

Christian Højer Schjølér

Aldersdiskriminationsforbuddets indtog i arbejds- og ansættelsesretten

Første udgave, første oplag

Denne bog er udgivet i september 2017 af EX TUTO PUBLISHING A/S. Grafisk tilrettelæggelse og sats af MERE.INFO A/S, som har anvendt LibreOffice/Linux samt skrifterne Baskerville Original og Cronos designet af henholdsvis FRANTIŠEK ŠTORM i 2000 og ROBERT SLIMBACH i 1996. Forlagsredaktion: JAN TRZASKOWSKI. Bogen er trykt på Munken Pure 120 g/m² af NARAYANA PRESS, der ligger på Gyllingnæs syd for Odder. Indbindingen er udført af BUCHBINDEREI S.R. BÜGE GMBH i Celle. Ved at bruge FSC-certificeret papir støtter vi bæredygtig skovforvaltning.

Copyright © 2017 the author

Printed in Denmark 2017

ISBN 978-87-420-0003-8

Ex Tuto Publishing A/S

Toldbodgade 55, 1.

DK-1253 København K

www.extuto.com



Udgivet med støtte fra

dreyersfond

Kapiteloversigt

1. Indledning	19
2. Gældende ret	35
3. Lighedsprincippet	55
4. Alder som suspekt kriterium	67
5. Implementeringen af forbuddet	81
6. Direktivets tilblivelseshistorie	107
7. Præambelens retskildemæssige værdi	149
8. Direktivets anvendelsesområde	185
9. Indledende betragtninger om direktivets forskelsbehandlingsformer	255
10. Generelle undtagelsesbestemmelser i direktivet	273
11. Den unikke undtagelsesadgang i artikel 6, stk. 1	287
12. Indirekte forskelsbehandling	317
13. Tilknytningsbegrundet diskrimination	337
14. Forbuddets "offerbegreb"	357
15. Proportionalitetsprincippet og beviskrav	363

Indholdsfortegnelse

Førord	xvii
1. Indledning	19
1.1. Introduktion	19
2. Afhandlingens forskningsmæssige fokus	23
2.1. Forbuddets samspil med retten til forhandling af overenskomster	23
2.2. Forbuddet har medført ændringer af dansk ret	24
2.3. Er forbuddet genstand for forskning i Danmark og udlandet?	25
2.4. Afhandlingens styrende forskningsspørgsmål	26
3. Afgrænsning	29
4. Hvilken forskningsmæssig interesse har disse undersøgelser?	32
5. Metodevalg	33
2. Gældende ret	35
1. Hvordan defineres gældende ret	35
1.1. Realistisk retsteori	35
1.1.1. Udfordringerne ved et flerniveau-system	38
1.2. Metoden til at forudsige forbuddets anvendelse	40
2. Retskildeovervejelser i forhold til "gældende ret"	41
2.1. Introduktion til afsnittet	41
2.2. Afsnittets opbygning	41
2.3. Domstolens rolle ved præjudicielle forelæggelser	42
2.3.1. Domstolens prøvelsestilgang	43
2.3.2. Domstolen har ingen håndhævelsesadgang	44
2.4. Kommissionens rolle via Pilot- og traktatbrudsproceduren	46
2.4.1. Pilotproceduren	46
2.4.2. Traktatbrudsproceduren	47
2.5. Er Domstolens afgørelser den eneste kilde til gældende ret?	49
2.6. Danske afgørelser og kendelser	50
2.7. Hvilke kilder udtrykker gældende ret	50
2.7.1. EU-Domstolens domme og forslag til afgørelse	51
2.7.2. Generaladvokaternes forslag til afgørelse	51

3. Lighedsprincippet

1. Kapitlets formål og genstand	55
1.1. Introduktion til direktivets sprogbrug	55
2. Lighed og ligebehandling	57
2.1. Ideen om retfærdig fordeling af goder	57
2.2. Formel og materiel lighed	58
2.2.1. Det formelle lighedsprincip	58
2.2.2. Det materielle lighedsprincip	59
2.3. Forskelsbehandling eller diskrimination?	60
2.3.1. Afhandlingen benytter begge begreber	61
2.4. Forbuddet sigter mod "ringere" behandling	62
3. Kernebegreber i anti-diskriminationsretten	62
3.1. Direkte diskrimination	62
3.1.1. Udvidet forståelse af direkte diskrimination	62
3.1.2. Betydningen af rubriceringen som direkte eller indirekte diskriminerende	63
3.2. Indirekte diskrimination	64
3.3. Positiv særbehandling	64
3.3.1. Opdelingen i stærk og svag særbehandling	65

