Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
M. SZPUNAR
fremsat den 15. juli 2021 [1]

Sag C-261/20

Thelen Technopark Berlin GmbH
mod
MN

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Bundesgerichtshof (forbundsdomstol, Tyskland))

»Præjudiciel forelæggelse – direktiv 2006/123/EF – artikel 15 – arkitekters og ingeniørers honorarer for planlægningsydelser – minimums- og maksimumspriser – Domstolens dom, der fastslår et traktatbrud – tilsidesættelse af direktivet – mulighed for påberåbelse inden for rammerne af en tvist mellem privatpersoner – etableringsfrihed – artikel 49 TEUF – Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder – artikel 16 – aftalefrihed«

I. Indledning

1. Under en civil retssag har sagsøgeren over for sagsøgte fremsat krav om betaling af et honorar for en leveret tjenesteydelse, og kræver et beløb, som er større end det beløb, som parterne havde fastsat i kontrakten. Søgsmålet støttes på en bestemmelse i national ret, hvorefter tjenesteyderen for en bestemt tjenesteydelse har ret til et honorar, der som minimum svarer til den minimumssats, der er fastsat i national ret. Den pågældende bestemmelse er imidlertid i strid med direktivet. Skal der gives medhold i søgsmålet?

2. Det er dette spørgsmål, som den forelæggende ret står over for i den foreliggende sag. Dens afgørelse afhænger af Domstolens vurdering af, om en national ret ved bedømmelsen af grundlaget for en sag anlagt af en privat part mod en anden privat part kan undlade at anvende en bestemmelse i national ret, der danner grundlag for kravet, som er i strid med direktivet, i dette tilfælde direktiv 2006/123 [2].

[1] – Originalsprog: polsk.

[2] – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 12.12.2006 om tjenesteydelser i det indre marked (EUT 2006, L 376, s. 36).

II. Retsforskrifter

A. EU-retten

3. Følgende fremgår af 5., 6., og 64. betragtning til direktiv 2006/123:

»5) Det er […] nødvendigt at fjerne hindringerne for tjenesteyderes ret til frit at etablere sig i medlemsstaterne og for den frie bevægelighed for tjenesteydelser mellem medlemsstaterne og garantere tjenestemodtagere og tjenesteydere den retssikkerhed, der er påkrævet, for at de reelt kan udøve disse to grundlæggende traktatfæstede friheder. […]

6) Det er ikke muligt at overvinde disse hindringer udelukkende ved at forlade sig på direkte anvendelse af traktatens artikel 43 og 49 [nu artikel 49 TEUF og 56 TEUF], da det ville være ekstremt vanskeligt for de nationale myndigheder og Fællesskabets institutioner at gennemføre traktatbrudsprocedurer mod de pågældende medlemsstater i hvert enkelt tilfælde, især efter udvidelsen, og da mange hindringer kun kan fjernes gennem en forhåndskoordinering af de nationale lovgivninger, bl.a. ved at etablere et administrativt samarbejde. Som Europa-Parlamentet og Rådet har erkendt, må et ægte indre marked for tjenesteydelser opnås ved hjælp af et lovgivningsinstrument på fællesskabsplan.

[…]

64) Med henblik på at skabe et ægte indre marked for tjenesteydelser er det nødvendigt at fjerne de restriktioner for etableringsfriheden og den frie bevægelighed for tjenesteydelser, der fortsat findes i visse medlemsstaters lovgivninger, og som er uforenelige med henholdsvis traktatens artikel 43 og 49 [nu artikel 49 TEUF og 56 TEUF]. De restriktioner, der skal forbydes, påvirker specielt det indre marked for tjenesteydelser og bør systematisk afvikles så hurtigt som muligt.«

4. Direktivets artikel 2, stk. 1, bestemmer:

»Dette direktiv finder anvendelse på tjenesteydelser, der udføres af tjenesteydere, som er etableret i en medlemsstat.«

5. Følgende fremgår af direktivets artikel 15:

»1. Medlemsstaterne undersøger, om deres retssystem omfatter de i stk. 2 omhandlede krav, og påser, at disse krav er forenelige med betingelserne i stk. 3. De tilpasser deres love og administrative bestemmelser for at gøre dem forenelige med disse betingelser.

2. Medlemsstaterne undersøger, om deres retssystem gør adgangen til at optage eller udøve servicevirksomhed betinget af, at et eller flere af følgende ikke-diskriminerende krav er opfyldt:

[…]

g) minimums- og/eller maksimumspriser, som tjenesteyderen skal overholde;

[…]

3. Medlemsstaterne sikrer sig, at de i stk. 2 omhandlede krav opfylder følgende betingelser:

a) [F]orbud mod forskelsbehandling: [K]ravene er hverken direkte eller indirekte diskriminerende på grundlag af nationalitet [statsborgerskab] eller – for selskabers vedkommende – det vedtægtsmæssige hjemsteds beliggenhed.

b) [N]ødvendighed: [K]ravene er begrundet i et tvingende alment hensyn.

c) [P]roportionalitet: [K]ravene sikrer opfyldelsen af det tilsigtede mål, de går ikke ud over, hvad der er nødvendigt for at nå dette mål, og dette mål kan ikke nås gennem andre, mindre indgribende foranstaltninger.

[…]

5. I den i artikel 39, stk. 1, omhandlede rapport om den gensidige evaluering anfører medlemsstaterne:

a) de krav, de agter at opretholde, og hvorfor de anser dem for at opfylde betingelserne i stk. 3;

b) de krav, der er blevet ophævet eller lempet.

6. Fra den 28. december 2006 må medlemsstaterne kun indføre nye krav af den i stk. 2 omhandlede type, hvis de opfylder betingelserne i stk. 3.

[…]«

B. Tysk ret

6. På tidspunktet, der er relevant i forhold til tvisten i hovedsagen, var arkitekters og ingeniørers honorarer reguleret af Verordnung über die Honorare für Architekten- und Ingenieurleistungen (honorarordning for arkitekter og ingeniører) i affattelsen af 10. juli 2013 [3] (herefter »HOAI«).

7. HOAI's § 1 har følgende ordlyd:

»Denne lovbekendtgørelse regulerer beregningen af honorarer for grundlæggende tjenesteydelser for arkitekter og ingeniører (kontrahenter) hjemmehørende i Tyskland, såfremt de nævnte grundlæggende tjenesteydelser er omfattet af nærværende lovbekendtgørelse og leveres fra tysk område.«

8. HOAI's § 7 bestemmer:

»1. Honorarer fastsættes på grundlag af den skriftlige aftale, der blev indgået mellem aftaleparterne ved tildelingen af opgaven, inden for de minimums- og maksimumssatser, der er fastsat i denne lovbekendtgørelse.

2. […]

[3] – BGBl. I, s. 2276.

3. De minimumssatser, der er angivet i denne lovbekendtgørelse, kan ved skriftlig aftale nedsættes i særlige tilfælde.

4. […]

5. Såfremt der ikke er indgået en anden skriftlig aftale på tidspunktet for tildelingen af opgaven, formodes det, at minimumssatsen er blevet fastsat i henhold til bestemmelsen i stk. 1.«

9. Ved Erste Verordnung zur Änderung der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (første bekendtgørelse, der ændrer honorarordningen for arkitekter og ingeniører) af 2. december 2020[4] blev HOAI's § 7 ændret. Ændringen trådte i kraft den 1. januar 2021. Fra denne dag har blev HOAI's § 7, stk. 1, følgende ordlyd:

»Honoraret fastsættes på grundlag af en skriftlig aftale indgået mellem de kontraherende parter. Hvis der ikke foreligger en skriftlig aftale om honorarets størrelse, er de grundlæggende tjenesteydelser omfattet af grundsatserne, der er fastsat i henhold til § 6.«

III. De faktiske omstændigheder, retsforhandlingerne og de præjudicielle spørgsmål

10. Den 2. juni 2016 indgik MN (sagsøgeren), som driver et ingeniørfirma, og Technopark Berlin GmbH (sagsøgte) en kontrakt om levering af ingeniørydelser, hvorved sagsøgeren forpligtede sig til at udføre ydelser i forbindelse med et byggeprojekt i Berlin over for sagsøgte. Parterne aftalte, at sagsøgeren skulle modtage et fast honorar på 55 025 EUR for de leverede ydelser. På baggrund af mellemliggende fakturaer udstedt af sagsøgeren udbetalte sagsøgte et samlet beløb på 55 395,92 EUR brutto til ham.

11. I juli 2017, efter at have opsagt kontrakten om levering af ingeniørydelser ved skrivelse af 2. juni 2017, udstedte sagsøgeren en endelig faktura for de ydelser, som han havde leveret, i henhold til de minimumssatser, der er fastsat i HOAI. Under hensynstagen til de overførsler, der allerede var foretaget, og det beløb, der var tilbageholdt som sikkerhed, lagde han derefter sag an mod sagsøgte om betaling af den resterende del af det forfaldne honorar, som udgjorde et beløb på 102 934,59 EUR brutto med tillæg af renter og advokatomkostninger forud for retssagen.

12. Sagsøgeren fik i vidt omfang medhold både ved retten i første og anden instans. I sin revisionsanke til Bundesgerichtshof (forbundsdomstolen, Tyskland) har sagsøgte nedlagt påstand om frifindelse.

13. Det er den forelæggende rets vurdering, at afgørelsen af revisionsanken afhænger af spørgsmålet om, hvorvidt bestemmelserne i artikel 15, stk. 1, artikel 15, stk. 2, litra g), og artikel 15, stk. 3, i direktiv 2006/123 finder anvendelse på tvisten mellem private parter således, at den bør undlade at anvende bestemmelsen i HOAI, som udgør grundlaget for sagsanlægget. Såfremt dette spørgsmål besvares bekræftende, bør der gives medhold i revisionsanken. Det er Domstolens praksis, der har givet anledning til tvivl.

[4] – BGBl. I, s. 2636.

14. Ved dom af 4. juli 2019 i sagen Kommissionen mod Tyskland[5] fastslog Domstolen, at Forbundsrepublikken Tyskland havde tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 15, stk. 1, artikel 15, stk. 2, litra g), og artikel 15, stk. 3, i direktiv 2006/123, idet den har opretholdt faste priser for arkitekters og ingeniørers planlægningsydelser.

15. Dernæst fastslog Domstolen ved kendelse af 6. februar 2020 i hapeg dresden-sagen[6], at artikel 15, stk. 1, artikel 15, stk. 2, litra g), og artikel 15, stk. 3, i direktiv 2006/123 skal fortolkes således, at disse bestemmelser er til hinder for en national bestemmelse, hvorefter det er forbudt at aftale honorarer i kontrakter med arkitekter eller ingeniører, som er lavere end HOAI's minimumssatser.

16. Under disse omstændigheder har Bundesgerichtshof (forbundsdomstolen, Tyskland) besluttet at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Følger det af EU-retten, navnlig af artikel 4, stk. 3 TEU, artikel 288, stk. 3, TEUF og artikel 260, stk. 1, TEUF, at artikel 15, stk. 1, [artikel 15,] stk. 2, litra g), og [artikel 15,] stk. 3, i direktiv 2006/123 […] har direkte virkning i forbindelse med en verserende retssag mellem privatpersoner, således at de nationale bestemmelser i § 7 i den tyske Verordnung über die Honorare für Architekten- und Ingenieurleistungen (bekendtgørelse om honorarer for arkitekt- og ingeniørydelser, herefter »HOAI«), som er i strid med dette direktiv, og hvorefter de minimumssatser for arkitekters og ingeniørers projekterings- og tilsynsydelser, der er fastsat i denne honorarordning – bortset fra visse undtagelsestilfælde – er bindende, og en honoraraftale med lavere satser end minimumssatserne, der indgås i kontrakter med arkitekter og ingeniører, er ugyldig, ikke længere finder anvendelse?

