

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT

M. Poiares Maduro

föredraget den 23 maj 2007 ¹

1. Court of Appeal (England and Wales) (Civil Division) har i ett mål som överklagats från High Court of Justice (Commercial Court) ställt ett antal frågor som kräver att domstolen tar sig an frågor som är såväl komplexa ur rättslig synvinkel som mycket socialpolitiskt känsliga. I vissa fall är svaren enkla när frågorna är svåra. Detta är dock inte ett sådant fall. I sammandrag var det följande omständigheter som gav upphov till det nu aktuella fallet. Ett finländskt rederi som bedrev färjetrafik mellan Helsingfors och Tallinn önskade flytta sitt etableringsställe till Estland för att tillhandahålla sina tjänster från detta land och dra fördel av den där rådande lägre lönenivån. Ett finländskt fackförbund försökte med stöd av en internationell sammanslutning av fackföreningar förhindra detta och hotade med strejk och bojkott om bolaget skulle flytta utan att bibehålla dåvarande lönenivå. De rättsliga problem som har uppkommit i detta låsta läge rör dels frågan huruvida bestämmelserna i fördraget om fri rörlighet har horisontell effekt, dels förhållandet mellan sociala rättigheter och den fria rörligheten.

I — Bakgrund och begäran om förhandsavgörande

Parterna

2. Viking Line ABP (nedan kallat Viking Line) är ett finländskt rederi som bedriver passagerarfärjetrafik. OÜ Viking Line Eesti är dess estniska dotterbolag. Viking Line äger fartyget *Rosella* som går under finländsk flagg på rutten Tallinn-Helsingfors mellan Estland och Finland. Besättningen på *Rosella* är medlemmar i Finlands sjömansunion (nedan kallad FSU).

3. FSU är ett nationellt fackförbund som företräder sjöfartsanställda och har sitt huvudkontor i Helsingfors. Det har cirka 10 000 medlemmar, inklusive besättningen på *Rosella*. FSU är anslutet till Internationella transportarbetarefederationen (nedan kallat ITF).

1 — Originalspråk: portugisiska.

4. ITF är en sammanslutning av 600 transportarbetarförbund i 140 länder och har sitt huvudkontor i London. Ett av ITF:s främsta policyområden är dess handlingsprogram avseende fartyg under bekvämlighetsflagg (*flag of convenience*, nedan kallat FOC). Under förhandlingen vid Commercial Court förklarade ordföranden för ITF att "de främsta målen för FOC-kampanjen är att i första hand avskaffa bekvämlighetsflaggen och få till stånd ett verkligt samband mellan fartygets flagg och ägarens nationalitet och i andra hand skydda och förbättra villkoren för sjöfartsanställda som tjänstgör på FOC-fartyg". Enligt den handling i vilken ITF:s FOC-policy fastställs anses ett fartyg gå under bekvämlighetsflagg "när den verkliga äganderätten och kontrollen av fartyget kan hänföras till en annan stat än flaggstaten". I samma handling anges att "fackliga organisationer i länder dit den verkliga äganderätten kan hänföras har rätt att ingå avtal som omfattar fartyg som ägs i deras länder". FOC-kampanjen genomförs med stöd av bojkotter och sympatiåtgärder.

Tallinn och Helsingfors. Estniska löner för sjöfartsanställda var lägre än finländska löner. Eftersom *Rosella* gick under finländsk flagg, var Viking Line enligt finländsk lag och enligt kollektivavtal skyldigt att tillämpa den finländska lönenivån på besättningen.

6. I oktober 2003 avsåg Viking Line att flagga ut *Rosella* och registrera fartyget i Estland i syfte att ingå ett kollektivavtal med en estnisk fackförening. Rederiet informerade besättningen och FSU om sina planer. FSU gjorde klart för Viking Line att det motsatte sig planerna på att flagga ut *Rosella*.

Faktiska omständigheter

5. Trafiken med *Rosella* gick med förlust på grund av konkurrensen från fartyg som gick under estnisk flagg på samma rutt mellan

7. I ett e-post-meddelande av den 4 november 2003 begärde FSU att ITF skulle informera alla anslutna fackföreningar om situationen och uppmana dem att inte förhandla med Viking Line. ITF hörsammade begäran och skickade den 6 november 2003 ut ett cirkulär i enlighet med dess FOC-policy. I cirkuläret angavs att *Rosella* faktiskt sett fortfarande ägdes i Finland, vilket innebar att FSU hade kvar sin förhandlingsrätt. I cirkuläret uppmanades anslutna fackföreningar att inte inleda förhandlingar med Viking Line. Med hänsyn till solidaritetsprincipen skulle anslutna fackför-

eningar avstå från att handla i strid med cirkuläret. En underlåtelse att följa cirkuläret kunde leda till sanktionsåtgärder — i värsta fall uteslutning från ITF.² Cirkuläret utgjorde därför ett faktiskt hinder för Viking Line att kringgå FSU och förhandla direkt med en estnisk fackförening.

ningen och att inte inleda någon utflaggning före den 28 februari 2005. Rederiet gick även med på att återkalla sin talan vid arbetsdomstolen och tingsrätten.

8. Dessutom gjorde FSU gällande att besättningsavtalet för *Rosella* löpte ut den 17 november 2003 och att det följaktligen inte lägre var skyldigt att iaktta fredsplikten. FSU varslade om sin avsikt att inleda fackliga stridsåtgärder med avseende på *Rosella* den 2 december 2003. Fackförbundet begärde en utökning av besättningen med åtta personer och att Viking Line antingen skulle överge sina utflaggningsplaner eller, för det fall en utflaggning skedde, att besättningen skulle anställas enligt finländska arbetsvillkor. Viking Line väckte talan både vid arbetsdomstolen i Helsingfors, med yrkande om att denna domstol skulle fastställa att besättningsavtalet skulle fortsätta att gälla, och vid tingsrätten i Helsingfors, med yrkande om att tingsrätten skulle anta ett föreläggande om förbud att vidta strejkåtgärder. Ingen av domstolarna hann emellertid pröva Viking Lines talan i tid.

9. Till följd av hotet om strejk gjorde Viking Line den 2 december upp tvisten i godo. Viking Line gick med på att utöka besätt-

10. ITF återkallade aldrig cirkuläret, och uppmaningen till anslutna fackföreningar att inte inleda förhandlingar med Viking Line fortsatte således att gälla. Under tiden fortsatte trafiken med *Rosella* att gå med förlust. Viking Line, som fortfarande önskade flagga ut fartyget till Estland, planerade att genomföra utflaggningen efter att det nya besättningsavtalet hade löpt ut den 28 februari 2005.

11. Viking Line, som förutsåg att ett nytt försök att flagga ut *Rosella* genast skulle leda till att ITF och FSU på nytt tillgrep fackliga stridsåtgärder, väckte talan om fastställelse och förbuds föreläggande vid Commercial Court i London den 18 augusti 2004, med yrkande om att ITF skulle förpliktas att återkalla cirkuläret och FSU förbjudas att förhindra Viking Lines utövande av den fria rörligheten i samband med utflaggningen av *Rosella*. Medan förfarandet pågick förnyades bemanningsavtalet för *Rosella* till och med februari 2008. Detta innebar att datumet den 28 februari 2005 inte längre var av central betydelse, men trafiken med *Rosella* fortsatte att gå med förlust till följd av att de gällande

2 — Regel III i ITF:s stadgar, i ändrad lydelse enligt 40:e kongressen, Vancouver, Kanada, den 14 augusti–den 21 augusti 2002.

arbetsvillkoren var mindre förmånliga för Viking Line än estniska arbetsvillkor. Det var således fortfarande viktigt att finna en lösning på situationen. I dom av den 16 juni 2005 utfärdade Commercial Court ett slutgiltigt förbudsföreläggande till följd av att Viking Line hade åtagit sig att inte säga upp personal till följd av utflaggningen.

12. ITF och FSU överklagade domen till Court of Appeal (Civil Division) den 30 juni 2005. I beslut av den 3 november 2005 hänsköt Court of Appeal ett stort antal mycket välformulerade frågor till domstolen med begäran om förhandsavgörande.³ Jag hoppas att jag inte förenklar frågorna alltför mycket när jag av utrymmesskal sammanfattar dem i vad som utgör tre huvudfrågor.

13. Den första frågan avser huruvida det följer av en tolkning som görs i analogi med domen i målet Albany⁴ att de i målet aktuella fackliga stridsåtgärderna, med hänsyn till gemenskapens socialpolitik, inte anses skola omfattas av tillämpningsområdet

för artikel 43 EG och artikel 1.1 i rådets förordning (EEG) nr 4055/86⁵.

