

Sune Klinge
EU-direktiver og grundrettigheder i horisontale retsforhold
– en juridisk analyse af borgernes retssikkerhed og konsekvenserne for medlemsstaten

1. udgave, 1. oplag

© 2020 by Djøf Forlag

Alle rettigheder forbeholdes.
Mekanisk, elektronisk, fotografisk eller anden gengivelse af
eller kopiering fra denne bog eller dele heraf
er ifølge gældende dansk lov om ophavsret ikke tilladt
uden forlagets skriftlige samtykke eller aftale med Copy-Dan.

Omslag: Marianne Tingkov
Tryk: Ecograf, Brabrand

Printed in Denmark 2020

ISBN 978-87-574-4702-6
ebog ISBN 978-87-7198-450-7

Udgivet med støtte fra Det Finneske Legat

Djøf Forlag
Gothersgade 137
1123 København K

Telefon: 39 13 55 00
e-mail: forlag@djoef.dk
www.djoef-forlag.dk

Indholdsfortegnelse

Forord – Den europæiske integrations mange udfordringer	9
Kapitel 1. Formålet med afhandlingen om horisontale retsforhold ..	15
1.1. State of the art	18
1.2. Problemformulering	18
1.3. Strukturen for afhandlingen	20
1.4. Metode	21
1.4.1. Traditionel retsdogmatisk metode	24
1.4.2. Traditionel EU-retlig tilgang	26
1.4.3. Multilevel constitutionalism	27
1.5. Retskildehierarki og metodiske valg	30
1.6. Om kvalitetskriterier i juridisk forskning	35
1.6.1. Praktisk eller teoretisk retsdogmatik	35
1.6.2. Sprogvalget i afhandlingen	39
1.7. Afgræsning og terminologi	42
Kapitel 2. Horisontal direkte virkning af grundrettigheder og EU-	
direktiver i dansk ret	47
2.1. Det teoretiske udgangspunkt for konfliktsituationen	48
2.1.1. Pligten til EU-konform fortolkning	49
2.1.2. Indirekte virkning og det brede medlemsstatsbegreb	50
2.2. Retsgrundlaget for Danmarks medlemskab af EU	53
2.2.1. Grundlovens § 19, § 20 og tiltrædelsesloven	53
2.2.2. Maastricht- og Lissabon-sagerne	55
2.2.3. Ajos-sagen	58
2.2.3.1. Sø- og Handelsrettens dom	59
2.2.3.2. Den præjudicielle forelæggelse	60
2.2.3.3. Indlæg fra medlemsstaterne og EU-	
Kommissionen	62
2.2.3.4. Generaladvokat Y. Bot af 25. november 2015 ...	64
2.2.3.5. EU-Domstolens afgørelse af 19. april 2016	65
2.2.3.6. Højesterets dom i af 6. december 2016	67
2.2.3.7. Højesterets dissens	73

