

# Udviklingslinjer i europæisk retskildelære



Af professor, dr.jur.  
Ruth Nielsen, Juridisk Institut,  
CBS

## 1. Indledning

I artiklen undersøges den udvikling i europæisk retskildelære, der er sket i EU-regi fra midten af forrige århundrede til i dag med hovedvægten på krydsfeltet mellem EU-ret og EMRK-ret.

I perioden fra EF/EU's oprettelse i 1958 til Maastricht-Traktatens ikrafttræden og Unionens oprettelse i 1993 var opbygning af et indre marked det helt dominerende projekt i EF/EU. Ved Maastricht-Traktaten 1992 indledtes ØMU'en, og unionsborgerskabet blev indført. I tilknytning til det er der sket en væsentlig udbygning af grundlæggende rettigheder (menneskerettigheder). Det indre marked er stadig et meget vigtigt delprojekt i EU, men det har haft mindre betydning for udvikling af nye retskilder og fortolkningsprincipper end de almindelige retsprincipper og grundlæggende rettigheder, der er udviklet delvis i samspil mellem EU-ret og EMRK.

Det retskildemateriale, artiklen bygger på, er domspraksis, navnlig fra EU-Domstolen (EUD) og Den europæiske Menneskerettigheds Domstol (EMD), traktat- og lovudviklingen især på EU-niveau og diskussioner i litteraturen.<sup>1</sup>

1. Se Ulla Neergaard, Ruth Nielsen and Lynn M. Roseberry (eds), *European Legal Method – Paradoxes and Revi-*

## 2. De to regimer: EU-ret og EMRK-ret

Grundlæggende rettigheder (menneskerettigheder) er i Europa reguleret i to forskellige regionale ordninger – EU-retten og EMRK<sup>2</sup>

### 2.1. Adskilte – i stigende grad overlappende

De to regimer er adskilte, men de fungerer ikke isoleret fra hinanden. Voksende formelle og uformelle relationer udvikles mellem dem. Siden ikrafttrædelsen af Lissabontraktaten – den 1. december 2009 – bestemmer art. 6 TEU, at EU skal ratificere EMR, se nærmere I afsnit 5.4. I beskedent – men stigende – omfang henviser EUD og EMD til hinandens retspraksis.<sup>3</sup>

*talisation*, Copenhagen 2011; Ulla Neergaard and Ruth Nielsen (eds), *European Legal Method – in a Multi-level EU Legal Order*, Copenhagen 2012 og Ulla Neergaard and Ruth Nielsen (eds), *European Legal Method – towards a New European Legal Realism?*, Copenhagen 2013, Robert Cryer, Tamara Hervey, and Bal Sokhi-Bulley: *Research Methodologies in EU and International Law*, Oxford 2011, Jan M. Smits, *The Mind and Method of the Legal Academic*, Cheltenham 2012 og Christina D. Tvarnø og Ruth Nielsen, *Retskilder og retsteorier*, Kbhvn. 2014.

2. Se Guy Harpaz, »The European Court of Justice and its Relations with the European Court of human Rights: The Quest for Enhanced balance, Coherence and Legitimacy«, (2009) *Common Market Law Review* 46, p. 105. Se om EMRK Lorenzen, Peer, Jonas Christoffersen, Nina Holst-Christensen, Peter Vedel Kessing, Sten Schaumburg-Müller og Jens Vedsted-Hansen, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention Bind 1-2 Med kommentarer*, Kbhvn. 2011.
3. Se Sionaidh Douglas-Scott, »A Tale of Two Courts: Luxembourg, Strasbourg and the Growing European Human Rights Acquis«, 2006 *Common Market Law Review* 43, p. 629.

## 2.2. Ret uden nationalstat

Mange forfattere har peget på, at den største udfordring, EU-udviklingen stiller retsfilosofien overfor, er, at den nære sammenhæng, der tidligere har været mellem nationalstater og deres retssystemer i de knap to hundrede år, der gik mellem dannelsen af nationalstater i Europa i 17-1800-tallet og oprettelsen af EF/EU i midten af det 20. århundrede, ikke længere eksisterer. Dickson og Eleftheriadis<sup>4</sup> skriver i forordet til en antologi om det filosofiske grundlag for EU-retten:

In the not so distant past, legal and political philosophy examined the law of states. This was the primary subject matter, for example, of works by Hans Kelsen, Alf Ross, HLA Hart, Lon Fuller, Ronald Dworkin, Joseph Raz, John Finnis, and of many other authors ...  
Those days are now firmly gone ...

Forfattere med baggrund i institutionel retsteori<sup>5</sup> tager forholdsvis let på, at det nu er nødvendigt at forstå retten uafhængigt af nationalstaten. Med MacCormicks ord:<sup>6</sup>

Sovereignty and sovereign states, and the definition of law in terms of sovereignty and the state, have been but passing phenomena of a few centuries ...

Set fra en retspositivistisk og retsrealistisk synsvinkel er det afgørende for, at noget kan anses for at være gældende ret, at det er socialt effektivt. Nationalstaterne har traditionelt haft monopol på udøvelse af lovlig fysisk vold og har dermed magt til at gennemtvinge domme og andre retsafgørelser. EU har ikke en tilsvarende tvangsmagt og er derfor afhængig af, at de nationale domstole accepterer EU-retten og sikrer dens effektive gennemtvængelse.

4. Julie Dickson & Pavlos Eleftheriadis (eds): *The Philosophical Foundation of European Union Law*, Oxford 2012.
5. Se om denne Tvarnø og Nielsen 2014 kap.10 (note 1).
6. Her citeret fra Hans Lindahl, »The Purposiveness of Law: Two Concepts of Representation in The European Union«, 1998 *Law and Philosophy* s. 481. Se også Neil MacCormick, *Questioning Sovereignty: Law, State, and Nation in the European Commonwealth*, Oxford 1999 og Neil MacCormick (ed.), *Constructing Legal Systems. »European Union« in Legal Theory*, Dordrecht 1997.

