

FESTSKRIFT TILL  
ANN NUMHAUSER-HENNING

OFFPRINT

Juristförlaget i Lund  
2017

# KRYDSFELTET MELLEM ALDERS- OG KØNSDISKRIMINATION I EU-RETEN

## 1 Indledning

I dette bidrag undersøges alders- og kønsdiskrimination i den EU-retlige regulering. Det hovedspørgsmål, jeg stiller, er, i hvilken udstrækning EU regulerer alders- og kønsdiskrimination på samme måde og i hvilken udstrækning alders- og kønsdiskrimination reguleres på forskellig måde, og hvorfor? Jeg ser også på, om det påvirker en sags udfald, at både alder og køn er relevant, fx den gennemsnitlige forskel i kvinders og mænds levealder.

## 2 Generelt om retskildegrundlaget for forbud mod alders- og kønsdiskrimination

### 2.1 Reguleringsniveau: folkeret, EU-ret, national ret

Der findes praktisk taget intet folkeretlig diskriminationsværn mod aldersdiskrimination. Vedrørende kønsdiskrimination beskytter CEDAW (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women) kvinder mod kønsdiskrimination. CEDAW blev vedtaget af FN's generalforsamling i 1979. Konventionen definerer diskrimination mod kvinder som:

... any distinction, exclusion or restriction made on the basis of sex which has the effect or purpose of impairing or nullifying the recognition, enjoyment or exercise by women, irrespective of their marital status, on a basis of equality of men and women, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural, civil or any other field.

Der findes intet folkeretligt værn mod kønsdiskrimination af mænd. På EU-niveau findes der omfattende regulering af både køns- og aldersdiskrimination, se nedenfor i afsnit 3.

I alle EU-lande findes omfattende diskriminationslovgivning, som i betydeligt omfang har karakter af implementering af EU-direktiver. Mange anser Danmark for et land med en høj grad af juridisk ligestilling ikke mindst mellem mænd og kvinder, men da Danmark trådte ind i EU pr 1.1.1973 var der ikke desto mindre meget vidtgående juridisk frihed for private arbejdsgivere til at forskelsbehandle næsten efter forogodtbefindende, dog med visse begrænsninger for så vidt angik usaglig afskedigelse og personale-administration i tilknytning til de kollektive overenskomster. Det var fx tilladt at fire gravide kvinder pga. graviditet.

Aldersdiskrimination har været tilladt på det danske arbejdsmarked indtil implementeringen af det EU-retlige forbud mod aldersdiskrimination i beskæftigelsesdirektivet<sup>1</sup> i 2004. Danmark har således været nødt til fuldstændig at ændre sin diskriminationsregulering grundlæggende af hensyn til EU-regulering. Det gælder både køns- og aldersdiskrimination.

## 2.2 Anvendelsesområde: beskæftigelse, handel med varer og tjenester, andre samfundsforhold

Som det nærmere gennemgås nedenfor i afsnit 3 er kønsdiskrimination på EU-niveau reguleret i forhold til beskæftigelse og erhverv, i forhold til handel med varer og tjenesteydelser og i et vist omfang i forhold til social sikring. Der findes således regler om kønsdiskrimination for et meget bredt felt. Anvendelsesområdet for reglerne om aldersdiskrimination er langt snævrere. Det er kun reguleret på EU-niveau i forhold til beskæftigelse og erhverv. Ved handel med varer og tjenesteydelser er der ingen EU-regler, der forbyder aldersdiskrimination og fx i den finansielle sektor (banker mv.) er aldersdiskrimination almindeligt forekommende.

## 3 Historisk udvikling: Hvornår begyndte EU at interessere sig for henholdsvis køns- og aldersdiskrimination?

I Rom-Traktaten, hvorved EF/EU blev grundlagt, har der altid været en regel om ligeløn til mænd og kvinder, oprindeligt art 119 EØF, nu art. 157 TEUF. Den blev oprindeligt indsat i traktaten for at undgå nationalitetsdiskrimination, idet Frankrig mente, at der var nationale forskelle i reguleringen af ligeløn. Efter fransk opfattelse var der mere ligeløn i Frankrig end i Belgien, således at belgiske tekstil- og skotøjsfabrikker ville få en konkurrencefordel ved

---

<sup>1</sup> 2000/78/EF.

at have adgang til billigere kvindelige arbejdere end franske tekstil- og skotøjsfabrikker havde, hvis ikke EF/EU tvang Belgien til at respektere ligelønsprincippet lige så meget som Frankrig mente, at det gjorde.

### 3.1 1970'erne, Ligestillingsdirektiver vedrørende arbejdsmarkedet, Defrenne-sagerne, navnlig Defrenne II

I 1970'erne tog EF/EU-lovgiver kønsligestilling op som et selvstændigt problem og vedtog 3 direktiver om emnet:

Ligelønsdirektivet fra 1975<sup>2</sup>

Ligebehandlingsdirektivet fra 1976<sup>3</sup>

Direktivet om ligestilling i social sikring<sup>4</sup>

EU-Domstolen afsagde i 1970'erne vigtige domme om kønsligestilling. I Defrenne I-sagen<sup>5</sup> fastslog den, at en alderspension, der er indført inden for rammerne af en lovmæssig ordning for social sikring, ikke er løn i den betydning begrebet har i ligelønsreglen i art 119 EØF [nu art. 157 TEUF].

