

HØJESTERETS DOM

afsagt mandag den 19. januar 2015

Sag 308/2012

(1. afdeling)

Ældre Sagen som mandatar for A

(advokat Peter Breum)

mod

Beskæftigelsesministeriet

(Kammeradvokaten ved advokat Niels Banke)

I tidligere instans er afsagt dom af Østre Landsrets 8. afdeling den 10. oktober 2012.

I pådømmelsen har deltaget fem dommere: Poul Søgaard, Thomas Rørdam, Jon Stokholm, Michael Rekling og Jens Kruse Mikkelsen.

Påstande

Appellanten, Ældre Sagen som mandatar for A, har nedlagt påstand om, at indstævnte, Beskæftigelsesministeriet, skal anerkende, at arbejdsløshedsforsikringslovens § 43 strider mod artikel 2 i Rådets direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000 (beskæftigelsesdirektivet), subsidiært det almindelige EU-retlige princip om forbud mod aldersdiskrimination.

I ankestævningen af 22. oktober 2012 var påstanden som for landsretten, at Beskæftigelsesministeriet skal 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. Først i det sammenfattende proceskrift af 19. december 2014 er påstanden ændret som anført ovenfor.

Indstævnte, Beskæftigelsesministeriet, har påstået stadfæstelse.

Beskæftigelsesministeriet har protesteret mod appellantens nye, subsidiære påstand og anført, at påstanden og anbringendet til støtte herfor skal afskæres.

Anbringender

Ældre Sagen som mandatar for A har til støtte for den subsidiære påstand anført, at arbejdsløshedsforsikringslovens § 43 er i strid med det almindelige EU-retlige princip om forbud mod forskelsbehandling, jf. præmis 74-78 i EU-Domstolens dom af 22. november 2005, sag C-144/04, Mangold, og artikel 21 i EU's charter om grundlæggende rettigheder. Arbejdsløshedsydelse er bl.a. reguleret i forordning 883/2004 af 29. april 2004 om koordinering af de sociale sikringsordninger, og arbejdsløshedsforsikringslovens regler falder derfor inden for EU-rettens saglige anvendelsesområde. I henhold til artikel 51 i chartret finder dette derfor anvendelse i den foreliggende sag.

Det bestrides, at den subsidiære påstand i det sammenfattende processkrift og det tilhørende anbringende skal anses for nye, idet det allerede i et processkrift af 18. december 2012 er anført, at den tvangsmæssige udmeldelse ”udgør ulovlig aldersdiskrimination – principalt efter beskæftigelsesdirektivet, subsidiært efter det almindelige fællesskabsretlige princip om forbud mod aldersdiskrimination”. Anses påstanden og anbringendet for nye, bør de tillades, fordi en stillingtagen hertil ikke kræver yderligere bevisførelse, og fordi Beskæftigelsesministeriet har haft tilstrækkelig mulighed for at varetage sine interesser.

Beskæftigelsesministeriet har i lyset af EU-Domstolens dom af 26. september 2013 i sag C-546/11, Toftgaard, (præmis 43) frafaldet anbringendet om, at ordningen med arbejdsløshedsdagpenge er omfattet af undtagelsesbestemmelsen i beskæftigelsesdirektivets artikel 6, stk. 2.

Beskæftigelsesministeriet har protesteret imod, at Ældre Sagen som mandatar for A i det sammenfattende processkrift for Højesteret har nedlagt en ny, subsidiær påstand i sagen, og anført, at påstanden og anbringendet til støtte herfor skal afskæres. Den oprindelige påstand i ankestævningen sammenholdt med det tidligere i skriftvekslingen for Højesteret anførte om, at det er nødvendigt ”selvstændigt, men sammen med beskæftigelsesdirektivet” at inddrage det almindelige EU-retlige princip ved vurderingen af, om arbejdsløshedsforsikringslovens § 43 strider mod beskæftigelsesdirektivet, måtte forstås således, at det forud for det sammen-

fattende processkrift alene var gjort gældende, at det almindelige EU-retlige princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder var relevant i forhold til fortolkningen af direktivets bestemmelser. Det var ikke gjort gældende, at sagen omfatter forhold, der falder uden for direktivets anvendelsesområde, men ikke desto mindre er omfattet af EU-rettens anvendelsesområde, jf. herved også artikel 51 i EU's charter om grundlæggende rettigheder. Beskæftigelsesministeriet har derfor ikke haft anledning til eller mulighed for at forholde sig til spørgsmålet om, hvorvidt arbejdsløshedsforsikringslovens § 43 henhører under gennemførelsen af EU-retten som omhandlet i chartrets artikel 51, og hvilken selvstændig betydning chartrets bestemmelser og det almindelige EU-retlige princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder i så fald skal tillægges.

