



HØJESTERETS DOM

afsagt onsdag den 17. april 2019

Sag BS-25958/2018-HJR
(2. afdeling)

Teknisk Landsforbund som mandatar for A
(advokat Karen-Margrethe Schebye)

mod

X A/S
(advokat Jens Jacob Dühr)

I tidligere instans er afsagt dom af Sø- og Handelsretten den 28. juni 2018.

I pådømmelsen har deltaget fem dommere: Lene Pagter Kristensen, Jon Stokholm, Hanne Schmidt, Kurt Rasmussen og Jens Kruse Mikkelsen.

Påstande

Parterne har gentaget deres påstande.

Anbringender

Teknisk Landsforbund som mandatar for A har anført, at der ikke skal tages stilling til, om reglen i beskæftigelsesindsatsloven om ophøret af løntilskud ved folkepensionsalderen er i strid med regler om forbud mod aldersdiskriminering, men alene til opsigelsen af A ved bortfaldet af løntilskuddet.

Hensigten med fleksjobansættelse er at give personer med varige og væsentlige begrænsninger i arbejdsevnen mulighed for "ansættelse hos private eller offentlige arbejdsgivere", jf. beskæftigelsesindsatslovens § 69. Ansættelsesforholdet etableres således mellem en arbejdsgiver og en lønmodtager, og det kommunale element udgøres alene af et løntilskud. Det er ikke i beskæftigelsesindsatsloven bestemt eller forudsat, at et ansættelsesforhold med tilskud er tidsbegrænset til den periode, hvori der ydes tilskud, eller at ansættelsesforholdet er

betinget af, at der ydes tilskud. Ansættelsesforholdet i et fleksjob er heller ikke etableret af den tilskudsgivende myndighed. Rettigheder og forpligtelser i ansættelsesforholdet mellem lønmodtager og arbejdsgiver er heller ikke i øvrigt reguleret af beskæftigelsesindsatsloven, men derimod af dansk rets almindelige regler om ansættelsesforhold. Det gælder også i den foreliggende sag, hvor aftalen om As ansættelsesforhold ikke var tidsbegrænset eller betinget, og hvor han derfor havde en efter dansk ret sædvanlig beskyttelse mod opsigelse, uanset den særlige finansiering af hans løn.

Det er ubestridt, at X A/S's opsigelse af A alene var begrundet i fleksjobordningens ophør og løntilskuddets bortfald ved folkepensionsalderens indtræden i henhold til beskæftigelsesindsatslovens § 71, stk. 5.

Dette indebærer, at opsigelsen var aldersdiskriminerende og diskriminerende i forhold til en person med handicap og dermed i strid med forskelsbehandlingslovens § 2.

A var med opsigelsen udsat for direkte forskelsbehandling på grund af alder. Der er med forskelsbehandlingslovens § 1 indført et forbud mod afskedigelse på grund af alder. Det er heller ikke tilladt at anvende begrundelser for afskedigelse, der indirekte er aldersdiskriminerende, hvis afskedigelsen ikke er objektivt begrundet i et sagligt formål, eller hvis midlerne til at opfylde det ikke er hensigtsmæssige og nødvendige. Danmark har valgt ikke generelt at indføre en mulighed for direkte forskelsbehandling på grund af alder i henhold til bemyndigelsen i beskæftigelsesdirektivets artikel 6, stk. 1. Der skal efter forskelsbehandlingsloven som udgangspunkt alene foretages en proportionalitetsvurdering ved indirekte forskelsbehandling på grund af alder. Da beskæftigelsesindsatsloven ikke regulerer, hvorvidt ansættelsesforholdet mellem lønmodtager og arbejdsgiver ophører ved bortfald af løntilskuddet på grund af alder, er der ikke ved beskæftigelsesindsatsloven sket en fravigelse af den absolutte beskyttelse i forskelsbehandlingsloven mod direkte forskelsbehandling på grund af alder. Allerede af denne grund var opsigelsen af A i strid med forskelsbehandlingsloven og skal derfor udløse en godtgørelse, jf. lovens § 7.

Hvis ikke der ved afskedigelsen af A skete ulovlig direkte aldersdiskrimination, var der tale om ulovlig indirekte aldersdiskrimination. Sø- og Handelsrettens afgørelse indeholder ikke en nærmere begrundelse for, hvorfor det skulle være sagligt, hensigtsmæssigt og nødvendigt, at arbejdsgivere skulle kunne afskede ansatte i fleksjob ved tilskudsbortfald. Der er ikke i beskæftigelsesindsatsloven tilkendegivet noget sådant behov. X A/S har heller ikke redegjort for et konkret behov for at opsiges A. Der forelå således ikke en proportional begrundelse for den indirekte aldersdiskrimination, som derfor var ulovlig og udløser en godtgørelse til A efter forskelsbehandlingsloven.

Det er ubestridt, at A var handicappet, og at ansættelsen af ham i fleksjob og ydelsen af løntilskud var begrundet i hans handicap. X A/S' opsigelse som følge af bortfald af løntilskuddet indebar derfor også en direkte eller indirekte forskelsbehandling af A på grund af handicap. X A/S medvirkede ikke til iværksættelse af de fornødne afhjælpningsforanstaltninger i overensstemmelse med forskelsbehandlingslovens § 2 a. Tilsidesættelsen af denne pligt udgjorde i sig selv en ulovlig forskelsbehandling, der udløser pligt til at betale godtgørelse.

Opsigelsen af A med henvisning til bortfald af løntilskuddet var endvidere i strid med deltidsloven og funktionærlovens § 2 b.

Årsagen til As ansættelse i fleksjob var hans behov for reduceret arbejdstid. Da løntilskuddet bortfaldt, blev der ikke indledt forhandlinger om reduceret løn eller lignende i forhold til en fortsat deltidsbeskæftigelse af ham. X A/S har ikke dokumenteret noget driftsmæssigt behov for at afvikle de opgaver, som han skulle udføre, ligesom det er udokumenteret, at opgaverne ikke kunne være løst ved en fortsat ansættelse af ham på deltid eller ved at dække et eventuelt yderligere behov ved ansættelse af yderligere arbejdskraft. Årsagen til opsigelsen af A kan derfor indirekte have været manglende vilje til at beskæftige ham på deltid til reduceret løn. X A/S' opsigelse som følge af bortfaldet af løntilskud strider derfor også mod As beskyttelse i henhold til deltidsloven, jf. ordlyden af lovens § 4 a, stk. 3, og X A/S skal pålægges at betale en godtgørelse i henhold til deltidsloven.

