FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT M. POIARES MADURO fremsat den 23. maj 2007 [1]

1. Court of Appeal (England and Wales) (Civil Division) har efter appel af en afgørelse fra High Court of Justice (Commercial Court) forelagt en række spørgsmål, som forudsætter, at Domstolen tager stilling til et emne, der både er juridisk komplekst og socialpolitisk følsomt. Komplicerede spørgsmål har ofte et enkelt svar. Dette er imidlertid ikke tilfældet hér. I en nøddeskal kan den situation, der ligger til grund for den foreliggende sag, gengives således. Et finsk færgeselskab, der driver virksomhed mellem Helsinki og Tallinn, ønsker at flytte sit hjemsted til Estland for at drage fordel af det lavere lønniveau og for at levere sine tjenesteydelser herfra. En finsk fagforening, støttet af et internationalt fagforbund, ønsker at hindre dette i at ske, og har truet med strejker og boykot, hvis virksomheden flytter uden samtidig at fastholde det nuværende lønniveau. De retlige problemer, der opstår som følge af denne strid, vedrører den horisontale virkning af traktatbestemmelserne om fri bevægelighed og forholdet mellem sociale rettigheder og retten til fri bevægelighed.

I — Faktiske omstændigheder og anmodningen om præjudiciel afgørelse

Parterne

2. Viking Line ABP (herefter »Viking Line«) er et finsk færgeselskab. OÜ Viking Line Eesti er dets estiske datterselskab. Viking Line ejer *Rosella*, som er en færge, der sejler under finsk flag på strækningen Tallinn-Helsinki mellem Estland og Finland. Besætningen på *Rosella* er medlemmer af The Finnish Seamen's Union (det finske sømandsforbund, herefter »FSU«).

3. FSU, der har hovedsæde i Helsinki, er den finske fagforening for sømænd. Den har ca. 10 000 medlemmer, herunder besætningen på *Rosella*. FSU er det finske medlem af International Transport Workers' Federation (herefter »ITF«)

1 — Originalsprog: portugisisk.

4. ITF er en international sammenslutning af transportarbejderfagforeninger med 600 medlemmer i 140 lande, som har sit hovedsæde i London. En af ITF's vigtigste målsætninger er at bekæmpe bekvemmelighedsflag (»flag of convenience«, herefter »FOC-kampagnen«). Under sagen ved High Court har ITF's præsident forklaret, at »hovedformålet med FOC-kampagnen for det første er at udrydde bekvemmelighedsflag og at skabe en reel forbindelse mellem det flag, skibet fører, og ejerens nationalitet, og for det andet at beskytte og forbedre vilkårene for sømænd på FOC-skibe«. Ifølge de dokumenter, hvori FOC-kampagnen er defineret, anses et fartøj for at sejle under bekvemmelighedsflag, »hvis den egentlige ejendomsret (»the beneficial ownership«) og kontrol med skibet ligger et andet sted end i flagstaten«. Det fremgår af samme dokument, at »fagforeningerne i det land, hvor den egentlige ejendomsret findes, har ret til at forhandle overenskomstaftaler for de pågældende skibe«. FOC-kampagnen føres ved hjælp af boykotter og andre solidaritetskampskridt.

Faktiske omstændigheder

5. *Rosella* har sejlet med tab, idet det har været i konkurrence med fartøjer, der sejler under estisk flag, på samme rute mellem Tallinn og Helsinki. Estisk løn til besætningsmedlemmer er lavere end den tilsvarende finske. Eftersom *Rosella* sejler under finsk flag, er Viking Line i henhold til finsk lovgivning og bestemmelserne i en kollektiv overenskomst forpligtet til at aflønne besætningsmedlemmerne i overensstemmelse med det finske lønniveau.

6. I oktober 2003 forsøgte Viking Line at udflage *Rosella* til bl.a. Estland med henblik på at indgå en kollektiv overenskomst med en estisk fagforening. Den underrettede besætningen og FSU om sine planer. FSU gjorde det klart over for Viking Line, at den var imod planerne om at udflage *Rosella*.

7. Ved e-mail af 4. november 2003 anmodede FSU ITF om at underrette alle medlemmer om sagen og om at henstille til dem ikke at forhandle med Viking Line. Den 6. november 2003 efterkom ITF denne anmodning og rundsendte en skrivelse i overensstemmelse med FOC-kampagnen. I skrivelsen var det anført, at den egentlige ejendomsret til *Rosella* stadig var i Finland, og at det således var FSU, der fortsat havde forhandlingsrettighederne. Alle medlemmer blev opfordret til ikke at indlede forhandlinger med Viking. På grund af solidaritets-

princippet vil fagforeninger, som er medlemmer af ITF, ikke handle i strid hermed. I modsat fald vil det føre til sanktioner — i værste fald eksklusion fra ITF [2]. Skrivelsen bevirkede således, at Viking Line blev forhindret i at frigøre sig fra FSU og at forhandle direkte med f.eks. en estisk fagforening.

8. Desuden hævdede FSU, at bemandingsaftalen for *Rosella* udløb den 17. november 2003, hvorfor den ikke længere havde fredspligt. FSU afgav strejkevarsel i relation til *Rosella* den 2. december 2003. Den krævede, at bemandingen skulle øges med otte personer, og at Viking Line enten skulle opgive sine planer om udflagning eller, såfremt udflagningen gennemførtes, at besætningen skulle ansættes på finske arbejdsvilkår. Viking Line anlagde sag ved arbejdsretten i Helsinki med en anerkendelsespåstand om, at bemandingsaftalen fortsat var gældende, og ved byretten i Helsinki med en påstand om nedlæggelse af forbud mod strejke. Ingen af disse retter nåede imidlertid at tage stilling til Viking Lines påstande.

9. Den 2. december indgik Viking Line forlig på grund af truslen om strejke. Viking Line accepterede kravet om øget bemanding og indvilligede i ikke at indlede udflagningen før den 28. februar 2005. Selskabet accepterede ligeledes at hæve sagerne ved arbejdsretten og byretten.

10. ITF trak aldrig sin skrivelse tilbage, og opfordringen til medlemmerne om ikke at indlede forhandlinger med Viking Line forblev derfor i kraft. I mellemtiden fortsatte *Rosella* med at sejle med tab. Viking Line, der stadig ønskede at udflage fartøjet til Estland, planlagde at gøre det efter udløbet af den nye bemandingsaftale den 28. februar 2005.

11. Da Viking Line forventede, at et nyt forsøg på udflagning af *Rosella* igen ville føre til kollektive kampskrift fra ITF og FSU's side, anlagde virksomheden sag den 18. august 2004 ved Commercial Court i London med en anerkendelsespåstand og en påstand om nedlæggelse af forbud, idet ITF skulle pålægges at tilbagekalde skrivelsen og FSU forbydes at hindre Viking Lines udøvelse af sin ret til fri bevægelighed i henhold til fællesskabsretten i forbindelse med udflagningen af *Rosella*. Mens sagen verse-

2 — Rule III i ITF's vedtægter, som ændret på den 40. kongres i Vancouver, Canada, den 14.8. — 21.8.2002.

rede, blev bemandingsaftalen for Rosella forlænget indtil februar 2008. Følgelig var datoen 28. februar 2005 ikke længere af afgørende betydning, men Rosella fortsatte med at sejle med tab som følge af de arbejdsvilkår, der var mindre fordelagtige for Viking Line end de estiske arbejdsvilkår. Det var derfor fortsat vigtigt at afgøre sagen. Ved dom af 16. juni 2005 afsagde Commercial Court endelig dom, hvorved der — mod at Viking Line afgav løfte om ikke at afskedige arbejdstagere som følge af udflagningen — blev nedlagt forbud.

12. Den 30. juni 2005 iværksatte ITF og FSU appel til prøvelse af denne dom ved Court of Appeal (Civil Division). Ved kendelse af 3. november 2005 forelagde Court of Appeal en række udførligt formulerede spørgsmål for Domstolen med henblik på præjudiciel afgørelse [3]. Jeg håber ikke, at jeg forsimpler sagen, når jeg ud fra ønsket om at fatte mig i korthed sammenfatter disse spørgsmål til, hvad jeg mener grundlæggende er tre hovedspørgsmål.

13. Det første spørgsmål er, om kollektive kampskridt som dem, der er genstand for sagen, i analogi med dommen i Albanysagen [4] falder uden for anvendelsesområdet for artikel 43 EF og artikel 1, stk. 1, i Rådet forordning nr. 4055/86 [5] på grund af Fællesskabets socialpolitik.

