

UDSKRIFT
AF
ØSTRE LANDSRETS DOMBOG

D O M

Afsagt den 25. januar 2019 af Østre Landsrets 7. afdeling
(landsdommerne Finn Morten Andersen, Annette Dam Ryt-Hansen og Nina Boserup
(kst.)).

7. afd. nr. B-2326-17:

HK/Danmark som mandatar for

boet efter **A**

(advokat Michael Møllegaard Jessen)

mod

Finansministeriet (Moderniseringsstyrelsen)

(advokat Niels Banke)

Denne sag er anlagt ved Københavns Byret den 28. august 2017 og er henvist til og behandlet af landsretten som 1. instans i medfør af retsplejelovens § 226.

Sagen vedrører, om **A** blev udsat for aldersdiskrimination. Hun blev i en alder af 62 år afskediget på grund af helbredsbetiget utjenstedygtighed. Da hun havde nået pensionsudbetalingsalderen, fik hun tilkendt egenpension efter tjenstemandspensionslovens § 2, stk. 1. Det gøres gældende, at hun blev udsat for aldersdiskrimination, idet personer i en tilsvarende situation, der ikke har nået pensionsudbetalingsalderen, vil kunne opnå en højere pension efter lovens § 7, stk. 1.

Sagsøgeren, HK/Danmark som mandatar for boet efter **A** (herefter boet efter **A**), har nedlagt påstand om, at sagsøgte, Finansministeriet (Moderniseringsstyrelsen) (herefter Moderniseringsstyrelsen), tilpligtes til boet efter **A** at betale 186.265 kr., hvoraf 173.485 kr. forrentes fra sagens anlæg, og de resterende 4 månedlige differencekrav i pensionsudbetaling på 3.195 kr. forrentes fra forfaldstid.

Moderniseringsstyrelsen har påstået frifindelse.

Påstandsbeløbet udgøres dels af differencen mellem den pension, **A** modtog i egenpension efter reglerne i tjenestemandspensionslovens § 2, stk. 1, fra 1. oktober 2015, hvor hun blev pensioneret, til sin død den 28. december 2017, og den pension, hun ville kunne modtage efter tjenestemandspensionslovens § 7, stk. 1, og dels af et godtgørelseskrav af kompensationslignende karakter.

Påstandsbeløbet fremkommer således:

Årlig pension ved pensionering efter tjenstemands- pensionslovens § 7, stk. 1,	159.430 kr.
Årlig egenpension ved pensionering efter tjenstemands- pensionslovens § 2, stk. 1,	<u>121.088 kr.</u>
Årlig difference	38.342 kr.
Månedlig difference (38.342 kr./12 måneder)	3.195 kr.
Difference i pension fra 1. oktober 2015 – 28. december 2017 (27 måneder á 3.195 kr.)	86.265 kr.
Godtgørelseskrav af kompensationslignende karakter	<u>100.000 kr.</u>
I alt	186.265 kr.

Sagsfremstilling

A, der var født den 2. december 1952, blev ansat som funktionær i Post & Telegrafvæsenet (senere kaldet Post Danmark) den 11. april 1986. Hun overgik til en tjenestemandsansættelse den 1. oktober 1995. Da Post Danmark med virkning pr. 1. januar 2002 blev omdannet til et aktieselskab, accepterede **A** et tilbud om overgang til overenskomstansættelse på særlige vilkår. Dette indebærer, at hun efter § 9 i lov om Post

Danmark A/S bevarede sin ret til statslig tjenestemandspension efter 1. januar 2002, og at staten skulle afholde udgifterne hertil efter bestemmelserne i tjenestemandspensionslovgivningen.

Den 10. december 2014 blev A sygemeldt, og hun sendte en lægeerklæring til sin arbejdsgiver. Det fremgik af lægeerklæringen, at det ikke var realistisk, at hun kunne vende tilbage til arbejdet inden udgangen af 2014. I foråret 2015 blev A diagnosticeret med cancer.