Parterne har i øvrigt gentaget deres anbringender.

Supplerende sagsfremstilling

Højesteret har ved kendelse af 19. august 2013 (UfR 2013.3098) afslået en anmodning om præjudiciel forelæggelse for EU-Domstolen af spørgsmål vedrørende fortolkning af beskæftigelsesdirektivet og det almindelige EU-retlige princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder.

Retsgrundlag mv.

Danske regler

Arbejdsløshedsforsikringsloven

I arbejdsløshedsforsikringslovens § 43, som ændret ved lov nr. 1540 af 20. december 2006, hedder det:

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

Lov om social pension

Efter den dagældende lov om social pension, jf. lovbekendtgørelse nr. 759 af 2. august 2005, var folkepensionsalderen 65 år (dog 67 år for personer født før 1. juli 1939).

Ved lov nr. 1586 af 20. december 2006, der trådte i kraft den 1. juli 2009, blev folkepensionsalderen gradvist forhøjet fra 65 år til 67 år. Ved lov nr. 1386 af 28. december 2011 om ændring af lov om social pension, der trådte i kraft den 1. januar 2012, blev forhøjelsen af folkepensionsalderen fremrykket.

EU-ret

Regler

I TEUF artikel 157 (tidligere TEF artikel 141) om lige løn til mænd og kvinder for samme arbejde eller arbejde af samme værdi hedder det bl.a.:

”2. Ved løn forstås i denne artikel den almindelige grund- eller minimumsløn og alle andre ydelser, som arbejdstageren som følge af arbejdsforholdet modtager fra arbejdsgiveren direkte eller indirekte i penge eller naturalier.
...”

Beskæftigelsesdirektivets præambel indeholder bl.a. følgende betragtninger:

- ”(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.
- (14) Dette direktiv berører ikke nationale bestemmelser vedrørende fastsættelse af pensionsalder.
- ...
- (25) Forbuddet mod forskelsbehandling på grund af alder er en afgørende forudsætning for, at de mål, der er fastsat i retningslinjerne for beskæftigelse, kan nås, og der kan tilskyndes til diversitet i beskæftigelsen. Ulige behandling på grund af alder kan dog være berettiget under visse omstændigheder og kræver derfor særlige bestemmelser, der kan variere alt efter situationen i medlemsstaterne. Det er afgørende at skelne mellem ulige behandling, der er berettiget, især under hensyn til legitime beskæftigelses-, arbejdsmarkeds- og erhvervsuddannelsespolitiske mål, og forskelsbehandling, der skal forbydes.”

Beskæftigelsesdirektivet indeholder bl.a. 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 for-

skelsbehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv på grund af religion eller tro, handicap, alder eller seksuel orientering.

Artikel 2

...

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

...

Artikel 3

...

1. Inden for rammerne af Fællesskabets beføjelser finder dette direktiv anvendelse både i den offentlige og den private sektor, herunder offentlige organer, på alle personer for så vidt angår:

- a) vilkårene for adgang til lønnet beskæftigelse, udøvelse af selvstændig erhvervsvirksomhed og erhvervsmæssig beskæftigelse, herunder udvælgelseskriterier og ansættelsesvilkår, uanset branche og uanset niveau i erhvervshierarkiet, herunder i henseende til forfremmelse
- b) adgang til alle typer af og niveauer for erhvervsvejledning, erhvervsuddannelse, erhvervsmæssig videreuddannelse og omskoling, herunder praktisk arbejds erfaring
- c) ansættelses- og arbejdsvilkår, herunder afskedigelse og løn
- d) medlemskab af og deltagelse i en arbejdstager- eller arbejdsgiverorganisation eller en organisation, hvis medlemmer udøver et bestemt erhverv, herunder de fordele, sådanne organisationer giver medlemmerne.

...

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

...

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 erhvervsmæssige 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.
...”

EU-retspraksis vedrørende beskæftigelsesdirektivets artikel 3, stk. 3

EU-Domstolen har i nogle afgørelser taget stilling til rækkevidden af beskæftigelsesdirektivets artikel 3, stk. 3.