14. För det andra har den hänskjutande domstolen tagit upp frågan huruvida nämnda bestämmelser "har horisontell direkt effekt i den meningen att ett privaträttsligt företag tillerkänns rättigheter som det kan göra gällande gentemot ... en fackförening eller en sammanslutning av fackföreningar när det gäller sådana fackliga stridsåtgärder som fackföreningen eller sammanslutningen av fackföreningar vidtar".

15. Slutligen vill den hänskjutande domstolen få klarhet i huruvida sådana fackliga stridsåtgärder som de som är aktuella i målet under de omständigheter som föreligger i förevarande fall utgör en begränsning av den fria rörligheten, och om så är fallet, huruvida stridsåtgärderna är sakligt motiverade, lämpliga och proportionerliga och "utgör en skälig avvägning mellan å ena sidan den grundläggande sociala rättigheten att tillgripa fackliga stridsåtgärder och å andra sidan etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster". I detta sammanhang vill den hänskjutande domstolen även få klarhet i huruvida de i målet aktuella fackliga stridsåtgärderna skall anses vara direkt diskriminerande, indirekt diskriminerande eller inte alls diskriminerande, och i vilken utsträckning detta skall påverka den hänskjutande domstolens bedömning i enlighet med de relevanta bestämmelserna om fri rörlighet.

3 — EUT C 60, 2006, s. 16.

4 — Dom den 21 september 1999 i mål C-67/96, Albany (REG 1999, s. I-5751).

5 — Rådets förordning (EEG) nr 4055/86 av den 22 december 1986 om tillämpning av principen om frihet att tillhandahålla tjänster på sjötransportområdet mellan medlemsstater samt mellan medlemsstater och tredje land (EGT L 378, s. 1; svensk specialutgåva, område 7, volym 3, s. 145).

II — Bedömning

A — Inledande anmärkningar

16. De frågor som den nationella domstolen har hänskjutit hänför sig till artikel 1.1 i förordning nr 4055/86 och artikel 43 EG.

17. I förordning nr 4055/86 regleras principen om frihet att tillhandahålla tjänster på sjötransportområdet mellan medlemsstater samt mellan medlemsstater och tredje land. Genom förordningen blir "samtliga regler i fördraget om friheten att tillhandahålla tjänster" tillämpliga på området för sjötransporter mellan medlemsstater.⁶ I artikel 1.1 i förordningen föreskrivs att "[f]rihet att utföra sjötransporter mellan medlemsstater ... skall gälla för medborgare i medlemsstater med hemvist i en annan medlemsstat än den person för vilken sjötransporten utförs". Bestämmelsen ger uttryck för principen om frihet att tillhandahålla tjänster enligt artikel 49 EG, på området för sjötransporter.⁷

18. Förevarande mål rör i huvudsak den etableringsfrihet som garanteras enligt artikel 43 EG. Viking Lines utflaggning av *Rosella* har påståtts utgöra ett utövande av etableringsfriheten. Domstolen har i domen i målet *Factortame* m.fl. slagit fast att registreringen av ett fartyg som används "för att utöva en ekonomisk verksamhet som inbegriper en fast inrättning i den berörda staten" utgör en etablering i den mening som avses i artikel 43 EG.⁸

19. Viking Line avser således att först utöva etableringsfriheten och därefter utöva friheten att tillhandahålla tjänster. ITF och FSU försöker å sin sida uppställa vissa villkor för Viking Lines utövande av etableringsfriheten och har hotat med att genomföra en bojkott av Viking Lines passagerarfärjetrafik om rederiet beslutar att flagga ut *Rosella* utan att ha uppfyllt deras krav.

B — Huruvida bestämmelserna om fri rörlighet är tillämpliga på fackliga stridsåtgärder

20. FSU och ITF anser att fackliga stridsåtgärder som vidtas av en fackförening eller

6 — Dom av den 5 oktober 1994 i mål C-381/93, kommissionen mot Frankrike (REG 1994, s. I-5145; svensk specialutgåva, volym 16, s. I-223), punkt 13.

7 — Dom av den 17 maj 1994 i mål C-18/93, Corsica Ferries (REG 1994, s. I-1783; svensk specialutgåva, volym 15, s. 113).

8 — Dom av den 25 juli 1991 i mål C-221/89, *Factortame* m.fl. (REG 1991, s. I-3905; svensk specialutgåva, volym 11, s. 313), punkt 22.

en sammanslutning av fackföreningar och som syftar till att uppnå sådana mål som eftersträvas med gemenskapens socialpolitik inte omfattas av artikel 43 EG och förordning nr 4055/86. De har gjort gällande att en tillämpning av bestämmelserna om fri rörlighet skulle äventyra arbetstagarnas rätt att förhandla kollektivt och strejka för att få till stånd ett kollektivavtal. De har i detta sammanhang framhållit att föreningsfriheten och strejkrätten är skyddade såsom en grundläggande rättighet i olika internationella rättsliga instrument. Dessutom är skyddet för strejkrätten i samband med kollektiva förhandlingar en konstitutionell tradition som är gemensam för medlemsstaterna och det utgör således en grundläggande gemenskapsrättslig princip. FSU och ITF har med hänvisning till en analog tolkning av domstolens resonemang i domen i målet Albany⁹ gjort gällande att de sociala bestämmelserna i avdelning XI i fördraget i själva verket förhindrar en tillämpning av artikel 43 EG och förordning nr 4055/86 i sådana arbetsrättsliga tvister som tvisten vid den nationella domstolen.

21. Den hänskjutande domstolen har ställt den första frågan för att få klarhet i huruvida denna ståndpunkt är riktig. Enligt min mening måste svaret bli nekande.

22. FSU och ITF antar i själva verket att en tillämpning av bestämmelserna om fri rörlighet i en situation där en fackförening eller en sammanslutning av fackföreningar vidtar stridsåtgärder skulle äventyra de mål som eftersträvas med gemenskapens socialpolitik

och innebära att föreningsfriheten och strejkrätten fränkades ställning som grundläggande rättighet. Detta antagande är emellertid inte riktigt.

23. Bestämmelserna om etableringsfrihet och frihet att tillhandahålla tjänster är inte alls oförenliga med skyddet för grundläggande rättigheter eller förverkligandet av målen med gemenskapens socialpolitik. Varken fördragets bestämmelser om fri rörlighet eller föreningsfriheten och strejkrätten är absoluta. Dessutom finns det ingenting i fördraget som tyder på att de mål som eftersträvas med gemenskapens socialpolitik alltid skall ha företräde framför målet att ha en väl fungerande gemensam marknad. Det förhållandet att målen för båda dessa politikområden har tagits in i fördraget visar tvärtom att gemenskapens syfte är att förena dessa politikområden. Bestämmelserna om fri rörlighet upphör således inte att vara tillämpliga när utövandet av en grundläggande rättighet eller en handling som omfattas av de sociala bestämmelserna leder till en begränsning av den fria rörligheten.

24. Denna slutsats har stöd i rättspraxis. I domen i målet Schmidberger beviljade den österrikiska regeringen tillstånd för en sammankomst som innebar en begränsning av den fria rörligheten för varor. Den ansåg att

9 — Ovan fotnot 4.

om sammankomsten hade förbjudits skulle det ha inkräktat på yttrandefriheten och mötesfriheten.¹⁰ I målet Omega skulle domstolen bedöma en åtgärd som syftade till att skydda den mänskliga värdigheten, men som även utgjorde en inskränkning av rätten att tillhandahålla tjänster.¹¹ I båda fallen uttalade domstolen att det var fråga om grundläggande rättigheter som måste iaktas såsom allmänna principer för gemenskapsrätten.¹² Inte i något av fallen fann emellertid domstolen att de ifrågavarande begränsningarna därför var undantagna från tillämpningsområdet för bestämmelserna om fri rörlighet. Domstolen konstaterade i stället att, trots att dessa bestämmelser var tillämpliga, begränsningarna av den fria rörligheten inte gick utöver vad som skäligen kunde anses nödvändigt för att skydda de grundläggande rättigheterna i fråga.¹³

Domstolen har beträffande åtgärder för miljöskydd,¹⁵ konsumentskydd,¹⁶ pressfrihet¹⁷ och folkhälsan¹⁸, bara för att nämna några exempel från rättspraxis, i samtliga fall ansett att de omfattas av bestämmelserna om fri rörlighet. Det skulle således vara märkligt om man kom till slutsatsen att åtgärder som vidtas för att uppnå socialpolitiska mål däremot skulle vara undantagna från prövning enligt bestämmelserna om fri rörlighet.

25. Domstolen har även i fast rättspraxis uttalat att mål av allmänintresse på socialpolitikens område kan motivera en viss begränsning av den fria rörligheten, under förutsättning att dessa begränsningar inte går utöver vad som är nödvändigt.¹⁴ Domstolen har emellertid inte godtagit argumentet att sådana begränsningar inte alls skulle omfattas av bestämmelserna om fri rörlighet.

