

**2009 8-1****Afskedigelse fra Danmarks Radio på grund af alder**

*Danmarks Radio afskedigede med udgangen af april 2008 en musiker i Radiosymfoniorkestret på grund af alder. Afskedigelsen skete efter et tjenestemandreglement som fastsatte at ansættelsen ophørte med udgangen af den måned hvori orkestermedlemmet fyldte 63 år. Musikeren klagede til ombudsmanden fordi han mente at afskedigelsen var udtryk for aldersdiskrimination.*

*Danmarks Radio var af den opfattelse at afskedigelsen var lovlig under henvisning til forskelsbehandlingslovens § 5 a, stk. 3. Denne bestemmelse tillader under visse betingelser at gældende aldersgrænser fastsat i eller aftalt i henhold til kollektive aftaler og overenskomster kan opretholdes. Bestemmelsen forudsætter bl.a. at der foretages en proportionalitetsvurdering mellem de formål der søges opfyldt, og de midler der anvendes hertil. Danmarks Radio begrundede over for ombudsmanden navnlig den pligtmæssige fratrædelsesalder i en række musikfaglige og fysiske krav forbundet med en stilling som musiker i Radiosymfoniorkestret, og i at klassiske musikere var udsat for betydelige fysiske belastninger og derfor ofte udviklede arbejdsrelaterede skader.*

*Ombudsmanden udtalte bl.a. at der i almindelighed ikke var tvivl om at oplysninger om faglige og fysiske krav forbundet med en stilling, herunder udvikling af fysiske gener, ud fra en samlet vurdering kunne gøre en opretholdelse af en pligtmæssig fratrædelsesalder berettiget efter forskelsbehandlingslovens § 5 a, stk. 3. Konkret kunne ombudsmanden ikke kritisere afskedigelsen. På tidspunktet for ombudsmandens behandling af sagen foregik der to undersøgelser om musikersundhed. Ombudsmanden mente at den pligtmæssige fratrædelsesalder måtte vurderes på ny når disse undersøgelser forelå, og ombudsmanden bad i den anledning Danmarks Radio om underretning.*

(J.nr. 2008-1056-813).

30. marts 2009

Ansættelses- og  
arbejdsret

1

1.2

1.3

Forvaltningsret

12.2

123.1

123.3

## Ombudsmandens udtalelse

### ”1. Indledning

Danmarks Radio (DR) afskedigede dig med udgangen af april måned 2008 som musiker i Radiosymfoniorkestret på grund af alder.

Du er født den (...) 1945, og du havde siden (...) 1976 været ansat som tjenestemand i henhold til reglement for DR's faste orkestre (DR RadioSymfoni-Orkestret og DR RadioUnderholdningsOrkestret). Dette reglement bestemmer i § 27 at 'for orkestermedlemmer, der er ansat 1. juli 1969 eller senere, ophører ansættelsen med udgangen af den måned, hvori medlemmet fylder 63 år. For medlemmer ansat før 1. juli 1969 fastsættes pensioneringstidspunktet individuelt efter særlig aftale'. Også for overenskomstansatte musikere i DR's faste orkestre er der i øvrigt fastsat en pligtig afgangsalder på 63 år. Reglementet fastsættes efter forhandlinger mellem DR og Tjenestemandso rganisationen i Danmarks Radio, mens overenskomsten forhandles mellem DR og Dansk Musiker Forbund.

DR har i tilknytning til bestemmelsen om pligtmæssig fratrædelsesalder oplyst at de tjenestemandsansatte pensionsmæssigt er stillet som om de havde arbejdet frem til det 70. år, således at de i øvrigt afhængig af anciennitet har mulighed for at oppebære den fulde tjenestemandspension fra fratrædelsestidspunktet ved det fyldte 63. år. For de overenskomstansatte er der fastsat et højere arbejdsgiverindbetalt pensionsbidrag end for andre ansatte hos Danmarks Radio under hensyntagen til den tidlige pensionsalder.

Du har gjort gældende at DR's afskedigelse af dig på grund af alder er i strid med lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet mv. (dagældende lovbekendtgørelse nr. 31 af 12. januar 2005 med senere ændringer). Dette bestrider Danmarks Radio.

### 2. Forskelsbehandlingsloven og beskæftigelsesdirektivet

Forskelsbehandlingsloven indeholder et forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet på grundlag af nogle nærmere angivne kriterier. Kriterierne handicap og alder blev indsat i forskelsbehandlingsloven ved lov nr. 1417 af 22. december 2004 om ændring af lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet mv. Loven trådte i kraft den 28. december 2004 og var et led i gennemførelsen af et EU-direktiv (direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv).

Hovedreglen efter EU-direktivets artikel 2 er at brug af alderskriteriet inden for direktivets anvendelsesområde er forbudt. Ifølge direktivet kan forskelsbe-

handling på grund af alder bl.a. hindre opfyldelsen af målene i EF-traktaten, særlig opnåelsen af et højt beskæftigelsesniveau og et højt socialt beskyttelsesniveau, højnelse af levestandarden og livskvaliteten, økonomisk og social samhørighed og solidaritet samt fri bevægelighed for personer. Ulige behandling på grund af alder kan dog ifølge direktivet være berettiget under visse omstændigheder og kræver derfor særlige bestemmelser der kan variere alt efter situationen i medlemsstaterne.

Direktivets 25. betragtning indeholder følgende om sondringen mellem uberettiget og berettiget forskelsbehandling på grund af alder:

'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.'

Direktivets artikel 6, der har overskriften 'Berettigelse af ulige behandling på grund af alder', bestemmer følgende:

'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, erhvervserfaring 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 forskelsbehandlingslovens § 1, stk. 1, defineres hvad der efter loven forstås ved forskelsbehandling:

'§ 1. Ved forskelsbehandling forstås i denne lov enhver direkte eller indirekte forskelsbehandling på grund af race, hudfarve, religion eller tro, politisk anskuelse, seksuel orientering, alder, handicap eller national, social eller etnisk oprindelse.'

Som det ses, omfatter loven både direkte og indirekte forskelsbehandling på grund af alder. Direkte forskelsbehandling foreligger efter § 1, stk. 2, når en person på grund af et af ovennævnte beskyttelseskriterier behandles ringere end en anden bliver, er blevet eller ville blive behandlet i en tilsvarende situation. Indirekte forskelsbehandling foreligger efter § 1, stk. 3, når en bestemmelse, et kriterium eller en praksis der tilsyneladende er neutral, vil stille en person omfattet af et af lovens beskyttelseskriterier ringere end andre personer, medmindre den pågældende bestemmelse, betingelse eller praksis er objektivt begrundet i et sagligt formål og midlerne til at opfylde det er hensigtsmæssige og nødvendige.

Efter forskelsbehandlingslovens § 2, stk. 1, må en arbejdsgiver ikke forskelsbehandle lønmodtagere eller ansøgere til ledige stillinger ved ansættelse, afskedigelse, forflyttelse, forfremmelse eller med hensyn til løn- og arbejdsvilkår.

I EF-Domstolens dom af 16. oktober 2007 i sag C-411/05 Félix Palacios de la Villa mod Cortefiel Servicios SA fastslog Domstolen at en bestemmelse hvorefter et ansættelsesforhold ophører når lønmodtageren når en bestemt alder, medfører at lønmodtagere der når den fastsatte alder, direkte pålægges en ringere behandling end andre lønmodtagere hos arbejdsgiveren, og at der med sådan en bestemmelse er tale om en direkte forskelsbehandling på grund af alder. I den konkrete sag var den foretagne forskelsbehandling dog tilladelig efter direktivets artikel 6. Dommen er nærmere omtalt nedenfor.

Forskelsbehandlingslovens 5 a, stk. 1, fastslår at bestemmelser i individuelle eller kollektive aftaler og overenskomster som er i strid med forbuddet mod forskelsbehandling i lovens §§ 2-5, er ugyldige. Som nævnt blev forbuddet

mod forskelsbehandling på grund af alder og handicap indsat i loven i 2004. Samtidig blev der dog med henvisning til det ovenfor anførte om direktivet indsat bestemmelser i lovens § 5 a, stk. 3 og 4, om hvordan og på hvilke punkter alderskriteriet fortsat kunne danne grundlag for forskelsbehandling:

**§ 5 a.**

...

*Stk. 3.* Uanset bestemmelsen i stk. 1 er loven ikke til hinder for opretholdelsen af gældende aldersgrænser fastsat i eller aftalt i henhold til kollektive aftaler og overenskomster, forudsat at disse aldersgrænser er objektivt og rimeligt begrundet i et legitimt formål inden for rammerne af dansk ret, og midlerne til at opfylde det pågældende formål er hensigtsmæssige og nødvendige.

*Stk. 4.* Uanset § 2, stk. 1, er loven ikke til hinder for bestemmelser i individuelle eller kollektive aftaler og overenskomster om ophør af ansættelsesforholdet, når lønmodtageren fylder 65 år.'

§ 5 a, stk. 4, blev med virkning fra 1. januar 2008 ændret ved lov nr. 1542 af 20. december 2006 om ændring af lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet mv. Lovændringen var et led i opfyldelse af aftalepunkterne i en aftale indgået i juni 2006 mellem regeringen (Venstre og De Konservative) og Socialdemokraterne, Dansk Folkeparti og Det Radikale Venstre om fremtidens velstand og velfærd og investeringer i fremtiden (Velfærdsaftalen). Denne aftale, som er omtalt i forarbejderne til ændringsloven, indeholder aftalepunkter om en senere tilbagetrækning fra arbejdsmarkedet, herunder en gradvis forhøjelse af efterlønns- og folkepensionsalderen. Det fremgår af aftalen at de deltagende partier i aftalen er enige om at der generelt ikke bør være aldersgrænser for tilbagetrækning, og at spørgsmålet om hvornår man skal stoppe på arbejdsmarkedet, ikke skal afgøres af utidssvarende regler. De ansatte bør ikke tvinges ud af arbejdsmarkedet fordi de når en bestemt alder, men bør have mulighed for at fortsætte så længe de har lyst og evne til det. Bestemmelsen i § 5 a, stk. 4, lyder nu som følger:

*'Stk. 4.* Uanset § 2, stk. 1, er loven ikke til hinder for bestemmelser i individuelle eller kollektive aftaler og overenskomster om ophør af ansættelsesforholdet, når lønmodtageren fylder 70 år. Bestemmelser i kollektive aftaler eller overenskomster om ophør af ansættelsesforholdet før lønmodtageren fylder 70 år, som er omfattet af stk. 3, kan dog ændres, således at aldersgrænsen hæves til en alder under 70 år.'