2) Såfremt det første spørgsmål besvares benægtende:

   a) Udgør Forbundsrepublikken Tysklands regulering af bindende minimumssatser for arkitekters og ingeniørers projekterings- og tilsynsydelser i HOAI's § 7 en tilsidesættelse af etableringsfriheden i henhold til artikel 49 TEUF eller andre generelle EU-retlige principper?

   b) Såfremt det andet spørgsmål, litra a), besvares bekræftende: Følger det af en sådan tilsidesættelse, at de nationale bestemmelser om bindende minimumssatser (i den foreliggende sag HOAI's § 7) ikke længere finder anvendelse i en verserende sag mellem private?«

17. Parterne i hovedsagen, Kongeriget Nederlandene og Europa-Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg til Domstolen. Med undtagelse af sagsøgte i hovedsagen deltog disse parter i retsmødet den 3. maj 2021.

IV. Analyse

18. Den forelæggende ret ønsker nærmere bestemt oplyst, om der af EU-retten følger en forpligtelse for en national domstol, for hvilken der er indbragt en tvist mellem private, til at undlade at anvende en bestemmelse i national ret, som sagsøgeren støtter sit sagsanlæg på, i dette tilfælde bestemmelsen i HOAI's § 7 (herefter »den anfægtede bestemmelse«), da denne

5 – C-377/17 (EU:C:2019:562).

6 – C-137/18, ikke trykt i Sml. (EU:C:2020:84).

bestemmelse er i strid med direktiv 2006/123. Den forelæggende rets tvivl udspringer af det klassiske EU-retlige problem for så vidt angår horisontale forhold, som består i de nationale domstoles anvendelse af direktivbestemmelser, som ikke er gennemført, eller som ikke er gennemført korrekt efter udløbet af fristen for direktivets gennemførelse.

19. Jeg vil i min analyse kort redegøre for Domstolens holdning til direktivers effektive virkning i forholdet mellem private (afsnit A). Jeg vil derefter angive de elementer i hovedsagen, som efter min opfattelse er relevante (afsnit B). Herefter vil jeg undersøge Kommissionens forslag om muligheden for at foretage en overensstemmende fortolkning (afsnit C). Endelig vil jeg undersøge grundene til en eventuel undladelse af anvendelse af en bestemmelse i national ret, som er uforenelig med direktivet (afsnit D).

A. Direktivers effektivitet i horisontale forhold

20. Det fremgår af artikel 288, tredje afsnit, TEUF, at et direktiv, i modsætning til en forordning, er bindende for enhver medlemsstat, som det rettes til. Det kan således ikke i sig selv kan skabe forpligtelser for private, hvorfor det – i princippet – som sådan ikke kan påberåbes over for dem[7].

21. Ovenstående beskriver således direktivers manglende horisontale virkning. Sidstnævnte begreb anvendes såvel til at beskrive den manglende virkning for så vidt angår skabelsen af rettigheder og forpligtelser for private som til at beskrive udelukkelsen af selve muligheden for at anvende direktivet i en tvist mellem private.

22. I denne henseende skal jeg fremhæve, at der skal sondres mellem spørgsmålet om direktivers horisontale virkning og spørgsmålet om den direkte horisontale virkning af bestemmelser i primærretten og i forordninger. I sidstnævnte tilfælde henvises der til den horisontale virkning af bestemmelserne, når dens anvendelsesområde omfatter private personers adfærd (private erhvervsdrivende). Det drejer sig med andre ord om, hvorvidt private er direkte adressater for de forpligtelser eller forbud, der følger af disse bestemmelser. Det skal i denne forbindelse understreges, at selv om private ikke er adressater for disse bestemmelser, kan de påberåbe sig dem i en tvist mellem dem og andre private. Det gælder særligt for påberåbelsen af sådanne bestemmelser med henblik på at afgøre, om den nationale lovgivning, der finder anvendelse på en given tvist, er forenelig med EU-retten (dvs. legalitetskontrollen).

23. I tilfælde af, at direktivers direkte horisontale virkning udelukkes, er der tale om et andet problem. I en tvist mod en privat kan man således ikke påberåbe sig en direktivbestemmelse, uanset om denne har til formål direkte at fastlægge rettigheder eller forpligtelser i henhold til et givent direktiv, eller om den foretages med henblik på at vurdere de nationale bestemmelsers forenelighed med EU-retten (dvs. legalitetskontrol). I denne henseende er spørgsmålet, om private er adressater for specifikke bestemmelser i et direktiv, sekundært.

24. Den omstændighed, at et direktiv ikke har horisontal direkte virkning, betyder imidlertid ikke, at et direktiv ikke kan tages i betragtning i en tvist mellem private på en sådan måde, at det omsættes til en anden privatpersons retsstilling. Domstolen har i sin praksis identificeret flere tilfælde, hvor en sådan hensyntagen kan finde sted. Henset til sagens genstand og parternes standpunkter skal jeg blot nævne fire af dem.

[7] – Jf. navnlig dom af 26.2.1986, Marshall (C-152/84, EU:C:1986:84, præmis 48), af 14.7.1994, Faccini Dori (C-91/92, EU:C:1994:292, præmis 20), af 5.10.2004, Pfeiffer m.fl. (C-397/01 – C-403/01, EU:C:2004:584, præmis 108), og af 7.8.2018, Smith (C-122/17, EU:C:2018:631, præmis 42).

25. For det første har Domstolen anført, at nationale retter har en forpligtelse til at foretage en såkaldt fortolkning af national ret i overensstemmelse med direktiverne (konform fortolking). Medlemsstaterne er forpligtet til i videst muligt omfang at fortolke bestemmelserne i national ret i lyset af det pågældende direktivs ordlyd og formål med henblik på at opnå det med direktivet tilsigtede resultat[8]. Påberåbelsen af et direktiv for en domstol med henblik på en overensstemmende fortolkning kan således føre til, at det tages i betragtning i forbindelse med lovens anvendelse.

26. For det andet kan anvendelsen af et direktiv, der fastsætter en informationsprocedure med hensyn til tekniske standarder og forskrifter[9] i tilfælde af, at der vedtages nationale tekniske forskrifter i strid med medlemsstaternes forpligtelser i henhold til et direktiv, medføre, at disse nationale tekniske forskrifter skal fraviges. En medlemsstats traktatbrud medfører nemlig, at nationale tekniske forskrifter, der er vedtaget i strid med de nævnte forpligtelser, ikke finder anvendelse i en tvist mellem private, da de udgør en »væsentlig proceduremangel«[10].

27. For det tredje, såfremt det er umuligt at foretage en overensstemmende fortolkning, er den nationale ret, for hvilken der er indbragt en tvist mellem private, forpligtet til at undlade at anvende den nationale bestemmelse, der er uforenelig med direktivet, såfremt det kræves for at overholde et generelt princip i EU-retten, herunder dem, som er specificeret i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder[11]. Begrundelsen for at undlade at anvende nationale bestemmelser findes imidlertid ikke i sådanne tilfælde i direktivbestemmelser, men i et generelt EU-retligt princip, der er specificeret ved en direktivbestemmelse[12].

28. For det fjerde er det ikke udelukket, at et direktiv kan påberåbes i en såkaldt triangulær situation, dvs. hvor konsekvenserne af en tvist vedrørende et direktiv, der føres på et vertikalt plan mellem en privat og en stat, påvirker en tredjemands retsstilling[13].

B. De særlige omstændigheder i hovedsagen

29. De faktiske omstændigheder, der ligger til grund for hovedsagen, og som er relevante for den foreliggende sag, er følgende:

– Tvisten i hovedsagen er en tvist mellem private (private erhvervsdrivende), og retsforholdet, som er tvistens genstand, udspringer af en tjenesteydelsesaftale. Forholdet mellem parterne er således af horisontal karakter.

– Samtlige elementer i tvisten i hovedsagen forekommer kun i en enkelt stat.

8 – Jf. navnlig dom af 10.4.1984, von Colson og Kamann (C-14/83, EU:C:1984:153, præmis 26), af 13.11.1990, Marleasing (C-106/89, EU:C:1990:395, præmis 8), af 5.10.2004, Pfeiffer m.fl. (C-397/01 – C-403/01, EU:C:2004:584, præmis 113 og 114).

9 – Rådets direktiv 83/189/EØF af 28.3.1983 om en informationsprocedure med hensyn til tekniske standarder og forskrifter (EFT 1983, L 109, s. 8), dernæst Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 98/34/EF af 22.6.1998 om en informationsprocedure med hensyn til tekniske standarder og forskrifter (EFT 1998, L 204, s. 37), endelig Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2015/1535 af 9.9.2015 om en informationsprocedure med hensyn til tekniske forskrifter samt forskrifter for informationssamfundets tjenester (kodificering) (EUT 2015, L 241, s. 1). Denne retspraksis finder ligeledes anvendelse på den forpligtelse, der følger af artikel 3, stk. 4, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2000/31/EF af 8.6.2000 om visse retlige aspekter af informationssamfundstjenester, navnlig elektronisk handel, i det indre marked (»Direktivet om elektronisk handel«) (EUT 2000, L 178, s. 1). Jf. i denne henseende dom af 19.12.2019, Airbnb Ireland (C-390/18, EU:C:2019:1112, præmis 100).

10 – Jf. dom af 30.4.1996, CIA Security International (C-194/94, EU:C:1996:172, præmis 48), og af 26.9.2000, Unilever (C-443/98, EU:C:2000:496, præmis 44, 50, 51).

11 – Herefter »chartret«.

12 – Jf. den retspraksis, der følger af punkt 67 i dette forslag til afgørelse.

13 – Jf. navnlig dom af 24.10.1996, Kraaijeveld m.fl. (C-72/95, EU:C:1996:404), og af 7.1.2004, Wells (C-201/02, EU:C:2004:12).

– Søgsmålet støttes på en bestemmelse i national ret, som bevirker, at det er minimumssatsen, som finder anvendelse, i stedet for det i kontrakten fastsatte honorar til tjenesteyderen for en tjenesteydelse på et beløb, som er mindre end minimumssatsen.

– Denne bestemmelse i national ret er uforenelig med bestemmelsen i artikel 15, stk. 1, artikel 15, stk. 2, litra g), og artikel 15, stk. 3, i direktiv 2006/123 [14].

– Denne uforenelighed blev fastslået i Domstolens dom, som blev afsagt i henhold til proceduren efter artikel 258 TEUF.

– Det er den forelæggende rets vurdering, at det ikke er muligt at foretage en fortolkning af den omtvistede bestemmelse på en måde, der sikrer dens overholdelse af artikel 15, stk. 1, artikel 15, stk. 2, litra g), artikel 15, stk. 3, i direktiv 2006/123.

– Parternes aftale blev indgået efter udløbet af fristen for gennemførelse af direktivet i den nationale retsorden, men før der blev anlagt sag i sagen Kommissionen mod Tyskland [15].

C. Mulighed for at foretage en konform fortolkning

30. Det fremgår af Domstolens faste praksis, at spørgsmålet om, hvorvidt en national bestemmelse i et horisontalt forhold, for så vidt som den er i strid med direktivet, ikke skal anvendes, kun opstår, såfremt det ikke er muligt at foretage en konform fortolkning [16].

31. Det er den forelæggende rets vurdering, at det ikke er muligt at fortolke bestemmelserne i national ret på en måde, der sikrer, at de er i overensstemmelse med direktiv 2006/123, idet der ville være tale om en fortolkning contra legem. Kommissionen har i sit skriftlige indlæg og under retsmødet bestridt den forelæggende rets standpunkt.

32. Selv om Domstolen tidligere gentagne gange har understreget de nationale retters forpligtelse til at fortolke retsakter såsom direktiver eller rammeafgørelse i overensstemmelse med EU-retten, har den samtidig konsekvent fastslået, at princippet om en overensstemmende fortolkning ikke kan tjene som grundlag for en fortolkning contra legem af national ret [17]. Da Domstolen, som den selv har påpeget, ikke er kompetent til at fortolke en medlemsstats nationale ret [18], tilkommer det i sidste ende den nationale ret at afgøre, om en fortolkning, der er i overensstemmelse med direktivet, er contra legem [19].