14. Den forelæggende ret har for det andet rejst spørgsmålet, om de nævnte bestemmelser har »horisontal direkte virkning, således at bestemmelserne heri tillægger en privat virksomhed rettigheder, som kan gøres gældende over for en [...] fagforening eller et fagforbund i forbindelse med kollektive kampskridt indledt af denne fagforening eller dette fagforbund«.

15. Endelig ønsker den forelæggende ret oplyst, om skridt som dem, der er tale om i hovedsagen, under omstændigheder som de foreliggende udgør en begrænsning af den frie bevægelighed og, hvis dette er tilfældet, om de er objektivt begrundede, egnede og forholdsmæssige og skaber »en rimelig balance mellem den grundlæggende ret til at iværksætte kollektive skridt på den ene side og etableringsfriheden og retten til fri udveksling af tjenesteydelser på den anden side«. I denne sammenhæng ønsker den forelæggende ret ligeledes oplyst, om de pågældende skridt skal anses for at være udtryk for direkte forskelsbehandling, indirekte forskelsbehandling eller slet ikke udtryk for forskelsbehandling, og i hvilket omfang det i så fald påvirker vurderingen af dem på grundlag af de relevante bestemmelser om fri bevægelighed.

3 — EUT 2006 C 60, s. 16.

4 — Dom af 21.9.1999, sag C-67/96, Sml. I, s. 5751.

5 — Rådets forordning (EØF) nr. 4055/86 af 22.12.1986 om anvendelse af princippet om fri udveksling af tjenesteydelser inden for søtransport mellem medlemsstaterne indbyrdes og mellem medlemsstaterne og tredjelande (EFT L 378, s. 1, og berigtigelse i EFT 1988 L 117, s. 33).

II — Stillingtagen

A — *Indledende bemærkninger*

16. Den nationale rets spørgsmål vedrører artikel 1, stk. 1, i forordning nr. 4055/86 og artikel 43 EF.

17. Forordning nr. 4055/86 regulerer fri udveksling af tjenesteydelser inden for søtransport mellem medlemsstaterne indbyrdes og mellem medlemsstaterne og tredjelande. I kraft af forordningen »finder samtlige traktatens bestemmelser om fri udveksling af tjenesteydelser [...] anvendelse på området for søtransport mellem medlemsstater« [6]. Forordningens artikel 1, stk. 1, bestemmer, at »[f]ri adgang til at udføre søtransport mellem Fællesskabets medlemsstater [...] gælder for statsborgere i medlemsstaterne, såfremt de er hjemmehørende i en anden medlemsstat end den person, for hvem søtransporten udføres«. Grundlæggende er denne bestemmelse udtryk for princippet om den frie udveksling af tjenesteydelser, således som det er garanteret i artikel 49 EF, inden for søtransport [7].

18. Den foreliggende sag vedrører imidlertid primært etableringsfriheden, således som den er garanteret i artikel 43 EF. Viking Lines udflagning af *Rosella* ville være udtryk for udøvelse af etableringsfriheden. Således som Domstolen fastslog i dommen i sagen Factortame m.fl. er registreringen af et fartøj, der »er et middel til at udøve en økonomisk aktivitet, som omfatter en fast indretning i den pågældende stat«, en del af etableringen som omhandlet i artikel 43 EF [8].

19. Viking Line har således for det første til hensigt at udøve sin ret til etableringsfrihed for derefter at udøve sin ret til fri udveksling af tjenesteydelser. Omvendt forsøger ITF og FSU at undergive Viking Lines udøvelse af sin ret til etableringsfrihed visse vilkår, og har truet med boykot af Viking Lines passagerfærgevirksomhed, såfremt det beslutter at udflage *Rosella* uden at imødekomme deres krav.

B — *Anvendelsen af bestemmelserne om fri bevægelighed på faglige kampskridt*

20. FSU og ITF mener, at kollektive kampskridt, der iværksættes af en fagforening eller

6 — Dom af 5.10.1994, sag C-381/93, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 5145, præmis 13.

7 — Dom af 17.5.1994, sag C-18/93, Corsica Ferries, Sml. I, s. 1783.

8 — Dom af 25.7.1991, sag C-221/89, Sml. I, s. 3905, præmis 22.

et fagforbund, som fremmer formålene med Fællesskabets socialpolitik, falder uden for anvendelsesområdet for artikel 43 EF og forordning nr. 4055/86. De har gjort gældende, at anvendelsen af bestemmelserne om fri bevægelighed ville undergrave arbejdstagerens ret til at indgå kollektive overenskomster og til strejke med henblik på at opnå kollektive aftaler. I denne henseende har de understreget, at foreningsfriheden og strejkeretten er beskyttet som grundlæggende rettigheder i diverse internationale retsakter. Desuden er iagttagelsen af strejkeretten i relation til indgåelsen af kollektive overenskomster en fælles forfatningsmæssig tradition i medlemsstaterne og udgør derfor et grundlæggende princip i fællesskabsretten. FSU og ITF har med henvisning til Domstolens afgørelse i Albany-sagen[9] i analogi gjort gældende, at de sociale bestemmelser i traktatens afsnit XI faktisk udelukker anvendelsen af artikel 43 EF og forordning nr. 4055/86 i relation til arbejdskonflikter som den, der er tale om i den foreliggende sag.

21. Med sit første spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om dette synspunkt er korrekt. Efter min mening er det ikke tilfældet.

22. FSU og ITF har gjort gældende, at anvendelsen af bestemmelserne om fri bevægelighed i relation til kollektive kampskridt, der iværksættes af en fagforening eller et fagforbund, ville underminere formålene med Fællesskabets socialpolitik og gribe ind i den grundlæggende ret til foreningsfrihed og strejkeretten. Denne fortolkning er imidlertid ikke korrekt.

23. Bestemmelserne om etableringsfrihed og den frie udveksling af tjenesteydelser er på ingen måde uforenelige med beskyttelsen af grundlæggende rettigheder eller med opnåelsen af Fællesskabets socialpolitiske målsætninger. Hverken traktatens bestemmelser om fri bevægelighed eller foreningsfriheden og strejkeretten er absolutte rettigheder. Desuden er der intet i traktaten, der taler for, at Fællesskabets socialpolitiske målsætninger altid skulle have forrang for hensynet til at have et korrekt fungerende indre marked. Tværtimod betyder det forhold, at begge målsætninger er omfattet i traktaten, at Fællesskabet har som mål at forene disse politikker. Den omstændighed, at der opstår en begrænsning af den frie bevægelighed som følge af udøvelsen af en grundlæggende rettighed eller af adfærd, der falder inden for bestemmelser om socialpolitikken, indebærer derfor ikke, at bestemmelserne om fri bevægelighed bliver uanvendelige.

24. Denne konklusion støttes af retspraksis. I Schmidberger-sagen havde den østrigske regering tilladt en demonstration, der begrænsede de frie varebevægelser; den østrigske regering fandt, at et forbud mod demonstrationen ville have medført en tilsidesættelse af ytrings- og forsamlingsfrihe-

9 — Nævnt ovenfor i fodnote 4.

den [10]. I Omega-sagen skulle Domstolen tage stilling til en foranstaltning, der havde til formål at beskytte den menneskelige værdighed, men som også begrænsede den frie udveksling af tjenesteydelser [11]. I begge sager anerkendte Domstolen, at der var tale om grundlæggende rettigheder, som skulle iagttages som almindelige fællesskabsretlige principper [12]. I ingen af disse sager konkluderede Domstolen imidlertid, at de pågældende restriktioner faldt uden for bestemmelserne om fri bevægelighed. Domstolen fastslog derimod, at selv om disse bestemmelser fandt anvendelse, gik begrænsningerne af den frie bevægelighed ikke videre, end hvad der med rimelighed kunne anses for nødvendigt for at beskytte den berørte grundlæggende rettighed [13].

25. På samme måde har Domstolen konsekvent fastslået, at almene socialpolitiske hensyn kan begrunde visse begrænsninger i den frie bevægelighed, så længe disse begrænsninger ikke går videre end nødvendigt [14]. Domstolen har imidlertid aldrig accepteret, at sådanne begrænsninger skulle falde helt uden for anvendelsesområdet for bestemmelserne om fri bevægelighed. Bortset fra nogle få tilfælde i retspraksis, er foranstaltninger til beskyttelse af miljø [15], forbrugere [16], pressefrihed [17] og offentlig sundhed [18] alle blevet anset for at være omfattet af anvendelsesområdet for bestemmelserne om fri bevægelighed. Det ville være ulogisk, hvis foranstaltninger, som er truffet på grundlag af almene socialpolitiske hensyn, i modsætning hertil skulle være hævet over at blive vurderet i forhold til bestemmelserne om fri bevægelighed.

