

# DOM

Afsagt den 10. oktober 2012 af Østre Landsrets 8. afdeling  
(landsdommerne M. Lerche, Arne Brandt og Birgitte Grønberg Juul).

8. afd. nr. B-3292-11:

Ældre Sagen som mandatar for

A

*(advokat Peter Breum)*

mod

1) Ledernes Hovedorganisation

*(advokat Lars Svenning Andersen)*

2) Beskæftigelsesministeriet

*(Kammeradvokaten v/advokat Niels Banke)*

Denne sag, der den 28. marts 2011 er anlagt ved Københavns Byret, er ved kendelse af 13. oktober 2011 henvist til behandling ved Østre Landsret i medfør af retsplejelovens § 226, stk. 1.

Sagsøgeren, Ældre Sagen som mandatar for A, har nedlagt følgende påstande:

- Sagsøgte 1, Ledernes Hovedorganisation, tilpligtes at anerkende, at udmeldelsen af A af arbejdsløsheds-kassen er ugyldig, og
- Sagsøgte 2, Beskæftigelsesministeriet, tilpligtes at anerkende, at arbejdsløshedsforsikringslovens § 43 strider mod artikel 2 i Rådets direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000 (beskæftigelsesdirektivet) og det almindelige EU-retlige princip om forbud mod aldersdiskrimination.

Begge de sagsøgte har påstået frifindelse.

Denne dom vedrører påstanden mod sagsøgte 2, Beskæftigelsesministeriet, der er udskilt til særskilt behandling, jf. retsplejelovens § 253.

### **Sagsfremstilling**

Ledernes Hovedorganisation meddelte den 12. december 2007 A, at hans medlemskab af arbejdsløshedskassen ville ophøre pr. 1. april 2008 som følge af, at han fyldte 65 år.

Efter at A havde opsagt sin stilling, meldte han sig ledig og anmodede om udbetaling af arbejdsløshedsdagpenge med virkning fra den 2. april 2009.

Ledernes Hovedorganisation afviste den 6. maj 2009 kravet under henvisning til, at medlemskab af arbejdsløshedskassen ophører senest ved udgangen af den måned, hvor man når folkepensionsalderen, jf. lov om arbejdsløshedsforsikring §§ 41 og 43.

Ældre Sagen klagede på vegne af A den 16. november 2009 til Ligebehandlingsnævnet over As udmeldelsen af arbejdsløshedskassen og gjorde gældende, at udmeldelsen er aldersdiskriminerende.

Ligebehandlingsnævnet afviste den 26. marts 2010 klagen under henvisning til, at lov om forskelsbehandling på arbejdsmarkedet mv. ikke omfatter udbetalinger fra arbejdsløshedskasser, og at dette er i overensstemmelse med beskæftigelsesdirektivets artikel 3, stk. 3, hvorefter udbetalinger af enhver art fra offentlige ordninger for social sikring og social beskyttelse eller lignende ordninger ikke er omfattet af direktivet.

Det fremgår af en af Kammeradvokaten for Beskæftigelsesministeriet udarbejdet oversigt over alle EU-landes aldersgrænse for arbejdsløshedsydelse og almindelig pensionsalder (bilag A), at retten til arbejdsløshedsydelse i langt de fleste lande ophører ved den almindelige pensionsalder.

### **Retsgrundlag mv.**

Arbejdsløshedsforsikringslovens § 43 har følgende ordlyd:

§ 43. Medlemskabet ophører senest ved udgangen af den måned, hvori medlemmet når folkepensionsalderen, jf. lov om social pension, eller ved medlemmets død.

Bestemmelsen fik sin nuværende affattelse ved lov nr. 1540 af 20. december 2006 om ændring af lov om arbejdsløshedsforsikring m.v., lov om en aktiv beskæftigelsesindsats, integrationsloven og lov om påligningen af indkomstskat til staten (Forhøjelse af efterlønsalderen, mere fleksibel efterlønsordning, fortrydelsesordning, styrkede jobmuligheder for personer over 55 år m.v.).

Af lovforslaget (L 59) fremgår blandt andet, at lovforslaget udmønter den del af aftalen af 20. juni 2006 mellem regeringen (Venstre og Det Konservative Folkeparti), Socialdemokraterne, Dansk Folkeparti og Det Radikale Venstre om fremtidens velstand og velfærd og investeringer i fremtiden (velfærdsreformen), der vedrører ændringer i efterlønsordningen samt dagpengeretten og særlige ordninger for de ældre ledige. Formålet med velfærdsreformen var ifølge lovforslaget at justere tilbagetrækningssystemet for at undgå ubalancer i den offentlige økonomi på grund af større træk på efterløn og pension som følge af længere levealder.

Den Europæiske Unions Charter om Grundlæggende Rettigheder indeholder blandt andet følgende bestemmelse:

”Artikel 21

Ikke forskelsbehandling

1. Enhver forskelsbehandling på grund af køn, race, farve, etnisk eller social oprindelse, genetiske anlæg, sprog, religion eller tro, politiske eller andre anskuelser, tilhørsforhold til et nationalt mindretal, formueforhold, fødsel, handicap, alder, seksuel orientering eller ethvert andet forhold er forbudt.”

Rådets direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv (beskæftigelsesdirektivet) indeholder blandt andet følgende betragtning i præamblen:

”(13)

”Dette direktiv finder ikke anvendelse på ordninger for social sikring og social beskyttelse, hvis ydelser ikke er sidestillet med løn i den betydning, dette udtryk er anvendt i EF-traktatens artikel 141, eller på udbetalinger af enhver art fra staten, hvor formålet er adgang til eller bibeholdelse af beskæftigelsen.”