33. I denne sammenhæng er jeg på den ene side enig med Kommissionen i, at grænserne for fortolkningen af den præjudicielle forelæggelse i tysk ret, således som de er beskrevet af den forelæggende ret, forekommer for snævre. Navnlig henset til de tyske retters retspraksis, der er fremlagt i den præjudicielle forelæggelse, hvoraf det fremgår, at henvisningen til princippet om god tro udtrykt i den tyske civillovbog har gjort det muligt ikke at tage hensyn til den omtvistede

14 – Jf. punkt 14 og 15 i dette forslag til afgørelse.

15 – Dom af 4.7.2019, Kommissionen mod Tyskland (C-377/17, EU:C:2019:562).

16 – Jf. navnlig dom af 17.4.2018, Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257, præmis 71-75, punkt 3 i domskonklusionen), og af 6.11.2018, Bauer og Willmeroth (C-569/16 og C-570/16, EU:C:2018:871, præmis 25, punkt 2 i domskonklusionen).

17 – Jf. navnlig dom af 15.4.2008, Impact (C-268/06, EU:C:2008:223, præmis 100) og af 29.6.2017, Popławski (C-579/15, EU:C:2017:503, præmis 33 og den deri nævnte praksis).

18 – Jf. navnlig dom af 16.2.2017, Agro Foreign Trade & Agency (C-507/15, EU:C:2017:129, præmis 23).

19 – Jf. navnlig dom af 29.6.2017, Popławski (C-579/15, EU:C:2017:503, præmis 39) og af 17.4.2018, Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257, præmis 73-75).

tyske bestemmelse i en række lignende tidligere sager. På den anden side ser jeg ikke, i betragtning af den forelæggende rets kategoriske holdning om, at denne retspraksis ikke finder anvendelse i den forelæggende sag, nogen grund til, at Domstolen vil erstatte den forelæggende rets vurdering af grænserne for en tilladt fortolkning, der er i overensstemmelse med tysk ret, med sin egen vurdering.

D. Den forelæggende rets eventuelle begrundelser for at undlade at anvende den omtvistede bestemmelse

1. Direktiv 2006/123 som et instrument, der konkretiserer en grundlæggende frihed på det indre marked

34. Efter min opfattelse skal analysen af den foreliggende sag indledes med en undersøgelse af de særlige karakteristika ved direktiv 2006/123, som et instrument, der bl.a. konkretiserer etableringsfriheden i henhold til artikel 49 TEUF. Dette spørgsmål er ganske vist ikke udtrykkeligt blevet rejst af parterne i deres indlæg, men det forekommer ønskeligt, at Domstolen i den foreliggende sag ser nærmere på forholdet mellem artikel 49 TEUF og direktiv 2006/123.

35. Med hensyn til den første del af den forelæggende rets andet spørgsmål udelukker Kommissionen muligheden for at udlede en forpligtelse af selve artikel 49 TEUF for en national domstol til at undlade at anvende en bestemmelse i national ret, der er uforenelig hermed. Ifølge Kommissionen er den omstændighed, at anvendelsen af den omtvistede tyske bestemmelse er begrænset til interne forhold, til hinder for, at der i det foreliggende tilfælde tages hensyn til artikel 49 TEUF. Et sådant argument hviler på den forudsætning, at hvis der i det foreliggende tilfælde forelå et grænseoverskridende element, og den omtvistede bestemmelse i tysk ret ville finde anvendelse, ville det være muligt at anvende artikel 49 TEUF. Det ville ligeledes betyde, at de faktiske omstændigheder, der falder ind under anvendelsesområdet for direktiv 2006/123, ligeledes ville kunne vurderes under hensynstagen til artikel 49 TEUF. Jeg nærer i denne forbindelse alvorlig tvivl, som jeg her ønsker at dele med Domstolen. Efter min opfattelse kan denne tvivl begrunde, at direktiv 2006/123 kan anvendes direkte i den foreliggende sag.

36. Lad os derfor se nærmere på den særlige karakter af kapitel III i direktiv 2006/123, som konkretiserer etableringsfriheden for tjenesteydere, som omhandlet i artikel 49 TEUF for så vidt angår alle typer af tjenesteydelsesvirksomhed. I denne henseende adskiller direktiv 2006/123 sig fra andre instrumenter i afledt ret, som harmoniserer udvalgte og normalt snævre aspekter af etableringsfriheden i en given sektor [20]. Det betyder, at de regler, der blev udviklet i den hidtidige retspraksis, der bestemmer forholdet mellem traktaternes friheder og foranstaltningerne til harmonisering af de udvalgte aspekter af disse friheder, ikke automatisk kan overføres på direktiv 2006/123.

37. Indledningsvis vil jeg gerne henvise til to meget vigtige afgørelser fra Domstolen. For det første fastslog Domstolen i Rina Services-dommen, at såfremt et givent spørgsmål er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2006/123, er det ufornødent at undersøge det nærmere i lyset af traktatens bestemmelser [21]. For det andet fastslog Domstolen i dommen i sagen X og Visser, at

[20] – F.eks. Rådets direktiv 77/249/EØF af 22.3.1977 om lettelser med henblik på den faktiske gennemførelse af advokaters frie udveksling af tjenesteydelser (EFT 1977, L 78, s. 17).

[21] – Dom af 16.6.2015, Rina Services m.fl. (C-593/13, EU:C:2015:399, præmis 23 ff.).

bestemmelserne i kapitel III i direktiv 2006/123 om etableringsfrihed for tjenesteydere også finder anvendelse på en situation, hvor alle relevante elementer findes inden for en enkelt medlemsstat [22].

38. For det andet skal opmærksomheden rettes mod de to elementer, der tydeligt viser, at EU-lovgiver – ved at vedtage direktiv 2006/123 – tilsigtede at gennemføre, eller endog konkretisere, to grundlæggende friheder i det indre marked, herunder etableringsfriheden [23]. Direktiv 2006/123 har ikke til formål at harmonisere visse aspekter af tjenesteydelsesvirksomhed, men præciserer selve traktaten. Med henblik herpå tager direktivet hensyn til Domstolens meget brede praksis, bl.a. ved at præcisere forbuddet mod visse begrænsninger eller ved at præcisere undtagelserne. Med udtrykkelig henvisning direkte til direktivets artikel 15 fremgår det klart, at det har til formål at forene medlemsstaternes lovgivningskompetence med hensyn til krav om udøvelse af erhvervsvirksomhed og den faktiske udøvelse af etableringsfriheden, som er sikret ved traktaten.

39. Der kan udledes to konklusioner af ovenstående analyse. For det første, hvis den analyserede nationale lovgivning falder inden for anvendelsesområdet for direktiv 2006/123 og er *uforenelig* hermed, er det ufornødent at undersøge, om en sådan lovgivning er forenelig med traktaten. Der er tale om en klar konklusion, og Domstolen synes ikke at være i tvivl herom [24]. For det andet, og det er efter min opfattelse den naturlige konsekvens af Rina Services-dommen [25], at hvis den analyserede nationale lovgivning er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2006/123, og hvis den er *forenelig* med dette direktiv, kan den ikke anfægtes på grundlag af traktatens bestemmelser om fri udveksling af tjenesteydelser og etableringsfriheden [26].

40. Ovenstående logik rejser efter min opfattelse tvivl om Kommissionens argument om, at såfremt der forelå et hvilket som helst grænseoverskridende element, og såfremt den omtvistede bestemmelse i tysk ret ville finde anvendelse, ville det være muligt at støtte ret på artikel 49 TEUF. Det ville navnlig betyde, at de samme faktiske omstændigheder ville kunne vurderes med hensyn til overholdelsen af direktiv 2006/123 såvel som artikel 49 TEUF. Dette ville efter min mening være i strid med EU-lovgivers hensigt, som i forbindelse med vedtagelsen af direktivet tilsigtede at foretage en udtømmende regulering af etableringsfriheden for så vidt angår servicevirksomhed. Med andre ord kan alle disse former for og aspekter af etableringsfriheden, der er omfattet af direktivets anvendelsesområde, ikke længere vurderes i lyset af artikel 49 TEUF.

41. Som det fremgår af dommen i X og Visser-sagen [27], finder bestemmelserne i kapitel III i direktiv 2006/123 ligeledes anvendelse i tilfælde, hvor samtlige relevante elementer findes inden for en enkelt medlemsstat. Denne dom bekræfter efter min opfattelse EU-lovgivers hensigt om, at direktiv 2006/123 – for så vidt angår dets anvendelse – udvider anvendelsesområdet for etableringsfriheden til også at omfatte rent interne forhold [28].

[22] – Jf. dom af 30.1.2018, X og Visser (C-360/15 og C-31/16, EU:C:2018:44, præmis 99-110, punkt 3 i domskonklusionen).

[23] – Jf. 5., 6. og 64. betragtning til direktiv 2006/123. Jf. også dom af 16.6.2015, Rina Services m.fl. (C-593/13, EU:C:2015:399, præmis 40), hvori Domstolen direkte fastslog, at direktiv 2006/123 er en retsakt, som konkret udmønter en grundlæggende frihed, der er sikret ved EUF-traktaten.

[24] – Jf. dom af 23.2.2016, Kommissionen mod Ungarn (C-179/14, EU:C:2016:108, præmis 118), og af 30.1.2018, X og Visser (C-360/15 og C-31/16, EU:C:2018:44, præmis 137).

[25] – Dom af 16.6.2015 (C-593/13, EU:C:2015:399).

[26] – En sådan national lovgivning kan kun anfægtes, hvis de konkrete bestemmelser i tjenesteydelsesdirektivet viser sig at være uforenelige med traktaten.

[27] – Jf. dom af 30.1.2018, X og Visser (C-360/15 og C-31/16, EU:C:2018:44, punkt 3 i domskonklusionen).

[28] – Det er åbenlyst, at en sådan løsning har mange fordele. Det er således under alle omstændigheder ikke nødvendigt at finde frem til et grænseoverskridende element, hvis eksistens ofte er vanskelig at identificere, for at være i stand til at anvende traktatens frihed direkte.

42. Efter min opfattelse betyder antagelsen af, at kapitel III i direktiv 2006/123 konkretiserer den i artikel 49 TEUF fastsatte etableringsfrihed, at problemstillingen vedrørende direktivets horisontale anvendelse bør tilgås på en særlig måde.

43. Jeg er overbevist om, at såfremt en given faktisk omstændighed falder ind under anvendelsesområdet for kapitel III i direktiv 2006/123, bør muligheden for at påberåbe sig etableringsfriheden i henhold til artikel 49 TEUF med henblik på at anfægte en medlemsstats lovgivning i en tvist mod en anden privat udelukkes, idet en sådan påberåbelse ikke kun ville være i strid med idéen om, at etableringsfriheden blev konkretiseret ved vedtagelsen af direktiv 2006/123, men ligeledes ville føre til komplekse analyser med hensyn til den materielle rækkevidde af etableringsfriheden. Det ville derefter være nødvendigt at analysere, om en given national lovgivning, som er uforenelig med direktivet, ligeledes er uforenelig med artikel 49 TEUF med den hypotetiske antagelse om, at direktivet ikke ville være vedtaget. Jeg er ikke i tvivl om, at en sådan løsning ville være i strid med direktiv 2006/123's effektive virkning (*effet utile*).

44. Det er teoretisk set muligt at lægge den traditionelle udelukkelse af direkte horisontale virkning til grund og fastslå, at det, uanset om der foreligger et grænseoverskridende element eller ej, er udelukket at påberåbe sig bestemmelserne i direktivets kapitel III over for en privatperson. En sådan løsning vil efter min opfattelse være åbenbart uacceptabel, alene fordi den afledte retsakt, som direktiv 2006/123 udgør, under ingen omstændigheder kan begrænse anvendelsesområdet for traktatens frihed, herunder for så vidt angår dens påberåbelse i en tvist mod en privatperson.