## 2.3. Ét stort retssystem af blandet national, EU-retlig og folkeretlig herkomst

Generelt er reglerne om almindelige retsprincipper og grundlæggende rettigheder den mindst autonome<sup>7</sup> del af EU-retten. Bogdandy<sup>8</sup> anfører således:

It should be noted that the human rights jurisprudence is the least »autonomous« part of the supranational legal order. In no other field does the ECJ rely so much on the national legal orders and international law. This approach was not necessary; human rights could have been developed on the basis of provisions in the EC Treaty, leading to a far more autonomous human rights case law.<sup>130</sup> Perhaps the ECJ embarked on this avenue because it saw – very much in line with national constitutional courts – fundamental rights as an expression of societal values, and European society in the 1970s as not being developed enough to serve as a convincing source of specific European values.

Det er omdiskuteret i litteraturen, hvor mange retssystemer der er i EU.<sup>9</sup> I grove træk er der tre typer svar. For det første kan man opfatte EU-retten som ét EU-retligt system, der eksisterer adskilt fra og i tillæg til de nationale retssystemer (28+1-modellen). For det andet kan man opfatte EU-ret som et aspekt af Medlemsstaternes nationale retssystemer (28-modellen). Endelig kan man tænke EU-retten som ét stort system, som de nationale retssystemer er delsystemer af (ét stort system-modellen).

## 3. Hovedlinjer i retskildeudviklingen i EU

### 3.1. EU-rettens autonomi

EU-retten startede med Rom-Traktaten fra 1957 i en folkeretlig form, men allerede i COSTA/ENEL-sagen fra 1964 udtalte EUD, at EU-retten var no-

7. Se om EU-rettens autonomi nedenfor i afsnit 3.1.
8. Armin von Bogdandy: »The European Union as a Human Rights Organization? Human Rights and the Core of the European Union« (2000) 37 *Common Market Law Review*, Issue 6, p. 1307.
9. Se Julie Dickson, »Towards a Theory of European Union Legal Systems« i Julie Dickson & Pavlos Eleftheriadis (eds): *The Philosophical Foundation of European Union Law*, Oxford 2012. Se også Martijn Hesselink, »The Common Frame of Reference as a source of European private law« 2009 *Tulane Law Review* p. 919 og Martijn Hesselink, »A Toolbox for European Judges« i Neergaard, Nielsen and Roseberry (note 1).

get andet og nyt, hverken folkeret eller EU-ret, men et autonomt retssystem *sui generis*. EU-ret og national ret indgår i et intenst samspil, der går begge veje. EU-retten har stor betydning for form og indhold i national ret i medlemslandene. EU-landenes nationale ret har også stor betydning for form og indhold i EU-retten. EUD fastslog allerede i 1960'erne de grundlæggende principper om EU-rechts direkte virkning i og forrang for national ret.<sup>10</sup> I COSTA/ENEL-sagen udtalte EUD (min kursivering):

Til forskel fra de almindelige internationale traktater har EØF-traktaten indført en særlig retsorden, der er integreret i medlemsstaternes retssystemer fra det tidspunkt, da traktaten trådte i kraft, og som skal anvendes af deres retsinstanser.

Det blev således tidligt slået fast, at EU-retten er integreret i national ret. EUD har også udviklet principper om pligt for de nationale domstole til EU-konform fortolkning og om statsligt erstatningsansvar for fejlimplementering af EU-retten. EU-retten kræver, at direktiver skal implementeres i national ret ved hjælp af visse retskilder (normalt lovgivning) frem for andre.<sup>11</sup>

### 3.2. EU-retskilder på EU-niveau

Retskilderne i EU-retten kan i dag (2015) klassificeres på følgende måde:

- primærretten: EU's traktatgrundlag og grundlæggende rettigheder og almindelige retsprincipper
- bindende sekundærregulering (forordninger, direktiver, afgørelser)
- praksis, navnlig EUD's praksis, men også EMD's praksis
- soft law: ikke-bindende sekundærregulering (henstillinger og udtalelser og anbefalinger i litteraturen)

Ved EF/EU's start var de retskildekategorier, der indgik i EF/EU-retten, stort set de samme

10. Se om direkte virkning sag 26/62, van Gend en Loos og om forrang Sag C-6/64, COSTA/ENEL.

11. Se i det hele om samspillet mellem EU ret og national ret Ulla Neergaard og Ruth Nielsen, *EU Ret*, Kbhvn. 2010, kap. 5.

som dem, man kendte fra national ret og folkeret, men siden er der udviklet nye typer, især almindelige retsprincipper og grundlæggende rettigheder, se herom nærmere nedenfor i afsnit 5.

### 3.3. Integration mellem EU-ret og national ret

EU-rechts særlige karakteristika og autonomi består i høj grad i, at der er udviklet principper og mekanismer, der sikrer enhed og sammenhæng mellem EU-retten og medlemsstaternes ret og undgår, at EU-retten fragmenterer i op til 28 nationalt forskellige/uforenelige opfattelser. EUD fastslog som nævnt i 1960'erne de grundlæggende principper om EU-rechts direkte virkning i og forrang for national ret. Den præjudicielle procedure i art. 267 TEUF bidrager også til at skabe enhed og sammenhæng. EUD har desuden udviklet principper om pligt for de nationale domstole til EU-konform fortolkning og om statsligt erstatningsansvar for fejlimplementering af EU-retten. EU-retten kræver, at direktiver skal implementeres i national ret ved hjælp af visse retskilder (normalt lovgivning) frem for andre. EU har ikke sit eget tvangssystem, men er afhængig af, at Medlemsstaterne tvangshåndhæver EU-retten. hvilket i forhold til EUD's domme kun kan ventes, hvis de nationale domstole anser dommen for metodisk korrekt, se nærmere nedenfor i afsnit 3.3.4.

#### 3.3.1. Nationale retskilder fortolket EU-konformt

Når et spørgsmål, der falder inden for EU-rechts anvendelsesområde, dukker op på national plan, er det første skridt, de nationale domstole skal tage, at de så vidt muligt skal fortolke deres nationale ret EU-konformt. Der er dog ikke pligt til fortolkning *contra legem*.<sup>12</sup> Begrebet *contra legem* har givet anledning til forskellige fortolkninger i dansk ret, se Højesterets dom i en sag om *EU-konform fortolkning* af den tidligere gæl-

12. Sag C-282/10, Dominguez. Se om denne Ølykke, Grith & Christina D. Tvarnø: Pligten til EU-konform fortolkning – EU-Domstolens afgørelse i Dominguez-sagen i Fejø, Jens, Ulla Neergaard, Christina D. Tvarnø and Grith Ølykke (eds): Festschrift, Liber Amicorum et Amicorum in Honour of Ruth Nielsen, Copenhagen 2013.

dende ferielov.<sup>13</sup> Alle både parterne – sagsøgeren (en arbejdstager), CO-Industri som mandatar for arbejdstageren og sagsøgte, DI som mandatar for arbejdsgiveren – og de to domstole (ØL og HR) tog udgangspunkt i EUD's praksis om nationale domstoles pligt til EU-konform fortolkning, især Dominguez-sagen. Det meste af EUD's praksis om pligt til EU-konform fortolkning på nationalt niveau er udviklet i sager om grundlæggende rettigheder.

