KANDIDATSPECIALE

Forskelsbehandlingslovens beskyttede personkreds og implementering af Rådets direktiv 2000/78/EF

The protected people of the Danish Discrimination Act and the implementation of the Council Directive 2000/78/EF

Frederik Bundgaard Jørgensen – 20183167
Martin Dalsgaard Rasmussen – 20183181
Sofie Schytz – 20183151

Vejleder: Bjørn Holtze

Foråret 2023

Abstract

This thesis concerns whether or not business managers are protected by the Danish Discrimination Act, and the question regarding whether Denmark has adopted the necessary measures to implement Council Directive 2000/78 of 27 November 2000 on establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation.

Firstly, the thesis examines what defines an employee or "wage-earner" and a business manager and the differences between these terms and the differences of the terms in the Danish national law and the EU Community Law. Afterwards there will be an examination of the general principles enshrined in EU-law that governs how member states shall implement and apply EU legislation in their national law.

Thereafter, the Danish Discrimination Act and the Council Directive 2000/78 will be examined along with the preliminary work of the Danish law. This is done to understand the intentions of the legislature and the purpose of the provisions. Such an analysis is necessary because the Danish Discrimination Act only uses the word "wage-earner" and not employee or "all levels of the professional hierarchy" as used by the Council Directive. The analysis deduces that the Danish Act is ambiguous with regards to whether or not the protection only applies to "wage-earners" or "all levels of the professional hierarchy", which is the scope of the Council Directive. The Directive's purpose, the eradication of discrimination in employment and occupation, forces not only a wide scope but also a wide interpretation of its provisions.

There are similarities between the terms "employee" and "wage-earner", hence why the thesis examines whether business managers can be considered to be an employee in EU-law. In this regard the relatively new verdict from the European Court of Justice, C-587/20, will be analyzed. The case concerned whether or not it was legal to prohibit a union president to run for reelection on the grounds that she was over 60 years of age. The ECJ stated that the scope of the Council Directive was not to be limited to "employees" because that was not the purpose of the Directive. The Directive is a specific expression of the general prohibition of non-discrimination as stated in Article 21 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union. Therefore, the Directive applied to the case regarding the union president and the age-limit for election.

To determine whether business managers are protected by the Danish Discrimination Act there will be a discussion of whether or not the Danish term "wage-earner" should be interpreted in accordance with the EU-term "employee". Following this, the opinions of different authors and legal literature will be discussed, and their arguments will be held against each other. Overall, the thesis concludes that the guiding principles and rules of interpretation in Danish law, the Charter's usability in Danish law, Denmark's obligations to the EU, and protective considerations of the Directive must result in business managers being protected by the Danish Discrimination Act even though the law only uses the term "wage-earner".

However, this wide interpretation is not enough for a correct implementation of Council Directive 2000/78. The scope of the Directive is "all levels of the professional hierarchy", and other forms of employment might not be encompassed by the terms "employee" or "wage-earner". The principles of legal certainty require an unequivocal language that is able to give the concerned people a clear and precise understanding of their rights and obligations. If it's necessary to interpret the Danish Act instead of relying on its wording, then there isn't an unequivocal language and the people, who should be protected by the Directive and therefore by the Act, cannot obtain a clear and precise understanding of their rights. Therefore, the thesis concludes that Denmark is in breach of its treaty obligations to adopt the measures necessary to correctly implement the Council Directive 2000/78 of 27 November 2000.

Indholdsfortegnelse

Abstract 1
1. Indledning 5
2. Problemformulering 7
3. Afgrænsning 7
4. Metode 9
5. Ansættelsesretlige begreber 11
5.1. Lønmodtager 11
5.2. Arbejdstager 12
5.3. Direktør 13
5.4. Forskelsbehandling 15
5.4.1. Direkte forskelsbehandling 16
5.4.2. Indirekte forskelsbehandling 16
5.4.3. Hvornår foreligger der forskelsbehandling? 17
6. EU-retlige principper 21
6.1. Primærregulering 21
6.2. Sekundærregulering 22
6.3. EU-konform fortolkning 22
6.3.1. Art. 288 TEUF 23
6.3.2. Art. 4, stk. 3 TEU 24
6.4. EU-rettens forrang 25
6.5. Direkte virkning 25
6.5.1. C-144/04 – Mangold 26
6.5.2. C-555/07 – Kücükdeveci 28
6.5.3. C-441/14 – Ajos 29
6.5.4. Opsamling 32
6.6. Implementering af EU-regulering 32
6.6.1. C-478/99 – Kommissionen mod Sverige 33
6.6.2. C-143/83 – Kommissionen mod Danmark 35
6.6.3. Opsamling 37
7. Ligebehandlingsnævnet, klageadgang og sanktioner 37
8. Forskelsbehandlingsloven og dens udvikling 39
8.1. Forskelsbehandlingsloven af 1996 39
8.2. Forbuddet mod aldersdiskrimination 40
9. Rådets direktiv 2000/78/EF 42

9.1. Formålet 43
9.2. Anvendelsesområdet 43
9.3. Fortolkning 44
10. Relationen mellem det EU-retlige arbejdstagerbegreb og direktører 46
10.1. U 1993.11 H 46
10.2. C-232/09 – Dita Danosa 48
10.3. C-229/14 – Balkaya 53
10.4. Opsamling 57
11. C-587/20 – Ligebehandlingsnævnet mod HK/Danmark 58
11.1. Ligebehandlingsnævnets afgørelse af 22. juni 2016 59
11.1.1. Ligebehandlingsnævnets begrundelse og konklusion 61
11.2. EU-Domstolens afgørelse 63
11.2.1. Art. 3, stk. 1, litra a 64
11.2.2. Art. 3, stk. 1, litra d 67
11.3. Opsamling 67
12. Præsentation af argumenter fremsat i den juridiske litteratur 69
12.1. Lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet 69
12.2. Grundlæggende arbejdsret 71
12.3. Dansk arbejdsret og EU-arbejdsret 72
12.4. Lov om forbud mod forskelsbehandling 73
12.5. Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet - forskelsbehandlingsloven 73
12.6. Ligestillingslovene 76
12.7. Direktørkontrakten 76
13. Er direktører omfattet af forskelsbehandlingsloven § 2, stk. 1? 79
13.1. Fortolkning og formodning 81
13.2. Chartrets anvendelighed 86
13.3. Danmarks EU-retlige forpligtelser 94
13.4. Beskæftigelsesdirektivets beskyttelseshensyn 98
13.5. Andre direktivbaserede lønmodtagerbeskyttelseslove og deres formål 99
13.6. Opsamling 102
14. Befinder Danmark sig i en traktatbrudssituation? 103
15. Konklusion 106
Litteraturliste 109

1. Indledning

Debatter om forskelsbehandling af blandt andet køn, race og etnicitet har i mange år præget offentligheden såvel som dagsordenen i mange virksomheder. Foranstaltninger, der sikrer en effektiv ligebehandling samt tilskynder diversitet i beskæftigelsen,[1] har derfor medført et omfattende fokus, hvor der er interesse i at forbyde forskelsbehandling i samfundet samt på arbejdsmarkedet. Arbejdsgivere er således fra politisk og samfundsmæssig side i centrum for at sikre og bidrage til mangfoldighed på de danske arbejdspladser.

Der har i de senere år været en stigning i sager om forskelsbehandling på grund af alder.[2] Problematikken opstår blandt andet som følge af den stigende levealder, hvortil pensionsalderen gradvist forhøjes i takt med udviklingen i den danske levealder. Dette medfører desuden, at der er flere aktive seniorer på arbejdsmarkedet. Udviklingen medfører derfor et behov for nye tilbagetrækningsmønstre, idet arbejdsmarkedet indtil nu har indrettet sig efter, hvornår det er muligt at oppebære den almindelige folkepension.[3] Alligevel oplever mange at blive fravalgt på grund af deres alder. En evaluering af den såkaldte ''seniorpulje'' viser, at *''Halvdelen af de ledige seniorer oplever, at deres alder betyder, at de løber panden mod en mur, når de søger job''.*[4] Denne problematik er dog ikke tilsigtet, idet der fra politisk side er et ønske om, at seniorerne trækker sig tilbage fra arbejdsmarkedet senere end vanligt.[5] Problemstillingen har i øvrigt ved Folketingets lovændring af 22. marts 2022[6] betydet, at arbejdsgivere fremadrettet ikke længere i en ansøgningsproces må indhente oplysninger om ansøgernes alder. Danske lønmodtagere oplever besværligheder på grund af deres alder, såsom at blive afskediget eller fravalgt bestemte stillinger, når de opnår en nærmere fastsat alder.

I Danmark er forskelsbehandling på grund af alder forbudt både i ansættelses-, forfremmelses-, samt afskedigelsessituationer. En dertilhørende problemstilling er,

[1] Beskæftigelsesdirektiv, præambel 25
[2] https://www.kristeligt-dagblad.dk/danmark/stadig-flere-sager-om-aldersdiskrimination
[3] Folketingstidende 2004-05, 1. samling, tillæg A, L 92, s. 2699
[4] https://bm.dk/nyheder-presse/pressemeddelelser/2022/02/mange-ledige-seniorer-oplever-at-blive-valgt-fra-paa-grund-af-alder/
[5] Folketingstidende 2004-05, 1. samling, tillæg A, L 92, s. 2699
[6] Lov 2022 nr. 372

hvem den danske forskelsbehandlingslov beskytter, idet loven i dens ordlyd beskytter lønmodtagere.[7] Hvem, der kan anses for værende lønmodtagere, fremstår imidlertid uklart, idet lovens personkreds er blevet diskuteret i den juridiske litteratur. Nærmere bestemt er der i Danmark opstået tvivl om, hvorvidt loven tillige beskytter ledelsesmedlemmer, såsom direktører. Efter direktiv 2000/78 EF, herefter benævnt beskæftigelsesdirektivet, som forskelsbehandlingsloven (FBL) er implementeret på baggrund af, er der ingen tvivl om, at ledelsesmedlemmer, såsom direktører, er omfattet af forbuddet mod forskelsbehandling på grund af alder. Dette kan udledes af formuleringen i direktivets art. 3, stk. 1, litra a, hvorefter direktivet beskytter alle personer "*uanset branche og uanset niveau i erhvervshierarkiet".*

Eftersom FBL's § 2, stk. 1 udelukkende nævner "lønmodtagere", er den i praksis blevet omtalt som en lønmodtagerlov. Dette har i dansk renommé givet anledning til tvivl om omfanget af den danske beskyttelse mod aldersdiskrimination i henhold til det bagvedliggende beskæftigelsesdirektiv, herunder hvorvidt lovens § 2 kan antages at yde samme brede beskyttelse, som er tilfældet i ordlyden af direktivets art 3, stk. 1, litra a, og således om FBL kan udstrækkes til at beskytte personer ledelsesmedlemmer med direktørstatus.

Nærværende afhandling finder denne problemstilling interessant, hvorfor det på denne baggrund søges belyst, hvorvidt den danske forskelsbehandlingslov tillige må antages at beskytte ledelsesmedlemmer, såsom direktører. Den anførte problemstilling giver anledning til en diskussion af, hvorvidt direktører er omfattet af beskyttelsen i FBL, og i den forlængelse hvorvidt diskrepansen mellem ordlyden i beskæftigelsesdirektivet og i FBL medfører, at der er foretaget en fejlimplementering af direktivet i dansk ret og ligeledes om Danmark på den baggrund befinder sig i en traktatbrudssituation.

Dette giver for afhandlingens vedkommende anledning til følgende problemformulering:

[7] Forskelsbehandlingsloven § 2, stk. 1

2. Problemformulering

Kan ledelsesmedlemmer, såsom direktører, indfortolkes i det danske lønmodtagerbegreb i forskelsbehandlingslovens § 2, stk. 1 set i lyset af det bagvedliggende beskæftigelsesdirektivs formål, og foreligger der en traktatbrudssituation som følge af en mulig fejlimplementering i dansk ret?

3. Afgrænsning

Eftersom der i Danmark er opstået tvivl om omfanget af forskelsbehandlingslovens beskyttelse efter § 2, stk. 1 set i lyset af det bagvedliggende beskæftigelsesdirektiv, er denne afhandlings fokus særligt at undersøge, hvorvidt ledelsesmedlemmer, såsom direktører, kan antages at være omfattet af det danske lønmodtagerbegreb i henhold til FBL og dermed lovens beskyttelse. I denne forbindelse foretages der en analyse af praksis fra EU-domstolen (EUD) med henblik på at belyse beskyttelsen efter direktivets art. 3, stk.1, litra a, for i den relation at belyse en eventuel forskel mellem beskyttelsen efter henholdsvis beskæftigelsesdirektivet og forskelsbehandlingsloven.

Nærværende afhandling er afgrænset til behandling af forskelsbehandling på grund af alder i Danmark med udgangspunkt i FBL's § 2, stk. 1. Denne afhandling vil imidlertid ikke forholde sig til de øvrige kriterier, der er beskyttet efter loven, omend de vil benævnes og redegøres kortfattet af hensyn til at belyse lovens beskyttelsesområde.

Det bemærkes, at forbuddet mod forskelsbehandling på grund af alder ikke er et absolut forbud. FBL indeholder særlige undtagelsesregler, der omfatter lovlige aldersgrænser, såfremt aldersdiskriminationen er "*objektivt og rimeligt begrundet i et legitimt formål inden for rammerne af den nationale ret*".[8] Nærværende afhandling vil ikke nærmere redegøre for disse undtagelser, idet formålet med afhandlingen er at belyse, hvorvidt direktører er beskyttet af forbuddet mod aldersdiskrimination. Ydermere bemærkes, at FBL beskytter mod forskelsbehandling på grund af alder i både ansættelses-, forfremmelses- samt afskedigelsessituationer.[9] Imidlertid har sondringen mellem disse

[8] Forskelsbehandlingsloven § 5a, stk. 3
[9] Folketingstidende 2004-05, 1. samling, tillæg A, L 92, s. 2704

situationer ingen praktisk betydning for afhandlingens besvarelse af problemformuleringen. Nærværende afhandling søger at beskrive og belyse omfanget af lovens og direktivets beskyttelse.

Derudover anskues problemstillingen fra en EU-retlig vinkel, idet FBL er implementeret i dansk ret på baggrund af det bagvedliggende beskæftigelsesdirektiv, hvorfor FBL er en implementeringslov. Dette medfører, at dansk ret skal have EU-retten in mente, når lovgiver og domstolene gennemfører direktivets formål. Det er således relevant at undersøge Danmarks EU-retlige forpligtelser og praksis for derved at vurdere, hvorvidt Danmark handler i strid med disse. I den forbindelse bemærkes, at afhandlingen i Chartret[10] kun forholder sig til art. 21, idet denne artikel findes relevant i behandlingen af forannævnte. Afhandlingen vil ligeledes inddrage art. 3, 4 og 6 TEU[11] samt i øvrigt andre artikler i det omfang, de findes relevante ved en redegørelse for den grundlæggende EU-ret. Imidlertid vil ligebehandlingsdirektivet eller øvrige direktiver ikke behandles, idet afhandlingens primære fokus er at undersøge forbuddet mod forskelsbehandling på grund af alder, herunder beskæftigelsesdirektivet formål og beskyttelse samt forskelsbehandlingslovens beskyttede personkreds og sammenhængen herimellem.

Derudover undersøger afhandlingen ikke andre ansættelsesretlige beskyttelseslove, der implementerer EU-direktiver i et videre omfang, omend de inddrages, når det findes relevant. Dette skyldes, at det er uden for afhandlingens fokusområde at undersøge andre love og direktiver, som muligvis forfølger andre formål og beskyttelseshensyn. Imidlertid kan det ikke afvises, at de samme hensyn samt det udledte af afhandlingen kan gøres gældende for andre implementeringslove i dansk ret.

Slutteligt bemærkes, at forskelsbehandling på grund af alder og aldersdiskrimination anvendes synonymt i denne afhandling.

[10] Chartret om grundlæggende rettigheder
[11] Traktaten om Den Europæiske Union

4. Metode

Nærværende afhandling har til formål at analysere gældende ret i henhold til forskelsbehandling på forskellige niveauer i erhvervshierarkiet, hvorfor afhandlingen anvender den retsdogmatiske metode, idet nærværende afhandlings formål er at beskrive og analysere den gældende retstilstand.[12] Den retsdogmatiske metode kommer til udtryk ved at undersøge de skriftlige retskilder for at fastlægge, hvad der kan udledes ud fra dem. Afhandlingen får derved en retspositivistisk vinkel.[13]

De skriftlige retskilder, der analyseres, er loven og retspraksis. Loven har imidlertid den højeste interne værdi, omend bestemmelsernes ordlyd i loven ikke altid er tilstrækkelig klar og præcis til at klarlægge retstilstanden.[14] I den forbindelse anvender nærværende afhandling den subjektive formålsfortolkning for at inddrage lovgivers hensigt til at fortolke retsreglerne. Omend fortolkningen er baseret på lovgivers subjektive formål og hensigter, hviler den stadig på objektive aspekter i form af lovens forarbejder.[15]

Fra dansk ret undersøges forskelsbehandlingsloven og dens udvikling gennem tidligere versioner heraf samt forarbejderne hertil med inddragelse af vejledningen til selve loven. Det bemærkes, at der foreligger sparsomt med dansk praksis på området, hvilket formentlig kan skyldes det faktum, at sådanne sager som oftest vil blive afgjort gennem voldgifter. Afgørelser herfra er som udgangspunkt ikke offentligt tilgængelige, hvorfor der ikke er kendskab til yderligere dansk praksis end det anvendte. Ikke desto mindre skal det anføres, at afhandlingen anvender den udgivne voldgiftsafgørelse FV2013.0071. Denne bruges til at eksemplificere, hvornår der foreligger forskelsbehandling. Supplerende vil der blive inddraget en enkelt administrativ afgørelse fra Ligebehandlingsnævnet. Det bemærkes hertil, at administrative afgørelser har en lavere retskildeværdi end praksis fra domstolene, omend sådanne ligeledes er gældende ret.

Ydermere bemærkes det, at den danske ansættelsesret bliver influeret af den EU-retlige regulering som følge af principperne om EU-konform fortolkning samt EU-rettens

[12] Munk-Hansen, Carsten: Retsvidenskabsteori, s. 204
[13] Munk-Hansen, Carsten: Retsvidenskabsteori, s. 113
[14] Munk-Hansen, Carsten: Den juridiske løsning, s. 17
[15] Munk-Hansen, Carsten: Retsvidenskabsteori, s. 299

forrang og direkte virkning. Dette bevirker, at der udover de danske retskilder også analyseres retskilder fra EU-retten i afhandlingen i form af relevante EU-traktater, direktiver og afgørelser fra EUD. Retskilderne i EU-retten følger et internt hierarki som det danske. Øverst er primærretten med traktatgrundlaget, dernæst sekundærregulering og herefter retspraksis fra EUD.[16] Fra EU-retten inddrages nærmere specifikt beskæftigelsesdirektivet udover relevante traktatbestemmelser samt Chartret. Derudover undersøges og analyseres flere afgørelser fra EUD, eftersom EUD har kompetencen til at fortolke EU-retten.[17] Dette er nødvendigt for at fastlægge det EU-retlige perspektiv indenfor det pågældende område af ansættelsesretten, der omhandler forskelsbehandling.

Der er visse forskelle, når den retsdogmatiske metode anvendes på den danske nationale ret og EU-retten. Mens de danske domstole anvender den subjektive formålsfortolkning som altovervejende hovedregel[18], anvendes der typisk en objektiv formålsfortolkning i EU-retten. Heri fortolkes der ud fra den objektive lovtekst, som ofte indeholder en formålsangivelse i præamblen. Dette har dog en vis lighed med den danske subjektive formålsfortolkning, hvorefter lovgivers hensigt inddrages.[19] Desuden benytter EUD en dynamisk fortolkning, idet EU-retten er dynamisk og udvides, når det kræves af omstændighederne.[20] Imidlertid medfører dette, at EUD principielt ikke er bundet af sine tidligere afgørelser.[21]

Herudover skal det bemærkes at danske love, som implementerer direktiver i dansk ret, skal fortolkes direktivkonformt. Dette medfører, at loven og dens bestemmelser både skal fortolkes og anvendes i overensstemmelse med det bagvedliggende direktiv.[22] For at analysere og fortolke FBL med henblik på at fastlægge retstilstanden, er det derfor nødvendigt at undersøge det bagvedliggende beskæftigelsesdirektiv.

[16] Neergaard, Ulla og Ruth Nielsen: EU-ret, s. 121f
[17] Art. 267 TEUF
[18] Munk-Hansen, Carsten: Den juridiske løsning, s. 51
[19] Neergaard, Ulla og Ruth Nielsen: EU-ret, s. 135f
[20] Neergaard, Ulla og Ruth Nielsen, EU-ret, s. 135
[21] Neergaard, Ulla og Ruth Nielsen, EU-ret, s. 154
[22] Munk-Hansen, Carsten: Den juridiske løsning, s. 48

Ved en analyse af såvel danske som EU-retlige retskilder opnås en fyldestgørende belysning af retstilstanden for aldersdiskrimination på forskellige niveauer i erhvervshierarkiet efter den retsdogmatiske metode.

Slutteligt vil denne afhandling foretage en diskussion af, hvorvidt direktører kan være omfattet af FBL samt hvorvidt der foreligger en traktatbrudssituation som følge af en fejlimplementering af beskæftigelsesdirektivet i dansk ret. I denne forbindelse vil der tages udgangspunkt i og inddrages argumenter og betragtninger fra relevant juridisk litteratur.

5. Ansættelsesretlige begreber

5.1. Lønmodtager

Det er først og fremmest relevant at klarlægge, hvem der er omfattet af FBL. Det fremgår af lovens § 2, stk. 1, at:

"En arbejdsgiver må ikke forskelsbehandle lønmodtagere eller ansøgere til ledige stillinger ved ansættelse, afskedigelse, forflyttelse, forfremmelse eller med hensyn til løn- og arbejdsvilkår"

Det fremgår således af lovens ordlyd, at en arbejdsgiver ikke må forskelsbehandle lønmodtagere. Det bemærkes, at lønmodtagerbegrebet ikke er nærmere præciseret i FBL, hvorfor det er relevant at klarlægge kendetegnene ved et lønmodtagerforhold.

Først og fremmest er et lønmodtagerforhold kendetegnet ved, at det er et ansættelsesforhold, hvor der udveksles en arbejdsydelse for en vederlagsydelse.[23] Som lønmodtager stiller man sin personlige arbejdskraft til rådighed for en arbejdsgiver, hvilket er et af de karakteristiske træk ved et ansættelsesforhold som lønmodtager. Desuden kan arbejdsydelsen ikke adskilles fra lønmodtageren som person, hvorfor den betegnes som værende en personlig arbejdsydelse.[24]

[23] Kristiansen, Jens: Grundlæggende arbejdsret, s. 21
[24] Ibid

Ydermere kendetegnes lønmodtagerforholdet ved, at vederlaget for arbejdsydelsen som udgangspunkt udelukkende er betinget af, at lønmodtageren udfører arbejdet indenfor den aftalte arbejdstid. Således skal der ikke præsteres et på forhånd bestemt arbejdsresultat.[25]

Et mere centralt træk ved lønmodtagerforholdet er det særlige over-/underordnelsesforhold, der foreligger mellem arbejdsgiveren og lønmodtageren. Lønmodtageren skal som følge af sin ansættelse som arbejdstager indrette sig efter arbejdsgiverens retningslinjer og instrukser vedrørende arbejdets udførelse.[26]

Det bemærkes, at trods der ikke findes en egentlig definition af lønmodtagerbegrebet, indgår de ovenfor nævnte kendetegn i den sædvanligt benyttede definition inden for ansættelsesretten, hvorefter en lønmodtager er en person, der modtager vederlag for personligt arbejde i et tjenesteforhold[27].[28]

5.2. Arbejdstager

Inden for EU-retten beskæftiger man sig imidlertid med et arbejdstagerbegreb, der ikke defineres på samme måde som det danske lønmodtagerbegreb, omend der er ligheder mellem begreberne. Arbejdstagerbegrebet i EU-retten går på nogle punkter videre end det danske lønmodtagerbegreb[29].[30] Det EU-retlige arbejdstagerbegreb er blandt andet nævnt i art. 45 TEUF[31]. Efter retspraksis kan dette begreb for så vidt angår art. 45 TEUF ikke defineres ved at henvise til national lovgivning, da der skal være en ensartet fortolkning i hele EU.[32]

Det følger af EUD's praksis, at tre betingelser skal være opfyldt førend, man er omfattet af arbejdstagerbegrebet efter EU-retten, 1) arbejdstageren skal yde arbejde for en anden, 2) være undergivet dennes instruktionsbeføjelse, og 3) arbejdsydelsen skal ske

[25] Kristiansen, Jens: Grundlæggende arbejdsret, s. 21
[26] Kristiansen, Jens: Grundlæggende arbejdsret, s. 22
[27] Ansættelsesbevisloven § 1, stk. 2
[28] Kristiansen, Jens: Grundlæggende arbejdsret, s. 23f
[29] Behandles i afsnit 10.
[30] Kristiansen, Jens: Grundlæggende arbejdsret, s. 25
[31] Artiklen omhandler arbejdskraften fri bevægelighed
[32] C-229/14, præmis 33

mod vederlag.[33] Underordnelsesforholdet skal desuden vurderes ud fra samtlige omstændigheder, som er karakteristiske for parternes interne retsforhold.[34]

Disse tre betingelser kan sidestilles med de særlige træk, der ligeledes er indeholdt i det danske lønmodtagerbegreb. Opfyldes disse objektive betingelser, anses vedkommende for at være omfattet af det EU-retlige arbejdstagerbegreb. Derved er selve karakteren af retsforholdet mellem arbejdstager og arbejdsgiver ikke altafgørende.[35]

5.3. Direktør

Det fremgår af selskabsloven § 111, stk. 1, nr. 1, 2. pkt., at direktionen varetager den daglige ledelse af et selskab, og dermed repræsenterer den øverst ansvarlige ledelse for den daglige drift. Det er direktøren, der er leder herfor, og som har det daglige ansvar.[36] Direktøren følger bestyrelsens retningslinjer og anvisninger.[37] Selskabets relation til direktionen beror i høj grad på konkrete aftaler og instrukser.[38] Det er imidlertid ikke nødvendigt, at selve ordet direktør indgår i stillingen, eller om direktøren er anmeldt til erhvervsstyrelsen.[39] Det afgørende er således funktionen af stillingen, og herunder hvilke begrænsninger, der eventuelt er i ledelsesbeføjelserne.[40] Direktøren anses for at være den øverste ansvarlige for den juridiske person, og udadtil fremstår direktøren som værende arbejdsgiveren.[41]

Det bemærkes, at direktøren ikke er omfattet af lønmodtagerbegrebet i den danske retstradition og dermed ikke opnår samme beskyttelse som lønmodtagere efter lønmodtagerbeskyttelseslove.[42] Desuden er direktørstillingen ikke lovreguleret i samme omfang som lønmodtageren, hvorfor selskabet og direktøren er forholdsvist frie til at udforme indholdet af direktørkontrakten. Igennem årene har der imidlertid været en stigende regulering fra EU, som begrænser denne aftalefrihed. Det følger heraf, at EU ikke har den samme retstradition som Danmark for at sondre mellem lønmodtagere og

[33] Nielsen, Ruth: EU-arbejdsret, s. 258 og C-232/09 præmis 39, C-229/14 præmis 34 og C-742/10 præmis 49
[34] C-742/19, præmis 49
[35] C-229/14, præmis 34 og 35
[36] Boe, Jørgen m.fl.: Direktørkontrakten, s. 31
[37] Selskabsloven § 117, stk. 1
[38] Werlauff, Erik: Selskabsret, s. 495
[39] Boe, Jørgen m.fl.: Direktørkontrakten, s. 31
[40] Boe, Jørgen m.fl.: Direktørkontrakten, s. 33f
[41] Boe, Jørgen m.fl.: Direktørkontrakten, s. 36
[42] Boe, Jørgen m.fl.: Direktørkontrakten, s. 31

direktører.[43] Det fremgår videre af retspraksis fra EUD, at det EU-retlige arbejdstagerbegreb kan omfatte direktører.[44] Det bemærkes af EUD, at selvom ansættelsesforholdet omhandler en direktørstilling, er karakteren heraf underordnet. Det er desuden uden afgørende betydning, hvorledes stillingen er betegnet, eftersom der skal foretages en konkret vurdering af de objektive betingelser.[45]

Dansk retspraksis har fastlagt nogle generelle retningslinjer for sondringen mellem en direktør og en lønmodtager. I denne sondring indgår, hvorvidt vedkommende indtager en tjenestestilling, hvor der skal leveres en arbejdsydelse i et over-/underordnelsesforhold, eller om vedkommende varetager en selvstændig stilling med ansvar og råderum i et omfang, hvorved det ikke længere er en tjenestestilling. Dertil indgår vederlaget ligeledes i vurderingen.[46]

Det bemærkes, at selvom en direktør inden for dansk retstradition som udgangspunkt ikke er omfattet af det danske lønmodtagerbegreb, kan vedkommende stadig være omfattet af det EU-retlige arbejdstagerbegreb. I forhold til beskæftigelsesdirektivet, har dette imidlertid en begrænset betydning, da direktivet finder anvendelse på alle niveauer i erhvervshierarkiet.[47]

[43] Boe, Jørgen m.fl.: Direktørkontrakten, s. 37
[44] Boe, Jørgen m.fl.: Direktørkontrakten, s. 292
[45] Behandles i afsnit 10.
[46] U 2004.1708 Ø: Sagen angik en salgsdirektør, som fungerede som daglig leder, men som ikke var anmeldt til Erhvervsstyrelsen. Salgsdirektøren fandtes ikke at være omfattet af ferieloven.
[47] Behandles i afsnit 9.

5.4. Forskelsbehandling

I Danmark gælder et forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet. Forskelsbehandling er defineret i forskelsbehandlingslovens § 1, stk. 1., og defineres som følgende:

"Ved forskelsbehandling forstås i denne lov enhver direkte eller indirekte forskelsbehandling på grund af race, hudfarve, religion eller tro, politisk anskuelse, seksuel orientering, alder, handicap eller national, social eller etnisk oprindelse."

Bestemmelsen fastlægger, at loven beskytter mod enhver forskelsbehandling af de i bestemmelsens oplistede kriterier på arbejdsmarkedet. Forbuddet mod aldersdiskrimination omfatter både direkte og indirekte forskelsbehandling. Det bemærkes hertil, at der ikke gælder en særbeskyttelse for bestemte aldersgrupper.[48] Oplistningen i bestemmelsen er i øvrigt udtømmende. Forskelsbehandling på baggrund af kriterier, der ligger udenfor de i bestemmelsen nævnte, er således uden for lovens anvendelsesområde.[49]

Desuden fremgår det af lovens bagvedliggende beskæftigelsesdirektiv, at enhver forskelsbehandling på grund af alder inden for direktivets anvendelsesområde er forbudt.[50] Dette underbygges ved blandt andet Mangold og Kücükdeveci dommene[51].[52] Begge sager fastslår, at forbuddet mod forskelsbehandling på grund af alder skal betragtes som værende et almindeligt EU-retligt princip.[53]

Forbuddet mod forskelsbehandling på grund af alder gælder ved kollektive overenskomster, individuelle aftaler mellem en arbejdsgiver og en lønmodtager samt alle andre forhold under beskæftigelse.[54]

[48] Vejledning nr. 9118 af 2. april 2019, pkt. 4.2.1
[49] Vejledning nr. 9118 af 2. april 2019, pkt. 3
[50] Beskæftigelsesdirektivet art. 2
[51] Henholdsvis C-144/04 og C-555/07
[52] Dommene behandles i afsnit 6.5.
[53] Vejledning nr. 9118 af 2. april 2019, pkt. 4.2.1
[54] Ibid

5.4.1. Direkte forskelsbehandling

Forbuddet mod forskelsbehandling omfatter direkte forskelsbehandling, der er defineret i forskelsbehandlingslovens § 1, stk. 2.:

''Der foreligger direkte forskelsbehandling, når en person på grund af race, hudfarve, religion eller tro, politisk anskuelse, seksuel orientering, alder, handicap eller national, social eller etnisk oprindelse behandles ringere end en anden bliver, er blevet eller ville blive behandlet i en tilsvarende situation.''