45. Derfor står vi tilbage med den eneste og efter min opfattelse korrekte løsning, som er en konsekvens af anerkendelsen af, at kapitel III i direktiv 2006/123 ikke alene konkretiserer traktatens etableringsfrihed, men også udvider grænserne for dens anvendelse til rent interne forhold. Påberåbelsen af bestemmelserne i det nævnte kapitel i en tvist mod en anden privatperson bør være tilladt, så længe det i lignende situationer er tilladt direkte at påberåbe sig traktatens etableringsfrihed.

46. Den omtvistede bestemmelse i national rets uforenelighed med bestemmelsen i artikel 15, stk. 2, litra g), i direktiv 2006/123 bør derfor afgøres af en national ret på en særlig måde, idet man undlader at anvende retspraksis, der udelukker direktes horisontale virkning.

47. Som konsekvens heraf mener jeg, at såfremt det er umuligt at foretage en fortolkning i overensstemmelse med EU-retten, bør den nationale domstol, som behandler en tvist mellem private vedrørende krav, der hidrører fra en national bestemmelse, som fastsætter minimumspriser for tjenesteydere på en måde, der er i strid med artikel 15, stk. 1, artikel 15, stk. 2, litra g), og artikel 15, stk. 3, i direktiv 2006/123, undlade at anvende den pågældende nationale bestemmelse. Denne forpligtelse påhviler den nationale ret i henhold til artikel 15, stk. 2, litra g), og artikel 15, stk. 3, i direktiv 2006/123 – som er bestemmelser, der konkretiserer etableringsfriheden, der følger af artikel 49 TEUF.

2. Analog anvendelse af retspraksis vedrørende tekniske forskrifter

48. Den nederlandske regering har bl.a. foreslået Domstolen, at den i den foreliggende sag anvender sin praksis vedrørende tekniske forskrifter, der ikke er meddelt, analogt.

49. Som Domstolen selv har anført, er dens praksis vedrørende tekniske forskrifter usædvanlig og giver ikke anledning til at udvide den til at omfatte andre situationer. Det særlige ved de sager, som Domstolen antog til realitetsbehandling [29], var, at det påberåbte direktiv, som hverken skabte rettigheder eller forpligtelser for private, ikke definerede det materielle indhold af den retsregel, som den nationale ret skulle lægge til grund for afgørelsen i den tvist, der er indbragt for den. Retspraksis vedrørende den manglende mulighed for mellem private at påberåbe sig et direktiv, der ikke er gennemført, var således ikke relevant i disse sager [30].

50. Den foreliggende sag minder ikke om sagerne vedrørende tekniske forskrifter, der ikke er meddelt. Artikel 15, stk. 2, litra g), og artikel 15, stk. 3, i direktiv 2006/123 udgør ikke bestemmelser, som indeholder en meddelelsespligt. Der ses således ingen grund til at anvende retspraksis om tekniske forskrifter, der ikke er anmeldt, analogt.

3. Påberåbelse af direktivet som et »skjold« og ikke som et »sværd«

51. Ifølge den nederlandske regering følger det af Domstolens hidtidige praksis [31], at en bestemmelse i et direktiv ikke kan påberåbes af en privatperson med henblik på at pålægge en anden privatperson en forpligtelse i henhold til direktivet i en situation, hvor en sådan forpligtelse ikke følger af national ret (direktivet kan ikke anvendes som et »sværd«). Derimod følger det ikke af praksis, at en privatperson ikke kan påberåbe sig en bestemmelse i et direktiv, når modparten søger at pålægge vedkommende en forpligtelse i henhold til national ret, som er uforenelig med direktivet. Den nederlandske regering er af den opfattelse, at det i det andet tilfælde (hvor direktivet anvendes som »skjold«), påhviler den nationale ret at undlade at anvende en bestemmelse i national ret.

52. Kommissionen anser det for nødvendigt at foretage en sådan sondring. Den har understreget, at det fremgår af Domstolens hidtidige praksis, at et direktiv ikke *i sig selv* kan skabe forpligtelser for privatpersoner, hvorfor det heller ikke *som sådan* kan påberåbes over for en privatperson. I det foreliggende tilfælde følger sagsøgerens forpligtelse *til at overholde* det aftalte vederlag af kontrakten. Sagsøgtes forsvar mod sagsøgerens mere omfattende krav sker således ikke kun på baggrund af selve direktivet, men på baggrund af direktivet i forbindelse med kontrakten. Der er således ikke tale om en situation, hvor direktivet *i sig selv* eller *som sådan* medfører visse rettigheder for privatpersoner.

53. Kommissionen er imidlertid i tvivl om, hvorvidt ovenstående er af afgørende betydning for den foreliggende sag. For det første når henses til Domstolens udtrykkelige konstatering i dens praksis, hvorefter et direktiv ikke kan påberåbes i en tvist mellem private med henblik på at undgå anvendelsen af en medlemsstats lovgivning, som strider mod dette direktiv [32]. For det andet i betragtning af de særlige kendetegn ved private kontrakter, som karakteriseres ved, at parterne ved fastlæggelsen af deres rettigheder og forpligtelser selv foretager en afvejning af deres interesser. Det er uundgåeligt, at en hensyntagen til et direktiv nødvendigvis indebærer en forringelse af en parts situation, således at spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger en rettighed eller en forpligtelse, ikke er afgørende. Der er således tale om to sider af samme sag.

[29] – Jf. bl.a. dom af 30.4.1996, CIA Security International (C-194/94, EU:C:1996:172, præmis 48), af 26.9.2000, Unilever (C-443/98, EU:C:2000:496, præmis 44, 50 og 51), og af 19.12.2019, Airbnb Ireland (C-390/18, EU:C:2019:1112, præmis 100).

[30] – Jf. dom af 7.8.2018, Smith (C-122/17, EU:C:2018:631, præmis 53).

[31] – Den nederlandske regering har henvist til dom af 7.8.2018, Smith (C-122/17, EU:C:2018:631), og af 24.1.2012, Dominguez (C-282/10, EU:C:2012:33).

[32] – Dom af 7.8.2018, Smith (C-122/17, EU:C:2018:631, præmis 44).

54. Jeg er enig i Kommissionens sidstnævnte konklusion.

55. For det første understøttes idéen om, at direktivet som sådan har andre virkninger i horisontale forhold, afhængigt af, om det bruges som et »sværd« eller som et »skjold«, efter min opfattelse ikke af artikel 288, stk. 3, TEUF. Dette medfører ikke, at nationale bestemmelser, der er i strid med direktivet, annulleres eller mister deres effektive virkning i horisontale forhold.

56. Som Kommissionen med rette har påpeget, forbyder Domstolens praksis i det væsentlige, at der drages retlige konsekvenser af direktiver i form af beføjelser eller forpligtelser for private i horisontale forhold. Fastlæggelsen af, om direktivet pålægger en forpligtelse, som en part ønsker at pålægge den anden part, eller kun et forbud mod at pålægge en forpligtelse, der følger af national lovgivning, afhænger af det givne proceduremæssige system og det vedtagne perspektiv, således at sondringen er ikke baseret på et objektivt kriterium.

57. Såfremt direktivet indeholder et forbud mod at vedtage bestemmelser, der fastsætter et minimumshonorar for en given tjenesteydelse, som er bindende for parterne, kan det naturligvis antages, at der er tale om en situation, hvor det følger af en forpligtelse i henhold til en bestemmelse i national ret, at der skal betales et højere beløb end det, der er fastsat af parterne, hvilket direktivet beskytter mod som et »skjold«. Men der kan også argumenteres for, at direktivet indebærer en indirekte rettighed og en specifik forpligtelse for privatpersoner: tjenestemodtagerens ret til at opfylde sin forpligtelse som følge af betaling af den i kontrakten fastsatte pris og tjenesteyderens forpligtelse til at anerkende betalingen af den i kontrakten fastsatte pris som tjenestemodtagerens fritagelse fra sin aftaleforpligtelse. I sit forsvar mod sagsanlægget hæver tjenestemodtageren således »skjoldet« med den ene hånd, men hugger samtidig med »sværdet« med den anden og ønsker at påføre tjenesteyderen en forpligtelse til at anerkende betaling af et beløb, der er lavere end minimumsprisen.

58. Lad os forestille os, at tjenestemodtageren med urette betalte et højere honorar end aftalt i kontrakten og efterfølgende krævede tilbagebetaling fra tjenesteyderen. Vedkommende ville således forsøge at pålægge sidstnævnte at tilbagebetale den uberettigede merydelse. Tjenestemodtageren ville til dette formål påberåbe sig direktivet som et »sværd«. Det samme ville være tilfældet, hvis parterne havde aftalt et honorar, der var højere end de gældende maksimumspriser, og tjenesteyderen efter kun at have fået maksimumsprisen ville kræve forskellen mellem dette beløb og det beløb, der var fastsat i kontrakten. Tjenesteyderen ville således søge at pålægge tjenestemodtageren en forpligtelse til at betale den i kontrakten fastsatte pris i henhold til direktivet. Selv om vi ikke har at gøre med sådanne situationer i den foreliggende sag, er det logisk, at løsningen i samtlige tilfælde skal være den samme: Hvis en bestemmelse i national ret ikke skal finde anvendelse, bør den ikke finde anvendelse på nogen af situationerne. Argumentationen om at pålægge en forpligtelse over for en privatperson sikrer ikke, at dette resultat opnås i ethvert proceduremæssigt system, og er baseret på et upræcist og flydende kriterium.

59. Hvis man ser på den nederlandske regerings forslag ud fra en lidt anden synsvinkel, kan man lægge vægt på den blotte mulighed for at påberåbe sig et direktiv over for en privatperson. Den omstændighed, at direktivet virker som et »skjold«, vil derefter føre til, at bestemmelsen i national ret, der er i strid med direktivet, fjernes fra rationalet. I denne forstand svarer anvendelsen af direktivet som »skjold« til en såkaldt påberåbelse af direktivet med henblik på at udelukke en bestemmelse i national ret (fransk *invocabilité d'exclusion*) og står i modsætning til en påberåbelse af et direktiv med henblik på substitution af en direktivbestemmelse med grundlaget

for afgørelsen (fransk *invocabilité de substitution*) [33].

60. Kriteriet for at opdele direktivets virkning som et »skjold« og et »sværd« (forudsat at det svarer til opdelingen i henholdsvis »udelukkelse« og »substitution«) kan være mere præcis, men det er muligt at forestille sig situationer, hvor det er vanskeligt at foretage en sådan sondring.

61. Sagen er den, at på trods af generaladvokat A. Saggios [34], S. Alberas [35] og D. Ruiz-Jarabo-Colomeras [36] tilskyndelser har Domstolen i sidste ende forkastet denne idé i Pfeiffer-dommen [37].

62. I sidstnævnte sag fulgte en forpligtelse, der var i strid med arbejdstidsdirektivet, nemlig af den kollektive overenskomst, som den af arbejdstageren indgåede kontrakt henviste til, og ikke af loven. Forskellen mellem de to sager består i, at der i den ene er en forpligtelse, der er i strid med direktivet, som samtidig er i strid med vilkåret i parternes kontrakt for så vidt angår prisen (den foreliggende sag), og i den anden var der ikke en sådan åbenlys strid, da selve kontrakten ikke indeholdt en bestemmelse om arbejdstid, men henviste til den kollektive overenskomst, som forpligtelsen fulgte af (sagen, der gav anledning til Pfeiffer-dommen [38]). Det kan imidlertid hævdes, at manglen på et kontraktvilkår herom indebar, at forpligtelsen hertil var fastlagt ved en lovbestemmelse, der specificerede den maksimale arbejdstid for ansatte. Den omstændighed, at striden i den foreliggende sag følger direkte af kontraktens indhold, kan efter min opfattelse ikke anses for at indebære, at der i den foreliggende sag skal drages en anden konklusion for så vidt angår direktivets direkte horisontale virkning.

