

# Generelt om fri bevægelighed

## 1. Introduktion

Unionens virke indebærer under de betingelser og i det tempo, som er foreskrevet i traktatgrundlaget og med dennes mål for øje, at der oprettes et *indre marked*, hvor hindringer for den fri bevægelighed for varer, personer, tjenesteydelser og kapital skal fjernes. Art. 26, stk. 2 TEUF, bestemmer således: »Det indre marked indebærer et område uden indre grænser med fri bevægelighed for varer, personer, tjenesteydelser og kapital i overensstemmelse med bestemmelserne i denne traktat.« Det indre marked som begreb er dog mere komplekst end det i h.t. denne definition umiddelbart lyder og er således eksempelvis blevet karakteriseret som tvetydigt.<sup>1</sup> *Reglerne om fri bevægelighed* på det indre marked findes navnlig i et mindre antal bestemmelser i EUF-traktaten, et stort antal direktiver og enkelte forordninger samt et meget stort antal domme fra EU-Domstolen.

Udtrykket »fri bevægelighed« anvendes kun eksplicit to gange i EU-traktaten. For det første nævnes det i præambelen, hvor det anføres, at landene er besluttet på »... at lette *den fri bevægelighed for personer*, samtidig med at deres befolkningers sikkerhed og tryghed sikres ved oprettelsen af et område med frihed, sikkerhed og retfærdighed i overensstemmelse med bestemmelserne i denne traktat og Traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde...« (vores kursivering). Herudover nævnes det i art. 3, stk. 2 TEU, hvor det fastslås, at Unionen har som mål at give borgerne et område med frihed, sikkerhed og retfærdighed uden indre grænser, og hvor der er *fri bevægelighed* for personer, kombineret med passende foranstaltninger vedr. kontrol ved de ydre grænser, asyl, indvandring og forebyggelse og bekæmpelse af kriminalitet.

I Chartret henvises til fri bevægelighed i præambelen, idet det anføres, at Unionen sikrer fri bevægelighed for personer, tjenesteydelser, varer og kapital samt etableringsfrihed. Endvidere omhandler Chartrets art. 45 fri bevægelighed og opholdsret. Det bestemmes (vores kursivering):

1. Enhver unionsborger har ret til at færdes og opholde sig frit på medlemsstaternes område.
2. *Fri bevægelighed* og opholdsret kan i overensstemmelse med traktaterne indrømmes tredjelandstatsborgere, der har lovligt ophold på en medlemsstats område.

I EUF-traktaten er fri bevægelighed primært knyttet til opbygningen af det indre marked og typisk først og fremmest forbundet med regler om forbud mod diskrimination pga. nationalitet. Blandt de væsentligste bestemmelser kan nævnes art. 34 TEUF om varer, art. 45 TEUF om arbejdskraft, art. 49 TEUF om etableringsret, art. 56 TEUF om tjenesteydelser og art. 63 TEUF om kapitalbevægelser og betalinger. Det er især disse bestemmelser, der står centralt i nærværende kapitel og i Kapitel 3-6. I Kapitel 7 og 8 behandles fri bevægelighed i højere grad også som en grundlæggende ret for arbejdstagere og unionsborgere. Særligt vedr. told og afgifter kan henvises til art. 28, 30 og 110 TEUF, vedr. kvantitative udførselsrestriktioner til art. 35 TEUF, vedr. statslige handelsmonopoler til art. 37 TEUF, samt vedr. unionsborgerskab især til art. 21 TEUF. Disse sidstnævnte regelsæt behandles ikke for alvor i dette kapitel.

---

1. Weatherill (2017) 223.

Art. 18 TEUF indeholder et *generelt forbud mod diskrimination pga. nationalitet inden for traktaternes anvendelsesområde*. Bestemmelsen supplerer i visse tilfælde de mere specifikke regler.

Chartret bestemmer i art. 21 om ikke-forskelsbehandling:

1. Enhver forskelsbehandling på grund af køn, race, farve, etnisk eller social oprindelse, genetiske anlæg, sprog, religion eller tro, politiske eller andre anskuelser, tilhørsforhold til et nationalt mindretal, formueforhold, fødsel, handicap, alder, seksuel orientering eller ethvert andet forhold er forbudt.
2. Inden for traktaternes anvendelsesområde og med forbehold af deres særlige bestemmelser er enhver forskelsbehandling på grund af nationalitet forbudt.

Fri bevægelighed kan ses som opstået i en markedsretssammenhæng, og det er i den sammenhæng, at indre markeds-bestemmelserne først og fremmest skal forstås. Fri bevægelighed i EU-traktaten og Chartret skal snarere forstås i en grundrets-/menneskerettighedssammenhæng. Imidlertid er disse to sammenhænge og de enkelte retskilder i sagens natur nært forbundne og kan ikke til fulde holdes adskilte.

EU-Domstolen har i de senere år afsagt temmelig mange domme om fri bevægelighed. Oprindeligt var varernes fri bevægelighed den vigtigste gruppe, men i de senere år er den relative betydning af de andre friheder øget. Der er således ældre og yngre lag i tolkningen af EUF-traktatens fri bevægelighedsregler.<sup>2</sup> Samspillet mellem de forskellige fri bevægelighedsregler har været diskuteret i litteraturen i de senere år, ofte med fokus på den historiske udviklingstendens, *konvergens*, der benyttes til at betegne det fænomen, at fortolkningen af de enkelte bevægelighedsregler synes at bevæge sig mod en højere og højere grad af overensstemmelse eller sammenhæng.<sup>3</sup> Således udtalte fx generaladvokat Lenz i Bosman-sagen: »Fællesmarkedets grundlæggende frihedsrettigheder har ikke kun et fælles grundlag. De udgør efter min opfattelse også en enhed, der så vidt muligt bør behandles ens.«<sup>4</sup> Senere har fx generaladvokat Trstenjak i Gysbrechts-sagen henvist til »betydningen af en sammenhængende fortolkning af de fire grundlæggende frihedsrettigheder.«<sup>5</sup> Eksempelvis kan Gebhard-sagen ses som et af flere væsentlige skridt i denne retning, idet EU-Domstolen her opsummerer gældende ret som ens for, hvad den betegner som »de ved traktaten sikrede grundlæggende friheder«.<sup>6</sup> Tilsvarende udsagn gældende for samtlige friheder optræder også i efterfølgende praksis.

Det er dog samtidig klart, at der ikke er tale om en fuldstændig sammensmeltning, hvilket afspejles fx i forhold til de valg, der er foretaget vedr. unionsborgerskab. Således anføres det af Oliver & Roth:<sup>7</sup>

Surely it is right that the same principles should apply in the absence of any objective reason to make a distinction. Unwarranted divergences should clearly be avoided. But at the end of the day the four freedoms cannot all be treated in the same way. The principal dividing line should be drawn where common sense and humanity suggest: between the movement of human beings, on the one hand, and purely economic transactions on the other.

Den her nævnte forskel er også baggrunden for følgende udsagn af Sousa:<sup>8</sup>

2. Se generelt om udviklingen fx Enchelmaier (2020).

3. Se nærmere fx Enchelmaier (2004) s. 155 ff., Jarass (2003) s. 141 ff., Landsmeer (2001) s. 57 ff., Nic Shuibhne (2013), Snell (2002), Tryfonidou (2010) s. 36-56.

4. Forslag til afgørelse i Sag C-415/93, Bosman, EU:C:1995:293, afsnit 200.

5. Forslag til afgørelse i Sag C-205/07, Gysbrechts, EU:C:2008:427, afsnit 45.

6. Sag C-55/94, Gebhard, EU:C:1995:411, præmis 37.

7. Oliver & Roth (2004).

8. Sousa (2014) s. 505.

Determining whether the provisions on the free movement of people should be treated similarly is naturally distinct from assessing whether they should be treated differently from those freedoms not involving the movement of individuals. This latter question asks whether the right of people to move freely from State to State in the EU occupies a more protected position than does the movement of cattle, fruit, steel, capital and coal across State lines ... Underlying this issue is ultimately the question of whether the EU's goal is merely to create a single market, or a more politically and socially integrated polity ... Hence, the most serious arguments for a distinctive approach to the free movement of people when compared to other market freedoms relate to its nature as a fundamental right of individuals and to European Citizenship.

Mere generelt anfører Nic Shuibhne:<sup>9</sup>

[F]our main drivers are distorting the coherence of free movement case law at present. These drivers are varied in both form and nature. They reflect 'good' impulses (*the protection of fundamental rights*); avoidable (*the proliferation of principles*) but also inherent (*the unsettled purpose(s) of the internal market and free movement*) ambiguities; and broader systemic conditions (*the structure of the Court and its decision-making processes*).