Den 2. juni 2015 vurderede Helbredsnet, at A var helbredsmæssigt tjenstedygtig i sin stilling som assistent. Helbredsnet vurderede samtidig, at A havde ret til egenpension, jf. tjenestemandspensionslovens § 2, stk. 1, hvis hun blev afskediget på grund af helbredsbetaget tjenstedygtighed (svagelighed).

Den 29. juni 2015 blev A opsagt med tre måneders varsel med egenpension. A fratrådte sin stilling med virkning pr. 1. oktober 2015, hvor hun blev pensioneret.

A var på fratrædelsestidspunktet 62 år og havde efter tjenestemandspensionslovens § 4, stk. 1, en pensionsalder på 20 år. Hun blev på denne baggrund tildelt en årlig pension efter tjenestemandspensionslovens § 2, stk. 1, på 121.088 kr.

Parterne er enige om, at A på fratrædelsestidspunktet havde en erhvervsevne, der var nedsat til under 1/3.

A modtog den tildelte pension til den 28. december 2017, hvor hun afgik ved døden som følge af sin sygdom.

Dødsboet efter A er indtrådt i sagen.

Retsgrundlaget

Tjenestemandspensionsloven

Lov om tjenestemandspension (tjenestemandspensionsloven), omfatter tjenestemænd, der er ansat efter lov om tjenestemænd m.v., jf. lovens § 1.

Tjenestemandspensionslovens § 2, stk. 1 og 2, er sålydende:

”En tjenestemand er berettiget til egenpension, når han efter 10 fulde års ansættelse i en stilling, i hvilken ansættelsen efter reglerne i §§ 4, 4 a og 4 b kan medregnes i pensionsalderen, afskediges på grund af alder, som følge af helbredsbetinget utjenstdygtighed eller af anden ham utilregnelig årsag. (...)

Stk. 2. Uanset ansættelsestidens længde har en tjenestemand dog ret til egenpension efter §§ 7-8, såfremt afsked finder sted på grund af nedsættelse af erhvervsevnen som nævnt i § 7 eller skyldes følger af tilskadekomst under udførelse af tjenesten.”

Tjenestemandspensionslovens § 7, stk. 1, har følgende ordlyd:

”En tjenestemand, der ikke har nået pensionsudbetalingsalderen, jf. pensionsbeskatningslovens § 1 a, og hvis erhvervsevne er nedsat til en tredjedel eller derunder, har ved afsked af denne årsag ret til en pension, som fastsættes på grundlag af den pensionsalder, tjenestemanden ville have opnået ved forbliven i tjeneste indtil udgangen af den måned, hvori den pågældende fylder 70 år.”

Indtil 1. juli 2009 var tjenestemandspensionslovens § 7, stk. 1, i medfør af lovbekendtgørelse nr. 230 af 19. marts 2004 med senere ændringer, sålydende:

”En tjenestemand, der er under 60 år, og hvis erhvervsevne er nedsat til en tredjedel eller derunder, har ved afsked af denne årsag ret til en pension, som fastsættes på grundlag af den pensionsalder, tjenestemanden ville have opnået ved forbliven i tjeneste indtil udgangen af den måned, hvori den pågældende fylder 70 år.”

Bestemmelsen er ændret ved både lov nr. 1587 af 20. december 2006 og lov nr. 1365 af 28. december 2011. I sidstnævnte ændringslov er følgende overgangsbestemmelse dog fastslået i § 5, stk. 4:

”For tjenestemænd, der er ansat inden den 1. januar 2007, finder de før den 1. juli 2009 gældende regler anvendelse.”