Ansættelsen af A var en helt almindelig ubetinget ansættelse, og han var som funktionær beskyttet mod usaglig afskedigelse efter funktionærlovens § 2 b. Afskedigelsen af ham, som var begrundet i bortfald af tilskuddet, var usaglig. Forholdet mellem arbejdsgiveren og tilskudsmyndigheden er uden betydning for ansættelsesforholdet mellem lønmodtageren og arbejdsgiveren. Bortfald af tilskud ville alene kunne have medført krav om justering af ansættelsesforholdet, f.eks. en nedvarsling i arbejdstid. X A/S valgte at foretage en fuldstændig afvikling af ansættelsesforholdet med A og overholdt dermed ikke pligten til at begrænse de ansættelsesretlige tiltag proportionalt. X A/S skal derfor betale godtgørelse efter funktionærlovens § 2 b.

X A/S har anført navnlig, at beskæftigelsesindsatsloven ikke indeholder eksplícitte bestemmelser om ansættelsesforholdet hos den private arbejdsgiver efter fleksjobordningens ophør. Ordlyden af lovens § 71, stk. 5, og forarbejderne til loven indikerer dog, at selve fleksjobmuligheden – og ikke kun tilskuddet – bortfalder ved arbejdstagerens opnåelse af folkepensionsalderen.

Ansættelseskontrakten mellem X A/S og A blev endvidere indgået som et accessorium til aftalen om fleksjob mellem kommunen og A. Ansættelseskontrakten mellem parterne var således aldrig blevet indgået, hvis ikke der havde været en

aftale om fleksjob. Der foreligger derfor en sådan sammenhæng mellem de to aftaler, at når den ene aftale bortfalder, bortfalder den anden også eller kan som minimum opsiges.

X A/S' opsigelse af A var ikke udtryk for forskelsbehandling på baggrund af handicap. Selv om han var i fleksjob grundet et handicap, havde opsigelsen oplagt intet dermed at gøre.

X A/S' opsigelse af A var heller ikke udtryk for forskelsbehandling på grund af alder. I medfør af beskæftigelsesindsatslovens § 71, stk. 5, ophørte As fleksjobordning som følge af alder, men dette var udelukkende et forhold mellem kommunen og ham. X A/S' opsigelse skyldtes alene, at fleksjobordningen ophørte. Hvis fleksjobordningen var ophørt to år tidligere af andre årsager, ville han være blevet opsagt på det tidspunkt.

Selv hvis opsigelsen af A var forskelsbehandling på grund af alder, er en sådan ulige behandling ikke ulovlig, hvis behandlingen var objektivt og rimeligt begrundet i et legitimt formål, jf. beskæftigelsesdirektivets præambelbetragtning nr. 25 og direktivets artikel 6, som forskelsbehandlingsloven skal fortolkes i overensstemmelse med. Det fremgår af en righoldig praksis fra EU-Domstolen, at forskellige ordninger i medlemsstaterne, som varetager legitime beskæftigelses-, arbejdsmarkeds- og erhvervspolitiske mål som udgangspunkt accepteres. Der overlades vide rammer til medlemsstaterne ved afgørelsen af, hvilke virkemidler der er hensigtsmæssige. Ordningen, hvor fleksjob ophører, når den ansatte når folkepensionsalderen, falder klart inden for rammerne af den kompetence, der er overladt til medlemsstaterne. Opsigelsen af A under de foreliggende omstændigheder må anses for rimeligt og sagligt begrundet i et legitimt formål inden for rammerne af national lovgivning, særligt under hensyn til den nære sammenhæng mellem fleksjobbet og hans ansættelse i X A/S. Da lovgiver på trods af beskæftigelsesdirektivet har valgt ikke at ændre beskæftigelsesindsatslovens § 71, stk. 5, må lovgiver have vurderet, at opsigelser som følge af ophør af tilskud er objektivt og rimeligt begrundede.

X A/S' opsigelse af A udgjorde heller ikke en overtrædelse af deltidsloven, da opsigelsen ikke var begrundet i et ønske om ændret arbejdstid, ligesom der heller ikke blev forskelsbehandlet i forhold til fuldtidsansatte, jf. lovens § 4 a, stk. 3, og § 4 i lovens bilag A. Opsigelsen var derimod alene begrundet i fleksjobbets ophør, hvilket ikke reguleres af deltidsloven.

Der foreligger desuden ikke en overtrædelse af funktionærloven. Da opsigelsen var rimeligt begrundet i et legitimt hensyn inden for rammerne af national lovgivning, var opsigelsen ikke usaglig. En eventuel godtgørelse efter funktionærlovens § 2 b, stk. 1, kan ikke udgøre mere end 3 måneders løn.

Supplerende sagsfremstilling

Som beskrevet i Sø- og Handelsrettens dom gav Y Kommunes jobcenter den 21. marts 2011 A et "tilbud om ansættelse i fleksjob" efter beskæftigelsesindsatslovens § 70, idet han blev tilbudt ansættelse hos X A/S. Under overskriften "Varighed og indhold" fremgår bl.a., at han skulle påbegynde ansættelsen den 22. marts 2011 i en fuldtidsstilling som kontorassistent, og at ansættelsen omfattede en arbejdstid på 20 timer pr. uge med en aflønning for 37 timer pr. uge. Kommunen ydede tilskud til lønnen med totredjedele. Slutdatoen for ansættelsen var ikke nævnt i tilbuddet. Jobindholdet var angivet som "Opdatere hjemmeside mm. Tlf. betjening. IT, diverse ad hoc opgaver, tilbudsgivning, lave brochurer, ordregistrering og kunde ekspedition". Som "Særlige aftaler for ansættelsen" var angivet "Ingen eller meget begrænset fysisk belastning, skiftende arbejdsstillinger gerne stående. Nedsat arbejdstid. Mulighed for individuelle pauser, 1 ugentlig fridag". Det fremgik desuden af tilbuddet, at han nu skulle kontakte arbejdsgiveren for at udfærdige et ansættelsesbrev.

Af den mellem A og X A/S indgåede ansættelseskontrakt fremgik bl.a.:

"Stillingen tiltrædes den 22. marts 2011.

...

Funktionæren skal følge arbejdsgiverens instruktioner om arbejdets tilrettelæggelse. Herom er følgende aftalt:

- Vedligeholde hjemmeside
- Implementere e-handelskoncept
- Indretningstegning med Planix og Furnish Pro
- Sælger backup mht. tegningsmateriale
- Vedligeholde brochure og prisliste-beholdning herunder påse at alle er forsynede med aktueller prislister
- Ad hoc opgaver på kontor og i butik

...

Jobbet er sammensat således, at det kan udføres med passende skånehensyn jvf. den tilhørende fleksjobaftale på max 20 timer ugentligt.

Om funktionærens arbejdstid er aftalt følgende: Løntiden er 37 timer pr. uge, arbejdstiden er 20 timer pr. uge beliggende i tidsrummet kl. 9.00 til 16.00."