Med nærværende afsnit tages udgangspunkt i denne tankegang om konvergens, dvs. det overordnede fokus er på en række af de relevante fællesnævner. Først redegøres for det indre marked (afsnit 2). Herefter klarlægges tilgangen til vægtningen af det store materiale om fri bevægelighed (afsnit 3). I forlængelse heraf behandles en række af de emner, der i større eller mindre omfang kan siges at have betydning for, om reglerne finder anvendelse, herunder hvordan de enkelte friheder afgrænses i forhold til hinanden samt væsentlige begreber i øvrigt (afsnit 4).

Fælles for det af EU-Domstolen anvendte *tankeeskema* ved anvendelsen af flertallet af de markedsorienterede fri bevægelighedsregler er – meget forenklet udtrykt og forudsat, at bestemmelserne i det hele taget kan anses for at finde anvendelse – en *toleddet test*. Unionsborgerskab, jf. art. 21 TEUF, følger en noget anden logik end de øvrige regelsæt, hvorfor dette ikke til fulde bør opfattes som omfattet af det nævnte tankesæt.<sup>10</sup> På det detaljerede plan antages det, at også art. 34 TEUF om varernes fri bevægelighed følger et særegent argumentationsmønster bl.a. pga. Keck-doktrinen.

Det ene led i testen indeholder en vurdering af, om en given national foranstaltning indebærer forskelsbehandling pga. nationalitet og/eller en hindring (restriktion) for den fri bevægelighed. Det andet led i testen vil især være en afgørelse af, om en undtagelse kan gøres gældende typisk i form af påberåbelse af legitime hensyn, der medfører, at en given foranstaltning alligevel kan anses for berettiget. Begrebet legitime hensyn bruges her som en samlebetegnelse især omfattende traktatfæstede og domstolsskabte hensyn samt grundrettighederne. Disse hensyn kan – under forudsætning af at forskellige nærmere betingelser er opfyldt – tjene til en lovliggørelse af en ellers ulovlig foranstaltning. I denne sammenhæng vil især proportionalitetsprincippet skulle inddrages.

I litteraturen optræder forskellige definitioner af de nævnte begreber. I domspraksis er anvendelsen af begreberne heller ikke altid klar eller konsekvent. Derfor skal også disse

9. Nic Shuibhne (2013) s. 7. Se også Enchelmaier (2016).

10. Se også Sousa (2014) s. 518-519: »[I]t is submitted that European Citizenship and market freedoms should be properly understood as pursuing and embodying different ends and values, even if sometimes they may apply to the same factual situations. It is evident that European Citizenship has an impact in construing the market freedoms, but this does not imply any change to their normative foundations, or any privileged status for the economic free movement of people over other economic freedoms without detriment to any such privileged status that may accrue to individuals under their newly exalted status as European citizens. It is further submitted that clarity of analysis and a correct distinction of situations falling within the respective scopes of European Citizenship and market freedoms is crucial to a correct understanding of the issues facing European integration and to the harmonious and stable development of EU free movement law. European Citizenship is undoubtedly one of the means, whereby the EU can evolve from an economic union into something more. The Court should proclaim the fundamental status of European citizens, but a status so fundamental must be able to stand on its own.«

begreber i det følgende præsenteres nærmere, og de af os anvendte definitioner opstilles. Mere præcist drejer det sig overordnet om selve forbudsforståelsen (afsnit 5). Hertil behandles spørgsmålet om legitime hensyn (afsnit 6).

I kapitlets afsluttende afsnit introduceres for fuldstændighedens skyld art. 18 TEUF (afsnit 7). Bestemmelsen har en særstatus i forhold til de øvrige fri bevægelighedsbestemmelser, hvorfor en selvstændig behandling er mest hensigtsmæssig.<sup>11</sup>

## 2. Det indre marked

For bedre at forstå gældende ret er det nødvendigt at have en vis fornemmelse for den større sammenhæng, som de relevante regler indgår i. Derfor forklares det indre marked i sin kontekst kort i det følgende.

Som kort bemærket ovf., anses det indre marked ikke for at være en absolut utvetydig størrelse. Dette udtrykkes fx af Weatherill således:<sup>12</sup>

According to Article 4(2)(a) TFEU, the internal market as a legal concept is built on a competence to open up markets and to regulate them, which is *shared* between the Union and the Member States... Which route is preferred determines the shape of the internal market? The more aggressive the application of the free movement rules, the less space is allowed for national regulatory autonomy ... By contrast, a refusal to bring a matter within the scope of free movement law enhances national regulatory autonomy ... The Treaty is lacking in clear rules on the location of these dividing lines, which tends to delegate power to the Court to choose what shall be the nature of the internal market.

*Det økonomiske rationale* bag det indre marked kan opsummeres med Barnards ord således:<sup>13</sup>

The benefits of free trade can be summarized briefly – free trade allows for specialization, specialization leads to comparative advantage, and comparative advantage leads to economies of scale, which maximize consumer welfare and ensure the most efficient use of worldwide resources.

Hertil bør føjes, at det indre marked – om ikke andet oprindeligt – har været båret tillige af en ikke uvæsentlig *fredsdimension* – eller som det udtrykkes af Barnard, er idealet:<sup>14</sup>

... the consolidation of a post-war system of inter-state cooperation and integration that would make pan-European armed conflict inconceivable. This has been promoted through a vigorous emphasis on free trade, with all the economic benefits this entails, albeit not to the exclusion of other interests.

En anden måde at forklare det indre marked på er som herunder ved henvisning til dets *liberaliserende dimensioner*:<sup>15</sup>

The fundamental freedoms – guaranteeing circulation of goods, services, establishment, workers and capital – lie at the heart of the internal market project. These obligations drive and condition liberalisation, as opposed to merely the creation of a common market, in three dimensions. First, they provide background motivation for domestic reforms, establishing baseline obligations and generating supranational pressure for deregulation, structural reorganisation and privatisation at Member State level... Secondly, the individual prohibitions provide a targeted weapon against discrete national policies that obstruct liberalisation. Finally, the essence of the fundamental freedoms is seen within the intellectual DNA of sector-specific liberalisation directives and vertical harmonisation regimes, which extrapolate specific obligations of market-opening and reform from the overarching

11. Konsekvenserne af ”Brexit” og den tilknyttede “Trade and Cooperation Agreement between the European Union and the European Atomic Energy Community, of the One Part, and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, of the other Part”, behandles ikke.

12. Weatherill (2013) 108.

13. Barnard (2019) s. 4.

14. Op.cit. s. 33.

15. Dunne (2018) s. 809.

goal of a highly competitive economy... It is in the targeted application of the fundamental freedoms that the ECJ functions as »engine of integration« ...– and, more contentiously, engine of liberalisation.

Selvom reglerne om fri bevægelighed således baserer sig på en *markedsøkonomisk ideologi*, er der nuancer til dette udgangspunkt. Ved Lissabon-traktatens ikrafttræden er grundlaget fremover eksplicit en *social markedsøkonomi med høj konkurrenceevne*:<sup>16</sup>

Unionen opretter et indre marked. Den arbejder for en bæredygtig udvikling i Europa baseret på en afbalanceret økonomisk vækst og prisstabilitet, en social markedsøkonomi med høj konkurrenceevne, hvor der tilstræbes fuld beskæftigelse og sociale fremskridt, og et højt niveau for beskyttelse og forbedring af miljøkvaliteten. Den fremmer videnskabelige og teknologiske fremskridt.

Dette går godt i spænd med, at EU-Domstolen fx i Laval-sagen anførte, at:<sup>17</sup>

Da Fællesskabet således ikke blot har et økonomisk formål, men ligeledes et socialt og arbejdsmarkedsmæssigt formål, skal de rettigheder, der følger af traktatens bestemmelser om den frie bevægelighed for varer, personer, tjenesteydelser og kapital, afbalanceres i forhold til de formål, der forfølges med social- og arbejdsmarkedspolitikken, herunder, således som det fremgår af art. 136 EF [nu art. 151 TEUF], bl.a. en forbedring af leve- og arbejdsvilkårene for herigennem at muliggøre en udjævning af disse vilkår på et stadigt stigende niveau, en påsende social beskyttelse og dialogen på arbejdsmarkedet.

Fri bevægelighedsreglerne må således forstås i lyset af de vedvarende *spændinger mellem de økonomiske og sociale dimensioner* af det indre marked. Udgangspunktet må således ses at være, at europæisk integration ikke skal forfølges for enhver pris til skade for integriteten af de sociale systemer i Medlemsstaterne.<sup>18</sup> En balance må tilstræbes, uden at punktet for denne på indeværende tidspunkt står videre klart.