4. Alder som suspect kriterium

1. Kapitlets formål og genstand	67
2. Er alder anderledes end de andre diskriminationskriterier?	69
3. Definitionen af alder	69
3.1. Den biologiske alder eller aldersgrupperinger?	70
3.2. Den aktuelle eller opfattede alder?	70
3.3. Medtager også egenskaber, der knytter sig til alder	70
4. Alderskriteriets tilknytning til arbejdsrelevante egenskaber	71
4.1. Alderens kobling til fysiske egenskaber	71
5. Aldersdiskriminationsforbuddets oprindelse	74
5.1. Ældres ret til at arbejde	74
6. Alderskriteriet som fordeler af et begrænset gode	75
6.1. Tvungne fratrædelsesaldrer som fordelingsværktøj	75
6.2. Tvungne fratrædelsesaldrer og "lump of labour fallacy"	75
6.3. Konsekvenserne ved fjernelse af fordelingsværktøj	78
7. Livscyklusargumentet	79

5. Implementeringen af forbuddet

1. Kapitlets genstand og tilrettelæggelse	81
2. Implementering af rammedirektiv	81
3. Forløbet op til implementeringen af alderskriteriet	83
3.1. Alder blev overvejet som suspect kriterium i 1996	83
3.2. Loven var i forvejen direktivbaseret i vid udstrækning	84
3.3. Arbejdsmarkedets parter ønskede at implementere direktivet via kollektiv overenskomst	84
3.4. Minimumsbeskyttelse var målet ved implementeringen	85
4. Direktivet blev indarbejdet i loven af to omgange i 2004	86

4.1. Introduktion	86
4.2. Lov nr. 253 af 2004 var første fase af gennemførelsen	86
4.2.1. Lovens § 6, stk. 2, om regulære erhvervsmæssige krav	87
4.3. Lov nr. 1417 af 2004 fuldendte gennemførelsen med alderskriteriet	89
4.3.1. Opretholdelsen af gældende aldersgrænser i § 5 a, stk. 3	90
4.3.2. Adgangen til at aftale tvungne fratrædelsesaldrer i § 5 a, stk. 4	92
4.3.3. Undtagelse for aldersgrænser i erhvervstilknyttede sikringsordninger	93
5. Den temporale virkning af lovens § 5 a, stk. 3	94
5.1. Lovens ordlyd er klar	94
5.2. Forarbejderne er omtaler ikke det tidsmæssige aspekt	94
5.3. Lovændringen af 2005 bekræfter den temporale virkning	95
5.4. Vejledningen til loven bekræfter den temporale virkning	96
5.5. Folketingets Ombudsmand udtalte sig om fortolkningen	96
5.5.1. Fornægtelse af overenskomster og lovens krav om "gældende"	97
5.6. Konklusion på den temporale virkning	98
6. Undtagelsesadgange for direkte aldersdiskrimination i loven	99
7. Implementering ved kollektiv overenskomst	100
7.1. Direktivet aftaleimplementeres i vid udstrækning	100
7.2. Traditionerne bag aftaleimplementering	101
7.3. Fortolkningen af implementeringsaftaler	102
7.4. Implementeringsaftaler binder lønmodtageren – UfR 2013.3174 H	102
7.4.1. Vurdering af dommen	103
8. Implementeringen affødte kun få ændringer	105
8.1. Funktionærlovens § 2 b	105
8.2. Funktionærlovens § 2 a, stk. 1	105

6. Direktivets tilblivelseshistorie

1. Undersøgelsens genstand og tilrettelæggelse	107
1.1. Forarbejdernes betydning i undersøgelsen	108
2. Diskussion om forarbejdernes betydning ved fortolkning	111
2.1. Domstolens praksis om forarbejdernes betydning	112
2.1.1. Eksempler på sager, hvor forarbejder spillede en rolle	113
2.1.2. Domstolens syn på forarbejders normative betydning	115
3. Omstændighederne bag direktivets oprindelse	117
3.1. Forbuddet har sin oprindelse i Amsterdamtraktaten	117
3.2. Unionens social- og arbejdsmarkedspolitik	118
3.3. Alder byggede videre på køn og nationalitet	120
3.4. Forbuddet har en tvetydig baggrund	121
3.5. Direktivet er et nyt skridt for EU's harmoniseringsaktiviteter	123
4. Forslaget til direktivet	123
4.1. Henviser Domstolen eller generaladvokaterne til forarbejderne til direktivet?	124
4.2. Forslagets beskrivelse af sit fundament og formål	124
4.3. Forslagets brug af undersøgelse om ældres beskæftigelse	125
4.3.1. Undersøgelsens statistiske redegørelse	126
4.3.2. Arbejde efter tvungen fratrædelsesaldrer	127