De involverede i ferielovssagen opfattede reglen om, at der ikke er pligt til *contra legem* fortolkning forskelligt. Arbejdstagerparten og Østre Landsret antog, at det ord »lex (lov)«, der indgår i udtrykket »*contra legem* (mod loven)« henviser til lovens ordlyd (tekst, formulering). Østre Landsret mente, at lovens ordlyd var forenelig både med en EU-konform fortolkning og den tidligere, danske fortolkning, der primært støttedes på forarbejder og administrativ praksis. Østre Landsret valgte derfor den EU-konforme fortolkning af loven og gav arbejdstageren medhold. Arbejdsgiveren og Højesteret fortolkede *contra legem* som noget, der er i strid med den hidtidige retstilstand i Danmark, uanset hvilke retskilder denne kunne støttes på, f.eks. forarbejder, administrative retsakter og lignende lavt objektiverede retskilder, som ikke kan bruges til at implementere EU-direktiver. Der er ingen praksis fra EUD, der gør det helt klart, hvad den mener med udtrykket *contra legem*, men dens praksis for at begrænse, hvilke nationale retskilder der kan benyttes til at implementere direktiver, taler for, at det ikke er forarbejder og administrativ praksis, man har i tankerne.

Højesteret og Østre Landsret antog således hver sin konkurrerende og indbyrdes modstridende fortolkning af et EU-retligt spørgsmål.

### 3.3.2. EU-retlige kilder med direkte virkning i national ret

Hvis der ikke kan opnås harmoni mellem national ret og EU-ret ved EU-konform fortolkning, er det næste skridt, de nationale domstole skal tage, at undersøge om der er direkte anvendelige EU-regler, som skal anvendes med forrang for den

nationale regel. Sø- og Handelsretten fastslog i sin dom af 14.1.2014 i Ajos-sagen,<sup>14</sup> at det følger af EUD's dom i Ole Andersen-sagen,<sup>15</sup> at funktionærlovens § 2 a, stk. 3, som denne bestemmelse er blevet fortolket i dansk højesteretspraksis,<sup>16</sup> er i strid med beskæftigelsesdirektivet.<sup>17</sup> Sø- og Handelsretten kunne have afgjort sagen ved EU-konform fortolkning ved at antage, at ordlyden af § 2 a kunne forstås i overensstemmelse med direktivet, men man valgte at følge samme opfattelse af EU-konform fortolkning som Højesteret i ovennævnte feriesag og gik videre til spørgsmålet om direkte anvendelighed. Ajos-sagen angår en privat arbejdsgiver. Det er fast praksis, at direktiver ikke er direkte forpligtende for private. Sø- og Handelsretten antog, at Højesterets tidligere fortolkning af § 2 a, stk. 3 ikke blot strider mod et direktiv, men også mod det almindelige EU-retlige princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder, som også kan påberåbes mellem private. Den opfattelse er i overensstemmelse med EUD's praksis i Mangold- og Küçükdeveci-sagerne.<sup>18</sup> Den private arbejdsgiver blev derfor dømt til at betale fratrædelsesgodtgørelse efter funktionærlovens § 2 a, stk. 1. Dommen er under anke til Højesteret, der den 22.9.2014<sup>19</sup> besluttede at spørge EUD, om et uskrevent EU-retligt princip kan afskære en borger eller privat virksomhed fra at støtte ret på en

14. F-19-12, tilgængelig på Sø- og Handelsrettens hjemmeside.

15. Sag C-499/08, Ole Andersen.

16. § 2 a, stk. 3 bestemmer, at en arbejdstager, der ved fratræden vil oppebære pension fra arbejdsgiveren, ikke har ret til fratrædelsesgodtgørelse efter § 2 a, stk. 1. Højesteret har fortolket § 2 a, stk. 3 udvidende, så alle arbejdstagere, der har mulighed for at få pension fra arbejdsgiveren afskæres fra fratrædelsesgodtgørelse, selv om de faktisk ikke får pension, fordi de foretrækker at fortsætte på arbejdsmarkedet, selv om de er gamle nok til at gå på pension. I Ole Andersen-sagen fastslog EUD, at det strider mod beskæftigelsesdirektivet, at personer, der fortsætter på arbejdsmarkedet efter opsigelse, afskæres fra fratrædelsesgodtgørelse pga. alder.

17. 2000/78/EF.

18. Se sag C-144/04, Mangold og sag C-555/07, Küçükdeveci.

19. U 2014, 3667H. Se om forelæggelsen Jens Kristiansen: Utmanande fråga från Danmarks Højesteret: Vilken vikt fäster EU-Domstolen vid rättssäkerhetsprincipen?, EU & Arbetsrätt nr. 2, 2014.

13. U 2014.914 H.

national lovbestemmelse. Sagen illustrerer, at der findes så mange almindelige principper og grundrettigheder, at det i en del sager er muligt at formulere konkurrerende almindelige principper og grundlæggende rettigheder til støtte for begge parter.

Faktum i Ajos-sagen foregik nogle få måneder før det almindelige princip om forbud mod aldersdiskrimination, der nu er kodificeret i art. 21 i Chartret om Grundlæggende rettigheder, blev skrevet ret med traktatrang ved Lissabon-Traktatens ikrafttræden den 1.12.2009. Det spørgsmål, Højesteret rejser i Ajos-sagen, har derfor højest retshistorisk interesse. Der er ingen tvivl om, at det skrevne forbud mod aldersdiskrimination i Chartrets art. 21, som er det, der har været gældende ret fra 1.12.2009, ligesom de tilsvarende forbud mod køns- og nationalitetsdiskrimination i art. 157 TEUF<sup>20</sup> og art 45 TEUF,<sup>21</sup> har direkte virkning med forrang for national ret både i vertikale og i horisontale relationer.