2.3.	Vurdering af horisontal virkning af grundrettigheder i dansk ret ...	74
2.3.1.	Tiltrædelseslovens rammer og Højesterets »obiter dictum«	76
2.3.2.	Retssikkerhed og »ekstraordinær situation«	79
Kapitel 3.	Det dynamiske retssikkerhedsbegreb	85
3.1.	Metodiske overvejelser om retssikkerhedens forskellige faser	86
3.2.	Den faseopdelte udvikling af retssikkerhedsbegrebet	92
3.2.1.	Retsstat: Stats- og strafferetten	92
3.2.2.	Vældfærdsstat: forvaltningsretten	105
3.2.3.	EU-medlemsstat: EU-forfatningsretten	110
3.3.	Danske domstoles retsskabende virksomhed og tilbageholdenhed	115
3.4.	Foreløbig definition af det nationale forfatningsretlige retssikkerhedsbegreb	120
3.5.	Et europæisk retssikkerhedsbegreb – konvergens eller konflikt med det nationale?	121
3.5.1.	EU-Domstolens retspraksis om retssikkerhed	124
3.5.2.	Europæisk juridisk litteratur	127
3.6.	Konklusion og sammenfatning om retssikkerhedsbegrebet	131
3.6.1.	Retlig status og funktion	133
3.6.2.	Uskrevne rettigheder på grundlovsniveau	135
Kapitel 4.	Nye konfliktområder i horisontale retsforhold om grundrettigheder	141
4.1.	Grundrettighedsbeskyttelsen i EU i horisontale retsforhold	142
4.2.	Det teoretiske fundament for <i>Mangold</i> , <i>Kücükdeveci</i> og <i>DI/Ajos</i> ..	145
4.3.	Charterets artikel 51 om anvendelsesområdet	148
4.4.	Charterets artikel 21 om ligebehandling	152
4.4.1.	<i>DI/Ajos</i> – den præjudicielle afgørelse	153
4.4.2.	Egenberger-sagen	156
4.4.3.	IR-sagen	159
4.4.4.	Cresco-sagen	161
4.4.5.	Opsamling vedrørende Charterets artikel 21 om ligebehandling og det nationale perspektiv	166
4.5.	Charterets artikel 31 om retten til rimelige arbejdsvilkår	170
4.5.1.	Bauer-sagen	173
4.5.2.	Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO)-sagen	178
4.5.2.1.	Generaladvokatens udtalelse – horisontal virkning af Charterets artikel 31, stk. 2	178

4.5.2.2.	EU-Domstolens dom af 14. maj 2019	181
4.6.	Betingelserne for horisontal direkte virkning	182
4.7.	Konklusion om nye konfliktområder	188
4.7.1.	Vurderingen af horisontal virkning og nye retsområder ..	188
4.7.2.	Retssikkerhedsmæssige betænkeligheder	192
4.7.3.	Magtfordelingsmæssige betænkeligheder	195
Kapitel 5.	Konsekvenser for medlemsstaten for mangelfuld opfyldelse af EU-retten	203
5.1.	Traktatbrudssøgsmål TEUF artikel 258	205
5.2.	Lovgivningsmagtens erstatningsansvar for mangelfuld implementering af EU-retten	210
5.2.1.	Rette sagsøgte i horisontale retsforhold	210
5.3.	Statens erstatningsansvar som lovgiver	213
5.3.1.	Den EU-retlige ansvarsnorm	214
5.3.2.	Dansk retspraksis om ansvarsnormen i EU-retlige sager	216
5.3.3.	Den juridiske litteratur og sammenfatning om ansvarsnormen for lovgiver	218
5.4.	Medlemsstatens reaktionspligt efter domsafsigelse ved EU-Domstolen	221
5.4.1.	CO-industri mod Beskæftigelsesministeriet	222
5.4.1.1.	Østre Landsret dom af 9. februar 2016	223
5.4.1.2.	Kendelse afsagt den 7. oktober 2016	224
5.4.1.3.	Højesteretsafgørelse af 19. januar 2017	226
5.4.2.	Sammenfatning, observationer og konsekvenser	228
5.5.	Inddragelse af forfatningsmæssige begrænsninger	231
5.6.	Inddragelse af TEUF artikel 260 og Kommissionens bødepraksis	232
5.6.1.	Retspraksis om TEUF artikel 260 – sanktioner for mangelfuld efterlevelse	235
5.6.1.1.	Traktatbrud om logningsdirektivet	238
5.6.1.2.	Traktatbrud om direktiv om arbejdsmarkedsrelateret pension	240
5.6.1.3.	Traktatbrud om direktiv om erstatning til ofre for forbrydelser (fri bevægelighed for personer)	241
5.6.2.	Opsamling og observationer TEUF artikel 260	242
5.7.	Inddragelse af tidligere lovændringer som fortolkningsbidrag	244
5.7.1.	Overvejelser om metoden for identifikation af retskildegrundlaget og fejkilder	245
5.7.2.	Danske traktatbrudssager – kategori A	249

