43) og dele af Rådets direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv (EF-Tidende 2000 nr. L 303, s. 16).

⁷ Sag C-499/08, Ingeniørforeningen i Danmark for Ole Andersen mod Region Syddanmark

1.2 Emne

Emnet for afhandlingen er aldersdiskrimination. Selve formålet med regulering af forskelsbehandling pga. alder, er at hindre både direkte og indirekte diskrimination pga. alder. I den juridiske del af min afhandling ønsker jeg at undersøge FUL i lyset af det generelle forbud mod aldersdiskrimination. I den økonomiske del ønsker jeg at undersøge, dels hvilke incitamentter arbejdsgiver har for at aldersdiskriminere, dels om der kan er beviser på at aldersdiskrimination er et problem i praksis.

1.3 Baggrund og begrundelse

Ole Andersen-sagen er et eksempel på en bestemmelse som FUL § 2 a, stk. 3 der har været en del af FUL siden 1996⁸ kan underkendes, fordi bestemmelsen er i strid med EU-retten. Da det endnu ikke er afklaret hvilken betydning Ole Andersen-sagen får for danske medarbejdere, er det relevant at analysere dommen, samt at se på hvorvidt øvrige bestemmelser i FUL også kan være et udtryk for aldersdiskrimination. For at forstå baggrunden for hvorfor aldersdiskrimination finder sted, er det relevant at analysere hvilke incitamentter virksomhederne har til at aldersdiskriminere. Det er endvidere relevant at analysere, om aldersdiskrimination økonomisk set kun er et problem der findes i teorien, eller om det kan påvises i praksis.

1.4 Synsvinkel

Afhandlingens problemstilling ses fra arbejdsmarkedets synsvinkel. Juridisk vil vurderingen derfor være hvad den enkelte medarbejder og virksomhed kan støtte ret på, i forbindelse med analysen af FUL i lyset af det EU-retlige forbud mod aldersdiskrimination. Mens de statistiske undersøgelser også har arbejdsmarkedet som synsvinkel, vil der dog i den økonomiske teoridel være hovedvægt på virksomhedens incitamentter til aldersdiskrimination. Til sidst vil der være en samfundsmæssig synsvinkel i den integrerede del, hvor efficiens af en lovændring bliver vurderet.

1.5 Problemformulering

1.5.1 Jura

- Hvorledes er FUL §§ 2a, stk. 2 og 2b, stk. 1, 3. pkt. i strid med det EU-retlige princip om forbud mod forskelsbehandling pga. alder?

⁸ Lov nr. 287 af 24/04/1996

1.5.2 Økonomi

- Hvilke incitament har virksomhederne til at aldersdiskriminere, og hvordan kan aldersdiskrimination påvises på det danske arbejdsmarked?

1.5.3 Integreret

- Hvilke økonomiske og juridiske konsekvenser har Ole Andersen-sagen, samt hvordan bør de aldersdiskriminerende bestemmelser i FUL være formuleret?

1.6 Teori

1.6.1 Juridisk teori

I den juridiske analyse vil jeg undersøge om FUL § 2a, stk. 2 omhandlende folkepension og 30 års grænsen i FUL § 2b, stk. 1, 3. pkt. er i overensstemmelse med det EU-retlige forbud mod aldersdiskrimination. Derfor vil jeg først analysere EU-ret, da aldersdiskrimination er EU-retligt funderet. I den forbindelse analyserer jeg beskæftigelsesdirektivet og EU-Domstolens praksis om aldersdiskrimination. Analysen af dommene er særlig relevant, da disse er et udtryk for hvordan EU-retten skal fortolkes. På baggrund af EU-Domstolens praksis udleder jeg en test, der derefter bliver benyttet til at analysere hvorvidt bestemmelserne i FUL, er aldersdiskriminerende. For at klarlægge den danske retstilling, er det desuden væsentligt at inddrage danske domme. Derfor bliver U.2012.341V analyseret, da det i dommen afgøres hvorvidt der kan tilkendes en yderligere godtgørelse for aldersbetinget forskelsbehandling. Endvidere vil jeg inddrage Ligebehandlingsnævnets afgørelser for at undersøge Ole Andersen-sagens udstrækning.

1.6.2 Økonomisk teori

Gary S. Beckers human capital teori bliver anvendt i den økonomiske analyse til at forklare incitament til aldersdiskrimination. Teorien har sit afsæt i den neoklassiske økonomi, hvori antagelser til modellen er, at alle agenter er fuldt rationelle og har fuld information. Virksomhederne vil altså profitmaksimere og medarbejderne vil nyttemaksimere. En yderligere antagelse er desuden, at der er fuldkommen konkurrence på både arbejds- og produktmarkedet initialt.⁹ Dette betyder at der ingen adgangsbarrierer er på markederne, da der er så mange købere og sælgere af hhv. arbejdskraft

⁹ Becker. 1962, s. 11

og virksomhedens produkt, at ingen enkelt sælger eller køber vil kunne påvirke prisen på den pågældende vare.¹⁰ Lønnen vil da være lig medarbejderens marginale produkt. For at få en reel analyse af hvorfor virksomhederne har incitament til at aldersdiskriminere vil jeg endvidere benytte Lazears deferred compensation teori. Teorien har også sin oprindelse i den neoklassiske økonomi, og deler derfor de samme antagelser som ovenfor.¹¹ Jeg vil endvidere se på forskellige former for diskriminationsteori. Disse teorier har også sit afsæt i den neoklassiske økonomi, på nær enkelte af teorierne som har sit afsæt i den institutionelle økonomi.¹² Diskriminationsteorierne deler dog visse antagelser, som fx at mænd og kvinder er lige produktive. Disse teorier tager altså sit udgangspunkt i kønsdiskriminering, men kan også anvendes på aldersdiskrimination, da der jo fortsat er tale om diskrimination. Afhandlingen vil endvidere behandle og undersøge empiri med henblik på at påvise om aldersdiskrimination er et fænomen der finder sted på det danske arbejdsmarked.

1.7 Metode

1.7.1 Juridisk metode

Juridisk metode består af retskildelære og retsdogmatik.¹³

1.7.1.1 Retskildelære

Retskilderne inddeles i fire hovedgrupper efter den realistiske retsteori. Retskilderne består af regulering, retspraksis, retssædvaner og forholdets natur. Der er ingen rangorden inden for retskilderne mht. gyldighed, hvorfor enhver af de fire retskilder vil kunne anvendes til at løse en juridisk tvist.¹⁴

Nedenfor vil de retskilder, der er relevante for afhandlingen blive gennemgået. Afhandlingens fokus er på regulering og retspraksis, hvorfor retssædvaner og forholdets natur ikke behandles nærmere.

1.7.1.1.1 Regulering

I den EU-retlige del af den juridiske analyse vil jeg analysere direktiv 2000/78/EØF. Endvidere vil jeg anvende Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF), herunder Den Europæ-

¹⁰ Pindyck & Rubinfeld. 2009, s. 8

¹¹ Lazear. 1979, s. 1263

¹² Udsen. 1992, s. 46

¹³ Nielsen & Tvarnø 2011. s. 32

¹⁴ Nielsen & Tvarnø 2011. s. 28

iske Unions Charter om Grundlæggende rettigheder til støtte for den juridiske analyses EU-retlige del. Af dansk regulering vil jeg analysere FUL og FSBL, og herudover benytte bemærkninger til lovforslagene, for netop at opnå en subjektiv fortolkning.¹⁵ Bemærkningerne til lovene har dog ingen hjemmel, da disse blot er fortolkningsbidrag.

1.7.1.1.2 Retspraksis

Når gældende EU-ret skal udledes er det EU-Domstolens afsagte domme der bliver analyseret, da dommene netop er udtryk for hvordan EU-retten skal fortolkes.¹⁶

De EU-retlige domme der vil blive analyseret i afhandlingen for at finde gældende EU-ret er Mangold-sagen¹⁷, Ole Andersen-sagen¹⁸, Palacios de la Villa-dommen¹⁹, og Küçükdeveci-sagen²⁰. Sagerne er alle afsagt af Domstolens store afdeling, og har derfor stor præjudikatværdi, da dommene vil have betydning for en lignende sag i fremtiden.²¹

Endvidere vil jeg analysere danske domme, herunder U.2012.349V og dennes retsvirkning for den danske retstilling. Spørgsmålet om Ole Andersen-sagens udstrækning har derudover været genstand for klager ved Ligebehandlingsnævnet, hvorfor det desuden er relevant at analysere afgørelserne 127/2011, 219/2012 og 220/2012.

1.7.1.2 Retsdogmatik

Retsdogmatik er den juridiske metode, der bruges til at analysere en juridisk problemstilling. Retsdogmatikkens formål er at beskrive og fortolke gældende ret. Gældende ret, de lege lata, findes ved hjælp af retskilderne, og disse skal analyseres i en bestemt rækkefølge, når den retsdogmatiske fortolkning anvendes. Jeg vil derfor først analysere reguleringen i form af direktiver og love i hhv. kapitel 2 og 3, hvorefter retspraksis vil blive analyseret. Resultatet heraf vil derfor være et udtryk for gældende ret, da den retsdogmatiske fortolkning bliver anvendt og de forskellige retskilder analyseres og anvendes i den bestemte rækkefølge.²²

¹⁵ Nielsen & Tvarnø. 2011, s. 85-87

¹⁶ Neergaard & Nielsen. 2010, s. 110

¹⁷ Sag C-144/04, Werner Mangold mod Rüdiger Helm, Saml. 2005 I-9981

¹⁸ Sag C-499/08, Ingeniørforeningen i Danmark for Ole Andersen mod Region Syddanmark

¹⁹ Sag C-411/05, Félix Palacios de la Villa mod Cortefiel Servicios SA, Saml. 2007 s. I-8531

²⁰ Sag C-555/07 Seda Küçükdeveci mod Swedex GmbH & Co. KG, Saml. 2010 s. I-365

²¹ Neergaard & Nielsen. 2010, s. 157

²² Nielsen & Tvarnø. 2011, s. 28-29 og 31-32

1.7.1.3 Forholdet mellem EU-ret og national ret

Da afhandlingens søger at belyse hvorvidt FUL §§ 2a, stk. 2 og 2b, stk. 1, 3. pkt. er i strid med det EU-retlige forbud mod forskelsbehandling pga. alder, er det derfor relevant at se på forholdet mellem EU-ret og national ret.

1.7.1.3.1 EU-rettens forrang

EU-ret har forrang for national ret. Dette blev slået fast af EU-Domstolen for første gang i *Costa Enel*²³, hvori EU-retten blev karakteriseret som en form for tredje ret. EU-rettens forrang bevirker at de nationale domstole skal anvende EU-ret frem for nationalret, hvis en national regel strider mod en tilstrækkelig klar og præcis EU-retsakt.²⁴

1.7.1.3.2 EU konform fortolkning

Endvidere har Medlemsstaterne pligt til EU konform fortolkning.²⁵ Således har nationale domstole pligt til at fortolke nationale regler i lyset af de EU-retlige, så de nationale regler stemmer overens med EU-retten. En national regel der er divergerende med EU-retten, fortolkes derfor EU-konformt, når den nationale regel fortolkes i overensstemmelse med EU-bestemmelsen og dennes formål. En national domstol har derfor pligt til at ændre og omfortolke en divergerende national regel, hvorfor der ved EU-konform fortolkning bliver skabt normharmonie.²⁶

1.7.1.3.3 Betydning for afhandlingen

Fordi forbuddet mod forskelsbehandling grundet alder er EU-retligt funderet, betyder det at bestemmelserne i FUL bliver analyseret i et EU-retligt perspektiv, hvorfor der bl.a. vil være fokus på EU-rettens forrang for national ret og EU-konform fortolkning.

²³ Sag C-6/64, *Flaminio Costa mod ENEL*, den danske specialudgave af Saml. 1954-64 s. 531. Advokaten Costa nægtede at betale en elregning på 1925 lire fra elektricitetsselskabet ENEL, fordi national ret stod mod EU-retten. EU-Domstolen fastslår at EU-ret har forrang for national ret.

²⁴ Neergaard & Nielsen. 2010, s. 240-246

²⁵ Neergaard & Nielsen. 2010, s. 237

²⁶ Neergaard & Nielsen. 2010, s. 235

1.7.2 Økonomisk metode

Mens analyseniveauet er markedet, er analyseenheden relationer mellem aktører, netop fordi jeg ønsker at analysere hvilke incitamenter virksomheden har til at aldersdiskriminere ældre medarbejdere. I afhandlingens første økonomiske del vil den deduktive metode blive benyttet, da der ud fra de anvendte økonomiske teorier, bliver konkluderet hvorfor og hvornår virksomhederne vil aldersdiskriminere. Der bliver således sluttet ud fra økonomisk teori, hvad forklaringen er i det enkelte tilfælde. I afhandlingen vil der endvidere blive brugt empiriske undersøgelser, hentet fra www.statistikbanken.dk for derved at undersøge, hvorvidt der kan findes støtte til at der sker aldersdiskrimination på det danske arbejdsmarked. I den anden del vil den induktive metode derfor blive anvendt, da der ud fra udvalgte undersøgelser bliver sluttet om aldersdiskrimination kan generaliseres til at finde sted på arbejdsmarkedet.²⁷

1.7.3 Integreret metode

I den integrerede del bliver den juridiske analyses resultater sammenholdt med resultaterne i den økonomiske del. Det bliver derfor undersøgt hvorvidt en ændring af FUL vil være efficient. Da diskussionen i den integrerede del er en retspolitisk analyse hører analysen ikke under retsdogmatikken. Hvordan retten bør være, bliver derfor stillet overfor de resultater, der er opnået i både den juridiske og økonomiske del, hvorved konsekvenserne af Ole Andersen-sagen bliver udledt.

1.8 Afgrænsninger

1.8.1 Juridiske afgrænsninger

Overordnet vil jeg ikke behandle timelønnede arbejdere, da afhandlingens fokus er på FUL, og dermed funktionærer. Derfor vil jeg heller ikke behandle de forskellige overenskomster på arbejdsmarkedet, da opgavens fokus er at undersøge FUL i lyset af det EU-retlige forbud mod aldersdiskrimination og hvordan dette er reguleret i dansk ret af de arbejdsretlige regler.

Af regulering vil jeg derfor ikke behandle beskæftigelsesdirektivet i sin helhed, men udelukkende undersøge de artikler der omhandler aldersdiskrimination, da dette er afhandlingens mål. Da afhandlingen således har til formål at undersøge hvorvidt FUL §§ 2a, stk. 2 og 2b, stk. 1, 3 pkt. er aldersdiskriminerende vil de resterende bestemmelser i FUL ikke blive analyseret. I forbindelse med analysen af 30 års grænsen i FUL § 2b, stk. 1, 3. pkt. vil jeg heller ikke analysere, hvad der kan

²⁷ Knudsen. 1994. s. 57-58

udgøre en usaglig opsigelse, men lægge til grund at opsigelse er usaglig enten begrundet i medarbejderens eller virksomhedens forhold. Da afhandlingen fokuserer på det EU-retlige forbud om forskelsbehandling pga. alder vil FSBL kun blive behandlet ganske kort. Jeg vil således ikke se på alle bestemmelser i FSBL, men udelukkende FSBL § 7. Af retspraksis vil jeg ikke analysere alle EU-Domstolens domme vedrørende aldersdiskrimination, da de domme der er interessant for afhandlingens problemstilling er Mangold, Palacios de la Villa, Küçükdeveci og Ole Andersen-sagen. Således vil der i analysen af dommene ej heller blive behandlet de dele af afgørelserne der ikke omhandler hvorvidt der er tale om aldersdiskrimination. I forbindelse med at klarlægge den nuværende danske retstilling af FUL § 2a, stk. 2, vil dansk retspraksis²⁸ blive medtaget til at understøtte fortolkningen. Dog fordi funktionærlovens bestemmelser bliver fortolket i lyset af EU-retten, vil disse domme ikke blive analyseret særskilt. I afhandlingen vil jeg desuden ikke behandle retssædvaner og forholdets natur, da disse to retskilder ikke er relevante for fremstillingen.

1.8.2 Økonomiske afgrænsninger

I den økonomiske teori del vil jeg udelukkende bruge human capital, deferred pay og diskriminationsteori til at forklare og belyse de incitament der er til at aldersdiskriminere. Jeg vil således ikke bruge alle dele af teorierne, men udelukkende de dele der er relevante for nærværende fremstilling. I de statistiske analyser for beskæftigelsesstatus, fraværsprocent, arbejdstidsønske og folkepension vil jeg ikke se på mænd og kvinder individuelt. Der vil således kun blive set på parameteren køn i alt, da jeg ønsker at vise om der er tendenser til aldersdiskrimination på det danske arbejdsmarked, hvilket afhænger af personens alder og således uafhængigt af personens køn. I fraværsprocentanalysen vil jeg ikke behandle fraværsprocenter indenfor det offentlige og statslige område. Der vil derfor i fraværsprocentanalysen udelukkende fokuseres på det private arbejdsmarked, da jeg ønsker at analysere det danske private arbejdsmarked. Derfor medtages ej heller analyse for det offentlige og statslige område i de resterende analyser for hhv. beskæftigelsesstatus og arbejdstidsønske. I den statistiske analyse af retspraksis vil jeg ikke medtage sager fra arbejdsretten og afskedigelsesnævnet, da disse retsinstanser er en del af det kollektive arbejdsretlige system. Der vil derfor heller ikke behandles sager for byretten, da jeg ønsker at se på 2. og 3. instanssager samt Sø- og Handelsretten. I og med at jeg ikke vil behandle timelønnede arbejdere i den juridiske del, er det derfor ej heller relevant at medtage en analyse over antal sager i det kollektive arbejdsretlige system dvs. det fagretlige system.

²⁸ U.1973.898H, U.1989.123H, U1989.126H, U.1975.661/2V og U.1981.784.SH

1.9 Struktur

Afhandlingen består af 3 overordnede dele. En juridisk, en økonomisk og til sidst en integreret del. Både den juridiske og økonomiske del er begge hver opdelt i to kapitler, hhv. kapitel 2 og 3 samt 4 og 5. Kapitel 2 består af en analyse af relevant EU-ret, herunder EU-Domstolens retspraksis. På baggrund af EU-Domstolens retspraksis er der udarbejdet en test, som i kapitel 3 bliver anvendt på FUL §§ 2a, stk. 2 og 2b, stk. 1, 3. pkt. I kapitel 4 bliver arbejdsgiverens incitament til at aldersdiskriminere analyseret ud fra økonomisk teori, mens kapitel 5 består af en analyse af hvorvidt aldersdiskrimination finder sted på det danske arbejdsmarked. Kapitel 6 indeholder en retspolitisk analyse af de relevante bestemmelser i FUL. Afhandlingen slutter af med en konklusion og perspektivering i hhv. kapitel 7 og 8.

2 KAPITEL 2. JURIDISK ANALYSE DEL 1 - EU-RET

2.1 Indledning

For at undersøge hvorvidt FUL §§ 2a, stk. 2 og 2b, stk. 1, 3.pkt. er aldersdiskriminerende, må relevant EU-ret først blive analyseret. Derfor vil den juridiske analyse starte med EU-retten. Der tages derfor udgangspunkt i beskæftigelsesdirektivets relevante bestemmelser om aldersdiskrimination. Dernæst bliver EU-Domstolens retspraksis undersøgt og på denne baggrund bliver der udarbejdet en test, som er det fortolkningsparadigme som bestemmelserne i FUL vil blive analyseret på baggrund af i kapitel 3. I den EU-retlige domsanalyse vil især Ole Andersen-sagen blive fremhævet, da denne dom har konsekvenser for den danske retsstilling. Dog starter kapitlet med at se på Charteret.

2.2 Charteret om grundlæggende rettigheder

I Den Europæiske Unions Charter om grundlæggende rettigheder (herefter Charteret) art. 21 er der forbud mod enhver forskelsbehandling pga. alder. Art. 21 er en del af afsnit III om ligestilling. Charteret har med Lissabontraktaten opnået traktatrang jf. art. 6, stk. 1 TEU. Charteret er således blevet juridisk bindende, hvorfor både medlemsstaterne og EU's institutioner skal overholde charteret. Charterets art. 21 foreskriver at: ”*Enhver forskelsbehandling på grund af køn, race, farve, etnisk eller social oprindelse, genetiske anlæg, sprog, religion eller tro, politiske eller andre anskuelser, tilhørsforhold til et nationalt mindretal, formueforhold, fødsel, handicap, **alder**, seksuel orientering eller ethvert andet forhold er forbudt.*” (Min fremhævning). Således indeholder Charterets art. 21 et ret generelt diskriminationsforbud.²⁹

Da Charteret er en kodificering af allerede gældende ret, gør charteret de grundlæggende rettigheder mere synlige og eksplicite, hvorved de grundlæggende rettigheder i EU-retten vil kunne få en større gennemslagskraft.³⁰

Udover være forbudt efter Charteret art. 21 er forskelsbehandling pga. alder endvidere forbudt i beskæftigelsesdirektivet.

²⁹ Neergaard & Nielsen. 2010, s. 207

³⁰ Neergaard & Nielsen. 2010, s. 209

2.3 Beskæftigelsesdirektivet

2.3.1 Præambler; Betragtning 4 og 25

Alle menneskers lighed og beskyttelse mod forskelsbehandling er en universal rettighed der er fundet i en række internationale konventioner, og er også skrevet ind i beskæftigelsesdirektivets 4. betragtning. I direktivets 25. betragtning skal der endvidere sondres mellem ulig behandling pga. alder der konkret er berettiget og forskelsbehandling der er forbudt, da forbuddet mod forskelsbehandling pga. er en forudsætning for at retningslinjerne for beskæftigelse kan nås.

2.3.2 Art. 1 og art. 2, forbud mod forskelsbehandling

Formålet med beskæftigelsesdirektivet er at gennemføre princippet om ligebehandling, så forskelsbehandling pga. bl.a. alder bekæmpes jf. beskæftigelsesdirektivets art. 1. Princippet om ligebehandling defineres i direktivets art. 2, stk. 1. Begrebet indebærer således ”[...] at ingen udsættes for nogen form for direkte eller indirekte forskelsbehandling af nogen af de i artikel 1 anførte grunde” Beskæftigelsesdirektivets formål opererer således med direkte og indirekte forskelsbehandling i art. 2, stk. 2, hhv. litra a og b. Direkte forskelsbehandling pga. alder opstår, hvis en person grundet alder ”[...] behandles ringere, end en anden i en tilsvarende situation bliver, er blevet eller ville blive.”, jf. beskæftigelsesdirektivets art. 2, stk. 2, litra a. Derimod opstår indirekte forskelsbehandling pga. alder hvis ”en tilsyneladende neutral bestemmelse, betingelse eller praksis vil stille [...] personer, som tilhører en bestemt aldersgruppe [...] særligt ufordelagtigt i forhold til andre personer[...].” jf. direktivets art. 2, stk. 2, litra b.

Beskæftigelsesdirektivet beskytter mod alle former for aldersdiskrimination, således er både ældre og yngre personer rettighedssubjekt i direktivet. Dette er bl.a. understøttet i Mangold-sagen og Kücükdeveci, som er analyseret nærmere nedenfor.

Der findes dog en undtagelse til udgangspunktet om forskelsbehandling i direktivets art. 2, stk. 2, litra b, nr. 1, hvori den ulige behandling kan retfærdiggøres såfremt det er begrundet i et legitimt mål og opfylder proportionalitetsprincippet.

2.3.3 Art. 6, undtagelse til forbuddet mod forskelsbehandling pga. alder

Endvidere findes der en specifik undtagelse til forbuddet mod forskelsbehandling pga. alder i beskæftigelsesdirektivets art. 6. Denne bestemmelse medfører at medlemsstaterne selv kan beslutte, at forskelsbehandling grundet alder kan retfærdiggøres, hvis den ulige behandling *”er objektivt og rimeligt begrundet i et legitimt formål inden for rammerne af den nationale ret, bl.a. legitime beskæftigelses-, arbejdsmarkeds- og erhvervsuddannelsespolitiske mål, og hvis midlerne til at opfylde det pågældende formål er hensigtsmæssige og nødvendige.”* jf. beskæftigelsesdirektivets art. 6, stk. 1. Både direkte og indirekte forskelsbehandling pga. alder kan derfor retfærdiggøres, hvis det kan påvises at være objektivt og rimeligt begrundet i et lovligt formål, samtidig med at proportionalitetsprincippet opfyldes. Endvidere er der i beskæftigelsesdirektivets art. 6, stk. 1, litra a-c opregnet et eksempel katalog over en række former for ulig behandling, der kan retfærdiggøres. Det drejer sig fx om ulig behandling, der har til formål at fremme unge eller ældre medarbejderes adgang til beskæftigelse eller at beskytte disse grupper af medarbejdere, jf. beskæftigelsesdirektivets art. 6, stk. 1, litra a. Endvidere er ulig behandling hvor minimumsbetingelser for adgang til beskæftigelse vedrørende alder, erhvervs erfaring, eller anciennitet fastsættes også omfattet af eksempelkataloget. Det samme gælder minimumsbetingelser til visse fordele i forbindelse med beskæftigelse, jf. direktivets art. 6, stk. 1, litra b. I beskæftigelsesdirektivets art. 6, stk. 1, litra c er desuden fastsættelse af maksimal aldersgrænse for ansættelse nævnt, såfremt det er baseret på uddannelsesmæssige krav ift. den enkelte stilling, eller såfremt det er nødvendigt at have arbejdet i en vis tid før pensionering.

2.3.4 Art. 3, anvendelsesområde

Anvendelsesområdet for beskæftigelsesdirektivet er specificeret i dennes art. 3. Direktivet finder således anvendelse både i den offentlige og private sektor, på alle personer, jf. beskæftigelsesdirektivets art. 3, stk. 1. Dog er der i art. 3, stk. 1, litra a-d opregnet nogle nærmere vilkår og områder direktivet finder anvendelse for, herunder ansættelses- og arbejdsvilkår, hvor løn og afskedigelse også er omfattet, jf. beskæftigelsesdirektivets art. 3, stk. 1, litra d.

2.4 EU-Domstolens retspraksis

Mens beskæftigelsesdirektivets udgangspunkt er, at der ikke må forskelsbehandles pga. alder hverken direkte eller indirekte, *kan* en sådan forskelsbehandling retfærdiggøres, såfremt den ulige behandling opfylder ovenstående betingelser. Hvornår en ulige behandling er retfærdiggjort efter be-

skæftigelsesdirektivets art. 6, stk. 1 er dog ikke uproblematisk. Det er derfor nødvendigt at analysere en række relevante domme afsagt af EU-Domstolen, da disse netop omhandler fortolkningen af beskæftigelsesdirektivets art. 6.