EF-Domstolen har i to sager taget stilling til om en forskelsbehandling på grund af alder var i overensstemmelse med EU-direktivet. Disse sager har

betydning for forståelsen og anvendelsen af bl.a. forskelsbehandlingslovens § 5 a, stk. 3.

I den første sag (Domstolens dom af 22. november 2005 i sagen C-144/04, Werner Mangold mod Rüdiger Helm) fandt Domstolen at der var tale om forskelsbehandling på grund af alder i strid med bl.a. beskæftigelsesdirektivet. Sagen vedrørte bl.a. spørgsmålet om hvorvidt det var foreneligt med forbuddet mod forskelsbehandling at man i Tyskland havde en national lovgivning der uden begrænsninger tillod indgåelse af tidsbegrænsede ansættelseskontrakter blot medarbejderen var fyldt 52 år, medmindre der i nær tidsmæssig sammenhæng hermed var indgået en tidsbegrænset ansættelseskontrakt mellem de samme parter. Domstolen konkluderede at den pågældende lovgivning havde til formål at fremme beskæftigelsen for ældre medarbejdere, idet denne gruppe af medarbejdere traditionelt havde betydelige vanskeligheder ved at finde ny beskæftigelse. Dette fandt Domstolen var et lovligt formål. Ved vurderingen af om den tyske lovgivning var hensigtsmæssig og nødvendig, fastslog Domstolen indledningsvis at medlemsstaterne i så henseende utvivlsomt rådede over en vid skønsmargin ved valget af hvilke foranstaltninger der kan opfylde deres mål på området for socialpolitik og beskæftigelse. Herefter udtalte domstolen følgende i præmis 64 og 65:

'Som den forelæggende ret har anført, fører anvendelsen af en national lovgivning, som den i hovedsagen omhandlede, imidlertid til en situation, hvor alle arbejdstagere, der er fyldt 52 år, uden sondring mellem om de har været arbejdsløse før ansættelseskontraktens indgåelse eller ej, og uanset længden af en sådan eventuel arbejdsløshedsperiode, indtil de kan gøre deres ret til pension gældende, må acceptere, at det er lovligt at tilbyde dem tidsbegrænsede ansættelseskontrakter, der kan forlænges et ubegrænset antal gange. Denne store gruppe af arbejdstagere, der alene er defineret på grundlag af alder, risikerer således i løbet af en væsentlig del af deres karriere at være udelukket fra sikkerhed i ansættelsen, hvilket, som det fremgår af rammeaftalen, udgør et hovedelement i beskyttelsen af arbejdstagere.

Da denne lovgivning anvender den pågældende arbejdstagers alder som det eneste kriterium for at anvende en tidsbegrænset ansættelseskontrakt – uden at det er godtgjort, at en fastsættelse af en aldersgrænse, uafhængigt af andre overvejelser vedrørende strukturen på det pågældende arbejdsmarked eller den berørte arbejdstagers personlige forhold, er objektivt nødvendigt for at opfylde målet om, at ældre arbejdsløse kommer ind på arbejdsmarkedet – må lovgivningen anses for at gå ud over, hvad der er hensigtsmæssigt og nødvendigt for at opfylde det mål, der forfølges. Proportionalitetsprincippet indebærer nemlig, at enhver undtagelse til en individuel rettighed i videst muligt omfang både skal tilgodese de krav, der følger af ligebehandlingsprincippet, og det tilsigtede mål (jf. i denne retning, dom af 19.3.2002, sag C-476/99,

Lommers, Sml.I, s. 2891, præmis 39). Følgelig kan en sådan national lovgivning ikke begrundes under henvisning til artikel 6, stk. 1, i direktiv 2000/78.'

I den anden sag (Domstolens dom af 16. oktober 2007 i sag C-411/05 Félix Palacios de la Villa mod Cortefiel Servicios SA) fandt Domstolen ikke at en direkte forskelsbehandling på grund af alder var i strid med beskæftigelsesdirektivet. Sagen vedrørte som anført af DR spørgsmålet om hvorvidt en bestemmelse om tvungen pensionering i en kollektiv overenskomst måtte anses for gyldig i en situation hvor den eneste betingelse i spansk ret for en sådan bestemmelses anvendelse var at medarbejderen havde nået den aldersgrænse for at kunne gå på pension der i den nationale lovgivning var fastsat til 65 år, og medarbejderen i øvrigt opfyldte betingelserne for at opnå en ret til arbejdsophørspension baseret på bidragsbetaling. Domstolen konkluderede ud fra bl.a. oplysninger om baggrunden for bestemmelsen at tiltaget havde til formål at regulere det nationale arbejdsmarked bl.a. med henblik på at afskaffe arbejdsløsheden, og at dette var et lovligt formål. Ved vurderingen af om den spanske lovgivning var hensigtsmæssig og nødvendig, fastslog Domstolen indledningsvis med henvisning til dommen af 22. november 2005 at medlemsstaterne og i givet fald arbejdsmarkedets parter på nationalt plan råder over en vid skønsmargin ved valget af ikke blot hvilket bestemt formål blandt andre man ønsker at forfølge på området for socialpolitik og beskæftigelse, men også ved valget af hvilke foranstaltninger der kan opfylde det. Domstolen fastslog med henvisning til beskæftigelsesdirektivet at dette bl.a. var tilfældet med hensyn til det valg som de berørte nationale myndigheder ud fra politiske, økonomiske, sociale, demografiske og/eller budgetmæssige overvejelser og under hensyntagen til den konkrete situation på denne medlemsstats arbejdsmarked kan se sig nødsaget til at træffe om at forlænge arbejdstagernes arbejdsliv eller tværtimod indføre regler om en tidligere pensionering af arbejdstagerne. Desuden må de kompetente myndigheder kunne råde over muligheden for at ændre de midler der er iværksat for at opnå et legitimt formål af almen karakter, f.eks. ved at tilpasse dem til udviklingen i beskæftigelsessituationen i den berørte medlemsstat. Herefter udtalte domstolen i præmis 71-74 følgende:

'Det påhviler således medlemsstaternes kompetente myndigheder at finde en rimelig balance mellem de foreliggende hensyn. Det skal imidlertid påses, at de nationale foranstaltninger, der fastsættes i denne forbindelse, ikke går ud over, hvad der er hensigtsmæssigt og nødvendigt for at opfylde det mål, der forfølges af den berørte medlemsstat.

Det forekommer imidlertid ikke urimeligt, at en medlemsstats myndigheder vurderer, at en foranstaltning som den i hovedsagen omhandlede kan være hensigtsmæssig og nødvendig for at nå det legitime formål, der er opstillet inden for rammerne af den nationale beskæftigelsespolitik, og som består i at fremme fuld beskæftigelse ved at lette adgangen til arbejdsmarkedet.

Den pågældende foranstaltning kan desuden ikke anses for at gøre et uoverdrevent [skal formentlig være 'overdrevent', på spansk 'excesivamente'; ombudsmandens bemærkning] indgreb i de legitime krav, som er fremsat af arbejdstagere, der er blevet pensioneret mod deres vilje som følge af, at de har nået den fastsatte aldersgrænse, da de relevante forskrifter ikke blot hviler på en bestemt alder, men ligeledes tager hensyn til, at de pågældende i løbet af deres arbejdsliv optjener ret til en økonomisk kompensation i form af en pension som den, der er fastsat i den nationale ordning i hovedsagen, hvis niveau ikke kan anses for at være urimeligt.

I henhold til de relevante nationale forskrifter er det i øvrigt arbejdsmarkedets parter, der – i form af kollektive overenskomster og således med en ikke ubetydelig grad af fleksibilitet – kan gøre brug af tvungen pensionering, således at der ikke blot kan tages behørigt hensyn til den overordnede situation på det berørte arbejdsmarked, men ligeledes til de særlige kendetegn ved de pågældende stillinger.'

### **3. Forskelsbehandlingslovens § 5 a, stk. 3**

DR gør i denne sag gældende at afskedigelsen af dig er lovlig fordi den i reglementet aftalte pligtmæssige fratrædelsesalder på 63 år opfylder betingelserne i forskelsbehandlingslovens § 5 a, stk. 3.

Er dette ikke tilfældet, er afskedigelsen af dig på grund af alder i strid med forskelsbehandlingsloven, jf. gennemgangen ovenfor.

I det følgende ser jeg derfor nærmere på om betingelserne for at anvende § 5 a, stk. 3, er opfyldt. I afsnit 3.1. ser jeg nærmere på bestemmelsens krav om at der er tale om en 'gældende aldersgrænse', og i afsnit 3.2. ser jeg på bestemmelsens forudsætning om at aldersgrænsen er 'objektivt og rimeligt begrundet i et legitimt formål inden for rammerne af dansk ret'. I afsnit 3.3. ser jeg nærmere på kravet om at aldersgrænsen er 'hensigtsmæssig og nødvendig'.

#### *3.1. 'Opretholdelse af gældende aldersgrænser'*

Forskelsbehandlingslovens § 5 a, stk. 3, giver mulighed for at opretholde gældende aldersgrænser fastsat i eller aftalt i henhold til kollektive aftaler og overenskomster. Som nævnt ovenfor trådte bestemmelsen i kraft den 28. december 2004.

Efter DR's oplysninger har bestemmelsen i reglementet om pligtmæssig fratræden ved det fyldte 63. år været gældende siden begyndelsen af 1970'erne. Reglementet er imidlertid løbende blevet fornyet, og DR oplyser i sin udtalelse



af 18. august 2008 at det reglement som jeg har modtaget fra DR, er det senest forhandlede. Dette reglement er dateret 29. november 2006. Reglementet indeholder i § 28 en bestemmelse om 'Ikrafttræden og opsigelse' hvorefter reglementet er en sammenskrivning af et reglement fra 1996 og senere indgåede aftaleresultater. Det fremgår i øvrigt også af bestemmelsen at reglementet er gældende indtil det skriftligt med 6 måneders varsel til en 31. marts opsiges af DR's faste orkestre eller af DR med henblik på forhandling.

