

Det afviste manuskript II i Ajos-debatten Skibby Supermarked-sagen versus Ajos-sagen: Hvilken højesteretsdom er udtryk for gældende ret?

Nielsen, Ruth; Tvarnø, Christina D.

Document Version
Forlagets udgivne version

Publication date:
2018

License
CC BY-NC-ND

Citation for published version (APA):
Nielsen, R., & Tvarnø, C. D. (2018). *Det afviste manuskript II i Ajos-debatten: Skibby Supermarked-sagen versus Ajos-sagen: Hvilken højesteretsdom er udtryk for gældende ret?*.

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

General rights

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

Take down policy

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

Download date: 03. Dec. 2021



Det afviste manuskript II i Ajos-debatten

Forord

Den artikel, der publiceres her, sammenligner Højesterets domme i Skibby Supermarked-sagen og Ajos-sagen. Begge sager angik private arbejdsgivere, der havde overtrådt diskriminationsforbuddet i beskæftigelsesdirektivets artikel 2, der er implementeret i forskelsbehandlingsloven.

I Skibby Supermarked-sagen fastslog Højesteret, at direktivstridig handicapdiskrimination er en overtrædelse af forskelsbehandlingslovens § 2. Højesteret overholdt herved den EU-retlige pligt til EU-konform fortolkning og principperne om EU-rettens forrang for og direkte virkning i national ret. I sager mod offentlige arbejdsgivere gælder klart det samme om direktivstridig aldersdiskrimination.

Højesteret anså i Ajos-sagen forskelsbehandlingsloven for uanvendelig og frifandt Ajos under henvisning til funktionærlovens daværende § 2a, stk. 3 som fortolket i højesteretspraksis. Højesteret overtrådte herved pligten til EU-konform fortolkning og principperne om forrang og direkte virkning.

Højesteret og landsretterne har i en række andre sager om diskrimination overholdt EU-retten. Ajos-dommen er en enkeltstående afvigelse herfra. Vores prognose er, at den heller ikke kan forventes fulgt fremover, hvorfor vi ikke anser den for gældende ret.

Artiklen blev den 13.1. 2018 afvist fra publicering i Ugeskrift for Retsvæsen. Vi synes, det er vigtigt at være opmærksom på den analyse, vi foretager i artiklen, og har derfor valgt at publicere den på [CBS.open.archive](https://cbs.open.archive).

Frederiksberg, marts 2018

Ruth Nielsen & Christina D. Tvarnø

Skibby Supermarked-sagen versus Ajos-sagen: Hvilken højesteretsdom er udtryk for gældende ret?

*Af professor, dr.jur. Ruth Nielsen og professor, PhD Christina D. Tvarnø, begge Juridisk Institut,
CBS*

I artiklen konfronteres Højesterets domme i Skibby Supermarked-sagen (U 2015.3827 H) og Ajos-sagen (U 2017.824 H, som Højesteret – uanset de betydelige ligheder mellem de to sager -afgjorde meget forskelligt med hensyn til retskilder, argumentation og resultat. Der argumenteres for, at det er Højesterets dom i Skibby Supermarked-sagen, der er udtryk for gældende ret.

1. Artiklens formål og problemstilling

Tvisterne om 120-dages-reglen i funktionærlovens § 5, stk. 2 i sagen om Skibby Supermarked¹ og om den tidligere § 2 a, stk. 3 om fratrædelsesgodtgørelse i funktionærloven i Ajos-sagen² handler set i et EU-arbejdsretligt/diskriminationsretligt perspektiv om samme problemstilling: en dansk privat arbejdsgiver havde overtrådt et EU-retligt forbud mod diskrimination, i Skibby Supermarked-sagen forbuddet mod handicapdiskrimination i Ajos-sagen forbuddet mod aldersdiskrimination.

Begge sager angik diskriminationsforbuddet i beskæftigelsesdirektivets artikel 2.³ Beskæftigelsesdirektivet blev implementeret i forskelsbehandlingsloven ved en ændring af denne i december 2004.⁴ Afskedigelserne i begge sager (25. maj 2009 og 10. december 2009 i Skibby Supermarked-sagen) skete på et tidspunkt, hvor forskelsbehandlingsloven, hvis § 2 forbyder handicap- og aldersdiskrimination, var gældende i Danmark. Beskæftigelsesdirektivet konkretiserer det bagvedliggende almindelige EU-retlige princip om forbud mod diskrimination. Dette forbud er kodificeret i artikel 21 i EU's Charter om grundlæggende rettigheder, der ved Lissabon-traktatens ikrafttræden den 1. december 2009 fik traktatrang. De to sager adskiller sig fra hinanden ved at

¹ U 2015.3827 H.

² U 2017.824 H.

³ Artikel 2 i beskæftigelsesdirektivet bestemmer: '1. I dette direktiv betyder princippet om ligebehandling, at ingen må udsættes for nogen form for direkte eller indirekte forskelsbehandling af nogen af de i artikel 1 anførte grunde.' De i artikel 1 nævnte grunde er religion eller tro, handicap, alder og seksuel orientering.

⁴ Lov nr. 1417 af 22.12.2004. Ikrafttræden den 28. december 2004.

afskedigelsen i Ajos-sagen skete, før Chartret fik traktatrang, mens afskedigelsen i Skibby Supermarked-sagen skete efter. Handicap-diskrimination er også forbudt ved FN's handicapkonvention, som såvel Danmark som EU som folkeretssubjekter er bundet af.

I begge sager havde arbejdsgiverens adfærd støtte i funktionærloven. I begge sager havde EU-domstolen tidligere fastslået, at arbejdsgiveradfærd, som den, der blev udvist i Skibby Supermarked- og Ajos-sagerne, stred mod beskæftigelsesdirektivet, se om 120-dagesreglen i funktionærlovens § 5, stk. 2 Ring og Werge-sagerne⁵ og om den tidligere § 2 a, stk. 3 i funktionærloven Ole Andersen-sagen.⁶

Uanset de betydelige ligheder mellem de to sager, afgjorde Højesteret dem helt forskelligt med hensyn til retskilder, argumentation og resultat. I Skibby Supermarked-sagen blev arbejdsgiveren dømt til at betale godtgørelse for overtrædelse af forskelsbehandlingsloven, der blev fortolket EU-konformt. I Ajos-sagen anså Højesteret forskelsbehandlingsloven for uanvendelig og frifandt arbejdsgiveren efter den tidligere § 2 a, stk. 3 i funktionærloven, som Højesteret afviste at fortolke EU-konformt. Højesteret diskuterede i Ajos-sagen det almindelige EU-retlige princip om forbud mod aldersdiskrimination, men antog, at det ikke gælder i Danmark over for private arbejdsgivere.