### 3.3.3. Ændringer i traditionelle danske retskilders betydning pga. EU-udviklingen

Historisk har udgangspunktet været, at Danmark i midten af forrige århundrede var et eksempel på det, der i den politologiske litteratur kaldes et *majoritetsdemokrati* til forskel fra et *konstitutionelt* demokrati. I majoritetsdemokratier er der ingen forfatningsdomstole og de almindelige domstole er tilbageholdende med at kontrollere, om lovgiver overholder trinshøjere regler som grundloven og grundlæggende rettigheder (menneskerettigheder). Til forskel herfra er judicciel kontrol med lovgivers overholdelse af grundlæggende rettigheder (menneskerettigheder) et vigtigt element i konstitutionelle demokratier som f.eks. Tyskland.<sup>22</sup> EU-systemet er i det væsentligste et konstitutionelt demokrati. EUD udøver legalitetskontrol både over for EU-institutioner og over for nationale institutioner

20. Se sag 43/75, Defrenne-II.

21. Se Sag C-281/98, Angonese.

22. Danske domstoles rolle som den tredje statsmagt, der bl.a. har til opgave at kontrollere de to andre statsmagter – den lovgivende og den udøvende – er blevet en del diskuteret i de seneste år, se Jens Peter Christensen, *Domstolene – den tredje statsmagt*, Århus, 2003.

på EU-regulerede områder, herunder lovgivere, der også kontrolleres af EMD. Danmark, der har været medlem af EF/EU i ca. 42 år, har siden begyndelsen af 1980'erne jævnlige fået underkendt danske love som uforenelige med en EU-regel.<sup>23</sup> Højesteret har stadig kun én gang underkendt en dansk lov som stridende mod grundloven.<sup>24</sup>

I komparativt perspektiv har det traditionelt været et karakteristisk træk ved de nordiske lande, at *forarbejder* spillede en meget stor rolle som retskilde.<sup>25</sup> Det forhold, at EU-direktiver kun i stærkt begrænset omfang kan implementeres ved bemærkninger i forarbejderne til national lovgivning, svækker forarbejdernes betydning som retskilde.

I en traktatbrudssag mod Sverige,<sup>26</sup> der handlede om, hvorvidt Sverige havde begået traktatbrud ved implementeringen af direktivet om urimelige kontraktvilkår,<sup>27</sup> fordi Sverige ikke havde optaget en ikke-bindende liste over urimelige kontraktvilkår i lovtæksten, frifandt EUD Sverige. EUD antog, at listen i bilaget til direktivet har en vejledende og oplysende værdi, og derfor er en informationskilde (og ikke en retskilde). Efter min vurdering kan der ikke drages vidtgående konklusioner fra denne dom, fordi den angår et ikke-bindende element i et direktiv.

Art. 267 TEUF foreskriver et samarbejde – ofte kaldet judicciel dialog – mellem EUD og nationale domstole.<sup>28</sup> Efter art. 267, stk. 3 skal sidste

23. I 1985 blev Danmark f.eks. dømt for traktatbrud (Sag 143/83), fordi den daværende ligelønslov ikke implementerede det daværende ligelønsdirektiv korrekt. I Pedersen-sagen (Sag C-66/96) blev en regel i funktionærlovens § 7 underkendt som kønsdiskriminerende. I Ole Andersen-sagen (Sag C-499/08) blev funktionærlovens § 2 a, stk. 2 delvis underkendt som aldersdiskriminerende. Ring og Werge-sagerne (forenede sager C-335/11 og C-337/11) førte til delvis underkendelse af 120-dages reglen i funktionærlovens § 5, stk. 2 som handicapdiskriminerende.

24. I U 1999.841 H.

25. Ruth Nielsen, »Nordic Sources of Law in a European Environment« in Cameron, Iain and Alessandro Simoni (eds), *Dealing With Integration: Perspectives from Seminars on European Law 1996-1998* (Skrifter Från Juridiska Fakulteten i Uppsala, 52), Uppsala 1996.

26. Sag C-478/99, Kommissionen mod Sverige.

27. 93/13/EF.

28. Se Neergaard og Nielsen, 2015 kap. 3 (note 18).

instans domstole stille præjudicielle spørgsmål til EUD, hvis der verserer en sag for dem, hvor der er tvivl om, hvordan EU-retlige regler skal fortolkes. Alle nationale domstole har efter art. 267, stk. 2 TEUF adgang til at stille præjudicielle spørgsmål om fortolkning og gyldighed af EU-retten. Det øger de lavere domstoles muligheder for at påvirke *præjudikatdannelsen*, idet de kan gå uden om deres nationale højere instanser og stille spørgsmål, der kan danne grundlag for præjudikater fra EUD. I de sager, der har ført til underkendelse af dansk lovgivning som stridende mod EU-retten, er spørgsmålene hidtil kommet fra landsretterne og Sø- og Handelsretten og ikke fra Højesteret, som er tilbageholdende med at spørge EUD.<sup>29</sup>

På det danske arbejdsmarked har *kollektive overenskomster* i de sidste ca. 100 år spillet en dominerende rolle som retskilde. Danske kollektive overenskomster er partsaftaler, der kun forpligter parterne. Det betyder, at en arbejdsgiver kun er forpligtet ved kollektiv overenskomst, hvis den pågældende har gjort sig til part i en sådan, enten ved individuelt at indgå en kollektiv overenskomst med et modstående forbund eller ved at melde sig ind i en arbejdsgiverorganisation, hvorved arbejdsgiveren bliver bundet af dennes overenskomster. EU-direktiver på det arbejdsretlige område giver normalt rettigheder til alle arbejdstagere i en vis situation. Det kan ikke klares med en dansk kollektiv overenskomst, da overenskomstdækningen, dvs. den procentdel af arbejdsgiverne, der er overenskomstforpligtede, ikke er 100 %. Det klares i praksis ved, at Danmark vedtager en lov, der implementerer direktivet, således at alle mindst får de rettigheder, de skal have efter direktivet. Danske implementeringslove på det arbejdsretlige område indeholder normalt en bestemmelse om, at loven er subsidær i forhold til kollektive overenskomster, der opfylder samme krav som direktivet og/eller loven. Det indebærer, at i alle de tilfælde, hvor overenskomstparterne vælger at aftaleimplementere direktivet og med virkning for de

arbejdsgivere, der er forpligtede af kollektiv overenskomst, gælder den kollektive overenskomst frem for loven. Evt. tvister om manglende overholdelse af en kollektiv overenskomst, der implementerer et direktiv, skal – ligesom andre tvister om kollektive overenskomster – afgøres i det fagretlige system, dvs. ved domstolen Arbejdsretten eller faglig voldgift. I forhold til ikke-overenskomstforpligtede arbejdsgivere, hvor evt. tvister skal afgøres efter implementeringsloven, skal de behandles ved de almindelige domstole.