DR mener at § 5 a, stk. 3, skal fortolkes således at en bestemmelse om pligt-mæssig fratræden i en overenskomst kan opretholdes selv om der er sket fornyelse af overenskomsten efter den 28. december 2004.

Jeg forstår i den sammenhæng DR således at DR mener at reglementet er at sidestille med en overenskomst, og dette giver mig ikke anledning til bemærkninger.

Ordlyden af § 5 a, stk. 3, giver ikke svar på spørgsmålet om en bestemmelse om pligt-mæssig fratræden i en overenskomst fortsat kan anvendes når der er sket fornyelse af overenskomsten efter 28. december 2004. Man finder heller ikke svar på dette spørgsmål i de bemærkninger til § 5 a, stk. 3, som var indeholdt i det lovforslag som lov nr. 1417 af 22. december 2004 byggede på. Jeg mener ikke der kan være tvivl om at når en overenskomst fornys, træder en ny overenskomst i stedet for den gamle. Hertil kommer at bestemmelsen er en undtagelse fra hovedreglen om at det ikke er tilladt at forskelsbehandle på grund af alder. Jeg mener således ikke at der er en formodning for at der skal anvendes en udvidende fortolkning af bestemmelsen. Alligevel mener jeg ikke at jeg kan kritisere DR's fortolkning af § 5 a, stk. 3, på dette punkt.

§ 5 a, stk. 3, omfatter udtrykkeligt aldersgrænser fastsat i eller i henhold til overenskomster. Om brugen af overenskomster i dansk ret anføres det i Ole Hasselbalch, Arbejdsretten, 9. udgave (2005), s. 415 ff, at overenskomster kan være indgået for et bestemt arbejde eller for en bestemt tid, men at det mest almindelige er at de må bringes til ophør ved opsigelse. Det fremgår også at det ofte er bestemt i overenskomsterne at der skal finde forhandling sted mellem parterne i tilknytning til opsigelsen, og at en overenskomst almindeligvis kun kan opsiges i sin helhed og ikke blot for visse bestemmelsers vedkommende. I Jens Kristiansen, Den kollektive arbejdsret, 2. udgave (2008), s. 315, anføres det at det altovervejende formål med at opsiges overenskomster – og navnlig organisationsoverenskomster – som regel er at forhandle en ny overenskomst. Selv om formålet udelukkende er at genforhandle overenskomsten, er det i praksis nødvendigt at opsiges den på sædvanlig måde. I modsat fald vil parten ikke være frigjort fra fredspligten og vil derfor ikke kunne støtte sine krav om vilkårsændringer med (trussel om) iværksættelse af kollektive kampskridt. Det anføres også at organisationer i praksis altid indgår en ny overenskomst med en række ændringer i forhold til den eksisterende.

Den ny overenskomst træder i kraft fra det tidspunkt hvor den tidligere overenskomst er bortfaldet. Den enkelte arbejdsgiver og lønmodtager mærker derfor i realiteten ikke at der har været et bortfald af den eksisterende overenskomst.

Som det er fremgået ovenfor, blev § 5 a, stk. 4, ændret ved lov nr. 1542 af 20. december 2006 med virkning fra 1. januar 2008. DR har peget på at denne ændringslov også indeholder bidrag til forståelsen af § 5 a, stk. 3.

Ved forhøjelsen af aldersgrænsen i § 5 a, stk. 4, fra 65 til 70 år blev der taget stilling til hvad der skulle ske med bestemmelser om ophør af ansættelsesforholdet når lønmodtageren fylder 65 år eller mere, som er fastsat i aftaler der er indgået efter den 28. december 2004 (hvor 2004-loven trådte i kraft), men inden ikrafttræden af 2006-ændringsloven den 1. januar 2008. Ændringsloven bestemmer i § 2 at disse aftaler er gyldige indtil det tidspunkt hvor overenskomsten kan opsiges til ophør, uanset om overenskomsten rent faktisk opsiges til ophør. Loven tager derimod ikke stilling til hvordan man skal forholde sig med bestemmelser i kollektive aftaler og overenskomster indgået før den 28. december 2004, men spørgsmålet blev berørt i et høringssvar afgivet af Kommunernes Landsforening til lovforslaget bag loven, og i et notat af 16. oktober 2006 tog beskæftigelsesministeren stilling til de indkomne høringsvar. Af notatet fremgår bl.a. følgende:

'KL forstår lovforslaget således, at aftaler om pligtmæssig fratræden under 65 år og som er indgået før den 27. september 2004 [må være 28. december 2004; min bemærkning] kan opretholdes, uanset om overenskomsten efterfølgende er eller bliver fornyet, men med uændret indhold f.s.v.a. pligtig afgangsalder.

*Kommentar: KL's forståelse af lovforslaget kan bekræftes.'*

Hertil kommer at selv om ændringsloven ikke berørte adgangen til at opretholde aldersgrænser efter § 5 a, stk. 3, blev der dog i § 5 a, stk. 4, givet mulighed for at aldersgrænser omfattet af § 5 a, stk. 3, kan ændres således at aldersgrænsen kan hæves til en alder under 70 år. Af de almindelige bemærkninger til lovforslaget bag 2006-ændringsloven fremgår følgende:

'Forslaget griber ikke umiddelbart ind i eksisterende kollektive overenskomster eller aftaler om pligtmæssig fratræden på grund af alder ved det 65. år. I den sammenhæng sondres der mellem aldersbestemmelser i kollektive overenskomster, der er indgået før gennemførelsen af forbuddet mod forskelsbehandling på grund af alder (der trådte i kraft den 28. december 2004) og aldersbestemmelser i kollektive overenskomster, der er indgået efter gennemførelsen af forbuddet mod forskelsbehandling på grund af alder. Efter forsla-

get vil der ikke fremover kunne indgås kollektive overenskomster eller aftaler om ophør af ansættelsesforholdet før det 70. år.

Forligspartierne bag Velfærdsaftalen har endvidere fundet, at spørgsmålet om den pligtmæssige fratræden er så vigtigt et emne, at de er enige om at opfordre overenskomstparterne til *'at vurdere behovet for den fortsatte opretholdelse af evt. bestemmelser i kollektive overenskomster om pligtmæssig fratræden på grund af alder før det 65. år, jf. forskelsbehandlingslovens § 5a, stk. 3.'* jf. forligets appendiks 2.1, side 37. Det fremgår endvidere samme sted af Velfærdsaftalen, at regeringen vil forhandle med de berørte tjenestemandorganisationer om at løfte de pligtige afgangsalde i bl.a. politiet, forsvaret og kriminalforsorgen. Disse pligtige afgangsalde følger af kollektive overenskomster, der er indgået inden 28. december 2004. De er derfor omfattet af forskelsbehandlingslovens § 5 a, stk. 3, hvorefter aldersbestemmelser i kollektive overenskomster, der var gældende før forbuddet mod forskelsbehandling på grund af alder blev gennemført i dansk ret, kan opretholdes, hvis de er objektivt og rimeligt begrundet i et legitimt formål. For at sikre lovhjemmel til at disse pligtige afgangsalde kan løftes, uden at dette betyder, at der skal indgås en egentlig implementeringsoverenskomst i forhold til beskyttelsen mod aldersdiskrimination, jf. forskelsbehandlingslovens § 1, stk. 7, foreslås det i loven, at sådanne bestemmelser om pligtig afgangsalder kan hæves, jf. bemærkningerne til forslaget pkt. 1.'

Disse bemærkninger er trykt i Folketingstidende 2006-07, tillæg A, s. 2214.

§ 5 a, stk. 4, 2. pkt., omfatter herefter efter min opfattelse den situation at der sker forhøjelse af en aldersgrænse omfattet af § 5 a, stk. 3, i forbindelse med en fornyelse af den relevante overenskomst. Efter min opfattelse støtter bestemmelsen og dens forarbejder derfor at § 5 a, stk. 3, skal fortolkes som anført af DR. I modsat fald ville retstilstanden efter den 1. januar 2008 være den at der kunne ske en forhøjelse af aldersgrænsen efter § 5 a, stk. 4, i forbindelse med en fornyelse af en overenskomst, mens der ikke kunne ske en fastholdelse af en aftalt aldersgrænse i forbindelse med en fornyelse af en overenskomst. En sådan retstilstand mener jeg ikke har været tilsigtet. Jeg henviser også til det som er anført om brugen af overenskomster i dansk ret, og om opfordringen i lovforslagets bemærkninger til overenskomstparterne om at overveje behovet for en fortsat opretholdelse af aldersgrænser i overenskomster.

Det må således anses for lovligt at en bestemmelse i en overenskomst om pligtmæssig fratræden før det 70. år bliver opretholdt i forbindelse med fornyelse af overenskomsten. DR har dog anført at det er en forudsætning for at dette gyldigt kan aftales, at de øvrige betingelser som er fastsat i § 5 a, stk. 3, er opfyldt. DR anerkender endvidere at vurderingen af om en bestemmelse om pligtmæssig fratræden som er indarbejdet i en kollektiv afta-

le/overenskomst før den 28. december 2004, er objektivt og rimeligt begrundet i et legitimt formål med videre, naturligvis kan ændre sig. Hvis det sker, vil aftaleparterne være nødsaget til at ophæve eller hæve den pligtmæssige fratrædelsesalder, idet bestemmelsen i modsat fald vil være i strid med forskelsbehandlingsloven. Dette kan jeg tilslutte mig.

### 3.2. *Legitimt formål inden for rammerne af dansk ret*

Det fremgår af forskelsbehandlingslovens § 5 a, stk. 3, at det er en forudsætning for at anvende bestemmelsen at der er tale om aldersgrænser som er 'objektivt og rimeligt begrundet i et legitimt formål inden for rammerne af dansk ret'.

Jeg er enig med DR i at der ud fra bl.a. EF-Domstolens praksis som udgangspunkt må gælde relativt vide rammer ved denne vurdering. Af de bemærkninger til § 5 a, stk. 3, der var indeholdt i det lovforslag som lov nr. 1417 af 22. december 2004 byggede på, er der i øvrigt henvist til direktivets artikel 6, og det fremgår at de eksempler som er nævnt i denne bestemmelse, ikke er udtømmende. Bestemmelsen skal altså ikke betragtes som en endelig facitliste over legitime formål. Jeg henviser til Folketingstidende 2004-05, 1. samling, tillæg A, s. 2698.