EU-Domstolen tager for første gang specifikt stilling til rækkevidden af forbuddet mod aldersdiskrimination og indholdet af beskæftigelsesdirektivet i Mangold-sagen.³¹

2.4.1 Det EU-retlige princip om forbuddet mod forskelsbehandling pga. alder

Ved Mangold-sagens³² afgørelse i 2005 slog EU-Domstolen fast, at forbuddet mod aldersdiskrimination er et almindeligt EU-retligt princip, som de nationale domstole er forpligtigede til at anvende, også mellem to private. Princippet om ligebehandling pga. alder er således et princip der har direkte virkning, både vertikalt og horisontalt. På denne måde bliver princippet om ligebehandling *lex superior* ift. direktiver, hvilket bevirker at princippet om ligebehandling har forrang for fx beskæftigelsesdirektivet. Princippet om ligebehandling er således en fundamental rettighed, og selvom princippet også er en del af beskæftigelsesdirektivet, bevirker Mangold-sagen ikke, at direktiver får direkte virkning overfor private. EU-Domstolen har tidligere udtalt at direktiver ikke har horisontal direkte virkning ved at henvise til ordlyden af art. 288 TEUF. Denne praksis ændrer Mangold-sagen ikke ved. Udgangspunktet i EU-retten er derfor fortsat at direktiver, der er klare og præcise, har vertikal direkte virkning. Som udgangspunkt forpligter direktiverne derved pligtsubjektet og giver rettigheder til rettighedssubjektet. I Mangold-dommen bruger EU-Domstolen derfor sin fortolkning til at fastslå at forbuddet mod forskelsbehandling pga. alder i *sig selv* har direkte virkning, da princippet er et almindeligt EU-retligt princip. Princippet om forbud mod forskelsbehandling pga. alder er dermed udtryk for en EU-retlig grundret, på trods af at ligebehandlingsprincippet også er en regel der findes i beskæftigelsesdirektivets art. 2. Derved tillægger EU-Domstolen princippet en anden retskildeværdi end beskæftigelsesdirektivet.³³

Dog er retsvirkningen af Mangold-sagen begrænset til områder hvor der er et tilstrækkeligt præcist almindeligt princip.³⁴

³¹ Nielsen. 2009, s. 481

³² Werner Mangold der var fyldt 56 år, indgik en tidsbegrænset ansættelse med arbejdsgiveren Rüdiger Helm efter den nationale bestemmelse om forenklet adgang til tidsbegrænset ansættelse, når medarbejderen er fyldt 52 år. EU-Domstolen fastslår i dommen at forbuddet mod forskelsbehandling pga. alder er et almindeligt EU-retligt princip, der har direkte virkning horisontalt og vertikalt. Den nationale bestemmelse var derfor i strid med EU-retten.

³³ U.2006B.259, s. 2; Nielsen. 2006, s. 67

³⁴ U.2006B.259, s. 3

EU-Domstolen slår dermed fast med Mangold-sagen at princippet om ligebehandling pga. alder også skal overholdes mellem private, men samtidig *kan* en ulig behandling grundet alder retfærdiggøres. Det er dog af afgørende betydning, at den ulige behandling pga. alder følger et lovligt formål, og samtidig anvender midler, der ikke går videre end hvad der er nødvendigt, for at opfylde formålet. Proportionalitetsprincippet har således afgørende betydning for hvorvidt aldersdiskrimination kan retfærdiggøres. I Mangold-sagen var formålet med den nationale regel et legitimt mål for beskæftigelsen, da det er legitimt at øge beskæftigelsesmulighederne for ledige ældre, men de midler som var anvendt, gik ud over hvad der var nødvendigt. Den nationale bestemmelse brugte netop kun alder som kriteriet for indgåelse af de tidsbegrænsede kontrakter, og gav således usikkerhed for ældre medarbejdere, ledige såvel beskæftigede. EU-Domstolen overlod det ikke til den nationale domstol at vurdere, hvorledes alderskriteriet skulle anvendes. Dette er udtryk for en streng fortolkning, idet EU-Domstolen selv bedømte hvad der kunne retfærdiggøre forskelsbehandling pga. alder. Selvom både indirekte og direkte forskelsbehandling således kan retfærdiggøres, så skal den strenge proportionalitetstest overholdes.³⁵

2.4.1.1 Kritik af Mangold-sagen

Det kan diskuteres hvorvidt EU-Domstolen i sin afgørelse af Mangold-sagen går for langt. Dette kommer bl.a. an på om størst vægt tillægges pligtsubjektet eller rettighedssubjektet. Af hensyn til EU-rettens effektivitet kan argumentet være at rettighedssubjektet, Werner Mangold, skal tillægges størst vægt. EU-retten ville jo netop miste noget af sin effektivitet, såfremt forskelsbehandling pga. alder var tilladt mellem private, men ikke i det offentlige. Ved kun at have direkte virkning vertikalt, ville et privat rettighedssubjekt ikke kunne støtte ret på retten til ligebehandling grundet alder, og samtidig ville et privat pligtsubjekt have incitament til at aldersdiskriminere medarbejdere. Uden direkte horisontal virkning, ville det private rettighedssubjekt ikke kunne opnå retsbeskyttelse for krænkelse, og der ville derfor opstå retsusikkerhed, hvorved EU-retten vil miste sin effektivitet.³⁶

Hvor EU-Domstolen før har været generel i sin fortolkning, bliver den mere specifik med Mangold-sagen. Det generelle niveau er ethvert forbud mod diskrimination, da dette indebærer alle former for diskrimination, mens det specifikke niveau er forbuddet mod aldersdiskrimination.³⁷

³⁵ U.2006B.259, s. 3; Nielsen, 2006. s. 66-67

³⁶ U.2006B.259, s. 3

³⁷ Neergaard, Nielsen & Roseberry. 2011, s. 179-180

2.4.1.1.1 Fastholdelse af praksis i Mangold-sagen

På trods af at EU-Domstolen med afgørelsen af Mangold-sagen evt. går for vidt, har EU-Domstolen i senere retspraksis fortsat fastholdt resultatet i Mangold-sagen. EU-Domstolen har med *Kücükdeveci-sagen*³⁸ fastslået at princippet om forbuddet mod forskelsbehandling pga. alder, er et almindeligt EU-retligt princip, der er udtryk for en specifik anvendelse af det almindelige ligebehandlingsprincip. Princippet om forbud mod forskelsbehandling pga. alder er udelukkende konkretiseret ved beskæftigelsesdirektivet, og den EU-retlige praksis hvor direktiver ikke har direkte virkning mellem to private, er fortsat uændret. EU-Domstolen fastholder derved sin praksis, der blev fastslået i Mangold-sagen med afgørelsen af *Kücükdeveci-sagen*. Hvorvidt EU-retten er til hinder for nationale bestemmelser, bliver således vurderet på baggrund af det EU-retlige princip om forbud mod forskelsbehandling pga. alder, som er konkretiseret i beskæftigelsesdirektivet, jf. *Kücükdeveci* pr. 27.

Med Mangold-sagens afgørelse blev det derfor slået fast, at princippet om forbud mod forskelsbehandling pga. alder, er et almindeligt EU-retligt princip, som har forrang for direktiver, da der er tale om en EU-retlig grundret. Princippet har derfor også forrang for national ret, og Medlemsstaterne, herunder også en national dommer, er forpligtede til at fortolke EU-konformt og suspendere nationale retsregler, der måtte være modstridende med dette princip, se mere om håndhævelse i afsnit 2.6 nedenfor

2.4.2 EU-Domstolens test

Når en national ret stiller præjudicielle spørgsmål til EU-Domstolen vedrørende en national retsregels forenelighed med EU-retten, vil EU-Domstolen følge en bestemt rækkefølge i forbindelse med vurderingen af mulig aldersdiskrimination. Først vurderer EU-Domstolen om den omstridte nationale bestemmelse falder ind under EU-rettens anvendelsesområde. Herefter hvorvidt den nationale bestemmelse er baseret på et alderskriterium, og derved udtryk for ulig behandling pga. alder. Til sidst vurderer EU-Domstolen om den ulige behandling kan retfærdiggøres. Derfor bliver nedenstående test opstillet, som enhver domstol og udøver af jura, kan benytte ved vurderingen af om en given national bestemmelse er udtryk for aldersdiskrimination. Hvis der er tale om ulig behandling pga. alder, er det næste spørgsmål, hvorvidt denne ulige behandling kan retfærdiggøres eller om den

³⁸ Seda *Kücükdeveci* blev ansat hos Swedex d. 4. juni 1996 og blev afskediget i 2006. *Kücükdeveci* var 28 år og på afskedigelsestidspunktet havde hun 10 års anciennitet. Dog undtog den tyske bestemmelse om opsigelsesvarsel anciennitet, som var tilbagelagt før medarbejderen fyldte 25 år. EU-Domstolen fastslår at den nationale bestemmelse var i strid med det EU-retlige princip mod forbud pga. aldersdiskrimination, da princippet har horisontal direkte virkning.

er i strid med det EU-retlige princip om forbuddet mod aldersdiskrimination, der er konkretiseret ved beskæftigelsesdirektivet.

Den opstillede test består derfor af tre overordnede trin, anvendelsesområde, alderskriterium og retfærdiggørelse. Nedenfor er de udvalgte domme om ulig behandling pga. alder analyseret inden for hvert trin i testen, hvorefter der til sidst vil være en opsummering på de enkelte punkter i testen.

2.4.2.1 Anvendelsesområdet

Det første trin er en vurdering af hvorvidt EU-retten finder anvendelse. I Küçükdeveci-sagen fastslår EU-Domstolen, at vurderingen af hvorvidt EU-retten er til hinder for en national bestemmelse, skal vurderes på baggrund af det EU-retlige princip om forbud mod forskelsbehandling pga. alder. Endvidere er det en forudsætning for at princippet om forbud mod forskelsbehandling pga. alder finder anvendelse, at det ligger inden for EU-rettens anvendelsesområde, jf. pr. 23 og 27. Omtvistede nationale bestemmelser vil være under EU-rettens anvendelsesområde, når de nationale bestemmelser er omfattet af det område som beskæftigelsesdirektivet regulerer, jf. pr. 25. I Küçükdeveci-sagen havde beskæftigelsesdirektivet implementeringsfrist i Tyskland d. 2. december 2006, og fra denne dato, (direktivets implementeringsfrist), blev de regler der faldt indenfor beskæftigelsesdirektivets anvendelsesområde omfattet af direktivet og dermed også EU-retten. Hvis en national bestemmelse efter beskæftigelsesdirektivets implementeringsfrist fx indeholder vilkår for afskedigelse, falder denne bestemmelse indenfor anvendelsesområdet for beskæftigelsesdirektivet. Derfor vil EU-retten finde anvendelse for bestemmelsen, og dermed skal den nationale bestemmelse vurderes i lyset af det almindelige EU-retlige princip om forbud mod forskelsbehandling grundet alder, som blev fastslået i Mangold-sagen, jf. Küçükdeveci-sagen pr. 21-26.

Beskæftigelsesdirektivets anvendelsesområde er relativt bredt, se også afsnit 2.3.4 ovenfor, og begrebet ansættelses- og arbejdsvilkår, herunder løn og afskedigelse i beskæftigelsesdirektivets art. 3, stk. 1, litra d dækker da også en lang række situationer. I Ole Andersen-sagen fastslår EU-Domstolen, at beskæftigelsesdirektivet finder anvendelse for en bestemmelse som FUL § 2a, stk. 3, da bestemmelsen påvirker vilkårene for afskedigelse, når visse medarbejdere afskæres fra fratrædelsesgodtgørelse, jf. Ole Andersen-sagen pr. 21. I Palacios de la Villa-sagen³⁹ vurderer EU-

³⁹ Medarbejderen Félix Palacios de la Villa blev afskediget af arbejdsgiveren Cortefiel Servicios SA, da medarbejderen fyldte 65 år. Grænsen for hvornår en medarbejder kunne pensioneres var i national ret fastsat til 65 år. Den kollektive

Domstolen også hvorvidt beskæftigelsesdirektivet finder anvendelse for problemstillingen. Til dette svarer EU-Domstolen, at regler om automatisk ophør af ansættelsesforholdet er omfattet af anvendelsesområdet for direktivet, da en sådan regel omhandler ansættelses- og arbejdsvilkår, herunder afskedigelse og løn, som det er omhandlet i beskæftigelsesdirektivet art. 3, stk. 1, litra c, jf. *Palacios de la Villa*-sagens pr. 45-46.

Når det således er fastslået, om en national bestemmelse henhører under EU-retten og anvendelsesområdet for beskæftigelsesdirektivet, skal det dernæst fastslås om alderskriteriet er opfyldt.

2.4.2.2 *Alderskriteriet*

Det andet trin i testen vedrører således, om den nationale bestemmelse pga. alder behandler en person ringere end en anden person i en tilsvarende situation bliver, er blevet eller ville blive behandlet. I sådanne tilfælde er der tale om direkte aldersdiskrimination, jf. beskæftigelsesdirektivet art. 2, stk. 2, litra a. Det følger desuden af princippet om ligebehandling pga. alder, der er konkretiseret i beskæftigelsesdirektivet, at ingen må udsættes for direkte eller indirekte aldersdiskrimination. Hvis en national bestemmelse stiller en person ringere end en tilsvarende person på baggrund af personens alder, er der tale om ulig behandling baseret direkte på alderskriteriet. I *Mangold*-sagen udtaler EU-Domstolen, at den tyske bestemmelse er et udtryk for ulig behandling, idet en arbejdsgiver ifølge den nationale bestemmelse uden begrænsninger kan indgå tidsbegrænset ansættelsesaftaler, når medarbejderen der ansættes er fyldt 52 år, jf. *Mangold*-sagens pr. 57. Derved er den tyske bestemmelse, der giver adgang til uforbeholdent at indgå tidsbegrænset ansættelsesaftaler, når medarbejderen er fyldt 52 år, udtryk for en ulig behandling der endvidere er baseret på et alderskriterium.

EU-Domstolen har i flere sager udtrykt at en national bestemmelse er udtryk for direkte aldersdiskrimination. I *Ole Andersen*-sagen henviser EU-Domstolen til beskæftigelsesdirektivet art. 2, stk. 2, litra a og fastslår at der er tale om direkte forskelsbehandling pga. alder i FUL § 2a, stk. 3. Kriteriet i FUL § 2a, stk. 3 er ”*direkte*” baseret på alder, da reglen medfører at fratrådte medarbejdere, der kan oppebære alderspension, udelukkes fra fratrædelsesgodtgørelsen, jf. *Ole Andersen*-sagens pr. 22-24. EU-Domstolen udtaler også i *Küçükdeveci*-sagen, at den tyske bestemmelse er udtryk for en

overenskomst, som *Palacios de la Villa* var omfattet af, gav arbejdsgiverne adgang til at tvinge de medarbejdere på pension, som havde nået aldersgrænsen. EU-Domstolen fastslår at målet som er at afskaffe ledigheden er legitimt, og tvungen pensionering kan retfærdiggøres hvis proportionalitetsprincippet endvidere er opfyldt.

ulige behandling pga. alder, da de medarbejdere der ansættes af arbejdsgiveren før de er fyldt 25 år, behandles ringere end en medarbejder, der ansættes efter vedkommende er fyldt 25 år, selvom disse to medarbejdere har været ansat i virksomheden i den samme tidsperiode, og dermed har samme anciennitet. Dermed indeholder den tyske bestemmelse en ulige behandling, der er baseret på et alderskriterium, jf. *Küçükdeveci*-sagen pr. 29-31.

I *Palacios de la Villa*-sagen slår EU-Domstolen fast, at selvom en kollektiv overenskomst fastslår at medarbejderen kan tvinges på pension, når medarbejderen har nået den i national lov fastsatte pensionsalder, er dette direkte forskelsbehandling efter beskæftigelsesdirektivets art. 2, jf. *Palacios de la Villa*-sagens pr. 51. Der er tale om direkte forskelsbehandling, fordi medarbejdere, der har nået den nationalt fastsatte pensionsalder, kan tvinges på pension, og dermed bliver medarbejdere med den alder behandlet ringere end øvrige medarbejdere, hvorved den nationale bestemmelse er baseret på et alderskriterium.

2.4.2.3 Retfærdiggørelse

Selvom en national regel vil indebære en ulig behandling baseret på et alderskriterium, er det ikke ensbetydende med, at der samtidig er tale om forskelsbehandling pga. alder, da en ulig behandling kan retfærdiggøres, hvis den ulige behandling er objektivt og rimeligt begrundet i et legitimt formål samt opfylder proportionalitetstesten. Det tredje trin består derfor af en vurdering af, hvorvidt en ulige behandling er udtryk for forskelsbehandling, og dermed om den kan retfærdiggøres.

2.4.2.3.1 Objektivt og rimeligt begrundet i et legitimt formål

Formålet kan i en national bestemmelse være objektivt og rimeligt begrundet ved at henhøre under Medlemsstaternes beskæftigelses- og arbejdsmarkedspolitik, som der er nævnt i beskæftigelsesdirektivets art. 6, stk. 1. Som skrevet i afsnit 2.3.3 ovenfor kan det bl.a. være at fremme unge eller ældre medarbejders adgang til beskæftigelse eller at beskytte disse grupper af medarbejdere, jf. beskæftigelsesdirektivets art. 6, stk. 1.

Det er dog ikke afgørende for hvorvidt en national retsregel kan retfærdiggøres, at der eksplicit henvises til det objektive og rimelige legitime formål. En omstridt national retsregel kan dog fortsat bygge på et objektivt og rimeligt legitimt formål, uden at der henvises til et sådant formål. Dette udtaler EU-Domstolen i *Palacios de la Villa*-sagen. Dog fastslår EU-Domstolen samtidigt, at det er

vigtigt at andre elementer i bestemmelsen, gør det muligt at identificere formålet som forfølges med foranstaltningen. Derved kan det vurderes hvorvidt formålet er objektivt og rimeligt, samt at de midler der anvendes til at opfyldet formålet er hensigtsmæssige og nødvendige, jf. Palacios de la Villa pr. 54-57. Den omstridte nationale bestemmelse var indført for at afskaffe ledigheden, og dette udtalte EU-Domstolen er et lovligt formål, jf. pr. 64.

Andre lovlige formål kan bl.a. være at fremme lediges adgang til ny beskæftigelse. Dette var tilfældet i Mangold-sagen, hvor den nationale bestemmelse havde til formål at fremme ældre ledige til at opnå beskæftigelse, da denne kategori af arbejdere netop kan have svært ved at finde ny beskæftigelse, jf. Mangold-sagens pr. 59. EU-Domstolen vurderer dette formål til at være objektivt og rimeligt begrundet, og egnet til at begrunde en forskelsbehandling efter beskæftigelsesdirektivet art. 6, stk. 1 jf. Mangold-sagens pr. 61. Flexibilitet er også et lovligt formål, da EU-Domstolen i Küçükdeveci-sagen slår fast, at den nationale bestemmelse om at ancienniteten for opsigelsesvarslet først tæller efter medarbejderen er fyldt 25 år, har et formål der er objektivt og rimeligt begrundet. Formålet er objektivt og rimeligt begrundet, idet yngre medarbejdere formodes at have en større fleksibilitet, da yngre medarbejdere reagerer hurtigere og bedre, hvis de skulle blive afskediget. Endvidere har et kortere opsigelsesvarsel den virkning, at yngre medarbejdere får øgede muligheder for ansættelse, og det medvirker til en større personalemæssig fleksibilitet, jf. pr. 35. EU-Domstolen vurderer også i Ole Andersen-sagen om den direkte forskelsbehandling i FUL § 2a, stk. 3 kan retfærdiggøres efter beskæftigelsesdirektivets art. 6, stk. 1, herunder om der er tale om legitimt formål, der kan opfylde proportionalitetstesten. Formålet for den nationale bestemmelse er ifølge forarbejderne til loven, at lette overgangen for ældre funktionærer til anden beskæftigelse, når funktionærerne har været ansat i den samme virksomhed gennem mange år. Formålet er endvidere at arbejdsgiverne ikke betaler dobbeltkompensation til funktionærer med lang anciennitet når disse afskediges, da dette ikke tjener noget beskæftigelsespolitisk formål. Formålet med FUL § 2a, stk. 3 vurderer EU-Domstolen derfor til at være et legitimt formål, der er objektivt og rimeligt, jf. pr. 27-31.

Der er således tale om en relativ vid adgang for at en omstridt national regel anerkendes som havende et formål, der udover at være legitimt også er objektivt og rimeligt. Det afgørende er da, om formålet henhører under Medlemsstatens beskæftigelses- og arbejdsmarkedspolitik.

2.4.2.3.2 Proportionalitet

Når den omstridte nationale bestemmelse er begrundet i et objektivt og rimeligt legitimt formål, skal bestemmelsen endvidere anvende midler, der er egnet til at opfylde formålet og ikke gå ud over hvad der er nødvendigt, for at den ulige behandling pga. alder endeligt kan retfærdiggøres. Hvorvidt den nationale bestemmelse opfylder proportionalitetstesten, udtaler EU-Domstolen at Medlemsstaterne råder over en vid skønsmargin ved fastsættelse af, hvilke formål medlemsstaterne ønsker at forfølge indenfor deres beskæftigelses- og socialpolitik, og hvilke foranstaltninger medlemsstaterne anvender til at opfylde disse formål, jf. Palacios de la Villa pr. 68, Mangold pr. 63, Küçükdeveci pr. 38 og Ole Andersen pr. 33.

Men selvom medlemsstaterne har en vid adgang til at fastsætte de foranstaltninger, der kan gennemføre deres social- og beskæftigelsespolitiske mål, underlægges disse midler forsat en streng proportionalitetstest. Denne strenge proportionalitetstest foretager EU-Domstolen bl.a. i Mangold-sagen. Her slår EU-Domstolen fast, at den nationale bestemmelse går ud over hvad der er nødvendigt, da kriteriet for anvendelse af den nationale bestemmelse udelukkende er baseret på medarbejderens alder. Således sondres der i den nationale regel ikke mellem, hvorvidt den ældre medarbejder er ledig eller i beskæftigelse. Dette medfører en betydelig usikkerhed for ældre medarbejdere, da de kan risikere at få forlænget deres tidsbegrænset ansættelse et uendeligt antal gange, og således ikke har sikkerhed i deres beskæftigelse, jf. pr. 64-65. Afvejning af arbejdstagerens legitime interesser, er en afvejning som EU-Domstolen også vurderer i Ole Andersen-sagen. I denne sag vurderer EU-Domstolen derfor om de beskæftigelsespolitiske mål, der er formålet for at afskære funktionærer med lang anciennitet, går videre end hvad der er nødvendigt, dvs. om funktionærerne får foretaget et for vidtgående indgreb i deres legitime interesser, jf. pr. 32. I Ole Andersen-sagen fastslår EU-Domstolen derfor at FUL § 2a, stk. 3 gør det vanskeligere for funktionærer, der kan få udbetalt alderspension fra deres arbejdsgivere, at udnytte retten til at arbejde, når funktionærerne afskæres fra at få fratrædelsesgodtgørelsen. EU-Domstolen konkluderer endvidere at FUL § 2a, stk. 3 har den følge, at funktionærer kan have incitament til at give midlertidig afkald på deres alderspension, for at blive på arbejdsmarkedet, netop fordi retten til fratrædelsesgodtgørelse afskæres. Dette er at betragte som et for vidtgående indgreb i funktionærernes legitime interesser, og dermed går midlerne ud over hvad der er nødvendigt. EU-Domstolen konkluderer således at proportionalitetstesten ikke er opfyldt, og dermed kan den ulige behandling som FUL § 2a, stk. 3 medfører, ikke begrundes efter beskæftigelsesdirektivets art. 6, stk. 1, jf. pr. 46-48.

Udover en afvejning af arbejdstagerens legitime interesser, vurderer EU-Domstolen også, om en national bestemmelse rammer personer med en bestemt alder særdeles hårdt, når EU-Domstolen foretager proportionalitetstesten. EU-Domstolen fastslår i Küçükdeveci-sagen, at den nationale bestemmelse ikke er egnet til at opfylde de formål, fordi den nationale bestemmelse finder anvendelse på alle arbejdstagere, uagtet hvilken alder medarbejderne måtte have på afskedigelsestidspunktet. EU-Domstolen konkluderer endvidere, at den nationale bestemmelse berører unge medarbejdere i et ulige omfang, idet bestemmelsen særligt rammer de unge medarbejdere, der starter på at arbejde tidligt, mens de medarbejdere der først begynder at arbejde senere efter fx en lang uddannelse, ikke rammes nær så hårdt. Derved er den nationale bestemmelse i strid med det EU-retlige princip om forbud mod forskelsbehandling pga. alder, jf. pr. 40-43

De ovenstående sager er alle faldet på proportionalitetsprincippet. I Palacios de la Villa-sagen vurderer EU-Domstolen, at det påhviler en medlemsstats kompetente myndighed at nå en balance mellem politiske, økonomiske, sociale og/eller budgetmæssige hensyn på den ene side og hensynet til den konkrete situation på arbejdsmarkedet, ved fx at indføre tvungen pensionering, jf. pr. 69. Dog skal de nationale foranstaltninger fortsat ikke gå ud over, hvad der er nødvendigt og hensigtsmæssigt for at nå målet, jf. pr. 71. De nationale kompetente myndigheder kan vurdere at en foranstaltning, som at lette adgangen til arbejdsmarkedet, kan være hensigtsmæssig og nødvendig. Derudover fastslår EU-Domstolen at den nationale bestemmelse ikke gør et overdrevent indgreb i medarbejdernes legitime krav, da den nationale bestemmelse ikke kun vedrører et alderskriterium, men også tager hensyn til at den enkelte medarbejder har optjent retten til en økonomisk kompensation, jf. pr. 72-73. EU-Domstolen konkluderer derfor at de omtvistede bestemmelser er forenelige med beskæftigelsesdirektivet, så længe foranstaltningen følger et objektive og rimeligt formål, samt at midlerne til at nå dette formål, ikke går ud over hvad der er nødvendigt og hensigtsmæssigt.

I Palacios de la Villa-sagen er det desuden interessant at EU-Domstolen lader den nationale ret selv vurdere proportionalitet i pr. 72 ift. Mangold-sagen. I Mangold-sagen anlagde EU-Domstolen for det første en streng proportionalitetstest, og for det andet overlod EU-Domstolen det ikke til den nationale domstol at vurdere, hvorledes alderskriteriet skulle anvendes, da EU-Domstolen selv foretog vurderingen af, hvad der kan retfærdiggøre forskelsbehandling pga. alder. I Palacios de la Villa-sagen pr. 72 udtaler EU-Domstolen, at det ikke er *”urimeligt, at en medlemsstats myndigheder vurderer, at en foranstaltning [...] kan være hensigtsmæssig og nødvendig for at nå det legitime for-*

mål, [...] som består i at fremme fuld beskæftigelse ved at lette adgangen til arbejdsmarkedet.”. En af grundene til at EU-Domstolen lader vurderingen være op til den enkelte myndighed, kan være fordi EU-Domstolen ikke anser foranstaltningen for at være et overdrevent indgreb i medarbejderens legitime interesser, når disse medarbejdere pensioneres mod deres vilje. De nationale bestemmelser er ikke blot baseret på en specifik alder, men tager også hensyn til at medarbejderne optjener ret til en økonomisk kompensation gennem deres arbejdsliv, som udgør disse medarbejders pension. Dette niveau anser EU-Domstolen ikke for at være urimeligt. En medlemsstats arbejdsmarkedsparter kan derfor aftale en bestemmelse som tvungen pension af medarbejdere, der er omfattet af den kollektive overenskomst. Bestemmelsen vil af EU-Domstolen anses som værende gyldig, hvis bestemmelsen har et lovligt formål og er objektiv og rimelig begrundet i den pågældende medlemsstats beskæftigelses- og socialpolitik og er proportional. Det er dog ikke ensbetydende med, at retsvirkningen af *Palacios de la Villa*-sagen kan udstrækkes til, at EU-Domstolen anerkender, at der i national ret kan fastsættes en generel alder for tilbagetrækning, og dermed tvinge medarbejdere på pension. EU-Domstolen har kun med afgørelsen af *Palacios de la Villa*-sagen fastslået, at der i kollektiv overenskomst kan aftales en tvungen pensionering, såfremt bestemmelsen opfylder ovenstående betingelser.

2.4.2.4 Opsummering

Hvis en national bestemmelse er omfattet af EU-rettens anvendelsesområde, baseret på et alderskriterium, og bestemmelsens formål desuden er objektivt og rimeligt begrundet, skal dette formål desuden være proportionalt, før den ulige behandling er i overensstemmelse med det EU-retlige princip om forbud mod forskelsbehandling pga. alder. Proportionalitetstesten er opfyldt, når de midler en medlemsstat anvender til at opfylde det legitime formål, er hensigtsmæssige og nødvendige. Medlemsstaterne har et vist skøn, når de vælger hvilke foranstaltninger, der gennemfører de social- og beskæftigelsespolitiske mål som medlemsstaten måtte have, dog underlægges de midler der skal opfylde målene en streng proportionalitetstest.