Retsgrundlag

Beskæftigelsesindsatsloven

Lov om en aktiv beskæftigelsesindsats (beskæftigelsesindsatsloven) indeholder i kapitel 13 om fleksjob mv. bl.a. følgende bestemmelser, jf. lovbekendtgørelse nr. 1342 af 21. november 2016:

"Visitation

§ 69. Jobcenteret sørger for, at personer under folkepensionsalderen, jf. § 1 a i lov om social pension, med varige og væsentlige begrænsninger i arbejdsevnen, jf. § 2, nr. 7, har mulighed for

- 1) ansættelse hos private eller offentlige arbejdsgivere i fleksjob efter § 70 ...

...

§ 70. Jobcenteret giver tilbud om fleksjob til personer, som ikke modtager førtidspension efter lov om social pension eller lov om højeste, mellemste, forhøjet almindelig og almindelig førtidspension m.v., og som ikke kan opnå eller fastholde beskæftigelse på normale vilkår på arbejdsmarkedet.

...

Løn- og arbejdsvilkår i fleksjobbet [for fleksjob påbegyndt den 1. januar 2013 eller senere]

§ 70 e. Arbejdsgiveren betaler løn til den ansatte i fleksjob for det arbejde, der bliver udført, jf. stk. 3-5. Lønnen suppleres med et fleksløntilskud, der reguleres på baggrund af lønindtægten og udbetales af kommunen til den ansatte, jf. § 70 f.

Stk. 2. I forbindelse med etableringen af et fleksjob på en virksomhed skal jobcenteret hurtigst muligt komme med en vurdering af arbejdsevnen i fleksjobbet, herunder hvor mange timer personen kan arbejde i fleksjobbet, og af arbejdsintensiteten. Vurderingen danner grundlag for aftalen om fleksjob mellem den ansatte og arbejdsgiveren. Jobcenteret skal foretage en ny vurdering af arbejdsevnen i fleksjobbet, hvis arbejdsgiveren og den ansatte er enige om ændringen og i fællesskab anmoder herom.

Stk. 3. På overenskomstdækkede områder fastsættes løn og øvrige arbejdsvilkår efter de kollektive overenskomster, herunder sociale kapitler, lokal-aftaler m.v. samt bestemmelser om løn- og arbejdsvilkår for ansættelse og fastholdelse af personer i fleksjob. Hvis overenskomsterne m.v. ikke indeholder sådanne bestemmelser eller disse ikke kan finde anvendelse til brug for fastsættelse af løn, indgås aftale om løn mellem den ansatte og arbejdsgiveren, således at bestemmelser i overenskomsten om løn og arbejdstid kan fraviges, i det omfang det er nødvendigt for at fastsætte en løn, der er i overensstemmelse med den ansattes arbejdsevne i fleksjobbet, jf. stk. 2. Jobcenteret og den overenskomstbærende faglige organisation modtager efter aftale med den ansatte kopi af aftalen om fleksjob. Tvister

om anvendelsen af overenskomsterne m.v. og om løn og arbejdsvilkår afgøres ved fagretlig behandling og endeligt ved Arbejdsretten. § 11, stk. 2, i lov om Arbejdsretten og faglige voldgiftsretter finder tilsvarende anvendelse.

Stk. 4. På områder, der ikke er dækket af overenskomst, fastsættes løn og øvrige arbejdsvilkår efter aftale mellem den ansatte og arbejdsgiveren. På områder, hvor der findes en relevant sammenlignelig overenskomst, skal parterne tage udgangspunkt i overenskomsten på det sammenlignelige område. Jobcenteret modtager efter aftale mellem arbejdsgiver og den ansatte kopi af aftalen om fleksjob. Det samme gælder den overenskomstbærende faglige organisation, hvis der er taget udgangspunkt i en sammenlignelig overenskomst. Tvister om løn og arbejdsvilkår afgøres i disse tilfælde ved fagretlig behandling og endeligt ved Arbejdsretten, såfremt en af parterne begærer det. I så fald er arbejdsgiveren stillet, som om den havde tiltrådt den kollektive overenskomst. § 11, stk. 2, i lov om Arbejdsretten og faglige voldgiftsretter finder tilsvarende anvendelse.

Stk. 5. Hvis en ansat i fleksjob udfører funktionærarbejde, jf. funktionærlovens § 1, stk. 1, men ikke er omfattet af funktionærloven, fordi den pågældende arbejder 8 timer eller derunder ugentligt, skal arbejdsgiveren ansætte vedkommende på funktionærlignende vilkår. Ved funktionærlignende vilkår forstås i denne henseende, at funktionærlovens vilkår gælder som helhed.

Fleksløntilskud

§ 70 f. Kommunen udbetaler fleksløntilskud til personer i fleksjob som supplement til den løn, der udbetales af arbejdsgiver efter § 70 e. Tilskuddet beregnes med udgangspunkt i et beløb, der svarer til 98 pct. af arbejdsløshedsdagpengenes højeste beløb, jf. § 47 i lov om arbejdsløshedsforsikring m.v. Kommunen udbetaler fleksløntilskuddet efter stk. 2-5 månedsvis bagud.

...

Løn og tilskud m.v. for fleksjob påbegyndt før den 1. januar 2013

§ 71. Arbejdsgiveren betaler lønnen til den ansatte i fleksjob.

Stk. 2. Tilskud til lønnen udbetales til arbejdsgiveren. Tilskuddet er halvdelen eller totredjedele af lønnen, afhængigt af graden af den nedsatte arbejdssevne.

...

Stk. 5. Tilbud om fleksjob kan gives frem til folkepensionsalderen, jf. § 1 a i lov om social pension.

§ 72. Når jobcenteret har givet tilbud om fleksjob, fastsættes løn og øvrige arbejdsvilkår, herunder arbejdstiden, som udgangspunkt efter de kollektive overenskomster på ansættelsesområdet, herunder efter de sociale kapitler. I ikke overenskomstdækket ansættelse skal overenskomsten på sammenlignelige områder gælde. ...

Stk. 2. Jobcenteret skal give tilbud om fleksjob på fuld tid, medmindre personen foretrækker deltidsansættelse eller er omfattet af bestemmelsen i stk. 3.

..."

Bestemmelserne i beskæftigelsesindsatsloven fik deres nuværende affattelse ved lov nr. 1380 af 23. december 2012. Af de almindelige bemærkninger til lovforslaget fremgår bl.a. (Folketingstidende 2012-13, tillæg A, lovforslag nr. L 53, s. 24, 26, 36, 38 og 39):

"1. Indledning

Regeringen (Socialdemokraterne, Socialistisk Folkeparti og Radikale Venstre) og Venstre, Liberal Alliance og Det Konservative Folkeparti er enige om, at det er nødvendigt at nytænke førtidspensions- og fleksjob-området, så flere får mulighed for at realisere deres potentiale i et aktivt arbejdsliv og være en del af fællesskabet. Derfor blev der indgået en aftale om reform af førtidspension og fleksjob den 30. juni 2012.