De to domme er blevet genstand for meget forskellig opmærksomhed i det juridiske fagmiljø. Ajos-sagen har vakt stor opmærksomhed og har været genstand for flere debatarrangementer og en del faglige artikler.⁷ Skibby Supermarked-sagen har fået⁸ meget mindre opmærksomhed. I denne artikel konfronterer vi de to domme og deres måde at anvende den retsdogmatiske metode på og fremdrager, hvad der er rigtigt i Skibby Supermarkeds-sagen i krydsfeltet mellem dansk ret, EU-ret og folkeret og peger frem i udviklingen af diskriminationsretten. Til sidst tager vi stilling til, hvilken af de to domme, der er udtryk for gældende ret. Efter vores opfattelse er det Skibby Supermarked-sagen.

⁵ Forenede sager C-335/11, Ring, og C-337/11, Werge, EU:C:2013:222.

⁶ Sag C-499/08, Ole Andersen, EU:C:2010:600.

⁷ Se om Højesterets dom i Ajos-sagen Jonas Christoffersen: Kort Nyt – Ajos-sagen, EU Ret og Menneskeret nr. 2, 2016, Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø: Det afviste manuskript i Ajos-debatten, på internettet på <http://openarchive.cbs.dk/handle/10398/9471>, Ruth Nielsen and Christina D. Tvarnø: Danish Supreme Court infringes the EU Treaties by its ruling in the Ajos case, ERT (Europarättsligt Tidsskrift) 2017 No 2, Ole Spiermann: En højesteretsdom om EU-tiltrædelsesloven, U2017 B 297, Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø: PRÆJUDIKAT ELLER IKKE PRÆJUDIKAT - Chartrets retsvirkning i dansk ret efter EU-domstolens og Højesterets afgørelser i Ajos-sagen, TfR 2017 nr. 2-3, Mikael Rask Madsen, Henrik Palmer Olsen and Urska Sadl: Competing Supremacies and Clashing Institutional Rationalities: The Danish Supreme Court's Decision in the Ajos Case and the National Limits of Judicial Cooperation, European Law Journal No 1 2017, Jens Kristiansen: Grænser for EU-rettens umiddelbare anvendelighed i dansk ret – Om Højesterets dom i Ajos-sagen, U 2017 B 75, Michael Møller Nielsen og Julie Flindt Rasmussen: Efter Ajos - har vi alle grundlæggende rettigheder?, HR Magasinet 2017, <http://www.hrjura.in/>, Ulla Neergaard and Karsten Engsig Sørensen: Activist Infighting among Courts and Breakdown of Mutual Trust? The Danish Supreme Court, the CJEU, and the Ajos Case, Yearbook of European Law, (2017) p. 1 og Jens Kristiansen: EU-chartret og grundlovens § 20 U.2017 B 413.

⁸ Højesterets forskellige tilgange i Skibby Supermarked-sagen og Ajos-sagen omtales i Jens Kristiansen; Når dansk ret (måske) er uforenelig med EU-retten – Er der en fast linje i højesteretspraksis?, Juristen 2015 s. 225, Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø: Ajos-sagens betydning for rækkevidden af EU-konform fortolkning i forhold til det almindelige EU-retlige princip om forbud mod aldersdiskrimination, U 2016 B 269, Ruth Nielsen: Forskelsbehandlingsloven med kommentarer, Kbh. 2017 (i kommentaren til § 2). Se også Ruth Nielsen: Hundred Years of Labour Law i Vishy Priya Kohle og Peter Arnt Nielsen (red.): Erhvervsretlige emner 1917-2017, Kbh. 2017.

2. Jus og faktum i Skibby Supermarked-sagen og Ajos-sagen

2.1. Skibby Supermarked-sagen

Skibby Supermarked-sagen handler om afskedigelse efter funktionærlovens § 5, stk. 2, pga. 120 dages sygefravær, som helt eller delvis skyldtes et handicap (leddegigt). Funktionærlovens § 5, stk. 2, blev ikke ændret i forbindelse med implementeringen af beskæftigelsesdirektivet og er heller ikke senere ændret. Det afgørende nye vedrørende handicap, der skete ved implementering af beskæftigelsesdirektivet, er, at der indførtes et dynamisk handicapbegreb baseret på EU-retten og FN's handicapkonvention og at arbejdsgiveren fik tilpasningspligt. Det er en forudsætning for, at en arbejdstager er beskyttet mod handicapdiskrimination, at den pågældende, hvis arbejdsgiveren opfylder sin tilpasningspligt, er egnet, disponibel og kompetent til at udføre de væsentlige funktioner, jobbet kræver.

I Skibby Supermarked-sagen blev en funktionær den 1. september 1995 ansat som salgsassistent i et supermarked, der senere blev overtaget af Skibby Supermarked. Funktionæren fik den 22. maj 2008 stillet diagnosen leddegigt. Sygdommen medførte væsentlige funktionsbegrænsninger, der bl.a. bevirkede, at hun af sin arbejdsgiver blev fritaget for kassefunktionen i september 2008. I juni 2009 blev hun deltidssygemeldt på grund af leddegigten. Den 10. december 2009 blev funktionæren opsagt til fratræden med udgangen af januar måned 2010 under henvisning til funktionærlovens § 5, stk. 2.

I Ring og Werge-sagerne tog EU-domstolen stilling til handicapbegrebet i beskæftigelsesdirektivet og spørgsmålet, om adgang til deltid kunne være en af de tilpasningsforanstaltninger, arbejdsgiveren er forpligtet til at foretage. I Werge-sagen tog EU-domstolen tillige stilling til lovligheden af at anvende funktionærlovens § 5, stk. 2. EU-domstolen fastslog to regler om dette spørgsmål. For det første fastslog den, at beskæftigelsesdirektivet skal fortolkes således, at det er til hinder for en national bestemmelse som funktionærlovens § 5, stk. 2, når sygefraværet er en følge af, at arbejdsgiveren ikke har opfyldt sin tilpasningsforpligtelse. For det andet fastslog EU-domstolen, at beskæftigelsesdirektivet er til hinder for en national bestemmelse som funktionærlovens § 5, stk. 2, medmindre denne bestemmelse forfølger et legitimt mål og ikke går ud over, hvad der er nødvendigt for at nå dette mål. Det tilkommer den nationale domstol at vurdere, om det er tilfældet.

Sø- og Handelsretten afsagde domme i Ring og Werge-sagerne den 31.1.2014,⁹ hvor den antog, at de begge havde et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand og at de havde krav på deltidsansættelse som tilpasningsforanstaltning efter forskelsbehandlingslovens § 2 a.

I Werge-sagen antog Sø- og Handelsretten, at opsigelsen af hende under henvisning til funktionærlovens § 5, stk. 2, var i strid med forskelsbehandlingslovens § 2, stk. 1, jf. § 1, stk. 2. Sø- og Handelsretten tilkendte Werge en godtgørelse på 12 måneders løn. Konkursboet efter arbejdsgiveren (Pro Display) i Werge-sagen ankede til Højesteret. Højesteret fandt,¹⁰ at Werge på opsigelsestidspunktet måtte anses for at have et handicap, men det var efter Højesterets opfattelse

⁹ U 2014.1223 SH (Ring) og Sø- og Handelsrettens sag F-0013-06 (Werge).

