

SUSANNE ST CLAIR RENARD

Fri rörlighet för tjänster – tolkning av artikel 49 EGF

HEMLÅN



JURIDISKA BIBLIOTEKET
VID UPPSALA UNIVERSITET

341.2422

Juridikbok.se

Denna digitala version av verket är nedladdad från juridikbok.se.

Den licens som tillämpas för de verk som finns på juridikbok.se är **Creative Commons CC BY-NC 4.0**. Licensvillkoren måste följas i sin helhet och dessa finner du här <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/legalcode.sv>

Sammanfattningsvis innebär licensen följande:

Tillstånd för användaren att:

- Kopiera och vidare distribuera materialet oavsett medium eller format
- Bearbeta och bygga vidare på materialet

Villkoren för tillståndet är:

- Att användaren ger ett korrekt erkännande, anger en hyperlänk till licensen och anger om bearbetningar är gjorda av verket. Detta ska göras enligt god sed.
- Att användaren inte använder materialet för kommersiella ändamål.
- Att användaren inte tillämpar rättsliga begränsningar eller teknik som begränsar andras rätt att göra något som licensen tillåter.

Se även information på

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv>

SKRIFTER FRÅN
JURIDISKA FAKULTETEN I UPPSALA

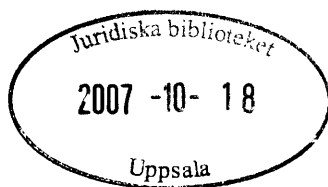
109

Redaktör: Petter Asp

Fri rörlighet för tjänster – tolkning av artikel 49 EGF

Susanne St Clair Renard

=



IUSTUS FÖRLAG

Abstract

St Clair Renard, S., 2007. Fri rörlighet för tjänster – tolkning av artikel 49 EGF. Free Movement of Services – Interpretation of Article 49. Iustus Förlag AB, 366 pp. Uppsala 2007. ISSN 2082-2040, ISBN 978-91-7678-671-0.

This thesis is concerned with the free movement of services and the interpretation of article 49. The application of article 49 foremost includes all activities within the EC law concept of services, which is to be understood as cross-border economic activities for which the regulations of the other freedoms cannot be applied. As a result of the residual function and the fact that the common market includes all aspects of trade and economy article 49 is applicable to a heterogenic variety of economic activities.

The ambit of article 49 has been increasingly widened. National laws regulating not only service activities but also service associated legal areas, such as legislation involving national taxation and labour regulations, which indirectly affect the conditions for service activities are within the scope of article 49.

The complexity of article 49 is also reflected in the diverse, but shared aims concerning free movement of services created initially to achieve a common market for services and further on to strengthen the rights for Union citizens. Thus article 49 has a double perspective, one that is market oriented and one that focuses on the individual citizen. The first perspective has the service product as the initial point, the second the rights of the individual service provider/recipient in view.

The question is whether one single interpretation can be applied in all different situations that come within the ambit of article 49. Against this background it is understandable that the opinions on how to interpret article 49 are numerous, the case-law ambiguous and the doctrine rich on variety.

This work examines the case-law of the Court of Justice and suggests an interpretation of article 49 that differentiates between the actual service activity, the associated legal areas and rights for providers and recipients of services. For service activities, article 49 is to be regarded as a total ban on all restrictions, discriminatory as well as non-discriminatory. The prohibition in article 49 should be interpreted widely, administrative measures and legislation in the service sectors may not in any way hinder or restrict the intra-state trade. As for service associated legal areas article 49 is to be regarded as an expression of the principle of non-discrimination. National legislation in areas such as taxation and procedural laws may not treat foreign services and service providers less favourable. Also rights for providers and recipients of services are confined to equal treatment. Providers and recipients of services from other member states shall benefit from the same rights as nationals.

Keywords: EU law, free movement of services, article 49.

© Författaren och Iustus Förlag AB, Uppsala 2007

ISSN 2082-2040

ISBN 978-91-7678-671-0

Omslag: John Persson

Sättning: Harnäs Text & Grafisk Form

Tryck: Edita, Västerås 2007

Förlagets adress: Box 1994, 751 49 Uppsala

Tfn: 018-65 03 30, fax: 018-69 30 99

Webbadress: www.iustus.se, e-post: kundtjanst@iustus.se

Förord

Det är med stor tillfredsställelse som jag nu lämnar ifrån mig detta arbete, som varit min följeslagare under så lång tid. Till er andra som inte heller vandrat den utstakade vägen utan på grund av egna val eller livets oförutsägbarhet bär på ofullbordade projekt säger jag, håll ut, släpp inte taget. Tids nog kommer den tid, råd och sinnesro som krävs.

Gynnsamma samverkande faktorer har gjort att jag kunnat slutföra mitt arbete. Viktigast har varit min handledare, Torbjörn Andersson, som kom in i avhandlingsarbetet vid precis rätt tidpunkt, och med klokt handlag tillförde arbetsglädje och tillförsikt. Stort tack för konstruktiv kritik och intressanta diskussioner! Min tidigare handledare Göran Lysén, som hann gå i pension under resans gång, har inspirerat till ett spännande och dynamiskt ämnesval vars företrädare aldrig tillåts vila på redan inhämtade kunskaper. Tack också till Kristina Ståhl och Tore Sigeman som läst och kommenterat delar av manuset.

Många andra har också bidragit. Vänner och kollegor vid Juridiska Institutionen i Uppsala har genom åren stöttat med kunskap, engagemang och omtanke. De senaste årens EU-luncher med doktoranderna vid Juridiska Institutionen i Stockholm har varit värdefulla, vilket också givetvis kan sägas om mina fantastiska arbetskamrater vid Högskolan på Gotland.

Eva O'Reilly har varit till ovärderligt hjälp med nitiskt letande efter oklarheter i den framväxande texten samt med översättning av den engelska sammanfattningen. I det hektiska färdigställandets sista fas har Åsa Skoglund och Ulla Collén hjälpt mig med korrekturläsning.

För finansiellt stöd i olika former vill jag tacka Juridiska fakulteten i Uppsala och Högskolan på Gotland. Tryckningsbidrag har beviljats från Emil Heijnes stiftelse för rättsvetenskaplig forskning.

Visby i augusti 2007

Susanne S:t Clair Renard

Innehåll

Förkortningar 17

1 Fri rörlighet för tjänster enligt artikel 49 19

- 1.1 Inledning 19
- 1.2 Kontext 21
- 1.3 Syfte 22
- 1.4 Metod 23
- 1.5 Tidigare forskning 25
- 1.6 Disposition 26

2 Tjänstebegreppet 29

- 2.1 Inledning 29
- 2.2 Tjänsten 29
- 2.3 Tjänsteutövare 31
- 2.4 Tjänstemottagare 33
- 2.5 Gränsöverskridande 34
 - 2.5.1 Tjänsteutövare som gränsöverskridare 35
 - 2.5.2 Tjänstemottagare som gränsöverskridare 36
 - 2.5.3 Tjänsten som gränsöverskridare 36
 - 2.5.4 Tjänsteutövares och tjänstemottagares gemensamma gränsöverskridande 37
- 2.6 Prestation/verksamhet 39
- 2.7 Ekonomisk verksamhet – prestationer utförda mot betalning 39
 - 2.7.1 Slutsats 44
- 2.8 Gränsdragningen mot övriga friheter och restpostfunktionen 45
 - 2.8.1 Gränsen mot varors fria rörlighet 46
 - 2.8.1.1 Tjänster i varuproduktionen 48
 - 2.8.1.2 Varor i tjänsteproduktionen 51

2.8.1.3	Blandprodukter	52
2.8.1.4	Slutsats varor	53
2.8.2	Gränsen mot personers fria rörlighet	54
2.8.3	Arbetsstagare	55
2.8.3.1	Arbete mot vederlag	56
2.8.3.2	Gränsöverskridande	57
2.8.3.3	Varaktighet	58
2.8.3.4	Slutsats	58
2.8.4	Etablering	59
2.8.4.1	Fysisk integration	63
2.8.4.2	Ekonomisk integration	63
2.8.4.3	Varaktighet	65
2.8.4.4	Kringgående av nationell lagstiftning	66
2.8.4.5	Slutsats etablering	68
2.8.5	Gränsen mot fri rörlighet för kapital	68
2.8.5.1	Slutsats	72
2.8.6	Sammanfattning avseende gränsdragningen mot övriga friheter och tjänstebegreppets restpostfunktion	72

3 Fri rörlighet för tjänster: olika tolkningar av artikel 49 75

3.1	Fri rörlighet för tjänster och olika tolkningar av artikel 49	75
3.2	Förslag – differentierad tolkning av artikel 49	77
3.2.1	Tjänstebegreppets tre komponenter och samband med övriga friheter	79
3.2.2	Vidgat tillämpningsområde för artikel 49	81
3.2.3	Kommentar om den fortsatta dispositionen	82

4 Diskrimineringsbegreppet 84

4.1	Inledning	84
4.1.1	Terminologi	86
4.1.2	Förbud mot diskriminering på grund av nationalitet i EG-fördraget	90
4.2	Diskrimineringsförbudet i artikel 49, öppen och dold diskriminering	93
4.2.1	Dold diskriminering i snäv bemärkelse; hemvist som särskiljande kriterium	97
4.2.1.1	Krav på hemvist	98

- 4.2.1.2 Olika behandling på grund av hemvist 100
- 4.2.1.3 Slutsats om hemvist som särskiljande kriterium 103
- 4.2.2 Dold diskriminering i vid bemärkelse eller övriga hinder 103
 - 4.2.2.1 Bördan av flera regelsystem; diskriminering eller övriga hinder 105
- 4.2.3 Utöver diskriminering – övriga hinder 106
 - 4.2.3.1 Omvänd diskriminering 106

5 Fri rörlighet för tjänster – tjänsteverksamheten 108

- 5.1 Inledning 108
 - 5.1.1 Systematisk genomgång av EG-domstolens praxis 109
 - 5.1.2 Krav på nationalitet och medborgarskap 109
 - 5.1.2.1 Krav på medborgarskap för advokater 110
 - 5.1.2.2 Krav på nationalitet och medborgarskap för fiskare 110
 - 5.1.2.3 Krav på medborgarskap för deltagande i nationella idrottslag 112
 - 5.1.2.4 Krav på nationalitet för att få medverka i offentlig upphandling 112
 - 5.1.2.5 Krav på nationalitet och hemvist för utövande av vakt- och säkerhets-tjänster 113
 - 5.1.3 Krav på hemvist; bosättning och etablering 113
 - 5.1.3.1 Krav på bosättning för att få utöva juridisk verksamhet 114
 - 5.1.3.2 Bosättning/etablering som krav för försäkrings- och kreditverksamhet 115
 - 5.1.3.3 Krav på bosättning för ägare och besättning på brittiska fiskebåtar 117
 - 5.1.3.4 Etableringskrav för auktoriserade revisorer 118
 - 5.1.3.5 Krav på nationellt eller lokalt säte, driftställe eller permanent förvaltning för mässorganisatörer 118
 - 5.1.4 Krav på språkkunskaper 119
 - 5.1.5 Krav på tillstånd 119

- 5.1.5.1 Tillstånd för arbetsförmedlande verksamhet 121
- 5.1.5.2 Tillstånd för försäkrings- och kreditverksamhet 121
- 5.1.5.3 Spelverksamhet, speciella och exklusiva rättigheter 122
- 5.1.5.4 Tillstånd och registrering för hantverkare, mässorganisationer 123
- 5.1.5.5 Avgifter 123
- 5.1.6 Krav på organisationsform och andra villkor för verksamhetens bedrivande 123
 - 5.1.6.1 Organisationsformer för sändning av TV-reklam 124
 - 5.1.6.2 Krav på juridisk form och andra begränsningar av mässarrangörers verksamhet 125
- 5.1.7 Krav på tjänsteprodukten 126
 - 5.1.7.1 TV-sändningar 127
 - 5.1.7.2 Reklamtjänster 128
 - 5.1.7.3 Båtplatsuthyrning 130
- 5.1.8 Förbud för utövande av tjänsteverksamhet 131
 - 5.1.8.1 Förbud för privat spelverksamhet 132
- 5.1.9 Krav på tjänsteutövarens kvalifikationer 134
 - 5.1.9.1 Krav på guideexamen 135
 - 5.1.9.2 Krav på juridiska kunskaper för bevakning av giltighetstiden för patent 136
 - 5.1.9.3 Krav på tidigare yrkeserfarenhet och praktik 137
 - 5.1.9.4 Krav på god vandel 137
- 5.1.10 Avslutande kommentarer 138
- 5.2 Den krokiga vägen mot en vidare tolkning av artikel 49 139
 - 5.2.1 Van Binsbergen – öppning mot en vidare tolkning 140
 - 5.2.2 Alla nationella åtgärder skall inte tillämpas på utländska tjänsteutövare; bördan av dubbla regleringar 142
 - 5.2.3 Definition av dold diskriminering; missgynnande 143
 - 5.2.4 Tjänster av tillfällig natur 144

- 5.2.5 Särskiljande av diskriminerande hinder för val av undantagsgrund 145
- 5.2.6 Uttalat förbud mot icke-diskriminerande hinder 147
- 5.2.7 Slutsats 149
- 5.3 Diskrimineringsförbud eller/och förbud mot hinder för den fria rörligheten 150
 - 5.3.1 Gränsen mellan diskriminering och övriga hinder – dubbla bördor 151
 - 5.3.1.1 Krav på tillstånd 152
 - 5.3.1.2 Krav på organisationsform 152
 - 5.3.1.3 Krav på tjänsteprodukten 153
 - 5.3.1.4 Krav på tjänsteutövarens kvalifikationer 154
 - 5.3.1.5 Slutsats dubbla regleringar 155
 - 5.3.2 Slutsats om tjänsteverksamhet och tolkning av artikel 49 156

6 Fri rörlighet för tjänster – tjänstestödjande rättsområden 161

- 6.1 Tjänstestödjande rättsområden 161
- 6.2 Systematisk genomgång av EG-domstolens praxis 164
 - 6.2.1 Arbetsrätt 164
 - 6.2.1.1 Sociala avgifter för arbetstagare 169
 - 6.2.2 Socialförsäkringar 170
 - 6.2.3 Socialpolitik – räntebidrag till bostadslån 172
 - 6.2.4 Interna skatter och avgifter 172
 - 6.2.5 Processrätt 176
 - 6.2.6 Fastighetsrätt; Innehav och nyttjande av fast egendom 178
 - 6.2.7 Miljörätt 179
 - 6.2.8 Marknadsföring – säljtägar 180
 - 6.2.8.1 Alpin Investments och Keck 184
 - 6.2.8.2 Slutsats – marknadsföring 186
- 6.3 Slutsats 187

7 Rättigheter för tjänsteutövare och tjänstemottagare 193

- 7.1 Inledning 193
- 7.2 Fysisk rörlighet 194
 - 7.2.1 Rätt till inresa 195

7.2.2	Rätt till utresa	196
7.2.3	Rätt till vistelse	198
7.2.4	Permanent uppehållstillstånd	199
7.3	Rätt till likabehandling	200
7.3.1	Rätt till bostadssubventioner	202
7.3.2	Rätt till hyra av båtplats	204
7.3.3	Rätt till brottsskadeersättning	205
7.3.4	Rätt till fritt inträde på museer	206
7.3.5	Rätt att välja processspråk	206
7.3.6	Rätt till bonus på trafikförsäkringspremier	207
7.3.7	Rätt att utöva yrkesverksamhet – krav på nationell examen	207
7.3.8	Slutsats om likabehandling	210

8 Undantag 212

8.1	Inledning	212
8.1.1	Diskrimineringsbegreppet	213
8.1.2	Ett differentierat synsätt	214
8.2	Undantagsgrunder	215
8.2.1	Artikel 46, allmän ordning, säkerhet och folkhälsa	216
8.2.2	Allmänintresset	218
8.2.2.1	Godtagna skyddsändamål	220
8.2.3	Val av undantagsgrund: Artikel 46 eller allmänintresset	223
8.3	Proportionalitetsprincipen	227
8.3.1	Proportionalitetsbedömningen och artikel 46	229
8.3.2	Proportionalitetsbedömningen och allmänintresset	230
8.3.3	EG-domstolen eller nationella domstolar	234
8.3.4	Sammanfattning	236
8.4	Systematisk genomgång av EG-domstolens praxis	238
8.4.1	Undantag för nationell reglering av tjänsteverksamhet	238
8.4.1.1	Öppen diskriminering – Inga undantag för krav på nationalitet	238
8.4.1.2	Dold diskriminering – få undantag för krav på hemvist	239
8.4.1.3	Dold diskriminering – inga undantag för särbehandling p.g.a. hemvist	241

8.4.1.4	Dold diskriminering vid tolkning – få undantag	244
8.4.1.5	Övriga hinder – flest undantag	245
8.4.1.6	Förbud och exklusiva rättigheter	247
8.4.1.7	Slutsats	250
8.4.2	Undantag – tjänstestödjande rättsområden	250
8.4.2.1	Dold diskriminering – flertal undantag för särbehandling p.g.a. etablering	251
8.4.2.2	Dold diskriminering vid tolkning – få undantag	254
8.4.2.3	Slutsats	256
8.4.3	Undantag – likabehandling av tjänsteutövare och tjänstemottagare	256
8.4.3.1	Öppen diskriminering – inga undantag	256
8.4.3.2	Dold diskriminering – inga undantag	257
8.4.4	Sammanfattning/slutsats	258

9 Det nya tjänstedirektivet 260

9.1	Tjänstedirektivet	260
9.1.1	Tjänstedirektivets tillämpningsområde	262
9.2	Rätt att tillhandahålla tjänster	263
9.2.1	Icke-diskriminering och ömsesidigt erkännande	263
9.2.2	Undantag	264
9.2.2.1	Allmänna undantag – artikel 16	265
9.2.2.2	Enskilda undantag vid brister i tjänstens säkerhet – artikel 19	268
9.3	Tjänstemottagarens rättigheter	269
9.4	Tjänsters säkerhet	270
9.5	Slutsats	271

10 Olika perspektiv; marknadsorienterat eller individorienterat 274

10.1	Inledning	274
10.2	Marknadsorienterat perspektiv	276
10.2.1	Produkten – tjänsten	276
10.2.1.1	Ömsesidigt erkännande	277
10.2.1.2	Marknadstillträde	279

10.2.1.3	Tjänstens tillfälliga och lättroliga karaktär	279
10.2.1.4	Tjänstedirektivet	280
10.2.2	Jämförelse med varor	281
10.3	Individorienterat perspektiv; individuella rättigheter	283
10.3.1	Unionsmedborgare	284
10.3.2	Yrkesperson	285
10.3.3	Konsument/ klient/patient	287
10.3.4	Likheter med tolkningen av personers fria rörlighet	287
10.4	Slutsats	290

11 Slutdiskussion om tolkningen av artikel 49 291

11.1	Olika tolkningar av artikel 49	291
11.1.1	Dubbla tester – marknadstillträde som särskiljande faktor	294
11.1.2	Differentierad tolkning; tjänsteverksamhet, tjänstestödjande områden och rättigheter för tjänsteutövare och tjänstemottagare	295
11.1.3	Dubbla tester eller differentierad tolkning	296
11.1.3.1	Resultat av dubbla tester jämfört med differentierad tolkning	297
11.1.3.2	Lämpligheten av dubbla tester jämfört med en differentierad tolkning	298
11.2	Mot gemensamma bedömningsgrunder för varor, personer och tjänster?	301
11.2.1	Likheter och skillnader vid tolkning av den fria rörligheten	302

12 Sammanfattning 306

12.1	Inledning	306
12.2	Tjänstebegreppet och det vidare tillämpningsområdet för artikel 49	306
12.3	Hur skall artikel 49 tolkas – förbud mot diskriminering eller förbud mot alla hinder?	308
12.3.1	Praxis för tjänsteverksamhet, tjänstestödjande rättsområden och rättigheter för tjänsteutövare och tjänstemottagare	310
12.4	Undantag	312

- 12.5 Tjänstedirektivet 314
- 12.6 Marknads-individinriktat perspektiv och tolkning av artikel 49 315
- 12.7 Slutkommentar 317

Summary 319

Käll- och litteraturförteckning 329

Rättsfallsregister 340

Rättsfallsregister (alfabetiskt) 352

Sakregister 364

Förkortningar

AD	Arbetsdomstolen
Cah.dr.europ.	Cahier de droit européen
CJEL	The Columbia Journal of European Law
CMLRev	Common Market Law Review
KOM	Kommissionen
CYELS	The Cambridge Yearbook of European Studies
Dir.	Direktiv
ECR	European Court Reports
EEG	Europeiska ekonomiska gemenskapen
EG	Europeiska gemenskapen
EGF	EG-fördraget
EGT	Europeiska gemenskapernas officiella tidning
EGU	EU-fördraget
ELRev	European Law Review
EP	Europaparlamentet
ERT	Europarättslig Tidskrift
EU	Europeiska unionen
EUF	Unionsfördraget
För.	Förordning
GA	Generaladvokat
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
GATS	General Agreement on Trade on Services
HD	Högsta domstolen
JT	Juridisk Tidskrift
Kap.	Kapitel
MD	Marknadsdomstolen
OJLS	Oxford Journal of Legal Studies
Red.	Redaktör
REG	Rättsfallssamling från Europeiska gemenskapernas domstol och förstainstansrätt
RÅ	Regeringsrättens årsbok
SN	Skattenytt
Uppl.	Upplaga
WTO	World Trade Organisation
YEL	Yearbook of European Law

1 Fri rörlighet för tjänster enligt artikel 49

1.1 Inledning

I takt med den växande tjänstemarknaden har det blivit allt angelägnare att avskaffa hinder för tjänsters fria rörlighet och skapa förutsättningar för en fungerande gemensam tjänstemarknad.¹ Arbetet med att upprätta en gemensam tjänstemarknad har emellertid visat sig vara mödosamt och tidskrävande. Trots att stora ansträngningar gjorts så återstår fortfarande åtskilligt innan tjänster kan utövas och mottas inom hela gemenskapen, utan att hindras av nationella restriktioner och särregleringar. Varför har det då varit så svårt att genomföra en gemensam tjänstemarknad? Det finns flera orsaker härtill. En förklaring är att tjänster består av ett mycket stort antal verksamheter av ytterst olika karaktär. Några av dessa verksamheter är på grund av sin betydelse för statliga och enskilda intressen kringgärdade av nationella regleringar. För andra verksamheter gör varierande yrkestraditioner och skråtänkanden det svårt att uppnå konsensus kring gemensamma lösningar.

Tjänstebegreppets sammansatta natur utgör ytterligare en orsak till svårigheter att genomföra den fria rörligheten. Tjänstebegreppets tre komponenter, tjänsten, tjänsteutövaren och tjänstetillhandahållaren, måste beaktas vid förverkligandet av den fria rörligheten. Tjänsters fria rörlighet får därmed ytterligare en dimension. Här inryms nämligen frågor som går utöver det marknadsinriktade intresset av en fungerande tjänstehandel; även EU-medborgarnas rätt att utöva yrke och verksamhet inom hela gemenskapen, samt att ta del av det samlade tjänsteutbudet spelar en viktig roll.

Slutligen skall nämnas det faktum att tjänsteverksamhet pågår i en kontext där rättsområden av de mest skilda slag har stor inverkan på vill-

¹ I Sverige arbetar 70 % av löntagarna inom tjänstesektorn medan bara 20 % av exporten utgörs av tjänster, Kommerskollegium 2007.

koren för verksamheten.² För att åstadkomma fri rörlighet för tjänster är det därför inte tillräckligt att avskaffa direkta hinder för utövande av viss tjänsteverksamhet. Därtill krävs att nationella bestämmelser inom rättsområden som indirekt påverkar tjänsteverksamheten inte missgynnar utländsk tjänsteverksamhet.

Vissa framsteg har förvisso gjorts inom den positiva lagharmoniseringen. Redan 1961 utfärdades det Allmänna programmet för tjänster med riktlinjer, villkor och tidsetapper för avvecklingen av hinder. I enlighet med programmet följde sedan en lång rad direktiv som förbättrade förutsättningarna för tjänsters fria rörlighet genom att sektorsvis förbjuda olika behandling av inhemska och utländska tjänsteutövare.³ Efter det att domstolen tillerkänt diskrimineringsförbudet i artikel 49 direkt effekt minskade liberaliseringsdirektivens betydelse som instrument för avvecklingen av diskriminerande hinder. Däremot har behovet av harmonisering ständigt ökat. Inom många tjänsteområden har numera harmoniseringsdirektiv utfärdats. Inom känsliga sektorer uppställs då ofta minimikrav kopplade till tillstånd i ett land som sedan skall godtas av övriga medlemsländer.⁴

Tjänsteområdets oöverskådliga och växande mångfald riskerar dock att göra samordning och harmonisering av tjänster till ett sisyfosarbete. Den mödosamma vägen med sektorsvis harmoniseringslagstiftning har sedermera kompletterats med direktiv av ramlagskaraktär, där utfyllnaden överlämnats åt kommissionen att arbeta fram i samarbete med medlemsländerna. Så har den tidigare metoden med att sektorsvis samordna och harmonisera yrkesutbildningar ersatts av generella direktiv med krav på ömsesidigt erkännande av nationella behörighetsbevis för samtliga yrken och riktlinjer för hur bedömning skall ske. Slutligen skall nämnas det omtalade och livligt diskuterade direktivet om tjänster på den inre marknaden som nyligen antagits, det så kallade tjänstedirektivet.⁵ Tjänstedirektivets ramkaraktär gör emellertid att artikel 49 fortfarande är nöd-

² Såsom arbetsrätt, skatterätt, socialförsäkringsrätt, miljörätt och processrätt. Se vidare om tjänstestödjande områden i kap. 6.

³ Ett flertal liberaliseringsdirektiv utfärdades för olika sektorer inom industri, handel och hantverk. Direktiven var gemensamma för tjänster och etablering. För tjänster sträckte sig dock direktivet till vis del längre än till avveckling av diskriminerande hinder på så sätt att tjänsteutövare undantogs från eventuella tillståndskrav. Samma sak gäller de direktiv om ömsesidigt erkännande av behörighetsbevis som utfärdats för vissa yrkeskategorier. Se t.ex. dir. 75/362 om ömsesidigt erkännande av behörighetsbevis för läkare, art. 16.

⁴ Tekniken har använts för bank- och försäkringstjänster. För flertalet tjänster förekommer inte tillstånd. Uppfyllande av direktivets minimikrav är tillräckligt för rätten att utöva verksamhet inom hela gemenskapen, se t.ex. TV-direktivet.

⁵ Dir. 2006/123 om tjänster på den inre marknaden. Direktivet skall vara införlivat i medlemsländernas lagstiftning senast 28 december 2009, artikel 44.

vändig för att fastställa den fria rörlighetens närmare innebörd, även för tjänsteverksamhet som hamnar inom direktivets tillämpningsområde.⁶

Om målet för den positiva lagharmoniseringen är att åstadkomma en för alla medlemsländer gemensam reglering som underlättar genomförandet av en europeisk tjänstemarknad, så återstår mycket att göra. För det första är stora och viktiga tjänstesektorer fortfarande oreglerade. För det andra så är de övriga rättsområden och de mer individorienterade rättigheter som, till följd av tjänstebegreppets sammansatta natur kommit att hamna under artikel 49:s tillämpningsområde, endast i vissa delar reglerade genom sekundärrätt.

För de tjänstesektorer, övriga rättsområden och rättigheter för tjänstutövare och tjänstemottagare som fortfarande är helt eller delvis oreglerade bestäms rätten till fri rörlighet fortfarande uteslutande med utgångspunkt från artikel 49. Tolkningen av artikel 49 har därmed avgörande betydelse.

1.2 Kontext

Som vid all annan tolkning bör artikel 49 ses mot bakgrund av det sammanhang i vilket rättsregeln verkar. För tjänsters fria rörlighet utgörs kontexten först och främst av den ursprungliga gemensamma marknadens, sedermera även den inre marknadens, fyra friheter.⁷ Artikel 49 bör dock betraktas även mot bakgrund av den gemensamma/inre marknadens och de fyra friheternas förhållande till den europeiska gemenskapens övriga samarbetsområden.

Den fria rörligheten för varor, personer och kapital har länge utgjort kärnan i gemenskapsarbetet och fungerat som en effektiv motor i integrationsprocessen.⁸ Vissa av de samarbetsområden som successivt tillkommit kan tillskrivas behovet av att komplettera fördragets regler om de fyra friheterna.

⁶ Det nya tjänstedirektivet är en ramlagstiftning som, förutom att upprepa förbudet i artikel 49, rensar i den flora av undantag från fördragets regler som med tiden blivit tämligen vidlyftig. Se kap. 9 om tjänstedirektivet.

⁷ Beträffande utvecklingen från den gemensamma till den inre marknaden se Mortelmans, K., *The Common Market, the Internal Market and the Single Market, What's in a Market?*, 35 CML Rev. (1998) s. 101–136. Beträffande skillnaden mellan dessa, se Kapteyn, P.J.G. and VerLoren van Themat, P., *Introduction to the Law of the European Communities From Maastricht to Amsterdam*, London 1998.

⁸ Och utgör den Europiska gemenskapens främsta kännetecken, enlig förordet till Green, N., Hartley, T. and Usher, J., *The Legal Foundations of the Single European Market*, Oxford 1991.

De fyra friheternas centrala betydelse för den Europeiska unionen är således uppenbar. Därav följer dock inte nödvändigtvis att övriga samarbetsområden skall ses som underordnade de fyra friheterna. Om man ser till fördragets ordalydelse och struktur framträder en mer nyanserad bild. I artikel 2 fastställs att den Europeiska gemenskapen har i uppgift att upprätta en gemensam marknad, en monetär och ekonomisk union samt att fullfölja den gemensamma politik och verksamhet som avses i artikel 3, däribland de fyra friheterna. Genomförandet av den gemensamma marknaden utgör således inte ett mål i sig utan är en av gemenskapens tre uppgifter.⁹

Detta inte sagt för att förringa betydelsen av de fyra friheterna utan för att främja en förutsättningslös diskussion om tolkningen av artikel 49. Trots att de förändringar som den ursprungliga Europiska ekonomiska gemenskapen genomgått sedan 1957 endast till viss del är föranledda av behovet att underlätta genomförandet av fri rörlighet så intar den gemensamma och den inre marknaden med dess fyra friheter fortfarande en särställning, vilket också framgår av fördraget.¹⁰

Tolkningen av de fyra friheterna bör ske mot bakgrund dels av deras centrala betydelse, dels i strävan efter en för alla samarbetsområden tillfredställande lösning. Tillsammans med övriga samarbetsområden skall de fyra friheterna uppnå de mål som uppställs i artikel 2. Vid de tänkbara konflikter som kan uppstå mellan krav på fri rörlighet och exempelvis främjande av frågor som livskvalitet, sysselsättning, socialt skydd och förbättring av miljön intar emellertid inte artikel 49 en självklart överordnad ställning.

1.3 Syfte

Syftet med avhandlingen är att visa i vilka situationer artikel 49 är tillämplig och att redogöra för förbudet mot inskränkningar i friheten att tillhandahålla tjänster. Det successivt vidgade tillämpningsområdet och

⁹ Enligt nuvarande lydelse av artikel 2 är gemenskapens mål att främja en harmonisk och väl avvägd hållbar utveckling av näringslivet, hög nivå i fråga om sysselsättning och socialt skydd, jämställdhet mellan kvinnor och män, en hållbar och icke-inflatorisk tillväxt, hög grad av konkurrenskraft och ekonomisk konvergens, en hög nivå i fråga om miljöskydd och förbättring i miljöns kvalitet, en höjning av levnadsstandarden och livskvaliteten, samt ekonomisk och social sammanhållning och solidaritet mellan medlemsländerna.

¹⁰ Särskilt kraftfulla lagstiftningsinstrument har tillförts fördraget för att underlätta genomförandet av den gemensamma och den inre marknaden, artiklarna 94 och 95. Genom Enhetsakten infördes också artikel 14 enligt vilken den inre marknad med fri rörlighet för varor, personer, tjänster och kapital skulle varit genomfört före 1992 års utgång.

den allt vidare tolkningen av förbudet i artikel 49 har gjort rättsläget svåröverskådligt. Domstolens tolkning av artikel 49 är delvis oklar och ibland motsägelsefull. Jämsides med att artikel 49 numera tolkas som förbud mot alla hinder intar diskrimineringsbegreppet fortfarande en central ställning i praxis. Sett mot bakgrund av diskrimineringsbegreppets sammansatta natur och artikel 49:s allt vidare tillämpningsområde är det oklara rättsläget näst intill oundvikligt.

I denna avhandling skall prövas om synen på artikel 49 bör nyanseras. Här framförs tesen om en differentierad tolkning, där artikel 49 tolkas som förbud mot alla hinder med avseende på nationell reglering av tjänsteverksamhet, det vill säga rätten att utöva och motta tjänster. Beträffande nationell reglering av rättsområden som påverkar tjänsteverksamhetens villkor och med avseende på de rättigheter av mer personligt slag som genom artikel 49 tillkommer EU-medborgare i deras egenskap av tjänsteutövare och tjänstemottagare, tolkas artikel 49 i stället som förbud mot diskriminering.

När praxis betraktas med en differentierad tolkning som grund framträder ett mönster som gör det möjligt att förstå och förklara innebörden av artikel 49. Det blir också möjligt att beakta gemensamma nämnare för tjänsters fria rörlighet och fri rörlighet för varor och personer samt att uppnå en avvägning mot EG-fördragets övriga samarbetsområden.

1.4 Metod

Ambitionen med detta arbete är att åstadkomma en helhetsbild av tjänsters fria rörlighet. Det innebär att komplexiteten i tjänstebegreppet och i den kontext som tjänsters fria rörlighet verkar måste tydliggöras. Ur denna disparata mångfald är det min ambition att skapa helhet och se mönster. En sådan framställning kan tyckas alltför generell för att vara intressant, men det uppenbara behovet av att tjänsters fria rörlighet ges en samlad och komplett beskrivning samt min egen nyfikenhet har fått motivera den valda inriktningen. Sökandet efter mönster har fått styra metoden. Genomgången av praxis avseende tolkningen av artikel 49 är uppdelad efter kategorierna tjänsteverksamhet, tjänstestödjande rättsområden och rättigheter för tjänsteutövare och tjänstemottagare. Samma uppdelning återkommer vid behandlingen av undantag. Avsikten är att undersöka om praxis avseende förbudet mot restriktioner i artikel 49 varierar mellan dessa tre kategorier.

Inte bara systematiken utan även tolkningen av praxis skiljer sig understundom från vad som följer av sedvanlig metod. I detta arbete tolkas praxis i vissa fall med utgångspunkt från de faktiska förutsättningarna

i målet och mot bakgrund av de konsekvenser domstolens ställningstagande får, i stället för att endast beakta motiveringarnas exakta ordalydelse. En sådan ändamålsbeaktande tolkning förekommer i de tre kapitel som redogör för EG-domstolens inställning till nationella åtgärder som begränsar den fria rörligheten. Det kan synas vara ett märkligt sätt att läsa domstolens motiveringar, icke desto mindre synliggör metoden mönster i domstolens praxis, som många gånger inte går att utläsa ur de ofta knapphändiga motiveringarna. Det kan leda till övertolkning av praxis att endast se till ordalydelsen och därav dra långtgående slutsatser, i synnerhet som motiveringarna många gånger nödtorftigt döljer att domstolen ännu inte bestämt vilket ben den skall stå på eller/och att domstolens ledamöter har olika uppfattningar i frågan.¹¹ Så använder exempelvis domstolen gärna det neutrala begreppet restriktioner och avstår på så sätt från att ta ställning till om en ifrågasatt nationell åtgärd är diskriminerande eller inte.¹²

Diskussionen om hur artikel 49 bör tolkas sker mot bakgrund av den kontext i vilken tjänsters fria rörlighet verkar. Intresseavvägningen mellan tjänsters fria rörlighet och andra samarbetsområden, legalitetsprincipen samt kompetensfördelningen mellan EU och medlemsländerna vägs in i sökandet efter den lämpligaste tolkningen.

Slutligen skall ärligen sägas att jag i det längsta försökte undvika att närmare ge mig in i diskrimineringsbegreppets snåriga och delvis motsägelsefulla innebörd. Mot bakgrund av att förbudet i artikel 49 numera utsträckts till att omfatta alla hinder, diskriminerande såväl som icke-diskriminerande, så var ursprungligen min utgångspunkt att diskrimineringsbegreppets exakta innehåll inte var så viktigt att fastställa. Emellertid kom mina förhoppningar på skam. Hur jag än försökte manövrera så fastnade jag slutligen på frågan om diskrimineringsbegreppets innebörd och tillämpningsområde. I detta arbete görs därför en begreppsanalytisk bestämning av diskriminering, dock endast i dess betydelse för tjänsters fria rörlighet.

¹¹ EG-domstolen domar är alltid enhälliga. Allmänt hålla eller rent av motsägelsefulla motiveringar kan därför understundom förmodas ha sin grund i domstolsledamöternas skiftande inställning i en viss fråga.

¹² I synnerhet avseende nationell reglering inom de tjänstestödande områdena, exempelvis arbetsrätt, skatterätt och processrätt.

1.5 Tidigare forskning

Tjänsters fria rörlighet behandlas fortlöpande i ett ständigt flöde av välskrivna och initierade vetenskapliga artiklar. Publikationer av detta slag är av naturliga skäl avgränsade till att behandla en viss tjänstesektor, aktuell rättpraxis eller någon speciell fråga såsom proportionalitetsbedömning eller subsidiaritet. I större samlingsvolymerna och monografier nämns tjänsters fria rörlighet vanligen i sammanhang och jämförelse med övriga friheter. Endast i ett fåtal verk behandlas uteslutande tjänsters fria rörlighet. I två monografier av äldre datum har Crayencour och Laasok behandlat tjänster, perspektivet är dock begränsat till att i huvudsak omfatta tjänster i betydelsen yrkesutövning.¹³

Under senare år har det utkommit några intressanta arbeten där tjänsters fria rörlighet behandlas utförligt. I antologin *Services and Free Movement in EU Law* presenteras olika sätt att se på tjänsters fria rörlighet, varav några är ytterst intressanta bidrag till diskussionen om hur förbudet i artikel 49 skall tolkas.¹⁴ Antologins sammansättning speglar för övrigt den rådande inställningen till tjänsters fria rörlighet på så sätt att flertalet bidrag behandlar tjänster i jämförelse med andra friheter, en begränsad rättsfråga eller vissa tjänstesektorer. I två senare monografier behandlas tjänster i jämförelse med andra friheter. Snell driver i sin bok, *Goods and Services in EC Law* tesen att varor och tjänster är handelsprodukter vars rätt till fri rörlighet bör bedömas lika, enligt principen om ömsesidigt erkännande. I boken *Workers, Establishment and Services in the European Union* pekar White på skillnaden mellan produkter och personer men kommer trots det fram till att bedömningen av åtgärders förenlighet med artikel 49 för såväl produkter som personer skall vara beroende av om åtgärden utgör en "appreciable interference" av en grundläggande frihet.¹⁵

Den aktuella rättsvetenskapliga forskningen kan beskrivas som ytterst livaktig, dessvärre är det svårt att få någon samlad bild av tjänsters fria rörlighet. Splittringen är ett resultat av att diskussionen om tjänsters fria

¹³ De Crayencour, J.-P., *The Professions in the European Community. Towards Freedom of Movement and Mutual Recognition of Qualifications*, Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg, 1982 och Lasok, D., *The Professions and Services in the European Economic Community*. Kluwer, Deventer, 1986.

¹⁴ Andenas, M. och Roth, W. H. (red.), Oxford University Press, Oxford 2002. Roth argumenterar för att artikel 49 i första hand handlar om rätt till fritt marknadstillträde. Åtgärder som hindrar tjänsters marknadstillträde skulle därmed alltid vara förbjudna medan åtgärder som inte påverkar marknadstillträdet är förbjudna endast om de är diskriminerande. Andenas och Snell argumenterar i antologin för att alla friheter bör bedömas enligt samma principer, *Exploring the Outer Limits*. Se vidare i diskussionen i kap. 11.

¹⁵ Snell, J. Oxford University Press, Oxford 2002 och White, R., Oxford University Press, Oxford 2004.

rörlighet ofta begränsas till en viss frågeställning eller behandlar tjänsters samband med andra friheter. Härtill kommer att tjänsters fria rörlighet vanligen endast ses ur ett marknadsperspektiv och att kontexten är begränsad till den gemensamma/inre marknadens fyra friheter.

1.6 Disposition

Kapitel två inleds med en bestämning av tjänstebegreppet. En sådan bestämning är nödvändig för att fastställa i vilka situationer artikel 49 är tillämplig. Tjänstebegreppets sammansatta natur medför att dess bestämning förutsätter en systematisk genomgång av tjänstebegreppets tre komponenter: tjänsten, tjänsteutövaren, och tjänstemottagaren. Därtill krävs en redogörelse för vilket uttryck de för alla friheterna gemensamma kraven på ekonomisk aktivitet och gränsöverskridande tar sig för tjänstebegreppet. Den restpostfunktion som tilldelats tjänsters fria rörlighet medför att den nödvändiga gränsdragningen mot övriga friheter sker genom bestämning och avgränsning av respektive frihet. I denna process blir såväl skillnader som likheter med övriga friheter synliga, vilket är en av de nödvändiga utgångspunkterna för den senare diskussionen om tolkningen av artikel 49.

I kapitel 3 till 10 behandlas innebörden av förbudet mot inskränkningar av friheten att tillhandahålla tjänster, i enlighet med artikel 49. Först presenteras, i kapitel 3, det förslag till differentierad tolkning av artikel 49 som är detta arbetes bidrag till den rättsvetenskapliga debatten. Kapitlet inleds med en kortfattad beskrivning av de i doktrinen förekommande olika uppfattningarna om hur artikel 49 skall tolkas. Tre förhärskande tolkningsmodeller kan urskiljas. Artikel 49 kan ses som förbud mot diskriminering, förbud mot alla hinder, eller som en kombination av förbud mot diskriminering och förbud mot alla hinder, beroende på om förutsättningarna för marknadstillträde påverkas negativt. Mitt förslag är i stället att artikel 49 skall tolkas som förbud mot alla hinder med avseende på den tjänsteverksamhet som enligt kapitel 2 uppfyller kriterierna för det gemenskapsrättsliga tjänstebegreppet. För övriga rättsområden, som genom EG-domstolens extensiva tolkning kommit att omfattas av artikel 49, skall förbudet tolkas som förbud mot diskriminering. En sådan tolkning skall även tillämpas med avseende på de rättigheter av mer personligt slag som genom artikel 49 tillkommer EU-medborgare, i deras egenskap av tjänsteutövare och tjänstemottagare.

I kapitel 4 görs en analys av diskrimineringsbegreppet. För samtliga ovan nämnda tolkningsmodeller av artikel 49 har diskrimineringsförbudet central betydelse. Så är även fallet om artikel 49 tolkas som förbud

mot alla hinder, eftersom frågan om diskriminering har avgörande betydelse vid domstolens prövning av undantag. Lägg därtill att det är ytterligt oklart vilken innebörd diskrimineringsbegreppet har när det är fråga om tjänster. För den redogörelse av praxis och diskussion om innebörden av artikel 49 som följer är det därför nödvändigt att reda ut diskrimineringsbegreppets betydelse.

I kapitel 5, 6 och 7 redogörs för den innebörd EG-domstolen givit förbudet mot inskränkningar i friheten att tillhandahålla och motta tjänster i artikel 49. Redogörelsen för praxis är disponerad i enlighet med den teori om differentierad tolkning som framförs i detta arbete. I kapitel 5 behandlas EG-domstolens praxis avseende nationell reglering av själva tjänsteverksamheten, i kapitel 6 praxis avseende nationell reglering av tjänstestödjande rättsområden och i kapitel 7 praxis avseende rättigheter för tjänsteutövare och tjänstemottagare. Avsikten är inte att åstadkomma någon fullständig katalog över praxis. Utmärkta kommentarer och sammanställningar i detta ämne publiceras fortlöpande. Avsikten är i stället att se i vilken riktning praxis utvecklats och att ge förutsättningar för diskussion om den till synes skiftande innebörd av förbudet i artikel 49 som framträder i praxis, skiftande dels över tiden, dels mellan tjänsteverksamhet, tjänstestödjande rättsområden och rättigheter för tjänsteutövare och tjänstemottagare.

I kapitel 8 behandlas undantag från förbudet i artikel 49. En bestämning av artikel 49 förutsätter att medlemsländernas möjlighet att vidta skyddsåtgärder vägs in. Efter en redogörelse för vilka skyddsändamål som domstolen godtar samt för bedömningen av åtgärdens proportionalitet följer en genomgång av EG-domstolens praxis systematiserad enligt samma differentierade modell som föregående tre kapitels genomgång av förbudet i artikel 49. Härav framgår att domstolens sätt att bedöma förbudet i artikel 49 slår igenom avseende undantag på så sätt att berättigade skyddsändamål varierar beroende på om den nationella skyddsåtgärden avser tjänsteverksamhet, tjänstestödjande rättsområden eller rättigheter för tjänsteutövare och tjänstemottagare.

Kapitel 9 ägnas det nya tjänstedirektivet. Att ägna ett helt kapitel åt sekundärrätt kan tyckas märkligt, mot bakgrund av att avhandlingens syfte är att klargöra artikel 49:s innebörd inom det oreglerade tjänsteområdet. Det finns dock två goda skäl för att närmare granska tjänstedirektivets innehåll. Det första är att klargöra vilka tjänsteområden som berörs av tjänstedirektivet och vilka som fortfarande är oreglerade. För det andra måste det, mot bakgrund av tjänstedirektivets utpräglade ramkaraktär, klargöras i vilken utsträckning direktivet innebär några rättsliga förändringar för de tjänsteverksamheter som berörs. Att ett sådan klargörande görs först mot slutet av avhandlingen motiveras av att begränsningarna i

tjänstedirektivets tillämpningsområde framstår tydligare i ljuset av den tidigare genomgången av praxis.

I kapitel 10 behandlas två av den Europeiska gemenskapens skilda målsättningar, att skapa en gemensam tjänstemarknad och att förstärka unionsmedborgarens rättigheter. Med de olika målsättningarna som grund placeras och diskuteras delar av gemenskapsrätten ur ett individorienterat respektive marknadsorienterat perspektiv.

I kapitel 11 förs slutdiskussionen med argument för att en differentierad tolkning av artikel 49 är den såväl mest ändamålsenliga som den rättsligt korrekta tolkningsmodellen. I detta sammanhang har även diskussionen om en gemensam tolkning av den fria rörligheten för varor, personer och tjänster sin givna plats.

2 Tjänstebegreppet

2.1 Inledning

Tjänstebegreppet består av tre komponenter, *tjänst*, *tjänsteutövare* och *tjänstemottagare*, vilka alla omfattas av rätten till fri rörlighet i artikel 49. Av fördragets artiklar 49 och 50 framgår vidare att tjänster är en *ekonomisk aktivitet av gränsöverskridande* karaktär samt att tjänsters fria rörlighet har en *restpostfunktion* i förhållande till övriga friheter.

Tjänstebegreppet ges således dels en positiv bestämning, gränsöverskridande ekonomisk verksamhet, dels en negativ bestämning, verksamhet som inte regleras av fördragets bestämmelser om fri rörlighet för varor, personer eller kapital. Tjänstebegreppet blir genom den negativa bestämningen beroende av övriga friheter och kan endast ses i förhållande till och genom uteslutande av övriga friheter.

Redogörelsen för tjänstebegreppet inleds med en beskrivning av tjänstebegreppets tre komponenter med utgångspunkt från ordalydelsen i artikel 49 och 50 och EG-domstolens tolkning.

2.2 Tjänsten

EG-fördraget ger inget närmare besked om vad som skall anses vara en tjänst. I stället ges vissa grundförutsättningar för vad som räknas som en tjänst samt en icke uttömmande uppräkningslista av fyra verksamheter som särskilt avses; verksamhet av industriell och kommersiell natur samt verksamhet inom hantverk och inom de fria yrkena. Därutöver ges ingen ledning, inte heller i övriga gemenskapsdokument tillhandahålls nomenklatur eller lista över tjänster.¹

I stället används en av FN:s statistikkontor upprättad klassificering över ekonomiska verksamheter, ISIC, som är indelad i 99 huvudgrupper

¹ För varor finns CCT, den gemensamma tulltariffen.

vilka var för sig består av ett stort antal verksamheter.² Klassificeringen i olika ISIC-områden används i den gemenskapsrättsliga sekundärrätten för att avgränsa vilka verksamheter som omfattas av rättsakten.³ Den liberalisering av världshandeln med tjänster som pågår inom WTO utgår från 12 huvudsektorer med sammanlagt 165 olika tjänsteområden.⁴ Såväl ISIC som WTO:s sammanställning visar att tjänster utgörs av en imponerande mängd verksamheter av de mest skilda slag. Några urvalskriterier eller annat förklaring av vad som kännetecknar ekonomiska verksamheter/tjänster tillhandahåller däremot inte dessa klassificeringar.

I andra sammanhang har försök att definiera tjänster gjorts. En utgångspunkt har varit tjänsters immateriella natur vilken medfört att tjänster vanligtvis inte kan lagras, utan konsumeras i samma ögonblick som de tillhandahålls.⁵ En konsekvens härav är att det inte förekommer andrahandsdistribution av tjänster på det sätt som det gör för varor. En sådan definition har dock kritiserats för att inte inrymma alla tjänster.⁶ Som exempel på tjänst som inte tillhandahålls och konsumeras samtidigt har nämnts pensionsförsäkringar.⁷ I stället har föreslagits att tjänster skall ses som en process som kan definieras som "an agreement or undertaking by the service-provider to perform now or in the future a series of tasks over a specified period or time towards a particular objective".

² ISIC utformades ursprungligen 1964 och har sedan dess reviderats ett antal gånger. Liberalisering av världshandeln som pågår inom WTO utgår även den från FN:s sammanställningar.

³ Se exempelvis de generella direktiven om ömsesidigt erkännande av behörighetsbevis.

⁴ Services Sectorial Classification List (W/120) och Scheduling Guidelines från 2001. Sammanställningar bygger på tidigare FN material och omfattar inte nyare tjänster, se Hallström, P. och Hjälmroth, C., *EU:s WTO förhandlingar om tillträde till tjänstemarknaden för lågutbildade*, ERT 2007:1, s. 40. Även GATS, the General Agreement on Trade in Services, saknar såväl definition som lista över tjänster. Avseende problem i samband därmed, se Eeckhout, P., *The General Agreement on Trade in Services and Community Law*, i Konstadinidis, S.V. (red.), *The Legal Regulation of the European Community's External Relations after the Competition of the Internal Market*, Aldershot, 1996, s. 111.

⁵ Kaldellis, E., *Freedom of Establishment v. Freedom to Provide Services: An Evaluation of Case-law Development in the Area of Indistinctly Applicable Measures*, Legal Issues of Economic Integration 28 (1) 23–55, 2001 s. 29.

⁶ Nicolaidis, P., *Liberalizing Service Trade, Strategies for Success*, London 1989, s. 7–9. Chalmers, D. och Szyszczak E., *European Union Law, Volyme II. Towards a European Policy?* Aldershot, 1998, s. 352–353.

⁷ Hill, T.P., *On Goods and Services*, Review of Income and Wealth 23, 1977, s. 315, se s. 337.

Min slutsats är att en definition av tjänster som är korrekt i den mening att den är alltomfattande, blir alltför intetsägande och ospecifik för att kunna tjäna något egentligt syfte.

Om man därtill lägger bristen på aktuell nomenklatur eller förteckning av tjänster och det faktum att nya tjänster ständigt tillkommer så förefaller EG-fördragets grundare valt en klok strategi. I stället för definition eller förteckning fastställs vissa grundegenskaper för vad som skall avses med en tjänst.

De grundegenskaper som kan utläsas ur artikel 49 och 50 är att med tjänst avses en prestation/verksamhet som utförs mot ersättning samt är gränsöverskridande.

2.3 Tjänsteutövare

Den fria rörligheten för tjänster formuleras i artikel 49 och 50 som en rätt för tjänsteutövaren att tillhandahålla tjänster. Det är således inte tjänsten utan tjänsteutövaren som uppbär rätten till fri rörlighet. Därav följer att frågan om en tjänsteverksamhet har rätt till fri rörlighet avgörs bland annat av vem som är tjänsteutövare. Enligt artikel 49 är rätten att tillhandahålla tjänster knutet till medborgarskap.⁸ Att endast EU-medborgare omfattas av rätten till fri rörlighet är en naturlig begränsning av förmånstagarbetskrets. Samma förhållande gäller även för arbetstagare och vid etablering.⁹

Juridiska personer jämföras med fysiska personer beträffande rätten att tillhandahålla tjänster.¹⁰ Kravet på medborgarskap för fysiska personer motsvaras för juridiska personer av krav på att bolag skall ha bildats i enlighet med en medlemsstats lagstiftning samt ha säte, huvudkontor eller huvudanläggning inom gemenskapen.¹¹

Medborgarskap är emellertid inte tillräckligt. Enligt artikel 49 skall tjänsteutövaren dessutom ha sin hemvist i medlemsland, annat än tjänste-

⁸ Se vidare om begreppen nationalitet och medborgarskap i Lokranz Bernitz, H., *Medborgarskapet i Sverige och Europa*, Lustus förlag, Uppsala 2004, s. 51–56.

⁹ Vid fastställande av medborgarskap gäller medlemsländernas nationella lagstiftning.

¹⁰ Artikel 48 under avsnittet om rätten till fri etablering, som enligt artikel 55 skall tillämpas även med avseende på tjänsters fria rörlighet.

¹¹ I andra stycket till artikel 48 ges sedan en något oklar definition på vad som avses med bolag. Med "bolag" förstås bolag enligt civil- eller handelslagstiftning, inbegripet kooperativa föreningar, samt övriga offentligrättsliga eller privaträttsliga juridiska personer, med undantag för sådana som inte drivs i vinstsyfte."

mottagarens.¹² Kravet på att tjänsteutövaren skall ha sin hemvist i ett medlemsland är inte lika självklar som kravet på medborgarskap. För förmånstagare till fördragets regler om fri rörlighet för personer uppställs inga motsvarande krav på hemvist inom gemenskapen, här är det tillräckligt med medborgarskap i ett medlemsland. Resultatet av hemvistikravet för tjänsteutövare är att personer med medborgarskap i ett medlemsland, men med hemvist i ett land utanför gemenskapen, inte kommer i åtnjutande av rätten till fri rörlighet för tjänster.

Kravet på hemvist för fysiska personer har sin motsvarighet i kravet på att bolag måste ha antingen säte, huvudkontor eller huvudanläggning förlagda inom gemenskapens gränser.¹³ I det allmänna programmet krävs dessutom att bolag som endast har säte (men inte huvudkontor eller huvudanläggning) inom gemenskapen, även har ett faktiskt och varaktigt samband med en medlemsstats ekonomi. Företag med endast ett formellt säte i landet skall på så sätt inte kunna få tillgång till hela gemenskapens marknad.

Varför har då tjänster pålagts detta ytterligare krav, varigenom förmånstagarkretsen för tjänsters fria rörlighet gjorts snävare än för personers fria rörlighet? Kanske för att kompensera den brist på varaktighet som kännetecknar tjänster och skiljer denna frihet från personers fria rörlighet. Såväl personer som är anställda eller har etablerad verksamhet inom gemenskapen har en naturlig fast hemhörighet inom gemenskapen. Genom att kräva hemvist inom gemenskapen för tjänsteutövare begränsas även den fria rörligheten för tjänster till personer med faktisk anknytning till gemenskapen.¹⁴

EU-medborgare bosatta utanför EU kommer således inte i åtnjutande av rätten till tjänsters fria rörlighet. Därav följer att flertalet tjänster också kommer att vara producerade i ett EU-land. Det dock tänkbart att även tjänster som produceras utanför gemenskapen kan komma ifråga. Tjänsteutövaren kan tänkas ha hemvist på fler ställen, eller utöva verksamhet under en tillfällig vistelse i ett land utanför EU.

¹² I fördragstexten används termen etablering. Här kommer i stället den mer rättvisande termen hemvist att användas som samlingsbegrepp för etablering och bosättning. I det Allmänna programmet för tjänster, första strecksatsen i avdelning I, upprepas de i artikel 49 givna förutsättningarna, dock med den skillnaden att termen etablering byts ut mot hemvist.

¹³ Artikel 49 första stycket.

¹⁴ Även i det allmänna programmet för tjänster anges villkoren för att vara förmånstagare, dvs. komma i åtnjutande av den fria rörligheten för tjänster. För fysiska personer upprepas vad som framkommer av artikel 49, dvs. medborgarskap i ett medlemsland och hemvist inom gemenskapen.

2.4 Tjänstemottagare

Tjänstemottagaren är en förutsättning för att någon handel med tjänster skall äga rum. Frågan är om tjänstemottagaren även skall ses som rättighetsinnehavare med avseende på tjänsters fria rörlighet och därmed ha samma rätt till fri rörlighet och likabehandling på samma sätt som tjänsteutövaren. Fördraget tiger i denna fråga. Det enda som sägs är att den fria rörligheten gäller tillhandahållande av tjänster avseende medborgare med hemvist i en annan medlemsstat än tjänstemottagaren. Det är dock tjänsteutövarens rätt att tillhandahålla tjänster som på så sätt beskrivs närmare, tjänstemottagaren är en förutsättning för tjänstehandeln men ges ingen självständig ställning som rättighetsinnehavare.

EG-domstolen har sedermera gjort klart att artikel 49 även skulle omfatta tjänstemottagarens rätt att resa till ett annat land för att motta tjänster.¹⁵ Frågan gällde ett italienskt par som ämnade resa till Frankrike på semester, för att sedan fortsätta till Tyskland för att genomgå medicinsk behandling och för dessa ändamål tagit med sig en större summa pengar. Först konstaterades att såväl turism som medicinsk behandling utgör tjänster i fördragets mening och att medlemsstaterna inte får hindra eller försvåra betalningen av sådana tjänster, inte heller i de fall det är tjänstemottagaren som reser till ett annat land för att motta tjänster. Domstolen konstaterade att mottagandet av en tjänst är den nödvändiga spegelbilden till utövandet av en tjänst, och därför måste anses ingå i tjänstebegreppet.

I en rad rättsfall har tjänstemottagarens rättigheter sedermera kommit att betonas allt mer. Så är exempelvis tjänstemottagarens rätt att välja försäkringsbolag från andra länder utan att straffas av sämre skatterättsliga avdragsmöjligheter¹⁶ eller högre trafikförsäkringspremier¹⁷. Allra tydligast är kanske inriktningen på tjänstemottagarens rättigheter som mottagare av medicinska tjänster.¹⁸

¹⁵ 286/82 & 26/83 *Luisi et Carbone* (1984) ECR I-377, p. 15–16. Frågan gällde egentligen utförsel av valuta i strid mot den italienska valutaregleringen vid en tid när rätten till fri rörlighet för kapital endast var delvis genomförd. Hinder för rätt att föra ut pengar till betalning av tjänster var förbjudna, så det var viktigt att fastställa att *Luisi* och *Carbone* var mottagare av tjänster. Se också 186/87 *Cowan v. Le Trésor Public* (1989) ECR I-195, p. 15, avseende turister som tjänstemottagare.

¹⁶ Se avsnitt 6.2.4 om interna skatter och avgifter.

¹⁷ Se avsnitt 7.3.6 om rätt till bonus på trafikförsäkringspremier, fallet C-251/83 *Haug-Adrión v. Frankfurter Versicherung* (1984) ECR 4277.

¹⁸ Se avsnitt 8.2.3 om tjänstemottagaren som konsument/klient/patient och avsnitt 2.6 om ekonomisk verksamhet, särskilt fallet C-372/04 *Yvonne Watts v. Bedford Primary Care Trust, Secretary of State for Health* REG 1996 s. I-432, där domstolen fokuserat på

Fördragets tystnad avseende tjänstemottagare innebär att det inte klargörs vilken koppling till gemenskapen som krävs för att komma i åtnjutande av rätten till fri rörlighet. Krav på hemvist inom gemenskapen kan dock utläsas ur artikel 49, där rätten att tillhandahålla tjänster förbehålls medborgare med hemvist i en *annan medlemsstat än tjänstemottagaren*. För tjänsteutövare, liksom för alla övriga kategorier av förmånstagare till rätten till fri rörlighet förutsättes dessutom medborgarskap i ett medlemsland. Samma krav måste rimligtvis ställas även på tjänstemottagare.

Att tjänstemottagare inte uttryckligen nämns som rättighetsinnehavare i fördraget kan ha sin förklaring i att det inte verkar finnas några nationella hinder att forcera. Medlemsländer hindrar vanligtvis inte sina medborgare att resa ut och upphandla tjänster i övriga länder, inte heller hindrar man medborgare/tjänstemottagare från andra medlemsländer från att besöka det egna landet för att ta del av tjänsteutbudet. Sedermera har detta visat sig inte vara helt riktigt, den extensiva tolkningen av tjänstebegreppet och den fria rörlighetens omfattning har gjort att tjänstemottagarens rättigheter ifrågasatts av medlemsländerna. Så har exempelvis varit fallet med tjänstemottagares rätt till brottsskadeersättning, förmånliga bostadslån och subventionerade museiavgifter.¹⁹

Det kan vara på sin plats att påpeka att artikel 49 förbjuder hinder för tjänsters fria rörlighet vilket för tjänstemottagaren innebär rätt att resa till ett annat land och motta tjänster. Tjänstemottagarens behov av att som konsument och klient skyddas för oönskade konsekvenser av den fria rörlighetens genomförande tillgodoses dels genom att medlemsländerna undantagsvis kan ges rätt att vidta skyddsåtgärder, dels genom gemenskapsinitiativ inom övriga samarbetsområden.²⁰

2.5 Gränsöverskridande

För att EG-fördragets regler om de fyra friheternas rörlighet skall vara tillämpliga krävs gränsöverskridande moment.²¹ Förhållanden av nationell karaktär, som inte har återverkningar på den mellanstatliga handeln, omfattas inte, utan räknas som interna angelägenheter.

tjänstemottagarens rättigheter till den grad att det kan ifrågasättas om det grundläggande kravet på ekonomisk aktivitet verkligen är uppfyllt.

¹⁹ Se kap. 7 om rättigheter för tjänstemottagare.

²⁰ Se kap. 7 om rättigheter för tjänstemottagare och kap. 8 om undantag.

²¹ 52/79 Debaue (1980) ECR 833, p. 9. EG-domstolen fann att TV-sändningar uppfyllde kravet på gränsöverskridande.

Krav på gränsöverskridande är inte specifikt för tjänster utan gäller för alla friheter. Målet för den gemensamma/inre marknaden är just att skapa en europeisk marknad med handel över gränserna. Medan fördragets regler för varors och personers fria rörlighet avser gränsöverskridande för just varuprodukter och personer, så omfattar fri rörlighet för tjänster gränsöverskridande för såväl tjänsteprodukter som tjänsteutövare och tjänstemottagare. Det faktum att tjänstebegreppet består av tre komponenter innebär att det gränsöverskridande momentet kan ske på minst tre sätt:

- Tjänsteutövaren reser till tjänstemottagarens hemland
- Tjänstemottagaren reser till tjänsteutövarens hemland
- Tjänsten sänds över gränser med hjälp av post, telekommunikation eller dylikt.

2.5.1 Tjänsteutövare som gränsöverskridare

Den situation där tjänsteutövaren reser till tjänstemottagarens hemland för att tillhandahålla tjänster, nämns uttryckligen i artikel 50. Det torde vara denna typ av tjänsteutövande fördragets författare närmast haft i åtanke.

Den sekundärlagstiftning som utfärdats för liberalisering och harmonisering inom olika tjänstesektorer är inriktad på tjänsteutövarens rätt till fri rörlighet och likabehandling. Liberaliseringsdirektiven för industri, handel och hantverk begränsar de krav medlemsländerna kan uppställa på utövare från övriga EU-länder. Samordningsdirektiven för övriga yrkesutövare är även den inriktad på tjänsteutövarens rätt att fritt utöva sitt yrke i övriga medlemsländer.

I artikel 50 ges tjänsteutövare som tillfälligt vistas i ett annat medlemsland för att utöva tjänster rätt att utöva verksamhet på samma villkor som landets egna medborgare. Ovanstående skulle kunna tolkas som om endast denna första kategori av tjänsteutövande omfattas av fördragets regler. Fri rörlighet för tjänstemottagare eller tjänster nämns inte. Syftet med artikel 50 torde dock inte vara att inskränka tillämpningen av artikel 49 till att endast omfatta tjänsteutövares fria rörlighet. Artikel 49 kan snarare ses som ett sätt att betona vikten av att denna utsatta grupp som utövar sin verksamhet i ett främmande land erhåller det skydd mot diskriminering som deras situation kräver. Som kommer att framgå nedan har EG-domstolen också valt att tolka artikel 49 på ett för tjänsters fria rörlighet mer ändamålsenligt sätt än dess ordalydelse ger vid handen.

2.5.2 Tjänstemottagare som gränsöverskridare

Den andra situationen där tjänstemottagaren står för det gränsöverskridande inslaget omfattas inte av fördragets ordalydelse. Den sekundärlagstiftning som reglerar EU-medborgares rätt till in- och utresa samt vistelse i andra medlemsländer har däremot alltsedan 1964 även omfattat tjänstemottagare. Som nämnts ovan så har domstolen kommit fram till den enda rimliga tolkningen, det vill säga att även tjänstemottagares rätt att resa till ett annat land och motta tjänster inryms i artikel 49. "När det gäller utförandet av en tjänst kan antingen den person som tillhandahåller tjänsten resa till den medlemsstat där mottagaren är bosatt eller så kan mottagaren resa till den stat där den person som tillhandahåller tjänsten är etablerad."²² Det andra fallet är enligt domstolen en nödvändig följd av fördragets bestämmelser om tjänsters fria rörlighet.

2.5.3 Tjänsten som gränsöverskridare

Den tredje situationen är de fall då tjänsteutövare och tjänstemottagare förblir i sina respektive hemländer medan tjänsten på ett eller annat sätt sänds över gränsen, till exempel via post, tele- och datakommunikation eller TV-sändningar. Tjänstehandel av detta slag uppfyller villkoren i artikel 49 med avseende på att tjänsteutövare och tjänstemottagare skall ha hemvist i olika medlemsländer.

Kravet på gränsöverskridande uppfylls däremot inte på samma självklara sätt eftersom parterna förblir i sina respektive hemländer. Att även de fall då tjänsten står för det gränsöverskridande momentet uppfyller kravet på gränsöverskridande bekräftades av domstolen i ett fall avseende TV-sändningar.²³ Frågan gällde huruvida ett belgiskt förbud mot TV-reklam stred mot EG:s regler om fri rörlighet för tjänster. Såväl tjänstemottagare som tjänsteutövare hade hemvist i Belgien medan produkten, TV-sändningarna, importerades från Frankrike och sändes vidare genom det belgiska TV-bolaget. Domstolen kom fram till att TV-sändningarna i fråga rymdes under fördragets tjänstebegrepp. Beträffande det faktum att fördraget endast omfattar gränsöverskridande tjänstehandel sade EG-domstolen att den enda situation då fördragets regler inte skall tillämpas är då tjänsteverksamhets alla väsentliga delar är begränsade till ett enda land.²⁴ Domstolens uttalande kan motsatsvis tolkas som om fördragets regler är tillämpliga på alla former av tjänster där antingen tjänsteutöva-

²² 286/82 & 26/83 *Luisi et Carbone* (1984) ECR I-377, p. 15–16.

²³ 52/79 *Debeauve* (1980) ECR 833.

²⁴ 52/79 *Debauve* (1980) ECR 833, p. 10.

ren, tjänstemottagaren eller tjänsten svarar för det gränsöverskridande inslaget. I detta fall utgjordes det gränsöverskridande inslaget av TV-sändningar mellan Frankrike och Belgien.

Genom internet har handel med sådana lätttrörliga tjänster ökat explosivt.²⁵ Tillväxten av tjänstemarknaden sker i stor utsträckning just inom denna "självständiga" kategori av tjänster, vilkas rörlighet är frikopplad från såväl utövare som mottagare. Exempel härpå är bank- och försäkringstjänster som i allt större utsträckning utövas över gränserna. Många banker och försäkringsbolag undviker gärna kostsamma etableringar i andra länder om de på något annat sätt kan agera på de nationella marknaderna. I synnerhet för små och medelstora aktörer är möjligheten till gränsöverskridande verksamhet utan utlandsetableringar av stort värde. Domstolens vida tolkning av tjänstebegreppet kan därför sägas vara en förutsättning för att en gemensam marknad för tjänster skall kunna bli verklighet.

2.5.4 Tjänsteutövares och tjänstemottagares gemensamma gränsöverskridande

Gränsöverskridande tjänsteverksamhet kan dock ske i fler former än de ovan beskrivna. Det kan också vara så att tjänsteutövare och tjänstemottagare har hemvist i samma medlemsland men att själva tjänsteverksamheten tilldrar sig i ett annat land. EG-domstolens uttalande, att den enda situation då fördragets regler inte skall tillämpas är då en tjänsteverksamhets alla väsentliga delar är begränsade till ett enda land, lämnar dörren öppen för denna fjärde kategori av tjänsteutövande.²⁶

I de så kallade guide-fallen var det fråga om en tjänst där tjänsteutövare och tjänstemottagare gemensamt förflyttade sig till verksamhetslandet.²⁷ Tjänsten bestod av turistverksamhet i form av bussturer från ett medlemsland till ett annat, där såväl tjänsteutövare som tjänstemottagare, i detta fall resenärerna och bussbolagets guider, kom från samma land men där själva tjänsten utövades i ett annat medlemsland, turistlandet.²⁸ Grekland ansåg att verksamheten på grund därav inte kunde anses som tjänst i fördragets mening.

²⁵ Se Müller, J., *An Economic Analysis of Different Regulatory Regimes of Transborder Services*, i Friedman, D. och Mestmäcker, E.-J., (red.), *Rules for Free International Trade in Services*, Baden-Baden, 1990, s. 343–348.

²⁶ 52/79 Debaue (1980) ECR 833, p. 9.

²⁷ 154/89 Commission v. France (1990) ECR I-659, p. 13.

²⁸ C-154/89, C-180/89 och C-198/89 Commission v. France, Italy, Greece (1991) ECR I-659, 709, 727.

Domstolen var dock av en annan åsikt och menade att även om artikel 49 enligt ordalydelsen endast inbegriper den situationen då en person som tillhandahåller tjänster är etablerad i ett annat medlemsland än mottagaren av tjänsten, så är syftet med artikel 49 att avveckla inskränkningar i friheten att tillhandahålla tjänster för personer som inte är etablerade i den stat där tjänsten skall utföras.²⁹ Domstolens slutsats var att artikel 49 alltid skall tillämpas när en person tillhandahåller tjänster i ett land där han inte är etablerad, oavsett tjänstemottagarens hemvistland. I ett senare fall har domstolen tagit ytterligare ett steg och fastställt att artikel 49 även omfattar situationer då det gränsöverskridande inslaget inträffar i ett senare led av tjänsteverksamheten.³⁰ Frågan gällde en tysk person, Koestler, bosatt i Frankrike som genom spekulationer på aktiemarknaden kommit att stå i skuld till sin franska bank.³¹ Koestlers senare flytt till Tyskland utgjorde ett gränsöverskridande moment, tillräckligt för att transaktionerna mellan Koestler och den franska banken skulle anses utgöra tjänst i fördragets mening.

Domstolens ändamålsenligt utvidgade tolkning av fördragets krav på gränsöverskridande för tjänster är den enda praktiskt försvarbara inställningen. En striktare inställning skulle få negativa och märkliga konsekvenser. Så skulle exempelvis en byggmästare kunna bygga hus i övriga medlemsländer åt alla EU-medborgare utom sina egna landsmän. Vidare skulle exempelvis jurister, skomakare och datakonsulter från Sverige kunna sälja sina tjänster till klienter i andra medlemsländer, förutsatt att klienten inte är svensk medborgare.

Sammanfattningsvis kan konstateras att det gränsöverskridande inslaget i tjänstehandeln tillåts anta vilka former som helst. Så länge antingen tjänsteutövaren, tjänstemottagaren eller tjänsten under något led av tjänsteutbytet befinner sig i ett annat medlemsland är kravet på gränsöverskridande uppfyllt.

²⁹ C-154/89 Commission v. France (1991) ECR I-659, p. 9.

³⁰ 15/78 Société Générale Alsacienne de Banque v. Koestler (1978) ECR 1971 p. 2.

³¹ Blankningsaffärer, där Koestler lånade pengar i sin bank i Strasbourg för att spekulera i kursfluktuationer på Paris-börsen. Affärerna utfördes med hjälp av banken, affärsidén är sedan att vinsten vid försäljningen skall sättas in på bankkontot och väl täcka den lånade beloppet. Så blev emellertid inte fallet denna gång. Koestler flyttade till Tyskland och lämnade efter sig en skuld som banken sedan sökte utmätning för vid tysk domstol. Eftersom fordringar av detta slag inte var utmättningsbara i Tyskland åberopade den franska banken artikel 49 i EG-fördraget som stöd för sin talan.

2.6 Prestation/verksamhet

Tjänstens immateriella natur framgår av artikel 50. Där beskrivs först tjänsten som en prestation som normalt utförs mot ersättning, sedan görs en uppräknig av verksamheter inom några utvalda områden som ansågs särskilt viktiga att liberalisera vid tiden för fördragets tillkomst. I det försök till definition som nämnts ovan beskrivs tjänsten som "a serie of tasks".

Tjänsters karaktär av prestation/verksamhet medför en nära koppling mellan tjänsten och tjänsteutövaren. Det visar sig bland annat genom att det många gånger inte är möjligt att separera tjänstens egenskaper och kvalitet från tjänsteutövaren. Reglering av tjänsters kvalitet sker därför vanligtvis genom krav på att tjänsteutövaren skall ha vissa kvalifikationer.³² Det ibland oupplösliga sambandet mellan tjänsten och tjänsteutövaren medför att för många tjänster är också kontakten mellan tjänsteutövare och tjänstemottagare av största betydelse. För en växande skara av massproducerade tjänster går det dock att särskilja tjänsten från tjänsteutövaren på så sätt att tjänsten själv är bärare av vissa egenskaper och kvaliteter. Så är exempelvis fallet med TV-sändningar och spelverksamhet. Den växande marknaden för försäljning av tjänster via internet kommer med all sannolikhet att bidra till utvecklingen av att tjänsten får en mer självständig karaktär.

2.7 Ekonomisk verksamhet – prestationer utförda mot betalning

Att samarbetet inom den Europeiska gemenskapen har en ekonomisk inriktning framgick tydligt av dess ursprungliga namn, den Europeiska ekonomiska gemenskapen. Den gemensamma/inre marknaden med de fyra friheterna som hörnstenar utgjorde kärnan i det ekonomiska samarbetet. Numera har "ekonomiska" tagits bort ur titeln. Förändringen avspeglar det faktum att den Europeiska gemenskapen inte längre endast avser det ekonomiska livet utan omfattar allt fler samarbetsområden. Gemenskapens kompetens har utvidgats till nya områden såsom miljö, kultur, hälsovård och bistånd till tredje land. Dessa nya samarbetsområden har ingen, eller endast perifer, anknytning till det ekonomiska livet.

Det faktum att det gemenskapsrättsliga samarbetet med tiden kommit att ges mer långtgående ambitioner har emellertid inte förändrat kärnan

³² Se avsnitt 5.1.8.

i gemenskapsarbetet, dvs. den gemensamma/inre marknaden. Den gemensamma marknadens karaktär är fortfarande utpräglat ekonomisk, den effektivisering av lagstiftningsprocessen som genomförts genom förändringar har snarare förstärkt dess ekonomiska karaktär och, framför allt, betydelse. Fördragets reglering av den gemensamma marknadens fyra friheter avser således endast varor, personer, tjänster och kapital som ingår i en ekonomisk verksamhet.

Enligt artikel 50 skall med tjänster i fördragets mening avses tjänster som normalt utförs mot betalning. Detta krav på "normalitet" kan förstås på följande sätt:

- 1) Alla som utför tjänsten gör det vanligtvis mot betalning,
- 2) De flesta utför tjänsten mot betalning men några gör det utan betalning,
- 3) Tjänsten utförs inom ramarna för en ekonomisk verksamhet.

I de första två alternativen rör det sig om sådana tjänster som alla utövare tar betalt för, utom i undantagsfall, dvs. tjänster av kommersiell natur. Om tjänster av en viss art vanligtvis är kommersiella har det ingen betydelse om tjänsterna i enskilt fall tillhandahålls gratis eller om vissa tjänsteutövare aldrig tar betalt för sina tjänster. Det ekonomiska kriteriet är i dessa fall knutet till tjänstens karaktär, den kontext den utövas i har ingen avgörande betydelse. Tjänster som till sin natur är kommersiella, men som av ideella eller andra skäl utförs utan ersättning, inryms alltid under definitionen.

Det tredje alternativet är inte uppbyggt kring tjänstens natur utan tar i stället fasta på det sammanhang inom vilken tjänsten utförs. Tjänsteutövare kan tillhandahålla tjänsten utan ersättning, förutsatt att det sker inom ramarna för dennes affärsverksamhet. En sådan tolkning förefaller vara den mest ändamålsenliga. Genom att fokusera på de ekonomiska realiteterna undviks hypotetiska resonemang om tjänsters ekonomiska natur.

Nedan redogörs för ett antal fall där EG-domstolen tagit ställning till huruvida en viss verksamhet uppfyller fördragets krav på ekonomisk aktivitet. EG-domstolen förefaller härvid att utgå från i vilket sammanhang tjänsten utövas. Utan att formulera någon bestämd policy, bedömer EG-domstolen tjänstens ekonomiska kriterium i huvudsak enligt det tredje alternativet, dvs. att tjänstens utförs inom ramarna för en ekonomisk verksamhet.

Domstolen har kommit fram till att det inte nödvändigtvis behöver vara tjänstemottagaren/konsumenten som betalar. Domstolen har tagit ställning till TV-sändningar som finansierades genom reklamslag i stäl-

let för av TV-innehavaren.³³ Inte bara TV-bolags relation med den betalande köparen av reklamtid utan även relationen till TV-tittaren betraktades som en ekonomisk aktivitet.³⁴ Domstolen kom fram till att sändningarna visst utfördes mot betalning. Betalningen erlades i och för sig inte av sändningsmottagaren men väl av reklamkunderna. Det är således inte nödvändigt att tjänstemottagaren själv betalar för tjänsten, huvudsaken är att någon ersätter tjänsteutövaren för dennes tjänster. Aktiviteten kan på så sätt sägas ingå i tjänsteutövarens ekonomiska verksamhet. Det ekonomiska sammanhang i vilket tjänsten utövades tillmättes avgörande betydelse.

Det är inte heller nödvändigt att någon ersättning alls utgått. När professionella idrottsmän deltar i tävlingar gratis har domstolen sett det som en del av ett ekonomiskt sammanhang med sändningsrättigheter, reklamintäkter och sponsorpengar.³⁵ Även deltagande i andra sammanhang som ingår som ett naturligt led i den professionelle idrottsmannens verksamhet anses som ekonomisk verksamhet.³⁶

Mot denna bakgrund kan den synas märkligt att spridande av information om utländska abortklinikers verksamhet inte ansetts utgöra ekonomisk verksamhet.³⁷ Domstolen ifrågasatte inte att medicinska tjänster i sig utgör ekonomisk verksamhet. Det var istället det faktum att den irländska studentorganisationen jobbade ideellt som var avgörande. Den slutsats som försiktigtvis kan dras är att ersättning måste utgå till den som utövar verksamheten ifråga. I detta fall skulle således studentorganisationen antingen ersatts av de engelska abortklinikerna eller av irländska tjänstemottagare för att verksamheten skulle uppfylla kravet på ekonomisk aktivitet. Om i stället engelska abortkliniker spridit informationen hade aktiviteten varit kommersiellt motiverad och därmed kunnat omfattas av EU-lagstiftningens rätt till fri rörlighet för tjänster. Det räcker således inte med att verksamheten ingår som en del i ett större ekonomiskt

³³ 352/83 Bond van Adverteerders v. Netherlands (1988) ECR 2085, p. 16 och Debeaune (1980) ECR 833.

³⁴ 352/83 Bond van Adverteerders v. Netherlands (1988) ECR 2085, p. 16.

³⁵ C-51/96 & C-191/97 Deliège mot Ligue Francophone de Judi et Disciplines Associées ASBL REG 2000 s. I-2549 och C-176/96 Lehtonen mot FRBSB REG 2000 s. I-2681.

³⁶ I fallet 36/74 Warlave v. Union Cycliste Internationale (1974) ECR 1405 och 13/76 Dona v. Mantero (1976) ECR 1333, fastslog domstolen att sport som utövas professionellt är en ekonomisk aktivitet.

³⁷ C-159/90 SPUC v. Grogan (1991) ECR I-4685. Här kan misstänkas att domstolens ställningstagande var ett sätt att slippa ta ställning till den svåra frågan om Irland får förbjuda sina medborgare utresa om syftet med resan är att genomföra abort i ett annat EU-land.

sammanhang. Aktiviteten måste vara en del av tjänsteutövarens egna ekonomiska verksamhet.

Ett särskilt problem är hur kravet på ekonomisk verksamhet skall ses med avseende på allmännyttiga tjänster eller tjänster som utövas i offentlig regi. Första gången domstolen hade att ta ställning gällde frågan en kurs inom ramarna för det statliga utbildningsväsendet.³⁸ Domstolen kom fram till att statlig utbildning inte utgjorde en ekonomisk verksamhet av två anledningar. För det första så var statens syfte inte att tjäna pengar³⁹ utan att uppfylla sin skyldighet mot befolkningen, för det andra betalades utbildningen som regel inte av studenterna eller deras föräldrar utan med skattemedel. I konsekvens härmed kom domstolen senare fram till att utbildning som finansieras genom privata medel, exempelvis av studenterna eller deras föräldrar, kunde utgöra tjänster i fördragets mening.⁴⁰

Beträffande medicinska tjänster har kravet på ekonomisk verksamhet varit särskilt besvärligt att ta ställning till. Att medicinska tjänster omfattas av fördraget fastställdes redan i det ovan diskuterade abortfallet.⁴¹ Frågan om vård inom ramarna för sociala trygghetssystem skall anses utgöra en ekonomisk aktivitet har varit svårare att besvara. Frågan har prövats av domstolen i ett antal ärenden som alla gällt frågan om en patient som väljer en vårdgivare i ett annat land kan erhålla kostnadsersättning från det nationella sjukvårdssystemet. I fallet *Kohl* gällde frågan nationella krav på förhandstillstånd för att kunna erhålla ersättning för tandvård utförd i ett annat medlemsland.⁴² Domstolen berörde inte frågan om ekonomisk verksamhet utan konstaterade endast att medicinsk verksamhet omfattas av fördraget.⁴³ Generaladvokaten menade att eftersom den försäkrade personen gör betalningar till sjukförsäkringen i hemlandet Luxemburg medför inte statens inblandning i finansieringen att prestationen inte skall anses utförd mot ersättning.⁴⁴ I fallet *Smits and Peerbooms*, gällde frågan krav på förhandstillstånd för ersättning av sjukhusvård utomlands.⁴⁵ Domstolen såg sig nu föranliten att ta upp kravet på

³⁸ 263/86 Belgium v. Humbel (1988) ECR 5365.

³⁹ Eller bättre uttryckt "engage in gainful activity", p. 18.

⁴⁰ C-109/92 Wirth v. Landeshauptstadt Hannover (1993) ECR I-6447.

⁴¹ C-159/90 SPUC v. Grogan (1991) ECR I-4685.

⁴² C-158/96 Kohl REG 1998 s. I-931. Se utförligare redogörelse för fallen i avsnitt 6.2.3 om socialförsäkringar.

⁴³ P. 29 och p. 51.

⁴⁴ GA:s utlåtande p. 41.

⁴⁵ C-157/99 Smits & Peerbooms REG 2001 s. I-5473. Vården i Tyskland bestod av sjukgymnastik, arbetsterapi och psykosocialt stöd för att behandla Parkinsons sjukdom, vården i Österrike bestod av neurostimulerande terapi på en patient som låg i koma efter

ekonomisk aktivitet, kanske på grund av massiv intervenering från ett antal medlemsländer.⁴⁶ Frågan gällde det nederländska sjukförsäkringssystemet, Ziekenfondswet (ZFW). Enligt systemet kan arbetstagare med inkomst under ett visst belopp samt bidragsberättigade registrera sig som försäkringstagare och de får därmed rätt till gratis vård. Vårdgivarens kostnader ersätts av ZFW enligt avtal mellan parterna.⁴⁷ Mot bakgrund av att patienten inte själv betalade för vården och att tjänsten inte bedrevs i vinstsyfte ifrågasattes om sjukhustjänster som tillhandahålls inom ramar för det allmänna försäkringssystemet kan anses som ekonomisk verksamhet.⁴⁸

Domstolen avvisade argumenten genom att först konstatera att patienten betalat för vården direkt till den utländska tillhandahållaren. Enbart den anledningen att patienten sedan i sitt hemland ansöker om återbetalning enligt sjukförsäkringslagstiftningen medför inte att frågan hamnar utanför tillämpningsområdet för tjänsters fria rörlighet. Domstolen fortsatte sedan med att erinra om att det inte är nödvändigt att tjänsten betalas av den som mottar den.⁴⁹ Denna del av domstolens motivering kan ses som svar på argumentet att patienten själv inte betalt sin vård.

Domstolens fortsatta motivering kan ses som ett bemötande av att vården inte bedrevs i vinstsyfte. Domstolen konstaterade att i det förevarande fallet utgjorde utbetalningen av sjukförsäkringskassorna inom ramen för avtalssystemet enligt ZFW den ekonomiska motprestationen för sjukhustjänsterna. Även om utbetalningen var schablonmässig hade den otvivelaktigt karaktär av ersättning för den sjukhusinrättning som erhöll betalningen och som bedriver ekonomisk verksamhet.

Frågan om ekonomisk verksamhet ställdes på sin spets vid prövningen av det brittiska sjukvårdssystemet.⁵⁰ Den brittiska medborgaren Yvonne Watts tröttnade på att vänta på operation för att få sin utslitna höftled utbytt. Hon reste till Frankrike, fick en höftprotes inopererad för 3.900 pund och vände sig sedan till det brittiska sjukvårdssystemet, National Health Service (NHS), för ersättning av kostnaderna. NHS finansieras

en trafikolycka. Se även fallet C-368/98 Vanbraekel REG 1998 s. I-5363 avseende mindre förmånliga regler för ersättning för sjukhusvistelse utomlands.

⁴⁶ P. 28.

⁴⁷ Sådana avtal hade slutits med nationella vårdgivare samt även vissa vårdgivare i andra länder. Kostnader för vård av andra vårdgivare förutsatte särskilt tillstånd. Se vidare under avsnitt 6.2.3 om socialförsäkringar.

⁴⁸ P. 48–50.

⁴⁹ 352/83 Bond van Adverteerders v. Netherlands (1988) ECR 2085, C-51/96 & C-51/96 & 191/97 Deliège mot Ligue Francophone de Judi et Disciplines Associées ASBL REG 2000 s. I-2549 och C-176/96 Lehtonen mot FRBSB REG 2000 s. I-2681.

⁵⁰ C-372/04 Yvonne Watts v. Bedford Primary Care Trust, Secretary of State for Health REG 2006 s. I-4325.

direkt av staten, huvudsakligen genom skatteintäkter. Organ inom NHS tillhandahåller kostnadsfritt och utan vinstsyfte sjukhusvård till personer som stadigvarande vistas i Storbritannien. Ersättning för vård inom den privata sjukvårdssektorn ersätts inte.⁵¹ Frågan om Yvonne skulle få ersättning vandrade upp i det brittiska domstolssystemet och hamnade slutligen hos Court of Appeal som vände sig till EG-domstolen för förhandsbesked.

Den brittiska domstolen frågade bland annat om det är någon skillnad mellan ett statligt finansierat nationellt hälso- och sjukvårdssystem, som NHS, och försäkringskassor, som i det nederländska ZFW-systemet. Denna fråga förbigicks med tystnad av EG-domstolen.

Vidare ville den hänskjutande Court of Appeal veta om vården som tillhandahålls inom NHS skall anses utgöra tillhandahållande av tjänster i den mening som avses i artikel 49, med patienterna som tjänstemotagare och NHS-organ som tjänsteleverantörer.⁵² Här menade EG-domstolen att det inte var nödvändigt att svara på frågan om sjukhusvård som tillhandahålls inom ett system som NHS utgör tjänster i fördragets mening (!)⁵³

Domstolen kom istället fram till att artikel 49 är tillämplig, oberoende av hur det nationella systemet fungerar.⁵⁴ Denna något förvånande slutsats föregås av att domstolen hänvisar till att tillhandahållande av medicinska tjänster mot betalning omfattas av fördragets bestämmelser⁵⁵ och tillägger sedan att friheten att tillhandahålla tjänster även innebär frihet för mottagare av tjänster, bland annat personer som behöver medicinsk behandling, att bege sig till en annan medlemsstat för att där motta sådana tjänster.⁵⁶

2.7.1 Slutsats

Kravet på att tjänster skall utföras mot betalning har givits innebörden att tjänsten skall utföras inom ramarna för tjänsteutövarens ekonomiska sammanhang. Det innebär att även tjänster som tillhandahålls gratis kan utgöra ekonomisk verksamhet. Det innebär också att det saknar betydelse vem som betalar.

Beträffande allmännyttiga tjänster har domstolen valt en annan väg. I stället för att reda ut vilka verksamheter som uppfyller kravet på ekono-

⁵¹ NHS beskrivs i p. 6–22.

⁵² P. 42, Court of Appeals' tolkningsfrågor 1 a, och 2 a,b,c.

⁵³ P. 92.

⁵⁴ P. 90.

⁵⁵ P. 86.

⁵⁶ P. 87, hänvisning till 286/82 och 26/83 Luisi & Carbone (1984) ECR 377, p. 16.

misk verksamhet fokuserar domstolen på tjänstemottagarens rättigheter. Till denna del kan man dock ge domstolen rätt, den vård som patienterna erhållit utomlands har tillhandahållits mot ersättning. Problemet med hur det skall kopplas till den nationella sjukvårdssystemet kvarstår dock.

2.8 Gränsdragningen mot övriga friheter och restpostfunktionen

Tjänstebegreppet kan således beskrivas som en ekonomisk gränsöverskridande verksamhet. En sådan beskrivning stämmer emellertid också på fri rörlighet för varor och personer. Tjänstebegreppets tre komponenter har även i övrigt stora likheter med övriga friheter, tjänsten med varors fria rörlighet och tjänsteutövare och tjänstemottagare med personers fria rörlighet. Gränsen mellan tjänsters fria rörlighet och övriga friheter är därför många gånger svår att avgöra.

Den restpostfunktion som tilldelats tjänster har betydelse för gränsdragningen. Restpostfunktionens innebörd är emellertid inte helt klart. Enligt ordalydelsen i artikel 49 skall prestationer utförda mot betalning anses som tjänster ”i den utsträckning de inte faller under bestämmelserna om fri rörlighet för varor, personer och kapital”. Restpostfunktionen har därför setts som en negativ bestämning av tjänster, innebärande att övriga friheter först måste bestämmas, för att sedan kunna uteslutas.⁵⁷ Beträffande gränsdragningen mot varor och kapital har domstolen emellertid givit restpostfunktionen en annan innebörd och i stället bestämt vilken aspekt som är dominerande eller underordnad.⁵⁸ Domstolen menar här att restpostfunktionen inte skall tolkas som fastställande av en prioriteringsordning mellan friheten att tillhandahålla tjänster och övriga friheter. Syftet med restpostfunktion är istället att ingen ekonomisk verksamhet skall falla utanför tillämpningsområdet för de grundläggande friheterna.⁵⁹

Val av tillämplig frihet skall då enligt domstolen ske på följande sätt.⁶⁰ Först fastställs vilka friheter som påverkas av de ifrågasatta nationella

⁵⁷ Se exempelvis Snell, J., *Goods and Services in EC Law*, Oxford University Press, Oxford 2002, s. 7.

⁵⁸ För gränsen mellan varor och tjänster se C-390/99 *Satellite Canal Digital* REG 2002 s. I-607, p. 31 samt 35. För gränsen mellan kapital och tjänst C-452/04 *Fidium Finanz* mot Bundesanstalt für Finanzdienstungsaufsicht REG 2006 s. I-9521.

⁵⁹ C-452/04 *Fidium Finanz* mot Bundesanstalt für Finanzdienstungsaufsicht REG 2006 s. I-9521, p. 32.

⁶⁰ C-452/04 *Fidium Finanz* mot Bundesanstalt für Finanzdienstungsaufsicht REG 2006 s. I-9521, p. 32, p. 34.

bestämmelserna samt huruvida en frihet dominerar över den andra. Sedan prövas i ”princip bara bestämmelserna mot bakgrund av endast en av dessa friheter om det visar sig att den ena friheten är helt underordnad den andra och kan anknytas till den.”⁶¹ Domstolens beskrivning är inte helt lätt att förstå. Dock framgår att som huvudregel skall endast en frihet komma ifråga och att det härvid har betydelse vilken frihet som är dominerande eller intar en underordnad ställning.