I dom af 1. april 2008, sag C-267/06, Maruko, udtalte EU-Domstolen bl.a.:

- ”40 Det følger af artikel 3, stk. 1, litra c), og stk. 3, i direktiv 2000/78, at direktivet finder anvendelse på alle personer, både i den offentlige og den private sektor, herunder offentlige organer, for så vidt angår bl.a. lønvilkår, og at det ikke finder anvendelse på udbetalinger af enhver art fra offentlige eller lignende ordninger, herunder offentlige ordninger for social sikring eller social beskyttelse.
- 41 Anvendelsesområdet for direktiv 2000/78 skal på baggrund af disse bestemmelser, sammenholdt med 13. betragtning til direktivet, forstås således, at det ikke finder anvendelse på ordninger for social sikring og social beskyttelse, hvis ydelser ikke er sidestillet med løn i den forstand, hvori 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.
- 42 Følgelig skal det fastslås, om en ydelse til efterladte i henhold til en erhvervstilknyttet pensionsforsikringsordning som den af Vddb administrerede kan sidestilles med ”løn” som omhandlet i artikel 141 EF.
- 43 Ifølge denne artikel forstås ved løn den almindelige grund- eller minimumsløn og alle andre ydelser, som arbejdstageren som følge af arbejdsforholdet modtager fra arbejdsgiveren direkte eller indirekte i penge eller naturalier.
- 44 Som Domstolen allerede har fastslået (jf. dom af 6.10.1993, sag C-109/91, Ten Oever, Sml. I, s. 4879, præmis 8, og af 28.9.1994, sag C-7/93, Beune, Sml. I, s. 4471, præmis 21), udelukker den omstændighed, at visse ydelser udbetales efter arbejdsforholdets ophør, ikke, at de kan have karakter af »løn« i artikel 141 EF’s forstand.
- 45 Domstolen har således anerkendt, at en efterladteydelse, der udbetales i henhold til en erhvervstilknyttet pensionsforsikringsordning indført ved en kollektiv overenskomst, er omfattet af anvendelsesområdet for denne artikel. Domstolen har i denne forbindelse præciseret, at den omstændighed, at en sådan pension pr. definition ikke udbetales til arbejdstageren, men til den efterladte, ikke kan afsvække denne fortolkning, eftersom en sådan ydelse er en fordel, som udspringer af, at den efterladtes ægtefælle var tilsluttet ordningen, således at den efterladte

erhverver retten til pensionen som led i arbejdsforholdet mellem arbejdsgiveren og ægtefællen, og pensionen udbetales til den efterladte som følge af ægtefælens arbejdsforhold (jf. Ten Oever-dommen, præmis 12 og 13, Coloroll Pension Trustees-dommen, præmis 18, dom af 17.4.1997, sag C-147/95, Evrenopoulos, Sml. I, s. 2057, præmis 22, og af 9.10.2001, sag C-379/99, Menauer, Sml. I, s. 7275, præmis 18).

- 46 Ved vurderingen af, om en pension, på grundlag af hvilken efterladteydelsen i givet fald beregnes – som i hovedsagen – henhører under anvendelsesområdet for artikel 141 EF, har Domstolen desuden præciseret, at blandt de kriterier, som den alt efter situationen havde skullet tage stilling til ved kvalificeringen af en pensionsordning, var det alene kriteriet om, at arbejdstageren modtager pensionen som følge af arbejdsforholdet mellem ham og hans tidligere arbejdsgiver, dvs. kriteriet om arbejdsforholdet, jf. bestemmelsens ordlyd, der kunne tillægges afgørende betydning (jf. i denne retning Beune-dommen, præmis 43, Evrenopoulos-dommen, præmis 19, dom af 29.11.2001, sag C-366/99, Griesmar, Sml. I, s. 9383, præmis 28, af 12.9.2002, sag C-351/00, Niemi, Sml. I, s. 7007, præmis 44 og 45, og af 23.10.2003, forenede sager C-4/02 og C-5/02, Schönheit og Becker, Sml. I, s. 12575, præmis 56).
- 47 Dette kriterium er ganske vist ikke eneafgørende, idet der ved pensioner, der udbetales i henhold til lovbestemte sociale sikringsordninger, helt eller delvis kan tages hensyn til den pågældendes løn (Beune-dommen, præmis 44, Evrenopoulos-dommen, præmis 20, Griesmar-dommen, præmis 29, Niemi-dommen, præmis 46, og Schönheit og Becker-dommen, præmis 57).
- 48 Socialpolitiske, statsorganisatoriske, etiske eller endog budgetmæssige hensyn, som har haft eller har kunnet have betydning for den nationale lovgivningsmyndigheds fastsættelse af en ordning, kan imidlertid ikke tillægges afgørende betydning, såfremt pensionen kun berører en særlig gruppe af arbejdstagere, såfremt den direkte afhænger af den tilbagelagte tjenestetid, og såfremt den fastsættes på grundlag af tjenestemandens senest oppebårne løn (Beune-dommen, præmis 45, Evrenopoulos-dommen, præmis 21, Griesmar-dommen, præmis 30, Niemi-dommen, præmis 47, og Schönheit og Becker-dommen, præmis 58).
- ...
- 50 Det er for det andet ubestridt, at ordningen udelukkende er finansieret af arbejdstagerne og arbejdsgiverne i den omhandlede erhvervsgren, hvor enhver offentlig finansiering er udelukket.
- ...
- 54 Desuden skal det, for så vidt angår kriteriet om, at pensionen skal være direkte knyttet til den tilbagelagte beskæftigelsesperiode, bemærkes, at i henhold til § 30, stk. 5, i Vddb's vedtægter er størrelsen af den pension, på grundlag af hvilken efterladteydelsen beregnes, fastlagt ud fra varigheden af arbejdstagerens medlemskab, hvilket er en logisk konsekvens af opbygningen af den omhandlede erhvervstilknyttede pensionsforsikringsordning, der dækker to slags tilknytning, hvilket blev understreget i denne doms præmis 52 og 53.