4.3.3.	Medlemsstaternes eksisterende beskyttelse ifølge undersøgelsen	129
4.4.	Forslagets omtale af valget af rammedirektiv som reguleringsform	129
5.	Vejen fra forslag til endelig udgave	130
5.1.	Markeringen af direktivets rødder i de grundlæggende rettigheder	131
5.1.1.	Baggrunde for henvisning til forfatningsmæssige traditioner	131
5.1.2.	Bemærkninger til processen	133
5.2.	Direktivets respekt for retten til forhandling	134
5.3.	Tilføjjelsen af forbeholdet over for fastsættelsen af pensionsalder	136
5.4.	Tilføjjelsen af markante undtagelser/præciseringer	138
5.4.1.	Artikel 3, stk. 3, med tilhørende præambelbetragtning	138
5.4.2.	Artikel 3, stk. 4, med tilhørende præambelbetragtning	139
5.4.3.	Artikel 2, stk. 5, om ordre public	139
5.5.	Ændringerne i den generelle undtagelsesadgang i artikel 6	141
5.5.1.	Ændringsforslag til artikel 5 under processen	141
5.5.2.	Bemærkninger til processen bag artikel 6, stk. 1	143
5.6.	Konklusion om bevægelsen	144
5.6.1.	Samspillet med forslaget til racediskriminationsdirektivet	144
5.6.2.	Tendenserne bag ændringerne af forslaget	145
5.6.3.	Er ændringerne udtryk for en holdning til forbuddet som grundlæggende rettighed?	146

7. Præambelns retskildemæssige værdi 149

1.	Indledning til analysen	149
2.	Præambelns retskildemæssige værdi	150
2.1.	H.T.-sagen som eksempel på inddragelse af præambelen	153
3.	Præambelns relevans for gældende ret på beskæftigelsesdirektivets område	154
4.	Domstolens faktiske brug af præambelen i dommene	158
5.	Centrale præambelbetragtninger i direktivet	158
5.1.	Ifølge Mangold-sagen eksisterede forbuddet inden direktivet	159
5.2.	Forholdet til andre grundlæggende rettigheder	164
5.3.	Forbuddet som beskæftigelsespolitisk tiltag til gode for ældre og unge	165
5.3.1.	Det nye beskæftigelsesafsnit og EU's rolle som politisk samordner	166
5.3.2.	Indledende tanker om rubriceringen af forbuddet	168
5.3.3.	Eksempel på inddragelse af hensynet til ældre via præambelen	169
6.	Forbuddets forankring sammenlignet med hidtidige forbud	172
7.	Hvor hører forbuddet henne ifølge præambelen?	176
8.	Præambelns rolle som udvidende fortolkningsværktøj	179
9.	Konklusion om præambelns betydning for gældende ret	182

8. Direktivets anvendelsesområde 185

1.	Undersøgelsens genstand og tilrettelæggelse	185
1.1.	Introduktion	185
1.2.	Genstandsfeltet er artikel 3	185
1.3.	Den valgte struktur for kapitlet og årsagen til valget	186