Om baggrunden for bestemmelsen fremgår af forarbejderne til tjenestemandspensionslovens § 7, stk. 1, følgende (Folketingstidende 1968-69, 1. samling, tillæg A, side 4019-4022):

”Samtidig med, at det efter § 2 i lovforslaget er forudsat, at en tjenestemand er berettiget til ordinær egenpension, når afsked finder sted på grundlag af helbredsbetinget utjenstdygtighed efter mindst 10 års ansættelse, stilles der under § 7 forslag om en nyordning, som vil gøre det muligt under visse betingelser at opnå en kvalificeret svagelighedspension, der ikke er afhængig af, at ansættelsen i tjenestemandsstilling har haft en bestemt mindste varighed. Denne ordning vedrører sådanne afskedigelsessituationer, som er begrundet i, at en tjenestemand er blevet lidende af helbredsdefekter af en sådan karakter, at han må betragtes som helt eller i det væsentlige erhvervsudygtig, og tager sigte på i tilfælde af denne art at stille den

pågældende i pensionsmæssig henseende, som om ansættelsen var blevet fortsat indtil det tidspunkt, da han skulle have været afskediget på grund af alder.

Ifølge stk. 1 er det en forudsætning for denne ordning af pensionsforholdet, at afsked finder sted inden tjenestemandens fyldte 60. år.

(...)

Ordningsen efter lovforslagets § 7 imødekommer hensynet til, at der sikres en tjenestemand, som afskæres fra fortsat beskæftigelse, fordi han rammes af svær invaliditet, en efterlønsdækning, der er afstemt i forhold til vilkårene efter normal afvikling af ansættelsen, og dette hensyn tilgodeses efter forslaget, hvad enten invaliditetstilstanden måtte indtræde, før tjenestemanden efter de almindelige regler har erhvervet pensionsadkomst eller på et senere stadium af ansættelsen. Herved opnås, at der skabes mulighed for en graduering, beroende på omfanget af erhvervsevnenes nedsættelse, i forhold til den egenpension, der er foreslået hjemlet efter bestemmelsen i lovforslagets § 2 ved afsked som følge af helbredsbebet utjenstedygtighed, og som tænkes udmålt på grundlag af den pensionsalder, tjenestemanden har opnået på afskedigelsestidspunktet.

Samtidig med at reglerne ifølge forslaget rummer adgang til under visse omstændigheder at yde svagelighedspension efter en for tjenestemændene fordelagtigere beregning end hidtil, søges der som led i nyordningen af tjenestemandssystemet skabt øget mulighed for at foretage omflytning af tjenestemænd, som af helbreds-mæssige grunde bliver uegnede til at varetage den hidtidige stilling.”

Beskæftigelsesdirektivet

Rådets direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv (beskæftigelsesdirektivet), der er vedtaget med hjemmel i EF traktatens artikel 13, fastlægger rammerne for bekæmpelse af forskelsbehandling på arbejdsmarkedet på grund af bl.a. alder. Beskæftigelsesdirektivets præambel indeholder bl.a. følgende betragtning:

”(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.”

Formålet med beskæftigelsesdirektivet er efter direktivets artikel 1 følgende:

”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.”

Direktivets artikel 2 om begrebet forskelsbehandling fastslår:

”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.
...”

Direktivets anvendelsesområde fremgår af artikel 3, der har følgende ordlyd:

”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:

...

- c) ansættelses- og arbejdsvilkår, herunder afskedigelse og løn

...

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.

...”

Efter direktivets artikel 6, stk. 1 og 2, har medlemsstaterne adgang til at fastsætte visse undtagelser til forbuddet mod forskelsbehandling på grund af alder. Det fremgår således:

”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 for pensionering.

2. Uanset artikel 2, stk. 2, kan medlemsstaterne bestemme, at fastsættelse af aldersgrænser for adgang eller ret til pensions- eller invaliditetsydelse, der er omfattet af 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.”

Forskelsbehandlingsloven

Dele af beskæftigelsesdirektivet er gennemført i dansk ret i lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet m.v. (forskelsbehandlingsloven).