Førtidspension og fleksjob er centrale dele af det sociale sikkerhedsnet i Danmark. Aftalepartierne ønsker derfor at reformere de to ordninger for at sikre, at der også i fremtiden er ordentlige levevilkår for de mennesker, der ikke kan arbejde, og et rummeligt arbejdsmarked med bedre muligheder for et aktivt arbejdsliv for mennesker med en begrænset arbejdsevne.

...

1.2. Sigtelinjer for reformen

Den grundlæggende intention bag dette lovforslag er at komme væk fra et system, hvor borgere får tilkendt førtidspension i stedet for hjælp til at bane vejen for et liv med arbejde. Udviklingen skal vendes, så flere får en tilknytning til arbejdsmarkedet og dermed adgang til at forsørge sig selv, og færrest muligt ender på passiv varig forsørgelse. Målgruppen for reformen er mennesker med komplekse problemer, hvor sociale, beskæftigelses- og sundhedsmæssige udfordringer skaber barrierer i forhold til arbejdsmarkedet. Reformen bygger på følgende sigtelinjer:

...

1.2.9. Fremtidssikring og målretning af fleksjobordningen

Fleksjobordningen skal fremtidssikres, så det også fremover vil være muligt for mennesker med nedsat arbejdsevne at få adgang til arbejdsmarkedet.

Fleksjobordningen skal derfor målrettes, så de mennesker, der har mindst arbejdsevne også kan komme i fleksjob og blive en del af fællesskabet. De største løntilskud vil derfor blive givet til de fleksjobansatte, der har den mindste arbejdsevne og den laveste løn. Samtidig vil det være sådan, at de fleksjobansatte får løn for den indsats, som de reelt yder. Det vil gøre det mere attraktivt for arbejdsgivere at ansætte medarbejdere med en lille arbejdsevne, og vil samtidig i højere grad tilskynde de fleksjobansatte til at øge antallet af arbejdstimer, hvis de er i stand til det.

...

2. Lovforslagets indhold

...

2.2. Målretning af fleksjobordningen

...

2.2.2. Fastsættelse og regulering af løn m.v. i fleksjobbet

2.2.2.1. Gældende ret

Efter de gældende regler ansættes en person i et fleksjob som udgangspunkt på fuld tid, uanset hvor mange timer, den ansatte arbejder i jobbet. Arbejdsgiveren betaler lønnen til den ansatte i fleksjob for fuld tid, og kommunen udbetaler et tilskud på enten halvdelen eller totredjedele af lønnen til arbejdsgiveren afhængig af graden af den nedsatte arbejdsevne. Løn og øvrige arbejdsvilkår fastsættes som udgangspunkt efter de kollektive overenskomster på ansættelsesområdet, herunder de sociale kapitler. I en ikke-overenskomstdækket ansættelse gælder overenskomsten på sammenlignelige områder. Fastsættelsen af løn og øvrige arbejdsvilkår skal ske i samarbejde med de faglige organisationer.

2.2.2.2. Den foreslåede ordning

Med reformen lægges tilskuddet om, således at arbejdsgiveren fremover ikke skal betale løn for fuld tid, men skal betale løn for det arbejde, der bliver udført, ligesom personer i fleksjob skal have løn for den arbejdsindsats, de reelt yder. Den fleksjobansatte kompenseres for den nedsatte ar-

bejdsevne ved et fleksløntilskud fra kommunen. Den fleksjobansattes indtægt i fleksjobbet vil således fremover bestå af løn fra arbejdsgiveren suppleret med et tilskud fra kommunen, der reguleres på baggrund af lønindtægten.

Det er vigtigt, at fleksjobordningen også kan rumme de særlige tilfælde, hvor en betydelig funktionsnedsættelse gør, at personerne ikke kan arbejde med fuld intensitet i de timer, hvor de arbejder. Det er derfor vigtigt, at reglerne om lønfastsættelse afspejler dette, idet der ellers er risiko for, at der ikke kan etableres fleksjob i disse tilfælde.

Jobcenteret skal ved etablering af et fleksjob på en virksomhed komme med en vurdering af den pågældendes arbejdsevne i fleksjobbet. Vurderingen kan danne grundlag for aftalen om fleksjob, herunder om arbejdstid og aflønning. Aflønningen fastsættes som udgangspunkt efter de kollektive overenskomster, men da der kan være områder, der ikke regulerer eller ikke er egnede til at regulere løn og arbejdstid efter de regler, der gælder i den nye fleksjobordning vil overenskomsterne i disse situationer kunne fraviges efter aftale mellem lønmodtager og arbejdsgiver.

Det foreslås endvidere, at der nedsættes et trepartsudvalg med bl.a. arbejdsmarkedets parter. Udvalget skal følge området tæt og give arbejdsmarkedets parter mulighed for løbende at vurdere, hvorvidt der er behov for justeringer i de kollektive aftaler.

...

2.2.3. Udbetaling af fleksløntilskud

2.2.3.1. Gældende ret

Der udbetales efter de gældende regler ikke tilskud direkte til den enkelte ansatte i fleksjob, men derimod til arbejdsgiveren, som har ansat en person i fleksjob.

Efter de gældende regler ansættes en person i fleksjob på almindelige løn- og ansættelsesvilkår. Den pågældende får således udbetalt fuld løn fra arbejdsgiveren, selv om personen fx kun arbejder 18 timer om ugen. Arbejdsgiveren får som compensation for den ansattes nedsatte arbejdsevne udbetalt et tilskud fra kommunen.

...

2.2.3.2. Den foreslåede ordning

Det foreslås, at arbejdsgiveren betaler løn inkl. pension for den arbejdsindsats, den ansatte i et fleksjob reelt yder. Kommunen supplerer lønnen fra arbejdsgiveren med et tilskud, der reguleres på baggrund af lønindtægten.”

Forskelsbehandlingsloven og beskæftigelsesdirektivet

I lovbekendtgørelse nr. 1001 af 24. august 2017 om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet mv. (forskelsbehandlingsloven) hedder det bl.a.:

”Kap. 1. Lovens anvendelsesområde

§ 1. 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.

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.

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, jf. dog § 2 a.

...

Kap. 2. Forbud mod forskelsbehandling

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

...

Kap. 5. Ikrafttræden og forhold til anden lovgivning mv.

§ 9. ...

Stk. 2. Loven er ikke til hinder for, at der i medfør af anden lov, i medfør af bestemmelser med hjemmel i anden lov eller i øvrigt ved offentlig foran-

staltning iværksættes foranstaltninger, som har til formål at forbedre beskæftigelsesmulighederne for 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. ...”