1.3.1.	Bemærkninger til analysen af personbegrebet	187
	ctr. offerbegrebet	187
1.4.	Kapitlets syn på direktivet over for princippet	187
	Direktivets beskrevne anvendelsesområde	189
Artikel 3	og tvungen fratrædelse i præambelbetragtning 14	191
3.1.	Indledende bemærkninger	191
3.2.	Præambelbetragtning 14 – pensionsalder eller tvungen fratrædelsesalder?	191
3.2.1.	Palacios-sagen og diskursen mellem Domstolen og generaladvokaterne op til dommens afsigelse	192
3.2.2.	Dommen i Palacios-sagen og eftervirkningerne	194
Artikel 3's	arbejdstagerbegreb	196
4.1.	Introduktion til arbejdstagerbegrebet	196
4.1.1.	Koblingen til lønmodtagerbegrebet i forskelsbehandlingsloven	197
4.2.	Litteraturens beskrivelse af de grundlæggende elementer i arbejdstagerbegrebet	198
4.3.	Er en studentermedhjælp en arbejdstager	199
4.4.	Analogi til det vandrende arbejdstagerbegreb i TEUF artikel 45	201
4.5.	Samspillet mellem bred og kontekstuel fortolkning	203
4.6.	Arbejdstagerbegrebet og uddannelses- og beskæftigelsessektoren	206
4.7.	Arbejdstagerbegrebet og de frivillige	211
4.8.	Konklusion om direktivets arbejdstagerbegreb	214
4.8.1.	Konklusion om analog anvendelse af praksis om TEUF artikel 45	214
4.8.2.	Konklusion om minimumsgrænse	216
4.8.3.	Gælder der et fælles unionsretlig arbejdstagerbegreb?	217
Artikel 3, stk. 3,	og direktivets lønbegreb	217
5.1.	Introduktion til lønbegrebet	217
5.2.	Artikel 3, stk. 3, undtager offentlige udbetalinger fra lønbegrebet	218
5.2.1.	Revalideringsydelsen som eksempel på offentlige løn-lignende ydelser på beskæftigelsesområdet	219
5.2.2.	Direktivet og erhvervsuddannelsessektoren	219
5.3.	Den grundlæggende definition af lønbegrebet i traktaten	220
5.4.	Samspillet mellem undtagelserne i artikel 6, stk. 2, og artikel 3, stk. 3	220
5.5.	Artikel 3, stk. 3, og medlemsstaternes kompetence på området for social sikring	221
5.6.	Direktivets afgrænsning og "Flexicurity"-modellen	221
5.6.1.	Er G-dage "løn" i direktivets forstand	224
5.6.2.	Er supplerende dagpenge under arbejdsfordeling "løn"	225
5.6.3.	Konklusion om artikel 3, stk. 3, og "flexicurity"	226
5.6.4.	Aldersgrænsen for medlemskab af A-kasser	227
Domstolens	praksis om lønbegrebet	230
6.1.	Enkepensionsydelse og supplerende pension	231
6.1.1.	Betydningen af ordningens tilknytning til ansættelsen	232
6.1.2.	Beregningen af pensionsrettigheder	233
6.1.3.	Beskatningen af pensionsrettigheder	233
6.2.	Refusion af udgifter til pleje af statsansat ægtefælle	234

6.3.	Kun adgangen til alderdoms- og invaliditetsydelse er omfattet af artikel 6, stk. 2	234
6.3.1.	Bortfald af retten til rådighedsløn pga. alder	235
6.3.2.	Aldersgrænser i en erhvervstilknyttet pensionsordning	237
6.3.3.	Hvad forstås ved en erhvervstilknyttet pensionsordning?	244
6.4.	Har direktivet en indirekte lønregulerende effekt?	246
6.5.	Konklusion om direktivets lønbegreb	250
7.	Samlet konklusion om direktivets anvendelsesområde	252
8.	Udvidelse af direktivets anvendelsesområde	253

9. Indledende betragtninger om direktivets forskelsbehandlingsformer 255

1.	Introduktion	255
2.	Direktivets begrebsanvendelse	256
3.	Direkte forskelsbehandling og undtagelser dertil	256
4.	Krav om en sammenligningsperson for forskelsbehandlingen	258
4.1.	Introduktion	258
4.2.	Domstolens praksis	258
4.2.1.	Er efterladte registrerede partnere og ægtefæller i samme situation?	259
4.2.2.	Er studerende og almindelig arbejdstagere i samme situation?	260
4.2.3.	Hvilken rolle spiller anden regulering for sammenligneligheden?	262
4.3.	Sammenligneligheden ved alderskriteriet	263
5.	Hvorledes udledes hensynet bag en foranstaltning	264
5.1.	Introduktion	264
5.2.	Skal formålet formelt fremgå af foranstaltningen	265
5.3.	Forlæggelsens udformning begrænser ikke Domstolens rubricering af foranstaltningen	265
5.4.	En foranstaltning kan forfølge flere relevante formål	266
5.5.	Hvordan håndteres tvivl om formålet?	268
5.6.	5.6. Hvis lovgiver ikke oplyser et formål under sagen?	268
5.7.	Kan formålet med en foranstaltning ændres med tiden	269
5.8.	Konklusion om måden, hvorpå formålet udledes	270