I Defrenne II sagen<sup>6</sup> fra 1976 fastslog EU-Domstolen, at princippet i ligelønsreglen i art. 119 EØF [nu art. 157 TEUF] om lige løn til mænd og kvinder har horisontal direkte virkning, dvs. det kan påberåbes ved de nationale domstole i sager mellem private. De nationale domstole har pligt til at sikre beskyttelsen af de rettigheder, som art. 119 EØF tillægger borgerne, navnlig i tilfælde af diskrimination, som umiddelbart skyldes lovbestemmelser eller kollektive overenskomster, og i tilfælde af forskellig løn til kvinder og mænd for samme arbejde, når dette udføres i samme private eller offentlige virksomhed eller tjeneste.

Art. 119 EØF skulle gennemføres fuldt ud af de gamle medlemsstater fra den 1. januar 1962, indledningen af overgangsperiodens anden etape, og af de nye medlemsstater (Danmark, UK og Irland) fra den 1. januar 1973, tidspunktet for ikrafttrædelsen af tiltrædelsestraktaten.

Ligelønsdirektivet<sup>7</sup> er ikke en hindring for art. 119 EØF's direkte virkning, og den i direktivet fastsatte tidsgrænse har ingen virkning for de frister, som er opstillet i henholdsvis art 119 og tiltrædelsestraktaten.

---

<sup>2</sup> 75/117/EØF, nu ophævet og afløst af det omarbejdede direktiv om kønsligestilling i beskæftigelse og erhverv 2006/54/EF.

<sup>3</sup> 76/207/EØF, nu ophævet og afløst af det omarbejdede direktiv om kønsligestilling i beskæftigelse og erhverv 2006/54/EF.

<sup>4</sup> 79/7/EØF, der stadig gælder.

<sup>5</sup> Sag C-80/70, Defrenne I, EU:C:1971:55.

<sup>6</sup> Sag C-43/75, Defrenne II, EU:C:1976:56.

<sup>7</sup> 75/117/EØF.

Selv på områder, hvor art. 119 EØF ikke måtte have direkte virkning, kan man ikke fortolke denne bestemmelse således, at den forbeholder den nationale lovgiver en enekompetence med hensyn til at gennemføre princippet om lige løn, da denne gennemførelse om nødvendigt kan ske gennem et samspil mellem fællesskabs- og nationale bestemmelser.

Bortset fra tilfælde hvor arbejdstagere som allerede har anlagt retssag eller rejst en tilsvarende administrativ klage, kan den direkte virkning af art. 119 EØF ikke påberåbes til støtte for krav vedrørende lønperioder, der ligger forud for Defrenne II dommens dato, dvs. 8. april 1976.

Defrenne III sagen<sup>8</sup> handlede om afskedigelse pga. alder og køn. I 1951 blev Gabrielle Defrenne ansat som stewardesse i Sabena. Den 1. oktober 1963 blev hun fastansat ved en ny ansættelseskontrakt, hvorefter hun skulle arbejde som stewardesse med status som kabinechef. Defrenne ophørte med dette arbejde den 15. februar 1968 i henhold til artikel 5, stk. 6, i ansættelseskontrakten for Sabena's flyvende personale, hvorefter arbejdsforholdet for det kvindelige personale uden videre ophører den dag, den ansatte fylder 40 år. Det var ubestridt under sagen, at ansættelseskontrakter for mandlige flyassistenter, som antages at udføre samme arbejde, ikke indeholdt en sådan termin.

På det tidspunkt, Defrenne blev fyret, fandtes der ikke andre skrevne EU-regler om kønsligetilling end ligelønsreglen i art. 119 EØF [nu art. 157 TEUF] og der fandtes ingen skrevne EU-regler om aldersdiskrimination. EU-Domstolens fastslog, at art. 119 EØF [nu art. 157 TEUF] ikke kan fortolkes således, at den ud over lige løn også foreskriver lighed med hensyn til andre arbejdsvilkår for mandlige og kvindelige arbejdstagere. EU-Domstolen tog også stilling til, om forbud mod kønsdiskrimination er et almindeligt EU-retligt princip, og besvarede det bekræftende, se nærmere nedenfor i afsnit 5.

I Marshall I sagen<sup>9</sup> antog EU-Domstolen, at ligebehandlingsdirektivet<sup>10</sup> skal fortolkes således, at generelle afskedigelsesvilkår, hvorefter en kvinde afskediges alene med den begrundelse, at hun har nået eller overskredet den alder, som giver hende ret til en pension fra staten, og som efter national ret er forskellig for mænd og kvinder, er en i henhold til direktivet forbudt forskelsbehandling på grundlag af køn.