26. Endelig er jeg ikke overbevist om rigtigheden af den foreslåede analogi med Albany-sagen [19]. Albany-sagen vedrørte en kollektiv overenskomst, som var indgået mellem arbejdsgiver- og arbejdstagerorganisationer, hvorved der var oprettet en erhvervspensionsfond, hvortil tilslutning var obligatorisk. Domstolen fastslog, at den pågældende overenskomst på grund af sin art og sit formål ikke var omfattet af artikel 81 EF. Den omstændighed, at en aftale eller en handling ikke er omfattet af konkurrencereglernes anvendelsesområde, indebærer ikke nødvendigvis, at den også er udelukket fra anvendelsesområdet for bestemmelserne om fri bevægelighed. Tværtimod viser afgørelserne i

10 — Dom af 12.6.2003, sag C-112/00, Schmidberger, Sml. I, s. 5659.

11 — Dom af 14.10.2004, sag C-36/02, Omega, Sml. I, s. 9609.

12 — Schmidberger-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 10, præmis 71, 72 og 76, og Omega-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 11, præmis 34. Vedrørende beskyttelsen af menneskelig værdighed, se generaladvokat Stix-Hackls forslag til afgørelse i Omega-sagen, punkt 82-91.

13 — Schmidberger-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 10, præmis 93, og Omega-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 11, præmis 38-40.

14 — Jf. eksempelvis dom af 24.1.2002, Portugaia Construções L^da^, Sml. I, s. 787, præmis 22, og af 25.10.2001, forenede sager C-49/98, C-50/98, C-52/98 — C-54/98 og C-68/98 — C-71/98, Finalarte m.fl., Sml. I, s. 7831, præmis 33 og 49.

15 — Dom af 20.9.1988, sag 302/86, Kommissionen mod Danmark, Sml. s. 4607.

16 — Dom af 16.12.1980, sag 27/80, Fietje, Sml. s. 3839.

17 — Dom af 26.6.1997, sag C-368/95, Familiapress, Sml. I, s. 3989.

18 — Dom af 2.12.2004, sag C-41/02, Kommissionen mod Nederlandene, Sml. I, s. 11375, præmis 42.

19 — Nævnt ovenfor i fodnote 4. Jf. ligeledes domme af 21.9.1999, forenede sager C-115/97 — C-117/97, Brentjens', Sml. I, s. 6025, og sag C-219/97, Maatschappij Drijvende Bokken BV mod Stichting Pensioenfonds voor de Vervoer- en Havenbedrijven, Sml. I, s. 6121.

Wouters-sagen[20] og i Meca-Medina-sagen[21], at en aftale eller en handling kan være omfattet af det ene sæt bestemmelser og samtidig være udelukket fra det andet[22].

27. Desuden forekom det grundlæggende hensyn i Albany-dommen at have været at undgå en mulig modsigelse mellem traktatens bestemmelser. Traktaten opfordrer til social dialog med henblik på indgåelse af kollektive overenskomster om arbejds- og lønvilkår. Dette hensyn ville imidlertid blive bragt alvorligt i fare, hvis traktaten samtidig forbød sådanne overenskomster på grund af deres iboende virkning på konkurrencen[23]. Følgelig må kollektive overenskomster indrømmes en »begrænset antitrust-immunitet«[24]. Derimod indebærer traktatens bestemmelser om fri bevægelighed ikke en sådan risiko for selvmodsigelse, fordi — således som jeg har fremhævet det ovenfor — disse bestemmelser kan forenes med socialpolitiske hensyn[25].

28. Derfor foreslår jeg Domstolen at besvare den forelæggende rets første spørgsmål således: »Kollektive kampskridt, der iværksættes af fagforeninger eller fagforbund for at fremme formålene med Fællesskabets socialpolitik, er ikke af denne grund alene undtaget fra anvendelsesområdet for artikel 43 EF og forordning nr. 4055/86.«

C — *Den horisontale anvendelse af bestemmelserne om fri bevægelighed*

29. Den forelæggende rets andet spørgsmål vedrører den horisontale virkning af artikel 43 EF og 49 EF[26]. FSU og ITF har gjort gældende, at disse bestemmelser ikke pålægger dem pligter, eftersom bestemmelsernes mål er at finde anvendelse på offentlige foranstaltninger. De har understreget, at såvel FSU som ITF er privatretlige personer uden lovgivningskompetence. Viking Line har på den anden side gjort gældende, at den skal have mulighed for at støtte ret på nævnte bestemmelser, navnlig henset til fagforeningernes mulighed for at gribe ind i retten til fri bevægelighed.

30. Jeg vil vurdere spørgsmålet i fire etaper. Som udgangspunkt vil jeg først tage stilling til, om de pågældende bestemmelser kan

20 — Dom af 19.2.2002, sag C-309/99, Wouters m.fl., Sml. I, s. 1577.

21 — Dom af 18.7.2006, sag C-519/04 P, Meca-Medina og Majcen mod Kommissionen, Sml. I, s. 6991.

22 — Jf. ligeledes mit forslag til afgørelse fremsat den 10.11.2005 i sag C-205/03 P, FENIN mod Kommissionen, Sml. 2006 I, s. 6295, punkt 51.

23 — Albany-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 4, præmis 59.

24 — Generaladvokat Jacobs' forslag til afgørelse i Albany-sagen, punkt 179 og 183. Jf. ligeledes dom af 21.9.2000, sag C-222/98, Van der Woude, Sml. I, s. 7111, præmis 23-27, og EFTA-Domstolens dom af 22.3.2002, sag E-8/00, Landsorganisasjonen i Norge, præmis 35 og 36.

25 — Se punkt 23 og 25 ovenfor.

26 — Som jeg redegjorde for ovenfor i punkt 17, kan artikel 1, stk. 1, i forordning nr. 4055/86 sidestilles med artikel 49 EF med henblik på denne vurdering.

skabe forpligtelser for borgere. For det andet vil jeg forsøge at afgøre, hvilken type private handlinger bestemmelserne om fri bevægelighed finder anvendelse på. For det tredje vil jeg tage stilling til et ofte overset, men dog vigtigt problem: Hvorledes kan bestemmelserne om fri bevægeligheds horisontale virkning forenes med hensynet til den måde, hvorpå det i national ret er valgt at beskytte privat partsautonomi og konfliktløsning mellem borgere? Efter disse mere generelle betragtninger vil jeg endelig give mit forslag til besvarelse af spørgsmålet om, hvorvidt en virksomhed kan støtte ret på artikel 43 EF og artikel 1, stk. 1, i forordning nr. 4055/86 under en retssag mod en fagforening eller et fagforbund.

Skaber bestemmelserne om fri bevægelighed forpligtelser for borgere?

31. Traktaten tager ikke udtrykkeligt stilling til spørgsmålet om den horisontale virkning af artikel 43 EF og 49 EF. Det er derfor nødvendigt at tage hensyn til disse bestemmelsers placering og funktion i traktatens system.

32. Sammen med konkurrencebestemmelserne er bestemmelserne om fri bevægelighed del af et sammenhængende sæt af bestemmelser, hvis formål er beskrevet i artikel 3 EF[27]. Dette formål er at sikre den frie bevægelighed mellem medlemsstater af varer, tjenester, personer og kapital under frie konkurrencevilkår[28].

33. Bestemmelserne om fri bevægelighed og om konkurrence opnår hovedsageligt dette mål ved at tillægge markedsdeltagerne rettigheder. I det væsentlige beskytter bestemmelserne markedsdeltagere ved at sætte dem i stand til at anfægte visse hindringer, der er opstået for muligheden for at konkurrere på lige vilkår på det fælles marked[29]. Denne mulighed for at konkurrere på lige vilkår er et afgørende element i opfyldelsen af formålet om effektivitet for så vidt angår allokering af virksomheder inden for Fællesskabet som helhed. Uden bestemmelserne om fri bevægelighed og konkurrence ville det være umuligt at opnå Fællesskabets grundlæggende formål om at have et fungerende fælles marked.

34. Medlemsstaternes myndigheder er sædvanligvis i en situation, der gør det muligt for dem at gribe ind i det fælles markeds funktion ved at begrænse markedsdeltagernes aktiviteter. Det samme kan siges om

27 — Dom af 10.1.1985, sag 229/83, Leclerc m.fl., Sml. s. 1, præmis 9.