I nedanstående redogörelse kommer den gemenskapsrättsliga betydelsen av varor, personer och kapital att beskrivas, med särskild tonvikt på de särdrag som markerar gränsen mot tjänster och på restpostfunktionens betydelse för gränsdragningen.

2.8.1 Gränsen mot varors fria rörlighet

Varors och tjänsters fria rörlighet har det gemensamt att det i båda fallen är fråga om produkter som är föremål för handel och som skall kunna röra sig fritt inom hela den gemensamma marknaden. Varor har av domstolen definierats som produkter som kan värderas i pengar och som kan vara föremål för handel.⁶² Detsamma skulle dock kunna sägas om tjänster vilket lett till att domstolen senare reviderat sitt uttalande.⁶³ I det belgiska avfallshanteringsfallet tog domstolen bort krav på att produkten kan värderas i pengar.⁶⁴ Domstolen ändrade definitionen av varor till att vara föremål som forslas över en nationsgräns som en kommersiell transaktion, oavsett den kommersiella transaktionens karaktär.⁶⁵ Varför domstolens inte ens diskuterade om inte avfallshantering skall ses som en tjänst är svårt att förstå.

Som kommer att framgå av kommande avsnitt har också de gemenskapsrättsliga förutsättningarna för tjänsters fria rörlighet alltmer närmat sig den praxis som utvecklats för varors fria rörlighet. I takt med tjänstemarknadens växande betydelse och den moderna telekommunikationens

⁶¹ Se även C-390/99 *Satellite Canal Digital* REG 2000 s. I-607, p. 31 och C-20/03 *Burmanjer* REG 2005 s. I-4133, p. 34.

⁶² 7/68 *Commission v. Italy* (1968) ECR 423. Italienska staten hävdade att kulturföremål inte skulle ses som varor i ekonomisk avseende och att den italienska regleringen av export av konstskatter därför faller utanför fördragets tillämpningsområde. Domstolen fann att även kulturföremål är varor men att handel med den nationella kulturarvet kan hindras med hjälp av undantag enligt artikel 30.

⁶³ C-97/98 *Jägerskiöld mot Torulf Gustavsson* REG 1999 s. I-7319, p. 30–39.

⁶⁴ C-2/90 *Commission v. Belgium* (1992) ECR I-3341.

⁶⁵ P. 26.

framväxt har de gemensamma drag tjänster uppvisar med varor blivit allt tydligare.⁶⁶

Det finns dock avgörande skillnader mellan varu- och tjänsteprodukter. Skillnaden är att tjänsten är immateriell, den består av en mänsklig aktivitet eller prestation, medan varan är ett fysiskt föremål. Domstolens syn på skillnaden mellan vara och tjänst framgår i ett fall avseende TV-sändningar.⁶⁷ Handel med material för ljud- och bildupptagning och annan utrustning som behövs för distribution av TV-sändningar och filmförelisningar inordnades under reglerna för varor, medan själva överföringen av TV-signaler mellan EG-länderna ansågs som en tjänst.

Skillnaden mellan varor och tjänster gör att nationella regleringar och skyddsåtgärder utformas olika. Beträffande varor är regleringen inriktad på varans egenskaper medan tjänsters kvalitet och egenskaper vanligen garanteras genom krav på tjänsteutövarens kvalifikationer. Detta är en naturlig följd av att varan som föremål är en självständig bärare av vissa egenskaper. Att varans egenskaper många gånger avgörs av tillverkarens yrkeskunnande ändrar inte det faktum att varan som slutprodukt är ett avskilt föremål med vissa bestämda egenskaper. På annat sätt förhåller det sig med tjänsteprodukten. Tjänsten är i stället en prestation utan materiell form. Här finns således inget från tjänsteutövaren avskilt objekt. Att varor/föremål ofta är nödvändiga hjälpmedel förändrar inte det faktum att tjänsteprodukten är en immateriell prestation, vilket i sin tur innebär att reglering av tjänsteprodukter måste ta sig andra uttryck än för varor. I stället för produktbestämmelser är det vanligt med krav på tjänsteutövarens kvalifikationer, kopplat till krav på tillstånd.⁶⁸

Av vad som sagts ovan framgår att varuproduktion vanligtvis förutsätter mänskliga aktiviteter och att tjänsteproduktion vanligen kräver varor i form av verktyg, råmaterial och liknande.⁶⁹ Varor och tjänster är således

⁶⁶ I sådana fall där tjänsten, och inte tjänsteutövaren/tjänstemottagaren, står för det gränsöverskridande inslaget är likheten med den fria rörligheten för varor påfallande.

⁶⁷ 155/73 Guiseppe Sacchi (1974) ECR 409, p. 6–7. Skillnaden mellan varor och tjänster kan dock i vissa fall vara en ren definitionsfråga av filosofisk och metafysisk karaktär, såsom att elektricitet skall ses som vara medan TV-signaler är tjänster.

⁶⁸ Se kap. 5 avseende hinder för tjänsters fria rörlighet. Ytterligare en konsekvens av att varan är en fristående produkt medan tjänsten utgörs av tjänsteutövarens prestation är att ursprungsbestämningen görs på olika sätt. Medan en varas ursprung bestäms utifrån tillverkningsland så är det för tjänsten i stället tjänsteutövarens nationalitet och hemvistland som är avgörande. För varan är det avgörande var den är producerad, för tjänsten av vem.

⁶⁹ I undantagsfall kanske man kan tänka sig varor som inte framställs med hjälp av mänskliga aktiviteter. Så kan vara fallet med genuina naturprodukter, såsom skog på rot, olja och mineralfyndigheter. I flertalet fall är dock föremålet för handeln en förening av varor och tjänster. Varor kan inte produceras eller distribueras utan tjänster, tjänstepro-

förenade i ett ömsesidigt beroendeförhållande. Vad som härvid skall regleras av fördragets bestämmelser om varors respektive tjänsters fria rörlighet kan många gånger vara svårt att avgöra. Domstolens inställning är att nationella bestämmelser som huvudregel skall hänföras till bestämmelserna för varor *eller* tjänster.⁷⁰

2.8.1.1 Tjänster i varuproduktionen

Beträffande tjänster i varuproduktionen har domstolen fastställt att tjänster som leder direkt till framställning av varor⁷¹ eller som har nära samband med varutransaktioner⁷² skall regleras av fördragets bestämmelser om varors fria rörlighet. I senare rättsfall har domstolen uttryckt det som att den tjänsteliknande prestationen utgör en underordnad aspekt i förhållande till de omständigheter som rör den fria rörligheten för varor.⁷³

I fallet Cinéqué gällde frågan bland annat framställning/inspelning av videokassetter. Inspelningen på kassett gällde en spelfilm som visades på franska biografer och som skulle spelas in på videokassett för distribution till privat användare. Framställning av sådana kassetter är att hänföra till ekonomisk verksamhet. Det rör sig om en mänsklig aktivitet av ekonomisk natur, en verksamhet som i normalt språkbruk otvivelaktigt skulle inrymmas under tjänstebegreppet. Trots det kom EG-domstolen fram till att framställningen skulle regleras av fördragets regler för varors fria rörlighet. Domstolen motiverade detta med att det inte var möjligt att se själva framtagningen av videokassetter som utövande av tjänst i fördragets mening, eftersom en sådan verksamhet leder direkt till framställningen av materiella föremål, vilka i detta fall till och med fanns med i Common Customs Tariffs nomenklatur.

Spridande av reklam och andra marknadsföringsåtgärder hör till sådana aktiviteter som, om de är gränsöverskridande och har en ekonomisk dimension, utgör tjänsteverksamhet i fördragets mening. EG-domstolen har emellertid valt en egen väg. I fallet INNO-BM kom domstolen fram till att förbud mot reklam för vissa varor skulle anses som ett otillåtet hinder mot varors fria rörlighet. Att nationella marknadsföringsbestämmelser

duktionen å sin sida förutsätter vanligtvis förekomsten av varor, såsom verktyg och andra hjälpmedel.

⁷⁰ C-390/99 *Satelite Canal Digital* REG 2002 s. I-607, p. 31 och C-20/03 *Burmanjer* REG 2005 s. I-4133, p. 34.

⁷¹ 60 & 61/84 *Cinéthèque* (1985) ECR 2605.

⁷² C-362/88 *INNO-BM* (1990) ECR I-667.

⁷³ C-390/99 *Satelite Canal Digital* REG 2002 s. I-607, p. 34 och C-20/03 *Burmanjer* REG 2005 s. I-4133, p. 35.

skall regleras av fördragets regler för varor i stället för under reglerna för tjänster motiverades med att med marknadsföringstjänsternas nära samband med varutransaktioner. Konsekvensen av domstolens förhållningssätt är att marknadsföringstjänster har kommit att regleras av både varu- och tjänstebestämmelserna.⁷⁴ I det fall tjänsten avser marknadsföring av en vara är artikel 28 tillämplig, och i det fall tjänsten avser marknadsföring av en tjänst är artikel 49 tillämplig.⁷⁵ I samma anda har domstolen sedan i ett antal fall fastställt att nationella bestämmelser om försäljningsåtgärder av varor skall regleras av fördragets bestämmelser för varor.⁷⁶ I det senaste av dessa fall tillade domstolen att det inte kan uteslutas att försäljning av en vara kan åtföljas av en tjänsteliknande prestation men att det inte i sig är tillräckligt för att anse att ekonomisk verksamhet utgör tillhandahållande av tjänster.⁷⁷ I varje särskilt fall skall fastställas om prestationen utgör en underordnad aspekt i förhållande till omständigheterna som rör den fria rörligheten för varor. Detta måste ses som en markering av att försäljningsåtgärder för varor inte med automatik skall inordnas under fördragets regler för varor. Fallet i fråga gällde belgiska krav på tillstånd vid ambulerande försäljning. Personer från Nederländerna hade sålt prenumerationer för tyska tidskrifter på allmän plats i Belgien, utan erforderligt tillstånd från belgiska myndigheter. Domstolen fann att endast fördragets regler om fri rörlighet för varor var tillämpliga.⁷⁸

I fallet *Commission v. Irland* gällde frågan offentlig upphandling av byggtreprenad. Upphandlingen gällde således en tjänst. Byggnationen avsåg anläggning av vattenledningar. I upphandlingsvillkoren föreskrevs att rören skulle vara av en viss dimension som motsvarade nationell irländsk standard. Denna standard avvek från vad som för övrigt var brukligt på kontinenten, varför kommissionen ansåg att kravet på irländsk rörstandard var ett handelshinder för varor och därmed stred mot artikel 28. Irland menade att artikel 28 inte kunde komma ifråga eftersom det rörde sig om upphandling av tjänster, frågan skulle i stället bedömas enligt artikel 49. Kravet på viss rördimension stred enligt Irlands mening inte mot diskrimineringsförbudet i artikel 49.⁷⁹ EG-domstolen kom

⁷⁴ Se fallet C-405/98 Konsumentombudsmannen mot *Gourmet Internationales Products* (2001) REG I-1795.

⁷⁵ Se vidare avsnitten 5.1.6.2 om reklamtjänster och 6.2.8.2 om slutsats-marknadsföring.

⁷⁶ Se bl.a. C-239/90 *Boscher* (1991) ECR I-2023, p. 8–10.

⁷⁷ C-20/03 *Burmanjer* REG 2005 s. I-4133, p. 34.

⁷⁸ C-20/03 *Burmanjer* REG 2005 s. I-4133, p. 36.

⁷⁹ Vid denna tid var den förhärskande uppfattningen att medan alla hinder för varors fria rörlighet var förbjudna så omfattades endast diskriminerande hinder av förbudet mot tjänsters fria rörlighet.

emellertid fram till att åtgärder avseende varor alltid skall regleras av fördragets bestämmelser om varors fria rörlighet oavsett om varan ingår i en tjänsteprestation. Motiveringen var densamma som i fallen ovan, det vill säga att tjänster som leder direkt till tillverkning eller har nära samband med kommersiella varutransaktioner skall behandlas under fördragets varuregler.

Av ovanstående rättsfall kan utläsas en delvis förändrad syn på tjänster i varuproduktionen. Enligt äldre praxis skulle tjänster som leder direkt till framställningen av en vara eller som har nära samband med en vara inordnas under fördragets varubestämmelser. Detta skulle kunna leda till att alla tjänster som utövas i samband med produktion eller distribution av varor skulle regleras av fördragets regler om varors fria rörlighet. I senare praxis utgår i stället domstolen från vilken av friheterna som är dominerande. Det innebär att vid gränsdragningen mellan vara och tjänst ligger en avvägning av vad som är huvudsak och vad som är bisak. Ett sådant synsätt förefaller avsevärt mycket rimligare. Det innebär att inte alla tjänster som leder direkt till tillverkning av en tjänst skall bedömas av fördragets bestämmelser om varors fria rörlighet, utan endast sådana tjänster som utgör en mindre del av slutprodukten. Även de äldre rättsfallen passar in i ett sådant synsätt. I fallet Cinétiq^{ue} utgjorde själva verksamheten en ringa del. Varans värde påverkas inte nämnvärt av arbetsinsatsen, att överföra filmen från en form till en annan. Slutsatsen skulle då bli att mänskligt arbete – tjänster – som leder direkt till framställningen av en vara och vars värde är ringa i förhållande till den slutliga varan skall regleras under fördragets bestämmelser om varors fria rörlighet. Beträffande den andra delen av motiveringen, att tjänster som har nära samband med varutransaktioner omfattas av varureglerna, skulle då samma avvägning mellan huvudsak och bisak göras. Marknadsföring skulle vid en sådan avvägning utgöra en ringa del av de sammantagna transaktionskostnaderna. Sådana tjänster kan snarare ses som stödjande eller kompletterande för själva varutransaktionen.

Det irländska rötffallet är emellertid alltför udda för att kunna inrymmas i någon rimlig förklaringsmodell. Kanske skall det ses som ett resultat av en önskan att öppna upp den offentliga upphandlingen som vid denna tid var utpräglad protektionistisk. Eftersom artikel 49 då tolkades som förbud mot diskriminering var det nödvändigt att tillämpa den strängare artikel 28, som redan då innebar förbud mot alla hinder. På så sätt kunde Irland inte undandra den offentliga upphandlingen från konkurrens från andra europeiska byggföretag.

2.8.1.2 Varor i tjänsteproduktionen

Vid tjänsteproduktion ingår vanligtvis men inte nödvändigtvis varor som hjälpmedel vid framställningen. Typiska ”rena tjänster”, utan inslag av varor, förekommer också. De återfinns företrädesvis inom de så kallade fria yrkena, där klienten köper tjänsteutövarens personliga kunskaper och egenskaper, exempelvis i form av konsultationer.

I många fall används emellertid saker/varor vid framställning eller distributionen av tjänster utan att för den skull ingå i slutprodukten. Som exempel kan nämnas hantverkarens verktyg, läkares instrument, och föreläsares undervisningsmaterial.⁸⁰ I fallet Schaijk var frågan vilka regler som skulle tillämpas för varor i form av reservdelar och olja som ingick som en komponent vid service och reparation av bilar.⁸¹ Domstolen kom fram till att tillhandahållandet av sådana varor inte var något mål i sig utan underordnat tillhandahållandet av tjänster.⁸² Av den anledningen skulle fördragets regler om fri rörlighet för tjänster vara tillämpliga för alla delar av transaktionen.

I fallet Schindler uppstod frågan om lotteriverksamhet skulle regleras av varu- eller tjänstereglerna.⁸³ Det gjordes gällande att eftersom det var fråga om sändning och spridning av stora kvantiteter fysiska föremål, såsom brev, reklambroschyrer och lottsedlar så skulle verksamheten regleras av fördragets varubestämmelser. Domstolen fann att spridandet av föremål inte var ett mål i sig utan enbart hade till syfte att göra det möjligt att delta i lotteriet.⁸⁴ Efter att ha fastställt att lotteriverksamheten utgjorde en ekonomisk, gränsöverskridande aktivitet och därför skall ses som en tjänst fann domstolen att verksamheten i sin helhet skulle regleras av fördragets regler om tjänsters fria rörlighet. Till samma slutsats kom domstolen i fallet Jägerskiöld, avseende fiskerätter.⁸⁵ Det faktum att fiskerätten framgick av ett dokument ändrande inte på det faktum att upplåtande av fiskerätt skulle ses som en tjänst.

⁸⁰ I det Allmänna programmet för tjänster påbjuds avveckling av hinder mot rörlighet för verktyg, maskiner, utrustning och andra hjälpmedel som skall användas vid tjänsteutövning. Vidare påbjuds avskaffande av förbud mot eller hinder för den fria rörligheten för föremål som skall tillhandahållas som ett led i tjänsteutförandet, samma sak gäller material till sådana föremål.

⁸¹ C-55/93 Criminal Proceedings Against J G C van Schaijk (1994) ECR I-4837. Servicen utfördes i ett annat medlemsland.

⁸² P. 14.

⁸³ C-275/92 Her Majesty's Customs and Excise v. Gerhard and Schindler (1994) ECR I-1039.

⁸⁴ P. 30.

⁸⁵ C-97/98 Jägerskiöld mot Torulf Gustavsson (1999) REG 7319, p. 30–39.

Slutsatsen blir att med avseende på varor i tjänsteproduktionen är det avgörande vad som kan ses som slutprodukt. När varan ingår som en underordnad del i tillhandahållandet av tjänsten skall produkten som helhet regleras av fördragets bestämmelser om tjänsters fria rörlighet.

Förädling, förbättring och reparation kan medföra att den ursprungliga varan tillförs nya element eller att gamla delar byts ut. I sådana fall kan den slutliga produkten övergå från att vara en ren tjänst till att utgöra en blandprodukt av vara och tjänst.

2.8.1.3 *Blandprodukter*

Nästan alla varor och tjänster är blandprodukter i den betydelsen att produktion och distribution förutsätter inslag av båda. Det är emellertid ingen bra lösning att en och samma transaktion regleras av olika bestämmelser i fördraget. Det är i stället praktiskt och rimligt att transaktionen som helhet antingen regleras av varu- eller tjänstebestämmelserna. Domstolens inställning är att nationella bestämmelser som huvudregel skall hänföras till bestämmelserna för varor *eller* tjänster.⁸⁶

Praxis avseende varor i tjänsteproduktion visar på ett sådant förhållningssätt. När varan ingår som en underordnad del i tillhandahållandet av tjänsten skall produkten som helhet regleras av fördragets bestämmelser om tjänsters fria rörlighet. Även beträffande tjänster i varuproduktionen har domstolen numera intagit samma förhållningssätt. Från att tjänster som leder direkt till tillverkning av varor eller har nära samband med kommersiella varutransaktioner skall behandlas under fördragets varuregler skall numera gränsdragningen utgå från vilken frihet som är underordnad. Under alla förhållanden förefaller domstolen sträva efter att produkten ses som en helhet och därmed skall inordnas under antingen varu- eller tjänstebestämmelserna, inte bådadera.

I det äldre fallet *Sacchi* fastställde domstolen att utrustning för TV-sändningar skall regleras av fördragets bestämmelser om varor medan själva TV-sändningen skall regleras av fördragets bestämmelser om tjänster. Emellertid gällde frågan här endast själva TV-sändningen varför frågan inte ställdes på sin spets.⁸⁷ I fallet *Satelite Canal Digital* fann emellertid domstolen att både fördragets regler om varors och tjänsters fria rörlighet var tillämpliga på den nationella lagstiftningen. Frågan gällde krav på tillstånd i samband med tillhandahållande av telekommunikation. Domstolen fann det här svårt att fastställa vilken aspekt som hade störst

⁸⁶ 31 och C-20/03 *Burmanjer* (2005) REG I-4133, C-390/99 *Satelite Canal Digital* REG 2002 s. I-607, p. 34.

⁸⁷ 155/73 *Sacchi* (1974) ECR 409.

betydelse; leverans av telekommunikationsutrustningen eller installationstjänster och andra tjänster som kräver fackkunskap. I detta fall valde domstolen således att pröva de nationella bestämmelsernas förenlighet med såväl artikel 28 som 49.⁸⁸

2.8.1.4 Slutsats varor

Såväl varor som tjänster utgör i EG-fördragets mening produkter som kan vara föremål för handel, med den skillnaden att varor är föremål medan tjänster består av ekonomiska aktiviteter.

Varor och tjänster förekommer ofta i förening, antingen som varor i tjänsteproduktionen eller tjänster i varuproduktionen. Domstolen strävar efter att endast en av fördragets friheter skall vara tillämplig. Vid bestämning om fördragets regler för varor eller tjänster skall tillämpas utgår domstolen numera från vilken frihet som är underordnad den andre.

Tjänstebegreppets restpostfunktion förefaller ha givits en allt blygsammare roll. I fallen Schindler och Jägerskiöld fastställde domstolen att fördragets varuregler inte var tillämpliga på varor som ingår som en underordnad del i tillhandahållandet av en tjänsteprodukt. Prestationen skulle då i sin helhet inordnades under artikel 49. I fallet Van Schjaik, beträffande reservdelar och olja till bilar, valde domstolen att i stället tala om varan som en underordnad del av prestationen. I fallet Burmanjer fastställde domstolen att tjänsteliknande prestationer vid försäljning av varor i automatiskt skall regleras av fördragets regler om varors fria rörlighet. Dock kan konstateras att domstolens val av argumentation varit till förmån för en helhetsbedömning av slutprodukten, som antingen lydande under varu- eller tjänstereglerna. Samma sak kan sägas om det irländska rörfallet, där domstolen valt att betrakta entreprenaden i sin helhet som tillhandahållande av varor.

Slutligen skall göras en reflektion avseende domstolens ställningstagande i det belgiska fallet om avfallshantering. Fallet gällde avfall som inte kunde återvinnas och som därmed saknade värde. I stället kostade det pengar att få avfallet omhändertaget. Varför domstolen inte ens diskuterade om avfallshantering skall ses som en tjänst är svårt att förstå. Avfallshantering där avfall från ett land tas om hand av en anläggning i ett annat medlemsland mot betalning är en typisk tjänsteverksamhet. Varför domstolen i stället valde att ändra definitionen av varor är en gåta. Att inte ställa krav på att varor skall ha ett ekonomiskt värde strider mot de grundprinciper som är gemensamma för den gemensamma marknadens fyra

⁸⁸ C-390/99 Satellite Canal Digital REG 2002 s. I-607, p. 33.

friheter. Det hade varit enklare och mer logiskt att klassa avfallshantering som tjänst. Det faktum att tjänsten bestod i att ta hand om fysiska föremål skulle inte ens motivera någon diskussion om vara/tjänst eftersom föremål utan ekonomiskt värde inte utgjorde varor enligt domstolens tidigare definition.

2.8.2 Gränsen mot personers fria rörlighet

EG-fördragets bestämmelser om fri rörlighet för personer består av arbetstagares rätt till fri rörlighet och rätten till fri etablering. Personers fria rörlighet avser rätten att inneha anställning eller att vara etablerad i ett annat medlemsland samt att arbeta respektive driva verksamhet under samma villkor som landets egna medborgare. Fördragets regler om arbetskraft, etablering och tjänster kan sägas utgöra olika aspekter på en gemensam grupp mänskliga aktiviteter. Gemensamma nämnare är krav på gränsöverskridande samt krav på att verksamheten skall utgöra en ekonomisk aktivitet. Det som skiljer dem åt är formen för verksamheten. För arbetstagare sker verksamheten inom ramarna för ett anställningsförhållande. Vid etablering och tjänsteutövande utövas verksamheten av ett företag eller en egenföretagare, vid etablering genom en varaktig vistelse i värdlandet och vid tjänsteutövande genom temporär vistelse i värdlandet.

Det förekommer därför att de går under den gemensamma beteckningen personrelaterade friheter.⁸⁹ Delar av den EG-rättsliga sekundärslagstiftningen är gemensam.⁹⁰ Rätten till in- och utresa och rätten till vistelse regleras numera i ett gemensamt direktiv.⁹¹ Även i praxis har sedan länge bedömningen varit gemensam. Domstolen har inte ansett det nödvändigt att skilja mellan de olika personkategorierna då frågan gällt rätten till inresa och vistelse i ett annat medlemsland.⁹² Även den omfat-

⁸⁹ Se exempelvis Hatzopoulos, V, *Recent Developments of the Case Law of the ECJ in the Field of Services*, 37 CML Rev. (2000), s. 43–82, s. 68.

⁹⁰ Redan det första direktivet som tillkom för att styra upp möjligheterna till undantag från rätten till fri rörlighet var gemensamt, dir. 64/221 om samordning av undantag av hänsyn till allmän ordning, säkerhet och folkhälsa.

⁹¹ Dir. 2004/38 om unionsmedborgares rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier.

⁹² Se exempelvis 115 & 116/81 Adoui och Cournuaille (1982) ECR 1665 p. 7–9 och C-106/91 Ramrath (1992) ECR I-3351 p. 17, "... grundar sig på samma principer såväl när det gäller inresa till och uppehåll i medlemsstaten för personer som omfattas av gemenskapsrätten som när gäller förbudet mot all diskriminering av dessa personer på grund av nationalitet."

tande sekundärrätten för ömsesidigt erkännande av yrkeskvalifikationer är gemensam. Här görs ingen åtskillnad oavsett på om yrkesutövaren är anställd eller egenföretagare.⁹³

Argument för en gemensam tolkning av den fria rörligheten för arbetstagare, rätten till fri etablering och tjänsters fria rörlighet har framförts. Tjänsteutövare/tjänstemottagare, arbetstagare/egenanställda samt personer och företag som etablerar sig i ett annat land har likartade förutsättningar och behov. Denna diskussion kommer att behandlas i arbetets avslutande del. I detta avsnitt skall redogöras för likheter och skillnader mellan de personrelaterade friheterna.

2.8.3 Arbetstagare

Den fria rörligheten för arbetstagare beskrivs i artikel 39 punkt ett som rätten att inte bli diskriminerad med avseende på anställning och lön samt övriga arbets- och anställningsvillkor. Vad som skall avses med arbetstagare i gemenskapsrättsliga sammanhang bestäms tills vidare av domstolens praxis. Redan på ett tidigt stadium fastlogs att arbetstagarbegreppet skulle ges en gemenskapsrättslig tolkning.⁹⁴ Arbetstagarbegreppet och tjänstebegreppet skiljer sig i stället åt inom två andra områden.

Det ena är arbetsformen. Arbetstagare är anställda och tjänsteutövare är företag/egenföretagare. Domstolen har angivit följande tre villkor för att en person skall räknas som arbetstagare:

- 1) Arbetet skall utföras åt eller för annan.
- 2) Den som utför arbetet skall stå under annans arbetsledning.
- 3) Arbetet skall ske mot vederlag.⁹⁵

Punkterna ett och två rör den form under vilket arbetet utförs. Om dessa kriterier är uppfyllda utförs verksamheten inom ramarna för ett anställningsförhållande. Enligt ett senare fall avseende direktörs och tillika aktieägars ställning angavs att arbetet skall utföras i underordnad ställning, till förmån för någon annan och enligt dennes anvisningar för att

⁹³ För utförlig redogörelse av sekundärrätten inom detta område se Ingmansson, S., *Erkännande av yrkeskvalifikationer inom EU*, Skrifter från Juridiska institutionen vid Umeå universitet No 11/2005.

⁹⁴ Se 75/63 Unger v. Bestuur (1964) ECR 177, 53/81 Levin v. Staatssecretaris van Justitie (1982) ECR 1035 och 66/85 Lawrie Blum v. Land Baden Württemberg (1986) ECR 2121.

⁹⁵ 66/85 Lawrie Blum v. Land Baden Württemberg (1986) ECR 2121.

ses som anställningsförhållande.⁹⁶ En person som utövar verksamhet på eget ansvar utan att vara i underordnad ställning avseende anställnings- och arbetsvillkor skall enligt domstolen anses som egenföretagare. Vid bedömningen beaktas således de faktiska förhållandena under vilka verksamheten pågår.

2.8.3.1 *Arbete mot vederlag*

För att uppfylla kravet på ekonomisk verksamhet skall arbete utföras mot vederlag. Liksom för tjänster har domstolen varit mycket öppen avseende storlek och i vilken form vederlaget utgått. Beträffande lörens storlek har domstolen fastställt att det saknar betydelse, det väsentliga är att det utförda arbetet är ”faktiskt och verkligt”.⁹⁷

Vad som skall förstås som ”faktiskt och verkligt” är oklart.⁹⁸ I samma rättsfall säger domstolen att verksamhet som har så liten omfattning att den framstår som ett marginellt komplement inte uppfyller kriterierna för arbete.⁹⁹ Domstolen har fastslagit att arbetstagare som inte kan försörja sig på sitt arbete har rätt att dryga ut lönen med ekonomiskt bistånd från värdlandet.¹⁰⁰ I det aktuella fallet gällde frågan en person som under tolv timmar i veckan gav pianolektioner. Det går emellertid inte att dra några säkra slutsatser om domstolens inställning till arbetsinsatsens storlek eftersom frågan gällde rätt att dryga ut lönen med ekonomiskt bistånd och värdlandet inte ifrågasatt bidragstagarens ställning som arbetstagare.

Beträffande i vilken form vederlaget utgår har domstolen godtagit in naturabetalning.¹⁰¹ Den tyske medborgaren Steyman anslöt sig till den österländskt inspirerade bhagwanrörelsen i Nederländerna. Församlingen försörjde sig på diskotek, bar och tvättinrättning, vilka drevs av församlingsmedlemmarna. Något direkt lön för arbetet utgick inte. Medlemmarnas materiella behov inklusive fickpengar tillgodosågs av församlingen, utan hänsyn till arbetets art eller omfattning. Domstolen konstaterade

⁹⁶ C-107/94 Asscher mot Staatssecretaris van Financiën REG I-1996 s. I-3089, p. 25–26 avseende direktörs och tillika aktieägares ställning och C-268/99 Aldona Malgorzata Jany m.fl. mot Staatssecretaris van Justitie REG 2001 s. I-8615, p. 37, avseende prostituerads ställning.

⁹⁷ 53/81 Levin v. Staatssecretaris van Justitie (1982) ECR 1035, p. 17.

⁹⁸ I den engelska versionen ”effective and genuine”.

⁹⁹ P. 17. I den engelska versionen ”activities on such a small scale as to be regarded as purely marginal or ancillary”.

¹⁰⁰ 139/85 Kempf v. Staatssecretaris van Justitie (1986) ECR 1741.

¹⁰¹ 196/87 Steymann v. Staatssecretaris van Justitie (1988) ECR 6159.

att då arbete syntes vara en väsentlig del i församlingsmedlemsskapet kan församlingens bidrag till den enskildes försörjning ses som en indirekt form av ersättning.

2.8.3.2 Gränsöverskridande

Det gränsöverskridande momentet vid fri rörlighet för arbetskraft är givetvis arbetstagaren. Att arbetstagaren reser till ett annat land och där utför arbete som anställd är ett oeftergivligt krav. Det saknar betydelse under hur lång tid arbetet pågår och i vilket medlemsland arbetstagaren är bosatt under den tid arbetet pågår. I arbetstagarbegreppet ligger heller inget krav på bosättning i vördlandet. Gränsarbetare, det vill säga personer som är bosatta i ett medlemsland men arbetar i ett angränsande medlemsland, inryms under arbetstagarbegreppet.¹⁰² Av avgörande betydelse är således i vilket land arbetet utförs, inte i vilket land man har sin hemvist.

En specifik kombination av fri rörlighet för tjänster och arbetstagare förtjänar att nämnas. Det är de fall då ett företag tillhandahåller tjänster i ett annat land, och där arbetet i vördlandet utförs av tjänsteföretagets i etableringslandet anställda arbetstagare. När dessa arbetstagare utför sitt arbete i vördlandet sker det för arbetsgivarens/tjänsteföretagets räkning. Företagets rätt att tillhandahålla tjänster regleras av artikel 49. Den verksamhet som företaget bedriver i vördlandet skyddas således av artikel 49, genom förbud för vördlandet att uppställa hinder för verksamheten.

Förhållandet mellan företaget och dess utstationerade personal inryms däremot inte i tjänstebegreppet och kommer därmed inte att regleras av artikel 49. Här är det istället frågan om ett anställningsförhållande som primärt regleras av arbetsrättslagstiftning i det land tjänsteföretaget är etablerat och där anställningsförhållandet ingåtts, dock med möjlighet för vördlandet att kräva efterlevnad av den nationella arbetsrättens centrala delar.¹⁰³

Arbetstagare som för sin arbetsgivares räkning utför arbete i ett annat medlemsland omfattas således inte av arbetstagarbegreppet i artikel 39. Detta kan formuleras som att det gränsöverskridande momentet i arbetstagarbegreppet utgörs av att arbetstagaren reser till ett annat land för anställning hos arbetsgivare i det mottagande landet.

¹⁰² Gränsarbetare nämns särskilt i preambeln till för. 1612/68.

¹⁰³ Dir. 96/71 om utstationering av arbetstagare. I preambeln anges också möjligheter till lagval avseende anställningsavtalet mellan ett tjänsteföretag och dess utstationerade personal.

2.8.3.3 *Varaktighet*

Den andra skillnaden mellan arbete och tjänsteutövande är att tjänstebegreppet endast avser verksamhet som utövas tillfälligt i ett annat medlemsland. Varken i fördrag, sekundärrätt eller praxis uppställs några liknande begränsningar för arbetstagarbegreppet. Tvärtom sägs i preambeln till förordningen om likabehandling för arbetstagare att rätten till fri rörlighet omfattar även säsongsarbetare och gränsarbetare.¹⁰⁴ I arbetstagarbegreppet ligger heller inget krav på bosättning i värdlandet. Gränsarbetare, dvs. personer som är bosatta i ett medlemsland, men arbetar i ett angränsande medlemsland, inryms under arbetstagarbegreppet. Av avgörande betydelse är således i vilket land arbetet utförs, inte i vilket land man har sin hemvist. Arbetstagarbegreppet kan därför i vissa former uppvisa större likheter med tjänster än med etablering. Det för etablering typiska kännetecknet är någon form av fast installation i värdlandet medan tjänsters specifika natur kännetecknas av det temporära i vistelsen. Tjänsteutövaren reser till värdlandet, utför tjänsten och återvänder till sitt hemland.

2.8.3.4 *Slutsats*

Arbete och tjänsteutövande är gränsöverskridande ekonomisk verksamhet som bedrivs i olika former. Vid arbete utgör arbetstagaren det enda möjliga gränsöverskridande momentet. Beträffande krav på ekonomisk verksamhet/arbete mot vederlag så har domstolen gjort en vid tolkning för båda friheterna.

Beträffande skillnader skall först konstateras att medan anställningens längd och arbetstagarens hemvist saknar betydelse så är just det faktum att tjänsteutövaren endast tillfälligt vistas i och utövar verksamhet i ett annat land det karaktäristiska för tjänster. Kortvariga anställningar där arbetstagaren inte bosätter sig i värdlandet och gränsarbete där arbetstagaren arbetar i ett land och bor i ett annat har dock samma tillfälliga natur och avsaknad av hemvist som tjänsters fria rörlighet.

Den avgörande skillnaden mellan arbete och tjänst utgörs av formen. I arbetstagarbegreppet ligger att arbetet utförs åt eller för annan samt att den som utför arbetet står under annans arbetsledning. Att utifrån dessa kännetecken skilja mellan arbete och tjänst är vanskligt. Det första kriteriet, att arbetet utförs åt eller för annan, är tämligen intetsägende. Även ett uppdrag utfört av en självständig egenföretagare utförs för eller åt annan, i detta fall kunden/tjänstemottagaren. Det andra kriteriet duger inte heller

¹⁰⁴ För.1612/68. Se även generaladvokat Jacobs inställning i fallet 66/85 Lawrie-Blum v. Land Baden Württemberg (1986) ECR I-2121, GA:s utlåtande s. 2133.

alltid som särskiljare mellan arbetstagare och egenföretagare. Även egenföretagare kan stå under annans arbetsledning, så kan till exempel vara fallet med självständiga åkare inom transport- och byggbranschen.

Såsom utmärkande kriterier för ett anställningsförhållande har domstolen också angivit underordnad ställning, till förmån för någon annan och enligt dennes anvisningar. Inte heller dessa kriterier utesluter att verksamheten skulle kunna bedrivas som egenföretagare. Styrkeförhållandet mellan avtalsparter i tjänsteuppdrag kan många gånger vara ytterst ojämnt.¹⁰⁵ Det är också viktigt att konstatera att domstolen utgår från de faktiska förhållandena under vilket arbetet utförs. Förekomsten av uppdragsavtal, F-skattsedel, eller liknande formalia skall således inte tillmätas någon avgörande betydelse.

Det är således svårt att dra någon klar gräns mellan arbete och tjänst. Till vilken frihet en verksamhet hänförs får emellertid konsekvenser. För arbetstagare från andra medlemsländer gäller den nationella arbetsrättens samtliga anställnings- och arbetsvillkor på samma sätt som för landets egna arbetstagare. Arbetstagare har dessutom tillgång till det sociala välfärdssystemets alla delar på ett sätt som inte gäller egenföretagare.

När det gäller frågan om vilka av fördragets bestämmelser som skall tillämpas är det dock inte nödvändigt att fastställa något skarp gräns mellan arbetstagare och tjänsteutövare. Tjänstebegreppets restpostfunktion kan här fungera som skyddsnät, innebärande att i de fall arbetet/verksamheten inte kan anses utförd åt eller för annan och under annans arbetsledning så skall fördragets regler för tjänsters fria rörlighet tillämpas.

2.8.4 Etablering

Den fria etableringsrätten och tjänsters fria rörlighet är närbesläktade. För både tjänster och etablering rör det sig om egenföretagares och företags rätt att bedriva ekonomisk verksamhet i ett annat medlemsland. Skillnaden mellan tjänster och etablering å ena sidan och arbetstagare å andra sidan är att arbetstagare utför sitt arbete inom ramarna för ett anställningsförhållande. Enligt artikel 43 innebär etableringsfrihet rätt att starta och bedriva självständig förvärvsverksamhet, som egenföretagare eller företag, samt att etablera agenturer, filialer eller dotterbolag. Reglerna för vad som skall anses som företag ges i artikel 48 och är gemensamma för tjänsteutövande och etablering.

¹⁰⁵ Underleverantörer och franchisetagare står ofta i beroendeställning till huvudmannen. Även vissa konsekvenser av outsourcing är ett exempel härpå, där före detta anställda i stället återkommer som uppdragstagare/egenföretagare för att i stort sett utföra sina tidigare arbetsuppgifter.

Beträffande den förvärvsverksamhet som omfattas av rätten till etablering så är det samma verksamheter som omfattas av rätten till fri rörlighet. Även den sekundärlagstiftning som utfärdats för harmonisering och liberalisering av olika verksamhetsområden är med några få undantag gemensam. Kravet på att verksamheten skall vara av ekonomisk natur gäller även vid etablering. I artikel 43 definieras etablering som förvärvsverksamhet. Därav följer att ren hobbyverksamhet eller ideell verksamhet utesluts. I artikel 48 undantas bolag som inte drivs i vinstsyfte. För övrigt tar kravet på ekonomisk verksamhet sig samma uttryck för etablering som för tjänsteutövande.¹⁰⁶ Vad som sagts ovan om krav på ekonomisk verksamhet avseende tjänster äger således giltighet även vid etablering.¹⁰⁷

Likheten mellan fördragets etableringsbegrepp och tjänstebegrepp är således påfallande. De stora likheterna till trots representerar etablering och tjänster två olika vägar för utövande av ekonomisk verksamhet i ett annat medlemsland. Etablering förutsätter en viss beständighet och tillhörighet medan det utmärkande för tjänster är just avsaknad av dessa egenskaper. Tjänsters fria rörlighet kännetecknas i stället av frånvaron av fasta bindningar till värdländerna. Tjänster skall kunna utövas och motas i vilket medlemsland som helst. Tjänster, tjänsteutövare och tjänstemottagare skall kunna röra sig fritt över gränserna, utan försvarande och fördyrande krav på att verksamheten skall vara etablerad i värdlandet. Enligt artikel 50 får den som tillhandahåller en tjänst tillfälligt utöva sin verksamhet i ett annat medlemsland.

EG-fördraget tillhandahåller ingen definition av etableringsbegreppet. Även i praxis och sekundärlagstiftning är det klenkt med vägledande uttalanden.¹⁰⁸ En anledning härtill torde vara att den fria etableringsrätten

¹⁰⁶ I fallen C-221/89 R. v. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame LTD and others (1991) ECR 3905 och 81/87 R. v. Treasury and Commissioners ex parte Daily Mail and General Trust PLC (1988) ECR 5483 framhölls att etableringsrätten endast omfattar utövandet av ekonomiska aktiviteter.

¹⁰⁷ Fördragets reglering av etablering innehåller vissa formuleringar som visar att det ekonomiska inslaget är av avgörande betydelse. Enligt artikel 43 andra stycket skall etableringsfriheten innefatta rätt att uppta och bedriva förvärvsverksamhet. Terminologin innebär en klar begränsning. Hobbyverksamhet och ideell verksamhet inryms inte i begreppet, frågan är om otjänliga försök till förvärvsverksamhet skall omfattas. Å ena sidan kan man ifrågasätta om en verksamhet som saknar alla förutsättningar för lönsamhet kan anses som förvärvsverksamhet, å andra sidan borde även dåliga affärer inrymmas under fördragets regler för såväl etableringsfrihet som fri rörlighet för tjänster. Graden av otjänlighet kan måhända vara avgörande härvidlag.

¹⁰⁸ Viss ledning kan dock hämtas ur det allmänna programmet för etablering. Där definieras etablering i den ursprungliga originaltexten såsom en "installation en vue d'exercer une activité, non-salarie sur le territoire de'un Etat membre". Den engelska översättningen lyder "to establish themselves in order to pursue activities as self-employed persons in

och den fria rörligheten för tjänster tidigare ansågs ha i det närmaste samma omfattning. Behovet av särskiljande faktorer kan därför inte ha framstått som väsentligt. I doktrinen gjordes redan tidigt åtskilliga försök att definiera begreppet. En vanlig formulering är att etablering i fördragets mening förutsätter att en person eller ett företag hemmahörande inom gemenskapen varaktigt integrerar sig i en annan medlemsstat än den vari personen eller företaget anses höra hemma, för att i värdlandet utöva verksamhet av ekonomisk natur.¹⁰⁹ Problemet är dock, liksom vid försök att definiera tjänster, att formuleringen i sin alltomfattande karaktär blir alltför allmänt hållen för att ge något substantiellt innehåll. De försök som gjorts att mer konkret bestämma kännetecknen för etablering har varit många, varierande och ofta, dessvärre, diffusa:

- bosättning och permanent integrering i värdlandets ekonomi¹¹⁰
- långvarig vistelse i värdlandet i avsikt att starta yrkesmässig verksamhet¹¹¹
- skapandet av ett aktivitetscentrum utifrån vilket en särskild verksamhet utgår¹¹²
- utförandet av självständig förvärvsverksamhet från en fysisk installation som är avsedd att fortgå under en längre tid eller för alltid, och som inte är knuten till något speciellt uppdrag¹¹³

Det har som synes varit svårt att ge en entydig och fullständig konkretisering av etableringsbegreppets innehåll. Vissa faktorer är dock återkommande. Dessa faktorer kan inordnas under begreppen fysisk integration, ekonomisk integration, samt krav på varaktighet.

Det dröjde länge innan EG-domstolen kom med något uttalande i frågan om vad som krävs för att en verksamhet skall anses etablerad i ett medlemsland. Den successiva omvärderingen av tjänsters fria rörlighet, där en gemensam tjänstemarknad utan onödiga hinder är målsättningen, innebar ändrade förutsättningar. Medan alla hinder för gränsöverskridande tjänsteverksamhet numera anses strida mot artikel 49 så vilar rätten till etablering fortfarande till stor del på principen om likabehand-

a Member State". Allmänt handlingsprogram för upphävande av begränsningar i etableringsfriheten, EGT 2, 15.1.1963.

¹⁰⁹ Sundberg-Weitman, B., *Non-diskriminering i EEC*, Institutet för offentlig och internationell rätt, Stockholm 1973, s. 147.

¹¹⁰ Wyatt, D. and Dashwood, A., *The Substantive Law of the EEC*, London 1987, s. 182.

¹¹¹ Maestripieri, C., *Freedom of Establishment and Freedom to Supply Services*. 10 CML Rev (1973) s. 150–173.

¹¹² Everling, U., *The Right of Establishment in the Common Market*. 1964, p. 205.

¹¹³ Goldman, B. And Lyon-Caen, A., *Droit Commercial Européen*. 1983, p. 330.

lig.¹¹⁴ Det har därmed stor betydelse huruvida verksamheten skall ses som tjänst eller etablering i gemenskapsrättslig bemärkelse. Ytterligare en omständighet har tillkommit som gör det nödvändigt att särskilja etablering och tjänst. För tjänsteverksamhet tillämpas numera principen om ömsesidigt erkännande, vilken innebär att verksamheten i första hand lyder under hemlandets lagstiftning och kontroll. Även harmoniseringslagstiftningen bygger på principen om hemlandskontroll.¹¹⁵

Enligt domstolen innebär det gemenskapsrättsliga etableringsbegreppet "ett faktiskt utövande av en ekonomisk verksamhet genom en fast inrättning i en annan medlemsstat under obestämd tid"¹¹⁶ och att en medborgare "stadigvarande och kontinuerligt utövar yrkesverksamhet i en annan medlemsstat, där han från en stadigvarande plats för affärsverksamhet vänder sig till bl.a. medborgare i denna stat ...".¹¹⁷ Här återkommer i princip samma grundläggande förutsättningar som i doktrinen. Det går även här att utskilja tre förutsättningar varav den ena har att göra med fysisk/geografisk fast anknytning, det vill säga fysisk integration, den andra med den ekonomiska verksamhetens samband med värdlandets ekonomi, dvs. ekonomisk integration, och den tredje med krav på varaktighet. Ekonomisk, gränsöverskridande verksamhet utan dessa förutsättningar utgör inte etablering i enligt med artikel 43 utan kommer i stället att omfattas av fördragets regler om tjänsters fria rörlighet.

¹¹⁴ I fallet C-58/98 Corsten REG 2000 s. I-7919 sade domstolen beträffande krav på registrering i nationellt hantverksregister att ett sådant krav kan vara berättigat vid etablering i ett annat medlemsland, men däremot inte vid tillhandahållande av tjänster som endast sker temporärt eller rent av en enda gång. I fallet Gullung menade domstolen att krav på registrering vid fransk domstol var förenligt med artikel 43 eftersom fördragets regler om rätt till etablering innebär rätt till verksamhet på lika villkor, 292/86 Gullung v. Conseil de l'Orde des Avocats (1988) ECR 111, p. 18. För båda friheterna är dock utgångspunkten förbud mot diskriminering, se Ramrath p. 17 avseende krav på etablering för att arbeta som auktoriserad revisor: "... grundar sig på samma principer såväl när det gäller inresa till och uppehåll i medlemsstaten för personer som omfattas av gemenskapsrätten som när gäller förbudet mot all diskriminering av dessa personer på grund av nationalitet." 106/91 Ramrath (1992) ECR I-3351.

¹¹⁵ Se exempelvis 17/36 TV-direktivet och 2006/48 bankdirektivet.

¹¹⁶ C-221/89 R. v. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame LTD and others (1991) ECR 3905, p. 20. Fallet rörde villkor för registrering i det brittiska registret för fiskebåtar. Storbritannien hade infört nya villkor för registrering, innebärande bl.a. krav på att verksamheten skall drivas och kontrolleras från Storbritannien för att en fiskebåt skall registreras i det brittiska fiskebåtsregistret. De nya reglerna var föranledda av så kallad "quota hopping", innebärande att andra medlemsländers fiskebåtar registrerades i brittiska fiskebåtsregister för att få tillgång till den brittiska fiskekvoten. Se avsnitt 5.1.2.2.

¹¹⁷ C-55/94 Reinhard Gebhard mot Consiglio dell'Ordine degli avvocati e Procuratori de Milano REG 1995 s. I-4165, p. 39.

2.8.4.1 *Fysisk integration*

Fysisk integration utgörs vanligtvis av verksamhetslokaler för administration och produktion. Ledning kan hämtas från bestämmelserna i artikel 48 som visserligen inte definierar etableringsbegreppet men som anger vilka juridiska personer som kommer i åtnjutande av rätten till fri etablering. Här anges såte, huvudkontor eller huvudanläggning. Även om ett bolags såte, huvudkontor eller huvudanläggning inte i sig är liktydigt med etablering utgör de sådana faktorer som beaktas vid en sammanlagd bedömning av huruvida etablering har kommit till stånd. Stadseenligt såte i ett medlemsland utgör alltså inte någon etablering i sig.

Juridiska personer med huvudkontor eller huvudanläggning i en medlemsstat uppfyller förvisso kravet på fysiskt integration, men är för den skull inte nödvändigtvis ekonomiskt integrerade i värdlandet.

Rätten till etablering omfattar även så kallad sekundäretablering, det vill säga rätt att bilda dotterbolag, öppna filialer eller annan form av egen representation i landet. I fallet *Commission v. Germany* fastställde domstolen att sekundäretablering även kan bestå av ett lokalkontor drivet av den egna personalen eller av en oberoende representant för bolaget, med rätt att varaktigt företräda detsamma.

Fysisk integration i värdlandet kan förekomma även vid tjänsteutövning. Vissa verksamheter inom exempelvis byggnadsentreprenad kan pågå under en längre tid vilket kan medföra behov av att inrätta fasta installationer såsom lokalkontor och personalbostäder.¹¹⁸ Så länge verksamheten kan anses vara av tillfällig natur så regleras verksamheten ändå av fördragets tjänsteregler. Fysisk integrering är således inget för etablering exklusivt kriterium och kan därför inte användas som avskiljande faktor vid gränsdragning mellan etablering och tjänster. Det är emellertid ett för etablering nödvändigt kriterium, tillika det typiska kännetecknet, varför förekomsten av fast installation måste ses som ett starkt argument för att verksamheten i fråga skall regleras av fördragets etableringsregler.

2.8.4.2 *Ekonomisk integration*

Ovan har konstaterats att fysisk integration är ett nödvändigt men inte tillräckligt kriterium för att inrymmas under fördragets tjänstebegrepp. Den ekonomiska verksamheten skall dessutom vara integrerad i ett medlemslands ekonomiska liv för att uppfylla fördragets krav på etablering. Huvudkontorets eller huvudanläggningens placering i ett medlemsland

¹¹⁸ C-55/94 Reinhard Gebhard mot Consiglio dell'Ordine degli avvocati e Procuratori de Milano REG 1995 s. I-4165, p. 25–28.

anses i sig uppfylla kraven på ekonomisk integrering medan däremot endast ett stadgeenligt säte är en alltför ytlig förbindelselänk med medlemsstaten. Ett bolags säte skall i stället ses som förbindelselänken mellan den juridiska personen och ett medlemslands rättssystem, på samma sätt som medborgarskapet för fysiska personer. Följden härav är att det inte är tillräckligt med ett stadgeenligt säte i ett medlemsland för att komma i åtnjutande av rätt till sekundäretablering. Därtill krävs att moderföretaget har faktiskt och varaktigt samband med ekonomin i ett medlemsland.

I fallet *Factortame II* fann domstolen att registrering i verksamhetslandets fiskebåtsregister inte var tillräckligt för att uppfylla krav på etablering.¹¹⁹ Det krav som dessutom uppställdes av verksamhetslandet, innebärande att endast fiskebåtar vars ledning utövades från landets territorium och vars operationer kontrolleras och dirigeras därifrån skulle få registrera sig i det landets fiskebåtsregistret godtogs av domstolen med motiveringen att krav på sådan anknytning inte bara var förenligt med utan dessutom motsvarade innehållet i fördragets etableringsbegrepp.¹²⁰

I fallet *TV10* ansåg generaladvokat Mischo att konstituerandet av ett bolag, tillsammans med införskaffandet av tillstånd för verksamheten samt planering i övrigt avseende verksamhetens organisation och produktion sammantaget utgjorde en tillräcklig anknytning till ett medlemslands ekonomi.¹²¹ Domstolen uttalade sig inte direkt i frågan men kom indirekt fram till att verksamheten kunde anses etablerad på dessa grunder.

I senare fall har dock domstolen konstaterat att det faktum att ett företag inte utövar någon verksamhet i det land det har sitt säte inte är tillräckligt för att fränkänna företaget rättigheter enligt fördragets bestämmelser om fri etablering, i detta fall rätten till sekundäretablering.¹²² Det har i dessa fall varit fråga om företag som valt att förlägga sitt stadgeenliga säte till ett medlemsland med lägre krav på eget kapital i aktiebolag, för att sedan, utan att utöva verksamhet i det första landet, etablera dotterbolag eller filialer i medlemsländer med högre krav.

¹¹⁹ C-221/89 R. v. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame LTD and others (1991) ECR 3905.

¹²⁰ I engelska versionen ”managed and its operations directed and controlled from within a member state”, p. 36.

¹²¹ GA:s utlåtande i C-23/93 *TV10 SA v. Commissariaat voor Media* (1994) ECR I-4795. Domstolens konstaterade endast att tillhandahållande av TV-sändningar utgjorde tjänster.

¹²² C 79/85 *Segers* (1986) ECR 2375, p. 29 och C-212/97 *Centros Ltd. mot Erhvervs- og Selskabsstyrelsen* REG 1999 s. I-1459, p. 27–29.

Det är svårt att ur ovanstående resonemang dra några generella slutsatser beträffande kravet på ekonomisk integration. Klart är att ett stadgenligt säte eller registrering i företagsregister inte alltid är tillräckligt, utan att det i vissa, men inte alla fall, även krävs ett faktiskt utövande av ekonomisk verksamhet i medlemslandet.¹²³

2.8.4.3 Varaktighet

Etablering förutsätter fysisk och ekonomisk integration i verksamhetslandet. Även tjänsteutövning kan medföra inte bara tillfällig vistelse utan även integration i ett annat medlemsland.¹²⁴ Skillnaden är att medan sådan integration är en nödvändig förutsättning för att en verksamhet skall omfattas av fördragets etableringsregler så är den för tjänsters fria rörlighet en tänkbar möjlighet. Tjänsteutövare som reser till ett annat land vara i behov av såväl arbetslokal som bostad.¹²⁵

Fysisk och ekonomisk integration är således inga för etablering exklusiva kriterier. De kan därför inte ensamma tjäna som särskiljande faktorer mellan etablering och tjänst. Det som slutligen avgör huruvida en verksamhet skall regleras av fördragets etablerings- eller tjänsteregler är dess varaktighet. Medan etablering förutsätter ett varaktigt utövande av ekonomisk verksamhet i värdlandet så kan såväl utövande som mottagande av tjänster vara av tillfällig natur.

Var någonstans i gränslandet mellan permanent och tillfällig verksamhet är kravet på etablering uppfyllt? I doktrinen används termer som varaktighet och stabilitet, i praxis förekommer ofta termen "tillfällig" eller "temporär" för att markera skillnaden mellan tjänster och etablering.¹²⁶

¹²³ Kommentarererna till Centros fallet har varit oräkneliga. Se bland annat Cabral, P. och Cuhna, P., *Presumed Innocence: Companies and the Exercise of the Right of Establishment and Community Law*, 25 ELRev 157, 2005 och Deakin, S., *Two Types of Regulatory Competition: Competitive Federalism versus Reflexive Harmonisation, A Law and Economics Perspective on Centros*, CYELS 231, 1999.

¹²⁴ Såsom kontor eller byrå, se C-55/94 Reinhard Gebhard mot Consiglio dell'Ordine degli avvocati e Procuratori de Milano REG 1995 s. I-4165, p. 25–28.

¹²⁵ Nyttjande av fast egendom i det allmänna programmet för tjänster. Se också fallen 197/84 Steinhauser v. City of Biarritz (1985) ECR 1819, 63/86 Commission v. Italy (1988) ECR 29 och 305/87 Commission v. Greece (1989) ECR 1461, där domstolen fastställer tjänsteutövarens rätt till arbetslokal och förmånliga bostäder på samma villkor som landets egna medborgare. Se avsnitt 7.3.1.

¹²⁶ C-154/89, C-180/89 och C-198/89 Commission v. France, Italy, Greece (1991) ECR I-659, 709, 727, GA:s förslag p. 27–28, 279/80 Webb (1981) ECR 3305 p. 16, 205/84 Commission v. Germany (1986) ECR 3755 p. 26, C-58/98 Corsten REG 2000 s. I-7919. Se också C-349/99 Commission v. Italy REG 2002 s. I-305, p. 21, enligt vilket

Ett exempel från gränslandet är långvariga entreprenadarbeten, såsom vägbyggen eller uppförandet av atomkraftverk, som verkar pågå i all oändlighet och där entreprenören av praktiska skäl upprättar lokalkontor på arbetsplatsen. Som kontrast kan nämnas en rörmokare som under ett par timmars tid gör en mindre installation för att sedan återvända till hemlandet. Någon exakt tidsrymd torde således inte kunna utsättas utan bedömningen får göras efter en glidande skala med stora variationer beroende på verksamhetens art.

Det är emellertid inte endast tidsrymden som är avgörande. Enligt domstolen skall verksamhetens tillfälliga karaktär inte bara bedömas i förhållande till tjänstens varaktighet utan även i förhållande till hur ofta den äger rum, dess regelbundenhet och kontinuitet.¹²⁷

En ekonomisk verksamhet kan i sitt inledningsskede givetvis inte uppfylla krav på varaktighet. Vad som härvidlag torde vara avgörande är de intentioner till varaktighet som kan utläsas ur faktiska handlingar och förberedelser för den vidare verksamheten.

2.8.4.4 Kringgående av nationell lagstiftning

Som framgår ovan är ekonomisk integration en nödvändig förutsättning för att en verksamhet skall komma i åtnjutande av rätten till fri etablering. En intressant fråga är om ekonomisk integration i vissa fall kan utgöra en tillräcklig förutsättning, det vill säga att verksamhet som är ekonomiskt integrerad i ett medlemsland skall regleras av fördragets bestämmelser om fri etablering, trots att verksamheten inte uppfyller kravet på fysiskt integration.

Av EG-domstolens tidigare praxis synes så vara fallet. Det har då varit fråga om tjänsteutövare som velat kringgå den nationella lagstiftningen genom att etablera sig i ett annat land än där verksamheten utövas. På så sätt kommer fördragets regler om tjänsters fria rörlighet att bli tillämpliga på verksamheten. EG-domstolen har då kommit fram till att i det fall syftet med ett sådant arrangemang skulle vara att kringgå lagstiftningen i

verksamhet med mässor och liknande är en ekonomisk verksamhet som omfattas av artikel 49 om den bedrivs tillfällig av personer eller bolag från ett annat medlemsland än där mässan hålls.

¹²⁷ C-55/94 Reinhard Gebhard mot Consiglio dell'Ordine degli avvocati e Procuratori de Milano REG 1995 s. I-4165, p. 25–28. Gebhards advokatverksamhet befanns dock utgöra etablering eftersom den utgjorde en stadigvarande och kontinuerlig verksamhet från ett stadigvarande kontor. Dir. 77/249 om underlättande av för advokater att tillhandahålla tjänster var därför inte tillämpligt.

verksamhetslandet får landet ifråga tillämpa fördragets etableringsregler i stället för tjänsteregler.¹²⁸ Verksamheten kan därmed underkastas exakt samma regler och villkor som i landet fysiskt etablerade verksamheter.¹²⁹ Medlemsländerna har på så sätt givits möjlighet att förhindra kringgående av nationell lagstiftning.

EG-domstolen har sedermera förtydligat och delvis modifierat sin praxis i detta avseende. Frågan gällde ett TV-bolag som etablerat sig i Luxemburg, men vars sändningar nästan uteslutande var riktade mot Nederländerna.¹³⁰ Vid denna tid var nederländska TV-sändningar föremål för omfattande reglering medan samma verksamhet i Luxemburg var i det närmaste oreglerad. Nederländerna ville nu få besked om man hade rätt att behandla ett sådant företag, vars verksamhet huvudsakligen eller uteslutande riktas mot medlemslandet, på samma sätt som i det egna landet etablerade företag. Domstolen svarade att den omständighet att tjänsteutövaren etablerat sig i ett annat medlemsland för att slippa iakttta mottagarlandets lagstiftning utesluter inte att verksamheten kan utgöra tjänster. Denna fråga är nämligen skild från frågan om vilka åtgärder en medlemsstat har rätt att vidta för att förhindra kringgående av nationell lagstiftning.¹³¹ Domstolens slutsats blev att TV-sändningarna inrymdes i begreppet ”tillhandahållande av tjänster”.¹³² I stället fick hänsyn till allmänintresset, i detta fall kulturpolitiska syften, motivera begränsningar i rätten att tillhandahålla tjänster, med resultat i detta fall att samma bestämmelser som tillämpades på inhemska TV-sändningar även skulle tillämpas på sändningar från andra medlemsländer.¹³³

Huruvida en verksamhet skall omfattas av fördragets regler om fri etablering eller om fri rörlighet för tjänster beror således inte av att syftet med verksamhetens lokalisering är att kringgå nationell lagstiftning. I stället kan ett sådant syfte motivera inskränkande skyddsåtgärder, vilket i praktiken leder till samma resultat.

¹²⁸ 33/78 Van Binsbergen (1974) ECR 1299 p. 13 och 205/94 Commission v. Germany (1986) ECR 3755, p. 22.

¹²⁹ I detta fall efterlevnad av nationella yrkesetiska regler.

¹³⁰ C-23/93 TV10 SA v. Commissariaat voor Media (1994) ECR I-4795. Se också C-148/91 Veronica Omroep Organisatie v. Commissariaat voor der Media (1993) ECR I-487.

¹³¹ P. 15.

¹³² P. 16.

¹³³ P. 18–19.

2.8.4.5 *Slutsats etablering*

Likheten mellan fördragets etableringsbegrepp och tjänstebegrepp är påfallande. Såväl den fria etableringsrätten som tjänsters fria rörlighet förutsätter att fysiska eller juridiska personer utövar ekonomisk verksamhet i ett annat medlemsland än sitt eget. De verksamhetsområden som omfattas av fördragets bestämmelser är gemensamma, liksom större delen av sekundärrätten.

De stora likheterna till trots representerar etablering och tjänster två olika vägar för utövande av ekonomisk verksamhet i ett annat medlemsland. Etablering kännetecknas av ett nära samband med verksamhetslandet i form av fysisk och ekonomisk integration. För tjänster gäller motsatsen. Tjänster utövas fritt över gränserna och kännetecknas i stället av frånvaron av kopplingar till värdlandet.

Fasta installationer och ekonomisk integration kan emellertid även förekomma inom ramen för tjänsters fria rörlighet. Skillnaden är att medan sådan integrering är en nödvändig förutsättning för att en verksamhet skall omfattas av fördragets etableringsregler så är den för tjänsters fria rörlighet en tänkbar möjlighet.

Den enda klart särskiljande faktorn mellan tjänster och etablering är skillnaden i verksamhetens varaktighet. Medan etablering förutsätter ett varaktigt utövande av ekonomisk verksamhet i värdlandet så kan såväl utövande som mottagande av tjänster vara av tillfällig natur. Vid vilken tidpunkt en verksamhet övergår från "tillfällig" till "varaktig" är vanskligt att avgöra. Här finns utrymme för stora variationer beroende på verksamhetens art och omfattning. Faktorer som hur ofta en verksamhet utövas, dess regelbundenhet och kontinuitet har också betydelse.

Beträffande restpostfunktionens innebörd vid gränsdragningen mellan tjänster och etablering har domstolen givit klart besked. Fördragets bestämmelser om tjänster har konstaterats vara subsidiära i förhållande till bestämmelserna om etablering.¹³⁴ Det innebär att endast i de fall den ekonomiska verksamheten inte uppfyller kraven på integration och varaktighet blir fördragets tjänstebestämmelser tillämpliga.

2.8.5 Gränsen mot fri rörlighet för kapital

Enligt artikel 56 är alla restriktioner för kapitalrörelser och betalningar förbjudna. Ordalydelsen är således densamma som för tjänsters fria rörlighet enligt artikel 49. Genomförandet av fri rörlighet för tjänster och

¹³⁴ C-55/94 Reinhard Gebhard mot Consiglio dell'Ordine degli avvocati e Procuratori de Milano (1995) REG I-4165, p. 22.

kapital var länge sammanlänkade på så sätt att liberaliseringen av bank- och försäkringstjänster skulle genomföras parallellt med liberaliseringen av fri rörlighet för kapital.¹³⁵ Det faktum att alla restriktioner för kapitalrörelser numera är förbjudna har minskat betydelsen av förbehållet avseende bank- och försäkringstjänster.

Gränsdragningen mellan tjänster och kapital är således inte lika viktig som tidigare. Det finns emellertid en avgörande skillnad mellan fördragets regler som gör att distinktionen kan få avgörande konsekvenser. Till skillnad från artikel 49 så förbjuds i artikel 56 inte bara restriktioner för den fria rörligheten mellan medlemsstater utan även mellan medlemsstater och tredje land. Gränsdragningen har därför betydelse för den fria rörlighetens omfattning.

Huruvida en aktivitet skall regleras av fördragets regler om fri rörlighet för kapital eller av fördragets regler om tjänsters fria rörlighet beror på om aktiviteten skall ses som en kapitalrörelse eller som tjänsteverksamhet.¹³⁶ Som utgångspunkt för vilka aktiviteter som skall ses som kapitalrörelser har domstolen sagt sig utgå från det numera tämligen ålderstigna direktivet om kapitalrörelser.¹³⁷ Här ingår inte bara finansiella placeringar. I den omfattande men icke uttömmande uppräkningslista som är bilagd direktivet återfinns exempelvis direktinvesteringar och kapitalöverföringar avseende försäkringsavtal.¹³⁸ Direktivet innehåller således en rad företeelser som även inryms i tjänstebegreppet.

Frågan är då vilka bestämmelser som skall tillämpas. Med hänsyn till tjänstebegreppets restpostfunktion skulle utgångspunkten vara att bestämma huruvida reglerna för kapital är tillämpliga. Endast om så inte är fallet blir reglerna för tjänsters fria rörlighet tillämpliga. EG-domstolen intar emellertid en alltmer flexibel inställning till restpostfunktionen. I fallet Svensson och Gustavsson kom domstolen fram till att banklånet i ett annat medlemsland för husköp skulle ses som kapitalrörelser men att transaktionen även utgjorde en tjänst i enlighet med artikel 49.¹³⁹ I fallet Safir gällde frågan skattelagstiftning som särbehandlande kapitalförsäk-

¹³⁵ Artikel 51 punkt 2.

¹³⁶ Några avancerade begreppsbestämningar är inte nödvändiga vid denna gränsdragning. Begreppsbestämning avseende varor alternativt kapital har emellertid varit föremål för domstolens prövning i fallet 7/78 Thompson, Johnson and Woodiwiss (1978) ECR 2247 avseende äldre mynt med samlarvärde som enligt brittisk lag även kunde användas som betalningsmedel.

¹³⁷ Dir. 88/361. Se även Usher, J., *The Law of Money and Financial Services in the European Community*, Oxford University Press, Oxford 1994, s. 19.

¹³⁸ Dir. 88/361 om kapitalrörelser.

¹³⁹ C-484/93 Svensson and Gustavsson mot Ministre de Logement REG 1995 s. I-3955. Se även avsnitt 6.2.4 om socialpolitik – räntebidrag för bostadslån.

ringar tecknade hos utlandsetablerade försäkringsbolag.¹⁴⁰ Efter att ha fastställt att det nationella skattesystemet stred mot artikel 49 om tjänsters fria rörlighet var det enligt domstolen inte längre nödvändigt att även bestämma de svenska reglernas förenlighet med fördragets bestämmelser om fri rörlighet för kapital. I fallet *Trummer and Mayer* kom domstolen fram till att inteckning i fast egendom som säkerhet för fordran skall ses som kapitalrörelse.¹⁴¹ Kort därefter tog domstolen i fallet *Ambry* ställning till franska krav på ställande av säkerhet för reseföretag.¹⁴² Domstolen fann att fallen avsåg tillämpning av artikel 49.¹⁴³ Frågan om kapitalrörelsen berördes inte, vilket kan tyckas märkligt mot bakgrund av att garantiförbindelser över nationsgränserna finns med i uppräknningen av kapitalrörelser i direktiv 88/361.¹⁴⁴ Domstolen har således delvis valt att ignorera fördragets bestämmelser om kapital och nöjt sig med att konstatera att vissa aktiviteter utgör tjänster i fördragets mening. Domstolens ställningstagande är måhända det mest ändamålsenliga men kan synas svårt att förena med den restpostfunktion som tilldelats fördragets regler om tjänsters fria rörlighet.

I fallet *Fidium Finanz* ställdes frågan på sin spets.¹⁴⁵ Det schweiziska bolaget Fidium Finanz hävdade att tyska tillståndskrav för yrkesmässigt beviljande av krediter stred mot artikel 49. Eftersom det gällde verksamhet mellan en medlemsstat och tredje land hade det stor betydelse om verksamheten skulle falla under fördragets bestämmelser om fri rörlighet för tjänster eller kapital. Domstolen fann nu tiden mogen för att klargöra förhållandet mellan tjänster och kapital samt hur tjänstebegreppets restpostfunktion skall förstås. Domstolen konstaterar att artikel 49 och 56 är avsedda att reglera olika situationer och har vardera ett eget tillämpningsområde.¹⁴⁶ Detta utesluter enligt domstolen inte att en nationell bestämmelse i vissa specifika fall kan utgöra hinder mot båda friheterna.¹⁴⁷ I fallet i fråga konstaterade domstolen först att yrkesmässig kreditgivning

¹⁴⁰ Se även avsnitt 6.2.4.

¹⁴¹ C-222/97 *Trummer and Mayer* REG 1999 s. I-1661.

¹⁴² C-410/96 *Ambry* REG 1998 s. I-7875. Frågan gällde om Frankrike fick uppställa krav på att resebolag i andra länder måste ha kompletterande avtal med kreditinstitutioner eller försäkringsbolag i Frankrike för att krav på ställande av säkerhet skulle anses uppfyllda.

¹⁴³ P. 20.

¹⁴⁴ Dir 88/361, bilaga 1, avd. IX.

¹⁴⁵ C-452/04 *Fidium Finanz* mot Bundesanstalt für Finanzdienstungsaufsicht REG 2006 s. I-9521. För en utförligare beskrivning av fallet se Ståhl, K., *Fri rörlighet för kapital mellan EU och tredje land – EG-domstolen begränsar bestämmelsernas tillämpningsområde*, Skattenytt 2006, s. 714.

¹⁴⁶ P. 29.

¹⁴⁷ P. 30.

är en tjänst, samtidigt som lån och krediter också utgör kapitalrörelser. Domstolens fann emellertid att tillhandahållandet av tjänster dominerade och att endast fördragets regler om tjänsters fria rörlighet därmed var tillämpliga.¹⁴⁸ Det framgår inte vilka faktorer som varit avgörande att bestämma vilken frihet som dominerar. Huruvida det är karaktären på transaktionerna eller syftet med de nationella bestämmelserna eller några ytterligare faktorer är en öppen fråga. Här finns således behov av klargöranden.¹⁴⁹ Detta i synnerhet som domstolen i andra mål kommit fram till att upptagande av lån skall regleras av fördragets bestämmelser om kapital, alternativt av både bestämmelserna för tjänster och kapital.¹⁵⁰ Kanske kan domstolens gränsdragning mellan kapital och tjänster i fallet *Fidium Finanz* också hänga samman med en strävan att inskränka fördragets rätt till fri rörelse till att endast omfatta verksamhet mellan medlemsländerna.¹⁵¹

Fördragets bestämmelser om fri rörlighet för kapitalrörelser skiljer sig från reglerna om tjänster i ytterligare ett avseende. Enligt artikel 58 är bestämmelserna om fri rörlighet för kapitalrörelser inte tillämpliga på nationella skatteregler som särbehandlar på grund av bosättning. Det skulle innebära att medlemsländerna kan tillämpa sin diskriminerande skattelagstiftning i större utsträckning på aktiviteter som klassas som kapitalrörelser än på tjänsteverksamhet. Friheten att tillämpa nationella särbehandlande skatteregler är dock begränsad till åtgärder som inte utgör medel för godtycklig diskriminering eller förtäckt begränsning. Enligt domstolen skall artikel 58 emellertid inte tolkas som fribrev för särbehandlande skatteregler utan som kodifiering av praxis avseende möjligheten att vidta skyddsåtgärder.

Om aktiviteten ifråga istället skulle klassificeras som en tjänst blir situationen tekniskt sett en annan. För tjänsters fria rörlighet saknas motsvarighet till de bestämmelser avseende kapital där nationell skattelagstiftning undandras bestämmelserna om fri rörlighet. I stället finns dock möjlighet att, av hänsyn till allmänintresset, medge undantag från bestämmelserna om allmänintresset. I fallet *Bachmann* kom domstolen fram till att undantag från bestämmelserna om tjänsters fria rörlighet var motiverad av hänsyn till det allmännas bästa, i detta fall bibehållandet av ett

¹⁴⁸ P. 49.

¹⁴⁹ Se Ståhl, s. 717.

¹⁵⁰ C-439/97 Sandoz REG 1999 s. I-7041 och C-484/93 Svensson and Gustavsson mot Ministre de Logement REG 1995 s. I-3955.

¹⁵¹ En lämpligare lösning vore nog, som föreslagits av Generaladvokat Teasuro i fallet *Safir*, att ge kapitalrörelser en snävare bestämning än vad som fallet i dir. 88/361. Se C-118/96 *Safir* mot Skattemyndigheten i Dalarnas Län REG 1998 s. I-1897, GA:s utlåtande s. 1905-1907.

enhetligt skattesystem, trots att de nationella skattereglerna diskriminerade försäkringsföretag som var etablerade i ett annat medlemsland.¹⁵²

Möjligheten att undandra nationella skatteregler från fördragets bestämmelser existerar således, oavsett klassificering som kapitalrörelse respektive tjänst. Frågan om en aktivitet skall hänföras till fördragets bestämmelser om tjänster eller skatteregler är därmed i detta hänseende mindre betydelsefull, eftersom effekten av artikel 58 i stort sett är densamma som effekten av undantag från fördragets bestämmelser om tjänsters fria rörlighet.

2.8.5.1 Slutsats

Gränsdragningen mellan fri rörlighet för tjänster och fri rörlighet för kapital är i huvudsak en fråga om att klassificera aktiviteter som kapitalrörelse eller tjänsteverksamhet. Som utgångspunkt för klassificeringen ligger direktivet om kapitalrörelser som omfattar alla aktiviteter som fordras. Den vida bestämningen av kapitalrörelser medför att aktiviteter som annars skulle inrymmas i fördragets tjänstebegrepp i stället kan komma att inrymmas under fri rörlighet för kapital. I det fall båda fördragets bestämmelser för tjänster och kapital kan komma i fråga utgår gränsdragningen från vilken frihet som är dominerande. Vilka faktorer som härvid är avgörande är oklart, domstolen har i till synes likartade fall kommit fram till olika slutsatser.

2.8.6 Sammanfattning avseende gränsdragningen mot övriga friheter och tjänstebegreppets restpostfunktion

Med tjänst avses enligt artikel 49 och 50 en ekonomisk gränsöverskridande verksamhet. Verksamheten kan i princip bestå av vilka aktiviteter som helst. Av de klassificeringar som gjorts framgår att tjänsteverksamhet utgörs av ett imponerande antal aktiviteter av de mest skilda slag.

Av tjänstebegreppets tre komponenter, tjänst, tjänsteutövare och tjänstemottagare så var det länge tjänsteutövaren som stod i centrum. Det nära sambandet mellan tjänst och tjänsteutövare är typiskt för tjänsteverksamhet och medför att reglering av verksamheten vanligen sker genom krav på tjänsteutövarens kunnande och kvalifikationer. Det var också tjänsteutövarens möjligheter att fritt tillhandahålla tjänster inom hela gemen-

¹⁵² C-204/90 Bachmann (1992) ECR I-249. Frågan gällde belgiska skatteregler, enligt vilka endast försäkringspremier inbetalda till försäkringsbolag som var etablerade i Belgien medgavs skatteavdrag. Se avsnitt 8.4.1.2 om dold diskriminering – ett flertal undantag för särbehandling på grund av etablering.

skapen som var föremål för lagstiftarens omsorger. Härvidlag kan man skönja om inte en förskjutning så i vart fall en vidgning av perspektivet till att även omfatta tjänstemottagarens intressen. Tjänstemottagarens rätt att motta tjänster uppmärksammades först som en nödvändig del av tjänstehandeln men har i senare praxis utvecklats till en självständig rätt för alla EU-medborgare att ta del av gemenskapens sammanlagda tjänsteutbud.

Tjänstebegreppets gränsdragning mot övriga friheter kan sammanfattas på följande sätt:

- Skillnaden mellan varor och tjänster är att medan varor är föremål så är tjänster prestationer. Tjänster som ingår som en underordnad del i produktion av varor skall regleras av fördragets bestämmelser för *varors* fria rörlighet, varor som ingår som en underordnad del i tillhandahållande av tjänster skall regleras av fördragets bestämmelser om *tjänsters* fria rörlighet.
- Skillnaden mellan fri rörlighet för arbetskraft och fri rörlighet för tjänster är att den förra innebär arbete som utförs inom ramarna för ett anställningsförhållande. Arbete/verksamhet som de facto kan anses utförd åt eller för annan och under annans arbetsledning skall regleras av fördragets bestämmelser om fri rörlighet för *arbetskraft*, övrigt verksamhet skall regleras av bestämmelserna för *tjänster* eller *etablering*.
- Skillnaden mellan etablering och tjänst är att etablering förutsätter en varaktig fysisk och ekonomisk integration i verksamhetslandet. Ekonomisk verksamhet med fysisk närvaro i värdlandet som överskridit gränsen mellan tillfällig och temporär varaktighet skall regleras av fördragets bestämmelser om rätten till fri *etablering*, övrig verksamhet av bestämmelserna för *tjänster*.
- Skillnaden mellan kapital och tjänster är näst intill fiktiv och bestäms med utgångspunkt från dir. 88/361. Enligt direktivet skall alla aktiviteter som krävs för att genomföra kapitalrörelser regleras av fördragets regler om fri rörlighet för *kapital*, vilket innebär att många typiska tjänsteaktiviteter inryms. I de fall både bestämmelserna för tjänster och kapital berörs, skall gränsdragningen utgå från vilken frihet som är dominerande.

Sammanfattningen visar att domstolen har begränsat utrymmet för tjänstefördragets restpostfunktion. Vid gränsdragningen mot varor och kapital har domstolen inte gjort någon negativ bestämning, det vill säga först identifierat och uteslutit tillämpningen av bestämmelserna för övriga friheter. I stället utgår gränsdragningen mot varor från vilken frihet som är

underordnad den andra friheten och gränsdragningen mot kapital utgår från vilken frihet som är dominerande. Gränsdragningen mot arbetskraft och etablering utgår dock fortfarande från en negativ bestämning. Aktiviteter som inte sker inom ramarna för ett anställningsförhållande och verksamhet som inte är integrerad och varaktig skall regleras av fördragets bestämmelser om tjänster.

Gränsdragningen mellan etablering och tjänst får specifika konsekvenser för tjänstebegreppet, på så sätt att endast verksamhet av tillfällig natur utgör tjänst i fördragets mening. Detta är ett annorlunda sätt att se på tjänster. Det EG-rättsliga tjänstebegreppet kommer härmed att skilja sig från gängse språkbruk. I normalt språkbruk har begreppet ingen begränsande tidsfaktor, med tjänst avses ekonomisk verksamhet som till skillnad från varor inte har någon materiell form. Tjänstebegrettets tillfälliga natur gäller emellertid endast verksamhet med fysisk närvaro i värdlandet. För tjänster som förmedlas över nationsgränserna utan att vare sig tjänsteutövare eller tjänstemottagare lämnar sina hemländer finns inga sådana tidsbegränsningar, all ekonomisk verksamhet omfattas av tjänstebegreppet.¹⁵³

Vad som för övrigt visar sig vid gränsdragningen mot övriga friheter är att tjänstebegrettets tre komponenter har avsevärda, men sinsemellan olika, gemensamma nämnare med övriga friheter. Själva tjänsten är en ekonomisk verksamhet som har stora likheter med varor. Det rör sig i båda fallen om gränsoverskridande handel med produkter, vilka skall kunna cirkulera fritt inom den gemensamma marknaden. Tjänsteutövare och tjänstemottagare är personer med likartade behov och förutsättningar som arbetstagare och personer som etablerar sig i ett annat land. Denna inneboende spänning mellan å ena sidan produkten och å andra sidan individen ger tjänstebegreppet dess specifika dynamiska karaktär och därtill hörande problem med att ge rätten till fri rörlighet en för samtliga komponenter tillfredställande tolkning.

¹⁵³ Inom gemenskapssamarbetet används termen tjänster i denna inskränkta betydelse företrädesvis i rättsligt avseende. När EU:s organ för övrigt behandlar tjänster använder man sig ofta av det normala språkbrukets vidare betydelse. Denna inkonsekventa behandling av begreppet synes omedveten, kommentar eller förklaring om vilken tolkning som avses förekommer inte.

3 Fri rörlighet för tjänster: olika tolkningar av artikel 49

3.1 Fri rörlighet för tjänster och olika tolkningar av artikel 49

En gemensam europeisk tjänstemarknad förutsätter att medlemsländernas varierande lagstiftningar inte hindrar den mellanstatliga tjänstehandeln. Att undanröja skillnader i de nationella rättsordningarna låter sig bäst göras med hjälp av harmoniserande sekundärlagstiftning. Arbetet med att harmonisera tjänsteområdet har gått trögt, dels på grund av att det varit svårt att få medlemsländerna att enas om gemensamma regler, dels på grund av att tjänstebegreppet inrymmer de mest skiftande företeelser. För flertalet tjänstesektorer saknas fortfarande sekundärlagstiftning, vilket gör EG-fördraget till den enda rättsliga regleringen. Arbetet med att avveckla hinder för tjänsters fria rörlighet har därför i hög grad kommit att vila på EG-domstolen.

Innebörden av artikel 49 är således av avgörande betydelse för den majoritet tjänster som befinner sig inom det icke-reglerade området. Den fria rörlighetens omfattning bestäms av hur EG-domstolen tolkar artikel 49 och undantag från artikel 49. I detta och följande kapitel kommer innebörden och omfattningen av tjänsters fria rörlighet att behandlas. Det kommer att ske genom granskning och systematisering av EG-domstolens praxis. Avsaknaden av en positiv lagharmonisering med en gemensam rättsordning gör att rättstillämpningen får drag av osäkerhet och ryckighet. EG-domstolens domar är inte kända för klarhet eller god argumentation. Den negativa lagharmonisering som blir resultatet av EG-domstolens in casu beslut har således tillkortakommanden. Det finns en frestelse i att övertolka domarna och på så sätt fylla ut oklarheter. En viss försiktighet med att dra alltför långtgående slutsatser av domstolens ofta svepande formuleringar är därför motiverad. För en mer sanningsenlig bild av tjänsters fria rörlighet bör också skillnader och likheter beträffande de faktiska omständigheterna i fallen vägas in.

I doktrinen finns en antal olika uppfattningar om vilken väg som skall väljas för tjänsters fria rörlighet. Tre alternativa tolkningsmodeller kan urskiljas. Artikel 49 kan ses som förbud mot diskriminering, förbud mot alla hinder, eller som en kombination av förbud mot diskriminering och förbud mot hinder.

Den första tolkningsmodellen bygger på uppfattningen att förbud mot diskriminering fortfarande är den lämpligaste tolkningen för tjänsters fria rörlighet.¹ Förbud mot diskriminering är enligt denna uppfattning ett tillräckligt kraftfullt verktyg för att skapa en gemensam marknad.² Diskriminering inrymmer alla nationella åtgärder som på något sätt kan anses missgynna tjänster, tjänsteutövare och tjänstemottagare från andra medlemsländer. Enbart bördan av att behöva anpassa verksamheten till både hemlandets och värdlandet lagstiftning kan vara missgynnande och därmed ses som dold diskriminering.³ En gemensam tjänstemarknad skulle därför kunna genomföras inom ramarna för diskrimineringsförbudet. Ett argument för att tolka artikel 49 som förbud mot diskriminering är diskrimineringsbegreppets centrala betydelse som ledstjärna för EG-fördragets alla områden. Diskrimineringsförbudet utgör också den del av artikel 49 som uttryckligen givit direkt effekt. Diskrimineringsförbudet som tolkning av artikel 49 håller sig också tydligt inom legalitetsprincipens gränser.

Enligt den andra tolkningsmodellen har diskrimineringsförbudet spelat ut sin roll för tjänsters fria rörlighet.⁴ Artikel 49 skall i stället tolkas som förbud mot alla former av begränsningar. Genomförandet av den gemensamma marknaden förutsätter avveckling av alla hinder för tjänsters fria rörlighet, inte endast diskriminerande hinder. Tjänster skall, på samma sätt som varor, kunna röra sig fritt inom gemenskapen utan att

¹ Bernard, N., *Discrimination and Free Movement in EC LAW*, (1996) 45 ICLQ 82 och Marengo, G., *Pour un interprétation traditionnelle de la notion de mesures d'effet équivalent à une restriction quantitative* (1984) CDE 291, de Burca, G., *The Role of Equity in European Community Law*, i Dashwood and O'learys (red.) *The Principle of Equal Treatment in EC Law*. Papers Collected by the Centre for European Legal Studies, Cambridge, London 1997.

² En förutsättning är då att dold diskriminering ges en mycket vid tolkning. En sådan tolkning har beskrivits i kap. 4.

³ Se avsnitt 2.2.1.

⁴ Tolkningen hänger samman med det gemensamma synsätt på fri rörlighet för arbetstagare, etablering och tjänster som förespråkats som konsekvens av domarna i fallen C-76/90 Säger (1991) ECR I-4221, C-415/93 Bosman REG 1995 s. I-4921 och C-55/94 Gebhard REG 1995 s. I-4165. Det gemensamma synsättet presenteras närmare i slutkapitlet. Förspråkare är bland annat Tesauro, G., *The Community Internal Market in the Light of the Recent Case-Law of the Court of Justice*, (1995) 15 YEL 1, Weatherill, S., *After Keck: Some Thoughts on How to Clarify the Clarification*, 33 CML Rev. (1997) s. 8.

hindras av begränsande nationell lagstiftning. Det finns inte längre någon anledning att skilja mellan diskriminerande och icke-diskriminerande hinder eftersom det senare konsumerar det förra. EG-domstolen behöver därför inte längre ta ställning till frågan om diskriminering. I stället för att pröva en åtgärds diskriminerande effekt skall effekten på den fria rörligheten vara avgörande.

Den tredje modell som framförts innebär en kombination av de ovan beskrivna. I vissa situationer skulle artikel 49 tolkas som förbud mot diskriminering och i andra situationer som förbud mot alla hinder. En sådan modell har föreslagits i doktrinen. En av dess främsta företrädare, Roth, menar att EG-domstolen skall använda sig av båda synsätten.⁵ Efter ett första diskriminerings-test skall domstolen i vissa fall gå vidare och även pröva om åtgärden hindrar den mellanstatliga handeln. Avgörande för om ett andra test blir aktuellt är huruvida åtgärden i fråga påverkar marknadstillträdet för tjänsten.

Även i detta arbete föreslås en kombination av de båda tolkningarna. Förslaget som presenteras i följande avsnitt skiljer sig dock från Roth på avgörande punkter. Först redogörs för de olika tolkningar av artikel 49 som framförts i doktrinen. Därefter presenteras den teori om differentierad tolkning av artikel 49 som förfäktas i detta arbete. Teorin bygger på tanken att utvecklingen av artikel 49 till att omfatta alla hinder för tjänsternas fria rörlighet endast gäller själva *tjänsteverksamheten*, såsom varande kärnområdet för artikel 49. För övriga kategorier, vilka här klassificeras som tjänstestödjande rättsområden och rättigheter för tjänsteutövare och tjänstemottagare, skall förbudet mot hinder i artikel 49 fortfarande tolkas inom diskrimineringsbegreppets ramar. Presentationen följs av en redogörelse för bakgrundsfaktorer som stödjer och motiverar ett differentierat synsätt.

3.2 Förslag – differentierad tolkning av artikel 49

EG-domstolen har intagit en allt striktare hållning mot nationella åtgärder som kan försvåra den fria tjänstehandeln. Redan i ett tidigt skede fastställde EG-domstolen att inte bara diskriminerande åtgärder stred mot fördragets regler. Även nationella bestämmelser som på annat sätt

⁵ Roth, W.H., The European Law of Justice's Case Law on freedom to Provide Services: Is Keck Relevant?, i Andernas, M., Roth, W.H. (red.) *Services and Free Movement in EU-Law*, Oxford, 2002, Roth, W.H., Oliver, P., *The Internal Market and the Four Freedoms*, 41 CML Rev. 41 (2004), s. 407–441.

hindrade den fria rörligheten omfattades av förbudet i artikel 49.⁶ Att döma av domstolens motiveringar så har utvecklingen långt ifrån varit självklar. Bristen på klarhet och konsekvens i domstolens motiveringar kan bero på att den inte varit enig i sina bedömningar. En lika trolig förklaring är att domstolen saknat helhetssyn över det mycket komplexa tjänstebegreppet.⁷ Ovedersägligt är att kretsen av nationella åtgärder som bedömts strida mot artikel 49 ständigt har vidgats.

Den fria rörligheten för tjänster har således genomgått en dramatisk utveckling. Med stor möda och ibland långsökta förklaringar har artikel 49 och 50 tolkats och omtolkats för att anpassas till nya förhållanden. Fördragets författare kunde knappast ana arten och mångfalden av de verksamheter som skulle komma att inordnas under den ordalydelse de, troligtvis under stor tidspress, arbetade fram för ett halvt sekel sedan.⁸ Det hade varit önskvärt att någon av alla de fördragsförändringar som ägt rum innefattat en revidering av artikel 49, och kanske även artikel 50. Som det nu är måste de mest disparata företeelser samsas under samma tak och underkastas den för tillfället förhärskande tolkningen av artikel 49 och 50. Som exempel på disparata nationella regleringar som omfattas av förbudet i artikel 49 kan nämnas produktbestämmelser som direkt riktar sig mot tjänstens egenskaper och kvalité, uppehållstillstånd, bosättning och sociala villkor för EU-medborgare samt avtalsrättsliga och skatterättsliga regler som påverkar den internationella tjänstehandeln. Det är helt enkelt inte lämpligt att klumpa ihop åtgärder av så pass olika natur och tillämpa samma tolkningsmall.

Tjänstebegreppets tre komponenter⁹, dess restfunktion¹⁰ samt det faktum att kretsen av åtgärder som anses handelshindrande ständigt ökar, påkallar ett mer nyanserat synsätt. En pragmatisk lösning är att i stället öppna artikel 49 för olika tolkningar, beroende på omständigheterna. Här föreslås en tredelad tolkningsmodell. Tillämpningsområdena för artikel 49 delas upp i tjänsteverksamhet, tjänstestödjande rättsområden samt rättigheter för tjänsteutövare/tjänstemottagare. Nationella åtgärders förenlighet med artikel 49 bestäms av vilket område som berörs av åtgärden. För nationella åtgärder som reglerar tjänsteverksamheten skall artikel 49 tolkas som förbud mot alla inskränkningar av tjänsters fria rörlighet. Dis-

⁶ Se exempelvis 33/74 van Binsbergen v. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid (1974) ECR 1299, 110 & 111/78 Van Wesemael (1979) ECR 35 och 278/80 Webb (1981) ECR 3305.

⁷ Se kap. 3.

⁸ Fördraget skrevs ihop under ett år, en i dessa sammanhang extremt kort tid.

⁹ De tre komponenterna tjänsten, tjänsteutövare och tjänstemottagare beskrivs i kap. 2.

¹⁰ Artikel 50 st. 3, se avsnitt 2.8.

kriminerande såväl som icke-diskriminerande hinder omfattas därmed av förbudet i artikel 49. För tjänstestödjande rättsområden och för tjänsteutövers/tjänstemottagares rättigheter skall artikel 49 tolkas som förbud mot diskriminering. I nedanstående avsnitt redogörs för bakgrundsfaktorer som talar för en differentierad tolkning. Den fortsatta framställningen kommer sedan genomgående att förhålla sig till och kommentera den differentierade tolkningsmodell som här föreslagits.

3.2.1 Tjänstebegreppets tre komponenter och samband med övriga friheter

Tjänstebegreppet inrymmer komponenter som var för sig har mycket gemensamt med övriga friheter. Sett ur ett marknadsperspektiv är tjänster och varor produkter med likartade förutsättningar för mellanstatlig handel. Sett ur ett individperspektiv är tjänsteutövare och tjänstemottagare individer med samma behov av fri rörlighet och likabehandling som arbetstagare. Tjänsteverksamhet har dessutom stora likheter med etablering, endast tidsfaktorn och den ekonomiska integrationen i värdlandet skiljer dem åt. Utvecklingen av tjänsters fria rörlighet har därför likheter med såväl rätten till fri etablering som fri rörlighet för arbetstagare och varor.

Den fria rörligheten för tjänster behandlades ursprungligen som en variant av rätten till fri etablering, eller snarare som en fattig kusin till densamma. Rätten till fri etablering och fri rörlighet för tjänster ligger under samma avsnitt i EG-fördraget.¹¹ Flertalet artiklar som reglerar rätten till fri etablering skall även tillämpas på tjänsters fria rörlighet.¹² Även sekundärlagstiftningen är i huvudsak gemensam, låt vara att tjänsters fria rörlighet i allt högre utsträckning även ges en separat behandling. Mycket talar också för att betona sambandet mellan etablering och tjänsters fria rörlighet.