I dag er EU for mange centreret om opbygningen af *Den Europæiske Sociale Model* frem for blot slet og ret en mere ren europæisk markedsmodel. Selvom EU i en vis forstand kan ses at have ændret modelopfattelse over tid, er der dog en høj grad af sandhed i følgende udsagn:<sup>19</sup>

Historically, the welfare state construction has been closely linked to the formation and consolidation of the nation-state ... The demarcation of the nation, and the territorial borders, of the state has traditionally defined social citizenship, i.e., who, when, and where to be protected against social risks. In its gradual development, welfare came to constitute a decisive means of national integration, where material rights and obligations linked the state and civil society together ... National welfare states are underpinned by a logic of 'closure', whereas the EU is guided by a logic of 'opening' ... Whether the tensions between those two logics can somehow meet and reconcile in future social Europe remains to be seen.

Det generelt tiltagende fokus på den sociale dimension må antages at have en vis betydning for forståelsen af opbygningen af det indre marked og på det konkrete plan til tider også af EU-Domstolens praksis.<sup>20</sup>

Det indre marked anses for at være blevet en realitet i 1993, men har rødder helt tilbage til Rom-traktaten under betegnelsen fællesmarkedet. Selvom det på mange måder i dag opfattes

16. Art. 3, stk. 3 TEU. Se herom fx Damjanovic (2013).

17. Sag C-341/05, Laval, EU:C:2007:809, præmis 105. Se også Sag C-438/05, Viking, EU:C:2007:772, præmis 79, samt Barnard (2012a).

18. Azoulai (2008) s. 1337.

19. Martinsen (2012) s. 54.

20. Se fx Joerges & Rödl (2004) s. 11-12.

som en succes, opfattes dets fulde potentiale dog endnu ikke for til fulde realiseret. Kommissionen har derfor kontinuerligt fokus derpå, hvilket fx fremgår af følgende:<sup>21</sup>

Det indre marked er en af EU's største bedrifter. Det har gjort Europa til et af de mest attraktive steder i verden at bo og arbejde. I de sidste 25 år har det indre marked været medvirkende til at skabe øget velstand for borgerne i Den Europæiske Union. Ved at give virksomheder adgang til store og konkurrenceedygtige markeder og fjerne hindringer for vækst, innovation og udvidelse har det indre marked styrket industriens konkurrenceevne. På grund af dets diversificering har det indre marked bidraget til at forbedre den europæiske økonomi og Den Økonomiske og Monetære Unions modstandsdygtighed ... I kraft af dets størrelse har det indre marked styrket EU's anseelse og indflydelse på verdensplan. Fordelene ved det indre marked er langt flere end blot et frihandelsområde og en toldunion, de omfatter også fri bevægelighed for varer, personer, tjenesteydelser og kapital. Disse fire friheder, som tilsammen muliggør gnidningsfri handel og økonomisk aktivitet, er det centrale element i det indre marked. Kommissionen skønner, at de økonomiske fordele ved det indre marked udgør omkring 8,5 % af EU's bruttonationalprodukt (BNP). Selvom resultaterne er markante, er der nu som fremover behov for en indsats for at fastholde og styrke det indre marked. Hvis det indre marked skal forblive en kilde til vækst og øgede muligheder for borgere og virksomheder, skal det fortsat tilpasse sig nye udviklinger og udfordringer.

Selvom digitale teknologier er blevet en så velintegreret del af det indre marked, at sondringen mellem det traditionelle, »klassiske« indre marked og det »digitale« indre marked ifølge Kommissionen selv ikke længere er relevant,<sup>22</sup> refereres der efterhånden nu ganske hyppigt til begrebet »det digitale indre marked«, som blev lanceret i maj 2015.<sup>23</sup> Det defineres som et marked: ... in which the free movement of persons, services and capital is ensured and where the individuals and businesses can seamlessly access and engage in online activities under conditions of fair competition, and a high level of consumer and personal data protection, irrespective of their nationality or place of residence.«<sup>24</sup>

Det kan ses som grundlæggende handlende om at gøre det indre marked klar til den digitale alder, hvilket altså kræver, at unødvendige regulatoriske barrierer nedbrydes, og at individuelle nationale markeder flyttes til et fælles EU-regelsæt.<sup>25</sup>

Opsummerende kan det indre marked som minimum siges at omfatte en kombination af "...elements of a socio-economic system, or, a 'highly competitive social market economy' ... including elements of social justice, environmental protection and respect for human rights."<sup>26</sup>

### 3. Vægtning af relevante retskilder

Fri bevægelighedsområdet baserer sig i overvejende grad på »case law«, hvilket indebærer, at en række brikker bestående af diverse domme og præmisser må stykkes sammen som i et andet puslespil. Samlingen giver et billede af gældende ret, men arbejdet hermed er præget af, at de enkelte brikker kan ændres eller fjernes undervejs, og nye kan komme til, der skal lægges helt eller delvist over gamle brikker. Nogle brikker mangler stadigvæk, og det er tvivlsomt,

21. Se fx Kommissionen, Meddelelse fra Kommissionen til Europa-Parlamentet, Det Europæiske Råd, Rådet, Det Europæiske Økonomiske og Sociale Udvalg og Det Europæiske Regionsudvalg, Det indre marked i en verden i forandring. Et unikt aktiv med behov for fornyet politisk engagement, Bruxelles, den 22. november 2018, COM(2018) 772.

22. Se fx Kommissionen, Meddelelse fra Kommissionen til Europa-Parlamentet, Det Europæiske Råd, Rådet, Det Europæiske Økonomiske og Sociale Udvalg og Det Europæiske Regionsudvalg, Det indre marked i en verden i forandring. Et unikt aktiv med behov for fornyet politisk engagement, Bruxelles, den 22. november 2018, COM(2018) 772.

23. Barnard (2019) s. 4.

24. Kommissionen, <ec.europa.eu/digital-single-market/en/policies/shaping-digital-single-market>.

25. Se fx også Adamski (2018), Lianos (2019) og Neergaard (2020a).

26. Kaila (2019) s. 227. Se videre også fx Adams-Prassl (2021) kap. 10.

om de nogensinde dukker op. Atter andre kan slet ikke indpasses. Her er det tilstræbt at tegne det billede, som menes at kunne samles. Samtidig tilstræbes der ofte gjort opmærksom på de mange uklarheder og den til tider manglende konsekvens. Pladsen tillader dog ikke altid en fyldestgørende diskussion af alle nuancer. Formålet er i sagens natur at forsøge at udlede et mønster i EU-Domstolens praksis, således at klarhed og overblik kan præsenteres. Risikoen kan måske være en for høj grad af simplifikation eller en fastlåsning af opfattelser af, hvad der udgør gældende ret, således at nye tendenser ikke tilstrækkeligt hurtigt indarbejdes. Risikoen kan også være, at der forsøges udledt en rationalitet fra dommene, som muligvis slet ikke er til stede. Arbejdet er, som det vel er almindeligt kendt, vanskeliggjort ved, at EU-Domstolen formentlig begrundet i sit store arbejdspress og måske intern uenighed blandt dommerne m.m., indimellem afsiger domme, der afviger fra det overordnede mønster, som teorien har set at kunne udlede.<sup>27</sup> Generelt er denne del af EU-retten således bl.a. pga. sin dynamiske natur præget af relativ stor usikkerhed og uforudsigelighed.<sup>28</sup>

I nærværende bog *afgrænses* med andre ord i det store hele fra behandling af *sekundærregulering* med få undtagelser, idet fx Service- og Opholdsdirektivet inddrages forholdsvist grundigt givet deres mere horisontale natur og efterhånden helt grundlæggende betydning.<sup>29</sup> Dette på trods af at sekundærretten er af uendelig stor betydning for virkeliggørelsen af et indre marked.<sup>30</sup> Dette gælder i særdeleshed for en række specialektorer. Imidlertid baserer denne sig oftest på primærretten, og en forudsætning for til fulde at forstå sekundærretten er en forståelse af primærretten. Sekundærretten kan ofte siges at udgøre en kodificering af primærretten. Fuld harmonisering betyder, at primærretten mister sin betydning, men hvis sekundærretten ikke udgør en fuld harmonisering, træder primærretten ind. Alt i alt gælder således, at de foretagne analyser først og fremmest baserer sig på domspraksis.