Denne udarbejdede test vil blive anvendt i kapitel 3 nedenfor til analyse og vurdering af de relevante bestemmelser i FUL, da testen er en indikator for hvorvidt en ulige behandling baseret på alder er i strid med det EU-retlige princip om forbud mod forskelsbehandling pga. alder.

Endvidere har *Ole Andersen*-sagen stor betydning for analysen i kapitel 3 nedenfor.

2.4.3 Ole Andersen-sagen

Ole Andersen, der var ansat hos Region Syddanmark fra d. 1. januar 1979, blev opsagt i 2006. Ole Andersen der var fyldt 63 år, da han fratrådte, ønskede ikke at gøre brug af retten til pension, og meldte sig derfor ledig. Ole Andersen rejste krav om fratrædelsesgodtgørelse efter FUL § 2a, som den tidligere arbejdsgiver afviste. EU-Domstolen fastslår at FUL § 2a, stk. 3 ved ikke at sondre mellem funktionærer, der forbliver eller udtræder af arbejdsmarkedet, er udtryk for direkte forskelsbehandling pga. alder, som ikke kan retfærdiggøres pga. proportionalitetsprincippet er tilsidesat.

2.4.3.1 Retsvirkning af Ole Andersen-sagen

EU-Domstolen slår med afgørelsen af Ole Andersen-dommen fast at FUL § 2a, stk. 3 ikke er foreneligt med beskæftigelsesdirektivet, da der er tale om ulige behandling pga. alder, der ikke kan retfærdiggøres. Dette betyder at en funktionær, der er berettiget til fratrædelsesgodtgørelse, ikke må afskæres fra godtgørelsen, blot fordi funktionæren har mulighed for at gå på alderspension fra arbejdsgiveren. EU-Domstolen fastslår dermed med afgørelsen af Ole Andersen-sagen, at der er en forskel på de funktionærer, der har retten til at gå på alderspension, men ikke udnytter muligheden og de funktionærer som rent faktisk udnytter muligheden. Men ved at FUL § 2a, stk. 3 afskar alle funktionærer, der havde muligheden for at gå på alderspension, ville den enkelte funktionærs indtægtsmulighed blive mindre. Funktionæren ville pga. FUL § 2a, stk. 3 blive bragt ud i en situation, hvor denne følte sig tvunget til at acceptere en mindre alderspension, end hvis funktionæren forblev på arbejdsmarkedet, som ville resultere i et indtægtstab. Ift. formålet med fratrædelsesgodtgørelsen er denne jo netop bestemt til at mildne overgangen til anden beskæftigelse, og nogle funktionærer vælger derfor at modtage fratrædelsesgodtgørelsen og give afkald på alderspension jf. pr. 46-47. Funktionærene må derfor efter Ole Andersen-sagen afgørelse, ikke afskæres fra fratrædelsesgodtgørelsen, blot fordi funktionærene har muligheden for at benytte retten til alderspension fra arbejdsgiveren. Hvis funktionæren derimod rent faktisk udnytter retten til at få udbetalt alderspension, er det fortsat legitimt at afskære fra retten til fratrædelsesgodtgørelse efter FUL § 2a, stk. 3. EU-Domstolen fastslår netop, at afskæring af fratrædelsesgodtgørelse for funktionærer der faktisk modtager alderspension når de afskediges, ikke går ud over hvad der er nødvendigt, og dermed opfylder dette proportionalitetstesten. En arbejdsgiver skal derfor sondre mellem funktionærer, der har muligheden for gå på alderspension, og funktionærer der faktisk udnytter retten til alderspension. De førstnævnte funktionærer kan arbejdsgiveren ikke afskære fra fratrædelsesgodtgørelsen, mens de sidstnævnte godt kan afskæres fra fratrædelsesgodtgørelsen i FUL § 2a.

2.4.3.1.1 Obiter dictum

I visse sager vil EU-Domstolen ikke blot svare på de stillede præjudicielle spørgsmål, men desuden svare udover disse. Når dette sker, vil EU-Domstolens udtalelse være et obiter dictum, hvorved udtalelsen ikke har betydning for dommens resultat og den fornuftige grund der er baggrund for vurderingen.⁴⁰ Dette er ikke tilfældet i Ole Andersen-sagen. Her har EU-Domstolen ikke udtalt sig om FUL § 2a, stk. 2. vedrørende afskæring af fratrædelsesgodtgørelse, når funktionæren kan gå på folkepension. Derfor er det nærliggende at diskutere og analysere om denne bestemmelse også kan risikere at blive underkendt. Denne analyse og diskussion foretages i afsnit 3.4.8 nedenfor.

2.5 Foreløbige forholdsregler og sanktionsmuligheder

Når en national ret stiller et præjudicielt spørgsmål til EU-Domstolen, om hvorvidt en national retsregel er i strid med EU-retten, kan en national dommer suspendere den nationale regel indtil det er afklaret hvorvidt den nationale bestemmelse er i strid med EU-retten eller ej.⁴¹

Hvis en bestemmelse er udtryk for forskelsbehandling pga. alder, der ikke kan retfærdiggøres, skal en national domstol undlade at anvende den EU-stridige regel. På denne måde sikres de rettigheder som en borger har gennem EU-retten, og dermed sikres både retsbeskyttelsen samt EU-rettens fulde og effektive virkning.

I Küçükdeveci-sagen slår EU-Domstolen endvidere fast at en national domstol er forpligtet til at fortolke de nationale bestemmelser i lyset af direktivets ordlyd og formål, således at de resultater, der er tilsigtet med direktivet nås. Derfor er en national domstol forpligtet til at undlade at anvende en national regel, hvis denne nationale bestemmelse er i strid med EU-retten. Denne forpligtelse til at træffe foreløbige forholdsregler gælder for de nationale domstole, uagtet om der foregående er stillet et præjudicielt spørgsmål til EU-Domstolen efter art. 267 TEUF eller ej. De nationale domstole kan, og har således ret, men ikke pligt til at stille et præjudicielt spørgsmål til EU-Domstolen om fortolkning af EU retsakter. Dette ændrer ikke på at den nationale domstol fortsat har pligt til at undlade at anvende en national regel, der strider mod det EU-retlige princip om forbud mod forskelsbehandling pga. alder. Dette gælder, uagtet at der i det nationale retssystem måttes findes en regel, hvor nationale bestemmelser kun kan kendes for forfatningsstridig, hvis det er fastslået af

⁴⁰ Neergaard & Nielsen. 2010, s. 230, herunder fodnote 62

⁴¹ Nielsen. 2006, s. 417; Neergaard & Nielsen. 2010, s. 250

forfatningsdomstolen, da EU-retten har forrang for national ret. Denne forrang gælder selvfølgelig også det almindelige EU-retlige princip om forbud mod forskelsbehandling pga. alder, jf. pr.45-48.

2.6 Håndhævelse

Efter at en national dommer har foretaget foreløbige forholdsregler ved at undlade at anvende en national bestemmelse, der kan være i strid med EU-retten, kommer det efterfølgende an på hvorvidt EU-Domstolen finder at den nationale retsregel er i strid med EU-retten eller ej. Såfremt at EU-Domstolen måtte finde at den nationale regel er i strid med EU-retten skal medlemsstaten gennemføre de nødvendige foranstaltninger for at dommen kan gennemføres jf. art. 260 TEUF. Ift. Ole Andersen-sagen bliver dette vurderet i kapitel 6 nedenfor i den integrerede analyse.

2.7 Medlemsstaternes erstatningsansvar

Hvis en borger lider et tab pga. et direktiv ikke er blevet tilstrækkeligt gennemført i national ret, kan borgeren kræve erstatning af medlemsstaten. Der er dog tre betingelser der skal være opfyldt førend en borger kan få erstatning. For det første skal den overtrådte bestemmelse i EU-retten give individet rettigheder, for det andet skal overtrædelsen være af en vis grovhed og for det tredje skal der være en direkte årsagsforbindelse mellem skadeslidtes tab og overtrædelsen. Er disse tre betingelser opfyldt medfører dette at medlemsstaten er erstatningsansvarlig.⁴²

2.8 Delkonklusion

Af EU-Domstolens retspraksis er det tydeligt at EU-Domstolen følger en bestemt test i vurdering af, hvorvidt en national retsregel er udtryk for forskelsbehandling pga. alder. EU-Domstolen vurderer således, om den nationale retsregel falder inden for beskæftigelsesdirektivets anvendelsesområde, derefter om den nationale bestemmelse er baseret på alder og derved ulig behandling pga. alder. Dog kan både indirekte og direkte forskelsbehandling pga. alder retfærdiggøres efter beskæftigelsesdirektivets art. 6, stk. 1. En national retsregel skal således både være objektivt og rimeligt begrundet i et legitimt formål, og samtidig opfylde proportionalitetstesten. Såfremt en national retsregel ikke kan retfærdiggøres skal en national domstol undlade at anvende den EU-stridige nationale regel.

⁴² Nielsen. 2006, s. 440; Neergaard & Nielsen. 2010, s. 255f

3 KAPITEL 3. JURIDISK ANALYSE DEL 2 – DANSK RET

3.1 Indledning

På baggrund af den i afsnit 2.4.2 ovenfor udarbejdede test, vil de relevante bestemmelser i FUL blive analyseret, for at undersøge hvorvidt bestemmelserne kan være udtryk for aldersdiskrimination. I denne analyse vil afgørelsen i Ole Andersen-sagen blive tillagt stor vægt og retskildeværdi. Kapitlet starter dog med at undersøge FSBL § 7, for at undersøge sammenspillet mellem aldersbetinget forskelsbehandling og muligheden for godtgørelse efter FSBL herfor. U.2012.341V vil derfor blive analyseret, da dommen netop tager stilling til dette.

3.2 FSBL § 7

Beskæftigelsesdirektivet blev implementeret i FSBL i april 2004. Lovforslaget⁴³ til FSBL fra november 2004, hvor alder også blev indsat som kriterium, behandlede bl.a. beskæftigelsesdirektivets forhold til aldersgrænserne i FUL §§ 2a og 2b. Det interessante er, at lovgiver vurderer at aldersgrænserne i FUL § 2a samt 30 års grænsen i FUL § 2b kan opretholdes, da begge bestemmelser beskytter ældre funktionærer og dermed er saglig forskelsbehandling, mens 18 års grænsen i FUL § 2b er i strid med beskæftigelsesdirektivet.⁴⁴

Er en persons rettigheder efter FSBL §§ 2-4 blevet krænket, kan denne person tilkendes en godtgørelse jf. FSBL § 7, stk. 1. Bevisbyrden er delt jf. FSBL § 7a, da personen, der mener være blevet forskelsbehandlet, skal påvise faktiske omstændigheder. Påviser personen derefter de faktiske omstændigheder, hvorefter der er en formodning for enten direkte eller indirekte forskelsbehandling, vender bevisbyrden om, hvorfor det påhviler den krænkende part at bevise at ligebehandlingsprincippet ikke er tilsidesat jf. FSBL § 7a.⁴⁵

Ift. godtgørelsen efter FSBL § 7 for manglende fratrædelsesgodtgørelse efter FUL § 2a blev dette vurderet af Vestre Landsret i U.2012.341V.

⁴³ FT 2004-2005, 1. saml., L 92

⁴⁴ FT 2004-2005, 1. saml., L 92, almindelige bemærkninger pkt. 5.2

⁴⁵ Schwarz og Hartmann. 2011, s. 61, 154-151

3.3 U.2012.341V

Vestre Landsret afsagde d. 11. oktober 2011 dom om spørgsmålet for tilkendelse af godtgørelse efter FSBL for aldersbetinget forskelsbehandling.

U.2012.341V omhandler hvorvidt Ole Andersen havde ret til en yderligere godtgørelse for Region Syddanmarks manglende betaling af den fratrædelsesgodtgørelse, som EU-Domstolen i sag C-499/08 havde fastslået at Ole Andersen havde krav på. Ole Andersen-sagen er nærmere analyseret i afsnit 2.4.3.1 ovenfor. Det spørgsmål der afgøres i U.2012.341V er således hvorvidt en arbejdsgiver, der undlader at betale fratrædelsesgodtgørelse efter FUL § 2a, stk. 3, ydermere skal betale en godtgørelse efter FSBL, fordi arbejdsgiveren har forskelsbehandlet medarbejderen pga. alder.

3.3.1 Retsvirkning af U.2012.341V

Vestre Landsret tilkender ikke Ole Andersen i U.2012.341V en ekstra godtgørelse efter FSBL § 7, stk. 1. Dog finder Landsretten at nægtelsen af at betale fratrædelsesgodtgørelse, fordi funktionæren er berettiget til alderspension, er aldersbetinget forskelsbehandling og vurderer derfor om der skal betales en yderligere godtgørelse. Landsretten vurderer i sagen grovheden af overtrædelsen og tager hensyn til baggrunden, samt den krænkelse der måtte være påført.

Overtrædelsen ved at nægte en funktionær fratrædelsesgodtgørelsen skyldes et *”tvivlsomt lovførtolkningsspørgsmål”*. Før EU-Domstolens afgørelse i Ole Andersen-sagen havde der i dansk ret været en klar og langvarig praksis for funktionærer, der alene havde muligheden for at gå på alderspension fra arbejdsgiveren, samtidig ville miste retten til fratrædelsesgodtgørelse. Denne faste praksis var bl.a. også baseret på praksis fra Højesteret. Region Syddanmark fulgte på tidspunktet for fratrædelsesgodtgørelsens udbetalingstidspunkt gældende ret, og det er således ikke arbejdsgiver der skal bære risikoen for, hvorvidt dansk ret har været i strid med EU-retten. Endvidere lægger Vestre Landsret vægt på at Region Syddanmark betalte fratrædelsesgodtgørelsen efter FUL § 2a, stk. 3 kort tid efter EU-Domstolen afgjorde Ole Andersen-sagen, hvorfor krænkelsen ansås som værende forholdsvis begrænset.

Retsvirkningen af U.2012.341V er derfor at for at få en yderligere godtgørelse efter FSBL § 7, skal den aldersbetingede forskelsbehandling være af en vis grovhed. Det er således ikke arbejdsgiver, der skal bære risikoen for, hvorvidt en national bestemmelse er i strid med EU-retten.

Selvom arbejdsgiveren ikke skal bære risikoen for hvorvidt nationale bestemmelser er i strid med det EU-retlige princip om forbud mod forskelsbehandling pga. alder, er det dog fortsat relevant at undersøge hvorvidt FUL §§ 2a og 2b er i strid med EU-retten. Analysen starter med FUL § 2a.

3.4 FUL § 2a

3.4.1 Baggrunden for FUL § 2a

FUL § 2a trådte i kraft d. 1. juli 1971.⁴⁶ I 1971 var der i den daværende § 2a, stk. 2 en undtagelse til bestemmelsen. Denne undtagelse indebar at funktionærer der i udgangspunktet ville have krav på fratrædelsesgodtgørelse, ikke ville få denne godtgørelse, da retten til godtgørelsen bortfalder ”såfremt funktionæren ved fratræden vil oppebære pension fra arbejdsgiveren eller folkepension” da der er tale om ”situationer der normalt indebærer, at den pågældende udtræder af arbejdsmarkedet.”⁴⁷ Denne oprindelige undtagelse blev dog i 1996 ændret til den nuværende FUL § 2a, stk. 2 og stk. 3. Således blev FUL § 2a, stk. 2 til en undtagelse der kun angik funktionærer, der havde muligheden for at gå på folkepension, mens undtagelsen i FUL § 2a, stk. 3 angik funktionærer der ville oppebære pension fra arbejdsgiveren, såfremt funktionæren var indtrådt i pensionsordningen efter det fyldte 50. år. Ændringen af FUL § 2a kom fordi der siden 1971 var blevet gennemført en del arbejdsmarkedspensionsordninger, som medførte at der blev udbetalt mange meget små pensionsbeløb. Disse små pensionsbeløb kendte man ikke til i 1971, hvorfor den oprindelige bestemmelse af domstolene var blevet fortolket således, at en funktionær der modtog pension fra arbejdsgiveren, uagtet størrelsen på pensionsbeløbet, ville medføre bortfald af retten til fratrædelsesgodtgørelse.⁴⁸

3.4.2 Formålet med FUL § 2a

En funktionær, der uafbrudt har været ansat i samme virksomhed i 12, 15 eller 18 år vil efter FUL § 2a, kunne få en godtgørelse ved funktionærens fratræden. FUL § 2a giver derved mulighed for en fratrædelsesgodtgørelse. Formålet er derfor at ”mildne overgangen til anden beskæftigelse for de ældre funktionærer.”⁴⁹ Fratrædelsesgodtgørelsen skal betales udover funktionærens opsigelsesvarsel, for derved at lette funktionærens overgang til et nyt job.

⁴⁶ Lov nr. 224 19/05/1971

⁴⁷ FT 1970-1971, 1. saml., L53, bemærkninger til lovforslaget ad nr. 3.

⁴⁸ FT 1995-1996, 1. saml., L180, almindelige bemærkninger til lovforslaget.

⁴⁹ FT 1970-1971, 1. saml. L53, bemærkninger til lovforslaget ad nr. 3.

FUL § 2a indeholder dog også undtagelser hvor retten til fratrædelsesgodtgørelse bortfalder. Disse undtagelser vedrører situationer hvor funktionæren ”normalt” vil udtræde af arbejdsmarkedet.⁵⁰ Formålet med at få en fratrædelsesgodtgørelse for funktionærer, der har været ansat i samme virksomhed i 12, 15 eller 18 år er således, at disse ældre funktionærer, såfremt de skulle blive afskediget, ville få ret til en godtgørelse, for at mildne overgangen til anden beskæftigelse. Som det fremgår i kapitel 4 nedenfor, er der økonomiske incitament for arbejdsgiveren til at aldersdiskriminere ældre medarbejdere, hvorfor det kan være sværere for ældre funktionærer at finde ny beskæftigelse. Den ældre funktionær kan således ved opsigelse risikere at have en periode efter udløbet af opsigelsesvarslet, hvor funktionæren står uden anden beskæftigelse. Udover funktionærens opsigelsesvarsel, vil en fratrædelsesgodtgørelse derfor lette funktionærens økonomiske situation, hvis funktionæren skulle blive opsagt. Fratrædelsesgodtgørelsen kommer kun til udbetaling, når funktionæren har til hensigt at forblive på arbejdsmarkedet. Hvis funktionæren fx har muligheden for at gå på folkepension, vil retten til fratrædelsesgodtgørelsen bortfalde, da en funktionær der vil oppebære folkepension normalt medfører, at vedkommende udtræder af arbejdsmarkedet.⁵¹

Formålet med fratrædelsesgodtgørelsen i FUL § 2a, er derfor at give ældre funktionærer en beskyttelsesforanstaltning ved en evt. opsigelse. Endvidere er fratrædelsesgodtgørelsen en måde hvorpå, ældre funktionærer får lettere ved at søge nyt arbejde, da berettigelsen til fratrædelsesgodtgørelse vil gøre en evt. ledighedsperiode mindre økonomisk byrdefuld. Fratrædelsesgodtgørelsen vil derfor også kunne fremme den erhvervsmæssige integration af ældre funktionærer.

3.4.3 Retten til fratrædelsesgodtgørelse - Indholdet af FUL § 2a, stk. 1

Funktionærens krav på fratrædelsesgodtgørelse er betinget. Betingelserne for udbetaling af fratrædelsesgodtgørelse efter FUL § 2a er, at funktionæren opfylder anciennitetskravet på fratrædelsestidspunktet, at funktionæren er opsagt, at funktionæren faktisk fratræder sin stilling og at funktionærens fratreden ikke er begrundet i funktionærens væsentlige misligholdelse.⁵²

Såfremt funktionæren opfylder betingelserne, har funktionæren ret til fratrædelsesgodtgørelse, som skal svare til funktionærens faste løn på udbetalingstidspunktet. Dette inkluderer funktionærens månedsløn, tantiemer og bonusser, samt arbejdsgivers bidrag til funktionærens pensionsordning.⁵³

⁵⁰ FT 1970-1971, 1. saml., L53, bemærkninger til lovforslaget ad nr. 3

⁵¹ FT 1970-1971, 1. saml., L53, bemærkninger til lovforslaget ad nr. 3

⁵² Svenning Andersen, mfl. 2011, s. 699

⁵³ Svenning Andersen, mfl. 2011, s. 701

FUL § 2a indeholder dog to undtagelser, hvor retten til fratrædelsesgodtgørelse bortfalder i hhv. stk. 2 og stk. 3. Ole Andersen-sagen er analyseret i afsnit 2.4.3.1 ovenfor, dog vil praksis før Ole Andersen-sagen kort blive ridset op, samt hvordan FUL § 2a, stk. 3 nu skal tolkes. Dette vil støtte analysen af FUL § 2a, stk. 2, af hvorvidt denne bestemmelse også kan være udtryk for aldersdiskrimination.

3.4.4 Kort om FUL § 2a, stk. 3

Før afgørelsen af Ole Andersen-sagen var der en klar tendens i retspraksis⁵⁴ til, at funktionærer der havde muligheden for at få alderspension fra arbejdsgiveren, ikke ville få fratrædelsesgodtgørelse efter FUL § 2a. Dette er nu underkendt med EU-Domstolens afgørelse af Ole Andersen-sagen. Som beskrevet i afsnit 2.4.3.1 ovenfor, betyder dette at funktionæren rent faktisk skal udnytte muligheden for at få alderspension, og dermed også rent faktisk modtage alderspension fra arbejdsgiveren, førend det medfører bortfald af retten til fratrædelsesgodtgørelse.

En funktionær der i udgangspunktet er berettiget til fratrædelsesgodtgørelse efter FUL § 2a og desuden har mulighed for at få alderspension fra arbejdsgiveren, vil derfor stadig have ret til fratrædelsesgodtgørelsen, hvis funktionæren vælger at blive på arbejdsmarkedet. Dette er netop formålet med fratrædelsesgodtgørelse, da fratrædelsesgodtgørelsen skal ”*mildne overgangen til anden beskæftigelse for ældre funktionærer*”. Omvendt vil funktionæren miste retten til fratrædelsesgodtgørelsen, såfremt funktionæren vælger at forlade arbejdsmarkedet ved at benytte retten til alderspension.

Denne underkendelse af hvordan FUL § 2a, stk. 3 hidtil har været fortolket i dansk ret, giver anledning til bl.a. om FUL § 2a, stk. 2, som indeholder den anden undtagelse fra fratrædelsesgodtgørelsen i FUL § 2a, kan være udtryk for forskelsbehandling pga. alder.

3.4.5 Indholdet af FUL § 2a, stk. 2

FUL § 2a, stk. 2, omhandler den situation, hvor en funktionær i udgangspunktet har ret til hhv. 1, 2, eller 3 mdr. løn i fratrædelsesgodtgørelse, men fordi funktionæren har mulighed for at gå på folkepension bortfalder denne ret, uanset om funktionæren faktisk opfylder betingelserne for at modtage fratrædelsesgodtgørelse. Betingelserne for at modtage fratrædelsesgodtgørelse er nærmere beskrevet i afsnit 3.4.3 ovenfor. Det er fortolket dansk retspraksis, navnlig U.1973.898H, at funktionærer som har muligheden for at gå på folkepension, afskærer funktionæren fra fratrædelsesgodtgørelsen.

⁵⁴ U1973.898H, U1989.123H, U1989.126H

Højesteret fastslår i U.1973.898.H, at en 62-årig enke, der var berettiget til folkepension, ikke er berettiget til fratrædelsesgodtgørelsen. Dette var uagtet, at funktionæren selv ønskede at forblive på arbejdsmarkedet, og derfor ikke havde søgt om at modtage folkepension. Afgørende for fratrædelsesgodtgørelsens bortfald, er således hvorvidt funktionæren har muligheden for at få folkepension. Hvis en funktionær derfor alene modtager efterløn eller invalidepension, er dette ikke omfattet af undtagelsen. Dette er afgjort i sagerne U.1975.661/2V og U.1981.784.SH for hhv. invalidepension og efterløn. Siden 1973 var det derfor klar praksis, herunder Højesteretspraksis, at FUL § 2a, stk. 2 fandt anvendelse, når funktionæren var berettiget til at oppebære folkepension, underordnet om funktionæren faktisk valgte at gå på folkepension.⁵⁵

Efter Ole Andersen-sagens afsigelse har der dog været tvivl om dommens udstrækning, hvorfor afskæringen fra fratrædelsesgodtgørelsen for funktionærer, der har muligheden for at gå på folkepension, har været genstand for en række klager for Ligebehandlingsnævnet. Den første sag om Ole Andersen-sagens udstrækning Ligebehandlingsnævnet var i sag 127/2011.

3.4.6 Ligebehandlingsnævnets afgørelse i sag 127/2011

Den 31. august 2011 traf Ligebehandlingsnævnet afgørelse i sag 127/2011, vedrørende en funktionær der var berettiget til folkepension, men ikke ønskede at udnytte denne mulighed, da hun ønskede at forblive erhvervsaktiv. Funktionæren mente, at hun havde krav på fratrædelsesgodtgørelse efter FUL § 2a, da funktionæren mente at EU-Domstolens dom i Ole Andersen-sagen kunne udstrækkes til også at gælde funktionærer, der er berettiget til folkepension. Ligebehandlingsnævnet tager ikke funktionærens klage til følge, og udtaler at der ikke er ”fuldt tilstrækkeligt grundlag” for at fastslå, at resultatet i Ole Andersen-sagen uden videre også vil kunne anvendes på en situation, hvor funktionæren er berettiget til at modtage folkepension. Derfor kan Ligebehandlingsnævnet ej heller imødekomme klagen om, at funktionæren har været udsat for forskelsbehandling pga. alder.

Der kan være flere grunde til at Ligebehandlingsnævnet vælger ikke at tage klagen til følge. For det første er der tale om to forskellige situationer, da funktionæren i Ole Andersen-sagen afskæres fra fratrædelsesgodtgørelsen i FUL § 2a, fordi han har mulighed for at gå på alderspension, men reelt ønsker at forblive på arbejdsmarkedet. Funktionæren i sag 127/2011 ønsker dog ligeledes at forblive på arbejdsmarkedet, men afskæres fra fratrædelsesgodtgørelsen fordi hun har muligheden for at gå

⁵⁵ Svenning Andersen mfl. 2011, s. 707

på folkepension. Der er således tale om to forskellige situationer, da alderspension fra arbejdsgiver og folkepension ikke er det samme. Alderspension fra arbejdsgiveren er en privat ordning, mens folkepension følger af en offentlig ordning, endvidere kan en person modtage alderspension og senere samtidig modtage folkepension, såfremt person er berettiget. For det andet har EU-Domstolen i Ole Andersen-sagen ikke udtalt sig om FUL § 2a, stk. 2, hvorfor bestemmelsen endnu ikke kan siges at være i strid med EU-retten. Og da FUL ej heller er ændret, er gældende ret fortsat, at retten til fratrædelsesgodtgørelse bortfalder for funktionærer, der kan modtage folkepension. For det tredje er Ligebehandlingsnævnet en uvildig, upartisk og uafhængig institution, som behandler klager om forskelsbehandling på det danske arbejdsmarked.⁵⁶

Ligebehandlingsnævnet har derfor bl.a. kompetence til at vurdere FSBL. Ift. klager om alder følger kompetencen af Lov om Ligebehandlingsnævnet § 1, stk. 1 og stk. 3. Fordi Ligebehandlingsnævnet har kompetence til at behandle klager om forskelsbehandling, har nævnet derfor også udtalt i afgørelserne 219/2012 og 220/2012, at nævnet ikke har kompetence til at afgøre hvorvidt en funktionær er berettiget til fratrædelsesgodtgørelse efter FUL.