¹⁰ U 2015.3301 H.

ikke godtgjort, at arbejdsgiveren på opsigelsestidspunktet vidste eller burde vide, at hendes sygdom havde udviklet sig til et handicap. Der var derfor ikke grundlag for at fastslå, at arbejdsgiveren havde tilsidesat sine tilpasningsforpligtelser efter forskelsbehandlingsloven. Afskedigelsen var derfor ikke ulovlig efter den første af de regler, EU-domstolen havde formuleret. Werges handicaprelaterede fravær kunne følgelig medregnes ved opgørelsen af de 120 sygedage, og Højesteret frifandt arbejdsgiveren (Pro Display).

I Skibby Supermarked-sagen fandt Højesteret – til forskel fra situationen i Werge-sagen – at arbejdsgiveren på opsigelsestidspunktet vidste eller burde vide, at funktionæren havde et handicap. Skibby Supermarked havde derfor efter forskelsbehandlingslovens § 2 a pligt til inden for rimelighedens grænser at tilpasse arbejdspladsen, så den ansatte kunne fungere på den. Denne pligt havde Skibby Supermarked ikke opfyldt. Handicaprelateret sygefravær kunne derfor efter EU-domstolens dom i Werge-sagen ikke medregnes i de 120 dage. Højesteret tilkendte funktionæren en godtgørelse efter forskelsbehandlingslovens § 7 svarende til 9 måneders løn.

Højesteret fortolkede forskelsbehandlingsloven EU-konformt, idet man lagde til grund, at anvendelse af en bestemmelse i en anden lov (i sagen funktionærlovens § 5, stk. 2), som var direktiv-stridig, indebar en overtrædelse af forskelsbehandlingslovens § 2. Skibby Supermarkeds-sagen er afgjort af fem af Højesterets 18 dommere, der var enige.

2.2. Ajos-sagen

Ajos-sagen handler om aldersdiskrimination i ansættelsesforhold. Før implementeringen af beskæftigelsesdirektivet ved ændringen af forskelsbehandlingsloven i december 2004 blev det anset for klart sagligt og lovligt for en dansk arbejdsgiver at bruge alderskriteriet i sin personalepolitik, og det var meget almindeligt, at arbejdsgivere gjorde det og anså det for en fornuftig måde at drive virksomhed på. Implementeringen af EU-retten pr. 28. december 2004 vendte op og ned på retsstillingen i dansk ret fra den ene hovedregel (aldersdiskrimination tilladt og saglig) til den modsatte (aldersdiskrimination forbudt og usaglig).¹¹ Der er dog en vis fleksibilitet i beskæftigelsesdirektivets artikel 2, stk. 2 (b) om indirekte diskrimination og artikel 6. Efter denne kan medlemsstaterne tillade aldersdiskrimination af legitime beskæftigelses-, arbejdsmarkeds- og erhvervsuddannelsespolitiske mål, hvis midlerne til at opfylde det pågældende formål er hensigtsmæssige og nødvendige. Det giver medlemsstaterne frihed til selv at vælge, hvordan de vil se på fx tvangspensionering af ældre medarbejdere. Danmark har i forskelsbehandlingsloven valgt at forbyde aldersdiskrimination i alle beskæftigelsesforhold. Dommere og præster kan dog stadig tvangspensioneres som 70-årige i kraft af bestemmelser i tjenestemandsløven, der må anses for uændrede efter vedtagelsen af forskelsbehandlingsloven.¹²

EU-domstolen underkendte i Ole Andersen-sagen funktionærlovens § 2 a, stk. 3, som stridende mod beskæftigelsesdirektivets diskriminationsforbud. Det må antages, at funktionærlovens § 2 a, stk. 1, der giver funktionærer med høj anciennitet ret til fratrædelsesgodtgørelse, er tilladelig efter beskæftigelsesdirektivets artikel 2, stk. 2 b, og artikel 6, uanset at den er indirekte diskriminerende over for yngre arbejdstagere, der typisk har lavere anciennitet end ældre arbejdstagere.

¹¹ Se nærmere Christian Højer Schiøler: Aldersdiskriminationsforbuddets indtog i arbejds- og ansættelsesretten, Kbh. 2017.

¹² Se om dommere tjenestemandsløvens § 76 og om præster tjenestemandsløvens § 43.

Funktionæren i Ajos-sagen blev efter 25 års ansættelse den 25. maj 2009 afskediget af Ajos og tiltrådte efterfølgende en stilling i en anden virksomhed. Ajos udbetalte under henvisning til den dagældende § 2 a, stk. 3, i funktionærloven ikke fratrædelsesgodtgørelse.

Funktionæren i Ajos-sagen indbragte sagen for domstolene og krævede fratrædelsesgodtgørelse. Sø- og Handelsretten gav ham medhold heri,¹³ fordi EU-domstolen i Ole Andersen-sagen har fastslået, at den tidligere § 2 a, stk. 3, i funktionærloven, som den blev fortolket i fast retspraksis,¹⁴ stred mod beskæftigelsesdirektivet og dermed var i strid med det almindelige EU-retlige princip om forbud mod diskrimination på grund af alder, der er konkretiseret i dette direktiv.

Ajos ankede afgørelsen til Højesteret, der stillede to præjudicielle spørgsmål til EU-domstolen¹⁵ efter artikel 267, stk. 3, TEUF, hvor det første spørgsmål omhandlede, hvorvidt det almindelige EU-retlige princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder indeholder et forbud mod en ordning som den danske, hvorefter arbejdstagere ikke er berettiget til fratrædelsesgodtgørelse, hvis de har ret til en arbejdsgiverbetalt alderspension, og hvor dette gælder, uanset om de vælger at fortsætte på arbejdsmarkedet eller vælger at gå på pension. EU-domstolen besvarede¹⁶ dette spørgsmål bekræftende.

For det andet spurgte Højesteret, om det vil være foreneligt med EU-retten, at danske domstole i en horisontal sag mellem private foretager en afvejning af det EU retlige princip om forbud mod diskrimination pga. alder og den direkte virkning heraf over for retssikkerhedsprincippet og det hermed sammenhængende princip om beskyttelse af den berettigede forventning og efter en sådan afvejning kommer til den konklusion, at princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder må vige for retssikkerhedsprincippet. EU-domstolen fastslog, at det påhviler den nationale domstol, i en tvist mellem private, der er omfattet af anvendelsesområdet for beskæftigelsesdirektivet, at fortolke national ret således, at den kan anvendes i overensstemmelse med direktivet, eller, hvis det er umuligt, om nødvendigt at undlade at anvende enhver bestemmelse i national ret, som er i strid med det almindelige princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder. Denne forpligtelse kan hverken drages i tvivl af retssikkerhedsprincippet eller princippet om beskyttelse af den berettigede forventning.