28 — Jf. artikel 3, litra a), c) og g), EF og eksempelvis dom af 13.7.1966, sag 32/65, Italien mod Rådet og Kommissionen, Sml. 1965-1968, s. 293, org.ref.: Rec. s. 563, og generaladvokat Van Gervens forslag til afgørelse fremsat den 29.6.1989 i sag C-145/88, B & Q, Sml. 1989, s. 3851, punkt 22.

29 — Jf. mit forslag til afgørelse fremsat den 7.4.2005 i sag C-446/03, Marks & Spencer, Sml. 2005 I, s. 10837, punkt 37-40.

visse virksomheder, som deltager i ulovligt samarbejde, eller som har en dominerende stilling på en væsentlig del af det fælles marked. Det er derfor ikke overraskende, at traktaten tillægger markedsdeltagere rettigheder, der kan gøres gældende over for medlemsstaternes myndigheder og over for sådanne virksomheder. Hvad sidstnævnte angår spiller konkurrencereglerne den væsentligste rolle; hvad angår medlemsstaternes myndigheder er det bestemmelserne om fri bevægelighed, der indtager denne rolle [30]. For effektivt at sikre markedsdeltagernes rettigheder har konkurrencereglerne således horisontal virkning [31], mens bestemmelserne om fri bevægelighed har vertikal virkning [32].

35. Dette er imidlertid ikke en bekræftelse af det modsatte argument, hvorefter traktaten skulle udelukke, at bestemmelserne om fri bevægelighed har horisontal virkning. Tværtimod følger en sådan horisontal virkning logisk af traktaten, når det er nødvendigt for at sikre, at markedsdeltagere inden for Fællesskabet har lige muligheder for at få adgang til alle dele af det fælles marked.

36. I sagens kerne opstår følgende spørgsmål: Indebærer traktaten, at bestemmelserne om fri bevægelighed, for at sikre det fælles markeds korrekte funktion, beskytter markedsdeltagernes rettigheder, ikke blot ved at begrænse medlemsstaternes myndigheders magt, men ligeledes ved at begrænse andre parters autonomi?

37. Visse forfattere har gjort sig til talsmænd for, at dette spørgsmål klart skal besvares benægtende — deres hovedargument er, at konkurrencebestemmelserne er tilstrækkelige til at overkomme de hindringer, der opstår for det fælles markeds korrekte funktion som følge af ikke-statslige aktørers handlinger [33]. Andre har derimod peget på, at private handlinger — dvs. handlinger, der ikke i sidste ende udspringer af staten, og som konkurrencereglerne ikke finder anvendelse på — meget vel kan forhindre det fælles markeds korrekte funktion, og at det derfor ville være forkert kategorisk at udelukke sådanne handlinger fra anvendelsesområdet for bestemmelserne om fri bevægelighed [34].

30 — Dom af 5.4.1984, forenede sager 177/82 og 178/82, Van de Haar og Kaveka, Sml. s. 1797, præmis 11 og 12, og af 27.9.1988, sag 65/86, Bayer, Sml. s. 5249, præmis 11.

31 — Dom af 27.3.1974, sag 127/73, BRT, Sml. s. 313. Jf. ligeledes som eksempel dom af 20.9.2001, sag C-453/99, Courage og Crehah, Sml. I, s. 6297.

32 — Jf. eksempelvis dom af 22.3.1977, sag 74/76, Ianelli & Volpi, Sml. s. 557, præmis 13, af 4.12.1974, sag 41/74, Van Duyn, Sml. s. 1337, præmis 4-8, af 7.7.1976, sag 118/75, Watson, Sml. s. 1185, præmis 12, og af 14.12.1995, forenede sager C-163/94, C-165/94 og C-250/94, Sanz de Lera m.fl., Sml. I, s. 4821, præmis 41.

33 — G. Marenco, »Competition between national economies and competition between businesses — a response to Judge Pescatore«, *Fordham International Law Journal*, bind 10 (1987) s. 420. Det samme synspunkt forekommer at ligge til grund for de obiter dicta, der fremgår af præmis 30 i dom af 1.10.1987, sag 311/85, Vlaamse Reisbureaus, Sml. s. 3801, og i præmis 74 i dom af 6.6.2002, sag C-159/00, Sapod Audic, Sml. I, s. 5031.

34 — P. Pescatore, »Public and Private Aspects of European Community Law«, *Fordham International Law Journal*, bind 10 (1987) s. 373, s. 378 og 379; J. Baquero Cruz, »Free movement and private autonomy«, *European Law Review*, 1999, s. 603-620, M. Waelbroeck, »Les rapports entre les règles sur la libre circulation des marchandises et les règles de concurrence applicables aux entreprises dans la CEE«, *Du droit international au droit de l'intégration*, Nomos, Baden Baden, 1987, s. 781-803.

38. Jeg mener, at det sidstnævnte synspunkt er mest realistisk. Det finder også støtte i retspraksis. Domstolen har anerkendt, at bestemmelserne om fri bevægelighed kan begrænse borgeres autonomi, bl.a. i dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig[35] og i Schmidberger-dommen[36]. Begge domme hviler grundlæggende på det ræsonnement, at private handlinger kan bringe formålet med bestemmelserne om fri bevægelighed i fare. Som en følge heraf har Domstolen fastslået, at borgere ikke må gives lov til at handle uden behørig hensyn til de rettigheder, som andre borgere kan udlede af bestemmelserne om fri bevægelighed. I sagen Kommissionen mod Frankrig afskar de franske landmænds voldelige protester andre personers frihed til at sælge eller importere frugt og grøntsager fra andre medlemsstater. I Schmidberger-sagen var hindringen for varernes frie bevægelighed ikke nær så alvorlig. Det er afgørende, at Domstolen til trods herfor afvejede retten til ytringsfrihed for en gruppe demonstranter mod et transportfirmas ret til frit at transportere varer fra en medlemsstat til en anden og derved anvendte det grundlæggende princip om varernes frie bevægelighed horisontalt.

39. Det kan noteres, at Schmidberger-sagen angik et søgsmål, der var anlagt af en borger mod staten. Sådanne søgsmål er sædvanlige i mange, hvis ikke alle, retssystemer, hvor der ikke kan støttes ret på en forfatningsbestemmelse som selvstændigt grundlag for civile søgsmål. Det er en alternativ måde at sikre den horisontale virkning af forfatningsmæssige rettigheder, nemlig ved at udlede en pligt for staten til på grundlag af disse rettigheder at gribe ind i situationer, hvor en borgers rettigheder trues af en anden borgers handlinger[37]. En tilsvarende og lige så almindelig måde at give forfatningsmæssige rettigheder normativ kraft i horisontale forhold er at anse dem for bindende for domstolene, når de afgør en sag mellem borgere. Uanset om domstolen fortolker en kontraktbestemmelse, tager stilling til et erstatningssøgsmål eller til en anmodning om foreløbige forholdsregler, skal domstolen som et statsligt organ træffe en afgørelse, der er i overensstemmelse med parternes forfatningsmæssige rettigheder[38]. Afgrænsning af individuelle rettigheder på disse måder er kendt som »mittelbare Drittwirking« eller horisontal

35 — Dom af 9.12.1997, sag C-265/95, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 6959.

36 — Nævnt ovenfor i fodnote 10.

37 — Jf. eksempelvis Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 10.4.2007, Evans mod Det Forenede Kongerige, præmis 75, og af 26.3.1985, X & Y mod Nederlandene, præmis 23-27. Vedrørende den europæiske menneskerettighedskonventions horisontale virkning, jf. D. Spielmann, »*L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées*«, Bruylant, Brussels, 1995; S. Besson, »Comment humaniser le droit privé sans commodifier les droits de l'homme«, *Droit civil et Convention européenne des droits de l'homme*, Zürich, Schulthess, 2006, s. 1-51.

