FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER
fremsat den 27. april 2004 [1]

I — Sagens baggrund

1. Det er anden gang, at jeg fremsætter forslag til afgørelse i denne sag [2], der blev indledt i 2001 med henblik på at besvare tre præjudicielle spørgsmål [3] fra Arbeitsgericht Lörrach (Tyskland), som er en ret i første instans, der træffer afgørelse i sager om sociale anliggender.

2. Domstolen besluttede først at henvise disse sager, hvis indhold er af teknisk karakter [4], til en afdeling med fem dommere [5] og afgøre dem uden mundtlig forhandling. Men mens svaret på de to første spørgsmål forekommer forudsigeligt, rejser det tredje større problemer.

Med dette sidste spørgsmål ønskes det oplyst om — i tilfælde af at en medlemsstat ikke har gennemført direktiv 93/104/EF om visse aspekter i forbindelse med tilrettelæggelse af arbejdstiden [6] korrekt — artikel 6, nr. 2, som forpligter de nationale myndigheder til at sikre, at den gennemsnitlige arbejdstid ikke overstiger 48 ugentlige timer, inklusive overarbejde, er tilstrækkelig præcis og ubetinget til, at borgere kan påberåbe sig den ved de nationale domstole.

3. Ifølge kendelse afsagt af Domstolens Store Afdeling [7] den 13. januar 2004 om genåbning af den mundtlige forhandling mente den afdeling, som sagerne var blevet henvist til, at i tilfælde af at nævnte bestemmelse opfyldte betingelserne for at fremkalde en direkte virkning, ville den, inden for rammerne af en tvist mellem borgere, skulle fastslå konsekvenserne af, at en national bestemmelse, som gennemfører et direktiv, er uforenelig med en fællesskabsretlig bestemmelse, som

1 — Originalsprog: spansk.

2 — Det første forslag til afgørelse blev offentliggjort den 6.5.2003, hvor den mundtlige forhandling blev afsluttet.

3 — Det drejer sig om syv kendelser af 26.9.2001, som vedrører lige så mange sager, der verserer ved den nationale ret. De syv sager blev forenet under den skriftlige forhandling ved kendelse afsagt af Domstolens præsident den 7.11.2001.

4 — Under den skriftlige forhandling indgav kun sagsøgerne i hovedsagerne og Kommissionen indlæg.

5 — Nærmere bestemt Sjette Afdeling.

6 — Rådets direktiv af 23.11.1993 (EFT L 307, s. 18).

7 — Som angivet i kendelsens præmis 6.

er tilstrækkelig præcis og ubetinget. Af denne grund besluttede Sjette Afdeling i medfør af procesreglementets artikel 44, stk. 4, at tilbagesende sagerne til plenum.

4. Med henblik på at lette forhandlingen afholdtes der et retsmøde, hvortil medlemsstaterne, Rådet, Kommissionen og parterne i hovedsagen var indbudt.

I dette forslag til afgørelse begrænser jeg mig til at behandle det pågældende spørgsmål og henviser i øvrigt til mit tidligere forslag til afgørelse.

5. Under retsmødet den 9. marts 2004 var repræsentanterne for sagsøgerne i hovedsagen, den befuldmægtigede for den tyske regering, den franske regering, den italienske regering, Det Forenede Kongeriges regering og for Kommissionen til stede.

II — Retsforskrifter og faktiske omstændigheder

6. De tyske bestemmelser om arbejdstid og hvileperioder er i Tyskland indeholdt i lov om arbejdstid (Arbeitszeitgesetz) af 6. juni 1994, der blev vedtaget med henblik på at gennemføre direktiv 93/104.

7. Ifølge § 2, stk. 1, udgør arbejdstiden tidsrummet fra arbejdets begyndelse til dets ophør, bortset fra pauser; ifølge § 3 må den daglige arbejdstid ikke overstige 8 timer, men kan forlænges til 10 timer, såfremt den daglige arbejdstid på 8 timer som gennemsnit ikke overskrides inden for en periode på 6 måneder eller 24 uger.

8. Imidlertid giver § 7, stk. 1, nr. 1, mulighed for ved faglig overenskomst eller virksomhedsaftale som en undtagelse til § 3, at:

a) arbejdstiden forlænges ud over 10 timer pr. dag selv uden kompensation, når arbejdstiden regelmæssigt og i betydeligt omfang omfatter permanent arbejdsberedskab

[...]

9. Ifølge § 14, stk. 1, i den kollektive overenskomst vedrørende arbejdsvilkårene for ansatte, arbejdere og unge under uddannelse ved tysk Røde Kors (Tarifvertrag über Arbeitsbedingungen für Angestellte, Arbei-

ter und Auszubildende des Deutschen Roten Kreuzes) herefter »kollektiv overenskomst for Røde Kors«, baseret på § 7, stk. 1, nr. 1, litra a), i nævnte tyske lov må den gennemsnitlige ugentlige arbejdstid uden pauser ikke overstige 39 timer (fra den 1. april 1990 38,5 timer) om ugen. Gennemsnittet beregnes normalt over en periode på 26 uger.

Men ifølge § 14, stk. 2, kan den normale arbejdstid forlænges:

a) til 10 timer pr. dag (49 om ugen i gennemsnit), såfremt den jævnligt omfatter et permanent arbejdsberedskab på mindst 2 timer pr. dag i gennemsnit

b) til 11 timer pr. dag (54 timer om ugen i gennemsnit), såfremt arbejdsberedskabet er på mindst tre timer

c) til 12 timer pr. dag (60 timer om ugen i gennemsnit), såfremt arbejdstageren kun skal være til stede på arbejdspladsen for at udføre arbejdet, hvis der opstår behov herfor.

10. Alle sagsøgerne er reddere med kompetence til at yde akut lægehjælp og til at varetage sygetransport. De er ansatte eller har tidligere været ansat hos det tyske Røde Kors og har i to tilfælde krævet betaling for overarbejde og i de øvrige tilfælde anerkendelse af retten til ikke at arbejde mere end 48 timer om ugen. Sagsøgte yder blandt andet redningstjeneste over landjorden og har opsyn med flere redningsvagter, som har åbent døgnet rundt. Redningstjenesten udføres ved hjælp af udrykningskøretøjer.

11. Arbejdsaftalerne er underlagt den kollektive overenskomst for Røde Kors. Det er uomtvistet mellem parterne, at de faktiske betingelser for en forlængelse af arbejdstiden i henhold til § 14, stk. 2, litra b), som består i mindst tre timers permanent arbejdsberedskab dagligt (Arbeitsbereitschaft), var opfyldt.

12. Ifølge den tekst, der var gældende på tidspunktet for de faktiske omstændigheder, kunne den maksimale ugentlige arbejdstid, der var fastsat ved artikel 6, nr. 2, i direktiv 93/104, fortsat overskrides, idet nævnte lovs § 7, stk. 1, nr. 1, litra a), gav mulighed for, at det i en kollektiv overenskomst bestemmes,

at arbejdstiden forlænges ud over 10 timer uden kompensation, når arbejdstiden regelmæssigt og i betydeligt omfang omfatter permanent arbejdsberedskab [8].

III — Gennemgang af spørgsmålet

13. I mit tidligere forslag til afgørelse anførte jeg med støtte i citater fra retspraksis og den juridiske litteratur, at det drejede sig om en tvist mellem borgere, og at arbejdstagerne derfor ikke kunne påberåbe sig artikel 6, nr. 2, i direktiv 93/104 i overensstemmelse med Domstolens velkendte retspraksis vedrørende den direkte virkning af direktiver, som medlemsstaterne ikke har gennemført korrekt.

14. Jeg understregede endvidere, at ved anvendelsen af nationale retsforskrifter er retsinstansen i sådanne tilfælde forpligtet til, i videst muligt omfang at fortolke dem i lyset af direktivets ordlyd og formål og at fremkalde det med direktivet tilsigtede mål og således handle i overensstemmelse med artikel 249, stk. 3, EF.

15. Jeg understregede endelig, at hvis en sådan »overensstemmende« fortolkning er umulig, har de nationale retter ifølge Domstolens faste praksis pligt til at sikre fællesskabsrettens fulde virkning, idet de om nødvendigt af egen drift skal undlade at anvende modstridende bestemmelser i national lov, uden at de er forpligtet til at anmode om eller afvente, at disse regler bliver ophævet ad lovgivningsvejen eller i forbindelse med en anden forfatningsmæssig procedure.