I forhold til *den juridiske metode* kan det med andre ord præciseres, at den dominerende retskilde er domme afsagt af EU-Domstolen. Vægten i behandlingen af disse lægges på udledning af generelle principper af betydning for en afgrænsning af gældende ret og eksemplificering frem for detaljerede gengivelser af de faktiske omstændigheder.<sup>31</sup>

*For hver frihed gælder en række særegne forhold*, hvorfor resten af nærværende kapitel skal ses som en generel introduktion til, hvad der udgør en slags fælles referenceramme, men også til tider med en udpegning af forskellighederne. Det er dog nødvendigt at læse denne introduktion også i sammenhæng med de efterfølgende kapitler om de enkelte friheder (og omvendt). Samtidig tjener kapitlet som redskab til en forhåbentlig lettere læsning af EU-Domstolens afgørelser om fri bevægelighed, idet centrale begreber m.m., tilstræbes forklaret.

#### 4. Anvendelsesområde og visse væsentlige begreber

I det følgende opstilles først de mere generelle retningslinjer vedr. samspillet mellem de enkelte friheder. I forlængelse heraf behandles en række andre emner, som det kan være relevant at overveje i en vurdering af, om en given bestemmelse kan finde anvendelse eller ej.

27. Jf. fx Gulmann (2003) s. 905 f.

28. Se om den »svingende« praksis fx O'Leary & Fernandez-Martin (2003) s. 172.

29. Parlamentets og Rådets Direktiv 2004/38/EF om unionsborgernes og deres familiemedlemmers ret til at færdes og opholde sig frit på Medlemsstaternes område. Der afgrænses også fra at inkludere praksis af relevans i forhold til udbudsretten.

30. I »A New Strategy for the Single Market at the Service of Europe's Economy and Society. Report to the President of the European Commission José Manuel Barroso by Mario Monti, 9 May 2010« anføres det s. 93, at på daværende tidspunkt bestod *acquis communautaire* af 1521 direktiver og 976 forordninger relateret til forskellige politikområder i henseende til det indre marked.

31. Se også Due (1997) s. 125-144.

#### 4.1. Samspelet mellem de enkelte friheder

Med hensyn til fri bevægelighedsreglernes indbyrdes *anvendelsesområde* gælder, at art. 18 TEUF efter sin formulering er subsidiær i forhold til de mere specielle forbud vedr. varer, arbejdskraft, etablering, tjenesteydelser, kapital og betalinger.<sup>32</sup> Art. 56 TEUF er efter traktatteksten subsidiær i forhold til reglerne om fri bevægelighed for varer, personer, kapital og betalinger, jf. art. 57 TEUF, men dette udgangspunkt er af EU-Domstolen blødt op eller ligefrem forladt.<sup>33</sup>

Opindeligt har tankegangen været, at de enkelte friheder *gensidigt udelukker anvendelse af hverandre*. I praksis er situationen nu imidlertid efterhånden ofte blandet, således at samme faktum kan anses for omfattet af flere af reglerne, og EU-Domstolen forholder sig efterhånden forholdsvist frit til valget mellem dem, herunder til om den kun vil anvende et af regelsættene eller samtidigt anvende flere. Hvis det ene aspekt, fx fri bevægelighed for varer, er dominerende i forhold til det eller de andre, vil dog alene regelsættet vedr. det dominerende aspekt blive anvendt.

I fx Ramrath-sagen, der handler om en selskabsrevisor og de »restriktioner« på en sådan fri bevægelighed, som Medlemsstaterne er berettigede til at indføre, fastslog EU-Domstolen, at de relevante bestemmelser kunne være enten bestemmelserne i EUF-traktaten om arbejdskraften, navnlig art. 45 TEUF, eller om etableringsretten og den fri udveksling af tjenesteydelser, navnlig art. 49, 52 og 56 TEUF.<sup>34</sup> EU-Domstolen fremhævede, at en sammenligning af disse bestemmelser viser, at uanset hvilken af dem, der anvendes, er det principielle grundlag for personer omfattet af EU-retten det samme, hvad angår såvel indrejse og ophold som forbud mod forskelsbehandling pga. nationalitet.<sup>35</sup>

I Canal Satélite Digital-sagen udtalte EU-Domstolen, at den, når en national foranstaltning begrænser både varernes fri bevægelighed og den fri udveksling af tjenesteydelser, i princippet alene tager stilling til foranstaltningen i forhold til den ene af disse to grundlæggende friheder, hvis det under sagen viser sig, at en af disse er helt sekundær i forhold til den anden, og kan anses for at være knyttet til denne. Man tillægger således ikke EUF-traktatens ordlyd, der gør art. 56 TEUF om tjenesteydelser subsidiær i forhold til reglen om fri bevægelighed for varer afgørende betydning. På telekommunikationsområdet mente EU-Domstolen imidlertid, at det i visse tilfælde kan være vanskeligt at vurdere, hvad (varer eller tjenester) der er sekundært, og anvendte derfor begge regelsæt.<sup>36</sup>

Der er også et tæt samspil mellem etableringsfrihed, fri bevægelighed for tjenesteydelser og fri kapitalbevægelser.<sup>37</sup> Her har EU-Domstolen i adskillige tilfælde anvendt flere af regelsættene om fri bevægelighed på samme situation.

32. Se fx Sag C-336/96, Gilly, EU:C:1998:221. Se også fx Sag C-137/09, Josemans, EU:C:2010:774, præmis 52.

33. Se også Sag C-452/04, Fidium Finanz, EU:C:2006:631 samt kapitlet om tjenesteydelser nf.

34. Sag C-106/91, Ramrath, EU:C:1992:230.

35. Se fx også Sag 36/74, Walrave, EU:C:1974:140, præmis 7.

36. Sag C-390/99, Canal Satélite Digital, EU:C:2002:34.

37. Se for et eksempel på en afvejning Sag C-625/17, Vorarlberger Landes- und Hypothekenbank, EU:C:2018:939, præmis 25-26, hvor det anføres: »Det fremgår, at under de i hovedsagen omhandlede omstændigheder er aspektet vedrørende fri udveksling af tjenesteydelser dominerende i forhold til aspektet vedrørende den fri bevægelighed for kapital. Hypothekenbank ønsker med sin argumentation, som er sammenfattet af den forelæggende ret, nemlig at gøre gældende, at hensyntagen med henblik på fastlæggelsen af stabilitetsafgiften og det særlige bidrag til denne afgift til banktransaktioner, som foretages uden formidler med kunder i andre medlemsstater end Østrig, øger omkostningerne ved disse transaktioner og således gør den grænseoverskridende virksomhed mindre attraktiv. En sådan følge vedrører overvejende den frie udveksling af tjenesteydelser, mens påvirkningen af den frie bevægelighed for kapital blot er en uundgåelig følge. Som følge heraf skal det forelagte spørgsmål ikke bedømmes i forhold til artikel 63 TEUF ff. vedrørende den frie bevægelighed for kapital, men artikel 56 TEUF ff. vedrørende den frie udveksling af tjenesteydelser.« Se endvidere også fx Sag C-630/17, Milivojević, EU:C:2019:123.



#### 4.2. De berettigede m.m.

Hvem eller hvad, der er de berettigede efter fri bevægelighedsreglerne, også kaldet *rettighedssubjektet/erne*, fremgår som udgangspunkt af *de enkelte bestemmelser*. Således er det fx varer, der står i centrum for den fri bevægelighed i henhold til *art. 34 TEUF*, kapital for den fri bevægelighed i henhold til *art. 63 TEUF* og tjenesteydelser for den fri bevægelighed i henhold til *art. 56 TEUF*. Det siger dog sig selv, at kapitalen, tjenesteydelsen eller varen ikke selv kan påberåbe sig de relevante bestemmelser. Det vil snarere typisk være personer eller virksomheder, der konkret vil påberåbe sig bestemmelserne, såsom den person eller virksomhed, der ønsker at importere eller eksportere varer, investere kapital eller levere eller modtage tjenesteydelser i en anden Medlemsstat. Til tider vil et krav om statsborgerskab i en Medlemsstat eller eventuelt anden form for tilknytning skulle være opfyldt.

De rettigheder, der er indeholdt i *art. 45 TEUF*, gælder utvivlsomt for den personkreds, der udtrykkeligt er angivet, nemlig arbejdstagerne. Imidlertid er arbejdstagernes familie også i en vis udstrækning beskyttet, og i Clean Car-sagen fastslog EU-Domstolen, at en arbejdsgiver kan påberåbe sig bestemmelsens ligebehandlingsregel med henblik på i den Medlemsstat, hvori han er etableret, at ansætte arbejdstagere, som er statsborgere i en anden Medlemsstat.<sup>38</sup> I kølvandet på indførelsen af unionsborgerskabet er der formentlig en udvikling i gang, der kan betyde yderligere udvidelse af den berettigede personkreds.