5.7.3. Danske præjudicielle sager – kategori B	254
5.7.3.1. Konkret fortolkning af EU-retten	254
5.7.3.2. Danske regler i strid med den frie bevægelighed	261
5.7.3.3. Ansættelsesret: Ole Andersen, Toftgaard og øvrige sager	263
5.7.3.4. Supplerende regler til EU-forordninger	272
5.7.4. Udenlandske sager – kategori C	273
5.7.5. Lex superior- og ækvivalensprincippet	277
5.7.6. Opsamling og observationer: lovændringer	279
5.8. Sammenfatning: lovgivers ansvarsfrie periode	282
5.9. Samlet konklusion – konsekvenser for medlemsstaten og retsmidler	286
Kapitel 6. Modhensyn, genopretning og anbefaling til ny lovgivning	291
6.1. EU-dommes tidsmæssige virkning	292
6.1.1. Den EU-retlige vurdering	292
6.1.2. Den nationale behandling i vertikale relationer	298
6.2. Forældelse af ansvaret: princippet om national processuel autonomi	301
6.2.1. Forældelse i Ajos	303
6.3. Kan de nationale domstole drages til ansvar?	306
6.3.1. EU-retlig ansvarsnorm	306
6.3.2. Dansk norm for EU-stridig judiciel adfærd	310
6.3.3. Erstatningsansvar for judicielle handlinger i Ajos?	314
6.4. Forslag til ny bestemmelse i retsplejelovens § 320, stk. 2 om erstatning for tab	315
6.5. Genopretning af skaden	319
6.5.1. Retten til opfyldelse in natura eller erstatning for et tab .	320
6.5.2. Godtgørelse efter EMRK artikel 41 sammenholdt med EAL § 26 om tort	322
6.6. Samlet konklusion modhensyn og genopretning	327
Kapitel 7. Konklusion	329
Resume	337
Summary	339
Litteratur	341
Stikordsregister	353

Forord

Den europæiske integrations mange udfordringer

Et forord til en bogudgivelse af en ph.d.-afhandling anvendes ofte til at takke de mange gode mennesker, herunder kolleger, vejledere, familie og venner, som har hjulpet til med, at ph.d.-afhandlingen gik fra at være én eller flere ideer i hovedet på stipendiaten til at blive til et samlet værk, der yder en forskningsindsats svarende til de internationale standarder. Der skal ikke herske tvivl om, at jeg er taknemmelig for al den støtte, alle de gode råd og al den vejledning, jeg har fået undervejs. Det vil jeg derfor indledningsvis – i overensstemmelse med traditionen – takke for.¹

Herudover vil jeg gerne benytte forordet til – over for læseren – at sætte afhandlingen, som behandler en forfatningsretlig udfordring, ind i en større europæisk kontekst. En dansk-europæisk forfatningskrise, som den danske Højesteret og tiltrædelseslovgiver har været medvirkende til – og som endnu ikke er løst.

I Europa i disse år ses den ene udfordring afløst af den næste, og den europæiske integration har formentlig til alle tider været præget af forskelligartede udfordringer helt fra begyndelsen af samarbejdet.² Europa og medlemsstaterne har i nyere tid gennemlevet finanskrisen (2008-09), migrationskrisen (2015), samt den igangværende retsstatskrise med angreb på de værdier, som danner selve fundamentet for en demokratisk funderet union, herunder respekten for demokratiet og retsstaten, som vi er vidne til fra visse østeuropæiske medlemsstater. Alle disse kriser eller udfordringer for sammenhængskraften i EU og den fælles solidaritet kulminerede med Storbritanniens endelige udtræden ved Brexit (i januar 2020).

1. Ingen nævnt, ingen glemt. Jeg håber, at jeg personligt har takket dem, som takkes bør.
2. Se f.eks. Fabbrini, F., »The Future of the EU 27«, *European journal of legal studies*, 2019, SI, s. 305-333, som jeg også arbejder med som led i Jean Monnet netværket »BRIDGE« (Brexit Research and Interchange on Differentiated Governance in Europe).