*Forholdets natur* har tidligere spillet en væsentlig rolle i dansk retskildelære siden Ørsted, dvs. siden begyndelsen af 1800-tallet. I de senere år har reelle hensyn navnlig været diskuteret i norsk retslitteratur, hvor situationen før Danmarks medlemskab af EU var meget lig den danske, men i dag er noget anderledes end i Danmark, fordi Norge står uden for EU. Blandhol<sup>30</sup> definerer reelle hensyn som en type argumenter, som det er tilladt at tage i betragtning ved retsanvendelsen, som ikke uden videre fremgår af positive retskilder, som kan gælde både værdispørgsmål og kundskabsspørgsmål, og som langt på vej kan begrundes rationelt og ikke udelukkende fremstår som umiddelbare emotionelle reaktioner hos retsanvenderen. EU-udviklingen begrænser mulighederne for at bruge forholdets natur som retskilde og fortolkningsmetode på EU-regulerede områder, hvor de nationale domstole har pligt til EU-konform fortolkning.

### 3.3.4. *Metodisk korrekthed som acceptkriterium*

Da EU ikke – ligesom en nationalstat – har et tvangshåndhævelsessystem, er man som nævnt i afsnit 2.2. – for at EU-retten skal blive socialt effektivt – afhængig af accept fra de nationale domstole. Der synes at være en tendens til, at de nationale domstole benytter metodisk korrekthed som acceptkriterium i forhold til EUD's domme i sager om grundlæggende rettigheder. Det kan illustreres med de tyske domstoles reaktion på EUD's dom i Mangold-sagen.<sup>31</sup> Den dom, der er den første EU-dom om aldersdiskrimina-

29. Se Marlene Wind, »The Nordics, the EU and the Reluctance Towards Supranational Judicial Review« 2010 *Journal of Common Market Studies* p. 1039.

30. Sverre Blandhol, *De beste grunner – reelle hensyn i juridisk argumentasjon*, Oslo 2013.

31. Mangold, Sag C-144/04.

tion, har været meget kritiseret for at gå for vidt i retning af at ophøje forbud mod aldersdiskrimination på arbejdsmarkedet til et generelt EU-retligt princip på et løst retskildegrundlag. Mangold-dommen er imidlertid blevet accepteret af den tyske Bundesarbeitsgericht og Bundesverfassungsgericht med den begrundelse, at den må anses for metodisk korrekt. Bundesarbeitsgericht fulgte EUD's dom i Mangold-sagen i en sag fra 2006 mod Honeywell, hvor den slog fast, at Mangold-dommen var (min kursivering):<sup>32</sup>

»... *methodisch vertretbar* und hält sich daher im Rahmen der dem Europäischen Gerichtshof bei der Auslegung des Primärrechts eröffneten Rechtserkenntnismöglichkeiten ...«

I juli 2010, afviste Bundesverfassungsgericht en forfatningsklage (Verfassungsbeschwerde) mod *Honeywell* dommen og fastslog (min kursivering):<sup>33</sup>

Dem Gerichtshof [her EUD] ist auch die Rechtsfortbildung im Wege *methodisch gebundener Rechtsprechung* nicht verwehrt.

Den retsdogmatiske metode bliver herved et element, der skaber sammenhæng mellem EU-retten og medlemslandenes nationale ret på tværs af nationalitet.

#### 4. EMD's retskildeanvendelse

EMD udtalte i Christine Goodwin-sagen om sin fortolkningsstil:<sup>34</sup>

74. While the Court is not formally bound to follow its previous judgments, it is in the interests of legal certainty, foreseeability and equality before the law that it should not depart, without good reason, from precedents laid down in previous cases ... However, since the Convention is first and foremost a system for the

protection of human rights, the Court must have regard to the changing conditions within the respondent State and within contracting States generally and respond, for example, to any evolving convergence as to the standards to be achieved ... It is of crucial importance that the Convention is interpreted and applied in a manner which renders its rights practical and effective, not theoretical and illusory. A failure by the Court to maintain a dynamic and evolutive approach would indeed risk rendering it a bar to reform or improvement ...

75. The Court proposes therefore to look at the situation within and outside the Contracting State to assess »in the light of present-day conditions« what is now the appropriate interpretation and application of the Convention.

#### 5. Samspillet mellem EU-ret og EMRK-ret

Retskildestrukturen vedrørende EU's grundlæggende rettigheder er ændret over tid, idet der er sket et skift fra domspraksis og soft law til kodifikation i tekster med traktatrang (art. 6 TEU og EU's Charter om grundlæggende rettigheder). EUD og EMD henviser i stigende omfang til hindens retspraksi.

##### 5.1. EUD's praksis om grundlæggende rettigheder og almindelige retsprincipper

I EF/EU's allerførste år handlede EF/EU kun om det fælles marked, og EUD afviste at inddrage grundlæggende rettigheder i fortolkningen heraf.