- 55 Hvad endvidere angår størrelsen af denne pension fastsættes denne ikke i henhold til lov, men beregnes i henhold til § 30, stk. 5, i Vddb's vedtægter ud fra størrelsen af de samlede bidrag, arbejdstageren har indbetalt i løbet af medlemskabet, og ved hjælp af en forrentningssats.
- 56 Heraf følger, som generaladvokaten har anført i punkt 72 i forslaget til afgørelse, at den i hovedsagen omhandlede efterladte ydelse udbetales som følge af Tadao Marukos registrerede partners ansættelsesforhold, og at ydelsen derfor er »løn« som omhandlet i artikel 141 EF.”

I dom af 10. maj 2011, sag C-147/08, Römer, udtalte EU-Domstolen i præmis 33, at artikel 3, stk. 3, ikke kunne fortolkes således, at en supplerende pension, der udbetales af en offentlig ordning, og som udgør løn i TEUF artikel 157's forstand, falder uden for beskæftigelsesdirektivets område.

I dom af 6. december 2012, forenede sager C-124/11, C-125/11 og C-143/11, Dittrich m.fl., udtalte EU-Domstolen bl.a.:

- ”35 Hvad for det første angår det materielle indhold af lønnen fremgår det af Domstolens praksis, at begrebet ”løn” som omhandlet i artikel 157 TEUF skal fortolkes bredt. Det omfatter bl.a. samtlige ydelser i penge eller i naturalier, aktuelle eller fremtidige, som arbejdstageren som følge af arbejdsforholdet modtager fra arbejdsgiveren, eventuelt indirekte, i henhold til en ansættelseskontrakt, ifølge lov eller frivilligt (jf. dom af 4.6.1992, sag C-360/90, Bötel, Sml. I, s. 3589, præmis 12, og af 9.2.1999, sag C-167/97, Seymour-Smith og Perez, Sml. I, s. 623, præmis 29).
- 36 En økonomisk ydelse, såsom hjælpen til tyske statstjenestemænd i tilfælde af sygdom, hvoraf 50%-80% af de støtteberettigede sundhedsudgifter, som er afholdt af tjenestemanden eller visse af hans familiemedlemmer, godtgøres, henhører således i materiel henseende under begrebet ”løn” som omhandlet i artikel 157 TEUF.
- 37 Det skal for det andet undersøges, om tjenestemanden modtager den omhandlede hjælp som følge af arbejdsforholdet. Det fremgår af fast retspraksis, at med henblik på at undersøge, om en ydelse er omfattet af artikel 157 TEUF's anvendelsesområde, er det kun kriteriet om, at arbejdstageren modtager ydelsen som følge af arbejdsforholdet, der kan tillægges afgørende betydning, og dette så meget desto mere som det er det eneste, der kan udledes af bestemmelsens ordlyd (jf. vedrørende alderspension Maruko-dommen, præmis 46 og den deri nævnte retspraksis).
- 38 De konkrete kriterier, som Domstolen har udledt til vurdering af, om en pensionsydelse udgør løn som omhandlet i artikel 157 TEUF, og navnlig kriterierne om, at ydelsen skal afhænge direkte af den tilbagelagte tjenestetid og fastsættes på grundlag af den senest oppebårne løn (jf. Maruko-dommen, præmis 48

og den deri nævnte retspraksis), er derimod ikke relevante for en ydelse som den i hovedsagen omhandlede, som ikke tilsigter at bibringe den pågældende en opsat indkomst efter arbejdsforholdets ophør, men at dække sundhedsudgifter, som er afholdt under eller efter dette ansættelsesforhold.