Forskelsbehandlingslovens § 2, stk. 1, har følgende ordlyd:

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

Lovens § 6 a indeholder nogle undtagelser til forbuddet mod forskelsbehandling og har følgende ordlyd:

”Uanset §§ 2-5 er denne lov ikke til hinder for fastsættelse af aldersgrænser for adgang eller ret til pensions- eller invaliditetsydelse, der er omfattet af erhvervstilknyttede sociale sikringsordninger, eller for anvendelse af alderskriteriet i aktuarberegninger inden for rammerne af disse ordninger. Anvendelsen af alderskriteriet må ikke medføre forskelsbehandling på grund af køn.”

Af forskelsbehandlingslovens § 7, stk. 1, fremgår:

”Personer, hvis rettigheder er krænket ved overtrædelse af §§ 2-4, kan tilkendegives en godtgørelse.”

Lov om Post Danmark A/S

Post Danmark A/S blev stiftet den 1. januar 2002 ved lov om Post Danmark A/S. Af lovens § 9, stk. 1, fremgår:

”Tjenestemænd i den selvstændige offentlige virksomhed Post Danmark, der pr. 1. januar 2002 har accepteret tilbud om overgang til overenskomstansættelse, bevarer ret til statslig tjenestemandspension efter overgangen. (...) Staten afholder udgifterne til pension efter bestemmelserne i tjenestemandspensionslovgivningen.

Procedure

HK som mandatar for A har gjort gældende, at tjenestemandspensionslovens § 7, stk. 1, er i strid med forskelsbehandlingsloven, der implementerer beskæftigelsesdirektivet og EU's Charter, idet tjenestemænd, som er fyldt 60 år, og som har en erhvervsevne på en tredjedel eller derunder, alene som følge af et alderskriterium fratages muligheden for at modtage kvalificeret tjenestemandspension.

Der er enighed mellem parterne om, at **A** ved sin fratreden havde en erhvervsevne på 1/3 eller derunder. **A** ville derfor have fået tildelt kvalificeret tjenestemandspension efter tjenestemandspensionslovens § 7, stk. 1, hvis hun ved sin fratreden havde været under 60 år.

Formålet med beskæftigelsesdirektivet er at fastlægge en generel ramme for bekæmpelsen af forskelsbehandling med hensyn til blandt andet alder, således at princippet om ligebehandling kan gennemføres i medlemsstaterne. Det følger af direktivets artikel 2, stk. 1, at princippet om ligebehandling i direktivet betyder, at ingen må udsættes for nogen form for direkte eller indirekte forskelsbehandling på grund af alder. Efter artikel 2, stk. 2, litra a), foreligger der direkte forskelsbehandling, hvis en person på grund af alder behandles ringere, end en anden i en tilsvarende situation bliver, er blevet eller ville blive behandlet.

Direktivet finder anvendelse både i den offentlige og den private sektor, herunder offentlige organer, og på alle personer for så vidt angår ansættelses- og arbejdsvilkår, herunder afskedigelse og løn. Pension, der ydes i medfør af tjenestemandspensionsloven, udgør løn i direktivets forstand, idet udbetaling af pensionen er sket i medfør af et ansættelsesforhold. Dette støttes af præmis 45 og 46 i sag C-7/93 (Beune). Beskæftigelsesdirektivet beskytter således mod aldersdiskrimination i forbindelse med tildeling af tjenestemandspension.

Tjenestemandspensionslovens § 2, stk. 1, fastslår, at en tjenestemand er berettiget til egenpension, når denne efter 10 fulde års ansættelse i en stilling, i hvilken ansættelsen efter lovens regler kan medregnes i pensionsalderen, afskediges på grund af alder, som følge af helbredsbetaget utjenestedygtighed eller af anden ham utilregnelig årsag. Tjenestemandspensionslovens § 7, stk. 1, stiller personer over 60 år ringere end personer under 60 år. Bestemmelsen er derfor direkte aldersdiskriminerende.

Tjenestemandspensionslovens § 7, stk. 1, er ikke omfattet af undtagelserne i beskæftigelsesdirektivets artikel 6, stk. 1 og 2.