Beskæftigelsesdirektivet indeholder blandt andet følgende bestemmelser:

”Artikel 1

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 3

Anvendelsesområde

...

3. Dette direktiv omfatter ikke udbetalinger af enhver art fra offentlige eller lignende ordninger, herunder offentlige ordninger for social sikring og social beskyttelse eller lignende ordninger.

...

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.

...

2. Uanset artikel 2, stk. 2, kan medlemsstaterne bestemme, at fastsættelse af aldersgrænser for adgang til erhvervstilknyttede sociale sikringsordninger, herunder fastsættelse af forskellige aldersgrænser for ansatte eller grupper eller kategorier af ansatte, og anvendelse af alderskriteriet til aktuarberegninger inden for rammerne af disse ordninger ikke udgør forskelsbehandling på grund af alder, for så vidt dette ikke medfører forskelsbehandling på grund af køn.”

## Procedure

**Ældre Sagen som mandatar for A**, har procederet i overensstemmelse med sit påstandsdokument af 3. juli 2012, hvoraf fremgår blandt andet:

”Denne sag drejer sig om, hvorvidt det er i strid med artikel 2 i beskæftigelsesdirektivet og/eller det almindelige forbud mod aldersdiskrimination i EU-retten, at A blev tvangsudmeldt af sin arbejdsløshedskasse som følge af, at han nåede folkepensionsalderen.

A havde fortsat en tilknytning til arbejdsmarkedet, og ønskede fortsat at være medlem af arbejdsløshedskassen samt at have muligheden for at oppebære ydelser fra arbejdsløshedskassen.

Sagen drejer sig derfor om, hvorvidt udmeldelsen er i strid med EU-retten.

Om påstanden, der er nedlagt overfor Beskæftigelsesministeriet, er der enighed mellem parterne om, at der gælder et almindeligt EU-retligt princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder.

Beskæftigelsesministeriet anfører imidlertid, at spørgsmålet om aldersdiskrimination skal afgøres alene ud fra beskæftigelsesdirektivet, når diskriminationen er relateret til beskæftigelse og erhverv, idet EU-rettens almindelige princip på dette område er udmøntet ved beskæftigelsesdirektivet.

Herom er der ikke enighed mellem parterne.

Det gøres på baggrund af oven anførte gældende, at det ved vurderingen af, om arbejdsløshedsforsikringslovens § 43 strider mod beskæftigelsesdirektivet, er nødvendigt selvstændigt men sammen med beskæftigelsesdirektivet at inddrage det almindelige EU-retlige princip om forbud mod forskelsbehandling, i henhold til hvilket § 43 også skal vurderes.

En fortolkning af beskæftigelsesdirektivets artikel 2, stk. 1, samt artikel 6 må nødvendigvis ske med respekt for – og dermed inden for rammerne af – det grundlæggende EU-retlige princip om forbud mod forskelsbehandling, hvorfor det grundlæggende princip ikke blot udgør et overflødigt anbringende.

Følger man EU-domstolens fremgangsmåde ved vurderingen af, om en given national forskrift er i strid med EU-rettens grundlæggende princip om forbud mod forskelsbehandling som udmøntet ved beskæftigelsesdirektivet inden for området beskæftigelse og erhverv, skal der i første omgang tages stilling til, om den omhandlede nationale retsforskrift (arbejdsløshedsforsikringens artikel 43) henhører under anvendelsesområdet for direktiv 2000/78. I anden omgang skal tages stilling til, om retsforskriften i bekræftende fald medfører en ulige behandling på grund af alder, og i trejde omgang om den ulige behandling i givet fald kan anses for berettiget under hensyn til direktivets artikel 6.

Som anført i stævningen har A-kasserne til formål at sikre arbejdstagere økonomisk bistand ved lediggang. A-kasserne skal herudover aktivt deltage i processen med at få ledige medlemmer i arbejde igen. A-kasserne sikrer dermed ikke kun lediges økonomi, men sikrer dem tillige mod langtidsledighed.

Ved generelt at udelukke ældre arbejdstagere over 65 år fra at opnå dækning for deres tabte arbejdsfortjeneste og at udelukke dem fra adgangen til at få hjælp til ny beskæftigelse påvirker arbejdsløshedsforsikringslovens § 43 utvivlsomt afskedigelsesvilkårene for denne kategori af arbejdstagere. Jf. herved også formålet med dagpengesystemet som beskrevet i stævningen.

Det fastholdes i den forbindelse, at A-kasserne indgår som et væsentligt redskab i den generelle arbejdsmarkedspolitik, hvor målsætningen er at skabe et fleksibelt arbejdsmarked og at tilskynde ledige til at søge nyt arbejde. Der kan herom også henvises til pkt. 1 og pkt. 2.2. i de almindelige bemærkninger til lov nr. 703 af 26. juni 2010 samt til pkt. 1 i de almindelige bemærkninger til lov nr. 912 af 13. juli 2010 (begge love vedrørte ændring af lov om arbejdsløshedsforsikring m.v.). I de anførte bemærkninger fandt man, at lovforslagene om henholdsvis nedsættelse af dagpengeperioden og harmonisering af beskæftigelseskravet ville medvirke til at

øge søgeaktiviteten og bidrage til reduktion af den strukturelle ledighed og dermed bidrage til en væsentlig styrkelse af beskæftigelsen på længere sigt.