63. For at sammenfatte dette afsnit er jeg af den opfattelse, at bestemmelsen i artikel 288, stk. 3, TEUF og Domstolens praksis ikke giver grundlag for at antage, at privates rettigheder og forpligtelser generelt kan gøres bindende ved at tage hensyn til en direktivbestemmelse »som sådan« i forbindelse med fastlæggelsen af retsgrundlaget for en afgørelse, hvorved der tages stilling til en tvist mellem private. I denne kontekst skal det antages, at det ved fastlæggelsen af retsgrundlaget for denne afgørelse er uden betydning, om der i løbet af denne ses bort fra en bestemmelse i national ret, eller om denne erstattes med en direktivbestemmelse, eller om afgørelsesgrundlaget suppleres med en direktivbestemmelse. Afslutningsvis er begreberne »substitution« og »udelukkelse« af en bestemmelse i national ret for så vidt angår horisontale forhold kun egnede til at fastsætte virkningen for en eventuel hensynstagen til direktivet i forbindelse med retsanvendelsen. Der er imidlertid ingen grund til at antage, at et direktiv har direkte virkning i horisontale forhold, hvis det alene har til hensigt at udelukke anvendelsen af en bestemmelse i national ret.

33 – Jf. generaladvokat P. Légeras forslag til afgørelse Linster (C-287/98, EU:C:2000:3, punkt 57 ff.) og den deri nævnte artikel, Y. Galmot, J-C. Bonichot, La Cour de justice des Communautés européennes et la transposition des directives en droit national, *Revue française de droit administratif*, 4(1), janvier-février 1988, s. 16.

34 – Jf. generaladvokat A. Saggias forslag til afgørelse Océano Grupo Editorial og Salvat Editores (C-240/98 – C-244/98, EU:C:1999:620, punkt 38).

35 – Jf. generaladvokat S. Alberas forslag til afgørelse Collino og Chiappero (C-343/98, EU:C:2000:23, punkt 30).

36 – Jf. generaladvokat D. Ruiza-Jaraba Colomeras forslag til afgørelse Pfeiffer m.fl. (C-397/01 C-403/01, EU:C:2003:245, punkt 58).

37 – Dom af 5.10.2004 (C-397/01 – C-403/01, EU:C:2004:584).

38 – Dom af 5.10.2004 (C-397/01 – C-403/01, EU:C:2004:584).

4. Påberåbelse af almindelige EU-retlige principper, herunder aftalefriheden

64. Kommissionen har i sine skriftlige indlæg alternativt foreslået at undlade at anvende den omtvistede bestemmelse, da den er i strid med aftalefriheden, som er sikret ved chartrets artikel 16. Denne frihed omfatter parternes frihed til at fastsætte priser for ydelser. Friheden begrænses af bestemmelsen i national ret, der fastsætter bindende minimumspriser for visse tjenesteydelser. Henset til den uproportionale karakter af begrænsningen af denne frihed finder Kommissionen, at den omtvistede bestemmelse i tysk ret bør undlades anvendt af den nationale domstol, idet den er i strid med chartrets artikel 16.

65. Jeg vil undersøge, hvilke betingelser der indtil nu følger af retspraksis for så vidt angår muligheden for at påberåbe sig chartret for at udelukke anvendelsen af en national bestemmelse, der er i strid med direktivet [punkt a)]. Jeg vil dernæst undersøge, om de er opfyldt med hensyn til aftalefriheden og beføjelsen til at fastsætte en pris [punkt b)]. Endelig vil jeg vurdere, om en bestemmelse, der garanterer denne frihed, finder anvendelse i den foreliggende sag [punkt c)].

a) Betingelserne for påberåbelse af EU-rettens generelle principper, herunder dem, der er konkretiseret i chartret

66. I den retspraksis, der går tilbage til Mangold-dommen [39], har Domstolen anerkendt muligheden for i et horisontalt forhold at undlade at anvende nationale bestemmelser, der er i strid med et direktiv, når dette er påkrævet i henhold til de almindelige EU-retlige principper, herunder dem, der er specificeret i chartret [40].

67. Domstolen har således anerkendt, at der foreligger en grund til at nægte at anvende bestemmelser i national ret, der strider med bestemmelserne i Rådets direktiv 2000/78/EF [41], for så vidt som dette er nødvendigt for at overholde EU-rettens generelle principper, såsom princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder [42], princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af religion eller tro [43] og retten til en effektiv domstolsbeskyttelse [44]. I sager vedrørende direktiv 2003/88/EF [45] har Domstolen fundet, at der forelå en grund til at undlade at anvende bestemmelserne i national ret, der udgjorde et indgreb i arbejdstagerens ret til årlig ferie med løn, som sikres ved chartrets artikel 31, stk. 2 [46].

[39] – Dom af 22.11.2005 (C-144/04, EU:C:2005:709, præmis 76).

[40] – Forholdet mellem EU-rettens generelle principper og de grundlæggende rettigheder, der er sikret ved chartret, fremgår ikke entydigt af Domstolens praksis. Generaladvokat Cruz Villalón har i sit forslag til afgørelse Prigge m.fl. (C-447/09, EU:C:2011:321) vurderet, at det generelle EU-retlige princip, som forbuddet mod forskelsbehandling udgør, fra tidspunktet for Lissabontraktatens ikrafttrædelse er blevet nedfældet i »Lissabon-chartret« (punkt 26 i dette forslag til afgørelse). For nemheds skyld vil jeg anvende begrebet »EU-rettens generelle principper, herunder dem, der er specificeret i chartret« i forslaget til afgørelse.

[41] – Rådets direktiv 2000/78/EF af 27.11.2000 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv (EFT 2000, L 303, s. 16).

[42] – Jf. navnlig dom af 22.11.2005, Mangold (C-144/04, EU:C:2005:709, præmis 76), af 19.1.2010, Kücükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21, præmis 46), og af 19.4.2016, DI (C-441/14, EU:C:2016:278, præmis 35-37).

[43] – Jf. navnlig dom af 17.4.2018, Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257, præmis 76, 77 og 79), af 11.9.2018, IR (C-68/17, EU:C:2018:696, præmis 69-71), og af 22.1.2019, Cresco Investigation (C-193/17, EU:C:2019:43, præmis 76 og 80).

[44] – Jf. dom af 17.4.2018, Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257, præmis 78).

[45] – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2003/88/EF af 4.11.2003 om visse aspekter i forbindelse med tilrettelæggelse af arbejdstiden (EUT 2003, L 299, s. 9).

[46] – Jf. navnlig dom af 6.11.2018, Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften (C-684/16, EU:C:2018:874, præmis 74, 80 og 81 samt punkt 2 i domskonklusionen), og af 6.11.2018, Bauer og Willmeroth (C-569/16 og C-570/16, EU:C:2018:871, præmis 80, 84 og 91).

68. Domstolen har dog afvist anvendelsen af denne tilgang til forpligtelser, der følger af artikel 1 i Rådets tredje direktiv 90/232/EØF [47], med den begrundelse, at bestemmelsen ikke kan anses for at konkretisere et almindeligt EU-retligt princip [48]. Domstolen fandt på samme måde for så vidt angår bestemmelserne i direktiv 2002/14/EF [49], at forbuddet i direktivets artikel 3, stk. 1, således ikke, som et direkte anvendeligt retsprincip, kan udledes af hverken ordlyden af chartrets artikel 27 eller af bemærkningerne til nævnte artikel [50].

69. Domstolens praksis kritiseres undertiden i retslitteraturen for at føre til en for restriktiv anvendelse af chartret i forholdet mellem privatpersoner [51] og til at gøre den afhængig af uklare kriterier [52]. Generaladvokaterne har ligeledes tidligere argumenteret for en bredere anvendelse af chartret i horisontale forhold [53]. Til trods herfor forbliver Domstolen i det væsentlige tro mod sin forsigtige og kasuistiske tilgang [54].

70. Det paradoksale i hele situationen er, at henset til den manglende mulighed for at anvende direktivet i horisontale forhold er chartrets effektive virkning, som er en primærretlig retsakt på niveau med traktaterne, i horisontale forhold gennem årene kun blevet opdaget »i små bidder« i forbindelse med flere på hinanden følgende præjudicielle forelæggelser vedrørende muligheden for at undlade at anvende en bestemmelse i national ret, som er i strid med et direktiv, der ikke er gennemført, eller som ikke er gennemført korrekt. På dette område har chartret nemlig vist sig at have en usædvanlig praktisk betydning ved de facto at gøre sig til – for at bruge alkymisternes sprog – en filosofisk sten i EU-retten, som gør det muligt at forvandle ikke-ædle normer (som ikke forårsager en horisontale virkning for direktivbestemmelser) til ædle (som forårsager en sådan virkning). Det var ved denne lejlighed, at principperne for påberåbelse af chartret blev udledt i forholdet mellem private.

71. I lyset af Domstolens nuværende praksis er den væsentlige betingelse for, at en given bestemmelse i chartret udgør et selvstændigt grundlag for en løsning i sager ved de nationale domstole, at den er »tilstrækkelig i sig selv« [55]. Den pågældende bestemmelse skal nemlig være tilstrækkelig til at tillægge private en rettighed, som de kan påberåbe sig i tvister med andre private. For at dette skal være muligt, skal bestemmelsen være både bindende og ubetinget. Denne sidstnævnte betingelse er ikke opfyldt, såfremt det er nødvendigt at vedtage supplerende bestemmelser, både i EU-retten eller i national ret, for at fastlægge indholdet af denne rettighed [56].

47 – Rådets tredje direktiv 90/232/EØF af 14.5.1990 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om ansvarsforsikring for motorkøretøjer (EFT 1990, L 129, s. 33).

48 – Jf. dom af 7.8.2018, Smith (C-122/17, EU:C:2018:631, præmis 48).

49 – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/14/EF af 11.3.2002 om indførelse af en generel ramme for information og høring af arbejdstagerne i Det Europæiske Fællesskab (EFT 2002, L 80, s. 29).

50 – Jf. dom af 15.1.2014, Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2014:2, præmis 46).

51 – Jf. f.eks. D. Leczykiewicz, *Horizontal application of the Charter of Fundamental Rights*, European Law Review, 2013, 38(4), s. 479-497.

52 – Jf. f.eks. E. Frantziou, *The horizontal effect of fundamental rights in the European Union: a constitutional analysis*, Oxford, Oxford University Press, 2019, hvorefter »The judgments remain rooted in largely unpredictable, case-by-case assessments, which predominantly concern direct effect, but marginalise the overall significance of horizontality in the field of fundamental rights (as well as the risk of its over-extension)« (s. 114).

53 – Jf. navnlig generaladvokat Cruz Villalónas forslag til afgørelse Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2013:491, punkt 34-38).

54 – På baggrund af den seneste retspraksis kan man imidlertid stille sig selv spørgsmålet om, hvorvidt generaladvokat Bot i dag ville opretholde sin vurdering i forslaget til afgørelse Bauer og Broßonn (C-569/16 og C-570/16, EU:C:2018:337, punkt 95), hvori han beskrev Domstolens tilgang på dette tidspunkt som »alt for restriktiv«.

55 – Jf. i denne henseende generaladvokat Bots forslag til afgørelse Bauer og Broßonn (C-569/16 og C-570/16, EU:C:2018:337, punkt 80 og 82 og den deri nævnte litteratur).

56 – K. Lenaerts, The Role of the EU Charter in the Member States, w: *The EU Charter of Fundamental Rights in the Member States*, Oxford, Hart, 2020, s. 32-33; S. Prechal, Horizontal direct effect of the Charter of Fundamental Rights of the EU, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, bind 66/(2020), s. 420.

72. Det er desuden en betingelse for at anvende en bestemmelse i chartret med henblik på at udlede en horisontal virkning for en direktivbestemmelse, at der er en forbindelse mellem en specifik bestemmelse i chartret og direktivbestemmelsen. Denne forbindelse bør for så vidt angår visse rettigheder bestå i en konkretisering af en bestemmelse i chartret via en direktivbestemmelse [57].