Forskelsbehandlingen, der følger af bestemmelsen, er ikke objektivt og rimeligt begrundet i et legitimt formål, jf. beskæftigelsesdirektivets artikel 6, stk. 1.

Det fremgår af forarbejderne til tjenestemandspensionslovens § 7, at bestemmelsen har til formål at sikre tjenestemænd økonomisk mod at blive afskåret fra fortsat beskæftigelse, hvis de rammes af invaliditet. Dette er et legitimt formål. Problemet med bestemmelsen er dog, at det kun er tjenestemænd under 60 år, der stilles pensionsmæssigt som om, at ansættelsen var fortsat indtil det tidspunkt, hvor pågældende ville blive afskediget på grund af alder. Endvidere er det ikke, som ellers anført i forarbejderne, korrekt, at behovet for økonomisk sikring mindskes, når tjenestemanden nærmer sig afgangsalderen. A kunne have fået 3.195 kr. pr. måned, svarende til ca. 15%, yderligere, hvis hun var blevet tilkendt pension efter tjenestemandspensionslovens § 7, stk. 1, i stedet for efter § 2, stk. 1. Dette er både relativt og absolut et væsentligt beløb, der havde betydning for den pensionisttilværelse, A fik.

Alderskriteriet i tjenestemandspensionslovens § 7, stk. 1, udelukker en hel kategori af tjenestemænd fra den gunstigere pension, der følger af bestemmelsen, blot fordi de er ældre end 60 år. Tjenestemænd over 60 år med alvorlige helbredsmæssige problemer fratages dermed den ret til pensionsgaranti, som tjenestemænd under 60 år i en tilsvarende situation har.

Alderskriteriet er hverken hensigtsmæssigt eller nødvendigt til at opnå formålet med tjenestemandspensionslovens § 7. Det eneste man opnår, er en besparelse fra det offentlige side.

Selvom bestemmelsen måtte have til formål at beskytte yngre tjenestemænd, så er effekten dog, at det er de ældre tjenestemænd, der rammes. Moderniseringsstyrelsen fordrejer således formålet med og ikke mindst effekten af det anvendte alderskriterium. Hvis formålet med tjenestemandspensionslovens § 7 er at stille medarbejdere med alvorlige helbredsmæssige problemer som om, at deres ansættelse havde fortsat indtil det tidspunkt, hvor vedkommende skulle have været afskediget på grund af alder, kunne alderskriteriet blot fjernes.

Hvis formålet er at tilgodese de tjenestemænd, der ikke har en tilstrækkelig stor tjenestemandspension, ville det f.eks. være langt mere hensigtsmæssigt med en alternativ bestemmelse, der ikke afskar den kvalificerede pension ud fra et alderskriterium, men derimod ud fra et pensionsanciennitetskriterium. Pensionsancienniteten afgør pensionens størrelse. Tjenestemandens alder har i sig selv ikke betydning for pensionens størrelse. Et anciennitetskriterium er langt mere specifikt og behovsorienteret end et alderskriterium, jf. sag C-499/08 (Ole Andersen).

Den tjenestemand, der som følge af at være blevet tjenestemandsansat tidligt i sin karriere, og som følge af svigtende helbred pensioneres som 58-årig efter 25 års tjeneste, har ikke et større beskyttelsesbehov end den tjenestemand, der senere i sin karriere ansættes som tjenestemand, og som 62-årig efter 20 års tjeneste pensioneres på grund af helbredet.

Tjenestemandspensionslovens § 7, stk. 1, er heller ikke omfattet af undtagelsen i beskæftigelsesdirektivets artikel 6, stk. 2, som efter praksis skal fortolkes strengt, da den er en undtagelse til direktivets forbud mod forskelsbehandling. Det bestrides, at tjenestemandspensionssystemet er en erhvervstilknyttet social sikringsordning.