26. Slutligen anser jag inte att den tolkning som görs i analogi med domen i målet Albany¹⁹ är övertygande. Målet Albany rörde ett kollektivavtal mellan arbetstagar- och arbetsgivarorganisationer som innebar upprättandet av en tjänstepensionsfond med obligatorisk anslutning. Domstolen slog fast att avtalet i fråga på grund av sin art och sitt ändamål inte omfattades av artikel 81 EG. Det förhållandet att ett avtal eller en verksamhet inte omfattas av konkurrensreglerna innebär dock inte att avtalet eller verksam-

10 — Dom av den 12 juni 2003 i mål C-112/00, Schmidberger (REG 2003, s. I-5659).

11 — Dom av den 14 oktober 2004 i mål C-36/02, Omega (REG 2004, s. I-9609).

12 — Domarna i målen Schmidberger (ovan fotnot 10), punkterna 71-72 och 76, och Omega (ovan fotnot 11), punkt 34. Se angående skyddet av den mänskliga värdigheten som en grundläggande rättighet i gemenskapsrätten, generaladvokaten Stix-Hackls förslag till avgörande i målet Omega, punkterna 82-91.

13 — Domarna i målen Schmidberger (ovan fotnot 10), punkt 93, och Omega (ovan fotnot 11), punkterna 38-40.

14 — Se, exempelvis, dom av den 24 januari 2002 i mål C-164/99, Portuguesa Construções (REG 2002, s. I-787), punkt 22, och dom av den 25 oktober 2001 i de förenade målen C-49/98, C-50/98, C-52/98-C-54/98 och C-68/98-C-71/98, Finalarte m.fl. (REG 2001, s. I-7831), punkterna 33 och 49.

15 — Dom av den 20 september 1988 i mål C-302/86, kommissionen mot Danmark (REG 1988, s. 4607; svensk specialutgåva, volym 9, s. 4607).

16 — Dom av den 16 december 1980 i mål C-27/80, Fietje (REG 1980, s. 3839).

17 — Dom av den 26 juni 1997 i mål C-368/95, Familiapress (REG 1997, s. I-3689).

18 — Dom av den 2 december 2004 i mål C-41/02, kommissionen mot Nederländerna (REG 2004, s. I-11375), punkt 42.

19 — Ovan fotnot 4. Se även domar av den 21 september 1999 i de förenade målen C-115/97-C-117/97, Brentjens' (REG 1999, s. I-6025), och i mål C-219/97, Drijvende Bokken (REG 1999, s. I-6121).

heten även undantas från tillämpningsområdet för bestämmelserna om fri rörlighet. Tvärtom framgår det av domarna i målen Wouters²⁰ och Meca-Medina²¹ att ett avtal eller en verksamhet kan omfattas av ett av regelverken medan de samtidigt är undantagna från det andra.²²

27. Vidare tycks det underliggande problemet i målet Albany ha varit att undvika en eventuell motsättning i fördraget. Fördraget främjar en dialog mellan arbetsmarknadens parter som kan leda till kollektivavtal angående arbets- och lönevillkor. Detta syfte skulle allvarligt äventyras om fördraget samtidigt skulle innebära ett förbud mot sådana avtal på grund av deras inneboende inverkan på konkurrensen.²³ Kollektivavtal måste således åtnjuta ett "begränsat undantag från konkurrensreglerna".²⁴ Beträffande fördragets bestämmelser om fri rörlighet finns det däremot inte någon sådan risk för motsättningar, eftersom dessa bestämmelser, såsom påpekats ovan, kan förenas med de mål som eftersträvas med socialpolitiken.²⁵

28. Jag föreslår därför att domstolen skall lämna följande svar på den första frågan som ställts av den nationella domstolen: "Fackliga stridsåtgärder som vidtas av en fackförening eller en sammanslutning av fackföreningar och som syftar till att uppnå sådana mål som eftersträvas med gemenskapens socialpolitik är inte enbart av det skälet undantagna från tillämpningsområdet för artikel 43 EG och förordning nr 4055/86."

C — Huruvida bestämmelserna om fri rörlighet är horisontellt tillämpliga

29. Den nationella domstolen har ställt den andra tolkningsfrågan för att få klarhet i huruvida artiklarna 43 EG och 49 EG har horisontell effekt.²⁶ FSU och ITF har gjort gällande att dessa bestämmelser inte kan åberopas för att ålägga dem några skyldigheter, eftersom bestämmelserna syftar till att reglera offentliga åtgärder. De har påpekat att både FSU och ITF är privaträttsliga juridiska personer utan normgivningsmakt. Viking Line har gjort gällande att rederiet måste kunna åberopa bestämmelserna i fråga, särskilt med hänsyn till fackföreningarnas möjligheter att påverka den fria rörligheten.

30. Jag skall behandla denna fråga i fyra steg. Som utgångspunkt skall jag först förklara varför de ifrågavarande bestämmelserna kan

20 — Dom av den 19 februari 2002 i mål C-309/99, Wouters m.fl. (REG 2002, s. I-1577).

21 — Dom av den 18 juli 2006 i mål C-519/04 P, Meca-Medina och Majcen mot kommissionen (REG 2006, s. I-6991).

22 — Se även mitt förslag till avgörande av den 10 november 2005 i mål C-205/03 P, FENIN mot kommissionen (REG 2006, s. I-6295), punkt 51.

23 — Domen i målet Albany (ovan fotnot 4), punkt 59.

24 — Generaladvokaten Jacobs förslag till avgörande i målet Albany, punkterna 179 och 183. Se även dom av den 21 september 2000 i mål C-222/98, Van der Woude (REG 2000, s. I-7111), punkterna 23–27, och EFTA-domstolens dom av den 22 mars 2002 i mål E-8/00, Landsorganisasjonen i Norge, punkterna 35 och 36.

25 — Se ovan punkterna 23 och 25.

26 — Såsom jag har förklarat ovan i punkt 17, kan artikel 1.1 i förordning nr 4055/86 jämföras med artikel 49 EG inom ramen för denna bedömning.

medföra skyldigheter för enskilda. Jag skall sedan försöka klarlägga vilken typ av handlingar, som vidtas av enskilda, som bestämmelserna om fri rörlighet är tillämpliga på. Därefter skall jag behandla ett ofta bortglömt men viktigt problem, nämligen hur den horisontella effekten av bestämmelserna om fri rörlighet kan förenas med det sätt på vilket den personliga friheten skyddas och konflikter mellan enskilda löses enligt den nationella rätten. Efter dessa generella anmärkningar skall jag föreslå ett svar på frågan huruvida ett företag, i ett domstolsförfarande, med framgång kan åberopa artikel 43 EG och artikel 1.1 i förordning nr 4055/86 mot en fackförening eller en sammanslutning av fackföreningar.

Huruvida bestämmelserna om fri rörlighet medför skyldigheter för enskilda

31. Fördraget ger inte något uttryckligt svar på frågan huruvida artiklarna 43 EG och 49 EG har horisontell effekt. Det är således nödvändigt att beakta var i fördraget bestämmelserna är placerade och vilken funktion de har i detta.

32. Tillsammans med konkurrensbestämmelserna ingår bestämmelserna om fri

rörlighet i ett sammanhållet regelsystem, vars syfte framgår av artikel 3 EG.²⁷ Syftet är att säkerställa en fri rörlighet mellan medlemsstaterna av varor, tjänster, personer och kapital på villkor som garanterar att konkurrensen inte snedvrids.²⁸

33. Detta syfte uppnås i huvudsak genom att de ekonomiska aktörerna tillerkänns rättigheter enligt bestämmelserna om fri rörlighet och konkurrensreglerna. I huvudsak skyddar bestämmelserna de ekonomiska aktörerna genom att ge dem behörighet att väcka talan när det uppstår vissa hinder för möjligheten att konkurrera på lika villkor på den gemensamma marknaden.²⁹ Denna möjlighet är en avgörande faktor för att uppnå en produktiv effektivitet inom gemenskapen som helhet. Utan bestämmelserna om fri rörlighet och konkurrensreglerna skulle det vara omöjligt att uppnå gemenskapens grundläggande mål om en väl fungerande gemensam marknad.

34. Medlemsstaternas myndigheter befinner sig i allmänhet i en sådan ställning att de kan ingripa på den gemensamma marknaden genom att inskränka de ekonomiska aktörernas verksamhet. Samma sak gäller vissa

27 — Dom av den 10 januari 1985 i mål 229/83, Leclerc (REG 1985, s. 1; svensk specialutgåva, volym 8, s. 1), punkt 9.

28 — Se artiklarna 3 a, c och g EG samt, exempelvis, dom av den 13 juli 1966 i mål 32/65, Italien mot rådet och kommissionen (REG 1966, s. 389; svensk specialutgåva, volym 1, s. 303) och generaladvokaten Van Gervens förslag till avgörande i mål C-145/88, B & Q (REG 1989, s. 3851; svensk specialutgåva, volym 10, s. 241), punkt 22.