38 — Et eksempel på en dom, hvor Domstolen skabte horisontal virkning på denne måde, er dom af 8.4.1976, sag 43/75, Defrenne, Sml. s. 455, præmis 35-37 og 40. Jf. ligeledes dom af 22.1.1981, sag 58/80, Dansk Supermarked mod Imerco, Sml. s. 181, præmis 12. National retspraksis bugner med eksempler, hvoraf jeg blot skal nævne nogle få, tilfældigt udvalgte: Det Forenede Kongerige: Campbell mod Mirror Group Newspapers [2005] 1 WLR 3394, præmis 17 og 18 (per Lord Nicholls); A mod B [2003] QB 195. Tyskland: BverfG 7, 198 (Lüth); BverfG 81, 242 (handelsagent); BverfG 89, 214 (garanti); BverfG, 1 BvR 12/92 af 6.2.2001 (ægtepagt). Nederlandene: Hoge Raad, 15.4.1994, Valkenhorst, NJ 1994, 608. Den Tjekkiske Republik: I. ÚS 326/99 (jf.: Bulletin of Constitutional Case Law, 2000, s. 240). Cypern: The Ship »Panayia Myrtidiotissa« mod Sidiropoulou m.fl. (1993) 1. J.S. C 991. To klassiske eksempler fra De Forenede Stater er USSC Shelley mod Kraemer, 334 U.S. 1 (1948) og USSC New York Times Co. mod Sullivan, 376 U.S. 254 (1964).

indirekte virkning. Resultatet er, at forfatningsbestemmelser, der er rettet mod staten, oversættes som retlige bestemmelser, der finder anvendelse mellem borgere, hvilket illustrerer, at »regeringen er tredjepart i alle borgerlige sager, og den er det i kraft af selve loven og den dommer, der afgør sagen« [39].

40. Med hensyn til afgrænsningen af rettigheders respektive områder kan det godt være, at horisontal indirekte virkning adskiller sig i form, men der er ingen forskel for så vidt angår indhold [40]. Dette forklarer, hvorfor Defrenne-dommen tages til indtægt for en anerkendelse af artikel 141 EF's »horisontale direkte virkning«, selv om Domstolen udlagde den horisontale virkning af denne bestemmelse som en pligt for de nationale domstole [41]. Det forklarer også, hvorfor Kommissionens argument, som den fremsatte under retsmødet, om, at Domstolen bør afvise at anerkende horisontal direkte virkning, fordi bestemmelserne om fri bevægelighed og undtagelserne hertil ikke var beregnet til at finde anvendelse på borgere, allerede er imødegået i retspraksis. Hvis Schmidberger-sagen havde skullet afgøres som et civilt søgsmål mellem transportfirmaet og demonstranterne, ville Domstolen stadig have skullet afveje førstnævntes ret til fri bevægelighed mod sidstnævntes ret til at demonstrere [42]. Den foreliggende sag havde således kunnet været forelagt for Domstolen inden for rammerne af et søgsmål anlagt mod de finske myndigheder, fordi de havde undladt at standse de kollektive kampskridt mod Viking Line. Det ville ikke have ændret det grundlæggende problem: Hvordan forenes Viking Lines ret til fri bevægelighed med foreningsfriheden og strejkeretten for FSU og ITF? [43]

På hvilken type private handlinger finder bestemmelserne om fri bevægelighed anvendelse?

41. Dette betyder imidlertid ikke, at bestemmelserne om fri bevægelighed altid kan påberåbes i sager, der er anlagt mod borgere. Den normative og socioøkonomiske magt, der er karakteristisk for statslige myndigheder, indebærer, at disse myndigheder pr. definition har potentiale til at forstyrre det fælles markeds korrekte funktion. Dette fænomen forstærkes af den omstændighed, at uanset om statslige myndigheders handlinger formelt set finder generel anvendelse, står de aldrig rigtigt alene. De er udtryk for et

39 — M. Shapiro og A. Stone Sweet, »*On Law, Politics & Judicialization*«, Oxford University Press, Oxford, 2002, s. 35. Jf. ligeledes C. Sunstein, »State Action is Always Present«, 3 *Chicago Journal of International Law* 465 (2002). Se ligeledes Defrenne-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 38, præmis 35.

40 — R. Alexy, »*A theory of constitutional rights*«, Oxford University Press, Oxford, 2002, s. 363; M. Kumm, »Who is Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law«, *German Law Journal*, Vol. 7, No. 4 (2006), s. 341-369, s. 352; M. Tushnet, »The issue of state action/horizontal effect in comparative constitutional law«, *International Journal of Constitutional Law*, bind 1, No. 1 (2003), s. 79-98, s. 98; og C. Sunstein, nævnt ovenfor i fodnote 39, s. 467 og 468.

41 — Defrenne-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 38, præmis 35-37 og 40.

42 — Jf. i samme retning: M. Kumm, og V. Ferreres Comella, »What is so special about constitutional rights in private litigation? A comparative analysis of the function of state action requirements and indirect horizontal effect«, *The Constitution in Private Relations*, Eleven International Publishing, Utrecht, 2005, s. 241-286, s. 253.

43 — Heraf betragtningen om, at »horisontal virkning vil, i sidste ende, altid være direkte« [o.a.: Domstolens oversættelse] W. Leisner, Grundrechte und Privatrecht, Beck, München, 1960, s. 378.

politisk valg og har derfor betydning for enhver, som ønsker at udøve sin ret til fri bevægelighed inden for deres retsområde. Det er desuden mindre sandsynligt, at statslige myndigheder i modsætning til private erhvervsdrivende tilpasser deres adfærd i overensstemmelse med forretningsmæssige incitamenter for at sikre markedets sædvanlige funktion[44]. Derfor omfatter anvendelsesområdet for bestemmelserne om fri bevægelighed enhver statslig handling eller undladelse, der kan hindre eller gøre udøvelsen af retten til fri bevægelighed mindre attraktiv[45].

42. Derimod har private aktører i mange tilfælde simpelthen ikke tilstrækkelig indflydelse til at kunne hindre andre i at gøre brug af deres ret til fri bevægelighed. Såfremt en individuel forretningsdrivende nægter at købe varer fra en anden medlemsstat, vil det ikke kunne hindre det fælles markeds funktion. Årsagen er, at leverandører fra andre medlemsstater stadig vil have mulighed for at markedsføre deres varer gennem alternative kanaler. Desuden vil den forretningsdrivende med al sandsynlighed lide under konkurrence fra forhandlere, som har færre skrupler ved at købe udenlandske varer, og som følgelig vil kunne tilbyde forbrugerne lavere priser og et større udbud. Denne udsigt vil i sig selv formentlig være egnet til at afskrække en forretningsdrivende fra at udvise en sådan adfærd. Markedet vil således »tage sig af det«. Under disse omstændigheder er der intet grundlag for, at fællesskabsretten skulle gribe ind.

43. Følgen er, at bestemmelserne om fri bevægelighed finder direkte anvendelse på enhver privat handling, der er egnet til effektivt at hindre andre i at udøve deres ret til fri bevægelighed. Men hvordan afgør man, om det er tilfældet? Jeg mener ikke, der er noget enkelt svar på det spørgsmål. Domstolen er i sin praksis gået forsigtigt frem ved at anerkende direkte horisontal anvendelse af bestemmelserne om fri bevægelighed i bestemte tilfælde.

44. En række af disse sager har vedrørt udøvelsen af intellektuelle ejendomsrettigheder[46]. Indehaverne af sådanne rettigheder har begrundede forretningsmæssige interesser i at udøve deres rettigheder på den måde, de ønsker[47]. Ikke desto mindre skal disse interesser afvejes over for princippet om de

44 — For en mere detaljeret diskussion af dette emne, se punkt 25 mit forslag til afgørelse i de forenede sager C-463/04 og C-464/04, Federconsumatori m.fl., der stadig verserer for Domstolen.

45 — Jf. ligeledes mit forslag til afgørelse i Marks & Spencer-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 29, punkt 37-40.

46 — Jf. eksempelvis domme af 31.10.1974, sag 15/74, Centrafarm, Sml. s. 1147, præmis 11 og 12, og sag 16/74, Winthorp, Sml. s. 1183, præmis 11 og 12, samt dom af 22.6.1976, sag 119/75, Terrapin, Sml. s. 1039.

47 — Jf. eksempelvis Centrafarm-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 46, præmis 9, dom af 17.10.1990, sag C-10/89, Hag II, Sml. I, s. 3711, præmis 13-14, og af 17.5.1988, sag 158/86, Warner Brothers og Metronome Video, Sml. s. 2605.

frie varebevægelser [48]. Ellers ville indehavere af intellektuelle ejendomsrettigheder »kunne opdele de nationale markeder og således foretage en restriktion af handelen mellem medlemsstater« [49].

45. Tilsvarende har Domstolen anvendt bestemmelserne om fri bevægelighed på nationale og internationale professionelle sportsorganisationer [50]. Det er indlysende hvorfor. De pågældende organisationer har bestemmende indflydelse på organiseringen af professional sport som en grænseoverskridende økonomisk aktivitet. De kan vedtage bestemmelser, der er bindende i praksis for næsten alle, der ønsker at udøve denne aktivitet. Som Domstolen bemærkede i Déliege-dommen, »[ville] afskaffelsen mellem medlemsstaterne af hindringerne for den frie bevægelighed for personer og den frie udveksling af tjenesteydelser [...] blive truet, hvis afskaffelsen af nationale skranker blev modvirket af hindringer, som skyldes, at sammenslutninger eller organer, der ikke henhører under den offentlige ret, udøver deres retlige autonomi« [51].