Art 5, stk. 1 i ligebehandlingsdirektivet, som forbyder enhver form for forskelsbehandling på grundlag af køn for så vidt angår arbejdsvilkår, herunder

---

<sup>8</sup> Sag C-149/77, Defrenne III, EU:C:1978:130.

<sup>9</sup> Sag C-152/84, Marshall I, EU:C:1986:84.

<sup>10</sup> 76/207/EØF, nu ophævet og afløst af det omarbejdede direktiv om gennemførelse af princippet om lige muligheder for og ligebehandling af kvinder og mænd i forbindelse med beskæftigelse og erhverv, 2006/54/EF.

afskedigelsesvilkår, kan påberåbes direkte over for en statslig myndighed, der optræder som arbejdsgiver, til støtte for, at enhver national bestemmelse, der ikke er i overensstemmelse med nævnte art 5, stk 1 ikke kan finde anvendelse.

Som det ses af ovenstående, er de hidtidige sager, hvor både alder og køn har været relevante blevet behandlet alene ud fra reglerne om kønsdiskrimination, som var de eneste der eksisterede på tidspunktet for faktum i sagerne.

### 3.2 Unisex-princippet og erhvervstilknyttet social sikring

Art. 157 TEUF om ligeløn blev i midten af 1980'erne på pensions- og socialsikringsområdet suppleret af direktivet om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder inden for de erhvervstilknyttede sociale sikringsordninger fra 1986.<sup>11</sup> Direktivet tillod i en vis udstrækning forskelsbehandling pga. køn, når det var begrundet i alder. Direktivet tillod fx forskellige ydelsesniveauer i det omfang, det er nødvendigt som følge af aktuarmaessige faktorer, der er forskellige for de to køn i forbindelse med ydelser, som er bidragsdefinerede og medlemsstaterne kunne vælge i en periode at fastsætte kønsbestemte regler om indtrædelsesalder. Direktivet skulle have været gennemført senest 30. juli 1989, men da der blev rejst tvivl, om flere bestemmelser i direktivet stred mod EF-traktaten, og EU-Domstolen i Barber-sagen kendte dele af direktivet i strid med ligelønsreglen i den nuværende art. 157 TEUF, blev den lovgivningsproces, der var i gang i Danmark, sat i bero. Man nåede dog forinden at afgive en sagkyndig betænkning om gennemførelse af direktivet i dansk ret.<sup>12</sup>

EU-Domstolen underkendte i Barber-dommen fra 1990<sup>13</sup> art. 9 i direktivet om ligebehandling af mænd og kvinder inden for de erhvervstilknyttede sociale sikringsordninger fra 1986, idet den slog fast, at kønsbestemte pensionsaldrer strider imod art. 157 TEUF.

I Barber-sagen<sup>14</sup> blev Douglas Harvey Barber afskediget af driftsmæssigge grunde med virkning fra den 31. december 1980, da han var 52 år. Arbejdsgiveren udbetalte ham de i afskedigelsesvilkårene fastsatte kontantydelse, den lovbestemte fratrædelsesgodtgørelse samt et gratiale. Han ville have været berettiget til arbejdsophørspension fra det tidspunkt, hvor han fyldte 62

---

<sup>11</sup>86/378/EØF. Nu ophævet ved og afløst af det omarbejdede kønsligestillingsdirektiv vedrørende arbejdsmarkedet 2006/54/EF.

<sup>12</sup>Betænkning 1228/91 om pensionsmæssig ligestilling.

<sup>13</sup>Sag C-262/88. Se for en gennemgang af dommen Juristen nr. 6, 1993 s. 264 Bork Petersen og Norrbom: Ligestilling og private pensionsordninger.

<sup>14</sup> Sag C-262/88, Barber, EU:C:1990:209.

år. En kvinde i samme situation som Barber ville have fået udbetalt aktuel arbejdsophørspension ud over den lovbestemte fratrædelsesgodtgørelse, og den samlede værdi af disse ydelser ville have været større end det beløb, Barber fik udbetalt.

EU-Domstolen fastslog, at ydelser, som en arbejdsgiver udbetaler til en arbejdstager i forbindelse med dennes afskedigelse af driftsmæssige grunde, er omfattet af lønbegrebet i ligelønsreglen i art 119 EØF, stk 2, [art 157 TEUF] uanset om ydelserne udbetales i henhold til en arbejdskontrakt, i henhold til lovbestemmelser eller på frivilligt grundlag.

EU-Domstolen fandt videre, at det strider mod art 119 EØF, at en mand, der afskediges af driftsmæssige grunde, kun er berettiget til opsat pension ved den normale pensionsalders indtræden, mens en kvinde i samme situation er berettiget til aktuel arbejdsophørspension, når dette skyldes anvendelsen af forskellige aldersbetingelser for de to køn, som svarer til den forskel, der gælder efter den nationale lovbestemte pensionsordning.