Disse kriser for den europæiske integration er uløseligt sammenvævede og giver til stadighed gensidig næring til hinanden. Udfordringerne har EU og medlemsstaterne løst sammen eller er i gang med at løse, hvilket efter min vurdering understreger, hvor vigtigt samarbejdet, tilliden og solidariteten på tværs af landegrænser er. Det viser efter alt at dømme også den seneste COVID-19-krisen (marts 2020), hvor mange medlemsstater, som reaktion, lukkede de ydre grænser, satte det indre marked ud af funktion og gjorde store indgreb i de politiske frihedsrettigheder. Dette har blandt andet medført, at solidariteten i første omgang fik et nationalt sigte, og ikke et fælles europæisk. Efter de første rystelser har Europa og medlemsstaterne nu samlet sig om at hjælpe de allerhårdst ramte medlemslande, og vedtaget hjælpepakker som en led i en koordineret indsats mod coronavirus-pandemien. På nuværende tidspunkt er der samlet mobiliseret milliarder af euro.³

Ingen kan endnu (maj 2020) se på den anden side af COVID-19-krisen, hvad der venter Danmark, Europa og resten af verdenen, men der skal en genopbygning af Europa og det fælles indre markedet til efter Coronakrisen – det er der ikke tvivl om: Vil der indtræde en recession, som i kølvandet på Finanskrisen, eller er medlemsstaterne bedre rustet til at styre fri af en gældskrise denne gang? Spørgsmålet bliver, hvordan og under hvilke betingelser denne genopbygning skal finde sted. Vil man vende sig mod EU-Kommissionens seks topprioriteter for 2019-2024 om:

- 1) En europæisk grøn pagt. Vi arbejder på at blive den første klimaneutrale verdensdel
- 2) En økonomi, der tjener alle. Vi arbejder for social retfærdighed og velstand
- 3) Et Europa klar til den digitale tidsalder. Folk får nye muligheder med en ny generation af teknologier
- 4) Fremme af vores europæiske levevis. Vi beskytter vores borgere og værdier
- 5) Et stærkere Europa i verden. Vi styrker vores ansvarlige globale lederskab
- 6) Nyt skub i det europæiske demokrati. Vi fremmer, beskytter og styrker vores demokrati

Eller vil coronavirus-pandemien sætte spor i fremtidens Danmark, Europa og resten af verdenen. Ingen havde forudset omfanget af Coronakrisen, og som

3. Jf. »COVID-19: Europæisk solidaritet i aktion« (Covid19 factsheet European Solidarity DA 2 digital) og Coronavirus latest updates EN.

Albert Camus i romanen »Pesten« fra 1947 bemærkede om kriser og hjemløshed, er de »faktisk noget ret sædvanligt, men man har vanskeligt ved at tro på dem, før man har dem på halsen. Der har været lige så megen pest, som der har været krig i verden. Og alligevel finder pesten og krigen altid menneskene uforberedte«.

I lyset af de mange udfordringer, som Europa og medlemsstaterne står over for i disse år, fremstår den dansk-europæiske forfatningskrise, som Ajos-sagen har skabt, som en beskeden udfordring for den samlede europæiske integration. Ikke desto mindre er det fortsat min vurdering, at der er borgere, som kan komme i klemme, såfremt der ikke fra dansk side tages initiativ til at få løst denne konflikt, og der er brug for, at den judicielle dialog mellem den danske Højesteret og EU-Domstolen styrkes i medfør af princippet om gensidig anerkendelse og respekt

Derfor er afhandlingen fortsat relevant og aktuel, og en mulig løsning af konflikten kan enten ske ved at åbne mulighed for den erstatningsadgang, som jeg foreslår ved ændring af retsplejeloven eller ved på anden vis at åbne, for at domstolene i disse ekstraordinære situationer kan tilkende erstatning. Herved placeres ansvaret, hvor ansvaret bør placeres, nemlig hos (medlems-)staten. Det er lovgiver der har ansvaret, og som ikke fuldt ud har sørget for overensstemmelse mellem dansk ret og Danmarks internationale forpligtelser.