73. Er disse betingelser opfyldt for så vidt angår chartrets artikel 16 i det omfang, bestemmelsen sikrer aftalefrihed?

74. Inden jeg besvarer dette spørgsmål, vil jeg understrege, at den foreliggende sag i det væsentlige ikke vedrører den direkte horisontale virkning af en bestemmelse i chartret i traditionel forstand. Lad os derfor ikke overveje, om en bestemmelse i chartret direkte pålægger en af aftaleparterne en forpligtelse, men om en bestemmelse i national ret kan undlades anvendt i en tvist mellem private, henset til, at den er i strid med en bestemmelse i chartret, i dette tilfælde chartrets artikel 16. Også i dette tilfælde skal de ovenstående betingelser imidlertid være opfyldt, da de fastsætter den direkte virkning af chartrets bestemmelser, dvs. muligheden for dens direkte anvendelse i den foreliggende tvist.

b) Aftalefrihed

1) Indledende bemærkninger

75. Aftalefriheden [58] udgør et af de grundlæggende principper i privatretten ved siden af princippet om, at aftaler skal opfyldes, eller princippet om god tro. Selv om aftalefrihedens kilder kan spores tilbage til antikken, antages det traditionelt, at dens fulde gengivelser for første gang findes i Code Napoléon [59].

76. Man kan undertiden få indtrykket af, at aftalefriheden er – for at bruge engelsk terminologi – som »the elephant in the room«. Den har efter min opfattelse endnu ikke fundet sin retsmæssige plads i EU-retssystemet. Den udgør imidlertid hjørnestenen, navnlig i forbindelse med de grundlæggende friheders funktion [60]. Det er umuligt at forestille sig eksistensen af det indre marked og en social markedsøkonomi med høj konkurrenceevne, som omhandlet i artikel 3, stk. 3, TEU, såvel som muligheden for at føre økonomisk politik i overensstemmelse med princippet om en åben markedsøkonomi med fri konkurrence som omhandlet i artikel 119 TEUF uden aftalefriheden. Samtidig forbliver den imidlertid skjult bag systemet af andre af EU-principper og -rettigheder.

[57] – Denne betingelse er ikke absolut. I tidligere retspraksis synes denne betingelse at være af afgørende betydning (jf. f.eks. dom af 19.1.2010, Kücükdeveci, C-555/07, EU:C:2010:21, præmis 21, af 19.4.2016, DI, C-441/14, EU:C:2016:278, præmis 22, 27, 35 og 38, og af 7.8.2018, Smith, C-122/17, EU:C:2018:631, præmis 48). På den anden side fastslog Domstolen i dom af 6.11.2018, Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften (C-684/16, EU:C:2018:874, præmis 78 og 79), at retten til en årlig ferie med løn ikke kræver en konkretisering i afledt ret. Dommen nåede et tilsvarende resultat i dom af 17.4.2018, Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257, præmis 78) for så vidt angår retten til effektiv domstolsbeskyttelse.

[58] – I polsk retsvidenskab anvendes begrebet »princippet om aftalefrihed« ofte. For at undgå det indtryk, at jeg foregriber kvalificeringen af friheden som et »princip« og ikke en »rettighed« i henhold til chartrets artikel 52, vil jeg i forslaget til afgørelse anvende begrebet »aftalefrihed«.

[59] – R. Trzaskowski, *Granice swobody kształtowania treści i celu umów obligacyjnych. Art. 353(1) k.c.*, Kraków, Zakamycze, 2005, s. 41, som dog i lighed med J. Ghestin, *Traité de droit civil. La formation du contrat*, Paris, 1993, s. 41, peger på, at det, som traditionelt behandles som en manifestering af princippet i kodeksets artikel 1134, slet ikke udtrykker dette.

[60] – Som J. Basedow for nylig har udtalt: »While the freedom of contract was a necessary element in the overall scheme of the internal market from the very beginning, it has only much more recently been acknowledged as a principle of EU law« (J. Basedow, *EU Private Law. Anatomy of a Growing Legal Order*, Intersentia, Cambridge – Antwerp – Chicago, 2021, s. 426, punkt 68).

77. Den foreliggende sag kan give Domstolen anledning til at tage nærmere stilling til aftalefriheden og præcisere dens plads i EU-retssystemet.

2) Anderkendelse af aftalefrihed i lovgivning og retspraksis

78. Aftalefriheden sikres på lovgivningens nuværende udviklingstrin ved chartrets artikel 16. Selv om den ikke udtrykkeligt er nævnt i bestemmelsens indhold, fremgår det dog af forklaringerne til chartret om grundlæggende rettigheder [61], at den udgør en del af friheden til at udøve økonomisk virksomhed, som denne artikel vedrører.

79. En given bestemmelse i chartret kan garantere forskellige rettigheder og friheder og opstille forskellige principper [62], nogle af dem kan opfylde betingelserne for at være grundlag for afgørelser i sager for nationale domstole, mens andre ikke kan [63]. Den omstændighed, at artikel 16 bl.a. omhandler aftalefriheden, betyder ikke, at betingelserne for at påberåbe sig bestemmelsen ved nationale domstole også finder anvendelse på andre rettigheder og friheder, der sikres ved chartrets artikel 16. Henset til genstanden for den foreliggende sag vil jeg begrænse min undersøgelse til aftalefriheden og dernæst til den specifikke beføjelse, der følger heraf.

80. Det følger direkte af forklaringerne til chartret, at artikel 16 alene kodificerer Domstolens praksis, hvori Domstolen allerede har anerkendt aftalefriheden [64]. Aftalefrihedens status som et EU-retligt princip er efterfølgende blevet bekræftet i Domstolens praksis, der blev afsagt efter chartrets vedtagelse [65]. Det kan således antages, at den udgør en veletableret frihed, der er sikret ved EU-retten. Det antages, at den udgør en rettighed og ikke et princip som omhandlet i chartrets artikel 52, stk. 5 [66].

3) Indholdet af aftalefriheden

81. Aftalefriheden udgør en underkategori af frihed i almindelighed. Der er tale om en frihed inden for privatretlige forpligtelser. Denne frihed sidestilles ofte med en persons frie vilje, men har et snævrere omfang, idet den ikke omfatter samtlige retsakter, men kun aftaler [67].

[61] – Forklaringer til chartret om grundlæggende rettigheder (EUT 2007, C 303, s. 17, herefter »forklaringerne til chartret«).

[62] – Jf. forklaringer til chartret vedrørende chartrets artikel 52, stk. 5.

[63] – K. Lenaerts, op.cit., s. 33, som påpeger, at det for så vidt angår chartrets artikel 31, stk. 2, kun er dens væsentlige del (»the essence«), som har direkte horisontal virkning.

[64] – Forklaringerne til chartret henviser i denne forbindelse til følgende domme: dom af 16.1.1979, Sukkerfabrikken Nykøbing (C-151/78, EU:C:1979:4, præmis 19), og af 5.10.1999, Spanien mod Kommissionen (C-240/97, EU:C:1999:479, præmis 99).

[65] – Jf. navnlig dom af 22.1.2013, Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28, præmis 42-43), af 18.7.2013, Alemo-Herron m.fl. (C-426/11, EU:C:2013:521, præmis 32-35), og af 24.9.2020, NK (Arbejdsmarkedspension for ledende personale) (C-223/19, EU:C:2020:753, præmis 86).

[66] – Dom af 22.1.2013, Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28, præmis 43-48). Jf. også P. Oliver, What purpose does article 16 of the Charter serve? i: *General Principles of EU law and European Private Law*, The Netherlands, Wolters Kluwer, 2013, § 12.06, s. 295 og 296; H.D. Jarass, Art.16 Unternehmerische Freiheit, *Charta der Grundrechte des Europäischen Union. Kommentar*, 4. Auflage, 2021, München, C.H. Beck, 2021, Rn. 2.

[67] – P. Machnikowski, *Swoboda umów według art. 353(1) k.c. Konstrukcja prawna.*, Warszawa, C.H. Beck, 2005, s. 2 og 3.

82. Traditionelt antages det, at aftalefriheden som minimum består af friheden: til at indgå en aftale, til at vælge en medkontrahent, til at udforme aftalens indhold, og derved også forpligtelsesforholdet såvel som aftaleformen [68]. Retten til frit at bestemme indholdet af retsforholdet mellem parterne omfatter retten til at fastsætte størrelsen af de gensidige ydelser, herunder bl.a. prisen eller vederlaget for den anden parts ydelse.

83. Et sådant billede af friheden afspejles i Domstolens praksis. Domstolen har direkte fastsat, at en medlemsstats pålæggelse af en kontraheringspligt for en privat person udgør et væsentligt indgreb i aftalefriheden [69], at aftalefriheden bl.a. omfatter: det frie valg af medkontrahent [70], parternes ret til frit at kunne forpligte sig over for hinanden [71], herunder til at fastsætte prisen for en tjenesteydelse [72], og endelig retten til at ændre de kontrakter, som de har indgået [73].

84. På baggrund af det ovenstående er det min opfattelse, at aftalefriheden er en rettighed, der er anerkendt både i medlemsstaternes retsordener og i EU-retten. Der følger visse beføjelser for privatpersoner på baggrund heraf, hvortil der er knyttet en forpligtelse til at afholde sig fra at gribe ind i partsautonomien, særligt ved at foreskrive indgåelse eller opsigelse af kontrakter eller ved at stille krav om et bestemt indhold.

4) Betydning af henvisningen i chartrets artikel 16

85. Der kan være tvivl om den konkrete karakter af den konklusion, der er draget, henset til indholdet af chartrets artikel 16. Det fremgår således af bestemmelsen, at friheden til at oprette og drive egen virksomhed anerkendes i »overensstemmelse med EU-retten og national lovgivning og praksis«. I mellemtiden har Domstolen i dommen i sagen Association de médiation sociale [74] fastlagt, at det af ordlyden af en lignende henvisning i chartrets artikel 27 [75] »fremgår […] klart, at denne artikel for fuldt ud at få virkning skal præciseres ved bestemmelser i EU-retten eller i national ret« [76]. Følgelig er der ikke grundlag for en simpel anvendelse af chartrets artikel 27 [77].

86. I modsætning til de rettigheder, som chartrets artikel 27 omfatter, blev aftalefriheden, selv om den ikke er udtrykkeligt angivet i ordlyden af artikel 16, imidlertid nævnt i forklaringerne til chartret som værende beskyttet af denne bestemmelse. Dette er ligeledes blevet bekræftet i Domstolens praksis. Der er derfor ikke noget grundlag for at sidestille denne frihed med de rettigheder, der er omfattet af chartrets artikel 27.

68 – *Ibidem*, s. 3 og 4. Denne definition er i overensstemmelse med ordlyden af artikel 1102 i den franske civillov, hvoraf det følger at »Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi«. Jf. også C. von Bar, E. Clive and Hans Schulte-Nölke (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Outline Edition, Munich, Sellier, 2009, Book II – I:102: Party Autonomy (1) »Parties are free to make a contract or other juridical act and to determine its contents, subject to any applicable mandatory rules«; samt UNIDROIT Principles 2016, artikel 1.1 med titlen »Freedom of contract«, hvoraf det følger, at »The parties are free to enter into a contract and to determine its content«.

69 – Jf. navnlig dom af 28.4.2009, Kommissionen mod Italien (C-518/06, EU:C:2009:270, præmis 66-71).

70 – Jf. navnlig dom af 22.1.2013, Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28, præmis 43), og af 20.12.2017, Polkomtel (C-277/16, EU:C:2017:989, præmis 50).

71 – Jf. navnlig dom af 20.5.2010, Harms (C-434/08, EU:C:2010:285, præmis 36).

72 – Jf. navnlig dom af 22.1.2013, Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28, præmis 43), af 20.12.2017, Polkomtel (C-277/16, EU:C:2017:989, præmis 50), og af 24.9.2020, NK (Arbejdsmarkedspension for ledende personale) (C-223/19, EU:C:2020:753, præmis 86).

73 – Jf. navnlig dom af 5.10.1999, Spanien mod Kommissionen (C-240/97, EU:C:1999:479, præmis 99).

74 – Dom af 15.1.2014, Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2014:2).

75 – Det følger af chartrets artikel 27, at »[a]rbejdstagerne eller deres repræsentanter skal på passende niveauer have sikkerhed for information og høring i god tid i de tilfælde og på de betingelser, der er fastsat i EU-retten og national lovgivning og praksis«.