16. Jeg forstår og deler bekymringen hos dem, der ser en hindring for denne konsekvens i det forhold, at direktivers direkte horisontale virkning ikke anerkendes, men at forlige denne linje i retspraksis, som går imod standpunktet hos en del generaladvokater og en stor del af teorien, med kravet om en »overensstemmende fortolkning« er et af de mest komplekse dilemmaer i fællesskabsretten, som det er vanskeligt at løse generelt. Det er dog værd at uddybe analysen af situationen for i det mindste at søge en hensigtsmæssig løsning på særegenhederne i de foreliggende sager, som tager hensyn til princippet om fællesskabsrettens forrang, pligten til loyalt samarbejde, som påhviler medlemsstaterne i henhold til artikel 10 EF, samt direktivers normative karakter og de virkninger, de skaber i det af traktaten indførte retssystem.

8 — Den tyske regering har i sit svar på Domstolens spørgsmål meddelt, at fra den 1.1.2004 indebærer ikrafttrædelsen af en reform af loven om arbejdstid, at arbejdstagerne skal kompenseres for forlængelse af den daglige arbejdstid ud over 10 timer. Denne ændring blev foretaget som følge af Domstolens dom af 9.9.2003, sag C-151/02, Jaeger, Sml. I, s. 8389, i hvilken det i præmis 71 fastslås, at direktiv 93/104 skal fortolkes således, at en vagttjeneste, som en læge udfører efter ordningen med fysisk tilstedeværelse på hospitalet, fuldt ud skal anses for at være arbejdstid, og at direktivet følgelig er til hinder for en lovgivning i en medlemsstat, hvorefter arbejdstagerens arbejdsfrie perioder under en sådan vagttjeneste betragtes som hviletid.

Jeg skal allerede nu bemærke, at jeg ikke finder nogen af de argumenter, der er fremført under domsforhandlingen, fuldt ud overbevisende.

17. Domstolen ønsker at få afklaret anvendeligheden af begrebet »overensstemmende fortolkning« på baggrund af omstændighederne i disse sager: 1) § 7, stk. 1, nr. 1, litra a), i den tyske lov om arbejdstid er en undtagelse fra mere generelle bestemmelser i samme lov, som er helt tilpasset fællesskabsbestemmelsens bogstav og formål; 2) direktiv 93/104 tager sigte på at beskytte arbejdstagerne som den svage part i arbejdsforholdet; og 3) klagen fra størsteparten af sagsøgerne drejer sig om anerkendelse af retten til ikke at arbejde mere end 48 timer ugentligt, et krav, som mangler økonomisk indhold og er vanskeligt at kvantificere, hvorfor sandsynligheden for at opnå en erstatning fra de offentlige myndigheder på grund af tilsidesættelse af Fællesskabets retsorden forekommer særdeles ringe.

18. De særlige omstændigheder ved disse sager adskiller dem fra andre tilfælde, som Domstolen tidligere har undersøgt, hvor en medlemsstats lovgivning ikke havde gennemført direktivet inden for den fastsatte frist, eller direktivet ikke var blevet korrekt gennemført. I det foreliggende tilfælde har Tyskland derimod vedtaget en lov for at gennemføre ordlyden af og formålet med direktiv 93/104. Jeg går ud fra, at man havde til hensigt at handle korrekt, da der ikke er noget, der tyder på en bevidst vilje til at unddrage sig loyalitetspligten i henhold til artikel 10 EF. Inden for mindre end fire måneder ændrede Tyskland sin lovgivning for at tilpasse den til Domstolens fortolkning i Jaeger-sagen [9], hvilket er et bevis for Tysklands gode intention. I overensstemmelse med retspraksis bør enhver national ret desuden gå ud fra, at staten har haft til hensigt fuldt ud at opfylde de forpligtelser, der følger af det pågældende direktiv [10].

19. Man bør derfor gå ud fra, at den tyske lov om arbejdstid har til formål at gengive alle bestemmelserne i direktiv 93/104. Der er imidlertid et punkt, hvor den har fejlet, idet den nemlig har overskredet de grænser, der er angivet for korrekt samordning af principperne (artikel 1-16) og undtagelserne (artikel 17 og 18), som udgør grundlaget for direktivets opbygning. Det drejer sig naturligvis om § 7, stk. 1, nr. 1, litra a), i nævnte lov, der er udformet som en undtagelse, eftersom de øvrige bestemmelser indeholder definitionerne på arbejdstid og hvileperioder i nøje overensstemmelse med fællesskabsbestemmelserne.

20. Bestemmelsen i den tyske lov, som ligger til grund for § 14 i den kollektive overens-

9 — Jaeger-dommen, nævnt i fodnote 8.

10 — Dom af 16.12.1993, sag C-334/92, Wagner Miret, Sml. I, s. 6911, præmis 20.

komst for Røde Kors om forlængelse af den ugentlige arbejdstid, er formuleret som en undtagelse til § 3, ifølge hvilken otte timer pr. dag ikke må overskrides.

21. Hvis sidstnævnte bestemmelse fortolkes sammen med § 9 i lov om arbejdstid, hvor søndag er anført som hviledag, giver det en ugentlig arbejdstid på 48 timer, hvilket er sammenfaldende med bestemmelsen i artikel 6, nr. 2, i direktiv 93/104. Hvis man kun anvendte disse to bestemmelser i national ret, ville det være muligt at give størsteparten af sagsøgerne i hovedsagerne ret, idet der som nævnt er to af de syv, der har krævet betaling for overarbejde, mens de øvrige fem har krævet anerkendelse af retten til ikke at arbejde mere end 48 timer ugentlig.

Hvis den tyske domstol handlede på denne måde, ville det så indebære, at den i strid med fast retspraksis tillagde en bestemmelse i et direktiv, der som bekendt ikke i sig selv kan skabe forpligtelser for borgerne, direkte virkning [11]?

11 — Dom af 26.2.1986, sag 152/84, Marshall, Sml. s. 723, præmis 48, og af 13.11.1990, sag C-106/89, Marleasing, Sml. I, s. 4135, præmis 6.

22. De medlemsstater, der har deltaget i nærværende præjudicielle sag, har åbent udtrykt bekymring over muligheden for en ændring af retspraksis med henblik på at tillægge et direktiv, der ikke inden for den fastsatte frist er gennemført i den nationale retsorden eller er gennemført urigtigt, direkte virkning. Jeg nærer ikke en sådan bekymring, da jeg ikke mener, at spørgsmålet opstår i forbindelse med artikel 6, nr. 2, i direktiv 93/104, heller ikke hvis det opfylder kravene om at være tilstrækkelig præcis og ubetinget [12]. Jeg er heller ikke enig med dem, der har tilkendegivet, at manglende anvendelse i hovedsagen af den tyske bestemmelse, som strider mod den pågældende fællesskabsretlige bestemmelse, skulle være det samme som at tillægge direkte virkning på trods af Domstolens talrige afgørelser om ikke at tillægge en sådan virkning i tvister mellem private.

Jeg deler derimod den italienske regerings opfattelse, at det er mindre forstyrrende og samtidig mere funktionelt i lyset af de mål, der forfølges med traktaten gennem direktiver, at opretholde den af Domstolen udarbejdede løsning, der prioriterer den fortolkning af den nationale bestemmelse, der er mest i overensstemmelse med Fællesskabets retsorden.

12 — Dom af 19.1.1982, sag 8/81, Becker, Sml. s. 53, præmis 25, af 22.6.1989, sag 103/88, Fratelli Costanzo, Sml. s. 1839, præmis 29, af 17.9.1996, forenede sager C-246/94 — C-249/94, Cooperativa Agricola Zootecnica S. Antonio m.fl., Sml. I, s. 4373, præmis 17, af 1.6.1999, sag C-319/97, Kortas, Sml. I, s. 3143, præmis 21, og af 5.2.2004, sag C-157/02, Rieser Internationale Transporte, Sml. I, s. 1477, præmis 22.

23. Det er overflødigt at minde om, at medlemsstaternes forpligtelse til at nå det i direktiverne foreskrevne resultat samt pligten i henhold til artikel 10 EF til at træffe alle almindelige eller særlige foranstaltninger, som er egnede til at sikre opfyldelsen af nævnte forpligtelse, påhviler alle nationale myndigheder, herunder også retsinstanserne [13].