En anden løsning vil være at foretage ændring af tiltrædelsesloven, som efter Højesterets vurdering mangler, dvs. lappe det hul, som er opstået i den danske tiltrædelseslov. Herefter vil der ikke længere være tvivl i forhold til rækkevidden af EU-charterets direkte horisontale virkning i dansk ret; i tilfælde af konflikt mellem dansk ret og EU-charteret, gælder forrangsprincippet og EU-retten. Indtil lovgiver har løst dette problem eksisterer den dansk-europæiske forfatningskrise fortsat og konklusionerne, udfordringerne, samt eventuelle løsninger, som jeg peger på i min afhandling, er fortsat gældende.

Som påpeget af EU-Domstolens retspræsident Koen Lenaerts i et oplæg »Interpreting the law of the European Union through judicial dialogue« (marts 2020) på Københavns Universitet, vækker Ajos-sagen fortsat undren ved EU-Domstolen, der bakkes op af mange europæiske forfattere, heriblandt Lorna Armati, som har været en del af Europa-Kommissionens Juridiske Tjeneste, der i november 2019 har skrevet et bidrag til debatten: »Acts of Re-

bellion, or the Enemy Within?»,⁴ i hvilken konflikten om juridisk dialog i Ajos-sagen opsummeres på følgende måde:

»No matter the reasons, the highest judicial authority of a Member State saw fit to block unwelcome incursions into the legal order whose job it is to protect. And yet, therein lies the fundamental mismatch in perceptions: the EU and its legal order cannot be viewed as the »other«. In that sense, if it must at all be viewed as an enemy, then it is the enemy within.«

I min optik, er både Lenaerts og Armatís og mange andres holdning til Ajos-sagen, som skadelig for den judicielle dialog lige så firkantet, som Højesterets modsatte yderpol.

Efter færdiggørelsen af afhandlingen har også andre medlemsstater i EU udfordret EU-Domstolens forrang. Således har den tyske forfatningsdomstol BVerfG i dom af 5. maj 2020 2 BvR 859/15, erklærer EU-Domstolens dom i sag C-493/17, Weiss, for »ultra vires«.⁵

De to yderpoler har jeg forsøgt at skildre i afhandlingen med »Rubins vase«,⁶ der enten opleves som en hvid vase på sort baggrund eller som to ansigter på en hvid baggrund, der ser på hinanden. De to figurer opleves kun vanskeligt samtidigt. Parterne *ønsker* i hvert fald ikke både *på den ene side* at se de forfatningsretlige begrænsninger, og *på den anden* side forrangsproblematikken og den ensartede anvendelse af EU-retten. På linje med den tyske sag har den portugisiske forfatningsdomstol (PCC) første gang afsagt en dom om forholdet mellem EU-lovgivning og Den Portugisiske Republiks forfatning, hvor EU-retten udfordres.⁷ Både den tyske dom fra 5. maj og den portugisiske dom af 15. juli 2020 tegner sammen en linje i forlængelse af Ajosdommen og Tarrico, som begge er behandlet i denne bog, som vil være genstand for yderligere studier i den judicielle dialog mellem de øverste domstole i Europa.

4. Koen Lenaerts, Jean-Claude Bonichot, Heikki Kanninen, Caroline Naomé & Pekka Pohjankoski (eds): *An Ever-Changing Union?: Perspectives on the Future of EU Law in Honour of Allan Rosas* (Hart Publishing 2019), kap. 10: »Acts of Rebellion, or the Enemy Within? – A Consideration of the Combative Ruling of the Supreme Court of Denmark and the Imperative of Genuine Judicial Dialogue.«
5. Fenger og Broberg i U 2020B.177 »Danske domstoles forhold til EU-Domstolen«.
6. Navngivet efter den danske psykolog Edgar Rubin: *Synsoplevede Figurer: Studier i psykologisk Analyse* (Gyldendalske Boghandel/Nordisk Forlag 1915), s. 29, afbildning 3, § 4: »Paavisning af Forskel mellem Figur og Grund«.
7. Rui Tavares Lanceiro i Op-Ed: »The Portuguese Constitutional Court judgment 422/2020 – a ‘Solange’ moment?« på EU Law Live blog. 24. juli 2020. Se dommen her: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20200422.html>.