Ent sådant synsätt är i och för sig riktigt, rätten till fri etablering och fri rörlighet för tjänster har förvisso mycket gemensamt. I båda fallen rör det sig om gränsöverskridande ekonomisk verksamhet som utövas av företag eller egenanställda. Den enda särskiljande faktorn är varaktigheten av verksamheten och vistelsen i värdlandet. Medan etablering innebär en varaktig vistelse i verksamhetslandet kan fri rörlighet för tjänster innefatta gränsöverskridande tjänstehandel med ingen eller ringa fysisk närvaro i verksamhetslandet.¹³ Det finns således goda skäl för att betrakta

¹¹ Avsnitt II, fri rörlighet för personer, tjänster och kapital.

¹² Artiklarna 45–48, genom hänvisning i artikel 55.

¹³ Se tjänstebegreppet kap. 2.8.4.

tjänsters fria rörlighet som en variant av etablering och därmed tolka artikel 43 och artikel 49 på likartat sätt.¹⁴

Tjänsters fria rörlighet har även många gemensamma nämnare med personers fria rörlighet. Tolkningen av artikel 49 bör därför ske med beaktande av helheten där tjänstebegreppets sammansatta natur vägs in och avspeglas. Den fysiska delen av den fria rörligheten, det vill säga rätten till in/utresa och vistelse i värdlandet, ser i stort sett likadan ut för alla personer, oavsett om de kan hänföras till kategorin arbetstagare, etablerade egenföretagare eller tjänsteutövare/tjänstemottagare.¹⁵ Så är även sekundärlagstiftningen för den fysiska rörligheten i det närmaste identisk och i vissa fall gemensam för de olika kategorierna.¹⁶ Rätten till likabehandling under den tid man vistas i ett annat land är också densamma, oavsett personkategori. Som exempel kan nämnas åtnjutande av sociala förmåner och rätt till bostad. Inom detta område saknas gemensam sekundärlagstiftning. Däremot har EG-domstolens praxis i hög grad bedömt likabehandling för tjänsteutövare och tjänstemottagare på samma sätt som för personer. Den allt omfattande likabehandling som gäller för arbetstagare har därmed kommit att tillämpas även för tjänsteutövare och tjänstemottagare.

Den senare utvecklingen har i stället lett till allt fler paralleller med varors fria rörlighet. Parallellerna mellan varor och tjänster berör endast en av tjänstebegreppets komponenter, tjänsten/tjänsteverksamheten. Tjänster kan, i likhet med varor, i många fall ses som produkter som är föremål för gränsöverskridande handel. Detta synsätt passar särskilt bra för lätttrörliga tjänster som kan tillhandahållas på elektronisk väg, över telenätet, via TV-sändningar, post, bud eller liknande. Tjänsteutövare eller tjänstemottagare kan här bli kvar i sina respektive länder. Det finns därmed även goda skäl för att tolka tjänsters fria rörlighet på ett sätt som mer påminner om varors fria rörlighet. För varuhandeln har sedan länge alla hinder för den fria rörligheten varit förbjudna. EG-domstolen har i allt större utsträckning gjort likartade bedömningar för tjänsters fria rörlighet.

Den ursprungliga kopplingen till rätten till fri etablering innebar således att artikel 49 tolkades på liknande sätt som artikel 43. Den likabehandlingsprincip som stadgas i artikel 43 kom därför länge att tillämpas även för omfattningen av tjänsters fria rörlighet. Även den gemensamma bedömningen av tjänsteutövare/tjänstemottagare och arbetstagare har

¹⁴ Se avsnitt 2.8.4 beträffande gränsdragningen mellan tjänsters fria rörlighet och rätten till fri etablering.

¹⁵ Rätten till uppehåll är dock tidsbegränsad för tjänsteutövare/tjänstemottagare.

¹⁶ EG-domstolen har av den anledningen ansett det onödigt att skilja mellan fri rörlighet för personer och för tjänster, se närmare diskussion under kap. 2.

inneburit att artikel 49 tolkats som rätt till likabehandling/förbud mot diskriminering. När tjänster till slut slets loss från sina gamla förtöjningar och likheterna med varor blev allt tydligare kom tolkningen av artikel 49 allt mer att omfatta även icke-diskriminerande hinder. De gemensamma nämna med såväl rätten till fri etablering som personers fria rörlighet kvarstår emellertid, och bör vägas in vid tolkningen av artikel 49.

3.2.2 Vidgat tillämpningsområde för artikel 49

Ett argument för en differentierad tolkning är att tillämpningsområdet för artikel 49 successivt blivit allt mer omfattande. Förbudet i artikel 49 har kommit att omfatta långt fler nationella åtgärder än de som reglerar själva tjänsteverksamheten. Likt ringar på vattnet har förbudet utvidgats till mer perifera områden som indirekt påverkar tjänsters fria rörlighet. Nationella bestämmelser som inte i sig är riktade mot vare sig tjänsten, tjänsteutövaren eller tjänstemottagaren, men som indirekt kan komma att påverka den fria rörligheten, har också kommit att omfattas av artikel 49. Som exempel kan nämnas nationella regleringar av skatter, arbetsrätt och civilrätt. Lagstiftningen riktar sig här inte direkt mot tjänsteverksamheten, i den meningen att den skulle reglera själva verksamhetens utformning och innehåll. Däremot påverkas förutsättningarna för tjänsters fria rörlighet i allra högsta grad.

Det kan ifrågasättas om nationella regleringar av själva tjänsteverksamheten och av annan lagstiftning inom områden som indirekt påverkar tjänsteverksamheten skall bedömas på samma sätt. Nationella åtgärder som reglerar tjänsteverksamheten utgör kärnområdet för artikel 49. Nationella åtgärder som reglerar andra rättsområden som indirekt påverkar tjänsteverksamheten ligger utanför kärnområdet. På grund av den betydelse andra rättsområden de facto kan ha på förutsättningarna för att utöva tjänsteverksamhet är det motiverat att utsträcka tillämpningen av artikel 49 till att omfatta mer perifera områden. Det är dock ytterst tveksamt om det kan anses motiverat att tolka artikel 49 på samma sätt med avseende på mer perifera företeelser. Inom kärnområdet skall alla begränsningar för tjänsters fria rörlighet avskaffas. Alla hinder för tjänsteverksamhet är förbjudna. Diskriminering på grund av nationalitet och etablering är givetvis inte tillåtet. Neutrala bestämmelser om verksamhetens organisering, tjänstens egenskaper och tjänsteutövarens kvalifikationer ses numera som förbjudna hinder.

Det är inom detta kärnområde som den vidare tolkningen av artikel 49 vuxit fram.¹⁷ Här kan man också hitta paralleller med varors fria

¹⁷ Se kap. 5.

rörlighet i EG-domstolens motiveringar.¹⁸ På ett helt annat sätt förhåller det sig med tjänstestödjande rättsområden. Dessa är inte i första hand avsedda att regleras genom artikel 49, utan av andra fördragsbestämmelser. Artikel 49 är exempelvis inget verktyg för harmonisering av de nationella skattesystemen, även om ett avskaffande av nationella olikheter skulle främja fri rörlighet för tjänster. Endast i den mån tjänsters fria rörlighet indirekt kan komma att påverkas är artikel 49 tillämplig. Förbud mot hinder bör tolkas därefter. Den vida tolkningen, med förbud mot även likabehandlande nationell lagstiftning, passar illa. Artikel 49 kan inte användas för att avskaffa nationella skattebestämmelser, endast på den grund att de hindrar den fria rörligheten. Då hamnar vi inte bara utanför gränserna för artikel 49 utan även bortom gemenskapsrättens kompetensområde. Det finns därför anledning att tillämpa en snävare tolkning av förbudet mot hinder för tjänsters fria rörlighet än för kärnområdet. Det förefaller också som om EG-domstolen gör olika bedömningar av hinders förenlighet med artikel 49. I fall som rör andra lagstiftningsområden som påverkar förutsättningarna för tjänsters fria rörlighet har domstolen hållit sig inom diskrimineringsförbudets ramar.¹⁹ Den nationella lagstiftningen har förklarats oförenlig med artikel 49 endast i den mån utländska tjänster missgynnas.

Att på så sätt ge den fria rörligheten olika innebörd är inte ett helt främmande inslag i gemenskapsrätten. Fri rörlighet för varor ges olika tolkning med avseende på nationell marknadsföringslagstiftning.²⁰

3.2.3 Kommentar om den fortsatta dispositionen

Den kommande redogörelsen av EG-domstolens praxis kommer att disponeras i enlighet med den teori om en differentierad tolkning som framförts ovan. Således kommer EG-domstolens inställning till nationella åtgärder som strider mot artikel 49 delas upp i tre kapitel mellan åtgärder som reglerar tjänsteverksamheten, tjänstestödjande rättsområden samt rättigheter för tjänsteutövare/tjänstemottagare. Redogörelsen för praxis

¹⁸ Domstolens motivering i fallet *Säger*, som sedan flitigt citeras i efterföljande praxis, är nästan identisk med delar av domstolens motivering i *Cassis de Dijon*. 76/90 *Manfred Säger v. Dennemeyer & Co Ltd* (1991) ECR I-4221 och 120/78 *Rewe-Zentral* (1979) ECR 649 (s.k. *Cassis de Dijon*).

¹⁹ Se genomgången av praxis för tjänstestödjande rättsområden kap. 6 och för tjänsteutövarers och tjänstemottagares rättigheter i kap. 7.

²⁰ Artikel 28 utgör förbud mot alla hinder för varors fria rörlighet, förutom med avseende på marknadsföringsregler som inte riktas direkt mot den gränsöverskridande handeln. För sådana allmänna marknadsföringsregler innebär artikel 28 endast förbud mot diskriminering.

föregås av en diskussion om diskrimineringsförbudets betydelse för tolkningen av artikel 49. En allmän förståelse för diskrimineringsbegreppets innebörd är nödvändig för att kunna följa utvecklingen av praxis och för att kunna värdera och diskutera den till synes skiftande innebörd av diskrimineringsförbudet i artikel 49 som framträder i praxis.

4 Diskrimineringsbegreppet

4.1 Inledning

EG-fördragets diskrimineringsförbud är grundvalen för genomförandet av den fria rörligheten och det främsta redskapet för avveckling av hinder i de nationella rättsordningarna. Rättsutvecklingen har lett fram till en tolkning av artikel 49 som inte endast omfattar förbud mot diskriminering utan mot alla hinder för den fria rörligheten. Vilka nationella åtgärder som skall ses som diskriminerande respektive handelshindrande kan ofta vara svårt att särskilja.

Är det då längre nödvändigt att fastställa huruvida en åtgärd är diskriminerande, när förbudet mot hinder för tjänsters fria rörlighet numera omfattar såväl diskriminerande som icke-diskriminerande hinder? Räcker det inte med att konstatera att åtgärden utgör ett hinder för tjänsters fria rörlighet och därmed strider mot artikel 49? Denna åsikt har sedan länge framförts inför EG-domstolen av kommissionen.¹ Det kan förefalla som om EG-domstolen delade kommissionens uppfattning eftersom någon klassificering av de nationella åtgärdernas art inte gjordes i detta fall. Detsamma kan sägas om en rad rättsfall, främst av tidigare datum, där EG-domstolen nöjt sig med att konstatera huruvida den nationella åtgärden strider mot artikel 49, men inte funnit sig föranledd att diskutera om åtgärden är diskriminerande eller utgör ett övrigt hinder för den fria rörligheten för tjänster.² Så sent som 1991 framförde generaladvokat Lenz att skillnaden mellan dold diskriminering och övriga hinder saknade betydelse. I viss mån föreföll även EG-domstolen att ha varit av den uppfattningen.³

Huruvida en åtgärd räknas som diskriminerande eller endast som ett övrigt hinder har emellertid betydelse. Diskrimineringsförbudet intar fortfarande en central roll för genomförandet av den fria rörligheten. För

¹ 205/84 *Commission v. Germany* (1986) ECR 3755, s. 3766.

² Exempelvis 33/74 *van Binsbergen* (1974) ECR 1299, 39/75 *Coenen* (1975) ECR 1547, 110 & 111 *Van Wesemael* (1979) ECR 35 och 279/80 *Webb* (1981) ECR 3305.

³ 154/89 *Commission v. France* (1991) ECR I-659, GA:s förslag, p. 27. Fallet gällde krav på nationell examen för att få arbeta som turistguide i Frankrike.

tjänstebegreppets alla komponenter, även för tjänsten/tjänsteverksamheten, gäller dessutom att en åtgärds klassificering som diskriminerande respektive icke-diskriminerande har avgörande betydelse för bestämmande av tillåtna undantagsgrunder. Det råder numera enighet om att öppet diskriminerande åtgärder endast kan medges undantag från fördragets regler på de grunder som anges i fördraget, det vill säga av hänsyn till allmän ordning, säkerhet och folkhälsa.⁴ Den avsevärt mer flexibla och generösa undantagsgrunden, det allmännas bästa/allmänintresset, är således förbehållen övriga hinder. Det är därför fortfarande viktigt att skilja mellan diskriminerande och icke-diskriminerande hinder, inte endast för att fastställa huruvida åtgärder berörs av artikel 49 utan även för att fastställa möjligheterna till undantag från fördragets regler.⁵

Rättsutvecklingen har således bidragit till att skillnaden mellan diskriminerande och icke-diskriminerande hinder fortfarande är betydelsefull. Det har dock ifrågasatts om det är lämpligt att tillämpa olika undantagsgrunder för diskriminerande och icke-diskriminerande hinder.⁶ Som nedanstående redogörelse kommer att visa så har denna inställning sannerligen fog för sig. Distinktionen mellan diskriminerande och icke-diskriminerande hinder är oklar och svår att upprätthålla. Mot detta argument kan invändas att de bakomliggande motiven till att göra en distinktion får anses vara tungt vägande och väl etablerade i gemenskapsrätten. EG-domstolen har konsekvent hävdad att i fördraget stadgade undantagsgrunder skall tolkas restriktivt.⁷ De ytterligare undantagsgrunder som sedan tillkommit genom praxis kan ses som betingade av en anpassning som är nödvändig för att mildra konsekvenserna av den vidgade tolkningen av tjänsters fria rörlighet. När artikel 49 hade kommit att omfatta även icke-diskriminerande hinder var det motiverat att utöka medlemsländernas möjligheter att vidta skyddsåtgärder. Att de nya undantagsgrunder

⁴ C-352/85 Bond van Adverteerders v. Netherlands (1988) ECR 2085. Se vidare under avsnitt 5.2.5 om särskiljande av diskriminerande hinder för val av undantagsgrund och 8.2.3 om val av undantagsgrund: Artikel 46 eller allmänintresset.

⁵ De tidigare ställningstagandena av EG-domstolen och generaladvokaterna får tillskrivas gemenskapsrättens dåvarande läge, se vidare diskussionen i avsnitt 8.2.3 om val av undantagsgrund: Artikel 46 eller allmänintresset.

⁶ Se Craig, P. och de Búrca, G., *EC Law, Text, Cases and Materials*, Oxford University Press, 3rd edition, Oxford Press, Oxford 2002 s. 661. Se Olivier, P., *Free movement of Goods in the European Community*, London 1996, s. 100 beträffande kritiska synpunkter av motsvarande förhållanden för varors fria rörlighet, fastställt i C-113/80 Commission v. Ireland (1982) ECR 1652.

⁷ Se exempelvis C-352/85 Bond van Adverteerders (1988) ECR 2085 p. 36, C-355/98 Commission v. Belgium REG 2000 s. I-1221 p. 28, C-348/96 Calfa REG 1999 s. I-11, p. 23.

som härvid tillkommit genom praxis även skulle omfatta diskriminerande hinder vore en ologisk följd av rättsutvecklingen. Inget tyder heller på att EG-domstolen kommer att ändra sin uppfattning i denna fråga. Det finns därför all anledning att försöka åstadkomma en tydlig uppdelning mellan diskriminerande och icke-diskriminerande hinder.

Distinktionen är framför allt intressant ur ett för detta arbete centralt perspektiv. Här ifrågasätts om den allt vidare tolkningen av förbudet i artikel 49 skall omfatta alla aspekter av tjänsters fria rörlighet. Är det verkligen lämpligt att tillämpa samma synsätt på kvalitetsbestämmelser för tjänsteprodukter som för rätten till bostäder och lokaler? Borde inte tjänstebegreppets sammansatta natur avspeglas i tolkningen av artikel 49? Det förefaller som om EG-domstolen anpassar sin tolkning av förbudet i artikel 49 beroende på om den nationella åtgärden ifråga reglerar villkoren för utövandet av själva tjänsten, tjänstestödjande rättsområden eller den person som tillhandahåller/mottar tjänsten. För tjänstestödjande rättsområden samt för tjänstetillhandahållare/mottagare så utgör diskrimineringsförbudet fortfarande gränsen för den fria rörlighetens omfattning. För själva tjänsten/tjänsteverksamheten går tolkningen av artikel 49 utöver diskrimineringsförbudets gränser och omfattar även övriga, icke-diskriminerande, hinder för tjänsters fria rörlighet. Redogörelsen i kapitlen 5, 6 och 7 kommer att utgå från ett differentierat synsätt vid tolkningen av artikel 49.

Ur samtliga tolkningsperspektiv är förbud mot diskriminering av central betydelse. Det finns därför all anledning att definiera diskrimineringsbegreppet och dess betydelse för tjänsters fria rörlighet.

4.1.1 Terminologi

Diskrimineringsbegreppets terminologi förtjänar att omnämnas. I fördragstexten används omväxlande uttrycken *förbud mot diskriminering, på lika villkor, på samma villkor*. Det förefaller som om de terminologiska skillnaderna saknar betydelse. Artiklarna ger uttryck för samma diskrimineringsförbud.⁸ Även EG-domstolen förefaller använda termerna synonymt. I praxis förekommer dessutom frekvent termen likabehandling, "equal treatment", som ett uttryck för samma sak. Beträffande de olika formerna av diskriminering så benämns de fall där nationalitet är den öppet särskiljande faktorn som omväxlande öppen och direkt diskriminering. Vilken benämning som används förefaller sakna betydelse, öppen och direkt diskriminering används för åtgärder som är explicit diskriminerande.

⁸ Se artiklarna 12, 39, 43 och 50.

Diskriminering där nationalitet inte är det öppet särskiljande kriteriet benämns som dold eller indirekt. Vid en genomgång av ett antal standardverk inom den EG-rättsliga doktrinen framträder en långt ifrån tydlig bild.⁹ För personers fria rörlighet förefaller det även här som om termerna används synonymt. De författare som behandlar tjänsters fria rörlighet något så när ingående använder sig av termen indirekt diskriminering.¹⁰ När det sedan gäller att beskriva diskriminering av varor så blir bilden än oklarare. En del författare har valt att helt bortse från skillnaden mellan olika former av diskriminering.¹¹ I stället används termen likabehandling.

En författare, Weatherill, skiljer sig från övriga dels genom att beskriva de olika formerna av diskriminering, dels genom att fästa stor vikt vid skillnaderna mellan dold diskriminering och indirekt diskriminering.¹² Dold diskriminering anges som den allvarligare formen av diskriminering, nationalitet är inte det klart uttalade särskiljande kriteriet, men däremot andra med nationalitet sammanhängande kriterier. Exempel på sådana kriterier är bosättningsland för tjänsteutövare. För varor kan med nationalitet sammanhängande faktor vara som i det nedan refererade fallet, där en för landets produkter speciell egenskap används som särskiljande kriterium.

Vid indirekt diskriminering är det särskiljande kriteriet nationalitetsneutralt, men effekten blir densamma. Som exempel nämns ett rättsfall avseende marknadsföringsregler för alkoholhaltiga drycker.¹³ Den franska lagstiftningen innehöll restriktioner för reklam avseende spritdrycker gjorda på säd, såsom whisky och gin, medan reklam för spritdrycker framställda av vindruvor eller annan frukt inte var underkastade några begränsningar. Till saken hör att Frankrike är en stor producent av frukt-baserad sprit men nästan inte framställer någon sädbaserad alkohol.

⁹ Lasok, D., *Professions and Services in the European Economic Community*, Kluwer, Deventer 1986, Steiner, J. and Woods, L., *Textbook on EC Law*, Oxford University Press, Oxford 2002, Green, N. Hartley, T.C. and Usher, J.A., *the Legal Foundation of the Single European Market*, Oxford University Press, Oxford 1991, Weatherill, S., Kapteyn, P.I.G. and VerLoren van Thematis, P., *Introduction to the Law of the European Communities*, Kluwer Law International, 3rd ed., London 1998 och Roth, W.H., *The European Court of Justice's Case Law on Freedom to Provide Services: Is Keck Relevant?* i Andenas, M. and Roth, W.H. (red.) *Services and Free Movement in EU Law*, Oxford University Press, Oxford 2002.

¹⁰ Steiner och Roth.

¹¹ Steiner och Green.

¹² Weatherill, S. and Beaumont, P., *EU-law, the essential guide to the legal workings of the European Community*, s. 446, fotnot 78.

¹³ 152/78 Commission v. France (1980) ECR 2299.

Domstolen fann att de franska bestämmelserna var diskriminerande då produkter från andra EU-länder missgynnades. Weatherills slutsats är att detta var ett fall av dold diskriminering. Jämförbara produkter behandlades på olika sätt vilket ledde till att inhemska produkter gynnades. Skälet till att det skulle vara dold diskriminering är enligt Weatherill att det särskiljande kriteriet, säd- eller fruktbaserad alkohol, inte var nationalitetsneutralt.¹⁴ Hade man i stället valt alkoholhalt som särskiljande kriterium, på så sätt att drycker med högre alkoholhalt var underkastade strängare regler, skulle det enligt Weatherill i stället vara fråga om indirekt diskriminering. Även om det skulle förhålla sig på det sättet att franska produkter företrädesvis hade lägre alkoholhalt och därför gynnades av bestämmelserna skulle det ändå bara röra sig om indirekt diskriminering därför att alkoholhalt är ett neutralt kriterium som inte hänger samman med att drycken är producerad i Frankrike.

Resonemangen om dold diskriminering avseende varor är dunkla, och har heller inte slagit igenom i doktrin och praxis. De förtjänar dock att nämnas i detta sammanhang, dels för att påvisa de svårigheter med begreppsbildning och terminologi som kännetecknar diskrimineringsbegreppet, dels för att liknande resonemang förekommer i praxis avseende tjänsters fria rörlighet.¹⁵

Här skall nämnas ytterligare en författare, Snell, som inleder sin jämförande betraktelse över varor och tjänster med en redogörelse för terminologin.¹⁶ Snell använder båda termerna direkt diskriminering och öppen diskriminering för att beteckna olika behandling där nationalitet är det öppet särskiljande kriteriet. Däremot används inte termerna indirekt eller dold diskriminering. För åtgärder som missgynnar utländska subjekt används i stället den engelska termen "material discrimination", vilket kan motsvara faktisk diskriminering på svenska. Faktisk diskriminering delas sedan in i två kategorier. I den ena kategorin är det särskiljande kriteriet kopplat till nationella produkters egenskaper. Som exempel anges restriktioner för icke-sädbaserad alkohol i ett land vars alkoholframställning är baserad på säd. Exemplet är således detsamma som Weatherill använder för att beskriva dold diskriminering.¹⁷ I den andra kategorin av faktisk diskriminering anges det särskiljande kriteriet vara att restriktio-

¹⁴ Weatherill, s. 444.

¹⁵ Se dold diskriminering avsnitt 4.2.2.

¹⁶ Snell, J., *Goods and Services in EC Law*, Oxford University Press, Oxford, 2002, s. 26–28.

¹⁷ Men en liten förändring i det att i Weatherills fall var det lagstiftningen i det land vars produktion var fruktbaserad, dvs. Frankrike, som diskriminerade sädbaserad alkohol.

nen i fråga är objektivt försvarbar. Som exempel nämns restriktioner för försäljning av alkohol över en viss procenthalt, vilket är samma exempel som Weatherill använder för indirekt diskriminering. Skillnaden mellan de två kategorierna av faktisk diskriminering är svår att fastställa, delvis beroende på att Snells kategorisering inte är symmetrisk, eftersom den första kategorin grundas på ett faktum, det vill säga att det särskiljande kriteriet inte är nationalitetsneutralt, medan den andra kategorin grundas på en värdering.

EG-domstolen har inte gjort några försök att särskilja dold och indirekt diskriminering. I praxis förekommer båda termerna, till synes utan att de tilldelas olika innebörd. I den följande redogörelsen över EG-domstolens praxis kommer endast termerna öppen och dold diskriminering att användas. Weatherills metod att särskilja mellan nationella åtgärder som hänger samman med nationalitet och åtgärder som är nationalitetsneutrala finns det anledning att återkomma till längre fram, vid diskussionen om gränsdragningen mellan dold diskriminering och övriga hinder.

Beträffande undantag från fördragets förbud mot hinder för den fria rörligheten dominerar benämningen *lika tillämpning* eller *tillämpade utan åtskillnad*. Benämningarna har sedan länge används i praxis och doktrin avseende varors fria rörlighet som beteckning för nationella åtgärder som är formellt likabehandlande oavsett varans ursprung. De engelska beteckningarna är "equally applicable", "applied without distinction" alternativt "indistinctly applicable". EG-domstolen har även avseende undantag från artikel 49 alltmer övergått till samma terminologi som benämning på nationella åtgärder som är formellt likabehandlande oavsett tjänsteutövarens eller tjänstemottagarens hemvist. Benämningen används för alla åtgärder som är formellt likabehandlande, oavsett om effekten är att utländska tjänster de facto missgynnades. Vad EG-domstolen egentligen avsåg med lika tillämpade regler var länge oklart.¹⁸ Frågan är emellertid av avgörande betydelse vid val av undantagsgrund på så sätt att endast lika tillämpade regler kan medges undantag på de generösare grunder som vuxit fram i EG-domstolens praxis.¹⁹

¹⁸ Se kap. 8. Av senare praxis kan man dra slutsatsen att lika tillämpade åtgärder är det samma som alla åtgärder som inte är öppet diskriminerande, C-388/01 Kommissionen mot Italien REG 2003 s. I-721.

¹⁹ För varor undantag på grund av tvingande hänsyn/rule of reason-undantag, för tjänster undantag av hänsyn till allmänintresset, se kap. 8.

4.1.2 Förbud mot diskriminering på grund av nationalitet i EG-fördraget

Inom detta fördrags tillämpningsområde och utan att det påverkar tillämpningen av någon särskild bestämmelse i fördraget, skall all diskriminering på grund av nationalitet vara förbjuden.

Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen, artikel 12.

Tanken med den gemensamma marknaden är att den skall efterlikna en enda stor hemmamarknad, utan de hinder som nationella gränser och olikartade nationella bestämmelser utgör.²⁰ En absolut förutsättning är då att ingen EU-medborgare skall missgynnas på grund av sin nationalitet. Förbud mot diskriminering är därför den grundprincip som gäller all gemenskapsrättslig lagstiftning. Förbud mot diskriminering på grund av nationalitet genomsyrar hela EG-fördraget. Principen att ingen skall ha nackdel av sin nationalitet har kallats fördragets ledmotiv och Magna Charta.²¹

Diskriminering som grundar sig på andra faktorer än nationalitet är också föremål för EG-rättslig reglering. Enligt EG-fördraget är diskriminering på grund av kön förbjuden i arbetsrättsliga sammanhang.²² Genom senare tillägg till fördraget har även diskriminering på andra grunder gjorts till en gemenskapsangelägenhet.²³ Nationalitet som diskrimineringsgrund intar dock en särställning. Hela EG-fördraget med alla dess verksamhetsområden omfattas av diskrimineringsförbudet i artikel 12. Upprättandet av den gemensamma marknaden med dess fria rörlighet vilar på diskrimineringsförbudet, som vidareutvecklas i de olika friheter-nas specialregleringar. Syftet med att förbjuda diskriminering på grund av nationalitet är att skapa en *européisk* gemensam marknad. Av den an-

²⁰ Se kommissionens ursprungliga förslag till ändring av lydelsen av artikel 12 genom Enhetsakten.

²¹ Ipsen, H.P., *Europäisches Gemeinschaftsrechts*, Tübingen 1972 s. 592. Diskrimineringsförbudet betydelse har av vissa författare delats in i tre olika kategorier, marknadsintegrerande som medel för upprättande av den gemensamma marknaden, reglerande/normerande i sin betydelse vid tillkomsten av EG-rättslig sekundärrätt och som en självständig rättsprincip fristående från fördragets ekonomiska mål. Se More, G., *The Principle of Equal Treatment: From Market Unifier to Fundamental Right?*, i Craig, P. och de Búrca, G., (red.) *The Evolution of EU Laws*, Oxford 1999, s. 518 och de Búrca, G., *The Role of Equality in European Community Law*, s. 23 ff, i Dashwood, A. och O'leary, S., (red.) *The Principle of equal Treatment in EC law*, Sweet and Maxwell, London 1997 s. 13–34.

²² Artikel 141.

²³ Artikel 13; kön, ras, etniskt ursprung, religion eller övertygelse, funktionshinder, ålder och sexuell läggning.

ledningen omfattar diskrimineringsförbudet endast EU-medborgare. Begränsningen speglar diskrimineringsförbudets syfte, att skapa en *europeisk* gemenskap.

Det allmänna diskrimineringsförbudet i artikel 12 skall tillämpas på samtliga samarbetsområden i EG-fördraget. För den europeiska gemenskapens fundament, den inre marknaden, vidareutvecklas det allmänna diskrimineringsförbudet i specialregleringar för varor, personer, tjänster och kapital. Artikel 12 fungerar här dels som tolkningshjälp, dels som komplement och förstärkning till fördragets specialstadganden.²⁴ Utformningen av diskrimineringsförbudet skiljer sig något mellan de olika friheterna. För personer, det vill säga för arbetstagare och vid etablering, så är diskrimineringsförbudet tydligt uttalat i fördragstexten. Så stadgas i artikel 39 att *all diskriminering* av arbetstagare från andra medlemsstater på grund av nationalitet skall avskaffas vad gäller anställning, lön och övriga arbets- och anställningsvillkor. Etableringsfrihet innebär enligt artikel 43 rätt att starta och utöva verksamhet som egenföretagare samt rätt att bilda och driva företag på *lika villkor* som etableringslandets lagstiftning föreskriver för egna medborgare. För varors fria rörlighet nämns inte diskriminering eller likabehandling. I stället förbjuds i artikel 28 "kvantitativa restriktioner och åtgärder med motsvarande verkan". Regleringen av tjänsters fria rörlighet är tvetydig avseende frågan om diskriminering eller förbud mot hinder, artikel 49 och 50 i EG-fördraget står med ett ben i varje läger. I portalstadgandet i artikel 49 föreskrivs avskaffande av alla hinder för tjänsters fria rörlighet, här nämns inget om diskriminering eller likabehandling. Däremot stadgas i artikel 50 att tjänsteutövare skall få utöva sin verksamhet i det land där tjänsten tillhandahålls *på samma villkor* som landet uppställer för sina egna medborgare.

Så har inte heller diskrimineringsförbudet samma centrala betydelse för varors fria rörlighet, och i viss mån tjänsters fria rörlighet, som för personers fria rörlighet. Den fria rörligheten för varor och tjänster sträcker sig längre än till förbud mot diskriminering och omfattar även förbud mot icke-diskriminerande hinder för den fria rörligheten. Förbud mot restriktioner i artikel 28 och hinder i artikel 49 kan därmed sägas inbegripa och konsumera diskrimineringsförbudet samt sträcka sig vidare.

²⁴ Se exempelvis 263/86 Belgium v. Humbel (1988) ECR 5365 och 186/87 Cowan v. Le Tresor Public (1989) ECR 195, där artikel 12 åberopats som stöd för att utbildning och brottsskadeersättning skall vara icke-diskriminerande. I fallet 2/74 Reyners v. Belgium State (1974) ECR 631 menade domstolen att förbud mot diskriminering på grund av nationalitet är en för gemenskapen grundläggande rättsregel och att artikel 42 skall ses som en särskild bestämning av det allmänna diskrimineringsförbudet i artikel 12.

Trots att tjänsters fria rörlighet givits en vidare innebörd ses förbud mot diskriminering fortfarande som den centrala innebörden av artiklarna 49 och 50. EG-domstolen uttalade så sent som 1991 att "... artikel 59 i fördraget *i första hand* kräver avskaffande av all diskriminering av den som tillhandahåller tjänster på grund av dennes nationalitet eller den omständigheten att denne är etablerad i en annan medlemsstat än den där tjänsten skall utföras".²⁵ Generaladvokat Lenz hänvisade några år senare till EG-domstolens uttalande och konstaterade att förbud mot hinder för tjänsters fria rörlighet först och främst är ett förbud mot diskriminering.²⁶ Den alltmer omfattande innebörd som med tiden tillagts artikel 49 har således inte fråntagit diskrimineringsförbudet dess centrala betydelse.

Dess närmare innebörd är dock en öppen fråga. Klart är att det allmänna diskrimineringsförbudet i artikel 12 och specialstadgandena för de fyra friheternas delvis har olika innebörd. Det går dock att urskilja två genomgående grundelement som tillsammans utgör förutsättningen för diskriminering, och som får ligga till grund för nedanstående diskussion om diskrimineringsförbudets innebörd för artikel 49.

- **Särbehandling**

Diskriminering på grund av nationalitet är när personer eller produkter som befinner sig i sinsemellan jämförbara situationer behandlas på olika sätt och där nationalitet är den särskiljande faktorn.²⁷ Särbehandling, eller ojämlig behandling, utgör således en av förutsättningarna för diskriminering. Den eftersträlvade likabehandlingen innebär inte i sig någon kvalitets- eller nivåförsäkring avseende den behandling eller de rättigheter som utländska medborgare och produkter har rätt till. Denna behandling kan vara mer eller mindre god, det enda som garanteras är att den inte är sämre än den behandling som inhemska personer och produkter röner.

²⁵ 288/89 Gouda and others v. Commissariaat voor de Media (1991) ECR I-4007, p. 10. f.d. art. 49. Min kursivering.

²⁶ C-23/93 TV 10 SA v. Commissariaat voor de Media (1994) ECR I-4795, Generaladvokatens förslag p. 39. Se även de guide-fallen C-154/89, C-180/89 och C-198/89 Commission v. France, Italy, Greece (1991) ECR I-659, 709, 727 och 288/89 Gouda and others v. Commissariaat voor de Media (1991) ECR I-4007.

²⁷ För kriterier för jämförbarhet, se Sundberg-Weitman, B., *Nondiskriminering i EEC*, Inst. för offentlig och internationell rätt, Stockholm 1993, s. 55–79. För särbehandling som bakgrund till diskriminering, se Christensen, A., Strukturella aspekter på diskrimineringslagstiftning och normativa förändringsprocesser, i Numhauser-Henning A., (red.), *Perspektiv på likabehandling och diskriminering*, Juristförlaget, Lund 2000, s. 36 och 38.

Särbehandling innebär således att lika eller jämförbara fall behandlas olika. Även den omvända situationen, att olika eller ojämförbara fall behandlas lika kan utgöra diskriminering.²⁸ Det rör sig då vanligtvis om situationer där personer eller produkter som redan är underkastade hemlandets lagstiftning även tvingas efterleva alla värdlandets bestämmelser.

- **Missgynnande**

Diskriminering förutsätter också att den ojämlika behandlingen på något sätt är missgynnande. Positiv särbehandling av utländska personer och produkter strider inte mot EG-fördragets diskrimineringsförbud, inte heller särbehandling som inte innebär något missgynnande. EG-domstolen har fastställt att nationella åtgärder som särbehandlar utländska medborgare inte behöver vara diskriminerande såvida inte åtgärderna medför någon negativ effekt.²⁹

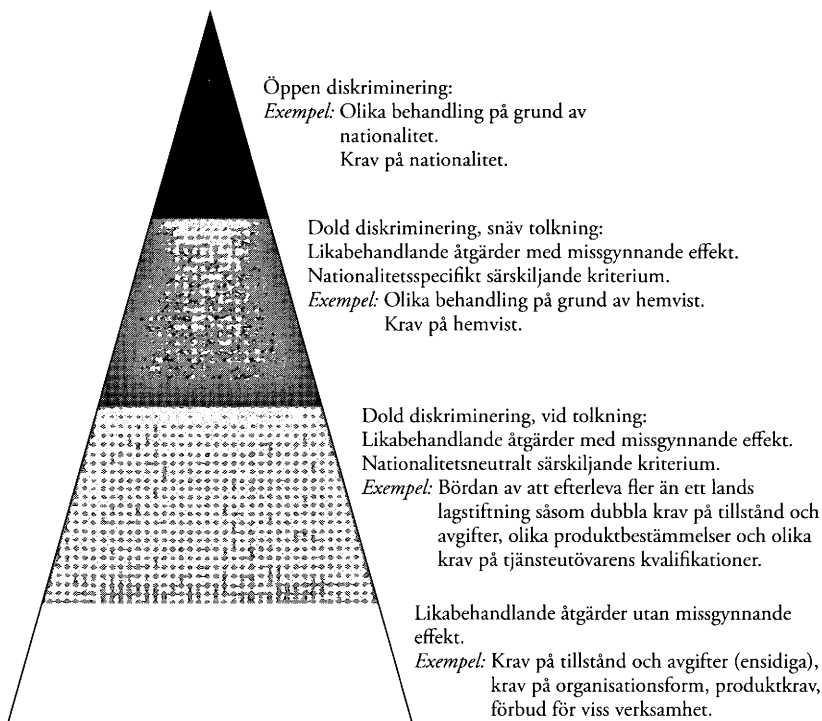
4.2 Diskrimineringsförbudet i artikel 49, öppen och dold diskriminering

Diskrimineringsförbudet i artikel 49 omfattar såväl öppen som dold diskriminering på grund av nationalitet. Var gränsen går mellan öppen och dold diskriminering har i vissa fall varit svårt att bestämma. EG-domstolen och generaladvokater har ibland haft olika uppfattning om hur diskriminering på grund av etablering skall bedömas. Än mer komplicerat har det varit att bestämma gränsen mellan dold diskriminering och övriga hinder. Här finns en stor gråzon med utrymme för olika tolkningar. I det följande skall, med utgångspunkt i de ovan angivna grundelementen *särskiljande* och *missgynnande*, diskrimineringsförbudet i artikel 49 kategoriseras.

Öppen diskriminering är när nationalitet är den klart och uttalat särskiljande faktorn, det vill säga när nationella regler och administrativa rutiner explicit särbehandlar personer av annan nationalitet. Det kan röra sig om allt från förbud för utländska tjänsteutövare att utöva viss verksamhet till sämre villkor/hårdare bestämmelser för utländska tjänster. Av förklarliga skäl är öppen diskriminering inte särskilt vanlig, medlemslän-

²⁸ Mål 13/63 Italy v. Commission (1963) ECR 165, p. 4, C-390/36 Lease Plan REG 1998 s. I-2553, p. 34 och C-279/93 Schumacher REG 1995 s. I-225, p. 30.

²⁹ 11/75 Watson and Belman (1976) ECR 1185. I detta fall rörde det sig om kontroll och registrering av utländska medborgare.



dernas lagstiftning och administrativa rutiner nämner endast undantagsvis nationalitet som grund för särbehandling.

I samtliga fall har åtgärderna utan vidare diskussion befunnits strida mot artikel 49. De skäl till undantag som anförts av medlemslandet har inte godtagits. Den stora diskussionsfrågan i dessa fall har i stället varit om en viss tjänsteverksamhet, rättsområde eller rättighet för tjänsteutövare/tjänstemottagare inryms inom tillämpningsområdet för artikel 49. Exempelvis har det varit fråga om sport, reklam och offentlig sjukvård är tjänster i fördragets mening och om rätt till subventionerade bostäder och brottsskadeersättning verkligen skall omfatta medborgare från andra medlemsländer.³⁰

Dold diskriminering är betydligt vanligare. Utmärkande för dold diskriminering är att den nationella åtgärden är formellt likabehandlande, det vill säga nationalitet är inte den explicit särskiljande faktorn. Effekten skall dock vara densamma, att utländska personer eller produkter miss-

³⁰ Se vidare härom i kap. 5–7.

gynnas på grund av nationalitet. EG-domstolen har i fallet *Seco* definierat dold diskriminering som ”... *alla former av förtäckt diskriminering som, även om de grundas på kriterier som framstår som neutrala, i praktiken leder till samma resultat.*”³¹

Det ligger i sakens natur att dold diskriminering kan vara svår att urskilja. Att bestämma huruvida nationella bestämmelser, trots sin neutrala utformning, kan ha en missgynnande effekt är många gånger vanskligt. Bedömningen blir inte lättare av att synsätten på vad som utgör dold diskriminering är många. Praxis har varit varierande och vag i denna fråga, i doktrinen finns en antal olika inställningar representerade. Det enda man förefaller vara ense om är svårigheterna med gränsdragningen. Två motpoler kan urskiljas, en snäv och en vid tolkning av dold diskriminering.

En *snäv tolkning* förutsätter att den nationella åtgärden inrymmer en med nationalitet sammanhängande faktor. Vid tjänsteverksamhet är bosättning och etablering typiska nationalspecifika faktorer.³² Det är trots allt regel att nationalitet och bosättning/etablering hänger samman, än så länge är de flesta europeer bosatta i sitt hemland. Förbud eller sämre villkor för tjänsteutövare som inte är bosatta eller etablerade i värdlandet är den faktiskt förekommande formen av dold diskriminering i snäv bemärkelse. Även språk och militärtjänstgöring hänger vanligtvis samman med nationalitet och bör därmed ses på samma sätt.³³

En *vid tolkning* innebär att även nationella åtgärder som är neutrala, ”nationalitetsneutrala”, kan utgöra dold diskriminering, om resultatet blir att utländska personer eller tjänster missgynnas. Här finns inga särskiljande kriterier som etablering och bosättning. Gemensamt för en vid och en snäv tolkning är att den nationella åtgärden är formellt likabe-

³¹ 62 & 63/81 *Seco v. EVI* (1982) ECR 223, p. 8. I fallet gällde frågan betalning av sociala avgifter för tjänsteutövande företags personal i det fall sociala avgifter betalas även i hemlandet. Se även 3/88 *Commission v. Italy* (1989) ECR 4035 och C-272/91 *Commission v. Italy* (1994) ECR I-1409. Fallen gällde frågan om krav på att företag helt eller delvis skulle vara ägda av italienska staten för att få delta i offentlig upphandling. Se också 152/73 *Soitgui v. Deutsche Bundespost* (1974) ECR 153. Fallet gällde krav på bosättning för ersättning för arbete på annan ort och tolkning av artikel 39 och förordning 1612/68. EG-domstolens uttalande är tydligt men knapphändigt. Rättsfallet bjuder för övrigt på terminologiska variationer. Kommissionen kommer i sin inlaga fram till att de tyska bestämmelserna utgör både dold (hidden) och indirekt diskriminering. Generaladvokaten använder sig också av termen diskriminering samt förstärker med termen dold (disguised) diskriminering.

³² C-350/96 *Clean Car Autoservice* REG 1998 s. I-2521, p. 29 och C-224/97 *Ciola* REG 1999 s. I-2517, p. 14. Se även avsnitt 4.1.1 avseende Weatherills teori om direkt och dold diskriminering för varors fria rörlighet.

³³ 152/73 *Soitgui v. Deutsche Bundespost* (1974) ECR 153.

handlande men ändå de facto missgynnande.³⁴ Skillnaden är således att en snäv tolkning förutsätter en med nationalitet sammanhängande faktor, medan en vid tolkning endast behöver vara missgynnande.³⁵ Dold diskriminering i vid bemärkelse är således formellt likabehandlande åtgärder med missgynnande effekt. Beskrivningen skulle kunna stämma in på de mest skilda åtgärder. Domstolen har haft för vana att inte uttala sig i termer av diskriminering. Termer som "missgynnande" och "sämre ställning" är dock vanligt förekommande i domstolens motiveringar. Oftast rör det sig om fall där tjänsteutövare blir underkastade två länders lagstiftning. Att behöva underkasta sig alla värdlandets bestämmelser har då ansetts som extra betungande för utländska tjänsteutövare, med etablering i ett annat EU-land vars lagstiftning man också måste följa. En sådan dubbel börda inryms i det EG-rättsliga diskrimineringsförbudet där särbehandling inte bara omfattar olika behandling vid jämförbara situationer utan också lika behandling vid ojämförbara situationer.³⁶ Som exempel kan nämnas krav på att alla arbetsgivare måste betala sociala avgifter samt föra register över sina anställda. Att uppställa samma villkor för företag som, med hjälp av personal för vilken man redan erlägger sociala avgifter och för register i hemlandet, endast tillfälligt utövar verksamhet i landet innebär lika behandling vid ojämförbara situationer. Det utländska företaget missgynnas av att behöva betala dubbla sociala avgifter och av att behöva föra dubbla register.

I de följande avslutande avsnitten av detta kapitel skall begreppet dold diskriminering redas ut. Två specifika problemställningar kommer att belysas. För dold diskriminering i snäv bemärkelse är frågan om bosättning och etablering som särskiljande kriterium central. Frågan är intressant dels för att bosättning och etablering i värdlandet är det som skiljer tjänsters fria rörlighet från övriga friheter, dels för att domstolens praxis varit ytterligt oklar och varierande. För dold diskriminering i vid bemärkelse kommer diskussionen om bördan av dubbla regleringar att dominera framställningen.

³⁴ I de fåtal fall där EG-domstolen tydligt klargjort att det rör sig om dold diskriminering så har det varit fråga om formellt likabehandlande åtgärder som de facto missgynnat tjänster från andra medlemsländer.

³⁵ Här finns anledning att erinra om Weatherills distinktion mellan dold och indirekt diskriminering. Vid en jämförelse framgår att dold diskriminering i snäv bemärkelse är liktydigt med det som även Weatherill benämner dold diskriminering, det går att bestämma ett särskiljande kriterium som hänger samman med nationalitet. Diskriminering i vid bemärkelse förutsätter inget sådant särskiljande kriterium. Det är tillräcklig med den missgynnande effekten. Denna form av nationalitetsneutral diskriminering är enligt Weatherill indirekt diskriminering.

³⁶ Mål 13/63 Italy v. Commission (1963) ECR 165, C-390/36 Lease Plan REG 1999 s. I-2553, p. 34 och C-279/93 Schumacher REG 1995 s. I-225, p. 30.

4.2.1 Dold diskriminering i snäv bemärkelse; hemvist som särskiljande kriterium

För tjänsters fria rörlighet är hemvist av central betydelse. Just det faktum att tjänsteutövare och tjänstemottagare har sin hemvist i olika medlemsländer utgör grunden för tjänsters fria rörlighet som det formuleras i artikel 49.³⁷ Vad som skall avses med begreppet hemvist är inte alltid helt självklart. Det förefaller som om termerna hemvist, etablering och bosättning stundtals brukas utan åtskillnad i gemenskapsrättslig lagtext och praxis. I detta sammanhang används *hemvist* som samlingsbegrepp för etablering och bosättning. Med *etablering* avses fast driftställe och ekonomisk integration för den ekonomiska verksamheten, med *bosättning* avses den fysiska personens hem.³⁸

För bestämmande av huruvida nationella åtgärder utgör öppen eller dold diskriminering är hemvist av särskild betydelse. Som påpekats tidigare så måste hemvist ses som en med nationalitet sammanhängande faktor eftersom flertalet tjänsteutövande företag och personer är etablerade respektive bosatta i det land de är medborgare eller har sitt säte i. Nationella åtgärder med etablering eller bosättning som särskiljande kriterium skulle därmed inrymmas i den snäva tolkningen av dold diskriminering.

Frågan har emellertid varit föremål för mycken debatt, åsikterna har rört sig mellan olika extremer. Å ena sidan har det hävdats att krav på hemvist i värdlandet gäller lika för alla och därmed inte alls är diskriminerande.³⁹ Å andra sidan har det hävdats att olika behandling på grund av bosättning/etablering skall ses som *öppen* diskriminering.⁴⁰ Denna delvis förvirrade debatt kan bero på att två olika situationer med hemvist som särskiljande faktor inte alltid hålls isär i debatten. Den ena situationen är krav på hemvist i värdlandet för att överhuvudtaget få lov att utöva viss tjänstverksamhet. I den andra situationen uppställs inga krav på hemvist. I stället är värdlandets regler olika för tjänsteutövare med hemvist i värdlandet, jämfört med tjänsteutövare med hemvist i ett annat medlemsland. Skillnaden mellan dessa två situationer kan i vissa fall bli

³⁷ För varor är ursprung och för personer nationalitet utgångspunkten.

³⁸ Beträffande hemvistbegreppet i internationell privaträtt se Örtenhed, K., *Hemvist-begreppet*, Iustus Förlag, Uppsala 1991.

³⁹ Se Nederländernas argument beträffande krav på hemvist i landet för ombud i sociala mål, 33/74 van Binsbergen v. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid (1974) ECR.

⁴⁰ 154/89 Commission v. France (1991) ECR I-659 generaladvokat Lenz, p. 27. Fallet gällde krav på nationell examen för att få arbeta som turistguide i Frankrike.

näst intill fiktiv. Det händer att domstolen blandar samman de två situationerna.⁴¹

Som framgår av den följande redogörelsen har EG-domstolens inställning till krav på hemvist respektive olika behandling på grund av hemvist varit oklar. Det är emellertid viktigt att klargöra rättsläget för att kunna fastställa gränserna för artikel 49.

4.2.1.1 Krav på hemvist

Beträffande frågan om krav på hemvist är diskriminerande har praxis utvecklats på följande sätt. Van Binsbergen räknas som ett av de viktigaste rättsfallen för utvecklingen av tjänsters fria rörlighet.⁴² Det är signifikant att detta centrala rättsfall handlar om krav på etablering i värdlandet. Nederländerna hävdade att krav på etablering gällde lika för alla och därmed inte var diskriminerande. EG-domstolen bemötte egentligen inte detta utan konstaterade endast att krav på etablering stred mot fördragets regler. Domstolen underströk här kraftfullt etableringskravets absoluta oförenlighet med tjänsters fria rörlighet. Etableringskravets förhållande till tjänsters fria rörlighet formulerades på följande sätt. ”In particular, the requirement that a person must be habitually resident within the territory of the State where the service is to be provided may, according to the circumstances, have the result of deriving article 59 of all useful effect, in view of the fact that the precise object of that article is to abolish restrictions on freedom to provide services imposed on persons who are not established in the State where the service is provided.” Krav på hemvist har allt sedan dess bedömts som det allvarligaste hindret för tjänsters fria rörlighet.⁴³ EG-domstolen har fortsatt att kraftfullt markera hemvistkravets absoluta oförenlighet med artikel 49. Krav på hemvist i värdlandet står enligt domstolen i direkt strid med friheten att tillhandahålla tjänster, eftersom det gör det omöjligt för företag som är etablerade i andra medlemsstater att tillhandahålla tjänster i värdlandet.⁴⁴

⁴¹ C-106/91 Ramrath (1992) ECR I-3351. Omständigheterna var att Ramrath mist sin revisorsauktorisering i och med att han bytt etableringsland. Frågan gällde Luxemburgs krav på etablering för att erhålla och bibehålla auktorisation i landet. Domstolen formulerade dock rättsfrågan som om den gällde olika behandling på grund av etablering i en annan medlemsstat, p. 27.

⁴² 33/74 van Binsbergen (1974) ECR.

⁴³ Tidigare artikel 59. Se även det tyska försäkringsfallet 205/84 *Commission v. Germany* (1986) ECR 3755.

⁴⁴ C-355/98 *Kommissionen mot Belgien* REG 2000 s. I-1221, p. 27–30 och C-171/02 *Kommissionen mot Portugal* REG 2004 s. I-5645, p. 33.

Det råder således ingen tvivel om att krav på hemvist strider mot artikel 49, däremot är frågan om krav på hemvist skall ses som öppen eller dold diskriminering eller som övrigt hinder höljd i dunkel. Diskussionen har varit förvirrande. Som exempel kan nämnas diskussionen i fallet Coenen där generaladvokat Warner hävdar, med hänvisning till generaladvokat Mayras uttalande i fallet van Binsbergen, att artikel 49 är avsedd att avskaffa diskriminering, inte att avskaffa regler som behövs för att skydda allmänheten.⁴⁵ Kommissionen å sin sida har allt sedan van Binsbergen-fallet betraktat krav på etablering som dold diskriminering.

EG-domstolens fortsatta praxis gav heller inget besked. Fallen med de brittiska fiskekvoterna visar att domstolens inställning till krav på hemvist är problematisk just beträffande tjänsters fria rörlighet. I båda fallen gällde frågan de i Storbritannien uppställda krav på bosättning för ägare och besättningsmän på fiskebåtar för att få fiska ur den brittiska fiskekvoten. I det ena fallet prövades bosättningskravets förenlighet med rätten till fri etablering, i det andra fallet förenligheten med fri rörlighet för tjänster. I båda fallen kom domstolen fram till att bosättningskravet stred mot fördragets bestämmelser. Vid domstolens bedömning av de brittiska bestämmelsernas förenlighet med artikel 43 befanns bosättningskravet utgöra diskriminering på grund av nationalitet.⁴⁶ Vid bedömningen av förenligheten med artikel 49 undviker domstolen frågan om diskriminering. I stället nöjer sig domstolen med att konstatera att bestämmelserna indirekt utesluter andra nationaliteter.⁴⁷ Motiveringen var i båda fallen att den stora majoriteten av brittiska medborgare är bosatta i Storbritannien och därmed automatiskt uppfyller bosättningskravet, medan medborgare från andra medlemsländer i de flesta fall skulle vara tvungna att flytta till Storbritannien för att uppfylla samma krav. Trots den identiska motiveringen i de brittiska fiskekvotsfallen så blir slutsatsen avseende bosättningskravets förenlighet med artikel 49 olika beroende på om bedömningen avser rätten till fri etablering eller fri rörlighet för tjänster inte densamma.

Även i övriga fall har domstolen avstått från att ta ställning till hur hemvistkravet förhåller sig till artikel 49. Däremot har kommissionen funnit att krav på bosättning utgör diskriminering, domstolen har dock undvikit frågan genom att gå direkt till bedömningen av om bosättnings-

⁴⁵ 39/75 Coenen (1975) ECR 1547.

⁴⁶ C-221/89 Factortame (1991) ECR I-3905, p. 32. Se även C-3/87 R. v. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Agegate Ltd REG 1988 s. I-4459 och C-216/87 R. v. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Jaderow Ltd (1989) ECR I-4509.

⁴⁷ C-279/89 Commission v. Great Britain (1992) ECR I-5785, p. 42.

kravet kunde vara berättigat av hänsyn till allmänintresset.⁴⁸ Krav på hemvist har i andra fall klassificerats som en restriktion eller hinder i stället för diskriminering.⁴⁹

Hela diskussionen kan tyckas märklig. Det är uppenbart att krav på bosättning och etablering missgynnar utländska tjänster och tjänsteutövare. Bosättning och etablering har i de allra flesta fall nära samband med nationalitet.⁵⁰ Således är kriterierna för dold diskriminering uppfyllda. För tjänster och tjänsteutövare från andra medlemsländer innebär kravet de facto ett absolut hinder för tjänsteutövande, såvida man inte är villig att flytta till värdlandet. Här uppstår tjänstebegreppets moment 22. Om tjänsteutövaren flyttar till värdlandet så försvinner det gränsöverskridande moment som är en av förutsättningarna för EG-fördragets tjänstebegrepp. Verksamheten kommer i stället att styras av fördragets regler om rätt till fri etablering. Slutsatsen är därför att krav på hemvist alltid utgör dold diskriminering.

4.2.1.2 Olika behandling på grund av hemvist

Av EG-domstolens praxis framgår klart och entydigt att olika behandling på grund av hemvist är diskriminerande. Nationella åtgärder som innebär att tjänsteutövare med hemvist i andra medlemsländer behandlas sämre än tjänsteutövare med hemvist i värdlandet uppfyller tydligt kriterierna för diskriminering, det vill säga särbehandling och missgynnande. Eftersom hemvist är det särskiljande kriteriet så skulle det röra sig om dold diskriminering. Till denna slutsats kom domstolen i fallen Bond och Gouda, där sämre villkor för utlandsetablerade företag klassificerades som dold diskriminering.⁵¹ I senare fall har domstolen utvecklat sin inställning från dessa fall. I en rad fall där banker och försäkringsbolag missgynnats av att skatteavdrag medgivits endast för låneräntor och försäkringspremier som betalats till bolag som är etablerade inom landets gränser,

⁴⁸ C-279/00 Kommissionen mot Italien REG 2002 s. I-1425, p. 12–13 om krav på fast etablering för kreditinstitut.

⁴⁹ Se exempelvis 205/84 Commission v. Germany (1986) ECR 3755, p. 28 om krav på etablering för försäkringsverksamhet, C-355/98 Kommissionen mot Italien REG 2000 s. I-1211, p. 35 om krav på bosättning för personal och ägare till bevakningsföretag och C-439/99 Kommissionen mot Italien REG 2002 s. I-305, p. 30 om krav på fast driftställe för mässarrangörer.

⁵⁰ C-350/96 Clean Car Autoservice REG 1998 s. I-2521, p. 29 och C-224/97 Ciola (1999) REG I-2517, p. 14.

⁵¹ 352/85 Bond Adverteerders v. Netherlands (1988) ECR 2085 och C-288/89 Gouda and others v. Commissariat voor de Media (1991) ECR I-4007, p. 12. Se även 52/79 Debeaue (1980) ECR 833, p. 12.

har olika behandling på grund av etablering klassificerats som dold diskriminering.⁵²

I fallet *Clean Car* från 1998 konstaterade EG-domstolen att nationella regler som särskiljer på grund av bosättning utgör dold diskriminering.⁵³ Diskrimineringen uppstår enligt domstolen genom att en distinktion grundad på bosättningskriteriet till största delen är till förfång för medborgare från andra medlemsstater eftersom de som inte är bosatta i en medlemsstat i själva verket oftast inte heller är medborgare i denna stat. Domstolens motivering för att *olika behandling* på grund av hemvist innebär dold diskriminering är således exakt densamma som använts för att motivera att *krav* på hemvist innebär hinder.

Därmed skulle frågan om olika behandling på grund av etablering kunnat vara färdigbehandlad. Praxis har emellertid tagit en ny inriktning i samband med att domstolen hade att uttala sig om nationella krav på förhandsbesked för ersättning ur nationella sjukförsäkringssystem vid vård utomlands. I fallet *Kohll*, avseende krav på förhandstillstånd för ersättning för tandvård utomlands, hade domstolen ändrat terminologi.⁵⁴ Domstolen nämnde inte diskriminering utan kom i stället fram till att bestämmelserna utgjorde restriktioner av rätten till fri rörlighet. Detta kan synas märkligt mot bakgrund av att domstolen bedömde att de nationella bestämmelserna medförde att utländska tjänster blev mindre attraktiva än inhemska. I fallet *Vanbraekel* gällde frågan mindre förmånliga regler för ersättning från socialförsäkringssystemet för sjukhusvistelse utomlands än i hemlandet.⁵⁵ Domstolen konstaterade att ersättningsreglerna kunde avhålla personer från att vända sig till tjänsteutövare som var etablerade i ett annat medlemsland. Trots det så nämndes inte diskriminering i sammanhanget, domstolen övergick istället direkt till att behandla frågan om undantag.

Sedan gick ytterligare några år i oklarheternas tecken. Generaladvokat Jacobs efterlyste i fallet *Safir* ett klart ställningstagande.⁵⁶ Ett sådant kom också några år senare i ett fall där Italiens avgiftsreglering för inträde till

⁵² C-204/90 *Bachman* (1992) ECR I-249, C-211/91 *Commission v. Belgium* (1992) ECR I-6757 p. 6, C-484/93, *Svensson, Gustavsson mot Ministre de logement et de l'urbanisation* REG 1995 s. I-3955 p. 12, C-390/96 *Lease Plan Luxembourg* REG 1998 s. I-2553, p. 33, C-136/00 *Danner* REG 2002 s. I-814, p. 31–32 och 37.

⁵³ C-350/96 *Clean Car Autoservice mot Landeshauptmann von Wien* REG 1998 s. I-2521, p. 29. Domstolen använder här termen direkt i stället för öppen diskriminering. Se även C-224/97 *Ciola* REG 1999 s. I-2517, p. 14 och 16 och C-279/89 *Commission v. Great Britain* (1992) ECR I-5785.

⁵⁴ C-159/96 *Kohll* REG 1998 s. I-1931.

⁵⁵ C-368/98 *Vanbraekel* REG 1998 s. I-5363.

⁵⁶ C-118/96 *Safir* REG 1998 s. I-1897 GA:s förslag p. 34.

offentliga museer och andra offentliga, nationella sevärdheter var ifråga.⁵⁷ Avgifterna var lägre för italienska medborgare och personer bosatta inom det område som hörde till den offentliga myndigheten. EG-domstolen kom fram till att avgiftsregleringen utgjorde direkt diskriminering till den del medborgarskapet var det avgörande rekvisitet och indirekt diskriminering till den del bosättningsorten var avgörande.⁵⁸ Motiveringen var densamma som i *Clean Car*.⁵⁹ Däremot ansågs krav på hemvist som en likabehandlande åtgärd.⁶⁰

Avslutningsvis kan nämnas att frågan om särbehandling på grund av hemvist kanske skall ses som en form av *öppen* diskriminering. Generaladvokat Lenz argumentation i de så kallade guidefallen ger vid handen att diskriminering på grund av etablering utgör *öppen* diskriminering.⁶¹ Öppen diskriminering beskrevs som diskriminering mellan personer med medborgarskap *eller hemvist* i värdlandet och personer med varken medborgarskap eller hemvist i landet i fråga. Diskriminering på grund av hemvist likställdes således med diskriminering på grund av nationalitet.

Lenz inställning är inte så förvånande. I både praxis och doktrin nämns ofta diskriminering på grund av nationalitet och etablering i ett sammanhang.⁶² Den semantiskt logiska innebörden av ett sådant uttalande är att nationalitet och etablering är två fristående grunder för diskriminering. Olika behandling på grund av etablering skulle i sådana fall utgöra öppen diskriminering på grund av etablering, i stället för dold diskriminering på grund av nationalitet. Även Roth förefaller mena att olika behandling på grund av bosättning utgör öppen diskriminering.⁶³ Efter fallen *Clean*, *Ciola* och det italienska museifallet får rättsläget numera anses klarlagt: särbehandling på grund av hemvist skall ses som dold diskriminering.

⁵⁷ C-388/01 Kommissionen mot Italien REG 2003 s. I-721.

⁵⁸ P. 32.

⁵⁹ P. 13. Bosättning som särskiljande kriterium riskerade enligt domstolen till största delen vara till förfång för medborgare från andra medlemsstater till följd av att de som inte är bosatta i en viss medlemsstat vanligtvis inte heller är medborgare i denna stat.

⁶⁰ P. 14.

⁶¹ 154/89 *Commission v. France* (1991) ECR I-659 GA:s förslag, p. 27. Fallet gällde krav på nationell examen för att få arbeta som turistguide i Frankrike.

⁶² Se exempelvis 33/74 *van Binsbergen* (1974) ECR 1299 och C-484/93; Svensson, Gustavsson mot *Ministre de logement et de l'urbanisation* REG 1995 s. I-3955 p. 15.

⁶³ Roth, W.H., *The European Court of Justice's Case Law on Freedom to Provide Services: Is Keck Relevant?* i Andenas, M. och Roth, W.H. (red.) *Services and Free Movement in EU Law*, Oxford University Press, Oxford 2002, s. 12.

4.2.1.3 *Slutsats om hemvist som särskiljande kriterium*

Såväl krav på hemvist som olika behandling på grund av hemvist är formellt likabehandlande, eftersom nationalitet inte är det särskiljande kriteriet. I båda situationerna missgynnas utländska tjänsteutövare. Kriterierna för dold diskriminering, det vill säga formell likabehandling och missgynnande, är således uppfyllda i båda situationerna.⁶⁴

I praxis har krav på hemvist i majoriteten av fall bedömts som hinder för tjänsters fria rörlighet medan olika behandling på grund av hemvist bedömts som dold diskriminering. Krav på hemvist framställs därmed som mindre allvarligt än olika behandling på grund av hemvist. Detta överensstämmer inte med de faktiska förhållandena. Krav på hemvist **omöjliggör** gränsöverskridande tjänsteverksamhet. Det är således liktydigt med ett förbud för utländsk tjänsteverksamhet. Olika behandling på grund av hemvist **försvårar** gränsöverskridande tjänsteverksamhet. Generaladvokat Tesauro påpekade i fallet Safir det ironiska i att krav som de facto innebär ett totalt förbud mot gränsöverskridande tjänsteverksamhet betraktas med mildare ögon är bestämmelser som försvårar sådan verksamhet.⁶⁵

Den olika bedömningen är absurd. Olika behandling på grund av hemvist och krav på hemvist är två sidor av samma mynt, skillnaden är därför många gånger fiktiv. Med kreativ lagstiftning kan olika behandling på grund av etablering omformas till krav på etablering och vice versa. Förbud eller begränsningar för tjänsteutövare som är etablerade i ett annat medlemsland kan i stället uttryckas som krav på etablering i värdlandet. Olika behandling i form av högre eller lägre museiavgifter kan formuleras som krav på bosättning för att få förmånligare avgifter.

4.2.2 **Dold diskriminering i vid bemärkelse eller övriga hinder**

Dold diskriminering i vid bemärkelse skiljer sig från dold diskriminering i snäv bemärkelse genom att även nationalitetsneutrala åtgärder omfattas. Det är således inte längre fråga om att utländska tjänsteutövare särbehandlas genom att exempelvis krav på tillstånd för utlänningar ger sämre villkor. Den enda förutsättningen för dold diskriminering i vid bemärkelse är att den nationella åtgärden har en missgynnande effekt för utländska tjänster och tjänsteutövare.

Det kan tyckas svårt att finna det diskriminerande att behöva anpassa sig till samma regler som gäller för värdlandets egna tjänster och tjänste-

⁶⁴ Beträffande bestämning av dold diskriminering, se avsnitt 4.2, 4.2.2 och 5.3.1.

⁶⁵ C-118/96 Safir REG 1998 s. I-1897 GA:s förslag p. 30–31.

utövare. Om värdlandets regler är nationalitetsneutrala och tillämpas lika oavsett nationalitet och hemvist, hur kan då utländsk tjänsteverksamhet missgynnas? EG-domstolen har i flertalet fall undvikit att explicit ta ställning i frågan om diskriminering. En vanlig formulering är att artikel 49 skall ses som ett hinder för tillämpningen av nationella regler som får till följd att det blir svårare att tillhandahålla tjänster mellan medlemsstater än att tillhandahålla tjänster helt och hållet inom en medlemsstat.⁶⁶ Vidare har domstolen gjort klart att det kan vara oförenligt med artikel 49 att tillämpa all nationell lagstiftning på utländska tjänster och tjänsteutövare.⁶⁷

Praxis vittnar om svårigheter att fastställa gränsen mellan dold diskriminering och övriga hinder.⁶⁸ I gråzonen mellan vad som kan räknas som dold diskriminering eller som övriga hinder återfinns allehanda nationella åtgärder som reglerar såväl tjänsteverksamhet som tjänstestödjande rättsområden. Hit hör flertalet produktrelaterade åtgärder, det vill säga reglering av själva tjänsteverksamheten. Krav på tillstånd, omständigheter kring verksamhetens bedrivande, produktkvalité och yrkesutövarens kvalifikationer som tillämpas lika är till sin natur nationalitetsneutrala, och skulle därmed antingen anses utgöra dold diskriminering eller ses som övriga hinder. Här återfinns också ett flertal nationalitetsneutrala regleringar av tjänstestödjande områden, såsom krav på sociala avgifter och krav på ombud vid rättegång.

I fallet *Säger* klagjordes uttryckligen, för första gången, att krav på yrkesutövarens kvalifikationer utgör *icke-diskriminerande hinder* för den fria rörligheten.⁶⁹ Formeln från fallet har sedan upprepats i efterföljande praxis.⁷⁰ Därmed skulle frågan om tolkningen av artikel 49 kunna anses avgjord. Det är också en rimlig slutsats att produktrelaterade krav inte i sig utgör dold diskriminering. Trots det kan det vara förhastat att dra några alltför generella slutsatser med *Säger-fallet* som enda grund. Fallet skiljer sig från många tidigare fall på så sätt att *Säger* inte var underkastad motsvarande kvalifikationskrav i sitt hemland. I flertalet av de fall där

⁶⁶ Se exempelvis C-118/96 *Safir* REG 1998 s. I-1897 p. 23, C-381/93 *Commission v. France* (1994) ECR I-5145, p. 17.

⁶⁷ 205/84 *Commission v. Germany* (1986) ECR 3755.

⁶⁸ Se generaladvokat Jacobs uttalande i fallet C-76/90 *Manfred Säger mot Denneweyer & Co Ltd* (1995) REG I-4221, p. 20, 21 och 22. Generaladvokat Lenz ansåg i fallet C-23/93 *TV 10 SA v. Commissariaat voor de Media* (1994) ECR I-4795 att gränsen mellan dold diskriminering och övriga hinder var oklar. "Andra hinder" kallar Lenz hinder som inte är diskriminerande. Lenz hänvisar till GA Jacobs uttalande i fallet *Säger*.

⁶⁹ C-76/90 *Manfred Säger v. Denneweyer & Co Ltd* (1991) ECR I-4221.

⁷⁰ Se till exempel C-43/93 *Vander Elst* (1994) ECR I-3803, p. 14; C-3/95 *Broede* REG 1996 s. I-6511, p. 25; C-369/96, 376/96 *Arblade* REG 1999 s. I-8453, p. 33; C-272/94 *Guiot* REG 1996 s. I-1905, p. 10.

EG-domstolen hänvisat till sitt uttalande från Säger-fallet har de faktiska omständigheterna varit annorlunda på så sätt att verksamheten redan varit underkastad likartad reglering i etableringslandet.

4.2.2.1 Bördan av flera regelsystem; diskriminering eller övriga hinder

Slutsatsen efter Säger kan försiktigtvis vara att likabehandlande, nationalitetsneutrala bestämmelser om tjänsteutövarens kvalifikationer inte i sig är diskriminerande. Däremot kan förekomsten av två regelsystem, ursprungslandets och värdlandets, resultera i att tjänsteverksamhet från andra medlemsländer missgynnas. Därmed inte sagt att dubbla regleringar alltid skulle vara diskriminerande. Tvärtom har EG-domstolen vid upprepade tillfällen slagit fast att endast det faktum att en verksamhet underkastas strängare regler i värdlandet inte är en tillräcklig förutsättning för diskriminering.⁷¹ Att tala i termer om diskriminering kan också kännas främmande i ett sammanhang som detta där ett lands lagstiftning inte i sig diskriminerar. Det är i stället effekten, den extra bördan av att behöva efterleva flera länders lagstiftning, som kan vara diskriminerande. Enligt EG-domstolen omfattar förbud mot diskriminering inte bara olika behandling vid jämförbara situationer utan också lika behandling vid ojämförbara situationer.⁷² Bördan av flera regelsystem skulle därför kunna ses som dold diskriminering i vid bemärkelse, det vill säga nationella regler som är formellt likabehandlande och nationsneutrala, men har en diskriminerande effekt.

Problemet med dubbla avgifter kan belysas med följande exempel. Avgifter som tas ut i samband med tjänsteutövande är givetvis betungande, och i sig ett hinder för tjänsters fria rörlighet. I de fall avgifter tas ut av både värdland och hemland så missgynnas tjänsteutövare som får betala dubbla avgifter i förhållande till värdlandets egna tjänsteutövare. Samma sak gäller för allehanda tillståndskrav, såsom licens, auktorisering och registrering som uppställs i såväl hemland som värdland för att få lov att utöva en viss verksamhet. Däremot är det tveksamt om krav på tjänsteprodukten är betungande, även om såväl hemland som värdland har produktkrav. I de fall de nationella regleringarna är desamma, eller värdlandets regler lindrigare, borde inte värdlandets produktregler vara betungande för importerade tjänsteprodukter. Däremot kan en situation där hemlandets och värdlandets produktkrav skiljer sig åt vara betungande. I sådana fall måste tjänsteprodukter från andra länder anpassas till

⁷¹ C-379/92 Peralta (1994) ECR I-3453, p. 48 och C-384/93 Alpin Investment mot Minister van Financiën (1995) REG I-1141.

⁷² Mål 13/63 Italy v. Commission (1963) ECR 165. Se avsnitt 4.2.

två olika standarder. På samma sätt förhåller det sig med krav på tjänsteutövarens kvalifikationer och olika bestämmelser kring formerna för tjänsteverksamhetens bedrivande. Endast om både hemlandet och värdlandet uppställer krav samt om de krav som uppställs har olika innehåll uppstår en missgynnande effekt.

Slutsatsen blir att likabehandlande åtgärder som hindrar tjänsters fria rörlighet kan utgöra dold diskriminering i vid bemärkelse i de fall tjänsten eller tjänsteutövaren missgynnas av att behöva efterleva såväl hemlandets som värdlandets lagstiftning. Gränsen mellan diskriminering och övriga hinder går således någonstans bland dubbla regleringars missgynnande effekt.⁷³

4.2.3 Utöver diskriminering – övriga hinder

Finns det då några nationella åtgärder som hindrar den fria rörligheten men som inte är diskriminerande, i vare sig snäv eller vid bemärkelse? Svaret är ja, nationella åtgärder kan hindra den fria rörligheten utan att missgynna utländska tjänster och tjänsteutövare. Som visats ovan är krav på tillstånd, avgifter och produktbestämmelser, som inte innebär en dubbling av hemlandets regler, inte nödvändigtvis missgynnande. Sådana åtgärder är ofta lika betungande för inhemska som för utländska tjänster och tjänsteutövare. Nationell lagstiftning som förbjuder viss tjänsteverksamhet kan inte heller anses diskriminerande. Ett förbud är visserligen det yttersta hindret mot tjänsters fria rörlighet, men inte för den skull diskriminerande så länge förbudet är totalt och inte medger lättnader eller undantag för vissa kategorier. Artikel 49 omfattar således hinder mot tjänsters fria rörlighet som inte kan inordnas under diskrimineringsbegreppet.

4.2.3.1 *Omvänd diskriminering*

I detta sammanhang skall också nämnas företeelsen omvänd diskriminering. Härmed avses att den nationella lagstiftningen missgynnar inhemska tjänster och tjänsteutövare i förhållande till utländska. Omvänd diskriminering är av naturliga skäl inte särskilt vanligt. EG-domstolen har varit försiktig med att tillämpa fördragets bestämmelser om fri rörlighet i dessa situationer, som närmast kan ses som interna angelägenheter. I ett fall avseende nationella miljöbestämmelser som av parterna ansågs diskriminera i landet registrerade fartyg menade EG-domstolen att tillämpningen

⁷³ Se vidare under 5.3.1 avseende gränsen mellan diskriminering och övriga hinder – dubbla bördor.

av nationell lagstiftning inte kan anses strida mot diskrimineringsförbudet i artikel 49 enbart därför att andra medlemsländer tillämpade mindre stränga bestämmelser.⁷⁴

I ett senare fall avseende nationella marknadsföringsbestämmelsers förenlighet med artikel 49 var EG-domstolens inställning delvis annorlunda. Som svar på påståendet att den lagstiftningen missgynnade landets egna tjänsteutövare svarade domstolen först att bara det faktum att andra länders regler var mer tillåtande inte i sig medförde att den nederländska lagstiftningen kunde ses som ett hinder för tjänsters fria rörlighet. Trots det fann domstolen att de nationella marknadsföringsbestämmelserna stred mot artikel 49 av den anledningen att de frantog landets egna tjänsteutövare en snabb och direkt marknadsföringsmetod.⁷⁵

Det är svårt att ur dessa två fall dra några säkra slutsatser. Att nationella bestämmelser kan missgynna landet egna tjänsteutövare är uppenbart. Frågan om artikel 49 skall omfatta även denna typ av diskriminering får tills vidare anses avhängigt vilket rättsområde som berörs. Tills vidare får vi nöja oss med att konstatera att i de fall nationella bestämmelser har en direkt och negativ inverkan på egna tjänsteutövarers tillträde till den övriga EU-marknaden så omfattas omvänd diskriminering av förbudet i artikel 49.

⁷⁴ C-379/92 Peralta (1994) ECR I-3453, p. 48. Italiensk lagstiftning förbjöd fartyg under italiensk flagg att släppa ut spillvatten och kemikalier. Förbudet gällde även på internationellt vatten. Se vidare under avsnitt 6.1.8 om miljö rätt. Domstolen hänvisade i fallet Peralta för övrigt till 155/80 Oebel (1981) ECR 1993, p. 9. I fallet Oebel gällde frågan om ett tyskt förbud mot nattarbete i bagerier och nattleveranser stred mot artikel 28.

⁷⁵ Förbudet påverkar direkt tillträdet till andra länders tjänstemarknader och utgör därför ett hinder mot den mellanstatliga handeln med tjänster, se vidare under avsnitt 10.2.1.2.

5 Fri rörlighet för tjänster – tjänsteverksamheten

5.1 Inledning

I detta kapitel behandlas EG-domstolens inställning till nationell reglering av själva tjänsteverksamheten. Den EG-rättsliga betydelsen av tjänsteverksamhet är en ekonomisk gränsöverskridande aktivitet, med tillfällig eller ingen fysisk vistelse i värdlandet.¹ Tjänsteverksamhet utgör således artikel 49:s centrala tillämpningsområde. Det är kring nationell reglering av tjänsteverksamhet som huvuddelen av praxis avseende tjänsters fria rörlighet kretsar och som utvecklingen av artikel 49 varit som mest dynamisk.

EG-domstolen har intagit en allt mer restriktiv hållning till nationella regleringar av tjänsteverksamhet. Redan på ett tidigt stadium förklarades artikel 49 omfatta inte bara diskriminerande hinder för tjänsters fria rörlighet utan även åtgärder som på annat sätt hindrar eller begränsar tjänsteverksamhet.² Trots detta tidiga ställningstagande har domstolens efterföljande praxis varit långt ifrån konsekvent. Var gränserna går för tillämpningen av artikel 49 och vilka nationella åtgärder som omfattas av förbudet är inte alltid möjligt att utläsa ur EG-domstolens motiveringar.

Det finns således ett antal frågor som bör besvaras för att göra det möjligt att ge en korrekt bild av hur artikel 49 skall tolkas beträffande nationella hinder för tjänsteverksamhet. I detta kapitel görs en genomgång av praxis, som skall klargöra vilka nationella åtgärder som EG-domstolen funnit omfattas av förbudet i artikel 49. Genomgången är systematiserad efter de nationella skyddsåtgärdernas art. För att försöka urskilja någon sorts linje i domstolens praxis görs därefter en kronologisk redogörelse för de fall som haft avgörande betydelse för utvecklingen och där domstolen

¹ Se kap. 2.

² 33/74 van Binsbergen v. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid (1974) ECR 1299.

klart markerat ett nytt synsätt på tillämpningsområdet för artikel 49. Kapitlet avslutas med en diskussion om hur artikel 49 lämpligen skall tolkas.

5.1.1 Systematisk genomgång av EG-domstolens praxis

I följande avsnitt görs en genomgång av nationella villkor för utövande av tjänsteverksamhet som EG-domstolen funnit strida mot förbudet i artikel 49. Frågan om undantag från förbudet i artikel 49 kommer att behandlas i kapitel 8. Vissa kommentarer om domstolens inställning till undantag förekommer redan i kapitel 5, i den mån det är motiverat för att förstå kontexten.

Genomgången inleds med fall där domstolen prövat krav på nationalitet/medborgarskap för att få utöva en viss verksamhet, det vill säga åtgärder som är öppet diskriminerande. Härfter följer krav på hemvist och språkkunskaper. Även här är det fråga om diskriminerande åtgärder, men i en dold, eller vart fall mindre öppen, form. Slutligen behandlas bestämmelser för tjänsteprodukten och tjänsteutövandet, såsom krav på tillstånd, produktkrav och kvalifikationskrav. Nationella åtgärder av denna art kan hindra den fria rörligheten men är inte nödvändigtvis missgynnande, under förutsättning att de är formellt likabehandlande och tillämpas på samma sätt för inhemska och utländska tjänsteutövare. Vi befinner oss därmed i gråzonen mellan dold diskriminering och övriga hinder.

5.1.2 Krav på nationalitet och medborgarskap

Att genom krav på nationalitet förbjuda utländska EU-medborgare att ägna sig åt en viss ekonomisk verksamhet utgör den grövsta och mest uppenbara formen av diskriminering. Nationella regler med dylikt innehåll står i uppenbar strid med fördragets bestämmelser om fri rörlighet. För juridiska personer tar det sig uttryck i krav på bolagets nationalitet, för fysiska personer i krav på medborgarskap.³

En del av fallen nedan behandlar rätten till fri etablering. Fallen har emellertid stort principiellt intresse även för tjänster. Beträffande diskriminering på grund av nationalitet är bedömningen densamma för tjänster och etablering.

³ Se avsnitt om förmånstagare, kap. 2.

5.1.2.1 Krav på medborgarskap för advokater

Krav på medborgarskap för att få utöva en viss verksamhet är en så pass uppenbar kränkning av diskrimineringsförbudet att EG-domstolen aldrig behövt ta ställning i frågan. Nationella domstolar har kunnat fastställa diskriminering på egen hand. De frågor som överlämnats till EG-domstolens bedömning har i stället rört sig om möjlighet att åberopa undantag.

I fallet *Reyners* gällde frågan huruvida krav på nationalitet för utövande av advokatyrtket är förenligt med rätten till fri etablering.⁴ *Reyners* var en advokat från Nederländerna som ville utöva sitt yrke i Belgien. I Belgien var emellertid advokatyrtket förbehållet belgiska medborgare. Trots att *Reyners* var bosatt i Belgien och innehavare av en belgisk juristexamen tilläts han inte arbeta där. Den nationella domstolen behövde av naturliga skäl ingen hjälp för att konstatera att den belgiska lagstiftningen var diskriminerande. Frågan som ställdes till EG-domstolen var istället huruvida den nationella lagstiftningen kunde undantas från fördragets tillämpning med hänvisning till att verksamhet som advokat i Belgien kunde vara förenad med offentlig maktutövning, i enlighet med artikel 55. Något undantag från fördragets diskrimineringsförbud medgavs emellertid inte av EG-domstolen, enär artikel 55 inte befanns vara tillämplig på advokatyrtket.

5.1.2.2 Krav på nationalitet och medborgarskap för fiskare

I Storbritannien hade man vidtagit mått och steg för att försöka förhindra så kallad quota hopping, det vill säga att fiskebåtar från andra medlemsländer fiskar inom ramarna för de brittiska fiskekvoterna.⁵ Endast fiskebåtar registrerade i ett särskilt fiskebåtsregister fick fiska inom Storbritanniens kvoter. Flertalet medlemsländer kontrollerar sina fiskekvoter med hjälp av krav på registrering, vilket i sig inte ses som diskriminerande. Villkoren för att bli registrerad i det brittiska fiskebåtsregistret hade emellertid utformats på ett sätt som skulle förbehålla landet egna fiskare rätten att fiska ur de brittiska fiskekvoterna. För registrering krävdes

⁴ 2/74 *Reyners v. Belgian State* (1974) ECR 631. Fallet *Reyners* är för övrigt mest känt som det fall då EG-domstolen förklarade att artikel 43, portalartikeln för den fria etableringsrätten, har direkt effekt.

⁵ C-221/89 *R. v. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame* (1991) ECR I-3905.

antingen att båtens ägare skulle vara brittisk medborgare eller, i det fall båten ägdes av ett bolag, till 75 procent ägt av brittiska medborgare eller brittiska bolag.

Efter att spanska fiskare ifrågasatt den brittiska lagstiftningens förenlighet med EG-fördragets bestämmelser om rätt till fri etablering, hänsköt House of Lords målet till EG-domstolen för förhandsavgörande. EG-domstolen fann härvid att de brittiska reglerna utgjorde ett flagrant brott mot fördragets bestämmelser om etableringsrätt, både i de fall båtens ägare var en fysisk eller juridisk person.⁶ Medlemsstaterna får således inte kräva vare sig medborgarskap för fysiska personer eller viss andel nationella delägare eller styrelsemedlemmar för juridiska personer vid registrering i fiskebåtsregister.⁷

Det hade varit lämpligt om EG-domstolen utvidgat frågeställningen från den brittiska domstolen till att även omfatta den brittiska lagstiftningens förenlighet med fördragets bestämmelser om tjänsters fria rörlighet, i synnerhet som verksamheten bör betraktas som tjänst. Generaladvokat Mischo kom fram till att fördragets regler om tjänsters fria rörlighet inte berörs. Enligt hans mening förutsätter artikel 49 att tjänsteutövare etablerad i ett medlemsland utför tjänster för tjänstemottagare som är etablerad i ett annat medlemsland. En sådan begränsning av tjänstebegreppet är emellertid inte korrekt och överensstämmer inte med den utvidgning av tjänstebegreppet som skett genom domstolens praxis.⁸ I detta fall utgjorde registrering i landets fiskebåtsregister en nödvändig förutsättning för att bedriva fiske. Registrering i sig är sällan tillräckligt för att de gemenskapsrättsliga kraven på etablering skall vara uppfyllda. Fysisk och ekonomisk integration i verksamhetslandet är de gemenskapsrättsliga kriterierna för etablering. I de fall dessa kriterier inte skulle vara uppfyllda vore verksamheten att betrakta som tjänsteutövande.

De brittiska registreringsvillkorens förenlighet med artikel 49 kom i stället att behandlas i ett separat fall avseende krav på bosättning för besättningsmedlemmar.⁹

⁶ P. 32–33.

⁷ Se även C-246/89 *Commission v. United Kingdom* (1991) ECR I-3621 och C-93/89 *Commission v. Ireland* (1991) ECR I-4569.

⁸ Se avsnitt 2.8.4 om gränsdragningen mellan etablering och tjänst.

⁹ Se avsnitt 5.1.2.3.

5.1.2.3 Krav på medborgarskap för deltagande i nationella idrottslag

Krav på medborgarskap för att delta i idrottsevenemang är inte förenligt med artikel 49. I fallet Walrave och Koch konstaterade EG-domstolen först att professionell sport är en ekonomisk aktivitet.¹⁰ Frågan gällde sedan om deltagande i nationella idrottslag kunde förbehållas idrottsmän från den egna nationen. Domstolen uttryckte sig aningen kryptiskt. Idrott som inte ingick i ett ekonomiskt sammanhang utan bedrevs av uteslutande sportsligt intresse berördes enligt domstolen inte av fördragets regler om fri rörlighet. Som exempel härpå nämndes nationella lag.

Härav kan man försiktigvis förmoda att i de fall det rör sig om professionell idrott så blir fördragets diskrimineringsförbud tillämpliga. I sådana fall skulle begränsning eller förbud av utländska deltagare vara ett klart fall av diskriminering på grund av nationalitet.

5.1.2.4 Krav på nationalitet för att få medverka i offentlig upphandling

I samband med datorisering av verksamheten vid ett flertal italienska myndigheter gjordes en offentlig upphandling av datasystem. Endast bolag som helt eller till mer än hälften ägdes av italienska staten kom ifråga för upphandlingen. EG-domstolen fann att den italienska upphandlingen stred mot artikel 49.¹¹ Italienska staten hävdade att upphandlingen inte var diskriminerande eftersom man inte gjorde någon åtskillnad på grund av bolagens nationalitet och italienska staten kunde vara ägare till bolag i andra länder. Domstolen fastställde, under hänvisning till att artikel 49 även förbjuder dold diskriminering, att upphandlingen stred mot artikel 49, eftersom av italienska staten ägda eller delägda företag vanligtvis var av italiensk nationalitet.¹² Några år senare kom domstolen fram till samma sak beträffande italienska statens upphandling av datorisering av lottospel.¹³ Även i detta fall var förutsättningen att deltagande bolag var helt eller till övervägande del ägda av italienska staten.

¹⁰ 36/74 Walrave and Kock v. Union Cycliste Internationale (1974) ECR 1405. Se även 13/76 Donā v. Mantero (1976) ECR 1333, p. 19. Beträffande ekonomisk aktivitet se avsnitt 2.7.

¹¹ C 3/88 Commission v. Italy (1989) ECR 4035, p. 16.

¹² P. 8.

¹³ C-272/91 Commission v. Italy (1994) ECR I-1409.

5.1.2.5 Krav på nationalitet och hemvist för utövande av vakt- och säkerhetstjänster

Vakt- och säkerhetstjänster är i flertalet medlemsländer underkastade kontroll och restriktiva bestämmelser. Spansk lagstiftning krävde att bolag, styrelse och anställda måste vara av spansk nationalitet.¹⁴ EG-domstolen godkände inte heller i detta fall krav på nationalitet. I stället konstaterades att de spanska bestämmelserna bröt mot artikel 49 men att mindre ingripande åtgärder kunde vara berättigade.¹⁵ Krav på hemvist underkändes på samma grund, såsom varande en alltför ingripande åtgärd.¹⁶ Några år senare kom belgisk lagstiftning inför domstolens prövning.¹⁷ Även de belgiska kraven, hemvist för styrelse och personal samt fast driftställe för verksamheten, förklarades av domstolen strida mot artikel 49.

5.1.3 Krav på hemvist; bosättning och etablering¹⁸

Krav på att tjänsteutövaren skall ha hemvist i värdlandet är en paradox som undanröjer grundförutsättningen för tjänsters fria rörlighet. Just det faktum att man är yrkesverksam i ett annat land än där man är etablerad eller bosatt skiljer tjänsters fria rörlighet från rätten till fri etablering. Krav på hemvist är ett minst lika allvarligt hinder för tjänsters fria rörlighet som krav på nationalitet. Krav på hemvist i värdlandet är liktydigt med totalförbud för gränsöverskridande tjänsteverksamhet, på samma sätt som krav på nationalitet är ett totalförbud för utländska medborgare att utöva en viss verksamhet.

Krav på hemvist för att få utöva tjänsteverksamhet i värdlandet har varit ett effektivt sätt för medlemsländerna att utöva kontroll över verksamhet på sitt territorium och även ett sätt att skydda inhemska verksamhetsutövares intressen. Som framgår nedan så har EG-domstolen markerat hemvistkravets absoluta oförenlighet med artikel 49. Medlemsländerna har i hög grad anpassat nationell lagstiftning, vilket visat sig i att domstolen har haft att ta ställning till allt färre fall där frågan gällt nationella hemvistkrav som villkor för tjänsteutövande.

¹⁴ C-114/97 Kommissionen mot Spanien (1998) REG I-6717.

¹⁵ P. 41 och 48.

¹⁶ P. 44.

¹⁷ C-355/98 Kommissionen mot Belgien REG 2000 s. I-1221 p. 27 och 31.

¹⁸ Angående huruvida krav på hemvist, bosättning och etablering utgör diskriminering enligt artikel 49, se avsnitt 4.2.1.

I detta arbete används termen *etablering* för den ekonomiska verksamheten och *bosättning* för fysiska personers hem.¹⁹ *Hemvist* får då utgöra samlingsnamn och innefatta båda dessa sidor av fast anknytning till ett medlemsland.

5.1.3.1 *Krav på bosättning för att få utöva juridisk verksamhet*

I fallet van Binsbergen gällde frågan huruvida värdlandet kan uppställa krav på bosättning för tjänsteutövare.²⁰ Van Binsbergens juridiska ombud och rådgivare var en nederländsk medborgare som under pågående process flyttade från Nederländerna till Belgien. Byte av hemland medförde att van Binsbergens ombud blev tjänsteutövare i gemenskapsrättslig bemärkelse, med hemvist i ett medlemsland och verksamhet i ett annat. Nederländerna tillät endast personer bosatta i Nederländerna att agera som juridiskt ombud eller biträde/rådgivare vid domstolar för sociala mål. Van Binsbergens ombud tilläts därför inte att fullfölja uppdraget.

EG-domstolen hävdade att krav på bosättning strider mot själva grunden för artikel 49. Man slog fast att inte bara nationalitet utan även bosättning är en otillåten grund för diskriminering. Artikel 49 förklarades vara ett medel att avskaffa "any discrimination against a person providing a service by reason of his nationality or of the fact that he resides in a Member State other than that in which the service is to be provided".

Fallen van Binsbergen och det tidigare beskrivna fallet Reyners har stora likheter. Kanske den viktigaste är att de båda haft stor betydelse för gemenskapsrättens genomslagskraft. Det var i dessa fall EG-domstolen förklarade att diskrimineringsförbuden för rätten till fri etablering respektive rätten till fri rörlighet för tjänster har direkt effekt. Även omständigheterna i de båda fallen är likartade. Det rör sig i båda fallen om juridiska yrken där medlemsländer uppställer krav på nära band mellan verksamhetsland och yrkesutövare.²¹ I båda fallen befanns den nationella regleringen diskriminerande. Den i detta sammanhang mindre viktiga skillnaden var att EG-domstolen i fallet van Binsbergen men inte i fallet Reyners ansåg den nationella skyddsåtgärden²² motiverad av hänsyn till allmänintresset.²³

¹⁹ Se avsnitt 4.2.1.

²⁰ 33/74 van Binsbergen (1974) ECR 1299.