24. For at mildne afvisningen af at give direkte virkning til en konkret direktivbestemmelse i en tvist mellem borgere, har Domstolen udviklet princippet om »overensstemmende fortolkning«, som indebærer, at den nationale domstol, når den anvender bestemmelserne i national ret, hvad enten de er ældre eller yngre end direktivet, skal fortolke dem på en sådan måde, at de i videst muligt omfang kan finde anvendelse i overensstemmelse med direktivets ordlyd og målsætning og således handle i overensstemmelse med artikel 249, stk. 3, EF [14]. Princippet om en direktivkonform fortolkning gør sig i særlig grad gældende for en national retsinstans, såfremt en medlemsstat som i den foreliggende sag har antaget, at de tidligere gældende nationale retsforskrifter var i overensstemmelse med det pågældende direktivs krav [15].

25. I en stor del af de sager, hvor Domstolen er gået ind for en sådan fortolkning, da det drejede sig om tvister mellem borgere, har den ikke begrænset sig til blot at henvise til det pågældende princip, men er gået videre og har oplyst den ret, der havde stillet spørgsmålet, om, hvilket konkret resultat den burde opnå ved hver lejlighed. Nedenfor skal anføres nogle eksempler herpå [16].

13 — Dom af 10.4.1984, sag 14/83, Von Colson og Kamann, Sml. s. 1891, præmis 26, og af 15.5.1986, sag 222/84, Johnston, Sml. s. 1651, præmis 53.

14 — Marleasing-dommen, præmis 8, og Wagner Miret-dommen, præmis 20, dom af 14.7.1994, sag C-91/92, Faccini Dori, Sml. I, s. 3325, præmis 26, og af 13.7.2000, sag C-456/98, Centrosteel, Sml. I, s. 6007, præmis 16.

15 — Wagner Miret-dommen, præmis 21. Jf. L. Bernardeau: »Clauses abusives: illicéité des clauses attributives de compétence et l'autonomie de leur contrôle judiciaire«, i *Revue européenne de droit de la consommation*, 2000, s. 261-281, særlig s. 270: »L'obligation d'interprétation conforme qui découle du principe de la primauté du droit communautaire s'applique a fortiori lorsque la directive a été transposée«.

16 — Ifølge en del af den tyske teori har den nationale ret kompetence til ved en overensstemmende fortolkning at overvinde utilstrækkeligheder eller endog uforeneligheder med fællesskabsretten, som måtte foreligge i den nationale ret, med henblik på at opfylde fællesskabsdirektivets mål. Jf. V. Götz: »Europäische Gesetzgebung durch Richtlinien — Zusammenwirken von Gemeinschaft und Staat« i *Neue Juristische Wochenschrift*, 1992, s. 1854: »Über die Auslegung von Begriffen und Normen, die eine offensichtliche Kongruenz zwischen Richtlinie und staatlichem Umsetzungsrecht ausweisen, hinaus, kann richtlinienkonforme Auslegung in begrenztem Umfange die weitergehende Funktion erfüllen, Unzulänglichkeiten der staatlichen Gesetzgebung zu überbrücken oder der Richtlinie zu einem Anwendungsvorrang gegenüber solchen Bestimmungen des nationalen Rechts zu verhelfen, die nicht direkt umsetzungsbedingt sind, deren Anwendung aber im Bereich der Richtlinie mit dieser nicht zu vereinbaren wäre«. Ifølge denne teori udvides fællesskabsrettens forrang til fortolkningen af den, hvilket indebærer, at den betydning, der er givet af Domstolen, har forrang frem for enhver anden fortolkning, der kunne gives nationale retsakter, som gennemfører et fællesskabsdirektiv, hvilket ville resultere i en situation, hvor den nationale domstol skulle fortolke den nationale ret contra legem for at sikre anvendelsen af fællesskabsretsakten. Som eksempel kan nævnes A. Dendrinos: *Rechtsprobleme der Direktwirkung von EWG-Richtlinien*, s. 290-292, særlig s. 290: »In diesem Punkt muss hervorgehoben werden, dass die Richtlinienbestimmungen Vorrang in der Auslegung haben. Dies bedeutet, dass den durch den EuGH ausgelegten Richtlinienvorschriften des Gemeinschaftsrechts für den Ausgangsfall Vorrang gegenüber der gegenteiligen einheimischen Interpretation einer mehrdeutigen zur Ausführung der Richtlinien ergangenen nationalen Norm gebührt. Hier spricht man von der unmittelbar wirkenden Auslegung. Aufgrund dieser Erkenntnis kommt man der Anerkennung der horizontalen unmittelbaren Wirkung ein Stück näher, da der nationale Richter wegen der vorrangigen Auslegung des EuGH gegebenenfalls nationales Recht contra legem auslegen muss, welches zur Umsetzung der Richtlinie ergangen ist und zugleich private Rechtsverhältnisse regelt«, og W. Brechmann: *Die Richtlinienkonforme Auslegung*, s. 160-166, særlig s. 163, som henviser til denne teori, der støttes af flere forfattere: »Die These von Dendrinos, dass eine richtlinienkonforme Auslegung auch eine Auslegung contra legem erlaube, ist jedoch keineswegs eine vereinzelte Sondermeinung, sondern sie wird von anderen Autoren der völkerrechtlichen Theorie vertreten.«

26. Fortolkningen af direktiv 68/151/EØF [17] — som ikke er gennemført i den spanske retsorden — som har til formål at begrænse tilfældene af aktieselskabers ugyldighed for at garantere retssikkerheden i forbindelserne mellem selskabet og tredjemand og mellem selskabsdeltagerne, fik Domstolen til at meddele den nationale domstol, at den var forpligtet til at fortolke den nationale ret i lyset af direktivets ordlyd og formål *med henblik på at hindre, at et selskab blev erklæret ugyldigt af andre grunde end de i direktivets artikel 11 opregnede* [18].

Marleasing SA havde nedlagt påstand om, at en selskabskontrakt blev erklæret ugyldig, fordi den ikke havde nogen retsgrund, var en proformaretshandel og var blevet stiftet for at besvige kreditorer. Det sagsøgte selskab gjorde gældende, at direktivets artikel 11 udtømmende opregner de grunde, i henhold til hvilke et selskab kan erklæres ugyldigt, og disse grunde omfatter ikke manglende retsgrund. For at efterkomme Domstolens afgørelse skulle man undlade at anvende artikel 1261 og 1275 i den spanske código civil, i henhold til hvilke kontrakter uden retsgrund eller med ulovlig retsgrund ikke har nogen retsvirkning. Det gjorde Juzgado de Primera Instancia n° 1 de Oviedo, i dommen af 23.2.1991, hvor sagsøgte blev frifundet, for så vidt som påstanden byggede på manglende retsgrund, en ugyldighedsgrund, der ikke var anført i direktiv 68/151 [19]. Dommen, der enstemmigt blev rost for sin fællesskabsvenlige ånd, satte ikke spørgsmålstegn ved, at anvendelsen af princippet om »overensstemmende fortolkning« kunne fremkalde virkninger, som svarede til anerkendelsen af direktivers horisontale direkte virkning.

27. Wagner Miret-dommen [20] udledte af forelæggelseskendelsen, at de spanske retsforskrifter ikke kunne fortolkes på en måde, der var i overensstemmelse med direktiv 80/987/EØF [21] og *derfor ikke kunne sikre direktionsmedlemmer de garantier, der er fastsat i direktivet,* hvorfor den pågældende medlemsstat var forpligtet til at erstatte det tab, direktionsmedlemmer havde lidt som følge af, at direktivet ikke var blevet gennemført for deres vedkommende.

I den præjudicielle sag understregedes, at Spanien ikke havde oprettet andre garantiin-

17 — Rådets første direktiv af 9.3.1968 om samordning af de garantier, som kræves i medlemsstaterne af de i traktatens artikel 58, stk. 2, nævnte selskaber til beskyttelse af såvel selskabsdeltagernes som tredjemands interesser, med det formål at gøre disse garantier lige byrdefulde (EFT L 65, s. 8).