46. Anvendelsen af bestemmelserne om fri bevægelighed på private handlinger har særlig betydning på området for arbejdsvilkår og adgang til beskæftigelse [52]. Domstolen anerkendte dette i Angonese-dommen, da den anvendte artikel 39 EF på en privat bank i Bolzano [53]. Roman Angonese ønskede at deltage i en udvælgelsesprøve med henblik på ansættelse i denne bank. Adgangen til udvælgelsesprøven var imidlertid betinget af, at ansøgeren var i besiddelse af en attest for tosprogethed, der blev udstedt af myndighederne i Bolzano, og som kun kunne opnås dér. Betingelsen svarede til et tidligere gældende krav for adgang til ansættelse i offentlig tjeneste og forlængede således en etableret praksis. Som Domstolen fastslog i dommen, skaffede personer med bopæl i provinsen Bolzano sig normalt for alle tilfældes skyld attesten, før de søgte beskæftigelse, og anså næsten erhvervelse af attesten for et »obligatorisk trin i en almindelig uddannelse« [54]. Selv om Roman Angonese ikke var i besiddelse af attesten, var han fuldstændig tosproget og havde andre diplomer, der godtgjorde det. Han blev ikke desto mindre nægtet adgang til udvælgelsesprøven.

47. Arbejdstagere kan ikke ændre deres erhvervskvalifikationer eller få anden beskæftigelse lige så let, som handlende kan ændre deres varer eller finde alternative

48 — Jf. eksempelvis Hag II-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 47, præmis 15-20, og dom af 22.6.1994, sag C-9/93, IHT Internationale Heiztechnik mod Ideal-Standard, Sml. I, s. 2789, præmis 41-60.

49 — Centrafarm-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 46, præmis 12.

50 — Dom af 12.12.1974, sag 36/74, Walrave, Sml. s. 1405, af 14.7.1976, sag 13/76, Donà mod Mantero, Sml. s. 1333, af 15.12.1995, sag C-415/93, Bosman, Sml. I, s. 4921, af 11.4.2000, forenede sager C-51/96 og C-191/97, Déliege, Sml. I, s. 2549, og dommen i sagen Meca-Medina og Majcen mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 21, samt dom af 13.4.2000, sag C-176/96, Lehtonen og Castors Braine, Sml. I, s. 2681.

51 — Déliege-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 50, præmis 47, dommen i sagen Meca-Medina og Majcen mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 21, præmis 24, og i sagen Lehtonen og Castors Braine, nævnt ovenfor i fodnote 50, præmis 35.

52 — Dom af 8.5.2003, sag C-438/00, Deutscher Handballbund, Sml. I, s. 4135, præmis 32, bekræftet i dom af 12.4.2005, sag C-265/03, Simutenkov, Sml. I, s. 2579, præmis 33.

53 — Dom af 6.6.2000, sag C-281/98, Angonese, Sml. I, s. 4139. Se H. Ragnemalm, »Fundamental freedoms and private action: a new horizon for EU citizens?«, *EG domstolen inifrån*, Jure Förlag AB, 2006, s. 177.

54 — Angonese-dommen, præmis 7.

afsætningsmetoder. Ansættelsesvilkår som det, der var genstand for Angonese-sagen, kan derfor skade det fælles markeds funktion, også når det er en privat bank, der stiller kravet som del af en etableret regional praksis. Muligheden for, at økonomiske incitamenter i det lange løb vil bringe sådanne diskriminerende ansættelsesrutiner til ophør, er en ringe trøst for den person, der søger ansættelse i dag. Måske er talemåden »the market can stay irrational longer than you can stay solvent« [55] mere rammende for området for arbejdskraftens frie bevægelighed end for noget andet område.

48. Det følger af det ovenstående, at bestemmelserne om fri bevægelighed finder anvendelse på private handlinger, som på grund af deres generelle virkning for indehavere af retten til fri bevægelighed kan hindre dem i at udøve disse rettigheder ved at opstille en hindring, som de ikke med rimelighed kan overkomme.

Den horisontale virkning af bestemmelserne om fri bevægelighed og respekten for privat autonomi som beskyttet i henhold til national ret

49. Konstateringen af, at visse private aktører er underlagt bestemmelserne om fri bevægelighed, betyder naturligvis ikke enden på deres private autonomi. Det betyder heller ikke nødvendigvis, at de skal leve op til nøjagtig samme standarder som statslige myndigheder. Domstolen kan anlægge forskellige synsvinkler afhængigt af kilden til og alvoren af hindringen for udøvelsen af retten til fri bevægelighed og af den styrke og begrundelse, hvormed den private autonomi hævdes. Med andre ord kan private aktører stadig gøre ting, som offentlige myndigheder ikke kan [56].

50. Domstolen har ligeledes anerkendt, at medlemsstaternes råder over et skøn med hensyn til forebyggelsen af hindringer for den frie bevægelighed, der udspringer af borgernes handlinger [57]. I denne henseende har Domstolen fastslået, at »Fællesskabets institutioner [...] ikke [kan] træde i medlemsstaternes sted og foreskrive, hvilke foranstaltninger disse skal træffe bestemmelse om og bringe i anvendelse for at sikre de frie varebevægelser på deres områder« [58]. Bestemmelserne om fri bevægelighed foreskriver således ikke altid en bestemt løsning i hvert enkelt tilfælde, men sætter blot visse grænser, inden for hvilke en konflikt mellem to borgere kan løses [59].

55 — Tilskrives John Maynard Keynes.

56 — Jf. M. Kumm, nævnt ovenfor i fodnote 40, s. 352 og s. 362-364. Se også en tilsvarende konklusion hos C. Sunstein, nævnt ovenfor i fodnote 39.

57 — Schmidberger-dommen, nævnt i fodnote 10, præmis 82, 89 og 93.

58 — Dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig, nævnt ovenfor i fodnote 35, præmis 34.

59 — Der er dog tilfælde, hvor fællesskabsretten levner et begrænset eller slet intet skøn, således som det var tilfældet i Agonese-sagen (som angik direkte forskelsbehandling uden den ringeste antydning af rimelig begrundelse).

51. Dette har en vigtig konsekvens: Selv i tilfælde, der er omfattet af deres anvendelsesområde, erstatter bestemmelserne om fri bevægelighed ikke national ret som den relevante normative ramme for vurderingen af konflikter mellem borgere. Det står i stedet medlemsstaterne frit for at regulere privat adfærd, så længe de respekterer de rammer, der følger af fællesskabsretten.

52. Denne grad af frihed for medlemsstaterne har processuelle implikationer. Selv om bestemmelserne om borgerlig retspleje varierer i de forskellige nationale retssystemer, er det et fællestræk, at sagens parter har det primære ansvar for at definere sagens indhold og tvistens genstand. Hvis disse parter skulle have lov til at anlægge retssager ved en national domstol blot med henvisning til anvendelige traktatbestemmelser om fri bevægelighed, ville der opstå risiko for, at de nationale bestemmelser, der fandt anvendelse, ville blive ladt ude af betragtning. For at forhindre dette i at ske, kan medlemsstaterne i overensstemmelse med princippet om procesautonomi kræve, at retssager, der anlægges mod en borger på grund af en påstået tilsidesættelse af retten til fri bevægelighed, skal anlægges inden for rammerne af det nationale retssystem under påberåbelse af en national søgsmålsgrund, eksempelvis erstatning eller kontraktbrud.

53. Når den nationale ret skal tage stilling til den således indbragte tvist, skal den anvende national ret på en måde, der er i overensstemmelse med traktatens bestemmelser om fri bevægelighed [60]. Hvis dette ikke er muligt, og national ret er i strid med bestemmelserne om fri bevægelighed, har sidstnævnte forrang [61]. Såfremt der ikke står noget retsmiddel til rådighed, fordi national ret ikke foreskriver nogen søgsmålsgrund, hvorigennem en tilsidesættelse af retten til fri bevægelighed kan anfægtes, følger det af effektivitetsprincippet, at kravet kan gøres gældende direkte på grundlag af de relevante traktatbestemmelser [62].

54. National ret, der tager udgangspunkt i det nationale retssystems værdisæt, bevarer således sin egen placering i den normative ramme, der regulerer konflikter mellem borgere. Samtidig sikres fællesskabsrettens effektive virkning.