²¹ Dir. 77/249 om frihet att tillhandahålla tjänster för advokater som är etablerade i andra medlemsstater.

²² Krav på hemvist respektive nationalitet.

²³ Se beträffande undantag för hemvistkrav 8.4.1.2.

5.1.3.2 *Bosättning/etablering som krav för försäkrings- och kreditverksamhet*

I fallet Coenen gällde frågan krav på etablering för försäkringsverksamhet.²⁴ Coenen var nederländsk medborgare som sålde försäkringar i Nederländerna. Efter att ha flyttat till Belgien framtogs Coenen rätt att fortsätta med sin verksamhet, eftersom han inte längre uppfyllde det nederländska kravet på etablering. EG-domstolen konstaterade att krav på fast hemvist inte är förenligt med artikel 49, med samma motivering som i Van Binsbergen-fallet.²⁵ EG-domstolen tillät däremot att Nederländerna uppställde krav på att personer som sålde försäkringar i Nederländerna åtminstone skulle ha ett fast driftställe i värdlandet.²⁶

Här uppstår frågan vad domstolen ser för avgörande skillnad mellan krav på bosättning/etablering och krav på fast driftställe. Krav på fast driftställe sågs uppenbarligen som en mindre ingripande åtgärd. Att i stället för bosättning/etablering kräva ett fast driftställe ligger emellertid snubblande nära ett etableringskrav. Som skäl till att tillåta ett sådant krav angav domstolen att det räckte med ett fast driftställe för att uppfylla värdlandets berättigade behov av att kontrollera verksamheten. Eftersom skyddsbehov omnämns förutsätter motiveringen implicit undantag från artikel 49. Härav kan man sluta sig till att EG-domstolen anser att även krav på fast driftställe är diskriminerande eller åtminstone ett hinder för den fria rörligheten, men att behovet av att kontrollera verksamheten motiverade undantag från fördragets regler om fri rörlighet.²⁷

Ungefär samma slutsats kom EG-domstolen fram till i det för försäkringsbranchen viktiga fallet *Commission v. Germany*.²⁸ Försäkringsverksamhet är ett av de områden som varit omgärdade av omfattande nationell lagstiftning vilka uppställt avsevärda hinder för den fria rörligheten. Samtidigt är försäkringstjänster av sådan art att de med lätthet kan förmedlas över gränserna. Kommissionen hade vid denna tid påbörjat sitt arbete med att harmonisera medlemsstaternas försäkringslagstiftning. Arbetet var emellertid långt ifrån fullbordat, för den försäkringsform som var ifråga i försäkringsfallet fanns ännu ingen gemenskapsrättslig harmo-

²⁴ 39/75 Coenen (1975) ECR 1547, p- 10, "place of business".

²⁵ I den nederländska lagstiftningen nämndes etablering. EG-domstolens använde sig omväxlande av termerna etablering, hemvist och varaktigt hemvist.

²⁶ P. 10.

²⁷ Se proportionalitetsprincipen under avsnitt 8.3.1 och 8.4.3.

²⁸ 205/84 *Commission v. Germany* (1986) ECR 3755.

niseringslagstiftning.²⁹ Här gällde frågan medlemsstaternas reglering av försäkringar där försäkringstagaren och den risk försäkringen täcker befinner sig inom ett och samma medlemslands gränser medan försäkringsgivaren är etablerad i ett annat medlemsland.

Tyskland anförde konsumentskydd som skäl för etableringskravet. Man menade att försäkringar var av mycket stor vikt för försäkringstagarnas privatekonomi, och att staten därför måste kunna utöva effektiv kontroll över verksamheten. EG-domstolen instämde i att det förelåg ett skyddsbehov som det fanns anledning att tillgodose genom statlig kontroll. Emellertid godkändes varken krav på etablering eller fast affärsställe.³⁰ Krav på etablering avfärdades kategoriskt såsom varande oförenligt med tjänsters fria rörlighet.³¹ EG-domstolen menade att det räckte med att kräva att försäkringsgivaren var auktoriserad i Tyskland. Världlandet skulle på så sätt kunna utöva tillräcklig insyn i verksamheten.

I det många år senare fallet Parodi uttryckte EG-domstolen tydligt sin inställning till krav på hemvist.³² Fallet gällde krav på att kreditinstitut som beviljade in-teckningslån till franska medborgare måste vara etablerade i Frankrike. Domstolen konstaterade att krav på fast etablering är motsatsen till friheten att tillhandahålla tjänster. Det medför att artikel 49 helt fräntas sin ändamålsenliga verkan, nämligen att avskaffa begränsningar av friheten att tillhandahålla tjänster för personer som inte är etablerade i den medlemsstat där tjänsten skall mottas.³³

Det är intressant att notera EG-domstolens allt strängare inställning till hinder för tjänsters fria rörlighet.³⁴ De undantag som kan vara motiverade, som i detta fall av hänsyn till konsumenterna, kan inte ursäktas överdrivna säkerhetsåtgärder.³⁵

²⁹ För att kunna avreglera försäkringsverksamheten har det varit nödvändigt att genomföra en omfattande gemenskapsrättslig harmoniseringslagstiftning. Samma förhållande gäller för bankverksamhet. Regler om ett gemensamt tillstånd och hemlandskontroll har resulterat i en i det närmaste gränslös europeisk bank- och försäkringsmarknad, se dir. 2006/48 om rätten att starta och driva verksamhet i kreditinstitut och dir. 2006/49 om kapitalkrav för värdepappersföretag och kreditinstitut. Angående försäkringar se bl.a. dir. 73/239 angående rätten att etablera och driva verksamhet med annan direktförsäkring än livförsäkring och dir. 2002/83/ om livförsäkring.

³⁰ Beträffande undantag se kap. 8.

³¹ P. 52.

³² C-222/95 Parodi REG 1997 s. I-3899. Beträffande krav på auktorisation vid kreditverksamhet, se avsnitt 5.1.4.2.

³³ P. 31.

³⁴ Se även fallen C 300/90 Commission v. Belgium (1992) ECR I-305 p. 23 och C-204/90 Bachmann (1992) ECR I-249 p. 32.

³⁵ Beträffande proportionalitetsprincipen, se avsnitt 8.3.

5.1.3.3 Krav på bosättning för ägare och besättning på brittiska fiskebåtar

Bestämmelserna med de brittiska fiskekvoterna har tidigare behandlats med avseende på krav på nationalitet för att få lov att bedriva fiske. Storbritannien uppställde emellertid även krav på att 75 % av ägare och besättningsmän var bosatta i landet. Frågan prövades i två fall. I det ena fallet prövades kravet på bosättning för ägarna. Prövningen gällde här förenlighet med artikel 43, rätten till fri etablering.³⁶ I det andra fallet prövades bosättningskravets förenlighet med artikel 49, fri rörlighet för tjänster.³⁷ Som tidigare påpekats så är domstolens skäl till att behandla nationalitetskrav på ägarna till fiskebåten som inskränkningar av etableringsrätten istället för den fria rörligheten för tjänster otillfredsställande.³⁸ Samma invändning gäller även för krav på bosättning. Beträffande bosättningskrav för medlemmar av besättningen ansågs artikel 49 tillämplig eftersom delar av besättningen kunde utgöras av egenanställda fiskare.³⁹

I båda fallen kom domstolen fram till att bosättningskravet stred mot fördragets bestämmelser. Vid domstolens bedömning av de brittiska bestämmelsernas förenlighet med artikel 43 befanns bosättningskravet utgöra diskriminering på grund av nationalitet.⁴⁰ Vid bedömningen av förenligheten med artikel 49 undviker domstolen frågan om diskriminering. I stället kommer domstolen fram till att det räcker att konstatera att bestämmelserna indirekt utesluter andra nationaliteter.⁴¹ Motiveringen var i båda fallen att den stora majoriteten av brittiska medborgare är bosatta i Storbritannien och därmed automatiskt uppfyller bosättningskravet, medan medborgare från andra medlemsländer i de flesta fall skulle vara tvungna att flytta till Storbritannien för att uppfylla samma krav.

³⁶ C-221/89 Factortame (1991) ECR I-3905.

³⁷ C-279/89 Commission v. United Kingdom (1992) ECR I-5785.

³⁸ Se avsnitt 5.1.1.2.

³⁹ För anställda fiskare tillämpades i stället fördragets bestämmelser om fri rörlighet för arbetstagare.

⁴⁰ C-221/89 R. v. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame LTD (1991) ECR I-3905, p. 32. Se även C-3/87 R. v. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Agegate Ltd (1988) ECR 4459 och C-216/87 R. v. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Jaderow Ltd (1989) ECR I-4509.

⁴¹ C-279/89 Commission v. United Kingdom (1992) ECR I-5785, p. 42.

5.1.3.4 Etableringskrav för auktoriserade revisorer

I fallet Ramrath gällde frågan krav på yrkesmässig etablering för att arbeta som auktoriserad revisor i Luxemburg.⁴² Kravet gällde såväl för juridiska som fysiska personer. Ramrath blev av med sin auktorisation i Luxemburg när han tog anställning hos ett företag i Düsseldorf och därmed flyttade sin yrkesmässiga etableringsort till Tyskland. Fallet är speciellt såtillvida att vare sig den nationella domstolen eller EG-domstolen klargjorde huruvida Ramraths skulle bedömas som anställd eller egenföretagare, eller om situationen skulle bedömas som tjänsteutövande eller etablering/anställning. EG-domstolen löste frågan genom att ta ställning till samtliga alternativ. EG-domstolen fann att kravet på yrkesmässig etablering för att arbeta som auktoriserad revisor stred mot fördragets bestämmelser om fri rörlighet för tjänster och personer, men att verksamhetens speciella natur kunde motivera undantag av hänsyn till allmänintresset av att yrkesreglerna avseende revisorers oberoende och goda anseende efterlevs. För att kontrollera detta skulle det enligt domstolen kunna vara motiverat med krav på ”faktisk närvaro” i verksamhetslandet.⁴³

5.1.3.5 Krav på nationellt eller lokalt säte, driftställe eller permanent förvaltning för mässorganisatörer

Efter klagomål från näringsidkare undersökte kommissionen en rad nationella, regionala och provinsiella bestämmelser avseende mässor, utställningar och marknader i Italien.⁴⁴ Bestämmelserna innehöll en stor variation av olika hinder för tjänsters fria rörlighet, däribland krav på nationellt eller lokalt säte och driftställe eller permanent förvaltning.⁴⁵ Vidare fanns krav på att det bland grundare eller medlemmar skulle finnas en lokal institution. Italien hade redan på ett tidigt stadium i domstolsförhandlingarna medgivit att bestämmelserna stred mot artikel 49. EG-domstolen ansträngde sig därför inte med några utförliga motiveringar. Samtliga krav befanns strida mot artikel 49, varvid domstolen påpekade att krav på nationellt säte utgör den absoluta negationen av rätten till fri rörlighet.⁴⁶

⁴² C-106/91 Ramrath (1992) ECR I-3351.

⁴³ P. 37.

⁴⁴ C-439/99 Kommissionen mot Italien REG 2000 s. I-305.

⁴⁵ Beträffande krav på tillstånd samt organisation och liknande omständigheter se avsnitt 5.1.4 och 5.1.5.

⁴⁶ P. 30.

5.1.4 Krav på språkkunskaper

EG-domstolen har inte haft anledning att ta ställning till om krav på språkkunskaper strider mot fördragets regler om rätten till fri etablering och fri rörlighet för tjänster. I samband med att EG-domstolen i ett fall från 1978 hade att ta ställning till om krav på nationellt körkort stred mot artikel 49 nämndes emellertid språkliga hinder som en försvårande faktor.⁴⁷ Domstolen ansåg vid denna tid det förenligt med artikel 49 att kräva nationellt körkort för personer som bosatte sig i landet under förutsättning att erkännande eller utbyte av utländskt körkort inte innebar en upprepning av hemlandets körkortsprov eller språkliga hinder till följd av formerna för kontroller eller extra avgifter.⁴⁸

Beträffande fri rörlighet för arbetstagare fastställdes på ett tidigt stadium att särbehandling på grund av bristande språkkunskaper är diskriminerande.⁴⁹ I fallet *Soitgui* angav kommissionen och generaladvokaten krav på födelseort, språkkunskaper och fullgjord militärtjänstgöring som exempel på särskiljande kriterier som, förutom hemvist, skulle kunna utgöra grund för dold diskriminering.⁵⁰ Samma kriterier torde gälla även för hinder mot tjänsters fria rörlighet. Även för tjänsteutövare hänger språk och militärtjänstgöring vanligtvis samman med nationalitet och bör därmed ses på samma sätt. Det är därför rimligt att utgå från att krav på språkkunskaper strider mot artikel 49.

5.1.5 Krav på tillstånd

Att uppställa krav på att personer och företag som utövar en viss ekonomisk verksamhet först skall godkännas av det land där verksamheten bedrivs är inte i sig ojämlik behandling, under förutsättning att samma krav uppställs för egna medborgare och medborgare från övriga EU-länder. Det är inte heller ovanligt. Genom att kräva tillstånd för utövande av en viss verksamhet skaffar sig värdlandet en översikt över tjänstesektorn och kan lättare utöva kontroll över verksamheten. Krav på tillstånd kan

⁴⁷ 16/78 *Choquet* (1978) ECR 2293 p. 7 och 8. Diskriminering nämndes inte i sammanhanget, än mindre dold diskriminering. Av detta kan man emellertid inte dra någon säker slutsats. Det var först några år senare som domstolen i fallet 62 & 63/81 *Seco v. EVI* (1982) ECR 223 utvecklade diskrimineringsbegreppets innebörd i detta avseende, se avsnitt 4.2.

⁴⁸ Numera finns EG-rättslig sekundärrätt om erkännande av körkort, dir. 2006/126.

⁴⁹ För. 1612/68 om likabehandling för arbetstagare, art. 2–3.

⁵⁰ Fallet 152/73 *Soitgui v. Deutsche Bundespost* (1974) ECR 153 gällde rätten till separationsbidrag för arbetstagare. Bidrag utgick till personer som på grund av arbetet inte dagligen kunde återvända till hemmet. Bidrag utgick inte till personer med bosättning utanför Tyskland.

ta sig olika former. Det kan ske genom auktorisering, licensgivning, registrering eller liknande åtgärder. I många fall uppställs särskilda villkor för erhållande av tillstånd. Det rör sig då ofta om krav på kompetens hos verksamhetsutövaren eller krav på att verksamheten bedrivs på ett visst sätt. Sådana villkor beskrivs i kommande avsnitt. En kombination av tillståndskrav och kvalitetskrav är vanligt och ger värdlandet goda möjligheter att utöva kontroll över känsliga verksamheter. Stora nationella variationer förekommer, som grov generalisering kan sägas att Tyskland av tradition har omfattande regleringar med vidhängande tillståndskrav för flertalet verksamhetsområden. I andra länder, som exempelvis de nordiska har endast ett fåtal verksamhetsområden, vilka bedömts som särskilt känsliga, reglerats på motsvarande sätt.⁵¹

Som framgår nedan så har EG-domstolen konsekvent bedömt krav på tillstånd som ett hinder för tjänsters fria rörlighet.⁵² Huruvida tillståndskrav är diskriminerande eller sådana "övriga åtgärder" som hindrar den fria rörligheten utan att diskriminera utländska tjänster är svårt att utläsa. Fram till 90-talet gjordes många gånger ingen distinktion mellan diskriminerande och icke-diskriminerande hinder.⁵³ I stället gjorde EG-domstolen en sammanvägning av den nationella åtgärdens hindrande/diskriminerande karaktär och rätt till undantag från fördragets regler. Det är därför inte möjligt att skilja ställningstaganden avseende en åtgärds hindrande/diskriminerande karaktär från ställningstaganden till undantagsgrunder och proportionalitet. Kanske får man här nöja sig med att konstatera att praxis beträffande tillståndskrav varken är tydlig eller konsekvent, men att utvecklingen lett fram till att tillståndskrav numera ses som ett icke-diskriminerande hinder för tjänsters fria rörlighet.

Även avgifter betraktas som icke-diskriminerande hinder för tjänsters fria rörlighet. I de fall tjänsteutövaren redan varit underkastad motsvarande tillståndskrav eller betalat motsvarande avgift i sitt hemland så skulle värdlandets lagstiftning däremot kunna ses såsom missgynnande av utländska tjänster.⁵⁴

⁵¹ Se Ingmansson, S., Erkännande av yrkeskvalifikationer inom EU, skrifter från Juridiska institutionen vid Umeå universitet, No 11, 2005, s. 45.

⁵² Om undantag i avvaktan på harmoniseringslagstiftning, se kap. 8.

⁵³ Frågan hade ingen avgörande betydelse innan domstolen i fallet Bond gjorde åtskillad med avseende på undantagsgrund beroende på om en åtård var diskriminerande eller inte. 352/85 Bond van Adverteerders and others v. the Netherland State (1988) ECR I-2085, se avsnitt 5.2.5.

⁵⁴ Se vidare avsnitt 5.1.4.5 och den avslutande diskussionen i detta kapitel.

5.1.5.1 *Tillstånd för arbetsförmedlande verksamhet*

De två fallen *van Wesemael*⁵⁵ och *Webb*⁵⁶ är utmärkta exempel på EG-domstolens svävande inställning till tillståndskrav. Fallen rörde nationella krav på tillstånd för arbetsförmedlande verksamhet. Trots att det rörde sig om likadana tillståndskrav så kom EG-domstolen fram till olika beslut. I *Van Wesemael*-fallet verkar EG-domstolen tagit fasta på att tillståndskrav och kontroll missgynnade utländska tjänsteutövare och därmed utgjorde en form av dold diskriminering. Tillståndskravet befanns därför strida mot artikel 49. I *Webb*-fallet kom domstolen på oklara grunder fram till att det nationella tillståndskravet var förenligt med artikel 49. De två fallen skiljer sig åt på en punkt. Medan kontrollen i *van Wesemael*-fallet var en dubblering av en kontroll som tjänsteutövaren redan undergått i sitt hemland så var värdlandets kontroll i *Webb*-fallet till viss del av kompletterande karaktär. Detta faktum, samt verksamhetens art, gjorde att EG-domstolen i *Webb*-fallet fann krav på tillstånd förenligt med artikel 49. Det är således oklart om EG-domstolen fortfarande ansåg krav på tillstånd diskriminerande men att det i *Webb*-fallet fanns anledning till undantag, eller om EG-domstolen i *Webb*-fallet hade ändrat sin inställning till nationella krav på tillstånd och inte längre fann dem diskriminerande.

5.1.5.2 *Tillstånd för försäkrings- och kreditverksamhet*

I det senare fallet *Commission v. Germany* från 1986 var huvudfrågan krav på etablering.⁵⁷ Fallet kom dock även att handla om krav på tillstånd som alternativ till krav på etablering för bedrivande av försäkringsverksamhet i Tyskland. EG-domstolen underkände krav på etablering i värdlandet, men godkände av värdlandet uppställda krav på auktorisering/licens. Krav på auktorisering befanns dock utgöra ett hinder, eftersom auktorisering innebar ökande kostnader, särskilt i de fall försäkringsverksamheten i värdlandet var tillfällig.⁵⁸ EG-domstolen konstaterade att artiklarna 49 och 50 påbjöd avskaffande av diskriminering *och* inskränkningar av tjänsters fria rörlighet men att vissa villkor dock kunde vara motiverade av hänsyn till allmänintresset samt att krav på auktorisering

⁵⁵ 110 & 111 *Ministère Public v. Van Wesemael* (1979) ECR 35.

⁵⁶ 279/80 *Webb* (1981) ECR 3305.

⁵⁷ 205/84 *Commission v. Germany* (1986) ECR I-3755.

⁵⁸ P. 28.

i detta fall var berättigat.⁵⁹ Inte heller i detta fall gjordes några försök att definiera vilka åtgärder som ansågs som diskriminerande eller som övriga hinder. Kommissionen gav i stället uttryck för den tidens inställning genom att konstatera att eftersom även icke-diskriminerande hinder stred mot artikel 49 så var det av ringa betydelse att avgränsa vilka hinder som var diskriminerande.

I fallet Parodi gällde frågan bland annat krav på auktorisation i värdlandet för att bevilja inteckningslån.⁶⁰ Vid tiden för domstolens bedömning var ännu inte ömsesidigt erkännande av auktorisation för kreditinstitut genomförd.⁶¹ EG-domstolen konstaterade även här att krav på auktorisation är ett otillåtet hinder för tjänsters fria rörlighet, på samma grunder som i det ovan behandlade försäkringsfallet.

5.1.5.3 Spelverksamhet, speciella och exklusiva rättigheter

Spelverksamhet är föremål för hård reglering i ett flertal länder. I fallet Zenatti gällde frågan det italienska förbudet mot vadhållning.⁶² Förbudet var emellertid inte absolut. Vadhållning fick ske avseende sportresultat i tävlingar som kontrollerades av italienska olympiska kommittén eller av det nationella förbundet för hästavel. Dessa två organisationer hade sedan exklusiv rätt att anordna vadhållning beträffande de evenemang som organiserades eller övervakades av dem.

EG-domstolen konstaterade först att någon diskriminering inte förelåg, sedan att de exklusiva rättigheterna utgjorde ett hinder för den fria rörligheten. Generaladvokat Fennelly ansåg att beviljande av speciella eller exklusiva rättigheter som denna medför nackdelar för utländska tjänsteutövare, dock utan att motivera sin ståndpunkt.⁶³ Såväl domstolen som generaladvokaten fann att den nationella regleringen var objektivt berättigad av hänsyn till allmänintresset och därför kunde medges undantag från fördragets regler om fri rörlighet för tjänster.⁶⁴

⁵⁹ P. 25, 27 och 46.

⁶⁰ C-222/95 Parodi REG 1997 s. I-3899.

⁶¹ Dir. 77/780 om samordning av lagar och förordningar om rätten att starta och driva verksamhet i kreditinstitut (Första bankdirektivet) innehöll endast minimikrav för auktorisering. Det kunde därför fortfarande i vissa fall vara motiverat med ytterligare nationella krav för att skydda kunderna/kredittagarna. Fullständig harmonisering genomfördes först genom dir. 89/646 (Andra bankdirektivet), vilket vid denna tid ännu inte trätt i kraft, numera ersatt av dir. 2006/48.

⁶² C-67/98 Questore de Verona mot Diego Zenatti REG 1999 s. I-7289.

⁶³ Generaladvokatens uttalande p. 25.

⁶⁴ Beträffande undantag se kap. 8. Se avsnitt 5.1.8 om reglering av spelverksamheten.

5.1.5.4 Tillstånd och registrering för hantverkare, mässorganisationer

I fallet Corsten gällde frågan krav på tillstånd och registrering för att få utöva verksamhet som hantverkare.⁶⁵ Endast personer som var registrerade i ett särskilt hantverksregister medgavs tillstånd. För att bli registrerad uppställdes krav på yrkesutbildning och yrkespraktik. EG-domstolen fastställer först att även icke-diskriminerande hinder strider mot artikel 49 och konstaterar sedan att krav på registrering i hantverksregister är en inskränkning i den mening som avses i artikel 49.⁶⁶

Till samma slutsats kom EG-domstolen i fallet avseende krav på tillstånd för att anordna mässor i Italien, en verksamhet som har varit kringgärdad av en mängd nationella, regionala och provinsiella bestämmelser.⁶⁷ Bland dessa fanns krav på att mässorganisatörer skall vara registrerade i ett lokalt register och vara officiellt godkända av nationella eller regionala myndigheter.

5.1.5.5 Avgifter

Avgifter kan förekomma i samband med tillståndsprövning. Sådana avgifter bedöms givetvis som hinder för den fria rörligheten.⁶⁸ I de fall tjänsteutövaren betalar motsvarande avgifter i sitt hemland har EG-domstolen ansett att den dubbla betalningsbördan missgynnar tjänsteutövare från andra medlemsländer.⁶⁹

5.1.6 Krav på organisationsform och andra villkor för verksamhetens bedrivande

Bedrivande av tjänsteverksamhet kan vara underkastad olika former av villkor. Hit hör bestämmelser om bolagsform, organisation, garantier och ekonomisk säkerhet och även integritetsskydd för tjänstemottagare. Nationella regleringar av denna sort är relativt vanliga. Förekomsten varierar dock avsevärt medlemsländerna emellan och mellan olika tjänste-

⁶⁵ C-58/98 Corsten REG 2000 s. I-7919.

⁶⁶ P. 33–34. Se även C-76/90 Säger v. Dennemeyer & Co Ltd (1991) ECR I-4221 p. 14 om administrativt tillstånd.

⁶⁷ C-439/99 Kommissionen mot Italien REG 2002 s. I-305, p. 26. Behandlas även i avsnitt 5.1.2.4, med avseende på krav på säte och driftställe.

⁶⁸ Se C-58/98 Corsten REG 2000 s. I-7919, p. 45 och 49, C-43/93 Vander Elst (1994) ECR I-3803 p. 15 och C-76/90 Säger (1991) ECR I-4221 p. 14.

⁶⁹ C-43/93 Vander Elst (1994) ECR I-3803 p. 15 och Seco and Desquenne & Giral v. Etablissement d'Assurance contre la Vieillesse et l'Invalidité (1982) ECR 223.

sektorer. Bank- och försäkringssektorn tillhör kanske den mest reglerade i detta avseende.⁷⁰ De fall som varit föremål för EG-domstolens prövning har gällt TV-bolag och mässarrangörer.

EG-domstolen har tagit ställning till krav på organisationsformer och även andra villkor för verksamhetens bedrivande, såsom krav på att verksamhetsutövaren inte bedriver annan verksamhet, krav på att verksamheten skulle vara periodiskt återkommande, överensstämmande med regional planering och inte bedrivs i vinstsyfte. De nationella bestämmelserna har i samtliga fall befunnits strida mot artikel 49.

5.1.6.1 Organisationsformer för sändning av TV-reklam

EG-domstolen har i två separata fall tagit ställning till Nederländernas reglering av de organisatoriska formerna för sändning av TV-reklam. I fallet Bond fann EG-domstolen att den holländska TV-lagstiftningen diskriminerade TV-bolag som var etablerade i ett annat medlemsland.⁷¹ Reklamsändningar organiserades av en stiftelse, STER, som sålde de nationella TV-företagens sändningstid till annonsörer. Vinsten gick sedan till staten och användes för att subventionera TV- och radioprogram. De nationella TV-bolagen kunde därmed sända reklam, om än under kontrollerade former. Utlandsetablerade bolag tilläts däremot inte alls att sända någon reklam som var riktad till den holländska publiken. EG-domstolen konstaterade mycket riktigt att den nederländska lagstiftningen diskriminerade TV-företag som var etablerade i ett annat EG-land.

Några år senare dök den nederländska lagstiftningen upp igen.⁷² Nu hade det diskriminerande inslaget undanröjts. I den nya lagstiftningen, Mediawet, hade man löst problemet med reklam och finansiering av program av TV-sändningar på ett annat sätt. Nederländska programföretag var skyldiga att helt eller delvis använda det statliga företaget Bedrijs tekniska hjälpmedel vid produktion av TV-program. EG-domstolen fann att reglerna stred mot artikel 49 eftersom de hindrade nederländska TV-företag från att använda sig av tjänster från företag som är etablerade i andra länder.⁷³

⁷⁰ Villkor för bedrivande av bank- och försäkringsverksamhet är numera harmoniserad, se avsnitt 5.1.3.2.

⁷¹ 352/85 Bond van Adveeders and other v. The Netherlands State (1988) ECR 2085 p. 26.

⁷² C-353/89 Commission of the European Communities v. Kingdom of Netherlands (1991) ECR I-4069, p. 40.

⁷³ P. 22.

Beträffande sändningar från utländska TV-företag uppställdes i Media-wet villkor avseende organisationen av programföretag som var etablerade i andra medlemsländer. Reklaminslag skulle vara producerade av en juridisk person som var oberoende i förhållande till producenten av programmet. Överskott från reklamsändningar skulle oavkortat gå till programproduktion.

De diskriminerande inslagen var därmed till denna del undanröjda. EG-domstolen kom dock fram till att även denna nya reglering uppställde hinder för tjänsters fria rörlighet.⁷⁴ EG-domstolen fann inga objektivt berättigade skäl för skydd av allmänintresset, vilket i detta fall enligt Nederländerna skulle vara upprätthållande av mångfalden inom radio och TV.

5.1.6.2 Krav på juridisk form och andra begränsningar av mässarrangörers verksamhet

I Italien var verksamhet som innebar att anordna mässor, utställningar och marknader tidigare begränsad av nationella regler med krav på viss juridisk form.⁷⁵ Endast offentligrättsliga organ, dotterbolag till branschsammanlutningar eller privata sammanslutningar och kommittéer med verksamhet av annan karaktär tilläts bedriva verksamhet som mässarrangör. Detta var således inte tillåtet som enda eller huvudsakliga verksamhet. Vidare uppställdes en rad villkor beträffande andra omständigheter kring verksamhetens bedrivande. Verksamheten skulle vara periodiskt återkommande, överensstämma med den regionala planeringen och inte bedrivas i vinstsyfte och mässorgan skulle utses av statlig eller regional myndighet.

EG-domstolen konstaterade utan vidare motivering att kraven stred mot artikel 49.⁷⁶ Krav på viss juridisk form och förbud mot vinstsyfte sågs som en allvarlig inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster. Domstolen kunde svårigen tänka sig att det skulle kunna finnas skäl av hänsyn till allmänintresset som kunde motivera sådana inskränkningar.⁷⁷ Även krav på att verksamheten skulle vara periodiskt återkommande och förenliga med målet i den regionala planeringen stred mot artikel 49.⁷⁸

⁷⁴ P. 45.

⁷⁵ C-439/99 Kommissionen mot Italien REG 2002 s. I-305.

⁷⁶ P. 26–37.

⁷⁷ P. 32.

⁷⁸ P. 33.

5.1.7 Krav på tjänsteprodukten

I detta avsnitt skall redogöras för bestämmelser som är riktade direkt mot tjänsteprodukten, dess egenskaper, utformning och innehåll. Den särskilda kopplingen mellan tjänsteutövare och tjänstemottagare som kännetecknar tjänster gör att frågor av detta slag sällan regleras genom lag utan genom överenskommelser mellan säljare och köpare. Av den anledningen är det ovanligt med nationella regleringar, och därmed också glest mellan EG-domstolens prövningar. Tjänsters specifika karaktär gör att nationella regleringar för att säkerställa kvalitet och egenskaper traditionellt i stället varit inriktade på tjänsteutövarens kvalifikationer, och inte på själva tjänsteprodukten.⁷⁹ Den för tjänster karakteristiska relationen mellan tjänsteutövare och tjänstemottagare gör också att tjänster vanligen inte lämpar sig för massproduktion eller vidareförsäljning.⁸⁰

I takt med den växande tjänstemarknadens variationer kommer troligtvis den massproducerade tjänsten att bli allt vanligare. Därmed följer såväl möjlighet till som behov av produktreglering.⁸¹ Det har länge funnits planer på att lägga fram förslag om gemenskapsrättsliga regler om produktsäkerhet och produktgarantier.⁸² Inom tjänsteområdet har än så länge inte mycket hänt. Det nya tjänstedirektivet innebär en ytterst begränsad harmonisering av konsumentskyddet för tjänstemottagare, genom att tjänsteutövare ges en viss informationsplikt.⁸³ Beträffande tjänstens kvalitet åläggs medlemsländerna endast att vidta uppmuntrande åtgärder för att stödja tjänsteleverantörernas frivilliga kvalitetsarbete.⁸⁴

Beträffande varor så är situationen en annan. Här finns direktiv om produktsäkerhet och tekniska föreskrifter, kopplade till anmälningsplikt för medlemsstater som ämnar dra in en farlig produkt från marknaden eller anta tekniska föreskrifter om varors egenskaper som kan tänkas för-

⁷⁹ I Sverige ger konsumenttjänstlagen ett begränsat skydd för arbete på annans sak.

⁸⁰ Se redogörelse för tjänstebegreppet i kap. 2.

⁸¹ För varor är gemenskapsrättsliga standardiseringsbestämmelser desto vanligare, ofta kopplade till EG-certifieringar. Ca 1.500 standardiseringskommittéer är sysselsatta med att ta fram gemensamma normer för varor.

⁸² Se Rådets resolution 2 dec 2002 om en strategi för gemensam konsumentpolitik 2002–2006, 2003/C11/01.

⁸³ Dir. 2006/123 om tjänster på inre marknaden. Enligt artikel 26 punkt 3 skall medlemsländerna se till att tjänsteleverantörerna på begäran lämnar uppgifter om vad tjänsten i huvudsak omfattar, pris eller beräkningsmetod samt nationella yrkesbestämmelser. Vidare skall tjänstemottagaren upplysas om tjänsteutövarens namn och adress, rättsliga ställning och juridiska form, artikel 26 punkt 2, och om eventuella kundgarantier, artikel 28.

⁸⁴ Artikel 31. På sektorsnivå finns ett fåtal områden där sekundärrätten ger produktbestämmelser. Paketresor hör till denna kategori, dir. 90/314/EEG om paketresor, semesterpaket och andra paketarrangemang.

svåra den fria rörligheten.⁸⁵ Krav på tjänsteprodukten hör däremot fortfarande till det oreglerade EG-rättsområdet, under artikel 49. Nedan skall redogöras för de fåtal fall där EG-domstolen tagit ställning till nationella bestämmelser som kan betraktas som produktbestämmelser i här avsedd betydelse.

5.1.7.1 TV-sändningar

TV-sändningar hör till de fåtal verksamheter vars nationella produktbestämmelser har varit föremål för EG-domstolens prövning. Man kan nog påstå att TV-sändningar är de mest rörliga och massproducerade av alla tjänster. Att TV-sändningar skall ses som en tjänst fastställdes i fallet *Sacchi*.⁸⁶ Detta har emellertid inte hindrat medlemsstaterna från att reglera TV-sändningar. De nationella regleringarna har varierat, såväl avseende innehåll som omfång. Gemensamt för samtliga länder är ett visst mått av nationell kontroll, motiverat av politiska hänsyn samt omsorg om TV-tittarna.

Med tanke på att TV-sändningar numera är harmoniserade, kan det synas som ett märkligt val för att åskådliggöra artikel 49:s tillämpning på produktbestämmelser.⁸⁷ TV-direktivet reglerar emellertid inte alla omständigheter kring sändning och programinnehåll. I direktivet uppställs krav på andelen europeiskt producerade program, regler för TV-reklam och sponsring samt skydd av minderåriga. Det finns dock aspekter av TV-tjänster som inte regleras av direktivet. Sådana fall får fortfarande bedömas enligt artikel 49 i fördraget. Nationella regler om otillbörlig marknadsföring faller inte under direktivet.⁸⁸ Vidare så reglerar direktivet endast TV-sändningar som riktar sig till allmänheten.⁸⁹ Individuellt anpassade sändningar till en mindre eller större grupp personer regleras således inte av direktivet.

Beträffande nationella bestämmelser om sändningsinnehåll har EG-domstolen i ett antal fall tagit ställning till begränsningar av reklam i

⁸⁵ Dir. 92/59 om produktsäkerhet och dir. 98/34 om tekniska föreskrifter. Direktiven kompletterar de säkerhetsklausuler som finns i varudirektiv av den så kallat nyare modellen, som innehåller säkerhetsklausuler kopplade till anmälningsplikt för tillfälliga undantag från direktivet regler, se kommissionens rapport KOM(2000)194. Därtill kommer att övriga nationella beslut som kan inskränka den fria rörligheten för varor skall anmälas enligt beslut 3052/95.

⁸⁶ 155/73 *Sacchi* (1974) ECR 4096 p. 6.

⁸⁷ 89/552 om sändningsverksamhet för television, ändrat genom 97/36.

⁸⁸ Se C 34, 35 och 36/95 Konsumentombudsmannen (KO) mot De Agostini (Svenska) Förlag AB och KO mot TV-shop i Sverige AB REG 1997 s. I-3843, p. 34–35.

⁸⁹ Artikel 1(a).

TV.⁹⁰ Den nederländska lagstiftningen, Mediawet, var ifrågasatt. Frågan gällde i detta fall reglering av sändningsinnehållet. EG-domstolen fann att förbud mot reklam samt begränsningar av reklamtid stred mot artikel 49 men kunde motiveras av hänsyn till allmänintresset. Allmänintresset var i detta fall pluralistisk kulturpolitik för radio och TV med därtill hörande frihet för olika sociala, kulturella, religiösa och filosofiska åsikter.⁹¹

Även andra länders reglering av TV-sändningar har ifrågasatts. Så var fallet med det belgiska förbudet för kabel-TV-bolag i Flandern, att via sina nät sända program från radio- eller TV-stationer i andra medlemsstater om programmen sändes på andra språk än de i Belgien förekommande, dvs. flamländska, franska och tyska.⁹² Domstolen fann lagstiftningen diskriminerande. Diskrimineringen bestod dels av att bestämmelserna inte gällde för sändningar från bolag som var etablerade i Belgien, dels, och framförallt, av att bestämmelserna hindrade stationer som var etablerade i en annan medlemsstat än Belgien från att erbjuda program på nederländska till allmänheten i den flamländska gemenskapen. En sådan möjlighet fanns endast för de inhemska stationerna. Även spanska bestämmelser som kopplade licens för TV-sändning till skyldighet att distribuera spanska filmer har funnits vara diskriminerande.⁹³ Domstolen ansåg att bestämmelserna missgynnade företag som var etablerade i andra medlemsstater i jämförelse med den inhemska spanska filmproduktionen.

5.1.7.2 Reklamtjänster

Nationella bestämmelser om reklam i TV kan också begränsa rätten att tillhandahålla reklamtjänster. EG-domstolen fastställde i fallet Bond att det är en tjänst i fördragets mening att sända TV-reklam för annonsörer från andra medlemsländer.⁹⁴ Beträffande reklam och andra marknadsföringsåtgärder kompliceras bilden av att marknadsföring dels kan vara en tjänst i fördragets mening men också en stödåtgärd vid handel med varu- och tjänsteprodukter. I denna dess senare egenskap har fallet Keck inneburit att nationella marknadsföringsåtgärders förenlighet med artikel

⁹⁰ C-353/89 *Comision v. Netherlands* (1991) ECR I-4069, C-148/91 *Veronica Omroep Organisatie v. Commissariaat voor de Media* (1993) ECR I-487, C-23/93 *TV 10 SA v. Commissariaat voor de Media* (1994) ECR I-4795. Det blir i dessa fall fråga om två produktregleringar, reglering av TV-sändningen och reglering av reklamtjänsten.

⁹¹ Avseende undantagsgrunder av allmänintresse se vidare under avsnitt 8.2.2.

⁹² C-211/91 *Commission v. Belgium* (1992) ECR I-6757 p. 6.

⁹³ C-17/92 *Distribuidores Cinematográficos* (1993) ECR I-2239 p. 15.

⁹⁴ 352/85 *Bond van Adverteerders and others v. the Netherland State* (1988) ECR I-2085.

28, och i viss mån även artikel 49, bedöms på ett sätt som skiljer sig från övriga nationella begränsningar av den fria rörligheten. Detta specifika förhållande kommer att behandlas närmare i kapitlet om tjänstestödjan- de rättsområden, under avsnittet om marknadsföring. Här skall endast marknadsföring i egenskapen tjänsteverksamhet behandlas.

I fallet de Agostino gällde frågan reglering av reklam-TV.⁹⁵ Två svenska programföretag, de Agostini och TV-shop, sände mot betalning TV-reklam i Sverige för annonsörer i andra medlemsländer. Den svenska konsumentombudsmannen ansåg att innehållet i reklamsändningen i första hand stred mot förbudet mot reklam som riktar sig till barn under 12 år, i andra hand att reklamen var vilseledande och innehöll bristande information. Domstolen fastställde först att det så kallade TV-direktivet endast innebar en partiell samordning och inte hindrade att en medlemsstat med stöd av generella föreskrifter om skydd för konsumenter ingriper mot vilseledande marknadsföring.⁹⁶ Beträffande de svenska marknadsföringsbestämmelsernas förenlighet med artikel 49 kom EG-domstolen fram till att den fria rörligheten hindras i de fall de nationella reglerna tillämpas på tjänster som redan uppfyller krav i hemlandets lagstiftning.⁹⁷

Några år senare avgjordes ännu ett fall avseende reklamtjänster. Denna gång gällde frågan annonser i pressen. Tidskriften *Gourmet* hade, i strid mot dåvarande svenska förbud mot alkoholreklam, upplåtit annonsplats åt en utländsk alkoholförsäljare.⁹⁸ I sitt förhandsbesked konstaterade domstolen först att upplåtande av annonsutrymme för annonsörer från andra medlemsländer är en tjänst i enlighet med fördraget bestäm-

⁹⁵ C 34, 35 och 36/95 Konsumentombudsmannen (KO) mot De Agostini (Svenska) Förlag AB och KO mot TV-shop i Sverige AB REG 1997 s. I-3843. EG-domstolens avgörande blev vid denna tid föremål för livlig debatt, se bland annat Stuyck, J., *Joined cases C-34/95, C-35/95, C-36/95 Konsumentombudsmannen (KO) v. de Agostini (Svenska) Förlag AB and Konsumentombudsmannen (KO) v. TV-shop i Sverige AB* (1997) CML Rev. s. 1445. Fallet kommenterades i Sverige av Ulf Bernitz i *De Agostini II. Om TV-reklam och räckvidden av svensk marknadsrätt*, ERT nr 2/1999, s. 363–367 och i *TV-reklam och räckvidden av svensk marknadsrätt* i JT 1997-98 s. 479 ff.

⁹⁶ Dir. 89/552 och 97/36.

⁹⁷ P. 51. Domstolen menade dock att främjande av god handelssed och konsumentskydd kunde motivera nationella skyddsåtgärder och överlät frågan om proportionalitet till den nationella domstolen, p. 52–53.

⁹⁸ C-405/98 Konsumentombudsmannen mot *Gourmet International Products* REG 2001 s. I-1795. Tidskriften *Gourmet* ägdes av företaget *Gourmet International Products*. Enligt dåvarande bestämmelser var all kommersiell alkoholreklam riktad mot konsumentförbjuden. *Gourmet*-målet föranledde en lagändring, numera omfattar annonseringsförbudet endast drycker med över 15 % alkoholhalt, Alkohollagen 4:11–12. För utförlig redogörelse och diskussion se Bernitz, U., *Gourmet-målet: Marknadsdomstolen finner annonseringsförbud för alkohol otillåten enligt EG-rätten*, EGT nr 3/2003, s. 572–582.

melser.⁹⁹ Beträffande det svenska förbudet mot alkoholreklam menade domstolen att det, även om det inte var diskriminerande, hade en särskilt negativ inverkan på gränsöverskridande handel eftersom reklammarknaden för alkohol är internationell.¹⁰⁰ Den svenska lagstiftningen stred således mot förbudet i artikel 49.¹⁰¹ De svenska begränsningarna av reklamtjänster som varit föremål för domstolens prövning har således funnits vara oförenliga med artikel 49. Domstolens motivering i både fallen de Agostini och Gourmet tyder på att den nationella lagstiftningen ansetts vara missgynnande.

Avslutningsvis kan påpekas att det hade varit intressant att få veta EG-domstolens inställning till det svenska förbudet mot spelreklam, det så kallade främjandeförbudet.¹⁰² Värmdö-krog målet avgjordes dock av regeringsrätten som ansåg att det saknades skäl att begära förhandsbesked.¹⁰³

5.1.7.3 Båtplatsuthyrning

Enligt österrikiska bestämmelser fick endast ett begränsat antal båtplatser hyras ut vid Bodensjöns strand, och av dessa platser fick endast en viss kvot hyras ut till personer som var bosatta utomlands.¹⁰⁴ Begränsningen av antalet båtplatser var motiverat av miljöhänsyn, kvoteringen hade till syfte att förbehålla ortens båtägare större delen av platserna. Erich Ciola som bedrev båtuthyrningsverksamhet bötfälldes för att ha överskridit den fastställda kvoten. Domstolen konstaterade först att ett företag kan åberopa rätt att fritt tillhandahålla tjänster även gentemot den medlemsstat där företaget är etablerat när tjänsten utförs åt mottagare i en annan medlemsstat.¹⁰⁵ Här hade det varit logiskt om domstolen behandlat huruvida den österrikiska regleringen utgjorde ett hinder för Ciolas rätt att tillhandahålla tjänster. I stället övergår domstolen till att behandla diskriminering av utländska tjänstemottagare, det vill säga de presumtiva utlandsboende

⁹⁹ P. 36–38.

¹⁰⁰ P. 39.

¹⁰¹ Frågan om berättigat undantag, skyddsintresse och proportionalitet överlämnades till den nationella domstolens bedömning.

¹⁰² Enligt Lotterilagen § 38 är det förbjudet att i yrkesmässig verksamhet eller annars i förvärvssyfte att främja deltagande i ett inom landet anordnat lotteri som saknar tillstånd eller i ett utom landet anordnat lotteri.

¹⁰³ Regeringsrättens dom den 26 oktober 2004, i mål nr 5919-01, RÅ 2004 ref. 95. Regeringsrätten kom fram till att förbudet stred mot artikel 49 men är motiverat av moraliska, etiska och religiösa hänsyn.

¹⁰⁴ C-244/97 Ciola REG 1999 s. I-2517.

¹⁰⁵ P. 11. Domstolen hänvisar till bland annat C-70/95 Sodemare REG 1995 s. I-3395, p. 37.

båtagare som kvoterats bort. Slutsatsen blir därför att bestämmelserna befanns diskriminerande eftersom de grundar sig på bosättningskriteriet. Beträffande begränsningen av Erich Ciolas tjänsteverksamhet får man gissa att även den skulle ha befunnits strida mot artikel 49, om frågan hade behandlats ur ett sådant perspektiv.

5.1.8 Förbud för utövande av tjänsteverksamhet

Gränsen mellan att reglera tjänsteverksamhet med olika krav på verksamhet/produkt och att helt förbjuda verksamheten är glidande. Det är dock i denna framställning motiverat att bryta ut frågan om förbud och behandla den separat, av den anledningen att rena förbud saknar inslag av diskriminering.

Att helt eller delvis förbjuda utövandet av en viss aktivitet kan ses som det absoluta handelshindret. Det är emellertid inte ovanligt att medlemsländerna förbjuder eller kraftigt begränsar viss tjänsteverksamhet. Vissa känsliga tjänstesektorer är kringgärdade av förbud i flertalet medlemsländer. Så är fallet med spel- och lotteriverksamhet.¹⁰⁶ Andra länder har istället ett system med exklusiva rättigheter. För andra verksamheter råder totalförbud endast i vissa länder, såsom aborttjänster i Irland och tidigare, professionell boxning i Sverige. Även TV-reklam har tidigare varit föremål för förbud i vissa medlemsländer.¹⁰⁷

I den mån medlemsländerna har likartad inställning uppstår inga större problem. Inom de områden där nationella lagstiftningar varierar uppstår spänningar. EG-domstolen får där ta ställning till klagomål från tjänsteutövare som lagligen utövar sin verksamhet i ett medlemsland och hindras från att ta sig in på andra medlemsländers marknader.

Flertalet nationella förbud som varit föremål för domstolens prövning har gällt spelsektorn. I vissa länder råder totalförbud för spelverksamhet, medan andra länder i stället reglerat spelverksamhet med licenssystem, där endast en eller ett fåtal aktörer tillåts. Framställningen nedan omfattar därför både förbud och begränsningar i form av licenssystem.

¹⁰⁶ För andra känsliga sektorer har medlemsländerna i stället uppställt krav på nationalitet och etablering. Så är fallet för inkassoverksamhet och säkerhetstjänster, beskrivet ovan i avsnitt 5.1.1.5. Problemet uppmärksammades i kommissionens ursprungliga förslag till nytt tjänstedirektiv, artikel 19. I dess slutliga version har dock spel-, inkasso- och säkerhetstjänster exkluderats.

¹⁰⁷ Se avsnitt 5.1.6.1–2.

5.1.8.1 *Förbud för privat spelverksamhet*

Spelverksamhet är av olika anledningar hårt reglerad i flertalet medlemsländer. En anledning som det talas tyst om är att verksamheten ger ett betydande tillskott till statskassan. Medlemsländerna brukar i stället motivera olika inskränkningar av den fria rörligheten för speltjänster med den negativa inverkan som okontrollerad spelverksamhet har för privatpersoners ekonomi, med ökat spelberoende och kriminalitet som följeslagare. I många medlemsländer är spelverksamhet förbehållen statliga monopol. Monopolen har under de senaste åren blivit föremål för upprepade angrepp från utländska aktörer på spelmarknaden. I likhet med produktbestämmelser har domstolen funnit att förbud och begränsningar av spelverksamhet hindrar den fria rörligheten för tjänster och därför strider mot artikel 49.¹⁰⁸ Undantag av hänsyn till allmänintresset har medgivits, på de grunder som medlemsländerna valt att åberopa. Proportionaliteten av de nationella åtgärderna har visserligen ifrågasatts i allt högre grad, med trots det lämnats åt de nationella myndigheterna att avgöra.¹⁰⁹

EG-domstolens praxis har utvecklat sig på följande sätt. I målet Schindler gällde frågan brittiska bestämmelser om lotteriverksamhet.¹¹⁰ De faktiska omständigheterna var följande. Schindler, som lagligen bedrev lotteriverksamhet i Tyskland, försökte locka brittiska medborgare att delta i lotteriet genom att skicka erbjudanden till brittiska hushåll. I Storbritannien är lotteriverksamhet överhuvudtaget inte tillåten för privata näringsidkare, endast statliga lotterier är tillåtna. Vissa undantag medges för mindre lotterier som inte ingår i något ekonomiskt sammanhang, såsom mindre välgörenhetslotterier samt skolklasser och idrottslag som samlar in pengar i mindre skala. Brittiska myndigheter beslagtog försändelserna och Schindler förbjöds att fortsätta med verksamheten. Frågan var nu om det brittiska förbudet mot privat lotteriverksamhet stred mot EG-fördragets regler om tjänsters fria rörlighet. EG-domstolen konstaterade först att anordnande av lotterier är en ekonomisk aktivitet och att det, trots att verksamheten i detta fall innebar försäljning av en lott, ett föremål, inte rörde sig om handel med varor utan med tjänster.¹¹¹ Det brittiska förbudet mot privata lotterier bedömdes sedan på följande sätt. Domstolen konstaterade att förbudet inte var diskriminerande,

¹⁰⁸ C-275/92 Customs and Excise Commissioners v. Schinder and Schindler (1994) ECR I-1039, C-124/97 Läära m.fl. mot Kihlakkunnansyyttäjä REG 1999 s. I-6067, C-67/98 Questore de Verona mot Diego Zenatti REG 1999 s. I-7289 och C-243/01 Gambelli m.fl. REG 2003 s. I-3031.

¹⁰⁹ Se avsnitt 8.3.2–3.

¹¹⁰ Gaming Act 1968.

¹¹¹ Se tjänstebegreppetavsnitt 2.8.1.2.

även brittiska medborgare var förbjudna att anordna lotteriverksamhet. Däremot fann domstolen att förbudet hindrade den fria rörligheten för tjänster och således stred mot artikel 49. Domstolen var kortfattad i sin motivering och hänvisade i stället till tidigare praxis i fallet Säger.¹¹² Generaladvokat Gulman menade att medlemsländerna var i sin fulla rätt att begränsa och till och med förbjuda privata företag att anordna lotteriverksamhet. Under förutsättning att ingen särbehandling förekom skulle sådana åtgärder vara förenliga med fördragets bestämmelser om rätten till fri etablering, enligt artikel 43. Däremot kunde ett sådant förbud strida mot fördragets bestämmelser om tjänsters fria rörlighet, eftersom artikel 49 även omfattar icke diskriminerande men handelshindrande åtgärder.

Efter att ha konstaterat att det brittiska förbudet stred mot artikel 49 fortsatte EG-domstolen med att pröva möjliga undantagsgrunder. Domstolen fann att medlemsstaterna hade ett berättigat intresse i att reglera spelverksamhet. Anledningen var dels att spel och dobbel kunde främja kriminalitet samt medföra personliga tragedier för spelmissbrukare, dels att den statliga spelverksamheten drog in mycket pengar till statskassan som sedan fördelades på olika behjärtansvärda ändamål. Det brittiska förbudet mot privata lotterier ansågs därför förenligt med gemenskapsrätten.

Några år senare fick domstolen anledning att i fallet Läära vidare utveckla frågan om förbud för privat spelverksamhet. I fallet Läära gällde frågan finska bestämmelser om spelautomater (enarmade banditer) vilket i Finland var förbehållet ett statligt organ.¹¹³ Läära fälldes i nationell domstol för att ha bedrivit otillåten verksamhet med spelautomater. Läära överklagade, varpå domstolen i Vasa vände sig till EG-domstolen för förhandsbesked.

Fallen Schindler, Läära och det i tidigare avsnitt behandlade Zenatti har stora likheter.¹¹⁴ EG-domstolen har också behandlat de tre fallen i stort sett lika. Skillnaden mellan Schinder/Läära-fallen å ena sidan och Zenatti-fallet å andra sidan är att medan privat spelverksamhet i de förra fallen är totalförbjuden så är spelverksamhet i fallet Zenatti visserligen föremål för omfattande begränsningar i form av exklusiva rättigheter, men inte helt förbjuden. Denna skillnad har inte föranlett någon skillnad i EG-domstolens bedömning. I samtliga fall har EG-domstolen ansett att förbudet strider mot artikel 49. I fallet Schindler kom domstolen fram

¹¹² C-76/90 Manfred Säger v. Denemeyer & Co Ltd (1991) I-4221. Se avsnitt 5.1.8.2.

¹¹³ Lotterilagen art. 3. Vinsten betalas till staten och går till sociala och hälsofrämjande åtgärder.

¹¹⁴ Avsnitt 5.1.4.3 om speciella och exklusiva rättigheter.

till att den brittiska lagstiftningen inte var diskriminerande. Förbudet gällde lika för inhemska och utländska tjänsteutövare. I fallet Zenatti menade generaladvokat Fennelly att beviljande av särskilda och exklusiva rättigheter till nationella företag missgynnade utländska tjänsteutövare. Domstolen avstod i Zenatti-fallet att ta ställning till frågan om diskriminering. I samtliga fall har EG-domstolen överlåtit proportionalitetsbedömningen till medlemsländerna, som på egen hand får bedöma vad som, med hänsyn taget till nationell särart, är lämplig skyddsnivå.¹¹⁵

5.1.9 Krav på tjänsteutövarens kvalifikationer

Det traditionella sättet att utöva kontroll över tjänsteverksamhet samt garantera en viss kvalitativ nivå är att uppställa krav på att tjänsteutövare skall ha vissa kvalifikationer för att få utöva en särskild verksamhet. Ofta är det krav på viss utbildning, krav på praktik kan också förekomma. Känsliga yrken, exempelvis inom rättsväsendet, kan motivera att dess utövare också måste uppfylla krav på god vandel och yrkesetik. Nationella bestämmelser av denna natur har förekommit sedan långt tillbaka i Europas merkantila historia.

Beträffande krav på tjänsteutövarens kvalifikationer uppställer medlemsländerna i olika hög grad krav på kompetens och lämplighet. Traditionella yrkesformationer och skråväsenden har satt spår i medlemsländernas regleringar. Det finns här anledning att skilja mellan kvalifikationskrav sett ur ett yrkesperspektiv och ur ett mer marknadsmässigt perspektiv. För det yrkesinriktade perspektivet finns specialbestämmelser i artikel 47, om samordning av nationella utbildningar och ömsesidigt erkännande av behörighetsbevis. Grundinställningen är här att olikheter i medlemsländernas krav på yrkesutbildning och examen skall respekteras. De ovedersägliga hinder som följer av de nationella olikheterna kan endast undanröjas genom harmoniseringslagstiftning om ömsesidigt erkännande av behörighetsbevis. Kvalifikationskrav sedda ur ett sådant yrkesinriktat perspektiv har fokusering på den enskilda yrkesutövarens rätt att utöva verksamhet inom hela unionen.¹¹⁶

I detta avsnitt behandlas kvalifikationskrav i dess kapacitet av att hindra den gränsöverskridande handeln med tjänsteprodukter, det vill säga ur ett mer marknadsorienterat perspektiv. Det är inte begränsningar i yrkesutövarens rättigheter som är i fokus, utan exempelvis resebolagets rätt att utöva tjänsteverksamhet. Yrkesverksamheten ingår här i ett ekonomiskt sammanhang, där marknadsperspektivet är tydligt. I de fall som

¹¹⁵ Se även Gambelli, p. 66.

¹¹⁶ Individ- och yrkesinriktat perspektiv diskuteras i kap. 10.

tas upp nedan är dessutom verksamheten av ytterst rörlig och gränsöverskridande natur, i det ena fallet turistresor och i det andra fallet en administrativ kontrollverksamhet utan fysisk närvaro i värdlandet.

5.1.9.1 Krav på guideexamen

I de så kallade guide-fallen var det fråga om en tjänst där tjänsteutövare och tjänstemottagare gemensamt förflyttade sig till verksamhetslandet.¹¹⁷ I de tre fallen från 1991 hade EG-domstolen att ta ställning till turistverksamhet i form av bussturer från ett medlemsland till ett annat, där såväl tjänsteutövare som tjänstemottagare, i detta fall resenärerna och deras guider, kom från samma land men där själva tjänsten utövades i ett annat medlemsland, turistlandet.¹¹⁸ Problemet var att Frankrike, Grekland och Italien krävde att alla som guidade i dessa länder skulle ha avlagt särskild nationell examen. Kunskapskravet utgjordes av landets historia och kulturarv samt, för specialguider, även kunskaper om minnesmärken och monument. Examination genomfördes på värdlandets språk.¹¹⁹ Erlagd examen var en förutsättning för att få licens för guidning, vilket i sin tur var en förutsättning för att få arbeta som guide.

De berörda medlemsländerna hävdade att det inte var fråga om någon diskriminering, alla nationaliteter var välkomna att genomföra provet. Det var vanligt att personer från andra länder deltog. Frankrike och Italien anförde också att även kvalifikationer från hemlandet beaktades.

EG-domstolen tog inte explicit ställning till om kraven var diskriminerande men påpekade att artikel 49 och 50 även kräver avskaffande av alla inskränkningar i friheten att tillhandahålla tjänster som grundar sig på att den som tillhandahåller tjänster är etablerad i en annan medlemsstat än den där tjänsten tillhandahålls. Härefter fastställdes att krav på särskild nationell examen för guider utgjorde ett sådant hinder. Detta motiverades med att de resebolag som genomförde gruppresorna skulle få svårt att bland den egna personalen, det vill säga de medföljande guiderna, hitta personer som uppfyllde värdlandets kompetenskrav. Vidare skulle verksamheten för egenanställda guider som annars kunde anlitas i hemlandet också försvåras.

Domstolen fann således att krav på guideexamen hindrade den fria rörligheten för tjänster.¹²⁰ Generaladvokat Lenz var av samma uppfatt-

¹¹⁷ 154/89 Commission v. France (1990) ECR I-659, p. 13.

¹¹⁸ C-154/89, C-180/89 och C-198/89 Commission v. France, Italy, Greece (1991) ECR I-659, 709, 727.

¹¹⁹ I Frankrike ingick även en halvtimmes muntligt förhör på deltagarens modersmål.

¹²⁰ P. 13.

ning. EG-domstolen och GA Lenz hänvisade till den vid det här laget välkända tesen att den i artikel 50 (3) påbjudna likabehandlingen inte motsatsvis för med sig att alla bestämmelser som gäller för i landet etablerade tjänsteutövare även skall tillämpas på företag från andra medlemsländer som endast tillfälligt utövar tjänsteverksamhet i värdlandet.¹²¹ Lenz tog även upp frågan om det faktum att utländska medborgare inte blev examinerade på sitt hemspråk kunde utgöra dold diskriminering. Frågan lämnades tyvärr obesvarad.¹²²

5.1.9.2 Krav på juridiska kunskaper för bevakning av giltighetstiden för patent

I fallet Säger ställdes frågan om krav på särskild yrkesutbildning på sin spets. Fakta i målet var följande. Den engelska firman Säger sysslande med patentförnyelser.¹²³ Verksamheten innefattade ingen juridisk rådgivning i patentfrågor utan bestod i att påminna firmans klienter om när det var dags att förnya patenten. I Tyskland var verksamheten i fråga förbehållen personer med en yrkesutbildning anpassad för juridisk rådgivning i patentärenden.

Tiden visade sig nu mogen för ett klart ställningstagande från EG-domstolens sida avseende omfattningen av artikel 49. I målet hävdades att den tyska lagstiftningen var förenlig med artikel 49 eftersom den på intet sätt diskriminerade tjänsteutövare från andra EG-länder. Ett i och för sig riktigt konstaterande, lagstiftningen gjorde ingen åtskillnad mellan tyska och utländska tjänsteutövare, den utbildning som krävdes för verksamheten ifråga kunde inhämtas i vilket EG-land som helst. Domstolen fastställde emellertid, till slut, att artikel 49 inte bara föreskriver avveckling av diskriminerande hinder utan av alla restriktioner, som kan hindra eller försvåra verksamheten för tjänsteutövare från ett annat medlemsland i vilket han lagligen utövar liknande tjänster.¹²⁴

I och med fallet Säger blev det således klargjort att även icke-diskriminerande krav på särskild utbildning kan ses som hinder mot tjänsters fria rörlighet, och därmed omfattas av förbudet i artikel 49. Generaladvokaten uttryckte redan i guide-fallen att fri rörlighet för tjänster innebär att värdlandet måste tillåta tjänsteutövare som inte innehar några kvalifika-

¹²¹ EG-domstolens beslut p. 12 och GA:s förslag p. 27–28. Tesen är känd redan från 279/80 Webb (1981) ECR 3305 p. 16 och 205/84 Commission v. Germany (1986) ECR 3755 p. 26.

¹²² Generaladvokatens förslag, p. 27 och 74.

¹²³ C-76/90 Manfred Säger v. Dennemeyer & Co Ltd (1991) ECR I-4221.

¹²⁴ Formuleringen är nästan identisk med den s.k. Cassis-formeln.

tioner alls.¹²⁵ I fallet *Säger* har EG-domstolen därför kunnat inrikta sig på ett marknadsperspektiv som liknar den inställning som längre funnits avseende varors fria rörlighet. Att över huvud taget uppställa ett kvalifikationskrav skulle därmed kunna hindra den fria rörligheten.

5.1.9.3 Krav på tidigare yrkeserfarenhet och praktik

EG-domstolen har inte haft anledning att ta ställning till nationella krav på yrkeserfarenhet och praktik. Frågan reglerades redan i de liberaliseringsdirektiv som under 70-talet utfärdades i enlighet med det allmänna programmet och konfirmerades sedan i sektorsdirektiven och de generella direktiven. I liberaliseringsdirektiven ifrågasätts inte förekomsten av sådana krav, däremot föreskrivs att erfarenhet och praktik från hemlandet och enligt hemlandets bestämmelser skulle godtas av värdlandet.

5.1.9.4 Krav på godandel

Redan på ett tidigt stadium fastställde EG-domstolen att vissa tjänster är av sådan art att yrkesetiska regler som i och för sig inskränker den fria rörligheten är motiverade av hänsyn till allmänintresset.¹²⁶ I fallet *van Binsbergen* gällde frågan krav på etablering för juridiska ombud i sociala mål. EG-domstolen underkände det nationella kravet på etablering men passade på att uttala sig om sin inställning till yrkesregler. Bland de yrkesregler vars efterlevnad medlemsstaterna var berättigade att bevaka var regler om yrkesetik.

I fallet *Gullung* gällde frågan bland annat om Frankrike fick uppställa krav på godandel för att bli registrerad som advokat vid fransk domstol.¹²⁷ EG-domstolen fann att medlemsländerna har rätt att kräva efterlevnad av nationella yrkesetiska regler, ”by reasons relating to dignity, good repute and integrity”.¹²⁸

¹²⁵ GA:s förslag till avgörande p. 34.

¹²⁶ 33/73 *van Binsbergen* (1974) ECR 1299. Se avsnitt 5.1.3.1.

¹²⁷ 292/86 *Gullung v. Conseil de l'Ordre des Avocats* (1988) ECR 111. Frågan gällde egentligen etablering. *Gullung* hade varit verksam som ”notaire” i Frankrike men slutat med anledning av disciplinära åtgärder som vidtagits på grund av hans uppförande. Efter att ha arbetat som advokat, ”Rechtsanwalt”, i Tyskland återvände *Gullung* till Frankrike för utöva advokatverksamhet där. Emellertid krävdes registrering vid fransk domstol för att få vara verksam som advokat i Frankrike. *Gullung* förvägrades registrering på grund av yrkesetiska skäl. Domstolen menade att krav på registrering var förenligt med artikel 52 och dir 77/249, eftersom fördragets regler om rätt till etablering innebär rätt till verksamhet på lika villkor.

¹²⁸ P. 18.

I den sekundärlagstiftning som tillkommit för att underlätta yrkesutövares fria rörlighet fastslås i många fall att värdlandets yrkesetiska uppföranderegler skall efterlevas även av yrkesutövare från andra medlemsländer. Detta givetvis under förutsättning att nationella regler inte är på något sätt diskriminerande.¹²⁹ Att uppställa yrkesetiska krav för vissa yrkesutövare är således inte i sig diskriminerande. Av EG-domstolens hantering av dessa frågor att döma så är det alltid att betrakta som ett handelshinder. Yrkesetiska regler måste därför alltid vara berättigade och proportionella. Slutsatsen blir att det är en bedömningsfråga huruvida ett visst yrke är av den arten att yrkesetiska regler kan anses motiverade.

5.1.10 Avslutande kommentarer

Av ovanstående redogörelse framgår vilka typer av åtgärder som EG-domstolen funnit strida mot artikel 49. Domstolens motiveringar är varierande. Beträffande öppet diskriminerande åtgärder konstateras endast att de strider mot artikel 49. Olika behandling på grund av hemvist förbjuds såsom varande dold diskriminering. Krav på etablering förklaras vara det ultimata hindret, en paradox och negation som omöjliggör fri rörlighet för tjänster. För lika tillämpade nationalitetsneutrala hinder är argumentationen försiktigare. Vid krav på tillstånd har motiveringen varit att den nationella åtgärden är *missgynnande*.¹³⁰ Produktkravs oförenlighet med artikel 49 har motiverats med dess särskilt *negativa inverkan på gränsöverskridande handel*.¹³¹ Krav på tjänsteutövarens kvalifikationer har motiverats med att artikel 49 inte bara föreskriver avveckling av diskriminerande hinder utan av alla restriktioner, som kan *hindra eller försvåra verksamheten* för tjänsteutövare från ett annat medlemsland i vilket han lagligen utövar liknande tjänster.¹³²

Åtgärderna utgör mer eller mindre allvarliga hinder för tjänsters fria rörlighet. Diskriminerande åtgärder, såsom krav på nationalitet och hem-

¹²⁹ Se ex. vis dir 77/249 om frihet att tillhandahålla tjänster för advokater som är etablerade i andra medlemsstater. Enligt art. 4 skall advokater från andra medlemsländer få utöva verksamhet i värdlandet på samma villkor som förekrivs för i landets etablerade advokater. (Krav på bosättning och registrering i yrkesregister är dock förbjudna.)

¹³⁰ Se exempelvis 110 & 111 *Ministère Public v. Van Wesemael* (1979) ECR 35 om krav på tillstånd och C-17/92 *Distribuidores Cinematográficos* (1993) ECR I-2239 p. 15 där licens för TV-sändning som kopplats till skyldighet att distribuera spanska filmer funnits missgynna företag som var etablerade i andra medlemsstater. Se ovan avsnitt 5.1.5.1 om tillstånd för arbetsförmedlande verksamhet respektive avsnitt 5.1.7.1 om TV-sändningar.

¹³¹ C-405/98 *Konsumentombudsmannen mot Gourmet International Products* (2001) REG I-1795 p. 39, om det svenska förbudet mot alkoholreklam.

¹³² C-76/90 *Manfred Säger v. Dennemeyer & Co Ltd* (1991) ECR I-4221.

vist, ses med oblida ögon medan likabehandlande åtgärder, såsom krav på tillstånd och kvalitet, inte ses som lika allvarliga. Toleransen för nationella hinder kan också variera mellan olika verksamhetsområden. Frågan om tolerans för nationella skyddsåtgärder med vidhängande bedömning av skyddsintressen och proportionalitet är emellertid en fråga om undantag och skall hållas skild från frågan om huruvida en åtgärd omfattas av förbudet i artikel 49. För att förstå innebörden av artikel 49 är det emellertid nödvändigt att vid diskussion om dess tillämpningsområde skilja på dessa frågor. Frågan om undantag kommer att behandlas separat.¹³³

5.2 Den krokiga vägen mot en vidare tolkning av artikel 49

Sammanställningen i föregående kapitel visar att allt fler nationella åtgärder har kommit att omfattas av artikel 49. Med praxis som grund har man i doktrinen kommit fram till en rad tolkningar av artikel 49. Problemet är att uppfattningarna om vad domstolen egentligen uttrycker i sina domar går brett isär. Vitt skilda uppfattningar om EG-rättens korrekta tolkning avspeglas även i parternas argumentation inför domstolen. Detta är inget att förundras över. EG-domstolens uttalanden är ofta knapphändiga och lämnar dörren öppen för olika tolkningar. Motiveringarna kan ibland tyckas bära spår av kompromisser bland domarna, i form av motstridig och oklar argumentation. EG-rätten lider till följd härav av en allmän övertolkning av domstolens praxis.

Avsikten med detta avsnitt är att bland alla praxisavgöranden försöka finna fast grund för tolkningen av artikel 49. Det går att finna återkommande formuleringar som kan tas till intäkt för en viss uppfattning. I somliga rättsfall har EG-domstolen öppnat för vidare tolkningar, i andra har domstolen faktiskt gått så långt att man med bestämdhet kan dra bestämda slutsatser om tolkningen av artikel 49.

Nedanstående redogörelse för den långa och krokiga vägen till en vidare tolkning visar utvecklingen för själva tjänsteverksamheten. Redogörelsen sträcker sig från den öppning mot en allt vidare tolkning som kunde skönjas redan i fallet *van Binsbergen* till EG-domstolens ställningstagande i fallet *Säger*.¹³⁴ Efter *Säger*-fallet står det klart att även icke-diskriminerande hinder omfattas av artikel 49.

¹³³ I kap. 8.

¹³⁴ 33/74 *Van Binsbergen v. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid* (1974) ECR 631 och C-76/90 *Manfred Säger v. Dennemeyer & Co Ltd* (1991) ECR I-4221.

Även för tjänstestödjande rättsområden och för tjänstetillhandahållare/mottagare har utvecklingen gått mot en allt vidare tolkning av artikel 49. Det är inte självklart att slutsatserna i detta fall kan överföras på situationer där de faktiska omständigheterna ser annorlunda ut. Domstolen förefaller i dessa fall att ha valt en annan väg än för själva tjänsteverksamheten. En redogörelse häröver lämnas i kapitel 6 och 7.

5.2.1 Van Binsbergen – öppning mot en vidare tolkning

Van Binsbergen brukar anges som det fall där EG-domstolen för första gången utvidgade artikel 49 och 50 till att omfatta även icke-diskriminerande hinder.¹³⁵ Utveckling mot en allt vidare tolkning inleddes således redan 1974, två år tidigare än då EG-domstolen i fallet Dassonville gjorde motsvarande utvidgning av reglerna för varors fria rörlighet.

I fallet van Binsbergen fastställde EG-domstolen att artiklarna 49 och 50 framförallt förbjöd diskriminering på grund av nationalitet eller hemvist men tillade att förbudet även gällde åtgärder ”*som på annat sätt är ägnade att förbjuda eller förhindra den ifrågavarande personens verksamhet*”.¹³⁶ EG-domstolens uttalande har tagits till intäkt för att även icke-diskriminerande hinder omfattas av fördraget. En sådan tolkning är rimlig, men inte nödvändig. Fallet rörde de factodiskriminering på grund av etablering, domslutet behandlade endast diskrimineringsaspekten. Att EG-domstolen i fallet van Binsbergen fokuserat på förbudet mot diskriminering skulle å andra sidan kunna ha sin förklaring i att EG-domstolen hade att ta ställning till om artikel 49 och 50 kunde tillmätas direkt effekt. Förbud mot diskriminering var då den hårda kärnan där fördragstexten kunde anses ge uttryck för en klar förpliktelse riktad mot medlemsländerna.¹³⁷

I fallet Coenen, det rättsfall som följde efter van Binsbergen-fallet, tolkade kommissionen EG-domstolens uttalande som ett erkännande av att även icke-diskriminerande hinder var förbjudna.¹³⁸ Coenen och kommissionen menade att det av fallet van Binsbergen framgick att alla hinder för tjänsters fria rörlighet omfattas av artikel 49. Även generaladvokat Warner var av samma uppfattning, men med reservation för medlemsländernas rätt att vidta skyddsåtgärder. EG-domstolen kommenterade

¹³⁵ Se föregående fotnot.

¹³⁶ P. 10.

¹³⁷ Andenas, M. and Roth, W.H., *Services and Free Movement in EU Law*, Oxford university Press, Oxford 2002.

¹³⁸ 39/75 Coenen (1975) ECR 1547.

inte diskussionen om innebörden av artikel 49 utan upprepade endast sin motivering från van Binsbergen-fallet.

Fallen van Binsbergen och Coenen har tolkats som klara ställnings-taganden för att förbudet i artikel 49 även omfattar icke-diskriminerande hinder. Om man ser till vad domstolen faktiskt säger kan det tyckas vara en vanskelig tolkning. Även i fallet Coenen avstod EG-domstolen från att komma med något klagörande uttalande utan upprepade istället exakt samma formulering som i van Binsbergen-fallet.¹³⁹ Det är av den anledningen inte korrekt att påstå att EG-domstolen i och med fallen Van Binsbergen och Coenen fastslog en vidgad innebörd av tjänsters fria rörlighet, motsvarande vad som skett för varors fria rörlighet. Vad som kan sägas är att EG-domstolen öppnat för en möjlighet till en tolkning utöver förbud mot diskriminering. En faktor som ytterligare försvårar tolkningen av Van Binsbergen och Coenen-fallen är att båda fallen rent faktiskt rör krav på etablering i värdlandet, det vill säga klara fall av diskriminering på grund av etablering. Varför EG-domstolen då har lagt in ett luddigt uttalande om icke-diskriminerande hinder är svårt att förstå. Domstolen har annars för vana att inte uttala sig mer än vad som är nödvändigt i det särskilda fallet. Den faktiska utgången i de båda fallen är därmed till ringa ledning för hur domstolen skulle se på icke-diskriminerande hinder. Fallen ger således ingen ledning vid tolkningen av vad EG-domstolen kan ha avsett med åtgärder "... som på annat sätt är ägnade att förbjuda eller förhindra den ifrågavarande personens verksamhet."

Diskussionen om tolkningen av artikel 49 gick efter dessa fall vidare. Generaladvokater och kommissionen fortsatte att argumentera för en vidare tolkning. EG-domstolen återföll i sin vana att ge mångtydiga motiveringar i sina beslut. I fallet Debaue från 1980 var argumentationen livlig. Frågan gällde i detta fall det belgiska förbudet mot TV-sändningar av reklamkaraktär.¹⁴⁰ Generaladvokat Warner argumenterade övertygande för att en vidare tolkning av artikel 49 inte endast var nödvändig för att uppnå målsättningen med fri rörlighet utan att en sådan tolkning också gick att utläsa ur fördragets ordalydelse.¹⁴¹ Warner grundade sig även på övergångsbestämmelsen i artikel 54. Artikeln skall ses som en minimiregel som påbjuder likabehandling i avvaktan på att den fria rörligheten är genomförd och att alla hinder för tjänsters fria rörlighet är avskaffade. Warner påpekade det orimliga i att genomförandet av artikel

p. 6.

¹³⁹ Coenen p. 6.

¹⁴⁰ Åtalet i den belgiska domstolen väcktes på initiativ av organisationer som representerade konsumenter och kulturella intressen.

¹⁴¹ 52/79 Procureur du Roi v. Debaue and Others (1980) ECR 833. GA:s förslag s. 872.

49 inte skulle tillföra något förutom den likabehandling som föreskrivs i övergångsbestämmelserna. Kommissionen vidhöll sin inställning från Coenen, det vill säga att EG-domstolen i fallet Van Binsbergen fastställt att diskriminering inte var den enda sortens hinder som stred mot fördraget.¹⁴² EG-domstolen undvek även denna gång frågan om icke-diskriminerande hinder. Först konstaterades att artikel 49 påbjuder avskaffande av hinder för tjänsteutövande och att "the strict requirements" av artikeln inbegriper avskaffande av all diskriminering på grund av nationalitet och etablering.¹⁴³ Efter detta mångtydiga resonemang fastställde domstolen att det belgiska förbudet tillämpades utan åtskillnad. Under sådana förutsättningar stod det varje medlemsland fritt att reglera TV-sändningar så länge harmoniserande gemenskapslagstiftning saknades.

5.2.2 Alla nationella åtgärder skall inte tillämpas på utländska tjänsteutövare; bördan av dubbla regleringar

Nästa fall av betydelse är fallet Webb från 1981.¹⁴⁴ Även Webb-fallet gäller fråga om diskriminering på grund av etablering. I detta fall var det dock inte fråga om krav på etablering i värdlandet utan huruvida nationella bestämmelser diskriminerade tjänsteutövare etablerade i ett annat medlemsland i förhållande till tjänsteutövare etablerade i värdlandet.¹⁴⁵ Fallet rörde krav på kontroll och registrering för att få bedriva arbetsförmedlande verksamhet. Webb var redan underkastad sitt hemlands reglering av verksamheten och frågan var om den dubbla bördan av att behöva efterleva även värdlandets lagstiftning var förenlig med fördragets regler om tjänsters fria rörlighet. Tre år tidigare hade EG-domstolen i ett likartat fall kommit fram till motsatt resultat, att dubbla kontroller stred mot artikel 49.¹⁴⁶ EG-domstolen kom i Webb-fallet fram till att krav på registrering och kontroll inte stred mot artikel 49 under två förutsättningar. För det första så skall medlemsländerna inte göra någon åtskillnad på grund av nationalitet eller etablering, för det andra att värdlandet tog hänsyn till intyg och garantier som redan utfärdats av hemlandet.¹⁴⁷

Frågan om artikel 49 och 50 sträcker sig längre än till förbud mot diskriminering berördes men fick inget entydigt svar. Generaladvokat Slynn var av den uppfattningen att praxis visade att avveckling av hinder för

¹⁴² 52/79 Debaue (1980) ECR 833, p. 849.

¹⁴³ P. 11.

¹⁴⁴ 279/80 Webb (1981) ECR 3305.

¹⁴⁵ Registering av arbetsförmedlande verksamhet.

¹⁴⁶ 110 & 111 Ministère Public v. Van Wesemael (1979) ECR 35.

¹⁴⁷ P. 19.

tjänsters fria rörlighet inte bara omfattar diskriminerande hinder utan alla hinder för tjänsteutövande mellan medlemsländerna. EG-domstolen varken dementerade eller bekräftade denna uppfattning utan konstaterade i stället att det huvudsakliga syftet med artikel 49 är att göra det möjligt för tjänsteutövare att utöva sin verksamhet i ett annat land utan att diskrimineras i förhållande till landets egna medborgare. Men, tillade EG-domstolen, detta *innebär inte att medlemslandet alltid kan tillämpa alla de nationella bestämmelser som gäller för i landet etablerade verksamhetsutövare på tjänsteutövare som är etablerade i ett annat medlemsland och endast tillfälligt är verksamma i värdlandet*.¹⁴⁸ Detta uttalande har senare tolkats som en bekräftelse på att fördraget sträcker sig längre än till förbud mot diskriminering.¹⁴⁹ En sådan tolkning är emellertid långt ifrån självklar. EG-domstolens uttalande kan lika gärna ses som en specificering av förutsättningarna för vad som kan anses utgöra diskriminering. Att tillämpa nationella bestämmelser lika för tjänsteutövare som på grund av sin etablering i ett annat land faktiskt har andra, och ofta sämre, förutsättningar att uppfylla bestämmelserna, kan ses som en form av dold diskriminering. Om värdlandets reglering dessutom medför fördubblade kontroller blir den missgynnande effekten uppenbar.

I Webb-fallet var tjänsteutövaren underkastad kontroll och krav på registrering även i hemlandet. Domstolen konstaterade mycket riktigt att krav på registrering av arbetsförmedlande verksamhet var diskriminerande i det fall tjänsteutövaren redan var underkastad motsvarande krav i sitt hemland. Mot denna bakgrund är det märkligt att Webb-fallet, jämte van Binsbergen-fallet, brukar åberopas som de domstolsavgöranden där en utvidgad tolkning av artikel 49 introducerades.

5.2.3 Definition av dold diskriminering; missgynnande

I fallet *Seco* utvecklade domstolen sin inställning till diskrimineringsförbudet. Frågan gällde betalning av sociala avgifter för tjänsteutövande företags personal i det fall företaget redan betalade sociala avgifter för samma arbetstagare och för samma period i hemlandet.¹⁵⁰ Företag etablerade i andra medlemsländer har därmed en större ekonomisk börda än företag som är etablerade i värdlandet.

¹⁴⁸ P. 16.

¹⁴⁹ Generaladvokat Jacobs i 275/92 *Her Majesty's Customs and Excise v. Schindler* (1994) I-ECR 1039, p. 54 och GA Lenz i 23/93 *TV 10 SA v. Commissariaat voor de Media* (1994) ECR I-4795, p. 29.

¹⁵⁰ 62 & 63/81 *Seco v. EVI* (1982) ECR 223.

Domstolen fastställde att artikel 49 inte bara förbjuder öppen diskriminering utan även "... *alla former av förtäckt diskriminering som, även om de grundas på kriterier som framstår som neutrala, i praktiken leder till samma resultat*".¹⁵¹ Även likabehandlande åtgärder kan således vara diskriminerande. Definitionen innebär att det är resultatet av den nationella åtgärdens tillämpning som är avgörande.

Formuleringen från Seco har sedan dess återkommit i domstolens motiveringar. I två fall några år senare kom domstolen fram till att Italien gjorde sig skyldig till dold diskriminering genom att begränsa deltagande i offentlig upphandling till företag som helt eller delvis ägdes av italienska staten.¹⁵² EG-domstolen fastslog i ett samtida fall att åtgärder som *behandlar utländska medborgare strängare eller mindre förmånligt* strider mot artikel 49.¹⁵³ Det skulle därmed vara fråga om dold diskriminering när utländska medborgare missgynnas av nationella åtgärder.

5.2.4 Tjänster av tillfällig natur

Det så kallade försäkringsfallet från 1986 har tillmätts stor betydelse för utvecklingen av tjänsters fria rörlighet och återges ofta i litteraturen och i domstolens senare praxis.¹⁵⁴ Frågan gällde Tysklands krav på att utländska försäkringsförsäljare måste ha någon sorts fast etablering i Tyskland. EG-domstolen kom fram till att krav på etablering stred mot artikel 49 men att krav på auktorisering/tillstånd kunde motiveras av hänsyn till allmänintresset. Beträffande frågan om diskriminerande respektive icke-diskriminerande hinder förenligt med artikel 49 kan emellertid inte heller i detta fall anses ges något egentligt svar. EG-domstolen konstaterade att all diskriminering på grund av nationalitet och alla hinder på grund av att tjänsteutövaren är etablerad i ett annat medlemsland är förbju-

¹⁵¹ P. 8–9.

¹⁵² 3/88 Commission v. Italy (1989) ECR 4035 och C-272/91 Commission v. Italy (1994) ECR I-1409.

¹⁵³ 251/83 Haug-Adrian v. Frankfurter Versicherungs AG (1984) ECR 4277. Fallet gällde av tyska myndigheter godkända villkor för obligatorisk bilförsäkring, där premiesättning för prickfri körning inte omfattade försäkringstagare vars bilar var registrerade med tullskylt för import/export. Domstolen ansåg att bestämmelsen grundades på objektiva faktorer dvs. registreringen, och att det därför inte rörde sig om diskriminering på grund av nationalitet eller hemvist, p. 16.

¹⁵⁴ 205/84 Commission v. Germany (1986) ECR 3755.

den.¹⁵⁵ Tyskland och en del övriga medlemsländer ansåg att de tyska bestämmelserna var förenliga med fördragets bestämmelser om tjänsternas fria rörlighet eftersom inhemska och utländska försäkringsförsäljare behandlades lika. Som kommentar härtill upprepade EG-domstolen sitt uttalande i Webb-fallet,¹⁵⁶ att diskrimineringsförbudet inte skall tolkas som om alla inhemska regler skall tillämpas även vid tjänsteutövande av personer som är etablerade i ett annat land.¹⁵⁷ I det tyska försäkringsfallet gjorde EG-domstolen en intressant markering avseende tjänster av mer lätttrörlig natur. Domstolen menade att det var *särskilt olämpligt att tillämpa samtliga inhemska regler på tjänster av tillfällig "occasional" natur*.¹⁵⁸ Av sådan tillfällig natur var exempelvis försäkringstjänster, som kunde köpas och säljas över nationsgränserna utan att vare sig försäkringsgivare eller försäkringstagare behövde lämna sina respektive hemländer. EG-domstolen har i senare rättsfall gjort samma konstaterande avseende andra verksamheter där tjänsten utgör det enda gränsöverskridande momentet.¹⁵⁹

Det är svårt att av ovanstående dra några bestämda slutsatser av hur EG-domstolen tolkar artikel 49. Det framgår av den fortsatta motiveringen att krav på etablering och auktorisering befanns hindra tjänsternas fria rörlighet. Huruvida åtgärderna ansågs diskriminerande eller icke-diskriminerande framgår däremot inte.¹⁶⁰

5.2.5 Särskiljande av diskriminerande hinder för val av undantagsgrund

Så till slut, i fallet Bond 1988, närmade sig EG-domstolen försiktigt frågan om diskriminering.¹⁶¹ Det betyder inte att EG-domstolen klargjorde tolkningen av artikel 49, men den betonade vikten av att skilja mellan diskriminerande och icke-diskriminerande hinder. Domstolen fastställde att nationella åtgärder som *diskriminerar på grund av tjänstens ursprung endast kan medges undantag enligt de i artikel 46 uttryckligen angivna undantagsgrunderna, dvs. allmän ordning, säkerhet och*

¹⁵⁵ P. 25 och 26.

¹⁵⁶ 279/80 Webb (1981) ECR 3305.

¹⁵⁷ 205/84 Commission v. Germany (1986) ECR 3755, p. 26.

¹⁵⁸ P. 28.

¹⁵⁹ Se bl.a. 76/90 Manfred Säger v. Dennemeyer & Co Ltd (1991) ECR I-4221, p. 13.

¹⁶⁰ Anledningen därtill är troligtvis att det vid denna tidpunkt inte ansågs ha någon betydelse om en åtgärd som befunnits strida mot artikel 49 var av diskriminerande eller icke-diskriminerande natur. Distinktionen blev viktig i och med fallet Bond, se nästa avsnitt.

¹⁶¹ 352/85 Bond van Adverteerders and others v. the Netherland State (1988) ECR I-2085.

folkhälsa.¹⁶² Bond-fallet skiljer sig därmed på ett avgörande sätt från tidigare fall. Där har domstolen inte skiljt mellan diskriminerande och icke-diskriminerande hinder vid val av undantagsgrund, i vart fall inte explicit.¹⁶³ De i fördraget givna möjligheterna till undantag på grund av allmän ordning, säkerhet och folkhälsa och undantag på grund av allmänintresset, det senare en produkt av EG-domstolens praxis, har inte hållits isär. Av Bond-fallet följer att undantag av hänsyn till allmänintresset endast kan medges för icke-diskriminerande åtgärder. Bond-fallet måste ses som ett indirekt erkännande av att artikel 49 omfattar även icke-diskriminerande åtgärder.

Att såväl EG-domstolen som generaladvokater även därefter svävade på målet i denna fråga är anmärkningsvärt. I det så kallade guide-fallet som avgjordes tre år senare ansåg generaladvokat Lenz att skillnaden mellan diskriminerande och icke-diskriminerande hinder saknar betydelse.¹⁶⁴ EG-domstolen sade inte mer än nödvändigt. Utan att uppehålla sig vid åtgärdens diskriminerande eller hindrande karaktär konstaterades att bestämmelserna hindrade den fria rörligheten. I senare rättsfall har EG-domstolen däremot noggrant redogjort för om den nationella åtgärden som är i fråga skall ses som diskriminerande.¹⁶⁵

Några år senare, i fallet Gouda, uttalade sig EG-domstolen på ungefär samma sätt som i Bond-fallet. Även Gouda-fallet gällde den nederländska regleringen av TV-sändningar.¹⁶⁶ Inte heller här gav EG-domstolen någon uttrycklig bekräftelse på att artikel 49 omfattar även icke-diskriminerande hinder. Den konstaterade, i likhet med i tidigare fall, att artikel 49 i första hand var ägnad åt avskaffande av diskriminering på grund av nationalitet och etablering.¹⁶⁷ I det fortsatta resonemanget hänvisade domstolen till Bond-fallet. Även i fallet Gouda gjordes skillnad mellan tillämpningen av undantagsgrunderna i artikel 46 respektive undantag av hänsyn till allmänintresset. Domstolen upprepade att diskriminerande åtgärder endast kan undantas från fördragets tillämpning med uttryckligt

¹⁶² P. 32–33. Bond-fallet gällde nederländska bestämmelser om TV-sändning med reklam innehåll, se avsnitt 5.1.5. Domstolen fann att undantag av hänsyn till allmän ordning enligt artikel 46 inte var förenligt med proportionalitetsprincipen, eftersom skyddseffekten kunde uppnås med mindre inskränkande, icke-diskriminerande åtgärder.

¹⁶³ Se exempelvis 33/74 van Binsbergen (1974) ECR 1299 och 39/75 Coenen (1975) ECR 1547.

¹⁶⁴ C-154/89 Commission v. France (1991) ECR I-659, GA:s yttrande p. 30.

¹⁶⁵ Se t.ex. Schindler, 76/90 Manfred Säger v. Denemeyer & Co Ltd (1991) ECR I-4221, 275/92 Her Majesty's Customs and Excise v. Schindler (1994) I-ECR 1039 och C-384/93 Alpin Investment mot Minister van Financiën REG 1995 s. I-1141.

¹⁶⁶ 288/89 Gouda and others v. Commissariaat voor de Media (1991) ECR I-4007.

¹⁶⁷ P. 10.

stöd i fördraget.¹⁶⁸ Det tillades att inskränkningar av den fria rörligheten för personer som är etablerade i ett annat medlemsland vars lagstiftning de är skyldiga att efterleva även kan härröra från tillämpningen av nationella regleringar som gäller för i landet etablerade personer.¹⁶⁹

5.2.6 Uttalat förbud mot icke-diskriminerande hinder

I fallet Säger, 1991, var det slutligen dags för EG-domstolen att ta ställning. Fallet gällde krav på särskilda yrkeskvalifikationer.¹⁷⁰ I Tyskland krävdes juridisk utbildning för tjänster kring patent, såsom rådgivning, ansökan osv. Den i Storbritannien etablerade firman Säger ägnade sig åt att bevaka giltighetstid för patent och påminna patentinnehavaren när det var dags att förnya patenten. Säger tilläts inte utöva verksamhet i Tyskland eftersom firman inte uppfyllde det tyska kravet på juridiska kvalifikationer.

EG-domstolen fann att de tyska bestämmelserna stred mot artikel 49. Domstolen konstaterade att artikel 49 "... requires not only the elimination of all discrimination against a person providing services on the ground of his nationality but also the abolition of any restriction, even if it applies without distinction to national providers of services and to those of other Member States, *when it is liable to prohibit or otherwise impede the activities of a provider of services established in another Member State where he lawfully provides similar services.*"¹⁷¹ Motiveringen har sedan upprepats i ett flertal fall.¹⁷² Domstolen anses i och med detta uttalande slutligen givit klart besked. Artikel 49 omfattar även nationella bestämmelser som hindrar eller försvårar den fria rörligheten, oavsett om åtgärder diskriminerar utländska tjänster eller inte.

Domstolens uttalande är emellertid inte så entydigt som man har velat göra det. I den första delen upprepas vad som konstaterats tidigare i fallet Seco, att även åtgärder som tillämpas lika kan omfattas av förbudet i artikel 49. I den andra delen av uttalandet nämns åtgärder som förbjuder eller eljest försvårar verksamhet för tjänsteutövare som är etablerade i ett annat land. Detta skulle kunna ses som en form av faktiskt missgynnande och därmed utgöra dold diskriminering. Den sista delen av uttalandet, där domstolen kommenterar det faktum att tjänsteutövaren lagligen ut-

¹⁶⁸ P. 11.

¹⁶⁹ P. 12.

¹⁷⁰ 76/90 Manfred Säger v. Denemeyer & Co Ltd (1991) ECR I-4221.

¹⁷¹ P. 12, min kursivering.

¹⁷² Se till exempel C-43/93 Vander Elst (1994) ECR I-3803, p. 14, C-3/95 Broede REG 1996 s. I-6511, p. 25, C-369/96, 376/96 Arblade REG 1999 s. I-8453, p. 33, C-272/94 Guiot REG 1996 s. I-1905, p. 10.

övar motsvarande verksamhet i sitt hemland, kan ses som ett allmänt uttalande om dubbla lagstiftningsbördor.