3.4.7 Ligebehandlingsnævnets afgørelse i sag 219/2012 og 220/2012

Afgørelserne 219/2012 og 220/2012, der begge er afgjort 22. februar 2012, omhandler funktionærer, som gik på fleksibel efterløn og derfor mente, at de var berettiget til fratrædelsesgodtgørelse i FUL § 2a. Arbejdsgiveren ville dog i begge tilfælde ikke betale fratrædelsesgodtgørelsen, da funktionæren var berettiget til at oppebære alderspension fra arbejdsgiveren. Ligebehandlingsnævnet udtaler som i sag 127/2011, at der ikke er et fuldt tilstrækkeligt grundlag til at vurdere, om Ole Andersens sagens resultat også kan udstrækkes til funktionærer, der modtager fleksibel efterløn. Endvidere udtaler nævnet, at fortolkning af FUL hører til ved domstolene, hvorfor også klagerne i sagerne 219/2012 og 220/2012 afvises.

Selvom gældende ret fortsat kommer an på, hvorvidt en funktionær har alderen til at oppebære folkepension ift. at retten til fratrædelsesgodtgørelsen afskæres, er det stadig relevant at analysere FUL § 2a, stk. 2 i lyset af det EU-retlige forbud mod forskelsbehandling pga. alder. Det er derfor nærliggende, at diskutere om FUL § 2a, stk. 2 kan tilsidesættes, som værende i strid med beskæftigelsesdirektivet og det almindelige EU-retlige forbud mod forskelsbehandling pga. alder, såsom det var tilfældet med FUL § 2a, stk. 3 i Ole Andersen-sagen. Til dette benyttes den fortolkning som EU-

⁵⁶ <http://www.bm.dk/Beskaeftigelsesomraadet/Arbejdsret/Forskelsbehandling/Ligebehandlingsnaevnet.aspx>

Domstolen har anlagt gennem sin retspraksis gennemgået i afsnit 2.4.2 ovenfor. Særligt lægges der vægt resultatet i Ole Andersen-sagen.

3.4.8 Test af FUL § 2a, stk. 2

3.4.8.1 Finder EU-retten anvendelse?

Beskæftigelsesdirektivet blev implementeret i FSBL i december 2004. Beskæftigelsesdirektivet finder derfor anvendelse for alle nationale bestemmelser, der hører under direktivets anvendelsesområde. Som beskrevet ovenfor, er anvendelsesområdet for beskæftigelsesdirektivet bl.a. ansættelses- og arbejdsvilkår, herunder løn og afskedigelse, jf. beskæftigelsesdirektivets art. 3, stk. 1, litra d.

FUL § 2a, stk. 2, som har været en del af FUL siden 1971, findes fortsat i FUL, og er en bestemmelse, der påvirker funktionærers vilkår for afskedigelse, da FUL § 2a, stk. 2 omhandler den situation, hvor en funktionærs ret til fratrædelsesgodtgørelse bortfalder, fordi funktionæren kan gå på folkepension. FUL § 2a er dermed en national bestemmelse, der falder under anvendelsesområdet for beskæftigelsesdirektivet, og derfor finder EU-retten anvendelse på FUL § 2a, stk. 2.

3.4.8.2 Opfylder FUL § 2a, stk. 2 alderskriteriet?

Som skrevet i afsnit 2.4.2.2 ovenfor er alderskriteriet opfyldt, når en national bestemmelse stiller en person ringere end en tilsvarende person på baggrund af personens alder. Der er endvidere i en sådan situation tale om en ulige behandling baseret på alderskriteriet.

FUL § 2a, stk. 2 gør at fratrædelsesgodtgørelsen bortfalder for funktionærer, der har mulighed for at gå på folkepension. Folkepensionsalderen er i Danmark fastsat i pensionslovens⁵⁷ § 1a, stk. 1. Hvornår en person kan gå på folkepension afhænger derfor af, hvornår vedkommende er født, fx kan en person der er født før d. 1. januar 1959 gå på folkepension når personen fylder 65 år, jf. pensionsloven § 1a, stk. 1, nr. 1. Det betyder, at en funktionær som opfylder anciennitetskravet for at få fratrædelsesgodtgørelse efter FUL § 2a, bliver afskåret fra denne godtgørelse alene fordi funktionæren har muligheden for at gå på folkepension. En funktionær med lignende anciennitet, som pga. funktionærens alder ikke har muligheden for at gå på alderspension, vil omvendt ikke være afskåret fra at få fratrædelsesgodtgørelse efter FUL § 2a. En person behandles således ringere end

⁵⁷ Lovbekendtgørelse nr 1005 af 19/08/2010, jf. lovbekendtgørelse nr. 982 af 2. oktober 2009, med de ændringer, der følger af § 1 i lov nr. 1510 af 27. december 2009, § 9 i lov nr. 429 af 28. april 2010 og § 1 i lov nr. 699 af 25. juni 2010.

en tilsvarende person bliver, er blevet eller ville blive behandlet udelukkende pga. alder, og dette er derfor direkte forskelsbehandling.

FUL § 2a, stk. 2 stiller derfor en funktionær ringere end en tilsvarende funktionær på baggrund af funktionærens alder, og derved er der en ulige behandling baseret på alderskriteriet, hvorfor alderskriteriet er opfyldt.

3.4.8.3 Kan den ulige behandling pga. alder retfærdiggøres?

Udgangspunktet i beskæftigelsesdirektivet er at brug af alderskriteriet i en national bestemmelse, der falder indenfor anvendelsesområdet for beskæftigelsesdirektivet er forbudt. Medlemsstaterne har dog den mulighed i beskæftigelsesdirektivets art. 6, stk. 1 at de kan bestemme at ulige behandling pga. alder ikke er forskelsbehandling, såfremt den ulige behandling er objektivt og rimeligt begrundet i et legitimt formål.⁵⁸

3.4.8.3.1 Objektivt og rimeligt begrundet legitimt formål

Når alderskriteriet er opfyldt, er det næste spørgsmål om en sådan ulig behandling pga. alder kan retfærdiggøres, og hvorvidt formålet med FUL § 2a, stk. 2 er et objektivt og rimeligt begrundet i et legitimt mål. Formålet med bestemmelsen er som beskrevet i afsnit 3.4.2 ovenfor, at mildne overgangen til anden beskæftigelse for ældre funktionærer. Funktionærer der vil oppebære folkepension vil ikke få fratrædelsesgodtgørelsen, fordi dette ”normalt” medfører en situation, hvor den pågældende udtræder af arbejdsmarkedet. Funktionæren vil således normalt ikke blive på arbejdsmarkedet, hvorfor funktionæren ej heller vil få anden beskæftigelse. Der er derfor ikke behov for at overgangen til anden beskæftigelse mildnes, netop fordi funktionæren normalt vil vælge at udtræde af arbejdsmarkedet. Der er således ikke et beskyttelsesbehov i denne situation, hvor funktionæren vil udtræde af arbejdsmarkedet.

Dog er bestemmelsen om fratrædelsesgodtgørelse en beskyttelse for ældre funktionærer, som ydermere er egnet til at fremme ældre funktionærers erhvervsmæssige integration, se nærmere afsnit 3.4.2 ovenfor. FUL § 2a, stk. 2 er derfor udtryk for ulig behandling pga. alder, men den ulige behandling har til formål at fremme ældre funktionærers adgang til beskæftigelse eller at beskytte dis-

⁵⁸ Nielsen. 2006, s. 355

se grupper af medarbejdere. Beskæftigelsesdirektivets art. 6, stk. 1, litra a giver en Medlemsstat muligheden for at bestemme, at en sådan ulig behandling netop ikke er udtryk for forskelsbehandling pga. alder, såfremt den ulige behandling er objektivt og rimeligt begrundet i et legitimt formål. Da formålet med FUL § 2a er at beskytte de ældre funktionærer, samt at fremme deres erhvervs-mæssige integration, er formålet derfor en del af den nationale beskæftigelses- og arbejdsmarkeds-politik, som en medlemsstat har adgang til at fastsætte. Derudover er formålet ydermere objektivt og rimeligt begrundet i et legitimt mål, da formålet med fratrædelsesgodtgørelsen netop falder ind under beskæftigelsesdirektivets art. 6, stk. 1.

3.4.8.3.2 Proportionalitet

Hvorvidt en ulig behandling kan retfærdiggøres, skal dog også kunne opfylde proportionalitetsprin-cippet. Bestemmelsen i FUL § 2a, stk. 2 skal derfor ydermere være egnet til at forfølge de beskæfti-gelsespolitiske mål, der består i at beskytte ældre funktionærer og at fremme disse funktionærers erhvervsmæssige integration. Derudover skal FUL § 2a, stk. 2 ikke være et for vidtgående indgreb i funktionærernes legitime interesser.

Når en bestemmelse eller national foranstaltning opfylder proportionalitetstesten, er de midler en medlemsstat anvender til at opfylde det legitime formål hensigtsmæssige og nødvendige. Medlems-staterne har et vist skøn når de vælger hvilke foranstaltninger, der gennemfører de nationale social- og beskæftigelsespolitiske mål, dog underlægges de midler, der skal opfylde målene en streng pro-portionalitetstest.

Hvorvidt FUL § 2a, stk. 2 er egnet til at forfølge det legitime formål kan derfor diskuteres. Som den danske stat har indgivet af forklaring i Ole Andersen-sagen er der udover et beskyttelseshensyn til funktionærerne også et hensyn til arbejdsgiverne. Hvor selve fratrædelsesgodtgørelsen er til for at beskytte funktionæren, er undtagelsen i FUL § 2a, stk. 3 en sikring for arbejdsgiveren, så fratrædel-sesgodtgørelsen ikke bliver misbrugt. Dette sikres ved, at arbejdsgiveren ikke betaler fratrædel-sesgodtgørelse til funktionærer, der ønsker at gå på pension, når disse funktionærer faktisk udtræder af arbejdsmarkedet, jf. Ole Andersen-sagen pr. 34. Dette hensyn til arbejdsgivere kan ydermere være tilfældet for baggrunden for FUL § 2a, stk. 2, hvor en funktionær, som har muligheden for at gå på folkepension, ikke får udbetalt fratrædelsesgodtgørelsen, da retten bortfalder. Hensynet til arbejds-giverne kan derfor netop også være at undgå, at arbejdsgivere udbetaler fratrædelsesgodtgørelse til

en funktionær, som er bestemt til at mildne funktionærens overgang til anden beskæftigelse, men at funktionæren i stedet ønsker at udtræde af arbejdsmarkedet, ved at udnytte retten til at gå på folkepension. I Ole Andersen-sagen fastslår EU-Domstolen at et sådant hensyn til arbejdsgivere ikke som udgangspunkt, kan anses for værende uegnet til at forfølge det legitime beskæftigelsespolitiske formål jf. pr. 35 i Ole Andersen-sagen. Da der kan drages paralleller mellem undtagelserne i FUL § 2a, stk. 2 og 3 vil hensynet til arbejdsgivere i FUL § 2a, stk. 2 derfor heller ikke som udgangspunkt, kunne anses for at være uegnet til at følge det legitime mål i at beskytte ældre funktionærer og at fremme disse medarbejderes erhvervsmæssige integration.

Når en funktionær rent faktisk vælger at benytte retten til at gå på folkepension, vil denne funktionær derfor forlade arbejdsmarkedet, hvorved denne ikke har brug for fratrædelsesgodtgørelse, da funktionæren der vælger at udnytte retten til folkepension, netop ikke vil søge anden beskæftigelse og derfor ikke har behov for at overgangen til anden beskæftigelse mildnes. Dette er også i tråd med formålet med FUL § 2a, stk. 1 og § 2a, stk. 2 som analyseret i afsnit 3.4.2 ovenfor. FUL § 2a, stk. 1 har derfor et medarbejderhensyn, mens FUL § 2a, stk. 2 har et arbejdsgiverhensyn. FUL § 2a, stk. 2 forsøger derfor at balancere hensynet til både arbejdsgivere og medarbejdere ved, at der kun skal udbetales fratrædelsesgodtgørelse efter FUL § 2a, stk. 1 til de funktionærer fratrædelsesgodtgørelsen er beregnet til. I denne situation, hvor funktionæren rent faktisk forlader arbejdsmarkedet for at gå på folkepension, vil FUL § 2a, stk. 2 følge det formål som bestemmelsen søger at forene, samtidig med at bestemmelsen ikke går videre end hvad der er nødvendigt for at nå det pågældende mål.

I FUL § 2a, stk. 2 er det imidlertid sådan at en funktionær, der har muligheden for at gå på folkepension, bliver afskåret fra adgangen til fratrædelsesgodtgørelsen. Problemet kan derved netop bestå i at dansk retspraksis før afsigelsen af Ole Andersen-sagen, har sidestillet disse to situationer, dvs. når en funktionær faktisk forlader arbejdsmarkedet, fordi denne funktionær går på folkepension og når en funktionær vælger at forblive på arbejdsmarkedet, omend funktionæren har muligheden for at gå på folkepension. Det er derfor også relevant at analysere den situation, hvor retten til fratrædelsesgodtgørelse efter FUL § 2a, stk.1 bortfalder, fordi funktionæren har muligheden for at gå på folkepension, men ikke vælger at udnytte denne mulighed og således forbliver på arbejdsmarkedet, som beskrevet i afsnit 3.4.2 ovenfor. Men fordi en funktionær har muligheden for at forlade arbejdsmarkedet, er det ikke ensbetydende med at funktionæren faktisk vil vælge dette. Som beskrevet i afsnit 2.4.3.1 ovenfor har EU-Domstolen fastslået i Ole Andersen-sagen, at udelukkelsen

af fratrædelsesgodtgørelsen for de funktionærer, der måtte ønske at forblive på arbejdsmarkedet, får sværere ved at udøve deres ret til arbejde. EU-Domstolen fastslår i dommen endvidere, at dette er et for vidtgående indgreb i funktionærernes legitime interesser, da funktionæren pga. dennes alder vil være tvunget til at acceptere en mindre pension, end hvis funktionæren forblev på arbejdsmarkedet, og derved vil funktionæren lide et væsentligt indkomststab, jf. pr 45-47.

Spørgsmålet er, om den tolkning EU-Domstolen benytter sig af i Ole Andersen-sagen omhandlende FUL § 2a, stk. 3, uden videre kan anvendes på FUL § 2a, stk. 2. Når en funktionær er ansat hos en arbejdsgiver, der giver ret til pension fra arbejdsgiveren, bliver der hensat en given procentdel af funktionærens løn til pensionsopsparingen, hvorved funktionærens pensionsopsparing bliver større, desto længere tid funktionæren forbliver i arbejde. Folkepension bliver tilkendt personer i alderen 65-67 år alt efter deres fødselstidspunkt. Folkepension har en given sats hvert år, dog kan en person modtage et tillæg til folkepensionen, alt efter hvor mange år vedkommende vælger at udskyde at gå på folkepension, jf. pensionslovens kapitel 2a.

Der er således forskel på undtagelsen omhandlende alderspension fra arbejdsgiveren i FUL § 2a, stk. 3 og på undtagelsen omhandlende folkepension i FUL § 2a, stk. 2. En funktionær der er berettiget til folkepension pga. funktionærens alder, vil kunne vælge at blive på arbejdsmarkedet, hvorved funktionæren vil kunne modtage et tillæg til funktionærens folkepension og derved en højere pension, alt efter hvor langt tid funktionæren valgte at forblive på arbejdsmarkedet. Funktionæren vil således opnå en højere pension, ved at vedblive med at arbejde og ikke forlade det danske arbejdsmarked. Funktionæren, der afskæres fra at få fratrædelsesgodtgørelse udelukkende pga. funktionærens alder og muligheden for at modtage folkepension, vil derfor ligeledes lide et indkomststab, da folkepensionen stiger procentvis alt efter hvor lang tid funktionæren vælger at udskyde folkepensionen. At funktionæren bliver afskåret fra fratrædelsesgodtgørelsen udelukkende pga. funktionærens alder, medfører derfor at nogle funktionærer evt. vil acceptere en mindre folkepension end hvis de forblev på arbejdsmarkedet. Nogle funktionærer kunne have interesse i at forblive på arbejdsmarkedet, og vil derfor ønske at give midlertidig afkald på deres folkepension, for at få fratrædelsesgodtgørelse efter FUL § 2a. Funktionæren ville derfor i denne situation ikke søge folkepension, hvorved selve folkepensionen udskydes. Dog er FUL § 2a, stk. 2 til hinder for at en række funktionærer undlader at søge folkepension, fordi de ønsker at forblive erhvervsaktive på arbejdsmarkedet, hvor fratrædelsesgodtgørelsen netop er bestemt til at mildne disse funktionærers overgang til anden beskæftigelse. Derved udgør afskæringen af fratrædelsesgodtgørelsen et væsentligt indgreb i funktionærer-

nes interesser. Selvom arbejdsgiverens interesser også skal afvejes, medfører FUL § 2a, stk. 2 fortsat et væsentligt indgreb i funktionærernes interesser, hvorfor bestemmelsen går ud over hvad der er nødvendigt for at opnå formålet, da formålet netop er at beskytte de ældre funktionærer. Midlerne til at nå det lovlige formål i form af beskyttelse af ældre funktionærer, kunne derfor have været nået med mindre indgribende midler. Dette medfører derfor at den ulige behandling pga. alder som FUL § 2a, stk. 2 indebærer ikke kan retfærdiggøres efter proportionalitetsprincippet, hvorfor bestemmelsen vil være i strid med det EU-retlige princip om forbud mod forskelsbehandling pga. alder.

3.5 FUL § 2b

3.5.1 Baggrunden for FUL § 2b

FUL § 2b blev indført ved en ændring af FUL⁵⁹ og trådte i kraft d. 1. april 1964. Da bestemmelsen blev indført var denne to delt. For det første indeholdte bestemmelsen én aldersgrænse, som funktionæren skulle opfylde for at rejse sag om usaglighed, for det andet indeholdt bestemmelsen derudover en anden aldersgrænse hvor funktionæren kunne få op til 3 mdrs. godtgørelse for usaglig opsigelse. Da FUL § 2b blev indført, indeholdt bestemmelsen således en 20 års grænse, hvorved at funktionærer udover at opfylde anciennitetskravet på 1 år, ydermere skulle være fyldt 20 år, for at rejse sag om usaglig opsigelse. I forbindelse med at myndighedsalderen nedsattes fra 20 til 18 år i 1976, blev FUL § 2b også ændret således, at funktionærer der havde været ansat i et år og var fyldt 18 kunne rejse sag om usaglig afskedigelse.⁶⁰ I 2004 blev 18 års grænsen ophævet som følge af implementeringen af beskæftigelsesdirektivet.⁶¹

Den oprindelige 30 års grænse forblev dog i FUL, og er fortsat at finde i FUL § 2b.

Det er interessant at lovgiver i 2004 vurderer at 18 års grænsen i FUL § 2b er i strid med beskæftigelsesdirektivet, mens 30 års grænsen ikke er. Det er derfor nærliggende at analysere denne bestemmelse, og vurdere om der kan være tale om aldersdiskrimination, og i så fald om denne kan retfærdiggøres. Da EU-Domstolen fortolker ud fra en objektiv formålsfortolkning, er det derfor relevant først at se på formålet med FUL § 2b.

⁵⁹ Lov nr. 77 af 30/03/1964

⁶⁰ Lov nr. 313 af 10/06/1976

⁶¹ FT 2004-2005, 1 saml., L 91

3.5.2 Formålet med FUL § 2b

FUL § 2b blev i sin tid indført som en pendant til bl.a. DA og LO's Hovedaftales § 4, stk. 3 der giver adgang til at blive ikendt en mulig godtgørelse på baggrund af usaglig opsigelse. FUL § 2b blev således indført for at sikre ”parallelitet” mellem funktionærer, der ikke var overenskomstdækkede, og overenskomstdækkede medarbejdere.⁶²

Formålet med bestemmelsen i FUL § 2b er derfor, at sikre at funktionærer også kan rejse sag for usaglig opsigelse, og funktionærer der opfylder anciennitetskravet, derfor ikke blot kan opsiges uden en saglig grund begrundet enten i funktionærens eller virksomhedens forhold. Såfremt det er begrundet i funktionærens forhold, skal funktionæren have givet rimelig anledning til afskedigelsen, jf. FUL § 2b, stk. 1.

3.5.3 Indholdet af FUL § 2b

Funktionærer, der er blevet usaglig opsagt, har derfor efter FUL § 2b mulighed for at få tilkendt en godtgørelse. Usaglighed vil foreligge i en opsigelse hvis denne opsigelse ikke kan anses for rimeligt begrundet i funktionærens eller virksomhedens forhold, jf. FUL § 2b, stk. 1. Når en funktionær rejser sag pga. usaglighed, skal funktionæren opfylde anciennitetskravet ved at have været uafbrudt beskæftiget i den pågældende virksomhed i mindst 1 år før opsigelsen, jf. FUL § 2b, stk. 1, 1 pkt. Godtgørelsen som en funktionær kan tilkendt for usaglig opsigelse, vil i udgangspunktet svare til halvdelen af funktionærens opsigelsesvarsel efter FUL § 2, stk. 2 og 3. Der er dog tale om et skøn, da dommeren vil fastsætte godtgørelsen efter funktionærens ansættelsestid og sagens øvrige omstændigheder. Dog kan denne godtgørelse ikke overstige halvdelen af det opsigelsesvarsel, som funktionæren har efter § 2, stk. 2 og 3, jf. FUL § 2b, stk. 1, 2. pkt. Men såfremt funktionæren ved opsigelsen er fyldt 30 år, kan godtgørelsen udgøre op til 3 mdrs. løn, jf. FUL § 2b, stk. 1 3. pkt. Hvis en funktionær således får medhold i at funktionærens opsigelse har været usaglig efter FUL § 2b, kan funktionæren få en godtgørelse. Godtgørelsesniveauet ligger mellem 1/2 og 2/3 af maksimum, for funktionærer der måtte få medhold efter FUL § 2b.⁶³

3.5.4 Baggrunden for 30 års grænsen i FUL § 2b, stk. 1, 3 pkt.

I forbindelse med indførsel af alder som kriterium i FSBL, behandlede lovgiver samtidig FUL § 2b, stk. 1. 18 års grænsen blev ophævet, men 30 års grænsen forblev i loven, da der var enighed om 30

⁶² FT 2004-2005, 1 saml., L 91, almindelige bemærkninger til lovforslaget pkt. 3

⁶³ Svenning Andersen mfl. 2011, s. 712, 754

års grænsen ved Folketingets forhandlinger. Enigheden bestod bl.a. i at det er funktionærer i alderen 35-40 år, ”der rammes uforholdsmæssigt hårdt ved afskedigelse.”⁶⁴

30 års grænsen er således for at beskytte funktionærer over 30 år, så personer i denne aldersgruppe ikke bliver ramt for hårdt økonomisk ved en usaglig opsigelse.

3.5.5 Indholdet af FUL § 2b, stk. 1, 3.pkt.

30 års grænsen i FUL § 2a, stk. 1, 3. pkt. bevirker at to funktionærer, der måtte blive opsagt lige usagligt fra arbejdsgiveren, vil kunne opnå en forskellig godtgørelse alt efter hvorvidt funktionæren er fyldt 30 år eller ej. En funktionær der således er fyldt 29 år, vil derfor maksimalt kunne opnå en godtgørelse for usaglig opsigelse svarende til halvdelen af opsigelsesvarslet, mens en funktionær, der er fyldt 30 år, som er opsagt tilsvarende usagligt, vil kunne opnå en godtgørelse på op til 3 mdrs. løn. Dette er i forvejen den maksimale mulige godtgørelse efter FUL § 2b, stk. 1. Det er derfor oplagt at analysere hvorvidt 30 års grænsen i FUL § 2b, stk. 1, 3 pkt. er aldersdiskriminerende.

3.5.6 Test af FUL § 2b, stk. 1, 3. pkt.

3.5.6.1 Finder EU-retten anvendelse?

FUL § 2b har som beskrevet i afsnit 3.5.1 ovenfor været en del af FUL siden april 1964. FUL § 2b giver adgang til for funktionærer, der mener at de er blevet usagligt opsagt at få dette prøvet ved fx de civile domstole. FUL § 2b, stk. 1, 3 pkt. giver desuden dommeren mulighed for at give en godtgørelse på usaglig opsigelse, der faktisk kan være højere end halvdelen af funktionærens opnåede opsigelsesvarsel, da det først er efter 8 år og 7 mdrs. ansættelse at en funktionær opnår de 6 mdrs. opsigelsesvarsel. Der er således tale om vilkår for afskedigelse, hvorfor beskæftigelsesdirektivet finder anvendelse for FUL § 2b, stk. 1, 3 pkt. og dermed finder EU-retten også anvendelse.

3.5.6.2 Opfylder FUL § 2b, stk. 1, 3. pkt. alderskriteriet?

Når en funktionær er blevet usagligt opsagt, kan en dommer tilkende funktionæren en godtgørelse for den usaglige opsigelse. Alt afhængig af hvorvidt funktionæren er fyldt 30 år eller ej, kan godtgørelsen være op til 3 mdrs. løn, imens en funktionær der er 29 år eller derunder kan få en godtgørelse på op til halvdelen af det opsigelsesvarsel som funktionæren har efter FUL § 2, stk. 2 og 3. Dette

⁶⁴ FT 2004-2005, 1 saml., L 92, almindelige bemærkninger til lovforslaget pkt. 5.2

bevirker at en funktionær, der ikke er fyldt 30 år behandles ringere end en tilsvarende funktionær, som er fyldt 30 år. FUL § 2b, stk. 1, 3 pkt. stiller derved en person ringere end en tilsvarende person på baggrund af personens alder, og der er derfor tale om en ulige behandling der er baseret på alderskriteriet. FUL § 2b, stk. 1, 3 pkt. opfylder af den grund alderskriteriet.

3.5.6.3 Kan denne ulige behandling retfærdiggøres?

Som skrevet i afsnit 2.4.2.3.1 og 2.4.2.3.2 ovenfor, kan Medlemsstaterne retfærdiggøre en ulig behandling pga. alder, såfremt den nationale bestemmelse forfølger et objektivt og rimeligt begrundet legitimt formål, og samtidig opfylder proportionalitetstesten.

3.5.6.3.1 Objektivt og rimeligt begrundet legitimt formål

Formålet med FUL § 2b, stk. 1 er at sikre parallelitet mellem medarbejdere, der er dækket af kollektiv overenskomst og funktionærene med henblik på muligheden, for at blive tilkendt en evt. godtgørelse for usaglig opsigelse. Medarbejdere, der henhører under kollektiv overenskomst, kan rejse en sag for usaglighed⁶⁵, mens funktionærer kan rejse sag efter FUL § 2b, se nærmere i afsnit 3.5.2 ovenfor. Et formål som at sikre, at funktionærer uden for kollektiv overenskomst, har lige adgang som de øvrige medarbejdere, der er under kollektiv overenskomst, til at rejse sag om usaglighed vil være objektivt og rimeligt begrundet. Der er således tale om et legitimt beskæftigelses- og arbejdsmarkedspolitisk mål indenfor rammerne af den nationale ret. Et formål som at sikre parallelitet, kan derfor retfærdiggøre en ulig behandling baseret på et alderskriterium, jf. beskæftigelsesdirektivets art. 6, stk. 1. Endvidere vil det være legitimt at søge, at beskytte funktionærer over 30 år i relation til det maksimale godtgørelsesniveau, således at disse funktionærer ikke rammes *uforholdsmæssigt* hårdt. Dog er det ikke nok, at den nationale bestemmelse alene har et formål der er objektivt og rimeligt begrundet i et legitimt mål, formålet med bestemmelsen skal endvidere være proportionalt.