76 – Dom af 15.1.2014, Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2014:2, præmis 45).

77 – Dom af 15.1.2014, Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2014:2, præmis 46).

87. Jeg er også af den opfattelse, at henvisningen til EU-retten og national lovgivning i chartrets artikel 16 har en anden karakter end den i chartrets artikel 27. Som i sidstnævnte tilfælde er der tale om en henvisning til bestemmelser, i henhold til hvilke en given rettighed først bliver udformet, mens der i det første tilfælde er tale om en henvisning til bestemmelser, som fastlægger principperne for udøvelsen af en allerede eksisterende rettighed, som er sikret ved chartret.

88. Som det følger af forklaringerne til chartret, bliver retten sikret ved artikel 16 »naturligvis [udøvet] under overholdelse af EU-retten og medlemsstaternes lovgivning. Den kan underkastes de begrænsninger, der er fastsat i chartrets artikel 52, stk. 1«. Som Domstolen har understreget, er friheden til at oprette og drive egen virksomhed imidlertid ikke en absolut beføjelse, men skal undersøges under hensyn til dens funktion i samfundet [78]. Denne kan undergives en række myndighedsindgreb, som af hensyn til den almene interesse kan sætte begrænsninger for udøvelsen af friheden [79]. Det samme gør sig gældende for aftalefriheden.

89. I denne sammenhæng deler jeg de synspunkter, der er udtrykt i doktrinen om, at henvisningen i chartrets artikel 16 kun tjener til at understrege, at en større grad af statsindblanding er tilladt med hensyn til den ret, der er garanteret i denne artikel, end med andre rettigheder. Denne henvisning vidner imidlertid ikke om en begrænsning af det beskyttelsesniveau, der er sikret ved denne rettighed, eller at den har status som et princip, eller at det er en andenrangs rettighed [80].

90. Ovenstående ændrer ikke på det faktum, at det hører til sjældenhederne, at afgørelser udelukkende træffes på grundlag af chartrets artikel 16 [81]. I forhold til andre grundlæggende rettigheder skal friheden til at oprette og drive egen virksomhed og dermed aftalefriheden ofte vige for andre værdier, der er beskyttet af EU-retten [82]. Behovet for en vidtgående indblanding i aftalefriheden kan særligt ses for så vidt angår regulerede markeder og forbrugerhandel.

5) Chartrets artikel 16 som tilstrækkelig i sig selv (self-executing) i det omfang der følger en beføjelse til at fastsætte en pris for en tjenesteydelse

91. Blandt de ovennævnte beføjelser, der udgør indholdet af en frihed, og som er anerkendt i Domstolens praksis, er det aftaleparternes beføjelse til at ændre indholdet af retsforholdet ved at fastsætte prisen for tjenesteydelsen, der er væsentligt i denne sag. Jeg vil begrænse mine videre overvejeler til denne beføjelse.

92. Det er min opfattelse, at parternes beføjelse til at fastsætte en pris for den tjenesteydelse, der er genstand for kontrakten, er så indlysende, klar og entydig, at det ikke er nødvendigt at præcisere indholdet heraf i EU-retten eller i national ret.

78 – Jf. navnlig dom af 9.9.2004, Spanien og Finland mod Parlamentet og Rådet (C-184/02 og C-223/02, EU:C:2004:497, præmis 51 og 52), af 6.9.2012, Deutsches Weintor (C-544/10, EU:C:2012:526, præmis 54), af 22.1.2013, Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28, præmis 45), og af 24.9.2020, NK (Arbejdsmarkedspension for ledende personale) (C-223/19, EU:C:2020:753, præmis 88).

79 – Dom af 22.1.2013, Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28, præmis 46).

80 – Se f.eks. T. Leonard, J. Salteur, Article 16. Liberté d'entreprise: F. Picod, C. Rizcallah, S. Van Drooghenbroeck, (red.) *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne: commentaire article par article. 2e éd.*, Bruxelles, Bruylant, 2020. s. 407, § 15, s. 415, § 24; H.D. Jarass, *op.cit.*, Rn. 20.

81 – P. Oliver, *op.cit.*, § 12.08, s. 299. Forfatteren argumenterer for, at bestemmelsen er forbeholdt ekstreme tilfælde (»extreme cases«).

82 – F.eks. i forhold til den intellektuelle ejendomsret; jf. dom af 24.11.2011, Scarlet Extended (C-70/10, EU:C:2011:771, præmis 50), eller offentlighedens ret til oplysninger; jf. dom af 22.1.2013, Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28, præmis 66).

93. I det omfang bestemmelsen i chartrets artikel 16 sikrer parternes frihed til at fastsætte prisen for en tjenesteydelse, udgør den således en bestemmelse, der er »tilstrækkelig i sig selv«. Den opfylder således den afgørende betingelse for at have direkte virkning.

6) Mulige begrænsninger i aftalefriheden for så vidt angår beføjelsen til at fastsætte prisen

94. Det fremgår af bemærkningerne i punkt 88 i dette forslag til afgørelse, at eksistensen af en begrænsning af aftalefriheden er uløseligt forbundet med selve friheden. Dets indhold bestemmes således negativt af begrænsningerne af frihederne, der er fastsat i EU-retten og i medlemsstaternes lovgivning. Muligheden for disse begrænsninger er ligeledes underlagt en vurdering efter chartrets artikel 52, stk. 1.

95. En given begrænsning af friheden kan følge af national ret eller af EU-retten, eventuelt i begge [83].

7) Model til at påberåbe sig chartrets artikel 16 i horisontale forhold

96. Der opstår et spørgsmål om, hvordan parternes ret til at fastsætte prisen for en tjenesteydelse skal påberåbes i en tvist mellem private. Tvivlen skyldes, at påberåbelsen af den pågældende rettighed ikke fuldt ud falder ind under den model, der er kendt fra tidligere retspraksis.

97. Domstolens praksis, hvorefter det er tilladt at påberåbe sig EU-rettens almindelige principper direkte, herunder de principper, som er konkretiseret i chartret, vedrørte privates individuelle rettigheder, som fulgte af de konkrete beføjelser, der var forbundet med forpligtelser, som var pålagt de andre parter i tvisten. Retten til ferie eller forbuddet mod forskelsbehandling var forbundet med tvistens anden parts forpligtelse: at give ret til ferie, eventuelt godtgørelse for ikke-afholdt ferie, eller at give andre personer i lignende situationer samme rettigheder [84].

98. For så vidt angår beføjelsen til at fastsætte prisen for en tjenesteydelse kan dette ræsonnement ikke anvendes. For det første indebærer aftalefriheden en ret for private til at være fri fra indgreb i partsautonomien i et retsforhold, hvad end det er potentielt eller allerede eksisterende. Denne beføjelse er ikke så håndgribelig som retten til ferie eller arbejde. For det andet er der ikke tale om en beføjelse, som tilkommer en privat, der indgår i en tvist. Indgrebet i aftalefriheden medfører nemlig, at der indføres begrænsninger for en ekstern enheds udøvelse af denne frihed i forhold til et eksisterende eller potentielt retsforhold. Sådanne begrænsninger har uden tvivl deres oprindelse i staten, eller eventuelt enhver enhed, der er i stand til at vedtage bindende bestemmelser, der fastlægger reglerne for indgåelse af aftaler på det pågældende område. Den forpligtede i henhold til aftalefriheden er således ikke en anden privatperson, herunder navnlig ikke medkontrahenten [85].

[83] – Henset til princippet om forrang må de begrænsninger, der pålægges i national ret, ikke være i strid med de begrænsninger, der følger af EU-retten.

[84] – Selv om Domstolen ikke udtrykkeligt anerkender dette, er den naturlige konsekvens af f.eks. anerkendelsen af en ret til udbetaling af feriegodtgørelse, der ikke er afholdt, arbejdsgiverens forpligtelse til at betale denne.

[85] – H.D. Jarass, *op.cit.*, Rn. 2.

99. Det er således umuligt at sidestille beføjelsen til at kræve betaling af en pris med beføjelsen til at fastsætte indholdet af retsforholdet, herunder prisen. Den beføjelse er nemlig ikke baseret på aftalefriheden, men på en allerede indgået specifik kontrakt. En af parternes manglende eller mangelfulde opfyldelse af kontrakten er ikke et udtryk for en begrænsning af aftalefriheden, men en tilsidesættelse af princippet pacta sunt servanda [86].

100. Som Kommissionen med rette anførte under retsmødet, beskytter aftalefriheden begge aftaleparter mod udefrakommende indblanding og ikke den ene part mod den anden. Hovedbeføjelsen til at fastsætte prisen er de to parters fælles beføjelse og ikke den enes i forhold til den andens.

101. Det følger heraf, at begrænsninger i de beføjelser, der følger af aftalefriheden, først og fremmest sker vertikalt. Det er ikke usædvanligt, for så vidt som en tilsidesættelse af en grundlæggende rettighed i alle de situationer, hvor Domstolen har anerkendt chartrets direkte horisontale virkning, i princippet først er sket i et vertikalt forhold, idet staten ikke sikrer en passende beskyttelse af de privates grundlæggende rettigheder. Først efterfølgende er spørgsmålet om, hvorvidt en anden privat i mangel af en bestemmelse, der sikrer denne beskyttelse, var forpligtet til at udvise en passende positiv adfærd, opstået [87].

102. Det særlige ved begrænsninger i aftalefriheden er, at de fra et formelt synspunkt udføres over for begge aftaleparter. Den kan imidlertid komme til udtryk i hver enkelt parts søgsmålsinteresse på forskellige måder. For den enes vedkommende kan det indebære yderligere beføjelser, men forpligtelser for den anden.

103. Eftersom den grundlæggende måde at foretage indgreb i aftalefriheden på er, at den pålægges begrænsninger af staten, kan forsvaret mod et sådan indgreb i en tvist med en aftalepart, som denne udleder sine beføjelser af en sådan begrænsning, kun ske ved at påberåbe sig, at en begrænsning af friheden er ulovlig. Dens lovlighed afhænger imidlertid af, om den opfylder de betingelser, som en begrænsning i rettigheder og friheder skal opfylde, der er fastsat i chartrets artikel 52, stk. 1. En fastlæggelse af, at begrænsningen er ulovlig, indikerer en krænkelse af en grundlæggende rettighed, der er sikret ved chartrets artikel 16.

104. I lyset af det ovenstående er det åbenlyst, at en sag som den foreliggende ikke vedrører den direkte horisontale virkning i klassisk forstand, dvs. den, hvori en privatperson er adressat for en retsregel og følgelig er forpligtet til at foretage en bestemt handling. Den foreliggende sag handler om at påberåbe sig chartret i tvisten som en målestok med henblik på at påvise ulovligheden af den bestemmelse, der udgør grundlaget for sagsanlægget [88].

105. Jeg ser ingen grund til, at bestemmelsen i chartrets artikel 16 ikke kan udgøre en sådan målestol for legaliteten. Den er tilstrækkeligt præcis og ubetinget for så vidt angår løsningen af den foreliggende sag, dvs. i det omfang den indebærer en frihed for privatpersoner til at fastsætte en pris. I tilfælde af, at en bestemmelse i national ret er uforenelig med en frihed, der er omfattet af

[86] – Jf. i denne henseende den klare sondring mellem principperne hidrørende fra UNIDROIT Principles 2016, kommentar til artikel 1.3 med titlen »Binding character of contract«: »1. The principle pacta sunt servanda. This Article lays down another basic principle of contract law […]«

[87] – Jf. i denne henseende, E. Frantziou, *op.cit., s. 39*, hvoraf det fremgår, at: »Indeed, it is not necessary to view vertical and horizontal obligations to protect fundamental rights as emphatically separate issues. Responsibility for violations of fundamental rights operates on a spectrum, which ranges from state obligations to the duties we owe to one another.«

[88] – Jeg har nævnt doktrinen, der påpeger ligheden mellem denne situation og triangulære situationer, i punkt 28 i dette forslag til afgørelse. D. Leczykiewicz, Horizontal Effect of Fundamental Rights: In Search of Social Justice or Private Autonomy in EU Law, w: *General Principles of EU law and European Private Law*, The Netherlands, Wolters Kluwer, 2013, § 6.06, s. 185.

chartrets anvendelsesområde, bør de samme principper, der finder anvendelse i tilfælde af konflikt mellem nationale bestemmelser og traktatbestemmelser, der fastsætter en undtagelse fra en bestemmelse i national ret, finde anvendelse [89].