Efter *art. 49 TEUF* har såvel statsborgere i en Medlemsstat, som selskaber, der er oprettet i henhold til en Medlemsstats selskabsregler, og hvis vedtægtsmæssige hjemsted, hovedkontor eller hovedvirksomhed er beliggende inden for EU, etableringsfrihed.

#### 4.3. De forpligtede m.m.

En del af forklaringen på, at traktatbestemmelserne om fri bevægelighed har fået så stor betydning, skyldes et langt stykke hen ad vejen principperne om *forrang* og *direkte virkning*. I forhold til de problemer, der behandles i denne bog, er det imidlertid uklart og omstridt, om de fri bevægelighedsregler, der udgør kernen i den økonomiske dimension af det indre marked, har direkte forpligtende virkning for private og i givet fald i hvilket omfang.

Udgangspunktet er, at EU-institutionerne og Medlemsstaterne er forpligtet til at respektere EUF-traktatens bestemmelser om fri bevægelighed. Det er disse, som kan betegnes som pligtsubjekter. Med andre ord anses reglerne om fri bevægelighed for at have vertikal direkte virkning.

Mere omdiskuteret er det, om bestemmelserne har horisontal direkte virkning, således at også private skulle være forpligtet af bestemmelserne med den konsekvens, at de kan dømmes for overtrædelse deraf. I forlængelse heraf er graden af den forpligtelse, der i givet fald skulle gælde, omdiskuteret.<sup>39</sup>

Horisontal direkte virkning anses af mange for at være statueret af EU-Domstolen for *art. 45 TEUF's* vedkommende, således at private arbejdsgivere anses for forpligtede med den konsekvens, at de kan dømmes for overtrædelse deraf. At *art. 45 TEUF* er direkte forpligtende for individuelle, private arbejdsgivere, begrundede EU-Domstolen i Angonese-sagen med, at *art. 45 TEUF's* formål – ligesom formålet med *art. 157 TEUF* om ligeløn – er at sikre, at der ikke bliver tale om forskelsbehandling på arbejdsmarkedet.<sup>40</sup>

For *art. 56 TEUF's* vedkommende skal nævnes, at Walrave-sagen af mange tages til indtægt for statuering af en vis grad af horisontal direkte virkning. EU-Domstolen antog således i sagen, at forbuddet mod nationalitetsdiskrimination i henhold til såvel *art. 18, 45* og *56 TEUF* ikke alene gælder for offentlige myndigheders retsakter, men tillige for andre

38. Sag C-350/96, Clean Car, EU:C:1998:205, præmis 25.

39. Se for en overordnet analyse fx Enchelmaier (2017).

40. Sag C-281/98, Angonese, EU:C:2000:296, præmis 34 og 35.

former for regler, hvis formål er at give kollektive bestemmelser for lønarbejder og tjenesteydelser.<sup>41</sup> Begrundelsen var følgende (vores kursivering):<sup>42</sup>

... afskaffelsen mellem medlemsstaterne af hindringerne for den fri bevægelighed for personer og tjenesteydelser, som er et grundlæggende mål for Fællesskabet, nævnt i traktatens art. 3, litra c) [art. 3, stk. 1, er ved Lissabontraktaten ophævet, men erstattet, for så vidt angår substansen, af art. 3-6 i EUF-traktaten], ville blive truet, hvis afskaffelsen af nationale skranker blev modvirket af hindringer, som skyldtes, at sammenslutninger eller organer, der ikke henhører under den offentlige ret, udøver deres retlige autonomi; *da arbejdsvilkårene i de forskellige medlemsstater i øvrigt snart reguleres ved bestemmelser af lovgivnings- eller anordningsmæssig karakter, snart ved aftaler og andre retsakter, der er indgået eller vedtaget af borgerne, ville en begrænsning af de omhandlede forbud til offentlige retsakter skabe en fare for uligheder ved anvendelsen af disse forbud ...*

EU-Domstolen understregede i øvrigt, at den i art. 56 TEUF omhandlede virksomhed ikke i sit væsen adskiller sig fra den, der er omhandlet i art. 45 TEUF, andet end ved at den ikke udøves på grundlag af en arbejdskontrakt, men at denne ene forskel næppe kan begrunde en snævrere fortolkning af anvendelsesområdet for den fri bevægelighed, som der er tale om at sikre.<sup>43</sup>

I mange Medlemsstater er der tradition for, at private arbejdsgivere i større eller mindre omfang har rig indflydelse på arbejdstageres arbejdsforhold og derved i visse tilfælde måske ligefrem kan siges at have overtaget en del af myndighedernes reguleringsbeføjelse. Dette forklarer muligvis, at art. 56 og 45 TEUF eventuelt kan ses som frontløbere i henseende til at kunne anses for at have horisontal direkte virkning. Snell antager ligefrem, at EU-Domstolen implicit i kraft af Angonese-sagen ophøjer art. 56 TEUF til en grundlæggende rettighed.<sup>44</sup>

Art. 49 TEUF antages ofte i litteraturen at udvikle sig nogenlunde parallelt med art. 45 og 56 TEUF. Imidlertid var der længe ikke klare domme som Angonese og Walrave, der eventuelt kunne tages til indtægt for horisontal direkte virkning for denne bestemmelses vedkommende.<sup>45</sup> *Sammenfattende om art. 45, 49 og 56 TEUF* har EU-Domstolen i Viking-sagen nu bestemt, at:<sup>46</sup>

[D]et følger af fast retspraksis, at art. 39 EF, 43 EF og 49 EF [nu art. 45, 49 og 56 TEUF] ikke alene gælder for offentlige myndigheders retsakter, men tillige for andre former for regler, hvis formål er at give kollektive bestemmelser for lønarbejde og tjenesteydelser ... Da arbejdsvilkårene i de forskellige medlemsstater reguleres dels ved love eller administrative bestemmelser, dels ved kollektive overenskomster og andre retsakter, der er indgået eller vedtaget af borgerne, ville en begrænsning af forbuddene i disse artikler til offentlige retsakter således skabe en fare for uligheder ved anvendelsen heraf ...

Selvom dette på overfladen kan synes klar tale, er virkeligheden nok den modsatte. Således reflekterer eksempelvis Davies over uklarhederne som følger:<sup>47</sup>

It is difficult to know precisely what the scope of horizontal effect now is ... Trade unions are, as the Court pointed out in *Viking*, involved in collective negotiations, and therefore have a role in what can be described as a regulatory process ... Extending free movement law to them does not necessarily mean that it applies to every private person or body. And yet the reasoning behind applying the Treaty to private actors has always been that otherwise the law would become ineffective, as private barriers would arise to replace prohibited public

41. Sag 36/74, Walrave, EU:C:1974:140, præmis 17.

42. Op.cit. præmis 18-19.

43. Op.cit. præmis 23-24.

44. Snell (2004) s. 60.

45. Se dog Sag C-309/99, Wouters, EU:C:2002:98, præmis 120.

46. Sag C-438/05, Viking, EU:C:2007:772, præmis 33-34. I dommens præmis 66 fastslog EU-Domstolen, at art. 49 TEUF tillægger en privat virksomhed rettigheder, som kan gøres gældende over for en fagforening eller et fagforbund.

47. Davies (2015) s. 582.

ones – something emphasized in *Laval* ... That would suggest that the true message in *Viking Line* is that it is not the form or function of the body which counts, but the effect of its actions on free movement. If they restrict it, then they will be subject to the Treaty, whoever they are. Does this mean that a company decision to use local sub-contractors or an individual's choice to go to a compatriot hairdresser are now restrictions on movement? It seems unlikely that these contractual preferences would be caught by Article 56. In the case law on goods, services, and establishment, restrictions on movement have always been third-party actions interfering with the contracts of others: the situation where a state or private body prevents two other parties from contracting ... Yet the free movement of workers does prohibit discriminatory preferences as such, and the line between employment and a service contract is a fine one, with the Court often speaking as if the same principles apply. In releasing Article 56 from its previously stable limitation to private regulators, the Court opens a door to a passageway whose length and destination is not immediately clear.

Hvad angår *art. 34 TEUF*, er den herskende mening i litteraturen stadig, at denne ikke er direkte forpligtende for private. Dette er dog diskuteret.<sup>48</sup> Således anfører Snell om *art. 34 TEUF*:<sup>49</sup>

In the field of goods the early decisions of the European Court of Justice on intellectual property and unfair competition contained statements that seemed to indicate that private parties were bound by Article 28 EC [nu *art. 34 TEUF*] ... However, in later cases the Court has decisively moved away from that view.