3.5.6.3.2 Proportionalitet

FUL § 2b, stk. 1, 3. pkt. skal derfor endvidere opfylde proportionalitetsprincippet. EU-Domstolen har i alle domme der er analyseret i nærværende afhandling fastslået at, medlemsstaterne har et vist skøn når de vælger hvilke foranstaltninger og midler de vil anvende til at gennemføre de social- og beskæftigelsespolitiske mål. De midler som en medlemsstat vælger at anvende til at opfylde det

⁶⁵ fx efter LO & DA hovedaftale § 4, stk. 3

objektive og rimeligt begrundet formål, skal således være proportionale. Hvorvidt FUL § 2b, stk. 1, 3. pkt. i sidste ende retfærdiggør den ulig behandling pga. alder, vil derfor være baseret på en vurdering af de midler Danmark har anvendt til at gennemføre målet. Nemlig det mål at sikre at funktionærer på lige fod med overenskomstdækkede medarbejdere, også har mulighed for at rejse en sag for usaglig opsigelse, og evt. få tilkendt en godtgørelse. Begrænsningen i FUL § 2b, stk. 1, 3 pkt. medfører i teorien at funktionæren under 30 år, der er blevet usagligt opsagt, kun kan tilkendes en godtgørelse herfor på halvdelen af funktionærens opsigelsesvarsel, mens en funktionær, der er fyldt 30 år vil kunne få den højeste godtgørelse, dvs. op til 3 mdrs. løn. Ifølge forarbejderne til FUL § 2b, stk. 1 er bestemmelsen indført, for at sikre parallelitet, mens 30 års grænsen er for at sikre, at funktionærer over 30 år der opsiges usagligt, ikke bliver ramt uforholdsmæssigt hårdt. Skulle FUL § 2b, stk. 1, 3 pkt. blive vurderet af EU-Domstolen, vil Danmark som Medlemsstat have mulighed for at afgive forklaring. I den forbindelse kan der udover formålet med 30 års grænsen, blive henvist til virkningen af FUL § 2b, stk. 1, 3 pkt., hvor udmålingen af godtgørelsen netop baseres på en dommers vurdering. Det er således dommeren, der i sidste ende afgør om og hvor meget en funktionær skal have i godtgørelse, dvs. en konkret vurdering ud fra sagens nærmere omstændigheder. Fordi en funktionær kan få op til et maksimalt godtgørelsesniveau, er det ikke ensbetydende med at funktionæren ville få tilkendt dette maksimum, da det netop afhænger af den konkrete situation. Ud fra dette kan der derfor ikke ensidigt fastslås, at foranstaltningen er uproportional. Dog er der jo netop forskel i det maksimale godtgørelsesniveau for funktionærer på under og over 30 år. Funktionæren, der er fyldt 30 år, har et maksimalt niveau på op til 3 mdrs. løn, mens en funktionær der er under 30 år, har et maksimalt niveau der kan udgøre mellem 1½-3 mdrs. løn i godtgørelse. Hvis det bliver antaget at to funktionærer, der er blevet lige usagligt opsagt, og en dommer vil ikende de to funktionærer en godtgørelse, vil det maksimale niveau dommeren kunne ikende efter FUL § 2b, stk. 1, derfor afhænge konkret af funktionærens alder. Selvom godtgørelsen for usaglig opsigelse fastsættes konkret af dommeren, vil dommeren alt andet lige være begrænset af det maksimale godtgørelsesniveau. En funktionær, der ikke er fyldt 30 år, vil derfor have en interesse i at få den størst mulige godtgørelse. Hvorvidt funktionæren er fyldt 30 år ift. sagens konkrete omstændigheder, vil ikke gøre en usaglig opsigelse *mere* usaglig, hvorfor 30 års grænsen vil være svær at retfærdiggøre, idet grænsen er for indgribende i funktionærens legitime interesser. 30 års grænsen rammer derfor også funktionærer med en særlig alder, funktionærer under 30 år, særdeles hårdt. På trods af at 30 års grænsen er indført for at beskytte funktionærer *over* 30 år, har bestemmelsen den virkning at funktionærer *under* 30 år er den gruppe, der rammes uforholdsmæssigt hårdt. Der er derfor en stor sand-

synlighed for at 30 års grænsen i FUL § 2b, stk.1, 3. pkt. af EU-Domstolen vil blive anset som værende uproportional. FUL § 2b, stk. 1, 3. pkt. er derfor ikke retfærdiggjort, hvorfor den vil være i strid med det EU-retlige princip om forbud mod forskelsbehandling pga. alder.

3.6 Delkonklusion

På baggrund af analysen i afsnit 3.4.8 og 3.5.6 ovenfor er konklusionen derfor, at både FUL §§ 2a, stk. 2 og 2b, stk. 1, 3. pkt. er i strid med det EU-retlige princip om forbud mod forskelsbehandling pga. alder. Såfremt FUL §§ 2a, stk. 2 og 2b, stk. 1, 3. pkt. vil blive forelagt EU-Domstolen, vil EU-Domstolen vurdere, at bestemmelserne ikke kan retfærdiggøres og derfor skal de nationale domstole træffe foreløbige forholdsregler, dvs. undlade at anvende bestemmelserne, som de hidtil har været tolket i dansk ret. Dog vil funktionærer ikke uden videre kunne kræve en yderligere godtgørelse efter FSBL § 7, stk. 1, da overtrædelsen skal have en vis grovhed og medføre krænkelser. Hvis FUL derfor skulle blive ændret eller yderligere underkendt af EU-Domstolen, kan en godtgørelse efter FSBL for aldersbetinget forskelsbehandling komme på tale, såfremt arbejdsgiver fx nægter at betale fratrædelsesgodtgørelse.

4 KAPITEL 4. ØKONOMISK ANALYSE DEL 1. TEORI

4.1 Indledning

Den økonomiske del af afhandlingen deles ind i to dele. Den første del vil starte med en analyse af teorien, for at undersøge hvilke incitamentter en arbejdsgiver har til at aldersdiskriminere. I teoridelen er der dog visse antagelser, og derfor vil jeg starte med at diskutere de antagelser, jeg vil lægge til grund i den økonomiske analyse.

4.2 Antagelser

De antagelser jeg vil diskutere er, hvorvidt der er en negativ sammenhæng mellem alder og produktivitet, samt hvorvidt der er fuldkommen konkurrence på arbejdsmarkedet.

4.2.1 Alder og produktivitet

I afhandlingen er den ene antagelse, at yngre medarbejdere er mere produktive end ældre. Denne antagelse kan dog ikke uden videre lægges til grund, da der er en kompleks sammenhæng mellem alder og produktivitet. Det er derfor nærliggende at undersøge, samt diskutere og analysere hvorvidt antagelsen holder.

Når medarbejderen bliver ældre vil visse af medarbejderens egenskaber ændre sig. Nogle egenskaber vil blive dårligere med alderen, mens andre bliver bedre. Fx vil visse funktionelle egenskaber, såsom syn og reaktionsevne kunne blive dårligere med alderen. Andre egenskaber, såsom erfaring, lederegenskaber, forsigtighed osv. vil derimod kunne blive bedre med alderen. Medarbejderens egenskaber hænger således sammen med den pågældende medarbejders produktivitet, hvor de egenskaber der bliver bedre med alderen, gør medarbejderen mere produktiv, mens de egenskaber som bliver dårligere med alderen gør medarbejderen mindre produktiv. Dog kan de negative effekter ved at blive ældre, udlignes af de positive og omvendt, da en ældre medarbejder vil have både positive og negative effekter af at ældes. Dette påviser derfor hverken en positiv eller negativ sammenhæng mellem alder og produktivitet. Det vil desuden afhænge af den konkrete medarbejders job og medarbejderens konkrete egenskaber, hvorfor der ej heller kan generaliseres frem til hverken en positiv eller negativ sammenhæng mellem alder og produktivitet.⁶⁶

⁶⁶ Wood mfl. 2008, s. 433

Endvidere kan ældre medarbejdere være mere produktive, fordi de er mere loyale og mere engageret i den virksomhed de er ansat i. Dette kan samtidig føre til, at ældre medarbejdere er mere motiveret til overgå arbejdsgiverens forventninger ift. produktiviteten, fordi ældre medarbejdere godt er klar over at der er en generel antagelse om at de er mindre produktive end yngre medarbejdere. Nogle ældre medarbejdere vil dog have problemer med at følge med den teknologiske udvikling, og disse ældre medarbejdere vil derfor have brug for, at arbejdsgiveren tilbyder uddannelse eller kursus inden for dette område. En virksomhed kan dog have incitament til i stedet at ansætte en yngre medarbejder, der allerede har uddannelse eller kompetencer inden for det område. Derved kan arbejdsgiveren spare udgiften til at uddanne den ældre medarbejder.⁶⁷

Sammenfattende er der derfor en langt mere kompleks sammenhæng mellem alder og produktivitet, fordi visse egenskaber der negativt påvirkes af alder, udlignes af andre egenskaber der påvirkes af alder i positiv retning. Selvom der derfor langt fra kan sluttes, at ældre medarbejdere har en lavere produktivitet end yngre medarbejdere, er det en af antagelserne i denne afhandling.

4.2.2 Fuldkommen konkurrence på arbejdsmarkedet

En anden af antagelserne i teoridelen er, at der er fuldkommen konkurrence på arbejdsmarkedet. Fuldkommen konkurrence er et udtryk for den ideelle markedssituation, og ikke den reelle situation på arbejdsmarkedet. Netop fordi en af forudsætningerne til fuldkommen konkurrence som skrevet under afsnit 1.6.2 ovenfor er at alle agenter har fuld information, vil antagelsen om fuldkommen konkurrence ikke holde i realiteten, da hverken medarbejderen eller virksomheden har fuld information. Det er dog nødvendigt at have fuldkommen konkurrence som en antagelse, da det på den måde bliver muligt at se på de økonomiske forhold, og optimal allokering af de knappe ressourcer.⁶⁸

Hvis ældre medarbejdere er mindre produktive end yngre medarbejdere, ville arbejdsgivere på et fuldkomment konkurrencedygtigt arbejdsmarked, være tvunget til at give de ældre medarbejdere en lavere løn end de yngre, netop fordi lønnen skal svare til produktiviteten, $W=MP$.

Deferred compensation teori afviger dog fra dette udgangspunkt, se mere i afsnit 4.4 nedenfor.

⁶⁷ Wood mfl. 2008, s. 433

⁶⁸ Knudsen. 1994, s. 268

I det følgende vil de to hovedteorier, human capital teori og deferred compensation teori kort blive beskrevet. Teorierne bliver herefter anvendt til at forklare og belyse de incitamenter en arbejdsgiver vil have til at aldersdiskriminere.

4.3 Human capital teori

I human capital teori betragtes den enkelte medarbejder som et kapitalapparat, som virksomheden kan investere i, typisk via uddannelse. Ved investering i den enkelte medarbejders uddannelse, kan medarbejderne forbedre deres arbejdsindsats, da de har mere viden og kompetence, som på sigt vil skabe et større og/eller bedre output for virksomheden.

4.3.1 Typer af investering, generel og specifik

En investering i medarbejderens uddannelse kan enten være generel eller specifik. Kendetegnen for generel uddannelse er, at denne form for uddannelse kan bruges i alle virksomheder. Et eksempel på en generel uddannelse kan være et management kursus, MBA, etc. Da medarbejderen kan bruge den generelle uddannelse i enhver anden virksomhed, vil virksomheden ikke have incitament til at investere i uddannelsen, og derfor vil medarbejderen selv afholde alle udgifter i forbindelse med uddannelsen. Dog vil medarbejderens løn efter endt uddannelse stige, da medarbejderen også overfor andre virksomheder er mere attraktiv. Ved generel uddannelse betaler medarbejderen derfor hele uddannelsen selv, men får samtidig også hele afkastet. Anderledes forholder det sig med specifik uddannelse, da denne type af uddannelse kun vil kunne benyttes i den pågældende virksomhed. Hvis medarbejderen forlader virksomheden, vil investeringen derfor være en sunk cost. Fordi medarbejderen ikke kan bruge den specifikke uddannelse i andre virksomheder, vil det være virksomheden, der har incitamentet til at foretage hele investeringen, men samtidig ville det også være virksomheden som senere får al afkastet.⁶⁹

Virksomheden og medarbejdere vil således investere i human capital når nutidsværdien, net present value (NPV), af fremtidige indtjening overstiger de direkte omkostninger og mulige opportunity omkostninger. Da en vurdering af NPV bl.a. tager fremtidig indtjening i betragtning, vil medarbej-

⁶⁹ Becker. 1962, s. 16-21

derens alder spille en rolle, da en yngre medarbejder alt andet lige har længere tid på arbejdsmarkedet end en ældre medarbejder, og derfor har mulighed for længere tids indtjeningsstrøm.⁷⁰

Udover human capital teori, er det relevant at se på deferred compensation teori, da human capital teori foreskriver at medarbejderen skal have en løn svarende til dennes marginale produkt, mens deferred compensation teori foreskriver det modsatte.

4.4 Deferred compensation teori

I deferred compensation teori fungerer kompensationen som en motivationsfaktor. Ældre medarbejdere modtager en høj løn, da en høj løn motiverer de unge medarbejdere til at blive i virksomheden, og er således egnet til at fastholde medarbejderen. Samtidig fungerer den høje løn som en motivationsfaktor så medarbejderen vil yde en højere indsats, og have lyst til at blive i virksomheden når medarbejderen ældes.⁷¹

Dette betyder at yngre medarbejdere aflønnes med en løn, der er mindre end deres produktivitet, mens ældre medarbejdere aflønnes med en højere løn end produktiviteten. Dette sikrer incitamenterne for medarbejderen at blive i virksomheden, da disse ikke er til stede, hvis lønnen skulle følge medarbejderens produktivitetskurve. Incitamenterne for medarbejdere til at blive i virksomheden er netop ikke til stede, hvis medarbejdernes aflønning skulle følge deres produktivitetskurve, fordi medarbejdere med en højere produktivitet ville modtage en højere løn, mens medarbejdere med lavere produktivitet vil modtage en lavere løn. Hvis yngre medarbejdere alt andet lige er mere produktive end ældre medarbejdere, vil en medarbejder som ung modtage en høj løn, mens lønnen vil falde efterhånden som medarbejderen ældes, og medarbejderen bliver mindre produktiv.⁷²

Når en medarbejder vurderer om de skal tage det ene betalingskema frem for det andet, er det nutidsværdien af medarbejderens lønstrøm over deres levetid der vurderes, da denne værdi er et udtryk for medarbejderens formue. Arbejdsgiveren er derimod mere interesseret i nutidsværdien af den pågældende medarbejders marginale produktivitet over medarbejderens levetid. Hvorvidt medarbejderen får et konstant beløb over medarbejderens levetid eller om medarbejderen får en lavere løn

⁷⁰ Urwin. 2006, s. 88

⁷¹ Lazear. 1990, s. 263

⁷² Lazear. 1979, s.1264

som ung, og højere løn som ældre, er alt andet lige indifferent for medarbejderen, så længe nutidsværdien af de to lønninger er den samme. Det samme gælder for virksomheden, da arbejdsgiveren også er indifferent mellem at betale den ene eller den anden form for løn. Dog viser det sig via deferred compensation, at det er optimalt at tilbyde den unge medarbejder en lavere løn, som efterfølgende stiger med alderen.⁷³

Uden deferred compensation vil en medarbejder have et incitament til at snyde og yde en lavere arbejdsindsats, da nytteværdien af at yde en lav arbejdsindsats er højere end de forbundne omkostninger. Når en medarbejder snyder og leverer en lavere arbejdsindsats, er forudsætningen i deferred compensation teorien, at arbejdsgiveren observerer dette med det samme, og resulterer i medarbejderens afskedigelse. Dette er medarbejderens omkostning ved at yde den lave arbejdsindsats, da medarbejderen, hvis denne snyder, vil miste sit job, og dermed også fremtidig indtjening. Ved at arbejdsgiveren tilbyder medarbejderen en stejlere lønkurve, sikres medarbejderens incitamenter, da en stejlere lønkurve giver en højere løn til medarbejderen, og dermed øges omkostningerne ved at snyde for medarbejderen, fordi medarbejderen derved vil miste større fremtidig indtjening. Medarbejderen vil med en højere løn derfor også yde en høj arbejdsindsats.⁷⁴

Teorierne om human capital og deferred compensation er således egnet til at forklare virksomhedens økonomiske rationale til at aldersdiskriminere. Dog er der flere sider af virksomhedens incitamenter til aldersdiskrimination.

4.5 Incitamenter til aldersdiskrimination

Der er tre overordnede incitamenter til aldersdiskrimination. Incitamenterne er begrundet i virksomhedens økonomiske rationale, i form af manglende information om medarbejderens produktivitet samt en lavere ansættelsessikkerhed for ældre medarbejdere.⁷⁵

⁷³ Lazear. 1979, s.1264

⁷⁴ Lazear. 1979, s. 1266-1267

⁷⁵ Wood mfl. 2008, s. 426f

4.5.1 Virksomhedens økonomiske rationale

4.5.1.1 *Human capital teori og aldersdiskrimination*

Når en virksomhed skal vurdere, hvorvidt en investering i en medarbejders human capital er fordelagtigt, vil virksomheden som vist i afsnit 4.3.1 ovenfor vurdere investeringens NPV. Hvor lang tid investeringen kan give et afkast, dvs. investeringens levetid, er således en vigtig del af hvorvidt en investeringens NPV er større end 0. Når en virksomhed vælger en specifik investering i medarbejderens human capital, betaler virksomheden et beløb for uddannelsen up front, og virksomheden vil derfor tage medarbejderens alder i betragtning, da alderen kan være en indikator for hvor lang tid en virksomhed har til at få afkastet af deres investering. Ved specifik investering vil en virksomhed derfor ifølge human capital teorien, have incitament til aldersdiskrimination, da virksomheden alt andet lige har en forventning om lønsomhed i en længere årrække ved investering i yngre frem for ældre medarbejdere. Dette kan ydermere skabe et incitament for virksomheden til kun at ansætte yngre medarbejdere, da virksomheden kan have en forventning om at det er de yngre medarbejdere, der er mest lønsomme at investere i, hvorfor virksomheden ikke vil ansætte ældre medarbejdere. Både i forhold til investering og ansættelse af medarbejdere vil der derfor være incitament til aldersdiskrimination ifølge human capital teori.

Ud fra human capital teori er der derfor en række incitamenter til aldersdiskrimination, når virksomheden skal vurdere investeringens lønsomhed og NPV. Dog er forklaringerne efter human capital teori baseret på, at medarbejderen modtager en løn svarende til medarbejderens marginale produkt, dvs. produktiviteten. Dette er jo netop det omvendte i deferred compensation teori, hvorfor det også er relevant at se på de forklaringer i deferred compensation teori til at aldersdiskriminere.

4.5.1.2 *Deferred compensation og aldersdiskrimination*

I afsnit 4.4 ovenfor var det efficient at tilbyde yngre medarbejdere end højere løn end medarbejderens pågældende produktivitet, da en arbejdsgiver på denne måde kan give medarbejderen incitamenter til at arbejde hårdt, da omkostningen ved at blive afskediget for medarbejderen samtidig øges. Medarbejderen vil derfor ikke have incitament til at snyde.

Dog vil medarbejderen således blive aflønnet med en højere løn end dennes produktivitet, og netop dette kan være en af grundene til, at arbejdsgiver vil have incitament til at aldersdiskriminere, da

arbejdsgiveren, ifølge deferred compensation teori, kan ansætte en yngre medarbejder med en højere produktivitet til en lavere løn. På den måde kan en virksomhed sikre sig et højere afkast, da arbejdsgiveren ved at afskedige en ældre medarbejder og ansætte en yngre, kan undlade at betale en tilsvarende høj løn, og til gengæld få en medarbejder der er mere produktiv. Ved kun at have unge medarbejdere ansat, vil virksomhedens personaleomkostninger derfor falde samtidig med at produktionen vil stige. Virksomheden vil derfor have et incitament til aldersdiskrimination, da virksomheden ved kun at have unge medarbejdere ansat kan spare direkte lønomkostninger.

4.5.1.3 Kritik af virksomhedens økonomiske rationale

En virksomhed skal dog også tage de øgede søgeomkostninger⁷⁶ i betragtning, når der skal ansættes en ny medarbejder. Derudover vil en arbejdsgiver også afveje medarbejderens erfaring og modtagelse af uddannelse, som virksomheden har investeret i ved en potentiel afskedigelsessituation. Hvis der er tale om specifik uddannelse, er denne investering jo netop tabt når medarbejderen forlader virksomheden. Siden virksomheden er interesseret i at beskytte deres foretagne investeringer, kan der derfor være flere fordele ved at have ældre medarbejdere ansat, fx ift. signalering.

Ved at tilbyde ældre medarbejdere uddannelse, kan virksomheden signalere til ældre medarbejdere der er ansat i andre virksomheder, at den pågældende virksomhed gerne vil ansætte og fastholde ældre medarbejdere. Disse medarbejdere kan give virksomheden en stigning i produktivitet, da disse medarbejdere giver deres alder, typisk også har mere erfaring og er måske endda specialiseret inden for en given branche gennem mange års arbejde.

Endvidere kan virksomheden signalere at netop denne virksomhed, er en social ansvarlig virksomhed, ved at have ældre medarbejdere ansat. Dette kan have den fordel, at ældre medarbejdere føler en større arbejdsglæde hvis det er accepteret at medarbejderne bliver ældre og som følge heraf får en evt. lavere produktivitet. Ifølge deferred compensation teori, kan fastholdelsen af ældre medarbejdere have den fordel at virksomheden fremstår troværdig, og derved få lettere ved at fastholde og tiltrække yngre medarbejdere. Signalet virker netop mere troværdigt, hvis de yngre medarbejdere kan observere at den pågældende virksomhed, fortsat har ældre medarbejdere ansat og medarbejderne ikke blot afskediges, når de opnår en given alder. Derved har de yngre medarbejdere lyst til at blive i virksomheden, og accepterer derved en lavere løn nu, mod at få en lønstigning senere hen.

⁷⁶ Omkostninger forbundet med at søge efter en ny medarbejder.

4.5.1.4 Opsummering på virksomhedens økonomiske rationale

I både human capital og deferred compensation teori, er der derfor incitament for virksomheden til at aldersdiskriminere, da ældre medarbejdere ifølge disse teorier er mindre attraktive for virksomheder, grundet ældre medarbejders produktivitet ikke modsvarer deres modtagne løn. Virksomheden vil derfor have et incitament til udelukkende, at have yngre medarbejdere ansat, da virksomheden på den måde kan spare både løn- og uddannelsesomkostninger.

4.5.2 Imperfekt information

En anden forklaring på incitamentet til aldersdiskrimination, har at gøre med virksomhedernes manglende information omkring medarbejderens produktivitet.

4.5.2.1 Stereotyper

Ældre medarbejdere bliver ofte forbundet med visse stereotyper. Disse stereotyper generaliserer arbejdsgiverens forventninger og antagelser omkring de ældre medarbejders karakteristika, udelukkende baseret på medarbejdernes alder. Af de positive antagelser omkring ældre medarbejders egenskaber og kompetencer kan bl.a. nævnes at de ældre medarbejdere har opbygget og videreudviklet flere af deres kompetencer og samtidig er de ældre medarbejdere mere stabile, loyale og pålidelige. Dog er der også nogle negative antagelser, som fx at de ældre medarbejdere er mindre omstillingsparate, mindre effektive og mindre lærenemme end yngre medarbejdere. Imens kan de ældre medarbejdere have mere sygefravær end yngre, da en antagelse kan være at de ældre medarbejdere er mere tilbøjelige til at blive syge.⁷⁷

4.5.2.2 Statistisk diskrimination

Grundet de negative forventninger og antagelser arbejdsgiveren kan have til ældre medarbejdere, er der derfor en risiko for, at arbejdsgiveren vil have et incitament til at diskriminere medarbejderen statistisk set. Statistisk diskrimination opstår fordi arbejdsgiveren har ufuldkommen information, dvs. arbejdsgiveren kender ikke den enkelte medarbejders produktivitet, men må basere sin information på gennemsnitsviden. Her kan arbejdsgiveren blot observere, hvorvidt medarbejderen tilhører den yngre eller ældre generation af medarbejdere. Hvis det tidligere er observeret at yngre og

⁷⁷ Krings mfl. 2011, s. 188

ældre medarbejdere har forskellig gennemsnitlig produktivitet ved sygefravær, omstillingsparathed osv., vil arbejdsgiveren have et incitament til at basere sin information om en given medarbejder, på den gennemsnitlige produktivitet og ikke den enkelte medarbejders individuelle produktivitet. Dette betyder at de enkelte medarbejdere, der måtte have en højere produktivitet, vil blive udsat for diskrimination, mens de medarbejdere der individuelt har en lavere produktivitet vil blive overbetalt. Hvis ældre medarbejdere har en lavere gennemsnitlig produktivitet end yngre medarbejdere, vil den ældre medarbejder, der har en højere produktivitet end gennemsnittet, blive udsat for statistik diskrimination, netop fordi samtlige medarbejdere bliver aflønnet efter gruppens gennemsnitlige produktivitet.⁷⁸

4.5.3 Lavere ansættelsessikkerhed for ældre medarbejdere

Endelig kan et tredje incitament til aldersdiskrimination, have at gøre med en større usikkerhed i ansættelsen for ældre medarbejdere.

4.5.3.1 For meget social sikkerhed

For meget social sikkerhed i form af fx pension er med til at fordreje mekanismerne på arbejdsmarkedet.⁷⁹ Det er derfor relevant at undersøge, om det er efficient at have for meget social sikkerhed.

En medarbejder kan være tvunget til at vælge at gå tidligt på pension, fordi medarbejderen er blevet afskediget og ikke kan finde ny beskæftigelse. En arbejdsgiver kan også vælge at afskedige en medarbejder, der har muligheden for at gå på pension, fordi der for medarbejderen netop er muligheden for at gå på pension og ikke gå ledig. Medarbejderen har således et økonomisk alternativ, hvorved opportunity costs ved en evt. afskedigelse for ældre medarbejdere er mindre. Det kan derfor være mere accepteret af både arbejdsgivere og medarbejdere, at ældre afskediges frem for yngre medarbejdere. Selvom det er denne gruppe medarbejdere, der bliver ramt, kan det derfor også være mere accepteret af de ældre medarbejdere. Ældre medarbejdere bærer derfor omkostningen i højere grad, når virksomheder bliver nødt til at afskedige medarbejdere.⁸⁰

Denne sociale norm undersøges afsnit 5.3.5 nedenfor.

⁷⁸ Udsen. 1992, s. 59-60

⁷⁹ Wood mfl. 2008, s. 427

⁸⁰ Wood. mfl. 2008, s. 429

4.5.3.1.1 Fratrædelsesgodtgørelse

Når det er mere socialt accepteret, at medarbejdere der har muligheden for at gå på pension, afskediges i stedet for medarbejdere, der ikke har muligheden, er det samtidig almindeligt at disse medarbejdere gennem lov på visse betingelser kan få udbetalt en godtgørelse i forbindelse med medarbejderens fratræden. Medarbejderen bliver netop uden egen skyld afskediget, og en fratrædelsesgodtgørelse vil være en udgift, som arbejdsgiver skal huske at medregne i vurdering af, hvorvidt det kan betale sig at aldersdiskriminere.

4.5.3.2 *Det ungdomsdominerede arbejdsmarked*

En virksomhed kan yderligere have incitament til at nedprioritere ældre ift. yngre medarbejdere, hvis arbejdsmarkedet er domineret af ungdomsrelaterede faktorer. Dette kan fx hænge sammen med den teknologiske udvikling. Når der sker en teknologisk udvikling, vil tidligere erfaring blive mindre værd, mens nyere kvalifikationer bliver relativt mere værd for arbejdsgivere. Alt andet lige vil der være en forventning om, at ældre medarbejdere har flere års erfaring og nyuddannet yngre medarbejdere har færre års erfaring, men denne erfaring til gengæld er mere relevant og nutidig.⁸¹

4.6 **Delkonklusion på teorien**

Konklusion er derfor, at der i økonomisk teori er tre overordnede incitamentter til aldersdiskrimination. Det første incitament baserer sig på virksomhedens økonomiske rationale, hvor det kan betale sig for virksomheden at aldersdiskriminere, da virksomheden sparer løn- og uddannelsesomkostninger direkte. Det andet incitament baserer sig på den mangelfulde information virksomhederne besidder, når virksomhederne ved ansættelse og afskedigelse vurderer en medarbejders produktivitet. Ved ufuldstændig information vil en virksomhed have en forventning om medarbejderens produktivitet via gennemsnitsviden, som kan relatere sig til stereotyper for ældre medarbejdere. Resultatet er, at den medarbejder med en højere produktivitet end gennemsnittet, bliver udsat for statistisk diskrimination. Det tredje incitament til aldersdiskrimination er baseret på den jobusikkerhed der kan være for ældre medarbejdere, fx hvis ældre medarbejdere ikke har den nyeste viden ved en teknologisk udviklingstung branche. Ydermere kan der være en social accepteret norm om at det er mere acceptabelt at afskedige ældre medarbejdere, hvis de har et økonomisk alternativ i form af muligheden for at gå på pension.