DR har med henvisning til EF-Domstolens praksis desuden anført at det ikke er afgørende at formålet med en bestemmelse ikke direkte fremgår af bestemmelsen, når formålet lader sig identificere, f.eks. gennem oplysninger om baggrunden for en bestemmelses indførelse. Også dette kan jeg tilslutte mig.

DR har oplyst at baggrunden for at der hidtil har været enighed om at 63 år er en passende fratrædelsesalder for en musiker i Radiosymfoniorkestret, er at en række musikere oplever at det med alderen bliver vanskeligere at klare de krævende arbejdsforhold, ligesom nogle musikere, når de når denne alder, oplever fysiske gener efter en lang karriere som professionelle musikere. Med den pligtmæssige fratrædelsesalder opnås en værdig afslutning som musiker i Radiosymfoniorkestret.

Disse formål – at sikre en arbejdsdygtig arbejdsstyrke og at sikre den ansatte en værdig afslutning på arbejdslivet – mener jeg som udgangspunkt er legitime formål inden for rammerne af dansk ret. De bemærkninger der var indeholdt i det lovforslag som lov nr. 1417 af 22. december 2004 byggede på, indeholder følgende om hensynet til at sikre en værdig afslutning på arbejdslivet i forbindelse med omtalen af aldersgrænsen på 65 år i lovforslagets § 5 a, stk. 4:

' ...

På længere sigt og i takt med at regeringens politik realiseres, må det vurderes, om man fortsat skal tillade en sådan aldersgrænse. En eller anden aldersgrænse vil det dog nok under alle omstændigheder være naturligt at tillade ud fra hensynet til en værdig afslutning på et langt arbejdsliv, hvad der i sig selv må anses for et legitimt formål indenfor rammerne af den nationale ret.'

Jeg henviser til Folketingstidende 2004-05, 1. samling, tillæg A, s. 2700.

Som det er fremgået ovenfor, er tanken bag ændringen af § 5 a, stk. 4, i 2006 at der generelt ikke bør være aldersgrænser for tilbagetrækning, og at spørgsmålet om hvornår man skal stoppe på arbejdsmarkedet, ikke skal afgøres af utidssvarende regler. Jeg mener dog ikke at dette kan medføre at man nu kan se bort fra det som var anført i bemærkningerne til lovforslaget fra 2004 om at hensynet til at sikre en værdig afslutning på arbejdslivet er et legitimt formål. Jeg lægger i den forbindelse vægt på at det efter lovændringen fortsat er tilladt at anvende aldersgrænser i dansk ret. De tanker som ligger bag lovændringen fra 2006, spiller dog en rolle ved vurderingen af om en aldersgrænse kan passere proportionalitetstesten, jf. nærmere nedenfor.

I artiklen 'Princippet om forbud mod forskelsbehandling pga. alder som et almindeligt EU-retligt princip' trykt i Ugeskrift for Retsvæsen, 2006B, s. 259, anfører professor, dr.jur. Ruth Nielsen at arbejdsdygtighed ændrer sig med alderen i både op- og nedadgående retning, og at det er et klart lovligt formål at man vil have en arbejdsdygtig arbejdsstyrke. Det anføres at det er muligt at hensynet til en værdig afslutning på arbejdslivet også er et lovligt formål. I begge tilfælde udtrykkes der dog tvivl om hvorvidt aldersgrænser ud fra disse formål kan passere proportionalitetstesten.

### *3.3. Hensigtsmæssige og nødvendige midler*

Det er en forudsætning for at anvende forskelsbehandlingslovens § 5 a, stk. 3, at 'midlerne til at opfylde det pågældende formål er hensigtsmæssige og nødvendige'. Bestemmelsen forudsætter således at der foretages en proportionalitetsvurdering.

DR har med henvisning til EF-Domstolens praksis hævdet at der i forhold til overenskomstparterne i denne sag gælder en 'vid skønsmargin' ved proportionalitetsvurderingen.

Jeg er i udgangspunktet enig med DR, jf. også det under punkt 3.2. anførte. Dette udgangspunkt må dog ses i lyset af de bemærkninger som i lovforslaget blev knyttet til forskelsbehandlingsloven og dens anvendelse. I de bemærkninger der var indeholdt i det lovforslag som lov nr. 1417 af 22. december 2004 byggede på, fremgår følgende om aldersgrænser under 65 år:

' ...

Efter ændringen af lov om social pension, jf. lov nr. 319 af 5. maj 2004, er der nu mulighed for at udskyde og opspare pensionen for lønmodtagere, der måtte ønske at fortsætte på arbejdsmarkedet efter det 65. år. Lovændringen er udtryk for, at alle der kan og vil, skal have mulighed for at arbejde også gerne efter det 65. år. Der er altså fra statens side en tilskyndelse til at forblive på arbejdsmarkedet så længe som muligt. Det er under alle omstændigheder regeringens opfattelse, at aldersgrænser for pligtmæssig fratræden under 65 år kun vil kunne opretholdes i særlige tilfælde, fx hvor der med rette kan stilles visse fysiske krav. Der henvises i den forbindelse til direktivets betragtning 18, hvorefter direktivet ikke må medføre, at de væbnede styrker og politiet, fængselsvæsenet og redningstjenesterne skal være forpligtet til ansættelse eller fortsat ansættelse af en person, der ikke opfylder de nødvendige krav for at kunne udføre samtlige opgaver, der kan blive pålagt vedkommende under hensynet til det legitime formål at sikre disse tjenesters operationelle karakter.

...'

Jeg henviser til Folketingstidende 2004-05, 1. samling, tillæg A, s. 2699.

Denne opfattelse af at aldersgrænser under 65 år kun vil kunne opretholdes i særlige tilfælde, må efter min opfattelse lægges til grund for bedømmelsen af om den aftalte pligtmæssige fratrædelsesalder på 63 år i denne sag er hensigtsmæssig og nødvendig.

DR har peget på at der med en pligtig fratrædelsesalder på 63 år opnås en værdig afslutning som musiker i Radiosymfoniorkestret. Herved undgås ifølge DR en gennemførelse af omfattende og for den enkelte musiker ofte ydmygende kunstneriske evalueringer med henblik på at vurdere musikerens faglige niveau der i henhold til de gældende bestemmelser i reglement og overenskomst skal gennemføres af en særligt nedsat orkesterjury. Efter DR's opfattelse må en afskedigelse i denne sammenhæng forventes at have mærkbart negative konsekvenser for den fratrådte musikers mulighed for fortsat beskæftigelse i anden sammenhæng.

Bemærkningerne i lovforslaget om brugen af aldersgrænser under 65 år taler efter min opfattelse generelt imod at en pligtmæssig fratrædelse på 63 år kan anses for proportionel ud fra ovennævnte hensyn. Hertil kommer at jeg ud fra DR's øvrige oplysninger må lægge til grund at de konkrete sager i praksis så godt som altid løses på anden vis. Jeg har lagt vægt på DR's oplysninger om at DR – naturligt nok – så vidt muligt forsøger at løse de problemstillinger der opstår som følge af utilfredsstillende præstationer, gennem drøftelser med den pågældende musiker før der iværksættes nedsættelse af en orkesterjury. Således oplyser DR at orkesterjuryen kun har været anvendt relativt få gange

i nyere tid, og sagerne desuden er blevet afsluttet – inden orkesterjuryen har påbegyndt sit arbejde – med en ansøgt afskedigelse eller nedrykning.

Jeg er dog enig med DR i at det indgår i vurderingen at den pligtmæssige fratrædelsesalder er indrettet således at de ansatte pensionsmæssigt ikke stilles ringere end ansatte med en højere afgangsalder. Jeg mener dog at dette forhold kun kan tillægges begrænset betydning. Som anført af DR tillagde EF-Domstolen pensionsforholdet betydelig vægt i Palacios de la Villa-dommen. I denne sag skyldtes den fastsatte pligtmæssige fratrædelsesalder imidlertid at lovgiver og arbejdsmarkedets parter havde fundet det nødvendigt at regulere arbejdsmarkedet bl.a. med henblik på at nedbringe arbejdsløsheden. I DR's sag forfølges andre formål, og bedømmelsen af om midlerne til at opnå disse formål er hensigtsmæssige og nødvendige, må som nævnt ovenfor ses i lyset af det som er anført i bemærkningerne til lovforslaget om rammerne for anvendelsen af § 5 a, stk. 3.

Med hensyn til den konkurrencemæssige situation som DR's orkestre befinder sig i nationalt såvel som internationalt, er jeg som udgangspunkt enig med DR i at de pligtige fratrædelsesaldrer for musikerne i andre sammenlignelige orkestre internationalt såvel som nationalt kan være med til at understrege at der kan bestå et objektivt og sagligt behov for opretholdelsen af den pligtige fratrædelsesalder for musikere i DR. Den nærmere bedømmelse heraf må afhænge af de grunde der foreligger for et sådant behov, jf. nedenfor.

Jeg forstår DR således at DR mener at den konkurrencemæssige situation giver sig selvstændigt udslag i forhold til rekruttering af nye musikere. DR har om rekrutteringen af nye musikere også oplyst at langt de fleste musikere i Radiosymfoniorkestret vælger at forblive ansat i så mange år som muligt, og den aftalte pligtmæssige alder medvirker derfor til at sikre en løbende udskiftning af medarbejderstaben og sikre en nødvendig kunstnerisk fornyelse og synergi i det indbyrdes samarbejde mellem musikerne imellem. Endvidere medvirker den pligtmæssige fratrædelsesalder til at sikre at også unge klassiske musikere har en realistisk mulighed for at opnå ansættelse i Radiosymfoniorkestret, og den er ligeledes medvirkende til at fastholde unge klassiske musikeres interesse for orkestret.