De ni dommere, der afgjorde Ajos-sagen, valgte at gøre det modsatte af, hvad EU-domstolen havde sagt, de skulle. De afviste at anvende forskelsbehandlingsloven og afviste at fortolke den tidligere § 2 a, stk. 3 i funktionærloven EU-konformt. De delte sig i et flertal på otte og et mindretal på en. Flertallet fandt, at tiltrædelsesloven fra 1972 med senere ændringer fortolket i lys af forarbejderne til ændringen af loven i 1993 i forbindelse med ratifikationen af Maastricht-Traktaten ikke indeholder hjemmel til i en tvist mellem private at lade det uskrevne EU-retlige princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder fortrænge den daværende bestemmelse i funktionærlovens § 2 a, stk. 3.

Funktionærlovens § 2 a, stk. 3 blev ophævet ved en ændring af funktionærloven pr. 1.2.2015, hvorved lovgivningen blev EU-konform.

¹³ Sø- og Handelsrettens dom afsagt den 14. januar 2014 i sag F-19-12, optrykt i Ugeskriftet i U 2017.824 H sammen med Højesterets dom i Ajos-sagen.

¹⁴ Se senest U 2008.1892 H og U 2014.1119 H.

¹⁵ Se Højesterets forelæggelseskendelse H.K. 22. september 2014 i sag 15/2014 (1. afdeling), trykt i U 2015, 3667 H.

¹⁶ Sag C-441/14, Ajos, EU:C:2016:278. Generaladvokatens udtalelse:EU:C:2015:776.

3. Retskildeanvendelse og argumentation i de to sager

De vigtigste retskilder, der er relevante i de to sager, er de samme: beskæftigelsesdirektivet, der konkretiserer det almindelige EU-retlige princip om forbud mod diskrimination/artikel 21 i Chartret om grundlæggende rettigheder, forskelsbehandlingsloven og funktionærloven. I begge sager ligger der en præjudiciel afgørelse fra EU-domstolen som baggrund for den aktuelle sag.

De ni højesteretsdommere, der afgjorde Ajos-sagen, og de fem højesteretsdommere, der afgjorde Skibby Supermarked-sagen, anvender den retsdogmatiske metode meget forskelligt, navnlig forholder de sig helt forskelligt til pligten til EU-konform fortolkning.

3.1. Direktivstridig diskrimination fra en arbejdsgivers side pga. handicap og alder er en overtrædelse af forskelsbehandlingslovens § 2

I Skibby Supermarked-sagen anvendte Højesteret forskelsbehandlingsloven, som man anså for både *lex specialis* og *lex posterior* i forhold til funktionærloven. Højesteret lagde i Skibby Supermarked-sagen til grund, at anvendelse af en bestemmelse i en anden lov end forskelsbehandlingsloven (i sagen funktionærlovens § 5, stk. 2) på en måde, som er direktivstridig, indebærer en overtrædelse af forskelsbehandlingslovens § 2. Det er samme logik, som Vestre Landsret anvendte i sin dom i Ole Andersen-sagen.¹⁷

Det er en vigtig fortolkningsmodel, Højesteret og Vestre Landsret her anviser, og efter vores opfattelse den bedste måde at løse konflikter af den type, der forelå i Skibby Supermarked- og Ajos-sagerne, på. Den giver forskelsbehandlingsloven den centrale rolle vedrørende diskrimination af de i loven nævnte grunde, bl.a. alder og handicap, den er tiltænkt fra lovgivers side, og som den har i domspraksis om diskrimination pga. handicap og alder bortset fra sager om den tidligere § 2 a, stk. 3 i funktionærloven. Hvis Højesteret i Ajos-sagen havde fulgt i Vestre Landsrets fodspor, ville afgørelsen være blevet rigtig, men det gjorde Højesteret ikke.

Vestre Landsrets fortolkningsmodel slog ikke igennem i senere domspraksis om den dagældede § 2 a, stk. 3 i funktionærloven. Østre Landsret antog i One2one-sagen,¹⁸ der handlede om en privat arbejdsgiver, at reglen i funktionærlovens § 2a, stk. 3 ikke kunne anvendes, idet det følger af EU-domstolens dom i Mangold-sagen,¹⁹ at der gælder et generelt EU-retligt princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder, som kan påberåbes direkte i forhold til en privat arbejdsgiver. I Højesterets dom af 17. januar 2014²⁰ om fratrædelsesgodtgørelse efter den tidligere § 2a, stk. 3, i funktionærloven fra offentlige arbejdsgivere blev det under henvisning til forarbejderne til forskelsbehandlingsloven antaget, at funktionærlovens § 2a, stk. 3, ikke var ændret ved forskelsbehandlingsloven, se herom nedenfor om EU-konform fortolkning. Beskæftigelsesdirektivet blev anvendt direkte over for offentlige arbejdsgivere med forrang for funktionærloven.

Dommerne i Ajos-sagen anså forskelsbehandlingsloven for uanvendelig under henvisning til forarbejderne til ændringen af forskelsbehandlingsloven i 2004, hvorefter funktionærlovens § 2 a

¹⁷ U 2012.341 V.

¹⁸ U 2012.2247 Ø.

¹⁹ Sag C-144/04, Mangold, EU:C:2005:709.

²⁰ U 2014.1119 H.

ikke blev ændret. Bemærkningen i forarbejderne angår efter sin begrundelse alene § 2 a, stk. 1, og ikke § 2 a, stk. 3. Under alle omstændigheder kan man ikke bruge henvisning til forarbejder til at skabe en *contra legem* situation, se straks nedenfor om EU-konform fortolkning og Björnekulladommen.

3.2. EU-konform fortolkning

3.2.1. Hjemmel og hovedindhold

Pligten for nationale domstole til EU-konform fortolkning af national ret følger ifølge EU-domstolens praksis af artikel 4, stk. 3, TEU om pligt til loyalt samarbejde, og artikel 288, stk. 3, TEUF, hvorefter direktiver er forpligtende for medlemsstaterne mht. målsætningen. I den EU-retlige litteratur ses art. 4, stk. 3, TEU som regel som en meget vigtig bestemmelse med nær forbindelse til princippet *pacta sunt servanda*, der er *jus cogens* i folkeretten.²¹ Der skal fortolkes EU-konformt i forhold til alle bindende EU-regler. I Ajos-sagen er det således ikke kun direktivkonform fortolkning af funktionærloven og forskelsbehandlingsloven, der er relevant, men også traktatkonform fortolkning af tiltrædelsesloven. Dommerne i Ajos-sagen nævner kun direktivkonform fortolkning og undlader traktatkonform fortolkning af tiltrædelsesloven, uden at gøre opmærksom på, at det følger af art. 4, stk. 3 TEU, at der er pligt til traktatkonform fortolkning af tiltrædelsesloven, medmindre det ville være *contra legem*.