29 — Se mitt förslag till avgörande av den 7 april 2005 i mål C-446/03, Marks & Spencer (REG 2005, s. I-10837), punkterna 37–40.

företag som agerar i hemligt samförstånd eller som har en dominerande ställning inom en väsentlig del av den gemensamma marknaden. Det är därför inte överraskande att fördraget tillerkänner de ekonomiska aktörerna rättigheter som kan åberopas mot medlemsstaternas myndigheter och sådana företag. När det gäller företagen är det konkurrensreglerna som är de viktigaste och när det gäller medlemsstaternas myndigheter är det bestämmelserna om fri rörlighet.³⁰ För att på ett effektivt sätt säkerställa de ekonomiska aktörernas rättigheter har konkurrensreglerna tillerkänts horisontell effekt,³¹ medan bestämmelserna om fri rörlighet har getts vertikal effekt.³²

35. Detta utgör emellertid inte något stöd för argumentet *e contrario* att bestämmelserna om fri rörlighet inte skulle kunna ha horisontell effekt enligt fördraget. Tvärtom är en sådan horisontell effekt en logisk följd av fördraget, i fall då det är en nödvändig förutsättning för att de ekonomiska aktörerna skall ha lika möjligheter att få tillgång till alla delar av den gemensamma marknaden.

36. Kärnpunkten i denna frågeställning är således följande: Innebär fördraget att bestämmelserna om fri rörlighet skyddar de ekonomiska aktörernas rättigheter, i syfte att säkerställa en väl fungerande gemensam marknad, inte bara genom att begränsa befogenheterna för myndigheterna i medlemsstaterna utan även genom att begränsa enskildas handlingsfrihet?

37. Inom en del av doktrinen har denna fråga getts ett bestämt nekande svar. Det främsta argumentet för denna ståndpunkt är att det är tillräckligt att tillämpa konkurrensreglerna för att hantera icke-statliga aktörers påverkan på den gemensamma marknadens funktion.³³ Inom en annan del av doktrinen har det påpekats att handlingar som vidtas av enskilda, det vill säga handlingar som inte ursprungligen härrör från staten och på vilka konkurrensreglerna inte är tillämpliga, mycket väl kan utgöra hinder för en väl fungerande gemensam marknad, och att det av denna anledning är fel att kategoriskt underlåta att tillämpa bestämmelserna om fri rörlighet på sådana handlingar.³⁴

30 — Dom av den 5 april 1984 i de förenade målen 177/82 och 178/82, Van de Haar (REG 1984, s. 1797), punkterna 11–12, och dom av den 27 september 1988 i mål C-65/86, Bayer (REG 1988, s. 5249), punkt 11.

31 — Dom av den 27 mars 1974 i mål 127/73, BRT (REG 1974, s. 313; svensk specialutgåva, volym 2, s. 249). Se även, exempelvis, dom av den 20 september 2001 i mål C-453/99, Courage och Crehan (REG 2001, s. I-6297).

32 — Se, exempelvis, dom av den 22 mars 1977 i mål 74/76, Iannelli & Volpi (REG 1977, s. 557; svensk specialutgåva, volym 3, s. 315), punkt 13, av den 4 december 1974 i mål 41/74, Van Duyn (REG 1974, s. 1337; svensk specialutgåva, volym 2, s. 389), punkterna 4–8, av den 7 juli 1976 i mål 118/75, Watson (REG 1976, s. 1185; svensk specialutgåva, volym 3, s. 145), punkt 12, och av den 14 december 1995 i de förenade målen C-163/94, C-165/94 och C-250/94, Sanz de Lera m.fl. (REG 1995, s. I-4821), punkt 41.

33 — Marengo, G., "Competition between national economies and competition between businesses — a response to Judge Pescatore", *Fordham International Law Journal*, volym 10 (1987) s. 420. Samma ståndpunkt synes ha motiverat de *obiter dicta* som framförts i punkt 30 i dom av den 1 oktober 1987 i mål 311/85, Vlaamse Reisbureaus (REG 1987, s. 3801) och i punkt 74 i dom av den 6 juni 2002 i mål C-159/00, Sapod Audic (REG 2002, s. I-5031).

34 — Pescatore, P., "Public and Private Aspects of European Community Law", *Fordham International Law Journal*, volym 10 (1987), s. 373, hänvisning till sidorna 378–379, Baquero Cruz, J., "Free movement and private autonomy", *European Law Review*, 1999, s. 603–620, Waelbroeck, M., "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. Jag anser att den sistnämnda ståndpunkten är den mest realistiska. Den har också stöd i rättspraxis. Domstolen har uttalat att bestämmelserna om fri rörlighet kan begränsa enskildas handlingsfrihet, vilket bland annat framgår av domarna i målen kommissionen mot Frankrike³⁵ och Schmidberger.³⁶ Båda domarna grundas på resonemanget att enskildas handlingar kan äventyra målen med bestämmelserna om fri rörlighet. Domstolen fastslog således att enskilda inte kan tillåtas att agera utan hänsyn till andra enskildas rättigheter enligt bestämmelserna om fri rörlighet. I målet kommissionen mot Frankrike blev följden av franska bönders våldsamma proteståtgärder att de hindrade andra personers frihet att sälja eller importera frukt och grönsaker från andra medlemsstater. I domen i målet Schmidberger var hindret mot den fria rörligheten för varor inte lika allvarligt. Domstolen gjorde dock till sist en avvägning mellan en grupp demonstranternas rätt till yttrandefrihet och rätten för ett transportföretag att fritt transportera varor från en medlemsstat till en annan. Den grundläggande principen om fri rörlighet för varor tillämpades på så sätt horisontellt.

väckts av en enskild gentemot staten. Ett sådant förfarande är vanligt i många, om inte i alla, nationella rättssystem där det inte är möjligt att väcka en civilrättslig talan endast med stöd av en konstitutionell bestämmelse. Det är ett alternativt sätt att ge konstitutionella rättigheter horisontell effekt. Det innebär nämligen att det ur dessa rättigheter härleds en skyldighet för staten att ingripa i situationer där en enskilds konstitutionella rättigheter riskerar att kränkas till följd av en annan enskilds agerande.³⁷ Ett annat sätt som är lika vanligt för att se till att konstitutionella rättigheter blir normgivande i horisontella förhållanden är att ålägga domstolarna en skyldighet att tillämpa dessa rättigheter när de avgör mål mellan enskilda. Oberoende av om en domstol tolkar en avtalsbestämmelse, reglerna angående en talan om skadestånd eller prövar en ansökan om ett föreläggande, måste domstolen, i egenskap av statligt organ, fatta ett beslut som är förenligt med parternas konstitutionella rättigheter.³⁸ Enskilda rättigheter som avgränsas på ovan angivna sätt anses ha "mittelbare Drittwirkung" eller indirekt hori-

37 — Se exempelvis Europadomstolens dom av den 10 april 2007 i mål Evans mot Förenade kungariket, § 75, och av den 26 mars 1985 i mål X & Y mot Nederländerna, §§ 23–27. Angående den horisontella effekten av bestämmelserna i Europakonventionen, se Spielmann, D., *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées*, Bruylant, Bryssel, 1995, Besson, S., "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 — Ett exempel på en dom i vilken domstolen medgav horisontell effekt på detta sätt var dom av den 8 april 1976 i mål 43/75, Defrenne (REG 1976, s. 455; svensk specialutgåva, volym 3, s. 59), punkterna 35–37 och 40. Se även dom av den 22 januari 1981 i mål 58/80, Dansk Supermarked mot Imerco (REG 1981, s. 181; svensk specialutgåva, volym 6, s. 13), punkt 12. I nationell rättspraxis finns ett stort antal exempel, av vilka jag endast skall nämna några slumpmässigt utvalda. Förenade kungariket: Dom i mål Campbell mot Mirror Group Newspapers (2005) 1 WLR 3394, punkterna 17–18 (Lord Nicholls), A mot B (2003) QB 195. Tyskland: BverfG 7, 198 (Lüth); BverfG 81, 242 (handelsagent); BverfG 89, 214 (garanti); BverfG, 1 BvR 12/92 av den 6.2.2001 (äktenskapsförord). Nederländerna: Hoge Raad, dom av den 15 april 1994 i mål Valkenhorst, NJ 1994, 608. Republiken Tjeckien: I. ÚS 326/99 (se: Bulletin of Constitutional Case-Law, 2000, s. 240). Cypern: Fartyget Panayia Myrtidiotissa mot Sidiropoulou m.fl. (1993) 1, J.S.C. 991. Två klassiska exempel från Förenata staterna är dom i mål USSC Shelley mot Kraemer, 334 U.S. 1 (1948) och i mål USSC New York Times Co. mot Sullivan, 376 U.S. 254 (1964).