Beskæftigelsesministeriet gør imidlertid gældende, at dagpengeydelsen udbetalt af A-kasserne ikke er omfattet af beskæftigelsesdirektivet, idet den ikke kan betegnes som en ydelse sidestillet med løn, jf. betragtning 13 i beskæftigelsesdirektivets præambel sammenholdt med direktivets artikel 3, stk. 3.

Beskæftigelsesministeriet henviser i såvel sit svarskrift som i duplikken til, at arbejdsledighedsdagpenge ikke er en arbejdsgiverrelateret ydelse og derfor ikke omfattes af det EU-retlige lønbegreb, jf. artikel 157 i TEUF. Beskæftigelsesministeriet henviser bl.a. til præmisserne 32-36 i EU-domstolens dom om Römer (sag C-147/08), som henviser til præmis 41 i EU-domstolens dom om Maruko (sag C-297/06).

Af sidstnævnte fremgår imidlertid også af præmis 44, at den omstændighed, at en ydelse udbetales efter arbejdsforholdets ophør ikke udelukker, at ydelsen kan have karakter af løn.

Som også anført i duplikken fremgår det ydermere af præmis 54-56 i generaladvokat N. Jääskinens forslag til afgørelse i Römer-sagen, at domstolene opfatter begrebet løn meget bredt, og at det bl.a. omfatter pensioner af enhver art, der udbetales på en erhvervsmæssig baggrund – modsat dem der udbetales i henhold til en lovbestemt ordning af generel karakter. Endvidere fremgår det, at kriteriet om arbejdsforhold ikke er eneføgende, idet der ved pensioner, der udbetales i henhold til lovbestemte sikringsordninger, helt eller delvist kan tages hensyn til den pågældende løn.

Ved vurderingen af, om en ydelse opfyldte kriterierne for at kunne klassificeres som løn, har domstolen derfor også set på, om en erhvervstilknyttet pension kun vedrører en bestemt gruppe af arbejdstagere, om ydelsen afhænger af den tilbagelagte tjenestetid og om den fastsættes på grundlag af arbejdstagerens senest oppebårne løn, jf. præmis 56 i generaladvokat N. Jääskinens forslag til afgørelse i Römer-sagen. De nævnte kriterier er hentet fra bl.a. præmis 45 i EU-domstolens dom om Beune (sag C-7/93) og præmis 58 i dommen om Schönheit og Becker (de forenede sager C-4/02 og C-5/02).

Der kan yderligere henvises til præmis 26 i generaladvokat J. Kokotts forslag til afgørelse i Ole Andersen-sagen (sag C-499/08), hvorefter den omstændighed at den i sagen omhandlede fratrædelsesgodtgørelse først tildeltes ved arbejdsforholdets ophør, var lige så lidt til hinder for dens kvalifikation som pengeydelse på grundlag af beskæftigelsesforholdet, som den omstændighed, at den beroede på en lovbestemmelse.

Det gøres på den baggrund gældende, at den her omhandlede dagpengeydelse fra en A-kasse er omfattet af beskæftigelsesdirektivet, idet der er tale om en ydelse, der kun vedrører en bestemt gruppe arbejdstagere (medlemmerne), og som knytter sig til den lediges tidligere beskæftigelse, ligesom ydelsens størrelse er afhængig af den senest oppebårne løn, jf. arbejdsledighedsforsikringslovens § 48.

At EU-domstolen i præmisserne 42 og 44 i Ole Andersen-sagen omtaler den arbejdsgiverbetalte pensionsordning som en ”erhvervstilknyttet ordning” kan ikke få

nogen betydning for subsumptionen af karakteren af dagpengeydelsen med EU-rettens definition af løn. Der henvises i den forbindelse også til dommen Schönheit og Becker, som tillige omtalt i duplikken, hvori EU-domstolen kom frem til, at en tjenestemandspension kunne sidestilles med løn.

De af parterne fremførte synspunkter med den fremlagte praksis fra EU-domstolen viser imidlertid, at sagen rejser tvivl om fortolkningen af beskæftigelsesdirektivets artikel 3, stk. 3, set i forhold til nationale arbejdsløshedsforsikringsordninger.

Arbejdsløshedsforsikringslovens § 43 indebærer utvivlsomt en ulige behandling på grund af alder. Ifølge beskæftigelsesdirektivets artikel 2, stk. 2, litra a, foreligger der forskelsbehandling, hvis en person på grund af en eller flere af de i artikel 1 anførte grunde – herunder alder – behandles ringere end en anden i en tilsvarende situation, bliver, er blevet eller ville blive behandlet.

I denne sag behandles arbejdstagere på 65 år og derover, som ønsker at forblive erhvervsaktive, allerede som følge af deres alder ringere end arbejdstagere under 65 år. Ved arbejdsløshedsforsikringslovens § 43 er herefter skabt en direkte ulige behandling baseret på alene et alderskriterium, jf. også præmis 57 i Mangolddommen samt præmis 31 i Küçükdeveci-dommen.

Det 3. led i beskæftigelsesdirektivets artikel 6 kan i den konkrete sag yderligere deles op i to, idet retten her ikke blot skal tage stilling til, om 1) den ulige behandling er objektivt og rimeligt begrundet i et legitimt formål, og om de anvendte midler er hensigtsmæssige og nødvendige, men tillige skal tage stilling til, om 2) A-kasser er omfattet af undtagelsen om erhvervstilknyttede sikringsordninger.

Det gøres gældende, at den ulige behandling hverken er objektivt eller rimeligt begrundet i et legitimt formål, eller at de anvendte midler er hensigtsmæssige og nødvendige.