Jeg mener ikke at disse forhold kan tillægges nogen større vægt ved vurderingen af om den aftalte pligtmæssige fratrædelsesalder på 63 år er proportionel. Den udfordring at kunne tiltrække (og fastholde) de bedste arbejdstagere inden for et givet felt spiller efter min opfattelse generelt en rolle på mange arbejdspladser. Hertil kommer at en forhøjelse af den pligtige fratrædelsesalder til f.eks. 65 år, som tilfældet er i Holland og Tyskland, ud fra det ovenfor oplyste om at musikere i orkestret typisk gerne vil forblive ansat så længe som muligt, kun ville føre til en mindre forringelse hvad angår hyppigheden af den løbende udskiftning af medarbejderstaben, og hvad angår de øvrige for-

hold anført ovenfor. Reelt er der vel især tale om at en ophævelse eller en forhøjelse af fratrædelsesalderen i en overgangsperiode ville gøre det vanskeligere at ansætte nye musikere. Et sådant overgangshensyn blev ikke tillagt vægt af lovgiver ved ændringen af tjenestemandslovens § 29 ved lov nr. 484 af 17. juni 2008 om ændring af lov om tjenestemænd. Ved denne lov blev den tidligere fratrædelsesalder på 70 år i tjenestemandslovens § 29 ophævet med virkning fra den 19. juni 2008. Ændringen indebærer bl.a. at tjenestemænd uden videre forbliver ansat på tjenestemandsvilkår selv om de fylder 70 år, medmindre der i den øvrige lovgivning eller ved aftale er fastsat en aldersgrænse for stillingen. Ansættelsesforholdet fortsætter således efter at tjenestemanden er fyldt 70 år, indtil tjenestemanden afskediges efter ansøgning eller uden ansøgning. Saglige grunde til uansøgt afskedigelse kan f.eks. være sygdom eller uegnethed. Alder er derimod ikke længere en saglig afskedsgrund, medmindre der i lovgivningen er fastsat en aldersgrænse, eller der er aftalt en pligtig afgangsalder. Også denne lovændring skyldtes Velfærdsaftalen som er beskrevet ovenfor.

Ud over ovennævnte har DR navnlig begrundet behovet for den aftalte pligt-mæssige fratrædelsesalder i en række musikfaglige og fysiske krav forbundet med en stilling som musiker i Radiosymfoniorkestret. I den sammenhæng har DR også henvist til at det er almindeligt anerkendt at klassiske musikere er udsat for betydelige fysiske belastninger og derfor ofte udvikler arbejdsrelaterede skader. DR har oplyst at der pt. foregår undersøgelser af helbredsforholdene hos professionelle musikere.

Det fremgår af Center for Musikersundheds hjemmeside om en af centrets undersøgelser at der i relation til professionelle musikere kun er en ganske begrænset viden om de fysiske og psykiske arbejdsforhold og mulige arbejdsbetingede lidelser. Meget tyder dog på at der opstår arbejdsrelaterede skader i bevægeapparatet (nakke, skuldre, arme og hænder) og høretab, tinnitus og øget følsomhed for lyd. Undersøgelserne er nærmere omtalt nedenfor. Centret er et etableret samarbejde mellem Det Fynske Musikkonservatorium og Det Sundhedsvidenskabelige Fakultet ved Syddansk Universitet.

I almindelighed mener jeg ikke der er tvivl om at oplysninger om faglige og fysiske krav forbundet med en stilling, herunder udvikling af fysiske gener, ud fra en samlet vurdering kan gøre en opretholdelse af en pligtmæssig fratrædelsesalder berettiget efter § 5 a, stk. 3. Som også anført ovenfor indgår ordningens pensionsmæssige indretning og DR's konkurrencemæssige situation også med nogen vægt i vurderingen. Det er dog ikke ud fra disse forhold givet at en fratrædelsesalder på netop 63 år er hensigtsmæssig og nødvendig. Således gælder der en pligtig fratrædelsesalder på 65 år for hollandske og tyske orkestre som efter det af DR oplyste er sammenlignelige med Radiosymfoniorkestret.



Konkret mener DR ud fra de særlige forhold og den arbejdsmæssige situation for musikerne i Radiosymfoniorkestret at der med en pligtmæssig fratrædelsesalder på 63 år er opnået en hensigtsmæssig balance mellem på den ene side hensynet til kollektiviteten og på den anden side den enkelte musiker i Radiosymfoniorkestret.

Ifølge reglerne for ombudsmandens virksomhed kan ombudsmanden kun i begrænset omfang tage stilling til afgørelser der helt eller delvis bygger på særlig fagkyndig viden. En kontrol af f.eks. de helbredsmæssige vurderingers rigtighed kræver en fagkundskab som jeg som ombudsmand ikke har.

Som det fremgår, bygger den pligtmæssige fratrædelsesalder også i vidt omfang på vurderinger og afvejninger af andre hensyn og omstændigheder, herunder de fysiske krav til musikerne i Radiosymfoniorkestret. Som ombudsmand har jeg normalt ikke særlige forudsætninger for at afveje disse forskellige hensyn og omstændigheder på en anden og bedre måde end Danmarks Radio der beskæftiger sig med det pågældende sagsområde i det daglige.

Det reglement som gjaldt for dit ansættelsesforhold, er fremkommet ved en aftale der er indgået mellem parter der i princippet er ligestillede, men hvoraf kun den ene er omfattet af området for min virksomhed. Derfor er jeg normalt også tilbageholdende med at tage stilling til om der er grundlag for kritik af den offentlige myndighed i sager der angår anvendelsen af sådanne aftaler.

Samlet mener jeg derfor ikke jeg kan kritisere DR's vurdering af at den fastsatte fratrædelsesalder på 63 år er hensigtsmæssig og nødvendig, jf. forskelsbehandlingslovens § 5 a, stk. 3.

#### **4. Usaglig forskelsbehandling?**

Ud over at du mener at din afskedigelse er i strid med forskelsbehandlingsloven, mener du også at det er usagligt at forskelsbehandle ansatte efter ansættelsestidspunktet. Du har henvist til at afgangsalderen for musikere som blev ansat efter den 1. juli 1969, er 63 år, mens der ikke gælder en sådan fratrædelsesalder for musikere som blev ansat før dette tidspunkt. Det fremgår som nævnt af reglementet at der for disse fastsættes et pensioneringstidspunktet individuelt efter særlig aftale.

DR har ikke oplyst om baggrunden for denne forskel. Bestemmelsen om pligtmæssig fratræden ved det fyldte 63. år har efter det af DR oplyste været gældende siden begyndelsen af 1970'erne. Jeg forstår det som DR har anført, sådan at det præcise tidspunkt er behæftet med nogen usikkerhed, og jeg går ud fra at denne skæringsdato med hensyn til ansættelsesvilkår for fratrædelsesalder har sammenhæng med aftaleparternes overvejelser og for-

handlinger om reglementets gyldighedstidspunkt, herunder i hvilket omfang reglementet skulle anvendes på allerede indgåede ansættelsesforhold. Hvis der foretages ændringer af ansættelsesvilkårene for allerede ansatte tjenestemænd, kan det nemlig efter omstændighederne sidestilles med en forflyttelse sådan at de pågældende tjenestemænd kan kræve at blive afskediget med aktuel pension. Som eksempel kan nævnes Højesterets dom af 18. april 1962 der drejede sig om en generel nedsættelse af den pligtige fratrædelsesalder fra 70 til 63 år for visse stillinger i politiet. Sagen er gengivet i Ugeskrift for Retsvæsen, 1962, s. 465. Ved vedtagelsen af den nuværende tjenestemandsløvslov blev det fastsat at allerede ansatte tjenestemænd ikke var omfattet af de nye regler i loven om stillingsændringer og rådighedsløn, jf. lovens § 59, stk. 2. Set i dette lys mener jeg ikke det er usagligt at der efter reglementet gælder andre regler om pligtig fratrædelsesalder for tjenestemænd der blev ansat før den 1. juli 1969.

## **5. Afsluttende bemærkninger**

Jeg kan ikke kritisere DR's afskedigelse af dig på grund af alder.

Som det er anført af DR, kan vurderingen af om en bestemmelse opfylder betingelserne i § 5 a, stk. 3, ændre sig således at aftaleparterne vil være nødsaget til at ophæve eller hæve den pligtmæssige fratrædelsesalder, idet bestemmelsen i modsat fald vil være i strid med forskelsbehandlingsloven.

Det fremgår af Center for Musikersundheds hjemmeside at der pt. foregår to undersøgelser i forskningsprogrammet om musikersundhed. Om den første undersøgelse – 'Projekt Musikersundhed' – fremgår følgende af en publikation på hjemmesiden om baggrunden for projektet:

'Professionelle musikere udgør en stor erhvervsgruppe, alene i Danmark ca. 6.100 personer. Der er kun en ganske begrænset viden om de fysiske og psykiske arbejdsforhold og mulige arbejdsbetingede lidelser. Meget tyder dog på arbejdsrelaterede skader i bevægeapparatet (nakke, skuldre, arme og hænder) samt høretab, tinnitus og øget følsomhed for lyd.

Formålet med projektet er at belyse helbredsforhold hos professionelle musikere. Det undersøges, om der er sammenhæng mellem lidelser i bevægeapparatet og de fysiske arbejdsforhold (hvor meget man spiller eller hvilket instrument man spiller på), de psykiske arbejdsforhold (fx antal koncerter og kollegiale forhold) og livsstilsfaktorer (fx om man dyrker sport). Der kommer også en kort beskrivelse af høreproblemer og psykosociale forhold.

Projekt Musikersundhed skal være med til at skaffe viden, som kan føre til forebyggelse, lindring og/eller helbredelse af eventuelle arbejdsbetingede helbredsskader hos professionelle musikere.'

Det fremgår også af publikationen at undersøgelserne foregik i 2007 og 2008, og at alle musikere i de større orkestre ville blive tilbudt at deltage i undersøgelsen. Om den anden undersøgelse – 'Projekt Musikersundhed, lyd og hørelse' – fremgår det at høretab og forekomst af tinnitus er en kendt erhvervsrisiko for professionelle musikere, men at omfanget af disse ikke tidligere har været undersøgt i større omfang i danske studier. Undersøgelsen forsøger at karakterisere en musikers samlede lydeksponering således at der kan gives en risikovurdering med hensyn til udvikling af senere høreskader. Ca. 1.200 erhvervsaktive, professionelle klassiske og rytmiske musikere tilbydes at deltage i undersøgelsen. Der er tale om musikere i de større danske klassiske orkestre og ca. lige så mange rytmiske musikere. Undersøgelsesperioden løber fra 2008-2010.