EG-domstolens beslut i Säger-fallet skulle därmed inte nödvändigtvis tillföra tolkningen av artikel 49 någon vidgad dimension. Säger-fallet skiljer sig emellertid från tidigare fall, inte så mycket genom domstolens motivering som genom att de faktiska omständigheterna var annorlunda. I tidigare rättsfall har det funnits något element av missgynnande. Om inte annat så genom att tjänsteverksamheten har varit tvungen att anpassas till både hemlandets och värdlandets lagstiftning.

Utländska tjänsteutövare har därmed missgynnats i förhållande till de i landet etablerade tjänsteutövarna som endast behövt anpassa sig till det egna landets regelverk.¹⁷³ I Säger-fallet var situationen en annan eftersom verksamheten inte var underkastad reglering i hemlandet. Säger kunde därmed inte sägas ha blivit missgynnad i förhållande till tyska tjänsteutövare. Kravet i fråga var inte heller svårare att tillgodose för utländska tjänsteutövare än för inhemska. Det tyska kravet på juridisk utbildning var objektivt och nationalitetsneutralt. Tjänsteutövare etablerade i andra EU-länder missgynnades således inte i något avseende.

Efter Säger-fallet kan det sägas vara klarlagt att fördragets regler omfattar alla åtgärder som hindrar eller försvårar gränsöverskridande verksamhet. Detta förefaller emellertid inte ha varit en allmänt accepterad, eller allmänt känd, uppfattning. Åtskilliga medlemsländer har långt in på 90-talet fortsatt att hävda att endast diskriminerande hinder omfattas av artiklarna 49 och 50.¹⁷⁴ I Schindler-fallet hävdade Belgien och Luxemburg att den brittiska regleringen av lotteriverksamhet inte inskränkte den fria rörligheten för tjänster eftersom bestämmelserna inte var diskriminerande.¹⁷⁵ Generaladvokat Gulman ägnade i sitt utlåtande avsevärd möda åt att argumentera för den motsatta tolkningen.¹⁷⁶ EG-domstolen nöjde sig med att, med hänvisning till Säger-fallet, fastställa att regleringen i fråga kunde omfattas av artikel 49 även om den inte särbehandlar utländska tjänster.¹⁷⁷ EG-domstolen har i en rad senare rättsfall upprepat motiveringen från Säger.¹⁷⁸ I flertalet av dessa fall är verksamheten

¹⁷³ Se 279/80 Webb (1981) ECR 3305 och 205/85 Commission v. Germany (1986) ECR 3755.

¹⁷⁴ 275/92 Her Majesty's Customs and Excise v. Schindler (1994) I-ECR 1039, C-384/93 Alpin Investment mot Minister van Financiën REG 1995 s. I-1141.

¹⁷⁵ 275/92 Her Majesty's Customs and Excise v. Schindler (1994) I-ECR 1039.

¹⁷⁶ Generaladvokatens uttalande, p. 30 till 64.

¹⁷⁷ P. 43.

¹⁷⁸ Se till exempel C-43/93 Vander Elst (1994) ECR I-3803, p. 14, C-3/95 Broede REG 1996 s. I-6511, p. 25, C-369/96, 376/96 Arblade REG 1999 s. I-8453, p. 33, C-272/94 Guiot REG 1996 s. I-1905, p. 10.

underkastad reglering även i hemlandet. Världlandets reglering kan därmed ses som dold diskriminering.

Ytterligare ett fall skall nämnas i detta sammanhang. Det är Alpin Investment, ett fall som gällde ett nederländskt förbud mot telefonförsäljning av optioner.¹⁷⁹ Förbudet gällde inte bara i Nederländerna utan omfattade även telefonförsäljning till kunder i utlandet. I detta fall fanns inte ett spår av vare sig diskriminering eller missgynnande av utländska tjänster. Tvärtom resulterade de nederländska reglerna i en omvänd diskriminering som missgynnade inhemska företag vilka agerade på marknader med generösare bestämmelser. EG-domstolen konstaterade att förbud mot telefonförsäljning frångår aktörerna en snabb och direkt marknadsföringsteknik.¹⁸⁰ Ett sådant förbud kan utgöra ett *hinder för den gränsöverskridande handeln, även om det inte är diskriminerande och vare sig har som avsikt eller effekt att gynna den inhemska marknaden* på bekostnad av utländska tjänsteutövare.¹⁸¹

5.2.7 Slutsats

Härmed får det anses vara väl etablerad praxis att såväl diskriminerande som icke-diskriminerande hinder för tjänsteverksamhet omfattas av fördragets regler om tjänsters fria rörlighet. Innan man drar för vidlyftiga slutsatser skall erinras om att EG-domstolens praxis består av in casu-avgöranden där de faktiska förhållandena i högsta grad varierar. En viss försiktighet kan därför vara motiverad. I Säger-fallet gällde frågan kvalitetskrav på lätttrörliga tjänster. EG-domstolens uttalanden visar att man särskiljer vissa, särskilt rörliga tjänster, i synnerhet i sådana fall där tjänsteutövaren inte behöver vistas i världlandet. Till skillnad från tidigare fall så fanns i Säger-fallet inte någon hemlandsreglering av verksamheten, Säger missgynnades således inte av dubbla regleringar. Slutsatserna från fallet Säger kan därför inte utan vidare tillämpas analogt. Detsamma gäller i än högre grad för fallet Alpin Investment. Här gällde frågan export av tjänster. Den nationella bestämmelsen rörde således ett rättsförhållande mellan staten och i landet etablerade tjänsteutövare. Den nationella åtgärden i fråga, förbud mot oannonserad telefonförsäljning, påverkade direkt möjligheterna till gränsöverskridande handel.

Ovedersägligt är att efter fallen Säger och Alpin Investment har skillnaden mellan diskriminerande och icke-diskriminerande hinder delvis suddats ut. Det är dock för tidigt att rationalisera bort skillnaderna. För

¹⁷⁹ C-384/93 Alpin Investment mot Minister van Financiën REG 1995 s. I-1141.

¹⁸⁰ P. 28.

¹⁸¹ P. 35.

det första så är det osäkert om domstolens ställningstagande i Säger och Alpin Investment fallen bör tillämpas analogt för all nationell reglering av tjänsteverksamhet. För det andra så är det nödvändigt att upprätthålla och urskilja distinktionen, så länge EG-domstolen håller fast vid att upprätthålla skillnaden beträffande vilka undantagsmöjligheter som står till buds för olika nationella åtgärder.

I nästa avsnitt skall diskuterats huruvida det är dags att släppa distinktionen mellan diskriminerande och icke-diskriminerande hinder beträffande åtgärder som rör tjänsteverksamhet samt om det är lämpligt att göra åtskillnad mellan lika- och olika tillämpade åtgärder vid val av undantagsgrunder.

5.3 Diskrimineringsförbud eller/och förbud mot hinder för den fria rörligheten

Ovan har redogjorts för EG-domstolens praxis för tjänsteverksamhet och utvecklingen mot en allt vidare tolkning av artikel 49. Mot denna bakgrund finns det all anledning att överväga om inte diskrimineringsförbudet spelat ut sin roll. Är det kanske dags att lämna diskrimineringsbegreppets begränsningar och avskaffa skillnaden mellan diskriminerande och icke-diskriminerande hinder, nu när ändå samtliga hinder inryms i den vidare tolkningen av artikel 49. En sådan utveckling har många förespråkare.¹⁸²

Innan diskrimineringsförbudet räknas bort bör man beakta att trots att tjänsters fria rörlighet givits en vidare innebörd ses förbud mot diskriminering fortfarande som den centrala innebörden av artiklarna 49 och 50. EG-domstolen har hållit fast vid sitt uttalande från 1991 att "artikel 49 i fördraget *i första hand* kräver avskaffande av all diskriminering av den som tillhandahåller tjänster på grund av dennes nationalitet eller den omständigheten att denne är etablerad i en annan medlemsstat än den där tjänsten skall utföras".¹⁸³ Generaladvokat Lenz hänvisar några år senare till EG-domstolens uttalande och konstaterar att förbud mot hinder för tjänsters fria rörlighet först och främst är ett förbud mot diskriminering.¹⁸⁴ Den alltmer omfattande innebörd som med tiden tillagts

¹⁸² Se kap. 3 om fri rörlighet för tjänster och olika tolkningar av artikel 49.

¹⁸³ Nuvarande artikel 49. C-288/89 Gouda and others v. Commissariat voor de Media (1991) ECR I-4007, p. 10. Se även 52/79 Debeauve (1980) ECR 833, p. 12.

¹⁸⁴ TV-10, GA p. 39. Se även GA p. 14 i guide-fallen, C-154/89, C-180/89 & C-198/89 Commission v. France, Italy, Greece (1991) I-659, 709, 727.

artikel 49 har således inte inneburit att diskrimineringsförbudet mist sin centrala betydelse.¹⁸⁵ Man får heller inte glömma diskrimineringsbegreppets betydelse vid val av undantagsgrund. Nationella åtgärder som gör skillnad på grund av nationalitet kan inte rättfärdigas med de generösare undantagsgrunderna av hänsyn till allmänintresset, utan endast av de i artikel 46 angivna grunderna allmän ordning, säkerhet och folkhälsa. Artikel 49 förefaller således fortfarande vila på diskrimineringsförbudets grund. Att EG-domstolen sedan gått vidare och låtit förbudet omfatta även andra sorters hinder frántar inte diskrimineringsbegreppet dess betydelse.

Är det då möjligt och lämpligt att lämna diskrimineringsbegreppet och i stället övergå till att endast bedöma en åtgärds hindrande effekt? En sådan bedömning förutsätter att diskrimineringsbegreppets betydelse för tillämpningen av artikel 49 med avseende på tjänsteverksamhet klar görs.

5.3.1 Gränsen mellan diskriminering och övriga hinder – dubbla bördor

Praxisgenomgången i föregående avsnitt visar vilka åtgärder som domstolen funnit strida mot förbudet i artikel 49, med avseende på nationell reglering av tjänsteverksamhet. Dessa åtgärder kan delas in i öppen diskriminering, dold diskriminering i snäv och vid bemärkelse samt övriga hinder. Öppen diskriminering utgörs av krav på nationalitet för att få utöva en viss verksamhet, eller olika behandling av tjänsteutövare beroende på nationalitet. Dold diskriminering i snäv bemärkelse utgörs av krav på hemvist och olika behandling på grund av hemvist.¹⁸⁶ Övrig nationell reglering som domstolen ansett strider mot artikel 49 befinner sig i gränslandet mellan dold diskriminering i vid bemärkelse och övriga hinder. Här återfinns krav på tillstånd, avgifter och organisation, produktkrav och krav på tjänsteutövarens kvalifikationer. Det har tidigare konstaterats att likabehandlande nationalitetsneutrala åtgärder av denna art inte i sig är diskriminerande, men att effekten av att vara underkastad både hemlandets och värdlandets reglering kan missgynna utländska tjänsteutövare. Gränsen mellan dold diskriminering och övriga hinder skulle därmed gå någonstans vid dubbla regleringar.

¹⁸⁵ Se till exempel C-43/93 Vander Elst (1994) ECR I-3803, p. 14, C-3/95 Broede REG 1996 s. I-6511, p. 25, C-369/96, 376/96 Arblade REG 1999 s. I-8453, p. 33, C-272/94 Guiot REG 1996 s. I-1905, p. 10.

¹⁸⁶ Se kap. 4 för redogörelse för dold diskriminering i snäv respektive vid bemärkelse.

Som underlag för ett ställningstagande avseende diskrimineringsbegreppets betydelse för tjänsteverksamhet skall i det följande undersökas i vilken utsträckning bördan av att vara underkastad dubbla regleringar kan utgöra dold diskriminering i vid bemärkelse.

5.3.1.1 Krav på tillstånd

Att dubbla krav på tillstånd således strider mot artikel 49 framgår av fallen van Wesemael¹⁸⁷ och Webb¹⁸⁸. Frågan är om det skall ses som diskriminering eller övriga hinder. I fallet Webb fastställde EG-domstolen för första gången att likabehandlingsprincipen inte betyder att inhemska regler nödvändigtvis kan tillämpas i full utsträckning på tjänsteutövare som är etablerade i andra medlemsländer. Uttalandet brukar återopas som stöd för att domstolens inställning redan vid denna tid lämnade diskrimineringsförbudets begränsningar. Så behöver nödvändigtvis inte vara fallet, uttalandet kan tolkas på ytterligare ett sätt. Vad domstolen faktiskt säger är att likabehandling i sig inte är tillräckligt för att utesluta diskriminering. Om den formella likabehandlingen de facto missgynnar utländsk tjänsteverksamhet så är i stället kriterierna för dold diskriminering uppfyllda.

Med utgångspunkt från att domstolen vid upprepade tillfällen fastslagit att krav på tillstånd utgör hinder för tjänsters fria rörlighet så måste två tillståndskrav ses som ett dubbelt hinder. Tjänsteutövare som är underkastade två länders tillståndskrav är således missgynnade i förhållande till tjänsteutövare som endast har att efterkomma ett tillståndskrav. Dubbla regleringar som innebär att en verksamhet underkastas kontroll och tillståndskrav både i ursprungslandet och i värdlandet kan därmed utgöra dold diskriminering. Den missgynnande effekten påverkas inte av om regleringarna har lika eller olika innehåll och skyddsändamål.¹⁸⁹

5.3.1.2 Krav på organisationsform

De nationella krav avseende omständigheter kring tjänsteverksamhetens bedrivande som redogjorts för tidigare i detta kapitel är kanske mer främmande att betrakta som dubbel reglering. Krav på exempelvis bolagsformer, fondavsättningar och andra liknande omständigheter försvårar den fria rörligheten. Frågan om värdlandets krav är extra betungande för ut-

¹⁸⁷ 110 & 111 Ministère Public v. Van Wesemael (1979) ECR 35.

¹⁸⁸ 279/80 Webb (1981) ECR 3305.

¹⁸⁹ Däremot kan olika innehåll och skyddsändamål motivera undantag från artikel 49.

ländska tjänsteutövare beror, på samma sätt som för tillståndskrav, på om även hemlandet uppställer liknande krav. I ett av de fall som varit föremål för domstolens prövning gällde frågan det nederländska kravet på att TV-reklam endast fick sändas av fristående bolag och att all avkastning skulle gå till programproduktion.¹⁹⁰ I domstolens motivering sades generellt att likabehandlande regler kan inskränka den fria rörligheten om de tillämpas på personer som måste uppfylla hemlandets lagstiftning.¹⁹¹ Generaladvokat Tesauro var däremot tydlig i denna fråga. Att underkasta utländsk tjänsteverksamhet, som har att efterleva hemlandets lagstiftning, samtliga nationella krav är diskriminerade eftersom det innebär att olika fall behandlas lika.¹⁹²

Generaladvokat Tesauro har givetvis rätt, hans inställning överensstämmer med domstolens tidigare uttalanden om särbehandling.¹⁹³ Dock bör en reservation göras innan tesen om att "olika fall behandlas lika" tillämpas på dubbla regleringar. "Olika fall" måste i så fall innebära inte bara att de dubbla regleringarna har olika ursprungsland utan även att reglerna har olika innehåll. Endast dubbla regleringar behöver inte nödvändigtvis vara extra betungande. Därtill krävs att hemlandets och värdlandets regleringar är olika, vilket skulle leda till att gränsöverskridande tjänsteutövare måste anpassa organisationsformer till två olika rättssystemers krav.¹⁹⁴

5.3.1.3 *Krav på tjänsteprodukten*

Olika krav på tjänsteproduktens egenskaper, innehåll och utformning kan försvåra tjänstehandeln mellan medlemsländerna. Såväl regleringens innehåll som graden av reglering varierar mellan medlemsländerna. EG-domstolen behandlar dubbla produktkrav på samma sätt som den behandlar andra omständigheter kring tjänsteverksamhetens bedrivande.¹⁹⁵ Situationen uppfattas som att värdlandets lagstiftning missgynnar utländsk tjänsteverksamhet som redan har att uppfylla hemlandets krav. Även här behandlar värdlandet olika fall lika i det fall tjänsteverksamhet

¹⁹⁰ C-353/89 Commission of the European Communities v. Kingdom of Netherlands (1991) ECR I-4069.

¹⁹¹ P. 16. Se även C-288/89 Stichting Collectieve Antennevoorsiening Gouda v. Commissariat voor de Media (1991) ECR I-4007, p. 10 och 12.

¹⁹² C-288/89 Stichting Collectieve Antennevoorsiening Gouda v. Commissariat voor de Media (1991) ECR I-4007, GA Tesausors förslag till avgörande p. 15.

¹⁹³ Se avsnitt 4.1.2.

¹⁹⁴ C-439/99 Kommissionen mot Italien REG 2002 s. I-305.

¹⁹⁵ C-288/89 Gouda and others v. Commissariat voor de Media (1991) ECR I-4007, p. 12. Se även 52/79 Debeauve (1980) ECR 833, p. 12.

från ett annat EU-land måste uppfylla olika villkor som uppställs i hemlandets och värdlandets lagstiftning.¹⁹⁶

På samma sätt som för ovan diskuterade krav på organisation så bör man skilja mellan olika situationer. Om innehållet i hemlandets och värdlandets lagstiftning varierar, dvs. värdland och hemland reglerar samma tjänst men på olika sätt, missgynnas utländska tjänsteprodukter av att behöva anpassa sig till två olika produktbestämmelser. I det fall hemlandets och värdlandets regleringar till sitt innehåll är likadana så uppstår inget hinder, tvärtom. En tjänsteprodukt som tillgodoser hemlandets krav är då redan anpassad även till värdlandets produktkrav. När det gäller produktkrav så främjar dubbla regleringar i betydelsen likadana regleringar i stället den fria rörligheten.

Tjänster som inte varit reglerade i hemlandet för att i stället mötas av produktkrav i värdlandet är däremot i samma situation som värdlandets egna tjänster. Definitionen "olika fall behandlas lika" stämmer således inte i detta fall, där hemlandets och värdlandets tjänster befinner sig i samma situation. Första gången en tjänst regleras uppstår således inga dubbla bördor.

5.3.1.4 Krav på tjänsteutövarens kvalifikationer

Medlemsländernas krav på tjänsteutövarens professionella kvalifikationer är i allra högsta grad varierande. Ett land som Sverige kan i detta avseende vara en ytterlighet med mycket sparsam reglering, medan länder som Tyskland uppställer krav på särskild behörighet för i stort sett alla professionella yrken.

I de så kallade guide-fallen uppställde värdländerna krav på särskilda kunskaper för att få tillstånd att arbeta som guide, kunskaper som i praktiken erhöles genom nationell utbildning med efterföljande examen. Frågan om dubbla regleringar var inte aktuell, eftersom tjänsten i fråga, guidad bussresa till andra länder som Frankrike, Italien och Grekland, av naturliga skäl inte kunde tillhandahållas i hemlandet. Såväl EG-domstolen som generaladvokaten resonerade endast i termer av hinder för den fria rörligheten.

Inte heller i fallet Säger är det fråga om dubbla regleringar. De krav på juridisk kompetens för bevakning av patent som värdlandet uppställde saknade motsvarighet i tjänsteutövarens hemland.¹⁹⁷ Här har vi alltså en situation, där värdlandets och hemlandets krav är på olika nivåer. Säger var inte underkastad motsvarande kompetenskrav i sitt hemland, några

¹⁹⁶ Se även här GA Tesauro, p. 15.

¹⁹⁷ P. 12.

dubbla bördor är inte ifråga. Eftersom kravet på juridisk kompetens var lika betungande för landets egna tjänsteutövare så uppstod ingen diskriminerande effekt. Liksom vid produktkrav går det då inte heller i detta fall att spåra någon dold diskriminering.

Slutsatsen för kvalifikationskrav utan koppling till nationell examen blir densamma som för produktkrav. När endast värdlandet uppställer kvalifikationskrav drabbas inhemska och utländska tjänsteutövare lika. Båda kategorierna tjänsteutövare har att tillgodose ett lands krav, det vill säga värdlandets. Något missgynnande av utländska tjänsteutövare uppstår inte. När både värdlandet och hemlandet uppställer kvalifikationskrav och dessa krav har olika innehåll missgynnas däremot utländska tjänsteutövare som måste tillgodose två länders olika sorters kvalifikationskrav. I det fall både värdland och hemland uppställer kvalifikationskrav och dess krav har lika innehåll uppstår heller inget missgynnande. Lika regleringar gynnar istället den fria rörligheten.

5.3.1.5 Slutsats dubbla regleringar

Dubbla regleringar kan i vissa, men långt ifrån alla fall tolkas in under begreppet dold diskriminering. Den missgynnande effekt som är en förutsättning för dold diskriminering, är inte alltid en nödvändig följd av dubbla regleringar. Om värdlandets och hemlandets regleringar är likadana, alltså en dubbling i ordets egentliga bemärkelse, så uppstår som regel ingen missgynnande effekt. Likadana krav på produkten och tjänsteutövarens kvalifikationer kan uppställas hur många gånger som helst utan att vara missgynnande. Den fria rörligheten kommer tvärtom att främjas. Detta gäller emellertid inte för krav på tillstånd. Likadana men upprepade krav på tillstånd missgynnar utländska tjänsteutövare som måste söka tillstånd två gånger istället för en.

Om värdlandets och hemlandets regleringar är olika missgynnas däremot utländska tjänster och tjänsteutövare, som måste underkasta sig två länders lagstiftning i jämförelse med värdlandets tjänster som endast behöver efterleva det egna landets regler.

Produktkrav och kvalifikationskrav kan således ses som dold diskriminering endast om hemlandets och värdlandets regleringar har olika innehåll. Här uppstår emellertid ett intressant problem. Det är ju värdlandets reglering som i så fall skulle betraktas som diskriminerande. Det blir inte lätt att peka på vad diskrimineringen egentligen består i, och därmed hur värdlandet skall kunna undvika att diskriminera. Det är riktigt att tjänster som måste anpassas till mer än ett rättssystem missgynnas i förhållande till tjänsteutövande som endast behöver anpassas till ett rättssystem. Det är emellertid inte värdlandets lagstiftning som diskriminerar dessa

dubbelreglerade tjänsteutövare, det är istället det faktum att även hemlandet reglerar tjänsteutövarens verksamhet som medför att tjänsteutövaren missgynnas. Det är således effekten av hemlandets och värdlandets sammantagna åtgärder som kan vara missgynnande. Att omständigheter över vilka landet inte råder, i detta fall den sammantagna effekten av värdlandets och hemlandets lagstiftning, skulle medföra att värdlandets lagstiftning anses strida mot artikel 49 är en minst sagt märklig konsekvens av diskrimineringsförbudets tillämpning.

5.3.2 Slutsats om tjänsteverksamhet och tolkning av artikel 49

Tjänsteverksamhet utgör kärnan av tillämpningsområdet för artikel 49. Nationella regleringar av tjänsteverksamhet kan förekomma i allehanda former. Tidigare i detta kapitel har hindrande nationella åtgärder delats in i krav på nationalitet och hemvist, olika behandling på grund av nationalitet och hemvist, krav på tillstånd, organisation, tjänsteprodukter och på tjänsteutövarens kvalifikationer. Vid bedömningen av de nationella åtgärdernas förenlighet med artikel 49 spelar diskrimineringsbegreppet fortfarande en central roll, samtidigt som domstolen fastställt att även icke-diskriminerande hinder omfattas av förbudet i artikel 49. Vad kan då sägas om diskrimineringsprincipens betydelse för tolkningen av artikel 49 avseende tjänsteverksamhet? Vi utgår från tre alternativa tolkningsmodeller där artikel 49 tolkas antingen som förbud mot diskriminering, förbud mot alla hinder eller en kombination av förbud mot diskriminering och förbud mot övriga hinder. Det kan vara på sin plats att erinra om att diskussionen i detta kapitel endast avser tjänsteverksamhet.¹⁹⁸ Beträffande tolkningen av artikel 49 i sin helhet kommer motsvarande diskussion att föras i det avslutande kapitlet.

Den första tolkningsmodellen, där artikel 49 tolkas som förbud mot diskriminering har haft starka förespråkare i debatten¹⁹⁹ samt ofta framförts av medlemsländerna i deras försvar av nationella icke-diskriminerande åtgärder.²⁰⁰ En sådan inställning är inte längre hållbar. Hur vid tolkning man än må göra av diskrimineringsförbudet så har den sina begränsningar. Öppen diskriminering på grund av nationalitet är inget

¹⁹⁸ Diskussion om tolkningen av artikel 49 för tjänstestödjande åtgärder och tjänsteutövares/tjänstmottagares rättigheter följer i kap. 6 och 7.

¹⁹⁹ Bernard, N., *Discrimination and Free Movement in EC LAW* (1996) 45 ICLQ 82 och Marengo, G., *Pour un interprétation traditionnelle de la notion de mesures d'effet équivalent à une restriction quantitative*, 19 (1984) CDE 291.

²⁰⁰ Se t.ex. Schindler, 76/90 Manfred Säger v. Denemeyer & Co Ltd (1991) ECR I-4221, 275/92 Her Majesty's Customs and Excise v. Schindler (1994) I-ECR 1039 och C-384/93 Alpin Investment v. Minister van Financiën REG 1995 s. I-1141.

problem. Inte heller dold diskriminering i snäv bemärkelse, dvs. krav på etablering eller annan med nationalitet sammanhängande egenskap. Det särskiljande kriteriet är synbart, liksom den missgynnande, diskriminerande effekten. I gränslandet mellan dold diskriminering i vid bemärkelse och övriga hinder blir emellertid diskrimineringsförbudet för begränsande. Här återfinns nationsneutrala åtgärder som tillämpas lika på inhemska och utländska tjänster. Åtgärder av detta slag behöver inte vara missgynnande. Till denna kategori hör majoriteten av tjänstereglerande åtgärder såsom, tillståndskrav, produktkrav och klassifikationskrav. Sådana nationalitetsneutrala villkor, som tillämpas lika på inhemska och utländska tjänster, kan endast undantagsvis anses ha en missgynnande effekt. Som visats i föregående avsnitt kan bördan av att behöva efterleva dubbla regleringar i vissa fall missgynna utländsk verksamhet, men då endast under förutsättning att värdlandets och hemlandets regleringar har olika innehåll. Slutligen skall i detta sammanhang nämnas nationella förbud mot att utöva en viss verksamhet, som trots att det utgör ett absolut hinder inte är diskriminerande till sin natur. Diskrimineringsförbudet räcker således inte till för att bestämma omfattningen av artikel 49 utan måste antingen kombineras med förbud mot övriga hinder eller ersättas med förbud mot alla hinder för den fria rörligheten.

Den andra tolkningsmodellen innebär att artikel 49 skall tolkas som förbud mot alla hinder.²⁰¹ En sådan tolkning innebär att frågan om diskriminering inte längre har någon betydelse för att avgöra nationella åtgärders förenlighet med artikel 49. Det finns ett antal faktorer som talar för att byta ut diskrimineringsförbudet och endast pröva en åtgärds handelshindrande effekt med avseende på själva tjänsteverksamheten. Att bortse från diskriminering vid tolkning av artikel 49 och i stället endast pröva om en åtgärd utgör ett hinder för den fria rörligheten skulle förenkla bedömningen av nationella åtgärders förenlighet med fördraget. Som framkommit ovan är det många gånger svårt att avgöra skillnaden mellan dold diskriminering i vid bemärkelse och övriga hinder. Eftersom alla åtgärder som ryms inom diskrimineringsbegreppet konsumeras av begreppet hinder för den fria rörligheten skulle det inte heller vara nödvändigt. Hinder för tjänsters fria rörlighet inrymmer såväl diskrimine-

²⁰¹ Tesauro, G., *The Community Internal Market in the Light of the Recent Case-Law of the Court of Justice*, Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht, Vorträge und Berichte, Nr. 65, 1996:18, Weatherill, *After Keck: Some Thoughts on How to Clarify the Clarification*, 33 CML Rev. (1997) s. 885. Se vidare i det avslutande kapitlet om gemensamt synsätt på fri rörlighet för arbetstagare, etablering och tjänster, som hör samman med denna tolkningsmodell.

rande som icke-diskriminerande åtgärder. Gråzonen mellan dold diskriminering och övriga hinder upphör därmed att existera.²⁰²

Den senare utvecklingen av EG-domstolens praxis talar även för en sådan tolkning. Allt sedan fallet *Säger* har omnämnandet av diskriminering skett i förbigående, och då främst i samband med undantag. Domstolen har gång på gång fastslagit att tjänster som lagligen tillhandahålls i ett medlemsland även ska kunna tillhandahållas i andra medlemsländer.²⁰³ Domstolen har i sin bedömning och terminologi alltmer kommit att närma sig den praxis som vuxit fram för varors fria rörlighet. För varors fria rörlighet har EG-domstolen allt sedan fallen *Dassonville* och *Cassis* tolkat fri rörlighet som förbud mot hinder.²⁰⁴ Mycket talar för att samma synsätt även ska tillämpas för tjänsteverksamhet. För det sammansatta tjänstebegreppet är dock förhållandena mer komplicerade än för varor. Här inryms förutom själva tjänsten även tillhandahållare och utövare av tjänster. Likheten mellan varor och tjänster gäller endast själva tjänsteprodukten. Här är förutsättningarna för den fria rörligheten likartade. Framför allt är hindren för den fria rörligheten desamma, nationella krav på tillstånd och kontroll samt krav på produktens egenskaper, det som i sammanhanget kallas tekniska handelshinder. Det är också inom detta område som domstolen tillämpar en motsvarighet till den så kallade *Cassis*-principen, det vill säga att tjänster som lagligen tillhandahålls i ett medlemsland även skall kunna tillhandahållas i andra medlemsländer.²⁰⁵ Utvecklingen av den fria rörligheten för tjänsteutövare och tjänstemottagare uppvisar ett annat mönster.²⁰⁶

Den tredje modell som framförts innebär en kombination av de ovan beskrivna.²⁰⁷ Efter ett första diskrimineringstest skall domstolen i vissa fall gå vidare till ett andra test och även pröva om åtgärden hindrar den mellanstatliga handeln. Avgörande för om ett andra test blir aktuellt är

²⁰² För övriga kategorier, där artikel 49 skall ses som förbud mot diskriminering, är frågan om dubbla regleringar och gränsen mellan dold diskriminering och övriga hinder fortfarande av avgörande betydelse och kommer därför att vidareutvecklas närmare under respektive kapitel.

²⁰³ Se bl.a. 76/90 *Manfred Säger v. Dennemeyer & Co Ltd* (1991) ECR I-4221 och C-369/96, 376/96 *Arblade* REG 1999 s. I-8453.

²⁰⁴ Se 120/78 *Rewe-Zentral* (1979) ECR 649, p. 15 och 8/74 *Dassonville* (1974) ECR 837 p. 5.

²⁰⁵ 120/78 *Rewe-Zentral* (1979) ECR 649.

²⁰⁶ Se kap. 7 om rättigheter för tjänsteutövare/tjänstemottagare och avsnitt 10.3 om ett individinriktat perspektiv.

²⁰⁷ Roth, W.H., *The European Law of Justice's Case Law on freedom to Provide Services: Is Keck Relevant?*, i Andernas, M., Roth, W.H. (red.) *Services and Free Movement in EU-Law*, Oxford, 2002 och Roth, W.H., Oliver, P., *The Internal Market and the Four Freedoms*, 41 CML Rev. (2004) s. 407–441.

huruvida åtgärden i fråga påverkar marknadstillträdet. Bland de likabehandlande åtgärder som skulle påverka marknadstillträdet nämns krav på tillstånd, organisation och produktbestämmelser.²⁰⁸ För nationella åtgärder som inte påverkar marknadstillträdet är diskriminerings-testet tillräckligt. Det innebär att nationella åtgärder är tillåtna så länge de inte är diskriminerande. Artikel 49 tolkas här således som förbud mot diskriminering. För åtgärder som påverkar marknadstillträdet ställs strängare krav. För sådana åtgärder prövas i ett andra test om de utgör hinder för den fria rörligheten. För åtgärder som påverkar marknadstillträdet skall artikel 49 således tolkas som förbud mot alla hinder för tjänsters fria rörlighet. Även denna modell går att förena med domstolens praxis för tjänsteverksamhet. En modell med dubbla test innebär emellertid onödiga ställningstaganden. För nationell reglering av tjänsteverksamhet skulle det första diskriminerings-testet alltid följas av det andra "hinders-testet", av den anledningen att all reglering av själva tjänsteverksamheten påverkar marknadstillträdet. Det finns därmed ingen anledning att gå omvägen över diskriminerings-testet.

Artikel 49 borde därför lämpligast tolkas som förbud mot alla hinder för gränsöverskridande tjänsteverksamhet. Det skulle innebära enklare avvägningar för domstolen och därmed större förutsägbarhet. Gränsdragningen mellan diskriminering och övriga hinder skulle inte längre vara nödvändig att fastställa, när alla hinder omfattas av förbudet i artikel 49. Så lång är allt gott och väl. Men hur var det med frågan om undantag? Så länge domstolen gör skillnad mellan vilka undantagsgrunder som kan åberopas är det vanskligt att bortse från nationella åtgärders diskriminerande effekt.²⁰⁹ Den senare rättsutvecklingen har emellertid lett till att frågan om diskriminering har ringa betydelse, just för tjänsteverksamhet. Anledningen därtill är följande. Avgörande vid val av undantagsgrund är numera om en åtgärd är öppet diskriminerande. Endast för öppet diskriminerande skyddsåtgärder begränsas undantagsmöjligheterna till de grunder som anges i fördraget. För alla övriga åtgärder, från dold diskriminering till övriga hinder, finns inga sådana begränsningar.²¹⁰ Som framgått av tidigare praxisgenomgång så är det numera ytterst sällan som öppet diskriminerande åtgärder kommit inför domstolens prövning, där-

²⁰⁸ Utförligare beskrivning och diskussion om den tredje modellen görs i kap. 11.

²⁰⁹ Frågan om diskriminering har alltsedan fallen 352/85 *Bond van Adverteerders and others v. the Netherland State* (1988) ECR I-2085 och 288/89 *Gouda and others v. Commissariaat voor de Media* (1991) ECR I-4007 varit avgörande för vilka undantagsgrunder som kan komma i fråga, se 5.2.5.

²¹⁰ Enligt domstolens senare praxis kan allmänintresset rättfärdiga alla skyddsåtgärder som inte är öppet diskriminerande, se avsnitt 8.2.3 om val av undantagsgrund: artikel 46 eller allmänintresset.

till är kränkningen av artikel 49 alltför uppenbar. I de fall frågan trots allt har prövats, har domstolen konsekvent underkänt den nationella lagstiftningen och inte i något fall ens funnit anledning att pröva frågan om undantag för öppet diskriminerande åtgärder.²¹¹ I praktiken blir således frågan om undantag aldrig aktuell beträffande diskriminerande reglering av tjänsteverksamhet.

Diskrimineringsprincipen får därmed anses ha mist sin betydelse för själva tjänsteverksamheten. Alla nationella åtgärder, diskriminerande såväl som icke-diskriminerande, omfattas av förbudet i artikel 49. Beträffande undantag har utvecklingen lett fram till att frågan om diskriminering marginaliserats. Slutsatsen blir således att beträffande nationell reglering av tjänsteverksamhet skall artikel 49 tolkas som förbud mot alla hinder för tjänsters fria rörlighet.

Här skall återigen erinras om att ovan sagda endast gäller för själva tjänsteverksamheten. För övriga kategorier gäller andra förutsättningar. I detta arbete föreslås en differentierad tolkning av artikel 49. För nationella åtgärder som riktar sig mot tjänsteverksamheten skall förbudet i artikel 49 tolkas som ett förbud mot alla hinder för tjänsters fria rörlighet. För tjänstestödjande rättsområden och för tjänsteutövare/tjänstemottagare skall förbudet i artikel 49 tolkas som förbud mot diskriminering. Praxis för dessa två kategorier kommer att behandlas i de två följande kapitlen, varefter slutdiskussion och summering sker i det avslutande kapitlet.

²¹¹ Se 8.4.2 om undantag för nationell reglering av tjänsteverksamhet.

6 Fri rörlighet för tjänster – tjänstestödjande rättsområden

6.1 Tjänstestödjande rättsområden

Tjänsteverksamhet utövas i en komplicerad rättslig miljö. Så är exempelvis arbetsrätt, skatterätt och miljörätt interagerande rättsområden som påverkar tjänsteverksamhetens förutsättningar och villkor. Sådana rättsområden kallas i detta arbete för tjänstestödjande rättsområden. Den skillnad som därvid görs mellan själva tjänsteverksamheten och dess tjänstestödjande rättsområden kan beskrivas på följande sätt. *Tjänsteverksamhet* består av en ekonomisk aktivitet, såsom verksamhet inom handel, industri samt de så kallade fria yrkena.¹ *Tjänstestödjande rättsområden* är ingen aktivitet utan delar av rättsordningen som påverkar tjänsteverksamheten. Vilka hinder för utövande av tjänsteverksamhet som är förbjudna enligt artikel 49 framgår av kapitel 5. I detta avsnitt skall redogöras för hur förbudet i artikel 49 förhåller sig till nationell reglering av tjänstestödjande rättsområden.

Ändamålet med artikel 49 är att undanröja hinder för gränsöverskridande tjänsteverksamhet. Nationella regleringar av tjänsteverksamheten som kan hindra eller begränsa den fria rörligheten utgör därmed artikel 49:s centrala tillämpningsområde. Utöver det har artikel 49 givits en viktig roll för att komma till rätta med nationella regleringar av tjänstestödjande områden med negativ inverkan på tjänsters fria rörlighet. Domstolen har gjort klart att artikel 49 är tillämplig även inom rättsområden med indirekt verkan på tjänsteverksamhet. Domstolen har i ett flertal fall förklarat att diskrimineringsförbudet inte bara avser reglering av yrkesutövandet utan även reglering av omständigheter som underlättar tillgången till och utövandet av tjänsteverksamheten.² Artikel 49 fungerar även som utfyllnad och tolkningshjälp för den sekundärlagstiftning som

¹ För närmare beskrivning se tjänstebegreppet under kap. 2.

² 305/87 Commission v. Greece (1989) ECR 1461. Se även fallet 62 & 63/81 Seco Sv. EVI (1981) ECR 223.

utfärdats inom tjänstestödjande rättsområden.³ De direktiv som utfärdats inom olika sektorer täcker sällan in en verksamhets samtliga aspekter utan fungerar sida vid sida med nationell lagstiftning. EG-domstolen har vid upprepade tillfällen påpekat att medlemsländerna härvid måste iakttta de grundläggande friheterna i fördraget, och då i synnerhet friheten att tillhandahålla tjänster.⁴

Det framgår inte av fördragstexten att diskrimineringsförbudet i artikel 49 kan utsträckas till att även omfatta nationella åtgärder som inte reglerar själva tillhandahållandet av tjänster utan även rättsområden med indirekt inverkan på tjänsteverksamheten. En sådan tolkning av artikel 49 stöds av det allmänna programmet för tjänster som antogs redan 1962.⁵ Där nämns exempelvis innehav och nyttjande av fast egendom, slutande av avtal och kreditgivning.⁶ EG-domstolen har även i sin senare rättspraxis hänvisat till det allmänna programmet som stöd för att låta tjänstestödjande rättsområden omfattas av artikel 49.⁷

Det står således klart att medlemsländernas reglering av tjänstestödjande rättsområden omfattas av artikel 49. Därmed inte sagt att bedömningen av tjänstestödjande rättsområden är exakt densamma som bedömningen av tjänster. I förra kapitlet redogjordes för hur tolkningen av artikel 49 utvecklats från förbud mot diskriminering till förbud mot alla hinder. Utvecklingen har skett inom rättspraxis avseende tjänsteverksamheten, från fallet van Binsbergen till fallet Säger. Praxis avseende tjänstestödjande rättsområden uppvisar inte samma utveckling även om också här utvecklingen har gått mot en allt vidare tolkning av artikel 49. Allt fler rättsområden har av domstolen ansetts påverka tjänsters fria rörlighet och därmed hamnat under tillämpningsområdet för artikel 49. Frågan är om förbudet i artikel 49 tolkas på samma sätt för tjänstestödjande rättsområden som för själva tjänsteverksamheten.

³ C-60/03 Wolf & Müller REG 2004 s. I-9553, p. 30. Frågan gällde formen för genomförande av utstationeringsdirektivets krav på lagstadgad minimilön, tysk lagstiftning uppställde krav på att företag ingick borgensåtagande för anlitade underentreprenörers skyldigheter mot sina arbetstagare. Se även C-390/99 Canal Satellite Digitale REG 2002 s. I-607, gällde krav på förhandstillstånd och inskrivning i register som ett led i genomförande av dir. 95/47, om tillämpning av standarder för sändning av televisionssignaler.

⁴ C-60/03 Wolf & Müller REG 2004 s. I-9553, p. 30 och C-390/93 Canal Satellite Digitale, REG 2002 s. I-607 p. 27 och 28.

⁵ Allmänt handlingsprogram för upphävande av begränsningar i friheten att tillhandahålla tjänster, EGT 2, 15.1.1962.

⁶ Title III, punkt A, andra stycket (a), (d) och (f). Det Allmänna Programmet ger riktlinjer för genomförandet av tjänsters fria rörlighet.

⁷ Se exempelvis 293/83 Gravier (1985) ECR 593 och 197/84 Steinhauser v. City of Biarritz (1985) ECR 1819.

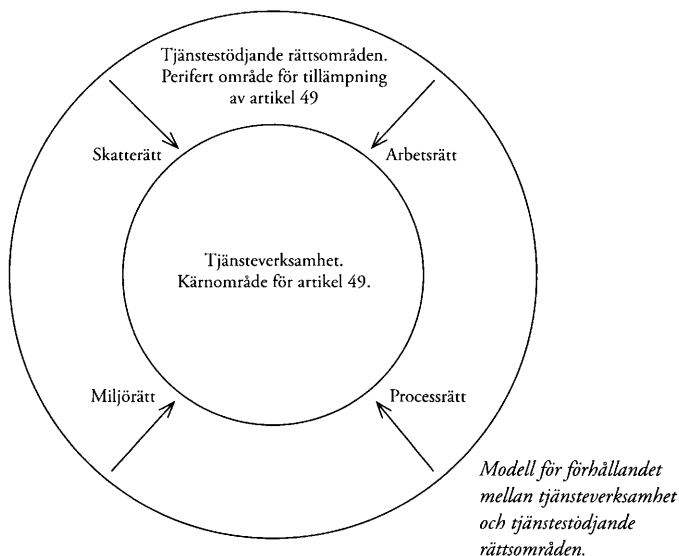
Den hypotes som framförts tidigare och som här skall prövas är om artikel 49 skall tolkas på olika sätt, beroende på om den nationella regleringen i frågan avser själva tjänsteverksamheten eller ett tjänstestödjande rättsområde. Hypotesen bygger på tanken att artikel 49:s centrala tillämpningsområde utgörs av tjänsteverksamhet. Inom detta centrala tillämpningsområde skall artikel 49 tolkas som förbud mot alla hinder, på sätt som framgår av kapitel 5. Tjänstestödjande rättsområden befinner sig enligt denna modell utanför det centrala tillämpningsområdet för artikel 49. Dock omfattas dessa rättsområden av artikel 49, på grund av deras indirekta effekt på tjänsteverksamheten.⁸ Tjänstestödjande rättsområden inryms därmed i artikel 49:s perifera tillämpningsområde. *Inom det perifera tillämpningsområdet skall artikel 49 tolkas som förbud mot diskriminering.* Endast nationella åtgärder som på något sätt missgynnar utländska tjänstetillhandahållare är förbjudna.⁹

Centralt tillämpningsområde – själva tjänsteverksamheten.

Alla hinder för tjänsteverksamhet är förbjudna.

Perifert tillämpningsområde – tjänstestödjande rättsområden.

Diskriminering av utländsk tjänsteverksamhet är förbjuden.



⁸ Se 305/87 Commission v. Greece (1989) ECR 1461. Se även fallet 62 & 63/81 Seco v. EVI (1982) ECR 223.

⁹ Beträffande diskrimineringsbegreppets innebörd, se kap. 4.

6.2 Systematisk genomgång av EG-domstolens praxis

I detta avsnitt redogörs för domstolens praxis avseende tillämpningen av artikel 49 på tjänstestödjande rättsområden. Av redogörelsen framgår hur domstolen tillämpat artikel 49 på nationella regleringar av arbetsrätt, skatter och sociala avgifter, processrätt, fastighetsrätt, miljö rätt, marknadsrätt samt inom socialförsäkringsrättens område. Urvalet av rättsfall är en produkt av den in casu-ordning som blir följden av negativ lagharmonisering. Avsikten med denna systematiska genomgång av EG-domstolens praxis är att ta fram underlag för en diskussion huruvida artikel 49 skall tolkas enhetligt eller om tolkningen varierar för tjänsteversksamhet och tjänstestödjande rättsområden.

6.2.1 Arbetsrätt

Arbetsrätt ingår numera bland fördragets övriga politikområden, under rubriken sociala bestämmelser.¹⁰ Det EG-rättsliga samarbetet inom detta område har intensifierats.¹¹ Den EG-rättsliga kompetensen har dock vissa begränsningar. Inledningsvis sägs att de EG-rättsliga åtgärder som vidtas skall ta hänsyn till skillnader i nationell praxis, särskilt när det gäller avtalsförhållanden. Det får ses som ett sätt att värna om den nationella arbetsrätten i allmänhet och kanske kollektivavtalsmodellen i synnerhet.¹² För sekundärrätt avseende löneförhållanden, föreningsrätt, strejkrätt eller rätt till lock-out, krävs enhälliga beslut.¹³

Förhållandet mellan gemenskapsrätten och den nationella arbetsrätten är av största intresse för den gemensamma marknadens funktion.¹⁴ Den fria rörligheten för tjänster påverkas i hög grad av nationella arbetsrättsliga regler och de nationella arbetsmarknadssystemen. För tjänsteföretag som arbetar över gränserna kan det innebära ett avsevärt ekonomiskt avbräck samt administrativt merarbete att behöva anpassa sig till ytter-

¹⁰ Artikel 136–146.

¹¹ För en genomgång av EG-arbetsrätt, se Nyström, B., *EU och arbetsrätten*, Fritzes, Stockholm, 2002.

¹² Se Maier, L., *Tjänstedirektivet, social dumpning och de nationella arbetsmarknadssystemen*, ERT nr 4/2005, s. 729–750.

¹³ Artikel 137.5.

¹⁴ Förhållandet mellan EG:s arbetsrätt och svensk arbetsrätt behandlas av Sigeman, T., *Fri rörlighet för tjänster och nationell arbetsrätt*, ERT nr 3/2005 s. 465–495. Förhållanden mellan EG:s arbetsrätt och ”den svenska modellen” behandlas av Maier, L., *Ustatisering av arbetstagare och det svenska kollektivavtalssystemet*, SACO-rapport, juni 2005 och *Tjänstedirektivet, social dumpning och de nationella arbetsmarknadssystemen*, ERT nr 4/2005, s. 729–750.

ligare ett arbetsrättsligt system. Samtidigt finns ett berättigat intresse av att motverka social dumpning och illojal konkurrens.

EG-domstolen har i en rad mål tagit ställning till nationella arbetsrättsliga reglers förenlighet med artikel 49. I fallet *Rush Portuguesa* försökte domstolen hitta en framkomlig väg mellan den fria rörligheten för tjänster och nationella rättsordningar. Frågan gällde ett portugisiskt företag som utförde byggnadsarbete i Frankrike.¹⁵ Enligt fransk lagstiftning måste all utländsk arbetskraft ha arbetsstillstånd i Frankrike och vara anställda på plats. *Rush Portuguesa* medförde emellertid utan vidare formaliteter sin egen personal. För detta brott mot den franska lagstiftningen ålades företaget en särskild sanktionsavgift.¹⁶ EG-domstolen konstaterade att de franska bestämmelserna stred mot artikel 49 och att det portugisiska företaget var i sin fulla rätt att utföra byggnadsarbeten i Frankrike med sin egen personal. Artikel 49 och 50 innebär att ett medlemsland varken kan förbjuda ett tjänsteföretag att förflytta sig inom värdlandet med sin personal, eller uppställa villkor på att personalen skall vara anställd på plats eller kräva arbetsstillstånd.¹⁷ De franska bestämmelserna innebär att utländska företag diskriminerades i förhållande till inhemska företag som utan hinder kunde använda sin egen personal. Företagets anställda uppbar portugisiska löner, vilka kraftigt understeg den franska lönenivån. Det förelåg således en uppenbar risk för social dumpning. EG-domstolen löste problemen genom att förklara att artikel 49 inte hindrade värdlandet från att utvidga sin nationella lagstiftning och kollektivavtal till att omfatta allt avlönat arbete inom sitt territorium, givetvis under den allmänna förutsättningen att varken lagstiftning eller kollektivavtal diskriminerade utländska tjänsteutövare.¹⁸

Artikel 49 tolkas således som förbud mot diskriminering. Domstolen pekar på ordalydelsen i artikel 50, enligt vilken frihet att tillhandahålla tjänster innebär rätten att tillfälligt utöva sin verksamhet i det land där tjänsten tillhandahålls, på *lika villkor* som landet uppställer för sina egna medborgare.¹⁹ Domstolen påpekar sedan att eftersom det EG-rättsliga tjänstebegreppet omfattar mycket olikartade verksamheter, kan inte samma slutsats dras i samtliga fall.²⁰ Domstolens ställningstagande i fallet

¹⁵ Snabbtågsjärnvägen mellan Paris och atlantkusten, C-113/89 *Rush Portuguesa* (1990) ECR I-1417.

¹⁶ Enligt Code de Travail var det endast Office national d'immigration som fick rekrytera utländska arbetstagare.

¹⁷ P. 12.

¹⁸ P. 18.

¹⁹ P. 11.

²⁰ P. 16.

Rush Portuguesa stämmer således väl överens med den differentiering av tjänsters fria rörlighet som föreslås i detta arbete.²¹

I sin följande rättspraxis avseende artikel 49:s tillämpning på arbetsrättens område använder domstolen en annan terminologi. I tre fall, som också rör byggsektorn, fastslår domstolen att förbudet i artikel 49 inte bara gäller diskriminering utan omfattar alla inskränkningar av tjänsters fria rörlighet, som innebär att utländsk tjänsteverksamhet förbjuds, hindras, avskräcks eller blir mindre attraktiv.²² Frågan avsåg värdlandets krav på att byggföretaget måste ha fungerande och tillgängliga register över sina arbetstagare på plats. Kravet innebär en dubbel börda för företag som redan för motsvarande register i det land där man är etablerad.²³ I den vidare argumenteringen nämns sedan den ytterligare ekonomiska och administrativa bördan och det sämre konkurrensläget för utländska tjänsteutövare som grund.²⁴ Domstolens argumentering innehåller därmed samma motsägelser som diskuterats tidigare.²⁵ Domstolen fastställer först att artikel 49 inte endast omfattar förbud mot diskriminering utan även övriga hinder för tjänsters fria rörlighet. De faktiska omständigheter som enligt domstolen därmed skulle omfattas av artikel 49 kännetecknas dock av att de på något sätt missgynnar utländska tjänsteutövare och inryms därmed inom diskrimineringsbegreppets ramar. De nationella åtgärder som domstolen hade att bedöma var formellt likabehandlande men innebar att utländska tjänsteutövars verksamhet försvårades genom att behöva hålla dubbla register. Resultatet blev dubbla bördor med ökat administrativt arbete för gästande företag. Kriterierna för dold diskriminering är således uppfyllda.

I fallet Rush Portuguesa poängterade generaladvokat van Gerven att en tillämpning av samma regler för utländska som inhemska tjänsteutövare kan utgöra dold diskriminering, i det fall tjänsteutövaren redan är underkastad motsvarande regler i sitt etableringsland. Det EG-rättsliga diskrimineringsförbudet omfattar inte bara olika behandling vid jämförbara situationer utan också lika behandling vid ojämförbara situationer.²⁶ I fallet Portugaia, som kom några år senare, var argumentationen i

²¹ C-113/89 Rush Portuguesa (1990) ECR-I-1417, GA:s yttrande p. 8. Van Gerven hänvisar till fallen 62 & 63/81 Seco v. EVI (1982) ECR 223.

²² 43/93 Vander Elst (1994) ECR I-3803, p. 14, 272/94 Guiot REG 1996 s. I-1905, p. 10, C-369/96 & 376/96 Arblade REG 1999 s. I-8453, p. 33.

²³ 43/93 Vander Elst (1994) ECR I-3803, p. 14, 272/94 Guiot REG 1996 s. I-1905, p. 10, 376/96 Arblade REG 1999 s. I-8453, p. 33.

²⁴ Guiot p. 14, Arblade p. 33.

²⁵ Se avsnitt 4.2, om dold diskriminering.

²⁶ Mål 13/63 Italy v. Commission (1963) ECR 165, C-390/36 Lease Plan REG 1998 s. I-2553, p. 34, C-279/93 Schumacher REG 1995 s. I-225, p. 30.

stort sett densamma.²⁷ Det portugisiska företaget Portugaia hade betalat sin utstationerade arbetstagare en lön som understeg den i Tyskland fastställda minimilönen. Till saken hör att det fanns vissa möjligheter för tyska företag att genom kollektivavtal komma överens med arbetstagarparten om löner under den lagstadgade miniminivån. Domstolen påpekade att även nationella bestämmelser som tillämpas utan åtskillnad kan medföra att tjänster som tillhandahålls av personer eller företag som är etablerade i ett annat medlemsland förbjuds, hindras eller blir mindre tilltalande i den mån de medför ytterligare kostnader eller ytterligare administrativa och ekonomiska bördor.²⁸

Att EG-domstolen i allt högre grad tillämpade artikel 49 inom arbetsrättens område sågs av många medlemsländer som högst oroande. Konsekvensen av rättsutvecklingen blev det så kallade utstationeringsdirektivet, som begränsade tillämpningen av artikel 49 inom det arbetsrättsliga området.²⁹ Enligt utstationeringsdirektivet ska medlemslänternas lagstiftning och bestämmelser avseende centrala anställnings- och arbetsvillkor tillämpas även på gästande företags relation till sina anställda.³⁰ Vidare får medlemsländerna även tillämpa andra anställnings- och arbetsvillkor, i den mån det är motiverat för att skydda allmän ordning.³¹ Genom utstationeringsdirektivet har artikel 49 delvis mist sin betydelse vid utstationering av arbetstagare. Artikel 49 fungerar dock som utfyllnad och tolkningshjälp avseende de rättsförhållanden som inte direkt regleras i direktivet.³²

²⁷ C-164/99 Portugaia REG 2002 s. I-787.

²⁸ C-164/99 Portugaia REG 2002 s. I-787, p. 16–18. Beträffande minimilön se även C-62 & 63/81 *Seco v. EVI* (1982) ECR 223 p. 14, 272/94 *Guiot* REG 1996 s. I-1905, p. 12 och C-165/98 *Mazzoleni and ISA* REG 2001 s. I-2189, p. 28–29.

²⁹ Direktiv 96/71/EG om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållare av tjänster. Direktivet får ses som en kompromiss mellan motstående intressen av att främja den fria rörligheten samtidigt som social dumpning motverkas och skydd för arbetstagare främjas. Se vidare Sigeman, T., *Fri rörlighet för tjänster och nationell arbetsrätt*, ERT nr 3/2005, s. 465–495, s. 471, och Maier, L., *Tjänstedirektivet, social dumping och de nationella arbetsmarknadssystemen*, ERT nr 4/2005, s. 729–750, s. 737.

³⁰ Artikel 3.1. Artikeln är utformad som en skyldighet för medlemslandet att garantera arbetstagare ett visst minimiskydd beträffande centrala anställnings- och arbetsvillkor, se a.a. även förorden punkt 13. Se Sigeman, beträffande frågor om Sveriges implementering.

³¹ Artikel 3.10. I den svenska översättningen har termen ”ordre public” använts. Om man jämför med tysk, engelsk, spansk, fransk och italiensk översättning torde det vara termen allmän ordning som avses. I samtliga dessa språkliga versioner har samma term som i fördragets allmänna undantagsgrund allmän ordning i artikel 46 och dir 64/221 använts.

³² Förhållanden mellan artikel 49 och utstationeringsdirektivet belyses i generaladvokat Mengozzi's förslag till avgörande i det ännu inte avgjorda Laval-målet C-341/05 *Laval un Parterri*. GA:s förslag den 23 maj 2007, s. 117 ff, med summering s. 149–150.

Ett exempel härpå är fallet Wolff & Müller.³³ EG-domstolen prövade tyska bestämmelser enligt vilka tysklandsetablerade företag var skyldiga att ikläda sig borgensansvar för att personal anställd hos en underleverantör skulle erhålla den i Tyskland föreskrivna minimilönen.³⁴ Domstolen ansåg att omständigheterna i målet motsvarade den situation som anges i utstationeringsdirektivet. Medlemsländerna är enligt direktivet skyldiga att säkerställa att företag ger utstationerade arbetstagare den för värdlandet bestämda minimilönen, samt att vidta lämpliga åtgärder för att säkerställa de skyldigheter som anges. Direktivet lämnar utrymme för skönsmässiga bedömningar avseende lämpliga åtgärder, ett utrymme som medlemsländerna får utnyttja med beaktande av artikel 49.³⁵ Liksom i det tidigare Portugaia-fallet avseende minimilöner fann domstolen att de tyska bestämmelserna stred mot artikel 49, till följd av ytterligare kostnader samt ytterligare administrativa bördor för personer och företag som är etablerade i ett annat medlemsland.³⁶

Av stort intresse är givetvis också Lavalfallet, där ett lettiskt företag försattes i blockad av svenska Byggnads, vilket stöddes av Elektrikerförbundets sympatiåtgärder.³⁷ Fallet ligger i skrivande stund på EG-domstolens bord.³⁸ Arbetsdomstolen har i begäran om förhandsbesked frågat EG-domstolen om rätten att vidta stridsåtgärder mot gästande tjänsteföretag och om den svenska så kallade Lex Britannia är förenliga med EG-fördraget och utstationeringsdirektivet.³⁹ Den svenska arbetsrätten förbjuder stridsåtgärder under den tid parterna är bundna av svenskt kollektivavtal men tillåter stridsåtgärder oavsett förekomsten av utländska kollektivavtal.⁴⁰ Lex Britannia innebär i praktiken att arbetsfred under pågående avtalstid endast gäller svenska kollektivavtal. De svenska bestämmelser-

³³ C-60/03 Wolff & Müller REG 2004 s. I-9553.

³⁴ P. 25 till 28. Utstationeringsdirektivet artikel 3.1 respektive artikel 5.

³⁵ P. 30.

³⁶ Se hänvisning i C-60/03 Wolf & Müller REG 2004 s. I-9553, p. 32 till C-164/99 Portugaia Construtiones REG 2002 s. I-787, p. 16.

³⁷ AD 2005 nr 49 (Vaxholmsmålet 268/04). För en fullständig redogörelse se Sigeman, T., *Fri rörlighet för tjänster och nationell arbetsrätt*, ERT nr 3/2005 s. 465–495. Se även Sigeman, T. och Inston, R., *The Freedom to Provide Services and the Right to Take Industrial Action – An EC Law Dilemma*, Juridisk Tidskrift 2006-07, s. 365 ff.

³⁸ C-341/05 Laval un Parteri. Generaladvokat Mengozzi lämnade förslag till avgörande 23 maj 2007. Enligt förslaget får fackföreningar vidta fackliga stridsåtgärder för att förmå ett tjänsteföretag från en annan medlemsstat att tillämpa lönenivån i ett kollektivavtal. Stridsåtgärderna måste emellertid vara proportionerliga och motiverade av hänsyn till mål av allmänt intresse. Tyvärr lämnar generaladvokaten frågan om proportionalitet till arbetsdomstolen. Se Sigemans kommentar, *Vad menar Paolo Mengozzi!?*, Lag och avtal 2007, nr 6, s. 36 f.

³⁹ Arbetsdomstolens beslut 15 september 2005 aktbilaga 133.

⁴⁰ MBL 42 § 1 och 3 st.

na borde enligt min mening ses som klart diskriminerande. Huruvida ett kollektivavtal omfattas av fredplikt bör avgöras med utgångspunkt från avtalade löne- och arbetsvillkor, inte i vilket land avtalet tecknats. Hänsyn till nationella arbetsmarknadssystem kan dock tänkas motivera undantag.⁴¹

EG-domstolens sätt att uttrycka sin inställning till nationella arbetsrättsliga bestämmelser har förändrats över tiden. I fallet *Rush Portuguesa* var diskriminering domstolens utgångspunkt medan motiveringen i senare fall i stället handlat om hinder och inskränkningar i form av betungande administration och avgifter. De skiftande formuleringarna kan dock tänkas spegla domstolens oklara uppfattning om diskrimineringsbegreppets innebörd, snarare än att en mer tillåtande inställning till nationella skyddsåtgärder inom arbetsrättens område. I samtliga fall har de faktiska omständigheterna inneburit en form av dold diskriminering. Företag från andra medlemsländer har missgynnats genom bördan av att behöva efterleva två lagstiftningar, vilket lett till extra ekonomiska och/eller administrativa bördor.⁴²

6.2.1.1 Sociala avgifter för arbetstagare

Sociala avgifter för arbetstagare är i den svenska rättssystematiken mer att betrakta som skatterätt än som arbetsrätt. De facto utgör emellertid sociala avgifter av detta slag en viktig del av det nationella arbetsmarknadspolitiska systemet. I den EG-rättsliga systematiken är sociala avgifter nära besläktade med sociala bestämmelser, dvs. samma politikområde som arbetsrätt.⁴³

I ett fall av äldre datum tillämpade EG-domstolen artikel 49 för att komma till rätta med sociala avgifter som missgynnade utländska företag. Bolaget *Seco* som utförde byggnadsarbete i Luxemburg avkrävdes sociala avgifter för personal från länder utanför gemenskapen.⁴⁴ Företagen *Seco* och *Desquennes & Giral* betalade redan motsvarande avgifter i sitt hem-

⁴¹ Till saken hör att rätten att vidta stridsåtgärder är grundlagsskyddad i Sverige och skall enligt utstationeringsdirektivet inte omfattas av gemenskapsrätten. De konstitutionellt intressanta frågorna om nationella fri- och rättigheters förhållande till gemenskapsrätten samt huruvida utstationeringsdirektivet utgör en icke tillåten inskränkning av fördragets artikel 49 skall tyvärr inte behandlas i detta arbete.

⁴² EG-domstolen har dock nästan alltid ansett det berättigat med undantag av hänsyn till allmänintresset, se avsnitt 8.2.2.1 om godtagna skyddsändamål och avsnitt 8.4.2.2 om dold diskriminering, vid tolkning – få undantag.

⁴³ Artiklarna 136–146.

⁴⁴ 62 & 63/81 *Seco v. EVI* (1982) ECR 223.

land Frankrike. Seco missgynnades således i förhållande till värdlandets företag eftersom man tvingades att betala dubbla avgifter. Till saken hör att arbetstagarna inte var berättigade till någon ersättning ur de avgifter som företagen var skyldiga att betala in. Bestämmelsernas syfte var istället att inte uppmuntra arbetsgivare att använda utländsk arbetskraft som ett sätt att minska sina kostnader för sociala avgifter.⁴⁵

EG-domstolen fastställde att det var fråga om dold diskriminering, eftersom Seco missgynnades av den ytterligare ekonomiska bördan av att behöva betala avgifter i enlighet med två nationella rättssystem.⁴⁶

6.2.2 Socialförsäkringar

Socialrätt ingår, tillsammans med arbetsrätt, bland EG-fördragets övriga politikområden under rubriken sociala bestämmelser.⁴⁷ Enligt artikel 137 skall gemenskapen, beträffande social trygghet och socialt skydd, stödja och komplettera medlemsstaternas verksamhet samt även verka för en modernisering av systemen.⁴⁸ Som nämnts så är gemenskapskompetensen inom socialrättens område begränsad. Gemenskapen får visserligen utfärda direktiv med minimikrav inom områden för social trygghet, dock med enhälligt förfarande. Medlemsländernas rätt att själva bestämma principerna för sin sociala trygghet får inte på något sätt rubbas.⁴⁹

Av socialrättens olika områden skall här endast uppmärksammas socialförsäkringar, av den anledningen att domstolen i ett antal fall tagit ställning till artikel 49:s tillämplighet. Inom socialförsäkringens område var uppfattningen annars länge att gemenskapsrättsliga åtgärder uteslutande skulle inriktas på samordning mellan ländernas olika socialförsäkringssystem. Den sekundärlagstiftning som antagits är helt inriktad på samordning, vilket också uttrycks i lagtexten.⁵⁰ Den sociala trygghetens närmare utformning och innehåll var och förblev en nationell angelägenhet. När EG-domstolen i ett antal mål från 1998 och framåt kom fram till att EU-medborgare kan förlita sig på artikel 49 för att erhålla kost-

⁴⁵ Bestämmelserna gällde inte arbetstagare från EU-länder.

⁴⁶ P. 9.

⁴⁷ Artikel 136–146.

⁴⁸ Artikel 137 p. 1 c och k.

⁴⁹ Artikel 137 p. 4.

⁵⁰ Art. 2.1 i för. 1408/71 om tillämpningen av systemen för social trygghet när anställda, egenföretagare eller deras familjemedlemmar flyttar inom gemenskapen. Samordning av socialförsäkringssystemen sågs redan på ett tidigt stadium som en viktig aspekt av arbetstagares fria rörlighet och har därför ursprungligen sin grund i artikel 42, fri rörlighet för arbetstagare.

nadsersättning ur hemlandets sjukförsäkringssystem för vård i ett annat EU-land var det en stor och överraskande vändning.

I fallet Kohll gällde frågan nationella krav på förhandstillstånd för att kunna erhålla kostnadsersättning från sjukförsäkringskassan i Luxemburg.⁵¹ Raymond Kohll hade nekats tillstånd till tandvårdsbehandling i Tyskland för sin minderåriga dotter. Ersättningen för behandlingen motsvarade vad som skulle utgå för samma behandling i Luxemburg. Några år senare, i fallet Smits and Peerbooms, kom frågan om krav på förhandstillstånd för ersättning av sjukhusvård utomlands upp.⁵² Frågan gällde två nederländska medborgare som sökte ersättning för vård i Tyskland respektive Österrike. Vården i Tyskland bestod av sjukgymnastik, arbetsterapi och psykosocialt stöd för att behandla Parkinsons sjukdom, vården i Österrike bestod av neurostimulerande terapi på en patient som låg i koma efter en trafikolycka.

EG-domstolen har i båda fallen konstaterat att medicinsk vård är en tjänst i fördragets mening, oavsett om den finansieras av sjukförsäkringskassan, och att krav på tillstånd utgör hinder för den fria rörligheten.⁵³ Krav på förhandstillstånd strider mot artikel 49, eftersom konsekvensen blir att medan inget tillstånd krävs för vård i det egna landet så blir förhandstillstånd vanligtvis nödvändigt för att få ersättning för vård tillhandahållen av vårdgivare som är etablerade i ett annat EU-land.⁵⁴ Det är svårt att hävda annat än att utländska vårdgivare behandlas på ett annat sätt än inhemska vårdgivare och att resultatet blir att utländska vårdgivare missgynnas. Kriterierna för dold diskriminering är därmed uppfyllda. Domstolen undviker emellertid att uttrycka sig i termer om diskriminering eller olika behandling i dessa fall. Orsak här till är att domstolen vid denna tid ännu inte hade tagit ställning till kopplingen mellan den nationella åtgärdens diskriminerande natur och val av undantagsgrund.

⁵¹ C-158/96 Kohll REG 1998 s. I-931.

⁵² C-157/99 Smits & Peerbooms REG 2001 s. I-5473. Se även fallet C-368/98 Vanbraekel REG 1998 s. I-5363 avseende mindre förmånliga regler för ersättning avseende sjukhusvistelse utomlands.

⁵³ P. 35 och 46 samt C-157/99 Smits & Peerbooms REG 2001 s. I-5473, p. 53–59 respektive 60–70 och 90. Se även 131/85 Gül v. Regierungspräsident Düsseldorf (1986) ECR 1573, p. 17. Se för övrigt kap. 2 om tjänstebegreppet.

⁵⁴ C-158/96 Kohll REG 1998 s. I-931 p. 34 och C-157/99 Smits and Peerbooms REG 2001 s. I-5473, p. 67–68. Det kan förekomma avtal mellan nationella försäkringssystem och vårdgivare i andra länder, i sådana fall krävs ingen förhandstillstånd, se Nederländernas invändning i fallet C-157/99 Smits and Peerbooms REG 2001 s. I-5473, p. 65.

6.2.3 Socialpolitik – räntebidrag till bostadslån

Socialpolitik är i likhet med socialförsäkringar att hänföra till EG-fördragets övriga politikområden under rubriken sociala bestämmelser.⁵⁵ Hit hör bestämmelser om bidrag till räntor på bostadslån, såsom en del av den nationella bostadspolitik. I detta sammanhang har Luxemburgs förmånliga bidragspolitik för bostäder varit föremål för EG-domstolens prövning.⁵⁶ Generaladvokat Elmer fann sig föranlåten att kommentera den inte alldeles självklara tillämpningen av artikel 49 med avseende på nationell bidragspolitik. Elmer menar att det saknar betydelse om en inskränkning i friheten att tillhandhålla tjänster införs i skatte- och avgiftsbestämmelser, för vilka artikel 49:s tidigare förklarats tillämpligt, eller om den införs i bestämmelser om offentliga bidrag.⁵⁷ Resultatet blir detsamma, att vissa personer gynnas genom utbetalning av offentliga medel.

Frågan var om räntebidrag som endast beviljades för bostadslån som tagits i banker etablerade i Luxemburg var förenliga med fördragets bestämmelser om fri rörlighet. Både fördragets bestämmelser om fri rörlighet för kapital och fri rörlighet för tjänster tillämpades.⁵⁸ Domstolen fann att bestämmelserna var sådana att de kunde förmå personer att avstå från att vända sig till banker etablerade i en annan medlemsstat, och därigenom utgöra hinder för kapitalrörelser i form av banklån. Beträffande förenligheten med artikel 49 konstaterades att bestämmelserna var diskriminerande.

6.2.4 Interna skatter och avgifter

Skatterätt är ett av de områden där medlemsländerna slår noga vakt om den nationella suveräniteten. Samarbete inom detta område finns med bland de övriga politikområdena.⁵⁹ Harmoniseringslagstiftning är tillåten med avseende på omsättningsskatt, punktskatt och andra indirekta skatter och avgifter, men begränsas av krav på enhällighet i rådet.⁶⁰ I avsaknad av harmoniseringslagstiftning gäller artikel 90 och 91, som förbjuder diskriminerande skatter och avgifter.

⁵⁵ Artikel 136–146.

⁵⁶ C-484/93 Svensson, Gustavsson v. Ministre de logement et de l'urbanisation REG 1995 s. I-3955.

⁵⁷ Beträffande skatter och avgifter se nästkommande avsnitt 6.2.5.

⁵⁸ Beträffande gränsen mellan kapital och tjänster, se avsnitt 2.8.5 om gränsen mot fri rörlighet för kapital.

⁵⁹ Artikel 90–93.

⁶⁰ Artikel 93.

Beträffande interna avgifter är fallet med de franska hamnavgifterna intressant.⁶¹ Alla rederier fick betala avgift per passagerare, avgifterna var dock högre vid trafik mellan Frankrike och annat land än mellan franska hamnar. Kommissionen ansåg att avgiftssystemet var dubbelt diskriminerande.⁶² Domstolens motivering var mer återhållsam men icke desto mindre avvisande. Avgiftssystemet förklarades strida mot artikel 49 eftersom följden blev att det var svårare att tillhandahålla tjänster mellan medlemsstater än att tillhandahålla tjänster helt och hållet inom en medlemsstat.⁶³ I fallet *Lease Plan* fann EG-domstolen att Belgiens regler för återbetalning av mervärdesskatt stred mot diskrimineringsförbudet i artikel 49.⁶⁴ Utbetalningen hade skett till en lägre räntesats och tiden för utbetalning började löpa senare för utländska tjänsteutövare än för tjänsteutövare med hemvist i värdlandet.⁶⁵ Det var således tydligt att utländska tjänsteutövare missgynnades. Även fordonsskatt omfattas av artikel 49. Registreringsavgift vid hyra av fordon från andra medlemsstater skall stå i proportion till den tid som fordonet brukas i landet.⁶⁶

EG:s lagstiftningskompetens omfattar inte direkta skatter. EG-domstolen har dock konstaterat att medlemsstaterna inte desto mindre är skyldiga att respektera gemenskapsrätten vid utövande av de befogenheter som är dem förbehållna.⁶⁷ Frågan om gemenskapsrättens inverkan på den nationella skatterättens område har varit föremål för livlig debatt i Sverige. Mot bakgrund av EG-domstolens motiveringar i ett antal fall under 90-talet ansågs tjänsters fria rörlighet inte bara innebära förbud mot diskriminering utan även förbud mot restriktioner eller andra slags åtgärder.⁶⁸ EG-domstolen hade vid denna tid övergått till att tala i termer

⁶¹ C-381/93 *Commission v. France* (1994) ECR I-5145.

⁶² P. 5. För det första var avgifterna lägre för passagerare till franska hamnar, för det andra togs avgift ut endast vid embarkering vid resa mellan franska hamnar medan avgift togs ut både vid embarkering och debarkering vid resa mellan franska och utländska hamnar.

⁶³ P. 17.

⁶⁴ C-390/96 *Lease Plan Luxembourg* REG 1998 s. I-2553, p. 33.

⁶⁵ P. 40.

⁶⁶ C-242/05 *Coevering* REG 2006 s. I-5843. Se även C-451/99 *Cura Anlagen* REG 2002 s. I-3193.

⁶⁷ C-118/96 *Safir* REG 1998 s. I-1897, p. 21, C-279/93 *Schumacker* REG 1995 s. I-225, p. 2, C-422/01 *Skandia och Ramstedt* REG 2003 s. I-6817, p. 25, C-136/00 *Danner* REG 2002 s. I-8147, p. 28.

⁶⁸ Bergström, S., *Något om EG-domstolens tolkningsprinciper, med särskild inriktning på inkomstskatterätten*, SN 1998 s. 481 ff. och *Rätten till etablering inom EU ur inkomstskatterättslig synvinkel*, SN 2000, s. 65. Se också Persson Östermann, R., *Icke-diskrimineringsprincipen i skatterätten enligt Europafördraget – i ljuset av senare praxis*, ERT 2001:2, s. 197.

om restriktioner. Det är emellertid vanskligt att dra några säkra slutsatser. Som påpekats hade domstolen uppenbara problem med frågan om hur dold diskriminering och lika tillämpade åtgärder förhåller sig till undantag av hänsyn till allmänintresset, vilket resulterade i en vag terminologi och till viss del motsägelsefulla motiveringar.⁶⁹ Nedanstående genomgång av praxis tar därför fasta på de faktiska förhållandena i stället för domstolens val av terminologi.⁷⁰

I fallet Bachmann gällde frågan rätt till skatteavdrag för försäkringspremier.⁷¹ Enligt belgisk lagstiftning medgavs skatteavdrag endast för försäkringspremier inbetalda till försäkringsbolag som var etablerade i Belgien. Domstolen fann att bestämmelserna utgjorde ett hinder för tjänsters fria rörlighet eftersom försäkringstagare avskräcktes från att vända sig till utlandsetablerade försäkringsgivare.⁷² I fallet Veestergaard fastställde domstolen att det stred mot artikel 49 att försvåra skatteavdrag för kurser som anordnats i ett annat EU-land.⁷³ I fallet Safir var huvudfrågan de svenska reglerna avseende uttag av skatt på försäkringspremier, vilket endast skedde på utländska försäkringar.⁷⁴ Domstolen fann att det svenska skattesystemet gör åtskillnad mellan kapitalförsäkringar beroende på om försäkringen har tecknats hos ett försäkringsbolag som är etablerat i Sverige eller inte.⁷⁵ Även i fallet Skandia och Ramstedt var den svenska lagstiftningen ifrågasatt, denna gång avseende pensionsförsäkringar.⁷⁶ För att en försäkring skulle anses som pensionsförsäkring måste den i princip tecknas i en försäkringsrörelse som är etablerad i Sverige. Frågan gällde

⁶⁹ Se avsnitt 8.2.3 Val av undantagsgrund: artikel 46 eller allmänintresset, och EG-domstolens motivering i exempelvis C-484/93 Svensson, Gustavsson v. Ministre de logement et de l'urbanisation REG 1995 s. I-3955 och C-118/96 Safir REG 1998 s. I-1897.

⁷⁰ Ståhl och Österman menar att domstolens praxis talar för att artikel 49 inskränkt till att utgöra krav på likabehandling inom skatterättens område, innebärande förbud mot negativ särbehandling på grund av nationalitet och etablering, se Ståhl, K. och Österman, R., EG-skatterätt, uppl. 2, Justus, Uppsala 2002, s. 84–85.

⁷¹ C-204/90 Bachmann (1992) ECR I-249, se även C-300/90 Comission v. Belgium (1992) ECR I-305.

⁷² C-204/90 Bachmann (1992) ECR I-249, p. 31.

⁷³ C-55/98 Veestergaard REG 1999 s. I-7641, p. 22.

⁷⁴ C-118/96 Safir REG 1998 s. I-1897.

⁷⁵ C-118/96 Safir REG 1998 s. I-1897, p. 24 och 27. En följd blev att återköp av kapitalförsäkringar blev mer betungade för utlandsetablerade bolag. Övriga försvårande inslag var att 1) försäkringstagaren måste deklarerat premieinbetalningarna till svenska skattemyndigheten och själv erlägga skatten, 2) för befrielse eller nedsättning av premieskatten krävdes detaljerade uppgifter om försäkringsbolagets beskattning i hemvistlandet, 3) det var osäkert hur skattemyndigheten skulle komma att bedöma det utländska bolagets beskattning.

⁷⁶ C-422/01 Skandia & Ramstedt REG 2003 s. I-6817.

här tjänstepensionsförsäkring till en anställd (Ramstedt) där arbetsgivaren (Skandia) betalade premierna. Tjänstepensionen var tecknad i ett utländskt bolag, vilket hade till följd att arbetsgivaren inte medgavs avdrag för sina pensionskostnader. EG-domstolen fann att artikel 49 utgör hinder för att en försäkring som tecknats i en försäkringsrörelse som är etablerad i en annan medlemsstat särbehandlas skattemässigt.⁷⁷ Det motiverades med att de svenska bestämmelserna gjorde det svårare att tillhandahålla tjänster mellan medlemsstaterna än att tillhandahålla tjänsten helt och hållet inom en medlemsstat.⁷⁸ Till samma slutsats kom domstolen i ett liknande fall 2007, avseende danska skatteregler. Förutsättningen för försäkrings- tagares avdragsrätt för pensionsförsäkringspremier var i Danmark, liksom i Sverige, att försäkringsgivaren/pensionsinstitutet har fast driftställe eller en filial i landet.⁷⁹

Vad blir då slutsatsen beträffande gemenskapsrättens förhållning till direkta skatter? De hinder som i ovanstående fall uppställs för tjänsters fria rörlighet är av varierande art. Den gemensamma nämnaren är att den nationella lagstiftningen missgynnar försäkringsbolag som är etablerade i ett annat medlemsland, vanligtvis genom försämrade avdragsrätt för försäkringspremier. I Safir-fallet missgynnades utländska försäkringsbolag av de svenska reglerna om skatteuttag för försäkringspremier på utländska försäkringar. Det är således fråga om klara fall av dold diskriminering på grund av etablering.

I några senare fall avseende uppbörd av skatt har EG-domstolen funnit att förpliktelser för tjänstemottagare att innehålla källskatt på betalning till tjänsteutövare i andra länder utgör hinder för tjänsters fria rörlighet.⁸⁰ Även likabehandlande belgiska regler om solidariskt ansvar för tidigare skatteskulder för den som anlidade oregistrerade byggfirmor ansågs strida mot artikel 49. Bestämmelserna kan dock anses missgynna utländska tjänsteutövare, av den anledningen att det lär ha varit utländska byggfirmor som vanligen inte uppfyllde kravet på registrering.⁸¹

⁷⁷ P. 62.

⁷⁸ P. 26. Se även C-136/00 Danner REG 2002 s. I-8147, p. 29.

⁷⁹ C-150/04 Kommissionen mot Danmark (2007) dom 30 jan 2007, p. 40.

⁸⁰ I fallet Scorpio var det fråga om inkomstskatt för verksamhet inom ramen för musikföreställningar, dvs. ett slags artistskatt, för personer bosatta i ett annat land, C-290/04 Scorpio FKP Konzertproduktion GmbH v. Finanzamt Hamburg-Eimsbüttel REG 2006 s. I-9461. Det andra fallet gällde innehållande av källskatt på byggtjänster vid betalning till byggfirmor som var registrerade i ett annat land, C-433/04 Kommissionen mot Belgien REG 2006 s. I-653.

⁸¹ Se Ståhl, K., *EG-domstolens domar*, Skattenytt 2007, s. 348.

6.2.5 Processrätt

Beträffande processuella regler råder nationell autonomi. Medlemsländerna måste dock efterleva vissa allmänna principer avseende EG-rättens genomslag på nationell nivå. Bland dessa är principen om likvärdighet som innebär att en talan på EG-rättsliga grunder inte får behandlas mindre förmånligt än en talan som grundas på nationell rätt.⁸²

Nationell processrätt har i några fall befunnits komma i konflikt med artikel 49. I fallet Koestler gällde frågan Tysklands regler om att vissa skulder inte kunde lagföras i tysk domstol.⁸³ En fransk bank med fordringar på en tysk klient, tidigare bosatt i Frankrike, kunde därmed inte få det tyska rättsväsendets hjälp med att fastställa fordran och driva in skulden. Den franska banken och kommissionen ansåg att de tyska reglerna hindrade den fria rörligheten för tjänster och därmed stred mot fördragets regler. Generaladvokat Reischl kom till motsatt slutsats. Han menade att de tyska bestämmelserna var förenliga med fördraget eftersom egna och utländska rättssubjekt behandlades lika. Reischl hävdade att diskrimineringsförbudet i artikel 49 inte innebär att utländska EG-medborgare skall behandlas mer förmånligt än egna medborgare, vilket i sin tur skulle orsaka omvänd diskriminering. Detta, menade Reischl, var den förhärskande uppfattningen bland alla akademiska författare.⁸⁴ EG-domstolen var av samma uppfattning som generaladvokat Reischl. Domstolen fastställde att de tyska bestämmelserna var förenliga med fördraget eftersom reglerna behandlade utländska och inhemska rättssubjekt lika och därmed inte var diskriminerande.⁸⁵ Domstolen grundade sin inställning på artikel 50 (3), där det stadgas att tjänsteutövare som utövar verksamhet i ett annat medlemsland skall göra det på samma villkor som inhemska tjänsteutövare. Vidare grundade sig domstolen på det allmänna programmet för tjänster,

⁸² C-231/96 Edilizia Industriale Siderugica mot Ministero Delle Finanze REG 1998 s. I-4951 och C-326/96 B.S. Levez mot T.H. Jennings Ltd REG 1998 s. I-7835. Övriga principer är effektivitetsprincipen. 33/76 Rewe-Zentralfinanz v. Landwirtschaftskammer (1976) ECR 1989, s. 1997 och C-430, 431/93 Van Schinjdell & van Veen mot Stichting Pensioensfonds voor Fysiotherapeuten REG 1996 s. I-4705 och proportionalitetsprincipen 8/77 Sagulo (1977) ECR 1495 p. 12–13. Samtliga principer kan ses som underordnade rättsskyddsprincipen, se Engström, J., *Toskans olivolja får svenska domstolen på glid – EG-rättens betydelse för några förvaltningsrättsliga spörsmål*, ERT 2005:1 s. 138. Till rättsprincipen/effektivitetsprincipen hör rätt till domstolsprövning, se C-97/81 Borelli v. Commission (1992) ECR I-6313; C-222/86 UNECTEF v. Georges Heylens (1987) ECR 4097 och C-222/84 Johnston v. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary (1986) ECR 1663.

⁸³ 15/78 Société Générale Alsacienne de Banque SA v. Koestler (1978) ECR 1971.

⁸⁴ P. 4 st. 3–4 i GA:s förslag. Som exempel nämns bl.a. Maestripieri.

⁸⁵ Domstolens beslut p. 4–5.

där de restriktioner som programmet är ägnat att avskaffa definieras som åtgärder som hindrar eller försvårar tjänsteutövers verksamhet genom att behandla dem annorlunda än ett lands egna medborgare.⁸⁶

Även i fallet Broede var tyska processrättsliga regler ifrågasatta.⁸⁷ Enligt tyska regler för tvistemål måste parterna företräddas av en advokat i mål inför Landgericht. Det innebär att företag som arbetar med inkassoverksamhet inte själva kan företräda sina klienter. Det franska inkassoföretaget INC, som företrädde den tyska resebyrån Broede, hindrades därmed från att fullfölja sitt uppdrag. EG-domstolen menade att artikel 49 förbjöd nationell lagstiftning som diskriminerar, hindrar eller som gör det mindre tilltalande för utländska tjänsteutövare att bedriva verksamhet i landet.⁸⁸ De tyska bestämmelserna bedömdes vara icke-diskriminerande, men utgöra ett absolut hinder för utländska inkassoföretags verksamhet i Tyskland.

Domstolen kom således fram till olika slutsatser i de båda fallen. I fallet Koestler fann domstolen att de tyska reglerna var förenliga med artikel 49 eftersom de inte var diskriminerande. I fallet Broede befanns den tyska lagstiftningen strida mot artikel 49 trots att den bedömdes som icke-diskriminerande. Till saken hör dock att uttalandet om icke-diskriminering gjordes i samband med bedömningen av undantag.⁸⁹ Motiveringen till att bestämmelserna omfattades av förbudet i artikel 49 var en annan. Där menade domstolen i stället att förbudet för inkassoföretag att själva företräda sina klienter i tysk domstol gjorde det omöjligt att utföra tjänster i den mening som avses i artikel 49.⁹⁰ Frågan om de tyska bestämmelserna är missgynnande, och därmed dolt diskriminerande, får kanske lämnas öppen. Det ligger dock nära till hands att inkassoföretag som är etablerade i Tyskland har lättare att efterleva reglerna.

I fallet UNIBET fastställde EG-domstolen att principen om effektivt domstolsskydd inte i sig innefattar rätt att väcka fristående talan om nationella bestämmelsers överensstämmelse med gemenskapsrätten, det vill säga abstrakt normprövning, under förutsättning att likvärdighets- och effektivitetsprincipen uppfylls.⁹¹

⁸⁶ Se Title III, Restrictions, p. 1.

⁸⁷ C-3/95 Broede REG 1996 s. I-6511. För ombud i underdomstolen, Amtsgericht fanns inte motsvarande begränsning.

⁸⁸ P. 25.

⁸⁹ P. 30. Se vidare i avsnitt 7.4.2.2.

⁹⁰ P. 27.

⁹¹ C-432/05 dom 13 mars 2007, p. 79–82.

6.2.6 Fastighetsrätt; Innehav och nyttjande av fast egendom

Innehav av fast egendom kan ses som en del av den nationella rättens egendomsordning. Reglering inom detta område skulle därmed hamna utanför gemenskapens kompetens.⁹² I den mån innehav och nyttjande av fast egendom befunnits diskriminera utländska tjänsteutövare har EG-domstolen emellertid ansett artikel 49 tillämplig. Redan det allmänna programmet för tjänster föreskrev att nationella regler som diskriminerar utländska tjänsteutövare skall avskaffas.

För att en verksamhet skall kunna etablera sig i värdlandet krävs i normalfallet en fast installation i form av kontor, industrilokaler, lager eller liknande. Detsamma gäller inte i samma utsträckning för tjänster, eftersom den fysiska närvaron vid tjänsteutövande i normalfallet är av kortvarig natur, i enlighet med det gemenskapsrättsliga tjänstebegreppet.⁹³ De tjänsteutövare som vistas i värdlandet under en längre tid kan emellertid även de vara i behov av såväl bostad som arbetslokaler.

EG-domstolen har i ett antal fall tagit ställning till huruvida nationella restriktioner avseende förvärv, hyra och innehav av fast egendom är förenligt med gemenskapsrätten. I målet *Commission v. Greece* gällde frågan huruvida den grekiska lagstiftningen om innehav och längre tids hyra av fast egendom stod i strid med fördragets diskrimineringsförbud.⁹⁴ Enligt den grekiska lagstiftningen var innehav av fast egendom förbehållet grekiska medborgare. Domstolen fann att den grekiska lagstiftningen stred mot artikel 49.⁹⁵ EG-domstolen menade att äganderätt och nyttjanderätt till fast egendom omfattas av artikel 49 såtillvida att det underlättar det faktiska utövandet av rätten till fri rörlighet.⁹⁶ Liksom i föregående fall hänvisade EG-domstolen till det allmänna programmet för tjänster där inskränkningar i rätten att skaffa, nyttja och avyttra fast egendom nämns bland de hinder för den fria rörligheten som skall avskaffas.⁹⁷ Generaladvokat Jacob påpekade att reglerna dels utgjorde ett hinder för fastighetsmäklare från andra EU-länder att utöva sin verksamhet, dels, i ett vidare perspektiv, hindrade personer som önskade att vistas i Grekland under en tid för att tillhandahålla tjänster av allehanda slag.⁹⁸

⁹² Artikel 295.

⁹³ Se kap. 2.

⁹⁴ 305/87 *Commission v. Greece* (1989) ECR 1461.

⁹⁵ Och mot artiklarna 12, 39 och 43.

⁹⁶ P. 24.

⁹⁷ Det allmänna programmet för tjänster, Title III, p. A, andra stycket (d).

⁹⁸ Generaladvokatens yttrande p. 11.

Efter att ha fastställt att fastighetsrätten till dessa delar omfattas av artikel 49 var det bara att konstatera att regler som begränsar innehav och hyra av fast egendom för utländska medborgare är diskriminerande.

6.2.7 Miljörätt

Miljö införlivades genom Enhetsakten bland övriga politikområden.⁹⁹ Genom Amsterdamfördraget 1999 förstärktes miljöskyddet till att ingå bland de grundläggande förutsättningarna för den europeiska gemenskapen.¹⁰⁰ Miljöskyddskrav, med syfte att främja en hållbar utveckling, skall numera integreras i genomförandet av gemenskapens politik, däribland genomförandet av den gemensamma marknaden.¹⁰¹ Skydd av miljön är således ett självständigt mål och inte endast ett led i genomförandet av den gemensamma marknaden fria rörlighet. Miljöskydd och fri rörlighet kan hamna på kollisionkurs. I sådana fall tillhandahåller fördraget ingen lösning. Kommissionens ursprungliga förslag var att miljöhänsyn skulle införas som ett överordnat mål, genom en formulering att genomförandet av den gemensamma marknaden inte skulle ske på bekostnad av en hållbar utveckling. Förslaget godtogs inte av rådet, vilket resulterade i den öppnare formuleringen av artikel 2 och 6. Spänningen mellan den inre marknaden funktion och genomförande och miljöpolitik skall i stället lösas med att de olika intresseområdena integreras.¹⁰² Det är främst kring varors fria rörlighet som konflikt med miljöintressen är aktuell. Artikel 49 kan dock komma att tillämpas även för miljöåtgärder. Än så länge finns få klara fall. Här skall dock redogöras för fallet Peralta. I fallet behandlas artikel 49:s tillämpning på miljöbestämmelser.¹⁰³

I fallet Peralta var det italienska reglers förenlighet med artikel 49 som prövades. Italiensk lagstiftning förbjöd fartyg under italiensk flagg att släppa ut spillvatten och kemikalier. Förbudet gällde även på internationellt vatten. Frågan var om italienska fartyg diskriminerades i förhållande till andra fartyg vilkas hemlandsregler var mer tillåtande beträffande utsläpp på internationellt vatten. EG-domstolen kom fram till att det inte var fråga om diskriminering.¹⁰⁴ På italienskt vatten gjordes ingen skill-

⁹⁹ EGF Artikel 174–176.

¹⁰⁰ Med Amsterdamfördraget infördes särskilt skrivelse i artikel 2 och artikel 6.

¹⁰¹ Artikel 6, som hänvisar till artikel 3.

¹⁰² Kommissionens meddelande om den inre marknaden och miljön, 09.06. 1999, se s. 4 och 11. Integreringen innebär att miljöhänsyn skall tas vid harmonisering av varor och tjänster, samt att vid offentlig upphandling av varor och tjänster kan hänsyn tas till miljöhänsyn.

¹⁰³ C-379/92 Peralta (1994) ECR I-3453.