I den anførte praksis fra EU-domstolen er det grundigt gennemgået, om den påviste ulige behandling var lovlig, herunder om den opfyldte kriteriet om at være objektivt og rimeligt begrundet i et legitimt formål, og om de anvendte midler var hensigtsmæssige og nødvendige til opfyldelsen heraf, jf. beskæftigelsesdirektivets artikel 6, stk. 1, sammenholdt med betragtning 25 i direktivets præambel.

Beskæftigelsesministeriet har herom i den konkrete sag anført, at aldersgrænsen i arbejdsløshedsforsikringslovens § 43 er sammenfaldende med den til enhver tid gældende generelle pensionsalder, hvilket ifølge ministeriet er i overensstemmelse med beskæftigelsesdirektivets præambel 14 som undtager pensionsordninger fra direktivets anvendelsesområde. Endvidere henviser ministeriet til, at der foretages en løbende revision af, om der er behov for at forlænge adgangen til dagpenge, og at den gældende aldersgrænse derfor er baseret på en aktuel vurdering af behovet for at fastholde ældre arbejdstagere på arbejdsmarkedet.

Ministeriet har yderligere anført, at bortfald af arbejdsløshedsunderstøttelsen ikke forhindrer arbejdstagere i at opnå ansættelse eller i fortsat at bestride et arbejde, ligesom de ved ledighed fortsat er sikret i form af folkepension mv.

Der er ikke herudover anført et nærmere angivet formål. Ud over ønsket om at kunne følge pensionsalderen og dermed skrue på arbejdskraftens størrelse, så man alene inddrager de ældre arbejdstagere, når der er behov herfor.

Det bestrides, at det anførte udgør tilstrækkeligt grundlag for at opfylde kriteriet om et objektivt og rimeligt begrundet legitimt formål. I hvert fald er det anvendte middel ikke hensigtsmæssigt og lovligt.

Som også anført af generaladvokat Y Bot i præmis 51 i sit forslag til afgørelse i Küçükdeveci-sagen:

”Ganske vist råder medlemsstaterne ubestrideligt over en vid skønsmargin ved valget af, ikke blot hvilket bestemt formål blandt andre man ønsker at forfølge på området for socialpolitik og beskæftigelse, men også ved valget af, hvilke foranstaltninger der kan opfylde det. Domstolen har dog også angivet, at *generelle udsagn* om en bestemt foranstaltnings egnethed til at indgå i beskæftigelses-, arbejdsmarkeds- og erhvervsuddannelsespolitikken *hverken er tilstrækkelig til at godtgøre*, at denne foranstaltning kan berettigede, at princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder fraviges, *eller til støtte* for den konklusion, at der var rimelig grund til at antage, at de valgte midler er egnede til at opfylde dette formål.”

Det skal derfor anføres noget mere konkret til at underbygge en påstand om, at en given foranstaltning, der medfører ulige behandling, er berettiget og også egnet til at opfylde det angivne berettigede formål.

Hertil kommer, at nærværende sag må ses i lyset af, at den omhandler en åbenbar direkte ulige behandling baseret på udelukkende et alderskriterium. Dette må ydermere ses i lyset af A-kassernes formål med såvel, at sikre mod indtægtstab som at bidrage til at få genbesat de ledige. Det er en velkendt kendsgerning, at det for særskilt ældre arbejdstagere er vanskeligt at finde ny beskæftigelse, jf. eksempelvis også faktum i Mangold-dommen samt præmis 45 i Ole Andersen-sagen. Ved at udelukke netop de ældre arbejdstagere fra A-kasserne, har man kun vanskeliggjort deres situation yderligere.

Det gøres på den baggrund gældende, at det anvendte middel rækker langt videre, end nødvendigt med henblik på at nå det tilstræbte formål, jf. også præmis 44-45 i Ole Andersen-sagen, hvor EU-domstolen navnlig lagde vægt på, at arbejdstageren ikke kunne få udbetalt fratrædelsesgodtgørelsen, *uagtet at denne godtgørelse var bestemt til at beskytte ham*. Ligesom EU-domstolen lagde vægt på, at foranstaltningen gjorde det mere vanskeligt for arbejdstageren efterfølgende at *udøve sin ret til at arbejde*.

De af parterne fremførte synspunkter med den fremlagte EU-praksis viser imidlertid også her, at der hersker tvivl om fortolkningen af EU-retten – nærmere bestemt om fortolkningen af beskæftigelsesdirektivets artikel 6, stk. 1, sammenholdt med betragtning 25 i direktivets præambel set i forhold til nationale arbejdsløshedsforsikringsordninger.

Det gøres i første omgang gældende, at et synspunkt om manglende proportionalitet også er relevant i forhold til vurderingen af beskæftigelsesdirektivets artikel 6, stk. 2 – uanset at bestemmelsen ikke efter sin egen ordlyd anfører noget herom.



Det grundlæggende EU-retlige princip om forbud mod forskelsbehandling forudsætter at eventuelle indgreb heri er proportionale, og beskæftigelsesdirektivet må – som også anført ovenfor – nødvendigvis fortolkes i lyset af dette traktatbaserede princip. Direktivet kan ikke på nogen måde ændre ved princippet indhold eller rækkevidde, ligesom direktivet ikke kan afsvække princippet virkeevne, jf. Defrenne-dommens præmis 22 og 60.

For det andet gøres det gældende, at retten til medlemskab, der følger af arbejdsløshedsforsikringslovens §§ 41-43, ikke ændrer ved A-kassernes grundlæggende karakter af at være en privatbaseret forsikringsordning. De sociale sikringsordninger forudsætter i modsætning hertil ikke medlemskab eller løbende betaling.