39. Det skall noteras att det i domen i målet Schmidberger var fråga om en talan som

35 — Dom av den 9 december 1997 i mål C-265/95, kommissionen mot Frankrike (REG 1997, s. I-6959).

36 — Ovan fotnot 10.

sontell effekt. Detta medför att konstitutionella regler som är riktade till staten omvandlas till rättsliga regler som gäller mellan enskilda, vilket är en följd av att "staten är den tredje parten i varje mål mellan enskilda, både i form av lagstiftningen och i form av den domstol som skall tillämpa den".³⁹

40. Vad beträffar den distinktion som kan göras mellan respektive rättighetsområden, kan indirekt horisontell effekt i formellt hänseende skilja sig från direkt horisontell effekt, men det föreligger inte någon skillnad i sak.⁴⁰ Detta förklarar varför domstolen i domen i målet Defrenne anses ha funnit att artikel 141 EG hade direkt horisontell effekt, trots att domstolen förklarade den horisontella effekten av den bestämmelsen som en skyldighet som åvilade de nationella domstolarna.⁴¹ Det förklarar också varför kommissionens argument vid förhandlingen, att domstolen inte kan godta påståendet om direkt horisontell effekt eftersom bestämmelserna om fri rörlighet och undantagen från dessa inte är avfattade för att tillämpas på enskilda, redan har underkänts i

rättspraxis. Om tvisten i målet Schmidberger hade avgjorts i ett civilrättsligt mål mellan transportföretaget och demonstranterna, hade domstolen ändå varit tvungen att väga företagets rätt till fri rörlighet mot demonstranternas rätt att demonstrera.⁴² Förevärande mål hade nämligen teoretiskt även kunnat hänskjutas till domstolen som ett mål i vilket talan hade väckts mot de finländska myndigheterna för deras underlåtelse att hindra de fackliga stridsåtgärderna mot Viking Line. Det skulle emellertid inte i sak ha förändrat problemet avseende hur Viking Lines rätt till fri rörlighet skall förlikas med FSU:s och ITF:s föreningsfrihet och strejkrätt.⁴³

Vilka typer av handlingar som vidtas av enskilda är bestämmelserna om fri rörlighet tillämpliga på?

41. Detta innebär emellertid inte att bestämmelserna om fri rörlighet alltid kan åberopas i ett rättsligt förfarande mot en enskild. Den normgivningsmakt och den sociala och ekonomiska makt som statliga myndigheter har medför att dessa myndigheter per definition har en betydande möjlighet att uppställa hinder för en väl fungerande gemensam marknad. Detta förhållande förstärks av att det saknar betydelse om statliga myndigheters åtgärder formellt sätt

39 — Shapiro, M., och Stone Sweet, A., *On Law, Politics & Judicialization*, Oxford University Press, Oxford, 2002, s. 35. Se även Sunstein, C., "State Action is Always Present", 3 *Chicago Journal of International Law* 465 (2002). Se även domen i målet Defrenne (ovan fotnot 38), punkt 35.

40 — Alexy, R., *A theory of constitutional rights*, Oxford University Press, Oxford, 2002, p. 363. Kumm, M., "Who is Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law", *German Law Journal*, Volym 7, nr 4 (2006), s. 341–369, s. 352; Tushnet, M., "The issue of state action/horizontal effect in comparative constitutional law", *International Journal of Constitutional Law*, Volym 1, nr 1 (2003), s. 79–98, s. 98; Sunstein (ovan fotnot 39), s. 467–468.

41 — Domen i målet Defrenne (ovan fotnot 38), punkterna 35–37 och 40.

42 — För ett liknande resonemang, se Kumm, M., och Ferreres Comella, V., "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 — Härav kommer påpekandet "att en horisontell effekt i slutändan alltid kommer att vara direkt" (Leisner, W., *Grundrechte und Privatrecht*, Beck, München, 1960, s. 378).

är generella eller inte, eftersom de i realiteten aldrig är fristående. De är ett uttryck för en bredare politikinriktning och har således en inverkan på alla som önskar utöva den fria rörligheten inom myndigheternas behörighetsområde. Dessutom är statliga myndigheter mindre benägna än privaträttsliga ekonomiska aktörer att anpassa sitt beteende i förhållande till de kommersiella incitament som utgör grunden för en normalt fungerande marknad.⁴⁴ Av denna anledning omfattar bestämmelserna om fri rörlighet alla statliga åtgärder eller all form av statlig passivitet som kan utgöra ett hinder för den fria rörligheten eller göra utövandet av denna rättighet mindre tilltalande.⁴⁵

42. Enskilda saknar däremot i många situationer helt enkelt tillräckligt stort inflytande för att med framgång kunna hindra andra enskilda från att utöva den fria rörligheten. Exempelvis kan en enskild affärsinnehavare som vägrar att köpa varor från andra medlemsstater inte anses ha uppställt hinder för en väl fungerande gemensam marknad, eftersom leverantörer från andra medlemsstater fortfarande har möjlighet att välja andra försäljningskanaler för att sälja sina varor. Dessutom skulle affärsinnehavaren sannolikt känna av konkurrensen från andra detaljister som inte har några betänkligheter mot att köpa utländska varor och som till följd av detta eventuellt kan erbjuda kon-

sumenterna lägre priser och ett större utbud. Enbart denna framtidsutsikt räcker antagligen för att hindra sådant beteende, och marknaden kommer därför "att ta hand om det". Under sådana omständigheter saknas det anledning för gemenskapsrätten att ingripa.

43. Härav följer att bestämmelserna om fri rörlighet är direkt tillämpliga på alla handlingar som viddas av enskilda och som faktiskt kan hindra andra enskilda från att utöva den fria rörligheten. Men hur skall man gå till väga för att avgöra huruvida det föreligger en sådan situation? Det tycks inte finnas något enkelt svar på den frågan. Domstolen har varit försiktig i sin rättspraxis genom att endast tillåta en direkt horisontell tillämpning av bestämmelserna om fri rörlighet i specifika fall.

44. Flera av dessa fall har rört utövandet av immateriella rättigheter.⁴⁶ Innehavarna av sådana rättigheter har ett berättigat kommersiellt intresse av att utöva sina rättigheter på det sätt som de själva finner lämpligt.⁴⁷ Inte desto mindre måste detta intresse vägas

44 — För en mer detaljerad behandling av denna fråga, se punkt 25 i mitt förslag till avgörande av den 7 september 2006 i de förenade målen C-463/04 och C-464/04, *Federconsumatori m.fl.*, för närvarande anhängiga vid domstolen.

45 — Se även mitt förslag till avgörande i målet *Marks & Spencer* (ovan fotnot 29), punkterna 37–40.

46 — Se, exempelvis, domar av den 31 oktober 1974 i mål 15/74, *Centrafarm* (REG 1974, s. 1147; svensk specialutgåva, volym 2, s. 367), punkterna 11 och 12, och i mål 16/74, *Centrafarm* (REG 1974, s. 1183), punkterna 11 och 12, samt dom av den 22 juni 1976 i mål 119/75, *Terrapin* (REG 1976, s. 1039; svensk specialutgåva, volym 3, s. 127).

47 — Se, exempelvis, domarna i de ovannämnda målen *Centrafarm* (ovan fotnot 46), punkt 9 (i båda målen), dom av den 17 oktober 1990 i mål C-10/89, *HAG II* (REG 1990, s. I-3711; svensk specialutgåva, s. 521), punkterna 13–14, och av den 17 maj 1988 i mål 158/86, *Warner Brothers och Metronome Video* (REG 1988, s. 2605).

mot principen om fri rörlighet för varor.⁴⁸ I annat fall skulle innehavarna av immateriella rättigheter "ha möjlighet att skärpa av nationella marknader och på detta sätt begränsa handeln mellan medlemsstaterna".⁴⁹

45. Domstolen har även tillämpat bestämmelserna om fri rörlighet på professionella internationella och nationella idrottsförbund.⁵⁰ Det är lätt att förstå varför. Dessa förbund har ett väsentligt inflytande över organiserandet av professionell idrott såsom en gränsöverskridande ekonomisk verksamhet. De kan anta föreskrifter som i praktiken har en bindande verkan för nära nog alla som önskar utöva denna verksamhet. Såsom följer av domstolens påpekande i domen i målet *Deliège* skulle "[a]vskaffandet av hindren för fri rörlighet för personer och tjänster mellan medlemsstaterna ... nämligen äventyras, om avskaffandet av statliga hinder skulle kunna motverkas av hinder som följer av att sammanslutningar och förbund som inte är offentligtrettsligt reglerade utövar sin rättsliga autonomi".⁵¹

46. Tillämpningen av bestämmelserna om fri rörlighet på handlingar som vidtas av enskilda har särskild betydelse på området för arbetsvillkor och tillträde till anställning.⁵² Domstolen fann att så var fallet i domen i målet *Angonese* när den tillämpade artikel 39 EG på en privaträttslig bank i Bolzano.⁵³ Roman Angonese önskade delta i ett uttagningsprov för en tjänst vid denna bank. För att få tillträde till uttagningsprovet krävdes emellertid ett intyg avseende tvåspråkighet som utfärdas av myndigheterna i Bolzano och som endast kan erhållas från dessa myndigheter. Detta villkor var identiskt med ett krav som tidigare gällt för att få tillträde till anställning inom den offentliga förvaltningen och utgjorde i den meningen en fortsättning på en redan fastställd praxis. Såsom domstolen påpekade i domen brukade invånarna i Bolzano vanligtvis skaffa sig intyget med tanke på framtida arbetssökande och de ansåg att intyget var ett näst intill "obligatoriskt steg längs en standardiserad utbildningsväg".⁵⁴ Roman Angonese var trots att han inte innehade intyget helt tvåspråkig och innehade andra utbildningsbevis som styrkte detta. Inte desto mindre vägrades han tillträde till uttagningsprovet.

