



Europaudvalget EU-konsulenten

Til: Europaudvalgets medlemmer og stedfortrædere

Dato: 21. oktober 2008

Tysk kritik af EF-Domstolen for aktivisme

To fremtrædende tyske jurister, *Roman Herzog* og *Lüder Gerken*¹, har i et indlæg i *EU-Observer* rejst en usædvanlig skarp kritik af en række nyere domme fra EF-Domstolen. Kritikken fremsættes i anledning af en forfatningsklage, der netop er antaget til realitetsbehandling af den tyske forfatningsdomstol, *Bundesverfassungsgericht*.

Artiklen indeholder navnlig en kritisk gennemgang af *Mangold*-dommen fra 2005, der danner grundlag for den tyske forfatningsklage, samt af en række andre domme fra EF-Domstolen.

Baggrunden for den verserende sag ved Bundesverfassungsgericht

Ifølge artiklen har den tyske forfatningsdomstol for nyligt truffet beslutning om at realitetsbehandle en forfatningsklage, som er indbragt for domstolen af et tysk firma, der er kommet i klemme efter at EF-Domstolen i 2005 afsagde dom i den såkaldte *Mangold*-sag om forbud mod aldersdiskrimination.

Ifølge de to forfattere er den tyske forfatningssag principiel, fordi den tyske domstol skal tage stilling til, om EF-Domstolen tilsidesætter de grundlæggende rettigheder, som følger af den tyske forfatning, og om det i den forbindelse er nødvendigt at tage den tyske forfatningsdomstols principielle blåstempling af EF-Domstolens afgørelser op til revision.

¹ Roman Herzog er forhenværende tysk forbundspræsident og bl.a. har fungeret som formand for den tyske forfatningsdomstol samt været formand for konventet om EU's Charter for Grundlæggende Rettigheder. Lüder Gerken er direktør for Centre for European Policy.

Den tyske domstol har nemlig tidligere udtalt sig om, hvorvidt EU-retten, som fortolket af EF-Domstolen, var forenelig med de grundlæggende rettigheder, som er indeholdt i den tyske forfatning.

I **1974** udtalte den tyske forfatningsdomstol på baggrund af en forfatningsklage over en EF-dom, at så længe EU ikke kunne udsmykke sig med et demokratisk vedtaget, nedskrevet katalog af menneskerettigheder, **kunne forfatningsdomstolen ikke frasige sig retten og pligten til at kontrollere EU-retsakter for deres forenelighed med grundrettighederne** i den tyske forfatning².

I **1986** tog den tyske forfatningsdomstol imidlertid kraftigt afstand fra sin tidligere udtalelse, da den skulle tage stilling til en ny forfatningsklage over EU-beskyttelsens kvalitet sammenholdt med den tyske forfatning. I den ny udtalelse anerkendte den, at EF-Domstolens beskyttelse af de grundlæggende rettigheder i EU var på niveau med beskyttelsen i Tyskland, og at **forfatningsdomstolen derfor kun ville gribe ind, hvis beskyttelsen af de grundlæggende rettigheder generelt og ikke kun i enkeltstående tilfælde blev svækket**³.

Spørgsmålet er således, om den sag, der nu er blevet forelagt for forfatningsdomstolen, vil give denne anledning til at revidere sin principielle anerkendelse af, at EF-Domstolen sikrer en tilstrækkelig beskyttelse af de grundlæggende rettigheder.

Hvad drejede Mangold-sagen sig om?

Mangold-sagen vedrørte navnlig fortolkningen af EU's ligebehandlingsdirektiv fra 2000⁴, nærmere bestemt direktivets **forbud mod aldersdiskrimination** i ansættelsesforhold. Ifølge direktivet kan medlemsstaterne som undtagelse til forbuddet bestemme, at ulige behandling på grund af alder ikke udgør forskelsbehandling, hvis den er **objektivt og rimeligt begrundet** i legitime formål, fx beskæftigelsespolitiske mål.

Tyskland havde vedtaget en arbejdsmarkedsreform, som indebar særbehandling af arbejdstagere over 52 år. Hensigten var at fremme indslusningen på arbejdsmarkedet af ældre arbejdsløse. Særbehandlingen gik ud på, at lovens hovedregel om, at tidsbegrænsning af

² Jf. Hjalte Rasmussen, EU-ret i kontekst, 5. udg. 2003, s. 635. Afgørelsen er kendt som den såkaldte Solange I-Beschluss.

³ Afgørelsen er kendt som Solange II-Beschluss.