Denne tilgang understøttes fx af *Sapod Audic*-sagen fra 2002, hvor EU-Domstolen bestemte, at:<sup>50</sup>

[S]elv om indholdet af den generelle forpligtelse til at identificere emballage, som er fastsat i *art. 4, stk. 2*, i dekret nr. 92-377, konkret har udmøntet sig i en forpligtelse for *Sapod* til at påføre logoet *Point vert*, er dette en forpligtelse, som udspringer af en privatretlig kontrakt indgået mellem hovedsagens parter. En sådan kontraktsmæssig bestemmelse kan ikke betragtes som en hindring i henhold til traktatens *art. 30* [nu *art. 34 TEUF*] idet bestemmelsen ikke er fastsat af en medlemsstat ...

Graden af en eventuel horisontal direkte virkning, hvis en sådan er statueret, er ligeledes omdiskuteret. Således anføres det fx af Snell:<sup>51</sup>

It is uncertain whether and to what extent private individuals are bound by the fundamental freedoms. In the domain of free movement of goods, the binding effect is restricted to public bodies, even though no single explanation is given ... Where the freedom of establishment and the freedom of services are concerned there are hardly any differing views; ... this applies with even greater certainty to the free movement of workers. It is worth noting that collective bargaining agreements are subject to the fundamental freedoms, ... and only recently, ... the European Court of Justice assumed a more sweeping generally binding effect on private individuals ... On the other hand, private individuals cannot be bound to the same extent as Member States without unduly limiting civic autonomy ... It must thus be possible for a private individual to restrict his choice of doctor to those practicing in his own country, even though there might be no adequate factual reason. Equally an individual can hardly be said to interfere with the free movement of workers where he prevents his spouse from taking up employment in another Member State.

Det kan således hævdes, at den horisontale direkte virkning muligvis er begrænset.<sup>52</sup>

48. Se fx Bogaert (2002) s. 122-152, Prechal & de Vries (2009) s. 5-24, og Krenn (2012).

49. Snell (2004) s. 57.

50. Sag C-159/00, *Sapod Audic*, EU:C:2002:343, præmis 74.

51. Snell (2002) s. 152 f. Se også fx Jarass (2003) s. 153 og Schepel (2012).

52. Se fx Forslag til afgørelse i Sag C-171/11, *Fra.bo*, EU:C:2012:176, afsnit 32. Her bemærkes også vigtigt i afsnit 35: »Med hensyn til arbejdskraftens frie bevægelighed tog Domstolen imidlertid med den meget omtalte *Angonese*-dom et vigtigt skridt i retning af, at private også er bundet af de grundlæggende frihedsrettigheder i andre tilfælde end dem, der vedrører udarbejdelsen af visse former for kollektive bestemmelser. I denne dom konkluderede Domstolen nemlig helt generelt, at forbuddet mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet i artikel 45 TEUF også gælder for private. Til dato er denne dom dog kun blevet udtrykkeligt bekræftet i *Raccanelli*-dommen.«

Hvad angår *kapitalens fri bevægelighed*, har EU-Domstolen ikke definitivt taget stilling til spørgsmålet om eventuel horisontal virkning for *art. 63 TEUF's* vedkommende. Flynn anfører i så henseende:<sup>53</sup>

Most case law on capital deals with legislative and administrative measures adopted by the Member States. The application of that freedom to acts of the Member States which are unrelated to their official authority has been raised in the case law but it has not been necessary for the Court to explore the issue. Clearly, the Member States can deal with assets that constitute capital in the same way as any private person would, as a promoter, borrower, lender, guarantor, or other non-regulatory participant on the security markets ... The manner in which Article 63 TFEU applies to measures which are not dependent on public law powers has thus not been resolved, and the closely entwined issue of horizontal direct effect for Article 63 TFEU is also open.

For fuldstændighedens skyld skal opmærksomheden henledes på *art. 18 TEUF*, som der ligeledes gælder horisontal virkning for. Ligeledes for fuldstændighedens skyld kan tilføjes, at i relation til unionsborgerskab har EU-Domstolen – noget bittersødt bemærket af generaladvokaten i sagen for første gang i dette århundrede – besluttet, at en traktatbestemmelse, nemlig *art. 21 TEUF*, er blevet valgt til at slutte sig til det lille antal af bestemmelser, som er blevet anset for at have horisontal direkte virkning i tvister mellem private aktører.<sup>54</sup>

*Medlemsstatsbegrebet* afgrænses bredt, således at offentlige myndigheder på alle niveauer (stats-, regions-, provins- og kommuneplan) i princippet omfattes. EUF--traktaten er bindende for Medlemsstaten i alle dens funktioner, dvs. både som folkeretssubjekt, national lovgiver, central eller lokal forvaltningsmyndighed, dømmende myndighed, arbejdsgiver, offentlig virksomhed m.m.

De *foranstaltninger*, som er i søgelyset, udgør ligeledes et bredt spektrum, således at såvel traditionelle offentligretlige redskaber som lovgivning, som administrative beslutninger eller i visse tilfælde ligefrem visse privatretlige instrumenter som aftaler kan være omfattet.<sup>55</sup>

At disse to begreber fortolkes så bredt, som tilfældet er, har som implikation, at definitionen af *private* selvsagt bliver så meget desto mindre. Dette har igen indflydelse på omfanget af fri bevægelighedsreglernes direkte virkning. Således kan Sagen om de vrede franske landmænd ses, som at EU-Domstolen valgte at anse en Medlemsstat for ansvarlig for privates adfærd.<sup>56</sup>

#### 4.4. Interne forhold

Det er udgangspunktet, at reglerne om fri bevægelighed ikke finder anvendelse vedr. *interne forhold* i en Medlemsstat. Med andre ord vil der i de fleste sager opstilles et krav om, at grænseoverskridende aktiviteter er involveret. Höfner-sagen kan nævnes som blot et eksempel på, at EU-Domstolen på denne baggrund konkluderede, at *art. 56 TEUF* ikke kunne påberåbes.<sup>57</sup> Således bestemte EU-Domstolen, at:<sup>58</sup>

53. Flynn (2017) s. 453-454. Se også Craig & de Búrca (2015) s. 722, der anfører: »Treaty Articles often have vertical and horizontal direct effect, and thus can be used against the state and private individuals, and there is nothing in *Sanz de Lera* to indicate the contrary. It would not be difficult, as Usher states, ... to envisage a situation in which the unilateral conduct of a financial institution could restrict payments between states. This interpretation is reinforced by the fact that Article 63 does not refer to the state ... The argument to the contrary would be derived by way of analogy with Article 34 on the free movement of goods, which has been largely confined to actions against the state.«

54. Sag C-22/18, *TopFit eV og Daniele Biffi*, EU:C:2019:497. I præmis 40 udtalte EU-Domstolen mere præcist: »Det følger heraf, at et nationalt sportsforbunds regler såsom de i hovedsagen omhandlede, der regulerer unionsborgeres adgang til sportskonkurrencer, er underlagt traktatens regler, herunder artikel 18 TEUF og 21 TEUF.«

55. Se fx Sag C-171/11, *Fra.bo*, EU:C:2012:453.

56. Sag C-265/95, *Kommissionen mod Frankrig*, EU:C:1997:595.

57. Sag C-41/90, *Höfner*, EU:C:1991:161.

58. Op.cit. præmis 38-39.

[H]ovedsagen vedrører en tvist mellem tyske ansættelseskonsulenter og en tysk virksomhed vedrørende ansættelse af en tysk statsborger. En sådan situation har intet tilknytningsmoment til nogen af de situationer, der omhandles i fællesskabsretten. Dette kan ikke ændres af, at en kontrakt indgået mellem ansættelseskonsulenterne og virksomheden indeholder en teoretisk mulighed for, at der kan søges efter tyske ansøgere, som er bosat i andre Medlemsstater, eller statsborgere i disse stater.