48 — Se, exempelvis, domen i målet *HAG II* (ovan fotnot 47), punkterna 15–20, och dom av den 22 juni 1994 i mål C-9/93, *IHT Internationale Heiztechnik* (REG 1994, s. I-2789; svensk specialutgåva, volym 15, s. I-227), punkterna 41–60.

49 — Domen i mål 15/74, *Centrafarm* (ovan fotnot 46), punkt 12.

50 — Dom av den 12 december 1974 i mål 36/74, *Walrave* (REG 1974, s. 1405; svensk specialutgåva, volym 2, s. 409), av den 14 juli 1976 i mål 13/76, *Donà mot Mantero* (REG 1976, s. 1333; svensk specialutgåva, volym 3, s. 169), av den 15 december 1995 i mål C-415/93, *Bosman* (REG 1995, s. I-4921), av den 11 april 2000 i de förenade målen C-51/96 och C-191/97, *Deliège* (REG 2000, s. I-2549), domen i målet *Meca-Medina och Majcen mot kommissionen* (ovan fotnot 21) och dom av den 13 april 2000 i mål C-176/96, *Lehtonen och Castors Braine* (REG 2000, s. I-2681).

51 — Domarna i de förenade målen *Deliège* (ovan fotnot 50), punkt 47, *Meca-Medina och Majcen mot kommissionen* (ovan fotnot 21), punkt 24, och *Lehtonen och Castors Braine* (ovan fotnot 50), punkt 35.

47. Arbetstagare kan inte ändra sina yrkesmässiga kvalifikationer eller skaffa sig en annan anställning lika lätt som företag kan förändra sina produkter eller hitta alternativa

52 — Dom av den 8 maj 2003 i mål C-438/00, *Deutscher Handballbund* (REG 2003, s. I-4135), punkt 32, fastställd genom dom av den 9 juni 2005 i mål C-265/03, *Simutenkov* (REG 2005, s. I-2579), punkt 33.

53 — Dom av den 6 juni 2000 i mål C-281/98, *Angonese* (REG 2000, s. I-4139). Se *Ragnemalm, H.*, "Fundamental freedoms and private action: a new horizon for EU citizens?", *EG-domstolen inifrån*, Jure Förlag AB, 2006, s. 177.

54 — Domen i målet *Angonese* (ovan fotnot 53), punkt 7.

försäljningsvägar. Sådana rekryteringsvillkor som var i fråga i målet Angonese äventyrar därför en väl fungerande gemensam marknad även när kraven uppställs av en privaträttslig bank som en del av en fastställd regional praxis. Möjligheten att ekonomiska incitament på lång sikt kommer att underminera en sådan diskriminerande rekryteringspraxis utgör inte någon tröst för den person som söker anställning i dag. Kanske är talesättet att ”marknaden kan fortsätta att agera irrationellt längre än du kan hålla dig solvent”⁵⁵ mer sant inom området fri rörlighet för arbetstagare än inom något annat område.

48. Av det ovanstående följer att bestämmelserna om fri rörlighet är tillämpliga på sådana handlingar som vidtas av enskilda som, till följd av handlingarnas generella inverkan på andra enskildas utövande av den fria rörligheten, kan innebära ett hinder för enskildas utövande av denna rätt, på grund av att handlingarna uppställer hinder som de inte rimligen kan kringgå.

Den horisontella effekten av bestämmelserna om fri rörlighet och skyddet för personlig frihet enligt nationell rätt

49. Slutsatsen att vissa enskilda omfattas av bestämmelserna om fri rörlighet innebär

naturligtvis inte en fullständig indragning av dessa aktörers personliga frihet. Det innebär inte heller nödvändigtvis att de skall bedömas enligt exakt samma kriterier som offentliga myndigheter. Domstolen kan tillämpa en differentierad prövning beroende på vad som har orsakat hindret för den fria rörligheten och hur allvarligt detta är, samt beroende på vilken styrka och vilket värde de motstående anspråken på personlig frihet skall tillmätas. Med andra ord får enskilda i många fall fortfarande agera på ett sätt som offentliga myndigheter inte får.⁵⁶

50. Domstolen anser också att medlemsstaterna har ett visst utrymme för skönsmässig bedömning när det gäller att förhindra att den fria rörligheten begränsas på grund av enskildas handlingar.⁵⁷ I detta hänseende har domstolen uttalat att det inte ”ankommer ... på gemenskapsinstitutionerna att sätta sig i medlemsstaternas ställe och föreskriva vilka åtgärder dessa skall vidta och faktiskt tillämpa för att säkerställa” utövandet av den fria rörligheten.⁵⁸ Bestämmelserna om fri rörlighet innehåller således inte någon specifik lösning för varje enskilt fall utan tillhandahåller endast de ramar inom vilka en tvist mellan två privaträttsliga parter skall lösas.⁵⁹

56 — Se Kumm (ovan fotnot 40), s. 352 och 362–364. Se även, för ett liknande resonemang, Sunstein (ovan fotnot 39).

57 — Domen i målet Schmidberger (ovan fotnot 10), punkterna 82, 89 och 93.

58 — Domen i målet kommissionen mot Frankrike (ovan fotnot 35), punkt 34.

59 — Det finns emellertid situationer där gemenskapsrätten lämnar endast ett litet eller inget spelrum alls, såsom i målet Angonese (vilket rörde en uppenbar diskriminering utan minsta antydning om ett rimligt skäl för en sådan).

55 — Uttalande av John Maynard Keynes.

51. Detta har en betydelsefull följdverkan. Även i sådana fall som omfattas av bestämmelserna om fri rörlighet kan dessa bestämmelser nämligen inte ersätta nationell rätt som den relevanta normativa ordning enligt vilken tvister mellan enskilda skall bedömas. Medlemsstaterna är tvärtom fria att reglera enskildas handlingar under förutsättning att de beaktar de gränser som följer av gemenskapsrätten.

52. Denna grad av frihet som medlemsstaterna åtnjuter har processuella följder. Även om de civilprocessrättsliga reglerna skiljer sig åt mellan olika nationella rättssystem, utgör det faktum att det är parterna i förfarandet som är huvudansvariga för att disponera över föremålet för tvisten och dess avgränsning ett gemensamt drag. Om dessa parter kunde väcka talan vid en nationell domstol enbart på grundval av de tillämpliga bestämmelserna i fördraget om fri rörlighet, skulle det finnas en risk för att tillämpliga nationella bestämmelser inte skulle beaktas. I syfte att förhindra detta kan medlemsstaterna, i enlighet med principen processuell autonomi, kräva att förfaranden mot en enskild avseende en begränsning av den fria rörligheten skall inledas inom de ramar som följer av nationell lagstiftning genom att talan väcks med stöd av grunder enligt nationell rätt — exempelvis en skadeståndstalan eller en talan om avtalsbrott.

53. När den nationella domstolen avgör den anhängiggjorda tvisten skall den tillämpa nationell rätt på ett sätt som är förenligt med fördragets bestämmelser om fri rörlighet.⁶⁰ Om detta inte är möjligt och nationell rätt strider mot bestämmelserna om fri rörlighet, skall de sistnämnda bestämmelserna ges företräde.⁶¹ Om det inte finns någon annan lösning på grund av att det inte går att väcka en talan enligt nationell rätt för att göra gällande ett åsidosättande av den fria rörligheten, kan en talan, i enlighet med effektivitetsprincipen, grundas direkt på den relevanta fördragsbestämmelsen.⁶²

54. Nationell lag, som grundas på de principer som gäller i det nationella rättssystemet, fortsätter sålunda att vara tillämplig inom ramen för den normativa ordning som reglerar tvister mellan enskilda. På samma gång säkerställs gemenskapsrättens effektivitet.