⁴ Rådets direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv (*EFT L 303 af 2.12.2000, s. 16*)

ansættelseskontrakter krævede en objektiv begrundelse, blev fraveget for nye ansættelseskontrakter med medarbejdere over 52 år, for hvilke sådanne kontrakter kunne indgås uden objektiv begrundelse. Hr Mangold var 56 år og var blevet ansat på en midlertidig kontrakt og gik derefter til domstolene, hvor han påstod, at tidsbegrænsningen af ansættelseskontrakten bl.a. var i strid med direktivet.

EF-Domstolen fastslog i sin dom⁵, at **direktivets forbud mod forskelsbehandling på grund af alder udgør et almindeligt fællesskabsretligt princip**. Idet Domstolen anerkendte, at det beskæftigelsesfremmende hensyn bag den tyske undtagelse som udgangspunkt var "objektivt og rimeligt" i direktivets forstand, fandt Domstolen imidlertid, at **undtagelsen gik ud over, hvad der var hensigtsmæssigt og nødvendigt** for at opfylde det forfulgte mål, og dermed var i strid med direktivet.

Et andet aspekt i dommen vedrørte **medlemsstaternes pligt til at overholde direktiver før implementeringsfristens udløb**. I Mangolds tilfælde var hans ansættelseskontrakt indgået inden udløbet af fristen for at implementere direktivet i tysk ret. Dermed var Tyskland formelt ikke forpligtet til at gennemføre direktivet på dette tidspunkt. Hertil udtaler Domstolen, med henvisning til en principiel dom fra 1997⁶, at "*medlemsstaterne, mens fristen for gennemførelsen af et direktiv løber, skal afholde sig fra at træffe foranstaltninger, der kan bringe virkeliggørelsen af det i direktivet foreskrevne resultat i alvorlig fare*"⁷. Den omstændighed, at Tyskland således efter vedtagelsen af direktivet havde nedsat den aldersgrænse, der skulle gælde for den direktivstridige undtagelse, fra 58 år til 52 år, alene for perioden op til implementeringsfristens udløb, medførte, at foranstaltningen var i strid med direktivet, selv om implementeringsfristen ikke var udløbet.

Den tyske kritik af Mangold-dommen

Essensen i forfatningsklagen er, at den beskyttelse af de grundlæggende rettigheder, Domstolen lægger til grund i Mangold-dommen, ikke lever op til beskyttelsen af de grundlæggende rettigheder ifølge den tyske forfatning.

Artiklens forfattere har navnlig fire indvendinger mod dommen:

⁵ Dom af 22. november 2005, sag C-144/04, Mangold.

⁶ Dom af 18. december 1997 i sagen Inter-Environnement Wallonie, sag C-126/96.

⁷ Præmis 67 i Mangold-dommen.

- **Arbejdsmarkedspolitik og socialpolitik er medlemsstaternes kernekompetencer.** Ifølge de to forfattere viser *Mangold*-sagen klart, i hvilket omfang EU-reguleringen griber ind i nationale kompetencer. Nærhedsprincippet kræver, at EU kun handler, hvis den bedre kan løse et problem end EU-landene selv. Imidlertid er aldersdiskrimination – i modsætning til nationalitetsdiskrimination – ifølge forfatterne en problemstilling uden grænseoverskridende aspekter og derfor mere velegnet til at blive løst af EU-landene selv, hvilket Domstolen ser helt bort fra.
- **EF-Domstolen ignorerer fristen for implementering af direktivet.** Forfatterne anfører, at Tyskland ikke var forpligtet til at overholde direktivet før fristens udløb.
- **EF-Domstolen udråber med urette, forbuddet mod aldersdiskrimination til et almindeligt fællesskabsretligt princip.** Forfatterne anfægter bl.a. Domstolens validering af begrundelsen for direktivet, hvoraf det fremgår, at princippet har sin oprindelse i medlemsstaternes fælles forfatningsmæssige traditioner og i forskellige internationale konventioner⁸. Forfatterne indvender i den forbindelse, at ud af de daværende 25 EU-lande havde kun Finland og Portugal forbud mod aldersdiskrimination, og at ingen internationale konventioner indeholdt bestemmelser om et sådant forbud. Forbuddet mod aldersdiskrimination synes derfor ”trukket op af hatten”.
- **Som noget nyt pålægger EF-Domstolen Tyskland straks at undlade at anvende de tyske regler.** Ifølge forfatterne er der tale om et højst tvivlsomt paradigmeskift, idet Domstolen tidligere har henholdt sig til at påpege manglerne i national lovgivning og har givet landene lov til at opretholde deres lovgivning, indtil de fik den ændret. Som følge af dommen blev alle de berørte midlertidige ansættelseskontrakter imidlertid konverteret til faste kontrakter fra den ene dag til den anden.