Efter min opfattelse bør det, når ovennævnte undersøgelser foreligger, på ny vurderes om den fastsatte pligtmæssige aldersgrænse skal ændres. I den forbindelse har det ikke kun betydning hvad undersøgelserne viser om arbejdsbetingede helbredsskader. Som nævnt er sigtet med den første af undersøgelserne bl.a. at forebygge arbejdsbetingede helbredsskader, og jeg går ud fra at ansatte i DR's orkestre deltager i undersøgelsen. Jeg anser det på den baggrund f.eks. ikke for udelukket at resultatet af undersøgelsen af de fysiske og psykiske arbejdsforhold i relation til lidelser i bevægeapparatet kan give DR anledning til at overveje ændringer med henblik på en lempelse af visse af de krav som stilles til musikere i DR's faste orkestre – f.eks. i forhold til antallet af koncerter. Jeg henviser i den forbindelse til at der efter arbejdsmiljøloven er en generel pligt for arbejdsgiveren til at sørge for at arbejdsforholdene er sikkerheds- og sundhedsmæssigt fuldt forsvarlige, jf. lovens § 1 og § 15. Dette indebærer ifølge de bemærkninger der var indeholdt i det lovforslag som arbejdsmiljøloven byggede på, ikke kun beskyttelse mod arbejdsulykker og erhvervs sygdomme i traditionel forstand, men også beskyttelse i forhold til andre påvirkninger der kan forringe sundheden. Det omfatter f.eks. uhensigtsmæssige eller ubehagelige arbejdsstillinger og -belastninger, ensformigt arbejde og hårdt fysisk arbejde, når disse påvirkninger over længere perioder hver for sig eller i kombination kan antages at nedbryde modstandskraften eller medføre psykiske lidelser hos den ansatte. Jeg henviser til Folkeetingstidende 1975-76, tillæg A, s. 99 ff.

En sådan overvejelse må ske i lyset af det der er anført i de bemærkninger som var knyttet til de lovforslag som forskelsbehandlingsloven bygger på. Som nævnt er det anført i bemærkningerne vedrørende ændringsloven fra 2004 at opretholdelse af aldersgrænser under 65 år kun kan ske i særlige tilfælde. Hertil kommer at 2006-lovændringen navnlig skal ses på baggrund af

Velfærdsaftalen. Det fremgår som nævnt af denne aftale at der generelt ikke bør være pligtige aldersgrænser for tilbagetrækning på arbejdsmarkedet, hverken i lovgivningen eller i overenskomster. Hvornår man skal stoppe på arbejdsmarkedet, skal ikke afgøres af utidssvarende regler, og de ansatte bør ikke tvinges ud af arbejdsmarkedet fordi de når en bestemt alder, men bør have mulighed for at fortsætte så længe de har lyst og evne til det. I lovbestemmelserne til 2006-lovændringen ligger der på den baggrund også en opfordring fra forligspartierne bag aftalen til overenskomsterne om at vurdere behovet for den fortsatte opretholdelse af eventuelle bestemmelser i kollektive overenskomster om pligtsædlig fratræden på grund af alder før det 65. år. Som det er fremgået, har Velfærdsaftalen og de synspunkter der ligger i aftalen, i øvrigt også ført til ophævelse af den tidligere fratrædelsesalder på 70 år i tjenestemandens § 29. Hertil kommer også ændringen af lov om social pension med gradvis forhøjelse af folkepensionsalderen til 67 år (lov nr. 1586 af 20. december 2006 om ændring af lov om social pension).

Når undersøgelsen om professionelle musikeres helbredsforhold – 'Projekt Musikersundhed' – foreligger, har jeg bedt DR underrette mig om hvad den giver DR anledning til at foretage sig i forhold til en fortsat opretholdelse af den aftalte pligtsædige fratrædelsesalder på 63 år i reglementet og overenskomsten for musikere i DR's faste orkestre.

..."

Efter min udtalelse af 30. marts 2009 modtog jeg en henvendelse fra en person som havde bistået klageren (A) i sagen. Denne person pegede på at der var enkelte forkerte og uklare faktiske oplysninger i min udtalelse. Dette blev bekræftet af Danmarks Radio. Jeg beklagede i et senere brev til A det skete, men fastholdt at jeg ikke havde grundlag for at kritisere afskedigelsen. Min udtalelse ovenfor er gengivet i rettet form.

## Sagsfremstilling

DR har oplyst at A med virkning fra (...) 1976 blev ansat som musiker i Danmarks Radio. A blev ansat som tjenestemand i henhold til reglement for DR's faste orkestre (DR RadioSymfoniOrkestret og DR RadioUnderholdningsOrkestret) fra 2006. Reglementet indeholder i § 27 en bestemmelse om en pligtig afgangsalder. Det fremgår af bestemmelsen at "for orkestermedlemmer, der er ansat 1. juli 1969 eller senere, ophører ansættelsen med udgangen af den måned, hvori medlemmet fylder 63 år. For medlemmer ansat før 1. juli 1969 fastsættes pensioneringstidspunktet individuelt efter særlig aftale". Også for overenskomstansatte er der fastsat en pligtig afgangsalder på 63 år.

A har oplyst at han på et møde den 18. januar 2008 fik meddelelse om afsked på grund af alder med udgangen af april 2008. I et brev af 30. januar 2008 bekræftede DR at A skulle fratræde på grund af alder den 30. april 2008.

Den 7. februar 2008 rettede A henvendelse til DR vedrørende hans afsked på grund af alder. A skrev i brevet at han opfattede sin afsked som værende en usaglig aldersdiskrimination.

DR fastholdt i et brev af 12. marts 2008 afskedigelsen. DR henviste til at forskelsbehandlingslovens § 5 a, stk. 3, indeholdt en bestemmelse om at bestemmelser i kollektive overenskomster som er indgået før den 28. december 2004, om fratræden på grund af alder før det 70. år, fortsat kunne opretholdes. DR skrev også at det var et krav at den aftalte afgangsalder skulle være "objektivt og rimeligt begrundet i et legitimt formål inden for rammerne af dansk ret og midlerne til at opfylde dette formål skal være hensigtsmæssige og nødvendige". DR henviste til reglementets § 27 som hjemmel for afskedigelsen. Denne bestemmelse var indgået før den 28. december 2004, og det var DR's opfattelse at bestemmelsen var omfattet af den nævnte undtagelsesbestemmelse i lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet mv. DR afviste i brevet også at tillægge A's klage opsættende virkning indtil der var truffet en endelig afgørelse i sagen.

DR fastholdt i et brev af 29. marts 2008 afskedigelsen som svar på et brev af 19. marts 2008 fra A.

Den 30. marts 2008 klagede A til mig over DR's afskedigelse af ham. Jeg bad den 2. april 2008 DR om en udtalelse i anledning af klagen.

Den 7. april 2008 fastholdt DR i et brev til A afslaget på at tillægge hans klage opsættende virkning.

DR henviste i et brev af 5. maj 2008 til at bestemmelsen i reglementets § 27 om pligtig fratrædelsesalder var indgået længe inden forskelsbehandlingslovens ikrafttræden i forbindelse med at der mellem DR's faste orkestre og DR opnåedes enighed herom. I samme forbindelse var der enighed om at musikerne samtidig skulle kompenseres pensionsmæssigt. De pågældende musikere får tillagt op til 7 års pensionsanciennitet, dog således at en medarbejder maksimalt kan komme op på 37 års pensionsanciennitet. Ved de løbende forhandlinger af såvel reglementet som overenskomsten havde spørgsmålet om en højere fratrædelsesalder end 63 år været drøftet, men ingen af parterne havde fremsat krav om at hæve fratrædelsesalderen, heller ikke efter forskelsbehandlingslovens ikrafttræden.

DR oplyste at baggrunden for den pligtige afgangsalder var at der for musikere var tale om et fysisk krævende arbejde. En musiker ville derfor normalt

være så nedslidt i en alder af 63 år at fortsat ansættelse i et orkester med et meget højt kunstnerisk niveau som DR Radiosymfoniorkestrets erfaringsmæssigt ikke kunne kombineres med de meget høje krav der stilledes til den pågældende musiker. DR henviste til at arbejdsugen for en musiker indeholdt både aftenarbejde og – ofte – weekendarbejde. Hertil kom et antal turneer. En musiker forventedes dog ikke desto mindre altid at kunne præstere det kunstnerisk ypperste. Der blev stillet store krav til præcision og stil fra skiftende dirigenter i topklasse, og der lå en betydelig belastning som følge af lydtryk, ensformige arbejdsstillinger, nodelæsning mv.

Det var også DR's opfattelse at det ikke var usædvanligt med en fratrædelsesalder som den der var aftalt for DR's musikere. DR henviste til at musikere i Det Kongelige Kapel ligeledes havde en fratrædelsesalder på 63 år, og til at der i andre europæiske orkestre eller kulturinstitutioner som DR normalt sammenlignede sig med, var fastsat en tilsvarende eller lavere fratrædelsesalder. DR havde fået oplyst at den gennemsnitlige fratrædelsesalder i f.eks. Tyskland var 63,5 år, i Frankrig 61 år, og i Sverige var den gennemsnitlige fratrædelsesalder 62,4 år. DR henviste også i brevet af 5. maj 2008 til at arbejdsmarkedet for musikere var internationalt, og at en hævelse af fratrædelsesalderen ville bringe orkestret i en dårlig konkurrencemæssig situation både set i forhold til de danske og udenlandske orkestre eller kulturinstitutioner som DR normalt sammenligner sig med, og i forhold til rekruttering af musikere. Hvis der i øvrigt ikke havde været aftalt en lavere fratrædelsesalder, havde DR kun mulighed for at afskedige en musiker af kunstneriske grunde (på grund af for ringe musikalsk kvalitet) efter at der forudgående havde været nedsat en orkesterjury og gennemført en afskedigelsesproces efter det almindelige tjenestemandreglement om afsked. Efter DR's opfattelse ville dette være en foranstaltning som langt de fleste musikere ville opleve som en ydmygende afsked med en arbejdsplads som de for de flestes vedkommende havde været ansat på i ganske mange år. DR oplyste afslutningsvis at DR-musikere over 63 år havde mulighed for at blive engageret i forbindelse med enkeltstående arrangementer.

I et brev af 19. maj 2008 bad jeg DR om en supplerende udtalelse. Jeg bad DR nærmere redegøre for hvorfor DR anså sig omfattet af undtagelsesbestemmelsen i § 5 a, stk. 3, i lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet. Jeg bad også DR oplyse om der med oplysningerne om en gennemsnitlig fratrædelsesalder i andre lande mentes at der ikke i disse lande var en bestemt eller en højeste fratrædelsesalder.