18 — Marleasing-dommen, præmis 13. D. Curtin: »Directives: the effectiveness of judicial protection of individual rights«, *Common Market Law Review*, 1990, s. 709-739, særlig s. 724: »In Marleasing, the end result was that the Spanish tribunal was obliged to interpret the provisions of the Spanish Civil Code in a manner so as to preclude a declaration of nullity of a public limited company based on a ground different from those set out in Article 11 of the (unimplemented) first Company Directive. This means in effect that the obligation contained in a directive is placed on private parties, albeit after having been transformed, via judicial interpretation, into one of national law. In practice, this clever judicial strategy achieves, where the national law is at all open to interpretation, the same result as if a particular provision of that directive could be recognized as enjoying horizontal direct effects. In this manner, »horizontal« rights which are enshrined in directives can have the force of law as between individuals without a specific domestic legislative process and the primacy of Community law is assured.«

19 — Jf. Domstolens database DEC-NAT, ref. dos-Cour QP/01853-P1.

20 — Wagner Miret-dommen, præmis 22.

21 — Rådets direktiv af 20.10.1980 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om beskyttelse af arbejdstagerne i tilfælde af arbejdsgiverens insolvens (EFT L 283, s. 23), som ændret ved Rådets direktiv 87/164/EØF af 2.3.1987 (EFT L 66, s. 11).

stitutioner end Fondo de Garantía Salarial (Fogasa), som ikke dækkede denne personalekategori i forbindelse med et ikke udbetalt løntilgodehavende på grund af arbejdsgiverens insolvens. På grundlag af det skøn, som direktiv 80/987 giver medlemsstaterne, fastslog Domstolen, at direktionsmedlemmer ikke kunne påberåbe sig direktivet til støtte for at kræve betaling af løntilgodehavender fra den garantiinstitution, der i henhold til national ret er oprettet for de øvrige kategorier af arbejdstagere. I dom af 16.2.1994 blev sagsøgte frifundet ved Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, der fritog Fogasa for ansvar, men anerkendte, at sagsøgeren kunne anlægge sag ved den kompetente ret mod staten med krav om erstatning for den lidte skade [22].

28. I dommen i sagen Océano Grupo Editorial og Salvat Editores [23] ønskede den forelæggende ret oplyst, om den — en civilret i Barcelona — selv om direktiv 93/13/EØF [24] ikke var gennemført inden for den fastsatte frist, havde hjemmel til ex officio at erklære sig inkompetent, for så vidt som den var tillagt kompetence ved et kontraktvilkår, som den anså for urimeligt i direktivets forstand. Domstolen, der tilsluttede sig generaladvokat Saggios udmærkede forslag til afgørelse, svarede bekræftende og fastslog, at det navnlig følger af kravet om »fortolkning i overensstemmelse med direktivet«, at den nationale domstol *skal vælge den fortolkning, som vil gøre det muligt for den ex officio at afvise at udøve en kompetence, som er tillagt den i medfør af et urimeligt kontraktvilkår.*

Det omtvistede vilkår tillagde den ret, der var virksomhedens hjemting, enekompetence til at afgøre tvister vedrørende gennemførelsen af en salgsaftale. Gennemførelsen af direktiv 93/13 i national ret skete med forsinkelse, og i mellemtiden anvendtes bestemmelserne om forbrugerbeskyttelse, som ikke udtrykkeligt omhandler spørgsmålet vedrørende muligheden for ex officio at fastslå, om de urimelige vilkår er ugyldige, ligesom der heller ikke i spansk ret forelå en retlig hjemmel, der kunne udgøre grundlag for en kompetence til at tage stilling til ugyldighedsspørgsmålet, hvis parterne ikke tager noget initiativ hertil. Domstolen fastslog imidlertid, at det spanske retsorgan ex officio skulle afvise at have kompetence til at afgøre en tvist, der var blevet tillagt det på disse betingelser [25]. I kendelsen af 14. juli 2000

22 — Se Domstolens database DEC-NAT, ref. dos-Cour QP/02395-P1.

23 — Dom af 27.6.2000, forenede sager C-240/98 — C-244/98, Sml. I, s. 4941, præmis 32.

24 — Rådets direktiv af 5.4.1993 om urimelige kontraktvilkår i forbrugeraftaler (EFT L 95, s. 29).

25 — P. Craig og G. Búrca: *EU Law, Text, cases and materials*, Third Edition, Oxford University Press, s. 219: »This ruling does not declare that the Spanish court must decline jurisdiction by reading national law in the light of the Directive's requirements, but it certainly encourages the national court to do this, by indicating that it should »favour« that interpretation if it is possible. And while such an interpretation of national law would not impose any legal obligation on Océano, it would deprive that company of any possible existing right under national law to enforce the consumer contract before the Barcelona court. While the defendant would not himself or herself have to »invoke« the right (since the defendant might well not appear before a court outside his or her domicile) that party would benefit from the terms of the directive even though it was not implemented, and the plaintiff company would suffer a legal disadvantage«, og J. Stuyck: *Common Market Law Review*, 38, s. 719-737, særlig s. 737: »Océano means a further step in the Court's case law on the role of the national judge in applying Community law, by construing a duty for the national courts to invoque of their own motion the unfair character [...] of a jurisdiction clause«.

anvendte den spanske førsteinstansret Domstolens dom ordret og benyttede kompetencen til ex officio at prøve, om et vilkår i den pågældende kontrakt var urimeligt, og til at afvise sagen fra realitetsbehandling, da det vilkår, der var grund til, at tvisten blev forelagt domstolene i Barcelona, var urimeligt, og tilføjede, at denne ugyldighed medførte, at de retter, der var sagsøgtes hjemting [26], fik kompetence til at behandle sagen.

29. Forpligtelsen til »overensstemmende fortolkning« fremmes ikke alene i præjudicielle sager, som de anførte eksempler kunne give indtryk af. Dommen i sagen Kommissionen mod Italien [27] fastslog, at en konstatering af, at en medlemsstat har undladt at opfylde sine forpligtelser i henhold til fællesskabsretten, *medfører, at såvel retsvæsenet som forvaltningens myndigheder i vedkommende medlemsstat retligt er totalt afskåret fra at anvende denne retsstridige momsfritagelsesordning samt forpligtet til i enhver henseende at virke for, at fællesskabsretten gennemføres fuldt ud.*

30. I andre tilfælde har Domstolen, uden så udtrykkeligt at forklare den nationale ret hvad den skal opnå, anvist den mest hensigtsmæssige vej til at tilvejebringe direktivets målsætning.

31. I dommen i sagen Pafitis m.fl. [28] fastslog Domstolen, at artikel 25 i direktiv 77/91/EØF [29], hvis formål er at garantere et mindstebeskyttelsesniveau for aktionærerne i alle medlemsstaterne, er til hinder for nationale bestemmelser, hvorefter kapitalen i en bank, der er et aktieselskab, og som på grund af gældsættelse befinder sig i en kritisk situation, kan forhøjes administrativt og uden en generalforsamlingsbeslutning.

Parterne i hovedsagen var på den ene side en bank, der var et aktieselskab, og dens nye aktionærer og på den anden side de hidtidige aktionærer, der gjorde indsigelse mod såvel ændringen af vedtægterne og heraf følgende kapitalforøgelse, idet de anførte, at ændringen var et resultat af den midlertidigt forordnedes beslutning, hvorimod aktionærerne ikke var blevet indkaldt til generalforsamling, ligesom de bestred aktiefordelingen. De nedlagde desuden påstand om, at beslutningerne om de tre senere forhøjelser af selskabskapitalen var ugyldige. Hændelsesforløbet efter sagen giver ikke mulighed for at fastslå dommens eventuelle konsekvenser [30].

26 — Se Domstolens database DEC-NAT, ref. dos-Cour QP/03748-P1.

27 — Dom af 19.1.1993, sag C-101/91, Sml. I, s. 191, præmis 24. Jf. endvidere dom af 13.7.1972, sag 48/71, Kommissionen mod Italien, Sml. 1972, s. 135, org.ref.: Rec. s. 529, præmis 7.

28 — Dom af 12.3.1996, sag C-441/93, Sml. I, s. 1347, præmis 60.

29 — Rådets andet direktiv af 13.12.1976 om samordning af de garantier, der kræves i medlemsstaterne af de i artikel 58, stk. 2, i traktaten nævnte selskaber til beskyttelse af såvel selskabsdeltagernes som tredjemands interesser, for så vidt angår stiftelsen af aktieselskabet samt bevarelse af og ændring i dets kapital, med det formål at gøre disse garantier lige byrdefulde (EFT L 26, s. 1).