Den tyske forfatningsdomstols ”Maastricht-dom” fra 1993

Ifølge de to forfattere bør *Mangold*-dommen også vurderes i lyset af den tyske forfatningsdomstols ”*Maastricht-dom*” fra 1993, som – idet den fastslog, at ratifikationsloven om Maastricht-traktaten ikke stred mod den tyske forfatning – benyttede lejligheden til at sende en kraftig henstilling til EF-Domstolen. Således udtalte forfatningsdomstolen, at EU-institutionerne, særligt EF-Domstolen, skulle overholde grænserne for de kompetencer, der er

⁸ Præmis 74 og 75 i *Mangold*-dommen.

overdraget til EU. Den fastslog bl.a., at enhver udvikling af EU-retten som følge af Domstolens fortolkning, som indebar en overskridelse af disse grænser, ikke er omfattet den tyske tiltrædelseslov og er ugyldig i Tyskland.

Andre sager ved EF-Domstolen

De to forfattere henviser også til en række andre domme fra EF-Domstolen, hvori Domstolen vurderes at have foretaget vidtgående fortolkninger.

Dommen i den 2. tobaksdirektivsag⁹

Sagen vedrørte Tysklands sagsanlæg mod (det 2.) tobaksdirektiv, hvor Tyskland - efter at have fået medhold i en annullationssag om det første tobaksdirektiv - påstod det nye og ændrede direktiv annulleret med henvisning til, at den rette hjemmel for tobaksdirektivet burde have været EF-traktatens regler om folkesundhed (artikel 152 TEF), og ikke reglerne om indre marked (TEF artikel 95). Domstolen gav ikke Tyskland medhold i sagen. Dommen er beskrevet i EU-note E 26 af 16. januar 2006.

Miljøstraffedommen¹⁰ og Skibsforureningsdommen¹¹

I dommene fastslås det, at EU-straffebestemmelser vedrørende overtrædelser af miljøregler skal vedtages med hjemmel i EF-traktatens miljøregler og ikke i traktatens regler om strafferetligt samarbejde. Dommene er gennemgået i hhv. EU-note E 23 af 15. september 2005 (miljøstraffedommen) og EU-note E 4 af 28. november 2007 (skibsforureningsdommen).

Dom om Euro-middelhavsaftalen¹²

Sagen vedrørte en tunesisk statsborger, hr. Gattoussi, som havde giftet sig med en tysk kvinde og taget ophold i Tyskland og efterfølgende fået et arbejde. Da parret efter nogle år blev skilt, blev han udvist, på trods af at Tyskland havde indrømmet ham en tidsbegrænset arbejdstilladelse. EF-domstolen fastslog, at Euro-Middelhavsaftalens artikel 64, stk. 1 om forbud mod forskelsbehandling mellem EU-borgere og tunesere skulle fortolkes således, at den kan have virkninger for en tunesisk statsborgers opholdsret i Tyskland, når medlemsstaten havde meddelt tilladelse til at udøve

⁹ Dom af 12. december 2006, sag C-380/03, Tyskland mod Parlamentet og Rådet.

¹⁰ Dom af 13. september 2005. C-176/03, Kommissionen mod Rådet.

¹¹ Dom af 23. oktober 2007. C-440/05, Kommissionen mod Rådet.

¹² Dom af 14. december 2006, sag C-97/05, Gattoussi.

erhvervsvirksomhed i landet for en periode, der oversteg opholdstilladelsens gyldighedsperiode.

Ifølge de to forfattere tilsidesatte Domstolen dermed Euro-middelhavsaftalens klare ordlyd om at udlændinges opholdsret udelukkende er medlemsstaternes kompetence.

Konklusion

Afslutningsvis anfører de to forfattere, at de anførte eksempler på domme viser, at EF-Domstolen bevidst og systematisk tilsidesætter fundamentale vestlige fortolkningsprincipper, at den baserer sine afgørelser på vag argumentation, at den ignorerer lovgivers hensigt eller vender den til det modsatte. Afgørelserne viser også, at Domstolen opfinder retlige principper til brug for senere afgørelser. Endelig viser de, at EF-Domstolen undergraver medlemsstaternes kernekompetencer.

Forfatterne finder på den baggrund, at EF-Domstolen ikke er egnet til at udføre subsidiaritetskontrol i sidste instans med henblik på at beskytte medlemsstaternes interesser, hvilket bl.a. tilskrives bestemmelsen i EU-traktatens formålsartikel¹³ om "*en stadig snævrere Union*". På den baggrund finder forfatterne det afgørende, at der oprettes en domstol med ansvar for kompetencespørgsmål, som er uafhængig af EF-Domstolen.

./. Artiklen fra *EU-Observer* vedlægges.

Med venlig hilsen

Thomas Fich
(Tlf. 3611)

¹³ TEU artikel 1, stk. 1.