⁸¹ Urwin. 2006, s. 94-95

Virksomheden har således et incitament til at aldersdiskriminere. Dog er dette ikke ensbetydende med at det sker i praksis, hvorfor det er nødvendigt at undersøge en række empiriske analyser for derved at finde baggrund for hvorvidt aldersdiskrimination finder sted på det danske arbejdsmarked.

5 KAPITEL 5. ØKONOMISK ANALYSE DEL 2 - STATISTIK

5.1 Indledning

I teori kapitlet i den økonomiske del 1 ovenfor, er der i teorien er et arbejdsgiverincitament til at aldersdiskriminere mellem medarbejdere, hvorfor det også er relevant at se på om aldersdiskrimination er et fænomen der kun består i teorien, eller om aldersdiskrimination rent faktisk finder sted på det danske arbejdsmarked. Hvorvidt der kan påvises at der sker aldersdiskrimination på det danske arbejdsmarked, vil derfor tage sit afsæt i statistiske analyser.

Statiske analyser kan dog ikke i sig selv påvise at der findes bevis for aldersdiskrimination, men statistikken er egnet til at vise hvorvidt, der kan findes sammenhænge mellem personers alder og fx disse personers tilknytning til arbejdsmarkedet.⁸²

Jeg vil derfor i dette kapitel analysere udvalgte arbejdsmarkedsstatistikker⁸³ samt vurdere hvorvidt der kan være en sammenhæng mellem antal sager om aldersdiskrimination og årstal, hvor sagerne enten er anlagte eller afsagte.

5.2 Retspraksis

Et stigende antal sager, kan være udtryk for aldersdiskrimination, hvorfor jeg har udarbejdet en statistik over anlagte og afsagte sager pga. aldersdiskrimination ved EU-Domstolen, og afsagte sager om aldersdiskrimination de danske domstole, og Ligebehandlingsnævnet.

5.2.1 Udvalgelse af data

De data der er brugt til at danne baggrunden for nedenstående grafer, er fundet ved at foretage en søgning på domme vedrørende aldersdiskrimination og forskelsbehandling pga. alder på de relevante hjemmesider. Disse er Ugeskrift for Retsvæsen (UfR)⁸⁴, EU-Domstolens⁸⁵ og Ligebehandlingsnævnets⁸⁶ hjemmeside.

⁸² Boolsen og Hansen. 2003, s. 25

⁸³ Analysedata er hentet fra Danmarks Statistik, www.statistikbanken.dk, d. 12/4 2012

⁸⁴ www.thomson.dk

⁸⁵ www.curia.europa.eu

⁸⁶ www.ligebehandlingsnaevnet.dk

5.2.1.1 *Skævhed*

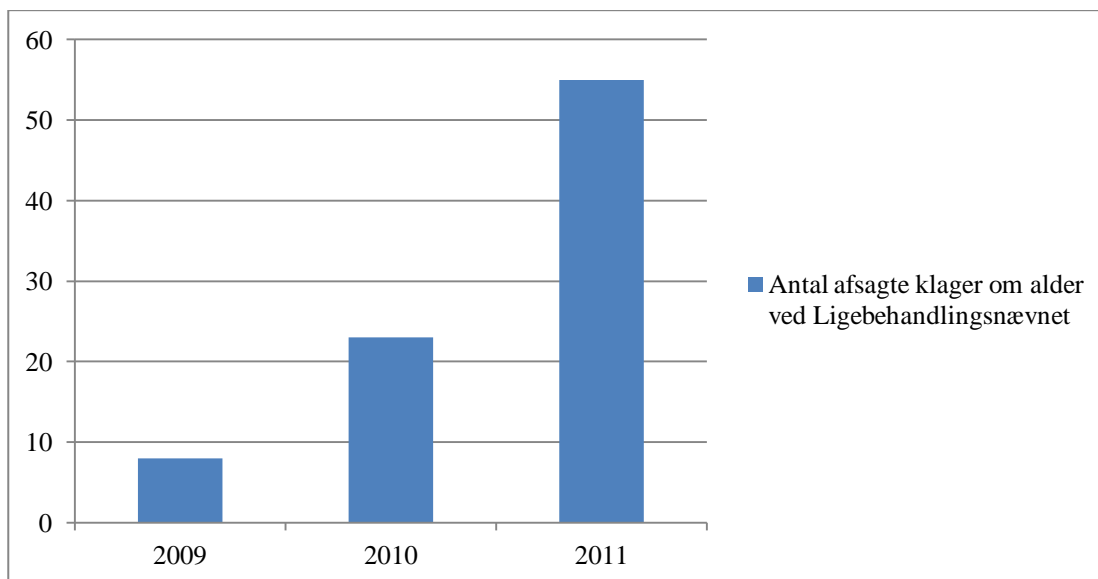
Der kan være skævhed i data, da visse af dommene udover at tage stilling til om der er aldersdiskrimination, også kan tage stilling til andre juridiske spørgsmål. For dog at holde data så rent som muligt, er der kun medtaget domme der omhandler hvorvidt der er forskelsbehandling pga. alder.

Når to eller flere domme har nogenlunde det samme retsfaktum, kan EU-Domstolen i visse sager, vælge at slå sagerne sammen til en forenet sag. I dette datamateriale, har jeg valgt at have hver sag som en entry, netop fordi analysens formål er at se på i hvor stor udstrækning aldersdiskrimination er et problem og derfor er det interessant at se på hvor mange sager, der bliver anlagt og afsagt om netop aldersdiskrimination ved EU-Domstolen.

Endvidere vil der være forskel på datamaterialet i sager om aldersdiskrimination for hhv. EU-Domstolen og de danske civile domstole samt Ligebehandlingsnævnet. Sagerne for EU-Domstolen er nummereret alt efter hvornår sagerne er anlagt, mens det er anderledes for den danske retspraksis. Her får sagerne et nummer alt efter hvornår de optrykkes i UfR. Jeg vælger dog at se på hvornår sagerne for Ligebehandlingsnævnet og de civile domstole er afsagte.

5.2.2 Antal sager ved Ligebehandlingsnævnet

Diagram 1: Antal sager ved Ligebehandlingsnævnet

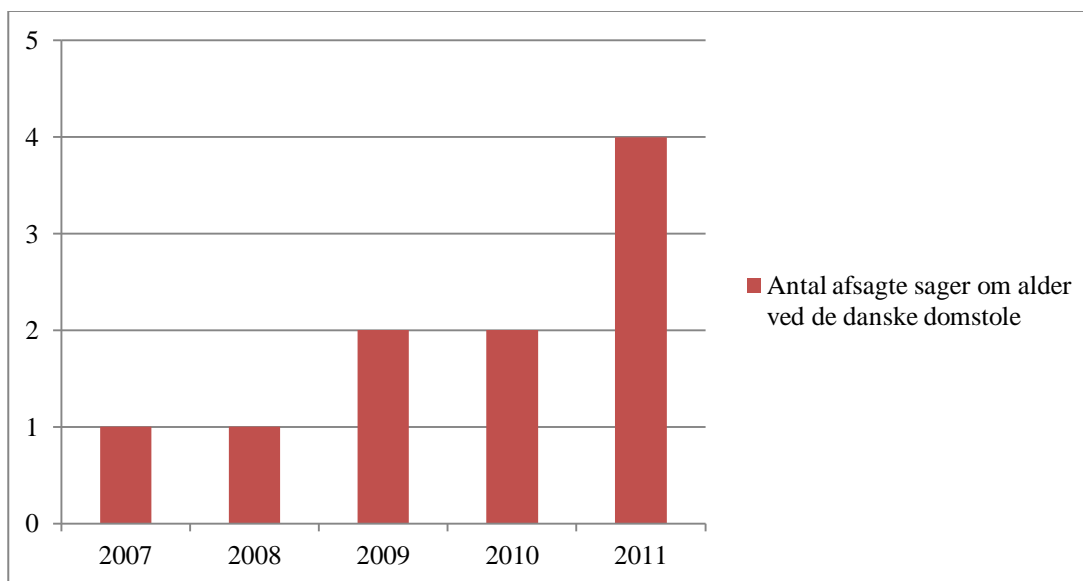


Som det ses af ovenstående graf, er der sket en stigning i antal sager ved Ligebehandlingsnævnet fra 2009 frem til 2011. I 2009 er antallet af klager pga. alder 8, mens der i 2010 er 23 sager pga. alder. Antallet af klager stiger i 2011 til 55 klager omhandlende alder.

Ligebehandlingsnævnet blev oprettet 1. januar 2009, hvorfor der ikke er medtaget klager fra før 2009 i datagrundlaget.

5.2.3 Antal sager ved de danske domstole

Ved de civile domstole er der også sket en stigning i antal anlagte sager, dog ikke så drastisk som ved Ligebehandlingsnævnet.

Diagram 2: Antal sager ved de danske domstole

Ved de civile domstole er der også en lille stigning i antal sager ved de danske domstole. Der bliver dog først afsagt sager om aldersdiskrimination i 2007, hvorfor der ingen sager ved de civile domstole er blevet afsagt i årene 2004-2006. Alder blev først indsat som et kriterium i FSBL i slutningen af december 2004, hvorfor dette kan forklare at der ikke er sager tilbage fra 2004. Dog er det bemærkelsesværdigt, at der ingen sager er fra 2005 og 2006. En årsag kan være, at EU-Domstolen først i november 2005, afsiger den første dom om aldersdiskrimination. Herefter kan der derfor være opstået en øget opmærksomhed på aldersdiskriminationssager i Danmark, fordi EU-Domstolen gør det klart at aldersdiskrimination er forbudt mellem private, og at en aldersdiskrimineret medarbejder har mulighed for at få en godtgørelse.

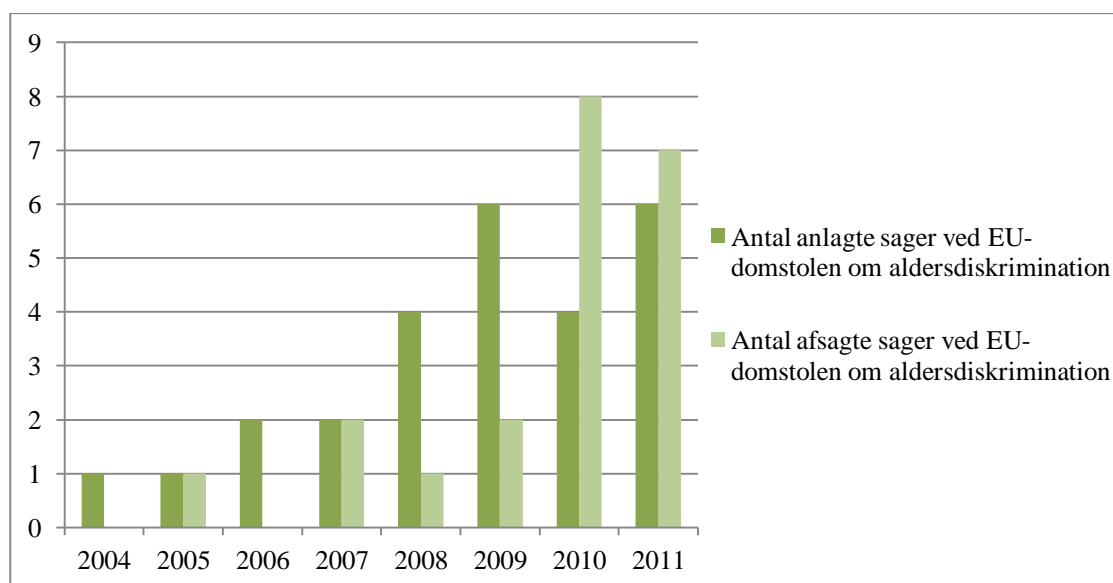
Det er endvidere bemærkelsesværdigt, at der ikke bliver afsagt lige så mange sager ved de danske domstole som ved Ligebehandlingsnævnet. Dette kan for det første skyldes, at det er gratis at klage til Ligebehandlingsnævnet, hvorimod at få indbragt en sag for de civile domstole, medfører sagsomkostninger for parterne i sagen. Endvidere kan det være hurtigere at få afgjort sin sag ved Ligebehandlingsnævnet, da nævnet kun behandler klager om forskelsbehandling vedrørende alle diskriminationsgrundene indenfor arbejdsmarkedet, samt klager om køn, race og etnicitet uden for arbejdsmarkedet. Fordi Ligebehandlingsnævnet kun behandler klager, der kan være udtryk for forskelsbehandling, medfører dette også at nævnet besidder ekspertviden inden for dette felt. Ligebehandlingsnævnet består af 3 dommere og 9 medlemmer og de medlemmer, der valgt til at sidde i

Ligebehandlingsnævnet besidder alle en særligt viden indenfor arbejdsmarkedet, og/eller ligebehandlingslovene og EU-ret, jf. lov om Ligebehandlingsnævnet § 3, stk. 1 og 3.

Ligebehandlingsnævnet er derfor et omkostningsbesparende alternativ til den part, der ikke ønsker at indbringe sagen for de civile domstole, fordi det er for dyrt og/eller fordi det tager for lang tid at få en afgørelse.

5.2.4 Antal sager ved EU-Domstolen

Diagram 3: Antal anlagte og afsagte sager ved EU-Domstolen



Ved EU-Domstolen er der også sket en stigning på antal anlagte sager fra 2010 til 2011, dog var der i 2009 også anlagt 6 sager om aldersdiskrimination. Der er således sket en generel stigning i anlagte sager om aldersdiskrimination fra 2004-2011, på nær i 2010, hvor der er et lille fald i antal anlagte sager. Af afsagte sager er der også en generel stigning, dog med visse udsving. I 2008 var der anlagt 6 sager om aldersdiskrimination, mens kun en sag blev afsagt. Derimod afsagde EU-Domstolen 8 sager om aldersdiskrimination i 2010, hvor halvdelen af disse sager udgør sager anlagt i 2008. Dette høje antal afsagte sager fortsætter i 2011, hvor 7 sager om aldersdiskrimination bliver afsagt.

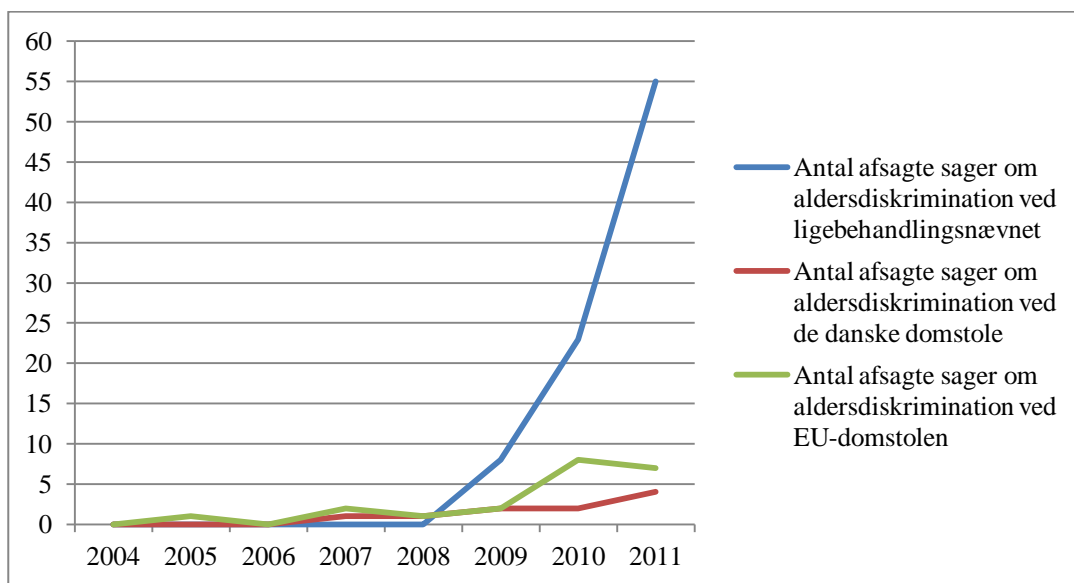
Hvorvidt en sag bliver anlagt for EU-Domstolen, handler dog i høj grad af om den forelæggende nationale ret vælger at stille EU-Domstolen præjudicielle spørgsmål. Der kan af denne årsag være en vis skævhed i data, da en ret i en medlemsstat kan vælge alligevel ikke at spørge EU-Domstolen på trods af at medlemsstaternes retter har pligt til forelægge EU-Domstolen præjudicielle spørgsmål, hvis den nationale ret er i tvivl om hvordan fx beskæftigelsesdirektivet skal fortolkes. Der kan

således være langt flere sager om netop aldersdiskrimination, end der kan observeres via antal anlagte sager.

5.2.5 Sammenfattende om antal sager om aldersdiskrimination

Sammenfattende kan følgende graf stilles op, hvor antal afsagte sager om aldersdiskrimination ved Ligebehandlingsnævnet, de civile domstole og EU-Domstolen er plottet sammen.

Diagram 4: Samlet antal afsagte sager om alder



Af denne graf er det tydeligt, at der generelt er sket en stigning i antal sager frem til 2011. Hvor kurverne for antal sager om aldersdiskrimination ved de danske domstole og EU-Domstolen ligger meget jævnt fordelt, dog med en vis stigning frem til 2011, ser billedet væsentligt anderledes ud for antal sager ved Ligebehandlingsnævnet. Her er der sket en markant stigning, som nærmest er eksponentiel. Som skrevet under afsnit 5.2.3 ovenfor kan det skyldes at det er mere omkostningsbesparende at klage til Ligebehandlingsnævnet ift. de civile domstole.

5.2.6 Opsummering - Retspraksis

Generelt ser vi et billede af, at der er sket en stigning i antal sager fra 2004 frem til 2011 om aldersdiskrimination. Dog kan et stigende antal sager også være en indikator for, at medarbejdere og fagforeninger er blevet mere opmærksomme på, at der kan være aldersdiskrimination og vælger at anlægge sag på dette grundlag, og ikke fordi der rent faktisk er sket aldersdiskrimination.

5.3 Arbejdsmarkedsstatistik

Da et stigende antal anlagte sager omhandlende aldersdiskrimination, kan indikere at der sker aldersdiskrimination, er det dog ikke nok til at konkludere dette. Derfor er det derfor også nødvendigt at se på statistik på arbejdsmarkedet. Der vil derfor blive undersøgt og analyseret statistik med beskæftigelses- og erhvervsfrekvens, fraværstatistik, arbejdstimer og personer på folkepension

5.3.1 Udvalgelse af data

Data er udvalgt i Danmarks Statistik – www.statistikbanken.dk.⁸⁷ Her er der fokuseret på undersøgelserne AKU 121, FRA05, AKU501 og PEN11. Disse indeholder data om hhv. beskæftigelsesstatus, fraværstatistik og arbejdstimeønske for personer i alderen 34-60+ samt folkepension for personer i alderen 65-84 år.

Personer i aldersgruppen 55-64 år og deres tilknytning til arbejdsmarkedet er netop interessant at analysere, da denne gruppe særligt kan risikere at blive udsat for aldersdiskrimination. Som ovenfor skrevet i afsnit 4.5.3.1 ovenfor, kan det være mere accepteret både af medarbejdere og arbejdsgivere, hvis det er de ældre medarbejdere, der kan gå på pension, der først afskediges ved fx arbejdsmangel, da disse personer netop har muligheden for at gå på pension. Og det er derfor relevant at se om der viser sig en sådan tendens i arbejdsmarkedsstatistikken.

5.3.1.1 Skævhed

Da data er udvalgt i www.statistikbanken.dk, er der kun medtaget data for de udvalgte tilgængelige aldersgrupper for de enkelte statistikker. Dermed er den gruppe af personer i aldersgruppen +65 år ikke medtaget i datagrundlaget for beskæftigelsesstatus og arbejdstimeønske, da disse data ikke var tilgængelige. Derimod er aldersgruppen 60+ år medtaget for undersøgelsen omkring fraværstatistik, hvorved det ikke er helt klart hvor stort aldersspændet er. Aldersgruppen for personer på folkepension er udvalgt fra 65-84 år, da en person først kan modtage folkepension fra det 65. år, samt at gruppen 84-95+ år er skønnet uinteressant, da det er begrænset hvor stort et ønske disse personer har til at forblive på arbejdsmarkedet.

⁸⁷ Data er udvalgt pr. 12/4 2012

Ift. beskæftigelsesstatus vil visse ældre medarbejdere finde det attraktivt at gå på pension, hvorfor der rent naturligt, vil være færre ældre medarbejdere der er tilknyttet arbejdsmarkedet. Der kan af denne årsag derfor også være skævhed i data.

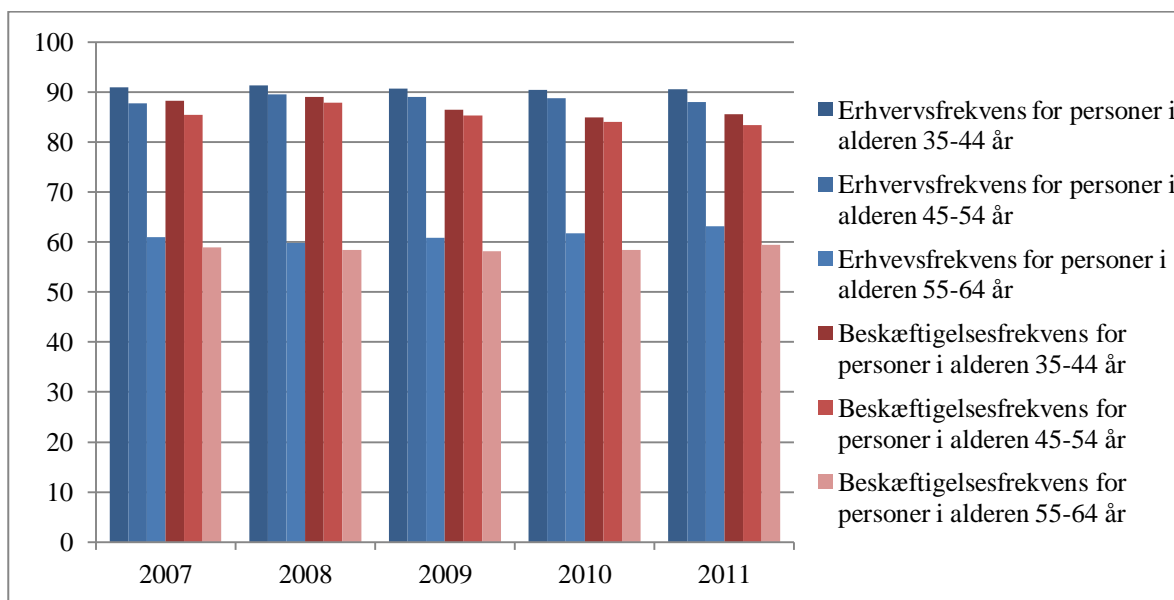
Når der i meget begrænset omfang er medtaget data for aldersgruppen 65-70 år og opefter vil det resultat, der nås frem til i denne afhandling ikke uden videre kunne finde anvendelse for andre aldersgrupper end dem, der er analyseret.

5.3.2 Beskæftigelsesstatus

Beskæftigelsesstatus beskriver både erhvervsfrekvens, beskæftigelsesfrekvens og ledighedsprocenten. Der er forskel på de forskellige begreber. Beskæftigelsesfrekvensen angiver antal beskæftiget i procent, mens erhvervsfrekvensen angiver antal procent i arbejdsstyrken og dermed hvor mange der er tilknyttet arbejdsmarkedet.⁸⁸

5.3.2.1 Erhvervs- og beskæftigelsesfrekvens

Diagram 5: Erhvervs- og beskæftigelsesfrekvens for personer i alderen 35-64 år



Af dette søjlediagram er det tydeligt, at erhvervsfrekvensen er højst for personer i alderen 35-54 år, mens erhvervsfrekvensen er langt lavere for personer i alderen 55-64 år. Da erhvervsfrekvensen

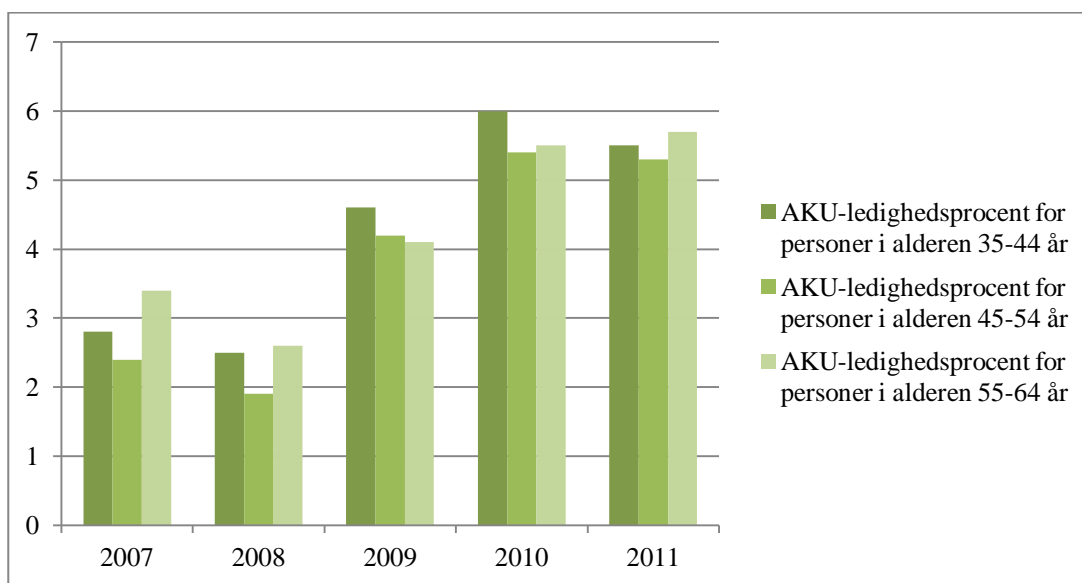
⁸⁸ Ordforklaringer på www.statistikbanken.dk

angiver hvor mange der er tilknyttet arbejdsmarkedet, og således angiver antal procent i arbejdsstyrken, kan den lavere tilknytning for personer i alderen 55-64 år skyldes at nogle af disse personer selv vælger at udtræde af arbejdsmarkedet.

Det er derfor også interessant at betragte beskæftigelsesfrekvensen, da beskæftigelsesfrekvensen angiver antal beskæftiget personer i procent, og derfor kan man ud fra beskæftigelsesfrekvensen slutte, hvor mange procent af personer der er i arbejde. Her er billedet ift. erhvervsfrekvensen ikke meget anderledes, da der fortsat er forskel på beskæftigelsesfrekvensen i alderen 35-54 år og for personer i alderen 55-64 år. For bedre at kunne betragte erhvervs- og beskæftigelsesfrekvens for personer i alderen 55-64 år er dette sammenlignet i afsnit 5.3.2.3 nedenfor.