Der vil på baggrund af ovenstående foreligge direkte forskelsbehandling, hvis en person stilles i en ringere situation på baggrund af én eller flere af de i bestemmelsen opregnede kriterier end andre i en tilsvarende situation. Eksempelvis vil det være direkte forskelsbehandling, hvis en arbejdsgiver undlader at ansætte eller forfremme en person, eller afskediger en ansat udelukkende på grund af vedkommendes alder. Det bemærkes, at direkte forskelsbehandling som udgangspunkt er forbudt i alle situationer og derfor ikke kan sagliggøres.[55] Imidlertid følger det af lovens § 6, at der findes visse undtagelser til forbuddet mod direkte forskelsbehandling. Undtagelserne vil ikke blive gennemgået yderligere i den nærværende afhandling.

5.4.2. Indirekte forskelsbehandling

Ligesom der gælder et forbud mod at udøve direkte forskelsbehandling, er også indirekte forskelsbehandling forbudt. Indirekte forskelsbehandling defineres i FBL's § 1, stk. 3:

''Der foreligger indirekte forskelsbehandling, når en bestemmelse, et kriterium eller en praksis, der tilsyneladende er neutral, vil stille personer af en bestemt race, hudfarve, religion eller tro, politisk anskuelse, seksuel orientering eller national, social eller etnisk oprindelse eller med en bestemt alder eller med handicap ringere end andre personer, medmindre den pågældende bestemmelse, betingelse eller praksis er objektivt begrundet i et sagligt formål og midlerne til at opfylde det er hensigtsmæssige og nødvendige"

[55] Vejledning nr. 9118 af 2. april 2019, pkt. 3.1.1

Som det fremgår af bestemmelsens ordlyd, er det muligt at fravige forbuddet mod indirekte forskelsbehandling, såfremt det er objektivt begrundet i et sagligt formål, og midlerne til formålet kan anses for at være hensigtsmæssige og nødvendige. Dette vil imidlertid altid bero på en konkret vurdering. Der vil i den forbindelse foretages en vurdering af, hvorvidt formålet er sagligt og rimeligt, jf. proportionalitetsprincippet. Vurderingen indeholder desuden en toleddet test.[56] Den toleddede test indebærer, at kriteriet skal sikre opfyldelsen af det saglige formål. Dernæst må kriteriet ikke gå ud over, hvad der er nødvendigt for at opnå formålet, hvorved det skal være mindst muligt indgribende.[57]

Indirekte forskelsbehandling kan forekomme eksempelvis i form af sprogkrav, bopælskrav eller vedrørende særlige krav til uddannelsesbeviser, der således vil afskærme nogle fra eksempelvis muligheden for ansættelse.[58] Stiller en arbejdsgiver et krav i sin ansættelse, vil vurderingen således bero på, hvorvidt kravet er rimeligt i forhold til den pågældende arbejdsopgave. Kan kravet ikke anses som sagligt set i henhold til arbejdet, og vil kravet udelukke en bestemt gruppe fra at blive ansat til jobbet, vil dette være indirekte forskelsbehandling. Modsætningsvist kan et krav, der anses for både at være sagligt og proportionalt set i forhold til arbejdets udførelse, være lovligt.[59]

5.4.3. Hvornår foreligger der forskelsbehandling?

Forbuddet mod forskelsbehandling fremgår som bekendt af FBL § 2, stk. 1, hvorefter en arbejdsgiver ikke må forskelsbehandle en lønmodtager. For at kunne belyse, hvornår der foreligger aldersdiskrimination, vil voldgiftsafgørelsen FV2013.0071, for så vidt angår parterne A, B, C og F, blive gennemgået.

I foråret 2011 gennemførte Skatteministeriet et større antal afskedigelser for at frigøre en anseelig lønsum. Derved kunne der ansættes nye medarbejdere med særlige kompetencer, som var nødvendige for den fortsatte drift og udvikling af ministeriets opgaver for at bevare en tilfredsstillende effektivitet i organisationen. Afskedigelsesrunden beroede således på en kompetencemæssig udfordring. Det fremgik

[56] Vejledning nr. 9118 af 2. april 2019, pkt. 3.1.2
[57] Ibid
[58] Ibid
[59] https://bm.dk/arbejdsomraader/arbejdsvilkaar/forskelsbehandling/forskelsbehandlingsloven/

af et internt mødereferat, at de medarbejdere, der måtte afskedigedes, skulle være dem, der bedst kunne undværes. Endvidere skulle afskedigelsen anses som en omstrukturering frem for en egentlig *"spareøvelse"*. Det fremgik, at alder ikke måtte være et kriterium.

Medarbejderne A, B, C og F blev alle afskediget som en del af omstruktureringen. Alle blev opsagt på grund af manglende proportionalitet mellem deres løn og indsats. Parterne gjorde derimod alle gældende, at de som led i afskedigelsen var blevet aldersdiskrimineret. På tidspunktet for deres afskedigelse var medarbejderne i alderen 57-61. Hertil bemærkes, at B var den ældste i sin afdeling.

Alle gjorde gældende, at de var blevet udsat for indirekte forskelsbehandling ved at sammenholde løn og arbejdsindsats, da lønnen blandt andet afhang af ancienniteten, og dermed alderen. Herudover gjorde både A og F gældende, at deres arbejdsopgaver var af en mere vanskelig og kompleks karakter, hvilket ikke indgik tilstrækkeligt i ministeriets proportionalitetsvurdering. B og C anførte, at de hverken havde modtaget påtaler for deres arbejde eller var blevet gjort opmærksom på deres indsats i forbindelse med deres MUS-samtaler.

Ministeriet afviste, at der var sket en forskelsbehandling ved at anvende sammenhængen mellem løn og indsats til at vurdere, *"hvem der bedst kunne undværes"*. Dette kriterium var ikke baseret på medarbejdernes alder, og lønnen var alene delvist afhængig af anciennitet. Desuden var ancienniteten ikke nødvendigvis proportionel med medarbejderens alder. Lønnen afhang i vidt omfang af hvilken stilling, man besad i ministeriet. Yderligere fremførte ministeriet, at det ikke gav anledning til at formode, at der var udøvet forskelsbehandling ved afskedigelserne alene af den grund, at der var afskediget flest i aldersgruppen 50-59 år, eftersom der var flest ansatte i denne aldersgruppe.

For så vidt angik A, C og F, havde der løbende under ansættelserne været afholdt møder og samtaler mellem dem og deres ledere, herunder MUS. Af mødereferaterne fremgik det blandt andet, at A's arbejdsopgaver var overflødige. Derudover fremgik det, at A og F havde en væsentlig lavere produktivitet sammenlignet med andre ansatte. Yderligere blev det fremhævet, at F havde haft *"en utilstrækkelig produktion"* med 118 sager i 2010,

hvor gennemsnittet i afdelingen var 228. Ud af de 118 sager, var kun ni af dem *"af tungere karakter"*. I henhold til C havde hendes kontorchef forklaret, at hun ikke havde en forståelse for prioritering af arbejdsopgaverne, hvorfor han mente, at man bedst kunne undvære hende. Derimod var der ingen skriftlig dokumentation for B's arbejdsindsats, og hendes nærmeste leder havde ikke afgivet en forklaring under sagen. Derimod afgav en direktør i SKAT, som havde kendskab til B gennem andre kontorchefer, forklaring, hvori det fremgik at *"B udførte sit arbejde og kun det, og at hun ikke tog selvstændige initiativer, således som de forventer af deres medarbejdere"*.

Opmanden for voldgiftsdomstolen mente, at Skatteministeriets vurdering af *"hvem der bedst kunne undværes"* var saglig *"under de givne omstændigheder"*. Desuden fremstod det sagligt at inddrage forholdet mellem lønnen og arbejdsindsatsen, selvom ancienniteten bestemte en del af lønnen, da den *"ikke udelukkende"* var aldersafhængig. Det var også stillingen, som i *"væsentligt omfang"* afgjorde lønniveauet. Medarbejderne havde dermed ikke *"påvist faktiske omstændigheder, der [gav] anledning til at formode, at der [var] sket indirekte forskelsbehandling på grund af alder"*. Alene det forhold, at en del af lønnen afhang af medarbejderens anciennitet, var ikke tilstrækkeligt til at skabe en formodning for aldersdiskrimination.

Imidlertid havde B og C påvist sådanne faktiske omstændigheder på grund af statistikken over afskedigelserne. I deres afdelinger var der 789 ansatte i aldersgruppen indtil 49 år, hvoraf to blev afskediget. Til sammenligning var der 674 ansatte i aldersgruppen 50-69 år, hvor 17 blev afskediget. Ældre medarbejdere *"udgjorde således en forholdsmæssigt betydelig andel af samlede medarbejderstab"*. I sagerne angående B og C skulle ministeriet derefter bevise, at der ikke var foretaget en forskelsbehandling efter FBL § 7a.[60] I A's afdeling var gennemsnitsalderen for de afskedigede 53,2 år og for de tilbageværende var den 49,8 år. I henhold til F var der medarbejdere, som var ældre, der ikke blev afskediget. Aldersfordelingen mellem de afskedigede og tilbageværende i både A's og F's afdelinger gav dermed ikke *"anledning til at formode"* at de var blevet aldersdiskrimineret.

I forhold til hvorvidt der var foretaget en saglig vurdering af *"hvem der bedst kunne undværes"*, lagde opmanden vægt på MUS-referaterne og ledernes forklaringer.

[60] Den delte bevisbyrde behandles nærmere i afsnit 7.

Eftersom A, C og F ikke havde en tilstrækkelig arbejdsmæssig kapacitet og indsats efter forklaringerne, kunne opmanden ikke tilsidesætte ministeriets vurdering. Derudover var der ældre medarbejdere i C's og F's afdelinger, som ikke blev afskediget, og A's arbejdsopgaver ansås i øvrigt for at være overflødige. A, C og F havde dermed *"ikke godtgjort, at alder [indgik] som et kriterium ved afskedigelsen"*. Derimod var der ingen dokumentation for B's manglende arbejdsindsats, som ministeriet ellers begrundede afskedigelsen med. Der var udelukkende en forklaring fra en leder, som *"ikke havde et nærmere personligt kendskab til B's varetagelse af sine arbejdsopgaver*". På baggrund heraf, og eftersom B var den ældste medarbejder på sit kontor, havde ministeriet ikke bevist, at *"der ikke [var] sket forskelsbehandling af B på grund af hendes alder"*.

Det kan således udledes, at der foreligger aldersdiskrimination, når der ikke foreligger en saglig forklaring på et dokumenteret grundlag, og alder derfor er den eneste mulige forklaring. I både C og F's sag var der ældre medarbejdere, som ikke blev afskediget. Desuden var deres afskedigelser begrundet i, at de ikke havde en forståelse for prioritering af arbejdsopgaver og desuden arbejdede utilstrækkeligt, herunder med manglende præstation. Den utilstrækkelige produktivitet fremgik også i begrundelsen for A's afskedigelse, og i øvrigt var hendes arbejdsopgaver overflødige. I A, C og F's tilfælde var der således saglige begrundelser for, at de bedst kunne undværes, hvorimod den manglende produktivitet ikke var dokumenteret ved B, ligesom den leder, som afgav forklaring, ej heller kendte til hendes arbejdsindsats. Herved var der ingen saglig og dokumenteret begrundelse for afskedigelsen af B, som tillige var den ældste medarbejder.

6. EU-retlige principper

6.1. Primærregulering

Inden for EU-retten foreligger der et retskildehierarki bestående af den primære regulering og bindende sekundærregulering.

Primærreguleringen i EU-retten er de grundlæggende traktater; Traktaten om Den Europæiske Union (TEU), Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF) og, siden Lissabontraktatens ikrafttræden, ligeledes Chartret om grundlæggende rettigheder (Chartret). Desuden omfatter den primære regulering også de grundlæggende rettigheder og almindelige retsprincipper indenfor EU-retten.[61]

TEU og TEUF fastlægger den generelle ramme om EU-retten. Det er ligeledes heri, at EU's værdier, formål, generelle principper, kompetencefordeling samt regler for den bindende sekundærregulering fremgår.[62] Al bindende sekundærregulering skal være i overensstemmelse med disse samt have et hjemmelsgrundlag i traktaterne.[63]

Lissabontraktaten opløftede Chartret til samme niveau som traktaterne[64] og blev dermed en del af den primære regulering den 1. december 2009.[65] Generelt er Chartret en fastlæggelse af de rettigheder, som medlemsstaterne har fælles traditioner og internationale forpligtelser for.[66] Chartret er inddelt i fire forskellige universelle værdier; værdighed, frihed, lighed og solidaritet.[67] Under afsnittet om lighed i Chartret findes blandt andet det generelle forbud mod forskelsbehandling i art. 21. De grundlæggende rettigheder i Chartret skal respekteres af medlemsstaterne i national ret på EU-regulerede områder og ved implementering af EU-regler.[68] De grundlæggende principper og rettigheder i Chartret har derved både forrang og direkte virkning som andre traktatbestemmelser på EU-regulerede områder.[69] Medlemsstaterne skal

[61] Neergaard, Ulla og Ruth Nielsen: EU-ret, s. 121
[62] Neergaard, Ulla og Ruth Nielsen: EU-ret, s. 140
[63] Neergaard, Ulla og Ruth Nielsen: EU-ret, s. 121
[64] Art. 6, stk. 1 TEU
[65] Neergaard, Ulla og Ruth Nielsen: EU-ret, s. 170
[66] Neergaard, Ulla og Ruth Nielsen: EU-ret, s. 171
[67] Neergaard, Ulla og Ruth Nielsen: EU-ret, s. 170f
[68] Neergaard, Ulla og Ruth Nielsen: EU-ret, s. 187
[69] Neergaard, Ulla og Ruth Nielsen: EU-ret, s. 234f

desuden respektere de grundlæggende rettigheder ved anvendelsen af EU-regler og ved domstolsafgørelser, hvor der anvendes eller fortolkes EU-ret.[70] Imidlertid skaber Chartret ingen ny ret eller nye beføjelser.[71]

6.2. Sekundærregulering

Det bemærkes, at der i artikel 288 TEUF er angivet tre typer af bindende sekundærregulering, henholdsvis forordninger, direktiver og afgørelser. Henset til afhandlingens formål er det alene direktiver, der er relevante, hvorfor forordninger og afgørelser ikke vil redegøres nærmere for.

Et direktiv binder medlemsstaterne med hensyn til det tilsigtede mål. Imidlertid binder det ikke medlemsstaterne med hensyn til hvilken form og midler, der skal anvendes for at nå det tilsigtede mål.[72] Et direktiv, som er klart og præcist, har direkte virkning i den vertikale relation mellem myndighederne og borgerne. Et direktiv har imidlertid ikke horisontal direkte virkning, hvilket betyder, at direktiver ikke er forpligtende overfor private.[73]

6.3. EU-konform fortolkning

Princippet om EU-konform fortolkning medfører, at de danske domstole og andre retsanvendende myndigheder skal fortolke en hvilken som helst dansk regel på et EU-reguleret område således, at reglen om muligt gives et indhold, der stemmer overens med de EU-retlige regler vedrørende samme emne.[74]

EUD henviser i sin praksis vedrørende EU-konform fortolkning til art. 4, stk. 3 TEU, om pligten til loyalt samarbejde og art. 288 TEUF om direktivers forpligtende virkning. Disse artikler må derfor anses som værende hjemlen til denne EU-konforme fortolkning.[75]

[70] Neergaard, Ulla og Ruth Nielsen: EU-ret, s. 189f
[71] Neergaard, Ulla og Ruth Nielsen: EU-ret, s. 187
[72] Neergaard, Ulla og Ruth Nielsen: EU-ret, s. 144
[73] Neergaard, Ulla og Ruth Nielsen: EU-ret, s. 216
[74] Neergaard, Ulla og Ruth Nielsen: EU-ret, s. 202
[75] Neergaard, Ulla og Ruth Nielsen: EU-ret, s. 202ff

6.3.1. Art. 288 TEUF

I sagerne C-14/83 og C-79/83 blev der taget stilling til medlemsstaternes pligt til EU-konform fortolkning i henhold til art. 288 TEUF. C-14/83-sagen angik relationen mellem en arbejdstager og en offentlig arbejdsgiver, mens C-79/83-sagen angik relationen mellem en arbejdstager og en privat arbejdsgiver.

Det bemærkes, at sagerne vedrører kvindelige ansøgere i Vesttyskland, der i en ansættelsesrunde blev afvist på grund af deres køn. Omend sagerne vedrører kønsdiskrimination, kan de anvendes til at udlede vigtige momenter vedrørende pligten til EU-konform fortolkning, der findes relevant for afhandlingens problemstilling. Sagerne vil derfor ikke behandles dybere end dette.

Efter daværende tysk ret havde kvinderne kun krav på erstatning for den skade, de havde lidt som følge af, at de mod forventning blev forskelsbehandlet på grund af deres køn. EUD udtalte i den forbindelse, at medlemsstaternes valgfrihed mellem forskellige sanktioner skal kunne *"virkeliggøre direktivets mål"*, hvorved en erstatnings *"effektivitet og afskrækkende virkning sikres ved, at den i hvert fald skal modsvare det lidte, og den skal derfor overstige en rent symbolsk betaling"*.[76] I denne forbindelse udtalte EUD, at:

> *"den nationale domstol, under fuld udnyttelse af det skøn, den råder over i henhold til national ret [skal] fortolke og anvende loven om gennemførelse af direktivet i overensstemmelse med fællesskabsrettens krav".*[77]

EUD fastlagde i disse sager, at de nationale domstole har pligt til at fortolke og anvende national lovgivning i overensstemmelse med EU-retten i den udstrækning, national ret muliggør dette. Dette var ligeledes tilfældet, selvom der var tale om direktivbestemmelser, som ikke har direkte virkning, idet de ikke opfylder præcisionskravet for at få direkte virkning,[78] hvilket gennemgås yderligere nedenfor[79].

[76] C-14/83, præmis 28 og C-79/83, præmis 28
[77] Ibid
[78] Neergaard, Ulla og Ruth Nielsen: EU-ret, s. 202f
[79] Behandles i afsnit 6.5.

6.3.2. Art. 4, stk. 3 TEU

Den mest omfattende hjemmelsregel til EU-konform fortolkning er art. 4, stk. 3 TEU. Denne regel bestemmer, at:

"I medfør af princippet om loyalt samarbejde respekterer Unionen og Medlemsstaterne hinanden og bistår hinanden ved gennemførelsen af de opgaver, der følger af traktaterne. Medlemsstaterne træffer alle almindelige eller særlige foranstaltninger for at sikre opfyldelsen af de forpligtelser, der følger af traktaterne eller af retsakter vedtaget af EU-institutionerne. Medlemsstaterne bistår Unionen i gennemførelsen af dens opgaver og afholder sig fra at træffe foranstaltninger, der kan bringe virkeliggørelsen af Unionens mål i fare."

Pligten til EU-konform fortolkning efter denne bestemmelse gælder i henhold til en hvilken som helst EU-retsakt, eksempelvis det almindelige EU-retlige princip om forbud mod aldersdiskrimination, hvilket var tilfældet i Ajos-sagen[80].[81] Dette skyldes henvisningerne til art. 288 TEUF og art. 4, stk. 3 TEU.[82] Pligten medfører, at medlemsstaternes domstole skal inddrage den nationale lovgivning i sin helhed, når en national bestemmelse, der implementerer EU-ret, skal fortolkes EU-konformt.[83] Medlemsstaterne skal i alle deres roller som stat følge pligten til at fortolke EU-konformt. Det gælder både lovgiver, administrative myndigheder og domstole. Desuden får EU-rettens forrang og direkte virkning kun betydning, såfremt det ikke er muligt at fortolke en national bestemmelse EU-konformt.[84]

[80] Ajos-sagen behandles nærmere i afsnit 6.5.3.
[81] Neergaard, Ulla og Ruth Nielsen: EU-ret, s. 204
[82] Neergaard, Ulla og Ruth Nielsen: EU-ret, s. 205
[83] Neergaard, Ulla og Ruth Nielsen: EU-ret, s. 206
[84] Neergaard, Ulla og Ruth Nielsen: EU-ret, s. 205

6.4. EU-rettens forrang

EU-ret, der er direkte anvendelig, har forrang for national ret.[85] EUD har den opfattelse, at bindende EU-regler med direkte virkning har forrang. Det betyder, at forordninger og beslutninger samt tilstrækkeligt præcise traktatbestemmelser og grundlæggende rettigheder, har forrang. Det samme er tilfældet for tilstrækkeligt præcise direktivbestemmelser i den vertikale relation.[86]

EU-rettens forrang har den konsekvens, at den EU-retlige regulering skal anvendes, og at nationale domstole skal undlade at anvende nationale regler, der strider herimod.[87]

6.5. Direkte virkning

Såfremt en given EU-retlig regel har direkte virkning, vil det påhvile den nationale domstol eller administrative myndigheder at forsøge at skabe normharmoni ved national fortolkning.[88] Hvis det ikke er muligt at skabe normharmoni, påhviler det de nationale domstole eller myndigheder at tilsidesætte den nationale regel, der strider mod EU-reglen.[89]

Der sondres mellem vertikal og horisontal direkte virkning. Vertikal direkte virkning foreligger, såfremt en bestemmelse direkte forpligter myndighederne i den vertikale relation mellem disse og borgerne.[90] Derimod angår horisontal direkte virkning den horisontale relation mellem private indbyrdes. Det kan eksempelvis være forholdet mellem en arbejdstager og dennes private arbejdsgiver.[91]

Før andre EU-regler end forordninger kan få direkte virkning i national ret, kræver det, at reglerne er klare og præcise. Den overvejende opfattelse er, at traktatbestemmelser har vertikal direkte virkning og til en vis grad i den horisontale direkte virkning, hvis de er klare og præcise. Det er derimod opfattelsen, at direktiver, som er klare og præcise,

[85] Neergaard, Ulla og Ruth Nielsen: EU-ret, s. 221
[86] Neergaard, Ulla og Ruth Nielsen: EU-ret, s. 223
[87] Neergaard, Ulla og Ruth Nielsen: EU-ret, s. 225
[88] Neergaard, Ulla og Ruth Nielsen: EU-ret, s. 210
[89] Ibid
[90] Neergaard, Ulla og Ruth Nielsen: EU-ret, s. 211
[91] Ibid

kun har vertikal direkte virkning, men ikke horisontal direkte virkning.[92] EUD har afsagt en række domme, hvori det er fastlagt, at Charterbestemmelser har horisontal direkte virkning, hvis de er tilstrækkeligt klare og præcise.[93] Derudover skal den fulde virkning af artiklerne sikres ved, hvis nødvendigt, at undlade at anvende en modstridende national bestemmelse. Den nationale ret har denne pligt, såfremt det ikke er muligt at fortolke den relevante nationale ret i overensstemmelse med EU-retten.[94]

Almindelige retsprincipper og grundlæggende rettigheder, der ikke er foreskrevet i Chartret, kan ligeledes have en betydning i national ret, hvis de er tilstrækkeligt præcise, idet de ifølge EUD kan få horisontal direkte virkning.[95] Dette fremgår blandt andet i en række sager, der omhandler beskæftigelsesdirektivet, som nedenfor vil blive gennemgået.

6.5.1. C-144/04 – Mangold

Mangold-sagen angik den tyske lov om deltids- og midlertidig beskæftigelse, der gjorde, at en ansættelseskontrakt kun lovligt kunne tidsbegrænses, hvis det var objektivt begrundet. Som en undtagelse til dette, var det dog muligt at tidsbegrænse en ansættelseskontrakt uden begrundelse, hvis arbejdstageren ved påbegyndelsen af ansættelsesforholdet var fyldt 52 år. De omstridte nationale bestemmelser i Mangold-sagen var vedtaget til implementering af beskæftigelsesdirektivet.[96] Arbeitsgericht München spurgte blandt andet EUD om, hvorvidt art. 6 i beskæftigelsesdirektivet skulle fortolkes således, at den var til hinder for en lovgivning som den tyske.[97] Såfremt dette spørgsmål blev besvaret bekræftende, spurgtes der endvidere, om nationale domstole skulle undlade at anvende den nationale lovgivning, der var i strid med EU-retten.[98]

EUD fandt, at anvendelsen af den nationale lovgivning førte til en situation, hvor samtlige arbejdstagere, der er fyldt 52 år, risikerer at være udelukket fra sikkerhed i ansættelsen i en stor del af deres karriere.[99] Den nationale lovgivning anvendte som det

[92] Neergaard, Ulla og Ruth Nielsen: EU-ret, s. 212
[93] Eksempelvis C-414/16, hvori det blev fastlagt, at nationale domstole har en pligt til at sikre retsbeskyttelsen efter art. 21 og 47 i Chartret i en tvist mellem to private parter
[94] Neergaard, Ulla og Ruth Nielsen: EU-ret, s. 215
[95] Neergaard, Ulla og Ruth Nielsen: EU-ret, s. 215
[96] Nielsen, Ruth: EU-arbejdsret, s. 237
[97] C-144/04, præmis 31, nr. 2
[98] Nielsen, Ruth: EU-arbejdsret, s. 529 og C-144/04 præmis 31, nr. 3
[99] C-144/04, præmis 64

eneste kriterium arbejdstagernes alder. EUD fandt, at det ikke var godtgjort, at denne fastsættelse af en aldersgrænse var objektivt nødvendig for at opfylde målet om, at ældre arbejdsløse kommer ind på arbejdsmarkedet. EUD fandt derfor, at den omhandlede nationale lovgivning gik ud over, hvad der var hensigtsmæssigt og nødvendigt for at opfylde det forfulgte formål.[100] Herefter fandt EUD, at beskæftigelsesdirektivet ikke i sig selv indeholder forbuddet mod aldersdiskrimination. Dette princip har i stedet sin oprindelse i forskellige internationale konventioner og i medlemsstaternes fælles forfatningsmæssige traditioner.[101]

Derudover fastslog EUD, at princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder skal anses for et almindeligt fællesskabsretligt princip.[102] Det bemærkes, at de nationale domstole er forpligtede til at anvende dette princip i en sag mellem to private med forrang for eventuel modstridende national lovgivning.[103] Videre placerer EUD princippet om forbud mod aldersdiskrimination som værende et almindeligt fællesskabsretligt princip på et højere niveau end direktivniveau i retskildehierarkiet. Dette gør det muligt at tillægge princippet om forbud mod forskelsbehandling stærkere virkning mellem private, end direktiver normalt antages at have. Herved behøvede EUD ikke generelt at ændre sin praksis om direktivers manglende virkning for private.[104]

EUD fortolkede beskæftigelsesdirektivet således, at direktivet kun indeholder gennemførelsesforanstaltninger om princippet om forbud mod forskelsbehandling. EUD antog, at princippet herom har sin oprindelse i medlemsstaternes fælles forfatningsmæssige traditioner og i forskellige internationale konventioner.[105]

[100] C-144/04, præmis 65
[101] C-144/04, præmis 74
[102] C-144/04, præmis 75
[103] C-144/04, præmis 77
[104] Nielsen, Ruth: EU-arbejdsret, s. 240
[105] Nielsen, Ruth: EU-arbejdsret, s. 529

6.5.2. C-555/07 – Kücükdeveci

Kücükdeveci-sagen omhandlede en tysk regel, der bestemte, at ansættelsesperioder førend det fyldte 25 år, ikke skulle medtages ved beregningen af afskedigelsesfristen. Sagen vedrørte spørgsmålet om beregning af opsigelsesvarsel, der skulle finde anvendelse i forbindelse med en arbejdstagers afskedigelse fra en privat arbejdsgiver.

Landesarbeitsgericht Düsseldorf stillede derfor EUD en række spørgsmål. Først og fremmest blev der spurgt til, hvorvidt den beskrevne bestemmelse var i strid med det fællesskabsretlige forbud mod aldersdiskrimination, eller om bestemmelsen kunne begrundes ud fra, at der indrømmes arbejdsgivere en erhvervsmæssig interesse i at have en personalemæssig fleksibilitet, og at yngre arbejdstagere tilskyndes til at have en større grad af fleksibilitet og mobilitet. Herefter spurgte Landesarbeitsgericht Düsseldorf, hvorvidt man skulle undlade at anvende en lovbestemmelse, som er i strid med fællesskabsretten, eller om uanvendelighed først indtræder, efter domstolen har truffet afgørelse, grundet den tillid, som retssubjekterne har til anvendelse af gældende national ret.[106]

EUD fandt, at der gælder et princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder, og at dette anses for værende et almindeligt EU-retligt princip. Dertil udtalte EUD, at beskæftigelsesdirektivet blot konkretiserer dette princip.[107]

Derudover anførte EUD, at den omhandlede tyske bestemmelse var et udtryk for ulige behandling.[108] Denne ulige behandling var ikke egnet til at opnå et legitimt formål, da bestemmelsen fandt anvendelse på alle arbejdstagere, der var blevet ansat før det fyldte 25 år. EUD fandt derfor, at EU-retten og princippet om forbud mod aldersdiskrimination, som blev konkretiseret ved beskæftigelsesdirektivet, skulle fortolkes således, at det EU-retlige princip er til hinder for nationale bestemmelser, som nærværende sag omhandlede.

[106] C-555/07, præmis 17
[107] C-555/07, præmis 21, hvori der henvises til C-144/04, præmis 75
[108] C-555/07, præmis 29

EUD fastslog herefter, at et direktiv ikke i sig selv kan skabe forpligtelser for private, og at en direktivbestemmelse derfor ikke kan påberåbes over for sådanne personer.[109] Imidlertid konkretiserer beskæftigelsesdirektivet princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder, men indeholder ikke selv dette almindelige EU-retlige princip. Grundet dette fandt EUD, at det påhviler den nationale ret, som skal træffe afgørelse i en tvist vedrørende princippet om forbud mod aldersdiskrimination, at sikre den retsbeskyttelse, der følger af EU-retten. EUD fandt endvidere, at den nationale ret skulle undlade at anvende enhver national bestemmelse, der er i strid med dette princip.[110]

6.5.3. C-441/14 – Ajos

Ajos-sagen omhandlede den tidligere danske bestemmelse i funktionærlovens § 2a, stk. 3, hvorefter en funktionær havde ret til 1, 2 eller 3 måneders løn, hvis funktionæren havde været uafbrudt beskæftiget i virksomheden i henholdsvis 12, 15 eller 18 år og efterfølgende var blevet opsagt. Bestemmelsen indebar imidlertid, at såfremt funktionæren ville oppebære en alderspension fra arbejdsgiveren ved vedkommendes fratrædelse, og hvis funktionæren var indtrådt i denne pensionsordning før det fyldte 50 år, ville fratrædelsesgodtgørelsen bortfalde.