30 — I dette tilfælde afviste den nationale ret, som havde stillet det præjudicielle spørgsmål, Domstolens fortolkning og afviste klagen, jf. DEC-NAT-databasen, dos-Cour QP/02610-P1. Efter at dommen var blevet appelleret, stillede den græske ret et nyt præjudicielt spørgsmål, jf. dos-Cour QP/03745-P1, som blev trukket tilbage, da parterne frafaldt appellen. Domstolen fik derfor ikke mulighed for at udtale sig om førsteinstansrettens manglende anvendelse af Domstolens fortolkning.

32. I Ruiz Bernáldez-sagen [31] blev spørgsmålene stillet under en straffesag mod en fører af et køretøj, som under kørsel i spirituspåvirket tilstand havde forårsaget en trafikulykke. Den nationale ret dømte ham til at erstatte den tingsskade, han havde forårsaget, men hans forsikringsselskab blev frifundet for enhver forpligtelse til at dække skaden under henvisning til bekendtgørelsen om lovpligtig forsikring, hvori det hedder, at undtaget fra dækning er tingsskade, der forvoldes, mens føreren er spirituspåvirket.

Dermed fortolkede Domstolen direktiv 72/166/EØF [32] og direktiv 84/5/EØF [33] således, at henset til det tilsigtede beskyttelsesformål må personer, der lider skade ved en ulykke forvoldt af et motorkøretøj, i henhold til den lovpligtige motorkøretøjsforsikring kunne opnå erstatning for alle person- og tingsskader, de har lidt, og at aftalevilkårene for en lovpligtig forsikring ikke må indeholde bestemmelse om, at forsikringsselskabet i visse tilfælde, og navnlig såfremt føreren af køretøjet var spirituspåvirket, ikke er forpligtet til at erstatte den person- og tingsskade, det forsikrede køretøj forvolder tredjemand. Det påpegedes således over for den nationale domstol, at selskabet skulle varetage skadelidtes interesser, selv om den nationale lovgivning ikke foreskrev noget om det [34]. Ved domsafsigelsen fulgte Audiencia Provincial de Sevilla Domstolens præjudicielle afgørelse og dømte den 30. april 1996 forsikringsselskabet til at erstatte den skadelidte for ulykken, der var forvoldt af Ruiz Bernáldez i spirituspåvirket tilstand [35].

33. I Draehmpaehl-dommen [36] blev det fastslået, at direktiv 76/207/EØF [37] er til hinder for nationale lovbestemmelser, hvorefter der til forskel fra andre civil- og arbejdsretlige nationale bestemmelser er fastsat et loft på tre måneders løn for, hvad en ansøger, der er blevet forskelsbehandlet på grundlag af køn i forbindelse med en ansættelse, kan kræve i godtgørelse, når ansøgeren ville have fået den ledige stilling, såfremt der ikke var udøvet forskelsbehandling ved udvælgelsen, eller et loft på seks måneders løn for, hvad der i alt kan kræves i godtgørelse af samtlige ansøgere. Den pågældende arbejdstager havde ansøgt om en stilling for kvinder, der var offentliggjort i et dagblad, uden at virksomheden havde svaret ham eller sendt hans ansøgning retur. Draehmpaehl anlagde sag under anbringende af, at han var den bedst

31 — Dom af 28.3.1996, sag C-129/94, Sml. I, s. 1829, præmis 24.

32 — Rådets direktiv af 24.4.1972 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om ansvarsforsikring for motorkøretøjer og kontrollen med forsikringspligtens overholdelse (EFT 1972 II, s. 345).

33 — Rådets andet direktiv af 30.12.1983 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om ansvarsforsikring for motorkøretøjer (EFT 1984 L 8, s. 17).

34 — T. Tridimas: »Black, white and shades of grey: horizontality of directives revisited«, i *Yearbook of European Law*, 21, 2001-2002, s. 327-354, særlig s. 352: »Bernáldez causes problems. It is clear that the insurance directives were relied upon to impose an obligation on a third party, i.e. the insurance company, which was not represented in the proceedings. The Court expressly held that Article 3(1) of the First Directive precludes an insurer from being able to rely on statutory provisions or contractual clauses to refuse to compensate third-party victims of an accident caused by the insured vehicle. How can this be distinguished from horizontal direct effect? The answer is with difficulty«.

35 — Jf. Domstolens database DEC-NAT, ref. dos-Cour QP/02722-P1.

36 — Dom af 22.4.1997, sag C-180/95, Sml. I, s. 2195, præmis 37 og 43.

37 — Rådets direktiv af 9.2.1976 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår (EFT L 39, s. 40).

kvalificerede ansøger, og at han havde været udsat for forskelsbehandling på grundlag af køn. Den præjudicielle afgørelse var klar og gav ikke Arbeitsgericht Hamburg ret mange valgmuligheder [38].

34. Da Domstolen udtalte sig om direktiv 86/653/EØF [39] i Bellone-sagen [40] fandt den, at det er til hinder for nationale bestemmelser, hvorefter en agenturkontrakts gyldighed er betinget af, at handelsagenten er optaget i et register for handelsagenter. Ud over at den italienske lovgivning krævede en sådan optagelse i registret i handelskamrene, gjorde den agenturkontraktens gyldighed betinget af optagelsen, hvilket havde til følge, at den handelsagent, der ikke var optaget i registret, ikke havde retsbeskyttelse i henhold til kontrakten, navnlig efter at retsforholdet mellem parterne var ophørt. Tvisten drejede sig om en handelsagents krav om godtgørelse efter ophævelsen af en agenturkontrakt med virksomheden. Generaladvokat Saggio bemærkede i punkt 35 i forslaget til afgørelse i sagen Océano Grupo Editorial og Salvat Editores, at Domstolen i Bellone-sagen påviste, at der mellem de to ordninger forelå en uforenelighed af en sådan art, at den udelukkede enhver anvendelse af en »overensstemmende fortolkning«, hvorfor den påbød den nationale forelæggende domstol at afstå fra at anvende de nationale bestemmelser [41].

35. Centrosteel-dommen [42] afgjorde en sag, der blev anset for at ligge i forlængelse af den foregående. En anden italiensk ret spurgte med udgangspunkt i, at direktiver i henhold til Domstolens retspraksis ikke har direkte horisontal virkning i forholdet mellem borgere, om traktatens bestemmelser vedrørende etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser, hvis direkte anvendelighed ikke rejste nogen tvivl, var til hinder for den nationale lov, hvorefter personer, som udøver virksomhed som handelsagenter, skal være optaget i et register, hvilket medfører at agenturkontrakter, der er indgået med personer, som ikke er optaget i registret, er ugyldige. Den præjudicielle sag blev løst ved at henvise den forelæggende ret til det velkendte princip om »overensstemmende fortolkning« af den nationale ret i

38 — Jf. Domstolens database DEC-NAT, ref. dos-Cour QP/02961-P1. Arbeitsgericht Hamburg idømte ved udeblivelsesdom den sagsøgte virksomhed, som ikke havde givet møde i nogen af sagens faser, til at betale et beløb på 11 100 DEM. Selv om den tyske afgørelse af 29.4.1998 mangler begrundelse, som det synes at være gængs i denne type sager, må det antages, at beløbet svarer til de tre og en halv månedsløn, som sagsøgeren havde forlangt. Ifølge oplysningerne fra den forelæggende ret blev dommen ikke appelleret.

39 — Rådets direktiv af 18.12.1986 om samordning af medlemsstaternes lovgivning om selvstændige handelsagenter (EFT L 382, s. 17).

40 — Dom af 30.4.1998, sag C-215/97, Sml. I, s. 2191, præmis 18.

41 — Da Tribunale civile di Bologna den 5.5.1999 afsagde dom, fastslog den, at agenturkontrakten var gyldig og retskraftig mellem parterne, den gav Bellone medhold og dømte virksomheden til at betale hende det udestående beløb. I begrundelsen fastslog den, at sanktionen i henhold til den nationale ret, nemlig at agenturkontrakten var ugyldig, hvis handelsagenten ikke var optaget i et register, var uforenelig med Fællesskabets retsorden; at hvis der var tale om uforenelighed har sidstnævnte forrang frem for medlemsstaternes ret; og at Domstolens domme har direkte virkning, hvorfor den mente, at den nationale lovgivning, som gjorde den pågældende kontrakts gyldighed afhængig af, at agenten var optaget i et register, ikke var anvendelig (dos-Cour QP/03475-P1). Jeg gør endvidere opmærksom på, at der i Domstolens DEC-NAT-database findes flere domme afsagt af Corte suprema di Cassazione, som ophæver afgørelser fra lavere instanser, som på grund af manglende optagelse i registret havde afvist handelsagenters påstand om betaling af udestående beløb i forbindelse med gennemførelse af en agenturkontrakt. Se dom af 15.5.1999 (dos-Cour IA/18784-A), af 18.3.2002 (dos-Cour IA-22741-A), og af 17.4.2002 (dos-Cour IA/22749-A).