Bedømmelse af den foreliggende sag

55. Det fremgår af sagens faktiske omstændigheder, således som de er gengivet i forelæggelseskendelsen, at den praktiske

60 — Defrenne-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 38, præmis 24-26.

61 — Dom af 15.7.1964, sag 6/64, Costa mod ENEL, Sml. 1954-1964, s. 531, org.ref.: Rec. s. 585, og af 9.3.1978, sag 106/77, Simmenthal, Sml. s. 629.

62 — Jf., analogt, dom af 5.3.1996, forenede sager C-46/93 og C-48/93, Brasserie du Pêcheur og Factortame III, Sml. I, s. 1029, præmis 22, og af 19.11.1991, forenede sager C-6/90 og C-9/90, Francovich m.fl., Sml. I, s. 5357, samt Couragedommen, nævnt ovenfor i fodnote 31.

virkning af FSU og ITF's koordinerede kampskridt, navnlig da de udelukkede forhandlinger med ITF-tilknyttede medlemmer i Estland, var, at Viking Lines udøvelse af sin ret til etableringsfrihed blev betinget af FSU's accept. Samlet set kunne FSU og ITF's handlinger effektivt begrænse udøvelsen af etableringsfriheden for en virksomhed som Viking Line.

56. Jeg foreslår derfor Domstolen at besvare det andet spørgsmål, der er forelagt af den nationale ret, således: »Artikel 43 EF og artikel 1, stk. 1, i forordning nr. 4055/86 har horisontal virkning i nationale retssager mellem en virksomhed og en fagforening eller et fagforbund under omstændigheder som dem, der foreligger i hovedsagen.«

D — *Afbalancering af retten til etableringsfrihed og retten til at iværksætte kollektive kampskridt*

57. Viking Line ønsker, af åbenlyse forretningsmæssige grunde, at gøre brug af sin ret til etableringsfrihed. Traktaten beskytter denne ret, fordi en virksomheds mulighed for at flytte til en medlemsstat, hvor driftsomkostningerne vil være lavere, er helt central for formålet om en effektiv handel inden for Fællesskabet. Hvis virksomheder kun havde ret til at udnytte de produktionsressourcer, der er til rådighed i et bestemt land eller region, ville det hæmme den økonomiske udvikling i denne region samt i de regioner, hvor de ønskede ressourcer enklere står til rådighed. Udøvelsen af retten til etableringsfrihed er derfor af afgørende betydning for at øge den økonomiske velfærd i alle medlemsstaterne [63].

58. Mens retten til etableringsfrihed skaber generelle fordele, har den dog samtidig ofte smertelige konsekvenser, navnlig for arbejdstagerne i de virksomheder, der har besluttet sig for en udflytning. Det er uomgængeligt, at skabelsen af økonomisk fremgang gennem handel inden for Fællesskabet indebærer en risiko for arbejdstagere inden for Fællesskabet for at blive undergivet ændrede arbejdsvilkår eller endog at miste deres arbejde. Denne risiko, da den blev til virkelighed for besætningen på *Rosella*, var netop det, der udløste FSU og ITF's kampskridt.

59. Selv om traktaten opretter det fælles marked, vender den ikke det blinde øje til de arbejdstagere, der påvirkes væsentligt af dens negative konsekvenser. Tværtimod er det europæiske økonomiske system fast forankret i en social kontrakt: Arbejdstagere i hele

63 — Jf. eksempelvis M.W. Corden, »The Normative Theory of International Trade«, *The Handbook of International Economics*, bind 1, Elsevier, Amsterdam, 1984, s. 63, på s. 130; P. Kenen, »*The International Economy*«, Cambridge University Press, Cambridge, 2000; W. Molle, »*The Economics of European Integration: Theory, Practice and Policy*«, Ashgate, Aldershot, 2006.

Europa må acceptere de tilbagevendende negative konsekvenser, der er en naturlig følge af det fælles markeds skabelse af øget velstand, i bytte for hvilke samfundet må forpligte sig til at sikre generel forbedring af arbejdstagernes leve- og arbejdsvilkår, og til at yde økonomisk støtte til dem, der som følge af markedskræfterne kommer i vanskeligheder [64]. Som det fremgår af dens præambel, er denne kontrakt givet konkret udtryk i traktaten.

60. Foreningsfriheden og retten til at iværksætte kollektive kampskridt er væsentlige instrumenter for arbejdstagerne for at gøre deres stemme hørt og for at sikre, at regeringer og arbejdstagere lever op til deres del af den sociale kontrakt. De nævnte rettigheder udgør et middel til at understrege, at udflytning, som i sidste ende er en gevinst for samfundet, medfører omkostninger for de arbejdstagere, som vil blive flyttet, og at disse omkostninger ikke skal bæres af disse arbejdstagere alene. Retten til foreningsfrihed og til at iværksætte kollektive kampskridt er grundlæggende inden for Fællesskabets retsorden, således som det bekræftes af Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder [65]. Det væsentlige spørgsmål, der ligger til grund for den foreliggende sag, er imidlertid, til hvilke formål kollektive kampskridt kan tages i brug, og hvor langt de må gå. Dette spørgsmål knytter sig til en væsentlig udfordring for Fællesskabet og dets medlemsstater: at passe på de arbejdstagere, der rammes negativt af det fælles markeds funktion, samtidig med at sikre de overordnede fordele, der følger af handelen inden for Fællesskabet.

61. Den forelæggende ret har spurgt, om ITF og FSU's forventede kampskridt rammer »en rimelig balance mellem den grundlæggende ret til at iværksætte kollektive skridt på den ene side og etableringsfriheden og retten til fri udveksling af tjenesteydelser på den anden«. Efter at have placeret dette spørgsmål i et bredere perspektiv, er det nu muligt at se nærmere på formen og formålet med de omhandlede kollektive kampskridt.

62. En koordineret politik, der går ud på, at fagforeninger i fællesskab iværksætter kollektive kampskridt, udgør normalt en legitim måde at beskytte løn- og arbejdsvilkår for sømænd på. Kollektive kampskridt, der imidlertid har til virkning at opdele arbejdsmarkedet og at forhindre ansættelsen af sømænd fra visse medlemsstater for at beskytte arbejdspladserne for sømænd i andre medlemsstater, rammer lige i hjertet af det princip om forbud mod forskelsbehandling, som det fælles marked hviler på.

64 — Jf. for en tilsvarende betragtning C.K. Elwell, *»Foreign Outsourcing: Economic Implications and Policy Responses«*, CRS Report for Congress, 2005, på hjemmesiden: http://ec.europa.eu/employment_social/restructuring/facts_en.htm

65 — Artikel 12 og 28 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder. Jf. ligeledes punkt 48 i mit forslag til afgørelse fremsat den 14.12.2006 i sag C-305/05, Ordre des barreaux francophones et germanophone m.fl., der verserer for Domstolen.

63. For at fastslå, om den politik med koordineret iværksættelse af kollektive kampskridt, der er genstand for den foreliggende sag, har til virkning at opdele arbejdsmarkedet i strid med princippet om forbud mod forskelsbehandling, er det relevant at sondre mellem to typer af kollektive kampskridt, der kan komme på tale i den foreliggende sag: kollektive kampskridt, der iværksættes med det formål at overtale Viking Line til at bevare arbejdspladserne og arbejdsvilkårene for den nuværende besætning, og kollektive kampskridt, der iværksættes med det formål at forbedre ansættelsesvilkårene for sømænd inden for hele Fællesskabet.

Kollektive kampskridt, der iværksættes med hensyn til arbejdspladserne og arbejdsvilkårene for den nuværende besætning

64. En første grund for ITF og FSU til at iværksætte kollektive kampskridt kan være at afbøde eventuelle negative virkninger, som udflagningen af *Rosella* kan have for dets nuværende besætning. Koordinerede kollektive kampskridt kan følgelig tjene til eksempelvis at sikre deres løn- og arbejdsvilkår, forhindre afskedigelser eller til at opnå rimelig godtgørelse.

65. Henset til den skønsmargin, som fællesskabsretten overlader til medlemsstaterne, tilkommer det den nationale ret at afgøre, i lyset af de nationale bestemmelser, der finder anvendelse med hensyn til udøvelsen af retten til at iværksætte kollektive kampskridt, om det pågældende skridt går videre, end hvad der i henhold til national ret anses for lovligt for at beskytte den nuværende besætnings interesser. Med henblik på denne afgørelse har nationale retter en pligt i medfør af fællesskabsretten til at garantere, at sager vedrørende udflytning inden for Fællesskabet ikke behandles mindre fordelagtigt end flytning inden for en medlemsstats grænser.