Anerkendelsen af grundlæggende rettigheder begyndte i EUD's praksis i slutningen af 1960'erne og begyndelsen af 1970'erne. EUD fastslog i 1964 princippet om EU-rettens forrang i *Costa/ENEL*-sagen (sag 6/64). EUD's praksis om udvikling af grundrettigheder begyndte i nogen grad oprindelig for at dæmpe, navnlig Tysklands og Italiens modstand mod EU-rettens forrang for nationale forfatningssikrede grundrettigheder. I 1974 traf den tyske forfatningsdomstol den beslutning, at så længe der ikke findes et demokratisk vedtaget katalog af grund- og frihedsrettigheder i EU-retten, må den selv efterprøve, om tyske borgere får den beskyttelse, som den tyske forfatnings grund- og frihedsrettigheder giver dem. I slutningen af 1986 traf den tyske forfatningsdomstol en ny beslutning om spørgsmålet, hvor man slog fast, at så længe EU-retten gav den beskyttelse, som den i medfør af

32. Urteil vom 26.4.2006, 7 AZR 500/04, <http://juris.bundesarbeitsgericht.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bag&Art=en&sid=7748175819924172abf091c3a364e945&nr=11198&pos=0&anz=1>

33. BVerfG, 2 BvR 2661/06 vom 6.7.2010, [http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20100706\\_2bvr266106.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20100706_2bvr266106.html).

34. Christine Goodwin v. the United Kingdom, Application no. 28957/95.

EUD's praksis giver grund- og frihedsrettighederne, vil den tyske forfatningsdomstol afstå fra at udøve sin ret til at efterprøve EU-retten.

Alle EU- og EØS-lande har ratificeret EMRK, der ifølge EUD's praksis siden ERT-sagen<sup>35</sup> udgør en integreret del af EU retten, hvilket indebærer, at EMRK skal overholdes i forbindelse med anvendelse af EU-retten i medlemslandene.

### 5.2. Art. 6 TEU

EU's accept af grundlæggende rettigheder er siden gennemførelsen af Lissabon-Traktaten kodificeret i art 6 TEU, der bestemmer:

1. Unionen anerkender de rettigheder, friheder og principper, der findes i Chartret om Grundlæggende rettigheder af 7. december 2000 som tilpasset den 12. december 2007 i Strasbourg, der har samme juridiske værdi som traktaterne.  
Chartrets bestemmelser udvider ikke på nogen måde Unionens beføjelser som fastsat i traktaterne.  
Rettighederne, frihederne og principperne i Chartret skal fortolkes i overensstemmelse med de almindelige bestemmelser i Chartrets afsnit VII vedrørende fortolkning og anvendelse af Chartret og under behørigt hensyn til de forklaringer, der henvises til i Chartret, og som anfører kilderne til disse bestemmelser.
2. Unionen tiltræder Den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder. Tiltrædelse af denne konvention ændrer ikke Unionens beføjelser som fastsat i traktaterne.
3. De grundlæggende rettigheder, som de er garanteret ved Den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, og som de følger af medlemsstaternes fælles forfatningsmæssige traditioner, udgør generelle principper i EU-retten.

### 5.3. Chartret om Grundlæggende rettigheder

Siden Lissabon-Traktaten trådte i kraft den 1.12.2009, har EU haft et omfattende grundrets-

katalog i Chartret om Grundlæggende rettigheder fra 2000,<sup>36</sup> der fra 2000-2009 var soft law, men som efter Lissabon-Traktatens ikrafttræden har samme retsvirkninger som traktaterne (TEU og TEUF), jf. art. 6, stk. 1 TEU.

Indholdsmæssigt er den største forskel mellem EMRK og EU's Charter om Grundlæggende rettigheder, at EMRK i det væsentligste handler om borgerlige og politiske rettigheder og kun i mindre grad om sociale og økonomiske rettigheder, mens EU-Chartret udover borgerlige og politiske rettigheder også indeholder vidtgående bestemmelser om sociale og økonomiske rettigheder. En del af bestemmelserne i Chartret er sammenfaldende med EMRK. Hvor det er tilfældet, skal Chartret fortolkes således, at EMRK udgør et mindsteniveau, som EU's grundlæggende rettigheder kan forbedre, jf. art. 52, stk. 3 i Chartret.

Uanset, at EU-rettens integration i national ret har foregået i mere end 50 år, er det stadig – især i forhold til grundrettighederne – tvivlsomt, hvor langt den går. I dag (2015) er spørgsmålet, om hvor langt Chartret om Grundlæggende rettigheder rækker ind i national ret, et af de mest omdiskuterede. Udtrykt i almindelige vendinger kan man sige, at EU-rettens almindelige retsprincipper og grundlæggende rettigheder skal respekteres i national ret på EU-regulerede områder. Det gælder f.eks., når en national lovgivning gennemfører et EU-direktiv på en måde, der krænker de grundlæggende rettigheder; eller når en offentlig myndighed anvender EU-lovgivning på en måde, der krænker de grundlæggende rettigheder; eller når en endelig national domstolsafgørelse anvender eller fortolker EU-retten på en måde, der krænker de grundlæggende rettigheder, eller hvis en national foranstaltning fraviger princippet om fri bevægelighed ved restriktioner eller diskrimination i strid med de grundlæggende rettigheder. Præcis hvornår et spørgsmål skal anses for EU-reguleret, er der ikke noget helt klart svar på. Praksis

35. Sag C-260/89, ERT, Saml. 1991 I-2925.

36. Se om dette Jonas Christoffersen: EU's Charter om Grundlæggende rettigheder med kommentarer, Kbhvn. DJØF Forlag 2014.



fra EUD er noget svingende og uklar.<sup>37</sup> Der pågår en diskussion, om grundrettighederne også skal respekteres på områder, hvor EU har hjemmel til at regulere, men endnu ikke har udnyttet kompetencen.<sup>38</sup>

Den største ændring, gennemførelse af Lissabon-Traktaten medførte i dansk ret, var, at Chartret fik traktatrang, jf. art. 6, stk. 1 TEU. Det betyder, at Chartrets bestemmelser har forrang og direkte virkning som andre traktatbestemmelser. Chartret gælder dog som nævnt kun i dansk ret på i øvrigt EU-regulerede områder. Som eksempel på et område, der med sikkerhed er EU-reguleret, og hvor det kan få konkret betydning i Danmark, kan nævnes diskriminationen af arbejdere i forhold til funktionærer i reglerne om ferie med løn. Arbejdstidsdirektivets<sup>39</sup> art. 7 og Chartrets art. 31, stk. 2, bestemmer, at enhver arbejdstager har ret til ferie med løn. Denne bestemmelse skal sammenholdes med den generelle bestemmelse i Chartrets art. 20, der foreskriver, at alle mennesker er lige for loven. Den danske ferielov giver funktionærer ret til ferie med løbende løn, mens arbejdere får feriegodtgørelse af lønnen i optjeningsåret. Arbejdere får ikke feriegodtgørelse af arbejdsgiverens pensionsbidrag, mens dette anses for en del af lønnen for funktionærer, der har krav på ferie med løn. Efter at Lissabon-Traktaten er trådt i kraft den 1.12.2009, må det antages, at art. 20 og 31 i Chartret har forrang for ferieloven og direkte virkning i Danmark, således at en arbejder, der vil have lige så meget som en funktionær, har krav herpå i medfør af Chartret. Til støtte herfor kan henvises til, at den tyske forfatningsdomstol i 1990 fastslog,<sup>40</sup> at en bestemmelse i BGB (Bürgerliches Gesetzbuch), der fastsatte kortere opsi-