42 — Centrosteel-dommen.

overensstemmelse med målsætningen for direktiv 86/653, og primærretten blev ikke fortolket. Både generaladvokat Jacobs, i punkt 5 i forslaget til afgørelse, og Domstolen i dommens præmis 17, erklærede, at efter dommen i Bellone-sagen havde Corte suprema di Cassazione ændret sin retspraksis, idet manglende overholdelse af forpligtelsen til at blive optaget i registret ikke længere medførte ugyldighed af agenturkontrakten.

36. At afvige fra denne udvikling i retspraksis ville være et alvorligt tilbageskridt i forståelsen af princippet om fællesskabsrettens forrang, hvilket ville bringe Domstolens autoritet til at foreskrive en ensartet fortolkning af dens bestemmelser på Den Europæiske Unions område i fare og demoralisere de nationale domstole i udøvelsen af deres opgaver som fællesskabsdomstole, navnlig dem der har fulgt de relevante præjudicielle afgørelser med hensyn til den »overensstemmende fortolkning« af deres lovgivning.

Som Cicero sagde[43], at da vores største drivkraft er at bidrage til forøgelsen af menneskeslægtens ressourcer, og vi stræber efter i ord og handling at sikre og berige menneskers liv, og det er naturen selv, der stimulerer os til den glæde, så lad os følge i de bedstes spor og ikke bemærke de signaler, som blæser til retræte for at få dem, der befinder sig i fortroppen, til at gå tilbage.

37. I Arcaro-dommen[44] anerkendte Domstolen imidlertid i forbindelse med et andet italiensk præjudicielt spørgsmål, at der efter fællesskabsretten ikke findes en fremgangsmåde, hvorefter den nationale ret kan fjerne nationale bestemmelser, der er i strid med en bestemmelse i et direktiv, der ikke kan gøres gældende for en national ret; den anerkendte ligeledes, at den nationale rets forpligtelse til at henholde sig til direktivets indhold ved fortolkningen af de relevante bestemmelser i den nationale ret begrænses, når en sådan fortolkning fører til, at en forpligtelse, der er fastsat i et ikke gennemført direktiv, gøres gældende over for en borger, og i særdeleshed når den fører til, at der fastsættes strafansvar for personer, der handler i strid med dets bestemmelser.

38. Men af flere grunde er det ikke uden videre muligt — som påstået af nogle af de medlemsstater, der har ytret sig — uden videre at overføre disse konstateringer i Arcaro-dommen til de foreliggende sager:

For det første var parterne i Arcaro-sagen ikke to borgere, eftersom Arcaro var tiltalt i en straffesag. Det drejede sig derfor om at

43 — Cicero, *De Republica* (Om staten), spansk oversættelse ved Álvaro D'Ors, Editorial Gredos, Madrid, 1984, første bog, 2.2., s. 38.

44 — Dom af 26.9.1996, sag C-168/95, Sml. I, s. 4705, præmis 42 og 43.

hindre, at medlemsstaten, som ikke havde overholdt forpligtelsen til at tilpasse sin lovgivning til direktiv 76/464/EØF [45] og direktiv 83/513/EØF [46], fik fordele af overtrædelsen og ad kriminalretlig vej straffede en arbejdsgiver, som havde tilsidesat nogle af dets bestemmelser. Domstolen har under alle omstændigheder fastslået, at den nationale domstols forpligtelse til at henholde sig til direktivets indhold ved fortolkningen af en national bestemmelse begrænses af de generelle retsgrundsætninger, som udgør en del af fællesskabsretten, navnlig retssikkerhedsprincippet og forbuddet mod loves tilbagevirkende gyldighed, i særdeleshed hvis det kan fastsætte strafansvar [47].

For det andet er der stor forskel på omstændighederne i Arcaro-sagen og omstændighederne i de sager, der er anlagt af arbejdstagerne ved Røde Kors, da den italienske lovgiver i den første sag kun havde foretaget en ufuldstændig gennemførelse af Unionens ret, mens Tyskland har vedtaget en særlov til gennemførelse af direktiv 93/104 i dets helhed, hvis § 3 korrekt gennemfører indholdet af fællesskabsbestemmelsens artikel 6, nr. 2, ved at fastsætte den maksimale ugentlige arbejdstid til 48 timer.

39. Der er således ikke — som den føderale regering hævder — tale om, at hvis den nationale domstol skulle finde, at § 7, stk. 1, nr. 1, litra a), i lov om arbejdstid ikke kan anvendes, vil den stå med et retligt tomrum, som ville forpligte den til at pålægge byrder på grundlag af direktiv 93/104, idet den ganske enkelt kunne støtte sig på en anden national bestemmelse i samme lovgivningskompleks, som er vedtaget for at gennemføre fællesskabsbestemmelserne [48], og som over-

45 — Rådets direktiv af 4.5.1976 om forurening, der er forårsaget af udledning af visse farlige stoffer i Fællesskabets vandmiljø (EFT L 129, s. 23).

46 — Rådets direktiv af 26.9.1983 om grænseværdier og kvalitetsmålsætninger for udledninger af cadmium (EFT L 291, s. 1).

47 — Dom af 11.6.1987, sag 14/86, Pretore de Salò, Sml., s. 2545, præmis 20, og af 8.10.1987, sag 80/86, Kolpinghuis Nijmegen, Sml. s. 3969, præmis 13.

48 — En del af den juridiske litteratur udtaler sig i samme retning. Jf. f.eks. s. Faro: »La Cassazione torna a pronunciarsi sull'efficacia diretta »orizzontale« delle direttive comunitarie«, i *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1998, s. 1398-1407, særlig s. 1403 og 1404: »la previsione di questo obbligo [interpretare la norma nazionale in coerenza con quella contenuta in una directiva comunitaria] comporta, di fatto, il riconoscimento di un effetto orizzontale »indiretto« delle direttive, indirecto in quanto la norma che trova applicazione al rapporto tra i privati è, in ogni caso, la norma nazionale«; G. Tesauro: *Diritto Comunitario*, terza edizione, CEDAM, 2003, s. 162-184, særlig s. 180: »I resultati pratici cui si previene con l'obbligo di interpretare il diritto nazionale in modo conforme alla norma di una directiva [...] non sono molto diversi da quelli che si realizzerebbero con l'affermazione pure e semplice dell'effetto orizzontale e verticale. Non e case, dunque, la Corte ha talvolta trasformato il problema della portata dell'effetto directo della directiva in un problema de interpretazione conforme«; P. Rodière: »Sur les effets directifs du droit (social) communautaire«, i *Revue trimestrielle de droit européen*, 27 (4), 1994, s. 565-586, særlig s. 577: »L'opération consiste, donc, à substituer une norme de droit national conforme au droit communautaire à celle qui ne l'était pas. La norme à appliquer a un caractère national, le rôle du droit communautaire se borne à en opérer la désignation. Double avantage: peu importe qu'une directive communautaire ne puisse créer directement des obligations pesant sur les particuliers, puisque on le demande au droit national«; C.W. A. Timmermans: »Directives: their effect within the national legal systems«, i *Common Market Law Review*, 16, 1979, s. 533-555, særlig s. 551: »I do not exclude the possibility that, once the process of legal review of national law with regard to directives has become common practice, the Court of Justice will accept and even require such review also with regard to directives relating to horizontal relationships«; og A. Bach: *Juristenzeitung*, 1990, s. 1113: »Die richtlinienkonforme Auslegung ebenso wie die Nichtanwendung gemeinschaftswidriger Normen können dabei erhebliche Auswirkungen auf die Rechte und Pflichten einzelner haben. Objektive Wirkungen sind durchaus auch zu Lasten Privater möglich«.

holder den almindelige pligt, der er pålagt af fællesskabslovgiveren [49], til at arbejdstiden i medlemsstaterne ikke må overstige det nævnte antal timer [50].

I denne henseende tilslutter jeg mig generaladvokat Van Gervens vurdering i punkt 7, andet afsnit, i hans forslag til afgørelse i Marleasing-sagen [51], hvorefter den opgave, der påhviler de nationale retter med at fortolke deres lovgivning i overensstemmelse med direktivet, ikke medfører, at direktivet har en direkte virkning i forhold mellem borgere. Det er derimod de nationale bestemmelser selv, fortolket i overensstemmelse med direktivet, som finder anvendelse.