Tjenestemandspensionsloven skal sammen med tjenestemandsløven ses under et. Tjenestemandsansættelsen er en alternativ ansættelsesform i forhold til funktionæransættelsen. Tjenestemandspensionen er tilknyttet en bestemt ansættelsesform – tjenestemandsansættelsen. For at være omfattet af tjenestemandspensionsloven skal man være ansat som tjenestemand eller tilsvarende som i nærværende sag. Ikke alle offentligt ansatte er ansat som tjenestemænd. Offentligt ansatte kan typisk være ansat på overenskomst eller som tjenestemand. Det gælder også for **As** tidligere arbejdsplads i Postnord. For borgere, herunder ansatte, gælder der særlige sociale sikringsordninger, der følger af den sociale lovgivning.

Selvom EU's medlemsstater efter beskæftigelsesdirektivets artikel 6, stk. 2, har frihed til at fastsætte en aldersgrænse for adgang til tjenestemandspensionsordning eller adgang til de pensionsydelse, som tildeles inden for rammerne af en erhvervstilknyttet social sikringsordning, må der dog gælde en bagatelagtig grænse for de regler, der kan fastsættes i medfør af bestemmelsen, således at bestemmelsen ikke giver adgang til at fastsætte regler, der

– som tjenestemandspensionslovens § 7, stk. 1 – medfører en forskel på op til 10 års pensionsanciennitet som følge af bestemmelsens alderskriterie.

Boet efter **A** er som følge af det kvalificerede brud på forbuddet mod aldersdiskrimination berettiget til en erstatning, der svarer til det tab, der er lidt som følge af håndhævelsen af tjenestemandspensionslovens § 7, stk. 1. Der er direkte årsagssammenhæng mellem den manglende overholdelse af EU-retten og et tab.

Derudover er boet efter **A** berettiget til en godtgørelse af kompensationslignende karakter, der skønsmæssigt er fastsat til 100.000 kr. Det er den danske stat, der ved indførelsen af tjenestemandspensionslovens § 7, stk. 1, har handlet ansvarspådragende over for **A**. Derfor er kravet fremsat over for Moderniseringsstyrelsen.

Det gøres endelig gældende, at sagen nødvendiggør præjudiciel forelæggelse for EU-Domstolen af følgende spørgsmål:

1) Skal undtagelsen i artikel 6, stk. 2, i direktiv 2000/78 vedrørende fastlæggelse af aldersgrænser for adgang til erhvervstilknyttede sociale sikringsordninger fortolkes således, at der ikke er noget til hinder for, at en medlemsstat opretholder en retstilstand som i postlovens § 9, stk. 1, jf. tjenestemandspensionslovens § 7, stk. 1?

2) Udøver en arbejdsgiver i henhold til medlemsstatens lovgivning retsstridig forskelsbehandling, kan medlemsstaten så ifalde erstatning eller anden form for kompensation i forhold til den ansatte svarende til den, arbejdsgiveren ville være blevet pålagt, hvis pågældende havde udøvet diskriminationen?

Moderniseringsstyrelsen har gjort gældende, at kvalificeret svagelighedspension efter § 9, stk. 1, i lov om Post Danmark A/S, jf. tjenestemandspensionsloven § 7, stk. 1, udgør en erhvervstilknyttet social sikringsordning, som er undtaget fra beskæftigelsesdirektivets anvendelsesområde efter direktivets artikel 6, stk. 2, der er implementeret i forskelsbehandlingslovens § 6 a. Af samme grund er bestemmelsen hverken i strid med EU's grundlæggende rettigheder og principper om forbud mod aldersdiskrimination eller EU's Charter for Fundamentale Rettigheders artikel 21.

Det fremgår af præmis 27 i sag C-159/15 (Lesar), at begrebet ”erhvervstilknyttet” skal forstås i overensstemmelse med definitionen heraf i artikel 2, stk. 1, litra f, i direktiv 2006/54/EF af 5. juli 2006 om gennemførelse af princippet om lige muligheder for og ligebehandling af mænd og kvinder i forbindelse med beskæftigelse og erhverv (ligebehandlingsdirektivet). Endvidere fremgår det udtrykkeligt af forarbejderne til forskelsbehandlingslovens § 6 a, at begrebet ”erhvervstilknyttede sociale sikringsordninger” blandt andet omfatter tjenestemandspensioner, jf. Folketingstidende 2004-05, (1. samling), tillæg A, side 2709.