5.3.2.2 AKU ledighedsprocent

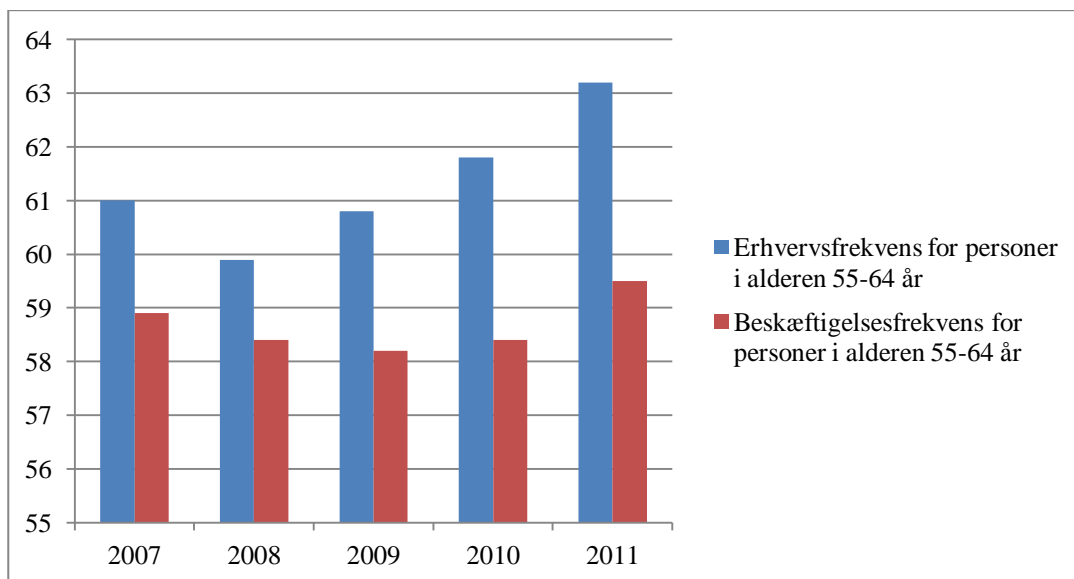
Diagram 6: AKU ledighedsprocent for personer i alderen 35-64 år



Af dette diagram kan det ses at ledighedsprocenten i årene 2007-2008 har holdt sig nogenlunde stabil på omkring de 2,5 %, hvorefter ledighedsprocenten i 2009 stiger for alle personer i aldersgruppen 35-44 år. Dette stigende billede fortsætter både i 2010 og 2011. Generelt er ledighedsprocenten for personer i alderen 55-64 år højere end for personer i alderen 35-54 år, på nær i årene 2009-2010.

5.3.2.3 Personer i alderen 55-64 år

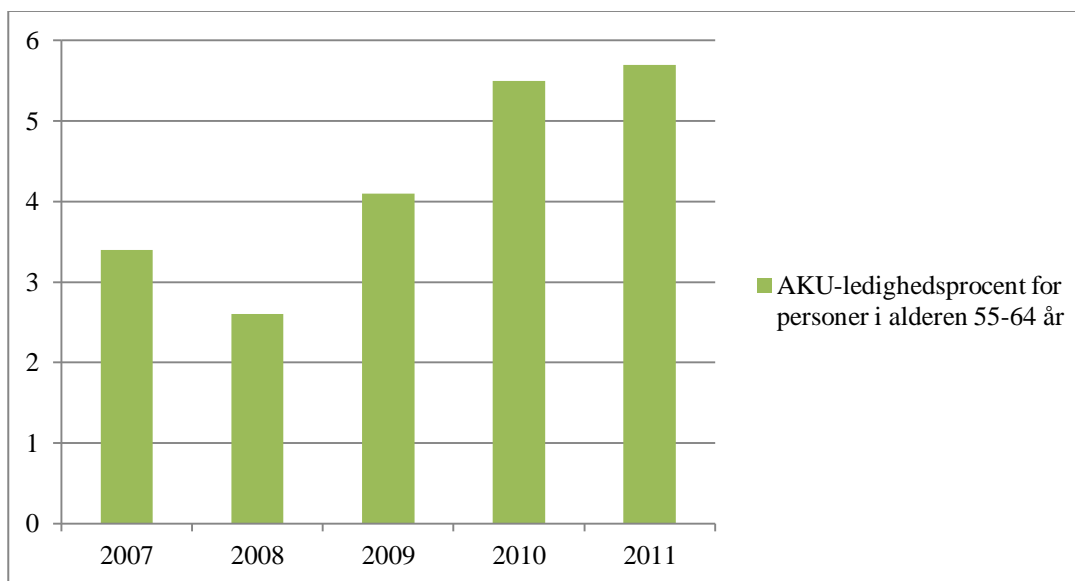
Diagram 7: Beskæftigelsesstatus for personer i alderen 55-64 år



For gruppen af personer i alderen 55-64 år har erhvervsfrekvensen været faldende i årene 2007-2008, hvorefter erhvervsfrekvensen i frem til 2011 har været stigende. Det betyder, at selvom der i 2008 har været et fald i antal personer i alderen 55-64 år i arbejdsstyrken, er antallet af personer i alderen 55-64 år blevet en større del af arbejdsstyrken frem til 2011.

Beskæftigelsesfrekvensen har i årene 2007 frem til 2009 været faldende, mens der er stigning fra 2009 til 2011. Det har derfor den betydning, at der har været et faldende antal af personer i alderen 55-64 år der er i arbejde frem til 2009.

Dette er interessant, da erhvervsfrekvensen fra 2008 for personer i denne aldersgruppe er steget. Det betyder derfor at, selvom der har været et stigende antal personer i arbejdsstyrken, har disse ikke fået arbejde, da beskæftigelsesfrekvensen har været faldende. Dermed vil der være flere ledige på arbejdsmarkedet af personer i alderen 55-64 år. Dette fremgår desuden af nedenstående diagram omhandlende ledighedsprocenten.

Diagram 8: AKU ledighedsprocent for personer i alderen 55-64 år

Fra 2007 frem til 2008 har der været en faldende ledighedsprocent, hvilket betyder at flere personer i aldersgruppen 55-64 år har været i arbejde. Hvorimod fra 2008 og frem til 2011 har der været færre personer i denne aldersgruppe i arbejde, da ledighedsprocenten har været stigende siden 2008.

5.3.2.4 Opsummering - Beskæftigelsesstatus

Ud fra ovenstående søjlediagrammer, diagrammerne 7 og 8, viser der sig en tendens til at personer i aldersgruppen 55-64 år, er en stigende del af arbejdsstyrken, men samtidig er det også en faldende gruppe der er i beskæftigelse. Personer i denne aldersgruppe vil derfor i højere grad få en større ledighedsprocent, hvilket der også viser sig på søjlediagrammet over ledighedsprocenten for denne aldersgruppe. Der er således en tendens til at personer i denne gruppe ønsker at blive beskæftiget, men at der ikke nok arbejde til denne gruppe af personer.

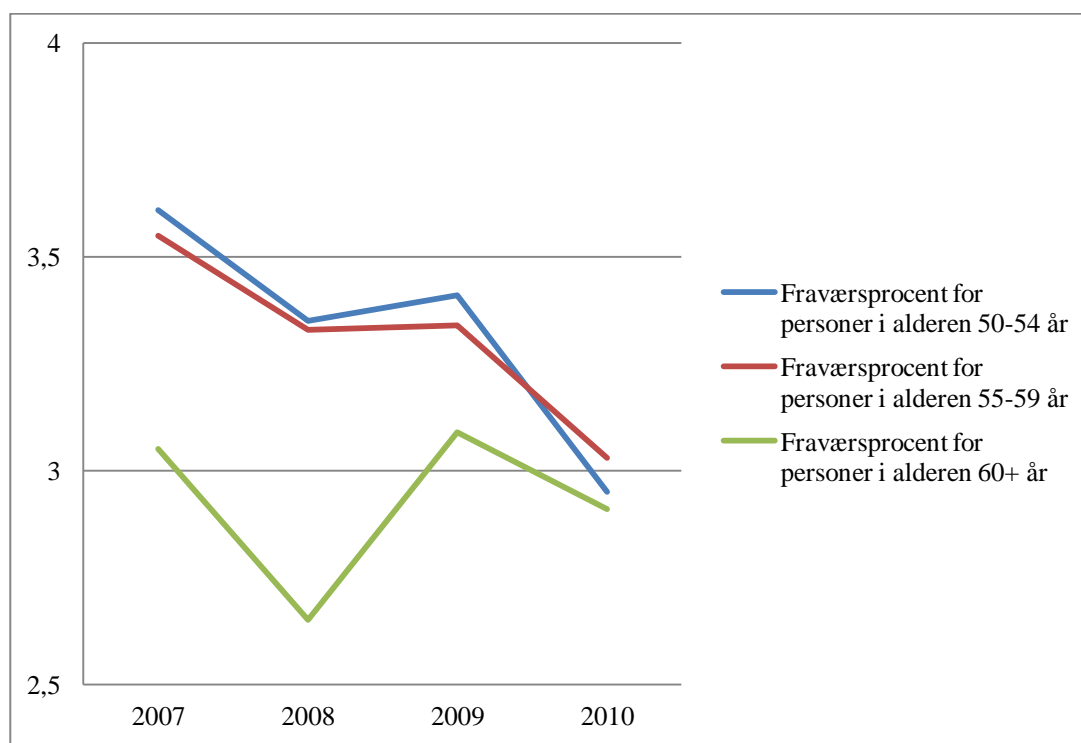
Ift. aldersdiskrimination kan dette tyde på, at personer i denne gruppe sorteres fra af arbejdsgiveren. Dog som diagram 5 viser, er der også en stigende ledighedsprocent for personer i alderen 30-54 år. Endvidere viser diagram 5 at personer i aldersgruppen 30-54 år har en højere erhvervsfrekvens end beskæftigelsesfrekvens, hvorfor der for personer i denne aldersgruppe også er en tendens til at personerne ønsker at blive beskæftiget, men der ej heller er nok arbejde til denne gruppe. Data ift. beskæftigelsesstatus for personer i alderen 55-64 år, viser dermed ikke nok til at slutte at der er aldersdiskrimination, dog er det interessant at personer i denne aldersgruppe siden 2006, på nær årene

2008 og 2009, har haft en højere ledighedsprocent end personer i aldersgruppen 30-54 år. Dette viser som ovenfor skrevet, at disse personer gerne vil i arbejde, men at arbejdsgiverne sorterer disse medarbejdere fra, hvorfor der kan være en tendens til at mulige arbejdsgivere aldersdiskriminere, da de hellere vil ansætte yngre medarbejdere. Dette kan hænge sammen med de stereotyper og antagelser arbejdsgivere kan have til ældre medarbejdere, som skrevet i afsnit 4.5.2.1 ovenfor. En antagelse kan fx være, at ældre medarbejdere har et større eget sygefravær end yngre medarbejdere, hvorfor det er interessant at betragte fraværprocenten for medarbejdere i den private sektor.

5.3.3 Fraværstatistik

Data er udvalgt fra den private sektor. Nedenstående diagram viser fraværprocenten for personer i alderen 50-54 år, 55-60 år, og 60+ år.

Graf 1: Fravær (egen sygdom) i den private sektor for personer i alderen 50-60+ år

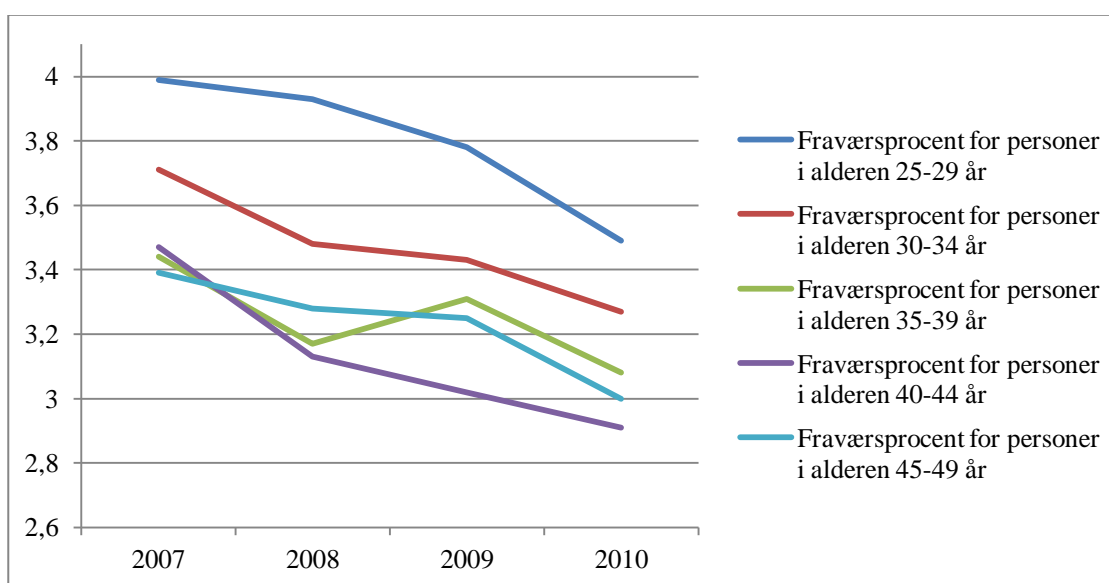


Af ovenstående graf fremgår det at personer i aldersgruppen 60+ år har et lavere fravær end personer i alderen 50-59. Mens personer i aldersgruppen 60+ år i 2010 har en fraværprocent på omkring 2,9% har personerne i aldersgruppen 50-54 år en fraværprocent på 2,95% og personerne i alderen 55-59 år har en fraværprocent på lidt over de 3%.

Nogle arbejdsgivere kan have en forventning og antagelse til ældre medarbejdere som fx at ældre medarbejdere har tendens til at være mere syg end yngre medarbejdere, som beskrevet ovenfor i kapitel 3, afsnit 3.5.1 om stereotyper.

Det er bemærkelsesværdigt at ovenstående graf faktisk viser det modsatte, netop at medarbejdere i alderen 60+ år har et lavere eget sygefravær end medarbejdere i aldersgruppen 50-59 år. Det er dog også relevant at se på fraværprocenten for personer i alderen 25-49 år, hvilket fremgår af nedenstående graf.

Graf 2: Fravær (egen sygdom) i den private sektor for personer i alderen 25-49 år



Generelt er fraværprocenten for personerne i alderen 25-49 år faldende fra 2007 og frem til 2010. I 2010 har personerne i aldersgruppen 25-29 år den højeste fraværprocent på omkring 3,5 %, mens den laveste fraværprocent er for aldersgruppen 40-44 år på omkring 2,9 %.

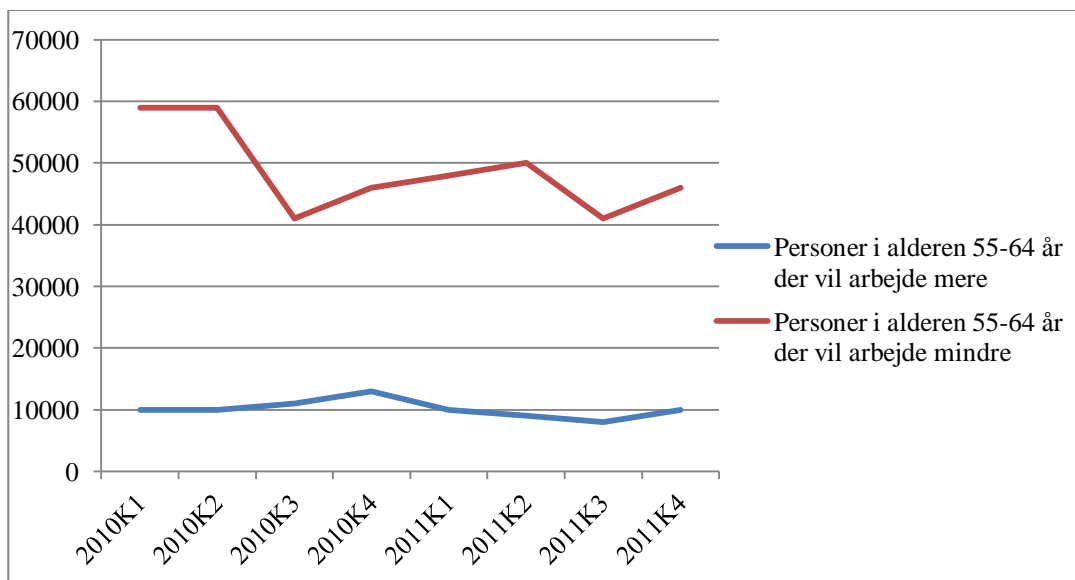
Hvis graf 2 sammenlignes med graf 1, er det tydeligt at ældre medarbejdere ikke har et højere fravær end yngre medarbejdere, da personer i aldersgrupperne 25-29 år og 30-34 år har et højere fravær end personerne i aldersgrupperne 50-54 år, 55-59 år og 60+ år.

Hvis en arbejdsgiver derfor har en antagelse om at ældre medarbejdere har et højere fravær end yngre medarbejdere, passer dette dermed ikke med ovenstående graf, da personer i alderen 25-34 år generelt har en højere fraværprocent end personer i alderen 50+ år fra 2007-2010 i den private sektor.

5.3.4 Arbejdstidsønske

Arbejdstidsønsket er relevant, da dette fortæller hvorvidt en person ønsker at arbejde mere eller mindre. Dette er især relevant ift. det tradeoff der er mellem arbejde og fritid. Desto mere en medarbejder arbejder, desto mindre fritid har personen og omvendt.

Graf 3: Arbejdstidsønske for personer i alderen 55-64 år



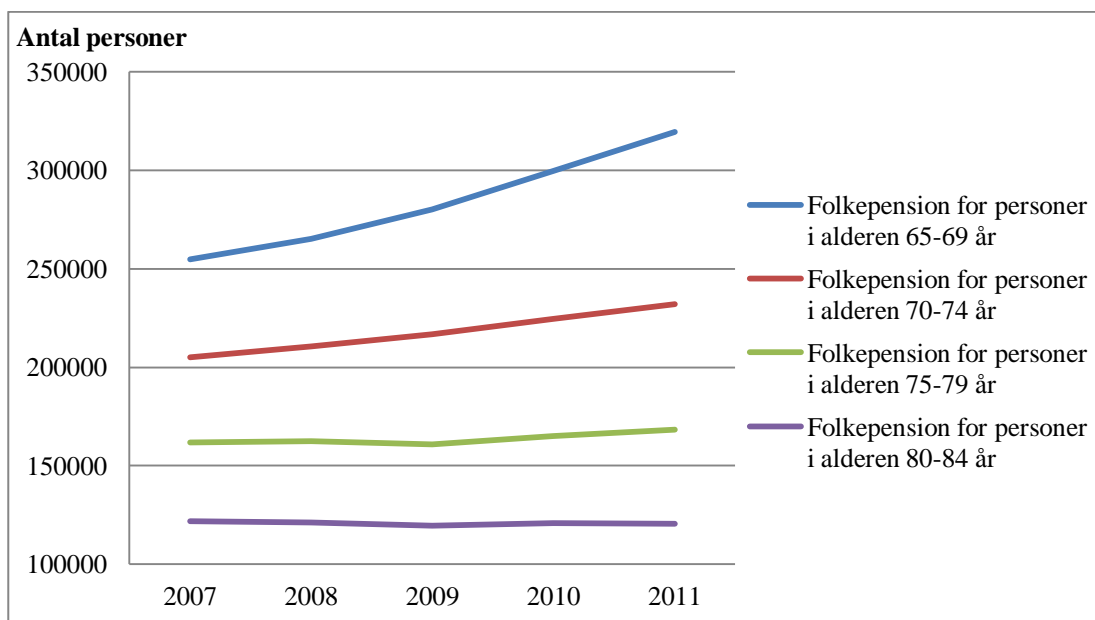
Af de personer, der ønsker at arbejde mere, ligger dette relativt stabilt omkring de 10.000 personer. Antal af personer, der ønsker at arbejde mindre, svinger derimod mere, men antallet af personer er faldet fra 60.000 i starten af 2010 til lidt over 40.000 i 3. kvartal af 2011. Generelt er der derfor en høj tilfredshed med antal arbejdstimer for personer i aldersgruppen 55-64 år. Der er dog stadig flere personer i denne aldersgruppe, der ønsker at arbejde mindre frem for mere, hvorfor dette viser en tendens til at efterhånden som medarbejderen bliver ældre, værdsættes fritid relativt højere end arbejde. Dette kan hænge sammen med, at personer i en højere aldersgruppe har nået deres karriere-mæssige mål og dermed er tilfreds i deres nuværende arbejdssituation. Personerne kan også have sparet flere penge op pga. en længere tids indtjeningsstrøm, hvorfor fritid værdsættes højere end arbejde.

5.3.5 Folkepension

I teorien er det de ældre medarbejdere, der først vil bære omkostningen ved afskedigelse, da der kan være en social norm om at ældre personer har et økonomisk alternativ til ledighed, i form af mulig-

heden for at gå på pension jf. afsnit 4.5.3.1 ovenfor. Det er derfor interessant at se på statistik over antal personer på folkepension.

Graf 4: Folkepension for personer i alderen 65-84 år hele landet



Af grafen er det tydeligt, at der er sket en stigning i antal personer på folkepension fra 2007-2011. Dette er især tydeligt for aldersgruppen 65-69 år. For de øvrige aldersgrupper flader stigningen sig mere ud, efterhånden som personernes alder stiger. Grafen viser derfor, at antallet af folkepensionsmodtagere for personer i alderen 65-69 år, har haft en stejlere stigning siden 2008-2011 end for 2007-2008. Finanskrisen kan være en årsag til denne mere markante stigning i antallet af personer fra 2008. Medarbejdere i alderen 65-69 år kan således føle sig mindre sikre i deres job, hvorved tilgangen til folkepension stiger. Selvom indkomstgrundlaget udelukkende ved folkepension typisk er lavere end for beskæftiget personer, kan der være en større indkomstsikkerhed ved folkepension. En øget risikoaversion som følge af økonomisk nedgang, kan derfor forklare den øgede tilgang til folkepension. En anden følge af finanskrisen, som forklarer et stigende antal personer, der modtager folkepension, kan være en norm om at det er mere socialt accepteret, at ældre medarbejdere i højere grad bærer risikoen ved afskedigelse. Hvis der er en socialt accepteret norm om, at ældre medarbejdere først bliver afskediget, vil denne norm kunne forklare det øget antal af personer på folkepension. Årsagerne til et øget antal af personer på folkepension, kan derfor dels være begrundet i øget risikoaversion, dels en social accepteret norm, om at ældre afskediges først pga. finanskrisen.

5.3.6 Opsummering på arbejdsmarkedsstatistik

Ud fra arbejdsmarkedsstatistikken analyseret ovenfor, er der dels tendenser til at personer i aldersgruppen 55-64 år har en højere ledighedsprocent i 2010 end personer i aldersgruppen 35-54 år ift. beskæftigelsesstatus, hvilket kan vise, at personer i aldersgruppen 55-64 år bliver sorteret fra af potentielle arbejdsgivere. Dette kan dermed være en tendens til aldersdiskrimination. Ift. at personer i aldersgruppen 55-64 år sorteres fra, kan dette skyldes nogle af de antagelser arbejdsgivere kan have til ældre medarbejdere, fx at disse har et højere sygefravær. Dog som det fremgår af ovenstående graf, har disse personer ikke et højere sygefravær end personer i aldersgruppen 25-29 år og 30-34 år, hvorfor det netop kan være udtryk for aldersdiskrimination at ældre personer ikke i højere grad har en højere beskæftigelsesfrekvens.

En del personer i aldersgruppen 55-64 år ønsker at arbejde mindre, mens færre personer i samme aldersgruppe ønsker at arbejde mere. Dog er der langt flere personer i denne aldersgruppe, som har en høj tilfredshed med deres nuværende arbejdstid. På dette grundlag er det derfor ikke ensbetydende med, at der sker aldersdiskrimination, da nogle arbejdsgivere måske vil sortere ældre medarbejdere fra, fordi de ikke vil arbejde lige så meget som yngre medarbejdere. Endvidere har der generelt været en stigning i antal personer på folkepension, som kan have sin årsag i finanskrisen, i form af dels øget risikoaversion dels socialt accepterede normer.

5.4 Delkonklusion

Ifølge antal anlagte sager pga. alder, er der en tendens i data til at antallet af sager er steget. Antallet af sager kan være steget, fordi parterne er blevet mere bevidste om at der *kan* ske forskelsbehandling pga. alder, og det er dermed ikke ensbetydende med at der *er* sket aldersdiskrimination, og det viser derfor heller ikke entydigt, at der i højere grad finder aldersdiskrimination sted på det danske arbejdsmarked. Omvendt kan det antal af sager, der er observerbart blot være toppen af isbjerget, hvorfor der kan være langt flere tilfælde af aldersdiskrimination, som ikke er observerbart, fordi den person, der har været udsat for forskelsbehandling pga. alder, ikke vil klage eller anlægge sag. Så selvom det stigende antal sager pga. alder alene ikke kan påvise at der er aldersdiskrimination på det danske arbejdsmarked, viser data dog stadig at der i højere grad bliver anlagt sager pga. alder. Ud fra det stigende antal kan der være en forventning om, at antallet af sager fortsat vil vedblive med at stige, hvorfor der af denne årsag vil være flere medarbejdere, der vil prøve hvorvidt de kan få en godtgørelse på forskelsbehandling pga. alder. Dette kan skyldes at medarbejderen rent faktisk

er blevet aldersdiskrimineret. Den udarbejdede statistik kan derfor tyde på, at der sker stadig stigende aldersdiskrimination sted på det danske arbejdsmarked.

Ift. arbejdsmarkedsstatistikken viser dette også tendenser til at personer i aldersgruppen 55-64 år i højere grad har en stigende ledighedsprocent, og dermed har disse personer også en lavere beskæftigelsesfrekvens end yngre personer. Dette betyder at personer med alderen 55-64 år generelt er færre i arbejde, end personer i alderen 35-44 år og 45-54 år. En af forklaringerne på dette kunne fx være, at arbejdsgivere har en antagelse om at ældre medarbejdere har mere sygefravær end yngre medarbejdere. Dette er dog ikke tilfældet i den private sektor, hvor yngre medarbejdere siden 2007 og frem til 2010, har haft et højere sygefravær end ældre medarbejdere. En anden forklaring kan være udfasning af medarbejdere i alderen 55-64 år, hvor arbejdsgiver ved at når personerne når alderen 65-69 år, og opefter, har de mulighed for at gå på folkepension, hvorfor det er mere acceptabelt at det er disse medarbejdere der først bliver afskediget.

De data, der er blevet analyseret og vurderet i denne afhandling, viser dermed tendenser til at der er et stigende antal sager og at personer i aldersgruppen 65-69 år i højere grad vil benytte muligheden til folkepension. Konklusionen er derfor, at nærværende datagrundlag viser tendenser til aldersdiskrimination finder sted på det danske arbejdsmarked. De data, der er anvendt kan dog ikke påvise at der sker aldersdiskrimination, da der er mange andre faktorer der har en indflydelse, end blot de udvalgte faktorer i denne afhandling. Desuden kan analyserne vise et helt andet billede for personer i alderen 65-70 år og opefter. Men ikke desto mindre viser dette datagrundlag sammenhænge mellem personers alder og deres tilknytning til arbejdsmarkedet, samt at der i højere grad anlægges sager på forskelsbehandling pga. alder.

6 KAPITEL 6. INTEGRERET ANALYSE

6.1 Indledning

I kapitel 3 var konklusionen at FUL §§2a, stk. 2 og 2b, stk. 1, 3.pkt., er uproportionale og derfor i strid med EU-retten. Endvidere viser kapitel 5 at aldersdiskrimination, er et problem på arbejdsmarkedet. Det er derfor relevant, at analysere bestemmelserne i et retspolitisk perspektiv, samt hvorvidt en ændring vil være efficient. Jeg vil derfor starte med at se på Ole Andersen-sagen, som nærmere analyseret under afsnit 2.4.3 ovenfor, og hvordan Danmark kan vælge at reagere på denne sag.