Højesteret stillede i den forbindelse en række spørgsmål til EUD. Første spørgsmål vedrørte, om det almindelige EU-retlige princip om forbud mod aldersdiskrimination indeholder et forbud mod en ordning som den danske. Dernæst spurgte Højesteret, hvorvidt det ville være foreneligt med EU-retten, at danske domstole, i en sag mellem en arbejdstager og en privat arbejdsgiver, foretager en afvejning af princippet om forbud mod aldersdiskrimination over for retssikkerhedsprincippet og det sammenhængende princip om beskyttelse af den berettigede forventning og derved kommer til den konklusion, at princippet om forbud mod aldersdiskrimination må vige for retssikkerhedsprincippet i en situation som den pågældende. Arbejdsgiveren ville i så fald blive fritaget fra at betale fratrædelsesgodtgørelse.[111]

[109] C-555/07, præmis 46
[110] C-555/07, præmis 54, hvori der henvises til C-144/04, præmis 77
[111] C-441/14, præmis 20

EUD bemærkede, at det almindelige princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder, som er konkretiseret i beskæftigelsesdirektivet, har sin oprindelse i forskellige internationale konventioner og medlemsstaternes fælles forfatningsmæssige traditioner. Dette almindelige EU-retlige princip er nu fastsat i art. 21 i Chartret.[112] EUD fandt derfor, at det anførte princip skal fortolkes således, at det også i en tvist mellem private, er til hinder for den omhandlede nationale lovgivning.[113] Herefter blev det anført, at det påhviler de nationale domstole at sikre den retsbeskyttelse, der følger af EU-rettens bestemmelser, og sikre den fulde virkning af disse, når den omhandlede nationale lovgivning er i strid med EU-retten.[114]

EUD bemærkede, *"at princippet om overensstemmende fortolkning af national ret er underlagt visse begrænsninger".*[115] De nationale retsinstansers forpligtelse hertil er imidlertid begrænset af, at den ikke kan tjene som grundlag for en fortolkning, der vil være *"contra legem af national ret"*.[116] EUD udtalte, at kravet om overensstemmende fortolkning omfatter en forpligtelse for de nationale domstole til at ændre en fast retspraksis, hvis denne er baseret på en fortolkning af national ret, som er uforenelig med formålene med et direktiv.[117] EUD anførte, at Højesteret ikke med rette kunne antage, "*at det er umuligt at fortolke den omhandlede nationale bestemmelse i overensstemmelse med EU-retten"*, udelukkende på grund af, at Højesteret har fortolket bestemmelsen på en måde, der er uforenelig med EU-retten.[118] Endvidere fandt EUD, at en national domstol ikke kan støtte sig på princippet om beskyttelse af den berettigede forventning med henblik på at anvende en national retsregel, som er i strid med princippet om forskelsbehandling.[119]

Slutteligt fandt EUD, at det påhviler den nationale domstol at fortolke de omhandlede nationale bestemmelser således, at de kan anvendes i overensstemmelse med beskæftigelsesdirektivet. Hvis der ikke kan foretages en overensstemmende fortolkning, fandt EUD, at den nationale domstol i så fald skulle undlade at anvende enhver

[112] C-441/14, præmis 22
[113] C-441/14, præmis 27
[114] C-441/14, præmis 29
[115] C-441/14, præmis 32
[116] Ibid
[117] C-441/14, præmis 33
[118] C-441/14, præmis 34
[119] C-441/14, præmis 35

bestemmelse i national ret, som er i strid med forbuddet mod aldersdiskrimination. Denne forpligtelse til overensstemmende fortolkning kunne ikke drages i tvivl af retssikkerhedsprincippet eller princippet om beskyttelse af den berettigede forventning.[120]

6.5.3.1. U 2017.824 H

Det bemærkes, at Højesteret ikke følger EUD's afgørelse i Ajos-sagen, og derved ligeledes ikke EUD's praksis fra Mangold-sagen og Kücükdevice-sagen vedrørende horisontal direkte virkning af det almindelige EU-retlige princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder.[121]

Indledningsvist udtalte Højesteret, at der forelå en klar og utvetydig retstilstand vedrørende den dagældende § 2a, stk. 3 i funktionærloven. Højesteret udtalte videre, at FBL's § 1 ikke kunne gives forrang for derved at opnå direktivkonform fortolkning. Grundet dette fandt Højesteret, at der forelå en contra legem-situation. Højesteret udtalte sig herefter om, hvorvidt den omhandlede nationale bestemmelse skulle tilsidesættes til fordel for det EU-retlige princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder, der er kodificeret i art. 21 i Chartret. Højesteret udtalte imidlertid, at:

> *"... bestemmelserne i Chartret, herunder charterets art. 21 om ikke-forskelsbehandling, efter tiltrædelsesloven ikke er gjort umiddelbart anvendelige her i landet."*[122]

Højesteret anførte, at EUD har *"kompetence til at afgøre spørgsmål om fortolkningen af EU-retten"*. Højesteret henviste her til art. 267 TEUF. Det blev derfor anført, at det er EUD, som afgør, hvorvidt en *"regel efter EU-retten har direkte virkning med forrang for en modstående national bestemmelse, herunder også i tvister mellem private"*. Højesteret fandt imidlertid, at tiltrædelsesloven ikke indeholder en hjemmel til at lade det uskrevne princip om forbud mod aldersdiskrimination fortrænge den pågældende nationale bestemmelse i funktionærlovens § 2a, stk. 3 i en tvist mellem private. Højesteret udtalte, at hvis de skulle undlade at anvende den pågældende nationale

[120] C-441/14, præmis 43
[121] Nielsen, Ruth: EU-arbejdsret, s. 100f
[122] Det skal påpeges, at afskedigelsen i sagen var foretaget inden Lissabontraktaten trådte i kraft, hvorfor princippet om forbud mod aldersdiskrimination stadig var uskrevet

bestemmelse i den givne situation, ville Højesteret handle uden for rammerne af deres beføjelse som dømmende magt. På dette grundlag undlod Højesteret at anvende dagældende § 2a, stk. 3 i overensstemmelse med EU-retten.

6.5.4. Opsamling

Opsummerende kan det anføres, at EUD i Mangold-sagen og Kücükdeveci-sagen fastslog, at forbuddet mod aldersdiskrimination er et almindeligt EU-retligt princip, som ligeledes skal anvendes i forholdet mellem en ansat og dennes private arbejdsgiver. Derved blev det fastslået, at det EU-retlige princip havde horisontal direkte virkning, allerede før Lissabon-traktatens ikrafttræden. Efter Lissabon-traktatens ikrafttræden har EUD fastholdt dette synspunkt med henvisning til Chartrets art. 21 i Ajos-sagen.[123] EUD's dom i Ajos-sagen må anses som værende udtryk for en fast praksis for, at visse almindelige EU-retlige principper har horisontal direkte virkning i national ret.

Hvis der efter Lissabon-traktatens ikrafttræden opstår en lignende sag som de ovenstående, vil den relevante grundlæggende ret derfor ikke bero på det uskrevne retsprincip, men i stedet art. 21 i Chartret, som er den kodificerede version heraf.[124]

6.6. Implementering af EU-regulering

Som følge af art. 288 TEUF er det overladt til medlemsstaterne at implementere vedtagne direktiver fra EU. Det er desuden myndighederne selv i medlemsstaterne, som afgør, hvordan direktiverne skal gennemføres i national ret, omend der gælder visse begrænsninger herfor. Direktiverne skal implementeres i national ret ved bindende nationale retsakter, hvorfor det ikke er tilstrækkeligt at henvise til, at det pågældende direktiv er direkte anvendeligt.[125] Endvidere er der praksis fra EUD, som afviser anvendelsen af både retspraksis og administrativ praksis som middel til at gennemføre direktiver.[126] Selvom der er en nordisk retstradition for at tillægge lovforarbejderne en stor betydning, er der en mindre adgang til at anvende disse til at implementere EU-regulering. Dette fremgår af retspraksis fra EUD som behandles nærmere straks nedenfor.

[123] Neergaard, Ulla og Ruth Nielsen: EU-ret, s. 181
[124] Neergaard, Ulla og Ruth Nielsen: EU-ret, s. 215 og C-414/16
[125] Neergaard, Ulla og Ruth Nielsen: EU-ret, s. 228 og Nielsen, Ruth: Dansk arbejdsret, s. 51
[126] Neergaard, Ulla og Ruth Nielsen: EU-ret, s. 228f

Det bemærkes, at sagerne ikke omhandler forskelsbehandling. Imidlertid er FBL baseret på et EU-direktiv, hvorfor sagerne anvendes til belysning af, hvornår der foreligger korrekt implementering.

6.6.1. C-478/99 – Kommissionen mod Sverige

I sagen stævnede Kommissionen Sverige med påstand om, at Sverige havde tilsidesat sine forpligtelser i henhold til implementeringen af et EU-direktiv.[127] Kommissionen anførte, at Sverige ikke havde vedtaget de nødvendige love og administrative bestemmelser for at gennemføre et bilag omtalt i direktivets artikler, som indeholdte en liste over mulige urimelige kontraktvilkår.[128] Det fulgte imidlertid af præambelbetragtningerne, at bilaget kun var vejledende.[129] Sverige havde gennemført direktivet ved forskellige love, uden at bilaget med listen var gengivet heri. Derimod var listen med mulige urimelige kontraktvilkår gengivet i et af lovforslagene med dertilhørende kommentarer.[130]

Det var Kommissionens opfattelse, at bilaget skulle offentliggøres som en integreret del af loven og de bestemmelser, der gennemfører direktivet, for at opfylde kravet om retssikkerhed.[131] Som belæg herfor henviste Kommissionen til C-143/83, der behandles nærmere nedenfor, hvorefter det ikke var tilstrækkeligt kun at gennemføre et direktiv ved at omtale det i lovforarbejderne. Sverige argumenterede derimod, at bilaget og listen udelukkende var et fortolkningsbidrag og ikke i sig selv skabte rettigheder eller forpligtelser for borgere. Eftersom lovforarbejderne anvendes i den nordiske retstradition som et væsentligt fortolkningsbidrag, var det mest hensigtsmæssigt at angive bilaget i forarbejderne frem for i selve lovteksten.[132]

EUD udtalte, at de nationale retsregler, der gennemfører direktivet og retsstillingen heraf, skal være tilstrækkelig klare og præcise, således at de berettigede er i stand til at få fuldt kendskab til deres rettigheder.[133] Imidlertid fremgik det af direktivets

[127] Rådets direktiv 93/13/EØF om urimelige kontraktvilkår i forbrugeraftaler
[128] C-478/99, præmis 1
[129] C-478/99, præmis 4
[130] C-478/99, præmis 6 og 7
[131] C-478/99, præmis 12
[132] C-478/99, præmis 13 og 14
[133] C-478/99, præmis 18

bestemmelser, at det pågældende bilag kun var vejledende, idet listen hverken var udtømmende eller fastlagde vilkår, som altid ville være urimelige.[134] Det var således ikke et formål at tildele borgere rettigheder udover, hvad der fremgik af selve direktivet. EUD afviste Kommissionens argumentation om, at direktivets retsvirkning kun kan sikres fuldt ud ved ligeledes at integrere bilaget i gennemførelsesbestemmelser.[135] Eftersom bilaget kun havde en vejledende værdi, var det derfor tilstrækkeligt, at offentligheden havde mulighed for at få kendskab til det, hvilket Sverige oplyste var tilfældet, idet offentligheden på forskellige måder var sikret oplysning om det.[136] Kommissionen modstred ikke dette, men krævede fortsat, at bilaget skulle være en integreret del af loven, for at Sverige kunne anses for at have opfyldt sine forpligtelser.[137]

Eftersom Kommissionen ikke beviste, at offentligheden ikke havde mulighed for at få kendskab til det vejledende bilag, blev Sverige frifundet af EUD.[138] Herefter kan det udledes, at der er en mulighed for at gennemføre vejledende dele af direktiver gennem forarbejderne, såfremt der ikke tildeles borgere rettigheder heri. Det er dog også nødvendigt, at det er muligt for offentligheden at kunne få kendskab til indholdet af disse lovforarbejder og dermed de vejledende elementer af et direktiv.

[134] C-478/99, præmis 20
[135] C-478/99, præmis 21
[136] C-478/99, præmis 22 og 23
[137] C-478/99, præmis 23
[138] C-478/99, præmis 24-26

6.6.2. C-143/83 – Kommissionen mod Danmark

Sagen omhandlede, hvorvidt implementeringen af et EU-direktiv[139] kunne gennemføres i lovforarbejderne. Kommissionen stævnede Danmark med påstand om, at Danmark ikke havde vedtaget de nødvendige foranstaltninger til korrekt gennemførelse af direktivet.

Det var Kommissionens opfattelse, at Danmark ikke havde opfyldt sine forpligtelser ved gennemførelsen af det pågældende direktiv, da gennemførelsesbestemmelserne ikke havde den samme ordlyd som bestemmelserne i direktivet. Direktivet omtalte både *"lige løn til mænd og kvinder [...] for samme arbejde"* og *"for arbejde, som tillægges samme værdi"*.[140] Som følge af dette var opfattelsen, at forpligtelserne efter direktivet ikke var fuldt ud gennemførte ved implementeringsloven, da ordlyden i den nationale bestemmelse udelukkende var *"lige løn for samme arbejde"* og dermed ikke omtalte arbejde for *"samme værdi"*.[141] Danmark anførte, at det materielle indhold i national ret var i overensstemmelse med direktivet, idet implementeringsloven var subsidiær i forhold til kollektive overenskomster, og at sådanne har samme ordlyd som direktivet.[142]

EUD udtalte, at det som udgangspunkt var muligt for medlemsstaterne at gennemføre direktivets princip gennem arbejdsmarkedets parter. Imidlertid var det stadig medlemsstaternes ansvar at sikre, at arbejdstagere omfattet af direktivet var i stand til at nyde den fulde beskyttelse heraf. Arbejdstagere var ikke garanteret at være beskyttet under ligelønsprincippet, når det ikke var givet, at alle var organiseret, eller samtlige områder var dækket af en kollektiv overenskomst.[143] EUD afviste herefter Danmarks argumenter, da den danske lov ikke var tilstrækkelig klar og præcis til at give den fulde beskyttelse til arbejdstagerne. EUD anerkendte imidlertid, at beskyttelsen i direktiv fremgik af de kollektive overenskomster, omend det ikke ville sikre de arbejdstagere, som ikke var omfattet af en overenskomst.[144] Af hensyn til både retssikkerheden og retsbeskyttelsen krævedes en utvetydig formulering, hvorved borgerne kunne få

[139] Rådets direktiv 75/117, om gennemførelse af ligelønsprincippet i national ret
[140] C-143/83, præmis 2
[141] C-143/83, præmis 4 og 5
[142] C-143/83, præmis 6 og 7
[143] C-143/83, præmis 8
[144] C-143/83, præmis 9

kendskab til deres rettigheder og forpligtelser på en tilstrækkelig klar og tydelig måde.[145]

Danmark påpegede, at der var optaget en erklæring i Rådets forhandlingsprotokol inden vedtagelsen af direktivet. Det fremgik af erklæringen, at Danmarks opfattelse var, at *"udtrykket 'samme arbejde' fortsat kan anvendes i danske arbejdsretlige regler"*.[146] Dette blev imidlertid tilsidesat af EUD, idet ensidige erklæringer ikke kan anvendes ved fortolkning af EU-regler. Rækkevidden af direktiver kunne derfor ikke ændres ved medlemsstaternes egne forbehold, eftersom der kræves en fælles forståelse heraf.[147]

Eftersom gennemførelsesbestemmelsen i national ret ikke havde samme ordlyd, fik den nationale ret en mere snæver rækkevidde, hvorved Danmark som følge heraf ikke opfyldte sine forpligtelser. EUD udtalte i sine afsluttende præmisser, at selvom ordlyden i den danske lov fortolkes lige så bredt som rækkevidden i direktivet, var det ikke tilstrækkeligt til at sikre *"en hensigtsmæssig information"*.[148] Danmark havde derfor tilsidesat sine forpligtelser.

Hermed kan det udledes, at når det vedrører rettigheder og forpligtelser, skal de nationale bestemmelser, der implementerer EU-direktiver, følge den samme ordlyd, som det bagvedliggende direktiv. Dette er nødvendigt for at sikre, at de omfattede borgere kan få kendskab til såvel deres rettigheder som deres forpligtelser. Hvis gennemførelsesbestemmelserne ikke er tilstrækkelig klare og tydelige i forhold til rettighederne og forpligtelserne i det bagvedliggende direktiv, vil den pågældende medlemsstat have tilsidesat sine forpligtelser. Eftersom fortolkningen af loven ikke er tilstrækkelig til at sikre dette, er det således selve lovens ordlyd, som skal være i overensstemmelse med direktivet.[149]

[145] C-143/83, præmis 10
[146] C-143/83, præmis 12
[147] C-143/83, præmis 13
[148] C-143/83, præmis 11
[149] Nielsen, Ruth: Dansk arbejdsret, s. 62

6.6.3. Opsamling

Samlet kan det udledes, at lovforarbejderne i vist omfang kan anvendes til at implementere direktiver fra EU, så længe der ikke gennemføres rettigheder eller forpligtelser heri. I henhold til hensynet til retssikkerheden, skal disse angives i implementeringsloven for at sikre, at de berørte borgere får den fulde beskyttelse, som direktiverne har til formål at sikre. Angivelsen skal svare til indholdet af direktivet, så forståelsen er utvetydig og præcis. Derimod er det muligt at angive vejledende fortolkningsbidrag i lovforarbejderne. EU-retlige fortolkningsbidrag til direktiver kan således implementeres i national ret i lovforarbejderne, som efter den nordiske retstradition udgør et væsentligt fortolkningsbidrag.

7. Ligebehandlingsnævnet, klageadgang og sanktioner

Ligebehandlingsnævnet er nedsat ved lov[150] og er en uvildig, upartisk og uafhængig institution.[151] Med nævnets oprettelse i 2009 blev der etableret en samlet administrativ klagenævnsbehandling for sager vedrørende forskelsbehandling. Forinden loven blev fremsat og vedtaget, var der ikke mulighed for administrativ klagebehandling af sager om aldersdiskrimination, hvorfor disse sager således frem til 2009 kun kunne behandles ved domstolene.[152]

Det er nævnets opgave at behandle klager, der vedrører forskelsbehandling.[153] Ankestyrelsen bistår som sekretariat til Ligebehandlingsnævnet,[154] samt forbereder nævnets behandling af klager.[155] Det bemærkes, at forbuddet mod aldersdiskrimination i FBL ikke gælder uden for arbejdsmarkedet.[156] Nævnet har desuden til opgave at udmåle og tilkende godtgørelse. Retten til godtgørelse for overtrædelse fremgår af FBL § 7, stk. 1, der dog ikke fastsætter nogen minimums- eller maksimumsgrænse for

[150] Lov 2008 nr. 387
[151] https://bm.dk/arbejdsomraader/arbejdsvilkaar/forskelsbehandling/ligebehandlingsnaevnet/
[152] https://ast.dk/naevn/ligebehandlingsnaevnet/om-ligebehandlingsnaevnet
[153] Nielsen, Ruth: Dansk arbejdsret, s. 44
[154] Lov om Ligebehandlingsnævnet § 5, stk. 1
[155] Lov om Ligebehandlingsnævnet § 5, stk. 2
[156] https://ast.dk/naevn/ligebehandlingsnaevnet/alder-handicap-kon-etnisk-oprindelse-seksuel-orientering-ovrige-grunde/forskelsbehandling-pa-grund-af-alder

størrelsen heraf.[157] Udmålingen foretages af domstolene og skal som udgangspunkt ske på baggrund af en konkret vurdering af sagens faktiske omstændigheder, ligesom der skal være for øje, at det af beskæftigelsesdirektivets art. 17 fremgår, at sanktionerne ved overtrædelse af lovens beskyttelse skal være effektiv og stå i rimelig forhold til overtrædelsen samt have afskrækkende virkning. Derudover fører Ligebehandlingsnævnet sagen for domstolene, såfremt nævnets afgørelser eller forlig ikke efterleves.[158]

Det er hovedreglen i dansk ret, at der gælder en ligefrem bevisbyrde. Imidlertid gælder en delt bevisbyrde i sager om forskelsbehandling. Det er lønmodtagers bevisbyrde at pege på konkrete og faktiske omstændigheder, der giver anledning til at formode, at vedkommende er blevet udsat for enten direkte eller indirekte forskelsbehandling på grund af vedkommendes alder.[159] Påvises der faktiske omstændigheder, der giver en formodning for forskelsbehandling, har lønmodtageren dermed løftet sin del af bevisbyrden. Det er dernæst arbejdsgiveren, der pålægges at bevise, at FBL ikke er overtrådt ved den givne handling eller undladelse. Betydningen af den delte bevisbyrde er, at beviskravene lempes for lønmodtageren.[160]

[157] Vejledning nr. 9118 af 2. april 2019, pkt. 7.2
[158] https://bm.dk/arbejdsomraader/arbejdsvilkaar/forskelsbehandling/ligebehandlingsnaevnet/
[159] Ibid
[160] Vejledning nr. 9118 af 2. april 2019, pkt. 7.1

8. Forskelsbehandlingsloven og dens udvikling

8.1. Forskelsbehandlingsloven af 1996

Den oprindelige forskelsbehandlingslov blev vedtaget i 1996,[161] og forbød forskelsbehandling på baggrund af flere kriterier.[162] På dette tidspunkt var alder endnu ikke omfattet af lovens forbud mod forskelsbehandling.[163]

Lovforslaget til den oprindelige lov[164], blev fremsat, idet Danmark på tidspunktet ikke levede op til de internationale forpligtelser, som pålagt ved ratificering af konventionerne[165], i et tilstrækkeligt omfang.[166] Danmarks forpligtelse indebar ligebehandling og fjernelse af *"enhver forskelsbehandling"* for så vidt angår beskæftigelse og erhverv.[167]

Beskæftigelsesdirektivet var ikke vedtaget i 1996. På tidspunktet for fremsættelse af lovforslaget havde EU alene vedtaget en resolution vedrørende racisme, der opfordrede medlemsstaterne til at sikre mod denne form for forskelsbehandling. Dette forbud var allerede omfattet af Danmarks internationale forpligtelser. Det er på baggrund af disse forpligtelser, at lovens anvendelsesområde blev udformet.[168]

Forskelsbehandlingslovens hovedbestemmelse var § 2, stk. 1, hvori selve forbuddet blev indført. Herefter måtte en arbejdsgiver ikke forskelsbehandle en lønmodtager inden for alle arbejdsvilkår. Det var uden betydning, om arbejdsvilkårene var fastlagt ved aftale mellem lønmodtageren og arbejdsgiveren, eller ensidigt fastlagt af arbejdsgiveren.[169] Imidlertid skal der gøres opmærksom på, at lovbemærkningerne ikke indeholdt en nærmere definition af, hvad der var en arbejdsgiver eller en lønmodtager.

---

[161] Lov 1996 nr. 459
[162] Såsom etnicitet, overbevisninger og seksualitet efter dagældende § 1, stk. 1
[163] Hertil svarede ministeren, at lovforslaget *"i første omgang skal sikre"* gennemførelsen af ILO-konventioner. Dette var årsagen til, at alder ikke blev tilføjet til lovforslaget. Ministeren udtalte også, at man tillader forskelsbehandling på grund af alder, hvorfor det nøje burde overvejes, om alder skulle tilføjes. (Folketingstidende 1995-96, tillæg B, L 181, s. 612)
[164] Folketingstidende 1995-96, L 181
[165] ILO-konvention nr. 111 og FN's konvention om racediskrimination
[166] Folketingstidende 1995-96, tillæg A, L 181, s. 3541
[167] Ibid
[168] Ibid
[169] Folketingstidende 1995-96, tillæg A, L 181, s. 3543

8.2. Forbuddet mod aldersdiskrimination

På baggrund af beskæftigelsesdirektivet blev der i 2004 fremsat et lovforslag til ændring af forskelsbehandlingsloven af 1996[170]. Ved lovændringen blev forbuddet mod forskelsbehandling udvidet til ligeledes at omfatte alder og handicap. Lovforslaget ændrede imidlertid ikke ved lovens horisontale bestemmelser eller anvendelsesområder.[171]

I de almindelige bemærkninger til lovforslaget fremgår det, at det saglige anvendelsesområde i FBL svarer til beskæftigelsesdirektivet. I denne forbindelse oplister bemærkningerne direktivets art. 3, stk. 1, litra a-d. Det bemærkes, at *"selvstændig erhvervsvirksomhed"*, *"erhvervsmæssig beskæftigelse"* og *"uanset branche og uanset niveau i erhvervshierarkiet*", som fremgår af art. 3, stk. 1, litra a, ikke er gengivet heri. Der foretages ikke i bemærkningerne en nærmere stillingtagen til, hvorvidt dette er en bevidst udeladelse fra lovgivers side. Det må heroverfor bemærkes, at formålet med lovforslaget er at *"gennemføre den resterende del af Rådets direktiv 2000/78/EØF"*.[172] Lovforslaget gennemfører således kun dele af beskæftigelsesdirektivet, da de resterende dele allerede var blevet gennemført tidligere[173].[174] Lovbemærkningerne fremstår tvetydige, idet der ikke er foretaget en eksplicit stillingtagen til spørgsmålet om, hvorvidt FBL og beskæftigelsesdirektivet har samme beskyttede personkreds. Denne tvetydighed fremkommer som følge af den manglende angivelse af *"selvstændig erhvervsvirksomhed"*, *"erhvervsmæssig beskæftigelse"* og *"uanset branche og uanset niveau i erhvervshierarkiet*" i lovbemærkningerne, trods lovgiver anfører, at de gennemfører beskæftigelsesdirektivet.

Ved lovændringen i 2006[175] blev FBL problematiseret af Dansk Arbejdsgiverforening (DA) i henhold til, hvorvidt direktører var omfattet af lovens beskyttede personkreds. DA udtalte i deres høringssvar af 6. oktober 2006, at lovforslaget efter deres opfattelse alene omfatter lønmodtagere og ikke andre grupper på arbejdsmarkedet, såsom

[170] Folketingstidende 2004-05, 1. samling, L 92
[171] Folketingstidende 2004-05, 1. samling, tillæg A, L 92, s. 2697
[172] Folketingstidende 2004-05, 1. samling, tillæg A, L 92, s. 2716
[173] Ved L 2004 nr. 253
[174] Folketingstidende 2004-05, 1. samling, tillæg A, L 92, s. 2697
[175] Folketingstidende 2006-07, L 61

direktører.[176] Ved høringsnotat af 16. oktober 2006 kommenterede Beskæftigelsesministeriet på denne opfattelse af personkredsen. Beskæftigelsesministeriet bemærkede, at:

"DA's forståelse af lovforslaget i forhold til de administrerende direktører kan ikke bekræftes".[177]

Beskæftigelsesministeriets kommentar blev gentaget i forbindelse med svaret på spørgsmål 1 fra Arbejdsmarkedsudvalget,[178] hvori beskæftigelsesministeren henviser til høringsnotatet samt ministeriets svar af 28. oktober 2005, som ligeledes blev vedlagt til afklaring af FBL's beskyttede personkreds. Det er heri ministeriets vurdering, at selvom direktører i visse sammenhænge optræder på selskabsledelsens vegne, har kontraktforholdet mellem direktøren og selskabet nogle af de samme karakteristiske træk, som er til stede i et ansættelsesforhold, herunder ansættelses- og afskedigelseskompetence samt instruktionsbeføjelsen.[179] Dette er i overensstemmelse med EU-rettens indfortolkning af direktørstillingen i arbejdstagerbegrebet.[180] Det bemærkes, at Beskæftigelsesministeriets ikke har gengivet samme eksplicitte stillingtagen til anvendelsesområdet i vejledningen til loven fra 2019.[181]

På baggrund af ovenstående kan det udledes, at der foreligger en tvetydighed vedrørende forståelsen af FBL's beskyttede personkreds. Denne tvetydighed skyldes den manglende eksplicitte stillingtagen fra lovgiver ved indførelsen af alderskriteriet ved lovændringen i 2004 samt beskæftigelsesministerens henvisning til høringsnotatet af 2006, hvori det klart blev angivet, at direktører er omfattet af FBL's beskyttede personkreds, og udeladelsen af denne angivelse i den nuværende vejledning. Selvom der ved lovændringen i 2006 forelå modstridende opfattelser af, hvorvidt andre persongrupper, end den i dansk ret traditionelle lønmodtager[182], var omfattet af FBL's beskyttede personkreds, medførte dette ikke, at lovgiver forholdt sig til denne

[176] Folketingstidende 2006-07, tillæg A, L 61, Bilag 1, høringssvar, dokument nr. 17, s. 1f
[177] Folketingstidende 2006-07, tillæg A, L 61, Bilag 1, høringsnotat, s. 2
[178] Svar på Folketingets Arbejdsmarkedsudvalg spørgsmål 1 til L 61 FT 2006-07
[179] Svar på Folketingets Arbejdsmarkedsudvalg spørgsmål 1 til L 61 FT 2006-07, s. 3
[180] Som behandlet i afsnit 5.3. og 10.
[181] Vejledning nr. 9118 af 2. april 2019, pkt. 3.2
[182] Lønmodtageren efter dansk retstradition er beskrevet i afsnit 5.1.

problemstilling i bemærkningerne til lovforslaget eller i øvrigt ændrede loven for at afklare personkredsen tydeligt.

Det bemærkes, at der ved senere ændringer af FBL ikke har været en stillingtagen til den beskyttede personkreds.[183]

9. Rådets direktiv 2000/78/EF

Rådets direktiv 2000/78/EF om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse, også kaldet for beskæftigelsesdirektivet, blev udstedt efter den daværende art. 13 EF, nu art. 19, stk. 1 TEUF. Efter denne bestemmelse er det muligt for Rådet at *"træffe hensigtsmæssige foranstaltninger til at bekæmpe forskelsbehandling på grund af [...] alder"*. Beskyttelsen mod forskelsbehandling er desuden en rettighed, der anerkendes i forskellige folkeretlige konventioner.[184] Endvidere er disse principper generelle i EU-retten.[185] I art. 3 TEU, tidligere art. 2 EF, fremgår målene for EU. Disse mål omfatter blandt andet at fremme befolkningernes velfærd.[186] Derudover omfattes bekæmpelse af forskelsbehandling, solidaritet mellem generationerne samt at fremme økonomisk og social samhørighed og solidaritet.[187] Forskelsbehandling på grund af alder kan forhindre opfyldelsen af disse mål.[188] Det er på denne baggrund, at al forskelsbehandling forbydes inden for EU, både direkte og indirekte.[189] Særligt forbuddet mod forskelsbehandling på grund af alder er central for at opnå målet om fuld beskæftigelse.[190]

Beskæftigelsesdirektivet har således sin oprindelse i grundlæggende frihedsrettigheder, der tillige udgør generelle EU-retlige principper, og direktivet skal sikre opfyldelsen af EU's mål.

[183] Ved lovforslag om ophævelse af den mulige aldersgrænse, L 60 FT 2014-15, blev personkredsen ikke italesat, selvom det må anses for at have været oplagt som følge af de tidligere diskussioner.
[184] Herunder Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, som EU's medlemsstater har undertegnet, jf. beskæftigelsesdirektivet, præambel 4
[185] Art. 6, stk. 3 TEU og beskæftigelsesdirektivet, præambel 1
[186] Art. 3, stk. 1 TEU
[187] Art. 3, stk. 2 TEU
[188] Beskæftigelsesdirektivet, præambel 11
[189] Beskæftigelsesdirektivet, præambel 12
[190] Beskæftigelsesdirektivet, præambel 25

9.1. Formålet

Formålet med beskæftigelsesdirektivet er først og fremmest at gennemføre princippet om ligebehandling. Derudover er formålet at fastlægge den generelle ramme for bekæmpelsen af forskelsbehandling inden for beskæftigelse og erhverv.[191] Beskæftigelsesdirektivet fastlægger ikke principperne om ligebehandling og forbud mod forskelsbehandling, men fastlægger derimod en generel ramme på baggrund af generelle EU-retlige principper, som har deres oprindelse i diverse konventioner samt EU's mål, hvilket kommer til udtryk i EUD's praksis.[192] EUD udtaler desuden, at direktivet er en konkretisering af det generelle princip om forbuddet mod forskelsbehandling, der er fastsat i Chartres art. 21.[193] Dette er med henblik på *"at yde alle personer en effektiv beskyttelse mod forskelsbehandling"*.[194]

Det bemærkes, at beskæftigelsesdirektivet er et minimumsdirektiv.[195] Det er muligt for medlemsstaterne at vedtage mere gunstige regler på beskæftigelsesområdet, omend der ikke kan fastsættes lempeligere regler.

9.2. Anvendelsesområdet

Anvendelsesområdet for beskæftigelsesdirektivet fremgår af art. 3. Det har ingen betydning om beskæftigelsen er inden for den private eller offentlige sektor, da begge sektorer er inden for anvendelsesområdet. Det brede anvendelsesområde uddybes nærmere i litra a-d i art. 3, stk. 1.