gelsesvarsler for arbejdere (Arbeiter) end for funktionærer (Angestellte), var forfatningsstridig som uforenelig med art. 3, stk. 1 Grundgesetz, der ligesom Chartrets art. 20 bestemmer, at alle mennesker er lige for loven. Begrundelsen var, at diskrimination af arbejdere (arbeiter) i forhold til funktionærer (angestellte), der gik tilbage til 1800-tallet, ikke længere – i slutningen af 1900-tallet – kunne anses for sagligt begrundet. Det er nærliggende at antage, at den tyske forfatningsdomstols fortolkning af den enslydende tyske Grundgesetz art. 3, stk. 1 vil inspirere EUD's fortolkning af Chartrets art. 20. Den tyske forfatningsdomstol har som nævnt foran fastslået, at Tyskland, der er det største EU-land, kun anerkender princippet om EU-retten forrang for national ret, så længe EU anerkender de grundlæggende rettigheder på mindst samme niveau, som de er anerkendt på i tysk ret. Det er derfor reelt umuligt for EU og EUD at vælge et lavere grundrets niveau end det tyske. Det ville næppe blive accepteret som »methodisch korrekt«, hvis det f.eks. var en vandrende tysk arbejder, der i Danmark blev behandlet dårligere end en funktionær.

#### 5.4. EU's ratifikation af EMRK

Den internationale menneskeretsbeskyttelse, herunder den særligt europæiske variant i EMRK og EMD's regi, udgør i dag det vigtigste folkeretlige element i forhold til udviklingen af national ret, EU-ret og folkeret som ét stort europæisk retssystem. De vigtigste Europarådskonventioner af betydning for EU-retten er EMRK fra 1950<sup>41</sup> og Den europæiske Social Pagt fra 1961, der findes i en revideret version fra 1996. Alle EU- og EØS-lande har ratificeret EMRK, der ifølge EUDs praksis siden ERT-sagen<sup>42</sup> udgør en integreret del af EU retten, hvilket indebærer, at EMRK skal overholdes i forbindelse med anvendelse af EU-retten i medlemslandene.

37. Se f.eks. sag C-617/10, Fransson og sag C-206/13, Siragusa.

38. Se Xavier Groussot, Laurent Pech and Gunnar Thor Petursson, »The Scope of Application of Fundamental Rights on Member States' Action: In Search of Certainty in EU Adjudication« i Ulla Neergaard and Ruth Nielsen (eds), *European Legal Method – in a Multi-level EU Legal Order*, Copenhagen 2012.

39. 2003/88/EF.

40. Se nærmere Ruth Nielsen: *Dansk Arbejdsret*, Kbhvn. DJØF Forlag 2012, kap. 1 (også online i Arbejdsretsportalen, [www.Arbejdsretsportalen.dk](http://www.Arbejdsretsportalen.dk)).

41. Se om denne Lorenzen, Peer, Jonas Christoffersen, Nina Holst-Christensen, Peter Vedel Kessing, Sten Schaumburg-Müller og Jens Vedsted-Hansen: *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention Bind 1-2 Med kommentarer*, Kbhvn. 2011.

42. Sag C-260/89, ERT, Saml. 1991 I-2925.

Spørgsmålet om EU kan/skal ratificere EMRK har været diskuteret i ca. 30 år. EUD udtalte i 1996, at EU på det daværende udviklingstrin ikke havde kompetence til at tiltræde EMRK.<sup>43</sup> Ved Lissabon-traktaten blev der indsat en bestemmelse i art. 6, stk. 2 TEU, hvorefter EU skal tiltræde EMRK.<sup>44</sup> Kommissionen har på vegne af EU gennemført forhandlinger med Europarådets medlemsstater om vilkårene for EU's tiltrædelse af EMRK. I juni 2013 fik Europarådets Styringskomité for Menneskerettigheder forelagt det reviderede udkast til en tiltrædelsesaftale<sup>45</sup> Kommissionen har i medfør af art. 218, stk. 11 TEUF, forelagt udkastet til tiltrædelsesaftale for EUD med henblik på at få dens<sup>46</sup> vurdering af aftalens forenelighed med EU-retten. EUD afviste den 18. december 2014 udkastet til aftale som stridende mod traktaterne, især fordi aftaleudkastet ikke i tilstrækkelig grad sikrede EU-rettens autonomi og særlige karakteristika.<sup>47</sup>

EUD fastslog i Kambarej-sagen,<sup>48</sup> at henvisningen i art. 6, stk. 3 TEU, til EMRK ikke forpligter den nationale ret til, når der er konflikt mellem en national bestemmelse og EMRK direkte at anvende bestemmelserne i EMRK og undlade at anvende den bestemmelse i national ret, der er uforenelig hermed.

Bosphorus-sagen handlede om et jugoslavisk ejet fly, der blev beslaglagt af Irland i henhold til en EU-forordning, som havde baggrund i en FN-konvention om internationale sanktioner mod Jugoslavien. Irland blev indklaget for EMD for overtrædelse af ejendomsretten som beskyttet i protokol 1 til EMRK. Irland gjorde gældende, at man ikke havde haft nogen valgmuligheder, men som loyalt EU-medlem var nødt til at hand-

le som sket. I Bosphorus-sagen<sup>49</sup> opstillede EMD en formodning for, at et EU-land, der har handlet i overensstemmelse med en EU-retsakt, ikke har overtrådt EMRK eller dens protokoller. Den udtalte (min kursivering):

1. If such equivalent protection is considered to be provided by the organisation, *the presumption will be* that a State has not departed from the requirements of the Convention when it does no more than implement legal obligations flowing from its membership of the organisation.