Bedömning av förevarande fall

55. Det följer av de omständigheter som angetts i beslutet om hänskjutande att den faktiska verkan av FSU:s och ITF:s samord-

60 — Domen i målet Defrenne (ovan fotnot 38), punkterna 24–26.

61 — Dom av den 15 juli 1964 i mål 6/64, Costa mot ENEL (REG 1964, s. 585; svensk specialutgåva, volym 1, s. 211) och av den 9 mars 1978 i mål 106/77, Simmenthal (REG 1978, s. 629; svensk specialutgåva, volym 4, s. 75).

62 — Se, analogt, dom av den 5 mars 1996 i de förenade målen C-46/93 och C-48/93, Brasserie du Pêcheur och Factortame III (REG 1996, s. I-1029), punkt 22, och av den 19 november 1991 i de förenade målen C-6/90 och C-9/90, Francovich m. fl. (REG 1991, s. I-5357; svensk specialutgåva, volym 11, s. I-435), och domen i målet Courage (ovan fotnot 31).

nade åtgärder, särskilt i den del de omöjliggör förhandlingar med fackliga organisationer som är anslutna till ITF i Estland, är att det krävs ett medgivande från FSU för att Viking Line skall kunna utöva den fria rörligheten. Sammantagna kan FSU:s och ITF:s åtgärder faktiskt inskränka utövandet av etableringsfriheten för ett företag som Viking Line.

kunna göra bruk av de produktionsresurser som är tillgängliga i ett visst land eller en viss region, skulle det hindra den ekonomiska utvecklingen såväl i den region som i de regioner där det finns större tillgång till de nödvändiga resurserna. Utövandet av etableringsfriheten bidrar därför kraftigt till att öka den ekonomiska välfärden i alla medlemsstater.⁶³

56. Jag föreslår därför att domstolen skall lämna följande svar på den andra frågan från den nationella domstolen: "Artikel 43 EG och artikel 1.1 i förordning nr 4055/86 har horisontell effekt i nationella domstolsförfaranden mellan ett företag och en fackförening eller en sammanslutning av fackföreningar under sådana omständigheter som dem som föreligger i målet vid den nationella domstolen."

58. Även om etableringsfriheten totalt sett innebär fördelar, har den även kännbara följder, särskilt för arbetstagarna i de bolag som har beslutat att flytta sin verksamhet. Det är oundvikligt att de ekonomiska framsteg som görs genom handeln mellan medlemsstaterna innebär att arbetstagare inom hela gemenskapen löper risk att drabbas av förändrade arbetsförhållanden eller till och med förlora sina arbeten. Det var just denna risk som utlöste FSU:s och ITF:s åtgärder när den gjorde sig påtaglig för besättningen på Rosella.

D — En avvägning mellan etableringsfriheten och rätten att vidta fackliga stridsåtgärder

57. Viking Line vill av uppenbara, affärsmässiga skäl framför allt utöva etableringsfriheten. Denna rättighet skyddas i fördraget eftersom ett företags möjlighet att flytta verksamheten till en annan medlemsstat där driftkostnaderna är lägre är av avgörande betydelse för en effektiv handel mellan medlemsstaterna. Om bolag endast skulle

59. Visserligen innehåller fördraget bestämmelser om upprättandet av den gemensamma marknaden. Det innebär dock inte att det följer av fördraget att hänsyn inte skulle tas till de arbetstagare som drabbas av dess negativa följder. Tvärtom är det europeiska

63 — Se exempelvis, Corden, M.W., "The Normative Theory of International Trade", *The Handbook of International Economics*, volym 1, Elsevier, Amsterdam, 1984, s. 63–130, Kenen, P., *The International Economy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, Molle, *The Economics of European Integration: Theory, Practice and Policy*, Ashgate, Aldershot, 2006.

ekonomiska systemet väl förankrat i ett socialt kontrakt, vilket innebär att de europeiska arbetstagarna måste godta de periodvis återkommande negativa följderna av det ökade välbefinnande som den gemensamma marknaden skapar, i utbyte mot att samhället åtar sig att genomföra generella förbättringar av deras levnads- och arbetsvillkor och att lämna ekonomiskt stöd till de arbetstagare som till följd av marknadskrafterna hamnar i svårigheter.⁶⁴ Såsom framgår av fördragets ingress utgör detta sociala kontrakt en del av fördraget.

60. Föreningsfriheten och rätten att vidta fackliga stridsåtgärder utgör väsentliga instrument för arbetstagarna att göra sin röst hörd och få regeringar och arbetsgivare att uppfylla sin del av det sociala kontraktet. Dessa rättigheter utgör en möjlighet att lyfta fram det förhållande att en utflyttning, även om den i slutändan är gynnsam för samhället, medför kostnader för de arbetstagare som blir av med sina arbeten och att det inte är arbetstagarna ensamma som skall bära dessa kostnader. Föreningsfriheten och rätten att vidta fackliga stridsåtgärder är således av grundläggande karaktär i gemenskapens rättsordning, vilket bekräftas av Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna.⁶⁵ Huvudfrågan som ligger till

grund för förevarande mål gäller för vilka syften fackliga stridsåtgärder får tillgripas och hur långt dessa åtgärder får gå. Denna fråga berör den stora utmaning som gemenskapen och dess medlemsstater står inför, nämligen att ta hand om de arbetstagare som far illa som en följd av hur den gemensamma marknaden fungerar och samtidigt säkerställa de övergripande fördelarna med handeln mellan medlemsstaterna.

61. Den hänskjutande domstolen vill få klarhet i huruvida ITF:s och FSU:s förväntade åtgärder "utgör en rimlig avvägning mellan den grundläggande sociala rättigheten att vidta fackliga stridsåtgärder och rätten att fritt etablera sig och tillhandahålla tjänster". Efter att ha satt denna fråga i ett större sammanhang, är det nu möjligt att närmare undersöka formen och syftet med de ifrågavarande åtgärderna.

62. Att fackföreningarna har en samordnad linje för vidtagandet av fackliga stridsåtgärder utgör i normalfallet ett legitimt sätt att skydda löner och arbetsvillkor för sjöfartsanställda. Fackliga stridsåtgärder som leder till en uppdelning av arbetsmarknaden och som förhindrar anställning av sjöfartsanställda från vissa medlemsstater i syfte att skydda sjöfartsanställdas anställningar i andra medlemsstater utgör däremot ett direkt åsidosättande av icke-diskrimineringsprincipen, vilken utgör grundvalen för den gemensamma marknaden.

64 — Se, för ett liknande resonemang, Elwell, C.K., *Foreign Outsourcing: Economic Implications and Policy Responses*, CRS Report for Congress, 2005, tillgänglig på http://ec.europa.eu/employment_social/restructuring/facts_en.htm.

65 — Artiklarna 12 och 28 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna. Se även punkt 48 i mitt förslag till avgörande av den 14 december 2006 i mål C-305/05, *Ordre des barreaux francophones et germanophone m.fl., för närvarande anhängigt vid domstolen*.

63. I syfte att slå fast huruvida den ifrågavarande samordnade linjen för fackliga stridsåtgärder medför en uppdelning av arbetsmarknaden i strid med icke-diskrimineringsprincipen, kan det vara lämpligt att skilja mellan de två slagen av fackliga stridsåtgärder som kan komma i fråga i förevarande fall, nämligen å ena sidan fackliga stridsåtgärder som syftar till att förmå Viking Line att behålla den nuvarande besättningens anställningar och arbetsvillkor, och å andra sidan fackliga stridsåtgärder som syftar till att förbättra anställningsvillkoren för sjöfartsanställda i hela gemenskapen.

Fackliga stridsåtgärder som syftar till att skydda den nuvarande besättningens anställningar och arbetsvillkor

64. Ett skäl för ITF och FSU att vidta fackliga stridsåtgärder kan vara att försöka mildra de negativa följder som utflaggningsen av Rosella kan få för den nuvarande besättningen. Samordnade fackliga stridsåtgärder kan således exempelvis syfta till att säkerställa deras löner och arbetsvillkor, förhindra friställningar eller att erhålla skälig ersättning.

65. Mot bakgrund av det utrymme för skönsmässig bedömning som medlemsstaterna har enligt gemenskapsrätten ankommer det på den nationella domstolen att, med beaktande av de tillämpliga nationella bestämmelserna om utövandet av rätten att vidta fackliga stridsåtgärder, avgöra om den

ifrågavarande åtgärden går utöver vad som enligt nationell rätt kan anses rättsenligt för att skydda den nuvarande besättningens intressen. Vid denna bedömning har de nationella domstolarna enligt gemenskapsrätten emellertid en skyldighet att säkerställa att omlokaliseringar mellan medlemsstater inte behandlas mindre förmånligt än omlokaliseringar inom en medlemsstat.