Der er ikke belæg for at antage, at der gælder en bagatelagtig grænse for hvilke erhvervstilknyttede sociale sikringsordninger, der er undtaget fra beskæftigelsesdirektivets anvendelsesområde, således som anført af sagsøger.

Bestemmelsen i tjenestemandspensionslovens § 7, stk. 1, opfylder tillige betingelserne i beskæftigelsesdirektivets artikel 6, stk. 1, idet bestemmelsen er objektivt og rimeligt begrundet i et legitimt formål samt proportional i forhold til opnåelse af dette formål.

Det følger af EU domstolens faste praksis, jf. blandt andre præmis 45 i sag C-482/16 (Stollwitzer), at medlemsstaterne er tillagt en vid skønsmargin ved valget af, ikke blot hvilket bestemt formål man ønsker at forfølge på området for socialpolitik og beskæftigelse, men også ved valget af hvilke foranstaltninger, der kan opfylde det.

Det fremgår af forarbejderne til tjenestemandspensionslovens § 7, stk. 1, jf. Folketingstidende 1968-69, (1. samling), tillæg A, side 4019-4022, at bestemmelsen blev indsat i loven blandt andet med det formål at gøre det muligt ”under visse betingelser at opnå en kvalificeret svagelighedspension, der ikke er afhængig af, at ansættelsen i tjenestemandstilling har haft en bestemt mindste varighed”, og som stiller den pågældende i ”pensionsmæssig henseende, som om ansættelsen var blevet fortsat indtil det tidspunkt, da han skulle have været afskediget på grund af alder”.

Reglen om kvalificeret svagelighedspension er således først og fremmest begrundet i hensynet til at sikre beskyttelse af yngre tjenestemænd, som på grund af svær invaliditet afskæres fra beskæftigelse, inden de er nået pensionsalderen. Der er ikke behov for at yde de tjenestemænd, der har haft mulighed for at gå på pension som 60-årige, samme beskyttelse.

Det tilkommer folketinget at opstille andre modeller, hvis den nuværende model ikke skal opretholdes.

Derudover er reglen om kvalificeret svagelighedspension egnet til at opnå de objektive og rimelige formål, som søges varetaget, ligesom den ikke går videre end nødvendigt.

Det bestrides, at boet efter A har krav på en kompensation af erstatningslignende karakter. Der er ikke nogen hjemmel til et sådant krav, idet forskelsbehandlingslovens § 7, stk. 1, kun hjemler adgang til kompensation som følge af arbejdsgivers brud på forskelsbehandlingsloven, og Moderniseringsstyrelsen var ikke arbejdsgiver for A. Forskelsbehandlingsloven hjemler ikke en ret til godtgørelse som følge af lovgivers (hævdede) brud på EU-retten.

Der er ikke grundlag for præjudiciel forelæggelse for EU-Domstolen. I forhold til det første spørgsmål kan det allerede på baggrund af eksisterende praksis fra EU-Domstolen fastslås, at tjenestemandspension er en erhvervmæssigt tilknyttet social ordning, der er omfattet af beskæftigelsesdirektivets artikel 6, stk. 2, der er implementeret i forskelsbehandlingslovens § 6 a. Forelæggelse af det andet spørgsmål er også unødvendigt, da der heller ikke på dette punkt hersker nogen rimelig tvivl om fortolkningen af EU-retten. Der foreligger righoldig praksis om konsekvenserne af medlemsstaternes mangelfulde gennemførelse af diskriminationsforbuddet i beskæftigelsesdirektivet.

Landsrettens begrundelse og resultat

Landsretten finder ikke, at denne sag indeholder sådanne uafklarede EU-retlige spørgsmål, at der er grundlag for en præjudiciel forelæggelse for EU-Domstolen.