10. Generelle undtagelsesbestemmelser i direktivet 273

1.	Introduktion	273
2.	Ordre public som undtagelse	273
2.1.	Alderskrav til piloter ud fra luftfartsikkerheden	274
2.2.	Alderskrav til læger ud fra folkesundheden	274
3.	Alder som kriterium for ansættelse i de væbnede styrker	277
4.	Alder som regulært og afgørende krav til stillingsfunktionen	279
4.1.	Historikken bag bestemmelsen	279
4.2.	Aldersgrænser for brandmænd	280
4.3.	Aldersgrænse for politibetjente	283
4.4.	Konklusioner om alderens kobling til fysisk formåen	284

11. Den unikke undtagelsesadgang i artikel 6, stk. 1 287

1.	Undersøgelsens genstand og tilrettelæggelse	287
1.1.	Historikken bag artikel 6, stk. 1	289
1.2.	Bestemmelsens eksempler på legitime foranstaltninger	292
1.3.	Sammenfattende bemærkninger til introduktionen af artikel 6, stk. 1	296
1.4.	Legitime og illegitime formål efter artikel 6, stk. 1	297
1.5.	Legitime formål	297
1.5.1.	Brugen af tidsbegrænsede kontrakter over for ældre	297
1.5.2.	Erfaring forud for det 18. år skulle ikke medtages ved lønfastsættelse	297
1.5.3.	Fordeling af tandlæge-“licenser” via maksimal aldersgrænse	298
1.5.4.	Anciennitet forud for det fyldte 25. år talte ikke med ved beregning af opsigelsesfrist	298
1.5.5.	Alder var afgørende for grundlønnen ved samme anciennitetstrin	299
1.5.5.1.	Beskyttelsen af lønmodtageres erhvervede rettigheder	301
1.5.6.	Erhvervs erfaring ved lønindplacering	302
1.5.7.	Undgå misbrug af en fordelsordning ved at lade fordelene bortfalde ved udsigt til en erstatningsindkomst	302
1.5.7.1.	Bortfald af fratrædelsesgodtgørelse pga. alderspension	303
1.5.7.2.	Bortfald af fratrædelsesgodtgørelse pga. folkepension	304
1.5.7.3.	Bortfald af rådighedsløn ved alderspension	305
1.5.8.	Sikre en fair intergenerational fordeling af arbejdspladser og undgå ydmygende aldersbetingede afskedigelser	307
1.5.8.1.	Palacios-sagen – pensionsniveauet var ikke urimeligt	307
1.5.8.2.	Rosenblatt-sagen – systemiske hensyn ctr. individuelle hensyn	308
1.5.8.3.	Hörnfeldt-sagen – retten til at arbejde efter det fyldte 65. år	311
1.6.	Illegitime formål efter Domstolens praksis	313
1.7.	Konklusion om bredden af legitime formål under artikel 6, stk. 1	314

12. Indirekte forskelsbehandling 317

1.	Undersøgelsens genstand og tilrettelæggelse	317
1.1.	Direktivets beskrivelse af den indirekte forskelsbehandling	317
1.2.	Sammenligningen mellem direkte og indirekte forskelsbehandling	319
1.3.	Rimelig begrundet ctr. objektivt begrundet	320
1.4.	Spiller eksemplificeringen af legitime formål nogen rolle	321
1.5.	Fokus på foranstaltningens indhold frem for form	324
1.6.	Udskilleligheden ctr. kravet om en signifikant større gruppe	326
1.7.	Fremgangsmåden ved vurdering af indirekte diskrimination	327
1.7.1.	Vurderingen efter den særlige bevisbyrde i lovens § 7 a	329

3.5.1.1.	Dommen om fem medarbejdere i SKAT – UfR 2010.603 Ø	329
3.5.1.2.	Statens personalekontor og dommen UfR 2016.1168 H	330
3.5.2.	Beviskravene i sager om indirekte aldersdiskrimination	331
3.6.	Gælder der en bagatelgrænse ved indirekte diskrimination?	332
3.7.	Den ufordelagtige virkning skal ikke være realiseret	334
4.	Afsluttende betragtninger	334