Forskelsbehandlingslovens bestemmelser om alder og handicap som diskriminationsgrund blev indført ved lov nr. 1417 af 22. december 2004. I lovforslagets almindelige bemærkninger hedder det bl.a. (Folketingstidende 2004-05 (1. samling), tillæg A, lovforslag nr. L 92, s. 2697-2700 og 2702):

”1. Indledning

Med lovforslaget foreslås det at indsætte diskriminationskriterierne ”handicap og alder” i forskelsbehandlingsloven, således at lovens anvendelsesområde udvides til at omfatte et forbud mod forskelsbehandling på grund af alder og handicap på arbejdsmarkedet. Endvidere foreslås en pligt for arbejdsgiveren til at foretage rimelige tilpasninger for at sikre en person med handicap adgang til beskæftigelse m.v. I den forbindelse foreslås indsat en henvisning til bestemmelsen, der fastslår arbejdsgiverens tilpasningsforpligtelser i forhold til personer med handicap. Endelig foreslås det i forbindelse med gennemførelsen af forbuddet mod forskelsbehandling på grund af alder, at der gennemføres en række undtagelsesmuligheder, idet alder i visse sammenhænge kan udgøre et sagligt og hensigtsmæssigt kriterium, som det under nærmere angivne betingelser vil være lovligt at lægge vægt på. Forskelsbehandlingslovens horisontale bestemmelser og anvendelsesområde opretholdes uændret.

2. Baggrund for forslaget

Forslaget gennemfører den resterende del af Rådets direktiv 2000/78/EF om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv, jf. EF-Tidende 2000, nr. L 303, s. 16 (beskæftigelsesdirektivet), i dansk ret, dvs. bestemmelserne om alder og handicap. ...

2.1. Beskæftigelsesdirektivet

Beskæftigelsesdirektivet er en del af Europa-Kommissionens anti-diskriminationspakke fremsat den 25. november 1999 med hjemmel i EF-traktatens artikel 13, hvorefter der kan træffes hensigtsmæssige foranstaltninger til bekæmpelse af forskelsbehandling. Direktivet fastlægger rammen for forbuddet mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet, og vedrører kriterierne religion, tro, alder, handicap og seksuel orientering.

Forbuddet mod forskelsbehandling i beskæftigelsesdirektivet gælder med hensyn til vilkårene for adgang til lønnet beskæftigelse, adgang til erhvervsvejledning, erhvervsuddannelse, erhvervsmæssig videreuddannelse og omskoling, med hensyn til beskæftigelse, løn og arbejdsvilkår, og med hensyn til medlemskab af og deltagelse i en arbejdstager- eller arbejdsgiverorganisation. Dette svarer til forskelsbehandlingslovens saglige anvendelsesområde, jf. lovens §§ 2 og 3. Direktivet fastsætter endvidere regler om, hvornår og under hvilke betingelser der kan ske undtagelser fra forbuddet mod forskelsbehandling i forbindelse med udøvelse af bestemte erhvervsaktiviteter.

...

2.1.1. Direktivets særbestemmelser om handicap

Direktivets udgangspunkt er, at direkte og indirekte forskelsbehandling på grund af handicap er forbudt, jf. artikel 2. Med henblik på at sikre overholdelse af princippet om ligebehandling indeholder direktivets artikel 5 en selvstændig forpligtelse for arbejdsgiveren til i rimeligt omfang at foretage tilpasninger. Tilpasningerne skal være hensigtsmæssige i forhold til den handicappede persons konkrete behov. Arbejdsgiveren må dog ikke pålægges en uforholdsmæssig økonomisk byrde. Hvis byrden lettes i tilstrækkeligt omfang gennem foranstaltninger, der er normale elementer i den pågældende medlemsstats handicappolitik, anses den ikke for at være uforholdsmæssig stor.

Den forpligtelse, arbejdsgiveren har i henhold til artikel 5 til at foretage tilpasninger, skal efter omstændighederne indgå i vurderingen af, hvorvidt en person med handicap udsættes for indirekte forskelsbehandling, jf. artikel 2, stk. 2, litra b.

2.1.2. Direktivets særbestemmelser om alder

For så vidt angår alder er det direktivets udgangspunkt, at forskelsbehandling på grund af alder er forbudt. Direktivet beskytter således både unge og ældre mod forskelsbehandling. Direktivet anerkender imidlertid også, at der kan være situationer, hvor det vil være lovligt at tillægge en lønmodtagers alder betydning. Direktivet indeholder derfor en særbestemmelse i artikel 6, stk. 1, hvorefter medlemsstaterne kan bestemme, at ulige behandling på grund af alder ikke udgør forskelsbehandling, hvis den er objektivt og rimeligt begrundet i et legitimt formål indenfor rammerne af den nationale ret, bl.a. legitime beskæftigelses-, arbejdsmarkeds- og erhvervsuddannelsespolitiske mål, og hvis midlerne til at opfylde det pågældende mål er hensigtsmæssige og nødvendige. Det vil sige, at det absolutte udgangspunkt i direktivet, hvorefter direkte forskelsbehandling

er ulovlig og ikke kan legitimeres, vil kunne fraviges for så vidt angår direkte aldersdiskrimination, såfremt medlemsstaterne bestemmer dette, og såfremt denne fravigelse i øvrigt er sagligt og proportionalt begrundet i et legitimt formål indenfor rammerne af den nationale ret.

Artikel 6, stk. 1, indeholder en række eksempler på situationer, der vil kunne være legitime formål, men bestemmelsen er ikke udtømmende, og skal derfor ikke betragtes som en endelig facitliste på, hvad der er legitime formål. I bestemmelsen anerkendes det, at der kan være behov for at beskytte såvel yngre som ældre arbejdstagere, ligesom det kan være legitimt at tilvejebringe særlige vilkår for at sikre bestemte aldersgruppers erhvervsmæssige integration. ...

...

4. Lovforslagets indhold

...

4.1. Handicapkriteriet

Handicapbegrebet defineres ikke i direktivet, og det er i forbindelse med implementering i første omgang op til medlemsstaterne at fastlægge indholdet af begrebet. Det er i sidste instans EF-domstolen, der fastlægger den endelige fortolkning af direktivet.

I dag findes der hverken i social- eller arbejdsmarkedslovgivningen nogen formel definition af begrebet handicap. Ikke desto mindre opereres der i praksis med en relativ præcis opfattelse, som har vist sig at være nyttig, fordi den er dynamisk.

Direktivet ændrer ikke ved den danske forståelse af handicapbegrebet. Der foreslås derfor ikke indsat en definition af handicapbegrebet.