- 39 Som generaladvokaten har anført i punkt 45 i forslaget til afgørelse, foreligger det kausale element, som er nævnt i denne doms præmis 37, i det foreliggende tilfælde. Den omhandlede hjælp tildeles nemlig kun tyske statstjenestemænd eller tidligere tyske tjenestemænd, som udgør en særlig kategori af arbejdstagere (jf. i denne retning dom af 13.11.2008, sag C-46/07, Kommissionen mod Italien, præmis 40 og den deri nævnte retspraksis) som følge af deres ansættelsesforhold med staten. Hjælpen er således uadskilleligt forbundet med en tysk statstjenestemand's stilling, og i henhold til BBhV's § 2, stk. 2, er retten til hjælp betinget af, at den ydelsesberettigede har ret til løn eller en ydelse, som træder i stedet for løn. Forbindelsen mellem den omhandlede hjælp og arbejdsforholdet fremgår ligeledes af den omstændighed, at en tjenestemand, der er på orlov uden løn, ikke er berettiget til den omhandlede hjælp i henhold til denne bestemmelse, hvis orloven overstiger en måned.
- 40 For det tredje fremgår det af artikel 157 TEUF, at en ydelse, som arbejdstageren modtager som følge af arbejdsforholdet, kun udgør "løn" i bestemmelsens forstand, hvis den udbetales af arbejdsgiveren selv.
- 41 For så vidt angår hovedsagerne kan den af den forelæggende ret fremhævede omstændighed, at den omhandlede hjælp er lovreguleret, og at den ikke supplerer en social ydelse, der udbetales i medfør af en generel retsakt, ikke rejse tvivl om kvalifikationen af løn som værende en ydelse, som staten udbetaler i egenkab af arbejdsgiver som følge af et arbejdsforhold (jf. i denne retning dom af 28.9.1994, sag C-7/93, Beune, Sml. I, s. 4471, præmis 26-29 og 37, af 29.11.2001, sag C-366/99, Griesmar, Sml. I, s. 9383, præmis 37, og af 12.9.2002, sag C-351/00, Niemi, Sml. I, s. 7007, præmis 41 og 42).
- ...
- 43 Henset til ovenstående betragtninger skal det forelagte spørgsmål besvares med, at artikel 3, stk. 1, litra c), og stk. 3 i direktiv 2000/78 skal fortolkes således, at hjælp til tjenestemænd i tilfælde af sygdom, såsom den hjælp, der i henhold til lov om statstjenestemænd tildeles tjenestemænd i Forbundsrepublikken Tyskland, henhører under nævnte direktivs anvendelsesområde, hvis dens finansiering påhviler staten som offentlig arbejdsgiver, hvilket det tilkommer den nationale ret at efterprøve."

EU-retspraksis om det fællesskabsretlige princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder

EU-Domstolen har i en række afgørelser givet udtryk for, at der gælder et EU-retligt princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder.

I dom af 22. november 2005, sag C-144/04, Mangold, udtalte EU-Domstolen bl.a.:

- ”74 For det andet, og frem for alt, indeholder direktiv 2000/78 ikke i sig selv noget princip om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv. I henhold til direktivets artikel 1 har dette nemlig alene til formål ”at fastlægge en generel ramme for bekæmpelsen af forskelsbehandling på grund af religion eller tro, handicap, alder eller seksuel orientering”, mens selve princippet om forbud mod disse former for forskelsbehandling, som det fremgår af betragtning 1 og 4 til direktivet, har sin oprindelse i forskellige internationale konventioner og i medlemsstaternes fælles forfatningsmæssige traditioner.
- 75 Princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder skal anses for et almindeligt fællesskabsretligt princip. Når en national retsforordning falder inden for dette principps anvendelsesområde, hvilket gælder for TzBfG’s § 14, stk. 3, som ændret ved 2002-loven, i form af en foranstaltning til gennemførelse af direktiv 1999/70 (jf. herved tillige denne doms præmis 51 og 64), skal Domstolen i forbindelse med en præjudiciel forelæggelse give alle de oplysninger med hensyn til fortolkningen, som kræves for at den nationale ret kan vurdere, om en sådan retsforordning er i overensstemmelse med dette princip (jf. dom af 12.12.2002, sag C-442/00, Rodríguez Caballero, Sml. I, s. 11915, præmis 30-32).
- 76 Spørgsmålet om, hvorvidt det almindelige princip om ligebehandling, bl.a. med hensyn til alder, er overholdt, kan derfor ikke alene afhænge af udløbet af den frist, der er givet medlemsstaterne til at gennemføre et direktiv, hvis formål er at fastlægge en generel ramme for bekæmpelsen af forskelsbehandling på grund af alder, navnlig hvad angår etablering af hensigtsmæssige retsmidler, bevisbyrde, beskyttelse mod repressalier, dialog mellem arbejdsmarkedets parter, positiv særbehandling og andre særforanstaltninger til gennemførelse af direktivet.
- 77 Under disse omstændigheder påhviler det den nationale ret, som skal træffe afgørelse i en tvist vedrørende princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder, inden for rammerne af sine beføjelser at sikre den retsbeskyttelse, der for borgerne følger af fællesskabsretten, og at sikre dennes fulde virkning, idet den skal undlade at anvende enhver modstridende bestemmelse i national lov (jf. i denne retning dom af 9.3.1978, sag 106/77, Simmenthal, Sml. s. 629, præmis 21, og af 5.3.1998, sag C-347/96, Solred, Sml. I, s. 937, præmis 30).
- 78 Henset til samtlige ovenfor anførte bemærkninger, skal det andet og det tredje spørgsmål besvares med, at fællesskabsretten, og navnlig artikel 6, stk. 1, i direktiv 2000/78 skal fortolkes således, at det er til hinder for en national lovgivning, der – som den i hovedsagen omhandlede – uden begrænsninger tillader indgåelse af en tidsbegrænset ansættelseskontrakt, når arbejdstageren er fyldt 52 år, medmindre der i nær forbindelse hermed tidligere har været indgået en tidsubegrænset ansættelseskontrakt med samme arbejdsgiver.

Det påhviler den nationale ret at sikre den fulde virkning af det almindelige princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder, idet den skal undlade at anvende enhver modstridende bestemmelse i national lov, også selv om fristen for direktivets gennemførelse endnu ikke er udløbet.”

Der kan endvidere henvises til dom af 23. september 2008, sag C-427/06, Bartsch. Sagen angik en erhvervstilknyttet pensionsordning, der gav ret til pension til enken eller enkemanden efter en medarbejder i selskabet Bosch-Siemens Hausgeräte (BSH). Det fulgte af retningslinjerne, at der ikke blev udbetalt ydelser, hvis ”enken/enkemanden er mere end femten år yngre end den tidligere medarbejder”. Birgit Bartsch, der var mere end femten år yngre end sin afdøde mand, fik som følge heraf afslag på sin anmodning om at få udbetalt enkepension. EU-Domstolen udtalte bl.a.:

- ”15 Det fremgår af Domstolens praksis, at når en national bestemmelse falder ind under fællesskabsrettens anvendelsesområde, skal Domstolen i forbindelse med en præjudiciel forelæggelse give alle de oplysninger med hensyn til fortolkningen, som kræves, for at den nationale ret kan vurdere, om en sådan bestemmelse er i overensstemmelse med fællesskabsrettens almindelige principper (jf. i denne retning dom af 22.11.2005, sag C-144/04, Mangold, Sml. I, s. 9981, præmis 75).
- 16 Hverken direktiv 2000/78 eller artikel 13 EF giver mulighed for at knytte en situation som den i hovedsagen foreliggende til fællesskabsrettens anvendelsesområde.
- 17 For det første udgør retningslinjerne ikke en foranstaltning til iværksættelse af direktiv 2000/78, og for det andet døde Max Hubert Bartsch før udløbet af den pågældende medlemsstats frist for gennemførelse af dette direktiv.
- 18 Artikel 13 EF, der giver Rådet for Den Europæiske Union mulighed for inden for rammerne af de beføjelser, som det er tillagt ved EF-traktaten, at træffe hensigtsmæssige foranstaltninger til at bekæmpe forskelsbehandling på grundlag af alder, kan ikke som sådan henføre situationer – der som i hovedsagen ikke er omfattet af de foranstaltninger, der er vedtaget på grundlag af nævnte artikel og navnlig direktiv 2000/78 inden udløbet af den frist, som dette foreskriver for gennemførelsen – under fællesskabsrettens anvendelsesområde med henblik på at forbyde enhver forskelsbehandling på grundlag af alder.
- 19 I modsætning til det synspunkt, der forsvares af Kommissionen, kan sagen, der gav anledning til dom af 2. oktober 1997, Saldanha og MTS (sag C-122/96, Sml. I, s. 5325), ikke anvendes som støtte for en konklusion, der er modsat den, der er anført i den foregående præmis.
- ...
- 23 At fællesskabsretten fandt anvendelse i sagen, der gav anledning til Saldanha og MTS-dommen, fulgte altså ikke alene af den omstændighed, at der var tale om forskelsbehandling på grund af nationalitet, men var betinget af konstateringen, hvorefter den omhandlede nationale bestemmelse faldt inden for traktatens anvendelsesområde.