66. I princip innehåller inte gemenskapsrätten något förbud för fackliga organisationer att vidta fackliga stridsåtgärder som medför en inskränkning av ett företags etableringsfrihet när det avser att flytta till en annan medlemsstat och åtgärderna vidtas för att skydda arbetstagarna på detta företag.

67. Fackliga stridsåtgärder som vidtas för att förmå ett företag att bibehålla befintliga anställningar och arbetsvillkor får emellertid inte förväxlas med fackliga stridsåtgärder som vidtas för att hindra ett företag från att tillhandahålla sina tjänster efter att det har flyttat till ett annat land. Den förstnämnda typen av fackliga stridsåtgärder utgör ett legitimt sätt för arbetstagare att försvara sina rättigheter. Det är sådana åtgärder som vanligtvis vidtas vid en omlokalisering inom en medlemsstat. Detta gäller emellertid inte för fackliga stridsåtgärder som vidtas för att försöka hindra ett företag som redan har flyttat ut från att i laga ordning tillhandahålla sina tjänster i den medlemsstat där det tidigare var etablerat.

68. En facklig stridsåtgärd i form av en blockad eller ett hot om blockad som vidtas mot ett företag som är etablerat i en medlemsstat, i syfte att hindra företaget från att i laga ordning tillhandahålla sina tjänster i en annan medlemsstat, utgör i själva verket den typ av handelshinder som domstolen inte ansåg vara förenlig med fördraget i domen i målet kommissionen mot Frankrike⁶⁶. Denna typ av handelshinder står nämligen helt i strid med grundprinciperna för den gemensamma marknaden. Om sådana åtgärder tilläts skulle det dessutom riskera att skapa en atmosfär av ständiga repressalier mellan sociala grupper i olika medlemsstater, vilket allvarligt skulle inverka på den gemensamma marknaden och den solidaritetsanda som den innefattar.

69. I motsats till vad ITF och FSU har gjort gällande påverkas denna bedömning inte alls av domstolens rättspraxis om utstationerade arbetstagare. I det specifika sammanhang som rör utstationerade arbetstagare har domstolen uttalat att bestämmelserna om fri rörlighet inte hindrar medlemsstaterna från att tillämpa sina nationella bestämmelser om arbetsvillkor och minimilön på utstationerade arbetstagare som tillfälligt arbetar inom deras territorium.⁶⁷ Medlemsstaterna får tillämpa nationella normer om skydd för arbetstagare på utstationerade arbetstagare, i den mån det är nödvändigt

och proportionellt för att utstationerade arbetstagare skall ha ett lika starkt skydd som arbetstagare i värdmedlemsstaten.⁶⁸ Denna rättspraxis har dock i huvudsak uppkommit till följd av frågor som rör likabehandling och social sammanhållning mellan arbetstagare. Syftet med domstolens rättspraxis angående utstationerade arbetstagare är inte att företag som är etablerade i en annan medlemsstat skall kunna tvingas att tillämpa nationella arbets- och lönevillkor — även om den till viss del kan få denna verkan — utan att säkerställa att arbetstagare som tillfälligt är utstationerade i en medlemsstat har ett lika starkt skydd som deras kolleger i värdmedlemsstaten, vid vars sida de ofta kommer att utföra sitt arbete. Den frågeställningen uppkommer helt enkelt inte i förevarande fall.

Fackliga stridsåtgärder i syfte att åstadkomma en förbättring av anställningsvillkoren för sjöfartsanställda i hela gemenskapen

70. Naturligtvis får FSU tillsammans med ITF och andra fackliga organisationer använda samordnade fackliga stridsåtgärder för att förbättra anställningsvillkoren för sjöfartsanställda i hela gemenskapen. En linje som går ut på att samordna nationella fackföreningar för att främja en viss rättighetsnivå för sjöfartsanställda står i överensstämmelse med deras rätt att vidta fackliga stridsåtgärder. I princip utgör det ett rimligt sätt att bilda en motvikt till de åtgärder som

66 — Ovan fotnot 35.

67 — Se, exempelvis, dom av den 23 november 1999 i de förenade målen C-369/96 och C-376/96, Arblade m.fl. (REG 1999, s. I-8453), punkterna 41–42, av den 15 mars 2001 i mål C-165/98, Mazzoleni och ISA (REG 2001, s. I-2189), punkt 29, och av den 12 oktober 2004 i mål C-60/03, Wolff & Müller (REG 2004, s. I-9553), punkt 36.

68 — Dom av den 21 september 2006 i mål C-168/04, kommissionen mot Österrike (REG 2006, s. I-9041), punkt 47, samt domarna i målen Arblade m.fl. (ovan fotnot 67), punkt 53, Finalarte m.fl. (ovan fotnot 14), punkt 41, och Mazzoleni och ISA (ovan fotnot 67), punkt 35.

företagen vidtar för att försöka sänka sina arbetskostnader genom att utöva den fria rörligheten. I detta hänseende går det inte att bortse ifrån att arbetstagare har en lägre rörlighetsgrad än kapital eller företag. När de inte kan rösta med fötterna måste arbetstagarna agera genom att gå samman. Erkännandet av deras rätt att agera kollektivt på europeisk nivå innebär helt enkelt att det resonemang som ligger till grund för nationella fackliga stridsåtgärder har överförts på ett europeiskt plan. På samma sätt som det finns gränser för rätten att vidta fackliga stridsåtgärder när den utövas på nationell nivå, finns det emellertid gränser för denna rätt när den utövas på europeisk nivå.

71. En linje för samordnade fackliga stridsåtgärder skulle lätt kunna missbrukas på ett diskriminerande sätt om den innebar en skyldighet för alla nationella fackföreningar att stödja fackliga stridsåtgärder som vidtas av någon av de anslutna fackföreningarna. Det skulle göra det möjligt för en nationell

fackförening att begära assistans från de övriga fackföreningarna för att därvid som villkor för en utflyttning till en annan medlemsstat kräva att de skyddsnormer för arbetstagare som fackföreningen föredrar skall tillämpas, även efter det att utflyttningen har ägt rum. I själva verket skulle en sådan linje således göra det möjligt att skydda vissa nationella fackföreningars förhandlingsstyrka på bekostnad av andra nationella fackföreningars intressen och att dela upp arbetsmarknaden i strid med bestämmelserna om fri rörlighet.

72. Risken för ett diskriminerande missbruk av en samordnad linje skulle däremot förhindras om andra fackföreningar i en given situation faktiskt hade möjlighet att välja om de vill delta i en facklig stridsåtgärd eller inte. Huruvida så är fallet under de omständigheter som föreligger i förevarande mål är en fråga som får avgöras av den hänskjutande domstolen.

III — Förslag till avgörande

73. Mot bakgrund av det ovanstående föreslår jag att domstolen skall lämna följande svar på de frågor som hänskjutits av Court of Appeal:

1. Fackliga stridsåtgärder som vidtas av en fackförening eller en sammanslutning av fackföreningar och som syftar till att uppnå sådana mål som eftersträvas med

gemenskapens socialpolitik är inte enbart av det skälet undantagna från tillämpningsområdet för artikel 43 EG och rådets förordning (EEG) nr 4055/86 av den 22 december 1986 om tillämpning av principen om frihet att tillhandahålla tjänster på sjötransportområdet mellan medlemsstater samt mellan medlemsstater och tredje land.

2. Artikel 43 EG och artikel 1.1 i förordning nr 4055/86 har horisontell effekt i nationella domstolsförfaranden mellan ett företag och en fackförening eller en sammanslutning av fackföreningar under sådana omständigheter som föreligger i målet vid den nationella domstolen.

3. Artikel 43 EG innehåller inte något förbud för en fackförening eller en sammanslutning av fackföreningar att vidta fackliga stridsåtgärder som medför en inskränkning av ett företags etableringsfrihet, när företaget avser att flytta verksamheten till en annan medlemsstat och åtgärderna vidtas för att skydda arbetstagarna på detta företag. Det ankommer på den nationella domstolen att avgöra huruvida sådana åtgärder är rättsenliga, mot bakgrund av tillämpliga nationella bestämmelser om utövandet av rätten att vidta fackliga stridsåtgärder, förutsatt att omlokaliseringar mellan medlemsstater inte behandlas mindre förmånligt än omlokaliseringar inom en medlemsstat.

4. Artikel 43 EG utgör ett hinder mot en samordnad linje för fackliga stridsåtgärder som vidtas av en fackförening eller en sammanslutning av fackföreningar, när dessa åtgärder, genom att inskränka etableringsfriheten, medför att arbetsmarknaden delas upp och förhindrar att arbetstagare från vissa medlemsstater anställs i syfte att bevara arbetstagares anställningar i andra medlemsstater.