66. Fællesskabsretten er således i princippet ikke til hinder for, at fagforeninger iværksætter kollektive kampskridt, som har til virkning at begrænse etableringsfriheden for en virksomhed, der har til hensigt at foretage en udflytning til en anden medlemsstat, for at beskytte denne virksomheds arbejdstagere.

67. Kollektive kampskridt, der iværksættes for at overtale en virksomhed til at fastholde dens nuværende arbejdspladser og arbejdsvilkår, må ikke forveksles med kollektive kampskridt, der iværksættes for at forhindre en virksomhed i at levere tjenesteydelser, når den vel er flyttet til udlandet. Den første type af kollektive kampskridt repræsenterer en legitim måde for arbejdstagere til at beskytte deres rettigheder, og svarer til, hvad der sædvanligvis vil ske, hvis flytningen skete til et andet sted inden for medlemsstaten. Det samme kan ikke siges om kollektive kampskridt, der blot har til formål at forhindre en virksomhed, der er flyttet til et andet land, i lovligt at levere sine tjenesteydelser i den medlemsstat, hvor den tidligere havde hjemsted.

68. Blokade eller trusler om blokade i form af kollektive kampskridt mod den lovlige levering af tjenesteydelser, som en virksomhed med hjemsted i en medlemsstat foretager til en anden medlemsstat, er grundlæggende den form for handelshindring, som Domstolen fastslog var uforenelig med traktaten i dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig [66], fordi den fuldstændig ser bort fra det fælles markeds grundlag. At tillade sådanne skridt ville desuden indebære en risiko for at skabe en tilstand af konstant gengældelse mellem sociale grupper i forskellige medlemsstater, hvilket kunne bringe det fælles marked og den solidaritetsånd, der er en del heraf, i alvorlig fare.

69. I modsætning til det, som ITF og FSU har gjort gældende, ændres denne konklusion ikke det mindste af Domstolens praksis om udstationerede arbejdstagere. I den særlige sammenhæng, hvori udstationerede arbejdstagere indgår, har Domstolen fastslået, at bestemmelserne om fri bevægelighed ikke er til hinder for, at medlemsstaterne anvender deres nationale bestemmelser om arbejdsvilkår og mindsteløn på udstationerede arbejdstagere, der midlertidigt udfører arbejde på deres område [67]. Medlemsstaterne kan anvende deres nationale standarder for arbejdstagerbeskyttelse på udstationerede arbejdstagere, for så vidt som det er nødvendigt og forholdsmæssigt for at sikre samme beskyttelsesniveau for udstationerede arbejdstagere og arbejdstagere fra værtsstaten [68]. Denne serie af afgørelser udspringer imidlertid hovedsageligt af et hensyn til ligebehandling og social sammenhængskraft mellem arbejdstagere. Det hensyn, der ligger til grund for retspraksis vedrørende udstationerede arbejdstagere, er ikke, at det gøres muligt at påtvinge nationale arbejds- og lønvilkår på virksomheder, der har hjemsted i en anden medlemsstat — om end det i et vist omfang kan have denne virkning — men at sikre, at arbejdstagere, der er midlertidigt udstationerede på en medlemsstats område, nyder samme grad af arbejdstagerbeskyttelse som deres kolleger i værtsmedlemsstaten, med hvem de ofte skal arbejde side om side. Dette formål er ganske enkelt ikke på tale i den foreliggende sag.

Kollektive kampskridt, der iværksættes for at forbedre ansættelsesvilkårene for sømænd inden for hele Fællesskabet

70. Naturligvis kan FSU sammen med ITF og andre fagforeninger gøre brug af koordinerede kollektive kampskridt som et middel til at forbedre ansættelsesvilkårene for sømænd inden for hele Fællesskabet. En politik, der går ud på at koordinere nationale fagforeningers indsats for at opnå et bestemt rettighedsniveau for sømænd, er i overensstemmelse med deres ret til at iværksætte kollektive kampskridt. I princippet er det en rimelig metode, der udgør en modvægt til de handlinger, der foretages af virksomheder,

66 — Nævnt ovenfor i fodnote 35.

67 — Jf. eksempelvis dom af 23.11.1999, forenede sager C-369/96 og C-376/96, Arblade m.fl., Sml. I, s. 8453, præmis 41 og 42, af 15.3.2001, Mazzoleni og ISA, Sml. I, s. 2189, præmis 29, og af 12.10.2004, sag C-60/03, Wolff & Müller, Sml. I, s. 9553, præmis 36.

68 — Dommen i sagen Arblade m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 67, præmis 53, i sagen Finalarte m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 14, præmis 41, og i sagen Mazzoleni og ISA, nævnt ovenfor i fodnote 67, præmis 35.

som ønsker at reducere deres udgifter til arbejdskraft ved at gøre brug af deres ret til fri bevægelighed. Man må i denne henseende ikke glemme, at arbejdstagere har en lavere grad af mobilitet end kapital eller virksomheder. Når de ikke kan stemme med deres fødder, må arbejdstagere handle i flok. Anerkendelsen på et europæisk plan af deres ret til at handle kollektivt indebærer således blot, at den logik, der ligger til grund for nationale kollektive kampskridt, overføres til den europæiske scene. På samme måde, som der er grænser for retten til at iværksætte kollektive kampskridt på nationalt plan, er der imidlertid også grænser for denne ret, når den udøves på europæisk plan.

71. En politik, der går ud på at iværksætte koordinerede kollektive kampskridt, vil let kunne misbruges på diskriminerende vis, hvis den udøves på grundlag af en pligt for alle nationale fagforeninger til at støtte kollektive kampskridt, der iværksættes af en af deres forbundsfæller. Det ville sætte enhver national fagforening i stand til at få opbakning fra andre fagforeninger til at gøre udflytning til en anden medlemsstat betinget af, at de arbejdstagerbeskyttelsesstandarder, som den selv foretrækker, skal finde anvendelse, selv efter at udflytningen har fundet sted. En sådan politik ville således faktisk have til virkning at beskytte visse nationale fagforeningers forhandlingskraft på bekostning af andre foreningers interesser, og at opdele arbejdsmarkedet i strid med bestemmelserne om fri bevægelighed.

72. Hvis andre fagforeninger derimod havde frihed til i en given situation at vælge, om de vil deltage i et kollektivt skridt eller ej, ville risikoen for diskriminerende misbrug af en koordineret politik være afværget. Om det er tilfældet under omstændigheder som dem, der gør sig gældende i den foreliggende sag, skal afgøres af den forelæggende ret.

III — Forslag til afgørelse

73. Henset til det ovenstående foreslår jeg Domstolen at besvare Court of Appeals spørgsmål således:

»1) Kollektive kampskridt, der iværksættes af fagforeninger eller fagforbund for at fremme formålene med Fællesskabets socialpolitik, er ikke af denne grund alene

undtaget fra anvendelsesområdet for artikel 43 EF og Rådets forordning (EØF) nr. 4055/86 af 22. december 1986 om anvendelse af princippet om fri udveksling af tjenesteydelser inden for søtransport mellem medlemsstaterne indbyrdes og mellem medlemsstaterne og tredjelande.

2) Artikel 43 EF og artikel 1, stk. 1, i forordning nr. 4055/86 har horisontal virkning i nationale retssager mellem en virksomhed og en fagforening eller et fagforbund under omstændigheder som dem, der foreligger i hovedsagen.

3) Artikel 43 EF er ikke til hinder for, at fagforeninger eller et fagforbund iværksætter kollektive kampskridt, som har til virkning at begrænse etableringsfriheden for en virksomhed, der har til hensigt at foretage en udflytning til en anden medlemsstat, for at beskytte denne virksomheds arbejdstagere. Det tilkommer den nationale ret at afgøre, om sådanne kampskridt er lovlige i lyset af nationale bestemmelser om udøvelsen af retten til at iværksætte kollektive kampskridt, forudsat at sager vedrørende udflytning inden for Fællesskabet ikke behandles mindre fordelagtigt end sager om flytning inden for medlemsstatens egne grænser.

4) Artikel 43 EF er til hinder for en koordineret politik, der går ud på, at fagforeninger og et fagforbund iværksætter kollektive kampskridt, hvorved etableringsfriheden begrænses, og som har til virkning at opdele arbejdsmarkedet og forhindre ansættelse af arbejdstagere fra visse medlemsstater for at beskytte arbejdspladser for arbejdstagere i andre medlemsstater.«