¹⁰⁴ Frågan om omvänd diskriminering diskuterades inte, se avsnitt 4.2.3.

nad mellan italiensk- och utlandsregistrerade fartyg. Beträffande förhållandena på internationellt vatten menade domstolen att ”tillämpningen av nationell lagstiftning inte anses strida mot diskrimineringsförbudet enbart därför att andra medlemsländer påstås tillämpa mindre stränga bestämmelser”.¹⁰⁵

6.2.8 Marknadsföring – säljtågar

Bland det som här kallas tjänstestödande rättsområden intar marknadsföring en särskild ställning. Marknadsföring används här terminologiskt i en inskränkt bemärkelse för att beteckna det sätt på vilket en produkt saluförs. Med marknadsföringsregler avses således inte marknadsrätt som även innefattar bestämmelser om själva verksamhetens bedrivande eller slutprodukten innehåll. Här avses endast det sätt på vilket en tjänst når tjänstemottagaren.¹⁰⁶ Marknadsföringens särskilda ställning beror på att den inre marknaden genomförande i hög grad är beroende av effektiv marknadsföring, samtidigt som reglering av marknadsföring är av vitalt konsumentskyddsintresse och till viss del även hälsoskyddsintresse. Ett antal harmoniseringsdirektiv beträffande marknadsföring har antagits,¹⁰⁷ den rättsliga grunden har stundtals varit föremål för debatt och för ogiltighetstalan.¹⁰⁸ Frågan har då gällt om den inre marknaden harmoniseringsartikel 95 eller om artikel 152 eller 153 skall utgöra rättslig grund för sekundärlagstiftning.¹⁰⁹ För direktivet om otillbörliga affärsmetoder har artikel 95 här fått utgöra primär rättslig grund. Dock hänvisas till artikel 153 avseende gemenskapens målsättning att skapa en hög konsumentskyddsnivå.¹¹⁰

¹⁰⁵ C-379/92 Peralta (1994) ECR I-3453, p. 48. Domstolen hänvisar till 155/80 Oebel (1981) ECR 1993, p. 9. I fallet Oebel gällde frågan om ett tyskt förbud mot nattarbete i bagerier och nattleveranser stred mot artikel 28.

¹⁰⁶ Beträffande regleringen av marknadsföringsbestämmelser så gör sig tjänstereglernas restpostfunktion sig här gällande, se kap. 2 om gränsen mellan vara och tjänst. Trots att marknadsföring i sig är en tjänst så regleras marknadsföringsbestämmelser som direkt påverkar varors fria rörlighet av fördragets regler om varors fria rörlighet.

¹⁰⁷ Dir. 2006/114 om vilseledande och jämförande reklam, dir. 2005/29 om otillbörliga affärsmetoder som tillämpas av näringsidkare gentemot konsumenterna på den inre marknaden och dir. 1999/49 om vissa aspekter rörande försäljning av konsumentvaror och härmad förknippade garantier.

¹⁰⁸ I det så kallade Tobacco-målet fann EG-domstolen möjligheten att direktiv 98/43 om förbud mot tobaksreklam inte kunde tas med artikel 95 (dåvarande art. 100A) som rättslig grund, C-376/98 Tyskland mot Parlamentet och Rådet REG 2000 s. I-8419, p. 115.

¹⁰⁹ Folkhälsa respektive konsumentskydd.

¹¹⁰ Dir. 2005/29 om otillbörliga affärsmetoder som tillämpas av näringsidkare gentemot konsumenterna på den inre marknaden.

EG-domstolen har i ett stort antal förhandsavgöranden poängterat det nära sambandet mellan produkt och marknadsföring. Marknadsföring intar en central roll vid all handel och är rätt sammankopplat med genomförandet av den inre marknaden. Vid gränsöverskridande handel där produkter skall erövra nya marknader är marknadsföring ännu viktigare. Begränsningar i nationell lagstiftning kan allvarligt försvåra marknadsstillträdet för tjänsteprodukter. Samtidigt finns det just inom detta rättsområde ett tydligt behov av skyddslagstiftning, främst som skydd för konsumenter men även för att främja god handelssed. Den EG-rättsliga harmoniseringen har kommit en bit på väg. Inom konsumenträttens område har direktiv som skall skydda konsumenter för vissa säljformer antagits.¹¹¹ Även det nya tjänstedirektivet innehåller vissa stadganden som förbättrar konsumentens ställning.¹¹² Artikel 49 spelar dock fortfarande en viktig roll.

En någorlunda klar bild av EG-domstolens inställning till marknadsföringsåtgärder kräver kännedom om praxis för varors fria rörlighet. EG-domstolen öppnade i fallet Dassonville dörrarna för en mycket vid tolkning av varors fria rörlighet. Efter att domstolen under en längre tid haft att ta ställning till nationella åtgärder av allehanda slag gjorde domstolen en praxisändring i fallet Keck.¹¹³ Nationella bestämmelser om marknadsföring av mer allmän karaktär skall inte omfattas av artikel 28.¹¹⁴ Domstolen motiverade sin inställning med att flertalet marknadsföringsbestämmelser inte var riktade mot den mellanstatliga handeln samt att de påverkade inhemska och utländska varor på samma sätt. EG-domstolen skiljde dock ut säljåtgärder från marknadsåtgärder i allmänhet. Säljåtgärder kan komma att omfattas av artikel 28, dock endast säljåtgärder som inte tillämpas lika på inhemska och utländska varor eller som missgynnar utländska varor. Fallet Keck innebär därmed att endast säljåtgärder som diskriminerar utländska varor omfattas av förbudet i artikel 28. För övrigt

¹¹¹ Dir. 2002/65 om distansavtal för finansiella tjänster (rättslig grund art. 95 och 135), dir. 1997/7 om distansavtal (rättslig grund art. 95) och dir. 85/577 för att skydda konsumenter i det fall då avtal ingås utanför fasta affärslokaler (rättslig grund var i detta fall gemenskapens dåvarande konsumentprogram).

¹¹² Se avsnitt 9.4.

¹¹³ C-267 & 268/91 Keck and Mithouard (1993) ECR I-6097. Keckfallet har varit föremål för livlig diskussion, se bland annat Weatherill, S., After Keck: Some Thoughts on How to Clarify the Clarification, 33 CML Rev., 1997, s. 885, Van Gerven, W., *Articles 30, 48, 52 and 59 after Keck and Mithouard*, 2 CJEL (1996) 217, Snell, J., *Goods and Services in EC Law*, University Oxford Press, Oxford 2002, s. 78 ff., Oliver, P., *Some Further Reflections on the Scope of Articles 28–30 (ex. 30–36)*, 36 CML Rev. 1999, s. 783.

¹¹⁴ I Keck-fallet gällde frågan det franska förbudet mot underprissättning.

kan medlemsländerna utforma sina marknadsföringsregler utan att behöva ta hänsyn till fördragets stadganden om varors fria rörlighet.¹¹⁵

Frågan är hur artikel 49 förhåller sig till nationella marknadsföringsregler. Även för tjänsters fria rörlighet är marknadsföring en stödåtgärd som underlättar kontakt med presumtiva kunder och erövrandet av nya marknader. Bilden är mer komplicerad än för varor. Marknadsföring är inte bara en stödåtgärd utan kan även vara en tjänst i sig. Fallen de Agostini och Gourmet visar att frågan är komplex. Även här gällde det marknadsföring av varor. Till skillnad från Keck-fallet var själva marknadsföringen av varan att betrakta som en tjänst. Företagen de Agostini och Gourmet hade på uppdrag av klienter gjort reklam i TV och press för klienternas varor. I de Agostini-fallet var det svenska förbudet mot TV-reklam för barn under 12 år ifrågasatt, i fallet Gourmet det svenska förbudet mot alkoholreklam.

EG-domstolen valde att dela upp sitt avgörande i två delar, där det i den första delen bedömdes hur de nationella reglerna förhöll sig till artikel 28 (dåvarande artikel 30) och i den andra delen reglernas förenlighet med artikel 49. Beträffande förenlighet med artikel 30 konstaterades att ett totalförbud mot viss reklam, såsom det svenska, "omfattas inte av artikel 30 med mindre än att det visat att detta förbud inte påverkar saluföringen av inhemska produkter och produkter som kommer från andra medlemsstater på samma sätt, såväl rättsligt som faktiskt". Domstolen uttrycker sig på samma sätt som i fallet Keck, vilket innebär att *endast diskriminerande* nationell lagstiftning strider mot artikel 30.

I andra delen av avgörandet tar domstolen ställning till reklamförbudets förenlighet med artikel 49. EG-domstolen fastslår först att reklam som utförs för annans räkning är en tjänst i fördragets mening.¹¹⁶ Nationella regler som begränsar möjligheterna att sända reklam för en kunds räkning utgör därmed hinder för tjänsters fria rörlighet. *Alla hinder* för marknadsföringstjänster omfattas i detta fall av artikel 49.¹¹⁷

¹¹⁵ Motiveringen var oklar och lämnade många frågetecken. Vad som skall anses som säljtägarer och vilka säljtägarer som kan tänkas vara missgynnande är oklart och har diskuterats i ett stort antal skrifter.

¹¹⁶ C-34, 35, 36/95 KO mot de Agostini REG 1997 s. I-3843 p. 48. Se även 352/85 Bond (1986) ECR 2085. Upplåtande av reklamplats i pressen bedöms på samma sätt, se C-405/98 Konsumentombudsmannen mot Gourmet International Products REG 2001 s. I-1795, p. 36–38.

¹¹⁷ Praxis ger en oklar bild. I fallet de Agostini, p. 51, fann EG-domstolen att den fria rörligheten hindras i det fall de nationella reglerna tillämpas på tjänster som redan uppfyller krav i hemlandets lagstiftning. I det senare Gourmet-fallet kom domstolen fram till att det nationella förbudet mot alkoholreklam hade en särskilt negativ inverkan på gränsöverskridande tjänster och därför stred mot artikel 49, p. 39.

Domstolen gör således två bedömningar med olika resultat. Härtill finns en logisk förklaring. I den första situationen, där domstolen fastslår att nationella marknadsföringsregler inte får diskriminera utländska varor, överensstämmer slutsatsen med praxis från fallet Keck. I den andra situationen, där marknadsföring är själva tjänsten, kommer domstolen fram till att alla hinder omfattas av artikel 49. Denna slutsats överensstämmer med väletablerad praxis enligt vilken alla hinder för själva tjänsteverksamheten omfattas av artikel 49.¹¹⁸

Följderna av att bedöma de två situationerna på olika sätt blir besynnerliga. Det kan beskrivas på följande sätt. Diskrimineringsförbudet tillämpas i det fall där marknadsföring fungerar som stöd för saluföringen när importören av varan själv marknadsför sin produkt. Förbud mot alla hinder tillämpas när marknadsföring är själva tjänsten, det vill säga när importören har anlitat ett fristående företag. Slutsatsen blir att en importör bör anlita ett fristående företag för marknadsföringstjänsten. Marknadsföringen blir då en tjänst, och alla värdlandets eventuella invändningar mot marknadsföringsmetoder blir strängt bedömda enligt artikel 49, det vill säga alla hinder är förbjudna. Om importören själv handhar marknadsföringen får värdlandet tillämpa nationella regler, så länge ingen diskriminering förekommer.

I ovanstående fall gällde frågan marknadsföring av varor. Samma förhållanden skulle enligt vissa författare även gälla vid marknadsföring av tjänster.¹¹⁹ Detta kan ifrågasättas. Som visats ovan blir följderna av att tillämpa dubbla synsätt på marknadsföring besynnerliga. Det innebär att för tjänster kommer nationella marknadsföringsregler att bedömas olika beroende på om tjänestetillhandahållaren själv eller ett fristående företag handhar marknadsföringen. Det dubbla synsättet har ytterst sin grund i Keck-fallets inskränkning av artikel 28:s tillämpning på marknadsföringsåtgärder. Att utan vidare överföra det synsättet på tjänsters fria rörlighet är inte att rekommendera. För tjänster har inte EG-domstolen gjort motsvarande inskränkning. Tvärtom talar domstolens motivering i fallet *Alpin Investments* i motsatt riktning.¹²⁰

¹¹⁸ Se kap. 5 i allmänhet och fallen *Säger och Alpine Investments* i synnerhet, avsnitt 5.2.6.

¹¹⁹ Se Roth, W.H., *The European Court of Justice's Case Law on Freedom to Provide Services: Is Keck relevant?*, i Andenas, M. och Roth, W.H. (red.) *Services and Free Movement in EU Law*, Oxford, 2002 s. 19.

¹²⁰ C384/83 *Alpine Investments* mot Minister van Financiën REG 1995 s. I-1141.

6.2.8.1 *Alpin Investments och Keck*

I fallet *Alpin Investments* gällde frågan ett förbud i tjänsteutövarens hemland Nederländerna mot telefonförsäljning (så kallad cold calling) vid försäljning av optioner.¹²¹ Förbudet var föranlett av en rad klagomål från personer som förlorat stora summor efter att med denna försäljningsmetod lockats att investera pengar. Eftersom det nederländska finansministeriet hade mottagit klagomål även från investerare i andra medlemsländer utsträcktes förbudet till att gälla telefonförsäljning även till andra medlemsländer.¹²² Förhållandena i *Alpin Investments*-målet är därmed speciella. Det var här fråga om export, inte import. Därmed blev det bestämmelserna i tjänsteutövarens hemland som kom att prövas, inte, som vanligen är fallet, bestämmelser i värdlandet.

Alpin Investments menade att förbudet mot telefonförsäljning missgynnade nederländska tjänsteutövare i förhållande till tjänsteutövare i andra medlemsländer med mer tillåtande lagstiftning. Nederländerna hävdade, stött av Storbritannien, att förbudet föll utanför fördragets tillämpningsområde därför att åtgärden inte var diskriminerande och inte hade som syfte eller effekt att gynna den egna tjänstemarknaden. Eftersom förbudet endast påverkade sättet på vilket tjänsten salufördes, så var åtgärden analog med den icke-diskriminerande regleringen av försäljningsmetoder (förbud mot underprissättning) som i *Keck*-fallet befunnits hamna utanför tillämpningsområdet för fördragets regler.¹²³

EG-domstolen var av en annan åsikt. Som svar på *Alpin Investments* invändning fastställde EG-domstolen först att bara det faktum att andra länders regler var mer tillåtande inte i sig medförde att den nederländska lagstiftningen kunde ses som ett hinder för tjänsters fria rörlighet.¹²⁴ Domstolen konstaterade sedan att det nederländska förbudet mot telefonförsäljning inte var diskriminerande och inte heller gynnade den egna tjänstemarknaden. Trots det fann domstolen att de nederländska bestämmelserna stred mot artikel 49. Förbudet mot telefonförsäljning frångöt marknadens aktörer en snabb och direkt marknadsföringsmetod.

¹²¹ Cold calling innebär att försäljare ringer upp enskilda, utan föregående skriftligt samtycke, och erbjuder sina produkter.

¹²² Syftet med förbudet var dels att skydda anseendet för den nederländska finansmarknaden, dels att skydda konsumenterna från äventyrliga affärer.

¹²³ Enligt *Keck*-fallet så utgör nationella regler som hindrar eller inskränker vissa försäljningsmetoder inget hinder för tjänsters fria rörlighet under förutsättning att åtgärderna tillämpas lika på alla handlare samt påverkar avsättningen av inhemska och utländska produkter på samma sätt, både rättsligt och faktiskt.

¹²⁴ Jämför C-379/92 *Peralta* (1994) ECR I-3453, p. 48. Se avsnitt 4.2.2.

Förbudet påverkar direkt tillträdet till andra länders tjänstemarknader och utgör därför ett hinder mot den mellanstatliga handeln med tjänster.¹²⁵

I doktrinen har det livligt diskuterats varför EG-domstolen inte tillämpade sin praxis från Keck-fallet även på tjänster.¹²⁶ En teori är att domstolen inte vill göra samma begränsning av tillämpningen av artikel 49 som faktiskt blev fallet för artikel 28 efter Keck. Tjänstemarknaden och varumarknaden har en del betydande olikheter. Tjänstemarknaden är expansiv och geografiskt mer lätttröglig, delvis på grund av att de nya tjänsteformationer som dyker upp i den nya teknologins spår inte kräver fysisk förflyttning. Tjänstemarknaden har därför förutsättningar att bli verkligt gränsöverskridande, till en grad som varumarknaden inte kan uppnå. En sådan utveckling skulle försvåras av att varierande nationella marknadsföringsregler inte berördes av förbudet i artikel 49 mot hinder för tjänsters fria rörlighet.

Att dra sådana slutsatser av Keck- domen riskerar dessvärre att vara en grov övertolkning av fallet. Troligtvis ansåg EG-domstolen att de faktiska omständigheterna i de båda fallen var alltför olika. Domstolen menade att det nederländska förbudet mot telefonförsäljning och det i Keck-fallet aktuella förbudet mot underprissättning inte var jämförbara.¹²⁷ Bedömningen förefaller riktig. Motiveringarna i de båda fallen visar att marknads- tillträdet är den avgörande skillnaden. Slutsatsen i Alpin Investments fallet motiveras med att förbudet mot telefonförsäljning direkt påverkade nederländska tjänsteutövaras tillgång till andra länders marknader, medan Keck-fallet motiverades med att de nationella marknadsföringsregler som där var i fråga, inte hindrade eller försvårade marknadstillträdet för utländska produkter mer än för inhemska produkter. Förbud mot telefonförsäljning påverkade således direkt Alpin Investments tillgång till utländska marknader på ett sätt som inte motsvaras av förbudet mot försäljning till underpris i Keck-fallet.

Det finns ytterligare skäl för att inte tillämpa Keck-fallet på tjänsters fria rörlighet. I Keck-fallet stramade EG-domstolen upp sin tidigare

¹²⁵ EG-domstolen konstaterade dock att det fanns objektivt berättigade skäl för att medge undantag för bestämmelserna, av hänsyn till investerarnas förtroende för den nationella finansmarknaden. Se undantag kap. 8.

¹²⁶ Se bl.a. Hatzopoulos, V., *Annotation to Case C384/93 Alpine Investments v. Minister van financiën*, 35 CML Rev. (1995) s. 1427–1445, Timmermans, *Note on Case C-384/93 Alpine Investments v. Minister van financiën*, 44 SEW (1996) 244, och Maduro, M. P., *The saga of Article 30 EC Treaty: To Be Continued*, 5 Maastricht Journal of European and Comparative Law, 1998, s. 298–316.

¹²⁷ C-384/93 Alpin Investments v. Minister van Financiën REG 1995 s. I-1141, p. 33–39.

praxis. Dassonville-fallet hade öppnat dörrarna för en mycket vid tolkning av artikel 28. EG-domstolens allt mer ambivalenta hållning till den mångfald av klagomål på allehanda nationella regleringar som kunde tänkas påverka handeln fick nu ett slut. I fallet Keck klargjordes att artikel 28 har begränsningar. För tjänsters fria rörlighet finns inget Dassonville-fall. I stället har domstolen bit för bit letat sig fram till en allt vidare tolkning av artikel 49. Tolkningen har emellertid aldrig kommit i närheten av den omnipotens som artikel 28 tillskrevs i fallet Dassonville. Praxis för artikel 49 visar istället en fortsatt försiktig inställning, där diskrimineringsförbudet alltjämt är utgångspunkten, men där domstolen, i vissa fall, gör en vidare tolkning. Därför finns inte heller något behov av en markering motsvarande den som domstolen gjorde i fallet Keck.

6.2.8.2 Slutsats – marknadsföring

Marknadsföring kan ses på två olika sätt. Marknadsföring är sammankopplad med den fria rörligheten för varor och tjänster och en förutsättning för att nå fram till kunder och klienter och för att erövra nya marknader. Marknadsföring kan även vara en tjänst i sig, när en person eller ett företag har i uppdrag att marknadsföra en annan persons/företags produkt. Endast i det första fallet ses marknadsföring som tjänstestödjande rättsområde, i det senare så utgör marknadsföring själva tjänsteverksamheten.

Frågan är om artikel 49 skall tolkas på olika sätt beroende på i vilken skepnad marknadsföringsregler uppträder. När marknadsföring är en tjänst skall artikel 49 tolkas som förbud mot alla hinder för tjänsters fria rörlighet.¹²⁸ När marknadsföring är en tjänstestödjande åtgärd är tolkningen oklar. I relation till varors fria rörlighet står det klart att marknadsföring i sådana fall skall åtnjuta rätten till icke-diskriminering.¹²⁹ Även i relation till tjänsters fria rörlighet skulle marknadsföring som stödjande åtgärd kunna bedömas på samma sätt. Nationella regler är då tillåtna så länge inte utländsk tjänsteverksamhet diskrimineras. En sådan tolkning överensstämmer med vad som redogjorts för ovan avseende övrig tjänstestödjande verksamhet. Följderna av det dubbla synsättet blir märkliga. Artikel 49 kommer att tolkas olika beroende på om marknadsföringen är tjänstestödjande eller utgör själva tjänsteverksamheten.

¹²⁸ C-34, 35 och 36/95 Konsumentombudsmannen (KO) mot De Agostini (Svenska) Förlag AB och KO mot TV-shop i Sverige AB REG 1997 s. I-3843 och C-405/98 Konsumentombudsmannen mot Gourmet International Products REG 2001 s. I-1795.

¹²⁹ C-267 & 268/91 Keck and Mithouard (1993) I-6097, C-34, 36/95 Konsumentombudsmannen (KO) mot De Agostini (Svenska) Förlag AB and KO v. TV-shop i Sverige AB REG 1997 s. I-6047 och C-405/98 Konsumentombudsmannen mot Gourmet International Products REG 2001 s. I-1793.

Rimligen borde nationella marknadsföringsreglers förenlighet med fördraget bedömas på ett och samma sätt, oaktat det är säljaren själv eller en uppdragstagare som handhar själva marknadsföringen. Slutsatsen måste därför bli att artikel 49 skall tolkas som förbud mot alla hinder, diskriminerande såväl som icke-diskriminerande, med avseende på nationella marknadsföringsregler.

Marknadsföringsregler kommer härigenom att hamna i en särställning jämfört med andra tjänstestödjande rättsområden vars förenlighet med artikel 49 bedöms inom diskrimineringsbegreppets ramar. Det finns dock goda skäl för bedöma restriktioner i nationella marknadsföringsregler strängare än restriktioner inom andra rättsområden. Marknadsföring är som påpekats ofta en nödvändighet för att erövra nya marknader och därmed särskilt betydelsefull för den gränsöverskridande handeln. Det ter sig därmed naturligt att alltid placera marknadsföring inom artikel 49:s centrala tillämpningsområde, tillsammans med tjänsteverksamhet.

6.3 Slutsats

Förbudet i artikel 49 omfattar inte bara reglering av tjänsteverksamhet. Enligt EG-domstolens praxis omfattas även reglering av omständigheter som underlättar tillgången till och utövandet av tjänsteverksamhet.¹³⁰ Det står således klart att förbudet i artikel 49 även omfattar nationell reglering av tjänstestödjande rättsområden som resulterar i indirekta begränsningar av den gränsöverskridande tjänsteverksamheten.

Däremot är det inte lika klart hur förbudet i artikel 49 skall tolkas. Ovanstående genomgång visar att tjänstestödjande rättsområden kan vara av de mest skiftande slag. Då skall också hållas i minnet att genomgången endast speglar de rättsområden som råkat vara föremål för EG-domstolens prövning. Inom vissa rättsområden, såsom skatterätt, socialförsäkringsrätt och fastighetsrätt har den ifrågasatta nationella regleringen behandlat personer eller företag olika beroende på deras hemvist eller nationalitet. I dessa fall rör det sig således om uppenbara fall av dold eller öppen diskriminering. Inom andra rättsområden, såsom arbetsrätt och processrätt, har domstolens praxis till viss del förändrats över tiden. I tidigare rättsfall har frågan även här gällt reglering av klart diskriminerande karaktär. På senare år har även likabehandlande nationella regleringar inom arbetsrättens och processrättens område befunnits strida mot artikel 49. I stället för att tala om diskriminering har EG-domstolens motiveringar inriktats på huruvida regleringen hindrar eller försvårar den

¹³⁰ 305/87 Commission v. Greece (1989) ECR 1461. Se även fallet 62,63/81 Seco v. EVI (1982) ECR 223.

gränsöverskridande tjänsteverksamheten genom att göra det svårare att tillhandahålla tjänster mellan medlemsstaterna än att tillhandahålla tjänsten helt och hållet inom en medlemsstat.¹³¹ Härav skulle man kunna dra slutsatsen att rättsutvecklingen går mot en enhetlig tolkning av artikel 49, där alla hinder för tjänsters fria rörlighet är förbjudna oavsett vilket område av de nationella rättsordningarna som är ifråga.

Det finns dock omständigheter som talar för motsatsen. Trots den disparata samlingen av rättsfall går det att urskilja ett tydligt mönster. Om man ser till de faktiska omständigheterna har samtliga fall hållit sig inom diskrimineringsbegreppets ramar. De nationella regleringarna har på något sätt resulterat i att utländska tjänsteutövare hamnat i ett sämre läge än inhemska tjänsteutövare, vanligen genom bördan av att behöva efterleva både hemlandets och värdlandets betungande regler. Sådana situationer ryms inom diskrimineringsbegreppets ramar. Sammanfattningsvis kan sägas att i de fall domstolen tar ställning till de tjänstestödjande åtgärdernas förenlighet med artikel 49 är fråga om nationella bestämmelser som är diskriminerande, öppet eller dolt, och missgynnar tjänsteutövare från andra medlemsländer. Däremot visar genomgången att det förekommer variationer inom diskrimineringsbegreppets ramar. Variationerna mellan olika rättsområden är stora. Så är exempelvis bedömningen av nationella skyddsåtgärder inom arbetsrättens område generösare än inom skatterättens område.

Slutsatsen skulle därmed i stället bli att artikel 49 går mot en allt mer differentierad tolkning. För det första går en skiljelinje mellan artikel 49:s centrala och perifera tillämpningsområde. Inom det centrala tillämpningsområdet befinner sig tjänsteverksamhet. Här skall artikel 49 tolkas som förbud mot alla hinder, diskriminerande såväl som icke-diskriminerande. I det perifera tillämpningsområdet finns de tjänstestödjande rättsområdena. Artikel 49 skall här tolkas som förbud mot diskriminering. De tjänstestödjande rättsområdena är emellertid en ytterst heterogen samling. För vissa tjänsteområden har domstolen valt att endast förbjuda regler som är öppet diskriminerande eller som behandlar företag/personer olika på grund av hemvist. Det senare är vad som i kapitel 4 definierats som dold diskriminering i snäv bemärkelse. För andra tjänsteområden har domstolen gått vidare och även förbjudit nationell reglering som inte

¹³¹ Se till exempel C-381/93 *Commission v. France* (1994) ECR I-5145, p. 17, C-157/99 *Smits & Peerebooms* REG 5476 s. I-5473, p. 61; C-422/01 *Skandia & Ramstedt* REG 2003 s. I-6817, p. 26. Denna glidning i terminologin kan delvis förklaras av att domstolens uppenbara problem vid val av undantagsgrunder, se avsnitt 8.2.3 om val av undantagsgrund: Artikel 46 eller allmänintresset.

gör skillnad på grund av nationalitet eller hemvist men som trots det missgynnar utländska tjänsteutövare, dvs. dold diskriminering i vid bemärkelse.

Även andra faktorer talar för en differentierad tolkning. Om vi börjar med det allmänna programmet för tjänster, där tjänstestödjande rättsområden räknas in, så föreskrivs avskaffande av diskriminering, inte av hinder i största allmänhet.¹³² I programmet föreskrivs heller inget ovillkorligt avskaffande av sådana åtgärder, utan endast i den mån de är nödvändiga för verksamhetens utövande.

Arbete med att harmonisera tjänstestödjande rättsområden pågår i stället under andra former, dels som övriga politikområden inom ramarna för EG-fördraget, dels under EU-fördragets tredje pelare. Åtskilliga rättsområden har successivt kommit att införlivas i fördraget. Arbetsrätt, skatterätt, miljö rätt och konsumenträtt återfinns i den del av fördraget som går under samlingsnamnet "andra politikområden", i den engelska versionen "supporting policies".¹³³ Den lagstiftningskompetens som tilldelats gemenskapen inom dessa politikområden varierar. För arbetsrätt, skatterätt och miljö rätt har gemenskapen tilldelats rätt att utfärda sekundärlagstiftning. Även marknadsföring får harmoniseras inom ramarna för politikområdet konsumenträtt. Lagstiftningskompetensen inom skatteområdet och delar av arbetsrätten och miljö rätten begränsas genom krav på enhälliga beslut i rådet.¹³⁴ För arbetsrätt, miljö rätt och konsumenträtt skall sekundärlagstiftningen endast fastställa minimikrav.¹³⁵ Harmonisering av övriga tjänstestödjande rättsområden sker inom ramarna för den tredje pelaren, och således på villkor som mer liknar sedvanliga folkrättsliga överenskommelser.

Beträffande förhållandet mellan den inre marknadens fyra friheter och övriga rättsområden kan sägas att den inre marknaden intar en central ställning, vilket slås fast redan i fördragets inledande artiklar. Syftet med att successivt tillföra övriga politikområden till fördraget har tidigare främst varit att underlätta den inre marknadens upprättande och funktion.¹³⁶ En eventuell kollision mellan den inre marknaden och övriga politikområden kan ses mot denna bakgrund. Med tiden har emellertid synen

¹³² Vid tiden för Allmänna Programmet tillkomst hade den vidare tolkningen av artikel 49 ännu inte slagit igenom.

¹³³ Inom beskattningsområdet är det den indirekta beskattningen som utgör ett politikområde inom den första pelaren.

¹³⁴ Arbetsrätten artikel 137 p. 1 c, d, f och g, miljö rätt 175 p. 2.

¹³⁵ Inom många av de övriga politikområden saknar gemenskapen lagstiftningskompetens och skall i stället med olika initiativ främja samarbetet mellan medlemsländerna.

¹³⁶ Artiklarna 2 och 14.

på olika samarbetsområden delvis kommit att förändras. I takt med att den gemensamma marknaden förändrats från en ren ekonomisk gemenskap till att även innefatta begrepp som "medborgarnas Europa" och i takt med ett växande miljömedvetande så har sociala frågor, trygghet för konsumenter och hållbar utveckling blivit allt viktigare. I de fall intressekonflikationer uppkommer mellan den fria rörlighetens förutsättningar och ett övrigt politikområde, såsom miljö rätt eller socialpolitik, är det därmed långt ifrån självklart att den fria rörligheten skall sättas främst.

Det tyngsta argumentet för en differentierad tolkning av förbudet i artikel 49 är kanske att den kompetensfördelning som balanserar gemenskapens och medlemsländernas manöverutrymme kan komma att rubbas av en enhetlig tolkning. Redan det faktum att artikel 49 kan tillämpas på rättsområden med endast indirekt verkan på tjänsteverksamheten är en extensiv tolkning. Den inre marknads centrala ställning och integrationseffekt kan därutöver inte motivera en tolkning av tjänstestödjande rättsområden som går längre än vad som är nödvändigt för tjänsteverksamhetens utövande. Likabehandling är redan det ett stort steg, att därtill gå in i nationella rättsordningar och genom artikel 49 framtvunga ytterligare förändringar kan inte ligga inom gemenskapens tilldelade kompetens. I den mån sådan harmonisering skall äga rum skall det ske genom sekundärlagstiftning i enlighet med respektive specialstadganden under övriga politikområden eller inom ramarna för den tredje pelaren. Medlemsländernas medverkan i lagstiftningsprocessen är då en förutsättning för den positiva lagharmoniseringen. I avvaktan på gemensamma regler bör därför särdragen i de nationella rättsordningarna respekteras.¹³⁷ Artikel 49 bör under tiden tjäna som säkerhet mot att utländska tjänstetillhandahållare inte missgynnas. Även det faktum att EU och medlemsstaterna har delad lagstiftningskompetens inom de övriga politikområdena talar för att artikel 49 skall användas med måtta.¹³⁸

Skillnaden mellan artikel 49 och de olika politikområdenas specialstadganden bör respekteras, dels på grund av att mål och inriktningar inte är desamma, dels på grund av hänsyn till gemenskapens tilldelade kompetens. Samma förhållande gäller vid val av rättslig grund för sekundärlagstiftning. I ett mål avseende ogiltighetstalan begränsade EG-domstolen

¹³⁷ Beträffande skatteområden se Ståhl, K., EG-domstolens domar, SN 1997:12 och *Mål C-118/96 Jessica Safir mot Skattemyndigheten i Dalarna län*, ERT:s introduktionsnummer 1998, s. 125.

¹³⁸ Den inre marknads fyra friheter befinner sig inom EU:s exklusiva kompetens. I förslaget till ny konstitution har emellertid förslagits att endast den fria rörligheten för varor skall utgöra EU-exklusiv kompetens, Fördrag om upprättande av en ny konstitution 2004/C, artikel I-13.

möjligheten att använda artikel 95.¹³⁹ Frågan gällde val av rättslig grund för direktivet om tobaksreklam.¹⁴⁰ Domstolen fastställde bland annat att artikel 95 inte får användas för att kringgå begränsningar i gemenskapens lagstiftningskompetens som slagits fast i andra av EG-fördragets bestämmelser.¹⁴¹ Det kritiserade direktivet gällde förbud mot tobaksreklam men hade även folkhälsoaspekter. Inom folkhälsoområden är gemenskapen uttryckligen förbjuden att utfärda harmoniseringslagstiftning.¹⁴² Som jämförelse fick, vid sidan av artikel 95, även artikel 153 om konsumentskydd utgöra rättslig grund för det inom marknadsföringsrättens områden utfärdade direktivet om otillbörliga affärsmetoder.¹⁴³ Detta skedde dock först efter påtryckningar från Europaparlamentet.¹⁴⁴

För de tjänstestödjande områden som inte utgör något särskilt politikområde, såsom processrätt och fastighetsrätt, sker det europeiska samarbetet istället inom ramarna för den Europeiska unionens tredje pelare.¹⁴⁵ EG har inom dessa områden inte fått sig tilldelat någon självständig lagstiftningskompetens. Här finns därmed än större anledning att tillämpa artikel 49 med försiktighet.

De fall där EG-domstolen har tolkat artikel 49 som förbud mot alla hinder, diskriminerande såväl som icke-diskriminerande, har konsekvent skett i rättsfall där den nationella åtgärden som domstolen har haft att ta ställning till rört villkor för tjänsteverksamheten och tjänsteprodukten.¹⁴⁶ Att med utgångspunkt från domstolens ofta bristfälliga och ibland oklara motiveringar göra analogitolkningar till artikel 49:s mer perifera tillämpningsområden är att övertolka praxis på ett sätt som här är direkt olämpligt. Den vida tolkning som med tiden vuxit fram omfattar inte tjänstestödjande rättsområden, utan endast kärnområdet för artikel 49, tjänsteverksamheten och tjänsteprodukten. För tjänstestödjande rättsområden skall artikel 49 fortfarande tolkas som förbud mot diskriminering.

Slutligen finns ett ytterligare argument för att tillämpa en differentierad tolkning. En enhetlig tolkning innebär inte bara att alla hinder

¹³⁹ C-376/98 Tyskland mot Parlamentet och Rådet REG 2000 s. I-8419, p. 77–79. Direktivet ansågs även inbegripa folkhälsoaspekter.

¹⁴⁰ Direktiv 98/43 om tobaksreklam.

¹⁴¹ Vidare bör gemenskapslagstiftning som grundades på artikel 95 bidra till undanröjande av hinder på den inre marknaden och skillnaderna i de nationella lagstiftningarna bör vara märkbara.

¹⁴² Artikel 152 (4).

¹⁴³ Dir. 2005/29 om otillbörliga affärsmetoder som tillämpas av näringsidkare gentemot konsumenterna på den inre marknaden.

¹⁴⁴ Se kommissionens meddelande om rådets gemensamma ståndpunkt DOC/15155/04, 25.11.2007, 3

¹⁴⁵ 305/87 Commission v. Greece (1989) ECR 1461.

¹⁴⁶ Se kap. 5.

för tjänsters fria rörlighet omfattas av förbudet i artikel 49. En enhetlig tolkning innebär också att medlemsländerna skall tillämpa principen om ömsesidigt erkännande på tjänstestödjande rättsområden, det vill säga att värdlandet skall godta hemvistlandets reglering och avstå från att tillämpa egen lagstiftning som hindrar eller begränsar den fria rörligheten. En enhetlig tolkning skulle därför medföra att principen om ömsesidigt erkännande gäller inom hela tillämpningsområdet för artikel 49, även tjänstestödjande rättsområden. Den faktiska konsekvensen av att tillämpa principen om ömsesidigt erkännande på tjänstestödjande rättsområden blir milt sagt oönskad. Alla medlemsländer skulle då vara nödgade att acceptera andra medlemsländers mer liberala inställning inom varjehanda rättsområde med indirekt effekt på tjänsters fria rörlighet. En uppenbar risk är att det blir ett "race to the bottom" inom känsliga områden där medlemsländerna varit angelägna om att bibehålla hela eller delar av den nationella lagstiftningskompetensen.

Mycket talar således för att skilja mellan tjänsteverksamhet och tjänstestödjande rättsområden vid tolkningen av artikel 49. Genomförandet av en gemensam tjänstemarknad blir inte lidande därav. Även om tolkningen av förbudet hålls inom diskrimineringsförbudets ramar så är artikel 49 fortfarande ett effektivt verktyg för att komma till rätta med indirekta hinder, eftersom diskrimineringsbegreppet i dess vidaste tolkning inbegriper alla former av missgynnande behandling.¹⁴⁷

¹⁴⁷ När artikel 49 skall tolkas som förbud mot diskriminering skall diskrimineringsförbudet ges en vid tolkning. Det innebär att alla nationella åtgärder som missgynnar utländska tjänster omfattas. Det medför att en stor del av gråzonen mellan övriga hinder och dold diskriminering inryms. Missgynnande är nyckelorden. Nationella åtgärder som på något sätt direkt missgynnar utländsk tjänsteverksamhet klassas då som dold diskriminering.

7 Rättigheter för tjänsteutövare och tjänstemottagare

7.1 Inledning

Fri rörlighet för tjänster är mer än handel med tjänsteprodukter. Här inryms också rättigheter för EU-medborgare, rättigheter av mer personlig och medborgarrättslig natur än rätten att vara part i handelstransaktioner. För att tjänsteutövare och tjänstemottagare skall komma i åtnjutande av sina fördragsenliga rättigheter räcker det inte med att avveckla hinder för den ekonomiska verksamheten. Tjänsteutövare och tjänstemottagare har behov av mer fysisk och personlig natur. Hit hör rätten att kunna resa och vistas i andra EU-länder under trygga former, rätten att kunna ta del av yrkes-, idrotts- och kulturlivet inom hela gemenskapen.

Rätten till fri rörlighet för tjänsteutövare och tjänstemottagare har två olika aspekter. Den första är den fysiska rörligheten, det vill säga rätt till in- och utresa samt rätt att uppehålla sig i ett annat EU-land. Denna aspekt av rätten till fri rörlighet är föremål för utförlig sekundärrättslig reglering.¹ Den andra delen utgörs av rätt att inom en mängd områden bli behandlad på samma förmånliga sätt som landets egna medborgare. Här har EG-domstolen i en rad fall tillämpat artikel 49 för att förstärka EU-medborgarnas individuella rättigheter.

I det följande skall båda aspekterna av den fria rörligheten för tjänsteutövare och tjänstemottagare behandlas. Detta kapitel skiljer sig därmed från redogörelserna i tidigare kapitel avseende tjänsteverksamheten och tjänstestödjande rättsområden. I tidigare kapitel har endast EG-domstolens praxis behandlats, i detta kapitel kommer även sekundärrätten, med avseende på den fysiska rörligheten, att behandlas. Den bristande konsekvensen i framställningen motiveras av värdet att tydliggöra de speciella förutsättningarna för tjänsteutövare och tjänstemottagare som individer och fysiska personer.

¹ Dir. 2004/38 om unionsmedborgares rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier.

7.2 Fysisk rörlighet

Den gemensamma tjänstemarknaden förutsätter att tjänsteutövare och tjänstemottagare kan röra sig fritt över gränserna. Allt fler tjänster tar sig över nationsgränser genom exempelvis telekommunikationer och TV-signaler, med tjänsteutövare och tjänstemottagare kvar i sina respektive länder. Till tjänstebegreppets specifika natur hör dock fortfarande det nära samband som ofta finns mellan tjänsteutövaren och tjänsten. Många tjänster förutsätter tjänsteutövarens fysiska närvaro. Det finns också en annan aspekt av den fysiska rörligheten. Fri rörlighet har med tiden kommit att betraktas som en rättighet som tillkommer personer i deras egenskap av EU-medborgare, det vill säga en EU-medborgerlig rättighet. Som kommer att framgå nedan så har rätten till att röra sig fritt inom medlemsländernas territorier kommit att frikopplas från krav på ekonomisk aktivitet, och tillkommer numera alla EU-medborgare och deras familjer. Rätten till längre vistelse i ett annat medlemsland är fortfarande kopplad till status som arbetstagare eller egenanställd.

Under övergångstiden har den fria rörligheten genomförts successivt. Sammanlagt nio direktiv har utfärdats om rätt till in-/utresa och vistelse.² Den fria rörligheten var ursprungligen inriktad mot ekonomiskt aktiva personer, det vill säga arbetstagare respektive egenföretagare. Kommissionen lyckades sedan få medlemsländerna att utvidga den fria rörligheten till att omfatta studenter samt personer med egna tillgångar och heltäckande sjukförsäkring(!). Sedan 2004 är den sekundärrättsliga regleringen av rätt till fri rörlighet och uppehåll samlad i ett direktiv.³ Genom att samla alla kategorier i ett direktiv är förhoppningen att komma bort från uppdelningen mellan olika kategorier av personer och att förenkla och stärka alla unionsmedborgares rättigheter.⁴ Det nya direktivet betonar i stället unionsmedborgarskapet. Rätten till fri rörlighet och uppehåll är en grundläggande rättighet som tillkommer personer i deras egenskap av unionsmedborgare.⁵ Formuleringen i preamblen är i stort sett densamma som i det kapitel om unionsmedborgarskap som infördes i EG-fördraget.⁶ Efter att ha fastslagit att unionsmedborgarskapet ger en personlig och

² Tidigare reglerades arbetstagares rätt till in/utresa och uppehåll i dir. 68/360 respektive dir. 1251/70 om rätt att kvarstanna i värdlandet efter avslutat arbete, för etablering och tjänster i dir. 71/148 och dir. 75/35 med i stort sett samma innehåll. Tjänster avvek på några viktiga punkter, beroende på det tillfällighetsrekvisit som skiljer tjänster från de övriga friheterna.

³ Dir. 2004/38 om unionsmedborgares rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier.

⁴ Förordet p. 3.

⁵ Förordet p. 3.

⁶ EG-fördraget artikel 18.

individuell rätt att röra sig fritt görs förbehåll för de begränsningar och villkor som framgår av fördraget. Införandet av ett unionsmedborgarskap har genom förbehållet inte skapat några egentliga rättigheter, utan mer haft en policyskapande betydelse.⁷ Att rätten till fri rörlighet och vistelse genom det nya direktivet utsträckts till att omfatta alla unionsmedborgare får ses som ett steg i rätt riktning, mot en enhetlig bedömning med samma rättigheter för alla unionsmedborgare.

7.2.1 Rätt till inresa

Rätt till fri rörlighet för tjänsteutövare och tjänstemottagare framgår inte explicit av artikel 49. För arbetstagare är rätten till fri rörlighet tydligt angiven. Enligt artikel 39 innebär rätten till fri rörlighet att kunna söka faktiskt erbjudna anställningar och att för detta ändamål fritt förflytta sig inom medlemsstaternas territorier, att vistas i övriga medlemsstater för att där inneha anställning samt att i vissa fall kvarstanna efter innehavd anställning. Rätt till inresa och vistelse utgör emellertid en förutsättning även för etablering och tjänsteutövande/mottagande. EG-domstolen har därför fastslagit att en sådan rätt implicit får anses framgå av fördragets bestämmelser om rätt till fri etablering och tjänsters fria rörlighet.⁸

Enligt det nya direktivet har alla unionsmedborgare rätt till in- och utresa mot uppvisande av pass eller giltigt ID-kort, samt visum för familjemedlemmar från tredje land.⁹ Det hinder för den fria rörligheten som gränskontroller otvivelaktigt innebär skall minimeras så långt möjligt, medlemsstaterna får inte utan särskild anledning genomföra ytterligare kontroller.¹⁰ I fallet Pieck menade domstolen att förutom kontroll av giltigt pass eller ID-kort får ingen kontroll utföras rent rutinmässigt, ”does not therefore justify administrative measures requiring in a general way formalities at the frontier other than simply the production of a valid identity card or passport”. Sådana ytterligare kontroller skulle då i stället få genomföras på förkommen anledning, dvs. om mottagarlandets myndigheter har befogad anledning att misstänka oegentligheter. Rätten till fri rörlighet vilar direkt på fördraget. Medlemsländerna får därför inte uppställa ytterligare krav.¹¹

⁷ Unionsmedborgarskapet har dock haft viss betydelse för att utvidga likabehandlingen till andra kategorier än ekonomisk aktiva.

⁸ 186/87 Cowan v. Le Tresor Public (1989) ECR 195.

⁹ Dir. 2004/38 art. 4 och 5.

¹⁰ 157/79 R.v. Pieck (1980) ECR 2171, p. 9. Se även kommissionen dokument C/526/81(12 juni 1981) s. 4 p. 3 och s. 6 p. 2.

¹¹ C-355/98 Kommissionen mot Belgien REG 2000 s. I-1221, p. 40.

Nu ser inte verkligheten ut riktigt på det sättet. Flertalet EU-länder har avskaffat inre gränskontroller. De länder som inte ingår i Schengenöverenskommelsen, Irland, Storbritannien och de senast tillkomna medlemmarna, kontrollerar fortfarande alla in- och utresande.

Kommissionen har länge arbetat för ett totalt avskaffande av gränskontroller för personer och tjänster. Avsikten är inte att förbjuda medlemsländerna att kontrollera utländska medborgare, utan att förmå dem att utöva kontroll på annat sätt än vid gränserna. I det nya direktivet anges särskilt att medlemsländerna har rätt att registrera utländska medborgare, som då måste rapportera sin närvaro för vistelselandets myndighet.¹²

7.2.2 Rätt till utresa

En förutsättning för att kunna utnyttja den fria rörligheten är att medlemsstaterna tillåter sina medborgare att resa ut ur landet. EG-domstolen har fastslagit att även rätt till utresa får anses omfattas av artikel 49, vilket bekräftas i sekundärrätten.¹³ Numera regleras unionsmedborgares rätt att fritt röra sig och vistas i ett annat medlemsland i sekundärrätten.¹⁴ Medlemsstaternas förpliktelser borde inte ge upphov till konflikter, västeuropeiska stater brukar inte förvägra sina medborgare utresa. Dock finns det situationer där medlemsländerna vill kontrollera sina medborgares utresa. I de fall som presenteras nedan så handlar det om presumtiva tjänstemottagare. Just inom detta område har intressanta frågeställningar aktualiserats i debatt och i nationella domstolar.

I det omtalade irländska abortfallet, *Society for the Protection of the Unborn Child v. Grogan*, kom frågan om medlemsländernas rätt att hindra sin medborgare från att resa till ett annat land för att motta tjänster indirekt att aktualiseras.¹⁵ När Grogan-fallet väl hamnade på EG-domstolens bord kom frågan att handla om rätten att sprida information om abortverksamhet som utövas i andra medlemsländer.¹⁶ Det hade emellertid föregåtts av en sällsam vandring i det irländska domstolväsendet och följts av en intressant och animerad debatt.¹⁷

¹² Krav på registrering får ställas först efter 3 månaders vistelse, art. 8.

¹³ 186/87 *Cowan v. Le Tresor Public* (1989) ECR 195.

¹⁴ Dir 2004/38 artikel 4.

¹⁵ 159/90 (1991) ECR I-4685.

¹⁶ Information om den medicinska klinik i Storbritannien som kunde anlitas hade givits av en lokal studentorganisation.

¹⁷ Se bl.a. De Burca, G., *Fundamental Human Rights and the Reach of EC Law*, 13 OJLS s. 283, 1993, O'Leary, S., *The Court of Justice as a reluctant constitutional adjudicator*, 17 ELRev 2.138, 1992.

Bakgrunden var följande. Den irländska konstitutionen förbjuder irländska medborgare att genomgå och utföra aborter.¹⁸ Enligt ett protokoll till Maastrichfördraget skall gemenskapsrättslig lagstiftning inte påverka tillämpningen av det irländska abortförbudet. Med stöd av konstitutionen hindrade irländska myndigheter en irländsk kvinna från att resa till Storbritannien i avsikt att avbryta ett genom våldtäkt uppkommet havandeskap. Irland inskränkte därigenom en medborgares rätt att som tjänstemottagare resa till ett annat land och motta tjänster. Den irländska domstolen undvek frågan om huruvida utreseförbudet var förenligt med gemenskapsrätten, man lyckades i stället avgöra målet till kvinnans fördel med stöd av nationell rätt. Irland har sedan dess klargjort sin inställning i frågan. I enlighet med en i december 1992 genomförd folkomröstning har Irland deklarerat att Irland kommer att respektera rätten till fri rörlighet inom gemenskapen.

Rätten till fri rörlighet förknippas först och främst med fysiska personer. Även juridiska personer har rätt till fri rörlighet, som då tar sig uttryck i att ett företag flyttar sitt säte från ett medlemsland till ett annat. Ett företag som flyttar sitt säte eller etablerar sig, primärt eller sekundärt, i ett annat EU-land utnyttjar sin fria etableringsrätt. Rätt till fri rörlighet för juridiska personer inryms därmed inte i tjänstebegreppet. Domstolen har i fallet *Daily Mail* behandlat hur rätten till utresa för juridiska personer förhåller sig till den fria etableringsrätten.¹⁹ *Daily Mail* ville av skatteskäl flytta sitt operativa säte till Nederländerna men bibehålla det formella sätet i Storbritannien, något som var möjligt enligt brittisk lagstiftning under förutsättning att skattemyndigheten givit tillstånd. EG-domstolen konstaterar först att juridiska personer genom artikel 48 omfattas av den fria etableringsrätten samt att denna rätt medger rätt till både ut- och inresa. Domstolen menar dock att juridiska och fysiska personer inte utgör absoluta paralleller p.g.a. att juridiska personer är legala konstruktioner som är underkastade olikartade regler i medlemsländerna. Med hänsyn till skillnaderna mellan fysiska och juridiska personer menar domstolen vidare att direktiv 73/148 inte omfattar juridiska personer.²⁰ Återstår så artikel 43 om etablering som enligt domstolen inte ger juridiska personer oinskränkt rätt till utresa. Företag som är införlivade i en medlemsstats rättsliga system kan inte förlita sig på artikel 43 för att "transfer their central management and control and their central admini-

¹⁸ Artikel 40.3.3 i den irländska konstitutionen. Irland avsåg genom protokoll 17 till EU-fördraget att undvika konflikt med EG-fördragets bestämmelser om fri rörlighet för tjänster.

¹⁹ 81/87 R. v. *Treasury*, ex parte *Daily Mail* (1988) ECR 5483.

²⁰ Ersatt av dir. 2004/38.

nistration to another Member State while retaining their status as companies incorporated under the legislation of the first Member State".²¹

Slutligen skall nämnas det brittiska beslutet att förbjuda vissa medlemmar i de engelska fotbollslagens supporterklubbar att resa till kontinenten i samband med större fotbollsevenemang.²² The Football Offences and Disorder Act var föranledd av det alltmer tilltagande läktarvåld, gatubräk och vandalisering som följt i fotbollens spår. Betalande publik vid kommersiella sportevenemang är tjänstemottagare i EG-rättslig mening. Den brittiska åtgärden, att genom utreseförbud förhindra sina fotbollshuliganer från att bevista fotbollsmatcher utomlands, står därmed i strid mot artikel 49 och sekundärrätt.²³ Saken blev emellertid aldrig föremål för EU-domstolens prövning.²⁴

7.2.3 Rätt till vistelse

Rätt att vistas inom ett annat medlemslands territorium under den tid tjänsteverksamheten pågår får anses implicit omfattas av artikel 49. För arbetstagare ger artikel 39 (3) rätt att vistas i övriga medlemsländer för att inneha anställning. För tjänsteutövare och tjänstemottagare får rätten till uppehåll implicit anses omfattas av artikel 49. Numera har alla unionsmedborgare rätt att uppehålla sig tre månader i ett annat EU-land utan några som helst villkor.²⁵ Det nya direktivet innebär här ett stort steg framåt för att underlätta fri rörlighet även för andra kategorier unionsmedborgare. För personer som inte är arbetstagare eller egenföretagare förutsätter dock rätten till uppehåll att unionsmedborgaren inte utgör någon belastning på det sociala biståndssystemet.²⁶ Med andra ord kan vistelsen få ett abrupt slut i den stund pengarna tagit slut eller olyckan är framme. Skillnaden mellan olika kategorier unionsmedborgare består således fortfarande, låt vara med vissa förbättringar.

²¹ Domstolen säger att det inte räcker att flytta säte för att anses etablerad, det måste finnas en ekonomisk integration i landet, p. 13.

²² Se Deards, E., *Human rights for football hooligans? Gough & Smith v. Chief Constable of Derbyshire, Miller v. Leeds Magistrates Court, Lilley v. Director of Public Prosecutors*, E.L. Rev. 27, s. 206–219, 2002.

²³ Artikel 4 och 5, dir 2004/38.

²⁴ Utreseförbudet prövades i engelsk underdomstol, som ansåg att frågan inrymdes under "acte claire". Den brittiska domstolen fann att utreseförbudet utgjorde ett hinder för den fria rörligheten men var motiverat av hänsyn till allmän ordning. Divisional Court, *Gough & Smith v. Chief Constable of Derbyshire, Miller v. Leeds Magistrates Court, Lilley v. Director of Public Prosecutors*, (2001) EWHC Admin 554 (2001) C.M.L.R. 29.

²⁵ Dir 2004/38 art. 6.

²⁶ Art. 14 p. 1.

Efter tre månaders tid är det endast vissa kategorier unionsmedborgare som har fortsatt rätt till vistelse, däribland arbetstagare och egenföretagare med familjer.²⁷ I begreppet egenföretagare inryms tjänsteutövare, men däremot inte tjänstemottagare. Det nya direktivet begränsar således tjänstemottagares rätt att under en längre tid vistas i ett annat land för att motta tjänster. Det är en ytterst egendomlig begränsning. Enligt tidigare praxis är tjänstemottagarens rättigheter en naturlig och nödvändig motsvarighet till tjänsteutövarens rättigheter och vilar direkt på artikel 49 i fördraget.²⁸ Den på artikel 49 grundade rättigheten kan inte begränsas av sekundärrätt och kvarstår således. Framtida praxis får utvisa var gränserna går för tjänstemottagarens rättigheter att kvarstanna. Som rättsläget är nu så har även tjänstemottagare rätt att kvarstanna i värdlandet under så lång tid som tjänsteverksamheten pågår. Det kan röra sig om tidsrymder långt bortom tremånadersgränsen, exempelvis vid medicinsk behandling.

Medlemsländerna får efter tre månader kräva att de personer som har rätt att kvarstanna skall registrera sig. Tjänsteutövare kan då avkrävas bevis för att de är egenföretagare.²⁹ Det anges inte närmare vad som kan anses utgöra bevis på egenföretagande. Med hänsyn till dessa verksamhetsformers sammansatta natur är det också rimligt att ge medlemsstaterna utrymme för en friare bedömning. I svenska sammanhang brukar det räcka med en F-skattsedel. Innehav av en F-skattsedel behöver dock inte nödvändigtvis betyda att man verkligen ägnar sig åt ekonomisk verksamhet. Direktivet har emellertid försetts med en försäkran om att den misslyckade egenföretagaren inte skall ligga värdlandet till last.³⁰ Ett medlemsland ges rätt att i särskilda fall kontrollera om kriterierna för egenföretagare verkligen är uppfyllda. Om så inte är fallet försvinner även rätten till vistelse.

7.2.4 Permanent uppehållstillstånd

Unionsmedborgare som under fem års tid lagligen vistats i ett medlemsland erhåller permanent uppehållstillstånd.³¹ Tidigare gällde denna regel endast arbetstagare och, för egenföretagare, endast vid etablering.³² Tjänsteutövare och tjänstemottagare hade endast rätt att uppehålla sig i

²⁷ Samt 7b) personer med tillgångar och sjukförsäkring och 7c) studenter.

²⁸ C 286/82 & 26/83 Luisi & Carbone (1984) ECR 377 och C-186/87 Cowan v. Le Tresor Public (1990) ECR 195.

²⁹ Artikel 8p.3.

³⁰ Art. 14 p. 2. Gäller även arbetstagare.

³¹ Art.16.

³² Dir. 73/148.

värdlandet under den tid som åtgick för tjänsteutbytet.³³ Bestämmelserna var krångliga. Understeg denna tid tre månader behövdes inget uppehållstillstånd men tjänsteutövaren/mottagaren kunde åläggas att rapportera sin närvaro för värdlandets myndigheter. Översteg tiden för tjänsteutbytet tre månader skulle värdlandets myndigheter utfärda ett tillfälligt uppehållstillstånd, motsvarande den tid som åtgick till tjänstens utförande.³⁴ Den dåvarande regleringen får ses mot bakgrund av tjänsteutövandets tillfälliga natur. I det nya direktivet görs ingen sådan åtskillnad, vilket är positivt. Att tjänsteutövare inte längre omfattas av sekundärrätten är emellertid olyckligt.

Egenföretagare kan i vissa fall ges permanent uppehållstillstånd även om vistelsen inte hunnit nå upp till fem år, vid ålderspension, sjukpension, yrkesskada och olycksfall krävs kortare vistelse i värdlandet.³⁵

7.3 Rätt till likabehandling

Tjänsteutövare och tjänstemottagare som vistas i ett annat medlemsland kan befinna sig i en utsatt situation. I artikel 50 uppmärksammas tjänsteutövarens behov av likabehandling under den tid han/hon vistas i ett annat land. Bestämmelsen omfattar endast villkoren för den ekonomiska verksamheten, dessutom nämns inte tjänstemottagarens behov av likabehandling. Såväl tjänsteutövare som tjänstemottagare har emellertid behov av likabehandling och då även inom områden utanför den ekonomiska verksamheten, områden som är kopplade till individen. Om den samhällseliga servicen och det sociala skydds nätet inte fungerar under en vistelse i andra EU-länder kan det få allvarliga följder för den enskilda unionsmedborgaren.

Att rättigheter av mer allmän natur skall omfattas av artikel 49 är inte alldeles självklart. Artikel 49 nämner frihet att tillhandahålla tjänster och artikel 50 räknar upp olika verksamheter som exempel.³⁶ Ingen av artiklarna ger uttryck för annat än den ekonomiska verksamheten. För arbetstagare ser det annorlunda ut. Den sekundärrätt som antagits för att genomföra den fria rörligheten för arbetstagare föreskriver likabehandling

³³ Enligt det numera upphävda dir. 73/148, art. 4, p. 2. skulle uppehållstillstånd utfärdas för minst fem år och därefter förnyas automatiskt.

³⁴ Kallas för "right of abode", dir. 73/148, art. 4(2).

³⁵ Se 17.

³⁶ Ekonomisk verksamhet av exempelvis industriell och kommersiell natur samt hantverk och fria yrken.

inom områden som inte har något egentligt samband med arbetet.³⁷ Någon motsvarande lagstiftning finns inte för egenföretagare. Inom ett område har likabehandling av tjänsteutövare fått haka på arbetstagares rättigheter. För arbetstagare har förordningen om social trygghet sedan länge tillerkänt utländska unionsmedborgare rätt till likabehandling inom de nationella socialförsäkringssystemens ramar. Sedan 1997 omfattas egenföretagare av samma rätt till likabehandling.³⁸ Tjänsteutövare hamnar här återigen utanför rätten till likabehandling.

För övrigt saknas uttryckligt skydd för likabehandling inom områden som ligger utanför den ekonomiska verksamheten. Den allmänna formuleringen i artikel 49 kan i bästa fall sägas vara öppen för en vid tolkning. EG-domstolen har här tagit artikel 12 och det allmänna programmet till hjälp. I de fall frågan gällt tillgång till bostad, arbetslokal samt köp och nyttjande av fast egendom har EG-domstolen hänvisat till det allmänna programmet för tjänster som stöd för en vid tolkning av artikel 49.³⁹ Här nämns bland annat rätt till likabehandling vid köp, nyttjande och försäljning av fast egendom och för lån och krediter. Det allmänna programmet är inte bindande för medlemsländerna men kan dock tjäna som stöd för tolkningen av artikel 49.

Bindande är däremot det allmänna diskrimineringsförbudet i artikel 12, som har fått tjäna som förstärkning av diskrimineringsförbudet i artikel 49. I samtliga fall som anförts nedan anges artikel 12 som rättslig grund, vid sidan av artikel 49. Man kan ifrågasätta vilken förstärkning artikel 12 egentligen kan utgöra. Artikel 49 är en specialreglering i förhållande till artikel 12 som fastställer innebörden av det allmänna diskrimineringsförbudet i artikel 12 med avseende på tjänsters fria rörlighet.⁴⁰ Det förefaller inte tjäna något syfte att åberopa en allmän reglering till stöd för en specialreglering, vars syfte är att utveckla och närmare bestämma innebörden av den allmänna regleringen.⁴¹

De fall som kommenteras nedan utgör en brokig samling. Rätt till fri rörlighet och rätt till bostad är en naturlig förlängning av tjänsters fria rörlighet. Det kan däremot inte sägas om rätt till brottsskadeersättning

³⁷ För. 1612/68.

³⁸ För. 1408/71 om tillämpning av systemen för social trygghet när anställda, egenföretagare och familjer flyttar inom gemenskapen. Förändringen har inte medfört någon utvidgning av förordningens rättsliga grund, vilken fortfarande utgörs av dåvarande artiklarna 51 och 235. För. 1408/71 är numera ändrad genom för. 1999/2006.

³⁹ 197/84 *Steinhaus v. Biarritz* (1985) ECR1819, 63/86 *Commission v. Italy* (1988) ECR 29 och 305/87 *Commission v. Greece* (1989) ECR 1461.

⁴⁰ 63/86 *Commission v. Italy* (1988) ECR 29, p. 12.

⁴¹ Generaladvokat Jacobs uttalande, p. 14, i 305/87 *Commission v. Greece* (1989) ECR 1461.

och rätt att välja processspråk. För att inlemma dessa under artikel 49:s tillämpningsområde krävs ett innovativt tänkande och motivering. Det står i vart fall klart att förbudet mot hinder för tjänsters fria rörlighet har sträckts långt utöver vad som kan anses utgöra direkta hinder för den ekonomiska verksamheten.

Slutligen ska konstateras att det rör sig om rätt till likabehandling. EG-domstolen har i samtliga fall slagit fast att medlemsländerna skall tillerkänna tjänsteutövare/tjänstemottagare från övriga EU-länder samma rättigheter som i landet etablerade personer. Det är således likabehandlingsprincipen som görs gällande. Att utsträcka artikel 49 utöver förbudet mot diskriminering är inte i fråga. Slutsatsen är att EG-domstolen beträffande rättigheter av ovannämnda slag valt att å ena sidan hålla sig inom ramarna för likabehandlingsprincipen, å andra sidan göra en vid tolkning av vilka rättigheter som skall omfattas av densamma.

7.3.1 Rätt till bostadssubventioner

Den fria etableringsrätten och den fria rörligheten för tjänster fordrar inte bara arbetslokaler. Verksamhetsutövaren behöver även någonstans att bo. För arbetstagare garanteras rätt till bostad på samma villkor som för landets egna medborgare genom förordning 1612/68 om likabehandling av arbetstagare.⁴² För egenföretagare finns ingen motsvarande sekundär-lagstiftning. Huruvida diskrimineringsförbudet för etablering och tjänster även omfattar tillgång till bostad måste därför avgöras med ledning av fördragets bestämmelser.

I fallet *Commission v. Italy* anförde kommissionen att de italienska reglerna för tillgång till statligt subventionerade bostäder och statliga räntesubventioner stred mot artiklarna 43 och 49, då sådana förmåner var förbehållna italienska medborgare.⁴³ Italienska staten invände att bestämmelserna inte inskränkte någon av de grundläggande friheterna utan endast begränsade tillgången på hjälpmedel som indirekt skulle underlätta för utländska medborgare.

Även i detta fall gällde frågan således likabehandlingen inom ett område som inte direkt berör verksamheten, men som för övrigt underlättar egenföretagarens vistelse i värdlandet. EG-domstolen konstaterade att egenanställda som utövar verksamhet i ett annat medlemsland än sitt eget inte bara behöver arbetslokaler utan även bostäder samt att artiklarna 43 och 49 skall garantera att egenanställda medborgare som utövar sitt yrke

⁴² Artikel 7.

⁴³ 63/86 *Commission v. Italy* (1988) ECR 29.

i ett annat medlemsland behandlas på samma sätt som landets egna medborgare.⁴⁴ Begränsning av tillgång till bostäder och vidhängande statliga subventioner försvårar därför yrkesutövandet. EG-domstolen menade att även ekonomiska lättnader avseende bostadskostnader omfattas av lika-behandlingsprincipen.

Fallet belyser det speciella med det EG-rättsliga tjänstebegreppets tillfälliga natur. Det som kännetecknar den fria rörligheten för tjänster och som särskiljer tjänster från rätten till fri etablering är att tjänsteutövaren vistas i värdlandet endast under en begränsad tid, det vill säga den tid det tar för att utöva tjänsten. Italienska staten hävdade att eftersom tjänsters fria rörlighet inte avser en varaktig vistelse i värdlandet skulle rätt till bostad inte omfattas av artikel 49. EG-domstolen medgav att tjänsters fria rörlighet som regel inte medför något behov av bostad i värdlandet. Dock kunde EG-domstolen tänka sig att yrkesutövare som under en längre tid vistas i ett annat land för att utöva sin verksamhet behöver bostad även i värdlandet.⁴⁵ Skillnaden mellan rätten till fri etablering och fri rörlighet för tjänster suddas således ut i de fall tjänsteutövare vistas en längre tid i värdlandet. Ju längre vistelse desto mer behov av likabehandling även inom områden som inte direkt avser själva verksamheten.

I fallet *Steinhauser v. City of Biarritz* bedömde domstolen om rätten till fri etablering, enligt artikel 43, omfattade rätt till subventionerade arbetslokaler på lika villkor.⁴⁶ Kommunen Biarritz i Frankrike tillhandahöll subventionerade lokaler till småföretagare, dock endast till franska medborgare. Den tyske artisten Steinhauser, som inte medgavs tillgång till lokalerna, åberopade sin rätt till likabehandling enligt artikel 43 i EG-fördraget. Biarritz menade att subventionerna var ett sätt att stärka det lokala företagandet. EG-domstolen fann dock ingen anledning att behandla egenföretagare från andra medlemsländer sämre än lokala egenföretagare. Den franska lagstiftningen befanns strida mot såväl artikel 12 som 43. EG-domstolens markerar tydligt att inskränkningar i tillgången till lokaler, och då även till förmåner som kan lätta tjänsteutövarens ekonomiska börda, skall ses som ett hinder i utövandet av verksamheten.⁴⁷

Med största sannolikhet gäller samma sak för tjänsteutövare. Tjänstebegreppet förutsätter visserligen att tjänsteutövaren uppehåller sig i värdlandet endast tillfälligt, under den tid tjänsteutövande sker. Gränsen mellan etablering och tjänsteutövande är emellertid flytande. Tjänsteutövande kan dra ut på tiden, som exempel kan nämnas omfattande byggprojekt.

⁴⁴ P. 15.

⁴⁵ P. 18.

⁴⁶ 197/84 *Steinhauser v. Biarritz* (1985) ECR1819.

⁴⁷ P. 16–17.

Även i sådana fall finns behov av platskontor och andra arbetslokaler. Att låta den svårbestämbara gränsen mellan etablering och tjänsteutövande vara avgörande för rätten till likabehandling vore olyckligt. Som EG-domstolen påpekade i fallet *Commission v. Italy* är det snarare så att de likartade omständigheterna borde föranleda en likartad bedömning. I fallet *Steinhaus* var det så att vistelsen i Frankrike endast var tillfällig. Verksamheten borde därmed ha betraktats som tjänsteutövande. Det hade därför varit lämpligt och mer korrekt om EG-domstolen hade prövat de franska bestämmelsernas förenlighet även med artikel 49.

Fallen har stora likheter. I båda fallen är den nationella lagstiftningen öppet diskriminerande. De nationella restriktionerna riktar sig inte direkt mot den ekonomiska verksamheten men har negativa återverkningar på densamma. Förmånerna i fråga är likartade. I båda fallen tog EG-domstolen det allmänna diskrimineringsförbudet i artikel 12 till hjälp. Riktig hur förhållandet mellan artikel 12 och artikel 49 skall uppfattas framgår inte. EG-domstolen ansåg att artiklarna tillsammans motiverade en tolkning av diskrimineringsförbudet som sträcker sig utöver själva verksamheten till att omfatta omständigheter av avgörande betydelse för verksamhetens utövande. De likartade förutsättningarna gör att de båda fallen därför borde bedömas på samma sätt. Tjänstebegreppet bestäms av verksamhetens tillfälliga natur. En tjänsteutövars vistelse i ett annat medlemsland kan endast vara tillfällig, i annat fall övergår verksamheten till etablering. Gränsen mellan temporär och permanent verksamhet är många gånger svår att dra. EG-domstolens inställning visar att tjänsteutövare som vistats i ett annat land under en längre tid skall komma i åtnjutande av samma förmåner som i landet etablerade verksamhetsutövare. Skillnaden mellan denna kategori tjänsteutövare och personer som etablerar sig i ett annat land blir svår att urskilja, samma rätt till likabehandling borde gälla.

7.3.2 Rätt till hyra av båtplats

I detta kapitel skall också redogöras för det udda rättsfallet *Ciola*. Fallet har redan behandlats under avsnittet för tjänsteverksamhet, eftersom frågan gällde bestämmelser som begränsade verksamheten för en österrikisk båtplatsuthyrningsfirma. Enligt österrikiska bestämmelser fick endast ett begränsat antal båtplatser hyras ut vid Bodensjöns strand, och av dessa platser fick endast en viss kvot hyras ut till personer som var bosatta utomlands.⁴⁸ EG-domstolen valde att istället behandla den österrikiska

⁴⁸ C-244/97 *Ciola* REG 1999 s. I-2517.

bestämmelsens effekt för utländska tjänstemottagare. Domstolen fann bestämmelsen diskriminerande eftersom den grundade sig på bosättningskriteriet.⁴⁹ Domstolen fann inte heller att kvoterings syfte, att lokala båtägare skulle ha råd med båtplats och inte utmanövreras av mer penningstarka kunder, utgjorde tillräcklig grund för undantag.⁵⁰

7.3.3 Rätt till brottsskadeersättning

I fallet Cowan gällde saken rätt till brottsskadeersättning.⁵¹ Cowan var en engelsk turist, och därmed tjänstemottagare, som blev nedslagen och rånad på tunnelbanan i Paris.⁵² De franska myndigheterna betalade inte ut någon brottsskadeersättning med hänvisning till att Cowan vare sig var fransk medborgare eller bosatt i Frankrike. EG-domstolen konstaterade att Cowan i egenskap av turist var tjänstemottagare i enlighet med artiklarna 49 och 50, och därmed skyddades av fördragets diskrimineringsförbud. Frankrike invände att en sådan förmån som här var ifråga förutsätter fastare band mellan stat och individ än vad som är fallet vid en tjänstemottagares tillfälliga vistelse i landet. Vidare hävdade Frankrike att bestämmelserna inte hindrade den fria rörligheten och tjänstehandeln. EG-domstolen kom emellertid fram till att diskrimineringsförbudet skall ses i ett vidare perspektiv. Att en person under utövandet av de friheter som tillkommer honom under fördraget även skall åtnjuta skydd till liv och hälsa följer av rätten till fri rörlighet. Domstolen fann att artikel 49 innefattade frihet för tjänstemottagare att åka till ett annat medlemsland för att där motta, eller ha möjlighet att motta, tjänster, vilket förutsätter skydd för den fysiska integriteten. Det skydd för en person som brottsskadeersättning utgör skall därför utan diskriminering tillkomma såväl egna medborgare som medborgare från övriga medlemsländer. Även i detta fall har EG-domstolen åberopat artikel 12, som komplement och förstärkning av artikel 49.

⁴⁹ Beträffande undantag, se avsnitt 8.4.3.2 dold diskriminering – inga undantag.

⁵⁰ Domstolen och GA Misho påpekar att önskan att begränsa tillströmningen av ”utlänningar” redan tidigare har beaktats avseende fritidsbostäder. Enligt anslutningsakten för Österrike, Sverige och Finland punkt 70 var undantaget för Österrike begränsat till fem år. Danmark har enligt protokoll 1 däremot rätt att fortsätta tillämpa sin gällande lagstiftning om förvärv av fritidsbostäder. Domskälen p. 18, GA p. 25–28.

⁵¹ C-186/87 Cowan v. Le Tresor Public (1989) ECR 195.

⁵² C-282/82 and 26/83 Luisi & Carbone (1984) ECR 377.

7.3.4 Rätt till fritt inträde på museer

Förmånliga inträdesavgifter till statliga museer är en rättighet som inte får vara förbehållen ett medlemslands egna medborgare. EG-domstolen faststog i fallet *Kommissionen mot Spanien* att fri rörlighet för tjänster omfattar rätten för tjänstemottagande turister att resa till andra länder och åtnjuta tjänster på samma villkor som landets egna medborgare.⁵³ Spanska bestämmelser enligt vilka spanska medborgare, utländska medborgare bosatta i Spanien samt EU-medborgare under 21 år hade fri entré till statliga museer, omfattades därför av diskrimineringsförbudet i artikel 49.⁵⁴ Bestämmelserna missgynnade tjänstemottagare/turister från andra medlemsländer som var äldre än 21 år. Några år senare fastställde domstolen att även de italienska bestämmelserna om museiavgifter var diskriminerande.⁵⁵ I detta fall gällde förmånligare inträdesavgifter endast personer mellan 60 och 65 år, bosatta i vissa delar av Italien.⁵⁶ Eftersom bosättning var det särskiljande kriteriet var bestämmelserna diskriminerande. Att även vissa kategorier italienska medborgare missgynnades medförde inte att utländska EU-medborgare blev mindre diskriminerade.

7.3.5 Rätt att välja processpråk

I ett senare rättsfall, *Horst Otto Bickel und Ulrich Franz*, hade domstolen att bedöma om artikel 49 innefattar rätt till likabehandling vid val av processpråk.⁵⁷ Fallet gällde två personer som åtalats för rattonykterhet respektive olaga vapeninnehav. Inför den italienska distriktsdomstolen i Bolzano begärde de åtalade att förfarandet skulle genomföras på tyska, under åberopande av lokala regler om rätt att välja tyska som processpråk, avsedda att skydda den tyskspråkiga minoriteten i Bolzanoprovinsen. EG-domstolen fann att tjänsteutövare skall ha samma rätt att välja processpråk som landets egna medborgare. EG-domstolen hänvisade till sin motivering i fallet *Cowan* och tillade att unionsmedborgares möjlighet att, på samma villkor som landets egna medborgare, kommunicera med förvaltningsmyndigheter och domstolar på ett visst språk underlättar utövandet av rätten att röra och uppehålla sig i ett annat medlemsland. EG-domstolen hade i ett tidigare fall kommit fram till samma slutsats avseende arbetstagare.

⁵³ C-45/93 *Kommissionen mot Spanien* REG 1999 s. I-911, p. 5.

⁵⁴ P. 10.

⁵⁵ C-388/01 *Kommissionen mot Italien* REG 2003 s. I-721.

⁵⁶ Museibesökare räknas som tjänstemottagare.

⁵⁷ C-274/96 *Horst Otto Bickel och Ulrich Franz* REG 1998 s. I-7637.

7.3.6 Rätt till bonus på trafikförsäkringspremier

Den positiva lagharmoniseringen av försäkringstjänster har kommit långt. Det finns trots det några områden som saknar EG-rättslig sekundärrätt och där artikel 49 därmed är tillämplig. I ett tyskt fall om obligatorisk trafikförsäkring ansåg sig en försäkringstagare missgynnad vid beräkning av försäkringspremien. Enligt de av tyska myndigheter godtagna försäkringsbestämmelserna kunde försäkringstagare med prickfri körning tillgodoräkna sig bonus vid fastställandet av försäkringspremiens storlek. Detta gällde däremot inte bilar som var registrerade under tullskylt för import/export. Den missnöjda försäkringstagaren var en tysk medborgare som hade köpt en bil privat i Tyskland för att sälja i Belgien där han hade sitt arbete. EG-domstolen kom fram till att det inte rörde sig om diskriminering på grund av nationalitet eller hemvist. Domstolen ansåg att bestämmelsen grundades på objektiva faktorer, dvs. registreringen.⁵⁸ De tyska bestämmelserna befanns därmed förenliga med artikel 49.

7.3.7 Rätt att utöva yrkesverksamhet – krav på nationell examen

Att röra sig fritt och att utöva sitt yrke inom hela gemenskapen är de två grundläggande komponenterna i tjänsteutövarens rättigheter under artikel 49, samt av avgörande betydelse för EU-medborgarens individuella frihet. Trots det har rätten att utöva sitt yrke endast i begränsad omfattning kommit att omfattas av artikel 49. Bilden kompliceras här av artikel 47, en specialbestämmelse om samordning och ömsesidigt erkännande av behörighetsbevis, som är gemensam för yrkesutövare oavsett om formen är anställning, etablering eller tjänsteutövning. EG-domstolens allt mer extensiva tolkning av tjänsters fria rörlighet har endast undantagsvis kunnat utsträckas till att omfatta krav på nationella examina. Detta hänger samman med att artikel 47 föreskriver att ömsesidigt erkännande av behörighetsbevis skall föregås av samordning och genomföras med hjälp av harmoniseringslagstiftning.⁵⁹ Artikel 47, vars ursprungliga syfte var att underlätta liberaliseringen, har istället tagits som intäkt för att medlemsländernas krav på nationell yrkesutbildning inte kan angripas genom artikel 49.

I de fall aktiviteten i fråga inte blivit föremål för harmoniserande sekundärlagstiftning kan medlemsländerna således uppställa krav på särskilda

⁵⁸ C-251/83 Haug – Adrion v. Frankfurter Wersicherung (1984) ECR 4277, p. 16.

⁵⁹ För genomgång av rättsläget se Ingmansson, S., Erkännande av yrkeskvalifikationer inom EU, skrifter från Juridiska institutionen vid Umeå universitet, No 11, 2005.

behörighetsbevis, utan att hindras av EG-fördragets förbudsbestämmelser. Ett tydligt exempel härpå är fallet Auer.⁶⁰ Att förvägra Auer, som var en i Italien utbildad veterinär, rätt att utöva sitt yrke i Frankrike med motive- ringen att personen i fråga saknade adekvat utbildning, det vill säga fransk veterinärutbildning, är ett absolut hinder för tjänsters fria rörlighet. EG- domstolen accepterade emellertid det franska ställningstagandet och be- kräftade att fördraget inte tvingar medlemsstaterna att erkänna kvalifika- tioner som förvärvats i övriga medlemsländer eller att tillåta medborgare från övriga medlemsländer att utöva en verksamhet eller yrke utan före- skrivna kvalifikationer. Skyldighet att erkänna övriga medlemsländers behörighetsbevis förutsätter således harmoniseringsdirektiv enligt arti- kel 47.

EG-domstolen har emellertid ibland funnit anledning att tillämpa artikel 49, i fall där det gällt att ta ställning till om krav på examen är för- enliga med EG-rätten. Förbud mot diskriminering samt krav på propor- tionalitet för alla åtgärder som kan inskränka tjänsters fria rörlighet har i några fall begränsat medlemsländernas handlingsutrymme. Detta har lett till att EG-domstolen i vissa fall funnit att krav på nationell examen varit oförenliga med artikel 49, trots avsaknad av harmoniseringsdirektiv. I det fall en medlemsstat på annat sätt än genom harmoniseringsdirektiv god- tagit en annan medlemsstats behörighetsbevis har domstolen inte låtit sig hindras av artikel 47 utan ansett att artikel 49 kan tillämpas även här. I fallen Patrick⁶¹ och Thieffry⁶² fann domstolen krav på nationell examen för utländska yrkesutövare oförenligt med rätten till fri rörlighet. Frågan gällde krav på nationell examen för verksamhet som arkitekt respektive domstolsjurist. I båda fallen hade värdlandets och ursprungslandets exa- mina bedömts vara likvärdiga av värdlandets egna myndigheter.⁶³ Patrick var en brittisk arkitekt som ville utöva sitt yrke i Frankrike på den tiden harmoniseringsdirektiv för arkitekter ännu inte utfärdats. Den franska lagstiftningen gav utländska arkitekter rätt att arbeta i Frankrike förut- satt att den franska regeringen hade godtagit deras kvalifikationer såsom jämbördiga med franska samt att de båda länderna enats härom i en ömsesidig konvention. I fallet Patrick var endast den första av dessa båda förutsättningar uppfyllda varför han förvägrades rätt att utöva sitt yrke i Frankrike. EG-domstolen godtog inte det franska förhållningssättet utan menade att om ett medlemsland har förklarat utländska yrkeskvalifika-

⁶⁰ 136/78 Ministère Public v. Auer (1979) ECR 437.

⁶¹ 11/77 Patrick v. Ministres des Affaires Culturelles (1977) ECR 1199.

⁶² 71/76 Thieffry v. Conseil de l'Ordre des Avocats (1977) ECR 765.

⁶³ Värdlandets universitet hade i ett annat sammanhang godkänt utbildningen såsom likvärdig.

tioner såsom likvärdiga med egna så finns inte längre någon grund för att avvakta EG-rättsakter i samma fråga.

Till samma slutsats kom EG-domstolen i fallet Thieffry där saken gällde en belgisk advokat som ville praktisera vid en domstol i Paris (Paris Bar I).⁶⁴ Thieffry innehade en belgisk doktorsexamen som av ett franskt universitet godkänts som motsvarande en fransk licentiatexamen. Trots det förvägrades Thieffry tillträde till den franska domstolen då han saknade fransk behörighet. I likhet med i fallet Patrick fann domstolen att i det fall behörig myndighet, i detta fall universitetet, såsom likvärdigt med nationell examen godtagit det kompetensbevis som utgör förutsättningen för utövandet av yrket, så vilar examensinnehavarens rätt till yrkesutövande direkt på artiklarna 43 och 49. Mellanliggande sekundärlagstiftning i enlighet med artikel 47 är inte nödvändig.

Krav på nationell examen, det vill säga att tjänsteutövaren innehar examen från värdlandet, måste ses som en form av dold diskriminering. Det torde normalt vara avsevärt mycket enklare för i landet bosatta personer än för personer bosatta i andra EG-länder att skaffa sig en nationell examen. Utländska tjänsteutövare missgynnas därmed i förhållande till landets egna medborgare. Det särskiljande kriteriet, nationell examen, hänger samman med nationalitet. Förutsättningarna för dold diskriminering i såväl snäv som vid bemärkelse är därmed uppfyllda.⁶⁵ Det kan därför förefalla märkligt att frågan om krav på nationell examen är diskriminerande inte diskuterats. En förklaring är att de fall som anförts kommer från den tid då skillnaden mellan diskriminerande och icke-diskriminerande hinder saknade intresse. En annan förklaring kan vara att nationella behörighetsbevis är föremål för specialreglering i artikel 47. Möjligen har dessa bestämmelser om samordning och ömsesidigt erkännande medfört att krav på nationella examina bedöms på annat sätt än vad som vanligen är fallet för nationella åtgärder.

⁶⁴ 71/76 Thieffry v. Conseil de l'Orde des Avocats (1977) ECR 765. Se även fallet Kraus avseende artikel 43 och erkännande av akademisk examen. C-19/92 Dieter Kraus v. Landen Baden Württemberg (1993) ECR I-1663. Frågan om diskriminering i Kraus-fallet diskuteras bl.a. av Kaldellis och Hatzopoulos. Se Kaldellis, E., *Freedom of Establishment v. Freedom to Provide Services: An Evaluation of Case-law Development in the Area of Indistinctly Applicable Measures*. Legal Issues of Economic Integration 28 81)23–55, 2001 och Hatzopoulos *Recent Development of the Case-law of the Court in the field of Services*, CML Rev: 59–60, (2002) 37.

⁶⁵ Se avsnitt 4.3.2 och 4.3.3 avseende dold diskriminering i snäv respektive vid bemärkelse.

7.3.8 Slutsats om likabehandling

Det är en disparat samling rättigheter som varit föremål för EG-domstolens prövning. Den gemensamma nämnaren är att det rör sig om rättigheter i dess positiva betydelse av att erhålla en förmån. Detta kan ses i kontrast mot själva tjänsteverksamheten och tjänstestödjande rättsområden, där rättigheten, rätten till fri rörlighet för tjänster, kan sägas ha den negativa betydelsen av att inte behöva underkasta sig hindrande nationella regleringar. Vissa av de förmåner som redogjorts för ovan kan hänföras till tjänstemottagarens rätt att motta tjänster.⁶⁶ EU-medborgarens rätt att utöva yrkesverksamhet kan istället ses som rätt att tillhandahålla tjänster. I flertalet av de fall som domstolen tagit ställning har emellertid kopplingen till tjänstemottaganden varit ytterst svag, för att inte säga obefintlig.

Man kan nog påstå att domstolen i vissa fall tagit ut svängarna när det gäller tolkningen av artikel 49. Om domstolen i tidigare fall utsträckt diskrimineringsförbudet till områden som inte direkt kan hänföras till själva tjänsteutövandet så har den här i vissa fall helt släppt kopplingen till den ekonomiska verksamheten. Rätt till brottsskadeersättning är knappast en förutsättning för att tillhandahålla eller motta tjänster. Visserligen är det svårt att motta tjänster om man har blivit bestulen och nedslagen. Sambandet mellan den ekonomiska aktiviteten och rätt till brottsskadeersättning får dock ses som mycket avlägset. Rätt att välja processspråk på samma villkor som landets egna medborgare har heller inget direkt samband med den ekonomiska verksamheten, såvitt processen inte avser själva verksamheten. Rätten till likabehandling för tjänsteutövare och tjänstemottagare är således inte begränsad till den ekonomiska verksamheten. Även situationer utan nämnvärt samband med den ekonomiska verksamheten men som indirekt kan antas påverka verksamheten omfattas.

Det går att se tydliga paralleller med diskrimineringsförbudets utveckling för arbetstagare. För arbetstagare har diskrimineringsförbudet sedan länge givits en mycket vid tolkning. Lika rätt till bostad nämndes redan 1968 i sekundärlagstiftningen.⁶⁷ Rätten till samma val av processspråk som landet egna tjänsteutövare och tjänstemottagare har i praxis behandlats i stort sett identiskt.⁶⁸ Förbudet mot diskriminering har ingen egent-

⁶⁶ Rätt till hyra av båtplats, fritt inträde på museer och bonus på trafikförsäkringspremier hör till denna kategori. I dessa fall finns en motsvarande rättighet för tjänstemottagaren att fritt tillhandahålla tjänsten, utan att begränsas av nationella restriktioner.

⁶⁷ I art. 10, för. 1612/68 om likabehandling för arbetstagare nämns boende.

⁶⁸ I fallet 137/84 *Ministère Public v. Mutsch* (1985) ECR 2681 fann domstolen att utländska arbetstagarens rätt att välja processspråk inrymdes under sociala förmåner i för-

lig koppling till anställning och anställningsförhållanden. EG-domstolens praxis visar att i stort sett varje aspekt av livet kan tolkas in under rätten till likabehandling, allt från rätten till samboende⁶⁹ till rätten av familjerabatt på statliga tåg.⁷⁰ Den vida tolkningen motiveras i stället av att arbetstagare från andra länder skall leva under samma villkor som värdlandets egna arbetstagare.

Utvecklingen mot ett gemensamt synsätt är klart uttalat i det nya direktivet om fri rörlighet och uppehåll, som är gemensamt för alla EU-medborgare och deras familjer.⁷¹ I direktivet ges ekonomiskt aktiva EU-medborgare rätt till sociala förmåner på lika villkor som landets egna medborgare.

Rätten att utöva sitt yrke inom hela gemenskapen utgör emellertid ett undantag från domstolens frimodiga tolkning av artikel 49. Detta får dock tillskrivas det faktum att samordning av yrkesutbildning och ömsesidigt erkännande av behörighetsbevis specialregleras i ett särskilt stadgande i fördraget.

ordning 1612/68. Motiveringen skiljer sig dock något. I fallet Mutsch motiverades beslutet bland annat med att likabehandling i detta avseende utgjorde ett viktigt led i de migrerande arbetstagarnas integration i värdlandet. För tjänsteutövare/tjänstemottagare är integration i värdlandet vanligtvis inte aktuellt. Rätt att välja processspråk har i fallet Horst Otto Bickel und Ulrich Franz istället motiverats med en mer allmän likabehandlingsprincip samt att det underlättar rätten att röra och uppehålla sig i ett annat medlemsland.

⁶⁹ 59/85 Netherlands v. Reed (1986) ECR 1283.

⁷⁰ Anses som en social förmån enligt art. 7(2) i förordning 1612/68 om rätt till likabehandling för arbetstagare.

⁷¹ Dir 2004/38 om unionsmedborgare och deras familjemedlemmars rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier.

8 Undantag

8.1 Inledning

Rätten till fri rörlighet är inte oinskränkt, medlemsländerna ges i vissa fall möjlighet att åsidosätta fördragets regler. Säkerhetsklausuler i EG-fördraget och EG-domstolens praxis ger utrymme för att undanta restriktiv nationell lagstiftning från tillämpningen av artikel 49.¹ Det är därmed inte möjligt att bestämma den fria rörligheten för tjänster utan att väga in möjliga undantag. Bedömningen av nationella åtgärders förenlighet med reglerna för tjänsters fria rörlighet måste således göras i två steg. Det första steget är att avgöra huruvida den nationella åtgärden strider mot förbudet i artikel 49. Denna fråga har behandlats i kapitlen 5, 6 och 7. Detta kapitel behandlar det andra steget, undantag från förbudet i artikel 49.

Medlemsländernas rätt att vidta säkerhetsåtgärder med inskränkande verkan på den fria rörligheten förutsätter att det finns ett tillräckligt angeläget intresse att skydda. Vilka intressen som är tillräckligt skyddsvärda bestäms av gemenskapsrätten, med visst utrymme för nationella variationer. De undantagsgrunder som kan åberopas i enlighet med fördraget är allmän ordning, säkerhet och folkhälsa. Genom EG-domstolens praxis har sedan tillförts ytterligare undantagsgrunder, motiverade av tvingande hänsyn till allmänintresset.² De gemenskapsrättsliga undantagsgrunderna anger således ramen för vilka säkerhetsåtgärder medlemsländerna kan vidta. En ytterligare förutsättning för undantag är att den nationella säkerhetsåtgärden är proportionerlig, dvs. att skyddsintresset står i rimlig proportion till åtgärdens inskränkande effekt.

EG-domstolens praxis avseende undantag är ett rikt och vildvuxet myller av undantagsgrunder och proportionalitetsbedömningar. Detta är inget att förvånas över utan helt i linje med vad som framkommit i tidigare kapitel avseende tjänstebegreppets komplexitet och EG-domstolens ambivalenta inställning till förbudet i artikel 49. För att bringa ordning och möjliggöra någon slags förståelse kommer diskrimineringsbegreppets

¹ Artikel 46.

² Vidare utesluts i fördragets artikel 45 all verksamhet som är förenad med utövandet av offentlig makt.

centrala ställning men oklara innebörd och domstolens skiftande tolkning av förbudet i artikel 49 att behandlas, för att sedan kunna ligga till grund för den fortsatta redogörelsen för undantag.

8.1.1 Diskrimineringsbegreppet

Som framgått av tidigare avsnitt så har diskrimineringsprincipen central betydelse i det första steget, det vill säga vid bedömningen av om förbudet i artikel 49 är tillämpligt. Trots att icke-diskriminerande restriktioner numera omfattas av förbudet utgår EG-domstolens bedömning fortfarande från diskrimineringsprincipen. Härvid görs åtskillnad mellan öppen diskriminering, dold diskriminering i vid eller snäv bemärkelse och övriga hinder. Åtgärder som är diskriminerande omfattas alltid av förbudet i artikel 49, medan icke diskriminerande åtgärder endast omfattas i vissa fall.

Även i steg två, vid val av undantagsgrund, intar diskrimineringsprincipen en central ställning, men hanteras på ett annat sätt. I detta sammanhang görs i stället åtskillnad mellan åtgärder som tillämpas lika eller olika på inhemska och utländska tjänster.³ För åtgärder som tillämpas lika kan såväl undantag enligt artikel 46 som det i praxis utvecklade allmänintresset komma i fråga. För åtgärder som tillämpas olika kan endast artikel 46-undantag komma i fråga.

Diskrimineringsprincipen är således central både vid bedömning av om en åtgärd omfattas av förbudet i artikel 49 *och* vid bedömningen av eventuella undantag. Det är dock ett besvärande faktum att diskrimineringsbegreppet hanteras olika.⁴ I den första bedömningen diskuteras om den nationella åtgärden är öppet eller dolt diskriminerande eller om den på annat sätt hindrar den fria rörligheten. I den andra bedömningen, vid val av undantagsgrund, utgår domstolen i stället från om åtgärden tillämpas lika på inhemska och utländska tjänster.⁵ Det förefaller inte som om den olikartade behandlingen av diskrimineringsprincipen är sprungen ur något medvetet val. Snarare verkar det som om pragmatisk nödvändighet har gjort att domstolens bedömning tagit sig skiftande uttryck.

Att diskrimineringsbegreppet hanteras på två olika sätt skapar emellertid problem, och har säkerligen bidragit till att EG-domstolens praxis avseende val av undantagsgrund är så pass inkonsekvent. Härav följer att

³ Se avsnitt 4.1.1 om terminologi.