Udover indsættelsen af forbuddet mod forskelsbehandling på grund af handicap foreslås der fastsat en pligt for arbejdsgiveren til at foretage hensigtsmæssige foranstaltninger med henblik på at give en person med handicap adgang til beskæftigelse m.v. Det foreslås endvidere, at definitionen af indirekte forskelsbehandling tager højde for denne tilpasningsforpligtelse. Det foreslås yderligere, at der indsættes en bestemmelse i loven, hvorefter loven ikke er til hinder for iværksættelse af foranstaltninger til fremme af beskæftigelsesmulighederne for personer med handicap.

Lovforslaget ændrer ikke ved sondringen mellem handicap og sygdom. Reglerne om arbejdsgiverens adgang til at udspørge potentielle ansat-

te/sine ansatte om deres helbredstilstand og deres eventuelle sygdomme dag findes fortsat i helbredsoplysningsloven.

I relation til forholdet mellem lovgivning og overenskomster foreslås der indsat en bestemmelse, hvorefter det vil være muligt for arbejdsmarkedets parter at indgå implementeringsaftaler om forbud mod forskelsbehandling på grund af handicap svarende til direktivets niveau.

4.2. Alderskriteriet

Det følger af indsættelsen af forbuddet mod forskelsbehandling på grund af alder, at det fremover ikke vil være lovligt at lægge vægt på en lønmodtagers alder i ansættelsessituationen, under ansættelsen og ved afskedigelse m.v. Det betyder bl.a., at annoncering efter ansatte i en bestemt aldersgruppe ikke vil være tilladt, jf. dog lovens § 6, stk. 2, ligesom aftalebestemmelser om pligtmæssig fratræden på grund af alder som udgangspunkt ikke vil være lovlige.

Spørgsmålet om pligtmæssig fratræden på grund af alder skal vurderes på baggrund af direktivets artikel 6, herunder at ulige behandling skal være objektivt og rimeligt begrundet i et legitimt formål indenfor rammerne af den nationale ret, jf. bemærkningerne til forslaget nr. 13. Efter ændringen af lov om social pension, jf. lov nr. 319 af 5. maj 2004, er der nu mulighed for at udskyde og opspare pensionen for lønmodtagere, der måtte ønske at fortsætte på arbejdsmarkedet efter det 65. år. Lovændringen er udtryk for, at alle der kan og vil, skal have mulighed for at arbejde også gerne efter det 65. år. Der er altså fra statens side en tilskyndelse til at forblive på arbejdsmarkedet så længe som muligt. Det er under alle omstændigheder regeringens opfattelse, at aldersgrænser for pligtmæssig fratræden under 65 år kun vil kunne opretholdes i særlige tilfælde, fx hvor der med rette kan stilles visse fysiske krav. Der henvises i den forbindelse til direktivets betragtning 18, hvorefter direktivet ikke må medføre, at de væbnede styrker og politiet, fængselsvæsenet og redningstjenesterne skal være forpligtet til ansættelse eller fortsat ansættelse af en person, der ikke opfylder de nødvendige krav for at kunne fuldføre samtlige opgaver, der kan blive pålagt vedkommende under hensyn til det legitime formål at sikre disse tjenesters operationelle karakter. Med hensyn til aldersgrænser på 65 år er der som nævnt ovenfor taget initiativer, som gerne på længere sigt og i takt med den stigende levealder i det danske samfund skulle føre til ændrede tilbagetrækningsmønstre. Der er imidlertid tale om en langsigtet strategi, og i dag må man nok konstatere, at store dele af arbejdsmarkedet har indrettet sig på, at det er legitimt at afskedige lønmodtagere, når de når den alder, hvor de kan oppebære den almindelige folkepension. Det er tilfældet såvel i en række overenskomster om spørgsmålet som i indivi-

duelle ansættelseskontrakter. Det ville være et unødvendigt og uhensigtsmæssigt indgreb i den måde arbejdsmarkedet har indrettet sig på, hvis man alene i anledning af indførelsen af alderskriteriet i loven erklærede alle sådanne aftaler ugyldige. Derfor foreslås det i loven udtrykkelig fastsat, at loven ikke er til hinder for individuelle og kollektive aftaler om pligtmæssig fratræden ved det 65. år. Lovforslaget berører ikke brug af tidsbegrænsede ansættelser eller åremålsansættelser som sådanne, men disse aftaler vil efter omstændighederne kunne være omgåelse af loven. På længere sigt og i takt med at regeringens politik realiseres, må det vurderes, om man fortsat skal tillade en sådan aldersgrænse. En eller anden aldersgrænse vil det dog nok under alle omstændigheder være naturligt at tillade ud fra hensynet til en værdig afslutning på et langt arbejdsliv, hvad der i sig selv må anses for et legitimt formål indenfor rammerne af den nationale ret.

I tilknytning til forbuddet mod forskelsbehandling på grund af alder foreslås en række undtagelsesbestemmelser, der bl.a. skal sikre, at der fortsat vil kunne iværksættes seniorpolitiske initiativer og en særlig beskæftigelsesindsats for unge, ligesom det sikres, at reglerne om beskyttelse af børn og unge kan opretholdes. Ligeledes foreslås der en undtagelsesbestemmelse, der betyder, at erhvervstilknyttede sociale sikringsordninger (herunder arbejdsmarkedspensionsordningerne) undtages fra lovens anvendelsesområde. I relation til forholdet mellem lovgivning og overenskomster foreslås der indsat to særbestemmelser. For det første foreslås der indsat en supplerende bestemmelse, der sikrer, at det fortsat skal være muligt for arbejdsmarkedets parter at indgå implementeringsaftaler, således at loven i relation til forbuddet mod forskelsbehandling på grund af alder vil kunne fraviges til direktivets niveau, hvorved parterne kan vælge at udnytte direktivets undtagelsesbestemmelse i artikel 6 i større eller mindre grad end lovens udgangspunkt. Dernæst foreslås der indsat en bestemmelse, hvorefter aldersbestemmelser i kollektive aftaler og overenskomster, der er objektivt og rimeligt begrundet i et legitimt formål indenfor rammerne af den nationale ret, vil kunne opretholdes, hvis midlerne til at opfylde formålet er hensigtsmæssige og nødvendige.

Med henblik på at sikre opretholdelsen af virksomhedernes eksisterende og iværksættelse af fremtidige seniorpolitiske ordninger foreslås det, at der indsættes en bestemmelse i loven, hvorefter loven ikke er til hinder for, at der iværksættes foranstaltninger til fremme af ældre lønmodtageres beskæftigelsesmuligheder.

5. Forholdet til anden lovgivning

...