6.2 Retspolitisk analyse af bestemmelserne i FUL

6.2.1 Hvad bør være reaktionen på Ole Andersen-sagen

Efter afgørelsen af Ole Andersen-sagen, hvor FUL § 2a, stk. 3 blev underkendt, er spørgsmålet, hvordan der bør reageres på dommen. Enten kan der besluttes ikke at foretage nogen lovændring, og lade de danske domstole fortolke FUL § 2a, stk.3 EU-konformt, i overensstemmelse med det EU-retlige princip om forbud mod forskelsbehandling pga. alder der er konkretiseret ved beskæftigelsesdirektivet og Ole Andersen-sagen. Det betyder, at domstolene skal undlade at benytte FUL § 2a, stk. 3, som bestemmelsen hidtil har været fortolket i dansk retspraksis. I stedet skal funktionæren, der er berettiget til fratrædelsesgodtgørelse, som følge af sin høje anciennitet, ikendes retten til at få fratrædelsesgodtgørelsen hvis medarbejderen fortsat vil forblive på arbejdsmarkedet, selvom denne funktionær har muligheden for at gå på alderspension. Derimod kommer fratrædelsesgodtgørelsen ikke til udbetaling, hvis funktionæren vælger at benytte retten til at gå på alderspension, og således forlader arbejdsmarkedet. Som FUL § 2a, stk. 3 er formuleret, er det afgørende hvorvidt funktionæren *vil* oppebære alderspension fra arbejdsgiveren, og således ikke om funktionæren har muligheden for at få alderspension. Når en funktionær *vil* oppebære alderspension, må funktionæren nødvendigvis også få denne alderspension udbetalt. Derfor kan løsningen være, at de danske domstole blot skal fortolke Ole Andersen-sagen EU-konformt og således fortolke FUL § 2a, stk. 3 ud fra dennes ordlyd.

Der kan dog opstå problemer ved ikke at ændre i FUL § 2a, stk. 3, og kun overlade denne fortolkning til de danske domstole. Problemet ved at undlade at ændre i lovteksten, kan være en betydelig retsusikkerhed for funktionærer, og dermed opfylder Danmark ikke sin pligt som medlemsstat til at sikre EU-rettens effektivitet. Grunden til dette er, at de funktionærer, der ikke er bekendt med

dommen, kan have svært ved at være opmærksom på underkendelsen af FUL § 2a, stk. 3, hvilket endvidere kan forøges, hvis funktionæren ikke er medlem af en faglig organisation. Dermed er der risiko for at arbejdsgivere, der efter Ole Andersen-sagen, burde udbetale fratrædelsesgodtgørelsen til en funktionær, som er berettiget til denne fratrædelsesgodtgørelse, alligevel ikke udbetaler, for fx at spare penge. Dermed hindres EU-rettens effektivitet, da et rettighedssubjekt, funktionæren, ikke får den fratrædelsesgodtgørelse som funktionæren har et berettiget krav på. Endvidere ville det være sværere for funktionærer at kende deres retstilling, da retten til fratrædelsesgodtgørelsen, har været tolket anderledes af de danske domstole, bl.a. Højesteret. Dette kunne derfor tale for en ændring af FUL ordlyd. Samtidig, hvis der ikke ændres i loven, er der mulighed for at der rejses flere retssager om udbetaling af fratrædelsesgodtgørelse, og der bruges derfor unødige ressourcer på at konkludere en løsning ved dom, der nemt kunne have stået direkte i loven.

6.2.2 Forslag til ændring af FUL § 2a, stk. 3

Som forslag til ændring, bør den fremtidige FUL § 2a, stk. 3 derfor sondre mellem funktionærer, der rent faktisk går på alderspension og funktionærer der forbliver på arbejdsmarkedet. Formuleringen af FUL § 2a, stk. 3 kunne fx være: *”Hvis funktionæren efter fratrædelsen modtager alderspension fra arbejdsgiveren, og hvis funktionæren er indtrådt i den pågældende pensionsordning før det fyldte 50. år, bortfalder fratrædelsesgodtgørelsen.”*

6.2.3 Forslag til ændring af FUL § 2a, stk. 2

Da det er konkluderet i kapitel 3 ovenfor at FUL § 2a, stk. 2 er uproportional, og derfor er i strid med EU-retten, bør også denne bestemmelse sondre mellem funktionærer, der faktisk forbliver på arbejdsmarkedet, og funktionærer der udtræder af arbejdsmarkedet ved at gå på folkepension. Formulering af FUL § 2a, stk. 2 kunne fx være: *”Bestemmelsen i stk. 1 finder ikke anvendelse, såfremt funktionæren efter fratrædelsen modtager folkepension.”*

6.2.4 Forslag til ændring af FUL § 2b, stk. 1, 3 pkt.

Da det er fastslået i kapitel 3 at 30 års grænsen i FUL § 2b, stk. 1, 3 pkt. ikke er proportional, bør denne bestemmelse også ændres. Det nemmeste vil klart være, at slette muligheden for de maksimale 3 mdrs. godtgørelse, såfremt funktionæren er fyldt 30 år. Dog fordi bestemmelsen er indført for

at sikre, at visse funktionærer ikke bliver ramt så hårdt af usaglig afskedigelse, kan selve muligheden for at få det maksimale godtgørelsesniveau på op til 3 mdr. bevares ved, at indføre et anciennitetskrav i stedet. På den måde bliver bestemmelsen ikke baseret på alder, samtidig med at en funktionær ikke behøver at have været ansat i 8 år og 7 mdr. for at det maksimale godtgørelsesniveau er op til 3 mdrs. løn. Ved i stedet at lade bestemmelsen være anciennitetsbestemt, er der ikke funktionærer i en bestemt aldersgruppe, der bliver ramt hårdere end andre. Det er ej heller et væsentligt indgreb i funktionærens legitime interesser, da bestemmelsen vil finde anvendelse på alle funktionærer med en bestemt anciennitet, hvorfor anciennitetskravet også vil opfylde proportionalitetsprincippet.

6.3 Efficiens analyse

6.3.1 Diskussion af begrebet efficiens

Efficiens bliver i denne afhandling benyttet til at fastslå, hvorvidt en situation er at foretrække frem for en anden. Der er således tale om en sammenligning af de to situationer og en vurdering af hvilken af de to, der giver den bedste samfundsoptimale løsning. I afhandlingen vil der derfor blive anvendt Kaldor-Hicks optimalitet. Når en løsning er Kaldor-Hicks optimal vinder vinderne mere end taberne taber, og mindst en får lidt mere.⁸⁹ Imens er en løsning Pareto optimal, når mindst én får mere nytte, og ingen får det værre.⁹⁰ En Pareto optimal løsning er derfor Kaldor-Hicks optimal, mens det omvendte ikke altid er gældende.

Begrebet nytte kan diskuteres. Nytte er baseret på et individs præferencer, og er derfor flydende og ikke et håndgribeligt begreb. Det samme gælder samfundsoptimalitet, da dette i sidste ende også er baseret ud fra den enkeltes nytte, blot på samfundsniveau. På trods af begrebet efficiens er et opstillet begreb, der kan være svært at trække over på en virkelig situation, er det stadig den måde hvorpå fx en lovændring bliver vurderet, hvorfor efficiensbetragtningen også bliver anvendt i afhandlingen.

6.3.2 Efficiens af de foreslåede ændringer

Ved at ændre FUL § 2a, stk. 2 og 3 til at sondre mellem funktionærer, der faktisk forbliver på arbejdsmarkedet, og funktionærer der udtræder, ved efter fratrædelsen at modtage hhv. alderspension og folkepension, er der tale om en løsning, der er i overensstemmelse med EU-retten. FUL § 2a

⁸⁹ Eide & Stavang. 2003, s. 22

⁹⁰ Eide & Stavang. 2003, s. 22

beskytter derfor fortsat funktionærerne, ved at mildne overgangen til anden beskæftigelse, mens de funktionærer som godtgørelsen er bestemt til, også får denne udbetalt, uagtet om de måtte være berettiget til at udtræde af arbejdsmarkedet, såfremt de faktisk vælger at forblive erhvervsaktive. De foreslåede ændringer i FUL § 2a, stk. 2 og 3 giver derfor mere nytte til de funktionærer, der måtte vælge at forblive på arbejdsmarkedet, på trods af deres mulighed for at udtræde af arbejdsmarkedet. Dog ved at funktionærerne får mere nytte, betyder dette samtidig at arbejdsgiverne får mindre nytte, da der ved de foreslåede ændringer skal udbetales fratrædelsesgodtgørelse i et langt større omfang. Den enkelte funktionærs nytte ved at få udbetalt fratrædelsesgodtgørelse bliver dog vurderet til at være større end virksomhedernes unytte ved at udbetale fratrædelsesgodtgørelsen, da funktionæren får en mulig indkomststigning. Når en person får en indkomststigning vil denne opleves mere positivt, desto færre ressourcer personen har, dog i takt med at indkomsten stiger vil pengene blive marginalt mindre værd. Samtidig vil arbejdsgiveren have lettere ved at bære tabet, da denne alt andet lige har flere aktiver end funktionæren. Der vil derfor være tale om en Kaldor-Hicks efficient løsning, da vinderne vinder mere, her funktionærerne, end taberne taber, her virksomhederne. Det samme gør sig gældende, ved ændringen af 30 års grænsen i FUL § 2b, stk. 1, 3. pkt. til en anciennitetsbestemt grænse. Her er der også tale om at funktionærer i en større udstrækning, kan få op til den maksimale godtgørelse på de 3 mdrs. løn i FUL § 2b, stk. 1, hvorfor funktionærerne også her vil vinde mere end virksomhederne taber. De foreslåede ændringer i hhv. FUL § 2a, stk. 2 og 3 samt FUL § 2b, stk. 1, 3. pkt. er derfor alle Kaldor-Hicks optimale.

6.3.3 Bevisbyrde i FUL § 2a, stk. 2 og 3

I forbindelse med den foreslåede ændring af FUL § 2a, stk. 2 og 3, er det nærliggende at diskutere hvornår virksomhederne faktisk skal betale fratrædelsesgodtgørelsen. Der kan være nogle funktionærer, der vil vælge at være erhvervsaktive tids nok til at få fratrædelsesgodtgørelsen, for derefter at benytte muligheden for at udtræde af arbejdsmarkedet. Det er derfor vigtigt, at funktionærens ønske om at blive på arbejdsmarkedet er reelt, for således at undgå omgåelse. Derfor kan løsningen være, at indarbejde et krav i FUL § 2a, om at funktionæren skal have været erhvervsaktiv i noget tid. Dog er formålet med fratrædelsesgodtgørelsen at mildne overgangen til anden beskæftigelse, hvorfor arbejdsgiver af denne grund ikke kan vente med at udbetale fratrædelsesgodtgørelsen. Det er derfor nærliggende, at funktionæren godtgør realiteten ved fx lønsedler fra ny arbejdsgiver eller modtagelse af dagpenge. Den administrative byrde for både funktionærerne og virksomhederne vil dog stige, og dermed medføre unytte for begge parter. Dog er der betydelig større unytte for arbejdsgiver, så-

fremt funktionæren måtte forsøge omgåelse. I forbindelse med funktionærens omgåelse, vil det være meget svært for arbejdsgiver, at søge det udbetalte beløb i fratrædelsesgodtgørelse tilbage, da antagelsen er at funktionæren vil have brugt beløbet. Det er derfor nærliggende at der i FUL er en adgang til tilbagesøgning, da dette alt andet lige vil have en præventiv effekt.

6.4 Tidsmæssig udstrækning af Ole Andersen-sagen

Ole Andersen-sagen rejser endvidere spørgsmålet, om funktionærer kan rejse et krav på fratrædelsesgodtgørelse, hvis de før sagens afgørelse er blevet afskåret fra godtgørelsen. Dette kan dog udelukkende ske, hvis Ole Andersen-sagen har tilbagevirkende kraft.

Ole Andersen-sagen vil have tilbagevirkende kraft, da EU-reglerne for det første ikke må frarøves deres effektive virkning. En doms virkning kan derfor ikke begrænses tidsmæssigt, da dette vil medføre et væsentligt indgreb i domstolsbeskyttelsen af borgernes rettigheder.⁹¹

Da beskæftigelsesdirektivet skulle implementeres i Danmark i 2004, betyder dette således at FUL § 2a, stk. 3 i princippet har været aldersdiskriminerende siden 2004. Til støtte for at Ole Andersen-sagen har tilbagevirkende kraft, har EU-Domstolen ikke begrænset den tidsmæssige udstrækning i dommen. Funktionærer, der er forblevet på arbejdsmarkedet vil derfor have et krav på fratrædelsesgodtgørelse, hvis de er blevet afskåret fra godtgørelsen før Ole Andersen-sagen.

I Danmark er der dog en forældelsesfrist på 5 år i arbejdssager, jf. forældelseslovens⁹² § 4. Funktionærene kan derfor i princippet rejse krav, der ligger 5 år tilbage overfor arbejdsgiveren.

Det kan dog diskuteres om dette er efficient.

I U.2012.341V fastslår Landsretten, at arbejdsgiveren ikke skal bære byrden af et tvivlsomt lovforklæningsspørgsmål. Af dommen kan det derfor udledes at arbejdsgiveren på udbetalingstidspunktet har handlet i overensstemmelse med dansk ret og derfor ikke skal bære risikoen for hvorvidt nationale regler er i strid med EU-ret. Ift. en efficiens betragtning kan arbejdsgiver ikke begynde, at handle på tværs af national lovgivning, fordi der måske er en mulighed for divergens med EU-ret.

⁹¹ Neergaard & Nielsen. 2010, s. 188

⁹² Lov nr. 522 af 06/06/2007

Virksomhederne kan ikke gøre andet end at følge den gældende retsstilling, og vil derfor lide et væsentligt tab, hvis virksomhederne bliver gjort ansvarlig for en adfærd, der er pålagt gennem lov. Det vil derfor være et spørgsmål om, hvorvidt funktionærerne i stedet kan rejse erstatningskrav mod staten, da beskæftigelsesdirektivet er implementeret forkert i dansk ret. Dette kan funktionærerne såfremt bestemmelsen i EU-retten tillægger dem rettigheder, overtrædelsen er af en vis grovhed, og der desuden er direkte årsagsforbindelse med overtrædelsen og funktionærernes tab.⁹³

6.5 Delkonklusion

Den ovenfor foreslåede formulering af de relevante bestemmelser i FUL er Kaldor-Hicks optimal, hvorved løsningen er samfundsoptimal. På trods af at Kaldor-Hicks optimalitet er mindre restriktiv end Pareto optimalitet, vil den foreslåede løsning alligevel være samfundsoptimal. Samfundsoptimaliteten opstår, fordi der skal ske en ændring af bestemmelserne i FUL på baggrund af EU-Domstolens dom i Ole Andersen-sagen, og de foreslåede ændringer tager højde for det EU-retlige princip om forbud mod forskelsbehandling pga. alder.

⁹³ Neergaard & Nielsen. 2010, s. 255-256

7 KAPITEL 7. KONKLUSION

I den juridiske analyse er konklusionen, at både FUL §§ 2a, stk. 2 og 2b, stk. 1, 3. pkt. er i strid med det EU-retlige princip om forbud mod forskelsbehandling pga. alder. Begge bestemmelser er ikke proportionale, da de gør et for væsentligt indgreb i funktionærens legitime interesser. Denne analyse er foretaget ud fra EU-Domstolens retspraksis, herunder særligt Ole Andersen-sagen. Selvom både FUL §§ 2a, stk. 2 og 2b, stk. 1, 3. pkt. indebærer en aldersbetinget forskelsbehandling skal overtrædelsen medføre en krænkelse og have en vis grovhed, før der kan ikendes en godtgørelse efter FSBL § 7, stk. 1. jf. U.2012.341V. Selvom det derfor kan være aldersbetinget forskelsbehandling fx ved at nægte en funktionær fratrædelsesgodtgørelse efter FUL § 2a, stk. 2, skal overtrædelsen have en vis grovhed, før en arbejdsgiver kan ifalde at betale en godtgørelse efter FSBL § 7, stk. 1.

I den økonomiske analyse er konklusionen, at en virksomhed vil aldersdiskriminere, da der i teorien er en tre overordnede incitamentter for virksomhederne til at aldersdiskriminere. Disse incitamentter er baseret på virksomhedens økonomiske rationale, virksomhedens imperfekte information om medarbejderens produktivitet, og høj ansættelsesusikkerhed. Udover at virksomhederne i teorien har incitament til aldersdiskrimination, viser der sig endvidere nogle tendenser på det danske arbejdsmarked som støtter op om, at aldersdiskrimination også rent faktisk finder sted på arbejdsmarkedet. Tendenserne er særligt klare i antal sager omhandlende aldersdiskrimination ved Ligebehandlingsnævnet. Her er der nærmest en eksponentiel udvikling i antallet af sager på grund af alder, på blot 3 år fra 2008-2011. Konklusionen er derfor, at ved antallet af anlagte sager og ved arbejdsmarkedsstatistik viser sig nogle tendenser, der kan påvise at aldersdiskrimination er et problem på det danske arbejdsmarked.

I den integrerede del er konklusionen, at Ole Andersen-sagen medfører at en ændring af FUL er samfundsefficient. De foreslåede ændringer i FUL § 2a, stk. 2 og 3 tager højde for, hvorvidt en funktionær reelt forbliver på arbejdsmarkedet. Ændringen i FUL § 2b, stk. 1 søger fortsat at beskytte funktionærerne, men ved at i stedet at have et anciennitetskrav er bestemmelsen proportional. Endvidere er konsekvensen af Ole Andersen-sagen at sagen har tilbagevirkende kraft, dog skal arbejdsgiver ikke bære tabet ved lovfortolknings spørgsmål jf. U.2012.341V. Der kan derfor i stedet kræves erstatning af den danske stat.

PERSPEKTIVERING

På trods af en stigende ledighed på arbejdsmarkedet, vil der alligevel mangle arbejdskraft, da ældre medarbejdere kommer til at udgøre en stigende del af befolkningen.⁹⁴ Det er derfor relevant at søge at fastholde de ældre medarbejdere. Dog er der et stigende antal sager omhandlende alder ved bl.a. Ligebehandlingsnævnet. Denne tendens fortsætter i 2012, da der allerede nu⁹⁵ er afsagt 6 sager om aldersdiskrimination.⁹⁶ Desuden skriver www.avisen.dk d. 16. januar 2012 at ud af de 190 sager som Ligebehandlingsnævnet behandler, er 60 af dem hvorvidt der er tale om aldersdiskrimination.⁹⁷ Dette er over 30%. Den eksponentielle udvikling ser derfor ud til at fortsætte. Aldersdiskrimination på arbejdsmarkedet er derfor et stadigt stigende problem, hvorfor der er behov for en aktiv indsats.

⁹⁴ Larsen mfl. 2011, s. 9

⁹⁵ April 2012

⁹⁶ Jf. www.ligebehandlingsnaevnet.dk

⁹⁷ http://avisen.dk/krisen-giver-boom-i-sager-om-alderschikane_158441.aspx

LITTERATURLISTE

JURA

Artikler

U.2006B.259. 2006. *Princippet om forbud mod forskelsbehandling pga. alder som et almindeligt EU-retligt princip*. Nielsen, Ruth.

Nielsen, Ruth. 2009. *Aldersdiskrimination – i arbejdsretten og kontraktretten*. I *Arbejd og rett: festskrift til Henning Jakhellns 70-årsdag*. Cappelen akademisk. 1 udgave.

Bøger

Neergaard, Ulla og Nielsen, Ruth. 2010. *EU ret*. 6. reviderede udgave. Thomson Reuters Professional A/S.

Neergaard, Ulla, Nielsen, Ruth og Roseberry, Lynn. 2011. *European Legal Method – Paradoxes and Revitalisation*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Nielsen, Ruth. 2006. *EU-arbejdsret*. 4. udgave. Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Nielsen, Ruth og Christina D. Tvarnø. 2011. *Retskilder og retsteorier*. 3. reviderede udgave. Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Schwarz, Finn og Hartmann, Jens Jakob. 2011. *Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet – forskelsbehandlingsloven*. 1. udgave. Thomson Reuters Professional A/S.

Svenning Andersen, Lars, Klingsten, Mette, Krarup, Mads, Lindencone Petersen, Lars og Vejby, Bjarke. 2011. *Funktionærret*. 4. udgave. Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Direktiver

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

Domme

Costa/Enel, sag C 6/64. Flaminio Costa mod ENEL. Domstolens dom af 15. juli 1964. Den danske specialudgave af Saml. 1954-64 s. 531.

Küçükdeveci, sag C-555/07 Seda Küçükdeveci mod Swedex GmbH & Co. KG. Domstolens dom af 19. januar 2010, Saml. 2010 s. I-365

Mangold, sag C-144/04, Werner Mangold mod Rüdiger Helm, Domstolens dom af 22. november 2005, Saml. 2005 s. I-9981

Ole Andersen, sag C-499/08, Ingeniørforeningen i Danmark for Ole Andersen mod Region Syddanmark, Domstolens dom af 12. oktober 2010.

Palacios de la Villa, sag C-411/05, Félix Palacios de la Villa mod Cortefiel Servicios SA, Domstolens dom 16. oktober 2007, Saml. 2007 s. I-8531

U.1973.898H, Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark som mandatar for fru Else Thyme mod A/S Blichfeldt. Højesterets dom af 4. oktober 1973

U.1975.661/2V, Firma International Spedition og Transport, Padborg mod fru Elfriede Gisela Fritsche, Mølholm. Vestre Landsrets dom af 24. marts 1973

U.1981.784SH, Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark som mandatar for Erik Christian Jespersen mod Dansk Arbejdsgiverforening som mandatar for Th. Østergårds Eftf. A/S, Sø- og Handelsrettens dom af 4. juni 1981

U.1989.123H, Dansk-Norsk Kvælstoffabrik I/S mod Maskinmestrenes Forening som mandatar for maskinmester Svend Dyrnesli, Højesterets dom af 7. december 1988

U.1989.126H, Teknisk Landsforbund som mandatar for Kaj Aage Sørensen mod Kommunernes Landsforening som mandatar for Fåborg kommune. Højesterets dom af 7. december 1988

U.2012.341V, Ingeniørforeningen som mandatar for Ole Andersen (adv. Kim Schioldann, Kbh.) mod Region Syddanmark, Vestre Landsrets dom af 11. oktober 2011

Ligebehandlingsnævnets afgørelse i sag 127/2011, d. 31. august 2011

Ligebehandlingsnævnets afgørelse i sag 219/2012, d. 22. februar 2012

Ligebehandlingsnævnets afgørelse i sag 220/2012, d. 22. februar 2012

Love

Forskelsbehandlingsloven, Bekendtgørelse af lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet m.v. lovbekendtgørelse nr. 1349 af 16/12/2008. Jf. lovbekendtgørelse nr. 31 af 12. januar 2005 med de ændringer, der følger af lov nr. 240 af 27. marts 2006, lov nr. 1542 af 20. december 2006 og § 17 i lov nr. 387 af 27. maj 2008. Loven indeholder bestemmelser, der gennemfører dele af Rådets direktiv 2000/43/EF om gennemførelse af princippet om ligebehandling af alle uanset race eller etnisk oprindelse (EF-Tidende 2000 nr. L 180, s. 22) samt Rådets direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv (EF-Tidende 2000 nr. L 303, s. 16).

Forældelsesloven, Lov om forældelse af fordringer. Lov nr. 522 af 06/06/2007.

Funktionærloven, Bekendtgørelse af lov om retsforholdet mellem arbejdsgivere og funktionærer jf. lovbekendtgørelse nr. 81 af 03/02/2009. Herved bekendtgøres lov om retsforholdet mellem arbejdsgivere og funktionærer, jf. lovbekendtgørelse nr. 68 af 21. januar 2005 med de ændringer, der følger af § 7 i lov nr. 542 af 24. juni 2005, § 58 i lov nr. 566 af 9. juni 2006 og lov nr. 312 af 30. april 2008. Loven indeholder bestemmelser, der gennemfører dele af Rådets direktiv 1999/70/EF af 28. juni 1999 om rammeaftalen vedrørende tidsbegrænset ansættelse, der er indgået af EFS, UNICE og CEEP (EF-Tidende 1999 nr. L 175, s. 43) og dele af Rådets direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv (EF-Tidende 2000 nr. L 303, s. 16).

Lov om Ligebehandlingsnævnet, Lov nr. 387 af 27/05/2008.

Pensionsloven, Bekendtgørelse af lov om social pension jf. lov bekendtgørelse nr. 1005 af 19/08/2010. Herved bekendtgøres lov om social pension, jf. lovbekendtgørelse nr. 982 af 2. oktober 2009, med de ændringer, der følger af § 1 i lov nr. 1510 af 27. december 2009, § 9 i lov nr. 429 af 28. april 2010 og § 1 i lov nr. 699 af 25. juni 2010.

Lovforslag

Forslag til Lov om ændring af lov om retsforholdet mellem arbejdsgivere og funktionærer. 1970-1971. 1. samling nr. L53.

Forslag til Lov om ændring af lov om retsforholdet mellem arbejdsgivere og funktionærer (fratrædelsesgodtgørelser). 1995-1996. 1. samling nr. L180.

Forslag til Lov om ændring af lov om retsforholdet mellem arbejdsgivere og funktionærer (Ophævelse af 18-års-grænsen i § 2 b). 2004-2005. 1 samling. nr. L91

Forslag til lov om ændring af lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet m.v. (Indsættelse af alder og handicap som kriterier i loven)(1). 2004-2005 1. samling nr. L92

Traktater

Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF)

Traktaten om den Europæiske Union (TEU)

ØKONOMI

Artikler

Becker, Gary S. 1962. *Investment in Human Capital: A Theoretical Analysis*. The Journal of Political Economy, Vol. 70, No. 5, Part 2: Investment in Human Beings: 9-49.

Krings, Franciska, Sczesny, Sabine and Kluge, Annette. 2011. *Stereotypical Inferences as Mediators of Age Diskrimination: The Role of Competence and Warmth*. British Journal of Management, Vol. 22, 187-201

Larsen, Mona, Bach, Henning Bjerregaard og Ellerbæk, Lise Sand. 2011. *55-70 åriges forbliven på arbejdsmarkedet – Adfærd, forventninger, aftaler og kendskab til regler*. Socialforskningsinstituttet, rapport 11:13: 1-222

Lazear, Edward P. 1979. *Why Is There Mandatory Retirement?*, Journal of Political Economy, Vol. 87, No. 6: 1261-1284

Lazear, Edward P. 1990. *Pensions and Deferred Benefits as Strategic Compensation*. Industrial Relations. Vol. 29, No. 2 : 263-280

Udsen, Sanne. 1992. *Ulige løn for andet arbejde. Økonomiske teorier om kønsforskelle på arbejdsmarkedet*. Ph.D. serie 5.92, Handelshøjskolen, Samfundslitteratur.

Urwin, Peter. 2006. *Age discrimination: legislation and human capital accumulation*. Employee Relations, Vol. 28 No. 1: 87-97

Wood, Geoffrey, Wilkinson, Adrian and Harcourt, Mark. 2008. *Age discrimination and working life: Perspectives and contestations – a review of the contemporary literature*. International Journal of Management Reviews, Vol. 10, Issue 4: 425-442.

Bøger

Boolsen, Merete Watt og Hansen, Uffe Foss. 2003. *Forstå statistikken – Fra beregninger til analyse og vurderinger*. C.A. Reitzels Forlag. 2.oplag

Eide, Erling & Stavang, Endre. 2003. *Rettsøkonomi*. Cappelen Akademisk Forlag. 1.udgave.

Knudsen, Christian. 1994. *Økonomisk metodologi bind 1*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag. 2 udgave.

Pindyck, Robert S. & Rubinfeld Daniel L. 2009. *Microeconomics*. 7th edition. Pearson Prentice Hall.

Hjemmesider

www.thomson.dk

www.curia.europa.eu

www.bm.dk

www.ligebehandlingsnaevnet.dk

www.statistikbanken.dk

BILAG 1**Ligebehandlingsnævnet**

år	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
afsagte sager om alder	0	0	0	0	0	8	23	55

Sager ved de danske domstole

år	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
afsagte sager om alder	0	0	0	1	1	2	2	4

Sager om aldersdiskrimination ved EUD

år	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
anlagte sager om alder	1	1	2	2	4	6	4	6
afsagte sager om alder	0	1	0	2	1	2	8	7