Min pointe er, at det alene er i det dobbelte blik på den »synsoplevede figur«, for at blive i Rubins terminologi, at EU-forfatningsretten og den judicielle dialog forstås: ved anerkendelse af begge positioner. Som det også fremgår af afhandlingen, er der min vurdering, at Scharlings dissens formåede at afbalancere de to yderpositioner i en forfatningsretlig analyse, selvom jeg fortsat vurderer, at retssikkerhedsprincippet om forudberegnelighed var udslagsgivende.

Jeg vil derfor afslutte dette forord med markering af min egen position under henvisning til Lord Dennings maleriske sammenligning mellem tidevandet og EU-retten:

»like an incoming tide. It flows into the estuaries and up the rivers. It cannot be held back, Parliament has decreed that the Treaty is henceforward to be part of our law.«⁸

I stedet for det latinske »civis Romanus sum« vil jeg med stolthed indlede: Jeg er unionsborger, der med løftet pande ser på tidevandet komme strømmende – vel vidende, at Højesteret vil udgøre den dæmning, som sørger for, at tidevandsbølgen i sjældne tilfælde ikke ødelægger mere end den gavner.

I forhold til revidering og opdatering af afhandlingen har jeg alene foretaget mindre justeringer og opdateringer siden mit forsvar den 31. august 2019.

København den 7. august 2020

Sune Klinge

8. Jf. HP Bulmer Ltd v J Bollinger SA [1974] Ch 401, 418 ([1974] EWCA Civ 14), para. 5, som han senere præciserede i Gavin Smith: *The European Court of Justice: Judges or Policy Makers?* (Bruges Group 1990): »No longer is European law an incoming tide flowing up the estuaries of England. It is now like a tidal wave bringing down our sea walls and flowing inland over our fields and houses—to the dismay of all.«

Hvordan påvirker EU-rettens horisontale virkning af grundrettigheder borgerens retssikkerhed? Dette spørgsmål rejses i EU-direktiver og grundrettigheder i horisontale retsforhold, der bygger på adjunkt Sune Klinges ph.d.-afhandling med samme titel. I bogen behandles endvidere spørgsmålet om, hvilke konsekvenser en mangelfuld implementering har for staten og borgerne i form af mulige traktatbrud og statens erstatningsansvar.

Bogen tager udgangspunkt i de retssikkerhedsmæssige problemer, der måtte knytte sig til manglende, ukorrekt eller ufuldstændig implementering af EU-retten på nationalt plan; en vinkel, der har været underbelyst i den juridiske litteratur, hvorfor EU-direktiver og grundrettigheder i horisontale retsforhold udgør en væsentligt bidrag til den nuværende EU-forfatningsretlige forskning.

Bogens formål er således at undersøge den iboende modsætning i retssikkerhedsbegrebet, når det anvendes i det horisontale retsforhold i de tilfælde, hvor EU-retten er implementeret mangelfuldt.

Analyserne tager udgangspunkt i et borgerperspektiv; navnlig hvor borgerne enten kan påberåbe sig retssikkerhed støttet på national ret eller EU-ret.

Dette efterlader en opgave til de nationale domstole, som skal balancere mellem på den ene side en vis forudberegnelighed og på den anden side EU-rettens forrang. Denne afvejning skal ske under hensyntagen til national lovgivning, EU-retten og de nationale forfatninger. Bogen bidrager herudover til en afklaring af gældende ret i forhold til statens erstatningsansvar og undersøger udstrækningen af statens reaktionstid efter EU-Domstolen har afsagt en dom, der bringer dansk ret i konflikt med EU-retten.

Sune Klinge har en baggrund som advokat og forsvarede sin ph.d.-afhandling i 2019. Han er nu ansat som adjunkt i forfatningsret på Centre for European and Comparative Legal studies (CECS), hvor han beskæftiger sig med og underviser i EU-forfatningsret og dansk forfatningsret samt offentlige myndigheders erstatningsret.



ISBN 978-87-574-4702-6