5.5. Andre ministeriers lovgivning

I forbindelse med overvejelserne om gennemførelsen af beskæftigelsesdirektivets bestemmelser, herunder særligt spørgsmålet om adgangen til at opretholde aldersgrænser indenfor direktivets saglige anvendelsesområde er der sket høring af berørte ministerier. Spørgsmålet om i hvilket omfang lovændringer i andre ministeriers er påkrævet som led i gennemførelsen af direktivet er derved overladt til de pågældende ministeriers afgørelse. Det følger af direktivets artikel 6, stk. 1, at aldersgrænser i anden lovgivning eller aldersgrænser fastsat i medfør af anden lovgivning indenfor direktivets anvendelsesområde vil kunne opretholdes uændret, hvis den pågældende aldersgrænse er objektivt og rimeligt begrundet i et legitimt formål indenfor rammerne af dansk ret, og midlerne til at opfylde det pågældende formål er hensigtsmæssige og nødvendige. Såfremt der i andre ministeriers lovgivning måtte være aldersgrænser, er det det pågældende ministeriums ansvar at påse, at aldersgrænsen er begrundet i et legitimt formål og at der er den fornødne proportionalitet mellem mål og midler.”

I de specielle bemærkninger vedrørende lovforslagets § 9, stk. 2, hedder det bl.a. (Folketingstidende 2004-05 (1. samling), tillæg A, lovforslag nr. L 92, s. 2709):

”Til nr. 16

Det foreslås, at kriterierne alder og handicap indsættes i lovens 9, stk. 2. Direktivet udelukker ikke, at der iværksættes særlige foranstaltninger, der skal forebygge eller opveje ulemper, der er knyttet til alder eller handicap, jf. direktivets artikel 7. Derudover anerkender direktivets artikel 6, stk. 1, at der i visse tilfælde kan være behov for at lægge vægt på alder, fx i forbindelse med beskæftigelsespolitiske mål, herunder initiativer for at fremme unge eller ældres erhvervsmæssige integration. Lov om en aktiv beskæftigelsesindsats indeholder en række initiativer rettet mod seniorer og mod unge under 30 år. Med henblik på at sikre disse bestemmelser fortsatte lovlighed samt med henblik på at bevare aldersgrænser som et lovligt instrument i forbindelse med en målrettet beskæftigelsesindsats foreslås det med tilføjelsen af alderskriteriet, at sådanne offentlige foranstaltninger fortsat kan opretholdes, og at der fremover tillige vil kunne iværksættes yderligere offentlige foranstaltninger for at sikre en sådan målrettet beskæftigelsesindsats.

Ligeledes foreslås handicapkriteriet indsat i bestemmelsen, da det også for denne gruppe lønmodtagere kan være nødvendigt at iværksætte særlige foranstaltninger for at sikre deres erhvervsmæssige integration, og da en særlig hjemmel er nødvendig for at sikre opretholdelsen af allerede eksis-

sterende muligheder. Lov om kompensation til handicappede i erhverv indeholder en ret for handicappede personer til at komme til samtale hos offentlige arbejdsgivere. Denne positive særforanstaltning kan opretholdes i medfør af direktivets artikel 7, og omfattes af således af de offentlige foranstaltninger, der kan iværksættes i medfør af nærværende bestemmelse.

Det understreges, at muligheden for at iværksætte foranstaltninger alene tilkommer det offentlige, og at bestemmelsen ikke giver en generel adgang til positiv særbehandling af bestemte lønmodtagergrupper. Bestemmelsen er således forholdsvis snæver. ..."

Rådets direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv (beskæftigelsesdirektivet) indeholder bl.a. følgende bestemmelser:

"Artikel 1

Formål

Formålet med dette direktiv er, med henblik på at gennemføre princippet om ligebehandling i medlemsstaterne, at fastlægge en generel ramme for bekæmpelsen af forskelsbehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv på grund af religion eller tro, handicap, alder eller seksuel orientering.

Artikel 2

Begrebet forskelsbehandling

1. I dette direktiv betyder princippet om ligebehandling, at ingen må udsættes for nogen form for direkte eller indirekte forskelsbehandling af nogen af de i artikel 1 anførte grunde.
2. I henhold til stk. 1
 - a) foreligger der direkte forskelsbehandling, hvis en person af en eller flere af de i artikel 1 anførte grunde behandles ringere, end en anden i en tilsvarende situation bliver, er blevet eller ville blive behandlet
 - b) foreligger der indirekte forskelsbehandling, hvis en tilsyneladende neutral bestemmelse, betingelse eller praksis vil stille personer med en bestemt religion eller tro, et bestemt handicap, personer, som tilhører en bestemt aldersgruppe, eller personer med en bestemt seksuel orientering, særlig ufordelagtigt i forhold til andre personer, medmindre

- i. den pågældende bestemmelse, betingelse eller praksis er objektivt begrundet i et legitimt mål, og midlerne til at opfylde det er hensigtsmæssige og nødvendige, eller
- ii. medmindre arbejdsgiveren eller enhver anden person eller organisation omfattet af dette direktiv, i medfør af den nationale lovgivning er nødt til at træffe passende foranstaltninger for så vidt angår personer med et bestemt handicap i henhold til principperne i artikel 5 med henblik på at afhjælpe ufordelagtige virkninger af denne bestemmelse, dette kriterium eller denne praksis.

...

Artikel 6

Berettigelse af ulige behandling på grund af alder

1. Uanset artikel 2, stk. 2, kan medlemsstaterne bestemme, at ulige behandling på grund af alder ikke udgør forskelsbehandling, hvis den er objektivt og rimeligt begrundet i et legitimt formål inden for rammerne af den nationale ret, bl.a. legitime beskæftigelses-, arbejdsmarkeds- og erhvervsuddannelsespolitiske mål, og hvis midlerne til at opfylde det pågældende formål er hensigtsmæssige og nødvendige.

Der kan bl.a. være tale om følgende former for ulige behandling:

- a) tilvejebringelse af særlige vilkår for adgang til beskæftigelse og erhvervsuddannelse, beskæftigelse og erhverv, herunder betingelser vedrørende afskedigelse og aflønning, for unge, ældre arbejdstagere og personer med forsørgerpligt med henblik på at fremme deres erhvervs-mæssige integration eller at beskytte dem
- b) fastsættelse af minimumsbetingelser vedrørende alder, erhvervs erfaring eller anciennitet for adgang til beskæftigelse eller til visse fordele i forbindelse med beskæftigelse
- c) fastsættelse af en maksimal aldersgrænse for ansættelse, som er baseret på uddannelsesmæssige krav til den pågældende stilling eller nødvendigheden af at have tilbagelagt en rimelig periode i beskæftigelse før pensionering.

...

Artikel 7

Positiv særbehandling og særforanstaltninger

1. For at sikre fuld ligestilling i arbejdslivet er princippet om ligebehandling ikke til hinder for, at de enkelte medlemsstater opretholder eller

vedtager særforanstaltninger, der har til formål at forebygge eller opveje ulemper knyttet til en eller flere af de i artikel 1 anførte grunde.