Herefter følger det af art. 3, stk. 1, litra a, at vilkårene for selve adgangen til beskæftigelse er omfattet, hvilket omfatter udvælgelseskriterier, ansættelsesvilkår samt i henhold til forfremmelse. Dette er uanset branche og niveauet i erhvervshierarkiet, og det omfatter lønarbejde, selvstændig erhvervsvirksomhed og erhvervsmæssig beskæftigelse. Herved bliver både arbejdstagere og selvstændigt erhvervsdrivende beskyttet efter direktivet.[196] Adgangen til beskæftigelse omfatter blandt andet regler om

[191] Beskæftigelsesdirektivet art. 1
[192] C-144/04, præmis 74 og 75 og C-414/16, præmis 75
[193] C-414/16, præmis 47 og C-507/18, præmis 38
[194] C-507/18, præmis 36
[195] Beskæftigelsesdirektivet, præambel 28 og art. 8
[196] Nielsen, Ruth: Lov om forbud mod forskelsbehandling, s. 168

en øvre aldersgrænse for ansættelse i en stilling, eftersom dette påvirker ansættelsesvilkårene.[197]

Der må ej heller foretages forskelsbehandling ved adgangen til erhvervsvejledning og -uddannelse efter art. 3, stk. 1, litra b. Dette gælder for alle typer og niveauer af vejledning og former for uddannelse. De mere generelle ansættelses- og arbejdsvilkår såsom afskedigelse og løn er også omfattet af forbuddet og bekæmpelsen af forskelsbehandling på beskæftigelsesområdet efter art. 3, stk. 1, litra c. Sådanne vilkår omfatter regler, der påvirker længden af ansættelsesforhold.[198] Yderligere er medlemskabet af arbejdstager- og arbejdsgiverorganisationer også omfattet af direktivets anvendelsesområde efter art. 3, stk. 1, litra d.

Foruden direktivets ordlyd er det ligeledes af betydning for omfanget af anvendelsesområdet, hvordan EUD fortolker beskæftigelsesdirektivet.

9.3. Fortolkning

Som anført ovenfor er formålet med beskæftigelsesdirektivet at sikre lige muligheder for alle til at deltage i det økonomiske og sociale liv i medlemsstaterne inden for EU. Dette er desuden et af målene fremsat i art. 3 TEU. Både formålet og de bagvedliggende grundlæggende værdier bevirker, at direktivet ikke skal fortolkes indskrænkende.[199] Retten til ligebehandling og forbuddet mod forskelsbehandling er de grundlæggende rettigheder, som direktivet beskytter og konkretiserer. Det er på baggrund af disses karakter, at beskæftigelsesdirektivet og dets anvendelsesområde ikke skal fortolkes indskrænkende.

Den brede fortolkning af beskæftigelsesdirektivet er ydermere i harmoni med præambelbetragtningerne, hvorefter beskæftigelse og erhverv er *"afgørende områder, når det gælder om at sikre lige muligheder for alle"*.[200] Det grundlæggende lighedsprincip er derfor en central del af arbejdsmarkedet og beskæftigelsen. For at kunne opfylde

[197] C-258/15, præmis 25 og C-416/13, præmis 30
[198] C-388/07, præmis 27 og 28
[199] C-507/18, præmis 39
[200] Beskæftigelsesdirektivet, præambel 9

målene i art. 3 TEU, er det nødvendigt, at lighedsprincippet effektueres og at forskelsbehandling forbydes.[201]

Yderligere fremhæves det i betragtningerne, at der *"bør lægges særlig vægt på støtte til ældre arbejdstagere".*[202] Ved at øge arbejdstagernes deltagelse i arbejdsstyrken, bliver den sociale integrering fremmet. Derved er det muligt at opnå et af målene i art. 3 TEU, eftersom social udstødelse og forskelsbehandling bliver bekæmpet, og der arbejdes på en solidaritet mellem generationerne ved denne integrering og diversitet på arbejdspladserne.

Endvidere understøtter præambelbetragtning 30, at der foretages en bred fortolkning af beskæftigelsesdirektivet. Betragtningen omtaler den *"[effektive] gennemførelse af princippet om ligebehandling"* og ikke den effektive gennemførelse af direktivet. Da direktivets formål er at gennemføre ligebehandlingsprincippet og fastlæggelsen af generelle rammer for bekæmpelse af forskelsbehandling,[203] vil en indskrænkende fortolkning af direktivet således være strid med en effektiv gennemførelse af ligebehandlingsprincippet.

Direktivet er desuden vedtaget med henblik på at sikre en ensartet bekæmpelse af forskelsbehandling og beskyttelse af lighedsprincippet i henhold til beskæftigelse og erhverv inden for hele EU.[204] Dette er i overensstemmelse med subsidiaritetsprincippet, også kaldt nærhedsprincippet[205], i art. 5, stk. 3 TEU. Den ensartede sikring af beskæftigelses- og erhvervsmæssige vilkår er bedre gennemført på fællesskabsplan end på nationalt plan.[206] For at sikre denne ensartethed inden for EU skal direktivet fortolkes EU-konformt.[207]

[201] Beskæftigelsesdirektivet, præambel 10 og 11
[202] Beskæftigelsesdirektivet, præambel 8
[203] Beskæftigelsesdirektivet art. 1
[204] Beskæftigelsesdirektivet, præambel 37
[205] Princippet om, at EU kun vedtager regler, hvis den påtænkte virkning bedre kan opnås på EU-plan end på lokalt plan i medlemsstaterne
[206] Beskæftigelsesdirektivet, præambel 37
[207] Behandlet i afsnit 6.3.

10. Relationen mellem det EU-retlige arbejdstagerbegreb og direktører

Som redegjort for under afsnit 5.1. og 5.2. skal der sondres mellem det danske lønmodtagerbegreb og det EU-retlige arbejdstagerbegreb. Hvorvidt direktører kan anses for værende omfattet af disse begreber har en betydning for deres beskyttelse efter FBL. Det er på denne baggrund, at de følgende domme fra såvel dansk som EU-retspraksis vil blive gennemgået og behandlet.

Det bemærkes indledningsvist, at nedenforstående domme ikke vedrører forbuddet mod aldersdiskrimination. Dommenes relevans for nærværende afhandling beror derimod på, hvorvidt ledelsesmedlemmer, såsom direktører, kan anses for at være omfattet af det EU-retlige arbejdstagerbegreb.

10.1. U 1993.11 H

Sagen omhandlede den omstændighed, at en direktørs arbejdsgiver var gået konkurs. Direktøren fortsatte imidlertid i det nye selskab, som havde overtaget den konkursramte virksomhed. Direktørens lønvilkår var de samme som tidligere, men var dog blevet drøftet på et møde, uden at dette førte til nogle ændringer.

Sø- og Handelsretten fandt, at sagsøgte var bundet af den tidligere indgåede ansættelseskontrakt, idet sagsøgte fastholdt ansættelsen af sagsøgeren, direktøren, gennem en længere periode sammen med lønvilkårene. Derudover havde sagsøgte ikke tydeligt meddelt direktøren, at de ikke anså kontraktens vilkår for værende gældende mellem parterne.

Højesteret fandt, at det var ubestridt, at sagsøger reelt fungerede som administrerende direktør. Derudover fandt Højesteret, at direktøren ikke kunne anses for værende omfattet af loven om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelser. Dette fandtes at være tilfældet, uanset at der var henvist til funktionær- og ferieloven i ansættelseskontrakten. Højesteret tiltrådte dog, at sagsøgte var bundet af ansættelseskontrakten.

Opsummerende kan det af ovenstående udledes i henhold til dansk ansættelsesretlig regulering, som implementerer EU-direktiver, at lønmodtagerbeskyttelseslovgivning, som er baseret på EU-retten, nationalt vil kunne begrænses. Derved er det udelukkende medarbejdere, der er omfattet af det nationale lønmodtagerbegreb, der kan påberåbe sig den pågældende nationale beskyttelseslovgivning. Hvis dette synspunkt følges, vil det medføre, at den øverste ledelse, herunder direktører, ikke vil kunne påberåbe sig beskyttelsen i FBL.[208]

Det bemærkes, at det bagvedliggende direktiv[209] ikke indeholdt en definition af arbejdstagere. Dog var det af EUD blevet fastslået, at arbejdstagerbegrebet i dette direktiv:

"skal forstås således, at det omfatter enhver person, som i den pågældende medlemsstat er beskyttet som arbejdstager i henhold til national lovgivning på det arbejdsretlige område."[210]

En national afgrænsning af arbejdstagerbegrebet var dermed efter det pågældende direktiv tilladeligt. Dette vil dog nærmere fremgå af afsnit 13.5.

[208] Hjorth-Hartmann, Jens Jakob og Finn Schwarz: Forbud mod forskelsbehandlings på arbejdsmarkedet – forskelsbehandlingsloven, s. 98f
[209] Rådets direktiv 77/187/EØF
[210] C-105/84, præmis 28

10.2. C-232/09 – Dita Danosa

Sagen omhandlede Dita Danosa, sagsøger, og LKB Lizings SIA, sagsøgte, og beslutningen truffet af dette anpartsselskabs generalforsamling om at bringe Dita Danosas funktion som medlem af styrelseskomiteen i det omhandlede selskab til ophør.[211]

Den præjudicielle afgørelse vedrørte fortolkningen af direktiv 92/85/EØF af 19. oktober 1992[212].[213] Dita Danosa var det eneste medlem af styrelseskomitéen i selskabet.[214] Danosa gjorde gældende, at hun var blevet ulovligt afsat fra sit hverv.[215] I retten gjorde Danosa gældende, at hun korrekt havde varetaget sine erhvervsmæssige forpligtelser, som fulgte af selskabets vedtægter og styrelseskomiteens forretningsorden. Yderligere anførte Danosa, at hun havde modtaget vederlag for sit arbejde og optjent ferie, hvorfor det måtte antages, at der forelå et ansættelsesforhold.[216] LKB blev imidlertid frifundet i både første instans og anden instans, hvorfor Dita Danosa indgav kassationsanke[217] til den forelæggende ret for EUD.[218]

Ved kassationsinstansen blev det af Danosa yderligere gjort gældende, at hun burde anses for værende en arbejdstager i EU-retlig forstand uden hensyntagen til, om dette ligeledes måtte være tilfældet i henhold til lettisk ret. Danosa gjorde herefter gældende, at:

> *"[under] hensyn til forbuddet mod afskedigelse i artikel 10 i direktiv 92/85 og til den væsentlige interesse, som denne bestemmelse skal beskytte i retsforhold af enhver art, hvori et retligt ansættelsesforhold kan identificeres, har Letland pligt til med alle midler, herunder retslige midler, at sikre overholdelsen af de retlige og sociale garantier, som gives til fordel for gravide arbejdstagere."*[219]

[211] C-232/09, præmis 2
[212] Direktivets formål var at iværksætte foranstaltninger til forbedring af sikkerheden og sundheden under arbejdet for gravide arbejdstagere før og efter fødsel, jf. art. 1
[213] C-232/09, præmis 1
[214] C-232/09, præmis 20
[215] C-232/09, præmis 24
[216] C-232/09, præmis 25
[217] En særlig form for anke, hvor rettens prøvelse af parternes anbringender er begrænset
[218] C-232/09, præmis 26
[219] C-232/09, præmis 27

LKB gjorde på den anden side gældende, at medlemmer af en styrelseskomité i et kapitalselskab ikke udførte opgaver efter en anden persons anvisninger, hvorfor de ikke kunne anses for værende arbejdstagere i EU-retlig forstand. LKB gjorde herefter gældende, at grundet det tillidsforhold, der krævedes til varetagelsen af den opgave, som medlemmer af en styrelseskomité i et kapitalselskab var pålagt, var det berettiget, at der fastsattes forskellige beskyttelsesniveauer for henholdsvis arbejdstagere og medlemmer af en styrelseskomité. LKB gjorde endvidere opmærksom på, at EU-retten sondrer mellem personer, der udfører opgaver efter arbejdsgiverens anvisninger, og personer, der udøver en ledelsesbeføjelse, og som er arbejdsgiverens repræsentanter og ikke arbejdsgiverens underordnede.[220]

Den forelæggende ret besluttede herefter at forelægge EUD to principielle spørgsmål.

1) *"Skal et medlem af et kapitalselskabs ledende organ anses for en »arbejdstager« i fællesskabsrettens forstand?*
2) *Er den omstændighed, at artikel 224, stk. 4, i den lettiske handelslov tillader at afskedige et medlem af et kapitalselskabs styrelseskomité uden nogen begrænsninger, navnlig uden hensyn til det pågældende medlems graviditet, uforenelig med artikel 10 i direktiv 92/85 og Domstolens praksis?"*[221]

Indledningsvist anførte EUD, at begrebet arbejdstager efter fast retspraksis i direktivets forstand ikke skulle fortolkes divergerende afhængig af hvilken national lovgivning, der er tale om.[222] Begrebet arbejdstager måtte derfor defineres på grundlag af objektive kriterier, som *"karakteriserer de pågældende personers rettigheder og pligter i arbejdsforholdet"*.[223] EUD udtalte herefter, at det væsentligste kendetegn ved arbejdsforholdet for en arbejdstager er, at *"en person i en vis periode præsterer ydelser mod vederlag for en anden og efter dennes anvisninger"*.[224]

EUD fandt herefter, at selvom arbejdsforholdet efter national ret har en sui-generis karakter, er dette ikke afgørende for arbejdstagerbegrebet i EU-rettens forstand. Hvis

[220] C-232/09, præmis 28
[221] C-232/09, præmis 30
[222] Eksempelvis C-105/84, præmis 24
[223] C-232/09, præmis 39
[224] Ibid

en person opfylder de ovenfor gengivne betingelser i præmis 39, vil karakteren af retsforholdet mellem arbejdstageren og arbejdsgiveren ikke være afgørende.[225]

Det blev herefter udtalt af EUD, at den formelle betegnelse som selvstændig erhvervsdrivende i national ret ikke er afgørende for, om en person bør kvalificeres som værende en arbejdstager. Dette vil derimod afhænge af, hvorvidt vedkommendes uafhængighed er fiktiv *"og dermed skjuler, at der foreligger et arbejdsforhold i dette direktivs forstand"*.[226]

EUD fastlagde herefter, at den nationale betegnelse for forholdet mellem medlemmer af et selskabs styrelseskomité og et kapitalselskab, og hvorvidt der er indgået en ansættelseskontrakt mellem disse, ikke kan være afgørende for forholdets kvalificering.[227] EUD påpegede efterfølgende, at Danosa mod vederlag udførte de opgaver, som blev hende pålagt af selskabets vedtægter og den interne forretningsorden i styrelseskomitéen. Derudover var det uden betydning, at Danosa selv var ansvarlig for at udarbejde forretningsordenen i styrelseskomitéen.[228]

Vedrørende spørgsmålet om underordnelsesforhold, som var blevet problematiseret af LKB, bemærkede EUD, at dette afhang af en konkret vurdering. I denne vurdering skulle der tages hensyn til alle omstændigheder, der kendetegnede forholdet mellem parterne.[229] EUD udtalte, at selve betegnelsen *"medlem af et kapitalselskabs styrelseskomité"* ikke i sig selv kan udelukke, at medlemmet er i et underordnelsesforhold i forhold til selskabet. EUD anførte i denne forbindelse, at:

> *"Der skal nemlig foretages en undersøgelse af de betingelser, hvorunder komitémedlemmet er blevet ansat, arten af de funktioner, som medlemmet er blevet tildelt, rammerne, inden for hvilke disse funktioner udføres, rækkevidden af den pågældendes beføjelser og det tilsyn, den pågældende er underlagt i selskabet, såvel som de omstændigheder, hvorunder den pågældende kan afskediges"*.[230]

[225] C-232/09, præmis 40
[226] C-232/09, præmis 41
[227] C-232/09, præmis 42
[228] C-232/09, præmis 43
[229] C-232/09, præmis 46
[230] C-232/09, præmis 47

I henhold til lettisk ret kunne et medlem af en styrelseskomité afskediges ved beslutning truffet af generalforsamlingen efter at være blevet suspenderet af bestyrelsen. Afskedigelsen af Danosa var derved blevet truffet af et organ, som Danosa ikke kontrollerede, og som kunne træffe beslutninger mod hendes vilje.[231]

Endelig fandt EUD, at det ikke kan udelukkes, at *"medlemmer af et selskabs ledende organ [...] ikke er omfattet af begrebet arbejdstager, således som dette er defineret i denne doms præmis 39"*. EUD kom frem til denne betragtning i lyset af de specifikke funktioner, som medlemmer af et selskabs ledende organ, i dette tilfælde en styrelseskomité, er pålagt. Imidlertid opfylder disse medlemmer umiddelbart betingelserne for at blive anset som værende en arbejdstager, hvis de:

"mod vederlag udfører ydelser for det selskab, som har udnævnt vedkommende, og hvori vedkommende indgår som en integrerende del, som udfører sin virksomhed efter anvisninger fra eller under tilsyn af et andet organ i selskabet, og som på ethvert tidspunkt kan afskediges fra sin funktion uden begrænsninger".[232]

Det første præjudicielle spørgsmål blev således besvaret med, at et medlem af et kapitalselskabs styrelseskomité skal anses for værende en arbejdstager i henhold til direktiv 92/85, hvis medlemmet *"udfører ydelser for selskabet og indgår som en integrerende del heraf"* og yderligere hvis det pågældende medlems virksomhed *"udføres inden for en vis periode, efter anvisninger fra eller under tilsyn af et andet organ i selskabet, og såfremt medlemmet for denne virksomhed modtager et vederlag"*.[233]

Vedrørende det andet præjudicielle spørgsmål fandt EUD, at den forelæggende ret måtte ønske det nærmere oplyst, hvorvidt *"artikel 10 [...] skal fortolkes således, at den er til hinder for en national lovgivning som den [...] omhandlede [...] navnlig uden hensyn til den pågældendes graviditet"*.[234] EUD udtalte hertil, at domstolen allerede tidligere havde

[231] C-232/09, præmis 50
[232] C-232/09, præmis 51
[233] C-232/09, præmis 56
[234] C-232/09, præmis 57

fastslået, at direktivets formål var at beskytte kvindelige arbejdstagere før og efter fødsel.[235] I denne forbindelse, udtalte EUD, at:

"Dette formål, som ligger til grund for [...] direktiv 92/85 [...], kan ikke opnås, hvis den beskyttelse mod afskedigelse, som i henhold til EU-retten tilkommer gravide kvinder, afhænger af den formelle kvalifikation af deres ansættelsesforhold i national ret eller af det valg, der med hensyn til deres ansættelse er foretaget mellem den ene eller anden type kontrakt".[236]

EUD besvarede derfor det andet præjudicielle spørgsmål med, at art. 10 i direktiv 92/85 skulle fortolkes således, *"at den er til hinder for en national lovgivning som den [...] omhandlede"*.[237]

Opsummerende kan det udledes, at EUD finder den formelle kvalifikation af arbejdsforholdet irrelevant for, om en person bør anses for værende en arbejdstager. Dette skyldes, at det skulle tillægges vægt, hvorvidt den pågældende person *"præsterer ydelser mod vederlag for en anden og efter dennes anvisninger"*, samt hvorvidt vedkommende udfører sin virksomhed *"efter anvisninger fra eller under tilsyn af et andet organ i selskabet, og som på ethvert tidspunkt kan afskediges fra sin funktion uden begrænsninger"*. Formålet med direktivet skal endvidere tillægges betydelig vægt. Formålet var her navnlig at beskytte kvindelige arbejdstagere før og efter fødslen. Det afgørende var, at formålet ikke kunne opnås, såfremt beskyttelsen afhang af, hvordan ansættelsesforholdet formelt blev kvalificeret efter national ret.[238]

[235] C-232/09, præmis 68
[236] C-232/09, præmis 69
[237] C-232/09, præmis 74
[238] Hjorth-Hartmann, Jens Jakob og Finn Schwarz: Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet – forskelsbehandlingsloven, s. 101f

10.3. C-229/14 – Balkaya

Sagen omhandlede Ender Balkaya, sagsøger, og Kiesel Abbruch GmbH, sagsøgte, herunder selskabets kollektive afskedigelse af medarbejderne og lovligheden af denne ved ikke at have indgivet meddelelse om dette til det nationale agentur for arbejde.[239]

Den præjudicielle afgørelse vedrørte fortolkningen af direktiv 98/59/EF af 20. juli 1998[240].[241]
Balkaya blev, ligesom samtlige andre medarbejdere, opsagt. Denne opsigelse anfægtede Balkaya, idet Kiesel Abbruch ikke havde meddelt arbejdsagenturet herom forinden afskedigelsen.[242] Det var ubestridt af parterne, at der ikke var indgivet denne meddelelse. Derimod var der uenighed om, hvorvidt Kiesel Abbruch var forpligtet til dette.[243] Efter den tyske implementering af direktiv 98/59/EF var selskaber forpligtet til at meddele om kollektive afskedigelser, hvis der var mere end 20 personer ansat. I denne forbindelse var det ubestridt af parterne, at der var 18 personer ansat på datoen for afskedigelsen.[244] Selve tvisten omhandlede tre forskellige personer i firmaet, hvoraf den ene var direktøren for Kiesel Abbruch. Det var på baggrund af dette, at den nationale domstol fremlagde det følgende relevante præjudicielle spørgsmål:

"*Skal den relevante EU-ret, navnlig artikel 1, stk. 1, litra a), i direktiv 98/59/EF, fortolkes således, at den er til hinder for nationale lovbestemmelser eller national praksis, hvorefter et medlem af et kapitalselskabs styrelseskomité ikke medregnes ved beregningen af personale i henhold til den nævnte bestemmelse, selv om det pågældende medlem udfører sin virksomhed efter anvisninger fra og under tilsyn af et andet organ i dette selskab, for denne virksomhed modtager et vederlag og ikke selv ejer anparter i selskabet?*"[245]

Den forespørgende tyske ret anførte, at det er generalforsamlingen, der udnævner direktøren. Selve direktørens rettigheder og forpligtelser over for selskabet er reguleret

[239] C-229/14, præmis 2
[240] Direktivets formål var at øge beskyttelsen af arbejdstagere i tilfælde af kollektive afskedigelser, jf. præambel 2
[241] C-229/14, præmis 1
[242] C-229/14, præmis 17
[243] C-229/14, præmis 16 og 19
[244] C-229/14, præmis 18
[245] C-229/14, præmis 30

i ansættelseskontrakten, der efter tysk ret ikke er en arbejdskontrakt, da det er en aftale om en levering af ydelser i form af en ledelseskontrakt.[246]

Kiesel Abbruch anførte, at begrebet arbejdstager skulle defineres ud fra medlemsstaternes egen nationale lovgivning. EUD afviste imidlertid denne argumentation.[247] Dette var begrundet i, at det omhandlede direktiv i sagen ville harmonisere regelgrundlaget angående kollektive afskedigelser i hele EU, hvorved der sikres "*en sammenlignelig beskyttelse af arbejdstagernes rettigheder i de forskellige medlemsstater og en tilnærmelse af de byrder, disse beskyttelsesregler indebærer for virksomhederne"*.[248] For at sikre dette var det nødvendigt at sikre en ensartet fortolkning af begrebet arbejdstager i hele EU, da medlemsstaterne ellers ville *"kunne ændre direktivets anvendelsesområde og berøve det dets fulde virkning"*.[249]

EUD fastlagde herefter, hvad der kendetegnede en arbejdstager, og hvordan stillingen defineredes. Definitionen heraf var *"på grundlag af objektive kriterier, som karakteriserer de pågældende personers rettigheder og pligter i et arbejdsforhold"*, hvoraf det væsentligste var, at man under et underordnelsesforhold præsterede ydelser mod vederlag.[250]

Desuden var det af den forespørgende ret anførte ikke afgørende for definitionen af en arbejdstager. Karakteren af arbejdsforholdet efter national ret, såsom at en direktørs ansættelseskontrakt ikke anses for at være en arbejdskontrakt, var således ikke en central del af vurderingen efter EU-retten.[251] Det anførtes, at det ikke er *"retsforholdet mellem arbejdstager og arbejdsgiver"*, der er afgørende.[252]

Efterfølgende blev det diskuteret, hvorvidt direktøren i Kiesel Abbruchs styrelseskomite var underlagt et underordnelsesforhold. Dette skyldtes blandt andet, at en direktør hverken var lige så afhængig eller underordnet som led i sit erhverv som en sædvanlig arbejdstager. EUD fastlagde imidlertid, at:

[246] C-229/14, præmis 26
[247] C-229/14, præmis 33
[248] C-229/14, præmis 32
[249] C-229/14, præmis 33
[250] C-229/14, præmis 34, hvori der henvises til C-232/09, præmis 39
[251] C-229/14, præmis 35
[252] C-229/14, præmis 36, hvori der henvises til C-232/09, præmis 40

"et sådant underordnelsesforhold skal vurderes i hvert enkelt tilfælde under hensyntagen til alle de elementer og konkrete omstændigheder, der kendetegner forholdet mellem parterne".[253]

I denne forbindelse udtalte EUD, at selve stillingsbetegnelsen ikke havde en væsentlig betydning for klarlæggelsen af et underordnelsesforhold. Selve *"den omstændighed, at en person har betegnelsen medlem af et kapitalselskabs ledende organ"* er ikke ensbetydende med, at den pågældende ikke *"befinder sig i et underordnelsesforhold i forhold til dette selskab"*.[254] De afgørende konkrete omstændigheder var derimod 1) ansættelsesbetingelserne, 2) de tildelte funktioner og deres tilhørende rammer, 3) den pågældendes beføjelser og deres rækkevidde, 4) det underlagte tilsyn, samt 5) mulighederne for afskedigelse.[255] Hertil havde EUD allerede fastlagt, at et medlem af en styrelseskomité kunne anses for at være en arbejdstager, når der udføres ydelser for selskabet, som direktøren er en integreret del af, mod vederlag, og desuden var underlagt tilsyn af et andet selskabsorgan, hvor der var mulighed for at blive afskediget på ethvert tidspunkt uden begrænsninger.[256]

Da de ovenfor nævnte momenter og betragtninger blev anvendt på den konkrete juridiske tvist, blev det konstateret, at *"et sådant medlem af et kapitalselskabs styrelseskomité [...] befinder sig ikke desto mindre i et underordnelsesforhold i forhold til dette selskab"*.[257] Direktøren blev udnævnt af selskabets generalforsamling, der ligeledes kunne afskedige ham til enhver tid uden begrænsninger. Desuden var det generalforsamlingen, der førte tilsyn med direktøren, der ligeledes var underlagt selskabsorganets anvisninger.

EUD bemærkede tillige, at det ikke havde nogen afgørende betydning, hvorvidt direktøren ejede kapitalandele i Kiesel Abbruch.[258] Derved skulle direktøren anses for at være i et underordnelsesforhold til trods for, at han havde et større skøn i udøvelsen

[253] C-229/14, præmis 37, hvori der henvises til C-232/09, præmis 46
[254] C-229/14, præmis 38, hvori der henvises til C-232/09, præmis 47
[255] Ibid
[256] C-229/14, præmis 39, hvori der henvises til C-232/09, præmis 51 og 56
[257] C-229/14, præmis 41, hvori der henvises til C-232/09, præmis 49-51
[258] C-229/14, præmis 40

af sit erhverv og ligeledes havde mulighed for at fastsætte andres arbejdsopgaver. Det bemærkedes hertil, at over-/underordnelsesforholdet her bestod mellem direktøren og selskabet Kiesel Abbruch.[259]

Det var på baggrund af disse betragtninger samt det forhold, at direktøren modtog vederlag for sit arbejde, at han dermed blev anset for værende en arbejdstager.[260]

Yderligere understøttede formålet med det pågældende direktiv ligeledes denne konklusion ifølge EUD.[261] Dette var på baggrund af, at formålet var *"at øge beskyttelsen af arbejdstagere i tilfælde af kollektive afskedigelser"*, hvorfor anvendelsesområdet, *"herunder definitionen af begrebet arbejdstager"*, ikke kunne defineres snævert.[262] EUD afviste direkte argumentet om, at direktører ikke havde behov for direktivets beskyttelse, og derved skulle beskyttelsen ligeledes omfatte direktører.[263] Direktører havde brug for beskyttelsen, eftersom deres situation ikke adskiller sig fra andre arbejdstageres i tilfælde af kollektive afskedigelser.[264] Desuden ville direktivets effektive virkning blive frataget, da samtlige arbejdstagere ville blive påvirket, hvis medlemmer af et selskabs styrelseskomité ikke blev medregnet i tærskelværdierne omtalt i direktiv 98/59.[265]

På baggrund af samtlige betragtninger besvarede EUD spørgsmålet med, at direktivet således var:

> *"til hinder for en national lovgivning eller praksis, som ved beregningen af antallet af arbejdstagere [...] ikke medregner et medlem af et kapitalselskabs styrelseskomité [...] der udfører sin virksomhed efter anvisninger fra og under tilsyn af et andet organ i dette selskab, for denne virksomhed modtager et vederlag og ikke selv ejer anparter i selskabet"*.[266]

[259] C-229/14, præmis 41, hvori der henvises til C-232/09, præmis 49-51
[260] C-229/14, præmis 42 og 43
[261] C-229/14, præmis 44
[262] C-229/14, præmis 44
[263] C-229/14, præmis 45
[264] C-229/14, præmis 46
[265] C-229/14, præmis 47
[266] C-229/14, præmis 48

Det kan dermed udledes, at selvom en direktør anses for at være en arbejdsgiver over for de almindelige arbejdstagere i en virksomhed, kan direktøren selv anses for værende en arbejdstager. Dette er tilfældet, hvis der er et andet selskabsorgan, der har beføjelser til at ansætte og afskedige direktøren til enhver tid, og som har en instruksbeføjelse over vedkommende. Hvor meget frihed direktøren ellers har under udførelsen af sit hverv kan ikke have betydning for dette. Det er derfor ikke af afgørende betydning, hvorvidt direktøren er en del af selskabets ejerkreds.

10.4. Opsamling

På baggrund af ovenstående praksis[267] kan det udledes, at der skal foretages en konkret vurdering af, hvorvidt ledelsesmedlemmer, såsom direktører, kan være omfattet af arbejdstager- og lønmodtagerbegrebet.

Arbejdstagerbegrebet skal efter EU-retten vurderes ud fra objektive elementer, som er karakteristiske for det konkrete ansættelsesforhold og de indeværende rettigheder og forpligtelser. Et væsentligt element er, hvorvidt der eksisterer et underordnelsesforhold. Det afgørende for et sådant underordnelsesforhold er ikke betegnelsen for stillingen eller hvor stort et skøn, den ansatte har i udøvelsen af sit hverv. Derimod er det afgørende, hvorvidt der er et tilsyn fra et andet selskabsorgan, hvorvidt der modtages et vederlag for arbejdet, og hvorvidt det er muligt at afskedige direktøren uden begrænsninger på ethvert givent tidspunkt. Ud fra dette vil medlemmer af et selskabs styrelseskomité og ledende organ efter en konkret vurdering kunne betragtes som værende arbejdstagere inden for EU-retten med dertilhørende beskyttelse.[268]

Hvis det pågældende direktiv har til formål at øge beskyttelsen på et område, skal der ikke foretages en snæver fortolkning af dets anvendelsesområde. Det skal også sikres, at den effektive virkning af og beskyttelse i direktivet og opfyldelsen at dets formål ikke begrænses af en snæver og streng fortolkning af anvendelsesområdet. Det må

[267] U 1993.11 H, C-232/09 og C-229/14

[268] Definition af det EU-retlige arbejdstagerbegreb efter C-232/09 og C-229/14 blev cementeret i C-742/19, da EUD i denne afgørelse anvendte de samme argumenter. Arbejdstageren i EU-retten skal herefter vurderes ud fra objektive kriterier, der karakteriserer ansættelsesforholdet i forhold til rettigheder og forpligtelser, herunder især hvorvidt der konkret er et underordnelsesforhold.

bemærkes, at såfremt det bagvedliggende direktiv tillader en national afgrænsning af arbejdstagerbegrebet i henhold til national ret, vil en afgrænsning heraf ikke være i strid med formålet for direktivet.