Pligten til EU-konform fortolkning er et overordnet fortolkningsprincip. Det går ud på, at medlemsstaterne på EU-regulerede områder skal fortolke deres nationale retskilder i overensstemmelse med EU-retten, hvis det er muligt. Det er muligt, hvis man ved at anvende en hvilken som helst af de fortolkningsmetoder, der er anerkendt i national ret, kan nå frem til et EU-konformt resultat. Hvis ordlydsfortolkning er anerkendt i national ret, hvad det er i Danmark, og hvis det er muligt at fortolke ordlyden af en national lovbestemmelse i overensstemmelse med EU-retten, er der pligt til at gøre det. Der er ikke pligt til at fortolke national ret *contra legem*.

3.2.2. Kompetencefordelingen mellem EU-domstolen og de danske domstole efter art. 267 TEUF

I den judicielle dialog, der foregår mellem EU-domstolen og de nationale domstole, når disse stiller præjudicielle spørgsmål, er kompetencen fordelt sådan, at EU-domstolen fortolker den generelle regel, der følger af EU-retten, mens den nationale domstol er kompetent til at subsumere det konkrete tilfælde under den generelle regel. Anvendt på EU-konform og den grænse for pligt til EU-konform fortolkning, der følger af, at der ikke er pligt til EU-konform fortolkning *contra legem*, betyder det, at det er EU-domstolen, der har kompetence til at bestemme efter, hvilke kriterier, det afgøres, om der foreligger en *contra legem* situation, fx om der kan lægges vægt på forarbejder og fast domspraksis, mens det er de danske domstole, der afgør, om ordlyden af den tidligere bestemmelse i § 2 a, stk. 3 i funktionærloven kan fortolkes i overensstemmelse med EU-domstolens fortolkning af beskæftigelsesdirektivet i Ole Andersen-sagen.

²¹ Se Temple Lang, John: *Developments, Issues, and New Remedies – The Duties of National Authorities and Courts under Article 10 of the EC Treaty*, Fordham International Law Journal 2003 p. 1904 og Klamert, Marcus: *The Principle of Loyalty in EU Law*, Oxford 2014.

I forhold til EU-retten har danske domstole det sidste ord i spørgsmålet om EU-konform fortolkning af national ret er mulig efter de retskilder, det er foreneligt med EU-retten at lægge vægt på.²²

Hvis EU-konform fortolkning ikke er mulig, skal de nationale domstole anvende EU-retten (i Ajos-sagen enten beskæftigelsesdirektivet eller det almindelige princip om forbud mod diskrimination) direkte med forrang for dansk ret.²³ Det gjorde Østre Landsret og Højesteret i de foran nævnte domme og Sø- og Handelsretten i Ajos-sagen, men ikke de otte højesteretsdommere, der udgjorde flertallet i Ajos-sagen.

3.2.3. *Contra legem*

Der er efter EU-domstolens praksis ikke pligt til EU-konform fortolkning *contra legem*. Hvis der er modstrid mellem ordlyden af en dansk lovregel og en EU-regel, er der derfor ikke pligt til EU-konform fortolkning. Hvis ordlyden af den danske lov kan fortolkes i overensstemmelse med EU-reglen, er der som nævnt pligt til at gøre det, da ordlydsfortolkning er en anerkendt fortolkningsmetode i dansk ret. Det følger af EU-domstolens praksis, at man ikke kan undlade EU-konform fortolkning under henvisning til fast retspraksis, se EU-domstolens dom i Ajos-sagen, eller forarbejder, se Björnekulla-sagen.²⁴ De dommere, der afgjorde Ajos-sagen, gjorde netop det, EU-domstolen har fastslået, at man ikke kan efter EU-reglen. De lagde afgørende vægt på fast domspraksis og forarbejder.

3.2.4. *Fast retspraksis*

Højesteret diskuterede i Ajos-sagen EU-konform fortolkning af funktionærloven indgående, men afviste, at der var pligt til EU-konform fortolkning, fordi det efter Højesterets opfattelse ville være *contra legem* i forhold til funktionærloven. Det støttede man navnlig på, at det direktivstridige indhold i den tidligere § 2 a, stk. 3 i funktionærloven var i overensstemmelse med fast retspraksis.²⁵ Man henviste også til, at der i forskelsbehandlingslovens forarbejder var støtte for, at den daværende § 2 a, stk. 3 ikke var ændret ved forskelsbehandlingsloven.

I EU-domstolens dom i Ajos-sagen udtalte den, at den forelæggende ret, dvs. Højesteret ikke med rette kan antage, at det er umuligt for den at fortolke den omhandlede nationale bestemmelse i overensstemmelse med EU-retten, 'alene som følge af den omstændighed, at den stedse har fortolket denne bestemmelse i en retning, som ikke er forenelig med EU-retten'.

²² Jens Kristiansen antager i Grænser for EU-rettens umiddelbare anvendelighed i dansk ret – Om Højesterets dom i Ajos-sagen, U 2017 B 75 at EU-Domstolen ikke kan bestemme, hvilke retskilder danske domstole kan og ikke kan lægge vægt på'. Det er forkert. Efter Danmarks medlemskab af EU kan Højesteret ikke frit vælge efter hvilke retskilder det skal afgøres, om dansk ret er EU-konform. Der er heller ikke frit valg på nationalt plan med hensyn til, hvilke retskilder man vil bruge til at implementere direktiver. Se nærmere Christina D. Tvarnø og Ruth Nielsen: Retskilder og Retsteorier, Kbh. 2017 kap. 2.

²³ Det følger af EU-domstolens praksis i Mangold-, Küçükdeveci- (C-555/07, EU:C:2010:21) og Ajos-sagerne.

²⁴ Sag C-371/02, Björnekulla, EU:C:2004:275.

²⁵ Højesterets praksis før Ole Andersen sagen omfatter følgende sager: U 1973.898 H, U1989.123 H, U 1989.126 H, U 1991.314/1 H, U 1991.314/2 H, U 1991.317 H og U 2008.892 H. I U 2014.1119 H sammenfatter Højesteret sin praksis.

3.2.5. Forarbejder

Dommerne i Ajos-sagen fastholdt, at der forelå en *contra legem* situation. Til støtte herfor kan anføres, at Højesteret ikke alene støttede sig på fast retspraksis, men også på at den tidligere § 2 a, stk. 3, ikke var ændret, da beskæftigelsesdirektivet blev implementeret i forskelsbehandlingsloven. Denne opfattelse støttede man på forarbejderne til forskelsbehandlingsloven, Det siges i dommen:

Højesteret bemærker i tilknytning hertil, at der ikke er grundlag for at anvende forskelsbehandlingslovens § 1 med forrang for funktionærlovens § 2 a, stk. 3, og på den måde opnå en direktivkonform fortolkning. Højesteret lægger herved vægt på, at lovgivningsmagten ved gennemførelsen af beskæftigelsesdirektivets regler om aldersdiskrimination ved lov nr. 1417 af 22. december 2004 har lagt til grund, at direktivets regler ikke medførte behov for ændringer af funktionærlovens § 2 a, jf. pkt. 5.2 i bemærkningerne til lovforslaget (Folketingstidende 2004-05, 1. samling, tillæg A, L 92, s. 2701). Herved adskiller situationen sig fra den situation, der forelå til pådømmelse ved Højesterets dom af 11. august 2015 (UfR 2015.3827), om forholdet mellem 120-dages reglen i funktionærlovens § 5, stk. 2, og forskelsbehandlingslovens § 2 a om handicappede personers adgang til beskæftigelse. (sidstnævnte dom er Skibby Supermarked-sagen).