I forbindelse med etableringen af Post Danmark A/S accepterede A et tilbud om overgang til overenskomstansættelse på særlige vilkår. Efter § 9, stk. 1, i lov om Post Danmark A/S bevarede hun derfor også efter 1. januar 2002 sin ret til pension efter tjenestemandspensionsloven. Hun blev pensioneret med virkning fra 1. oktober 2015 og blev tildelt en årlig pension efter tjenestemandspensionslovens § 2, stk. 1, på 121.088 kr.

Det er ubestridt, at den årlige pension, som A oppebar efter lovens § 2, stk. 1, var 38.342 kr. lavere end den pension, hun kunne have oppebåret, hvis hun havde været omfattet af lovens § 7, stk. 1.

Tjenestemandspensionslovens § 7, stk. 1, er efter sit indhold aldersdiskriminerende, idet det følger af bestemmelsen, at tjenestemænd, som ikke har opnået pensionsudbetalingsalderen, og som i øvrigt opfylder betingelserne for pension efter bestemmelsen, stilles bedre end ældre tjenestemænd i samme situation, der har opnået pensionsalderen, og som derfor som i **As** tilfælde alene kan opnå pension efter lovens § 2, stk. 1.

Spørgsmålet i denne sag er, om denne aldersdiskrimination er berettiget, jf. forskelsbehandlingslovens § 6 a, der skal fortolkes i lyset af EU-retten, navnlig beskæftigelsesdirektivets artikel 6, idet beskæftigelsesdirektivet, som udmønter det generelle EU-retlige princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder, også omfatter pension efter tjenestemandspensionsloven.

Det må i overensstemmelse med forarbejderne til tjenestemandspensionslovens § 7, stk. 1, lægges til grund, at hensynet bag bestemmelsen er at sikre, at en tjenestemand under pensionsudbetalingsalderen, som afskæres fra fortsat beskæftigelse, fordi vedkommende rammes af svær sygdom, som gør denne helt eller i det væsentlige erhvervsudygtig, i pensionsmæssig henseende stilles som om, ansættelsen var blevet fortsat indtil det tidspunkt, da den pågældende skulle have været afskediget på grund af alder.

Landsretten finder, at denne adgang til kvalificeret svagelighedspension efter sit formål og indhold må karakteriseres som en erhvervstilknyttet social sikringsordning. Da fastsættelsen af aldersgrænsen for ret til ydelse efter bestemmelsen endvidere sker med henblik på at afdække risiciene ved invaliditet, er den forskelsbehandling på grund af alder, som følger af bestemmelsen, ikke i strid med forskelsbehandlingslovens § 6 a, idet ordningen er undtaget fra beskæftigelsesdirektivets anvendelsesområde, jf. direktivets artikel 6, stk. 2.

Herefter, og da det i øvrigt ikke efter bevisførelsen for landsretten kan lægges til grund, at bestemmelsen medfører forskelsbehandling på grund af køn, gives der Moderniseringsstyrelsen medhold i påstanden om frifindelse.

Efter sagens udfald skal HK/Danmark som mandatar for boet efter **A** betale sagsomkostninger for landsretten til Moderniseringsstyrelsen med i alt 45.000 kr. Beløbet omfatter udgifter til advokatbistand inkl. moms. Ved fastsættelsen af

beløbet er der ud over sagens værdi taget hensyn til sagens omfang og kompleksitet, hovedforhandlingens varighed samt sagens principielle karakter.

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

Moderniseringsstyrelsen frifindes.

I sagsomkostninger for landsretten skal HK/Danmark som mandatar for A betale 45.000 kr. til Moderniseringsstyrelsen.

Sagsomkostningerne, der forrentes efter rentelovens § 8 a, skal betales inden 14 dage efter denne doms afsigelse.

(Sign.)

— — —

Udskriftens rigtighed bekræftes. Østre Landsret, den 25-01-2019

Rikke Bjergdal Nielsen

Retsassistent