Det fremlagte bilag A bestrides i den forbindelse som værende relevant. At EU-landenes arbejdsløshedsforsikringsordninger generelt følger pensionsalderen, kan ikke føre til, at A-kasser herefter blot forudsættes at have en sådan nær tilknytning til de offentlige alderspensionsordninger, at ydelser herfra kan sidestilles med ydelser fra offentlige sikringsordninger. Ydermere kan det ikke føre til, at ydelser udbetalt af den danske arbejdsløshedsforsikringsordning – med dennes særkende – må sidestilles med ydelser udbetalt af eksempelvis den danske offentlige alderspensionsordning.

At de danske A-kasser er karakteriseret som en forsikringsordning fremgår eksempelvis af forarbejderne til lovændringen i 2002 – lov nr. 434 af 10. juni 2002 – hvor man generelt omtaler ordningen som en *forsikring*, og medlemmerne som de *forsikrede*. Der henvises særligt til indledningen i de almindelige bemærkninger, samt til pkt. 1 og pkt. 3 A.

At ordningen i Danmark fra start af har været anskuet som en privat forsikringsordning og ikke som en transbestemt social sikringsordning understøttes desuden af følgende passus i Afsnit III, pkt. E, i de almindelige bemærkninger til den oprindelige lov nr. 114 af 24. marts 1970 om arbejdsformidling og arbejdsløshedsforsikring:

”Med hensyn til spørgsmålet om *forsikringssystemets struktur* er der i udvalget opnået enighed om, at de nu gældende betingelser for en kasses ret til at få anerkendelse er for lempelige, når henses til, at der kun kræves et medlemstal på 100.”

Yderligere understøttes det af følgende i Afsnit III, pkt. C:

”Endvidere blev udvalget anmodet om i sit videre arbejde at lægge det sigte til grund, at det endelige resultat med hensyn til størrelsen af arbejdsløshedsunderstøttelsen måtte være, at denne skulle udgøre en egentlig *erstatning for tabt arbejdsfortjeneste*.”  
(min udhævning)

At man havde en målsætning om, at dagpengeniveauet skulle udtrykke en erstatning for tabt arbejdsfortjeneste går igen gennem forarbejderne til den oprindelige lov.

Om voldsoffererstatningsloven bemærkes blot, at der som også anført i duplikken netop er tale om, at det er "staten" der udbetaler erstatning, jf. lovens § 1. Ydermere fremgår det af offererstatningslovens § 16, at Erstatningsnævnet har den *endelige administrative afgørelse* i sager, der forelægges nævnet. Af § 11 fremgår, at nævnet nedsættes af Justitsministeriet og består af en dommer samt to andre medlemmer, der udpeges efter indstilling fra henholdsvis Socialministeriet og Advokatrådet. Udbetaling fra nævnet forudsætter endelig ikke medlemskab med betaling af løbende ydelser.

Voldsoffererstatningsloven kan af disse grunde på ingen måde sammenlignes med A-kasserne, der er karakteriseret ved, at der er tale om en *forening af personer*, der har sluttet sig sammen med henblik på at *sikre sig økonomisk*, jf. arbejdsløshedsforsikringslovens § 30, og som kan anerkendes af Beskæftigelsesministeriet, når de opfylder betingelserne i § 32 om faglig afgrænsning og minimum antal af medlemmer.

Beskæftigelsesministeriet har herudover i duplikken gjort gældende, at den omstændighed, at en ydelse kan sidestilles med løn, jf. beskæftigelsesdirektivets artikel 3, stk. 3, hvorved ydelsen falder under beskæftigelsesdirektivets anvendelsesområde, ikke udelukker, at der er tale om en *erhvervstilknyttet* social sikringsordning, som omfattet af artikel 6, stk. 2, og dermed undtaget fra forbuddet mod aldersdiskrimination.

Herom bemærkes, at bestemmelsen i artikel 3, stk. 3, fortsat forudsætter, at der er tale om *socialle sikringsordninger*, og at bemærkningerne til lov nr. 1417 af 22. december 2004 om ændring af lov om forbud mod forskelsbehandling alene omtaler "arbejdsmarkeds pensioner" og "tjenestemandspensioner", jf. pkt. 2.1.2. i de almindelige bemærkninger samt de specielle bemærkninger til lovens § 6 a.

A-kasserne kan ikke karakteriseres som en pensionsordning, men er derimod nært sammenlignelige med en privat forsikring, som er tegnet med henblik på at opnå forsikringsdækning af indtægtstab ved lediggang.

Også her illustrerer de af parterne fremførte synspunkter med anførte praksis fra EU-domstolen, at sagen rejser spørgsmål om fortolkningen af EU-retten, idet spørgsmålet om afgrænsningen af artikel 6, stk. 2, i forhold til ordningen med arbejdsløshedskasse er tvivlsomt. Dette også alene af den grund, at EU-domstolen ikke tidligere har truffet afgørelse om afgrænsningen af beskæftigelsesdirektivets artikel 6, stk. 2, i forhold til direktivets artikel 3, stk. 3, og præambelens artikel 13, jf. også det i svarskriftet anførte om, at der er afsagt en lang række domme, men at der ikke heri er taget stilling til fortolkningen af beskæftigelsesdirektivets artikel 6, stk. 2."

**Beskæftigelsesministeriet**, har procederet i overensstemmelse med sit påstandsdokument af 14. august 2012, hvoraf fremgår blandt andet:

" Til støtte for den nedlagte påstand om frifindelse gøres det overordnet gældende, at arbejdsløshedsforsikringslovens § 43 ikke er i strid med beskæftigelsesdirektivet (direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000), herunder udmøntningen i dette

direktiv af det EU-retlige princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder.