13. Tilknytningsbegrunder diskrimination

1.	Introduktion	337
2.	Diskriminationsformen er først beskrevet i Coleman-sagen	337
3.	Eksemplificering af tilknytningsbegrunder diskrimination	340
3.1.	Eksempel på direkte forskelsbehandling baseret på tilknytning	340
3.2.	Eksempel på direkte forskelsbehandling baseret på tilknytning	341
4.	Metodiske vanskeligheder ved afgrænsningen af formen	342
5.	Omfatter formen den indirekte forskelsbehandlingsform	343
5.1.	Højesteret anser spørgsmålet for uafklaret indtil videre	349
6.	Konklusion om tilknytningsbegrunder diskrimination	352

14. Forbuddets "offerbegreb"

1.	Introduktion	357
2.	Kræves et konkret offer for forskelsbehandlingen?	358
3.	Direktivets krav om klageadgang	360

15. Proportionalitetsprincippet og beviskrav

1.	Undersøgelsens genstand og tilrettelæggelse	363
1.1.	Introduktion til analysen	363
1.2.	Princippet oprindelse	365
2.	Proportionalitetsprincippet finder sit indhold ved anvendelse	366
3.	Indeholder direktivet fortolkningsbidrag til vurderingen?	366
4.	Proportionalitetsprincippet forskellige former i direktivet	368
4.1.	Proportionalitetsvurderingen efter artikel 6, stk. 1	369
4.1.1.	Medlemsstaterne råder over en vid skønsmargin ved valg af middel	370
4.2.	Første trin: Hensigtsmæssig – ikke åbenbart uegnet til at opnå det eller de legitime formål	371
4.2.1.	Gælder der et egnethedskrav i artikel 2, stk. 5?	374
4.3.	Andet trin: Nødvendig – skal være det mindst indgribende middel	375
4.3.1.	Nødvendig sammenlignet med andre foranstaltninger	375
4.3.2.	Kan alder være en nødvendig forenkling som betingelse	377
4.4.	Tredje trin: Strengt nødvendig – midlet skal stå mål med det legitime formål	382
5.	Sager om bortfald af fordele på grund af erstatningsindkomst	386
5.1.	Andersen-sagen	386
5.1.1.	Generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse	386
5.1.2.	Domstolens vurdering i Andersen-sagen	388

5.1.3.	Konsekvenserne af dommen for bortfaldsreglen i stk. 3	390
5.1.4.	Konklusionen på Andersen-sagen	391
5.2.	Landin-sagen	393
5.3.	Ordar-sagen	394
5.4.	Konklusion på sager om bortfald af en fordel for ældre arbejdstagere	397
6.	Vurderingen i sager om tvungne fratrædelsesaldr	401
6.1.	Indledende bemærkninger til afsnittets genstandsfelt	401
6.2.	Palacios-sagen lagde en "blød" linje for vurderingen	404
6.3.	Nødvendigt i snævre erhvervssektorer	407
6.3.1.	Foreløbig konklusion om tvungne fratrædelsesaldr	410
6.4.	Spiller pensionsniveauet efter fratrædelsen en rolle?	411
6.4.1.	Rosenblatt-sagen – marginal pension og bred erhvervssektor	412
6.4.2.	Hörnfeldt-sagen – ikke-overenskomstbestemt 67-årsregel	416
6.5.	Kræver det legitime mål en endelig tvangspensionering?	419
6.5.1.	Skal den berørte medarbejder have ret til at søge sin egen stilling?	420
6.5.2.	Kan egnetheden og den formildende karakter forenes?	423
6.6.	Danske afgørelser på området	424
6.6.1.	Forskelsbehandlingsloven og tvungne fratrædelsesaldr	424
6.6.1.1.	Den oprindelige grænse lignende den i Rosenblatt-sagen	424
6.6.1.2.	Lovgiver ønskede længere arbejdsliv	425
6.6.1.3.	Særlige regler for visse tjenestemænd	426
6.6.1.4.	Stadig mulighed for kollektive aftaler om tjenestemænd	427
6.6.1.5.	Ændringernes betydning for de danske retter prøvelsestilgang	427
6.6.2.	Tvungen fratrædelsesaldr for luftkaptajn	428
6.6.3.	Generel tvungen fratrædelsesaldr for virksomhedens ansatte	429
6.6.4.	Individuel aftale om tvungen fratrædelse	434
6.6.4.1.	Vurderingen af kendelsen	437
6.6.5.	Tvungen fratrædelsesaldr på 63 år for værkfører i fængsel	440
6.6.5.1.	Vurdering af kendelsen	441
6.6.6.	Tvungen fratrædelsesaldr på 56 år for operasolist	442
6.6.6.1.	Vurdering af kendelsen	442
6.6.7.	Tvungen fratrædelsesaldr på 63 år for orkesttermusiker	443
6.6.7.1.	Vurdering af kendelsen	445
6.7.	Konklusion på sager om tvungne fratrædelsesaldr	446
6.7.1.	Opsamlende bemærkninger til det danske perspektiv	449
7.	Om dansk praksis om proportionalitetsvurderingen	449
7.1.	Kristensen-sagen – nødvendighedsvurderingen ved multiple formål	450
7.1.1.	Bemærkninger til retternes proportionalitetsvurdering	454
7.2.	Særlige regler om aflønning og afskedigelse af unge under 18 år	455
8.	Beviskravene til egnetheden af foranstaltningen	457
8.1.	Introduktion til afsnittet	457
8.2.	De tyske retter har ageret drivkraft i forelæggelserne	458
8.3.	Sportmedicinske forskningsresultater i Wolf-sagen	458
8.4.	Statistikker og tvungne fratrædelsesaldr i Fuchs og Köhler-sagen	459