Det tog derefter mere end 6 år at få ændret direktivet i overensstemmelse med Barber-dommen.<sup>15</sup> Det omarbejdede direktiv om ligebehandling og lige muligheder i beskæftigelse og erhverv<sup>16</sup> indeholder i kapitel 2 (art. 5–13) regler om ligebehandling i forbindelse med erhvervstilknyttede sociale sikringsordninger, som har afløst ændringsdirektivet fra 1996. Det fastholder reglen fra 1986-direktivet om aktuar-mæssige faktorer, der indebærer, at kvinder pga. gruppen af kvinders gennemsnitlige højere levealder end mænds, kan få lavere pensionsydelse end en mand, der har indbetalt samme pensionsbidrag. I Danmark indførte art. 8, stk. 1 i loven om ligebehandling af mænd og kvinder i forbindelse med forsikring, pension og lignende finansielle ydelser<sup>17</sup> unisex-princippet i arbejdsmarkedspensioner for medlemmer, der er indtrådt i en arbejdsmarkedspensionsordning efter den 1. juli 1999. I forhold til medlemmer, der er indtrådt før 1. juli 1999, kan pensionskasse efter loven vælge at lade være. Det strider efter min vurdering mod art. 157 TEUF.

### 3.3 Efter år 2000, beskæftigelsesdirektivet

Ved beskæftigelsesdirektivet, der blev vedtaget i år 2000, indførte EU forbud mod aldersdiskrimination i beskæftigelsesforhold.

---

<sup>15</sup> Ved direktiv 96/97/EF. Nu ophævet ved og afløst af det omarbejdede kønsligestillingsdirektiv vedrørende arbejdsmarkedet 2006/54/EF.

<sup>16</sup>2006/54/EF.

<sup>17</sup> Lovbekendtgørelse nr. 950 af 14. august 2015.

### 3.4 Kønsdiskrimination ved handel med varer og tjenesteydelser

Kønsdiskrimination vedrørende tjenesteydelser blev først forbudt i EU i 2004 og kun ved et direktiv om ligebehandling af mænd og kvinder i forbindelse med adgang til og levering af varer og tjenesteydelser<sup>18</sup>. Tjenesteydelser, herunder forsikringer og frivillige pensionsordninger med aktuariemæssige kriterier, der tager hensyn til den forskellige forventede levetid for mænd og kvinder, er således reguleret i dette direktiv. Art. 5, stk. 2 i direktivet tillod oprindelig forsikring af kvinder og mænd i forsikring under henyn til aktuariemæssige beregninger. Denne bestemmelse erklærede EU-Domstolen ugyldig i Test Achats-sagen.<sup>19</sup> Art. 5, stk. 2 er en undtagelse fra hovedreglen i art. 5, stk. 1, hvorefter der normalt skal anvendes ikke-kønsrelaterede præmier og ydelse. EU-Domstolen udtalte:

Direktiv 2004/113 er således baseret på en forudsætning om, at med henblik på anvendelsen af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder i chartrets artikel 21 og 23 er kvinders og mænds situationer, for så vidt angår forsikringspræmier og forsikringsydelse, som de har indgået en aftale om, sammenlignelige.<sup>20</sup>

EU-Domstolen fastslog på denne baggrund, at en sådan tidsbegrænset undtagelse som den i art. 5, stk. 2, var i strid med det formål om ligebehandling af mænd og kvinder, som forfølges i direktivet og uforenelig med artikel 21 og 23 i Chartret om grundlæggende rettigheder.<sup>21</sup>

EU-Domstolen slog således fast, at forsikringsselskaber ikke fremover må anvende køn som en faktor, der afgør prisen på private forsikringsydelse. Domstolen konkluderede, at unisex-reglen, dvs. reglen om kønsneutrale præmier og ydelse, skal finde anvendelse uden undtagelse i nye forsikringsaftaler efter 21. december 2012. Afgørelsen betyder, at prisen på fx en bilforsikring eller en pensionsforsikring for en kvinde og en mand ikke må afvige på grund af deres køn, selv om unge mænd statistisk set har flere skader end unge kvinder, og selv om kvinder statistisk set lever længere end mænd.

Afgørelsen betyder derimod ikke, at kvinder altid vil komme til at betale de samme bilforsikringspræmier som mænd. De præmier, som forsigtige bilister – såvel mænd som kvinder – betaler, vil kunne nedsættes fx på grundlag af deres

---

<sup>18</sup> 2004/113/EF.

<sup>19</sup> Sag C-236/09, Test-Achats, EU:C:2011:100.

<sup>20</sup> Præmis 30.

<sup>21</sup> Præmis 32.



individuelle køremåde. Dommen påvirker således ikke anvendelse af andre legitime faktorer ved risikovurderingen, herunder faktorer som indirekte er relateret til køn, og prisen kan således fortsat afspejle risikoen. For en bilforsikring kan det fx være bilens motorstørrelse, og for en pensionsforsikring kan det være alder og sundhedstilstand. Men den afskaffer en prissætning, som fx betyder, at en forsigtig ung mandlig bilist betaler mere for sin bilforsikring, udelukkende fordi han er en mand.<sup>22</sup>

Kommissionen offentliggjorde i maj 2015 sin rapport om medlemsstaternes gennemførelse af direktivet, herunder gennemførelsen af Test-Achats-dommen.<sup>23</sup> Kommissionen nævner i den forbindelse, at nogle medlemsstater har besluttet også at anvende unisex-princippet på arbejdsmarkedspensioner, herunder Danmark bortset fra visse undtagelser.