På området for beskæftigelse og erhverv er princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder udmøntet ved beskæftigelsesdirektivet, jf. f.eks. EU-Domstolens domme i sag C-447/09, *Prigge*, præmis 38, og i de forenede sager C-297/10 og C-298/10, *Hennigs og Mai*, præmis 47, og den dér nævnte retspraksis.

I det omfang der er tale om adgang til beskæftigelse og erhverv, skal spørgsmålet om aldersdiskrimination derfor afgøres alene ud fra direktivet. Det bemærkes, at der ikke herved er rejst tvivl om, at princippet er af primærretlig betydning.

### 1. **Beskæftigelsesdirektivets artikel 3, stk. 3, offentlig eller lignende ordning**

Til støtte for at § 43 i arbejdsløshedsforsikringsloven ikke er i strid med beskæftigelsesdirektivet gøres det i **første** række gældende, at ordningen med arbejdsløshedsdagpenge er en social sikringsordning på arbejdsløshedsforsikringsområdet, der falder *uden for* beskæftigelsesdirektivets materielle anvendelsesområde, idet ordningen udgør "*offentlige eller lignende ordninger*", jf. beskæftigelsesdirektivets **artikel 3, stk. 3**.

Ved denne vurdering lægger Beskæftigelsesministeriet vægt på, at arbejdsløshedsforsikringen, som a-kasserne administrerer, er reguleret ved lov, at a-kassernes virksomhed (herunder kassernes formål og vedtægter) er reguleret ved lov, at retten til medlemskab og betingelserne herfor fremgår af selve loven, at retten til medlemskab ikke er underlagt a-kassens skøn, at der kan klages over et afslag herpå, jf. lovens § 98, at a-kasser skal anerkendes af staten, at a-kasserne er underlagt statsligt tilsyn, og at arbejdsløshedsforsikringens ydelser finansieres direkte af staten.

Det bemærkes hertil, at staten afholder hovedparten af udgifterne til arbejdsløshedsdagpengene, og at staten kun delvist dækkes af medlemsbidrag fra a-kasserne, ligesom også kommunerne bidrager til finansieringen af udgifterne. På baggrund af regnskabstallene for 2010 kan udgifterne til arbejdsløshedsforsikringsydelser opgøres til ca. 22,6 mia. kr., hvoraf arbejdsløshedsdagpengene udgør ca. 21,1 mia. kr. De samlede obligatoriske medlemsbidrag kan opgøres til ca. 7,9 mia. kr.

Det gøres gældende, at den retlige organisationsform efter national ret ikke er afgørende. At arbejdsløshedsunderstøttelsen administreres af a-kasserne i stedet for staten og kræver medlemskab, skyldes primært historiske og praktiske årsager.

Det bemærkes i den forbindelse, at uanset at a-kasserne formelt er adskilt fra staten, er de underlagt offentligretlig regulering i meget vidt omfang, ligesom de er underlagt begrænsninger i adgangen til at drive egentlig kommerciel virksomhed i forbindelse med deres aktiviteter, jf. standardvedtægtens § 1, stk. 1, og forudsætningsvist UfR 2003, side 549/3 H.

Det gøres endvidere gældende, at direktivets **13. præambelbetragtning, ordlyden af TEUF artikel 157 og Domstolens praksis** om det EU-retlige lønbegreb understøtter, at arbejdsløshedsforsikringsordningen *ikke* er omfattet af beskæftigelsesdirektivet.

Beskæftigelsesministeriet lægger herved vægt på, at formålet med ordningen er at sikre medlemmerne økonomisk bistand i tilfælde af ledighed og at fastholde disse på arbejdsmarkedet frem for pensionering, at udbetalingen ikke sker som led i et arbejdsforhold, at udbetalingen netop sker som følge af, at der *ikke (længere)* består et arbejdsforhold, og at udbetalingen ikke er arbejdsgiverfinansieret. Der henvises til sag C-147/08, Jürgen Römer, præmis 32-36, herunder generaladvokatens forslag til afgørelse, præmis 48-68 samt sag C-7/93, Beune, præmis 43.

## 2. **Direktivets artikel 6, stk. 2, *erhvervstilknyttet social sikringsordning***

Såfremt landsretten måtte finde, at ordningen med arbejdsløshedsdagpenge, herunder lovens § 43, ikke kan undtages fra direktivets anvendelsesområde i henhold til artikel 3, stk. 3, gøres det i **anden** række gældende, at ordningen er undtaget i henhold til beskæftigelsesdirektivets **artikel 6, stk. 2**, der udgør hjemlen for forskelsbehandlingslovens § 6a, idet ordningen i så fald udgør en "*erhvervstilknyttet social sikringsordning*".

Begrebet "erhvervstilknyttet sikringsordning" er i direktiv 2006/54/EF om gennemførelse af princippet om lige muligheder for og ligebehandling af mænd og kvinder i forbindelse med beskæftigelse og erhverv (tidligere direktiv 86/378/EØF) (ligebehandlingsdirektivet) artikel 2, stk. 1, litra f), defineret som ordninger, der *ikke* er omfattet af direktiv 79/7/EØF (om gradvis gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til social sikring).

Omfattet af direktiv 79/7/EØF, er i henhold til dette direktivs artikel 3, stk. 1, litra a, *lovbestemte ordninger*, der beskytter mod sygdom, invaliditet, alderdom, arbejdsulykker og erhvervssygdomme samt arbejdsløshed.