8.5.	Beviskravene i national ret	460
9.	Konklusion	461
9.1.	Aldersområdet er præget af uforudsigelighed	461
9.2.	Alderskriteriet var på flere måder et nyt bekendtskab	461
9.3.	Mangold-sagen og Palacios-sagen udviste en enorm spændvidde	461
9.4.	Domstolens fakultative forbehold for prøvelsesintensiteten	462
9.5.	Manglende systematik i nødvendighedsprøvelsen	463
9.6.	De mange modstridende hensyn	464
9.7.	Beviskrav i forhold til foranstaltningens hensigtsmæssighed	465
9.8.	Den danske vinkel på proportionalitetsvurderingen	466
9.9.	Betragtninger i retning af de sententia ferenda	466
16.	Konklusion	473
1.	Introduktion til konklusionen	473
2.	Aldersdiskriminationsforbuddet og gældende ret	473
3.	Hvordan fortolkes forbuddet af Domstolen?	475
3.1.	Spiller direktivets tilblivelseshistorie en rolle for fortolkningen?	475
3.2.	Betrages forbuddet som en grundlæggende rettighed?	476
3.3.	Hvilken skønsmargin overlades til medlemsstaterne?	478
3.4.	Hvilken skønsmargin overlades til overenskomstparterne?	480
3.4.1.	Tildeler Domstolen overenskomstparterne en særlig skønsmargin	480
3.4.2.	Dansk ret og overenskomstparternes skønsmargin?	483
3.5.	Hvilken rolle spiller socioøkonomiske hensyn i fortolkningen?	483
4.	Afsluttende bemærkninger til den fremtidige håndhævelse	486
Bibliografi		491
Bøger og artikler		491
Andre dokumenter		496
Links		498
Retspraksis		499
EU-Domstolen		499
Danske domstole		504
Trykte		504
Utrykte		504
Udenlandske domstole		504
Danske voldgiftskendelser		504
Udenlandske voldgiftskendelser		505
Ligebehandlingsnævnet		505
Stikordsregister		507

Forord

Denne bog er en lettere omarbejdet udgave af min ph.d.-afhandling af oktober 2016 med samme titel. Bogen har aldersdiskriminationsforbuddet som sit omdrejningspunkt, og bogen afnit I har til formål at introducere afhandlingens genstandsfelt. I afnit II undersøges årsagerne til og historikken bag direktivets tilblivelse og dets implementering i dansk ret, hvor vægten naturligvis lægges på forbuddets rolle.

I afnit III undersøges præambelens retskildemæssige værdi som fundament til forbuddet, hvilket fører videre til en analyse af forbuddets anvendelsesområde, hvor præambelen spiller en afgørende rolle for afgrænsningen. I afnit IV foretages en tilbudsgående analyse af Domstolens proportionalitetsvurdering med særlig vægt to sagstyper: tvungne fratrædelsesaldrer og bortfald af fordele på grund af den berørtes ret til en aldersbetinget erstatningsindkomst. Afsnittet afrunder afhandlingens analyse af forbuddet og afsluttes derfor med afhandlingens konklusion.