I Crono-sagen, der drejede sig om, hvorvidt bl.a. tjenesteydelse fri bevægelighed er til hinder for visse bestemmelser i national, regional og kommunal lovgivning vedr. tilladelser til og udøvelse af virksomhed med udlejning med chauffør i Rom Kommune, lagde EU-Domstolen vægt på, at tvisterne i hovedsagerne har lokal karakter, og at alle de faktiske omstændigheder i hovedsagerne udelukkende har tilknytning til én Medlemsstats område.<sup>59</sup> Derfor fandt den, at de i hovedsagerne omhandlede lovgivninger ikke kunne formodes at have grænseoverskridende virkninger eller tilknytning til nogen af de situationer, EU-retten gælder for. I Bonver Win, der også vedrører tjenesteydelse fri bevægelighed, udtalte EU-Domstolen, at et hypotetisk grundlag er utilstrækkeligt, at der ikke gælder en de minimis-regel og at anvendelsen ikke kan betinges af et kvantitativt kriterium.<sup>60</sup>

EU-Domstolen fastholder ikke altid dette krav om grænseoverskridelse, hvilket i særdeleshed synes at være tilfældet inden for varernes fri bevægelighed. Formentlig er det heller ikke altid et absolut krav, at selve en tilgrundliggende hovedsag har grænseoverskridende elementer, såfremt blot selve den tilknyttede nationale foranstaltning vedrører situationer, der har en forbindelse inden for samhandelen i Fællesskabet.<sup>61</sup>

Særligt vedr. personer har EU-Domstolen pointeret følgende »oplødnings«:<sup>62</sup>

For så vidt angår art. 45 TEUF fremgår det, for det første, ganske vist af fast retspraksis, at bestemmelserne i EUF-traktaten om fri bevægelighed for personer ikke kan finde anvendelse på aktiviteter, som ikke har tilknytning til nogen af de forhold, som EU-retten gælder for, og som udgør et rent internt forhold i en medlemsstat ... Domstolen har imidlertid fastslået, at fri bevægelighed for personer ikke ville kunne gennemføres fuldt ud, såfremt medlemsstaterne kunne undlade at anvende disse bestemmelser på de af deres statsborgere, som har udnyttet mulighederne for fri bevægelighed i henhold til EU-retten, og som i kraft heraf har erhvervet faglige kvalifikationer i en anden medlemsstat end den, hvori de er statsborgere. Denne betragtning gælder ligeledes i tilfælde, hvor en statsborger fra én medlemsstat i en anden medlemsstat har erhvervet en akademisk kvalifikation, som udvider hans grunduddannelse, og som han vil påberåbe sig efter sin tilbagekomst til sit hjemland ...

Nic Shuibhne opsummerer gældende ret vedr. interne forhold således:<sup>63</sup>

First, for all of the freedoms governing economic activity except for the prohibition of customs duties, the case law formally aligns with the premise of the Treaty provisions, all of which require a cross-border i.e. *inter*-State element. Second, the Court has not reconciled its case law on Article 30 TFEU, which recognizes *intra*-State frontiers, with that more general approach; but neither has it extended the Article 30 rationale to other seams of free movement law. Third, the fact that past, present, *and* prospective movement can engage the Treaty has contributed along with other dynamics to the depletion of the substance of movement, meaning that it can be relatively easy to generate sufficient cross-border relevance for the purposes of defeating the purely internal rule. Finally, in limited and exceptional circumstances, the Court has recognized that EU citizenship rights can be relevant even in purely internal situations, an interpretation that is compatible with the Treaty but is deeply constitutionally sensitive.

#### 4.5. Økonomiske aktiviteter

Udgangspunktet er, at kun *økonomiske aktiviteter* er omfattet, hvilket må ses i sammenhæng med det indre markeds forankring i intentionen om et økonomisk samarbejde. Begrebet

59. Forenede sager C-419/12 og C-420/12, Crono, ECLI:EU:C:2014:81, præmis 37.

60. Sag C-311/19, Bonver Win, EU:C:2020:981. Se for uddybning af dommen, Kapitel 4.

61. Se fx Forenede sager C-357/10-C-359/10, Duomo, EU:C:2012:283, præmis 26.

62. Sag C-298/14, Brouillard, EU:C:2015:652, præmis 26-27.

63. Nic Shuibhne (2013) s. 155.

fortolkes gennemgående meget bredt. Gældende ret for unionsborgere udgør dog også i denne henseende et særtilfælde. Det må i øvrigt generelt anses for at være et princip, hvis betydning er formindsket gennem årene.

#### 4.6. Medlemsstaternes kompetencer

Hvad angår *kompetencefordelingen* mellem EU og Medlemsstaterne, gælder, at reglerne om fri bevægelighed i deres helhed i det store hele sjældent vil være begrænset i deres anvendelse i kraft af nationale kompetencer.<sup>64</sup> Dette kan siges at skyldes disse reglers tværgående karakter. Et eksempel på EU-Domstolens stillingtagen er følgende: "... [S]elv om bestemmelser om direkte skatter på EU-rettens nuværende udviklingstrin ikke som sådanne henhører under EU's kompetence, skal medlemsstaterne dog overholde EU-retten under udøvelsen af deres kompetence ..."<sup>65</sup> Imidlertid er der eksempler på afgørelser, hvor EU-Domstolen ved henvisninger til fx »fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin« (nu EU-rettens nuværende udviklingstrin) og Medlemsstaternes »autonomi på området« udviser tilbageholdenhed.

#### 4.7. Omvendt diskrimination

Ved *omvendt diskrimination* kan forstås den omstændighed, at en Medlemsstat stiller fx varer produceret i Medlemsstaten i en ringere situation end varer, der indføres fra andre Medlemsstater. Dette kunne fx foregå i henseende til miljøkrav. Således tænkes med begrebet på den situation, hvor en Medlemsstat behandler sine egne statsborgere m.fl., ringere i forhold til de krav, som EUF-traktaten stiller til, hvorledes den må behandle statsborgere m.fl. fra andre Medlemsstater.<sup>66</sup> Udgangspunktet er, at dette er tilladt. Det kræves dog, at der er tale om rent interne forhold.

Medlemsstater vil almindeligvis være tilbageholdende over for at diskriminere over for egne statsborgere m.fl. Den naturlige interesse vil almindeligvis være at undgå at pålægge nationale produkter og økonomiske operatører kompetitive ulemper.<sup>67</sup>

#### 4.8. Omgåelse og misbrug

Det antages i almindelighed, at der kan være tilfælde, hvor reglerne om fri bevægelighed ikke kan påberåbes, når en aktivitet foregår for derved at omgå den nationale lovgivning. Med andre ord kan dette i visse tilfælde anses for at udgøre et misbrug af reglerne om fri bevægelighed. Princippet udtrykkes fx i Centros-sagen således:<sup>68</sup>

Det følger ... af Domstolens praksis, at en medlemsstat har ret til at træffe foranstaltninger, der skal hindre, at visse af dens statsborgere gennem misbrug af de ved traktaten indrømmede muligheder forsøger at unddrage sig deres egen nationale lovgivning, og at borgerne ikke på svingagtig vis eller med henblik på misbrug kan gøre fællesskabsbestemmelserne gældende ... Under sådanne omstændigheder kan de nationale domstole på grundlag af objektive elementer tage misbrug eller svingagtig adfærd i betragtning som grundlag for i konkrete tilfælde at afvise, at vedkommende kan drage fordel af de påberåbte fællesskabsretlige forskrifter, men de skal ved vurderingen af sådan adfærd også tage hensyn til de formål, der følges med de pågældende forskrifter ...

I sagen afviste EU-Domstolen i øvrigt, at et misbrug forelå i den konkrete sag.<sup>69</sup> Som et andet eksempel kan henvises til Catherine Zhu-sagen, hvor EU-Domstolen afviste princippet om misbrug af rettigheder som værende af relevans for sagens afgørelse. I sagen anførte

64. Jarass (2003) s. 143. Det skal dog bemærkes, at fx de legitime hensyn kan ses som udtryk for en vis kompetencefordeling.