EU har ikke ratificeret Den europæiske Social Pagt og arbejder heller ikke på at gøre det. I litteraturen har der været argumenteret for, at dette burde ske under henvisning til, at EMRK stort set kun dækker de borgerlige og politiske grundlæggende rettigheder, mens de økonomiske og sociale er omfattet af Den europæiske Social Pagt.<sup>50</sup> Der er mange henvisninger til Den europæiske Social Pagt i de forklarende bemærkninger til EU's Charter om Grundlæggende rettigheder.

#### 5.5. *Kombination af nationale, EU-retlige og folkeretlige kilder i EUDs og EMD's praksis*

I nyere praksis fra både EUD og EMD findes ret klare eksempler på, at de europæiske domstole ved afgørelsen af spørgsmål om grundlæggende rettigheder (menneskerettigheder) anvender retskilder fra både national ret, EU-ret og folkeret. Sophie Robin-Olivier<sup>51</sup> skriver i en artikel fra 2011:

European courts have not hesitated, in recent times, to combine sources of diverse origins in order to work out solutions for the case before them.

43. Udtalelse 2/94.

44. Paul Gragl, »A Giant Leap for European Human Rights? The Final Agreement on The European Union's Accession to the European Convention on Human Rights«, Common Market Law Review 2014 s. 13.

45. Council of Europe, 47+1(2013)008rev2, Appendix I, Draft revised agreement on the accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

46. Udtalelse 2/2013.

47. Se nærmere Ulla Neergaard og Ruth Nielsen: EU Ret, Kbhvn. 2010, kap. 4.

48. Sag C-271/10, Kambarej.

49. Case of Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland (Application no. 45036/98). EUD tog stilling til Bosphorus-sagen i C-84/95.

50. Se De Schutter, Olivier: L'adhésion de l'Union européenne à la Charte sociale européenne. The Accession of the European Union to the European Social Charter, Bruxelles 2014.

51. Robin-Olivier, Sophie: European Legal Method from a French Perspective – The magic of combination: uses and abuses of the globalization of sources by European Courts i Neergaard, Ulla, Nielsen, Ruth & Roseberry, Lynn (eds): European Legal Method – Paradoxes and Revitalisation, Copenhagen 2011.

The hypothesis can be made that this tendency to refer to a mix of sources from different systems of law (or different levels of a system of law) is an aspect of the »globalization« of law: in a legal world without borders, sources emanating from different legal systems seem to be in the process of merging into a global network, which courts are now ready to make use of, at least in some of the cases they have to decide.

Hun illustrerer tendensen ved at gennemgå EMD's dom i *Demir and Baykara v Turkey*,<sup>52</sup> EUD's domme i Viking og Laval-sagerne<sup>53</sup> og en fransk dom fra Cour de Cassation. Sophie Robin-Olivier er kritisk over for denne praksis, som hun betegner som:

a European practice without a European method.

EUD kombinerer i Viking- og Laval-sagerne retskilder fra forskellige delsystemer uden at give nogen nærmere begrundelse for, hvorfor den inddrager de refererede retskilder, som for fleres vedkommende ikke er bindende. I Laval-sagen henviste den til ILO-konventioner og til EU's Charter om Grundlæggende rettigheder, som på daværende tidspunkt var soft law. Demir-dommen fra 2008 handlede om, hvorvidt retten til at føre kollektive overenskomstforhandlinger er beskyttet ved art. 11 i EMRK. Det antog EMD i *Demir and Baykara*-sagen, uanset at den tidligere havde været afvisende over for at anse retten til at føre kollektive forhandlinger og støtte dem med kollektive kampskridt for omfattet af art. 11 EMRK. EMD fulgte således retsudviklingen i EU, hvor EUD året før i Viking- og Laval-sagerne havde fastslået, at retten til at iværksætte kollektive kampskridt er en grundlæggende ret i EU.

## 6. Konklusion

EF/EU-retten startede med Rom-Traktaten fra 1957 i en folkeretlig form, men allerede i COSTA/ENEL-sagen fra 1964 udtalte EUD, at EU-retten var noget andet og nyt, hverken folkeret eller EU-ret, men et autonomt retssystem *sui generis*. I COSTA/ENEL-sagen udtalte EUD (min kursivering):

Til forskel fra de almindelige internationale traktater har EØF-traktaten indført en *særlig retsorden, der er integreret i medlemsstaternes retssystemer* fra det tidspunkt, da traktaten trådte i kraft, og som skal anvendes af deres retsinstanser.

Det blev således tidligt slået fast, at EU-retten er integreret i medlemsstaternes nationale ret. I årene siden oprettelsen af Den europæiske Union ved Maastricht-Traktaten er der i stigende grad udviklet et samspil mellem retlige elementer, der stammer fra EU-niveau, og elementer, der stammer fra nationalt eller folkeretligt niveau, hvilket navnlig i relation til grundlæggende rettigheder og almindelige retsprincipper gør det relevant at opfatte regler af national herkomst, folkeret og regler tilblevet i EU-regi som tilhørende ét stort system.

EU-rettens integration i national ret indebærer en omfattende pligt for nationale domstole til EU-konform fortolkning af national ret på EU-regulerede områder. Denne pligt er dog begrænset af, at der ikke er pligt til fortolkning *contra legem*, og at dette begreb ikke er nærmere defineret.

Retskildestrukturen vedrørende EU's grundlæggende rettigheder er ændret over tid. I EF/EU's første år var grundlæggende rettigheder slet ikke omfattet af EU-retten. De blev først anerkendt i domspraksis og soft law og derefter kodificeret i tekster med traktatrang (art. 6 TEU og EU's Charter om Grundlæggende rettigheder). Det betyder, at et bredt udvalg af grundlæggende rettigheder i dag har traktatrang og direkte virkning i national ret og forrang efter samme principper som gælder for TEU og TFEU. Chartret gælder dog kun i national ret på EU-regulerede områder, og det er ikke helt klart, hvor langt Chartret om Grundlæggende rettigheder rækker ind i national ret. Dette spørgsmål er i dag et af de af de mest omdiskuterede i EU-retten.

52. *Demir and Baykara v Turkey*, 12 Nov. 2008, App n° 34503/97.

53. Sag C-438/05, Viking, og C-341/05, Laval.