#### 4 Er begreberne direkte og indirekte diskrimination de samme?

Forskelsbehandling (diskrimination) består efter fast retspraksis i, at der på sammenlignelige situationer anvendes forskellige bestemmelser, eller at den samme bestemmelse anvendes på forskellige situationer, jf. Schumacker-sagen.<sup>24</sup> Begrebet forskelsbehandling (diskrimination) er i dag (2016) stort set ens på tværs af direktiverne om handel med varer og tjenester, beskæftigelsesdirektivet og ligebehandlingsdirektivet.<sup>25</sup> Der er dog særlig fri adgang til at fravige forbuddet mod aldersdiskrimination, se nedenfor. Alle tre direktiver definerer begrebet forskelsbehandling som omfattende:

- direkte forskelsbehandling,
- indirekte forskelsbehandling,
- chikane,
- seksuel chikane (kun i relation til kønsligestilling) og
- instruktion om at forskelsbehandle.

<sup>22</sup> MEMO/11/123, Pressemeldelse: "Europa-Kommissionen vejleder forsikringssektoren i EU for at sikre, at mænd og kvinder ikke forskelsbehandles ved fastsættelsen af forsikringspræmier. Nordisk Forsikringstidsskrift 1/2013: Mai-Brit Campos Nielsen: EU-dom ændrer grundlaget for forsikringspræmier og – ydelser til mænd og kvinder.

<sup>23</sup> Rapport fra Kommissionen til Europa-Parlamentet, Rådet og Det Europæiske Økonomiske og Sociale Udvalg. Rapport om anvendelse af Rådets direktiv 2004/113/EF om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder i forbindelse med adgang til og levering af varer og tjenesteydelser, COM (2015) 190 fin.

<sup>24</sup> Sag C-279/93, Schumacker, EU:C:1995:31.

<sup>25</sup> Se generelt Agnete L. Andersen, Ruth Nielsen, Kirsten Precht & Christina D. Tvarnø (2015): Ligestillingslovene med kommentarer, Bind 1, Kbh og Andersen, Agnete L., Trine Hougaard, Ruth Nielsen, Kirsten Precht, Maria Rasmussen & Christina D. Tvarnø (2016): Ligestillingslovene med kommentarer, Bind II, Kbh.

I det følgende vil direkte og indirekte diskrimination blive behandlet lidt nærmere.

#### 4.1 Direkte forskelsbehandling

De tre ovennævnte direktiver indeholder følgende definition af direkte forskelsbehandling. Det foreligger, når en person på grund af alder eller køn behandles ringere end en anden bliver, er blevet eller ville blive behandlet i en tilsvarende situation.

Direktivernes definition af direkte diskrimination åbner op for sammenligning med hypotetiske sammenligningspersoner ved at bruge formuleringen ”ville blive”. Det vil sige, at en overtrædelse af forbuddet mod forskelsbehandling ikke behøves at blive påvist ved en sammenligning mellem den diskriminerede arbejdstager og en faktisk sammenligningsperson.

Det væsentlige ved direkte diskrimination ifølge definitionen i såvel beskæftigelsesdirektivet som i de andre direktiver er begrundelsen for arbejdsgiverens handling. Hvis en arbejdsgivers handling begrundes i biologisk køn eller alder, foreligger der direkte forskelsbehandling, hvad enten arbejdsgiveren åbent indrømmer det diskriminerende motiv eller forsøger at skjule det.

Flere EU-domme om direkte forskelsbehandling slår fast, at det beskyttede kriterium ikke behøver at være den eneste grund til arbejdsgiverens handling for at gøre handlingen direkte diskriminerende. Det er tilstrækkeligt, at det forbudte kriterium spiller en rolle i arbejdsgiverens handling eller beslutningsproces. Denne opfattelse af direkte forskelsbehandling blev først slået fast i Dekker-sagen,<sup>26</sup> hvor en arbejdsgiver nægtede at ansætte en kvinde, der havde oplyst, at hun var gravid, da hun søgte om stillingen. Arbejdsgiveren begrundede beslutningen om ikke at ansætte hende i, at virksomheden ikke vil kunne få refusion fra de sociale myndigheder for hendes løn under barselsorloven. Domstolen fastslog, at de driftsøkonomiske hensyn i en sådan situation er forbundet med graviditet, som er en kønsbestemt faktor. Derfor var der tale om direkte forskelsbehandling pga. køn. Domstolen har efterfølgende gentaget denne opfattelse af direkte forskelsbehandling i flere sager om diskrimination mod gravide kvinder.<sup>27</sup>

Den traditionelle opfattelse er, at direkte diskrimination ikke kan retfærdiggøres på anden måde end at påvise, at den diskriminerende handling er omfattet af en undtagelse, der fremgår af det pågældende direktiv. Den

<sup>26</sup> Sag C-177/88, Dekker, EU:C:1990:383.