- 24 Dette sidste aspekt adskiller desuden den foreliggende hovedsag fra sagen, der gav anledning til Mangold-dommen. I denne sidstnævnte sag var de omhandlede nationale bestemmelser en foranstaltning til iværksættelse af et fællesskabsdirektiv, nemlig Rådets direktiv 1999/70/EF af 28. juni 1999 om rammeaftalen vedrørende tidsbegrænset ansættelse, der er indgået af EFS, Unice og CEEP (EFT L 175, s. 43), hvorved nævnte bestemmelser således faldt inden for fællesskabsrettens anvendelsesområde (jf. Mangold-dommen, præmis 75). Derimod er de i hovedsagen omhandlede retningslinjer ikke foranstaltninger til gennemførelse af fællesskabsbestemmelser.
- 25 Henset til de foregående betragtninger skal det første spørgsmål besvares med, at fællesskabsretten ikke indeholder et forbud mod forskelsbehandling på grundlag af alder, hvis beskyttelse medlemsstaternes domstole skal sikre, hvis den muligvis diskriminerende behandling ikke har nogen forbindelse med fællesskabsretten. En sådan forbindelse er ikke etableret hverken ved artikel 13 EF eller – under omstændigheder som de i hovedsagen foreliggende – ved direktiv 2000/78 før udløbet af den pågældende medlemsstats frist for gennemførelse heraf.”

I dom af 19. januar 2010, sag C-555/07, Küçükdeveci, udtalte EU-Domstolen bl.a.:

- ”18 Med det første spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om nationale bestemmelser som de i hovedsagen omhandlede, hvorefter beskæftigelsesperioder, som arbejdstageren har tilbagelagt før det fyldte 25. år, ikke tages i betragtning ved beregningen af afskedigelsesfristen, udgør en ulige behandling på grund af alder, der er forbudt i medfør af EU-retten, navnlig primærretten eller direktiv 2000/78. ...
- 19 Som den forelæggende ret har opfordret til, bør det for at besvare dette spørgsmål indledningsvis afklares, om spørgsmålet skal bedømmes på grundlag af den primære EU-ret eller på grundlag af direktiv 2000/78.
- 20 Herved bemærkes for det første, at Rådet for Den Europæiske Union har vedtaget direktiv 2000/78 med hjemmel i artikel 13 EF, og Domstolen har fastslået, at det ikke i sig selv indeholder noget princip om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv, da dette princip har sin oprindelse i forskellige internationale konventioner og i medlemsstaternes fælles forfatningsmæssige traditioner, men alene har til formål på disse områder at fastlægge en generel ramme for bekæmpelsen af forskellige former for forskelsbehandling, herunder på grund af alder (jf. Mangold-dommen, præmis 74).
- 21 Domstolen har i denne sammenhæng anerkendt, at der gælder et princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder, der skal anses for et almindeligt EU-retligt princip (jf. i denne retning Mangold-dommen, præmis 75). Direktiv 2000/78 konkretiserer dette princip (jf. analogt dom af 8.4.1976, sag 43/75, Defrenne, Sml. s. 455, præmis 54).
- 22 Det skal ligeledes påpeges, at det fremgår af artikel 6, stk. 1, TEU, at Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder har samme juridiske værdi

som traktaterne. Ifølge chartrets artikel 21, stk. 1, er »[e]nhver forskelsbehandling på grund af [...] alder [...] forbudt«.