Endvidere udtalte generaladvokat Jacobs i sit forslag til afgørelse i Beune-sagen, at "*direktiv 79/7 [...] kun bør betragtes som gældende for generelle sociale sikringsordninger, som i mindre grad følger af ansættelsesforholdet mellem arbejdsgiver og arbejdstager end af socialpolitiske overvejelser [...]*" (præmis 42).

Hvis landsretten - på trods af det ovenfor under punkt 1 anførte - måtte finde, at arbejdsløshedsordningen *følger* af den sikredes ansættelsesforhold, at udbetalingerne kan *sidestilles med løn*, og at ordningen *ikke* kan sidestilles med en *lovbestemt sikringsordning*, gøres det gældende, at ordningen er undtaget fra beskæftigelsesdirektivet i henhold til artikel 6, stk. 2, som en *erhvervstilknyttet social sikringsordning*.

Det bemærkes, at i henhold til ordlyden af artikel 6, stk. 2, er det - i modsætning til ordlyden af artikel 6, stk. 1 - ikke en betingelse, at medlemsstaterne skal begrunde, at anvendelsen af alderskriteriet i erhvervstilknyttede sociale sikringsordninger ikke udgør forskelsbehandling, idet EU-lovgiver med vedtagelsen af artikel 6, stk. 2, har foretaget proportionalitetsvurderingen. Var dette ikke tilfældet, ville der som i stk. 1, have været anført et proportionalitetskrav i bestemmelsen.

Det bestrides i øvrigt, at Defrenne-dommen (sag 43/75), er af betydning for dette forhold.

## 3. **Direktivets artikel 6, stk. 1, *objektivt og rimeligt begrundet og proportional***

Såfremt landsretten måtte finde, at ordningen med arbejdsløshedsdagpenge ej heller kan undtages i henhold til artikel 6, stk. 2, gøres det i **trede** række gældende, at ordningen - herunder lovens § 43 - opfylder betingelserne i beskæftigelsesdirektivets **artikel 6, stk. 1**, idet den er *objektivt og rimeligt begrundet i et legitimt formål* samt *proportional*.

Af de almindelige bemærkninger til arbejdsløshedsforsikringsloven, jf. lovforslag nr. L 59, Folketingstidende 2006-07, tillæg A, side 2123, v.sp., fremgår det, at reformen var led i en bred politisk aftale. Formålet med aftalen var at *sikre finansiering af ændringerne i tilbagetrækningsystemet* for det danske velfærdssamfund mange årtier frem og give plads til større udgifter til sundhed og pleje, når der bliver flere ældre. *Balancen i den offentlige økonomi* skulle ikke sættes over styr på grund af utidssvarende tilbagetrækningsregler (bilag B, side 19ff).

Det følger af Domstolens praksis, at hensynet til at imødegå en risiko for et alvorligt indgreb i den sociale sikringsordnings økonomiske ligevægt kan udgøre et tvingende alment hensyn, jf. sag C-169/07, Hartlauer, præmis 50. Endvidere er EU-retten ikke til hinder for, at medlemsstaterne foretager visse budgetmæssige såvel som politiske, sociale eller demografiske overvejelser i forbindelse med vedtagelsen af foranstaltninger vedrørende pensionering, jf. de forenede sager C-159 og 160/10, Fuchs og Köhler, præmis 73.

Det bemærkes endvidere, at henvisningen i arbejdsløshedsforsikringslovens § 43 til lov om social pension, jf. lovbekendtgørelse nr. 1005 af 19. august 2010, betyder, at aldersgrænsen for ophør af ret til dagpengeydelse er differentieret og stigende i forhold til fødselsdato, jf. lov om social pension § 1a, nr. 1) - 5).

Af de almindelige bemærkninger til lovforslaget, der indførte arbejdsløshedsforsikringslovens § 43, fremgår også, at aldersgrænserne for retten til folkepension løbende indekseres og reguleres hvert 5. år, således at tilbagetrækningsalderen på længere sigt følger den stigende levetid, jf. L 59, Folketingstidende 2006-07, tillæg A, side 2124, v.sp. Dertil kommer, at dagpengeperioden for de over 60-årige med aftalen blev *forlænget* fra 2½ år til 4 år, så den blev ens for alle.

Det gøres gældende, at koordinering af aldersgrænsen for dagpenge med alderen for opnåelsen af retten til folkepension er et *velegnet middel* til at nå målet om at sikre tilbagetrækningsystemet. En person, der har denne alder, vil både have folkepension samt øvrige private pensioner og andre midler til sin rådighed, som vedkommende har haft hele arbejdslivet til at optjene. Dette er tilfældet med sagsøgeren i denne sag, der har en privat arbejdsgiverpension, jf. ... . En person, der har opnået folkepensionsalderen vil derfor bedre kunne tåle ikke længere at modtage dagpenge end yngre arbejdstagere, der har mistet deres arbejde. Ved folkepensionsalderen afløses således én social forsørgelse - dagpengeydelse - af en anden, nemlig folkepension.

Det gøres gældende, at tvangsmæssig udmeldelse af a-kasser ved opnåelsen af pensionsalderen *ikke går videre end nødvendigt* for at nå målet. Dette understøttes af beskæftigelsesdirektivets 14. indledende betragtning, hvorefter direktivet ikke "*berører ... nationale bestemmelser vedrørende fastsættelse af pensionsalder*", jf. også den 25. indledende betragtning. Der henvises endvidere til de forenede sager C-159/10 og C-160/10, Fuchs og Köhler de forenede sager C-250/09 og C-

268/09, Georgiev, hvor Domstolen fandt, at en pensionsalder på 65 år ikke var uproportional.