65. Forenede sager C-53/13 og C-80/13, Prostějov, EU:C:2014:2011, præmis 23.

66. Jf. fx også White (2004) s. 58.

67. Dautricourt & Thomas (2009) s. 435.

68. Sag C-212/97, Centros, EU:C:1999:126, præmis 24-25.

69. Op.cit. præmis 26-27.

England, at sagsøgerne i hovedsagen ikke kunne påberåbe sig de omhandlede bestemmelser, eftersom M. L. Chens rejse til Nordirland med det formål, at hendes barn Catherine skulle erhverve statsborgerskab i en anden Medlemsstat, udgjorde et forsøg på at misbruge EU-rettens regler.<sup>70</sup> EU-Domstolen argumenterede som følger:<sup>71</sup>

Ganske vist har M. L. Chen vedgået, at hendes ophold i Det Forenede Kongerige havde til formål at skabe en situation, hvor det barn, hun skulle føde, kunne få statsborgerskab i en anden medlemsstat med henblik på, at hun og hendes barn efterfølgende kunne få permanent opholdsret i Det Forenede Kongerige. Imidlertid hører fastlæggelsen af kriterierne for erhvervelse og fortabelse af statsborgerskab efter folkeretten under medlemsstaternes kompetence, idet de herved skal overholde fællesskabsretten ... Ingen af de procesdeltagere, der har afgivet indlæg for Domstolen, har bestridt lovligheden af, at Catherine har fået irsk statsborgerskab, eller selve statsborgerskabet. Desuden tilkommer det ikke en medlemsstat at begrænse virkningerne af en anden medlemsstats tildelelse af statsborgerskab, når det drejer sig om udøvelse af de i traktaten hjemlede grundlæggende rettigheder ... Dette vil imidlertid netop være tilfældet, hvis Det Forenede Kongerige har ret til at meddele statsborgere i andre medlemsstater, som Catherine, afslag på at udnytte en grundlæggende frihed i medfør af fællesskabsretten alene med den begrundelse, at statsborgerskabet i en medlemsstat i realiteten blev erhvervet i den hensigt at skaffe en statsborger i et tredjeland opholdsret i medfør af fællesskabsretten.

I en senere sag, *Torresi*, opsummeres gældende ret således:<sup>72</sup>

I denne henseende bemærkes, at ifølge Domstolens praksis kan borgerne ikke påberåbe sig EU-bestemmelser med henblik på at muliggøre svig eller misbrug ... Hvad angår bekæmpelse af misbrug af etableringsfriheden har en medlemsstat ret til at træffe foranstaltninger, der skal hindre, at visse af dens statsborgere gennem misbrug af de ved traktaten indrømmede muligheder forsøger at unddrage sig deres egen nationale lovgivning ... Konstatering af et misbrug kræver, at både en objektiv og en subjektiv betingelse er opfyldt ... Hvad angår den objektive betingelse skal det fremgå af et sammenfald af objektive omstændigheder, at det formål, som EU-bestemmelserne forfølger, ikke er opnået, selvom betingelserne i disse bestemmelser formelt er overholdt ... Hvad angår den subjektive betingelse skal det fremgå, at der er et ønske om at drage fordel af EU-bestemmelserne ved kunstigt at skabe de betingelser, der kræves for at opnå denne fordel ...

Blandt andre disse sager giver anledning til at formode, at princippet om omgåelse/misbrug anerkendes af EU-Domstolen. Den præcise afgrænsning af princippet er imidlertid vanskelig, jf. også generaladvokat La Pergola i sit forslag til afgørelse i *Centros*-sagen, hvori anførtes: »Ganske vist er princippet om, at 'fællesskabsretten ikke kan gøres gældende med henblik på at muliggøre misbrug eller svig', et fast princip i EU-Domstolens praksis ..., og det hører til de almindelige EU-retlige principper. En nærmere præcisering af princippet er imidlertid alt andet end let.«<sup>73</sup> Samtidig må det på baggrund af praksis antages, at der skal en del til, for at en Medlemsstat med held kan påberåbe sig dette.<sup>74</sup>

#### 4.9. Sekundærregulering

Den relevante sekundære regulering omfatter især en række harmoniseringsdirektiver, fx vedr. produktkrav, informationstjenester, erhvervsmæssig uddannelse, selskabsret og næringsvirksomhed i de liberale erhverv og den finansielle sektor. Desuden findes enkelte forordninger af relevans. Ud over hensigter om harmonisering kan mere enkelt også bare koordinering være tilsligt.

På områder, hvor der ikke er vedtaget harmoniseringsdirektiver, fx efter art. 114 TEUF om tekniske krav eller markedsføring, finder selve traktatbestemmelserne om fri bevægelighed anvendelse. Således reguleres fx varernes fri bevægelighed af art. 34-36 TEUF i denne

70. Sag C-200/02, *Zhu*, EU:C:2004:639, præmis 34.

71. Op.cit. præmis 36-40.

72. Forenede sager C-58/13 og C-59/13, *Torresi*, EU:C:2014:2088, præmis 42-46.

73. Forslag til afgørelse i Sag C-212/97, *Centros*, EU:C:1998:380, afsnit 20. Se også Saydé (2014).

74. Se også fx Kjellgren (2003) s. 275 f.

situation. Det indgår med andre ord i EU-Domstolens bagvedliggende tankeskema, at reglerne om fri bevægelighed kun kommer til anvendelse, når *fuld harmonisering* ikke har fundet sted. Vurderingen af, om en sådan er foreliggende eller ej, vil ofte afhænge af en konkret vurdering.<sup>75</sup>

Som eksempel på EU-Domstolens formulering i en sag, hvor harmonisering endnu ikke havde fundet sted, kan nævnes den franske tilsætningsstof-sag, hvor EU-Domstolen bemærkede, at:<sup>76</sup>

... det tilkommer medlemsstaterne, når der ikke er sket harmonisering, og i det omfang, der på den videnskabelige forsknings nuværende udviklingstrin består en vis usikkerhed, at afgøre, hvor langt de vil strække beskyttelsen af menneskers sundhed og liv, og dermed kræve en forudgående tilladelse til at markedsføre levnedsmidlerne under hensyntagen til de krav, der følger af de fri varebevægelser inden for Fællesskabet.

Et andet eksempel er Deutscher Apothekerverband-sagen, hvor EU-Domstolen udtalte, at: »Det er korrekt, at enhver national foranstaltning på et område, hvor der er foretaget en udtømmende harmonisering på fællesskabsplan, skal bedømmes på grundlag af de pågældende harmoniserede bestemmelser og ikke på grundlag af den primære EU-ret.«<sup>77</sup>

#### 4.10. Bagatelregel

Den almindelige opfattelse i teorien er, at der som hovedregel ikke gælder en bagatelregel eller en *de minimis*-regel, hvorefter forudsætningen for reglerens anvendelse skulle være et krav om en vis minimumsvirkning på den fri bevægelighed.

Eksempelvis kan henvises til Bluhme-sagen vedr. art. 34 TEUF, hvor et dansk forbud mod indførsel til Læsø og omliggende øer af levende honningbier og af kønsprodukter af honningbier udgjorde en foranstaltning med tilsvarende virkning, der imidlertid kunne begrundes i art. 36 TEUF.<sup>78</sup> Endvidere kan fx henvises til Kommissionen mod Tyskland, hvor EU-Domstolen bestemte, at: »... en foranstaltning, der kan hindre indførslerne, anses for en foranstaltning med tilsvarende virkning som en kvantitativ restriktion, selv hvis hindringen er ringe, og der er andre muligheder for afsætning af varerne ...«<sup>79</sup> I samme retning bestemte EU-Domstolen i *Gouvernement de la Communauté française*-sagen, at: »... traktatens artikler om den frie bevægelighed for varer, personer, tjenesteydelser og kapital efter Domstolens faste praksis udgør bestemmelser, der er grundlæggende for Fællesskabet, og at selv den mindste begrænsning af disse friheder er retsstridig ...«<sup>80</sup> Som endnu et eksempel kan henvises til X-sagen, hvor EU-Domstolen udtalte, at selv en restriktion af ringe rækkevidde eller af mindre betydning for en grundlæggende frihed er forbudt ifølge EUF-traktaten.<sup>81</sup> Det er muligt, at bagatelreglen vil få en øget eller anden betydning i tilknytning til begrebet markedsadgang, der øjensynligt får en tiltagende betydning.

## 5. Forbud

Som nævnt i afsnit 1, anvender EU-Domstolen helt overordnet en *toledet test*, hvor det ene led går ud på en vurdering af, om en given national foranstaltning medfører forskelsbehandling pga. nationalitet og/eller en restriktion på den fri bevægelighed.

75. Se fx Mortelmans (2002) s. 1303.

76. Sag C-24/00, Kommissionen mod Frankrig, EU:C:2004:70, præmis 49.

77. Sag C-322/01, Deutscher Apothekerverband, EU:C:2003:664, præmis 64.

78. Sag C-67/97, Bluhme, EU:C:1998:584. Se hertil fx Sag C-393/08, Sbaragia, EU:C:2010:388.

79. Sag C-463/01, Kommissionen mod Tyskland, EU:C:2004:797, præmis 63. Se også Sag C-309/02, Radlberger, EU:C:2004:799, præmis 68.

80. Sag C-212/06, *Gouvernement de la Communauté française*, EU:C:2008:178, præmis 52.

81. Sag C-498/10, X, EU:C:2012:635, præmis 30. Se ligeledes Forenede sager C-53/13 og C-80/13, Prostějov, EU:C:2014:2011, præmis 41.