<sup>27</sup> Se, f.eks., Sag C-109/00, Tele Danmark, EU:C:2001:513.

omstændighed, at en arbejdsgiver vil pådrage sig meget besvær og omkostninger, hvis han undlader at diskriminere en gravid ansat, kan fx ikke legitimere forskelsbehandling.

Beskæftigelsesdirektivet indeholder i relation til alder en undtagelse i art. 6, der bestemmer, at:

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.

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.

I præambelen til beskæftigelsesdirektivet er der i betragtning 14 en bestemmelse om, at direktivet ikke berører nationale bestemmelser vedrørende fastsættelse af pensionsalder. I forhold til erhvervstilknyttede sociale sikringsordninger (arbejdsløshedsforsikring, arbejdsmarkedspensioner og lignende) er der ret fri adgang til at benytte alderskriterier i direktivets art. 6, stk. 2. Efter art. 6, stk. 2

kan medlemsstaterne bestemme, at forbuddet mod forskelsbehandling ikke skal gælde for så vidt angår aldersgrænser i forbindelse med adgang til erhvervstilknyttede sociale sikringsordninger (fx arbejdsløshedsforsikring og arbejdsmarkedspensioner), ligesom alderskriteriet vil kunne anvendes til aktuarberegninger indenfor rammerne af disse ordninger, forudsat at dette ikke indebærer forskelsbehandling på grund af køn.

#### 4.1.1 Legitime formål i relation til art. 6 i beskæftigelsesdirektivet

Som det ses, er de lovlige formål, der nævnes i art. 6 litra a) erhvervsmæssig integration og beskyttelse. Arbejdsmiljøreglerne indeholder en række særrgler om børn og unge med henblik på at beskytte dem. Litra b) og c) vedrører adgang til arbejdsmarkedet. En meget stor del af den eksisterende retspraksis vedrører fortolkningen af art. 6 i beskæftigelsesdirektivet. Som nævnt foran i afsnit 2 er det et generelt træk ved de EU-retlige diskriminationsforbud, at adgangen til at retfærdiggøre direkte diskrimination er meget begrænset og langt snævrere end adgangen til at retfærdiggøre indirekte diskrimination. Begrundelsen for denne forskel er, at EU-lovgiver har ønsket at sikre, at alle borgere har ret til at blive bedømt på grundlag af egne fortrin og mangler og ikke ved at få tilskrevet evt. gennemsnitlige fortrin og mangler ved en gruppe, den pågældende kan henføres til. Som fremhævet af generaladvokaten i det foran citerede, fremgår det af EU-Domstolens praksis, navnlig Age Concern-sagen<sup>28</sup> og Hütter-sagen,<sup>29</sup> at art. 6 i direktivet skal fortolkes sådan, at kun almene socialpolitiske formål, ikke økonomiske hensyn til arbejdsgiveren, er legitime i relation til art. 6. I betragtning 46 i Age Concern-sagen udtalte EU-Domstolen (min kursivering):

Det fremgår af artikel 6, stk. 1, i direktiv 2000/78, at de formål, der kan anses for »legitime« i bestemmelsens forstand ...er *socialpolitiske formål* såsom beskæftigelses-, arbejdsmarkeds- og erhvervsuddannelsespolitiske mål. Disse legitime formål er af almen interesse og adskiller sig herved fra rent individuelle begrundelser, der er særegne for arbejdsgivere, såsom *omkostningsbegrænsning* eller forbedring af konkurrenceevnen, uden at det dog kan udelukkes, at en national regel, hvorved de nævnte legitime formål forfølges, kan indrømme arbejdsgivere en vis fleksibilitet.

<sup>28</sup> Sag C-388/07, Age Concern England, EU:C:2009:128.

<sup>29</sup> Sag C-88/08, Hütter, EU:C:2009:381.

I Hütter-sagen<sup>30</sup> udtalte EU-Domstolen sig tilsvarende.

Arbejdsgiverbeslutninger og overenskomstaftaler beror formentlig typisk på en samlet afvejning af modstående interesser. Det indebærer, at der normalt varetages en flerhed af formål, herunder ofte økonomiske hensyn til arbejdsgivernes interesse i omkostningsbegrænsning. Hvis direkte aldersdiskrimination forfølger en flerhed af formål, hvoraf nogle er lovlige og mindst et ulovligt, fx hensyn til arbejdsgivernes interesse i omkostningsbegrænsning, er forskelsbehandlingen ikke retfærdiggjort, selv om der er et lovligt islæt i diskriminationen.<sup>31</sup>

#### *4.1.2 Proportionalitetsprincippet*

Det generelle princip, der er bestemmende for, om der kan ske undtagelse fra forbuddet mod forskelsbehandling pga. alder, er proportionalitetsprincippet. Efter EU-Domstolens praksis er det ved vurderingen af, om en foranstaltning er i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet afgørende, om den forfølger et lovligt formål, og at de midler, der bringes i anvendelse, er egnede til at virkeliggøre det tilstræbte mål og ikke går ud over, hvad der er nødvendigt for at virkeliggøre dette. Fortolkning af art. 6 indgår i flere af de sager, EU-Domstolen har fået forelagt om aldersdiskrimination.