40. Jeg vil også henvise til to domme, som er blevet nævnt mange gange af procesdeltagerne i denne procedure, både for og imod deres forskellige standpunkter. Det drejer sig om afgørelserne i sagerne CIA Security International [52] og Unilever [53], som kan udgøre milepæle i udviklingen af Domstolens retspraksis vedrørende nationale domstoles anvendelse af et direktiv, der ikke overholdes af medlemsstaterne, men som ikke forekommer at være til nogen større hjælp for at løse de her rejste spørgsmål [54].

I de to sager fik den nationale domstol det svar, at den burde afvise i en tvist mellem borgere at anvende en national teknisk forskrift vedtaget uden forudgående underretning af Kommissionen, hvilket klart var i strid med artikel 8 og 9 i direktiv 83/189/EØF [55], men Domstolen præciserede dog, at dens afgørelse i Faccini Dori-sagen [56] ikke var relevant i den forbindelse, fordi den

49 — Generaladvokat Alber gik ind for en løsning af denne slags i punkt 25-31 i sit forslag til afgørelse i sagen Collino og Chiappero (dom af 14.9.2000, sag C-343/98, Sml. I, s. 6659), for det tilfælde, at den forelæggende ret fandt, at der var tale om en tvist mellem borgere. I Domstolens svar på de præjudicielle spørgsmål blev det overladt til den nationale ret at fastslå, om arbejdstagerne kunne påberåbe sig bestemmelserne i Rådets direktiv 77/187/EØF af 14.2.1977 om tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varetagelse af arbejdstagernes rettigheder i forbindelse med overførsel af virksomheder, bedrifter eller dele af bedrifter (EFT L 61, s. 26) over for et selskab, som ved koncession havde fået overdraget ydelsen af offentlige telekommunikationstjenester, og som efterfulgte et offentligt organ, der tidligere havde varetaget samme opgave.

50 — Jf. desuden generaladvokat Jacobs' forslag til afgørelse i Centrosteel-sagen, nævnt i fodnote 14, punkt 35, og generaladvokat Geelhoeds i sagen Marks & Spencer (dom af 11.7.2002, sag C-62/00, Sml. I, s. 6325, punkt 42.

51 — Nævnt i fodnote 11.

52 — Dom af 30.4.1996, sag C-194/94, Sml. I, s. 2201.

53 — Dom af 26.9.2000, sag C-443/98, Sml. I, s. 7535.

54 — M. López Escudero: »Efectos del incumplimiento del procedimiento de información aplicable a las reglamentaciones técnicas (Directiva 83/189/CEE)«, i *Revista de Instituciones Europeas*, 1996, s. 839-861, særlig s. 861: »los particulares no pueden deducir derecho alguno de actos normativos comunitarios que, como la Directiva 83/189, establecen un procedimiento de información en el seno del cual las Instituciones comunitarias carecen de poder para determinar la compatibilidad con el derecho comunitario de las reglamentaciones nacionales notificadas. Por ello, considero que la utilización del principio del efecto directo para garantizar la efectividad de este tipo de normas comunitarias no es conveniente. El efecto directo no debe ser utilizado jurisprudencialmente para »enmendar« las deficiencias surgidas en la aplicación de cualquier tipo de normativa comunitaria«.

55 — Rådets direktiv af 28.3.1983 om en informationsprocedure med hensyn til tekniske standarder og forskrifter (EFT L 109, s. 8).

56 — Faccini Dori-dommen, nævnt i fodnote 14.

manglende overholdelse af direktivets bestemmelser udgjorde en væsentlig proceduremangel, og dets bestemmelser skabte ikke rettigheder eller forpligtelser for borgere [57].

41. Den omstændighed, at den direkte virkning af en direktivbestemmelse påvirker rettighederne for borgere, som ikke er parter i det vertikale forhold, har heller ikke hindret Domstolen i at anerkende en sådan virkning. Gode eksempler herpå er Fratelli Costanzo-dommen [58], der drejede sig om fortolkning af direktiv 71/305/EØF [59] i et annullationssøgsmål vedrørende tildeling af en anlægskontrakt [60]; dommen i sagen World Wildlife Fund m.fl. [61] afsagt i et andet annullationssøgsmål iværksat af flere borgere, der var naboer til en lufthavn, og to miljøbeskyttelsesforeninger, som anfægtede godkendelsen af et projekt til omstrukturering af lufthavnen; dommen i sagen Smith & Nephew og Primecrown [62], som fastslog, at indehaveren af en markedsføringstilladelse for en farmaceutisk specialitet, der var udstedt på grundlag af den procedure, der er omhandlet i direktiv 65/65/EØF [63], kunne påberåbe sig bestemmelserne i dette direktiv under en retssag for en national domstol med henblik på at anfægte gyldigheden af en tilladelse for en farmaceutisk specialitet med samme navn, som en kompetent offentlig myndighed havde udstedt på grundlag af samme direktiv; eller den nylige Wells-dom [64], hvori det anføres, at blotte negative følgevirkninger for tredjemands rettigheder — selv hvis de klart kan fastslås — ikke kan begrunde, at en borger nægtes adgang til at påberåbe sig bestemmelser i et direktiv over for den berørte medlemsstat.

42. Jeg kan heller ikke tilslutte mig dem, som har hævdet, at forrang kun kan gøres gældende i spørgsmål om den primære fællesskabsret eller muligvis en forordning, da det var den retsakt, det drejede sig om i Simmenthal-dommen [65], da denne sondring forekommer kunstig og unøjagtig [66], eftersom Domstolen i denne dom bekræftede forrangen for traktaten og institutionernes direkte anvendelige retsakter. Hver gang det konstateres, at en fællesskabsretlig bestemmelse er til hinder for en medlemsstats

57 — Unilever-dommen, nævnt i fodnote 53, præmis 50 og 51.

58 — Fratelli Costanzo-dommen, nævnt i fodnote 12.

59 — Rådets direktiv af 26.7.1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT 1971 II, s. 613).

60 — T. Tridimas, nævnt i fodnote 34, s. 334: »Although [the Court] did not examine specifically the implications of allowing reliance on the directive, it did not consider as impermissible horizontal effect the adverse legal implications that would inevitably flow for the successful tenderer by the annulment of the tendering authority's decision«.

61 — Dom af 16.9.1999, sag C-435/97, Sml. I, s. 5613, præmis 69-71.

62 — Dom af 12.11.1996, sag C-201/94, Sml. I, s. 5819, præmis 39.

63 — Rådets direktiv af 26.1.1965 om tilnærmelse af lovgivning om farmaceutiske specialiteter (EFT 1965-1966, s. 17).

64 — Dom af 7.1.2004, sag C-201/02, Sml. I, s. 723, præmis 57.

65 — Dom af 9.3.1978, sag 106/77, Sml. s. 629, præmis 17.

66 — Jf. D. Simon: *La directive européenne*, Dalloz, 1997, s. 95: »l'obligation d'écarter les règles nationales contraires au droit communautaire s'impose au juge national en vertu du principe de primauté, y compris si la norme en cause est dépourvue d'effet direct«.

bestemmelse, gentages anerkendelsen af den forrang, der blev fastslået for næsten fyrre år siden uanset fællesskabskilden: traktaten [67], en forordning eller et direktiv [68].

43. Mit formål er ikke her at forsvare den direkte horisontale virkning af ikke gennemførte direktiver, som opfylder de i retspraksis angivne betingelser. Jeg har absolut heller ikke til hensigt at tilskynde de nationale retter til at anvende disse bestemmelser og dermed gå ind på den nationale lovgivers område.

Jeg kan imidlertid heller ikke være enig med dem, der hævder, at i en sag som den foreliggende kan borgere kun kræve staten til ansvar for de skader, der er forvoldt som følge af misligholdelse af de forpligtelser, der påhviler den i medfør af fællesskabsretten, eftersom denne løsning ifølge Domstolen har subsidiær karakter og kun kan aktualiseres i den foreliggende sag, hvis de øvrige nationale bestemmelser, der er vedtaget med henblik på at gennemføre direktiv 93/104, ikke kan fortolkes på en måde, som er i overensstemmelse med direktivets ordlyd og målsætning.