106. Ovenstående konklusion er på ingen måde i strid med chartrets artikel 51, stk. 1. Domstolen har allerede fastslået, at den omstændighed, at visse bestemmelser i primær ret i første omgang er rettet mod medlemsstaterne, ikke er af en sådan art, at det udelukker, at disse kan finde anvendelse i forhold mellem privatpersoner [90].

c) Påberåbelse af aftalefriheden i hovedsagen

107. Den foreliggende sag er omfattet af anvendelsesområdet for chartrets artikel 16. Den omtvistede bestemmelse i national ret begrænser aftalefriheden, som er sikret ved denne artikel og falder ind under anvendelsesområdet for EU-rettens bestemmelser, dvs. artikel 15, stk. 1, artikel 15, stk. 2, litra g), og artikel 15, stk. 3, i direktiv 2006/123.

108. Den omtvistede bestemmelse i national ret er i strid med de nævnte bestemmelser i direktiv 2006/123, således som det udtrykkeligt fremgår af dommen i sagen Kommissionen mod Tyskland [91] og hapeg dresden-kendelsen [92]. Domme afsagt i henhold til artikel 258 TEUF er bindende for nationale domstole.

109. Bestemmelserne i artikel 15, stk. 2, litra g), og artikel 15, stk. 3, i direktiv 2006/123 fastsætter specifikke krav til medlemsstaterne for så vidt angår vedtagelsen i national ret af bestemmelser, der fastsætter en prisregulering for de tjenesteydelser, der er omfattet af anvendelsesområdet for dette direktivs kapitel III [93].

110. Med vedtagelsen af disse bestemmelser har EU-lovgiver allerede afvejet de forskellige konkurrerende grundlæggende rettigheder og vurderet løsningens proportionalitet.

111. Inden for anvendelsesområdet af artikel 15, stk. 2, litra g), og artikel 15, stk. 3, i direktiv 2006/123 skal begrænsninger af aftalefriheden, der følger af national ret, forblive inden for de grænser, der er fastsat i EU-rettens bestemmelser.

112. Den ovenfor nævnte strid, som Domstolen fastslog i dommen i sagen Kommissionen mod Tyskland [94], mellem en bestemmelse i national ret, som fastsætter en begrænsning af beføjelsen til frit at fastsætte prisen med en EU-retlig bestemmelse, som fastsætter grænserne for vedtagelsen af sådanne bestemmelser, indebærer således, at det er nødvendigt at undlade at anvende bestemmelsen i national ret. I tilfælde af en sådan strid er der ingen tvivl om, at begrænsninger af beføjelsen til frit at fastsætte prisen, der er fastsat i national ret, ikke opfylder betingelserne, der er fastsat i chartrets artikel 52, stk. 1. I så fald udgør begrænsningen en tilsidesættelse af chartrets artikel 16.

89 – Jf. navnlig dom af 9.3.1978, Simmenthal (106/77, EU:C:1978:49, præmis 25).

90 – Jf. dom af 6.11.2018, Bauer og Willmeroth (C-569/16 og C-570/16, EU:C:2018:871, præmis 88).

91 – Dom af 4.7.2019 (C-377/17, EU:C:2019:562).

92 – Kendelse af 6.2.2020 (C-137/18, ikke trykt i Sml., EU:C:2020:84).

93 – Jeg vil gerne henlede opmærksomheden på, at bestemmelserne i artikel 15, stk. 2, litra g), og artikel 15, stk. 3, i direktiv 2006/123 ikke indebærer et absolut forbud mod prisregulering, men alene en forpligtelse til at sikre, at bestemmelser om minimums- og/eller maksimumspriser for tjenesteydelser opfylder de betingelser, der er fastsat i artikel 15, stk. 3, dvs. forbuddet mod forskelsbehandling, nødvendighed og proportionalitet.

94 – Dom af 4.7.2019 (C-377/17, EU:C:2019:562).

113. Henset til det ovenstående skal den nationale ret i hovedsagen undlade at anvende den omtvistede bestemmelse i national ret, der er uforenelig med direktiv 2006/123, da det er nødvendigt at respektere parternes grundlæggende ret til aftalefrihed, herunder beføjelsen til frit at fastsætte prisen.

114. Derfor, og uanset forslaget fremlagt i analysens afsnit D.1, er jeg af den opfattelse, at såfremt det er umuligt at foretage en fortolkning, der er i overensstemmelse med EU-retten, skal en national ret, der behandler en tvist mellem private vedrørende et krav, der hidrører fra en national bestemmelse, som fastsætter minimums- og/eller maksimumspriser, som tjenesteyderen skal overholde, der er i strid med artikel 15, stk. 1, artikel 15, stk. 2, litra g), og artikel 15, stk. 3, i direktiv 2006/123, undlade at anvende den pågældende nationale bestemmelse. Denne forpligtelse påhviler den nationale ret i henhold til chartrets artikel 16.

5. Forpligtelse til at opfylde en dom, som fastslår en medlemsstats traktatbrud

115. I den foreliggende sag bør man stille det spørgsmål, om en national ret er forpligtet til at undlade at anvende den omtvistede bestemmelse i national ret, henset til en dom, der er afsagt i henhold til artikel 258 TEUF, og som fastslår, at denne bestemmelse er uforenelig med direktivet.

116. I henhold til Domstolens faste praksis har fastlæggelsen af, at en given medlemsstat har begået et traktatbrud i en dom, der er afsagt i henhold til artikel 258 TEUF, deklaratorisk karakter [95]. Dommen skaber imidlertid forpligtelser for de statslige myndigheder, som er forpligtet til at opfylde den. Denne forpligtelse gælder ligeledes for domstolene, som er forpligtet til at sikre overholdelsen af den under udøvelsen af deres opgave [96], herunder forpligtet til at undlade at anvende bestemmelser, der er uforenelige med EU-retten [97].

117. Udgør sidstnævnte forpligtelse et selvstændigt grundlag for at undlade at anvende en bestemmelse i national ret, der er uforenelig med et direktiv i et horisontalt forhold?

118. Det er efter min opfattelse ikke tilfældet.

119. For det første følger det af Domstolens praksis, at den i henhold til sager efter artikel 258 TEUF ikke er kompetent til at ophæve medlemsstaternes retsakter [98]. Imidlertid ville antagelsen om, at en bestemmelse i national ret, hvis uforenelighed med direktivet følger af en dom afsagt i henhold til artikel 258 TEUF, ikke kan anvendes af retterne som følge af den pågældende dom, føre til virkninger svarende til dens ophævelse.

120. For det andet, som Domstolen har understreget i dommen i sagen Waterkeyn m.fl. [99], er medlemsstatens retter forpligtet til i medfør af (nu) artikel 260, stk. 1, TEUF at gennemføre de til dommens opfyldelse nødvendige foranstaltninger i tilfælde af en dom, hvori det fastslås, at en medlemsstat ikke har overholdt en forpligtelse, som påhviler den i henhold til traktaterne. Det skal imidlertid forstås, at konkrete rettigheder for privatpersoner ikke følger af dommen, men af EU-retlige bestemmelser, som har direkte virkning i den nationale retsorden.

95 – Dom af 16.12.1960, Humblet mod Belgien (6/60-IMM, EU:C:1960:48).

96 – Jf. navnlig dom af 14.12.1982, Waterkeyn m.fl. (314/81-316/81 og 83/82, EU:C:1982:430, præmis 14).

97 – Jf. navnlig dom af 13.7.1972, Kommissionen mod Italien (48/71, EU:C:1972:65, præmis 7), og af 19.1.1993, Kommissionen mod Italien (C-101/91, EU:C:1993:16, præmis 24).

98 – Dom af 16.12.1960, Humblet mod Belgien (6/60-IMM, EU:C:1960:48, s. 1145).

99 – Dom af 14.12.1982 (314/81-316/81 og 83/82, EU:C:1982:430, præmis 16).

121. Domstolens praksis vedrørende medlemsstaters erstatningsansvar i tilfælde af manglende eller ukorrekt gennemførelse af et direktiv, som blev indledt med Francovich-dommen [100], hvoraf det følger, at grundlaget for et erstatningssøgsmål i en sådan situation udgøres af bestemmelserne i EU-retten og ikke af en dom, der fastslår en tilsidesættelse af medlemsstatens forpligtelser som sådan [101], er ligeledes i overensstemmelse med ovenstående argumentation.

122. Jeg er derfor af den opfattelse, at en dom afsagt i henhold til artikel 258 TEUF, selv om den pålægger en medlemsstats retter præcise forpligtelser, ikke skaber nye kompetencer for disse, som er anderledes end dem, der allerede er tildelt dem. Selv om den nationale ret i tilfælde af, at en national retsregel strider mod en EU-retlig bestemmelse med direkte virkning, i henhold til EU-retten er forpligtet til at undlade at anvende en national retsregel, har en dom afsagt i medfør af artikel 258 TEUF alene til virkning at aktivere denne forpligtelse.

123. Bestemmelsen i artikel 260, stk. 1, TEUF kan ikke fortolkes således, at en dom afsagt i henhold til artikel 258 TEUF fører til, at privatpersoner pålægges nye forpligtelser, som – i henhold til artikel 288, stk. 3, TEUF – ikke ved et direktiv i sig selv kan pålægges privatpersoner. Ved en sådan antagelse vil en dom afsagt i henhold til artikel 258 TEUF have den virkning, at den ændrer den bindende virkning af direktivbestemmelserne som en EU-retlig retskilde.

124. Ligesom den bindende fortolkning af en direktivbestemmelse i en præjudiciel afgørelse binder den forelæggende ret, men ikke fører til en ændring af reglerne for anvendelsen af direktivet i horisontale forhold, er der efter min opfattelse heller ikke nogen grund til, at en dom afsagt i medfør af artikel 258 TEUF skulle have en sådan virkning.

125. Der er ingen tvivl om, at en specifik fortolkning af EU-retten følger af en sådan dom. Den er bindende for de nationale retter i forbindelse med retshåndhævelsen. Den forelæggende ret er forpligtet til at tage denne fortolkning i betragtning. Det er i denne forbindelse uden betydning, at denne forpligtelse er sammenfaldende med forpligtelsen til at opfylde den dom, der er afsagt inden for rammerne af proceduren som omhandlet i artikel 258 TEUF.

126. Af disse grunde er det min opfattelse, at afsigelsen af en dom i henhold til artikel 258 TEUF ikke i sig selv gør det muligt at undlade at anvende en bestemmelse i national ret, der er i strid med det omhandlede direktiv, i et horisontalt forhold.

V. Forslag til afgørelse

127. På baggrund af ovenstående betragtninger foreslår jeg Domstolen at besvare de af Bundesgerichtshof (forbundsdomstol, Tyskland) forelagte spørgsmål således:

»En national ret, som behandler en tvist mellem privatpersoner vedrørende et krav, som støttes på en national bestemmelse, der fastsætter minimumspriser, som tjenesteyderen skal overholde, og som er uforenelig med artikel 15, stk. 1, artikel 15, stk. 2, litra g), og artikel 15, stk. 3, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/123/EF af 12. december 2006 om tjenesteydelser i det indre marked, skal undlade at anvende den pågældende bestemmelse.

[100] – Dom af 19.11.1991 (C-6/90 og C-9/90, EU:C:1991:428).

[101] – Jf. dommens præmis 40, 41 og 44.

Denne forpligtelse påhviler den nationale ret i henhold til:

– artikel 15, stk. 2, litra g), og artikel 15, stk. 3, i direktiv 2006/123 som bestemmelser, der er et specifikt udtryk for aftalefriheden, der følger af artikel 49 TEUF, samt

– artikel 16 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder.«