#### **4.2 Indirekte forskelsbehandling**

Der foreligger indirekte forskelsbehandling, hvis en tilsyneladende neutral bestemmelse, betingelse eller praksis vil stille personer [af det ene køn, en bestemt race eller etnisk oprindelse, med et bestemt handicap, en bestemt religion eller tro, en bestemt seksuel orientering, eller som tilhører en bestemt aldersgruppe,] særlig ufordelagtigt i forhold til andre personer, medmindre den pågældende bestemmelse, betingelse eller praksis er objektivt begrundet i et legitimt mål, og midlerne til at opfylde det er hensigtsmæssige og nødvendige.

Udformningen af begrebet indirekte forskelsbehandling er bygget op således, at det stemmer med eller kan ses som udslag af proportionalitetsprincippet. Den ledende dom er Bilka-dommen,<sup>32</sup> hvor EU-Domstolen fastlagde en treleddet test vedrørende indirekte forskelsbehandling, som den

---

<sup>30</sup> Se præmis 41. I Hütter-sagen blev en variant af direkte diskrimination mod unge under 18 år i Østrig anset for direktivstridig. Det er ikke ved Hütter-dommen afgjort hverken, at den danske variant af direkte diskrimination mod unge under 18 år er lovlig eller ulovlig.

<sup>31</sup> Sml. Ligebehandlingsnævnets praksis om fyring af gravide, hvor det er fast antaget, at diskriminationsforbuddet er overtrådt, blot graviditeten delvis har været en medvirkende årsag til afskedigelsen.

<sup>32</sup> Sag C-170/84, Harz, EU:C:1986:204.

har henvist til i en række senere sager. Den indebærer, at en arbejdsgiver, der benytter et tilsyneladende neutralt kriterium, der *de facto* har en skæv effekt på et køn eller en bestemt aldersgruppe, etnisk gruppe, handicappede personer, en seksuel orientering, osv., skal bevise,

- 1) at det valgte kriterium forfølger et lovligt formål,
- 2) at det er nødvendigt for at nå dette mål, og
- 3) at der er en rimelig proportion mellem mål og middel.

Det væsentligste ved begrebet indirekte forskelsbehandling er, for det første, betingelsen om, at en tilsyneladende neutral bestemmelse eller kriterium i praksis får en uforholdsmæssig stor indvirkning på medlemmerne af en gruppe, som kan identificeres på baggrund af et eller flere af de beskyttede kriterier, f.eks. mænd eller kvinder, bestemt etnicitet, handicap, aldersgruppe, seksuel orientering, osv. For det andet, er indirekte diskrimination ikke forbudt, hvis det er tilstrækkeligt objektivt begrundet og proportionalitetsprincippet opfyldes.

I Seymour-Smith-sagen<sup>33</sup> underkendte EU Domstolen rene generaliseringer som utilstrækkeligt til at legitimere brug af indirekte kønsrelaterede kriterier, jf følgende (min kursivering):

Selv om socialpolitikken på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin i det væsentlige henhører under medlemsstaternes kompetence, står det ikke desto mindre fast, at det skøn, som medlemsstaterne råder over på dette område, ikke kan have til virkning, at gennemførelsen af et så grundlæggende princip i fællesskabsretten som princippet om lige løn til mænd og kvinder gøres illusorisk.

76. *Generelle udsagn om en bestemt foranstaltnings egnethed* til at fremme ansættelse er hverken tilstrækkelige til at godtgøre, at formålet med den anfægtede regel intet har at gøre med forskelsbehandling på grundlag af køn, eller til at støtte den konklusion, at der var rimelig grund til at antage, at de valgte midler var egnede til at opfylde dette formål.

Sammenlignet med direkte diskrimination er der væsentlig større mulighed for at legitimere indirekte diskrimination, idet forbuddet mod indirekte diskrimination er en afvejningsnorm. Indirekte diskrimination er kun forbudt, hvis der ikke er tilstrækkelig tungtvejende grunde til at tillade det.

---

<sup>33</sup> Sag C-167/97, Seymour Smith, EU:C:1999:60, præmis 75 og 76.