I de almindelige bemærkninger til forslaget til ændringen af forskelsbehandlingsloven i december 2004²⁶ siges det:

”5.2 Funktionærlovens aldersgrænser

Funktionærlovens § 2a om ret til fratrædelsesgodtgørelse

Efter funktionærlovens § 2a har en funktionær, der har været uafbrudt beskæftiget i samme virksomhed i 12, 15 eller 18 år, ret til fratrædelsesgodtgørelse svarende til henholdsvis 1, 2 eller 3 måneders løn, hvis funktionæren opsiges af arbejdsgiveren. Det overordnede formål med bestemmelsen er at yde en godtgørelse til funktionærer efter længere tids ansættelse »for at mildne overgangen til anden beskæftigelse for ældre funktionærer« (jf. FT 70/71, tillæg A, spalte 1334). Bestemmelsen finder alene anvendelse, når funktionæren opsiges af arbejdsgiveren. Bestemmelsen gælder også ved uberettiget bortvisning, jf. § 2a, stk. 4. Bestemmelsen indeholder dermed et beskyttelsesformål i forhold til ældres muligheder for at få ny beskæftigelse... i form af løn i længere tid. Bestemmelsen er et eksempel på indirekte forskelsbehandling af yngre funktionærer, og vil derfor skulle vurderes ud fra direktivets artikel 2, stk. 2, litra b. *Herefter kan en indirekte forskelsbehandling tillades, hvis den pågældende bestemmelse (her retten til fratrædelsesgodtgørelse betinget af anciennitet) er objektivt begrundet i et legitimt formål, og midlerne til at opfylde det er hensigtsmæssige og nødvendige. Da formålet med funktionærlovens § 2a er at beskytte ældre funktionærer og lette deres overgang til anden beskæftigelse, vil bestemmelsen kunne opretholdes som saglig indirekte forskelsbehandling, jf. kravene i direktivets artikel 2, stk. 2, litra b. Der foreslås derfor ingen ændringer til funktionærlovens § 2a.*” (vor kursivering)

Henvisningen til forarbejdernes punkt 5.2 giver efter vores vurdering ikke grundlag for at undlade at anvende forskelsbehandlingsloven. Forarbejdernes punkt 5.2 omhandler den indirekte diskrimination, funktionærlovens § 2 a's anvendelse af anciennitetsprincippet medfører i forhold til yngre funktionærer, der ikke får samme fratrædelsesgodtgørelse ved afskedigelse som tilfældet er for funktionærer med højere anciennitet, der typisk er ældre.

Det fremgår ikke af forarbejderne, at lovgivningsmagten har taget stilling til undtagelsen fra funktionærlovens § 2a, stk. 1 i funktionærlovens daværende § 2a, stk. 3, der er den bestemmelse, der er relevant i Ajos-sagen. Forarbejderne omhandler alene indirekte diskrimination af yngre

²⁶ Lovforslag L 92 som fremsat den 11. november 2004 Folketingstidende Tillæg A 2686.

funktionærer ved anvendelse af anciennitetsprincippet og støtter således ikke afgørelsen om at der ikke er grundlag for at anvende forskelsbehandlingsloven i Ajos-sagen. Funktionærlovens § 2 a, stk. 1 gælder stadig. Det, der skete ved lovændringen i 2015 var, at stk. 3 blev ophævet. Lovgiver så således forskellen på de to stykker, mens de dommere, der afgjorde Ajos-sagen, overså den.

Selv hvis det havde været rigtigt, at det fremgik af forarbejderne, at bestemmelsen i funktionærlovens § 2 a, stk. 3, ikke var ændret, følger det af Björnekulla-dommen, at man ikke kan skabe en *contra legem* situation ved henvisning til forarbejder. Højesteret nævnte ikke Björnekulla-sagen i Ajos-dommen.

3.2.6. *Skibby Supermarked-sagen*

I Skibby-supermarkedssagen udtalte Højesteret som nævnt foran, at EU-domstolen i Ring og Werge-sagerne har fastslået, at det ikke er foreneligt med beskæftigelsesdirektivet at bringe 120-dages reglen i anvendelse, når sygefraværet er en følge af, at arbejdsgiveren har undladt at træffe hensigtsmæssige tilpasningsforanstaltninger. Forskelsbehandlingsloven har som nævnt gennemført beskæftigelsesdirektivet i dansk ret og må fortolkes i overensstemmelse hermed. Her accepterede Højesteret således uden videre princippet om EU-konform fortolkning.

3.3. Forholdet til tidligere højesteretspraksis om relationen mellem dansk ret og EU-ret

I Ajos-dommen udtaler Højesteret eksplicit under henvisning til forskelsbehandlingslovens forarbejder, at Ajos-sagen adskiller sig fra Skibby-Supermarked-sagen.²⁷ Højesteret nævner ikke i øvrigt, hvordan den eller andre domsole plejer at forholde sig til relationen mellem dansk ret og EU-ret. Efter beskæftigelsesdirektivet blev implementeret i forskelsbehandlingsloven i december 2004 har Højesteret afgjort flere sager om handicap- og aldersdiskrimination, hvor den har taget stilling både til dansk ret og EU-ret.²⁸ I disse sager har den fulgt en pragmatisk og forsigtig linje og landet på et EU-konformt resultat. Ajos-dommen er opsigtsvækkende ved at Højesteret vælger en EU-konfrontatorisk linje, hvilket er det modsatte af, hvad den plejer at gøre.²⁹

3.4. Overladelse af beføjelser til EU og virkningen af EU-ret, når beføjelserne er overladt.

Monisme og dualisme

Udtrykkene monisme og dualisme er teoretiske begreber, der blev udviklet i den stats- og folkeretlig litteratur i slutningen af det 19. og begyndelsen af det 20. århundrede.³⁰ De anvendes ofte i en vag betydning, der varierer fra forfatter til forfatter. Udtrykt i generelle vendinger refererer dualisme til ideen om, at national ret og folkeretten er selvstændige juridiske ordner. En traktat skal

²⁷ Se citatet foran i afsnit 3.2.5.

²⁸ Se U.2016.2463 H, U.2016.2530 H, U.2016.749 H,, U.2015.3301 H, U.2015.1303 H.,U.2015.16 H, U.2015.3827 H, U.2014.3667 H, U.2014.1119, U.2014.470 H, U.2013.2575 H, U.2013.3098 H, U.2013.3130, U2012.2033 H., U.2010.2125 H.