44. Under de omstændigheder, der foreligger i disse sager, forhindrer Domstolens rolle som garant for en ensartet fortolkning af fællesskabsretten, og som den særligt håndhæver i forbindelse med sin kompetence til at træffe præjudiciel afgørelse, den i at efterlade den nationale ret uden andre alternativer end at anvende en bestemmelse i den nationale retsorden [69], som både er i strid med ordlyden af artikel 6, stk. 2, i direktiv 93/104 og dens formål at forbedre arbejdstagernes sikkerhed, hygiejne og sundhed [70].

45. Da artikel 6, nr. 2, i direktiv 93/104 er en klar, præcis og ubetinget bestemmelse, som ikke kræver nogen gennemførelsesforanstaltning af den nationale lovgiver [71], og den tyske ret kan benytte andre bestemmelser i loven om arbejdstid end § 7, stk. 1, nr. 1, litra a), bør arbejdstagerne ikke opfordres til at

67 — Jf. dom af 15.7.1964, sag 6/64, Costa mod ENEL, Sml. 1954-1964, s. 531, org.ref.: Rec. s. 1141, særlig s. 1158-1160.

68 — Dom af 5.4.1979, sag 148/78, Ratti, Sml. s. 1629, præmis 20-24. Generaladvokat Van Gerven anfører i punkt 9 i sit forslag til afgørelse i Marleasing-sagen: »Herudover har direktivet [...] som led i fællesskabsretten forrang for alle nationale lovbestemmelser. Det gælder navnlig, når der er tale om nationale bestemmelser, der [...] vedrører et retsområde, der er omfattet af direktivet.«

69 — S. Prechal: *Directives in European Community Law. A Study of Directives and Their Enforcement in National Courts*, Clarendon Press Oxford, 1995, s. 229: »The domestic courts are here operating within the context of Community law. For this very reason Community law and, specially Article 5 of the Treaty, may not only require them to do something positive but may also stop them if they should transcend the limits of what is considered as acceptable under Community law.«

70 — K. Lenaerts: »L'égalité de traitement en droit communautaire. Un principe unique aux apparences multiples«, i *Cahiers de droit européen*, 1991, s. 3-41, særlig s. 38: »Le juge aura généralement tendance à interpréter la norme nationale concernée dans le sens de la directive et de garantir de la sorte l'effet utile de la directive dans les relations entre particuliers«; P. E. Morris: »The direct effect of directives — some recent developments in the European Court«, i *The journal of business law*, maj 1989, s. 233-245, særlig s. 241: »if national judiciaries respond positively to this exhortation something approaching horizontal direct effect may be achieved by a circuitous route. The substantive contents of directives could gradually percolate into private legal relationships without the problems which investing directives with horizontal direct effect would bring in its train, most notably the erosion of legal certainty, the risk of a national judicial revolt and the distortion of article 189«.

71 — Dom af 5.3.1996, forenede sager C-46/93 og C-48/93, Brasserie du pêcheur og Factortame, Sml. I, s. 1029, præmis 22.

anlægge en erstatningssag mod staten. Når den nationale ret anvendes på sagsøgerne på en måde, som er forenelig med direktivet, kan arbejdsgiveren altid, hvis han føler sig skadet, rette krav mod de offentlige myndigheder, der er ansvarlige for denne situation.

46. Jeg vil tilføje, at den nationale domstol bør tage hensyn til formålet med direktiv 93/104, nemlig at beskytte arbejdstagerne som den svage part i arbejdsforholdet, når den fortolker de nationale gennemførelsesbestemmelser [72]. Domstolen har selv i Unilever-dommen [73] betonet forskellen mellem de direktiver, som skaber rettigheder og forpligtelser for borgere, og dem, der ikke gør det.

47. Det forekommer derfor tilrådeligt at anbefale Arbeitsgericht Lörrach at påtage sig sit fællesskabsretlige ansvar ved at følge den vej, der er anvist af Juzgado de Primera Instancia de Oviedo, Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Juzgado de Primera Instancia n° 35 de Barcelona, Audiencia Provincial de Sevilla, Arbeitsgericht Hamburg, Tribunale Civile de Bologna, Corte di suprema Cassazione og Pretora de Brescia.

48. På baggrund af det ovenfor anførte foreslår jeg, at Domstolen erklærer, at artikel 6, nr. 2, i direktiv 93/104 — såfremt staten ikke har gjort brug af den i direktivets artikel 18, stk. 1, litra b), nr. i), omhandlede mulighed — er til hinder for en bestemmelse som § 7, stk. 1, nr. 1, litra a), i den tyske lov om arbejdstid, som giver mulighed for ved en kollektiv overenskomst eller en virksomhedsaftale at forlænge arbejdstiden ud over 10 timer om dagen, når arbejdstiden regelmæssigt og i betydeligt omfang omfatter perioder med permanent arbejdsberedskab.

Som følge heraf skal § 14 i den kollektive overenskomst for tysk Røde Kors, i det omfang den bygger på ovennævnte § 7, fortolkes således, at de berørte arbejdstagere ikke ser sig forpligtet til at arbejde mere end 48 ugentlige timer i gennemsnit under hensyn til bestemmelserne i artikel 16, nr. 2, og artikel 17, stk. 4, i direktiv 93/104, om fastsættelse af referenceperioden for beregning af gennemsnittet.

72 — Nogle forfattere understreger, at visse områder af retsordenen, herunder arbejdsret og forbrugerbeskyttelseslovgivning, som regulerer forholdet mellem borgere, fremviser en fleksibilitet, der kan antages, uden større problemer, at give mulighed for en fortolkning af nationale bestemmelser i lyset af fællesskabsretten, som kan bidrage til at udvikle dem. Se G. C. Rodríguez Iglesias og K. Riechenberg: »Zur richtlinienkonformen Auslegung (Ein Ersatz für die fehlende horizontale Wirkung?)«, *Festschrift für Ulrich Everling*, vol. II, s. 1229: »Es gibt Rechtsgebiete, die so flexibel ausgestaltet sind, dass eine Auslegung der einschlägigen innerstaatlichen Vorschriften im Lichte des Gemeinschaftsrechts ohne grössere Schwierigkeiten möglich ist. Ein gutes Beispiel für eine Rechtsgebiet, das in allen Mitglidstaaten in den letzten Jahren tiefgreifende Änderungen erfahren hat, ist das Arbeitsrecht. Auch jüngere Rechtsgebiete, wie das Verbraucherschutzrecht, dürften für eine solche Rechtsfortbildung offen sein«.

73 — Nævnt i fodnote 53.

IV — Forslag til afgørelse

49. På baggrund af ovenstående betragtninger foreslår jeg på ny, at Domstolen besvarer Arbeitsgeicht Lörrachs tredje spørgsmål i den foreliggende sag således:

»Artikel 6, nr. 2, i direktiv 93/104 af 23. november 1993 om visse aspekter i forbindelse med tilrettelæggelse af arbejdstiden fremstår klar, præcis og ubetinget, selv såfremt medlemsstaterne gør en undtagelse fra den i artikel 16, nr. 2, fastsatte referenceperiode. Den anerkender desuden, at en borger kan påberåbe sig den for de nationale domstole, hvis medlemsstaten ikke har gennemført den korrekt inden for den fastsatte frist. Under hensyn til at hovedsagerne er tvister mellem borgere, kan arbejdstagerne ikke påberåbe sig denne bestemmelses direkte virkning.

Artikel 6, nr. 2, i direktiv 93/104 er, såfremt medlemsstaten ikke har gjort brug af den i artikel 18, stk. 1, litra b), nr. i), omhandlede mulighed, til hinder for en bestemmelse som § 7, stk. 1, nr. 1, litra a), i den tyske lov om arbejdstid, som giver mulighed for i en kollektiv overenskomst eller virksomhedsaftale at forlænge arbejdstiden ud over 10 timer pr. dag, når arbejdstiden regelmæssigt og i betydeligt omfang omfatter perioder med permanent arbejdsberedskab. Følgelig skal § 14 i den kollektive overenskomst om arbejdsvilkår for ansatte, arbejdstagere og unge under uddannelse hos tysk Røde Kors, i det omfang den bygger på § 7, fortolkes således, at de berørte arbejdstagere ikke er forpligtet til at arbejde mere end 48 ugentlige timer i gennemsnit under hensyn til bestemmelserne i artikel 16, nr. 2, og artikel 17, stk. 4, i direktiv 93/104, om fastsættelse af referenceperioden for beregning af gennemsnittet.«