Implementeringen i dansk ret tilvejebragtes via en neutral gengivelse af bestemmelserne og begreberne fra direktivet. Derfor lægges afhandlingens forskningsmæssige fokus på forbuddet som det fremgår i direktivet og fortolkes af Domstolen.

I forarbejderne på at formidle en kontinuerlig analyse af forbuddet over for læseren, gennemgås implementeringen i dansk ret forinden opmærksomheden rettes mod direktivets tilblivelseshistorie. Det medgives, at det strider mod kronologien, men den valgte fremgangsmåde giver en uafbrudt fremstilling, hvilket vægtes højere end det kronologiske aspekt.

Jeg skylder en stor tak til min vejleder lektor Peter Starup for hans enorme hjælp til virkeliggørelsen af afhandlingen, professor Jens Kristiansen for faglig sparring og instituttet for optimale rammer samt opmuntrende kolleger. Den største tak skylder jeg min familie

for at have tålt det afsavn, der følger med at have en far og ægtefælle, der barsler med en afhandling.

Nyborg, den 12. maj 2017.

Christian Højer Schjøler
chsc@sam.sdu.dk

Kapitel 1

Indledning

1. Introduktion

Forskelsbehandlingsloven forbyder direkte og indirekte forskelsbehandling på arbejdsmarkedet på grund af en række specifikke kriterier, heriblandt alder. Loven foreskriver i § 2, at det er forbudt at lægge vægt på en persons alder i ansættelsesmæssig henseende. Det eksisterende aldersdiskriminationsforbud har sit ophav i EU-retten, og blev i dansk ret indført via implementeringen af beskæftigelsesdirektivet, Rådets direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000, hvor forbuddet fremgår af artikel 2. Aldersdiskriminationsforbuddet omtales herafter i afhandlingen som "forbuddet" og beskæftigelsesdirektivet som "direktivet".

Forbuddet har siden sit indtog i ansættelses- og arbejdsretten været en omdiskuteret størrelse, da det med sine mange undtagelsesmuligheder var en nyskabelse, og, som det ofte er tilfældet med nyskabelser, affødte det en række tvister om forståelse af forbuddets omfang og rækkevidde. Ydermere adskiller alder sig fra de øvrige kriterier i anti-diskriminationsretten derved, at alder kan opfattes som en flytende tilstand, hvor man via aldring kommer til at være del af forskellige aldersgrupper og derigennem opleve begge sider, dvs. både den ringere behandling, og den deraf afledte bedre behandling af de ikke-berørte, af en aldersdiskriminerende foranstaltning. Derudover har alderskriteriet, i lighed med handicapkriteriet, en naturlig forbindelse til en persons fysiske egenskaber, herunder i særdeleshed i ydre punkterne af aldersskalaen.

Forinden direktivets vedtagelse eksisterede der hverken i EU-retten eller i dansk ret et eksplicit forbud mod forskelsbehandling eller diskrimination på grund af alder. I dansk ret var det til eksempel muligt at aftale pligtige afgangsaldrer i individuelle ansættelsesforhold, ligesom medlemsstaterne frit kunne differentiere på grund af

ALDERSDISKRIMINATIONSFORBUDET har ikke levet et stille liv siden dets indtog i arbejds- og ansættelsesretten i 2004. Forbuddet påberåbes ofte i arbejdsretlige tvister, og det har været genstand for flere danske forelæggelser for EU-Domstolen – ofte med opsigtsvækkende udfald.

Forbuddet adskiller sig markant fra de øvrige diskriminationsforbud i kraft af sine mange og brede undtagelsesmuligheder, der giver anledning til fortolkningstvivil. Bogen giver et kærkomment og nuanceret indblik i det EU-retlige grundlag bag forbuddet. Bogen udgør et nyttigt værktøj – ikke mindst for praktikere, der ønsker indsigt i de mange EU-domme på området.

Bogen kan med stort udbytte også læses af jurister, der beskæftiger sig med andre dele af EU-retten, idet bogen i høj grad fokuserer på de almene bestanddele i forbuddet, herunder proportionalitetsprincippet og forarbejdernes betydning for fortolkning af EU-retten. Bogen behandler også forbuddets forankring i forskelsbehandlingsloven og analyserer de afgørende steder, hvor loven fraviger direktivet, og konsekvenserne heraf.



| www.extuto.com

dreyersfond