- 23 For at princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder skal kunne finde anvendelse i et tilfælde som det i hovedsagen foreliggende, er det yderligere en forudsætning, at det ligger inden for EU-rettens anvendelsesområde.
- 24 Herved bemærkes, at til forskel fra den sag, der gav anledning til dom af 23. september 2008, Bartsch (sag C-427/06, Sml. I, s. 7245), har den angiveligt diskriminerende adfærd, der i denne hovedsag er vedtaget med støtte i de omtvistede nationale bestemmelser, fundet sted efter udløbet af den berørte medlemsstats frist for at gennemføre direktiv 2000/78, hvilken frist for Forbundsrepublikken Tysklands vedkommende udløb den 2. december 2006.
- 25 På denne dato fik direktivet den virkning, at de i hovedsagen omtvistede bestemmelser, der omfatter et område, der er reguleret af samme direktiv, nemlig i det foreliggende tilfælde vilkårene for afskedigelse, blev henført under EU-rettens anvendelsesområde.
- 26 En national bestemmelse som BGB's § 622, stk. 2, andet afsnit, påvirker nemlig, for så vidt som den fastsætter, at beskæftigelsesperioder, som arbejdstageren har tilbagelagt, før vedkommende fyldte 25 år, ikke tages i betragtning ved beregning af afskedigelsesfristen, vilkårene for afskedigelse af arbejdstagerne. Bestemmelser af denne karakter skal derfor anses for at indføre regler om vilkårene for afskedigelse.
- 27 Det følger af disse betragtninger, at det er på grundlag af det almindelige EU-retlige princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder, således som dette princip er konkretiseret ved direktiv 2000/78, at det skal efterprøves, om EU-retten er til hinder for nationale bestemmelser som de i hovedsagen omhandlede.”

Der kan endvidere henvises til dom af 13. september 2011, sag C-447/09, Prigge m.fl., hvor det hedder bl.a.:

- ”38 Hvad angår anvendelsen af direktiv 2000/78 bemærkes, at Domstolen har anerkendt, at der gælder et princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder, der skal anses for et almindeligt EU-retligt princip, og som er konkretiseret i direktiv 2000/78 inden for området for beskæftigelse og erhverv (jf. i denne retning dom af 19.1.2010, sag C-555/07, Küçükdeveci, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 21). Forbuddet mod enhver forskelsbehandling bl.a. på grund af alder er inkorporeret i artikel 21 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (herefter ”chartret”), der fra den 1. december 2009 har samme juridiske værdi som traktaterne.”

Tilsvarende fremgår af præmis 47 i dom af 8. september 2011, forenede sager C-297/10 og C-298/10, Hennigs og Mai.

Højesterets begrundelse og resultat

Ny påstand og nyt anbringende

Ældre Sagen som mandatar for A har først nedlagt den subsidiære påstand i det sammenfattende processkrift af 19. december 2014. Til støtte for den subsidiære påstand er det anført, at arbejdsløshedsforsikringslovens § 43 er i strid med det almindelige EU-retlige princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder, som også fremgår af artikel 21 i EU's charter om grundlæggende rettigheder, jf. herved tillige chartrets artikel 51.

Højesteret finder, at der er tale om en ny påstand og et nyt anbringende, og at betingelserne i retsplejelovens § 383 for at tillade påstanden og anbringendet ikke er opfyldt.

Sagen angår herefter, om arbejdsløshedsforsikringslovens § 43, hvorefter medlemskab af en arbejdsløshedskasse ophører, når medlemmet når folkepensionsalderen, udgør forskelsbehandling i strid med beskæftigelsesdirektivet (Rådets direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000) sammenholdt med det almindelige EU-retlige princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder.

Arbejdsløshedsforsikringslovens forhold til EU-retten

Forbuddet mod forskelsbehandling på grund af alder er et almindeligt EU-retligt princip, som er konkretiseret i beskæftigelsesdirektivet inden for området for beskæftigelse og erhverv, jf. præmis 38 i EU-Domstolens dom af 13. september 2011 i sag C-447/09, Prigge m.fl.

Højesteret tiltræder af de grunde, som landsretten har anført, at den danske ordning med arbejdsløshedsdagpenge må anses for en offentlig ordning for social sikring eller lignende ordning, jf. direktivets artikel 3, stk. 3. Ordningen omfatter ikke overførsel af ydelser af økonomisk værdi til en medarbejder som vederlag i et ansættelsesforhold, og ordningens ydelser kan således ikke sidestilles med løn, jf. præambelbetragtning 13 til beskæftigelsesdirektivet, jf. TEF artikel 141 (nu TEUF artikel 157), og fortolkningen heraf i bl.a. EU-

Domstolens dom af 6. december 2012, forenede sager C-124/11, C-125/11 og C-143/11, Dittrich m.fl., præmis 35-43.

Højesteret tiltræder herefter, at arbejdsløshedsforsikringslovens § 43 ikke strider mod beskæftigelsesdirektivet, og stadfæster derfor landsrettens dom.

Thi kendes for ret:

Landsrettens dom stadfæstes.

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

De idømte sagsomkostningsbeløb skal betales inden 14 dage efter denne højesteretsdoms afgivelse og forrentes efter rentelovens § 8 a.