## 5 Er forbud mod køns- og aldersdiskrimination almindelige EU-retlige principper

EU-Domstolen har flere gange fastslået, at såvel forbud mod kønsdiskrimination som forbud mod aldersdiskrimination er almindelige EU-retlige principper. I Defrenne III sagen<sup>34</sup> udtalte EU-Domstolen:

26. Domstolen har allerede flere gange statueret, at menneskets grundlæggende rettigheder omfattes af fællesskabsrettens generelle principper, som Domstolen skal sikre;

27. det kan ikke betvivles, at fjernelsen af forskelsbehandling på grundlag af køn hører til disse grundlæggende rettigheder;

EU-retten almindelige principper skal kun respekteres i national ret på EU-regulerede områder. Da kønsdiskriminerende afskedigelse ikke var EU-reguleret på det tidspunkt, hvor Defrenne blev fyret, jf. foran i afsnit 2, kunne det almindelige EU-retlige princip om fjernelse af kønsdiskrimination ikke kræve overholdt i belgisk ret i Defrenne III sagen.

I Ajos-sagen<sup>35</sup> spurgte Højesteret<sup>36</sup> EU-Domstolen, om det er muligt at afveje retssikkerhedshensyn og hensynet til arbejdsgiverens berettigede forventning over for det almindelige princip om forbud mod aldersdiskrimination med det resultat, at arbejdsgiveren får lov til at aldersdiskriminere. Det er EU-Domstolen helt afvisende overfor,<sup>37</sup> hvilket der ikke er noget nyt i. Det følger allerede af EU-Domstolens praksis i Küçükdeveci-sagen,<sup>38</sup> der bekræfter EU-Domstolens dom i Mangold-sagen,<sup>39</sup> hvorefter en national domstol, hvis det er umuligt at opnå overensstemmelse med EU-retten ved EU-konform fortolkning, skal lade være at anvende den nationale regel, der strider mod EU-ret på grundretlighedsniveau. Resultatet i disse domme fastholdes i Ajos-dommen. Højesteret havde i sin forelæggelseskendelse argumenteret for at foretrække retssikkerhedshensyn til arbejdsgiveren. EU-Domstolen afviser muligheden uden at gå ind i en nærmere diskussion med Højesteret, se nedenfor i afsnit 5.2.

---

<sup>34</sup> Sag C-149/77, Defrenne III, EU:C:1978:130.

<sup>35</sup> Sag C-441/14, Ajos, EU:C:2016:278. Nielsen, Se om Ajos-sagen Nielsen, Ruth og Christina D. Tvarnø: Ajos-sagens betydning for rækkevidden af EU-konform fortolkning i forhold til det almindelige EU-retlige princip om forbud mod aldersdiskrimination, U 2016 B 269.

<sup>36</sup> Se Højesterets forelæggelseskendelse H.K. 22. september 2014 i sag 15/2014 (1. afdeling), U 2015, 3668 H.

<sup>37</sup> Se præmis 28–43 i Ajos-dommen.

<sup>38</sup> Sag C-555/07, Küçükdeveci, EU:C:2010:21.

<sup>39</sup> Sag C-144/04, Mangold, EU:C:2005:709.

I Test Achats-sagen<sup>40</sup> erklærede EU-Domstolen som nævnt foran, at art. 5, stk. 2 i direktivet om handel med varer og tjenesteydelser<sup>41</sup> var ugyldig, fordi den stred mod det almindelige EU-retlige princip om forbud mod kønsdiskrimination, som efter Lissabon-traktatens ikrafttræden den 1. december 2009 er kodificeret i art. 21 og 23 i EU's Charter om grundlæggende rettigheder.

## 6 Konklusion

Kønsdiskrimination er det 'gamle' emne i EU's ligestillingsregulering. Det gælder både direktivregulering og udvikling af grundlæggende rettigheder og almindelige principper, som går tilbage til 1970'erne. Forbud mod kønsdiskrimination har været anerkendt som et almindeligt retsprincip i EU-retten siden Defrenne-III-dommen fra 1979. I de sidste ca. 45 år har EU-Domstolen afsagt mange domme om kønsdiskrimination, således at reglerne herom efterhånden er ved at være nogenlunde afklarede. Reglerne om kønsdiskrimination har i betydeligt omfang tjent som forbillede for udformningen af de senere udviklede regler om forbud mod diskrimination af andre grunde end køn.

Aldersdiskrimination er først blevet reguleret efter år 2000. Der er væsentlig større mulighed for at retfærdiggøre aldersdiskrimination end kønsdiskrimination i art. 6 i beskæftigelsesdirektivet. Både forbud mod køns- og aldersdiskrimination er almindelige EU-retlige principper og begge er nu kodificeret i art. 21 i EU's Charter om grundlæggende rettigheder. EU-rettens almindelige retsprincipper gælder internt i EU-retten som en gyldighedsbetingelse og skal respekteres i national ret på EU-regulerede områder. EU-Domstolen har underkendt art. 5, stk. 2 i direktivet om ligebehandling af kvinder og mænd ved handel med varer og tjenesteydelser om brug af kønsdifferentierede aktuarmæssige faktorer, fx forskellen mellem kvinders og mænds gennemsnitlige levealder, i forsikring som ugyldig, fordi den stred mod art. 21 i EU's Charter om grundlæggende rettigheder.

---

<sup>40</sup> Sag C-236/09, Test-Achats, EU:C:2011:100.

<sup>41</sup> 2004/113/EF.