2. For så vidt angår handicappede er princippet om ligebehandling ikke til hinder for, at medlemsstaterne opretholder eller vedtager bestemmelser vedrørende sundhedsbeskyttelse og sikkerhed på arbejdspladsen, eller for foranstaltninger, der tager sigte på at oprette eller opretholde bestemmelser eller faciliteter med henblik på at beskytte eller fremme deres erhvervsmæssige integration.”

Højesterets begrundelse og resultat

Indledning

A blev den 22. marts 2011 ansat hos X A/S som funktionær i en stilling omfattet af fleksjobordningen, således at lønnen for fuld tid blev betalt af arbejdsgiveren, der modtog et tilskud på to tredjedele af lønnen fra kommunen efter bestemmelserne om løn og tilskud for fleksjob påbegyndt før den 1. januar 2013 i lov om en aktiv beskæftigelsesindsats. X A/S opsagde i marts 2017 A med virkning fra den 31. juli 2017 samtidig med, at hans fleksjobaftale udløb som følge af, at han fyldte 65 år og fik ret til folkepension, jf. beskæftigelsesindsatslovens § 69, stk. 1, og § 71, stk. 5.

Ifølge As ansættelseskontrakt var jobbet sammensat således, at det kunne udføres med passende skånehensyn, jf. den tilhørende fleksjobaftale (dvs. det kommunale tilbud om ansættelse i fleksjob). Løntiden var fastsat til 37 timer pr. uge og arbejdstiden til 20 timer pr. uge. Det var i kommunens tilbud bl.a. fastsat, at arbejdet skulle udføres med ingen eller meget begrænset fysisk belastning, skiftende arbejdsstillinger, mulighed for individuelle pauser og med en ugentlig fridag. Der var hverken i ansættelseskontrakten eller kommunens tilbud om ansættelse i fleksjob bestemmelser om ophør af ansættelsen i forbindelse med bortfald af tilskuddet ved folkepensionsalderen.

Der er for Højesteret mellem parterne enighed om, at opsigelsen alene var begrundet i, at muligheden for fortsat ansættelse i fleksjob med tilskud til lønnen fra kommunen bortfaldt i forbindelse med, at A fik ret til folkepension.

Sagen angår for Højesteret, om opsigelsen indebar ulovlig forskelsbehandling på grund af alder eller handicap, eller om opsigelsen var i strid med deltidsloven eller funktionærlovens § 2 b.

Fleksjobordningen

Fleksjobordningen er rettet til personer, som ikke kan opnå eller opretholde beskæftigelse på normale vilkår på arbejdsmarkedet. Ansættelse i et fleksjob forudsætter en forudgående kommunal visitation og bevilling, herunder en vurde-

ring af den pågældendes ressourcer og arbejdsevne, og ved kommunens bevilgning af tilbud om ansættelse i fleksjob fastsættes der særlige vilkår f.eks. om arbejdstid, arbejdspladsindretning eller skånehensyn.

For fleksjob påbegyndt før den 1. januar 2013 betaler arbejdsgiveren den fulde løn til den ansatte og modtager til gengæld et tilskud fra kommunen svarende til halvdelen eller totredjedele af lønnen, afhængigt af graden af den nedsatte arbejdsevne. For fleksjob påbegyndt den 1. januar 2013 eller senere betaler arbejdsgiveren løn for det arbejde, der bliver udført, fastsat i overensstemmelse med bestemmelserne i beskæftigelsesindsatslovens § 70 e, mens kommunen udbetaler fleksløntilskud til den ansatte som supplement til den løn, der udbetales af arbejdsgiveren, jf. § 70 f, stk. 1.

Ansættelsesforholdet og det kommunale tilskud er således begge nødvendige elementer i denne beskæftigelsesfremmende foranstaltning i forhold til personer med nedsat arbejdsevne.

Parternes aftale

As ansættelse hos X A/S indebar som nævnt, at han arbejdede 20 timer om ugen på skånevilkår for en løn svarende til 37 timers arbejde, og at kommunen betalte totredjedele af lønnen, jf. § 71, stk. 2, i beskæftigelsesindsatsloven.

Det var således en klar forudsætning for ansættelsen, at X A/S modtog tilskud fra kommunen efter reglerne om fleksjob.

Efter parternes aftale finder Højesteret, at grundlaget for fortsat ansættelse bortfaldt ved løntilskuddets ophør, da A nåede folkepensionsalderen.

Forskelsbehandling

Efter forskelsbehandlingslovens § 9, stk. 2, er lovens forbud mod forskelsbehandling på grund af bl.a. alder og handicap ikke til hinder for, at der i medfør af anden lov eller i øvrigt ved offentlig foranstaltning iværksættes foranstaltninger, som har til formål at forbedre beskæftigelsesmulighederne for personer med en bestemt alder eller med handicap. Bestemmelsen bygger ifølge forarbejderne bl.a. på artikel 7 om positiv særbehandling og særforanstaltninger og artikel 6, stk. 1, om berettigelsen af ulige behandling på grund af alder i særlige tilfælde i Rådets direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv.

Højesteret finder, at fleksjobordningen, der som anført ovenfor består af to elementer – det særlige ansættelsesforhold og det offentlige tilskud – må anses for en sådan beskæftigelsesfremmende foranstaltning, som er tilladt efter lovens

§ 9, stk. 2. Ophør af en sådan positiv særforanstaltning som følge af folkepensionsalderens indtræden kan ikke anses for ulovlig forskelsbehandling på grund af alder eller handicap.

Opsigelsen af A, da han nåede folkepensionsalderen, og det kommunale tilskud til hans ansættelse i fleksjob bortfaldt, er herefter ikke i strid med forskelsbehandlingsloven.

Deltidsloven

Som anført ovenfor bortfaldt grundlaget for As fortsatte ansættelse hos X A/S, da det kommunale tilskud til hans fleksjob bortfaldt. Opsigelsen rejser allerede af denne grund ikke spørgsmål om forhold omfattet af deltidslovens § 4 a, stk. 3.

Funktionærloven

Der er på den anførte baggrund heller ikke grundlag for at anse opsigelsen af A for ikke at være rimeligt begrundet i hans eller virksomhedens forhold, jf. funktionærlovens § 2 b.

Konklusion

Højesteret stadfæster Sø- og Handelsrettens dom.

THI KENDES FOR RET:

Sø- og Handelsrettens dom stadfæstes.

I sagsomkostninger for Højesteret skal Teknisk Landsforbund som mandatar for A betale 40.000 kr. til X A/S.

Sagsomkostningsbeløbene skal betales inden 14 dage efter denne højesteretsdoms afsigelse og forrentes efter rentelovens § 8 a.