²⁹ Sml. Ulla Neergaard og Karsten Engsig Sørensen, der skriver, at Højesteret 'had, until 6 December 2016, followed a pragmatic and careful approach towards the CJEU and EU law. This has now changed dramatically, as on that date it surprisingly chose to disobey the CJEU, thus undermining a cornerstone of the EU *acquis* by failing to apply the principle of the supremacy of EU law. As the SCDK [Højesteret] thereby fails to act consistently with the principle of mutual trust this was a startling outcome.' Ulla Neergaard and Karsten Engsig Sørensen: *Activist Infighting among Courts and Breakdown of Mutual Trust? The Danish Supreme Court, the CJEU, and the Ajos Case*, *Yearbook of European Law*, (2017) p. 1.

³⁰ Se herom Christina D. Tvarnø & Ruth Nielsen: *Retskilder og Retsteorier*, 5. reviderede udgave, kap. 2, Kbh. 2017.

inkorporeres i national ret, typisk ved national lov, for at blive en del af national ret. Danmark var før EF/EU-medlemskabet klart et dualistisk land. Højesteret fastholder i Ajos-dommen den dualistiske tradition.

I modsætning hertil refererer monisme til den opfattelse, at national og international ret begge er komponenter af et og samme retssystem. EU-retten bygger på en overvejende monistisk synsvinkel. Efter denne beror gældende dansk ret på EU-regulerede områder, hvor Danmark ved at tiltræde TEU eller TEUF har overdraget reguleringskompetencen til EU, på en integreret anvendelse af danske og EU-retlige retskilder, dvs. retten i Danmark er baseret både på danske retskilder og på EU retlige retskilder og i nogle tilfælde også folkeretlige retskilder. I forhold til Skibby Supermarked-sagen er FN's handicapkonvention relevant.

I Ajos-sagen diskuterede Højesteret indgående direkte anvendelse af det EU-retlige princip om forbud mod aldersdiskrimination. Flertallet antog ud fra en fortolkning af den danske tiltrædelseslov til EF/EU i lyset af forarbejderne til denne, at Danmark ikke havde inkorporeret EU's grundrettigheder, dvs. art. 6 TEU, og anlagde en stærkt dualistisk synsvinkel og lod dansk ret gå forud for EU-ret, hvilket er i strid med EU-retten. Man undlod EU-konform fortolkning af tiltrædelsesloven og forbigik i tavshed EU-domstolens dom i Björnekulla-sagen, hvor EU-domstolen som nævnt fastslog, at nationale forarbejder ikke kan begrunde, at en fortolkning er *contra legem*.

Den tilgang til forholdet mellem EU-ret og dansk ret, Højesteret valgte i Skibby Supermarked-sagen, er mere forenelig med en monistisk forståelse af forholdet mellem dansk ret, EU-ret og folkeret.

3.5. Sammenfattende vurdering. Retssikkerhedshensyn

Skibby Supermarked-dommen er EU-konform og traditionel, dvs, på linje med den måde, Højesteret har forholdt sig til EU-ret på den sidste halve snes år. Ajos-sagen overtræder pligten til EU-konform fortolkning både i forhold til funktionærloven og tiltrædelsesloven og afviser at anvende det almindelige EU-retlige princip om forbud mod aldersdiskrimination i overensstemmelse med EU-domstolens praksis i Mangold-, Küçükdeveci- og Ajos-sagerne. Denne afvisning støttes på forarbejderne til tiltrædelsesloven, som man hermed undlader at fortolke traktatkonformt.

Retssikkerhed (forudberegnelighed) er en positiv værdi både i EU-retten og national ret. Det gode ved, at danske domstole fortolker EU-konformt, er vel netop, at det giver stor retssikkerhed (forudberegnelig).

Højesterets forhold til retssikkerhed er tvetydigt i Ajos-sagen. På den ene side taler man positivt om retssikkerhedshensyn, navnlig i forelæggelseskendelsen med begrundelse for de præjudicielle spørgsmål til EU-domstolen, men samtidig skaber man retsusikkerhed (manglende forudberegnelighed) ved at handle strid med EU-domstolens anvisninger.

4. Forandring og fornyelse i retskildelæren og retsteorien

4.1. Retsteoriens forandring og fornyelse

Alf Ross' realistiske retsteori forudsætter i sit gældebegreb: $P = (D)$ er gældende dansk ret, at (P) er et udsagn om, hvad der er gældende dansk ret. Det skal forstås som refererende til hypotetiske fremtidige domsafgørelser. Ross konkluderer, at P anses for sand, dersom der er en god grund til at antage, at denne forudsigtelse vil gå i opfyldelse. Ross anlagde et dualistisk perspektiv på forholdet mellem dansk ret og retskilder af international herkomst. En højesteretsdom kunne ifølge Ross godt være forkert og dermed i strid med gældende ret. Dette krævede, at det *“alt taget i betragtning, også dommen selv og den kritik den måtte fremkalde – må antages som overvejende sandsynligt, at domstolene i fremtiden ikke vil følge den foreliggende afgørelse.”*³¹ Ross antager, at en afvisning af en dom som gældende ret ofte kan foretages af kyndige jurister med stor sikkerhed.

En nyere variant af retspositivismen, europæisk realistisk retspositivisme,³² formulerer en syntese af retspositivismen (Kelsen og Tuori) og Ross' realistiske retsteori. Her anskues retten ud fra en monistisk synsvinkel, hvor danske retskilder, EU-retlige retskilder og folkeretlige retskilder ses som ét stort, integreret retssystem, og hvor principperne om EU-rettens direkte virkning, forrang og pligt til EU-konform fortolkning af national ret er indbygget i gældekriteriet. En regel er udtryk for gældende ret, hvis det må forventes, at den vil blive accepteret i praksis, som omfatter såvel judiciel praksis som lovgivningspraksis og forskningspraksis, hvilket forudsætter at den er metodisk korrekt. Prognosen om, hvorvidt en dom kan anses som gældende ret, er således afhængig af konsensus mellem lovgiver, dommere og forskere. En dom anses således ikke som gældende ret, hvis der ikke er en høj grad af konsensus i mellem de juridisk kompetente aktører om, at den er korrekt.

4.2. Retskildelærens forandring og fornyelse

EU-domstolen har i flere af de i denne artikel nævnte sager skubbet den dualistiske teori til side i forhold til et mere monistisk perspektiv på forholdet mellem EU-ret, folkeret og national ret. Allerede med Costa/Enel-sagen³³ afviste EU-domstolen den dualistiske teori i forholdet mellem EU-retten og national ret. I Ring & Werge-sagerne konkluderede EU-domstolen, at FN's handicapkonvention udgør en integreret del af EU-retten, og at internationale aftaler ifølge artikel 216(2) TEUF dels er bindende for EU-institutionerne, og dels – forudsat at de respekterer EU's grundrettigheder - har forrang for EU-retsakter, hvilket betyder, at den afledte EU-ret skal fortolkes konformt med internationale konventioner, som er indgået af EU. Beskæftigelsesdirektivet skal således fortolkes i overensstemmelse med FN's handicapkonvention, hvilket det blev i Ring og Werge-sagerne, som Højesteret fulgte i Skibby Supermarked-sagen.