11. C-587/20 – Ligebehandlingsnævnet mod HK/Danmark

Sagen angik en medarbejder, der var ansat i en lokalafdeling i arbejdstagerorganisationen HK. Medarbejderen blev i 1992 valgt som næstformand i HK/Service og senere i HK/Privat. I 1993 blev vedkommende valgt som formand for den pågældende sektor. Herefter blev hun genvalgt hvert fjerde år og bestred følgelig posten som sektorformand indtil den 8. november 2011. Sektorformanden var på dette tidspunkt fyldt 63 år, og hun havde dermed overskredet den fastsatte aldersgrænse i § 9 af HK/Privats sektorlove. Denne regel fratog sektorformanden muligheden for at genopstille til formandsvalget i det pågældende år. Bestemmelsen i HK/Privats sektorlove vedtog, at kun medlemmer, der på valgdagen ikke var fyldt 60 år, kunne vælges til hvervet som formand. Denne aldersgrænse kunne i nogle tilfælde forlænges til det 61 år for de medlemmer, der var blevet genvalgt efter kongressen i 2005.

Grundet det faktum, at sektorformanden ikke kunne genopstille til formandsvalget, resulterede i, at sektorformanden valgte at indgive en klage på baggrund af forskelsbehandling til Ligebehandlingsnævnet. I denne klage gjorde sektorformanden gældende, at hun var blevet udsat for forskelsbehandling på grund af sin alder.

Nedenfor følger Ligebehandlingsnævnets afgørelse.

11.1. Ligebehandlingsnævnets afgørelse af 22. juni 2016

De gældende vilkår og forhold vedrørende stillingen som sektorformand i HK fremgik af en aftale med titlen "Kontrakt for valgte". I denne aftale var der angivet en fast månedsløn inklusive pension. Derimod var der ikke angivet en fast arbejdstid. Stillingen var ikke omfattet af funktionærlovens bestemmelser, men var imidlertid omfattet af ferieloven. Det var hovedforbundets øverste myndighed, Kongressen, der valgte formanden og andre tillidsmænd i forbundets sektorer for en periode på fire år ad gangen. Kongressen var yderligere det eneste organ i forbundet, som havde kompetence til at afsætte tillidspersoner.

Under sagens behandling i Ligebehandlingsnævnet fremførte den tidligere sektorformand, at hun var omfattet af FBL's § 2. Formanden fremhævede, at det bagvedliggende beskæftigelsesdirektiv beskyttede *"alle personer"*, hvilket både omfattede lønmodtagere og selvstændige. Hertil henviste formanden til Beskæftigelsesministeriets udtalelse fra 2005[269], hvorefter en fortolkning af FBL ikke kunne udelukke, at loven også omfatter administrerende direktører. Formanden gjorde gældende, at hun i sin beskæftigelse havde ageret som direktør, hvorved der var et ansættelsesforhold i henhold til bestyrelsen. Derudover indeholdt aftalen "Kontrakt for valgte" rettigheder og forpligtelser, som etablerede et over-/underordnelsesforhold samt sanktionsmuligheder. Endvidere blev det fremført, at det ikke kunne tillægges betydning, hvordan stillingen tiltrædes. Således ville det være uden betydning, om det havde været:

"en traditionel ansættelsesprocedure, eller om ansættelsen [var] foregået ved et valg på en kongres".

Slutteligt påpegede formanden, at mens funktionærloven udelukkende var dansk ret, hvilede FBL på *"EU-retlig regulering med deraf følgende nuancering af lønmodtagerbegrebet til følge"*.

Herefter udtalte HK, at formanden ikke havde været udsat for forskelsbehandling.

[269] Svar på Folketingets Arbejdsmarkedsudvalg spørgsmål 1 til L 61 FT 2006-07, s. 2-3

Det blev i den forbindelse gjort gældende, at Ligebehandlingsnævnet ikke kunne behandle klagen, eftersom formanden ikke var *"lønmodtager i forskelsbehandlingslovens forstand".* HK lagde vægt på, at formanden havde bestridt *"en af de højeste poster som sektorformand",* og desuden havde været et aktivt medlem i hovedbestyrelsen og forretningsudvalget. Til støtte herfor blev det udtalt, at en valgt politiker ikke kan anses for værende en lønmodtager. HK fremførte, at det klart fremgik af reglementet, at der ikke var tale om et lønmodtager- og arbejdsgiverforhold. Dette skyldtes, at tillidsvalgte, såsom formanden, indgik i det øverste ledelsesorgan i HK. De kunne derfor ikke betragtes som ansatte, da de var politisk valgte.

Det blev yderligere gjort gældende, at formanden ikke havde været underlagt nogen krav om at *"levere en bestemt arbejdsydelse*", eller været underlagt nogen instruktionsbeføjelse. Formanden havde derimod været i stand til at agere uafhængigt af HK og yderligere været beskyttet mod afskedigelse, da udelukkende kongressen havde kompetence til at afsætte formanden.

Derudover anførte HK, at en politisk valgt person, som varetager et hverv som formanden, ikke er omfattet af lønmodtagerbegrebet i hverken dansk ret eller i øvrigt EU-retten. Dette blev understøttet af, at EUD i flere afgørelser har udtalt, at instruktionsbeføjelsen er central, når det skal vurderes, hvorvidt en person er omfattet af det EU-retlige arbejdstagerbegreb. HK udtalte endvidere, at der ikke efter anden lovgivning, forarbejder, direktiver eller lignende er grundlag for at betragte medlemmer af en lønmodtagerorganisations øverste ledelse for værende omfattet af lønmodtager- eller arbejdstagerbegrebet.

HK afviste, at tillidsmandserhvervet kunne sidestilles med direktørhvervet, idet en valgt tillidsperson ikke var underlagt vilkår, der kendetegner en lønmodtager eller vilkår, der kunne sammenlignes med dem, der gjaldt for en direktør. Derudover har alle faglige organisationer administrative ledere, der er ansat som øverste chef og som varetager en direktørs funktioner. I sektorformandens afdeling var dette med titlen sekretariatschef.

Yderligere anførte HK, at det ikke kunne tillægges betydning, at der mellem HK og formanden var indgået en skriftlig aftale. Det skyldes, at det udtrykkeligt fremgik, at det

var en "Kontrakt for valgte". Denne kontrakt var en følge af valget og samtidig for en begrænset tidsmæssig periode. I forlængelse af dette blev det yderligere anført, at det ikke kunne tillægges betydning, at en tillidsperson modtager et vederlag, eller at dette vederlag bliver omtalt som løn.

Herefter blev det bemærket, at FBL's § 3, stk. 4 udelukkende vedrører medlemskab og deltagelse i en fagforenings aktiviteter. Bestemmelsen ville derfor ikke finde anvendelse på det givne forhold, da valget af en kandidat er en driftsmæssig proces, som ikke relaterer sig til fagforeningens faglige aktiviteter.

Slutteligt blev det af HK anført, at såfremt der forelå forskelsbehandling på grund af alder, var denne forskelsbehandling sagligt begrundet *"i aldersfordelingen af indklagedes medlemmer"*. Endvidere var den eventuelle forskelsbehandling på grund af alder et objektivt, nødvendigt og hensigtsmæssigt kriterium. Det blev her anført, at disse aldersbegrænsninger i HK's interne love havde bestået i årtier og havde til formål at sikre et løbende generationsskifte. Grundet dette blev det anført, at der skulle ske frifindelse med henvisning til FBL's § 1, stk. 3.

11.1.1. Ligebehandlingsnævnets begrundelse og konklusion

Det bemærkes, at der var dissens i Ligebehandlingsnævnets afgørelse. Flertallet på fire medlemmer gengav indledningsvist FBL's § 2. Herefter gengav flertallet FBL's § 3, stk. 3 og stk. 4.[270] Flertallet udtalte, at disse bestemmelser tilsigter at gennemføre beskæftigelsesdirektivet.

Herefter udtalte flertallet, at artikel 3 i beskæftigelsesdirektivet fastsætter dets anvendelsesområde. Det følger af denne bestemmelse, at

"direktivet finder anvendelse i både den offentlige og private sektor på alle personer for så vidt angår vilkårene for adgang til beskæftigelse, udøvelse af selvstændig erhvervsvirksomhed og erhvervsmæssig beskæftigelse [...] uanset branche og niveau i erhvervshierarkiet"

[270] Bestemmelsen angår selvstændigt erhverv og medlemskab og deltagelse i en lønmodtager- eller arbejdsgiverorganisation

Flertallet udtalte, at bestemmelserne i FBL skal fortolkes i overensstemmelse med beskæftigelsesdirektivet, og at det skal gøres *"på en sådan måde, at bestemmelsernes formål sikres opfyldt"*.

Derefter var flertallet af den opfattelse, at posten som sektorformand er en erhvervsmæssig beskæftigelse i beskæftigelsesdirektivets forstand. Formandsposten var derfor omfattet af loven, uanset at denne post indeholder momenter, som er karakteristiske for både lønmodtagere og selvstændige. På grund af dette fandt flertallet, at HK's reglement om, at formandskandidater ikke måtte være fyldt 60 år på valgdagen, var i strid med FBL.[271]

Mindretallet var enig med flertallet i, at:

> *"forskelsbehandlingsloven skal fortolkes i overensstemmelse med direktivet, og at direktivet sigter mod en bred beskyttelse mod forskelsbehandling på grund af alder"*.

Mindretalsmedlemmet fandt yderligere, at formandskabet indeholdt momenter som var karakteristiske for direktørposten. Imidlertid fandt mindretallet, at formandens varetagelse af sin stilling var et resultat af en valghandling på HK's generalforsamling. Mindretallet mente således, at formanden ikke var beskyttet af FBL's § 2. Yderligere fandt mindretalsmedlemmet ikke, at der var holdepunkter for, at ordlyden i FBL's § 3, stk. 4 skulle omfatte muligheden for at opstille til et valg til HK's ledende organer.

Ligebehandlingsnævnets afgørelse blev imidlertid ikke fuldbyrdet, hvorfor nævnet anlagde sag ved Københavns byret mod HK. Sagen blev herefter henvist til Østre Landsret, da den rejste principielle spørgsmål.[272]

[271] Afgørelsen indeholder imidlertid ikke en dybere begrundelse for dette
[272] C-587/20, præmis 11

11.2. EU-Domstolens afgørelse

Indledningsvist var Østre Landsret af den opfattelse, at tvisten afhang af, hvorvidt formanden, som en politisk valgt formand, var omfattet af anvendelsesområdet for beskæftigelsesdirektivet. Såfremt dette var tilfældet, var det ubestridt, at formanden havde været udsat for en direkte forskelsbehandling på grund af sin alder.[273]

Østre Landsret fremhævede, at den tidligere formand ikke havde status som ansat i henhold til, hvordan dette skulle forstås efter funktionærloven. Den tidligere formand var underlagt instruktioner fra en overordnet, mens hun varetog et politisk tillidshverv, som var under ansvar for HK's sektorkongres. Hvervet indebar, at formanden var underlagt en fortrolighedsforpligtelse. Hendes funktioner som formand havde visse momenter, som var karakteristiske for lønmodtagere.[274]

Det blev af Østre Landsret anført, at den tidligere formand varetog sektorens overordnede ledelse, herunder fastlæggelse af politikken inden for sektorens fagområder. Endvidere havde formanden til opgave at indgå i og forny overenskomster samt sikre overholdelsen heraf. Derudover var hun også medlem af HK/Danmarks hovedbestyrelse.[275]

Østre Landsret var af den opfattelse, at EUD ikke præcist havde defineret begreberne *"lønnet beskæftigelse*", *"selvstændig erhvervsvirksomhed"* og *"erhvervsmæssig beskæftigelse"*.[276] Endvidere var Østre Landsret af den opfattelse, at EUD ikke havde taget stilling til, om politisk valgte medlemmer af en arbejdstagerorganisation var omfattet af beskæftigelsesdirektivets anvendelsesområde.[277]

På denne baggrund besluttede Østre Landsret at forelægge EUD følgende præjudicielle spørgsmål:

[273] C-587/20, præmis 12
[274] C-587/20, præmis 13
[275] C-587/20, præmis 14
[276] Begreberne fremgår af beskæftigelsesdirektivet art. 3, stk. 1, litra a
[277] C-587/20, præmis 16

"Skal artikel 3, stk. 1, litra a, i [direktiv 2000/78] fortolkes således, at en politisk valgt sektorformand i en fagforening under de ovenfor beskrevne omstændigheder er omfattet af direktivets anvendelsesområde?"[278] [279]

11.2.1. Art. 3, stk. 1, litra a

EUD indledte med at bemærke, at artikel 3, stk. 1, litra a i beskæftigelsesdirektivet, finder anvendelse:

"både i den offentlige og den private sektor [...] på alle personer for så vidt angår vilkårene for adgang til lønnet beskæftigelse, udøvelse af selvstændig erhvervsvirksomhed og erhvervsmæssig beskæftigelse [...] uanset branche og uanset niveau i erhvervshierarkiet".[280]

Det blev herefter lagt til grund, at fastsættelsen af en aldersgrænse, som den i sagen omhandlede, til hvervet som formand, påvirker ansættelsesvilkårene for de berørte. Derfor anses det for at fastsætte regler for adgang til lønnet beskæftigelse[281].[282]

HK og Fagbevægelsens Hovedorganisation (FH) intervenerede imidlertid i sagen og var af den opfattelse, at et formandshverv ikke er omfattet af begreberne *"lønnet beskæftigelse"*, *"selvstændig erhvervsvirksomhed"* og *"erhvervsmæssig beskæftigelse"*. Endvidere anførtes, at anvendelsen af art. 3, stk. 1, litra a var begrænset til stillinger, som besættes af *"'arbejdstagere', som omhandlet i artikel 45 TEUF"*. De gjorde her gældende, at hvervet som formand ikke kan kvalificeres som værende en *"arbejdstager"*.[283]

Hertil bemærkede EUD, at beskæftigelsesdirektivet ikke henviser til medlemsstaternes ret til at definere de ovenfor omtalte begreber. EUD anførte, at kravene til ensartet anvendelse af EU-retten og lighedsprincippet medfører, at en bestemmelse:

---

[278] C-587/20, præmis 17
[279] EUD bemærkede til spørgsmålet, at selvom det kun angik artikel 3, stk. 1, litra a, måtte den forelæggende ret med spørgsmålet ønske oplyst, hvorvidt artikel 3, stk. 1, litra a og d skal fortolkes, således som angivet i det ovenfor præsenterede spørgsmål, jf. C-587/20, præmis 19 og 20
[280] C-587/20, præmis 21
[281] EUD havde allerede fastslået dette i C-258/15, præmis 25 og C-416/13, præmis 30
[282] C-587/20, præmis 23
[283] C-587/20, præmis 24

"som ikke indeholder nogen udtrykkelig henvisning til medlemsstaternes ret med henblik på at fastlægge dens betydning og rækkevidde, normalt skal undergives en selvstændig og ensartet fortolkning i hele Unionen".[284]

Beskæftigelsesdirektivet definerer ikke de omtalte begreber, hvorfor disse bør fortolkes i overensstemmelse med den sædvanlige betydning. Imidlertid skal der tages hensyn til den kontekst, hvori begreberne anvendes og de mål, som forfølges efter den lovgivning, de indgår i.[285] EUD henviste herefter til punkt 32 i generaladvokatens forslag til afgørelse. Dette punkt anførte, at art. 3, stk. 1, litra a *"omfatter alle regler, der fastsætter vilkår for adgang til enhver erhvervsmæssig aktivitet uanset arten og indholdet heraf"*. Dette skyldes, at de omtalte begreber skal forstås bredt.[286] Det blev endvidere anført af EUD, at en ordlydsfortolkning af art. 3, stk. 1, litra a i beskæftigelsesdirektivet ud fra direktivets formål ikke kan føre til en indskrænkende fortolkning.[287]

Det blev herefter lagt til grund, at beskæftigelsesdirektivets anvendelsesområde ikke skal begrænses til stillinger, der besættes af en *"arbejdstager"*. Dette skyldes, at EU-lovgiver ikke har haft til hensigt at begrænse beskæftigelsesdirektivet hertil. Efter EUD's praksis[288] er en arbejdstager en person *"som i en vis periode præsterer ydelser mod vederlag for en anden og efter dennes anvisninger"*. Yderligere udtalte EUD, at ordlyden af art. 3, stk. 1, litra a i beskæftigelsesdirektivet ikke er begrænset til stillinger besat af arbejdstagere.[289]

EUD tillagde det herefter vægt, at beskæftigelsesdirektivet konkretiserer det generelle princip om forbud mod forskelsbehandling, der er fastsat i art. 21 i Chartret om grundlæggende rettigheder.[290] Yderligere blev der henvist til generaladvokatens punkt 37 i forslaget til afgørelse.[291] Heri anførte generaladvokaten, at beskæftigelsesdirektivet

[284] C-587/20, præmis 25
[285] C-587/20, præmis 26
[286] C-587/20, præmis 27
[287] C-587/20, præmis 30
[288] Denne praksis er behandlet i afsnit 10.
[289] C-587/20, præmis 28 og 29
[290] C-587/20, præmis 33, hvori der henvises til C-507/18
[291] C-587/20, præmis 34

har til formål at tilgodese samfundsmæssige og almene interesser. Formålet med dette er at:

"afskaffe alle hindringer, der er begrundet i forskelsbehandling, for adgangen til levevej og for evnen til at bidrage til samfundet gennem arbejde uanset den juridiske kvalificering af det arbejde, der er tale om".[292]

EUD fandt, at spørgsmål om, hvorvidt vilkårene for adgangen til hvervet som formand er omfattet af beskæftigelsesdirektivet, ikke afhænger af, om en formand kvalificeres som arbejdstager.[293] EUD afviste endvidere HK og FH's ræsonnement om, at vilkår for adgang til erhvervsmæssig beskæftigelse er udelukket fra beskæftigelsesdirektivets anvendelsesområde, da formandskabet for en arbejdstagerorganisation er et hverv af politisk karakter.[294] Dette skete ud fra den betragtning, at beskæftigelsesdirektivet ikke udelukker vilkår for adgang til lønnet beskæftigelse eller erhvervsmæssig beskæftigelse fra dens anvendelsesområde i tilfælde, hvor den ansatte er blevet valgt til hvervet[295].[296]

Desuden er stillinger af politisk karakter ikke udelukket fra beskæftigelsesdirektivets anvendelsesområde, hvilket kan udledes af art. 3, stk. 1, litra a, som finder anvendelse i den offentlige og private sektor og uanset branche.[297] Generaladvokaten anførte ligeså, at det formål beskæftigelsesdirektivet forfølger ikke vil kunne opnås, hvis beskyttelsen *"afhænger af arten af de funktioner, der udøves inden for rammerne af en bestemt lønnet beskæftigelse"*.[298]

Som følge af dette fandt EUD:

"at "vilkårene for adgang" som omhandlet i art. 3, stk. 1, litra a), i direktiv 2000/78 til hvervet som formand for en arbejdstagerorganisation er omfattet af dette direktivs anvendelsesområde".[299]

---

[292] Forslag til afgørelse i C-587/20, pkt. 37
[293] C-587/20, præmis 35
[294] C-587/20, præmis 36 og 37
[295] Selve metoden til at besætte en stilling påvirker ikke beskæftigelsesdirektivets anvendelsesområde, jf. C-81/12, præmis 45
[296] C-587/20, præmis 38
[297] C-587/20, præmis 39
[298] C-587/20, præmis 40
[299] C-587/20, præmis 48

11.2.2. Art. 3, stk. 1, litra d

EUD fastslog først og fremmest, at i henhold til art. 3, stk. 1, litra d finder beskæftigelsesdirektivet anvendelse angående deltagelse i en arbejdstagerorganisation.[300] Herefter henviste EUD til punkt 52 i generaladvokatens forslag til afgørelse,[301] hvori det er angivet, at det at opstille til at formandsvalg, ligesom udøvelsen af dette hverv, er *"en form for 'deltagelse' i en sådan organisation"*.[302] Denne fortolkning vil ligeledes opfylde formålet med beskæftigelsesdirektivet, hvilket gør, at begreberne nævnt i art. 3 ikke kan fortolkes indskrænkende.[303]

EUD fandt desuden, at *"udøvelsen af hvervet som formand for en arbejdstagerorganisation"* var omfattet af art. 3, stk. 1, litra d i beskæftigelsesdirektivet.[304] På baggrund heraf fandt EUD, at:

"Henset til samtlige ovenstående betragtninger skal det forelagte spørgsmål besvares med, at artikel 3, stk. 1, litra a) og d), i direktiv 2000/78 skal fortolkes således, at en aldersgrænse for at kunne vælges til hvervet som formand for en arbejdstagerorganisation, der er fastsat i denne organisations vedtægter, er omfattet af dette direktivs anvendelsesområde".[305]

11.3. Opsamling

Det kan på baggrund af ovenstående udledes, at beskæftigelsen som formand skal indbefattes i beskæftigelsesdirektivets artikel 3, stk. 1, litra a og d, således, at en formand, eksempelvis i en organisation som HK, er underlagt direktivets anvendelsesområde, hvorefter formænd er beskyttet mod forskelsbehandling på grund af alder. En formand er omfattet, eftersom politiske stillinger ikke er udelukket fra direktivets anvendelsesområde. Derudover medfører formålet med direktivet, at beskyttelsen ikke skal afhænge af funktionerne inden for en bestemt lønnet beskæftigelse. Desuden vil det at opstille til et valg blive anset for at være "deltagelse" i

[300] C-587/20, præmis 49
[301] C-587/20, præmis 50
[302] Forslag til afgørelse i C-587/20, pkt. 52
[303] C-587/20, præmis 51
[304] C-587/20, præmis 53
[305] C-587/20, præmis 54

en arbejdstagerorganisation. Dermed må det udledes, at beskæftigelsesdirektivet således ikke er begrænset til stillinger, som besættes af arbejdstagere.

Som det kan ses ud fra Ligebehandlingsnævnets afgørelse, tillægges den EU-konforme fortolkning betydelig vægt, idet det anføres, at formålet med bestemmelserne i direktivet skal sikres opfyldt i FBL.

Afslutningsvist bør det bemærkes, at Østre Landsret på nuværende tidspunkt ikke har afsagt dom i sagen, hvorfor sagen fortsat er verserende. Det er således fortsat uklart, hvorvidt Østre Landsret vil følge EUD's afgørelse.

12. Præsentation af argumenter fremsat i den juridiske litteratur

Som det fremgår af de ovenforstående afsnit, er der forskel på det danske lønmodtagerbegreb og det EU-retlige arbejdstagerbegreb.

Ud fra det ovenstående må det fastslås, at det EU-retlige arbejdstagerbegreb kan omfatte direktører. Derimod er der en distinktion mellem det at være lønmodtager og arbejdsgiver i dansk ret, som en direktør som hovedregel anses for værende. I den danske litteratur eksisterer der en diskussion af, hvorvidt FBL's lønmodtagerbegreb skal fortolkes således, at den også omfatter ledelsesmedlemmer, såsom direktører. Grobunden for denne diskussion er det faktum, at beskæftigelsesdirektivet ikke begrænser sit anvendelsesområde til arbejdstagere, men i stedet omfatter alle *"uanset niveau i erhvervshierarkiet"*. Ved at fortolke det danske lønmodtagerbegreb i FBL som det EU-retlige arbejdstagerbegreb, vil FBL få en bredere beskyttet personkreds, som i større grad svarer til beskæftigelsesdirektivet.

De forskellige synspunkter herom i litteraturen vil nedenfor blive gennemgået for efterfølgende at indgå i en diskussion af, hvorvidt beskæftigelsesdirektivet eventuelt er fejlimplementeret i dansk lov.

12.1. Lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet

I bogen[306] af Yvonne Frederiksen og Mads Krarup diskuteres problemstillingen vedrørende, hvorvidt direktører er omfattet af FBL. Forfatterne har anført, at *"spørgsmålet om, hvorvidt direktører er omfattet af loven, kan anskues fra to synsvinkler"*.[307] Den første synsvinkel er, at man traditionelt i dansk ret anvender et lønmodtagerbegreb, som *"kendes fra en række ansættelsesretlige beskyttelseslove, hvor administrerende direktører undtages"*.[308] Den anden synsvinkel er, at beskyttelsen i FBL

[306] Lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet
[307] Frederiksen, Yvonne og Mads Krarup: Lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet, s. 51
[308] Frederiksen, Yvonne og Mads Krarup: Lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet, s. 51

på grund af beskæftigelsesdirektivet er *"universel på arbejdsmarkedet, og gælder uanset position og ansættelsesretlig status"*.[309]

Det anføres efterfølgende, i forlængelse af førstnævnte synspunkt, at der i FBL udelukkende benyttes terminologien "lønmodtager". Efter dansk ansættelsesret vil dette være en person, der står i et tjenesteforhold til arbejdsgiveren. Dette vil som udgangspunkt udelukke direktører, da de *"indtager en så selvstændig stilling i forhold til selskabet, at der ikke foreligger en tjenestestilling"*.[310] Forfatterne anfører hertil, at spørgsmålet er, hvorvidt den samme definition af lønmodtagerbegrebet finder anvendelse i FBL. Forfatterne bemærker herefter, at svaret ikke findes i lovens forarbejder, da der ikke er taget eksplicit stilling hertil. Administrerende direktører må derfor anses for ikke at være omfattet af loven, dersom man fortolker "lønmodtager" i overensstemmelse med dansk ansættelsesretlig tradition.[311]

I forlængelse af det næstkommende synspunkt anføres det, at der har været anledning til usikkerhed, da det i direktivet er anført, at dette finder anvendelse på *"alle personer [...] uanset sektor eller branche og uanset niveau i erhvervshierarkiet"*. Forfatterne anfører, at dette kan lede til den konklusion, at de dele af loven, som er udtryk for en implementering af direktivet, har et bredere anvendelsesområde og dermed omfatter administrerende direktører. I den forbindelse bemærkes, at det er gjort gældende, at dansk ret skal fortolkes EU-konformt, idet FBL *"nu er udtryk for implementeringen i dansk ret af [...] beskæftigelsesdirektivet"*.[312] Til denne betragtning anfører forfatterne, at det på denne baggrund kan hævdes, at *"der ikke er plads til den traditionelle, danske forståelse af dækningsområdet for ansættelsesretlig lovgivning i fortolkningen af forskelsbehandlingsloven"*.[313] Dette vil imidlertid give anledning til EU-retlige overvejelser, da direktiver som hovedregel ikke antages at have direkte virkning mellem to private parter. Grundet dette, er det fra andre sider blevet anført, at en *"udvidelse af forskelsbehandlingslovens område vil kræve en lovændring"*.[314] Hvis man

[309] Frederiksen, Yvonne og Mads Krarup: Lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet, s. 51
[310] Ibid
[311] Ibid
[312] Frederiksen, Yvonne og Mads Krarup: Lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet, s. 52
[313] Ibid
[314] Frederiksen, Yvonne og Mads Krarup: Lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet, s. 53

følger dette synspunkt, vil det medføre, at beskæftigelsesdirektivet ikke anses for værende korrekt implementeret i dansk ret.

Forfatterne medgiver, at det i sidste ende vil være op til EUD at tage stilling til, hvorvidt administrerende direktører er omfattet af direktivets beskyttelsesområde.[315] Yderligere vil det være op til de danske domstole at foretage en vurdering af, om der *"uden en ændring af forskelsbehandlingsloven - består det fornødne grundlag for at anse også administrerende direktører for omfattet af loven - eventuelt gennem EU-konform fortolkning"*.[316]

12.2. Grundlæggende arbejdsret

I modsætning til Frederiksen og Krarup, diskuterer Jens Kristiansen[317] ikke, hvorvidt direktører er omfattet af FBL eller ej. Han forholder sig mere generelt til forholdet mellem dansk ret og EU-retten på det ansættelsesretlige område. Herefter kan det variere om EU-direktiver overlader det til medlemsstaterne at fastsætte hvilke arbejdstagere, som er omfattet af implementeringsloven.[318] Hvordan et retligt skøn skal foretages afhænger således af, om *"der er tale om en regel, der gennemfører et EU-direktiv"*.[319] Kristiansen udtaler, at domstolene *"vil gå meget vidt for at fortolke loven EU-konformt",* hvis der er uoverensstemmelse mellem Beskæftigelsesministeriets forståelse af en regel i implementeringsloven og EUD's forståelse *"af den tilsvarende regel i det underliggende EU-direktiv"*.[320] Imidlertid vil domstolene ikke fortolke en regel EU-konformt, såfremt forståelsen i lovforarbejderne *"er udtryk for et bestemt politisk valg, da Folketinget gennemførte loven"*.[321] Såfremt et politisk valg ikke konkret fremgår af lovbemærkningerne, er det derimod afgørende, *"hvorledes [Beskæftigelsesministeriet] forstår de anvendte udtryk i direktivet"*.[322]

[315] Frederiksen, Yvonne og Mads Krarup: Lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet, s. 53
[316] Frederiksen, Yvonne og Mads Krarup: Lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet, s. 54
[317] Grundlæggende arbejdsret
[318] Kristiansen, Jens: Grundlæggende arbejdsret, s. 25
[319] Ibid
[320] Kristiansen, Jens: Grundlæggende arbejdsret, s. 105
[321] Ibid
[322] Ibid

12.3. Dansk arbejdsret og EU-arbejdsret

I bogen[323] behandler Ruth Nielsen ikke diskussionen om, hvorvidt FBL beskytter andre end lønmodtagere. Derimod gøres der nogle generelle forhold gældende vedrørende forholdet mellem den danske nationale ret og EU-retten. Nielsen udtaler, at nationale domstole *"har pligt til at rette sig efter EU-Domstolens fortolkninger"*[324].[325] Herudover skal *"de almindelige retsprincipper og grundlæggende rettigheder [...] respekteres i national ret på EU-regulerede områder"*.[326]

Eftersom Chartret er blevet ophøjet til traktatniveau, har det både forrang og direkte virkning på EU-regulerede retsområder i samme omfang *"som andre traktatbestemmelser"*.[327] Det EU-retlige forbud mod aldersdiskrimination er et almindeligt EU-retligt princip, og den tilsvarende bestemmelse i Chartret[328] er *"tilstrækkelig præcis"* til, at den har direkte virkning.[329] Heraf følger det, at selvom Chartret ikke udvider EU's kompetencer, er Danmark som medlemsstat forpligtet til at respektere rettighederne og principperne heri, når EU-regler skal gennemføres.[330] Dette bevirker, at når domstolen anvender FBL, skal de respektere det EU-retlige forbud mod forskelsbehandling.