⁴ Generaladvokat Jacobs efterlyste i fallet *Safir* ett klart ställningstagande, C-118/96 *Safir* REG 1998 s. I-1897, GA:s förslag p. 34.

⁵ Som visats i avsnitt 4.2.1 om dold diskriminering i snäv bemärkelse har domstolen haft svårt för att bestämma sig för om likatillämpningen skall utgå från nationalitet, etablering eller från både nationalitet och etablering.

det är svårt att förutse nationella åtgärders förenlighet med reglerna för tjänsters fria rörlighet. En bedömning som görs i två steg och där bedömningen i det andra steget är beroende av utgången av bedömningen i första steget, samtidigt som diskrimineringsbegreppet används på olika sätt, är inte ägnad att skapa klarhet.

I detta kapitel kommer diskrimineringsbegreppet att ges en och samma innebörd oavsett sammanhang. Förhållandet mellan diskriminering och lika/olika tillämpning kommer att redas ut, i samband med redogörelsen för val av undantagsgrund.⁶ Den avslutande redogörelsen för EG-domstolens praxis avseende undantag kommer sedan att systematiseras i öppen diskriminering, dold diskriminering och övriga hinder.

8.1.2 Ett differentierat synsätt

Den redogörelse för praxis som gjorts i tidigare avsnitt har systematiserats efter en förklaringsmodell som innebär en differentierad tolkning av artikel 49, vilket inneburit en uppdelning mellan tjänsteverksamhet, tjänstestödjande verksamhet eller villkor för tjänsteutövare/tjänstemottagare. Redogörelsen för praxis har då handlat om det första steget, det vill säga att avgöra vilka nationella åtgärder som strider mot artikel 49. Frågan är om även steg två, det vill säga undantag från artikel 49, bör förstås utifrån ett differentierat synsätt. Svaret är delvis givet. Om nu förbudet i artikel 49 har olika innebörd för tjänstebegreppets olika kategorier så borde detta ha stor inverkan på vilka undantag som kan komma ifråga. En differentierad tolkning medför att förbudet i artikel 49 har varierande räckvidd. Nationella åtgärder som reglerar tjänsteverksamheten är förbjudna om de är diskriminerande eller för övrigt hindrar tjänsters fria rörlighet. Nationella åtgärder som reglerar tjänstestödjande rättsområden och rättigheter för tjänstemottagare/tjänsteutövare är förbjudna endast om de är diskriminerande. Härigenom måste även undantag från artikel 49 påverkas. Det som inte är förbjudet behöver heller inte undantas.

Ett differentierat synsätt skulle även kunna bidra till förståelsen av EG-domstolens uppenbara problem med att hålla en klar linje avseende skillnaden mellan undantag enligt grunderna i artikel 46 och övriga undantag. Kanske kan ett sådant synsätt även kasta ljus över EG-domstolens varierande tillämpning av proportionalitetsprincipen. Den genomgång som följer i detta kapitels fjärde avsnitt om EG-domstolens praxis avseende undantag kommer därför att underordnas samma differentierade synsätt som föregående avsnitts genomgång av förbudet i artikel 49.

⁶ Se vidare under avsnitt 8.2.3.

8.2 Undantagsgrunder

De allmänna förutsättningarna för undantag har stor betydelse för den fria rörlighetens omfattning. Sett ur den gemensamma marknadens perspektiv så underminerar generösa eller svårtolkade undantagsmöjligheter EG-rättens genomslagskraft och enhetlighet medan snäva och klara regler kanske inte blir tillräckligt flexibla för att framgångsrikt kunna tillämpas på den stora variation av åtgärder som är ifråga. Undantagsmöjligheternas utformning blir på så sätt en balansgång mellan medlemsländernas legitima behov av att skydda sina medborgare från oönskade konsekvenser av den fria rörligheten å ena sidan och genomförande av en gemensam tjänstemarknad å andra sidan. I gemenskapsrättens reglering av tjänsters fria rörlighet har detta dilemma behandlats genom att undantag endast medges på vissa grunder.⁷

Som nämnts tidigare så existerar två kategorier undantagsgrunder. Den första kategorin är de i artikel 46 givna grunderna för undantag, skydd av allmän ordning, säkerhet och folkhälsa, den andra kategorin är de i EG-domstolens praxis utvecklade undantagen av hänsyn till allmänintresset.⁸ Skydd för allmän ordning, säkerhet och folkhälsa är kraftfulla undantagsgrunder som kan rättfärdiga alla former av skyddsåtgärder. Undantag av hänsyn till allmänintresset är en svagare grund såtillvida att endast åtgärder som tillämpas lika oavsett nationalitet eller etablering kan komma ifråga. Å andra sidan är denna undantagsgrund mer flexibel och generös, och kan inrymma allehanda skyddsändamål, allt från kulturella och historiska värden till konsumentskydd och effektiv skattekontroll.⁹

Tjänstebegreppets sammansatta natur gör sig påmind även i detta sammanhang. Förutsättningarna för undantag är inte desamma för tjänstebegreppets olika komponenter. Rätten för tjänsteutövare och tjänstemottagare till in/utresa och vistelse i ett annat medlemsland är en förutsättning för tjänsters fria rörlighet. Denna rättighet kan endast begränsas av hänsyn till allmän ordning, säkerhet och folkhälsa, på det sätt som föreskrivs i direktiv 2004/38.

⁷ Samt proportionalitetskrav på att inskränkningen av den fria rörligheten inte är större än nödvändigt.

⁸ Artikel 46 är gemensamt för etablering och tjänster. Samma eller liknade undantagsgrunder stadgas även för övriga friheter. Enligt artikel 39 kan förbudet mot diskriminering av arbetstagare vika för skydd av allmän ordning, säkerhet och folkhälsa. Enligt Artikel 30 medges undantag från fördragets regler om varors fria rörlighet på grunderna allmän moral, säkerhet och folkhälsa.

⁹ Se avsnitt 8.2.2.

8.2.1 Artikel 46, allmän ordning, säkerhet och folkhälsa

Enligt artikel 46 kan särskild behandling av utländska medborgare medges för att skydda allmän ordning, säkerhet och folkhälsa. Det har inte alltid varit självklart hur undantagsgrunderna i artikel 46 förhåller sig till ekonomisk verksamhet. Domstolen har påpekat att avsikten med undantagen i artikel 46 var att ge medlemsländerna möjlighet att neka vissa personer rätt att vistas inom landets gränser.¹⁰ Det skulle kunna tolkas som om artikel 46-undantag inte kan tillämpas på ekonomisk verksamhet. Så är fallet med motsvarande undantagsgrunder från regler om arbetstagares rätt till fri rörlighet. Hänvisning till allmän ordning, säkerhet och folkhälsa kan endast motivera undantag från rätten till fysisk rörlighet och vistelse. Rätten till likabehandling under anställningen är däremot absolut och omfattas inte av några undantag.¹¹ För tjänster förhåller det sig annorlunda. Artikel 46 omfattar enligt ordalydelsen "bestämmelser i detta kapitel". Därmed begränsas således inte möjligheten till undantag av hänsyn till allmän ordning, säkerhet och folkhälsa på samma sätt för tjänster som för arbetstagare utan lämnar utrymme för tillämpning även med avseende på den ekonomiska verksamheten. Genom EG-domstolens praxis står det numera klart att undantagsgrunderna i artikel 46 även kan tillämpas på tjänsteverksamhet. Däremot kan undantag aldrig rättfärdigas av rent ekonomiska skäl. Medlemsländernas försök att åberopa undantag av hänsyn till allmän ordning för skydd av olika ekonomiska intressen har konsekvent tillbakavisats.¹²

Alla undantag från fördragets grundläggande friheter skall tolkas restriktivt, så även undantag från tjänsters fria rörlighet.¹³ Innebörden i allmänna begrepp såsom allmän ordning, säkerhet och folkhälsa fastställs genom EG-domstolens praxis. Beträffande allmän ordning så råder speciella förhållanden där medlemsländerna ges visst utrymme för egen tolkning.¹⁴ Kulturella, sociala och religiösa skillnader mellan medlemsländerna får här ta sig uttryck i olika inställningar till vad som är förenligt

¹⁰ C-355/98 Kommissionen mot Belgien REG 2000 s. I-1221, p. 29.

¹¹ Denna begränsade möjlighet till undantag bekräftades av EG-domstolen redan 1969 när den i fallet *Sudmilch v. Ugiola* fastställde att diskriminering avseende anställning/arbetsvillkor inte var tillåten. 15/69 *Sudmilch mot Ugliola* (1969) ECR I-363.

¹² Se bland annat C-299/89 *Gouda and others* (1991) ECR I 4007, p. 11; C-17/92 *Distribuidores Cinematográficos* (1993) ECR I-2239, p. 20 och C-484/93 *Svensson & Gustavsson* REG 1995 s. I-3955, p. 15.

¹³ Se exempelvis C-352/85 *Bond van Adverteerders* (1988) ECR 2085 p. 36, C-355/98 *Commission v. Belgium* REG 2000 s. 1221 p. 28, C-348/96 *Calfa* REG 1999 s. I-0011, p. 23.

¹⁴ Se bl.a. 36/75 *Rutili v. Ministère del'Intériur* (1975) ECR 1219 och 41/74 *Van Duyn v. Home Office* (1974) ECR 1337.

med allmän ordning. Sista ordet har EG-domstolen, som har förbehållit sig rätten att uppställa de yttre gränserna för denna relativa frihet.¹⁵ Medlemsländernas begränsade frihet har inte haft någon större betydelse för tjänsters fria rörlighet. I det irländska abortfallet diskuterade visserligen generaladvokaten frågan om det irländska förbudet mot att utföra och/eller genomgå aborter kunde medges undantag av hänsyn till allmän ordning.¹⁶ På Irland, liksom i en del andra länder där katolska kyrkans värderingar utövar stort inflytande på samhällsfrågor, skulle abort kunna anses strida mot allmän ordning. Frågan kom tyvärr aldrig att prövas av domstolen.¹⁷

Hur det än förhåller sig med den saken så balanseras tillämpningen av undantagsgrunden allmän ordning av en särskild begränsning. Endast för verkliga och allvarliga hot mot ett av samhällets grundläggande intressen kan undantag av hänsyn till allmän ordning komma ifråga.¹⁸ Det innebär i praktiken att det ytterst sällan finns tillräckliga skäl för att motivera undantag av hänsyn till allmän ordning.¹⁹ Tjänsteverksamhet utgör sällan något allvarligt hot mot samhälleliga intressen. Beträffande tjänsteverksamhet har medlemsländerna åberopat allmän ordning och säkerhet som skäl för att motivera strikta regleringar av säkerhetstjänster. Domstolen fann dock inte att det visats att verksamheten utgjorde något verkligt och allvarligt hot mot samhällets grundläggande intressen. Resultatet är att undantag av hänsyn till allmän ordning endast varit aktuellt för tjänstemottagares rätt till vistelse samt in- och utresa.²⁰

Undantagsgrunderna allmän säkerhet och allmän hälsa har däremot kommit till användning i några fall. I fallet Corsica Ferries fann domstolen att grekiska bestämmelser om obligatoriskt anlåtande av lokal hamnlots var en begränsning av sjötransporttjänster men kunde motiveras av hänsyn till allmän säkerhet. Reglering av tjänstestödjande rättsområden har medgivits undantag av hänsyn till allmän hälsa. I ett par fall avseende förhandstillstånd för ersättning av kostnader i samband med tand- och

¹⁵ Se föreg. fotnot.

¹⁶ C-159/90 Society for the Protection of the Unborn Child SPUC v. Grogan (1991) ECR I-4685, GA:s förslag till avgörande p. 22–24.

¹⁷ Domstolen hade i stället att pröva information om aborttjänster, vilket i detta fall gjordes på ideell grund och därmed inte uppfyllde kriteriet för ekonomisk aktivitet. Se avsnitt 2.7.

¹⁸ 30/77 R. v. Bouchereau (1977) ECR 1999, p. 35 och C-114/97 Kommissionen mot Spanien REG 1998 s. I-6717 p. 46.

¹⁹ Det är mot denna bakgrund inte så konstigt att likartade skyddsändamål även kan komma ifråga av hänsyn till allmänintresset, se kommande avsnitt.

²⁰ C-386/96 Calfa REG 1999 s. I-11, p. 20–28. Calfa var turist och därmed tjänstemottagare som utvisades ur Grekland som följd av en brottmålsdom avseende narkotikainnehav.

sjukvård i ett annat medlemsland har EG-domstolen funnit att upprätthållande av en läkar- och sjukvård som är väl avvägd och tillgänglig för alla, kunde berättiga undantag av hänsyn till allmän hälsa.²¹

8.2.2 Allmänintresset

De undantag från artikel 49 som vuxit fram genom EG-domstolens praxis har betecknats på olika sätt. I detta arbete kommer beteckningen undantag av hänsyn till allmänintresset att användas. Det är också vanligt och likvärdigt att använda termen tvingande skäl eller tvingande hänsyn.²² Båda dessa benämningar ingår i den terminologi domstolen brukar använda.

I doktrinen förekommer det att denna sort av undantag från artikel 49 går under beteckningen *rule of reason*. Benämningen är hämtad från praxis avseende varors fria rörlighet och kan härledas till domstolens uttalande i fallet *Dassonville*, att skyddsåtgärder i vissa fall kunde vara motiverade under förutsättning att sådana åtgärder var "reasonable".²³ Den lista av tvingande hänsyn som kan ligga till grund för undantag från artikel 28 som sedan, med början i *Cassis de Dijon*-fallet, vuxit fram, har kallats *rule of reason* eller *rule of reason-undantag*.

EG-domstolen har emellertid inte överfört denna terminologi till tjänsters fria rörlighet, vilket är ett gott skäl till att inte heller i doktrinen eller för övrigt använda *rule of reason* som benämning i samband med undantag från artikel 49. Ytterligare ett skäl är att en *rule of reason*-bedömning ofta innebär en helhetsbedömning där hinder och undantag vägs samman.²⁴ Metoden kan var praktisk och leder i slutändan ofta till

²¹ C-158/96 Kohll REG 1998 s. I-931, p. 51 och 50. EG-domstolen fann dock att åtgärden ifråga, krav på förhandstillstånd för kostnadsersättning till följd av tandvård i ett annat EU-land, inte uppfyllde proportionalitetsprincipen, se avsnitt 8.3.1.

²² Se t.ex. Roth, W.H. och Oliver, P., *The Internal Market and the Four Freedoms*, CML Rev. 41 (2004) 407–441, s. 435.

²³ 8/74 *Procureur du Roi v. Dassonville* (1974) ECR 837, p. 6.

²⁴ Joliet, R. *The Rule of Reason in Antitrust Law: German and Common Market Laws in Comparative Perspective*, Faculté de Droit, Liege Hague 1967. En anledning kan vara att *rule of reason* ursprungligen hämtats från den amerikanska anti-trust lagstiftningen till den EG-rättsliga konkurrensrätten. Beträffande lämpligheten av att tillämpa det amerikanska *rule of reason* resonemang på EG:s konkurrensrätt råder dock delade meningar. Anledningen därtill är att förutsättningarna för *rule of reason* i den amerikanska anti-trustlagstiftningen är annorlunda än för den EG-rättsliga konkurrensrätten. Antitrustlagstiftningen har inga undantag, vilket gör att en helhetsbedömning är nödvändig. I EGF artikel 81 p. 3 ges däremot möjlighet till undantag. Det finns därför utrymme för en tvåstegsbedömning, 1) är åtgärden konkurrensbegränsande enligt 81 p. 1 och 2) finns det anledning till undantag.

en riktig slutsats avseende tillämpningen av artikel 49 i det enskilda fallet. En sammanvägning av en åtgärds hindrande effekt och berättigade undantag är dock mindre lämplig i rättsvetenskapliga sammanhang. Förbudet i artikel 49 bör först klargöras, därefter kan eventuella undantag vägas in och påverka omfattningen av tjänsters fria rörlighet. I detta sammanhang kommer undantag som vuxit fram genom praxis konsekvent att betecknas som undantag av hänsyn till allmänintresset.

Undantag av hänsyn till allmänintresset saknar uttryckligt stöd i fördragstexten.²⁵ Det är i stället EG-domstolen som genom åren utvecklat principen. Med tanke på att EG-domstolen ständigt påpekar att de fyra friheterna utgör gemenskapens hörnstenar och att undantag från den fria rörligheten därför skall inskränkas till det nödvändigaste, kan det synas märkvärdigt att domstolen, utan uttryckligt stöd i fördragstexten, vidgar möjligheterna till undantag. Utvecklingen i praxis av dessa mer flexibla undantagsmöjligheter skall dock ses mot bakgrund av den allt vidare tolkningen av artikel 49. Den möjlighet till undantag som ges i artikel 46 är avpassad till den dåvarande synen på rätten till fri rörlighet där artikel 49 sågs som förbud mot diskriminering. I takt med att artikel 49 gavs en allt vidare tolkning uppstod behov av mer förfinade möjligheter till undantag. Avveckling av alla hinder för tjänsters fria rörlighet och principen om ömsesidigt erkännande gör att även likabehandlande nationella regler numera kommit att omfattas av förbudet. Det var för denna nya kategori likabehandlande regler som behovet av ytterligare undantag blev tydligt. Det faktum att undantag av hänsyn till allmänintresset är svagare och förutsätter att den nationella åtgärden tillämpas lika skall ses mot denna bakgrund. Eftersom den allt vidare tillämpningen av artikel 49 har inneburit att även icke-diskriminerande nationella åtgärder omfattas av fördraget så är även det nytillkomna behovet av undantag begränsat i motsvarande mån.

Det finns ytterligare en bevekelsegrund för domstolens förfaringsätt. I och med att artiklarna 49 och 50 förklarades ha direkt effekt förändrades förutsättningarna för gemenskapsrättens genomslagskraft i de nationella rättsordningarna avsevärt. Medlemsländernas möjlighet att genom sekundärlagstiftning kontrollera genomförandet av den fria rörlighetens omfattning försvann. Medlemsländerna måste nu i ett slag tillåta andra EU-länders tjänsteutövare att fritt utöva sin verksamhet inom landet territorium i stället för att med hjälp av sekundärlagstiftning genomföra en gradvis avveckling av hinder. Den direkta effekten i kombination med

²⁵ I tidigare praxis används termen Det allmännas bästa.

den allt vidare tolkning som EG-domstolens praxis givit artikel 49 har således skapat nya förutsättningar för gemenskapsrättens genomslagskraft.²⁶

Undantag av hänsyn till allmänintresset kan inte rättfärdiga diskriminering men är i gengäld mer omfattande och tillika flexibel. Man kan förmoda att domstolen valde att införa allmänintresset därför att det i det aktuella fallet fanns ett legitimt skyddsbehov som inte kvalificerade för undantag av hänsyn till allmän ordning.

Det var i det för tjänsters fria rörlighet centrala fallet van Binsbergen som domstolen för första gången introducerade allmänintresset som undantagsgrund.²⁷ Frågan gällde nederländska krav på hemvist för att arbeta som ombud och företrädare för privatpersoner i sociala mål. EG-domstolen menade att för en del verksamheter kan det finnas anledning att uppställa vissa krav, beroende på verksamhetens natur, för att tillförsäkra efterlevnaden av yrkesetiska regler. I efterföljande rättsfall har EG-domstolen bekräftat och utvecklat sin praxis. Kretsen av nationella regler som kan motiveras av hänsyn till allmänintresset och därmed medges undantag från fördragets regler har successivt utökats. Dessutom har under årens lopp undantagsgrunden allmänintresset utvecklats vidare och utgör nu en gemensam beteckning för en varierande grupp undantag från fördragets regler.

8.2.2.1 Godtagna skyddsändamål

Det är en disparat samling skyddsintressen som med tiden godtagits av EG-domstolen. Vissa skyddsintressen är till förväxling lika, vissa är generella och vaga, medan andra i stället endast täcker speciella situationer. Det faktum att skyddsintressena fått växa fram genom in-casu avgöranden förklarar bristen på systematik.

Ett försök att se något mönster i de hittills godtagna skyddsintressena skulle vara att, utan allt för stora krav på precision, dela in dem i grupper såsom skydd för individen, skydd för samhälleliga intressen, skydd för marknaden samt skydd för kulturella, historiska och artistiska intressen.

²⁶ Det är också i ett och samma rättsfall som domstolen fastställer artikel 49:s direkta effekt och inför nya möjligheter till undantag, 33/74 van Binsbergen v. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid (1974) ECR 1299.

²⁷ 33/74 van Binsbergen v. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid (1974) ECR 1299 p. 12.

Den allt friare rörligheten för tjänster har fört med sig ett ökat behov av att skydda konsumenter från oönskade effekter av den gemensamma tjänstemarknaden. Beträffande individen som konsument av tjänster har en rad skyddsändamål med likartat skyddssyfte, men med olika benämningar, godtagits av EG-domstolen. Hit hör *konsumentskydd*²⁸ och *skydd för tjänstemottagaren*²⁹. Medlemsländerna har tillåtit att utöva kontroll över och kräva tillstånd för utövande av verksamheter som domstolen anser är av särskilt känslig natur, såsom bank- och försäkringsverksamhet.³⁰ Konsumentskydd har även angivits som skäl för att reglera reklam i TV-sändningar och i pressen.³¹ Skydd för konsumenter/tjänstemottagare är också ett av de skäl som fått rättfärdiga medlemsländernas hårda reglering av spelmarknader. Konsumenter/tjänstemottagare får även skyddas genom nationella bestämmelser som skall tillförsäkra efterlevnad av *yrkesetiska regler*.³² Dessa tre skyddsändamål är samverkande och förekommer ofta i samma rättsfall.

Under senare år har skydd för samhällsintressen blivit allt mer förekommande i domstolens praxis. Detta får ses som en konsekvens av att artikel 49 även kommit att tillämpas på allt mer perifera områden av samhällslivet. I och med att förbudet i artikel 49 även kan tillämpas på medlemsländernas reglering av samhällsintressen och funktioner, i den mån dessa indirekt påverkar tjänsters fria rörlighet, finns även här behov av undantag. Det gemensamma samhällsintresset av att *rättskipningen*

²⁸ C-6/98 ARD REG 1999 s. I-7599, p. 50, C-34/95, 35/95, 36/95 Ko mot De Agostini och Tvshop REG 1997 s. I-3843, p. 53; C-205/84 Commission v. Germany (1986) ECR 3755, p. 41, C-288/89 Gouda I (1991) ECR I-4007, p. 27, C-198789 Tourist Guides Greece (1991) ECR I-727, p. 21, C-180/89 Tourist Guides Italy (1991) ECR I-709, p. 20; C-154789 Tourist Guides France (1991) ECR I-659, p. 17.

²⁹ C-76/90 Säger (1991) ECR I-4221, p. 17, C-288/89 Gouda (1991) ECR I-4007, p. 14.

³⁰ Bank- och försäkringsverksamhet, I C-222/95 Parodi (1997) ECR I-3899, p. 32. beträffande krav på auktorisation vid kreditverksamhet, se avsnitt 5.1.4.2, C-58/98 Corsten (2000) REG I-7919 om registrering i hantverksregister, se avsnitt 5.1.4.4.

³¹ Se bland annat C-288/89 Gouda (1991) ECR I-4007, p. 14 och 27, C 34, 35 och 36/95 Konsumentombudsmannen (KO) v. De Agostini (Svenska) Förlag AB and KO mot TV-shop i Sverige AB REG 1997 s. I-6047 och C-405/98 Konsumentombudsmannen mot Gourmet International Products REG 2001 s. I-1793, avsnitt 5.1.6.2 i detta arbete.

³² C-294/89 Commission v. France (1991) ECR –3591, p. 31, C-288/89 Gouda (1991) ECR I-4007, p. 14, C-205/84 Commission v. Germany (1986) ECR 3755, p. 22 och 27, C-110, 111/78 Van Wesemael (1979) ECR 35, p. 29, 39/75 Coenen (1975) ECR 1547, p. 12, C-33/74 Van Binsbergen (1974) ECR 1299, p. 12, 14 och 22.

*fungerar väl*³³, *ett enhetligt skattesystem*³⁴, *social trygghet för arbetstagare*³⁵, *den ekonomiska balansen i systemet för social trygghet*³⁶ och *upprätthållande av en sjukhusvård som är tillräcklig, väl avvägd och permanent*³⁷ är skyddsintressen som godtagits av EG-domstolen. Det är inte ovanligt att en och samma åtgärd kan rättfärdigas av flera, samverkande skyddsändamål. Såväl skydd för individen som skydd för gemensamma samhällsintressen har exempelvis fått motivera medlemsländernas långtgående reglering och förbud av spelverksamhet. I fallet Schindler, avseende förbud mot privata storskaliga lotterier, förekommer *konsumentskydd* och *bevarande av den samhälleliga ordningen och socialpolitiska hänsyn* sida vid sida.

Ytterligare två skyddsområden av rakt motsatt natur kan identifieras, en fungerande marknadsekonomi å ena sidan och bevarande av icke-kommersiella värden å andra sidan. *Skydd för den finansiella sektorns goda rykte*³⁸, *skydd för borgenärer*³⁹ samt *skydd för immaterialrättigheter*⁴⁰, kan klassificeras som nödvändiga för en fungerande marknadsekonomi. För att skydda värden av icke-kommersiell natur har *bevarande och förmedlande av det historiska, arkeologiska och konstnärliga arvet* fått rättfärdiga krav på licens och utbildning för guidning vid särskilda monument och minnesmärken⁴¹, *kulturpolitik* har fått rättfärdiga bestämmelser om innehållet i TV-program och organisationen av TV- och radiosändningar.⁴²

³³ Engelsk version "administration of justice", se C-3/95 Reisebüro Broede REG 1996 s. I-6511, p. 36 och C-33/74 Van Binsbergen (1974) ECR 1299, p. 16.

³⁴ C-55/98 Veetergaard REG 1999 s. I-7641, p. 25, C-264/96 ICI REG 1998 s. I-4695, p. 29, C-204/90 Bachmann (1992) ECR I-249, p. 28, C-300/90 Commission v. Belgium (1992) ECR I-305, p. 21, C-484/93 Svensson, Gustavsson mot Ministre de logement et de l'urbanisation REG 1995 s. I-3955 p. 12, C-390/96 Lease Plan Luxembourg REG 1998 s. I-2553, C118/96 Safir REG 1998 s. I-3955, p. 33, C-136/00 Danner REG 2002 s. I-8147, p. 31–32 och 37.

³⁵ C-369/96, 376/96 Arblade REG 1999 s. I-8453, p. 36, C-272/94 Guiot REG 1996 s. I-1905, p. 16 och 21, 62 & 63/81 Seco v. EVI (1982) ECR 223, p. 10.

³⁶ C-159/99 Smits and Peerboms REG 2001 s. 5473 p.

³⁷ C-157/99 Smits and Peerboms REG 2001 s. 5473 p., se även C-158 Kohll, R. 1998 s. 9

³⁸ -384/93 Alpin Investment (1995) REG I-1141, p. 44.

³⁹ C-3/95 Reisebüro Broede (1996) REG I-6511, p. 36.

⁴⁰ 62/79 Coditel (1980) ECR 881, p. 15, C-288/89 Gouda (1991) ECR I-4007, p. 14

⁴¹ C-198/89 Tourist Guides Greece (1991) ECR I-727, p. 21, C-180/89 Tourist Guides Italy (1991) ECR I-709, p. 20, C-154/89 Tourist Guides France (1991) ECR I-659, p. 17.

⁴² C-6/98 ARD REG 1999 s. I-7599, p. 50, C-23/93 TV-10 (1994) ECR I-4795, p. 18, C-288/89 Gouda (1991) ECR I-4007, p. 22.

8.2.3 Val av undantagsgrund: Artikel 46 eller allmänintresset

I EG-domstolens praxis görs åtskillnad mellan undantagsgrunderna i artikel 46 och undantag av hänsyn till allmänintresset. Undantag av hänsyn till allmänintresset kan endast komma ifråga för åtgärder som tillämpas lika för alla verksamhetsutövare.⁴³ Undantag av hänsyn till allmän ordning, säkerhet och folkhälsa har inte några sådana begränsningar utan kan komma i fråga för alla typer av nationella skyddsåtgärder, lika såväl som olika tillämpade.

Tidigare i detta arbete har redogjorts för EG-domstolens vinglande väg mot dess nuvarande praxis. Medan domstolen använt sig av diskrimineringsbegränsning för att avgöra om en åtgärd inryms inom diskrimineringsförbudet i artikel 49 så har domstolen vid bedömningen av undantag istället prövat om nationella åtgärder tillämpas olika beroende på ursprung. Domstolen har numera klargjort sambandet mellan diskriminering och lika tillämpning. Nationella åtgärder som *tillämpas olika* är sådana åtgärder som innebär öppen diskriminering på grund av nationalitet. Nationella åtgärder som *tillämpas lika* är sådana åtgärder som innebär dold diskriminering, i detta fall olika behandling på grund av bosättning. EG-domstolen har därmed fastställt att olika behandling på grund av bosättning är en lika tillämpad åtgärd som kan medges undantag av hänsyn till allmänintresset.

Vid val av undantagsgrund är det således nödvändigt att förstå innebörden av lika och olika tillämpning. Det blir därmed nödvändigt att klargöra vilken grund likatillämpningsbedömningen skall utgå från, det vill säga om den nationella åtgärden skall tillämpas lika oberoende av nationalitet, etablering eller bosättning.

Beträffande innebörden av lika och olika tillämpning brukar EG-domstolen, föga upplysande, uttrycka det som att den nationella åtgärden skall tillämpas lika på alla personer och företag som utövar verksamhet i landet. Som framgått av tidigare avsnitt så är lika tillämpning inte detsamma som icke-diskriminering.⁴⁴ Lika tillämpning skall i stället förstås som formell likabehandling, det vill säga den nationella åtgärden gör ingen åtskillnad mellan olika kategorier tjänsteutövare. Lika tillämpade åtgärder är därmed inte öppet diskriminerande men *kan* däremot vara

⁴³ Se bl.a. C-352/85 Bond van Adverteerders (1988) ECR I-2085, p. 32, C-288/89 Gouda v. Commissariat voor de Media (1991) ECR I-4007, p. 11, C-17/92 Distribuidores Cinematográficos (1993) ECR I-2239, p. 16, C-484/93 Svensson, Gustavsson mot Ministre de logement et de l'urbanisation REG 1995 s. I-3955, p. 15, C-224/97 Ciola REG 1999 s. I-2517, p. 16.

⁴⁴ Se avsnitt 4.1.1. Även i tjänstedirektivet råder viss begreppsförvirring, se avsnitt 8.2.2.1.

dolt diskriminerande. Även vid dold diskriminering är den nationella åtgärden formellt likabehandlande, men missgynnar de facto vissa kategorier. Olika tillämpning av nationella åtgärder är därmed detsamma som öppet diskriminerande åtgärder medan lika tillämpande åtgärder kan vara dolt diskriminerande åtgärder och icke diskriminerande åtgärder.

Beträffande val av undantagsgrund har EG-domstolen använt ordet ursprung som särskiljande faktor, det vill säga endast nationella åtgärder som tillämpas utan åtskillnad på grund av tjänstens ursprung kan medges undantag av hänsyn till allmänintresset.⁴⁵ Ursprung är ett vagt uttryck som kan ges olika innebörd, såsom nationalitet och/eller hemvist. Genomgång av praxis visar att domstolen aldrig medgivit undantag för öppet diskriminerande åtgärder, dvs. när nationella regler tillämpats olika på grund av tjänsteutövarens eller tjänstemottagarens nationalitet.⁴⁶ Dold diskriminering, där hemvist är den särskiljande faktorn, har däremot medgivits undantag. Problemet är att krav på hemvist och olika behandling på grund av hemvist har behandlats på olika sätt i olika rättsfall.⁴⁷ Krav på hemvist har, allt sedan allmänintresset introducerades som undantagsgrund i fallet van Binsbergen, medgivits undantag av hänsyn till allmänintresset. Krav på hemvist ses således som en åtgärd som tillämpas lika oberoende av ursprung.

Beträffande nationella åtgärder som behandlar personer och företag med hemvist i ett annat EU-land sämre, det vill säga olika behandling/olika tillämpning på grund av hemvist så har det varit svårt av få någon klar bild av praxis. Från fallen Bond och Gouda och under ytterligare ett knappt decennium framåt medgavs inte undantag av hänsyn till allmänintresset vid olika tillämpning på grund av hemvist.⁴⁸ Efterhand blev domstolens inställning allt mer ambivalent. Begränsningen av undantagsmöjligheter för olika tillämpade regler började luckras upp, utan att domstolen gjorde något klart uttalande i frågan. Undantag av hänsyn till allmänintresset, i dessa fall upprätthållande av en effektiv skattekontroll, diskuterades för bidrags- och skatteregler som missgynnade företag som

⁴⁵ Applicable without distinction as regard their origin. Se bl.a. C-352/85 Bond van Adverteerders (1988) ECR I-2085, p. 32 och C-224/97 Ciola REG 1999 s. I-2517, p. 16.

⁴⁶ Se avsnitt 8.4.1.1.

⁴⁷ Se avsnitt 4.2.1.

⁴⁸ C-352/85 Bond van Adverteerders (1988) ECR I-2085; Gouda v. Commissariat voor de Media (1991) ECR I-4007. De fall som var föremål för domstolens prövning gällde olika behandlande villkor för tjänsteverksamhet, såsom innehållet i TV-sändningar och tillstånd.

var etablerade i ett annat land.⁴⁹ Därefter följde ett antal fall avseende krav på förhandstillstånd för att få ersättning för vård i ett annat medlemsland. Även i dessa fall var det fråga om olika tillämpning på grund av etablering, eftersom något förhandstillstånd inte krävdes för ersättning vid vård i det egna landet. I dessa fall tog domstolen steget fullt ut och medgav undantag av hänsyn till allmänintresset.⁵⁰

Trots att praxis uppenbarligen ändrats så använde domstolen fortfarande samma formulering avseende tillgängliga undantagsgrunder. Åtgärder som tillämpas lika för alla, alternativt åtgärder som tillämpas lika på grund av ursprung fick således tänjas ut till att även inrymma olika behandling på grund av etablering.⁵¹ Domstolen löste predikamentet genom att undvika att orda om diskriminering och olika tillämpning. I stället konstaterades att åtgärden ifråga var ett hinder för tjänsters fria rörlighet, varefter diskussionen raskt övergick till att behandla frågan om eventuella undantag.

Sedan, till slut i det italienska fallet från 2003 avseende tjänstemottagares rätt till samma förmånliga museiavgifter, klargörs sambandet mellan diskriminering och likatillämpning vid undantag av hänsyn till allmänintresset.⁵² I den inledande bedömningen, det vill säga om åtgärden omfattas av förbudet i artikel 49, konstateras att olika behandling på grund av bosättning är dold diskriminering.⁵³ I den följande bedömningen, det vill säga om undantag kan komma ifråga, säger domstolen att i den mån de italienska museiavgifterna medför åtskillnad som grundas på nationalitet kan endast undantag enligt artikel 46 komma ifråga.⁵⁴ I den

⁴⁹ Se C-484/93 Svensson, Gustavsson mot Ministre de logement et de l'urbanisation REG 1995 s. I-3955 och C-204/90 Bachmann (1992) ECR I-249.

⁵⁰ I detta fall upprätthållande av den ekonomiska balansen i systemen för social trygghet, C-158/96 Kohll REG 1998 s. I-931 och C-157/99 Smits and Peerebooms REG 2002 s. I-5473.

⁵¹ I Safir-fallet, C-118/96 Safir REG 1998 s. I-1897, kritiserade generaladvokat Tesaro domstolen för dess inkonsistenta praxis. Tesaro fann att de nationella skattereglerna var indirekt diskriminerande och efterfrågade därefter ett klart ställningstagande huruvida undantag av hänsyn till allmänintresset kunde komma ifråga. GA:s förslag p. 34.

⁵² C-388/01 Kommissionen mot Italien REG 2003 s. I-721.

⁵³ P. 13. Bosättning som särskiljande kriterium riskerade enligt domstolen till största vara till förfång för medborgare från andra medlemsstater till följd av att de som inte är bosatta i en viss medlemsstat vanligtvis inte heller är medborgare i denna stat. Däremot ansågs krav på hemvist som en likabehandlande åtgärd, se p. 14. Domstolen hänvisar till tidigare uttalanden i fallet C224/97 Ciola REG 1999 s. I-2517, p. 14. Bosättning ses således som en med nationalitet sammanhängande faktor, olika behandling på grund av bosättning utgör därmed dold diskriminering. Se även diskussion i avsnitt 4.2.1 till 4.2.1.3 om dold diskriminering.

⁵⁴ P. 19.

mån avgifterna innebär åtskillnad som grundas på bosättningskriteriet kan däremot undantag motiveras av tvingande hänsyn till allmänintresset. Domstolen har därmed klargjort sambandet mellan diskriminering och lika tillämpning, åtminstone beträffande nationella krav på nationalitet respektive bosättning. Nationella åtgärder som *tillämpas olika* är sådana åtgärder som innebär öppen diskriminering på grund av nationalitet. Nationella åtgärder som *tillämpas lika* är sådana åtgärder som innebär dold diskriminering, i detta fall olika behandling på grund av bosättning. EG-domstolen har därmed fastställt att olika behandling på grund av bosättning är en likatillämpande åtgärd som kan medges undantag av hänsyn till allmänintresset.

Frågan är om man kan dra slutsatsen att även olika behandling på grund av etablering kan rättfärdigas av allmänintresset. Jag anser att så måste vara fallet. Domstolens motivering har samma giltighet för bosättning som för etablering. Även etablering som särskiljande kriterium riskerar att till största delen vara till förfång för personer och företag från andra medlemsländer.

Man kan misstänka att det bakom domstolens mångtydiga formuleringar legat svårigheter att ena sig om ett synsätt och en ovilja att låsa fast vilka undantag som kan komma ifråga som allmänintresse. I detta sammanhang är det intressant att konstatera att domstolen har varit mer benägen att tänja på gränserna med avseende på nationella regleringar av tjänstestödjande rättsområden och beträffande rättigheter för tjänsteutövare och tjänstemottagare. Fallen om förhandstillstånd gällde ett tjänstestödjande rättsområde, socialförsäkringssystemet. EG-domstolen ansåg att medlemsländernas skyddsbehov inte bara kunde motivera undantag av hänsyn till allmän hälsa utan även av hänsyn till allmänintresset, upprätthållande av den ekonomiska balansen i systemen för social trygghet.⁵⁵ I det fall där domstolen till slut klart tog ställning gällde frågan tjänstemottagares lika rätt till förmånliga museiavgifter. Även i detta fall fann domstolen det motiverat av pröva undantag av hänsyn till allmänintresset. De av Italien anförda skyddsintressena godtogs dock inte av EG-domstolen.⁵⁶

Domstolens till synes mer toleranta inställning till nationella skyddsåtgärder inom tjänstestödjande rättsområden och för tjänsteutövares/tjänstemottagares rättigheter överensstämmer med grundtanken i detta arbete, att omfattningen av tjänsters fria rörlighet måste tillåtas vissa variationer. Inom kärnområdet för artikel 49, det vill säga själva tjänsteverksamheten,

⁵⁵ C-158/96 Kohll (1998) REG I-931 och C-157/99 Smiths and Peerbooms REG 2002 s. I-5473.

⁵⁶ C-388/01 Kommissionen mot Italien REG 2003 s. I-721, p. 21–25.

skall artikel 49 tolkas vidsträckt och undantagen minimeras. Den generösare undantagsgrunden skall därmed endast komma ifråga i ringa omfattning. Domstolen höll också i det längsta fast vid att olika behandling på grund av etablering inte kunde rättfärdigas av hänsyn till allmänintresset utan endast på de i artikel 46 givna grunderna. När denna inställning till sist övergavs var det föranlett av ett behov av en mer tillåtande inställning till medlemsländernas skyddsbehov inom tjänstestödjande områden.⁵⁷

Slutligen skall nämnas ytterligare en faktor som inverkar på valet mellan undantagsgrunderna i artikel 46 och av hänsyn till allmänintresset. En del skyddsändamål under allmänintresset kan ses som en svagare variant av den i artikel 46 givna undantagsgrunden allmän ordning. *Bevarande av samhällelig ordning och socialpolitiska hänsyn* har godtagits som skäl för att förbjuda storskaliga lotterier. Dessa skyddsändamål kan begreppsmässigt konsumeras av allmän ordning, men skulle troligtvis inte anses tillräckligt skyddsvärda. Tillämpningen av undantagsgrunden allmän ordning har en särskild begränsning.⁵⁸ För att motivera undantag av hänsyn till allmän ordning måste det föreligga ett allvarligt hot mot viktiga samhällseliga intressen.⁵⁹ Lotterier, i vilken skala de än må vara, kan svårligen ses som ett tillräckligt allvarligt hot.

8.3 Proportionalitetsprincipen⁶⁰

Även om de skyddsintressen som angivits som grund för undantag är godtagbara så är risken stor för att nationella skyddsåtgärder inte uppfyller krav på proportionalitet. Proportionalitetsprincipen har varit av avgörande betydelse vid EG-domstolens bedömning av vilka undantag från fördragets regler om tjänster fria rörlighet som kan godtas.⁶¹ Mot

⁵⁷ I och med fallet C-55/94 Gebhart REG 1995 s. I-4165 har undantag av hänsyn till allmänintresset även kommit att utsträckas till den fria etableringsrätten. Här räcker det dock inte med att den nationella regeln är likabehandlande. I dessa fall sägs i stället att endast icke-diskriminerande åtgärder kan medges undantag av hänsyn till allmänintresset.

⁵⁸ Se avsnitt 8.2.1.

⁵⁹ 30/77 R. v. Bouchereau (1977) ECR 1999, p. 35 och C-114/97 Kommissionen mot Spanien REG 1998 s. I-6717, p. 46.

⁶⁰ Tjänstedirektivets bestämmelser om proportionalitet behandlas i avsnitt 9.2.2.1.

⁶¹ EG-domstolen anger endast undantagsvis någon särskild rättsgrund för att tillämpa proportionalitetsprincipen. Detta kan ses som en bekräftelse på att proportionalitetsprincipen är en allmänt vedertaget rättsprincip inom gemenskapsrätten.

denna bakgrund är det besvärande att dess innebörd inte är klarlagd.⁶² Principen är i och för sig numera inskriven i EG-fördraget, kodifieringen gäller dock endast ramarna för gemenskapens lagstiftningskompetens och ger ingen ledning avseende proportionalitetsprincipens innebörd vid bedömning av berättigade undantag.⁶³ Domstolens praxis ger heller inget klart besked om proportionalitetsprincipens innehåll.

Tre kriterier kan dock urskiljas i EG-domstolens proportionalitetsbedömning.⁶⁴ Det första är *ändamålsenlighet*, det vill säga att den vidtagna åtgärden verkligen uppnår sitt syfte. Det skall således finnas ett kausalsamband mellan skyddsåtgärd och skyddsintresse. Det andra är krav på *nödvändighet*. Här bedöms om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträlvade syftet eller om samma syfte kan uppnås med mindre ingripande åtgärder. Det tredje kriteriet, som kallats proportionalitet *stricto sensu*⁶⁵, är en intresseavvägning mellan nationella skyddsintressen och

⁶² För diskussion om proportionalitetsprincipen se de Búrca, G., *The Principle of Proportionality and its Application in EC Law*, 13 YEL 1993, s. 105–150, de Búrca, G., "Proportionality and Subsidiarity as General Principles of Law i *General Principles of European Community Law*, Bernitz, U. och Nergelius, J., (red.), Klüwer 2000, Helmius, I., Proportionalitetsprincipen i Marcusson, L. (red.), *Offentlighetsprinciper*, Iustus förlag, Uppsala, 2005 och Tridimas, T., *The General Principles of EC Law*, Oxford EC Law Library, 1999 s. 124.

⁶³ Enligt artikel 5, under EG-fördragets inledande principer, skall gemenskapen inte vidta någon åtgärd som går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå fördragets mål. Däremot innehåller regleringen av varors fria rörlighet, artikel 30 andra meningen, bestämmelser om återhållsamhet i tillämpningen av undantag som, utan att proportionalitetsprincipen uttryckligen nämns, förefaller leda till samma resultat: "(S)ådana förbud eller restriktioner får dock inte utgöra medel för godtycklig diskriminering eller innefatta förtäckt begränsning av handeln mellan medlemsländerna.". Det råder dock delade meningar om stadgandet skall ses mot bakgrund av proportionalitetsprincipen, se Quitzow s. 241. Även direktiv 70/50 om avveckling av hinder för varors fria rörlighet innehåller en avvägning. I artikel 3 förbjuds handelsreglerande åtgärder om den fria rörligheten hindras i en utsträckning som överskrider ramarna för verkningar vilka är karaktäristiska för handelsregler. (!)

⁶⁴ De Búrca, G., *The Principle of Proportionality and its Application in EC Law*, 13 Yearbook of European Law, 1994 105–150, s. 146, Van Gerven, W., The Effect if Proportionality on the Actions of Member States of the European Community: National Viewpoints from Continental Europe, i Ellis, E. (ed.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Oxford 1999, 33–63 s. 37, Tridimas, T., "Proportionality in Community Law: Searching for the Appropriate Standard of Scrutiny", i Ellis, E. (ed.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Oxford 1999 65–84, s. 68.

⁶⁵ Van Gerven, W. s. 38.

den mellanstatliga handeln.⁶⁶ I domstolens motivering nämns inte alltid alla ovanstående kriterier, av formuleringarna är de dessutom ofta svåra att särskilja. De kriterier som behandlas formuleras dessutom omväxlande som kumulativa eller alternativa.⁶⁷

För undantag av hänsyn till allmänintresset har det med tiden vuxit fram en formaliserad modell för hur proportionalitetsbedömningen skall genomföras. Bedömningen, som kommer att redovisas i kommande avsnitt, bygger på samma kriterier som ovan men är delvis annorlunda utformad. Anledningen till att domstolen infört tydligare riktlinjer för att undantag av hänsyn till allmänintresset skall anses proportionerliga kan vara en strävan att stävja ett alltför vidlyftigt åberopande av allehanda skyddsintressen. Införandet av tydligare riktlinjer behöver dock inte uppfattas som att domstolen adderat ytterligare förutsättningar för att medge undantag av hänsyn till allmänintresset. Generaladvokat Jacobs menar att de uppställda förutsättningarna inte skall ses som ytterligare krav utan som en aspekt av proportionalitetsbedömningen.⁶⁸

8.3.1 Proportionalitetsbedömningen och artikel 46

Undantagsgrunderna allmän ordning, säkerhet och folkhälsa kan användas för alla former av skyddsåtgärder, öppen diskriminering, dold diskriminering och övriga hinder. I realiteten är det sällan dessa undantagsgrunder anses motiverade. I de fåtal fall medlemsländerna åberopat allmän ordning och säkerhet för att motivera krav på nationalitet har EG-domstolen inte ansett det föreligga något verkligt och tillräckligt allvarligt hot mot samhällets gemensamma intressen.⁶⁹ Av samma skäl har

⁶⁶ Proportionalitet *stricto sensu* innebär även avvägningar om kompetensfördelning mellan medlemsländerna och gemenskapen samt mellan den nationella lagstiftaren och rättstillämparen/EG-domstolen. Se Jans, J. H., *Proportionality Revisited*. Legal Issues of Economic Integration 27 (3) 239–265, 2000, s. 230. För reflektioner om intresseavvägningen i praxis se Otken Eriksson, I., *Marknadsdomstolens dom i Gourmetmålet: Resonemång kring proportionalitet*, ERT s. 585–598, s. 591.

⁶⁷ Se Otken Eriksson s. 590.

⁶⁸ 70/90 Säger (1991) ECR I-4221, Generaladvokaten Jacobs förslag till avgörande p. 29. C-23/93 TV 10 (1994) ECR I-4795, GA Lenz p. 43, 110, 111/78 van Wesemael (1979) ECR I-35, p. 30 och 205/84 Commission v. Germany (1986) ECR 3755, p. 27.

⁶⁹ Frågan gällde nationalitetskrav på ägare och anställda vid säkerhetsföretag, se avsnitt 5.1.1.5 om krav på nationalitet och hemvist för utövande av vakt- och säkerhetstjänster.

inte heller dold diskriminering i form av krav på hemvist ansetts motiverat. I dessa fall kom proportionalitetsfrågan därför aldrig att prövas.

Hänsyn till allmän hälsa har däremot i ett fall ansetts godtagbart som grund för olika behandling på grund av hemvist.⁷⁰ I den proportionalitetsbedömning som följde kom dock domstolen fram till att undantag av hänsyn till allmän hälsa inte var motiverat i detta fall eftersom det inte visats att de nationella bestämmelserna var nödvändiga för att uppnå skyddsändamålet.⁷¹ Domstolen krävde således konkreta bevis på att skyddsåtgärden var nödvändig.

I ett fall har domstolen godtagit allmän säkerhet som undantagsgrund. Till skillnad mot ovanstående fall var den nationella skyddsåtgärden inte diskriminerande. Frågan gällde bestämmelser om obligatoriskt anlitande av lokal hamnlots. I detta fall medgavs undantag utan någon egentlig proportionalitetsbedömning. Domstolen konstaterade endast att skyddsåtgärden var motiverad av hänsyn till allmän säkerhet samt att den inte diskriminerade utländska tjänsteutövare.⁷²

Vilka slutsatser man kan dra härav är osäkert. Kanske att diskriminerande åtgärder sällan bedöms vara proportionerliga oavsett vilken undantagsgrund som åberopas, och att proportionaliteten av icke-diskriminerande och välmotiverade skyddsåtgärder inte alltid behöver prövas.

8.3.2 Proportionalitetsbedömningen och allmänintresset

Som framgår ovan så passerar öppet diskriminerande skyddsåtgärder sällan EG-domstolens proportionalitetsbedömning. Eftersom undantag av hänsyn till allmänintresset endast kan komma ifråga för lika tillämpade åtgärder så är förutsättningarna för undantag mer gynnsamma. Allt sedan allmänintresset infördes som undantagsgrund har domstolen angivit riktlinjer för tillämpningen. Förutsättningarna har varierat något över tiden⁷³, men har i allt väsentligt haft samma innehåll:⁷⁴

⁷⁰ Förhandstillstånd för ersättning för vård utomlands kan vara motiverat för att upprätthålla en vårdkapacitet eller en sjukvårdskompetens inom det nationella territoriet som är viktigt för folkhälsan, eller till och med för befolkningens överlevnad. C-158/96 Kohll (1998) ECR I-931, p. 51. Domstolen hänvisar till 72/83 Campus Oil v. Ministry for Industry and Energy (1984) ECR 2727, p. 33 till 36.

⁷¹ C-158/96 Kohll REG 1998 s. I-931, p. 52–53.

⁷² C-266/96 Corsica Ferries REG 1998 s. I-3949, p. 10.

⁷³ General good i Webb och van Binsbergen, senare general interest fr.o.m. Säger p. 15.

⁷⁴ Se exempelvis 205/84 Commission v. Germany (1986) ECR 3755, p. 29 och 154/89 Commission v. France (1991) ECR I-569 p. 15. Se även Gebhard, avsnitt 11.2.

- skyddsåtgärden skall vara motiverat av tvingande hänsyn till allmänintresset
- skyddsbehovet skall inte vara tillgodosett på annat sätt
- ändamålet skall inte kunna uppnås med mindre ingripande åtgärder
- åtgärden skall vara ändamålsenlig för att nå sitt syfte

Beträffande den första förutsättningen så kan det vara svårt att skilja mellan proportionalitetsbedömningen och EG-domstolens bedömning av huruvida det föreligger ett skyddsändamål. Bedömningen av huruvida *skyddsåtgärden är objektivt berättigad* kan mer ses som en sida av att motivera förekomsten av ett skyddsändamål. Härmed prövas om det överhuvudtaget är berättigat med inskränkande åtgärder. En allmän förutsättning är här att det nationella intresset betraktas som skyddsvärt i gemenskapsrätten. Å andra sidan utgör bedömningen ett led i intresseavvägningen mellan nationella skyddsintressen och den mellanstatliga handeln. Det sker genom en avvägning mellan gemenskapsintresset av fri rörlighet och det nationella intresset av skyddslagstiftning.

Den andra förutsättningen är att *skyddsbehovet inte redan är tillgodosett*.⁷⁵ Även här kan det vara svårt att urskilja proportionalitetsbedömningen från domstolens bedömning av om det föreligger något skyddsbehov. I det fall en verksamhet redan är underkastad lagstiftning och kontroll i hemlandet så kan värdlandet endast i undantagsfall tillåtas vidta ytterligare kontrollerande åtgärder. Så kan t.ex. vara fallet om hemlandets kontroll har ett annat syfte än värdlandets.⁷⁶ Fallen Webb och Van Wesemael visar på förutsättningens praktiska tillämpning. I Webb-fallet utgjorde det faktum att verksamheten, privat arbetsförmedling, redan var registrerad i hemlandet inget hinder för ytterligare registrering i värdlandet när den kontroll som värdlandets registrering syftade till hade en annan funktion än hemlandets.⁷⁷ Även i fallet van Wesemael fann EG-domstolen att det förelåg ett skyddsbehov. Det krav på registrering

⁷⁵ Se exempelvis C-76/90 Säger (1991) ECR I-4221, p. 15, C-369/96 & 376/96 Arblade REG 1999 s. I-8453, p. 34, C-355/98 Kommission mot Belgien REG 2000 s. I-1221, p. 37.

⁷⁶ C-279/80 Webb (1981) ECR 3305, p. 20 och C-110, 111/78 Van Wesemael (1979) ECR 35, p. 30. Se även C-205/84 Commission v. Germany (1986) ECR 3755 p. 47, C-76/90 Säger (1991) ECR I-4221, p. 15 och C-58/98 Corsten REG 2000 s. I-7919 p. 35.

⁷⁷ C-279/80 Webb (1981) ECR 3305. En förutsättning även här var dock att värdlandet tog hänsyn till de intyg och garantier som framlagts vid hemlandets tillståndsprövning.

som vördlandet uppställde godtogs dock inte av den anledningen att verksamheten, även här privat arbetsförmedling, redan var underkastad registreringskrav och kontroll i hemlandet.⁷⁸ Skyddsbehovet får heller inte vara tillgodosett av gemenskapsrättslig lagstiftning. I det tyska försäkringsfallet fann EG-domstolen att det förelåg ett skyddsbehov och att existerande gemenskapsrättslig sekundärlagstiftning inte motsvarade den skyddsnivå som medlemsländerna med rätta kunde eftersträva.⁷⁹ Kravet att skyddsbehovet inte skall vara tillgodosett genom hemlandets lagstiftning eller genom gemenskapslagstiftning får även ses som en del av nödvändighetskriteriet. I det fall skyddsbehovet är tillgodosett är ytterligare skyddsåtgärder inte nödvändiga.

Den tredje förutsättningen, att *ändamålet inte skall kunna uppnås med mindre ingripande åtgärder*, ger uttryck för proportionalitetsprincipens centrala krav på nödvändighet.⁸⁰ För tjänsters fria rörlighet har nödvändighetsrekvisitet varit av stor betydelse för att balansera EG-domstolens ambivalenta inställning till krav på hemvist. Domstolen har å ena sidan hävdad att krav på hemvist är absolut oförenligt med fri rörlighet för tjänster medan den å andra sidan godtagit till allmänintresset hänförliga skyddsändamål.⁸¹ I stället är det i proportionalitetsbedömningen som domstolen vanligtvis underkänt nationella krav på hemvist. Domstolen formulerar nödvändighetsrekvisitet extra skarpt, krav på hemvist måste vara oundgängligt (indispensable) för att uppnå det eftersträfvade skyddsändamålet. Detta har lett till att hemvistkrav vanligtvis fallit på bristande proportionalitet. I dessa fall, där EG-domstolen godkänt skyddsändamålet, men funnit att det kan uppnås med mindre ingripande åtgärder, är det vanligt att alternativa skyddsåtgärder anges.⁸² Behovet av att skydda vissa verksamheter av särskilt viktig eller känslig natur har enligt domstolen kunnat tillgodoses med krav på registrering eller auktorisering.⁸³ Även för andra skyddsåtgärder har nödvändighetskriteriet stor betydelse.

⁷⁸ C-110, 111/78 Ministère Public v. van Wesemael (1979) ECR 35.

⁷⁹ C-205/84 Commission v. Germany (1986) ECR 3755. Se även C-58/9 Corsten REG 2001 s. I-000 s. och C-106/91 Ramrath (1992) ECR I-3351.

⁸⁰ Beträffande tjänstedirektivets krav på proportionalitet och nödvändighet se avsnitt 9.2.2.1.

⁸¹ Se föregående avsnitt. C-355/98 Kommissionen mot. Belgien REG 2000 s. I-1221, p. 30 (fast driftsställe) C-114/97 Kommissionen mot Spanien REG 1998 s. I-6717, p. 45 (bosättning).

⁸² C-114/97 Kommission mot Spanien REG 1998 s. I-6717, p. 47 och 205/84, Commission v. Germany [1986] ECR 3755.

⁸³ Se t.ex. C-205/84 Commission v. Germany (1986) ECR 3755 p. 52, C-300/90 Commission v. Belgium (1992) ECR I-305, p. 23, C-101/94 Kommissionen mot Italien REG 1996 s. I-2691, p. 31 och C-222/95 Parodi REG 1997 s. I-3899, p. 31.

Produktbestämmelser och kvalifikationskrav är exempel på skyddsåtgärder som ofta befunnits onödigt begränsande.⁸⁴

Den fjärde och sista förutsättningen är att *åtgärden skall vara ändamålsenlig för att nå sitt syfte*. Kvalifikationskrav och krav på registrering i yrkesregister är exempel på åtgärder som inte befunnits ändamålsenliga för att nå sitt syfte, i dessa fall konsumentskydd.⁸⁵ Ett tydligt exempel på bristande ändamålsenlighet är i fallet Seco, där arbetsgivare avkrävdes sociala avgifter för arbetstagare, motiverat av socialt skydd för arbetstagarna.⁸⁶ Avgifterna kom dock inte på något sätt arbetstagarna till del. Arbetstagarna var inte berättigade till någon ersättning ur socialförsäkringen, bestämmelsernas syfte var istället att inte uppmuntra arbetsgivare att använda utländsk arbetskraft för att minska sina sociala avgifter. Lagstiftningens syfte var vidare att komma åt företag som inte betalade sina anställda i värdlandet fastställda minimilöner.⁸⁷ De nationella reglerna kunde enligt domstolen inte betraktas som ett lämpligt medel eftersom de inte på något sätt gynnade arbetstagarna.⁸⁸ Liknande diskussion men med motsatt resultat fördes i fallet Wolf & Müller avseende tyska företags borgensansvar för att underleverantörers arbetstagare betalas tyska minimilöner.⁸⁹ Domstolen kom i detta fall fram till att det solidariska ansvaret gynnade utstationerade arbetstagare.⁹⁰

Ändamålsenlighet är, liksom nödvändighet, av central betydelse vid proportionalitetsbedömning av alla undantag, även på de i artikel 46 stadgade grunderna. De två förutsättningarna är dessutom oupplösligt sammankopplade. Att en åtgärd inte är ändamålsenlig innebär att den inte på ett effektivt sätt uppnår skyddsändamålet. Därav följer att skyddsåtgärder inte heller är nödvändiga och att skyddsändamålet troligtvis kan uppnås med andra medel.⁹¹

⁸⁴ Se bland annat C-272/94 Guiot REG 1996 s. I-1905, p. 13, C-288/89 Gouda(1991) ECR I-4007, p. 15, guidefallen C-154/89 Commission v. France, p. 14–15, C180/89 Commission v. Italy, p. 17–18 och C-198/89 Commission v. Greece, p. 18–19.

⁸⁵ Se bland annat C-76/90 Säger (1991) ECR I-4221, p. 15; C-58/98 Corsten REG 2000 s. I-7919, p. 39 och C-369/96, 376/96 Arblande REG 1999 s. I- 8453, p. 35.

⁸⁶ 62 & 63/81 Seco v. EVI (1982) ECR 223.

⁸⁷ EG-domstolen godkände inte heller denna motivering utan påpekade att gemenskapsrätten inte hindrade medlemsländerna från att utvidga sin lagstiftning om minimilöner till att omfatta alla arbetstagare, p. 14.

⁸⁸ P. 15.

⁸⁹ C-60/03 Wolf & Müller REG 2004 s. I-9553.

⁹⁰ P. 39–40. Den slutliga proportionalitetsbedömningen lämnades dock över till den hänskjutande domstolen, p. 44. Se avsnitt 8.3.3.

⁹¹ Se Generalavdokat Lenz utlåtande i guide-fallen, p., 46. Guidelfallen: C-154/89, C-180/89 och C-198/89 Commission v. France, Italy, Greece (1991) ECR I-659, 709, 727. Nödvändighetsrekvisitet kan också sägas konsumera två av de övriga förutsättningarna.

Det kan synas som om proportionalitetsbedömningen är ett nålsöga som i det närmaste är omöjligt att passera. Det kan visserligen vara riktigt i de fall domstolen gör en strikt och noggrann prövning. I många fall är emellertid domstolens prövning inte särskilt ingående. Exempel härpå är Alpine Investments där domstolen gjorde en relativt lindrig proportionalitetsbedömning.⁹² Domstolens varierande ambitioner har säkerligen delvis sin förklaring i skyddsåtgärdens inskränkande effekt. I fallet Alpin Investments missgynnades inte utländska tjänsteutövare alls. Effekten av skyddsåtgärden blev istället att landets egna tjänsteutövare missgynnades, dvs. omvänd diskriminering.⁹³

8.3.3 EG-domstolen eller nationella domstolar

På senare år har det hänt att EG-domstolen först godkänner de av medlemsländerna anförda skyddsändamålen för att sedan överlämna hela eller delar av proportionalitetsprövningen till den nationella domstolen. Så har domstolen bland annat gjort i fall där prövningen gällt förbud mot privat spelverksamhet och förbud mot alkoholreklam. Vad som föranleder domstolen att i vissa fall överlämna proportionalitetsbedömningen till de nationella domstolarna är svårt att fastställa.

EG-domstolen väljer oftast att motivera överlämnandet med praktiska och arbetsekonomiska skäl. I fallet Gourmet, avseende det svenska förbudet mot spritreklam, menade EG-domstolen att den nationella domstolen var bättre skickad att genomföra en undersökning av de rättsliga och faktiska omständigheterna som kännetecknar förhållanden i den berörda medlemsstaten.⁹⁴ Bedömningen av om förbudet var nödvändigt för att uppnå det eftersträlvade syftet, skydd för folkhälsan, överlämnades av den anledningen till Marknadsdomstolen.⁹⁵ Även i fallet de Agostini beträffande hindrande och diskriminerande marknadsföringsregler har proportionalitetsbedömningen överlämnats till nationella domstolar. Anledningarna härtill förefaller även här vara främst arbetsekonomiska. I fallen de Agostini och Gourmet överlämnade domstolen proportiona-

⁹² C-384/93 Alpine Investments REG 1995 s. I-1141, p. 44–53. Se Jans, J. H., *Proportionality Revisited*, Legal Issues of Economic Integration 27 (3) 239–265, 2000, s. 261.

⁹³ Förbud mot "cold calling" som även omfattade marknadsföring till andra EU-länder.

⁹⁴ C-405/98 Gourmet International Products REG 2001 s. I-1795, p. 33.

⁹⁵ Marknadsdomstolens proportionalitetsbedömning har varit föremål för diskussion, se Bernitz, U., *Gourmet-målet: Marknadsdomstolen finner annonseringsförbud för alkohol otillåten enligt EG-rätten*. EGT nr 3/2003, s. 572–582 och Otken Eriksson, I., *Marknadsdomstolens dom i Gourmet-målet: resonemang kring proportionaliet*, nr 3/2003 ERT, s. 585–598.

litetsbedömningen i samband med prövningen av det svenska förbudet mot reklam som riktar sig till barn, förbudet mot vilseledande reklam samt förbudet mot alkoholreklam.⁹⁶

En annan anledning att överlämna proportionalitetsbedömning till nationella domstolar kan vara politisk försiktighet med att ändra förut-sättningarna inom ett område där flertalet medlemsstater har stora ekonomiska eller andra samhällseliga intressen.⁹⁷ Detta verkar vara förklaringen till domstolens förhållningssätt avseende hinder för spelverksamhet. Domstolen har här överlämnat proportionalitetsbedömningen till den nationella domstolen.⁹⁸ I fallet Schindler menade EG-domstolen att det inte går att förbise medlemsländernas moraliska, religiösa, och kulturella intressen. I detta fall lämnade EG-domstolen vissa riktlinjer, medlemsländerna måste själva kunna få avgöra om det är nödvändigt att begränsa, eller till och med förbjuda sådan verksamhet, under förutsättning att bestämmelserna inte är diskriminerande. I de efterföljande spelfallen Läära och Zenatti, fann sig domstolen nödsakad att bemöta påståenden, från de privata spelbolag som var parter i målet, om att den nationella åtgärden inte var ägnad att skydda det uppgivna allmänintresset. Domstolen menade att det faktum att Finland och Italien hade valt begränsningar av spelverksamheten i stället för totalförbud inte var tillräckligt för att visa att medlemsländernas syfte var ett annat än det uppgivna skyddet för allmänintresset.⁹⁹ I Läära-fallet tillade man att medlemslandet själv avgör om exklusiva rättigheter eller "code of conduct" skall komma i fråga, förutsatt att valet tillgodoser proportionalitetsprincipen (!). I Zenattifallet tillade domstolen att begränsningarna av spelverksamheten verkligen måste tjäna sitt syfte. Att verksamheten genererar intäkter som går till angelägna ändamål får endast vara en positiv marginaleffekt, inte det huvudsakliga syftet.

⁹⁶ C 34, 35 och 36/95 Konsumentombudsmannen (KO) mot De Agostini (Svenska) Förlag AB och KO mot TV-shop i Sverige AB REG 1997 s. I-3843, p. 7. C-405/98 Konsumentombudsmannen mot Gourmet International Products REG 2001 s. I-1796, p. 41.

⁹⁷ Respekt för legalitetsprincipen samt hänsyn för och maktfördelningen mellan gemenskapen och medlemsstaterna kan vara andra orsaker. Se Jans, J. H., s. 230 och Otken Eriksson, I., *"Marknadsdomstolens dom i Gourmetmålet: Resonemang kring proportionalitet"*, s. 591.

⁹⁸ Fallen C-275792 Schindler, C-124/97 Läära, C-67/98 Zenatti och C-243/01 Gambelli, se kap. 5, fotnot 108.

⁹⁹ I båda dess fall var spelautomater respektive vadslagning inte totalförbjudet utan i stället förbehållet spelanordnare med exklusiva rättigheter.

I Gambelli-fallet skärpte domstolen tonen och klargjorde att i den mån en medlemsstat lockar och uppmuntrar till deltagande i lotterier, hasardspel och vadslagning kan staten inte samtidigt åberopa hänsyn till den allmänna samhällsordningen som grund för undantag.

Även i mål avseende nationell arbetsrätt har EG-domstolen i senare fall överlämnat proportionalitetsbedömningen till hänskjutande domstol. I fallen Portugaia och Wolf & Müller gällde frågan minimilöner respektive borgensansvar för att underleverantörer betalade sin arbetstagare minimilöner. Domstolen godtog skydd för arbetstagare som berättigat skyddsändamål för att garantera att utstationerade arbetstagare betalades tyska minimilöner. Domstolen påbörjade sedan proportionalitetsbedömningen. I fallet Portugaia fastställde domstolen att lagstiftarens avsikt, som den kommer till uttryck i förarbetena visserligen kan utgöra en indikation på vilket syfte lagen skall uppnå, men inte kan vara avgörande.¹⁰⁰ I fallet Wolf & Müller fastställde domstolen att det solidariska ansvaret gynnade de utstationerade arbetstagarna. Den resterande bedömningen, om den inskränkande åtgärden stod i proportion till skyddsändamålet, överlämnades till den nationella domstolen.¹⁰¹

Proportionalitetsbedömningen har avgörande betydelse för den fria rörlighetens omfattning. Att EG-domstolen vanligtvis lägger ner stor möda på att bestämma vilka nationella åtgärder som är förenliga med proportionalitetsprincipen och vilka åtgärder som utgör omotiverat stora inskränkningar av tjänsters fria rörlighet är därför naturligt. Man kan spekulera i om EG-domstolens nya förhållningssätt är en generell attitydförändring avseende proportionalitetsbedömningar eller om det beror på att domstolens ledamöter inte kunde nå en enig skrivning i denna del eller om kanske medlemsländernas kompakta och eniga motstånd mot yttre inblandning har respekterats.

8.3.4 Sammanfattning

Undantag för nationella skyddsåtgärder medges enligt undantagsgrunderna i artikel 46 och av hänsyn till allmänintresset. Det sistnämnda uppvisar en imponerande variationsriktighet. Denna till synes generösa inställning till nationella begränsningar av tjänsters fria rörlighet motverkas av en strikt tillämpning av möjligheterna till undantag. Med stöd av proportionalitetsprincipen hålls nationella skyddsåtgärder inom gränserna för vad som är nödvändigt och ändamålsenligt. EG-domstolen har

¹⁰⁰ P. 27.

¹⁰¹ C-60/03 Wolf & Müller REG 2004 s. I-9553p. 44 och C-164/99 Portugaia REG 2002 s. I-787, p. 28. Se även GA Mengozzi i Laval-målet, kap. 6, fotnot 38.

dock i vissa fall, eller snarare inom vissa tjänstesektorer, i allt högre grad överlåtit proportionalitetsbedömningen till de nationella domstolarna.

Beträffande möjligheter till undantag görs åtskillnad mellan undantagsgrunderna. Undantag av hänsyn till allmänintresset kan endast komma ifråga för åtgärder som tillämpas lika för inhemska och utländska tjänster. Vad som skall förstås med lika tillämpning var länge oklart.¹⁰² Numera har EG-domstolen klargjort skillnaden mellan undantagsgrunderna. Åtgärder som är öppet diskriminerande kan endast medges undantag på de grunder som återfinns i artikel 46, för övriga skyddsåtgärder kan alla undantagsgrunder komma ifråga. Det innebär att alla former av dold diskriminering kan komma att undantas av hänsyn till allmänintresset.

Det går att urskilja vissa olikheter, eller snarare trender, avseende skyddsändamål mellan tjänsteverksamhet och tjänstestödjande rättsområden. Begränsningar som avser tjänsteverksamhet motiveras ofta med behov av skydd för konsumenten/tjänstemottagaren medan begränsningar av tjänstestödjande rättsområden i högre grad får motiveras av behovet att skydda samhällseliga värden och funktioner. När det gäller EG-domstolens proportionalitetsbedömning syns inga skillnader.

Det är uppenbart att intensiteten och inriktningen på EG-domstolens proportionalitetsbedömningar varierar. Hur domstolen väljer att göra förefaller hänga samman med faktorer som hur angeläget skyddsvärdet är, om det är fråga om ett "politiskt" känsligt område och hur pass inskränkande skyddsåtgärden är. Skyddsåtgärder med en diskriminerande effekt prövas ingående medan skyddsåtgärder som inte är diskriminerande får passera utan alltför ingående prövning. Intressant att notera är att i de fall domstolen valt att helt eller delvis överlämna proportionalitetsbedömningen till nationella domstolar har det rört sig om reglering av tjänsteverksamhet, som kan förmodas uppfattas som politisk känslig.

¹⁰² Se kap. 4.1.1 om terminologi och avsnitt 4.2.1 om dold diskriminering p.g.a. etablering. Termen lika tillämpning är inte detsamma som likabehandling eller icke-diskriminering. Olika behandling på grund av etablering har i ett flertal fall förklarats utgöra dold diskriminering, allt sedan C-288/89 Gouda (1991) ECR I-4007, p. 11 till 484/93 Svensson och Gustavsson (1995) I-ECR 3955, p. 11 och C-350/96 Clean Car Autoservice (1998) ECR I-2521, p 29. Beträffande krav på etablering eller bosättning i värdlandet har domstolen emellertid inte uttalat sig i fråga om diskriminering men däremot upprepat att krav på etablering är det allvarligaste hindret för tjänsters fria rörlighet eftersom det undanröjer den grundläggande förutsättningen för den gränsöverskridande verksamheten.

8.4 Systematisk genomgång av EG-domstolens praxis

EG-domstolens praxis beträffande undantagsmöjligheter inom olika tjänstesektorer och rättsområden har behandlats i ett flertal arbeten, nyttillkommen praxis redovisas och kommenteras successivt. Avsikten med nedanstående genomgång är inte att upprepa vad som redan är skrivet utan att beskriva EG-domstolens praxis ur ett nytt perspektiv som utgår från ett differentierat synsätt på artikel 49, med åtskillnad mellan tjänsteverksamhet, tjänstestödjande verksamhet och rättigheter för tjänsteutövare/tjänstemottagare. För ökad tydlighet och överensstämmelse med tidigare kapitel kommer genomgången att systematiseras i öppen diskriminering, dold diskriminering och övriga hinder.

Som framgått av avsnitt 4.2.3 är det endast avseende tjänsteverksamhet som artikel 49 tolkas som förbud mot alla, även icke-diskriminerande hinder. Inom övriga kategorier kan medlemsländerna behålla sina skyddsåtgärder, under förutsättning att de inte är diskriminerande. Härav följer att undantag för icke-diskriminerande bestämmelser endast är nödvändiga inom denna kategori. Nedanstående genomgång av tjänsteverksamheten skiljer sig därmed från de efterföljande genomgångarna av tjänstestödjande rättsområden och tjänsteutövare/tjänstemottagare genom sin större variation av undantag.

8.4.1 Undantag för nationell reglering av tjänsteverksamhet

Själva tjänsteverksamheten regleras vanligtvis med icke-diskriminerande bestämmelser om verksamhetens organisation samt genom krav på produkten och på tjänsteutövarens kvalifikationer. För att kunna kontrollera bestämmelsernas efterlevnad uppställs ofta krav på tillstånd. EG-domstolen har varit ytterst restriktiv med undantag. De skyddsåtgärder som tillåts är nästan alla av icke-diskriminerande natur. Inga undantag för öppen diskriminering har medgivits, krav på hemvist har medgivits i några fall av äldre datum.

8.4.1.1 *Öppen diskriminering – Inga undantag för krav på nationalitet*

Krav på nationalitet för att utöva en viss verksamhet har inte godtagits. För att över huvudtaget komma ifråga krävs att nationalitetskravet kan rättfärdigas av någon av de i artikel 46 stadgade undantagsgrunderna. Reglering av säkerhetstjänster hör till de fåtal fall som varit föremål för EG-domstolens prövning.

I målet Kommissionen mot Spanien hävdade Spanien att krav på nationalitet för såväl bolag, styrelse som anställda i företag som tillhandahåller säkerhetstjänster var motiverat av hänsyn till *allmän ordning och säkerhet*.¹⁰³ Spanien menade att verksamhetens art innebär ett hot mot allmän ordning och säkerhet och därför måste underkastas stränga kontroller vilka endast med säkerhet kan genomföras om de berörda personerna eller företagen är av spansk nationalitet. Domstolen erinrade om att krav på nationalitet innebar en generell uteslutning av yrkesutövare från andra EU-länder. Möjligheten att begränsa den fria rörligheten av hänsyn till allmän ordning, säkerhet och hälsa syftar inte till att undanta anställning inom vissa sektorer utan till att kunna neka personer inresa och uppehåll i landet.¹⁰⁴ Krav på nationalitet kan därför inte motiveras av hänsyn till allmän ordning, säkerhet och hälsa.¹⁰⁵

I fallet *Walrave and Kock*, där frågan gällde krav på nationalitet för medverkan i fotbollslandslag, löstes problemet med att verksamheten inte befanns ingå i ett ekonomiskt sammanhang och därför inte kunde betraktas som tjänst i fördragets mening.¹⁰⁶

8.4.1.2 Dold diskriminering – få undantag för krav på hemvist

Krav på hemvist har av medlemsländerna försvarats med behovet av att kontrollera vissa verksamheter. Krav på hemvist är den absoluta negationen av tjänsters fria rörlighet och domstolen har också varit ytterst restriktiv med undantag. Domstolen har i många fall godtagit de av medlemsländerna åberopade skyddsbehoven, men sedan funnit att skyddsåtgärden är onödigt ingripande. I några äldre fall har domstolen i stället för krav på hemvist funnit att krav på fast affärsställe kan vara motiverat för att tillförsäkra *efterlevnad av yrkesetiska regler*.¹⁰⁷ Det ena fallet är det inte helt okända fallet *Van Binsbergen*, där domstolen fann att krav på fast adress för verksamheten kunde vara berättigat avseende ombud i sociala mål.¹⁰⁸ EG-domstolen menade att personer vars uppgift är att

¹⁰³ C-114/97 Kommissionen mot Spanien REG 1998 s. I-6717.

¹⁰⁴ P. 42.

¹⁰⁵ P. 40–41.

¹⁰⁶ 36/74 *Walrave and Kock v. Union Cyclist Internationale* (1974) ECR 1405. Se även 13/76 *Donā* (1976) ECR 1333, p. 19.

¹⁰⁷ Som yrkesetiska regler exemplifierades regler om organisaton kvalifikationer, yrkesetik, kontroll- och ansvarsfrågor, 33/74 *van Binsbergen v. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid* (1974) ECR 1299, p. 12.

¹⁰⁸ 33/74 *van Binsbergen v. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid* (1974) ECR 1299, p. 16. Beträffande frågan om krav på etablering är diskriminerande, se avsnitt 4.2.1 om dold diskriminering.

vara behjälpliga vid den rättsliga administrationen skall kunna avkrävas etablering inom det geografiska området för domstolens jurisdiktion. EG-domstolens påpekande är föranlett av att en del medlemsländers rättssystem är organiserade så att jurister måste vara knutna till en särskild domstol.¹⁰⁹ I fallet Coenen underkände domstolen krav på privat bosättning för bedrivande av försäkringsverksamhet och menade att fast affärsställe var en tillräcklig åtgärd.¹¹⁰

I det tyska försäkringsfallet skärpte domstolen tonen.¹¹¹ Skyddsbehovet var detsamma som i tidigare fall med tillägg för *konsumentskydd*, motiverat av privatförsäkringars stora betydelse för den enskilda medborgarens ekonomi. Liksom i tidigare fall godkändes skyddsändamålet. Däremot befanns varken krav på hemvist eller fast affärsställe uppfylla kraven vid proportionalitetsbedömningen.¹¹² EG-domstolen menade att det räckte med att kräva att försäkringsgivaren var auktoriserad i Tyskland. Värmlandet skulle på så sätt kunna utöva tillräcklig insyn i verksamheten. I ett senare fall, från 1991, ansåg domstolen att medlemsländernas behov av att kunna kontrollera auktoriserade revisorers efterlevnad av yrkesregler, med avseende på oberoende och gott anseende, inte kunde motivera krav på etablering men däremot krav på infrastruktur och viss faktisk närvaro i verksamhetslandet.¹¹³

Slutligen skall nämnas ett par likartade fall där domstolen prövat krav på hemvist vid tillhandahållande av säkerhetstjänster. I föregående avsnitt nämndes att EG-domstolen inte godtagit spanska krav på nationalitet för såväl bolag, styrelse som anställda i säkerhetsföretag. Den spanska lagstiftningen uppställde även krav på att bolaget skulle vara etablerat i Spanien och att styrelseledamöter och personal skulle vara bosatta i Spanien.¹¹⁴ I ett likartat fall några år senare hävdade Belgien att behovet av att kontrollera verksamheten motiverade krav på fast driftställe. De undantagsgrunder som anfördes i de båda fallen för att motivera krav på etablering och bosättning var många och varierande. Dels åberopades de i artikel 46 angivna undantaggrunderna *allmän ordning och säkerhet*, dels allmänintresset i form av att *förebygga brott, klargöra gränserna för privata säkerhetstjänster* och faran för att vakter inte har *tillräckligt utbildning*.¹¹⁵

¹⁰⁹ I vissa länder förutsätts även att jurister kan tjänstgöra i domstolen.

¹¹⁰ Coenen 39/75 (1975) ECR 1547, p. 10.

¹¹¹ 205/84 Commission v. Germany (1986) ECR 3755.

¹¹² P. 52. Krav på etablering avfärdades kategoriskt såsom varande absolut oförenligt med tjänsters fria rörlighet.

¹¹³ C-106/91 Ramrath REG 1992 s. I-3351, p. 37. Tyvärr har varken domstolen eller generaladvokaten förklarat vad som menas med infrastruktur eller viss närvaro.

¹¹⁴ C-114/97 Kommissionen mot Spanien REG 1998 s. I-6717.

¹¹⁵ P. 27.

Även EG-domstolen fann att det förelåg behov av skyddsåtgärder. Undantagsgrunderna allmän ordning och säkerhet ansågs dock inte tillämpliga, av två skäl. Det ena var detsamma som vad som tidigare sagts avseende krav på nationalitet. Möjlighet att begränsa rätten till fri rörlighet på grunderna allmän ordning, säkerhet och folkhälsa är inte menad att utesluta ekonomiska sektorer, såsom privata säkerhetstjänster, från rätten till fri rörlighet.¹¹⁶ Det andra skälet var att undantagsgrunderna allmän ordning och säkerhet förutsätter ett verkligt och tillräckligt allvarligt hot mot ett samhälles grundläggande intressen.¹¹⁷ Argumentet att varje bevakningsföretag kan utgöra ett verkligt och tillräckligt allvarligt hot mot centrala samhällsintressen ansågs sakna grund, eller i vart fall inte bevisat.¹¹⁸ EG-domstolen fann att vare sig krav på fast driftsställe, eller bosättning var nödvändigt för att tillförsäkra allmän ordning och säkerhet.¹¹⁹ Inte heller allmänintresset ansågs kunna motivera krav på hemvist. Liksom i tidigare fall fann EG-domstolen att medlemsländernas legitima skyddsintresse kunde tillgodoses med mindre ingripande åtgärder, såsom krav på tillstånd, kontroll och åläggande av sanktioner.¹²⁰

De fall där EG-domstolen godtagit krav på hemvist är få och ligger långt bak i tiden. Sedan dess har praxis gått i tydlig riktning mot allt strängare bedömning. I de fall skyddsändamålet godtagits har hemvistkravet inte klarat proportionalitetsbedömningen.

8.4.1.3 *Dold diskriminering – inga undantag för särbehandling p.g.a. hemvist*

Domstolen har inte medgivit undantag för nationella regler som särbehandlar tjänsteutövare på grund av att de är etablerade i ett annat medlemsland, det vill säga dold diskriminering.

För att inte vilseledas av nedanstående genomgång skall påpekas att fallen Bond och Gouda är av ett relativt tidigt datum. I fallet Bond hade EG-domstolen för första gången gjort klart att diskriminering på grund

¹¹⁶ Avsikten är i stället att ge medlemsländerna möjlighet att neka vissa personer rätt att vistas inom landets gränser, i det fall inresa och vistelse i sig utgör fara för allmän ordning, säkerhet eller folkhälsa. C-355/98 Kommissionen mot Belgien REG 2000 s. I-1221, p. 29.

¹¹⁷ P. 30.

¹¹⁸ Kommissionen mot Spanien (1998) REG I-6717, p. 47 och C-355/98 Kommissionen mot Belgien (2000) REG I-1221, p. 30.

¹¹⁹ C-355/98 Kommissionen mot Belgien REG 2000 s. I-1221, p. 30 (fast driftsställe) C-114/97 Kommissionen mot Spanien REG 1998 s. I-6717, p. 41 (nationalitet), p. 44 (bosättning).

¹²⁰ C-114/97 Kommissionen mot Spanien REG 1998 s. I-6717, p. 47.

av tjänstens ursprung endast kan medges undantag enligt de i artikel 46 uttryckligen angivna undantagsgrunderna, dvs. allmän ordning, säkerhet och folkhälsa.¹²¹ Den ytterligare distinktion som sedermera gjordes, enligt vilken begränsning av undantagsgrund inte längre skulle omfatta alla former av diskriminering utan endast öppen diskriminering, var ännu inte aktuell.¹²²

I fallen Bond och Gouda kom domstolen fram till att den nederländska regleringen av TV-bolags organisation och användning av reklamintäkter innebar att utländska TV-bolag behandlades mindre förmånligt än inhemska bolag.¹²³ De skyddsändamål som anfördes av Nederländerna, *konsumentskydd* (att skydda konsumenter mot överdriven reklam) samt *främjande av kulturpolitiska mål* godtogs i och för sig men ansågs inte kunna motivera skyddsåtgärder som diskriminerade TV-bolag med etablering i ett annat EU-land. EG-domstolen gjorde här för första gången klart att endast undantagsgrunderna i artikel 46 kunde rättfärdiga diskriminering. Eftersom det återopade skyddsändamålet inte kunde inordnas under undantagsgrunden allmän ordning så medgavs inget undantag. Måhända skulle EG-domstolen i dag komma till en annan slutsats. Skyddsåtgärderna var inte öppet diskriminerande, och skulle därmed i enlighet med senare praxis kunna medges undantag även av hänsyn till allmänintresset. Det är dock vanskligt att dra några slutsatser, av två anledningar. För det första har det långt mellan Bond/Gouda-fallen och museifallet, för det andra så är det fråga om olika kategorier av tjänstebegreppet. Bond/Gouda-fallen rör tjänsteverksamhet medan museifallet rör rättigheter för tjänstemottagare.

Även det belgiska förbudet för kabel TV-bolag att från sina nät sända program på främmande språk från stationer i andra medlemsstater befanns vara diskriminerande.¹²⁴ Restriktionen var formulerad som ett förbud mot att sända program från radio- eller TV-stationer i andra medlemsländer om programmen inte sänds på språket/språken i det medlemsland där sändaren är etablerad. EG-domstolen fann att eftersom åtgärden var diskriminerande kunde endast de i artikel 46 tillåtna undantagsgrunder allmän ordning, säkerhet och folkhälsa komma i fråga. Hit

¹²¹ P. 32–33. Bond-fallet gällde nederländska bestämmelser om TV-sändning med reklam innehåll, se avsnitt 4.1.5. Domstolen fann att undantag av hänsyn till det allmänna enligt artikel 46 inte var förenligt med proportionalitetsprincipen, eftersom skyddseffekten kunde uppnås med mindre inskränkande, icke-diskriminerande åtgärder.

¹²² C-388/01 Kommissionen mot Italien REG 2003 s. I-721.

¹²³ 352/85 Bond van Adverteerders and others v. the Netherland State (1988) ECR I-2085 p. 32–33 och 288/89 Gouda and others v. Commissariaat voor de Media (1991) ECR I-4007, p. 11.

¹²⁴ C-211/91 Kommissionen mot Belgien (1992) ECR I-6757 p. 6.

räknas inte de av Belgien åberopade *kulturpolitiska målen*; bibehållande av mångfalden inom pressen,¹²⁵ bevarandet och utvecklingen av det konstnärliga arvet samt de nationella stationernas överlevnad.¹²⁶ Även detta fall skall, i likhet med fallen Bond och Gouda, ses mot bakgrund av dåvarande praxis avseende.

I detta sammanhang skall också redogöras för de så kallade guidefallen.¹²⁷ EG-domstolen kom här fram till att utländska reseföretags verksamhet hindrades av krav på att till gruppresor medföljande guider måste inneha värdlandets nationella guideexamen för att få guida den egna gruppen. EG-domstolen tog inte explicit ställning till om kraven var diskriminerande men påpekade att artikel 49 och 50 även krävde avskaffande av alla inskränkningar i friheten att tillhandahålla tjänster som grundar sig på att den som tillhandahåller tjänster är etablerad i en annan medlemsstat än den där tjänstens tillhandahålls.¹²⁸ Frågan om möjliga undantagsgrunder, artikel 46 eller allmänintresset, undveks därmed. Medlemsländerna gjorde gällande att reglerna syftade till att skydda allmänintresset av en ökad förståelse för platser och föremål av *historiskt och kulturellt värde* och bästa möjliga spridning av *kunskaper om landets konst och kulturarv*. EG-domstolen godtog de åberopade skyddsändamålen, men fann lagstiftningen onödigt inskränkande.¹²⁹ Att uppställa krav på guideexamen även för guider som medföljer turistgrupper från övriga medlemsländer och själva ledsagar sina grupper stod enligt EG-domstolen inte i proportion till skyddsintresset. EG-domstolen menade att skyddsbehovet i stället kunde tillgodoses genom marknadskrafterna, eftersom konkurrensen ledde till att researrangörerna själva måste utöva viss kontroll av kvalitén och över urvalet av guider.

Några år senare tog domstolen ställning till spanska regler om distribution av film. Tillstånd att sända dubbade utländska filmer gavs endast i det fall den sökande även åtog sig att distribuera inhemskt producerade filmer. Domstolen fastställde att de spanska bestämmelserna diskriminerade utländska TV-bolag och höll sedan fast vid sin tidigare inställning att diskriminerande skyddsåtgärder endast kunde medges undantag med stöd av undantagsgrunderna i artikel 46. Detta skulle innebära att det av Spanien åberopade *kulturella skyddsändamålet* inte kunde komma ifråga.¹³⁰ Domstolen gjorde sig trots det besvär med att kommentera skydds-

¹²⁵ Vilken direkt gynnades av reklamintäkterna från nationella TV-stationer.

¹²⁶ P. 7.

¹²⁷ C-154/89, C-180/89 och C-198/89 Commission v. France, Italy and Greece (1991) ECR I-659, 709, 727.

¹²⁸ P. 12–13.

¹²⁹ P. 17–21.

¹³⁰ C-17/92 Distribuidores Cinematográficos (1993) ECR I-2239 p. 15.

åtgärdens bristande ändamålsenlighet och påpekade att den omtvistade lagen främjar distribution av alla inhemska filmer oavsett deras innehåll eller kvalitet.

8.4.1.4 Dold diskriminering vid tolkning – få undantag

Dold diskriminering i vid bemärkelse innebär att utländska tjänster missgynnas utan att det existerar något särskiljande kriterium som hänger samman med nationalitet. Diskriminering följer typiskt sett med bördan av att behöva efterleva mer än ett lands lagstiftning.¹³¹ Exempel på sådana nationalneutrala, missgynnande åtgärder är dubbla avgifter, kontroller och tillståndskrav, det vill säga när värdlandet kräver avgifter, kontroller och tillstånd för tjänsteverksamhet som redan underkastas motsvarande reglering i hemlandet.

Domstolen har vanligtvis funnit att medlemsländernas skyddsändamål, *konsumentskydd* och *skydd för tjänstemottagaren*, kunnat motivera tillstånd och kontroller av tjänsteverksamhet. Däremot har skyddsåtgärderna endast i ett fåtal fall klarat den efterföljande proportionalitetsbedömningen.¹³² Det ligger i sakens natur att värdlandets reglering inte anses vara proportionerlig i de fall tjänsteverksamheten redan är underkastad motsvarande reglering i sitt hemland. I proportionalitetsbedömningen prövas bland annat att skyddsändamålet inte redan är tillgodosett.

Ett av de få fall där domstolen trots allt godkänt dubbla regleringar, i detta fall tillstånd, är fallet Webb.¹³³ Såväl hemlandet som värdlandet krävde tillstånd för utövande av arbetsförmedlande verksamhet. Anledningen till att domstolen i detta fall godkände värdlandets tillståndskrav var att hemlandets och värdlandets lagstiftning hade olika syften och att hemlandets tillstånd och kontroll därmed inte uppfyllde värdlandets skyddsbehov. Krav på tillstånd för arbetsförmedlande verksamhet ansågs därför kunna motiveras av *förhållandena på arbetsmarknaden och arbetstagarens skyddsåtgärder*.

I fallet Corsten gällde frågan krav på tillstånd och registrering för att utöva verksamhet som hantverkare.¹³⁴ EG-domstolen godkände det åberopade skyddsändamålet, *att säkerställa god kvalitet i utförda tjänster*.¹³⁵

¹³¹ Se avsnitt 5.3 till 5.3.1.5 om dubbla bördor.

¹³² Se exempelvis C-58/98 Corsten REG 2000 s. I-7919 p. 41 och 205/84 Commission v. Germany (1986) ECR 3755.

¹³³ 279/80 Webb (1981) ECR 3305.

¹³⁴ För tillstånd krävdes registrering i hantverksregistret, för att bli registrerad i hantverksregistret upptäcktes krav på yrkesutbildning och yrkespraktik. C-58/98 Corsten (2000) ECR I-7919.

¹³⁵ C-58/98 Corsten REG 2000 s. I-7919 p. 41.

I proportionalitetsbedömningen kom emellertid domstolen fram till att skyddsåtgärden gått utöver vad som var nödvändigt för att uppnå skyddsändamålet, eftersom värdlandets granskning inte innebar någon ytterligare bedömning utöver vad som redan gjorts av hemlandets myndigheter.¹³⁶

8.4.1.5 Övriga hinder – flest undantag

Gruppen övriga hinder utgörs av icke-diskriminerande skyddsåtgärder. Förbudet i artikel 49 omfattar även sådana icke-diskriminerande hinder för tjänsters fria rörlighet, dock endast i det fall regleringen avser tjänsteverksamhet. För övriga kategorier är icke-diskriminerande skyddsåtgärder tillåtna och hamnar således utanför ramarna för diskrimineringsförbudet. För tjänsteverksamhet är i stället övriga hinder den typiska skyddsåtgärden i form av neutrala krav på tillstånd, krav på produkten och på tjänsteutövarens kvalifikationer. I några fall förekommer även krav på verksamhetens organisation. EG-domstolen har varit restriktiv i fråga om undantag även för icke diskriminerande skyddsåtgärder. Domstolen håller i de flesta fall fast vid principen om ömsesidigt erkännande.