DR oplyste i en udtalelse af 18. august 2008 at bestemmelsen om pligtmæssig fratræden efter det oplyste havde været gældende siden begyndelsen af 1970'erne. Reglementet var gennem årene løbende blevet forhandlet mellem DR og repræsentanter for medarbejderne i DR's to orkestre. DR oplyste også at medarbejdere i orkestrene fra og med 2003 var ansat på overenskomstvil-

kår i stedet for tjenestemandsvilkår. Overenskomsten var indgået med Dansk Musiker Forbund. Forhandlingerne om reglementet for de tjenestemandssatte musikere og overenskomsten for de overenskomstansatte foregik sideløbende, og ansættelsesvilkårene for de to grupper var stort set identiske. DR mente ikke at det forhold at der var sket en fornyelse af overenskomsten efter 27. december 2004, indebar at bestemmelsen ikke kunne anvendes. DR henviste til støtte herfor bl.a. til de bemærkninger som var indeholdt i det forslag som lov nr. 1542 af 20. december 2006 byggede på.

Efter DR's opfattelse skulle vurderingen af om en kollektivt aftalt pligtmæssig fratrædelsesalder opfyldte betingelserne i § 5 a, stk. 3, foretages i lyset af bemærkningerne til det i sin tid fremsatte lovforslag og det bagvedliggende EU-direktiv. DR mente herudfra at udgangspunktet var at der måtte gælde relativt vide rammer for vurderingen af om en konstateret forskelsbehandling på grund af alder var objektivt og rimeligt begrundet i et legitimt formål inden for rammerne af den nationale ret. Denne opfattelse støttede DR også på EF-Domstolens dom af 22. november 2005 i sagen C-144/04, Werner Mangold mod Rüdiger Helm, og EF-Domstolens dom af 16. oktober 2007 i sag C-411/05 Félix Palacios de la Villa mod Cortefiel Servicios SA.

DR mente ikke at det af dommen af 22. november 2005 kunne udledes at der generelt stilles strenge krav ved prøvelsen af om der foreligger den fornødne proportionalitet. DR mente at dommen i høj grad måtte siges at bære præg af at der var tale om en bestemmelse i lovgivningen der berørte en meget stor gruppe af medarbejdere på arbejdsmarkedet og allerede fandt anvendelse fra det 52. år. Om dommen af 16. oktober 2007 anførte DR bl.a. at den måtte anses for at være et udtryk for en anerkendelse af at en medlemsstat overlader det til arbejdsmarkedets parter at vurdere behovet for eventuel fastsættelse af en pligtmæssig fratrædelsesalder i lyset af de særlige forhold der gør sig gældende generelt i den pågældende medlemsstat og konkret på den relevante del af arbejdsmarkedet. Når der vel at mærke er tale om en relativt høj fratrædelsesalder og medarbejderne endvidere på det pågældende tidspunkt er sikret en rimelig pension.

Om den konkrete sag og baggrunden for den fastsatte pligtmæssige fratrædelsesalder på 63 år anførte DR bl.a. følgende i sin udtalelse:

”(A) var tilknyttet DR RadioSymfoniOrkestret. DR RadioSymfoniOrkestret anses for at være det førende symfoniorkester i Danmark og er internationalt anerkendt for et meget højt fagligt niveau, hvilket de mange invitationer til deltagelse i internationale festivals og gæsteoptrædener er udtryk for.

Det forhold, at der er tale om et radiosymfoniorkester, indebærer, at koncerterne når ud til et ganske betydeligt publikum – en lytterskare på op til

ca. 12 mio. er således ikke usædvanlig. Der er endvidere ved fastlæggelsen af kvalitetsniveauet i orkestret stor fokus på, at koncerterne radio-transmitteres, idet radiomediet forstærker lydindtrykket, hvorfor der er langt større risiko for, at eventuelle fejl, der begås af musikerne, 'slår igennem' og dermed høres af publikum.

Dette indebærer, at der stilles meget høje faglige krav til musikerne i radiosymfoniorkestret, og arbejdsmiljøet må generelt betegnes som krævende og stærkt kompetitivt, idet der konsekvent fra såvel orkesterledelsen som de øvrige musikere stilles krav om, at den enkelte hver gang præsterer det kunstnerisk ypperste.

Arbejdsmiljøet er endvidere præget af skiftende arbejdstider som følge af aftenarbejde, weekendarbejde og et stort antal turneer. Det kan oplyses, at der i sæsonen 2008/2009 for DR RadioSymfoniOrkestret er fastlagt blandt andet:

- Cirka 20 turnédage
- Cirka 22 torsdagskoncerter, der afvikles om aftenen
- Cirka 9 lørdagskoncerter
- Cirka 11 fredagskoncerter, der afvikles om aftenen
- Cirka 18 sene eftermiddagsprøver i forbindelse med korproduktioner
- Cirka 10 Metrokoncerter, der afvikles sent om eftermiddagen

Hertil kommer, at det efterhånden er almindelig kendt, at klassiske musikere er udsat for betydelige fysiske belastninger og derfor ofte udvikler arbejdsrelaterede skader i bevægeapparatet (nakke, skuldre, arme og hænder) samt høretab, tinnitus og øget følsomhed over for lyd. Der er da også på denne baggrund igangsat flere undersøgelser af helbredsforholdene hos professionelle musikere under Center for Musikersundhed, der efter telefonisk oplysning fra Arbejds- og Miljømedicinsk Klinik ved Odense Universitetshospital forventes færdiggjort i løbet af 2-3 år. For god ordens skyld vedlægges til orientering kopi af print fra hjemmesiden [www.musikersundhed.dk](http://www.musikersundhed.dk), der omtaler projekterne. Endvidere vedlægges et print af en artikel med overskriften 'Musikere lider af tinnitus og overbelastning' fra den 3. juni 2006 i Dagens Medicin.

Baggrunden for, at der mellem DR og repræsentanterne for musikerne, herunder Dansk Musiker Forbund hidtil har været enighed om, at 63 år er en passende fratrædelsesalder for en musiker i radiosymfoniorkestret er, at en række musikere oplever, at det med alderen bliver vanskeligere at klare de krævende arbejdsforhold, ligesom en række af musikerne, når de når denne alder, oplever fysiske gener efter en lang karriere som professionelle musikere.



Ved at fastlægge en pligtmæssig fratrædelsesalder på et niveau, der generelt er forståelse for blandt også musikerne, opnås en værdig afslutning som musiker i radiosymfoniorkestret. Herved undgås gennemførelse af omfattende og for den enkelte musiker ofte ydmygende kunstneriske evalueringer med henblik på at vurdere musikerens faglige niveau, der i henhold til de gældende bestemmelser i reglement og overenskomst skal gennemføres af en særligt nedsat orkesterjury. Det er DR's opfattelse, at en ophævelse af den pligtmæssige fratrædelsesalder på 63 år eller en forhøjelse af denne til 70 år, ville indebære en for et antal musikere ydmygende afsked med en for de flestes vedkommende mangeårig arbejdsplads.

Det skal i denne sammenhæng endvidere bemærkes, at en afskedigelse foretaget efter gennemførelse af evalueringer af en særligt nedsat orkesterjury må forventes at have mærkbart negative konsekvenser for den fratrådte musikers mulighed for fortsat beskæftigelse i anden sammenhæng (enkeltstående engagementer/undervisning/professorater med videre).

Forhandlingsparterne er fuldt ud opmærksomme på, at der utvivlsomt vil være enkelte musikere, der som 63-årige – således som det er tilfældet for (A) – fortsat føler sig fuldt ud i stand til at leve op til de høje krav, der stilles til musikerne i radiosymfoniorkestret. Forhandlingsparterne har imidlertid været og er fortsat af den opfattelse, at der med en pligtmæssig fratrædelsesalder på 63 år er opnået en hensigtsmæssig balance mellem på den ene side hensynet til kollektiviteten og på den anden side den enkelte musiker i radiosymfoniorkestret. Det er netop denne afvejning, der i § 5 a, stk. 3, i forskelsbehandlingsloven er givet overenskomstparter hjemmel til at foretage i lyset af de særlige forhold, der gør sig gældende i den pågældende branche.

Som følge af den betydelige fokus på DR RadioSymfoniOrkestret også internationalt, må orkestret anses for at befinde sig i en ganske stærk konkurrencemæssig situation såvel nationalt som internationalt, ikke mindst i forhold til rekruttering af musikere. Det er derfor overordentligt relevant at se på de pligtmæssige fratrædelsesaldrer, der gælder for musikere i såvel andre danske som udenlandske orkestre, som DR RadioSymfoniOrkestret normalt sammenlignes med.

Som det også fremgår af DR's brev af 5. maj 2008, har også musikerne i Det Kongelige Kapel en fratrædelsesalder på 63 år. DR har herudover indhentet oplysninger om fratrædelsesaldrer for musikere i de internationale orkestre, som radiosymfoniorkestret normalt sammenlignes med.

– Det kan på denne baggrund oplyses, at der i Sveriges radiosymfoniorkester som udgangspunkt gælder en pligtmæssig fratrædelsesalder på 60 år med mulighed for at opnå 1-årige forlængelser frem til det 63. år, såfremt det faglige niveau vurderes at være tilstrækkeligt højt. For musikere ansat efter den 1. september 2001 er den pligtmæssige fratrædelsesalder dog 67 år.

– For såvel de hollandske som de tyske orkestre, som DR RadioSymfoniOrkestret sammenlignes med, gælder der en pligtmæssig fratrædelsesalder på 65 år for musikerne.

En ophævelse af den pligtmæssige fratrædelsesalder for medarbejderne i DR RadioSymfoniOrkestret, alternativt fastsættelse af en pligtmæssig fratrædelsesalder på 70 år i henhold til forskelsbehandlingslovens § 5 a, stk. 4, ville således efter DR's opfattelse være overordentlig uheldig set i lyset af den konkurrencemæssige situation, DR RadioSymfoniOrkestret befinder sig i.

Niveauet for de pligtmæssige fratrædelsesaldrer for musikerne i orkestrene i de ovenfor anførte lande er endvidere med til at understrege, at der består et objektivet og sagligt behov for opretholdelsen af den pligtmæssige fratrædelsesalder for musikerne i DR RadioSymfoniOrkestret.