Nielsen gentager disse antagelser i "EU-arbejdsret", hvori hun udtaler, at der *"er derfor ingen tvivl om, at Danmark havde pligt til at respektere disse principper ved implementeringen af beskæftigelsesdirektivet [...] i forskelsbehandlingsloven"*.[331] Dette bevirker, at nationale domstole skal undlade at anvende nationale regler, som strider imod princippet om forbud mod forskelsbehandling. Endvidere vurderer hun, at der ikke er *"tvivl om, at forbuddet mod aldersdiskrimination [...] er direkte forpligtende for private"*, da det fremgår direkte af Chartret art. 21.[332]

---

[323] Dansk arbejdsret
[324] Følger af loyalitetspligten i art. 4, stk. 3 TEU, der er behandlet i afsnit 6.5.
[325] Nielsen, Ruth: Dansk arbejdsret, s. 57
[326] Nielsen, Ruth: Dansk arbejdsret, s. 90
[327] Nielsen, Ruth: Dansk arbejdsret, s. 91
[328] Art. 21
[329] Nielsen, Ruth: Dansk arbejdsret, s. 93
[330] Nielsen, Ruth: Dansk arbejdsret, s. 95
[331] Nielsen, Ruth: EU-arbejdsret, s. 528
[332] Nielsen, Ruth: EU-arbejdsret, s. 531

12.4. Lov om forbud mod forskelsbehandling

Ruth Nielsen anfører i bogen,[333] at det må antages, at direktører er omfattet af FBL's anvendelsesområde. Dette er en følge af den omstændighed, at det er nødvendigt for, at *"loven er i overensstemmelse med de underliggende direktiver, og loven skal fortolkes direktivkonformt"*.[334] Det anføres til støtte herfor, at Beskæftigelsesministeriets vejledning[335] til loven ikke omfatter nogen fast definition af en lønmodtager. Derimod angiver vejledningen, at FBL beskytter fra den almindelige lønmodtager til den administrerende direktør.[336]

Yderligere tilføjes, at FBL's brede anvendelsesområde skyldes EU-retten, da loven implementerer beskæftigelsesdirektivet. Forfatteren anfører derfor, at Danmark er *"nødt til at indfortolke [direktører] i forskelsbehandlingsloven for at undgå at komme i en traktatbrudssituation i forhold til EU"*.[337]

12.5. Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet - forskelsbehandlingsloven

I bogen[338] af Finn Schwarz og Jens Jakob Hjorth-Hartmann, foretages der en stillingtagen til, hvorvidt den øverste ledelse er omfattet af FBL's anvendelsesområde.

Forfatterne påpeger, at der i FBL anvendes forskellige udtryk *"i relation til terminologien for beskyttelsessubjektet"*.[339] Der er således i loven anvendt udtryk som *"lønmodtager", "ansatte"* og *"personer"*. I beskæftigelsesdirektivet anvendes udtrykket *"alle personer [...] uanset niveau i erhvervshierarkiet"*. Forfatterne anfører hertil, at formuleringerne i FBL sammenholdt med beskæftigelsesdirektivet ikke giver et entydigt svar på, hvorvidt FBL finder anvendelse på den øverste ledelse.[340] Forfatterne bemærker desuden, at lovens forarbejder ikke giver et entydigt svar herpå.

---

[333] Lov om forbud mod forskelsbehandling
[334] Nielsen, Ruth: Lov om forbud mod forskelsbehandling, s. 172
[335] Vejledning nr. 9237 af 6. januar 2006
[336] Nielsen, Ruth: Lov om forbud mod forskelsbehandling, s. 172
[337] Nielsen, Ruth: Lov om forbud mod forskelsbehandling, s. 173
[338] Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet - Forskelsbehandlingsloven
[339] Hjorth-Hartmann, Jens Jakob og Finn Schwarz: Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet – Forskelsbehandlingsloven, s. 97
[340] Ibid

I diskussionen af, hvorvidt direktører er omfattet af lovens anvendelsesområde, anfører forfatterne, at der kan tages udgangspunkt *"i det traditionelle lønmodtagerbegreb og i retspraksis vedrørende den EU-inspirerede ansættelsesrets sammenhæng med den traditionelle ansættelsesret"*.[341] Det angives, at der foreligger en nogenlunde klar retspraksis om, at der skal foretages en vurdering af, hvorvidt direktøren indtager en tjenestestilling. Hvis denne vurdering fører til, at direktøren ikke anses for at være i en tjenestestilling, vil direktøren ikke være omfattet af lønmodtagerbeskyttelsespræceptiv lovgivning. Dette omfatter blandt andet funktionærloven, ferieloven og virksomhedsoverdragelsesloven. Forfatterne angiver, at dommen UfR 1993.11 H[342] er særdeles relevant vedrørende ansættelsesretlig lovgivning, der implementerer EU-direktiver. Dommen *"tages som udtryk for, at lønmodtagerbeskyttelseslovgivning baseret på EU-retten kan begrænses, således at alene medarbejdere, der er omfattet af det nationale lønmodtagerbegreb, kan påberåbe sig den konkrete beskyttelseslovgivning"*.[343] Forfatterne anfører, at hvis dette synspunkt følges, vil det medføre, at direktører ikke kan påberåbe sig FBL.

Over for dette gengiver forfatterne Beskæftigelsesministeriets udtalelse, hvori det blev anført, at der ikke var *"noget til hinder for at fortolke forskelsbehandlingslovens § 2, således at den også omfatter den administrerende direktør i forhold til sin bestyrelse/ejer"*.[344] Denne udtalelse var begrundet i det synspunkt, at selvom en administrerende direktør optræder på ledelsens vegne, så har kontraktforholdet mellem en direktør og ledelsen visse af de karakteristika, som der normalt er kendetegnet ved et ansættelsesforhold. Beskæftigelsesministeriet havde desuden fremhævet beskæftigelsesdirektivets art. 1 og 3, og anført, at *"[d]ansk lovgivning skal i videst muligt omfang fortolkes i overensstemmelse med EU-retten"*.[345] Beskæftigelsesministeriet begrundede dette med, at beskyttelsessubjektet efter direktivet skal forstås bredt. Beskyttelsessubjektet vil derved omfatte personer, som i

[341] Hjorth-Hartmann, Jens Jakob og Finn Schwarz: Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet – Forskelsbehandlingsloven, s. 98
[342] U 1993.11 H er behandlet i afsnit 10.1.
[343] Hjorth-Hartmann, Jens Jakob og Finn Schwarz: Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet – Forskelsbehandlingsloven, s. 98
[344] Hjorth-Hartmann, Jens Jakob og Finn Schwarz: Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet – Forskelsbehandlingsloven, s. 99
[345] Ibid

andre tilfælde ikke vil opfattes som værende lønmodtagere. Der var dog visse kritikere til denne udtalelse.

Forfatterne fandt, at kritikerne havde ret i, at der intet er i forarbejderne til forskelsbehandlingsloven af 1996 og 2004, som kunne forstås således, at det ikke var det almindelige lønmodtagerbegreb, der gjaldt for loven. Dog fandt forfatterne, at der var flere ting, der stod over for kritikernes opfattelse.[346] Først og fremmest finder det bagvedliggende beskæftigelsesdirektiv anvendelse på *"alle personer [...] uanset niveau i erhvervshierarkiet"*. Yderligere medførte modstanden mod Beskæftigelsesministeriets udtalelse ikke, at denne problematik blev berørt ved ændringen af forskelsbehandlingsloven i 2006.[347] Herudover havde 1996-loven[348] ikke rod i EU-retlig regulering, men byggede i stedet på en ILO-vedtagelse.[349]

Slutteligt anførte forfatterne, at EUD har taget stilling til det EU-retlige arbejdstagerbegreb vedrørende direktører[350].[351]

Forfatterne fandt på baggrund heraf, at det må antages, at en administrerende direktør er omfattet af FBL, selvom direktøren ikke er omfattet af andre arbejdstagerbeskyttelseslovgivninger, hvorfor denne opfattelse må fastholdes, indtil EUD fremlægger en afgørelse med det modsatte resultat.[352]

[346] Hjorth-Hartmann, Jens Jakob og Finn Schwarz: Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet – Forskelsbehandlingsloven, s. 99
[347] Folketingstidende 2006-07, tillæg A, L 61
[348] Lov 1996 nr. 459
[349] Hjorth-Hartmann, Jens Jakob og Finn Schwarz: Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet – Forskelsbehandlingsloven, s. 100
[350] Se hertil C-232/09 og C-229/14, som er behandlet i afsnit 10.
[351] Hjorth-Hartmann, Jens Jakob og Finn Schwarz: Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet – Forskelsbehandlingsloven, s. 100f
[352] Hjorth-Hartmann, Jens Jakob og Finn Schwarz: Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet – Forskelsbehandlingsloven, s. 101

12.6. Ligestillingslovene

Forfatterne anfører i bogen[353], at det er nødvendigt, at direktører er omfattet af loven, for at "*loven er i overensstemmelse med de underliggende direktiver*".[354] Det er de underliggende direktiver og EU-retten, der medfører, at loven har et bredt anvendelsesområde. Eftersom direktører er omfattet af beskæftigelsesdirektivet, skal de indfortolkes gennem EU-konform fortolkning for, at Danmark overholder EU-traktaterne.[355] Da FBL oprindeligt blev vedtaget i 1996 omfattede den kun lønmodtagere. Imidlertid ændrede loven karakter i 2004, hvor den blev en implementeringslov. Som følge heraf skal den beskyttede personkreds efter beskæftigelsesdirektivet nå den samme minimumsbeskyttelse i Danmark som følger af Danmarks EU-retlige forpligtelser.[356] Desuden anvender de underliggende direktiver ikke begrebet lønmodtager, men derimod arbejdstager.[357] Sondringen mellem arbejdstagere og andre former for beskæftigelse, såsom selvstændige, har imidlertid ikke betydning i forhold til FBL's og beskæftigelsesdirektivet. Dette skyldes, at der er en bred beskyttet personkreds efter direktivet.[358]

12.7. Direktørkontrakten

I bogen[359] drøfter Jørgen Boe, Claus Juel Hansen og Jens Lund Mosbek ligeledes, hvorvidt direktører er omfattet af beskyttelsen i FBL § 2. I deres fremstilling betragter forfatterne de forhold, der taler henholdsvis for og imod, at direktører skulle være omfattet af forbuddet mod aldersdiskrimination, idet *"loven omfatter 'lønmodtagere', hvilket efter sædvanlig dansk retstradition begrebsmæssigt ikke dækker direktører"*.[360] Det bemærkes i den forbindelse, at forarbejderne til den oprindelige lov af 1996 ikke gav anledning til at antage, at lønmodtagerbegrebet skulle afvige fra den almindelige danske forståelse, hvorefter FBL anslås ikke at omfatte direktører.[361]

[353] Ligestillingslovene Bind 1
[354] Andersen, Agnete L. m.fl.: Ligestillingslovene Bind 1, s. 98
[355] Ibid
[356] Andersen, Agnete L. m.fl.: Ligestillingslovene Bind 1, s. 92
[357] Andersen, Agnete L. m.fl.: Ligestillingslovene Bind 1, s. 93
[358] Andersen, Agnete L. m.fl.: Ligestillingslovene Bind 1, s. 94
[359] Direktørkontrakten
[360] Boe, Jørgen m.fl.: Direktørkontrakten, s. 291
[361] Ibid

Et andet perspektiv i diskussionen er, at FBL frem til lovændringen i 2004 ikke var direktivbaseret, idet forbuddet mod forskelsbehandling på grund af alder først blev indsat som et nyt beskyttelseskriterium ved denne lovændring. Lovændringen medførte, at loven i dag er baseret på EU's beskæftigelsesdirektiv. Hertil bemærker forfatterne, at den personkreds, der efter direktivets art. 3, stk. 1, litra a, er beskyttet mod forskelsbehandling, er defineret bredere end i den danske forskelsbehandlingslov, idet direktivet gælder for *"alle personer"*, der er i *"lønnet arbejde"* og *"uanset branche og niveau i erhvervshierarkiet"*.

"Der synes på baggrund af en ren ordfortolkning derfor ikke at være særlige holdepunkter for at antage, at direktivet skal forstås således, at kun lønmodtagere i tjenestestillinger er omfattet af direktivets anvendelsesområde".[362]

Det anføres, at direktivet efter dets ordlyd indeholder en bred anvendelse, der således inkluderer direktører. Tillige henviser forfatterne til, at det følger af EUD's praksis[363], at direktører almindeligvis er omfattet af EU-rettens arbejdstagerbegreb.[364]

Eftersom FBL ikke omfatter en konkret definition af begrebet "lønmodtager", bemærker forfatterne, at der ifølge Beskæftigelsesministeriet ikke er noget til hinder for, at man fortolker loven til ligeledes at omfatte direktører. Imidlertid anføres det, at FBL blev vedtaget i 1996, hvor formålet med loven alene var at beskytte lønmodtagere. Der blev i sin tid ikke lagt op til, at *"dansk rets sædvanlige lønmodtagerbegreb skulle fraviges ved lov*".[365] Dermed antager forfatterne, at såfremt man benytter de i dansk ret anerkendte fortolkningsprincipper, må det betyde, at FBL oprindeligt var afgrænset til at omfatte lønmodtagere, hvilket i sin helhed ikke omfatter direktører. Det bemærkes, at denne afgrænsning ikke er omtalt ved ændringen i 2004, ligesom en eventuel udvidelse af beskyttelsen af lønmodtagerbegrebet ikke er omtalt i hverken lovens forarbejder eller under forhandlingerne i Folketinget. Forfatterne bemærker således, at der ikke fra politisk side er taget stilling til, hvorvidt lovens oprindelige beskyttelseskreds skulle udvides til ligeledes at omfatte direktører.[366]

[362] Boe, Jørgen m.fl.: Direktørkontrakten, s. 291
[363] C-232/09 og C-229/14
[364] Boe, Jørgen m.fl.: Direktørkontrakten, s. 291f
[365] Boe, Jørgen m.fl.: Direktørkontrakten, s. 292
[366] Boe, Jørgen m.fl.: Direktørkontrakten, s. 292f

Videre betragtes det, at såfremt loven også skal omfatte direktører, må det forudsætte, at Folketinget involveres. Ud fra ovenstående betragtninger må en indfortolkning af direktører anses for værende et brud på retssikkerheden og den forudsigelighed, der er i retsanvendelsen, *"såfremt en allerede vedtaget og gældende lov, gives et andet indhold end det resultat, de i dansk ret anvendte fortolkningsprincipper kan føre til".*[367] Betragtningen af de danske fortolkningsprincipper bevirker til forfatternes opfattelse af debatten, hvorefter beskæftigelsesdirektivets forbud mod forskelsbehandling på grund af alder ikke er blevet implementeret i dansk lovgivning i forhold til direktører.[368]

Forfatterne bemærker overordnet, at der i praksis ikke er taget stilling til spørgsmålet om, hvorvidt direktører er omfattet af forbuddet mod forskelsbehandling. Imidlertid bør en retlig prøvelse af spørgsmålet efter forfatternes mening nå den konklusion, at en direktør ikke kan påberåbe sig beskyttelsen i FBL's bestemmelser.[369]

Uagtet forfatternes ovenstående påstand, anføres det, at EUD har fastlagt, at almindelige fællesskabsretlige principper inden for EU-retten kan påberåbes mellem private ved de nationale domstolene. Forbuddet mod forskelsbehandling på grund af alder anses for at være sådant et princip.[370] Forfatterne bemærker hertil, at dette ligebehandlingsprincip ligeledes følger af Chartret.[371] Det fastslås endvidere, at det påhviler de nationale domstole at sikre den fulde virkning af dette princip, hvorved nationale domstole pålægges ikke at anvende modstridende bestemmelser.[372] Modsætningsvis blev det i Ajos-sagen fastlagt af Højesteret, at der i det konkrete tilfælde inden for dansk ret ikke var en fornøden hjemmel til at lade EU-retlige principper *"blive direkte anvendelige i sager mellem private parter ved de danske domstole".*[373]

[367] Boe, Jørgen m.fl.: Direktørkontrakten, s. 293
[368] Ibid
[369] Boe, Jørgen m.fl.: Direktørkontrakten, s. 293
[370] C-144/04 og C-555/07
[371] Boe, Jørgen m.fl.: Direktørkontrakten, s. 294
[372] Ibid
[373] Ibid

13. Er direktører omfattet af forskelsbehandlingsloven § 2, stk. 1?

Ovenfornævnte betragtninger fører til følgende spørgsmål: Er direktører omfattet af forskelsbehandlingslovens § 2, stk. 1?

Som det fremgår af ovenstående, er der juridisk uenighed om, hvorvidt direktører er omfattet af loven. Uenigheden gav allerede anledning til en diskussion i forbindelse med lovændringen i 2004 og yderligere i 2006, da det ikke fremgår eksplicit af lovens ordlyd, hvorvidt lønmodtagerbegrebet omfatter ledelsesmedlemmer, såsom direktører. Diskussionen udspringer desuden af, at lovgiver i forbindelse med lovændringerne ikke har taget aktivt stilling til denne problemstilling, hvorfor det fortsat er uklart, hvorvidt lønmodtagerbegrebet skal fortolkes i overensstemmelse med dansk retstradition eller i overensstemmelse med det bagvedliggende beskæftigelsesdirektiv. Såfremt man fortolker loven efter dansk retstradition, vil en administrerende direktør som udgangspunkt ikke kunne anses for værende omfattet af FBL's beskyttelsesområde. Derimod vil en fortolkning af FBL efter direktivet uden tvivl omfatte administrerende direktører.

Der er ikke tvivl om, at FBL oprindeligt var en lønmodtagerlov, idet den var baseret på en ILO-konvention, hvorfor loven ikke havde en tilknytning med EU-retten og ej heller det EU-retlige arbejdstagerbegreb. Loven ændrede imidlertid karakter ved lovændringen i 2004, hvor den blev en implementeringslov af det EU-retlige beskæftigelsesdirektiv. Det var på baggrund heraf, at diskussionen om lovens beskyttede personkreds indtrådte.

Som det blev tydeliggjort af Frederiksen og Krarup[374], kan problemstillingen anskues fra to vinkler; den traditionelle antagelse i dansk ret, hvor lønmodtagerbegrebet *"kendes fra en række ansættelsesretlige beskyttelseslove, hvor administrerende direktører*

[374] I Lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet

undtages" eller ud fra beskæftigelsesdirektivet, hvor beskyttelsen er *"universel på arbejdsmarkedet, og gælder uanset position og ansættelsesretlig status"*.[375]

Tager man udgangspunkt i den EU-retlige synsvinkel, vil det ifølge Flemming Dreesen[376] fra DA medføre en række retspolitiske problemstillinger. Imidlertid er disse baseret på antagelsen om, at såfremt direktører skal være omfattet af FBL, skal dette ligeledes gælde for hele det ansættelsesretlige område. Argumentet om, at konsekvenserne ikke vil være begrænset til EU-baseret lovgivning, kan efter nærværende afhandling ikke tages til følge. Dette er ud fra den betragtning, at de forskellige direktiver og love forfølger hvert deres formål og beskyttelseshensyn. Dette er især tilfældet vedrørende direktiver, da enkelte, også på det ansættelsesretlige område, tillader en national afgrænsning af begreber og anvendelsesområder. Dette illustreres blandt andet af direktivet bag virksomhedsoverdragelsesloven[377], hvorefter art. 2, stk. 1, litra d, tillader medlemsstaterne selv at foretage en nærmere afgrænsning af anvendelsesområdet, da en arbejdstager defineres som *"enhver person, som i den pågældende medlemsstat er beskyttet som arbejdstager i henhold til den nationale lovgivning"*.[378]

Yderligere må Dreesens retoriske spørgsmål "*Hvordan kan man i det hele taget forskelsbehandle en direktør?*" ifølge afhandlingens opfattelse afvises.[379] Dette tager afsæt i betragtningen fra EUD i C-229/14. EUD påpegede her[380], at direktører ligeledes havde brug for beskyttelsen, eftersom deres situation ikke adskiller sig fra andre arbejdstageres ved en kollektiv afskedigelse. Denne betragtning kan efter afhandlingens opfattelse ligeledes overføres til situationer vedrørende forskelsbehandling på grund af alder, da direktører på lige fod med lønmodtagere kan blive diskrimineret på baggrund heraf. Derudover bemærker nærværende afhandling, at forbuddet mod aldersdiskrimination følger af EU-retlige principper, der relaterer sig til alle *"uanset niveau i erhvervshierarkiet"*. Det bemærkes således, at beskyttelsen omfavner alle personer og ikke efter konkrete ansættelsesformer eller erhverv.

[375] Frederiksen, Yvonne og Mads Krarup: Lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet
[376] Advokaten, 2006, nr. 4: Kan direktører diskrimineres?
[377] Rådets direktiv 2001/23
[378] Denne diskussion behandles nærmere i afsnit 13.5.
[379] Vejledning nr. 9237 af 6. januar 2006 pkt. 3 statuerer et eksempel, hvori en direktør er udsat for forskelsbehandling, da han bliver afskediget på baggrund af, at bestyrelsen ikke kan lade selskabet blive repræsenteret af en homoseksuel.
[380] C-299/14, præmis 46

Udover Frederiksens og Krarups præsentation af den overordnede diskussion og Dreesens fejlslutninger, kan der udledes nogle generelle indholdspunkter for diskussionen om, hvorvidt direktører er omfattet af loven på baggrund af den ovenfor præsenterede juridiske litteratur og tidligere behandlede retspraksis. Indholdspunkterne vedrører 1) hvad lovgivers hensigt formodes at have været, og hvordan lovteksten skal fortolkes, 2) Chartrets anvendelighed i dansk ret, 3) de EU-retlige forpligtelser og 4) de bagvedliggende beskyttelseshensyn. Det er således disse punkter, som diskussionen vil tage afsæt i. Herudover vil direktiverne bag ferieloven og virksomhedsoverdragelsesloven ligeledes blive inddraget for at diskutere belægget om, at lønmodtagerbegrebet ikke skal forstås anderledes i FBL end i andre lønmodtagerbeskyttelseslove.

13.1. Fortolkning og formodning

Som anført fremlægger Boe, Hansen og Mosbek[381], at FBL i 1996 oprindeligt blev vedtaget med det formål alene at beskytte lønmodtagere, ligesom der ikke var lagt op til, at lønmodtagerbegrebet skulle fortolkes anderledes end efter hidtil sædvanlig dansk praksis. Det anføres efterfølgende, at der ved lovændringen i 2004 ikke blev taget udtrykkelig politisk stilling til en udvidelse af lønmodtagerbegrebet i FBL. Grundet dette anføres det af forfatterne, at hvis de i dansk ret anerkendte fortolkningsprincipper anvendes, må det føre til, at FBL er afgrænset til kun at omfatte lønmodtagere, og at lønmodtagerbegrebet ikke skulle forstås anderledes ved vedtagelsen af loven i 1996. Samme argument anfører Frederiksen og Krarup[382], da det efter deres opfattelse ikke vil være:

"sandsynligt, at man i en enkeltstående ansættelsesretlig beskyttelseslov skulle vælge – og vel at mærke uden udtrykkelig stillingtagen i forarbejderne – at bryde med den […] faste forståelse".

Denne holdning vil dermed betyde, at loven og dens beskyttelse ikke omfatter direktører. Ligeledes anføres, at hvis FBL skal udvides til at omfatte direktører, må Folketinget inddrages på ny. Denne argumentation står imidlertid direkte imod

[381] I bogen Direktørkontrakten
[382] Advokaten, 2005, nr. 5: Nye regler i forskelsbehandlingsloven

Beskæftigelsesministeriets udtalelse[383] om, at der ikke er noget til hinder for at fortolke FBL således, at direktører er omfattet som værende lønmodtagere i lovens forstand.

Det fremgår af lovbemærkningerne, at formålet med lovændringen i 2004 er at gennemføre beskæftigelsesdirektivet. Imidlertid er det ikke hele ordlyden af direktivets art. 3, stk. 1, litra a, der gengives i bemærkningerne, og lønmodtagerbegrebet eller lovens personkreds behandles ikke nærmere. Boe, Hansen og Mosbek argumenterer derved, at de *"[a]lmindelige anerkendte fortolkningsprincipper"* medfører, at direktører ikke er omfattet af FBL.[384] Det anføres også af Jens Kristiansen i U 2017B.75, at disse *"almindeligt anerkendte fortolkningsmetoder i dansk ret"* ikke kan tilsidesættes for at foretage en EU-konform fortolkning, eftersom tiltrædelsesloven[385] ikke understøtter det.[386]

Forfatternes anførte betragtninger må efter afhandlingens opfattelse fremstå som værende velbegrundede. Betragtningerne må dog bringes i tvivl, da det af forfatterne selv er anført, at loven oprindeligt var en dansk beskyttelseslov, som ikke var direktivbaseret, men at loven ved ændringen i 2004 herefter er baseret på EU's beskæftigelsesdirektiv. Forfatternes argumentation fremstår på denne baggrund mangelfuld, da denne udelukkende tager udgangspunkt i, hvad FBL oprindeligt omfattede. Forfatterne glemmer at tage højde for det faktum, at FBL ændrede karakter i 2004, hvorfra den blev en implementeringslov. Denne ændring medførte, at FBL skal forstås på anden vis end ikke-direktivbaserede love.

Yderligere omtaler forfatterne de i dansk ret anerkendte fortolkningsprincipper, men inddrager ikke en uddybning af, hvad disse anerkendte fortolkningsprincipper indebærer. Forfatternes opfattelse heraf må ud fra nærværende afhandlings opfattelse anses for værende baseret hovedsagelig på en ordlydsfortolkning af FBL fra 1996 samt forarbejderne til lovændringen i 2004.

Afhandlingens opfattelse støttes desuden af Schwarz og Hjorth-Hartmann.[387] Forfatterne anfører, at Beskæftigelsesministeriets udtalelse af 28. oktober 2005, hvori det fremgik, at *"der ikke er noget til hinder for at fortolke forskelsbehandlingslovens § 2*

[383] Svar på Folketingets Arbejdsmarkedsudvalg spørgsmål 1 til L 61 FT 2006-07, s. 2f
[384] Boe, Jørgen m.fl.: Direktørkontrakten, s. 293
[385] Lov 1972 nr. 447
[386] U 2017B.75, s. 76
[387] Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet - Forskelsbehandlingsloven

således, at den også omfatter den administrerende direktør i forhold til sin bestyrelse/ejer", blev kritiseret af arbejdsgiverorganisationer og advokatkontorer. Forfatterne bemærkede, at kritikken *"navnlig [var] baseret på en ordlydsfortolkning af forarbejderne til 2005-ændringerne […] hvor intet anføres om 'lønmodtagerbegrebet' og 1996-loven, hvor det er antaget, at loven ikke finder anvendelse på direktører"*.[388]

Jacob Sand[389] gengiver ligeledes udtalelsen fra Beskæftigelsesministeriet af 28. oktober 2005. På baggrund af dette argumenterer Sand for, at FBL også finder anvendelse på direktører, trods der ikke eksplicit er taget stilling hertil ved lovændringen i 2004, omend der tages stilling til omfanget af den beskyttede personkreds i de forskellige lovforarbejder og efterarbejder, herunder særligt i ministeriets udtalelse. Desuden udtalte Beskæftigelsesministeriet flere gange i løbet af 2006, at direktører også er omfattet af FBL. Dette fremgår af vejledningen fra 2006, hvorefter:

> *"Forskelsbehandlingsloven beskytter fra den almindelige lønmodtager til den administrerende direktør."*[390]

I høringsnotatet af 16. oktober 2006 afviser ministeriet ligeledes DA's opfattelse om, at loven kun finder anvendelse på lønmodtagere.[391] Såvel lovforarbejderne som efterarbejderne til FBL tilkendegiver, at lovens beskyttelse skal fortolkes til også at omfatte direktører. Eftersom både forarbejder og efterarbejder indgår med en væsentlig styrke i den subjektive fortolkningsmetode, som er en almindelig anerkendt fortolkningsmetode i dansk ret, taler det således for, at direktører er omfattet af FBL § 2. Det er ligeledes på baggrund af udtalelserne fra Beskæftigelsesministeriet, at Schwarz og Hjorth-Hartmann udtaler, at direktører er omfattet af FBL.

På den anden side er vejledningen til FBL ændret i 2019[392], hvorved det ikke længere fremgår, at loven beskytter *"fra den almindelige lønmodtager til den administrerende direktør"*, som den tidligere vejledning angav. Vejledningen omtaler udelukkende lønmodtagere, selvstændige, ansøgere og personer i uddannelse, og sondrer endda mellem lønmodtagere og *"andre typer af kontraktforhold, der ikke er omfattet af den*

[388] Hjorth-Hartmann, Jens Jakob og Finn Schwarz: Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet – Forskelsbehandlingsloven, s. 99
[389] Advokaten, 2006, nr. 2: Forbud mod diskrimination af direktører
[390] Vejledning nr. 9237 af 6. januar 2006, pkt. 3
[391] Folketingstidende 2006-07, tillæg A, L 61, Bilag 1, høringsnotat af 16. oktober 2006, s. 2
[392] Vejledning nr. 9118 af 2. april 2019

beskyttede personkreds".[393] Dette må efter afhandlingens opfattelse anses for værende en tvetydig angivelse af den beskyttede personkreds i FBL. Den tidligere vejledning fremstod derimod utvetydig.

Foruden den subjektive fortolkning findes der også andre anerkendte fortolkningsprincipper, der anvendes i forholdet mellem national ret og international ret, navnlig fortolknings- og formodningsreglen. Disse to regler er grundlæggende i beskrivelsen af retstilstanden angående forholdet mellem dansk ret og folkeret.[394] Efter fortolkningsreglen skal danske lovbestemmelser fortolkes i overensstemmelse med de internationale forpligtelser, hvis der er fortolkningstvivl. Formodningsreglen bevirker, at de retsanvendende myndigheder i Danmark, herunder domstolene, skal formode, at lovgiver ikke ville handle i strid med de internationale forpligtelser.[395] Begge regler er formuleret af Alf Ross, der fremhævede, at:

"'den … omtalte Formodningsregel … [finder] Anvendelse, selv hvor den nationale Ret efter sin ordlyd er utvetydig.'"[396]

Desuden er det omtalt, at der ikke er en *"praktisk forskel på at fortolke tvetydige regler, så de bringes i overensstemmelse med folkeretten, og på at fortolke utvetydige regler "med saadanne Forbehold og/eller Tilføjelser", at de bringes i overensstemmelse med folkeretten"*.[397] Herefter må det anses for at være af mindre betydning, hvor tvetydig en given regel er. Kristiansen udtaler desuden, at:

"Pligten til i videst muligt omfang at fortolke dansk ret på en EU-konform måde harmonerer med den generelle fortolknings- og formodningsregel, der gælder for internationale forpligtelser, som den danske stat har påtaget sig."[398]

Fortolknings- og formodningsreglen kan dog ikke medføre, at man tilsidesætter en national bestemmelse, der er i modstrid med de internationale forpligtelser, hvis det har været lovgivers hensigt og *"udtrykkelige accept"*.[399] På baggrund af dette og Kristiansens udtalelse, må FBL i videst muligt omfang fortolkes EU-konformt,

[393] Vejledning nr. 9118 af 2. april 2019, pkt. 3.2.1.
[394] Betænkning nr. 1546 af 2014, s. 34
[395] Betænkning nr. 1546 af 2014, s. 35
[396] U 2001B.143, s. 144
[397] Ibid
[398] U 2017B.75, s. 76
[399] U 2001B.143, s. 147

medmindre Folketinget har haft til hensigt at fravige beskæftigelsesdirektivet. Kristiansen påpeger selv, at ved fravær af et bevidst politisk valg, vil det afgørende være, *"hvorledes ministeriet forstår de anvendte udtryk"*.[400]

Som Boe, Hansen og Mosbek såvel som Frederiksen og Krarup har anført, blev der ikke taget stilling til lovens lønmodtagerbegreb, da FBL skulle implementere beskæftigelsesdirektivet. Imidlertid angiver lovbemærkningerne som anført, at lovforslagets *"formål er at gennemføre […] [beskæftigelsesdirektivet]"*.[401] Med denne eksplicitte udtalelse af formålet, kan det ikke tillægges en afgørende betydning, at bemærkningerne hverken gengiver hele direktivets art. 3, stk. 1, litra a eller indeholder en nærmere stillingtagen til lønmodtagerbegrebet i loven. Derimod bevirker den manglende gengivelse af hele art. 3, stk. 1, litra a, at bestemmelserne i FBL fremstår med en vis tvetydighed, der således er egnet til at skabe tvivl om omfanget af lovens beskyttede personkreds. Det må dog formodes, at eftersom formålet med loven har været at gennemføre og implementere beskæftigelsesdirektivet, har det ikke været lovgivers hensigt at vedtage en lov, som er i modstrid med Danmarks EU-retlige forpligtelser eller i øvrigt direktivets anvendelsesområde.