Det bemærkes endelig, at pensionering ikke er en obligatorisk følge af, at retten til dagpenge mistes. Ved det fyldte 65 år opnår sagsøgeren således *retten* til at modtage folkepension, men der er ikke noget til hinder for, at sagsøgeren fortsætter på arbejdsmarkedet. Sagsøgeren tvinges ej heller ud i arbejdsløshed uden understøttelse ved det fyldte 65 år, idet han netop har ret til folkepension.  
...”

### **Rettens begrundelse og resultat**

Forbuddet mod forskelsbehandling på grund af alder er et almindeligt fællesskabsretligt princip, der med hensyn til beskæftigelse og erhverv er konkretiseret ved beskæftigelsesdirektivet. Spørgsmålet om, hvorvidt arbejdsløshedslovens § 43 er forenelig med EU-retten skal derfor i første række vurderes på baggrund af dette direktiv, der ifølge artikel 1 fastlægger en generel ramme for bekæmpelsen af forskelsbehandling på grund af blandt andet alder.

Det følger af direktivets artikel 3, stk. 3, at direktivet ikke omfatter udbetalinger af enhver art fra offentlige eller lignende ordninger, herunder offentlige ordninger for social sikring og social beskyttelse eller lignende ordninger. Bestemmelsen må fortolkes i lyset af direktivets præambel, hvoraf som betragtning 13 blandt andet fremgår, at direktivet ikke finder anvendelse på ordninger for social sikring og social beskyttelse, hvis ydelser ikke er sidestillet med løn i den betydning, dette udtryk er anvendt i EF-traktatens artikel 141.

Det følger af arbejdsløshedsforsikringslovens § 30, at en arbejdsløshedskasse er en forening af personer, der har sluttet sig sammen alene med det formål at sikre sig økonomisk bistand i tilfælde af ledighed og at administrere andre ordninger, som ifølge lovgivning er henlagt til kasserne. Anerkendelse som arbejdsløshedskasse forudsætter ifølge arbejdsløshedsforsikringslovens § 34, at arbejdsløshedskassens vedtægt er i overensstemmelse med standardvedtægten fastsat af beskæftigelsesministeren efter forhandling med Beskæftigelsesrådet.

I tilfælde af ledighed har et medlem af en arbejdsløshedskasse, der står til rådighed for arbejdsmarkedet, ret til dagpenge efter arbejdsløshedsforsikringsloven. Ifølge arbejdsløshedsforsikringslovens § 53 er retten til dagpenge dog som udgangspunkt betinget af 1 års medlemskab af en anerkendt arbejdsløshedskasse samt af, at medlemmet har haft beskæftigelse i et

vist omfang. Ydelsernes størrelse beregnes som udgangspunkt på baggrund af medlemmets hidtidige arbejdsfortjeneste, jf. arbejdsløshedslovens §§ 47 og 48.

Arbejdsløshedskasserne og dagpengesystemet i det hele er underlagt en detaljeret lovmæssig regulering, og blandt andet reglerne om retten til dagpenge og ydelsernes størrelse er fastsat ved lov. Hertil kommer, at de meget betydelige udgifter til dagpengeydelse for størstedelens vedkommende afholdes af det offentlige, således som det fremgår af Beskæftigelsesministeriets indlæg.

Dagpengesystemet udgør en integreret del af det offentlige forsørgelses- og sikringssystem og indgår i et samspil med blandt andet pensionssystemet, herunder således at aldersgrænsen for adgangen til dagpenge er knyttet direkte til aldersgrænsen for den almindelige folkepension, jf. arbejdsløshedsforsikringslovens § 43.

Retten til dagpenge udgør ikke et led i modtagerens arbejdsforhold, og ydelserne er hverken helt eller delvist finansieret af arbejdsgiveren. Ydelserne kan derfor ikke anses for sidestillet med løn. Det forhold, at retten til dagpenge er betinget af et beskæftigelseskrav, og at dagpengenes størrelse beregnes på grundlag af den hidtidige arbejdsfortjeneste, kan ikke føre til et andet resultat.

Uanset at dagpengesystemet administreres af arbejdsløshedskasser, der ikke er en del af den offentlige forvaltning, og at systemet er baseret på et forsikringsprincip, idet retten til dagpenge forudsætter, at modtageren er medlem af en arbejdsløshedskasse, må dagpengesystemet derfor anses for en offentlig ordning for social sikring eller lignende ordning, jf. beskæftigelsesdirektivets artikel 3, stk. 3.

Arbejdsløshedslovens § 43, hvorefter medlemskab af en arbejdsløshedskasse ophører, når medlemmet når folkepensionsalderen, strider derfor ikke mod beskæftigelsesdirektivet..

Der er heller ikke grundlag for at antage, at bestemmelsen i øvrigt er i strid med det almindelige fællesskabsretlige princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder.

Beskæftigelsesministeriet frifindes derfor.

Efter sagens værdi, karakter og omfang skal Ældre Sagen som mandatar for A betale sagsomkostninger for landsretten til Beskæftigelsesministeriet med i alt 100.000 kr. Beløbet omfatter udgifter til advokatbistand inkl. moms. Der er ved fastsættelsen af sagens omkostninger taget hensyn til sagens videregående betydning for begge parter, jf. herved retsplejelovens § 312, stk. 2.

**T h i k e n d e s f o r r e t :**

Beskæftigelsesministeriet frifindes.

I sagsomkostninger skal Ældre Sagen som mandatar for A betale 100.000 kr. til Beskæftigelsesministeriet.

Det idømte skal betales inden 14 dage efter denne doms afsigelse.

Sagsomkostningerne forrentes efter rentelovens § 8 a.