Hertil kommer, at en stilling i DR RadioSymfoniOrkestret – som følge af den status DR RadioSymfoniOrkestret nyder – som oftest betragtes som det endelige mål for den enkelte musikers professionelle karriere. Dette indebærer, at langt de fleste musikere i DR RadioSymfoniOrkestret vælger at forblive ansat i så mange år som muligt. Meget få medarbejdere vælger således frivilligt at søge andre stillinger, og de fleste medarbejdere er dermed tilknyttet DR's radiosymfoniorkester i mange år.

Den aftalte pligtmæssige fratrædelsesalder er således også med til at sikre en løbende udskiftning af medarbejderstaben, og dette medvirker til at sikre en nødvendig kunstnerisk fornyelse og synergi i det indbyrdes samarbejde musikerne imellem.

Endvidere medvirker den pligtmæssige fratrædelsesalder på 63 år til at sikre, at også unge klassiske musikere har en realistisk mulighed for at opnå ansættelse i radiosymfoniorkestret, og den er således ligeledes medvirkende til at fastholde unge klassiske musikeres interesse for orkestret.

Det bemærkes at det er DR's bestemte indtryk, at de musikere, der pensioneres som 63-årige fra radiosymfoniorkestret, generelt ikke føler sig henvist til lediggang. DR er således bekendt med, at flere af de musikere,

der pensioneres fra DR som 63-årige, vælger at fortsætte deres karriere på deltid, dels gennem arbejde med enkeltstående engagementer for DR, dels gennem enkeltstående engagementer for andre orkestre med videre. Disse fortsatte aktiviteter kan endvidere kombineres med den tjenestemandspension, der opnås ret til som 63-årig, idet der dog i et vist omfang vil ske modregning, hvis der oppebæres anden indtægt sideløbende med tjenestemandspensionen.

Retten til at oppebære tjenestemandspension – opgjort som var den pågældende musiker fyldt 70 år – indebærer endvidere, at medarbejderne i radiosymfoniorkestret er sikret en utvivlsomt rimelig pension på fratrædelsestidspunktet – et forhold, som EF-Domstolen tillægger betydelig vægt i den ovenfor i punkt 2.5 omtalte dom fra EF-Domstolen.

Disse særlige forhold, der er kendetegnende for DR RadioSymfoniOrkestret og den arbejdsmæssige situation musikerne befinder sig i, indebærer, at den i reglementet og overenskomsten for DR's faste orkestre fastsatte pligtmæssige fratrædelsesalder på 63 år må anses for at leve fuldt ud op til betingelserne i forskelsbehandlingslovens § 5 a, stk. 3, således som disse må fortolkes i lyset af blandt andet forbuddet mod forskelsbehandling på grund af alder i beskæftigelsesdirektivet.”

DR's udtalelse var vedlagt en kopi af et brev af 14. august 2008 fra Dansk Musiker Forbund der bekræftede at der efter Dansk Musiker Forbunds opfattelse fortsat var de fornødne grunde til at opretholde en pligtmæssig fratrædelsesalder på 63 år for musikerne i DR's faste orkestre.

A kommenterede i et brev af 23. august 2008 DR's udtalelse af 18. august 2008. Det var A's opfattelse at det ikke var sagligt at forskelsbehandle ansatte efter ansættelsestidspunktet. Han henviste til at afgangsalderen for musikere ansat før den 1. juli 1969 var 70 år, mens den var 63 år for musikere ansat efter den 1. juli 1969.

Den 4. september 2008 bad jeg DR om endnu en supplerende udtalelse i sagen. Jeg bad DR redegøre nærmere for DR's opfattelse hvorefter bestemmelsen om pligtig fratrædelsesalder kunne opretholdes under forudsætning af at betingelserne i forskelsbehandlingslovens § 5 a, stk. 3, fortsat er opfyldt, uanset at såvel reglementet som overenskomsten senere er fornyet. Jeg bad også DR oplyse om DR havde kendskab til hvad der lå bag ændringen af fratrædelsesalderen til 67 år i Sverige. I forlængelse heraf bad jeg DR oplyse om DR tilsvarende havde overvejet en forhøjelse af den pligtmæssige fratrædelsesalder. Jeg henviste til § 5 a, stk. 4, 2. pkt., og til de synspunkter der lå bag ændringen af lov om social pension med gradvis forhøjelse af folkepensionsalderen til 67 år (lov nr. 1586 af 20. december 2006 om ændring af lov om social pension). Jeg bad også DR oplyse om sine erfaringer med anvendelse

af en særlig nedsat orkesterjury ved sager om afskedigelse eller nedrykning af en musiker.

DR henviste i en udtalelse af 6. oktober 2008 til at det direkte fremgår af ordlyden i forskelsbehandlingslovens § 5 a, stk. 3, at undtagelsen netop giver mulighed for at opretholde gældende aldersgrænser fastsat i eller aftalt i henhold til kollektive aftaler og overenskomster. Efter DR's opfattelse indebar denne bestemmelse at en bestemmelse om pligtmæssig fratræden ved det 63. år, der var indarbejdet i en kollektiv aftale eller overenskomst før den 28. december 2004, ville kunne opretholdes, uanset at den kollektivt forhandlede aftale og/eller overenskomst som helhed senere var fornyet. Det afgørende var hvornår den pågældende bestemmelse var forhandlet ind i overenskomsten, og ikke om overenskomsten senere (hvilket ville være det sædvanlige udgangspunkt) var blevet fornyet. DR henviste bl.a. til at Beskæftigelsesministeriet havde bekræftet denne fortolkning over for DR.

Det var ifølge DR naturligvis en forudsætning at de i § 5 a, stk. 3, fastsatte betingelser var opfyldt, og at denne vurdering kunne ændre sig således at overenskomsterne i forbindelse med en overenskomstforhandling ville være nødsaget til at hæve eller ophæve en pligtmæssig fratrædelsesalder, idet bestemmelsen i modsat fald ville være i strid med forskelsbehandlingsloven. Det var imidlertid DR's opfattelse at de fornødne betingelser i denne sag fortsat var opfyldt og også var det i forbindelse med den seneste aftaleoverenskomstforhandling i 2007.

DR oplyste også at der i Frankrig var en ret til at fastlægge en pligtmæssig fratrædelsesalder på 60 år for offentligt ansatte musikere. I "Orchestre National de France" og "Opera National de Paris" opererede man dog efter det oplyste med en pligtmæssig fratrædelsesalder på 62 år. DR var ikke af det svenske radiosymfoniorkester orienteret om baggrunden for den gennemførte ændring i Sverige.

DR oplyste endvidere i brevet af 6. oktober 2008 at såvel DR som aftaleparterne var bekendte med at der i henhold til forskelsbehandlingslovens § 5 a, stk. 4, 2. pkt., var hjemmel til at gennemføre en forhøjelse af den pligtmæssige fratrædelsesalder og således også til et lavere niveau end 70 år. En forhøjelse af den pligtmæssige fratrædelsesalder havde været overvejet, men aftaleparterne havde vurderet at det fortsat ville være nødvendigt og tillige i overensstemmelse med forskelsbehandlingsloven at opretholde en pligtmæssig fratrædelsesalder på 63 år. DR bemærkede at DR var fuldt ud opmærksom på de synspunkter der lå bag ændringen af lov om social pension om gradvis forhøjelse af folkepensionsalderen til 67 år. DR var endvidere opmærksom på at det løbende og i særdeleshed i forbindelse med de jævnlige forhandlinger om såvel reglement som overenskomst nøje skulle overvejes om der fortsat ville bestå det fornødne grundlag for at opretholde en pligtmæssig fratrædel-

sesalder på 63 år. DR var således opmærksom på at vurderingen af dette spørgsmål kunne ændre sig.

DR oplyste også at orkesterjuryen, der i henhold til reglementet og overenskomsten høres i sager hvor DR af kunstneriske grunde ønsker at afskedige en musiker eller nedrykke en musiker fra koncertmester- eller soloplads, havde været anvendt relativt få gange i nyere tid. Baggrunden herfor var ifølge DR at nedsættelsen af en orkesterjury i praksis betragtes som et ganske indgribende skridt i forhold til den musiker der ikke vurderes at fungere tilfredsstillende, og dette indebar at DR så vidt muligt forsøgte at løse de opståede problemstillinger før der blev iværksat en orkesterjury. At nedsættelsen af en orkesterjury var et indgribende skridt i forhold til den enkelte musiker, blev ifølge DR også understreget af at de ganske få sager hvor DR havde set sig nødsaget til dette initiativ, var afsluttet med en ansøgt afskedigelse eller nedrykning.

A sendte mig med et brev af 9. oktober 2008 kopi af en dom afsagt af Københavns Byret den 19. september 2008 om aldersdiskrimination. Sagen angik det forhold at en ansat i 2005 blev opsagt af sin arbejdsgiver til fratræden efter det fyldte 65 år og i stedet fik tilbudt tidsbegrænset ansættelse som vikar. Den ansatte mente at opsigelsen var i strid med forskelsbehandlingsloven, mens arbejdsgiveren gjorde gældende at forskelsbehandlingslovens § 5 a, stk. 4, fandt anvendelse. I arbejdsgiverens personalehåndbog var det anført at fratræden skete ved udgangen af den måned hvor den ansatte fyldte 67 år, og at pensionsalderen fulgte gældende lov om folkepension. Denne håndbog var der henvist til i ansættelseskontrakten mellem arbejdsgiveren og den ansatte. Retten påpegede at den bestemmelse i personalehåndbogen der som en individuel aftale var påberåbt af arbejdsgiveren til støtte for at der kunne ske afskedigelse udelukkende med henvisning til alder, omhandlede en 67-års-grænse. Allerede derfor mente retten at afskedigelsen var i strid med forskelsbehandlingslovens § 2. Det ændrede ikke noget at der i personalehåndbogen også var henvist til at pensionsalderen fulgte gældende lov om folkepension. Det nye ansættelsesforhold der blev tilbudt den ansatte efter opsigelsen, indebar en væsentligt ringere retsstilling, og der var derfor tale om en reel forskelsbehandling. Den ansatte blev tilkendt en godtgørelse der på baggrund af den ansattes anciennitet blev fastsat til et beløb svarende til 9 måneders løn.