Ligeledes skaber vejledningen fra 2019, som anført ovenfor, en begrundet tvivl om, hvad lovgivers hensigt er. Denne tvetydighed får imidlertid ikke en betydning for fortolknings- og formodningsreglen, eftersom reglen netop finder anvendelse *"ved fortolkningstvivl"*.[402] Hvis det forudsættes i forarbejderne, at loven skal efterleve konventioner, vil borgere kunne støtte ret på disse.[403] Eftersom lovændringen af FBL i 2004 havde til formål at gennemføre beskæftigelsesdirektivet, må direktører således anses for at være omfattet af loven ved anvendelse af den almindeligt anerkendte fortolkningsregel, fortolknings- og formodningsreglen.

Som det fremgår af ovenstående, er kritikken fra både Boe, Hansen og Mosbek, samt den angivne kritik hos Schwarz og Hjorth-Hartmann, hovedsagelig baseret på en ordlydsfortolkning. Denne afhandling er derfor af den opfattelse, at disse kritikpunkter ikke er gennemførte. Kritikken forholder sig således ikke til andre fortolkningsprincipper, som ligeledes er anerkendt i dansk ret. Afhandlingen er af den

[400] Kristiansen, Jens: Grundlæggende arbejdsret, s. 105
[401] Folketingstidende 2004-05, 1. samling, tillæg A, L 92, s. 2703
[402] Betænkning nr. 1546 af 2014, s. 35
[403] Ibid

opfattelse, at en inddragelse af fortolknings- og formodningsreglen vil være en yderst relevant inddragelse, da disse fortolkningsprincipper ligeledes er anerkendte i dansk ret.

Som tydeliggjort i afsnit 8. er der opstået en fortolkningstvivl af forskelsbehandlingsloven vedrørende dens beskyttede personkreds. Denne tvetydighed i loven medfører, at fortolknings- og formodningsreglen kan få en omfattende betydning i fortolkningen. På baggrund af de ovenstående betragtninger må argumenterne for, at direktører ikke er omfattet af FBL's, på grund af en manglende tilkendegivelse i lovforarbejderne, og som følge af almindelige anerkendte fortolkningsmetoder, efter denne afhandlings opfattelse afvises.

13.2. Chartrets anvendelighed

Som anført i afsnit 6.5. er det fast antaget, at direktiver ikke har en direkte horisontal virkning. Imidlertid er det den overvejende opfattelse, at traktatbestemmelser har direkte virkning i den vertikale relation og i et vist omfang i den horisontale relation. Det er således af afgørende betydning for beskæftigelsesdirektivet, om forbuddet mod forskelsbehandling, har en direkte horisontal virkning i dansk ret, hvorefter fortolkningen af FBL ligeledes afhænger af dette. Det skyldes, at beskæftigelsesdirektivet konkretiserer princippet om forbud mod forskelsbehandling, som er opløftet til traktatrang i art. 21 i Chartret.[404]

Bestemmelser i Chartret har kun en horisontal direkte virkning, såfremt de er tilstrækkeligt klare og præcise, hvilket EUD har fastslået. EUD har ligeledes i flere domme fastlagt, at forbuddet mod forskelsbehandling *"i sig selv [er] tilstrækkeligt"* til at kunne *"tillægge private en subjektiv ret"*, som de kan påberåbe i en tvist på et EU-reguleret område.[405] Det bliver af Nielsen og Tvarnø anført, at art. 21 om forbud mod blandt andet aldersdiskrimination opfylder kravet om at være klart og præcist.[406] Yderligere anfører Nielsen, at:

[404] Art. 6, stk. 1 TEU
[405] C-176/12, præmis 47 og C-414/16, præmis 76
[406] U 2016B.269, s. 273 og Nielsen, Ruth: EU-arbejdsret, s. 159

"Efter at Chartret ved Lissabon-traktatens ikrafttræden den 1. december 2009 fik traktatrang, er der […] ikke tvivl om, at forbuddet mod aldersdiskrimination, der ligesom en række andre diskriminationsforbud er hjemlet i art. 21 i Chartret, er direkte forpligtende for private."[407]

Det bemærkes, at EUD allerede forinden Chartret fik traktatrang tillagde princippet om forbud mod aldersdiskrimination en direkte virkning. Dette skete første gang i Mangold-sagen[408], hvor princippet blev tillagt direkte virkning i en sag mellem to private.[409] Denne praksis blev af EUD fastholdt og videreført i såvel Kücükdeveci-sagen[410] som Ajos-sagen[411].

På baggrund af dette kan det argumenteres, at ordlyden i FBL § 2 ikke har en afgørende betydning, da forbuddet mod forskelsbehandling på grund af alder har horisontal direkte virkning inden for lovens anvendelsesområde. Imidlertid kan dette afhænge af, hvorvidt man anvender den dualistiske eller monistiske teori i forholdet mellem nationalretten og folkeretten. Nielsen og Tvarnø anfører, at en videreførelse af det dualistiske synspunkt om, at national ret går forud for folkeret, vil *"føre til, at Højesteret kan bestemme, hvilken rolle EU-retten har i dansk ret"*. Herefter er Højesteret ikke forpligtet til at følge EU-retten og kan derfor *"dømme ud fra sin opfattelse af, hvordan det bør være, uanset om den strider mod EU-Domstolens"*.[412]

Som det ligeledes anføres af Nielsen og Tvarnø[413] har den ovenfor anførte dualistiske tilgang *"længe [har] været modificeret af en fortolkningsregel og en formodningsregel"*.[414] Dette medfører, at dansk ret kun har forrang, såfremt lovgiver klart og bevidst har haft til hensigt at bryde en international forpligtelse.

Chartrets direkte virkning i dansk ret blev imidlertid anfægtet af Højesteret i Ajos-sagen[415]. Som anført i afsnit 6.5.3. udtalte Højesteret, at det almindelige princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder nu var blevet kodificeret i art. 21 i Chartret om grundlæggende rettigheder. Højesteret anførte hertil, at:

[407] Nielsen, Ruth: EU-arbejdsret, s. 530f
[408] C-144/04
[409] Behandles i afsnit 6.5.
[410] C-555/07
[411] C-441/14
[412] U 2016B.269, s. 271
[413] TfR 2017, nr. 2-3: Præjudikat eller ikke præjudikat
[414] TfR 2017, nr. 2-3: Præjudikat eller ikke præjudikat, s. 19
[415] U 2017.824 H

"bestemmelserne i Chartret, herunder charterets art. 21 om ikke-forskelsbehandling, efter tiltrædelsesloven ikke er gjort umiddelbart anvendelige her i landet."

Ifølge Kristiansen er det den dualistiske tilgang, som Højesteret anvender, da det i henhold til Ajos-sagen *"i sidste ende [er] Højesteret, der afgør, om dansk ret kan fortolkes EU-konformt"*.[416] I Ajos-sagen udtalte flertallet i Højesteret, at det er den danske tiltrædelseslov, som afgør, hvilken virkning en EU-regel kan tillægges i dansk ret. Derudover anfører Kristiansen:

"at en EU-regel med direkte virkning efter EU-retten kun er umiddelbar anvendelig i Danmark, hvis det har hjemmel i dansk ret (tiltrædelsesloven), og at det ikke er tilfældet for de generelle (uskrevne) EU-principper og EU-charteret".[417]

Det bemærkes hertil, at flertallet i Højesteret fastlagde, at art. 6, stk. 3 TEU ikke hører *"til de bestemmelser, der [er] omfattet af tiltrædelseslovens § 2 om overladelse af beføjelse og af § 3 om traktatbestemmelser mv., der er umiddelbart anvendelige i Danmark"*, og at ingen af *"de efterfølgende ændringer af tiltrædelsesloven"* medfører en ændring af dette. Som forklaret i afsnit 6.5.3. var dette begrundet i, at Højesteret ikke fandt, at tiltrædelsesloven indeholdt en hjemmel til at lade det uskrevne princip fortrænge den pågældende nationale bestemmelse i en tvist mellem private. Denne forklaring støttes af Kristiansen, der anfører, at EU-retten har fået overladt visse beføjelser og derved adskiller sig fra sædvanlig international ret. Kristiansen anfører imidlertid, at dette særtræk ved EU-retten ikke ændrer, at *"det er dansk ret, der sætter rammen for EU-rettens umiddelbare anvendelse i Danmark"*.[418]

Det anføres herefter, at det ikke er muligt at anse *"dansk ret som led i 'ét stort fælles europæisk retssystem'"*.[419] Dette ville medføre, at EU-retten selv ville have mulighed for at afgøre, hvornår den kan fortrænge dansk ret. Herefter tiltrådte Kristiansen Højesterets opfattelse, hvorefter det måtte bero på tiltrædelsesloven og Højesterets fortolkning af loven, om det var muligt at lade princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder fortrænge den i Ajos-sagen nævnte danske regel.

[416] U 2017B.75, s. 75
[417] U 2017B.75, s. 75f
[418] U 2017B.75, s. 78
[419] Ibid

Overfor Højesterets og Kristiansens synspunkter står Ole Spiermann[420]. Spiermann belyser spørgsmålet om, hvorvidt tiltrædelsesloven kunne have begrundet det modsatte resultat i Ajos-sagen samt om Højesterets dom skal ses i sammenhæng med en til stadighed *"mere forsigtig omfavnelse af traktatretlige forpligtelser generelt"*.[421] Højesterets begrundelse var, som tidligere anført, begrundet i forarbejderne til tiltrædelsesloven. Spiermann anfører, at begrundelsen får en *"mere statisk forståelse"* af loven og dens forarbejder, da Højesteret seks gange henviser til forarbejderne i deres begrundelse. I den forbindelse bemærker Spiermann, at de lovbemærkninger, som Højesteret henviser til, ikke er klare og at *"de indledende bestemmelser […], blandt andet nu artikel 6, stk. 3 TEU, og sammenhængen til tiltrædelsesloven § 3, næppe påkaldte sig særlig opmærksomhed"* under lovgivningsarbejdet.[422] Desuden anføres det eksplicit i betænkning nr. 1546, at:

> *"Charteret i dag har forrang for national ret, som i tilfælde af konflikt derfor må tilsidesættes"*.[423]

I flertallets tilsyneladende "statistiske tilgang" til tiltrædelsesloven inddrages, hvad der var forudset på tidspunktet for tiltrædelsesloven. Højesterets flertal udtalte, at principper på traktatniveau, som ikke *"har grundlag i nogen bestemt traktatbestemmelse, er ikke forudset i tiltrædelsesloven"*. Spiermann påpeger i den forbindelse, at dette statiske præg er afvigende fra den almindelige forståelse af *"forholdet mellem dansk ret og traktatforpligtelser generelt, herunder […] fortolkningsreg[len]"*.[424] Det anføres desuden, at denne *"fortolkningsstil, som Højesterets flertal anlagde […] netop ikke er 'sædvanlig'"*.[425] Dette understøttes også af, at der ikke i betænkning nr. 1546 af 2014 følger en diskussion om, hvorvidt Charteret har forrang eller om det er anvendeligt i dansk ret.

Ydermere anfører Spiermann, at forarbejderne til tiltrædelsesloven anerkender *"en betydelig grad af dynamik"* for fremtidens fortolkninger, herunder EUD's fortolkninger.[426] Spiermann påpeger herefter, at såfremt tiltrædelsesloven bedømmes

[420] U 2017B.297
[421] U 2017B.297, s. 298
[422] U 2017B.297, s. 307
[423] Betænkning nr. 1546 af 2014, s. 323
[424] U 2017B.297, s. 298
[425] U 2017B.297, s. 306
[426] U 2017B.297, s. 298

efter de i dansk ret anerkendte fortolkningsmetoder, *"er det vanskeligt at følge begrundelsen og resultatet"*, som Højesteret fremkom med i Ajos-sagen.[427] Det blev af Højesteret tillagt vægt, at generelle principper, såsom forbuddet mod forskelsbehandling på grund af alder, havde været forudset i tiltrædelsesloven. Højesteret anførte imidlertid, at det ikke havde været forudset, at et sådant princip kunne være umiddelbart anvendeligt og dermed have direkte virkning mellem private.

Det bliver efter afhandlingens opfattelse retteligt påpeget af Spiermann, at Højesteret ikke i deres begrundelse angiver nogen støtte for, at tiltrædelsesloven forudså, *"at EU-Domstolen 'kan udvikle og fastslå generelle principper', men ikke at sådanne principper kunne være umiddelbart anvendelige"*.[428] Spiermann anfører desuden med styrke, at direkte virkning allerede ved tiltrædelsesloven i 1972 var et aspekt af EUD's retspraksis, som havde tiltrukket sig særlig opmærksomhed. Endvidere bliver det af Spiermann påpeget, at Højesteret ikke nærmere begrunder, *"hvorfor en forudsigelse på tidspunktet for tiltrædelsesloven skulle have været afgørende"*.[429]

Imidlertid fremgår Højesterets betoning af forarbejderne til tiltrædelsesloven tydeligt i en af dennes afsluttende betragtninger:

"det [...] kan [ikke] føre til en anden bedømmelse, at dommen i Mangold-sagen, hvor EU-Domstolen første gang fastslog princippet [om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder], blev afsagt i 2008 og [...] forelå, da tiltrædelsesloven blev ændret i 2008. Ændringen af tiltrædelsesloven var alene en følge af Lissabon-traktaten, og dommen i Mangold-sagen er ikke omtalt i forarbejderne til ændringsloven".[430]

Spiermann påpeger retteligt, at det heller ikke i forarbejderne til tiltrædelsesloven er omtalt, at *"der skulle være et hul i gennemførelsen i dansk ret af EU-retlige forpligtelser"*.[431] Forarbejderne synes efter Spiermanns opfattelse at have et element af dynamik, grundet at EUD's praksis ikke kan forudses i alle enkeltheder. Denne manglende forudsigelighed har ifølge Spiermann begrundet, at *"gennemførelsen i dansk ret omfatter de dele af EU-retten, som EU-Domstolen måtte fastslå er umiddelbart*

[427] U 2017B.297, s. 298
[428] U 2017B.297, s. 303
[429] Ibid
[430] U 2017.824 H
[431] U 2017B.297, side 304

anvendelige".[432] Som det fremgår af ovenstående, tillagde Højesteret i Ajos-sagen forarbejderne til tiltrædelsesloven betydelig vægt. Spiermann anfører, at Højesteret lader forarbejderne være den yderste grænse for fortolkningen, hvilket må anses for værende usædvanligt i forholdet mellem dansk ret og traktatretlige forpligtelser. I forlængelse heraf anføres det, at tidligere opfattelser i litteraturen og forarbejderne har haft et *"dynamisk snit"*. Spiermann påpeger, at der ikke har været nogen tradition for en snæver fortolkning af tiltrædelsesloven. Derimod har der været en forståelse af, at fortolkningen fulgte EUD's praksis.

Ydermere henviste Højesterets flertal i forbindelse med afvisningen af Chartrets anvendelighed til udenrigsministerens svar på spørgsmål 290 vedrørende lovændringen af tiltrædelsesloven. Spørgsmålet vedrørte, hvorvidt Charteret indeholder retlige forpligtelser for borgerne, hvortil ministeren svarede:

"Nej, charteret retter sig til henholdsvis EU's institutioner, organer, kontorer og agenturer samt til medlemsstaterne, når de gennemfører EU-retten, jf. charterets artikel 51, stk. 1."[433]

Flertallet udledte alene, at Chartret ikke indeholdte forpligtelser for borgerne. De anførte således ikke den anden del af svaret, hvori det udtales, at Chartret henvender sig til medlemsstaterne, når de gennemfører EU-retten. Formuleringen *"når de gennemfører EU-retten"* skal forstås bredt, hvorved det gælder, når medlemsstaterne handler inden for selve rammerne af EU-retten og ikke kun ved implementering, eller når der skal træffes afgørelser.[434] Desuden følger det af svaret på spørgsmål 289, at *"Charteret er bindende for medlemsstaterne i alle faser vedrørende gennemførelse og forvaltning af EU-retsakter"*.[435] Herefter kan det med rette argumenteres ud fra de ministersvar, som Højesteret benytter, at domstolene, som en del af medlemsstaterne, er underlagt Chartret inden for EU-regulerede retsområder, når de gennemfører EU-retten.

Som tidligere påpeget af Kristiansen, forholdt han sig kritisk over for EU-rettens umiddelbare anvendelighed og den direkte virkning over for private. Kristiansen anførte, at det måtte bero på en sædvanlig fortolkning af tiltrædelsesloven og dennes

[432] U 2017B.297, side 304
[433] Svar på Folketingets Europaudvalgs spørgsmål 290 til L 53 FT 2007-08, 2. samling
[434] Betænkning nr. 1546 af 2014, side 323
[435] Svar på Folketingets Europaudvalgs spørgsmål 289 til L 53 FT 2007-08, 2. samling

forarbejder, om en direkte virkning havde været forudset. Dette synspunkt kritiseres dog af Spiermann, der påpeger, at Kristiansen dermed anvender den samme fortolkningsstil, som flertallet i Højesteret anvendte. Spiermann påpeger, at denne fortolkningsstil *"netop ikke er 'sædvanlig'"*.[436] Det skal hertil bemærkes, at mindretallet i Højesteret foretog en anden fortolkning af tiltrædelsesloven og dens forarbejder. Mindretallet bemærkede, at EUD afsagde dom i Mangold-sagen[437] forinden ændringen af tiltrædelsesloven i forbindelse med ratificeringen af Lissabon-traktaten. På denne baggrund blev det argumenteret, at:

> *"Det var således kendt ved denne ændring, at princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder efter EU-retten var umiddelbart anvendeligt, og der er ikke i forbindelse med vedtagelsen af ændringsloven taget forbehold om, at det nævnte princip ikke skulle have direkte virkning her i landet."*

Dette må anses for at være udtryk for den "sædvanlige" fortolkningsstil med inddragelse af fortolknings- og formodningsreglen, som er nærmere diskuteret ovenfor. Derimod omtalte mindretallet sig ikke nærmere om selve Charterets anvendelighed i dansk ret. Ud fra ovenstående er det afhandlingens opfattelse, at Spiermann er velbegrundet i at påpege, at det ville være i god overensstemmelse med tiltrædelsesloven og dennes formål, hvis Højesteret var kommet frem til det modsatte resultat og havde fastlagt, at tiltrædelsesloven gennemfører *"umiddelbart anvendelige dele af EU-ret generelt […] uden at efterlade huller"*.[438]

Spiermanns beskrevne argumenter støttes af Ruth Nielsen og Christinna D. Tvarnø. Nielsen og Tvarnø påpeger, at det ikke af tiltrædelsesloven fremgår, at Charteret ikke er umiddelbart anvendeligt i Danmark. Efter lovens § 3, stk. 1 er det EU-retten, som bestemmer, hvorvidt de nærmere oplistede traktater i § 4 er umiddelbart anvendelige i dansk ret, hvilket Nielsen ligeledes påpeger.[439] Tiltrædelseslovens § 4, nr. 14 omhandler Lissabon-traktaten med det retlige forbehold og euroforbeholdet. Imidlertid fremgår der ikke et forbehold for Chartret og dets ophøjelse til traktatniveau ved Lissabon-traktaten. På baggrund af dette udtaler Nielsen og Tvarnø, at *"[d]et strider […] mod*

[436] U 2017B.297, s. 306
[437] C-144/04
[438] U 2017B.297, s. 306
[439] TfR 2017, nr. 2-3: Præjudikat eller ikke præjudikat, s. 14

tiltrædelseslovens klare ordlyd", at flertallet i Højesteret fortolker tiltrædelsesloven på en måde, hvorpå art. 6, stk. 3 TEU ikke er omfattet af loven.[440]

Sådan et forbehold fremgår ej heller af Lissabon-traktatens protokol om Danmarks stilling.[441] Imidlertid fremgår det flere steder udtrykkeligt, at Chartret er juridisk bindende, eksempelvis i redegørelsen til Folketinget om Lissabon-traktaten.[442] Det må således have været velkendt for lovgivningsmagten, at Chartret vil forpligte medlemsstaterne på samtlige områder, når de gennemfører EU-retten. På trods af dette er der intet forbehold i tiltrædelsesloven eller dens forarbejder vedrørende Chartret eller art. 6, stk. 3 TEU.[443] Derved vil Chartret få den umiddelbare anvendelse i dansk ret, som EU-retten bestemmer. Som det fremgår ovenfor, har EU-retten konkret bestemt, at Chartrets art. 21 om forbud mod forskelsbehandling har en horisontal direkte virkning, og artiklen finder dermed umiddelbar anvendelse i dansk ret. Dette anføres også af Nielsen og Tvarnø, da de udtaler, at:

"EU-Domstolens dom i Ajos-sagen må i dag (2017) anses som udtryk for fast praksis for, at almindelige EU-retlige principper, herunder dem, der er indeholdt i Chartret, har horisontal, direkte virkning i national ret."[444]

Hermed må det ifølge nærværende afhandling fastlægges, på baggrund af de ovenstående betragtninger, at der ikke er hjemmel i tiltrædelsesloven til at afvise Chartrets umiddelbare anvendelighed i dansk ret. Der er ikke taget forbehold for Chartrets og dets anvendelighed i dansk ret, og udenrigsministeren udtalte direkte, at det er bindende for medlemsstaterne i alle tilfælde, hvor de gennemfører EU-retten. Dette omfatter desuden domstolene ved anvendelse af loven på EU-regulerede områder. Højesterets "statiske" forståelse af tiltrædelsesloven kan således ikke tages til følge på et generelt plan.

EU-rettens forrang fremgår i øvrigt direkte af erklæring nr. 17 til Lissabon-traktaten, hvori det udtales, at det grundlæggende princip om *"forrang ikke medtages i [Lissabon-traktaten], ændrer ikke på nogen måde ved eksistensen af dette princip"*.[445] På baggrund

[440] TfR 2017, nr. 2-3: Præjudikat eller ikke præjudikat, s. 15
[441] Folketingstidende 2007-08, 2. samling, tillæg A, L 53, s. 2111ff
[442] Folketingstidende 2007-08, 2. samling, tillæg A, L 53, s. 2194
[443] TfR 2017, nr. 2-3: Præjudikat eller ikke præjudikat, s. 14
[444] TfR 2017, nr. 2-3: Præjudikat eller ikke præjudikat, s. 10
[445] Folketingstidende 2007-08, 2. samling, tillæg A, L 53, Bind II, s. 163

af dette, skal nationale bestemmelser, som er i strid med *"traktaterne og de grundlæggende rettigheder og almindelige retsprincipper [...] være uvirksom[me] og dermed ikke kan anvendes, hverken i vertikale eller horisontale relationer"*.[446]

13.3. Danmarks EU-retlige forpligtelser

Kristiansen har, som anført ovenfor, udtalt, at der er en pligt til *"i videst muligt omfang at fortolke dansk ret på en EU-konform[447] måde"*.[448] Det er på baggrund af denne pligt, at Nielsen udtaler, at *"loven skal fortolkes direktivkonformt"* for at sikre, at direktører er omfattet af den beskyttede personkreds.[449] Hun anfører, at årsagen til dette er, at *"loven gennemfører beskæftigelsesdirektivet"[450]* og dermed skal *"fortolkes i en EU-retlig kontekst og er underlagt princippet om EU-konform fortolkning"*.[451] Yderligere argumenterer Nielsen, at det er *"nødvendigt at fortolke loven bredt"*, da beskæftigelsesdirektivet, som loven implementerer, er et minimumsdirektiv[452].[453] Hun udtaler, at Danmark er forpligtet til over for EU at sikre denne beskyttelse. Ifølge Nielsen er indfortolkningen af direktører den eneste måde at undgå en traktatbrudssituation.[454]

Denne opfattelse gengives ligeledes i Vejledningen til forskelsbehandlingsloven af 2019. Heri anføres det, at formålet med lovændringen i 2004 var at opfylde Danmarks EU-retlige forpligtelser. Dette medførte, at FBL skulle underlægges en EU-konform fortolkning for at sikre minimumskravene i beskæftigelsesdirektivet.[455] Desuden anfører vejledningen, at beskyttelsen i loven skal fortolkes bredt på grund af art. 3, stk. 1 i direktivet.[456]

Herudover har Nielsen også pointeret, at *"nationale domstole [...] har pligt til at rette sig efter EU-Domstolens [...] fortolkninger."[457]* Denne loyalitetspligt fremgår af art. 4, stk. 3 TEU, og den gælder i forhold til alle former for retskilder i EU-retten.[458] Ifølge Nielsen og

[446] TfR 2017, nr. 2-3: Præjudikat eller ikke præjudikat, s. 9
[447] Pligten til EU-konform fortolkning er beskrevet i afsnit 6.3.
[448] U 2017B.75, side 76
[449] Andersen, Agnete L. m.fl.: Ligestillingslovene Bind 1, s. 98
[450] Ibid
[451] Andersen, Agnete L. m.fl.: Ligestillingslovene Bind 1, s. 28
[452] Beskæftigelsesdirektivet art. 8
[453] Andersen, Agnete L. m.fl.: Ligestillingslovene Bind 1, s. 92
[454] Nielsen, Ruth: Lov om forbud mod forskelsbehandling, s. 173
[455] Vejledning nr. 9118 af 2. april 2019, pkt. 2
[456] Vejledning nr. 9118 af 2. april 2019, pkt. 3.2
[457] Nielsen, Ruth: Dansk arbejdsret, s. 57
[458] U 2016B.269, s. 270

Tvarnø er dette for at *"sikre effektiv beskyttelse af de rettigheder, borgere og virksomheder har i kraft af EU-regler".*[459] Dette er for at sikre hensynet til borgernes og virksomhedernes retssikkerhed.[460]

Nielsen fremfører desuden et argument om, at beskæftigelsesdirektivet ikke anvender begrebet lønmodtager, som FBL gør, men derimod arbejdstager.[461] Arbejdstagerbegrebet afgrænses som regel kun over for selvstændige erhvervsdrivende. Beskæftigelsesdirektivet omhandler imidlertid både arbejdstagere og selvstændige, hvorfor Nielsen anfører, at denne sondring ikke er væsentlig i forhold til FBL.[462]

Endvidere er beskæftigelsesdirektivet en konkretisering af forbuddet mod forskelsbehandling, som er kodificeret i art. 21 i Chartret,[463] og som EUD har fastlagt er et almindeligt retsprincip i EU-retten.[464] Det er disse almindelige retsprincipper og grundlæggende rettigheder, som ifølge Nielsen *"skal respekteres i national ret på EU-regulerede områder."*[465] De nationale domstole har herefter en pligt til at respektere disse, når EU-retten skal anvendes eller fortolkes, og den lovgivende magt har en pligt til at respektere dette, når direktiver skal implementeres i national ret. Selvom Chartret ikke skaber nye kompetencer for EU, er Danmark derfor stadig forpligtet til *"at respektere […] og fremme anvendelsen"* af rettighederne og principperne, der er nedfældet i Chartret.[466]

På baggrund af dette fremfører Nielsen, at der er *"ingen tvivl om [at] Danmark havde pligt til at respektere disse principper ved implementeringen af beskæftigelsesdirektivet […] i forskelsbehandlingsloven".*[467] Desuden er Nielsen ej heller i tvivl om, at forbuddet mod forskelsbehandling i art. 21 i Chartret forpligter private.[468]

På den anden side udtalte Højesteret i U 1993.11 H, at sagsøgeren reelt fungerede som en administrerende direktør, og derfor kunne han ikke anses for at være omfattet af

[459] U 2016B.269, s. 270
[460] U 2016B.269, s. 271
[461] Andersen, Agnete L. m.fl.: Ligestillingslovene Bind 1, s. 93
[462] Andersen, Agnete L. m.fl.: Ligestillingslovene Bind 1, s. 94
[463] C-507/18, præmis 38
[464] C-144/04, C-555/07 og C-441/14
[465] Nielsen, Ruth: Dansk arbejdsret, s. 90
[466] Nielsen, Ruth: Dansk arbejdsret, s. 95
[467] Nielsen, Ruth: EU-arbejdsret, s. 528
[468] Nielsen, Ruth: EU-arbejdsret, s. 531

virksomhedsoverdragelsesloven og de dertilhørende bestemmelser om lønmodtageres retsstilling. Den dagældende virksomhedsoverdragelseslov var baseret på Rådets Direktiv 77/187/EØF, der omhandlede arbejdstagere, men uden nærmere definition af disse. I dommen foretog Højesteret en national afgrænsning af, hvem der var omfattet af den danske beskyttelseslovgivning. På trods af, at loven skulle implementere et EU-direktiv, afgrænsede Højesteret således beskyttelsen til kun at omfatte, hvad der efter dansk ret sædvanligvis betragtes som lønmodtagere.

Imidlertid havde EUD på dette tidspunkt afsagt en dom[469] om fortolkningen af arbejdstagerbegrebet i det pågældende direktiv. Efter EUD var det kun arbejdstagere, som i *" den pågældende medlemsstat er beskyttet som arbejdstager i henhold til national lovgivning på det arbejdsretlige område"*, der var omfattet af direktivets arbejdstagerbegreb.[470]

Det var således inden for de EU-retlige forpligtelser at begrænse beskyttelsen i den dagældende virksomhedsoverdragelseslov til udelukkende lønmodtagere. Højesterets afgørelse kan derfor ikke anvendes som argument for, at der ikke er en forpligtelse til at indfortolke direktører i FBL. De bagvedliggende direktiver mellem de forskellige love har forskellige anvendelsesområder, hvilket nærmere vil blive belyst nedenfor.

EUD har fastlagt, at eftersom beskæftigelsesdirektivet ikke tillader medlemsstaterne selv at definere direktivets begreber, skal det som udgangspunkt *"undergives en selvstændig og ensartet fortolkning i hele Unionen"*.[471] Dette følger af kravet om en ensartet anvendelse af EU-retten samt lighedsprincippet. På baggrund af dette kan der ikke anvendes en indskrænkende fortolkning af anvendelsesområdet.[472] Yderligere har EUD udtalt, at det ikke er nødvendigt i alle situationer at gennemføre direktiver ved en gengivelse i *"udtrykkelige, særlige lovbestemmelser"* så længe *"direktivet efterleves fuldt ud"*.[473] Medlemsstaterne har en vid margin i deres skøn, ved gennemførelsen af forbuddet mod forskelsbehandling. Forbuddet må blot ikke *"gøres illusorisk"* ved brug af dette skøn.[474]

[469] C-105/84
[470] C-105/84, præmis 28
[471] C-507/18, præmis 31
[472] C-507/18, præmis 39
[473] C-388/07, præmis 42
[474] C-388/07, præmis 51

På baggrund af de ovenfor anførte betragtninger må det udledes, at Danmarks EU-retlige forpligtelser medfører, at direktører skal indfortolkes i FBL. Det skyldes, at loven gennemfører beskæftigelsesdirektivet, og som det er udtalt af Beskæftigelsesministeriet i vejledningen af 2019, er loven underlagt en EU-konform fortolkning. Forbuddet i Chartrets art. 21, som beskæftigelsesdirektivet konkretiserer, skal netop respekteres ved gennemførelsen af direktivet. Eftersom direktivet skal være undergivet en ensartet fortolkning i hele unionen, og at forbuddet mod forskelsbehandling ikke må gøres illusorisk, må ordlyden i loven dermed undergives en udvidet fortolkning for at omfatte direktører.

Det bemærkes hertil, at lovens ordlyd skal tillægges begrænset vægt, da det afgørende er, at direktivet skal efterleves fuldt ud. Dette vil til dels være muligt i forhold til direktører, såfremt man fortolker "lønmodtager" i lovens § 2 i overensstemmelse med det EU-retlige arbejdstagerbegreb, som Nielsen påpeger, at beskæftigelsesdirektivet anvender. Som nærmere behandlet i afsnit 10. kan direktører være omfattet af det EU-retlige arbejdstagerbegreb. Ved at foretage denne udvidende fortolkning af FBL § 2 sikres en videre efterlevelse af beskæftigelsesdirektivet samt loyalitetsforpligtelsen i art. 4, stk. 3 TEU og Danmarks generelle forpligtelser over for EU end for nuværende.