Ifølge artikel 4(3) TEU's loyalitetsprincip sammenholdt med artikel 267 TEUF kan eller skal den nationale domstol, hvis der er fortolkningstvivel om EU-rettens virkning, stille et præjudicielt spørgsmål til EU-domstolen, jf. artikel 267 TEUF. Hermed fungerer EU-domstolen i vidt omfang

³¹ Alf Ross: Ret og Retfærdighed, Kbh. 1953 p. 64.

³² Se nærmere Christina D. Tvarnø & Ruth Nielsen, Retskilder og Retsteorier, 5. reviderede udgave, Kbh. 2017, kapitel 12.

³³ Sag 6/64 Costa mod ENE, EU:C:1964:66.

som forfatningsdomstol i et monistisk "one big system" mellem national ret, EU-ret og folkeret. Dette accepterede den tyske arbejdsretsdomstol (Bundesarbeitsgericht) efter EU-domstolens afgørelse i Mangold-sagen. Den tyske arbejdsretsdomstol anså, i den efterfølgende tyske Honeywell-sag, EU-domstolens afgørelse for metodisk korrekt og anerkendte EU-domstolens ret til at fortolke primærretten, som den gjorde i Mangold-sagen.³⁴

Den juridiske metode og retskildelæren er grundet samspillet mellem national ret, EU-ret og folkeret under forandring. Hvad der tidligere blev anset for bindende retskilder, fx fast højesteretspraksis og forarbejder, har ikke længere samme vægt som tidligere. EU-domstolen konkluderede i Björnekulla-sagen, at et direktiv har en stærkere retskildestatus end nationale forarbejder, og i Ajos-sagen konkluderede EU-domstolen, at fast praksis ikke kan begrunde, at der foreligger en *contra legem* situation. EU-domstolens praksis forandrer således national retskildelære, hvorved tidligere nationalt anerkendte retskilder må vige for stærkere EU- og folkeretlige kilder.

4.3. Hvilken af dommene er et udtryk for gældende ret?

Der er ingen tvivl om, at begge domme er retskraftige afgørelser, der kan fuldbyrdes over for de konkrete parter i sagerne. Det, vi diskuterer her, er om de regler, dommene formulerer, fx i Skibby-sagen det princip, at direktivstridig handicapdiskrimination er en overtrædelse af forskelsbehandlingslovens § 2, eller i Ajos, at Chartret ikke er inkorporeret i dansk ret, kan anses for gældende ret.³⁵

I Ajos-sagen undlod Højesteret at anvende forskelsbehandlingsloven med en forkert henvisning til forarbejderne til forskelsbehandlingsloven. Dommerne i Ajos-sagen overtrådte Björnekulla-sagen uden at nævne den og tillagde dermed fejlagtigt forarbejderne både til forskelsbehandlingsloven og til tiltrædelsesloven højere vægt end princippet om pligt til EU-konform fortolkning. Dette illustrerer, at dommerne i Ajos-sagen, navnlig flertallet hælder til den dualistiske og dermed ældre opfattelse af forholdet mellem dansk ret og EU-ret. De anvendte således ikke en aktuell metode og retskildelære for at nå frem til afgørelsen i Ajos-sagen, hvorfor afgørelsen ikke kan anses som gyldig (gældende) ret.

I Skibby-sagen anvendte Højesteret forskelsbehandlingsloven, hvorved Højesteret afgjorde sagen i fuld overensstemmelse med EU-retten og dømte Skibby Supermarked til at betale godtgørelse. Højesteret anvendte således en tidssvarende juridisk metode og retskildelære i Skibby-sagen. Samtidig er der konsensus mellem domstole, lovgivere og juridiske forskere i forhold til resultatet af afgørelsen, hvorfor Skibby-sagen må anses som udtryk for gyldig (gældende) ret.

Dommerne i Ajos-sagen kunne have anvendt forskelsbehandlingsloven og dermed fulgt sin egen praksis i Skibby Supermarked-sagen, hvorved Ajos-sagen ville have resulteret i det modsatte og rigtige resultat.

³⁴ 'Methodisch vertretbar und hält sich daher im Rahmen der dem Europäischen Gerichtshof bei der Auslegung des Primärrechts eröffneten Rechtserkenntnismöglichkeiten', se dom af 26.4.2006, 7 AZR 500/04. Se også Ruth Nielsen, *New European Legal Realism- New problems, New Solutions?*, i Ulla Neergaard & Ruth Nielsen (red.) *European Legal Method*, 2013, s. 112-113.

³⁵ Se Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø: *PRÆJUDIKAT ELLER IKKE PRÆJUDIKAT - Chartrets retsvirkning i dansk ret efter EU-domstolens og Højesterets afgørelser i Ajos-sagen*, TfR 2017 nr. 2-3.

5. Afsluttende bemærkninger

Vi anser Ajos-dommen for at være en enlig svale. Den er det i forhold til fortiden, idet den er markant anderledes end tidligere domme om forholdet mellem dansk ret og EU-ret på diskriminationsområdet.

Vi tror heller ikke, at den udstikker retningen for fremtiden. Ajos-sagen er afgjort metodisk forkert – man anvender navnlig reglerne om EU-konform fortolkning forkert og bygger ikke på de rigtige retskilder, idet man tillægger højesteretspraksis og lovforarbejder langt større vægt end de har på det nuværende udviklingstrin af integrationen mellem dansk ret og EU-ret. National retskildelære og retsteori er under udvikling, og EU-domstolens afgørelser giver et tydeligt signal om, at fremtidens retskildelære og juridiske metode vil være mere monistisk end dualistisk og mere forpligtede til international- og EU-konform fortolkning fremfor anvendelse af nationale lovforarbejder og fast domspraksis.

Som det fremgår af denne artikel, anser vi, ud fra forandringen og fornyelsen i såvel retsteori som retskildelæren, Skibby Supermarked-dommen som gældende ret, da denne sag er afgjort metodisk korrekt. Højesteret anvender de rigtige retskilder, og der er konsensus mellem lovgivningspraksis, judiciel praksis og forskningspraksis i opfattelsen af dommen. De fleste højesteretsdommere rekrutteres fra landsretterne. Alle diskriminationsdomme, der hidtil er afsagt af landsretterne og Sø- og Handelsretten, er – ligesom Højesterets hidtidige praksis - EU-konforme, hvilket bidrager til, at den realistiske prognose er, at fremtidige konflikter mellem dansk ret og EU-ret vil blive afgjort EU-konformt, hvilket også stemmer bedst med retssikkerhedshensyn.