13.4. Beskæftigelsesdirektivets beskyttelseshensyn

Som tidligere anført i afsnit 10. og 11. tillægger EUD formålet med et direktiv betydelig vægt. I HK-dommen blev det af EUD anført, at beskæftigelsesdirektivet har til formål at tilgodese samfundsmæssige og almene interesser. Formålet med beskæftigelsesdirektivet er, at:

"afskaffe alle hindringer, der er begrundet i forskelsbehandling, for adgangen til levevej og for evnen til at bidrage til samfundet gennem arbejde uanset den juridiske kvalificering af det arbejde, der er tale om".[475]

Grundet dette blev det påpeget af EUD, at en ordlydsfortolkning af art. 3, stk. 1, litra a i beskæftigelsesdirektivet ud fra direktivets formål ikke kan føre til en indskrænkende fortolkning.[476] Det var på grund af dette, at EUD fandt, at det ikke var afgørende, hvorvidt en sektorformand kunne kvalificeres som værende en arbejdstager.

Som påpeget ovenfor er det ikke første gang, at EUD tillægger formålet med et direktiv betydelig vægt. Dette var ligeledes tilfældet i både Dita Danosa[477] og Ender Balkaya-sagen[478]. I Danosa-sagen blev det udtalt, at *"det ikke kan udelukkes, at medlemmer af et selskabs ledende organ [...] ikke er omfattet af [arbejdstagerbegrebet]"*.[479] Det kunne dog heller ikke udelukkes, at der reelt forelå et underordnelsesforhold, uanset betegnelsen af forholdet. Det blev i forlængelse heraf udtalt af EUD, at:

> *"[formålet med direktivet] […] ikke kan opnås, hvis beskyttelsen mod afskedigelse afhænger af den formelle kvalifikation af deres ansættelsesforhold i national ret"*[480]

Dette blev ligeledes fremhævet i Balkaya-sagen. Det blev af EUD tillagt betydelig vægt, at formålet med direktivet kunne hindres, såfremt medlemsstaterne selv havde ret til at definere arbejdstagerbegrebet. Det blev her påpeget, at hvis medlemsstaterne foretog en snæver definition, kunne det ændre direktivets anvendelsesområde.[481]

---

[475] C-587/20, præmis 34
[476] C-587/20, præmis 30
[477] Angik direktiv 92/85, der, som anført i afsnit 10.2. havde til formål at beskytte kvindelige arbejdstagere før og efter fødslen
[478] Angik direktiv 98/50, der, som anført i afsnit 10.3., havde til formål at øge beskyttelsen af arbejdstagere ved kollektive afskedigelser
[479] C-232/09, præmis 51
[480] C-232/09, præmis 69
[481] C-229/14, præmis 33

De angivne udtalelser fra EUD bliver ligeledes påpeget af generaladvokaten i HK-dommen. Generaladvokaten anfører, at det formål, som beskæftigelsesdirektivet forfølger, ikke kan opnås, hvis beskyttelsen *"afhænger af arten af de funktioner, der udøves inden for rammerne af en bestemt lønnet beskæftigelse"*.[482]

Grundet ovennævnte betragtninger må det efter afhandlingens opfattelse anses for værende vanskeligt at betragte direktører som værende uden for den beskyttede personkreds i FBL. Dette skyldes, at det formål som beskæftigelsesdirektivet forfølger, og som FBL skal implementere, ikke vil kunne opnås, forudsat at direktører holdes uden for beskyttelsen i FBL. Denne opfattelse tiltrædes ligeledes af Beskæftigelsesministeriet i deres vejledning fra 2019. Det bliver heri angivet, at loven finder *"anvendelse på lønmodtagere"*. Det bemærkes samtidig, at beskyttelsen mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet skal fortolkes *"bredt og i lyset af beskæftigelsesdirektivets artikel 3, stk. 1"*.[483] Afhandlingen er derfor af den opfattelse, at direktører er omfattet af FBL's beskyttede personkreds.

13.5. Andre direktivbaserede lønmodtagerbeskyttelseslove og deres formål

Et argument imod, at direktører er omfattet af den beskyttede personkreds i FBL, er, at det ikke virker plausibelt, at lovgiver havde til hensigt, at lønmodtagerbegrebet i FBL skulle divergere fra den traditionelle forståelse af begrebet, som anvendes i andre lønmodtagerbeskyttelseslove. Til støtte herfor anføres det, at lønmodtagerbegrebet anvendes ensartet i andre danske love, som ligeledes er implementeringslove for et bagvedliggende direktiv.[484] Imidlertid skal det påpeges, at de bagvedliggende direktiver kan forfølge et andet formål end beskæftigelsesdirektivet. Disse formål kan konkret tillade en afgrænsning af arbejdstagerbegrebet nationalt, uden at dette er til hinder for opnåelsen af direktivets formål. Dette er, som tidligere nævnt, ikke tilfældet ved beskæftigelsesdirektivet. Direktiverne bag virksomhedsoverdragelsesloven og ferieloven vil derfor blive gennemgået for at afklare deres formål.[485]

[482] C-587/20, præmis 39 og 40
[483] Vejledning nr. 9118 af 2. april 2019, pkt. 3.2
[484] Boe, Jørgen m.fl.: Direktørkontrakten, s. 31 og 292f og Advokaten, 2006, nr. 4: Kan direktører diskrimineres?
[485] Det er disse to love, som nævnes oftest i litteraturen i forbindelse med andre direktivbaserede lønmodtagerbeskyttelseslove og diskussionen om, hvorvidt direktører er omfattet af forskelsbehandlingsloven.

Det er af afhandlingen fastslået, at dommen U 1993.11 H[486] ikke kan anses for værende et argument for, at direktører ikke skal indfortolkes i FBL. Som tidligere anført, indeholdt direktivet[487] bag den dagældende virksomhedsoverdragelseslov ikke en definition af arbejdstagere. Imidlertid har EUD fastlagt[488], at arbejdstagerbegrebet i dette direktiv skal forstås således:

> *"at det omfatter enhver person, som i den pågældende medlemsstat er beskyttet som arbejdstager i henhold til national lovgivning på det arbejdsretlige område."*[489]

EUD begrundede dette med, at direktivet[490] kun tilsigtede en delvis harmonisering på området. Dette skyldtes, at direktivet ikke tilsigtede *"at indføre en ensartet beskyttelse for hele Fællesskabet på grundlag af fælles kriterier"*.[491] EUD bemærkede, at begreber med en fællesskabsretlig rækkevidde og en ensartet anvendelse i Unionen, ikke kan defineres ensidigt af nationale lovgivere. I så fald ville den fællesskabsretlige regel blive uden betydning, da medlemsstaterne således selv kunne fastsætte rækkevidden af reglerne.[492] Dette var ikke tilfældet i den konkrete sag.[493]

Som tidligere anført, var det derfor indenfor de EU-retlige forpligtelser at begrænse beskyttelsen i den dagældende virksomhedsoverdragelseslov til, hvad der efter dansk ret betragtes som værende arbejdstagere. Det omtalte direktiv[494] blev ændret ved Rådets direktiv 2001/23. Dette har imidlertid ikke ændret ved, hvem der anses som værende arbejdstager. Direktivet tillader således medlemsstaterne selv at foretage en nærmere afgrænsning af dets anvendelsesområde. Nærværende afhandling har tidligere påpeget, at direktivet tillader, at en arbejdstager efter direktivets art. 2, stk. 1, litra d defineres som *"enhver person, som i den pågældende medlemsstat er beskyttet som arbejdstager i henhold til den nationale lovgivning"*.

Eftersom ovenstående direktiv tillader en national afgrænsning af hvem, der bliver opfattet som værende en arbejdstager, kan virksomhedsoverdragelsesloven ikke

[486] Er behandlet i afsnit 10.1.
[487] Rådets direktiv 77/187/EØF
[488] C-105/84
[489] C-105/84, præmis 28
[490] Rådets direktiv 77/187/EØF
[491] C-105/84, præmis 26
[492] C-105/84, præmis 24
[493] C-105/84
[494] Rådets direktiv 77/187/EØF

anvendes som belæg for, at lønmodtagerbegrebet anvendes ensartet i andre implementeringslove, herunder særligt FBL.

En anden lønmodtagerbeskyttelseslov, der er blevet nævnt i afhandlingen, er ferieloven. Ferieloven implementerer dele af arbejdstidsdirektivet[495]. I forbindelse med forslaget til den nye ferielov[496], og overgangen til samtidighedsferie, blev det i lovforslaget påpeget, at arbejdstidsdirektivets art. 7 finder anvendelse på arbejdstagere, omend der ikke findes en definition på arbejdstagere i direktivet. Det bemærkes, at EUD har fastslået, at arbejdstagerbegrebet i direktivet er defineret i overensstemmelse med begrebet i art. 45 TEUF[497]. EUD har i forlængelse heraf fastslået, *"at arbejdstagerbegrebet er et EU-retligt begreb, som ikke må fortolkes indskrænkende".*[498] Ferielovsudvalget vurderede grundet dette, at:

> *"den mest hensigtsmæssige måde at sikre alle personer, der er omfattet af arbejdstagerbegrebet, […] er ved at lade disse personer være omfattet af lønmodtagerbegrebet i ferieloven."*[499]

Det blev hertil bemærket, at EUD's praksis derved vil have en indflydelse på lønmodtagerbegrebet, og at direktører efter omstændighederne ligeledes vil være omfattet af lønmodtagerbegrebet i ferieloven.[500] Desuden fremhævede Beskæftigelsesministeriet i lovforslaget vigtigheden af, at lønmodtagerbegrebet i loven blev videreført med den anførte præcisering. Lovgiver havde ingen bemærkninger hertil i deres spørgsmål til lovforslaget. Ud fra dette må det udledes, at ferielovens lønmodtagerbegreb må forstås i sammenhæng med det EU-retlige arbejdstagerbegreb. Det anførte argument om, at det ikke virker plausibelt, at lovgiver havde til hensigt, at lønmodtagerbegrebet i FBL skulle divergere fra den traditionelle forståelse af begrebet, som anvendes i andre lønmodtagerbeskyttelseslove, kan derfor ikke tages til følge. Dette skyldes, at lønmodtagerbegrebet i andre love ligeledes må ses i sammenhæng med EU-retten.

[495] Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2003/88/EF
[496] Folketingstidende 2017-18, tillæg A, L 116
[497] Om arbejdskraftens frie bevægelighed
[498] Folketingstidende 2017-18, tillæg A, L 116, s. 15
[499] Folketingstidende 2017-18, tillæg A, L 116, s. 15
[500] Ibid

På baggrund af ovenstående betragtninger, kan der ikke antages at foreligge en ensartet anvendelse af lønmodtagerbegrebet, som ellers er blevet påstået som modargument. Formålene ved de bagvedliggende direktiver er desuden forskellige og kan opnås på forskellig vis, hvorfor lønmodtagerbegrebet skal ses i sammenhæng med det bagvedliggende direktiv. Argumentet fremført af Boe, Hansen og Mosbek, samt Dreesen må derfor afvises, da fortolkningen af lønmodtagerbegrebet i FBL udelukkende skal ses i sammenhæng med beskæftigelsesdirektivet.

13.6. Opsamling

Ud fra ovenstående diskussion må det udledes, at direktører kan anses for at være omfattet af den beskyttede personkreds i FBL § 2. Dette følger af de almindelige anerkendte fortolkningsprincipper såsom fortolknings- og formodningsreglen samt den subjektive fortolkning med dertilhørende for- og efterarbejder. Desuden følger det af Danmarks forpligtelser efter EU-retten, at FBL skal fortolkes EU-konformt. Endvidere må det fastlægges, at Chartrets art. 21 har en direkte horisontal virkning i dansk ret. Alt dette sammenholdt med beskyttelsesformålet i beskæftigelsesdirektivet medfører, at direktører ikke kan udelukkes fra den beskyttede personkreds i FBL.

14. Befinder Danmark sig i en traktatbrudssituation?

Ovenstående fører herefter til spørgsmålet om, hvorvidt en udvidet fortolkning af lønmodtagerbegrebet i FBL § 2 er tilstrækkelig til, at Danmark undgår traktatbrud som følge af en mangelfuld implementering af beskæftigelsesdirektivet i dansk ret. Som tidligere anført i afsnit 6.6. kan det på baggrund af den behandlede retspraksis fastslås, at lovforarbejderne i et vist omfang kan anvendes til at implementere EU-direktiver, omend lovforarbejderne ikke må tildele rettigheder og forpligtelser, idet sådanne skal kunne tolkes direkte i direktivet. Lovforarbejderne kan således alene bidrage til forståelse og fortolkning. Den altovervejende hovedregel er derfor, at rettighederne skal fremgå af gennemførelsesbestemmelserne for netop at sikre hensynet til den fulde retsbeskyttelse på baggrund af direktivets formål. Dertil kommer naturligvis, at forståelsen skal fremstå utvetydigt og præcist.[501] Det er derimod muligt at anvende vejledende fortolkningsbidrag i lovforarbejderne, da sådanne hverken skaber rettigheder eller forpligtelser for de berørte borgere, men alene bidrager supplerende til fortolkningen. EU-retlige fortolkningsbidrag til direktiver kan således implementeres i national ret i lovforarbejderne, som efter den nordiske retstradition i sig selv udgør et væsentligt fortolkningsbidrag.[502]

Heroverfor kan det argumenteres, at hvorvidt en person er en lønmodtager beror på en konkret vurdering, som ligeledes gælder ved arbejdstagervurderingen. Det vil derfor være en begrænset udvidelse af anvendelsesområdet, såfremt "lønmodtager" i FBL § 2 bliver ændret til "arbejdstager". Hertil kan lovforarbejder og fortolkningsregler være tilstrækkelige til at sikre en EU-konform fortolkning af FBL, som tidligere anført.

Imidlertid skal gennemførelsen af et direktiv sikre, at retstilstanden "*fremgår med tilstrækkelig bestemthed og klarhed, i tilfælde hvor en bestemmelse i direktivet har til formål at skabe rettigheder for borgerne*".[503] Beskæftigelsesdirektivet har netop til formål at skabe rettigheder for alle i erhvervshierarkiet samt sikre gennemførelsen af forbuddet mod aldersdiskrimination. Ved ikke at gengive direktivets ordlyd ved dets

[501] C-143/83, præmis 10
[502] C-478/99, præmis 20-24
[503] C-388/07, præmis 42

gennemførelse i FBL fremgår retstilstanden ikke med den nødvendige klarhed og bestemthed, som det kræves. Desuden vil rettighedssubjekterne ikke have mulighed for at kende deres rettigheder fuldt ud, hvorfor det ligeledes vil begrænse deres muligheder for at påberåbe sig deres rettigheder.[504]

Til støtte for dette skal det påpeges, at EUD tidligere har anført, at selvom ordlyden i en dansk lov fortolkes i overensstemmelse med direktivets rækkevidde, vil det ikke være tilstrækkeligt til at sikre *"en hensigtsmæssig information"*, da ordlyden medfører et mere snævert anvendelsesområde end direktivet.[505] De berørte rettighedssubjekt skal kunne udlede den nødvendige information om deres retsstilling fra en klar ordlyd og ikke fra en fortolkning.

Som tidligere anført[506] er Nielsen af den overbevisning, at en indfortolkning af direktører i FBL er den eneste måde at undgå en traktatbrudssituation. I forlængelse heraf anfører Frederiksen og Krarup, som tidligere nævnt, at det vil være op til de danske domstole at foretage en vurdering af, om der *"uden en ændring af forskelsbehandlingsloven - består det fornødne grundlag for at anse også administrerende direktører for omfattet af loven - eventuelt gennem EU-konform fortolkning"*.[507] Begge synspunkter må imidlertid efter afhandlingens opfattelse anfægtes. Afhandlingen er af den overbevisning, at direktører er omfattet af FBL's § 2, om end dette ikke er ensbetydende med, at Danmark undgår at befinde sig i en traktatbrudssituation.

Som nævnt skal forståelsen af bestemmelsen fremstå utvetydigt og præcist, hvilket FBL's § 2 netop ikke kan anses for værende, eftersom der er fortolkningstvivl om omfanget af den beskyttede personkreds. Uagtet at lovens § 2 fortolkes i overensstemmelse med beskæftigelsesdirektivet, hvorefter direktører indfortolkes i den beskyttede personkreds, vil dette ikke være tilstrækkeligt til at sikre *"en hensigtsmæssig information"*. Herudover er det nødvendigt at bemærke, at beskæftigelsesdirektivet finder anvendelse på *"alle personer [...] uanset branche og uanset niveau i erhvervshierarkiet"*. Eftersom andre persongrupper end direktører ikke nødvendigvis kan indfortolkes i FBL § 2 ved en udvidende fortolkning, hvor

[504] C-388/07, præmis 42
[505] C-143/83, præmis 11
[506] Afsnit 12.4.
[507] Frederiksen, Yvonne og Mads Krarup: Lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet, s. 54

lønmodtagerbegrebet sidestilles med det EU-retlige arbejdstagerbegreb, er det ikke tilstrækkeligt blot at anvende en udvidet fortolkning for at undgå traktatbrud.

Nærværende afhandling er derfor af den opfattelse, at en lovændring er nødvendig for at sikre den fulde beskyttelse efter beskæftigelsesdirektivets formål, og for at Danmark ikke befinder sig i en traktatbrudssituation.

15. Konklusion

Det har i den juridiske litteratur været diskuteret, hvorvidt ledelsesmedlemmer, såsom direktører, er omfattet af forskelsbehandlingslovens § 2, stk. 1 om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder. Denne diskussion trækker tråde tilbage til implementeringen af Rådets Direktiv 2000/78/EF i 2004. Beskæftigelsesdirektivet beskytter som bekendt *"alle personer [...] uanset branche og uanset niveau i erhvervshierarkiet"* mod forskelsbehandling. Derimod var den danske forskelsbehandlingslov frem til implementeringen af direktivet alene en national lønmodtagerbeskyttelseslov, hvorfor den skulle forstås ud fra dansk retstradition. Lovgiver tog ved implementeringen ikke eksplicit stilling til, hvorvidt lønmodtagerbegrebet fortsat skulle forstås efter dansk retstradition eller i overensstemmelse med beskæftigelsesdirektivet, hvorved der er opstået fortolkningstvivl.

Det EU-retlige arbejdstagerbegreb har mange ligheder med det danske lønmodtagerbegreb, omend der utvivlsomt er forskelle. Det danske lønmodtagerbegreb tillægger det væsentlig vægt, hvorvidt man varetager en selvstændig stilling med ansvar og råderum, som bevirker, at der ikke længere foreligger en tjenestestilling. Derimod bliver det vedrørende det EU-retlige arbejdstagerbegreb tillagt vægt, hvorvidt ledelsesmedlemmer, såsom direktører, befinder sig i et underordnelsesforhold i forhold til selskabet og ikke hvor stort et skøn, medlemmet har i udøvelsen af sit hverv. Herefter kan en direktør efter en konkret vurdering anses for værende omfattet af det EU-retlige arbejdstagerbegreb, mens dette efter dansk retstradition sjældent er tilfældet i henhold til det danske lønmodtagerbegreb. Såfremt lønmodtagerbegrebet fortolkes i overensstemmelse med det EU-retlige arbejdstagerbegreb, vil forskelsbehandlingslovens § 2, stk. 1 få et bredere anvendelsesområde, som er mere overensstemmede med det bagvedliggende beskæftigelsesdirektiv.

Afhandlingen konkluderer, at forskelsbehandlingslovens § 2, stk. 1 fremstår tvetydig, som følge af den manglende eksplicitte stillingtagen i lovforarbejderne til, hvorvidt lønmodtagerbegrebet skal forstås i overensstemmelse med dansk retstradition eller det bagvedliggende direktiv. Denne tvetydighed træder ligeledes frem ved Beskæftigelsesministeriets vejledninger fra 2006 og 2019. Det er tydeligt angivet i

vejledningen fra 2006, at *"Forskelsbehandlingsloven beskytter fra den almindelige lønmodtager til den administrerende direktør"*. Denne angivelse fremgår imidlertid ikke af vejledningen af 2019, hvilket bidrager til fortolkningstvivlen. Grundet lovens tvetydighed konkluderer afhandlingen, at den i dansk ret anerkendte fortolknings- og formodningsreglen skal anvendes. Anvendelsen heraf medfører, at loven skal fortolkes i overensstemmelse med direktivet, medmindre lovgiver udtrykkeligt har haft til hensigt at være i modstrid med direktivet. Afhandlingen konkluderer, at lovgiver ikke har haft denne hensigt, da det tydeligt fremgår i forarbejderne, at formålet har været at gennemføre direktivet.

Det konkluderes yderligere, at på trods af Højesterets præmisser i U 2017.824 H, kan det ikke tages til følge, at der er hjemmel i tiltrædelseslovens til at afvise Chartrets umiddelbare anvendelighed i dansk ret. Dette følger blandt andet af, at udenrigsministeren direkte har udtalt, at Chartret er bindende for medlemsstaterne, når de gennemfører EU-retten, samt at tiltrædelsesloven ikke indeholder et forbehold vedrørende Chartret. På baggrund af dette konkluderer afhandlingen, at eftersom beskæftigelsesdirektivet konkretiserer forbuddet mod aldersdiskrimination, som er ophøjet til traktatrang ved Chartrets art. 21 og har direkte horisontal virkning, skal direktører indfortolkes i forskelsbehandlingslovens lønmodtagerbegreb. Eftersom direktivet skal undergives en ensartet fortolkning i hele unionen, må ordlyden i loven udvides til at omfatte direktører, da beskyttelsen ellers vil være illusorisk. Såfremt direktører ikke omfattes af forskelsbehandlingslovens beskyttede personkreds, vil direktivets beskyttelsesformål ikke kunne opnås. Som påpeget af generaladvokaten i C-587/20 må beskyttelsen ikke afhænge af funktionerne, som udøves inden for en bestemt lønnet beskæftigelse. Dette synspunkt gengives desuden i vejledningen af 2019, hvori det angives, at beskyttelsen i forskelsbehandlingsloven skal fortolkes bredt.

På baggrund af ovenstående konkluderer afhandlingen, at direktører kan indfortolkes i forskelsbehandlingslovens lønmodtagerbegreb i § 2, stk. 1. Imidlertid konkluderer afhandlingen, at en indfortolkning af direktører ikke kan forhindre en traktatbrudssituation. Dette skyldes, at forståelsen af § 2, stk. 1 skal fremstå utvetydigt og præcist, for at sikre en *"hensigtsmæssig information"* til rettighedssubjekterne, og for at omfatte andre persongrupper, der ikke nødvendigvis er omfattet af arbejdstagerbegrebet. Nærværende afhandling konkluderer derfor, at en lovændring er

nødvendig for at sikre den fulde beskyttelse efter beskæftigelsesdirektivets formål, og for at Danmark ikke befinder sig i en traktatbrudssituation.

Afslutningsvis bemærker afhandlingen, at C-587/20 endnu er verserende ved Østre Landsret. Eftersom det er de danske domstole, der fastlægger retstilstanden og fortolkningen af lovene, vil spørgsmålet om, hvorvidt ledelsesmedlemmer, såsom direktører, kan indfortolkes i det danske lønmodtagerbegreb i forskelsbehandlingslovens § 2, stk. 1, derfor endeligt afhænge af dommens udfald.

Litteraturliste

Internet artikler

- Ankestyrelsen (17. november 2020): "Forskelsbehandling på grund af alder" (siden er besøgt 15. maj 2023) https://ast.dk/naevn/ligebehandlingsnaevnet/alder-handicap-kon-etnisk-oprindelse-seksuel-orientering-ovrige-grunde/forskelsbehandling-pa-grund-af-alder

- Ankestyrelsen (17. november 2020): "Om Ligebehandlingsnævnet" (siden er besøgt 15. maj 2023) https://ast.dk/naevn/ligebehandlingsnaevnet/om-ligebehandlingsnaevnet

- Beskæftigelsesministeriet (u.å): "Forskelsbehandlingsloven" (siden er besøgt 1. Maj 2023) https://bm.dk/arbejdsomraader/arbejdsvilkaar/forskelsbehandling/forskelsbehandlingsloven/

- Beskæftigelsesministeriet (2. februar 2022): "Mange ledige seniorer oplever at blive valgt fra på grund af alder" (siden er besøgt 15. maj 2023) https://bm.dk/nyheder-presse/pressemeddelelser/2022/02/mange-ledige-seniorer-oplever-at-blive-valgt-fra-paa-grund-af-alder/

- Krak, Stinne Andreasen (1. februar 2014): *Stadig flere sager om aldersdiskrimination* (siden er besøgt d. 15. maj 2023) https://www.kristeligt-dagblad.dk/danmark/stadig-flere-sager-om-aldersdiskrimination

Juridiske artikler

- Christoffersen, Jonas (2001): "Folkerettens virkning i dansk ret", *Ugeskrift for Retsvæsen*, U.2001B.143

- Dreesen, Flemming (2006): "Kan direktører diskrimineres?" *Advokaten,* 2006, nr. 4

- Frederiksen, Yvonne og Mads Krarup (2005): "Nye regler i forskelsbehandlingsloven" *Advokaten*, 2005, nr. 5

- Kristiansen, Jens (2017): "Grænser for EU-rettens umiddelbare anvendelighed i dansk ret – Om Højesterets dom i Ajos-sagen", *Ugeskrift for Retsvæsen,* U.2017B.75

- Nielsen, Ruth (2006): "Princippet om forbud mod forskelsbehandling pga. Alder som et almindeligt EU-retligt princip", *Ugeskrift for Retsvæsen,* U.2006B.259

- Nielsen, Ruth og Christina D. Tvarnø (2 017): "Præjudikat eller ikke præjudikat: Chartrets retsvirkning i dansk ret efter EUD's og Højesterets afgørelser i Ajos-sagen", *Tidsskrift for Rettsvitenskap,* 130(2-3)

- Nielsen, Ruth og Christina D. Tvarnø (2016): "Ajos-sagens betydning for rækkevidden af EU-konform fortolkning i forhold til det almindelige EU-retlige princip om forbud mod aldersdiskrimination", *Ugeskrift for Retsvæsen,* U.2016B.269

- Sand, Jakob (2006): "Forbud mod diskrimination af direktører" *Advokaten,* 2006, nr. 2

- Spiermann, Ole (2017): "En højesteretsdom om EU-tiltrædelsesloven", *Ugeskrift for Retsvæsen,* U.2017B.297

Bøger

- Andersen, Agnete L. m.fl. (2020) *Ligestillingslovene med kommentarer Bind 1*. Djøf Forlag, 8. udgave.

- Boe, Jørgen, m.fl. (2020): *Direktørkontrakten*. Karnov Group, 9. udgave.

- Frederiksen, Yvonne og Mads Krarup (2008): *Lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet med kommentarer*. Forlaget Thomson, 1. udgave.

- Hjorth-Hartmann, Jens Jakob og Finn Schwarz (2019): *Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet – forskelsbehandlingsloven*. Karnov Group, 2. udgave.

- Kristiansen, Jens (2020): *Grundlæggende arbejdsret*. Djøf Forlag, 5. udgave.

- Munk-Hansen, Carsten (2018): *Retsvidenskabsteori*. Djøf Forlag, 2. udgave.

- Munk-Hansen, Carsten (2017): *Den juridiske løsning*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1. udgave.

- Neergaard, Ulla og Ruth Nielsen (2020): *EU*-ret. Karnov Group, 8. udgave.

- Nielsen, Ruth (2019): *EU-arbejdsret.* Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 5. udgave.

- Nielsen, Ruth (2020): *Dansk arbejdsret*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 4. udgave.

- Nielsen, Ruth (2017): *Lov om forbud mod forskelsbehandling*. Karnov Group, 1. udgave.

- Werlauff, Erik (2019): *Selskabsret*. Karnov Group, 11. Udgave.

Afgørelse fra Ligebehandlingsnævnet

- J.nr. 2014-6810-43207

Voldgiftsafgørelse

- FV 2013.0071

Domme

- U.1993.11.H
- U 2004.1708 Ø
- U.2017.824.H

EUD's afgørelser

- C-14/83
- C-79/83
- C-143/83
- C-105/84
- C-478/99
- C-144/04
- C-388/07
- C-555/07
- C-232/09
- C-81/12
- C-176/12
- C-416/13
- C-229/14
- C-441/14
- C-258/15
- C-414/16
- C-507/18
- C-742/19
- C-587/20
- C-587/20 Forslag til afgørelse

EU-regulering

- Rådets direktiv 77/187/EØF af 14. februar 1997 om tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varetagelse af arbejdstagernes rettigheder i forbindelse med overførelse af virksomheder, bedrifter eller dele af bedrifter

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

- Rådets direktiv 2001/23/EF af 12. marts 2001 om tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varetagelse af arbejdstagernes rettigheder i forbindelse med overførsel af virksomheder eller bedrifter eller dele af virksomheder eller bedrifter

- Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2003/88/EF af 4. november 2003 om visse aspekter i forbindelse med tilrettelæggelse af arbejdstiden

- Traktaten om Den Europæiske Union

- Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde

- Den Europæiske Unions Charter om grundlæggende rettigheder (2016/C 202/02)

Love og bekendtgørelser

- Lov 1972-10-11 nr. 447 om Danmarks tiltrædelse af Den Europæiske Union (Tiltrædelsesloven)

- Lov 1996-06-12 nr. 459 om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet m.v.

- Lovbekendtgørelse 2004-06-30 nr. 756 om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet m.v.

- Lov 2008-05-27 nr. 387 om Ligebehandlingsnævnet

- Lovbekendtgørelse 2010-03-17 nr. 240 om arbejdsgiverens pligt til at underrette lønmodtageren om vilkårene for ansættelsesforholdet (Ansættelsesbevisloven)

- Lovbekendtgørelse 2016-10-02 nr. 1230 om Ligebehandlingsnævnet

- Lovbekendtgørelse 2017-08-24 nr. 1001 om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet m.v. (Forskelsbehandlingsloven)

- Lovbekendtgørelse 2022-11-09 nr. 1451 om aktie- og anpartsselskaber (Selskabsloven)

Lovforarbejder og -efterarbejder

- Folketingstidende 1995-96, tillæg A, L 181 (Forslag til lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet m.v.)
- Folketingstidende 1995-96, tillæg B, L 181, s. 609-614 (Betænkning over Forslag til lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet m.v.)
- Folketingstidende 2004-05, 1. samling, tillæg A, L 92 (Forslag til lov om ændring af lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet m.v. angående indsættelse af alder og handicap som kriterier i loven)
- Folketingstidende 2004-05, 1. samling, tillæg B, s. 239-242 (Betænkning over Forslag til lov om ændring af lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet m.v.)
- Folketingstidende 2006-07, tillæg A, L 61 (Forslag til lov om ændring af lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet m.v. angående forhøjelse af aldersgrænsen for aftaler om fratræden)
- Svar på Folketingets Arbejdsmarkedsudvalg spørgsmål 1 til L 61 FT 2006-07
- Folketingstidende 2006-07, tillæg A, L 61, Bilag 1, høringssvar
- Folketingstidende 2006-07, tillæg A, L 61, Bilag 1, høringsnotat af 16. oktober 2006
- Vejledning nr. 9237 af 06/01/2006 om Forskelsbehandlingsloven
- Folketingstidende 2007-08, 2. samling, tillæg A, L 53, Bind I (Danmarks ratifikation af Lissabontraktaten)
- Folketingstidende 2007-08, 2. samling, tillæg A, L 53, Bind II (Danmarks ratifikation af Lissabontraktaten)
- Svar på Folketingets Europaudvalgs spørgsmål 289 til L 53 FT 2007-08, 2. samling
- Svar på Folketingets Europaudvalgs spørgsmål 290 til L 53 FT 2007-08, 2. samling
- Betænkning nr. 1546 af 2014 om inkorporering mv. inden for menneskeretsområdet

- Folketingstidende 2014-15, 1. samling, tillæg A, L 60 (Forslag til lov om ændring af lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet m.v. angående ophævelse af 70-årsgrænse m.v.)
- Folketingstidende 2017-18, tillæg A, L 116 (Forslag til lov om ferie)
- Vejledning nr. 9118 af 02/04/2019 om Forskelsbehandlingsloven