I fallet Säger godkändes inte krav på tillstånd och yrkeskvalifikationer. Det skyddsändamål som framfördes, *konsumentskydd* och *efterlevnad av yrkesetiska regler*, ansågs obefogat mot bakgrund av verksamhetens relativt enkla natur. I stället bekräftade domstolen att tjänsteverksamhet som lagligen utövas i ett EU-land även ska kunna utövas i andra länder.

Produktkrav har varit föremål för domstolens prövning.¹³⁷ Vid två tillfällen har svenska marknadsföringsregler befunnits strida mot artikel 49. I det första fallet fann domstolen att behovet av *konsumentskydd* kunde motivera skyddsåtgärder mot vilseledande reklam och reklam riktad mot barn.¹³⁸ I det andra fallet ansågs förbud mot alkoholreklam kunna vara motiverat, i detta fall av hänsyn till *allmän hälsa*.¹³⁹ Proportionalitetsbedömningen överlämnades i båda fallen till den nationella domstolen, som anförtröddes "... att bedöma proportionalitetsprincipen mot bak-

¹³⁶ C-58/98 Corsten REG 2000 s. I-7919, p. 40.

¹³⁷ Som tidigare påpekats intar marknadsföring en dubbelställning, genom att dels utgöra ett tjänstestödande rättsområde, dels utgöra en tjänsteverksamhet i sig.

¹³⁸ C-288/89 Collective Antennevoorziening Gouda and Others v. Commissariaat voor de Media (1991) ECR I-4007, p. 27 och C-34, 35 och 36/95 Konsumentombudsmannen (KO) mot De Agostini (Svenska) Förlag AB och KO mot TV-shop i Sverige AB REG 1997 s. I-3843, p. 53.

¹³⁹ C-405/98 Konsumentombudsmannen mot Gourmet International Products REG 2001 s. I-1795, p. 40.

grund av de faktiska och rättsliga omständigheterna i landet". Det går således inte att mer specifikt avläsa hur domstolen ser på denna typ av hinder.¹⁴⁰ Ytterligare ett fall avseende undantag för marknadsföringsregler bör nämnas, *Alpin Investment*. I detta fall var marknadsföringen inte en tjänst i sig utan ett verktyg för marknadsföring av den egna produkten, finansiella tjänster. EG-domstolen fann att förbud mot "cold calling" vid försäljning av optioner frantog landets egna tjänsteutövare ett effektivt sätt att marknadsföra sig i andra länder. Intresset av att skydda den nationella *finansiella sektorns goda rykte* ansågs berättiga undantag. Domstolen gjorde sig i detta fall besvär med att motivera sitt ställningstagande. Fungerande finansmarknader ansågs viktiga för ekonomiska aktörer. En förutsättning för att marknaden skall fungera väl är att den åtnjuter förtroende bland investerare, och just optionsmarknaden är komplex och särskilt utsatt för spekulationer.

Krav på verksamhetens organisation omfattas också av förbudet i artikel 49. De två fallen avseende den nederländska regleringen av TV-bolags organisation är bra exempel. EG-domstolen godkände först skyddsändamålen men fann att skyddsåtgärderna inte kunde godtas eftersom utländska TV-bolag diskriminerades.¹⁴¹ Lagen godtogs emellertid några år senare då den åter hamnade på EG-domstolens bord, nu i ny, icke-diskriminerande, version. Skyddsändamålen var desamma, det vill säga *konsumentskydd* i kombination med *kulturpolitik*, vilka denna gång kunde rättfärdiga särskilda krav på organisationen av TV- och radiosändningar.¹⁴² Åtgärderna bedömdes som nödvändiga för att *säkra yttrandefriheten i TV och radio för de varierande sociala, kulturella och religiösa grupperna*, vilket skulle äventyras om annonsörer fick alltför stort inflytande över programinnehållet.¹⁴³

Sammanfattningsvis kan konstateras att undantag för övriga hinder för tjänsteverksamhet uppvisar en stor variationsrikedom, med konsument-

¹⁴⁰ C-405/98 Konsumentombudsmannen mot Gourmet International Products REG 2001 s. I-1795, p. 41 Vidare är det vanskligt att bestämma huruvida dessa fall skall hänföras till dold diskriminering i vid bemärkelser eller till övriga hinder mot bakgrund av att domstolens motivering kan tolkas som att den nationella regleringen ansetts missgynnande.

¹⁴¹ 352/85 Bond van Adverteerders and others v. the Netherland State (1988) ECR I-2085 p. 32–33 och 288/89 Gouda and others v. Commissariaat voor de Media (1991) ECR I-4007, p. 11.

¹⁴² C-6/98 ARD REG 1999 s. I-7599, p. 50, C-23/93 TV-10 (1994) ECR I-4795, p. 18, C-288/89 Gouda (1991) ECR I-4007, p. 22.

¹⁴³ Med hänvisning till Nold-fallet påpekade domstolen att detta intresse även garanterades av gemenskapsrätten, såsom varande en av de grundläggande rättigheterna i EKMR, 4/73 Nold v. Commission (1974) ECR 491 p. 13.

skydd som det dominerande skyddsändamålet för samtliga skyddsåtgärder (tillstånd, krav på produkten, krav på tjänsteutövarens kvalifikationer och på verksamhetens organisation).

8.4.1.6 Förbud och exklusiva rättigheter

Förbud för all privat tjänsteverksamhet inom ett viss område eller förbud för alla utom för tjänsteutövare med exklusiva rättigheter ingår i kategorin övriga hinder. Förbud att utöva en viss verksamhet är det absoluta hindret för tjänsters fria rörlighet. Ett förbud är emellertid inte diskriminerande, så länge det tillämpas lika för inhemska och utländska verksamhetsutövare. De förbud som varit föremål för domstolens prövning har gällt privat spelverksamhet. Här finns en intressant grupp fall med livaktig argumentation från parterna och de intervenerande medlemsstaterna. Domstolen har prövat engelska totalförbud för privata storskaliga lotterier, finska bestämmelser om exklusiv rättighet för spelautomater¹⁴⁴ och italienska bestämmelser för hur vadslagning skall organiseras. Alla har medgivits undantag. De undantagsgrunder som återopats är många och varierande.¹⁴⁵ EG-domstolen har i stort sett accepterat dem alla, med smärre justeringar.¹⁴⁶

De bevekelsegrunder som återopades för undantag kan delas in i tre kategorier. Den första var att skydda konsumenterna och samhället från bedrägeri eller annat olagligt handlande från lotterianordnarens sida. Risker för bedrägeri angavs vara särskilt stor just med avseende på lotteri, eftersom deltagarna inte har möjlighet att kontrollera förhållandet mellan inbetalda lotteriandelar och utbetalda vinster. Den andra kategorin skyddsbehov var av socialpolitisk natur, för att begränsa överdrivet spelande med allvarliga ekonomiska och sociala konsekvenser för den enskilde och, i förlängningen, för samhället. Medlemsländerna menade att det i detta syfte var nödvändigt att begränsa den totala tillgången till spel samt att kontrollera den spelverksamhet som förekom. Det tredje skyddsintresset var att se till att det överskott som spelverksamheten genererade skulle gå till för samhället angelägna ändamål såsom välgörenhet, sport och kultur.

¹⁴⁴ C-124/97 Läära m.fl. mot Kihlakkunnansyyttäjä REG 1999 s. I-6067 och C-67/98 Questore de Verona mot Diego Zenatti REG 1999 s. I-7289.

¹⁴⁵ Konsumentskydd/skydd för tjänstemottagaren, bibehållande av den samhälleliga ordningen, socialpolitisk hänsyn.

¹⁴⁶ Se avsnitten om undantagsgrunderna under allmänintresset. Att domstolen inte avisade det ekonomiskt betingade skyddsändamålet, att överskottet skulle finansiera behjärtansvärda och allmännyttiga saker, utan vägde in de som en kompletterande skäl, är anmärkningsvärt.

Den första prövningen av förbud mot spelverksamhet gjordes i fallet Schindler, och gällde förbud mot privata storskaliga lotterier. Domstolen gjorde här en grundligt värdering av de undantagsgrundernas berättigande. Slutsatserna har sedan legat till grund även för bedömningen i de senare fallen Läära, Zenatti och Gambelli.

I fallet Schindler fann EG-domstolen att de uppräknade skyddsintressena väl motiverade undantag från artikel 49. Domstolen uttrycker sig emellertid på olika sätt i domslut och domskäl, vilket fördunklar bilden något. I domskälen fann EG-domstolen att de skäl som Storbritannien anförde som stöd för sin restriktiva lagstiftning kunde rubriceras som *skydd för tjänstemottagaren/konsumenten* samt *bevarande av den samhällsliga ordningen*, "order in society". I domslutet uttryckte sig domstolen på ett annat sätt. Där hänvisades till *förhindrande av bedrägeri* samt till *social-politiska hänsyn*.

Vad som egentligen avses med de olika skyddsändamålen är oklart. Bevarande av samhällelig ordning var enligt domstolen ett redan vedertaget skyddsändamål enligt fallet Koestler.¹⁴⁷ Jämförelsen är emellertid inte särskilt lyckad eftersom domstolen i Koestler-fallet fann de nationella åtgärderna förenliga med artikel 49, någon vidare prövning och värdering av giltiga undantagsgrunder gjordes därför aldrig. I fallet Schindler pekade domstolen på behov av att förhindra bedrägeri, ett skyddsändamål som måste kunna hänföras till samhällelig ordning. Samhällelig ordning skulle då ses som ett annat sätt att uttrycka den i artikel 46 angivna undantagsgrunden allmän ordning. Nödvändigheten av en sådan dubbelring har ifrågasatts.¹⁴⁸ Det kan dock ha sin förklaring i att det finns behov av skydd för allmän ordning även i de fall skyddsbehovet inte når upp till de för artikel 46 högt ställda kraven på att utgöra ett verkligt och allvarligt hot mot centrala samhällsintressen. Samhällelig ordning utgör då ett alternativ till allmän ordning, med gemensamma skyddsändamål men en mildare proportionalitetsbedömning, där även nationella åtgärder som inte förebygger ett verkligt och allvarligt hot ändå omfattas av förbudet i artikel 49. Undantag av hänsyn till allmän ordning i enlighet med artikel 46 skulle därmed ha sin motsvarighet i undantag av hänsyn till bevarande av den samhällsliga ordningen i enlighet med allmänintresset.

¹⁴⁷ C-15/78 Société Générale Alsacienne de Banque v. Koestler (1978) ECR 1971. Fallet gällde frågan om förbud mot lagföring av vissa skulder. Tyske medborgaren Koestler hade under en längre vistelse i Frankrike skulder till en fransk börsmäklare till följd av misslyckade spekulationer i kursskillnader (time-bargaining). Av hänsyn till samhällelig ordning förbjöd tysk lagstiftning lagföring av bland annat sådana skulder.

¹⁴⁸ Snell, J., *Goods and Services in EC Law*, s. 173.

Beträffande undantagsgrunden socialpolitiska hänsyn är fallet Schindler den första gången som EG-domstolen uttryckligen nämnde socialpolitiska hänsyn som grund för undantag. Fallet Webb kan dock ses som en föregångare. EG-domstolen fann där att licenskravet var påkallat med hänsyn till verksamhetens känsliga natur av såväl ekonomisk som social betydelse för arbetstagarna.¹⁴⁹ I Schindler-fallet och efterföljande praxis har sociala och ekonomiska konsekvenser av överdrivet spelande för tjänstemottagen/spelaren legat till grund.

Som nämnts ovan så uttrycker domstolen skyddsändamålet på olika sätt i domskäl och domslut. I rimlighetens namn borde innebörden dock vara densamma, vilket leder till slutsatsen att de olika formuleringarna saknar betydelse. För en sådan slutsats talar att förhindrande av bedrägeri som nämns i domslutet, bör inordnas under begreppet samhällelig ordning som nämns i domskälen, medan skydd för tjänstemottagaren/konsumenten som nämns i domskälen lämpligen kan inordnas under begreppet socialpolitiska hänsyn i domslutet. Undantagsgrunderna samhällelig ordning och socialpolitiska hänsyn lämnar således en del övrigt att önska vad gäller tydlighet. En lösning skulle vara att istället se de båda skyddsändamålen som två sidor av samma mynt, där socialpolitiska hänsyn är inriktat på att skydda individen/tjänstemottagaren medan bevarande av samhällelig ordning är inriktad på att skydda samhällsintressen, såsom socialpolitiska hänsyn samt bevarande av lag och ordning.¹⁵⁰

Den tredje undantagsgrunden, att överskottet skulle finansiera goda ändamål godkändes således även den, åtminstone till viss del. EG-domstolen menade att den inte saknade relevans, men att finansiella ändamål inte ensamma utgör ett objektivt godtagbart skäl för undantag. Därav kan man sluta sig till att de övriga två undantagsgrunderna var för sig utgör objektivt godtagbara skäl för undantag.

I fallen Lärää, Zenatti och Gambelli upprepade EG-domstolen vad som sagts i Schindler-fallet. Fallen har emellertid olikheter. I Schindler-fallet var förbudet mot den privata spelverksamheten totalt.¹⁵¹ I övriga fall beviljades särskilda och exklusiva rättigheter till nationella företag, vilket gör att förbudets icke-diskriminerande natur kan ifrågasättas. I samtliga fall har EG-domstolen överlåtit proportionalitetsbedömningen till medlemsländerna, som på egen hand får bedöma vad som, med hänsyn tagen till nationell särart, är lämplig skyddsnivå.

¹⁴⁹ 279/80 Webb (1981) ECR 3305.

¹⁵⁰ Ökad risk för bedrägeri nämndes i fallet Schindler.

¹⁵¹ Med undantag för ytterst småskaliga lotterier i syföreningar, kyrkoförsamlingar o. dyl.

8.4.1.7 *Slutsats*

Som framkommit ovan så medger EG-domstolen ytterst sällan undantag för nationella åtgärder med diskriminerande effekt. I de fall medlemsländernas skyddsåtgärder diskriminerat utländsk tjänsteverksamhet har domstolen vanligtvis funnit de nationella skyddsåtgärderna onödigt inskränkande. Däremot är möjligheten till undantag avsevärt större för övriga, icke-diskriminerande, åtgärder. För dessa skyddsåtgärder erbjuds en variation av möjligheter till undantag av hänsyn till allmänintresset. Beträffande krav på tillstånd, krav på produkten och på tjänsteutövarens kvalifikationer har EG-domstolen dock varit restriktiv och i de flesta fall inte avvikit från principen om ömsesidigt erkännande. En tjänst som lagligen tillhandahålls i ett medlemsland skall endast undantagsvis kunna stoppas från att tillhandahållas i andra medlemsländer. Däremot har nationella förbud mot tjänsteutövande bedömts på ett mer tillåtande eller kanske snarare avvaktande sätt. Domstolen har i princip inte lagt sig i nationella förbud mot privat spelverksamhet, så länge medlemsländernas reglering av spelmarknaden inte är diskriminerande.¹⁵²

Det är i nästan samtliga fall undantagsgrunder som kan motiveras av allmänintresset som kommer ifråga. Mest förekommande är konsumentskydd, och i anslutning till det, närbesläktade undantagsgrunder som efterlevnad av yrkesetiska regler. I dessa fall begränsas tjänsters fria rörlighet i syfte att skydda individen/tjänstemottagaren mot undermåliga eller skadliga tjänster. Skydd av mer samhällelig natur, såsom kulturpolitik och samhällelig ordning förekommer också, men i mindre utsträckning.

8.4.2 Undantag – tjänstestödjande rättsområden

Tjänstestödjande rättsområden hör till artikel 49:s perifera del. Endast diskriminerande skyddsåtgärder är förbjudna, övriga åtgärder behöver därmed inte undantas utan hamnar per se utanför artikel 49:s tillämpning. De skyddsåtgärder som varit föremål för EG-domstolens prövning har missgynnat tjänsteutövare som är etablerade i ett annat land än värdlandet. I de flesta fall är etablering den öppet särskiljande faktorn.¹⁵³ Inom arbetsrättens område förekommer även undantag för diskriminering i dold bemärkelse, det vill säga bestämmelserna är nationalneutrala men har trots det en missgynnande effekt för företag som är etablerade i ett annat EU-land.

¹⁵² Med tanke på att 11 medlemsländer intervenerade för Storbritanniens räkning i fallet Schindler är det förståeligt om EG-domstolen håller en låg profil.

¹⁵³ Dvs. dold diskriminering i snäv bemärkelse.

8.4.2.1 Dold diskriminering – flertal undantag för särbehandling p.g.a. etablering

Nationella regleringar av tjänstestödjande rättsområden kan vara utformade på ett sätt som missgynnar tjänsteföretag med etablering i ett annat medlemsland. Sämre möjligheter till skatteavdrag för försäkringspremier eller låneräntor i det fall försäkringsgivaren/kreditgivaren är etablerad i ett annat medlemsland har varit föremål för domstolens prövning och har i vissa fall ansetts motiverade av behovet av att säkerställa effektiv skattekontroll och ett enhetligt skattesystem.¹⁵⁴

I fallet *Bachmann* fann EG-domstolen att belgiska skatteregler enligt vilka endast premier inbetalda till försäkringsbolag som var etablerade i Belgien medgavs avdrag stred mot artikel 49.¹⁵⁵ Belgien hävdade, med stöd av interventioner från Tyskland, Nederländerna och Danmark, att bestämmelserna var nödvändiga för att tillförsäkra effektiv skattekontroll och ett enhetligt skattesystem.¹⁵⁶ EG-domstolen godkände skyddsändamålet men fann i sin proportionalitetsbedömning att det avsedda resultatet kunde uppnås med mindre ingripande metoder. *Effektiv skattekontroll* kunde åstadkommas genom att myndigheterna i de olika medlemsländerna informerade varandra i skatteärenden.¹⁵⁷ EG-rättslig sekundärlagstiftning i detta syfte hade utfärdats. Belgien invände att alla medlemsländer inte har den kontroll och de rapporteringssystem som krävs för att kunna lämna ut erforderlig information. På detta svarade EG-domstolen att det alltid är möjligt att hos den enskilda personen/skattebetalaren efterfråga de uppgifter som krävs för att erhålla skatteavdrag. Domstolen kom fram till liknande slutsats i fallet *Vestergaard*, avseende sämre möjligheter till kostnadsavdrag för deltagande i yrkesinriktade kurser som anordnades på semesterorter utomlands.¹⁵⁸ Även i detta fall fann domstolen att de särbehandlande nationella åtgärderna var onödigt inskränkande.

¹⁵⁴ C-204/90 *Bachmann* (1992) ECR I-249, p. 35. Ett enhetligt skattesystem har synonymt kallats kongruens i ett skatterättslig ordning i C-484/93 *Svensson, Gustavsson mot Ministre de logement et de l'urbanisation* REG 1995 s. I-3955 p. 16–18 och sammanhang i det tillämpliga skattesystemet i C-300/90 *Commission v. Belgium* (1992) ECR I-305, p. 22–23, C-390/96 *Lease Plan Luxembourg* REG 1998 s. I-2553, C-118/96 *Safir* REG 1998 s. I-1897 p. 33; C-136/00 *Danner* REG 2002 s. I-8147 p. 31–32 och 37.

¹⁵⁵ C-204/90 *Bachmann* (1992) ECR I-249 Frågan gällde avdrag för premier till sjuk- och invalidförsäkring, livförsäkring samt pensionsförsäkring.

¹⁵⁶ Effektiv skattekontroll utgör en vedertagen grund för undantag från fördragets regler om varors fria rörlighet, under tvingande hänsyn, se *Cassis de Dijon*.

¹⁵⁷ Dir. 77/799 om ömsesidig assistans av nationella kompetenta myndigheter inom området för direkt försäkring, p. 15.

¹⁵⁸ C-55/98 *Vestergaard* REG 1999 s. I-7641, p. 25.

I Bachmann-fallet prövades även om intresset av att upprätthålla *ett enhetligt skattesystem* kunde rättfärdiga nationella skatteregler enligt vilka endast premier inbetalda till försäkringsbolag som var etablerade i det egna landet medgavs avdrag. EG-domstolen kom fram till att så var fallet. I likhet med många andra medlemsländer så har Belgien ett system där avdragsrätten för pensions- och livförsäkringar är kopplade till skatteuttag när försäkringsersättningen betalas ut. Beträffande premier för pensionsförsäkring och livförsäkring ansåg EG-domstolen att hänsyn till allmänintresset motiverade undantag från fördragets regler. I sin proportionalitetsbedömning konstaterade domstolen att det gick att säkra kopplingen mellan skatteavdrag på premieinbetalning och beskattning av försäkringsutbetalningen med mindre ingripande åtgärder.¹⁵⁹ I Bachmann-fallet fanns ett direkt samband mellan skatteavdraget för de premier som betalas in och beskattning av den ersättning som utbetalas av försäkringsbolaget. I de fall ett sådant direkt samband saknats har undantag inte medgivits.¹⁶⁰ I fallet Bachmann godkände domstolen således ett annat skyddsändamål än de som anges i artikel 46, trots att det var fråga om en diskriminerande nationell åtgärd. Upprätthållandet av ett enhetligt skattesystem är en undantagsgrund som hör till kategorin allmänintresset.¹⁶¹

I fallet Svensson gällde frågan Luxemburgs bestämmelser om räntebidrag till bostadslån.¹⁶² Räntebidrag medgavs endast för lån i banker som var etablerade i Luxemburg. Även i detta fall åberopades bevarande av ett enhetligt skattesystem som grund för undantag från fördragets regler. EG-domstolen konstaterade först att reglerna var diskriminerande. Något undantag medgavs inte.¹⁶³ Domstolen återtog sedan sin gamla inställning och fastslog att diskriminering endast kan rättfärdigas med de undantagsgrunder som räknas upp i artikel 46.¹⁶⁴ Det poängterades särskilt att ekonomiska hänsyn aldrig kan motivera sådana undantag.¹⁶⁵ Dessutom fann domstolen att det i detta fall saknades direkt samband mellan beviljandet av räntebidrag till låntagare och den finansiering därav som gjordes genom skatt på finansinstitutens vinster.

¹⁵⁹ Till samma slutsats kom domstolen i fallet 300/90 *Commission v. Belgium* (1992) ECR I-305, p. 22–23.

¹⁶⁰ C264/96 ICI REG 1998 s. I-4695 p. 29.

¹⁶¹ V. Hatzopoulos, i genomgång av fallet C-484/93 *Svensson, Gustavsson mot Ministre de logement et de l'urbanisation* REG 1995 s. I-3955.

¹⁶² C-484/93 *Svensson, Gustavsson mot Ministre de logement et de l'urbanisation* REG 1995 s. I-3955.

¹⁶³ P. 14–19.

¹⁶⁴ P. 15.

¹⁶⁵ Domstolens motivering är dock motsägelsefull genom att som tänkbart skyddsintresse nämns upprätthållande av ett enhetligt skattesystem, det vill säga en undantagsgrund som inte ingår i artikel 46.

Under de år som följde hade domstolen allt större problem med att rätta sig efter de begränsningar man själv skapat. I den grupp av fall som följde avseende krav på förhandstillstånd för sjukvård utomlands blev domstolens svårigheter uppenbara. I fallet Kohl gällde frågan krav på förhandstillstånd för att få ersättning för tandvårdskostnader i ett annat land.¹⁶⁶ Eftersom motsvarande krav inte uppställdes för tandvård i Luxemburg behandlades inhemska och utländska tandläkare olika.¹⁶⁷ Luxemburg åberopade undantag av hänsyn till allmän hälsa, dels för att förhandstillstånd ansågs nödvändigt för att kunna garantera den utländska sjukvårdens kvalitet, dels för att säkerställa en läkar- och sjukhusvård som är väl avvägd och tillgänglig för alla. Domstolen löste dilemmat genom att ge undantagsgrunden *allmän hälsa* i artikel 46 en vid tolkning. Undantag för att garantera kvaliteten på den utländska vården avvisades med hänvisning till de EG-rättsliga samordnings- och harmoniseringsdirektiven för läkare och tandläkare.¹⁶⁸ Däremot ansåg EG-domstolen att det andra skyddsintresset som åberopas av hänsyn till allmän hälsa, att upprätthålla en läkar- och sjukvård som är väl avvägd och tillgänglig för alla, kunde berättiga undantag av hänsyn till allmän hälsa.¹⁶⁹ Medlemsstater ska kunna tillförsäkra tillhandahållande av medicinska tjänster och sjukhusvårdstjänster. Om det för bibehållande av behandlingsmöjligheter eller medicinska tjänster i landet är väsentligt att upprätthålla en vårdkapacitet eller en sjukvårdskompetens inom det nationella territoriet, som är viktigt för folkhälsan, eller till och med för befolkningens överlevnad, så ansågs undantag kunna vara motiverat.¹⁷⁰ I den efterföljande proportionalitetsbedömningen kom dock domstolen fram till att undantag av hänsyn till allmän hälsa inte heller var motiverat i detta fall eftersom det inte visats att de nationella bestämmelserna var nödvändiga för att uppnå skyddsändamålet.¹⁷¹

¹⁶⁶ C-158/96 Kohl (1998) ECR I-931.

¹⁶⁷ EG-domstolen har vid det här laget återgått till sin gamla vana att inte uttala sig om diskriminering. I stället konstateras att krav på förhandstillstånd hindrar den fria rörligheten och avhåller patienter från att vända sig till personer som tillhandahåller sjukvård i ett annat land, p. 35.

¹⁶⁸ P. 48.

¹⁶⁹ P. 50.

¹⁷⁰ C-158/96 Kohl REG 1998 s. I-931, p. 51. Domstolen hänvisar till 72/83 Campus Oil v. Ministry for Industry and Energy (1984) ECR 2727, p. 33 till 36.

¹⁷¹ Vare sig sjukförsäkringskassan eller de intervenerande medlemsländernas regeringar hade inkommit med yttrande som visat att de omtvistade nationella bestämmelserna var nödvändiga för att säkerställa en läkar- och sjukhusvård som är väl avvägd och tillgänglig för alla och som är oundgänglig för att upprätthålla vårdkapacitet och sjukvårdskompetens i landet. C-158/96 Kohl REG 1998 s. I-931, p. 52–53.

Även i fallet Smits and Peerbooms rörde frågan sjukvård i ett annat EU-land.¹⁷² Här gällde frågan krav på förhandstillstånd för sjukhusvård, dvs. vård på sjukhusinrättning, utomland. Nederländerna menade att förhandstillstånd var nödvändigt för att kunna planera för en god nationell sjukvård. EG-domstolen kom fram till att risken för att *den ekonomiska balansen i systemet för social trygghet* allvarligt kan rubbas kan utgöra tvingande hänsyn av allmänintresse som kan motivera hinder för tjänsters fria rörlighet. Även i fallet Kohll åberopades liknande skyddsändamål, dock utan framgång.¹⁷³ Olikheten förklarades i fallet Smiths och Peerbooms med att vård på sjukhusinrättning har vissa särdrag som skiljer sig från öppenvård.¹⁷⁴ Domstolen menade att behovet av att kunna planera för antal sjukhus, utrustning och geografisk placering gör att krav på förhandstillstånd befanns såväl nödvändigt som rimligt avseende vård på sjukhusinrättning utomlands. Domstolen frångick därmed för andra gången sin tidigare praxis genom att låta en diskriminerande, olika tillämpande skyddsåtgärd undantag på andra grunder än de som anges i artikel 46.

I proportionalitetsbedömningen fann EG-domstolen att de villkor som uppställdes för att erhålla förhandstillstånd var godtagbara. Det första villkoret, att vården utomlands skulle motsvara sedvanlig behandlig enligt berörda yrkeskretsar, ansågs rimlig.¹⁷⁵ Det andra villkoret, att behandlingen skall vara nödvändig, ansågs godtagbart under förutsättning att det skulle förstås som att samma eller liknande behandling inte kunde ges i Nederländerna inom rimlig tid.¹⁷⁶

8.4.2.2 Dold diskriminering vid tolkning – få undantag

Med dold diskriminering i vid tolkning avses nationella åtgärder, som trots att de båda är lika tillämpade och nationalneutrala, missgynnar tjänsteutövare från andra medlemsländer. Det är främst inom arbetsrättens område som EG-domstolen har utsträckt förbudet i artikel 49 till att även omfatta dold diskriminering i vid tolkning.¹⁷⁷ Det är således också inom detta område som behov av undantag föreligger. För övriga tjänste-

¹⁷² C-157/99 Smits and Peerbooms REG 2001 s. I-5473.

¹⁷³ C-158/96 Kohll REG 1998 s. I-931, p. 41–42.

¹⁷⁴ C-157/99 Smits and Peerbooms REG 2001 s. I-5473, p. 72 och 76.

¹⁷⁵ Under förutsättning att berörda yrkeskretsar avsåg internationell nivå och inte inskränktes till Nederländerna, p. 90.

¹⁷⁶ P. 90–95 samt 103.

¹⁷⁷ Vid dold diskriminering i vid tolkning missgynnas de facto utländska tjänsteutövare trots att de nationella åtgärderna är nationalneutrala och tillämpas lika oberoende av etablering och andra nationalspecifika kriterier.

stödjande områden faller dold diskriminering utanför artikel 49:s tillämpningsområde.

De vanligast förekommande undantagsgrunderna är *skydd för arbetstagare*, alternativt *social trygghet för arbetstagare*.¹⁷⁸ I fallet *Seco*, där skydd för arbetstagare för första gången togs upp som en skyddsändamål, föll frågan om undantag på bristande proportionalitet eftersom de nationella reglerna inte gynnade arbetstagarna.¹⁷⁹ I senare fall har dessa undantagsgrunder fått motivera att bestämmelser om minimilön och andra arbetsvillkor i lagstiftning och kollektivavtal även tillämpas på gästande företags arbetstagare.¹⁸⁰ Dessutom har domstolen funnit att krav på gästande tjänsteföretag att hålla dubbla register över sina anställda är berättigade på samma grunder.¹⁸¹ I ett fall från 2003 har domstolen funnit att även *förebyggande av illojal konkurrens* från företag som betalar sina anställda mindre än minimilön kan motivera nationella skyddsåtgärder, dock inte som ensamt skyddsändamål utan i samverkan med skydd för arbetstagare.¹⁸² Den nationella lagstiftningens skyddsintresse var att skydda den nationella arbetsmarknaden snarare än arbetstagarnas löner. Domstolen påpekade att det inte behöver ligga någon motsättning i målsättningarna att bevara en lojal konkurrens och att garantera skydd för arbetstagare.¹⁸³

Även inom processrättens område förekommer undantag av hänsyn till allmänintresset. *Skydd för borgenärer* och *skydd för god administration av rättsvisan* ansågs av domstolen kunna motivera begränsningar i talerätt vid mål om indrivning av fordran.¹⁸⁴ Frågan gällde tvång för inkassoföretag att anlita advokat för att vid domstol begära rättsliga åtgärder för indrivning av fordran.

¹⁷⁸ 62 & 63/81 *Seco v. EVI* (1982) ECR 223, p. 10, C-113 *Rush Portuguesa* (1990) ECR I-1417, C-369/96 & 376/96 *Arblade* REG 1999 s. I-8453, p. 36, C-272/94 *Guiot* REG 1996 s. I-1905, p. 16 och 21.

¹⁷⁹ 62 & 63/81 *Seco v. EVI* (1982) ECR 223, p. 15. Bördan av att behöva erlagga dubbla sociala avgifter, etableringslandets och värdlandets för anställda hade bedömts som dold diskriminering. Avgifterna kom dock inte på något sätt arbetstagarna till del eftersom de inte var berättigade till någon ersättning ur värdlandets socialförsäkring. Se avsnitt 8.3.2.

¹⁸⁰ C-113/89 *Rush Portuguesa* (1990) ECR I-1417 och C-164/99 *Portugaia* REG 2002 s. I-787.

¹⁸¹ 43/93 *Vander Elst* (1994) ECR I-3803, p. 14, 272/94 *Guiot* REG 1996 s. I-1905, p. 10, C-369/96 & 376/96 *Arblade* REG 1999 s. I-8453, p. 33. Kravet innebär en dubbel börda för företag som redan för motsvarande register i det land där man etablerad.

¹⁸² C-60/03 *Wolf & Müller*, REG 2004 s. I-9553. Frågan gällde lönesättning under den i värdlandet föreskrivna miniminivån.

¹⁸³ P. 42.

¹⁸⁴ C-3/95 *Broede* REG 1996 s. I-6511. Se avsnitt 6.2.6.

8.4.2.3 *Slutsats*

EG-domstolen har varit relativt generös med att tillåta diskriminerande skyddsåtgärder inom tjänstestödande rättsområden. De undantagsgrunder som kommit ifråga utgör mestadels skydd för samhälleliga intressen. Inom arbetsrättens område är det dock skydd för individen/arbetstagaren som motiverat undantag.

8.4.3 Undantag – likabehandling av tjänsteutövare och tjänstemottagare

Tjänsteutövare och tjänstemottagare har behov som går utöver den ekonomiska verksamheten. Domstolen har här successivt vidgat cirklarna. Rätt till lokaler och subventionerade bostäder¹⁸⁵, brottsskadeersättning¹⁸⁶, fritt inträde till museer,¹⁸⁷ val av processspråk¹⁸⁸ och bonus på trafikförsäkringspremier¹⁸⁹ omfattas av diskrimineringsförbudet i artikel 49. Tjänsteutövare och tjänstemottagare från övriga EU-länder skall inom dessa områden ha samma rättigheter som landets egna medborgare. Rätten till likabehandling är näst intill okränkbar, några undantag har än så länge inte medgivits.

8.4.3.1 *Öppen diskriminering – inga undantag*

Medlemsländernas önskan att förbehålla sina egna medborgare rättigheter eller förmånligare villkor har inte tolererats. EG-domstolen har inte i något fall medgivit undantag för denna typ av öppen diskriminering. Att frågor av detta slag kommer inför EG-domstolens prövning beror på olika uppfattningar om fördragets tillämpningsområde. Diskussionen har därmed kretsat kring denna fråga, inte kring undantag.

Artikel 49 hindrar däremot inte medlemsländerna från att behandla EU-medborgare från andra länder förmånligare än sina egna medborgare. Några sådana fall av omvänd diskriminering har heller inte varit föremål för EG-domstolens prövning.

¹⁸⁵ 63/86 Commission v. Italy (1988) ECR 29 och 197/84 Steinhauser v. Biarritz (1985) ECR 1819.

¹⁸⁶ 186/87 Cowan v. Le Tresor Public (1989) ECR 195.

¹⁸⁷ C-45/93 Commission v. Spain (1994) I-911 och C-224/97 Ciola REG 1999 s. I-2517.

¹⁸⁸ C-279/96 Horst Otto Bickel and Ulrich Franz REG 1998 s. I-763.

¹⁸⁹ P. 16.

8.4.3.2 Dold diskriminering – inga undantag

Dold diskriminering i form av olika behandling på grund av hemvist har varit föremål för domstolens prövning. I ett ganska udda fall från 1999 avseende begränsningar av antalet båtplatser vid Bodensjön som fick hyras ut till personer bosatta utomlands, ansåg domstolen att det var fråga om diskriminering på grund av bosättning. Diskrimineringen drabbade utländska båtägare som inte fick samma möjligheter att hyra båtplatser.¹⁹⁰ Båtägarna skall således ses som presumtiva tjänstemottagare. Vid denna tidpunkt hade domstolens praxis beträffande undantag av hänsyn till allmänintresset börjat vackla. Inom de tjänstestödande områdena hade olika behandling på grund av etablering medgivits undantag av tvingande hänsyn till allmänintresset.¹⁹¹ I detta fall var domstolens inställning beträffande olika behandling av båtägare/tjänstemottagare orubbad. Här deklarerades klart att regler som diskriminerade på grund av bosättning endast kan medges undantag på de i artikel 46 angivna grunderna.¹⁹²

I ett fall av senare datum gjorde domstolen en annan bedömning av möjliga undantagsgrunder. Fallen gällde förmånliga besöksavgifter för personer över 60 år som var bosatta inom vissa delar i Italien.¹⁹³ Även i detta fall missgynnades tjänstemottagare som var bosatta i andra EU-länder.¹⁹⁴ EG-domstolen klargör här sin ändrade inställning till när undantag av hänsyn till allmänintresset kan komma i fråga. Medan åtskillnad på grund av nationalitet fortfarande inte kan rättfärdigas på andra grunder än de i artikel 46 givna, så kan åtskillnad som grundas på bosättningskriteriet däremot rättfärdigas av hänsyn till allmänintresset. Det av Italien åberopade skyddsintresset, ekonomiska hänsyn avseende *kostnader för förvaltningen av kulturminnesmärken och kongruens i skattesystemet*, ansågs dock inte kunna motivera undantag. Ekonomiska syften kan aldrig utgöra tvingande hänsyn till allmänintresset.¹⁹⁵ Beträffande den åberopade kongruensen i skattesystemet saknades samband mellan beskattning av något slag och de förmånliga inträdesavgifterna.¹⁹⁶

¹⁹⁰ C-224/97 Ciola REG 1999 s. I-2517.

¹⁹¹ C-157/99 Smits and Peerebooms REG 2001 s. I-5473, förhandstillstånd för ersättning för vård utomlands, se avsnitt 6.4.2.1.

¹⁹² P. 14–16.

¹⁹³ C-388/01 Kommissionen mot Italien REG 2003 s. I-721.

¹⁹⁴ Museibesökare räknas som tjänstemottagare.

¹⁹⁵ P. 22.

¹⁹⁶ P. 23.

8.4.4 Sammanfattning/slutsats

Praxis visar att domstolen har olika syn på undantag beroende på om den nationella regleringen avser tjänsteverksamheten, tjänstestödjande rättsområden eller rättigheter för tjänsteutövare/tjänstemottagare. Skillnaderna avser dels skyddsåtgärdens hindrande effekt, dels undantagsgrunder/skyddsändamål.

Om vi först betraktar domstolens praxis med utgångspunkt från skyddsåtgärdernas hindrande effekt kan generellt sägas att ju mer inskränkande skyddsåtgärden är, desto svårare är det att medge undantag. Det finns dock vissa intressanta skillnader mellan tjänsteverksamhet, tjänstestödjande rättsområden och rättigheter för tjänsteutövare/tjänstemottagare. För tjänsteverksamhet godtas nästan uteslutande skyddsåtgärder av icke-diskriminerande natur. Sådana icke-diskriminerande skyddsåtgärder, eller övriga hinder, är exempelvis nationalneutrala krav på tillstånd, organisation, produktkrav och krav på tjänsteutövarens kvalifikationer. Andra skyddsåtgärder underkänns kategoriskt i EG-domstolens proportionalitetsbedömningar, varvid domstolen ofta anvisar mindre ingripande åtgärder som adekvata och tillräckliga.

För övriga kategorier behövs inga undantag för övriga hinder, eftersom endast diskriminering omfattas av förbudet i artikel 49. För tjänstestödjande områden är det i stället dolt diskriminerande skyddsåtgärder som har varit föremål för undantagsprövning. EG-domstolen har här varit generös med att medge undantag och visat en tillåtande inställning till skyddsåtgärder inom exempelvis skattelagstiftning och social trygghetslagstiftning. Förståelse för medlemsländernas större skyddsbehov för känsliga rättsområden som arbetsmarknadssystem, skatterätt och sociala trygghetssystem förefaller också ha varit en pådrivande faktor. Kanske är en sådan förståelse till och med den avgörande orsaken, till att domstolen slutligen gjorde en praxisändring så att undantag av hänsyn till allmänintresset även kan komma ifråga för åtgärder som diskriminerar företag etablerade i ett andra EU-länder. EG-domstolens syn på skyddsåtgärder på arbetsrättens område har varit något mindre generös. Förbudet i artikel 49 har i vissa fall även tillämpats på nationalneutrala åtgärder som ansetts missgynna utländska företag.¹⁹⁷ För kategorin tjänsteutövare/tjänstemottagare så förekommer även här diskriminerande skyddsåtgärder som är dolt diskriminerande. I dessa fall är det bosättning, inte etablering, som utgör det särskiljande kriteriet. Till dags dato har domstolen dock inte medgivit undantag.

¹⁹⁷ Det vill säga dolt diskriminering i vid tolkning.

Om vi övergår till att i stället betrakta EG-domstolens praxis med utgångspunkt från undantagsgrunder och skyddsändamålen art visar det sig att även här är det vissa skillnader mellan de olika kategorierna. De vanligaste motiven för att begränsa den fria tjänsteverksamheten är att skydda den enskilde från undermåliga eller skadliga tjänsteprodukter. Skyddsändamålen är då konsumentskydd, skydd för tjänstemottagaren och efterlevnad av yrkesetiska regler. För TV-sändningar och filmdistribution förekommer även kulturpolitiska ändamål. För tjänstestödjande rättsområden är det istället skydd för samhälleliga intressen som dominerar, såsom bevarande av ett enhetligt skattesystem, upprätthållande av den ekonomiska balansen i systemet för social trygghet¹⁹⁸ och effektiva rättsliga funktioner som är inriktade på den offentliga sektorns funktioner.¹⁹⁹

Ovanstående iakttagelser visar att EG-domstolens praxis avseende undantag från artikel 49 uppvisar betydande särdrag mellan de olika kategorierna tjänsteverksamhet, tjänsteutövande rättsområden och likabehandling för tjänsteutövare/tjänstemottagare.

¹⁹⁸ P. 106.

¹⁹⁹ C-3/95 Reisebüro Broede REG 1996 s. I-6511, p. 36.

9 Det nya tjänstedirektivet

9.1 Tjänstedirektivet

På initiativ av det europeiska ministermöte som ägde rum i Lissabon 2000 och efter ett flertal rapporter, utredningar och förhandlingar antogs den 22 november 2006 ett direktiv för genomförande av en gemensam tjänstemarknad.¹ Direktivet skall ses mot bakgrund av att tjänstemarknadens växande betydelse ställer krav på att den mellanstatliga tjänstehandeln kan fungera smidigt och enkelt. Vad är då problemet, varför är det så svårt att åstadkomma en gemensam tjänstemarknad? Det är ju sedan länge väletablerad praxis att tjänster som lagenligt utövas i en medlemsstat skall tillåtas inom hela gemenskapen.² En av anledningarna är att medlemsländerna visat sig ovilliga att anpassa sig till gällande rätt, det vill säga till EG-domstolens vittgående tolkning av tjänsters fria rörlighet.³ Administrativt krångel och olikartade nationella regleringar och rutiner har visat sig utgöra allvarliga hinder för tjänsters fria rörlighet. Avsikten med det så kallade tjänstedirektivet är att bryta med gamla invanda mönster och skapa en gemensam politisk vilja att verkligen fullgöra målet med en gemensam tjänstemarknad.⁴ Det är delvis mot denna bakgrund som förslaget till tjänstedirektiv bör ses. Genom det nya direktivet vill man skapa en gemensam politisk vilja att verkligen fullgöra det gemensamma målet, en gemensam tjänstemarknad. Alternativet, att kommissionen inleder fördragsbrottsförfaranden mot medlemsstat efter medlemsstat, är ett dyrt, krångligt och tidsödande tillvägagångssätt som visat sig otillräckligt för att komma till rätta med brister i gemenskapsrättens genomförande och efterlevnad.⁵

¹ Kommissionens ursprungliga förslaget, KOM (2004) 2 möttes av motstånd, inte endast från intresseorganisationer och medlemsstater, utan även från Europaparlamentet, se EP:s ståndpunkt den 15 nov. 2006. Tjänstedirektivet skall vara införlivat i medlemsländernas rättsordningar till 2010.

² C-76/90 Manfred Säger v. Denemeyer & Co. Ltd. Säger, Alpin Investments.

³ KOM (2002) 441 del II C2.

⁴ Kommissionens motivering till förslaget om tjänstedirektiv, s. 8.

⁵ Kommissionens motivering till förslaget om tjänstedirektiv, s. 8.

Att praxis öppnat för en vidare tolkning av artikel 49 är således inte tillräckligt. In casu avgöranden kan inte skapa samma gemensamma förutsättningar som positiv lagharmonisering. Inom en rad känsliga sektorer förekommer redan nu harmoniseringslagstiftning, vilken inte kommer att påverkas av tjänstedirektivet.⁶ För den stora majoritet tjänsteversamheter som ännu inte varit föremål för EG-rättslig lagharmonisering ger tjänstedirektivet en generell rätt att tillhandahålla tjänster, med vissa möjligheter för medlemsländerna att uppställa krav på verksamheten. Till viss del kan direktivet här ses som en kodifiering av gällande praxis, men också som en sanering i den ymniga floran av undantag från artikel 49.

Rättsligt sett så medför direktivet för övrigt inga större nyheter för tjänsters fria rörlighet.⁷ Detta beror på ett antal faktorer, varav en är att en stor del av direktivet inte reglerar tjänsters fria rörlighet utan rätten till fri etablering, namnet till trots.⁸ Direktivet behandlar inte heller alla komponenter av tjänsters fria rörlighet. Det är framför allt själva tjänsteversamheten som är föremål för harmonisering, tjänstebegreppets övriga komponenter omfattas endast i ringa utsträckning. Även regleringen av tjänsteversamheten är begränsad, dels genom undantag för tidigare harmoniseringslagstiftning, dels genom att stora tjänstesektorer och viktiga rättsområden undandragits direktivets tillämpningsområde.

Direktivets förtjänster ligger främst i det praktiska genomförandet av en gemensam tjänstemarknad, med förbättrat samarbete mellan medlemsländerna och förenklad administration vid gränsöverskridande tjänsteversamhet.

I nedanstående redogörelse för tjänstedirektivets inverkan på tjänsters fria rörlighet skall de förändringar som direktivet trots allt innebär behandlas.

⁶ Såsom bankförsäkring, TV-sändningar och reglerade yrken. Se artikel 17.

⁷ Direktivet kan trots det förväntas förbättra de faktiska förutsättningarna för förverkligandet av en gemensam tjänstemarknad, dels genom administrativ förenkling, dels genom de så kallade gemensamma kontaktpunkterna. Den administrativa förenklingen genomförs genom användandet av gemensamma blanketter i de fall medlemsländerna uppställer krav på intyg, certifikat eller liknande för att få utöva tjänsteversamhet enligt artikel 5, och inrättandet av gemensamma kontaktpunkter dit tjänsteleverantörer kan vända sig för alla formaliteter och förfaranden i samband med start och utövande av tjänsteversamhet, artiklarna 6–8.

⁸ Störst utrymme ges härvid åt strävandet att åstadkomma ett förbättrat samarbete mellan medlemsländernas myndigheter, och därmed undanröja onödigt byråkratiskt krångel vid etablering.

9.1.1 Tjänstedirektivets tillämpningsområde

I tjänstedirektivets inledande artiklar anges vilka tjänsteområden som inte omfattas av direktivet. Hit hör stora och viktiga tjänstesektorer såsom tjänster av allmänt intresse, hälso- och sjukvårdstjänster, sociala tjänster, spelverksamhet och säkerhetstjänster.⁹ Beträffande tjänster av allmänt intresse så får medlemsländerna själva definiera vilka tjänster som ingår.¹⁰ Hälso- och sjukvårdstjänster exkluderades inte i kommissionens ursprungliga förslag, utan har plockats bort efter ett kompakt motstånd från medlemsländerna. Även spelverksamhet och säkerhetstjänster har gått samma öde till mötes. Undantag från tjänstedirektivet i sin helhet görs även för finansiella tjänster, elektroniska tjänster och transporttjänster, hamntjänster, tjänster av bemanningsföretag, audiovisuella tjänster och verksamhet knuten till offentlig makt.

Inledningsvis klargörs också att direktivet inte påverkar medlemsländernas lagstiftning om arbetsrätt, straffrätt, social trygghet samt grundläggande mänskliga rättigheter inklusive rätten att vidta stridsåtgärder.¹¹ Tjänstedirektivets eventuella inverkan inom dessa rättsområden, i synnerhet arbetsrätt och rätten att vidta stridsåtgärder, gjordes till en stridsfråga såväl i Europaparlamentet som i medlemsländerna. Detta kan synas märkligt mot bakgrund av att tjänstedirektivet inte i något skede varit tänkt att påverka dessa rättsområden.

Ytterligare avgränsningar görs sedan i de delar av fördraget som behandlar tjänsters fria rörlighet. I artikel 17 görs en uppräknig av redan existerande EG-rättslig lagharmonisering av tjänstesektorer och rättsområden som inte skall omfattas av direktivets bestämmelser om friheten att tillhandahålla tjänster. Hit hör bland annat direktiv avseende tjänster av allmänt ekonomiskt intresse¹², ömsesidigt erkännande av yrkeskvalifikationer, indrivningsverksamhet, utstationering av arbetstagare och upphovsrätt.¹³

⁹ Artikel 2.

¹⁰ Artikel 1. Kommissionen ämnar lägga fram en rapport om behovet av en ramlag för tjänster i allmänhetens intresse, se Vitboken om tjänster av allmänt intresse, KOM (2004) 0374.

¹¹ Artikel 1. Även tjänstemonopol och tjänster av ekonomisk intresse undantas.

¹² Post-, el- och gassektorn, vattendistribution och avfallshantering.

¹³ Vidare utesluts ett antal områden som omfattas av harmoniseringsdirektiv avseende; personuppgifter, sociala trygghetssystem, advokaters rätt att tillhandahålla tjänster, administrativa formaliteter för inresa och vistelse i det land tjänsten tillhandahålls, tillstånd för avfallstransporter, revision och redovisning. Inom- och utomobligatoriska förpliktelser fastställda enligt internationella privaträttsliga regler samt handlingar som enligt lag kräver medverkan av notarius publicus omfattas inte heller.

9.2 Rätt att tillhandahålla tjänster

I direktivets portalparagraf för tjänsters fria rörlighet garanteras rätten att fritt starta och utöva tjänsteverksamhet. Enligt artikel 16 skall medlemsländerna respektera tjänsteleverantörernas rätt att tillhandahålla tjänster i en annan stat än den där de är etablerade.¹⁴ Texten överensstämmer i stort med fördragstexten i artikel 49. Den oklarhet avseende den fria tjänsterörlighetens omfattning som kännetecknar artikel 49 skulle därmed även gälla för artikel 16 i tjänstedirektivet. Så illa är det dock inte. Enligt den fortsatta texten i artikel 16 skall medlemsländerna tillåta start och utövande av tjänsteverksamhet på sitt territorium. Medan artikel 49 omfattar alla kategorier av tjänstebegreppet så är tillämpningsområdet för artikel 16 således begränsat till själva tjänsteverksamheten.

9.2.1 Icke-diskriminering och ömsesidigt erkännande

Enligt artikel 16 första punkten skall medlemsländerna, om de uppställer krav för att tillåta start och utövande av tjänsteverksamhet, respektera principen om icke-diskriminering.¹⁵ Frågan är hur detta stadgande skall uppfattas. Principen om icke-diskriminering utgör en av fördragets grundläggande förutsättningar vars innebörd har varit den centrala frågan för praxis och doktrin. Dess centrala innebörd är att all diskriminering inom ramarna för EG-fördraget är förbjuden. Under förutsättning att direktivets icke-diskrimineringsprincip inte avser att bryta med gängse uppfattningar är ett så pass allmänt stadgande överflödigt. Avseende själva tjänsteverksamheten har förbudet i artikel 49 sedan länge tolkats som förbud mot alla hinder, diskriminerande såväl som icke-diskriminerande. Därför är det varken nödvändigt eller tillräckligt att använda diskrimineringsprincipen för att fastställa vilka krav som strider mot rätten till fri rörlighet. Stadgandet i tjänstedirektivet får istället ses som en begränsning av möjligheten till undantag. Det betyder att i den mån medlemsländerna tillåts uppställa krav för att ge tillstånd till att starta och utöva tjänsteverksamhet så får kraven inte vara diskriminerande.¹⁶

Kommissionen har träget arbetat för att principen om ömsesidigt erkännande, som sedan länge tillämpats för varors fria rörlighet, skall få genomslag även för tjänster. Så har också blivit fallet. I och med domstolens uttalande i fallet Säger står det nu klart att principen om ömsesidigt erkännande av andra medlemsländers regleringar skall tillämpas även på

¹⁴ Artikel 16 p. 1 första stycket.

¹⁵ Artikel 16 p. 1 tredje stycket.

¹⁶ Artikel 16 p. 1 första och andra stycket.

tjänsteverksamhet.¹⁷ Principen om ömsesidigt erkännande innebär att tjänsteverksamhet som lagligen utövas i ett medlemsland skall kunna utövas fritt i övriga medlemsländer. Genom införandet av principen om ömsesidigt erkännande har den fria rörligheten för tjänster tagit ytterligare ett steg mot en gemensam tjänstemarknad. Principen kommer till uttryck i tjänstedirektivets artikel 16, där medlemsländerna förhålls att respektera tjänsteleverantörernas rätt att tillhandahålla tjänster i en annan stat än den där de är etablerade och att, mer specifikt, tillåta start och utövande av tjänsteverksamhet på sitt territorium.¹⁸

I kommissionens ursprungliga förslag till tjänstedirektiv var den viktigaste nyheten för tjänsters fria rörlighet en övergång från principen om ömsesidigt erkännande till ursprungslandsprincipen. Tillhandahållare av tjänster skulle endast omfattas av ursprungslandets bestämmelser. Ursprungslandsprincipen kan ses som en lagvalsregel där mottagarlandets lagstiftning sätts åt sidan till förmån för ursprungslandets. Även principen om ömsesidigt erkännande innebär att mottagarlandet i vissa fall tvingas att sätta den egna lagstiftningen åt sidan. Vad hade då blivit skillnaden för tjänsters fria rörlighet av att helt och fullt övergå till ursprungslandsprincipen? Principen om ömsesidigt erkännande innebär att medlemsländerna skall respektera varandras regleringar och i ömsesidigt förtroende tillåta tjänsteverksamhet som lagligen tillhandahålls i övriga EU-länder. Skillnaden mellan att, å ena sidan, ha en nationell lagstiftning som tillåter tjänsteverksamhet som regleras och kontrolleras av andra EU-länder och att, å andra sidan, inte alls tillämpa nationell lagstiftning är kanske inte så stor. En övergång till ursprungslandsprincipen hade därmed inte medfört några större rättsliga effekter på tjänsters fria rörlighet.¹⁹

9.2.2 Undantag

Tjänstedirektivets undantag skiljer sig från den hittillsvarande ordningen. I EG-fördraget ges möjlighet till undantag på grund av hänsyn till allmän ordning, säkerhet och folkhälsa.²⁰ Härtill kommer den tämligen vildvuxna flora av undantag av hänsyn till det allmänna intresset som vuxit fram genom EG-domstolens praxis.

¹⁷ C-76/90 Manfred Säger v. Dennemeyer (1991) ECR I-4221. Principen om ömsesidigt erkännande har allt sedan fallet Cassis de Dijon tillämpats på varors fria rörlighet, artikel 28.

¹⁸ Artikel 16 p. 1 första stycket.

¹⁹ Praktiska och psykologiska effekter skall dock inte underskattas.

²⁰ Artikel 46/55.

I tjänstedirektivet ges medlemsländerna möjlighet att vidta åtgärder som begränsar direktivets bestämmelser om tjänsters fria rörlighet. Stadsgangena är spridda över ett flertal artiklar och kan vid en hastig genomläsning vara svåra att omedelbart identifiera som undantag från rätten till fri rörlighet. Undantagen kan delas upp i allmänna och enskilda undantag.²¹ I artikel 16 ges möjlighet till allmänna undantag inom vissa givna ramar och artikel 19 ger möjlighet till enskilda undantag som avser tjänstens säkerhet. I båda fallen är det fråga om undantag från medlemsstaternas skyldighet att respektera tjänsteleverantörens rätt att tillhandahålla tjänster och garantera rätten att fritt få starta och utöva tjänsteverksamhet inom dess territorium, som stadgas inledningsvis i artikel 16. De allmänna undantagen är formulerade som skyldighet att respektera vissa principer för att få ställa krav för start eller utövande av tjänsteverksamhet. De enskilda undantagen formuleras som en möjlighet att genom undantag från artikel 16 vidta åtgärder som avser tjänstens säkerhet.

Ytterligare undantagsmöjligheter ges längre fram i direktivet. I ett särskilt kapitel om tjänsters säkerhet ges medlemsländerna möjlighet, och i vissa fall skyldighet, att uppställa vissa allmänna konsumenträttsliga krav.²²

9.2.2.1 Allmänna undantag – artikel 16

I artikel 16 formuleras möjligheten till undantag som en tillåtelse för medlemsländerna att inom vissa ramar, uppställa krav på tjänsteverksamhet inom det egna territoriet. Det är emellertid inte helt okomplicerat att reda ut och få en enhetlig bild av vad som är tillåtet. De tre första punkterna i artikel 16 är olika pusselbitar som tillsammans sätter gränserna för medlemsländernas rätt att uppställa krav vid start och utövande av tjänsteverksamhet.

Enligt första punkten skall krav som medlemsländerna uppställer för start och utövande av tjänsteverksamhet vara icke-diskriminerande, nödvändiga och proportionerliga.²³

Under punkt två görs sedan en uppräkningslista, en svart lista, över otillåtna krav på tjänsteverksamhet. Krav på svarta listan är således förbjudna även om de uppfyller förutsättningarna i punkt ett, dvs. är icke-diskrimine-

²¹ I kommissionens ursprungliga förslag fanns även tillfälliga undantag, vilken innebar en tre års frist med harmoniseringen för tre känsliga sektorer; värde transporter, spelverksamhet och inkassoverksamhet. omfattas till vidare inte av ursprungslandsprincipen. Dessa sektorer har nu i stället plockats bort och omfattas inte av direktivet, se artikel 2.

²² Se vidare under avsnitt 9.3.

²³ Artikel 16 p. 1 tredje stycket.

rande, nödvändiga och proportionerliga. De krav som listas är såväl av diskriminerande som icke-diskriminerande natur.²⁴ Detta medför i vissa fall en dubbling av förbud, eftersom diskriminerande krav faller redan på de begränsningar som gjorts under punkt ett, där endast krav som uppfyller principer om icke-diskriminering, nödvändighet och proportionalitet tillåts.

Bilden kompliceras ytterligare av att medlemsländerna sedan, under punkt tre, ges rätt att ställa krav motiverade av ordning, säkerhet, hälsa och miljöskydd, som överensstämmer med punkt ett, samt tillämpa egna regler för anställningsvillkor.

Ett första led i att försöka foga samman pusselbitarna till en begriplig bild skulle kunna se ut på följande sätt.

- Direktivet tillåter endast krav av hänsyn till allmän ordning, säkerhet, hälsa, miljö och arbetsvillkor (art.16 p. 3)
- Nationella krav måste vara icke-diskriminerande, nödvändiga och proportionerliga, dock inte egna regler för anställningsvillkor som kan tillämpas utan några sådana begränsningar (art. 16 p. 1 och 3)
- Vissa uppräknade krav är ovillkorligen förbjudna, se svarta listan (art. 16 p. 2)

Ett andra led skulle vara att sortera tjänstedirektivets undantag efter samma mönster som generellt används för undantag från rätten till fri rörlighet: skyddsåtgärd, undantagsgrund och proportionalitet.

Skyddsåtgärder kan delas upp i kategorierna tillåtna och förbjudna. De skyddsåtgärder som motsvarar krav på svarta listan är förbjudna. Dessa är:

- krav på tillstånd, legitimation och certifikat
- krav på etablering
- förbud mot att skaffa infrastruktur, exempelvis kontor, i värdlandet
- avtal som begränsar ett oberoende tillhandahållande av tjänster
- krav på utrustning/ material som inte är nödvändiga för arbetshälsa och säkerhet
- otillåtna begränsningar för tjänstemottagare enligt art. 20

²⁴ Krav på tillstånd, registrering och legitimation, krav på etablering, förbud att skaffa sig en infrastruktur i landet (ex.vis kontor), tillämpning av avtalsförhållanden som begränsar ett oberoende tillhandahållande av tjänster, krav på utrustning och material som inte är nödvändiga för arbetshälsa och säkerhet, artikel 16 p. 2. Dessutom hänvisas till artikel 20 avseende otillåtna begränsningar för tjänstemottagare.

Tillåtna skyddsåtgärder för vilka undantag fortfarande kan komma ifråga skulle vara alla åtgärder som inte finns med på svarta listan. Här kan man exempelvis tänka sig:

- krav på tjänsteproduktens kvalité
- krav på tjänsteutövarens kvalifikationer
- krav på organisationen
- förbud att utöva en viss verksamhet.

Samtliga dessa åtgärder måste även anses strida mot förbudet i artikel 49. Beträffande krav på tillstånd, legitimation och certifikat samt krav på etablering har frågan prövats av EG-domstolen.

Undantagsgrunder, eller skyddsändamål, som kan godtas skall enligt punkt 3 vara motiverade av hänsyn till allmän ordning, säkerhet, hälsa och miljöskydd. Direktivet innebär därmed en väsentlig inskränkning i medlemsländernas möjlighet att medges undantag. Den mångfald av undantagsgrunder av hänsyn till allmänintresset som vuxit fram genom EG-domstolens praxis har rensats bort. Kvar finns nu endast de ursprungliga undantagsgrunderna från EG-fördragets artikel 46 och miljöskydd.

Medlemsländernas eventuella krav för att tillåta start och utövande av tjänsteverksamhet skall enligt artikel 16 punkt 3 respektera principerna om icke-diskriminering, nödvändighet och proportionalitet. Här radas kända EG-rättsliga principer upp utan sammanhang. Principen om icke-diskriminering har behandlats ovan. Principerna om nödvändighet och proportionalitet hör samman. Frågan om en åtgärd är nödvändig konsumeras av proportionalitetsprincipen. Enligt den gemenskapsrättsliga teoribildning som vuxit fram skall vid proportionalitetsbedömningen prövas om skyddsåtgärden är nödvändig och ändamålsenlig för att uppnå det åstundade skyddsändamålet.²⁵

Slutsatsen blir att de så kallade allmänna undantag från artikel 16 är avsevärt mycket snävare än undantag från artikel 49. Såväl tillåtna skyddsåtgärder som möjliga undantagsgrunder har minimerats. Alla krav på tjänsteverksamhet måste uppfylla principen om icke-diskriminering, vilket innebär att endast likabehandlande skyddsåtgärder kan medges undantag. Svarta listan begränsar kretsen av tillåtna skyddsåtgärder. Beträffande undantagsgrunder är dessa avsevärt färre än undantag från artikel 49. Endast hänsyn till allmän ordning, säkerhet, folkhälsa och miljöskydd godtas. Hela den rika floran undantag av hänsyn till allmänintresset är borta, förutom miljöskydd.

²⁵ Se kap. 8.3.2.

9.2.2.2 Enskilda undantag vid brister i tjänstens säkerhet – artikel 19

Enskilda undantag i artikel 19 ger medlemsländerna möjlighet att, under krångliga och snäva förutsättningar, vidta skyddsåtgärder som avser tjänstens säkerhet. Det enda godtagna skyddsändamålet är här tjänstens säkerhet, däremot finns inga begränsningar för vilka skyddsåtgärder som värdlandet kan vidta, artikel 19 har ingen "svart lista".²⁶ Tjänstedirektivets enskilda undantag skiljer sig även på andra sätt från de allmänna undantagen. Enskilda undantag är begränsade till en viss tillhandahållare av tjänster och till enstaka fall, på vissa strikta formella och materiella villkor.²⁷

De materiella villkoren för enskilt undantag är att gemenskapsrättslig harmoniseringslagstiftning saknas, värdlandets lagstiftning ger bättre skydd för tjänstemottagaren än ursprungslandets, ursprungslandet har inte vidtagit tillräckliga åtgärder samt att åtgärden är proportionerlig.²⁸ Tjänstedirektivets enskilda undantag fungerar således som en säkerhetsventil i det fall medlemsländernas samarbete inte fungerat. Ett medlemsland får endast vidta egna åtgärder om etableringslandet inte själv, trots begäran från värdlandet, vidtagit tillräckliga säkerhetsåtgärder.²⁹

Beträffande de formella villkoren så måste enskilt undantag föregås av vissa procedurer. Ett medlemsland måste först vända sig till såväl kommissionen som tjänestetillhandahållarens etableringsland. Enligt artikel 37 skall enskilda undantag föregås av en anmälan hos kommissionen. Femton dagar efter anmälan kan medlemslandet agera. Kommissionen å sin sida kan besluta att medlemslandet avbryter åtgärden. Ingen tidsgräns för kommissionens beslut ges, endast att de anmälda åtgärdernas förenlighet med gemenskapsrätten skall undersökas snarast. Saken är emellertid mer komplicerad än så. Den första åtgärden som medlemslandet skall vidta är att begära att etableringslandet vidtar åtgärder mot tillhandahållaren av tjänsterna i fråga, art. 37 p. 2. Först när medlemslandet tycker sig kunna konstatera att ursprungslandets åtgärder, trots begäran, är otill-

²⁶ Artikel 19 p. 1. I kommissionens ursprungliga förslag var undantagsgrunderna allmän ordning, säkerhet och folkhälsa.

²⁷ Preambeln, p. 40. I direktivet beskrivs de enskilda undantagen som en *avvikelse* från ursprungslandsprincipen, medan de allmänna undantagen i stället *undantas* från ursprungslandsprincipen. Skillnaden i formuleringen kan tyckas subtil.

²⁸ Artikel 19 p. 2. I kommissionens förra förslag var enskilda undantag begränsat till särskilda områden; tjänsters säkerhet och folkhälsoaspekter, utövande av vårdyrke, samt allmän ordning, i synnerhet avseende skydd av minderåriga. Tekniken var en inte särskilt lyckad blandning av egenskaper, (säkerhet och folkhälsa), och områden (vård).

²⁹ Artikel 19 och 37.

räckliga, blir nästa steg att till kommissionen anmäla avsikt att vidta skyddsåtgärder.³⁰

Avslutningsvis sägs att tjänstedirektivets bestämmelser om enskilda undantag inte skall påverka bestämmelser i andra gemenskapsinstrument.³¹ Den exakta innebörden av detta och liknande uttalanden om förhållandet mellan tjänstedirektivet och annan EG-rätt är svår att bestämma.³² Tills vidare kan det i vart fall ges innebörden att enskilda undantag i enlighet med artikel 19 inte skall begränsa den liberalisering som redan åstadkommits genom annan harmoniseringslagstiftning.

Sammanfattningsvis kan sägas att medlemsländernas möjlighet till enskilda undantag inte lämnar något större utrymme för nationella skyddsåtgärder. Detta följer av att det enda godtagna skyddsändamålet är tjänstens säkerhet, ett ytterst krångligt förfarande och det faktum att medlemslandet måste begära undantag för varje enskilt fall.

9.3 Tjänstemottagarens rättigheter

Tjänsters fria rörlighet ses vanligen som en rätt för tjänstetillhandahållare att starta och utöva verksamhet inom hela gemenskapen. Direktivet tar även upp det omvända perspektivet, det vill säga tjänstemottagarens rätt att ta del av det tjänsteutbud som finns på andra nationella marknader. I artikel 20 förbjuds krav som inskränker tjänstemottagarens möjligheter att nyttja tjänster från tillhandahållare som är etablerade i andra medlemsländer. Tillstånd/deklaration och begränsning av möjligheten till ekonomiskt bistånd nämns särskilt.³³

Regleringen innebär inga förändringar av rättsläget så till vida att nationella krav av denna natur sedan länge befunnits diskriminera tjänsteföretag med etablering i andra EU-länder. Däremot innebär tjänstedirektivet att den möjlighet till undantag för nationella skyddsåtgärder som tidigare funnits nu är stängd.

I tjänstedirektivets bestämmelser kan man spåra den diskussion som förts avseende medicinska tjänster där medlemsländernas ovilja att låta de

³⁰ Liknande villkor uppställs även i EG-fördraget artikel 95, för att vidta skyddsåtgärder i strid med gällande harmoniseringslagstiftning.

³¹ Artikel 19 p. 3.

³² Preambeln p. 47. Artiklarna 9–35.

³³ Artikel 20 a och b. Vidare nämns diskriminerande eller orimliga avgifter för utrustning för att ta emot tjänster på distans, 20 c.

nationella sjukförsäkringssystemen omfatta medicinsk vård i andra medlemsländer ställts mot medborgarnas möjligheter att fritt välja vårdgivare. Dessvärre blev medicinska tjänster ett av de verksamhetsområden som plockades bort från kommissionens ursprungliga förslag under medbeslutandeprocessens gång.³⁴

9.4 Tjänsters säkerhet

De åtgärder som enligt direktivet skall vidtas för att trygga konsumenternas intressen medför krav och begränsningar av tjänsteverksamhetens villkor. Till denna del innebär direktivet en harmonisering av medlemsländernas regler för konsumentskydd. Direktivets bestämmelser utgör därmed undantag från principen om ömsesidigt erkännande, och skall därför omnämnas i detta avsnitt. Under rubriken tjänsters säkerhet ger direktivet medlemsländerna möjlighet, och i vissa fall skyldighet, att uppställa krav på tjänsteutövare, krav som är avsedda att förstärka konsumentssäkerheten. Direktivet i sig innebär dock ingen harmonisering av tjänsters egenskaper och kvalitet.³⁵

Följande krav skall/får ställas på tjänsteutövaren:

- Information om den egna verksamheten samt om eventuella kundgarantier och yrkesansvarsförsäkringar skall krävas³⁶
- Yrkesansvarsförsäkringar eller kundgarantier får avkrävas tjänsteverkare vars verksamhet utgör en risk för tjänsteutövarens hälsa, säkerhet eller ekonomiska trygghet³⁷,
- Förbud mot att utöva flera verksamheter, om det är nödvändigt för att säkerställa oberoende och opartiskhet³⁸
- Säkerställande av tjänsternas kvalitet skall uppmuntras genom frivilliga åtgärder från leverantörerna, såsom certifiering och kvalitetsförsäkringssystem³⁹

³⁴ Se kap. 6 avseende rättsläget för medicinska tjänster.

³⁵ Beträffande behovet av europeiska normer, se KOM (2003) 313 slutlig av den 6 juni 2003.

³⁶ Artikel 22. Adress och liknande identitetsupplysningar. Även information om särskilda avtalsvillkor och tvistlösning skall lämnas, art 22 respektive 27.

³⁷ Artikel 23.

³⁸ Reglerade yrken och leverantörer av certifiering och liknande, artikel 30 p. 1.

³⁹ Artikel 25.

De krav som medlemsländerna får uppställa täcks även in av de allmänna undantagen av hänsyn till allmän ordning, hälsa och säkerhet i artikel 16 och än mer av de enskilda undantagen vid brister i tjänsters säkerhet enligt artikel 19. Att tjänsters säkerhet därtill behandlas under en särskild rubrik skall ses mot bakgrund av att kommissionen strävat efter att få fram gemensamma regler avsedda att förbättra tjänsters kvalitet och säkerhet.⁴⁰

9.5 Slutsats

Tjänstedirektivets slutliga utformning bär spår av hårda förhandlingar och långtgående kompromisser. Beträffande direktivets tillämpningsområde så var redan tidigare stora och centrala tjänstesektorer uteslutna.⁴¹ Europaparlamentets betänkande medförde att även hälso- och vårdtjänster, spelverksamhet och säkerhetstjänster utesluts. Resultatet av begränsningarna är att arbetet mot en öppnare tjänstemarknad inom dessa områden avstannar tills vidare, eller måste söka sig andra vägar. Tjänster inom den offentliga vårdsektorn kan även fortsättningsvis förlita sig på EG-domstolens praxis.⁴² Den öppning av den offentliga vårdsektorn som fastställts i praxis kan inte inskränkas av sekundärrättsliga bestämmelser. Beträffande spelverksamhet och säkerhetstjänster har EG-domstolen varit mer försiktig. Enligt direktivet skall harmoniseringen av dessa sektorer uppskjutas till ett senare datum.

För den tjänsteverksamhet som omfattas av direktivet är grundprincipen fortfarande att all diskriminering är förbjuden och att tjänster som lagligen utövas i hemlandet skall kunna utövas inom hela EU, det vill säga principen om ömsesidigt erkännande. Ursprungslandsprincipen fick strykas under förhandlingarnas gång. Inom ett område ger dock tjänstedirektivets regler en förbättring för tjänsters fria rörlighet. Medlemsstaternas möjlighet att medges undantag för nationella skyddsåtgärder har begränsats.

⁴⁰ Dir. 2005/29 om otillbörliga affärsmetoder som tillämpas av näringsidkare gentemot konsumenterna på den inre marknaden.

⁴¹ Tjänster av allmänt intresse, finansiella tjänster, audiovisuella tjänster, elektroniska tjänster, hamntjänster, tjänster av bemanningsföretag och verksamhet knuten till offentlig makt. Det är dessutom oklart vad som skall förstås med tjänster av allmänt intresse, se Europaparlamentets betänkande 2004/0001(COD), Artiklarna 1 och 2.

⁴² EG-domstolen praxis avseende krav på förhandstillstånd för ersättning av utgifter i samband med vård i ett annat EU-land. C-157/99 Smits och Peerebooms mot Stichting REG 2001 s. I-5473 och C-385/99 Müller-Fauré och von Riet mot Onderlinge Waarborgmaatschappij REG 2003 s. I-4509.

I tjänstedirektivet delas undantagen upp i allmänna och enskilda undantag. Allmänna undantag är det som mest motsvarar den hittillsvarande ordningen, medan enskilda undantag kräver tillstånd av kommissionen i varje enskilt fall. Beträffande allmänna undantag så är dessa avsevärt mycket snävare än hittillsvarande undantag från artikel 49. Såväl tillåtna skyddsåtgärder som möjliga undantagsgrunder har minimerats. Undantagsgrunderna är avsevärt färre. I tjänstedirektivet godtas endast undantag av hänsyn till allmän ordning, säkerhet, folkhälsa och miljöskydd. Hela den rika floran undantag av hänsyn till allmänintresset är borta, förutom miljöskydd. De skyddsåtgärder som får vidtas av hänsyn till allmän ordning, säkerhet, folkhälsa och miljöskydd har begränsats, dels genom den svarta listan, dels genom krav på icke-diskriminering. Så är exempelvis krav på tillstånd och etablering inte tillåtna skyddsåtgärder. Bland de skyddsåtgärder som fortfarande kan komma i fråga är krav på tjänsteproduktens egenskaper, tjänsteutövarens kvalifikationer och verksamhetens organisation. Förbud för viss verksamhet är också tillåten även fortsättningsvis. Beträffande enskilda undantag så ges minimalt med utrymme för nationella skyddsåtgärder. Detta följer av att det enda godtagna skyddsändamålet är tjänstens säkerhet, ett ytterst krångligt förfarande och det faktum att medlemslandet måste begära undantag för varje enskilt fall.

Med tanke på tjänstedirektivets ramkaraktär kvarstår emellertid medlemsstaternas behov av att i undantagsfall skydda stat och medborgare från negativa konsekvenser av den fria rörligheten. Hur detta behov skall tillgodoses är oklart. Kanske är tanken att behovet av undantag skall minska i takt med att den i direktivet föreskrivna samordningen mellan medlemsländernas myndigheter börjar fungera. Skyldighet för medlemsländerna att ömsesidigt bistå varandra och att utöva effektiv kontroll över tjänsteverksamhet kommer förhoppningsvis att resultera i en öppnare och bättre fungerande tjänstemarknad, men minskat behov av nationella skyddsåtgärder.⁴³

De förhoppningar som knutits till tjänstedirektivet har endast till viss del uppfyllts. Sett ur ett rättsligt perspektiv medför direktivet inga dramatiska förändringar. Sammantaget innebär det att rörligheten för tjänster inte blir nämnvärt mycket friare.⁴⁴ Tjänstedirektivets förtjänster kanske främst ligger på det praktiska planet. Genom inrättande av en gemensam kontaktpunkt i varje medlemsland som skall bistå tjänsteutövare med

⁴³ Kap. V.

⁴⁴ Tjänstedirektivets bestämmelser om samordning mellan medlemsländernas myndigheter samt förberedelser för framtida harmonisering kan däremot komma att underlätta den fria rörligheten.

information och formaliteter kring tjänsteverksamheten kommer de faktiska villkoren för den fria rörligheten att förbättras avsevärt, med mindre formalia och administration.

Avslutningsvis skall återigen erinras om att tjänstedirektivet i huvudsak endast omfattar tjänsteverksamhet, tjänstestödande områden och rättigheter för tjänsteutövare och tjänstemottagare påverkas marginellt. Inte heller omfattas all tjänsteverksamhet, betydande tjänstesektorer lämnas utanför direktivets tillämpningsområde.

10 Olika perspektiv; marknadsorienterat eller individorienterat

10.1 Inledning

Den Europeiska ekonomiska gemenskapen som bildades för snart ett halvsekel sedan har genomgått omvälvande förändringar. Utvecklingen har gått mot ett ständigt ökande antal medlemsstater och allt fler samsamarbetsområden. Vid tillkomsten av den Europeiska unionen döptes den Europeiska ekonomiska gemenskapen om till den Europeiska gemenskapen. Namnändringen markerar en vidare inriktning på gemenskapsarbetet. Den tid då samarbetet uteslutande inriktades mot utveckling av handel och näringsliv är förbi. Numera omfattas många fler aspekter av det samhällseliga livet än rent ekonomiska. Politikområden såsom utbildning, hälsa, socialpolitik, arbetsrätt och arbetsmarknadspolitik har successivt inlemmats i gemenskapsarbetet. Genom Maastrichtfördraget lades ett nytt kapitel om unionsmedborgarskap och därtill hörande rättigheter till EG-fördraget.

Även artikel 49 har påverkats av förändringens vind. Det marknadsorienterade perspektivet med dess inriktning mot en gemensam tjänstemarknad som funnits allt sedan fördragets tillkomst har bekräftats och förstärkts. Så skedde bland annat genom Enhetsakten då genomförandet av den inre marknaden påskyndades med införandet av ett nytt sista datum för genomförandet¹ och kraftig förstärkning av harmoniseringsverktygen.² EG-domstolen har spelat en viktig roll för en öppnare marknad. Domstolen har med allt större kraft fastställt att artikel 49 påbjuder avveckling av alla hinder för den fria tjänstehandeln. Nationella bestämmelser inom allehanda rättsområden har med en integrationsvänlig tolkning kommit att omfattas av artikel 49.

Jämsides med genomförandet av en gemensam tjänstemarknad har ett parallellt spår utvecklats. Tjänsters fria rörlighet har i allt högre grad kom-

¹ Rättsliga hinder för den fria rörligheten skulle enligt artikel 14 vara avskaffade före utgången av 1992.

² Artikel 95.

mit att även ses som en rättighet för den enskilde individen. Artikel 49 har här fått spela en viktig roll för att tillförsäkra unionsmedborgare rätten att utöva sitt yrke inom hela gemenskapen samt att kunna ta del av det varierande utbudet av tjänster. Detta innebär i sig inget nytt. Skillnaden är att med den enskilde individens rättigheter i centrum har tolkningen av artikel 49 kommit att utvecklas i riktning mot en generell rätt till likabehandling för tjänsteutövare och tjänstemottagare, även inom områden som inte direkt berör tjänsteutbytet.

Utvecklingen på tjänstemarknaden och EG-domstolens integrationsvänliga tolkning av artikel 49 samt den starkare inriktningen på individen har förstärkt bilden av tjänsters fria rörlighet som en disparat samling av företeelser med olika förutsättningar och målsättningar. Tjänsters fria rörlighet, som den kommer till uttryck i artiklarna 49 och 50, har alltsedan fördraget tillkomst varit svårt att definiera. Hur och var sätts gränserna för en respostfunktion? Ändå är nog blotta insikten om mångfalden företeelser som samsas under artikel 49 och 50 nyckeln till förståelse. Kanske kan bilden av rättsutveckling i sekundärrätt och praxis klarna om man väger in olika förutsättningar och målsättningar för tjänsters fria rörlighet. Genom att ta hänsyn till tjänstebegreppets komplexitet och särart kan förståelsen för tjänsters fria rörlighet och för den rättsutveckling som skett fördjupas och framstå som mer begriplig och logisk.

I kapitel 3 till 7 har en differentierad tolkning av artikel 49 diskuterats, med utgångspunkt från harmoniseringsarbetets olika förutsättningar. Nedan skall tolkningen av artikel 49 betraktas med utgångspunkt från de olika, men samverkande målsättningarna, att skapa en gemensam tjänstemarknad och att förstärka unionsmedborgarens rättigheter. De olika målsättningarna innebär att artikel 49 dels kan ses ur ett marknadsorienterat, dels ur ett individorienterat perspektiv. Det ena perspektivet har tjänsteprodukten som utgångspunkt, det andra har individen, det vill säga tjänsteutövaren/tjänstemottagaren, som utgångspunkt. Den fria rörligheten betraktad ur produktperspektiv är en betraktelse av själva tjänstens förutsättningar för mellanstatlig handel.

Det finns ingen motsättning mellan de båda perspektiven. Tvärtom kan de ses som två samverkande sidor av samma mynt. En fungerade tjänstemarknad förutsätter att unionsmedborgare utnyttjar sina rättigheter. Att betrakta den fria rörligheten för tjänster ur individens perspektiv innebär en fokusering på tjänsteutövaren som yrkesperson med rätt att utöva sitt yrke och på tjänstemottagaren som konsument med rätt att under trygga former ta del av tjänsteutbudet inom hela gemenskapen samt på tjänsteutövarens och tjänstemottagarens mer personliga behov.

10.2 Marknadsorienterat perspektiv

Ur ett marknadsorienterat perspektiv är målet för tjänsters fria rörlighet att skapa en gemensam tjänstemarknad. Gemenskapsrätten skall underlätta handeln genom att förbjuda alla nationella handelshinder och skapa ett harmoniserat regelsystem. I avsaknad av harmonisering av medlemsländernas lagstiftning är artikel 49 det verktyg som så långt som möjligt skall avskaffa hinder för den mellanstatliga tjänstehandeln. Den ekonomiska verksamheten står i centrum medan däremot tjänstestödjande verksamhet och för tjänsteutövaren/tjänstemottagarens individuella förhållanden hamnar i periferin.

Fri rörlighet för tjänster sett ur ett marknadsperspektiv kan sägas vila på samma marknadsliberala grund som konkurrensrätten.³ Ambitionen för gemenskapsrättens bestämmelser för tjänsters fria rörlighet är att avveckla medlemsländernas handelshindrande åtgärder och skapa gemensamma regler som underlättar den mellanstatliga handeln. För konkurrensrätten är ambitionen att undanröja handelshinder som uppstår genom marknadsaktörernas konkurrensbegränsande agerande.⁴ Den fria marknad som därigenom blir resultatet skall sedan producera varor och tjänster till lägsta kostnad och bästa kvalitet. Utan att gå in på diskussionen vad som är mål respektive medel för den Europeiska gemenskapen så intar den fria marknaden en central ställning i gemenskapens begreppsvärld.

10.2.1 Produkten – tjänsten

Sett ur ett marknadsorienterat perspektiv utgör en tjänst en *produkt* som kan vara föremål för handel.⁵ Produkten har således ett ekonomiskt värde och kan överlätas från säljare till köpare. En gemensam marknad för tjänsteprodukter försvåras av medlemsländernas varierande bestämmelser avseende produktens egenskaper och kvalitet med därtill hörande krav på tillstånd och kontroll.

³ Weatherill, S. and Beaumont, P., *EU-law, the essential guide to the legal workings of the European Community*, 3rd ed., London 1999.

⁴ Konkurrensbegränsande avtal och missbruk av dominerande ställning, EGF artiklarna 81–82.

⁵ Det kan kännas främmande att tala om tjänster som produkter. Med begreppet produkt brukar omedvetet förknippas en föreställning om ett fysiskt föremål. En tjänst är i stället en immateriell företeelse, där själva verksamheten/aktiviteten i sig är föremål för handel. Se för övrigt kap. 2 om tjänstebegreppet.

10.2.1.1 Ömsesidigt erkännande

Nationella särregleringar hör inte hemma på en marknad där produkter skall kunna röra sig fritt och vara föremål för handel. För att påskynda genomförandet av den inre marknaden och underlätta harmoniseringsarbetet för tjänstesektorn lanserade kommissionen principen om ömsesidigt erkännande.⁶ Principen om ömsesidigt erkännande innebär att värdlandet skall godta ursprungslandets reglering av tjänsteverksamhet. En tjänsteutövare som lagligen utövar verksamhet i ett EU-land skall därmed kunna utöva samma verksamhet inom alla EU-länder. Det innebär i sin tur att värdlandet måste sätta egna bestämmelser åt sidan. Vårdlandets lagstiftning skall inte tillämpas på tjänsteverksamhet som redan är underkastad ett annat EU-lands lagstiftning.

Ömsesidigt erkännande lämpar sig särskilt väl just för produktbestämmelser. Principen har varit utgångspunkt för harmoniseringsdirektiv inom ett flertal tjänstesektorer. I och med fallet *Säger* har principen vunnit insteg även i praxis.⁷ Domstolen fastställde att alla inskränkningar som kan hindra eller försvåra tjänsteverksamhet för tjänsteutövare som är etablerad i ett annat EU-land där han/hon lagligen tillhandahåller motsvarande tjänster, är förbjudna.⁸ EG-domstolens motivering i fallet *Säger* har sedan dess uppreplats i praxis och citerats i doktrinen.⁹

Det går att spåra embryon till ömsesidigt erkännande redan i tidig praxis. Det har gått åtskilliga år sedan EG-domstolen kom fram till att det i vissa fall är oförenligt med artikel 49 att en tjänsteutövare som är etablerad i ett annat land skall behöva underkasta sig all värdlandets lagstiftning. Vårdlandet skulle således inte alltid kunna tillämpa alla nationella bestämmelser på tjänster från andra medlemsländer.¹⁰ I många fall har bördan av att behöva efterleva flera länders lagstiftning ansetts missgynna utländska tjänsteutövare, vilket fått domstolen att betrakta värdlandets lagstiftning som en otillåten inskränkning av tjänsters fria rörlighet.¹¹

⁶ Hemlandskontroll med ömsesidigt erkännande av varandras regleringar kombineras inom dessa områden med gemensamma bestämmelser, se bank- och försäkringsdirektiven, teledirektivet och TV-direktivet.

⁷ C-76/90 *Manfred Säger mot Dennemeyer & Co. Ltd.* (1991) ECR I-4221.

⁸ P. 12.

⁹ Se exempelvis C-43/93 *Vander Elst* (1994) ECR I-3803 p. 14.

¹⁰ 110 & 111 *Ministère Public v. Van Wesemael* (1979) ECR 35. Se avsnitt 5.2.2, om att alla nationella åtgärder inte skall tillämpas på utländska tjänsteutövare: bördan av dubbla regleringar.

¹¹ 5.3.1 om gränsen mellan diskriminering och övriga hinder – dubbla bördor.

Steget till att fullt ut tillämpa principen om ömsesidigt erkännande är därför i linje med den utvecklingen av tjänsters fria rörlighet som pågått sedan 1980-talet.

Om vi ser på EG-domstolens praxis mot denna bakgrund blir det tydligt att domstolen just i fall avseende produktbestämmelser givit förbudet i artikel 49 en vid innebörd. Den genomgång av praxis som gjorts i kapitel 5 visar att nationella produktbestämmelser faller under förbudet i artikel 49. EG-domstolen har i samtliga fall konstaterat att bestämmelserna hindrar den fria rörligheten för tjänster. Principen om ömsesidigt erkännande sammanfaller således med den tolkning av produktbestämmelser som redovisats i kapitel 5. Såväl diskriminerande som icke-diskriminerande nationella produktbestämmelser omfattas och är förbjudna.

Vidare är principen om ömsesidigt erkännande lösningen på problemet med dubbla lagstiftningar. En tjänsteprodukt skall endast behöva underkastas ett regelsystem. I det fall värdlandets och ursprungslandets regleringar är olika, skall ursprungslandets lag gälla. Principen att värdlandet skall godta ursprungslandets lagstiftning kan ses som en lagvalsregel där huvudregeln är att tjänsteverksamhet skall regleras av ursprungslandets lagstiftning. Hemlandets jurisdiktion ges företräde. Frågan om undvikande av dubbla regleringar hänger samman med frågan om vilket medlemsland som är mest lämpat att utöva sin jurisdiktion. Det är då lätt att se fördelar med att kontrollen utövas av det land där verksamheten har sin permanenta etablering.

Principen om ömsesidigt erkännande kan också förmodas ha en viss harmoniserande effekt på medlemslänernas lagstiftningar. För att göra det möjligt för inhemska tjänsteprodukter att möta konkurrensen från importerade tjänsteprodukter kan medlemsländerna nödgas anpassa sina egna bestämmelser. Det kan också bli nödvändigt att underlätta för landets egna tjänsteutövare att utöva verksamhet inom andra medlemsländer. Principen om ömsesidigt erkännande skulle därmed ha en självreglerande, integrerande effekt på de varierande nationella rättsordningarna.¹²

¹² Det finns en risk för att principen om ömsesidigt erkännande leder till ett "race for the bottom", där den minst ingripande lagstiftningen alltid blir den nya normen, se Craig, P. and de Búrca, G., *EC Law, texts, Cases and Materials*, 1995, s. 614. I avvaktan på att sekundärlagstiftningen uppställer godtagbara minimistandarder måste därför ett ömsesidigt erkännande balanseras av möjlighet för medlemsländerna att vidta skyddsåtgärder, se vidare om undantag i kap. 8.

10.2.1.2 *Marknadstillträde*

EG-domstolen har motiverat nationella bestämmelsers oförenlighet med artikel 49 med att bestämmelserna gör det svårare att tillhandahålla tjänster mellan medlemsstater än inom en medlemsstat.¹³ Villkoren för att utöva inomstatlig och mellanstatlig handel skall således vara desamma. Ett nyckelord är *marknadstillträde*. Om varor och tjänster har fritt tillträde till hela den europeiska marknaden, utan hinder av olikartade nationella bestämmelser eller av marknadsaktörers konkurrensbegränsande uppförande, så är idealtillståndet uppnått. Frågan om diskriminering är inte längre relevant. Även icke-diskriminerande regler kan hindra eller försvåra marknadstillträdet. Medlemsländernas varierande krav på tjänsteverksamhet är kapabla att hindra eller försvåra marknadstillträden för utländsk tjänsteverksamhet, utan att för den skull vara diskriminerande.

Utmärkande för marknadsperspektivet är också marknadsföringens betydelse. Erövrande av nya marknader ställer ofta stora krav på *effektiv marknadsföring*. Nationella bestämmelser som begränsar möjligheten till effektiv marknadsföring har av domstolen ansetts strida mot artikel 49, just av den anledningen att tillträdet till andra marknader hindras.¹⁴ Då avses inte bara att medlemsländerna skall öppna sina hemmamarknader. Nationella marknadsföringsbestämmelser skall heller inte försvåra landets egna tjänstutövers tillträde till utländska marknader.¹⁵

10.2.1.3 *Tjänstens tillfälliga och lätttrörliga karaktär*

Tjänstens tillfälliga och lätttrörliga karaktär gör att tjänsteverksamhet lämpar sig särskilt väl för och kan dra nytta av fördelarna med en gemensam marknad. Ur ett marknadsorienterat perspektiv är den renodlade tjänsten massproducerad och av lätttrörlig natur. Kopplingen mellan tjänstemottagaren och tjänsteutövaren är svag.¹⁶ Den massproducerade tjänsten är

¹³ Se exempelvis C-381/93 *Commission v. France* (1994) ECR I-5145, p. 17, 48 och 60 och C 136/00 *Danner* REG 2002 s. I-8147, p. 29.

¹⁴ C384/83 *Alpine Invest BV mot Minister van Financien* REG 1995 s. I-1141.

¹⁵ I fallet *Alpin Investments* var det marknadsföringsbestämmelserna i tjänsteutövers eget hemland som var ifrågasatta. Domstolen fann att förbud mot telefonförsäljning från tog marknadsaktörer en snabb och direkt marknadsföringsmetod och direkt påverkade tillträdet till andra länders tjänstemarknader.

¹⁶ Se exempelvis TV-fallen 352/85 *Bond* (1988) ECR I-2085 och 288/89 *Gouda* (1991) ECR I-4007, men även 205/84 *Commission v. Germany* (1986) ECR 3755, C-353/89 *Comission v. Netherlands* (1991) ECR I-4069, C-148/91 *Veronica Omroep Organisatie v. Commisariaat voor de Media* (1993) ECR I-487, C-23/93 *TV 10 SA v. Commisariaat voor de Media* (1994) ECR I-4795.

i och för sig på frammarsch. Dock kännetecknas flertalet traditionella och även många nytillkomna tjänster av en nära koppling mellan tjänsteutövaren och tjänstemottagaren, där tjänsten utformas för varje enskild klient/tjänstemottagare. Även sådana tjänster kan emellertid vara av lätt-rörligt natur, tillhandahållna med hjälp av data- och telekommunikation, eller med mer traditionella distributionssystem. Tjänsten utgör då det enda gränsöverskridande momentet i en tjänstehandel där varken tjänsteutövaren eller tjänstemottagaren behöver förflytta sig.¹⁷

Även tjänsteverksamhet som medför fysiska förflyttningar för tjänsteutövaren och/eller tjänstemottagaren hör hemma i marknadsperspektivet, så länge det är själva tjänsteverksamheten som står i fokus.¹⁸

10.2.1.4 Tjänstedirektivet

Det nya tjänstedirektivet skall underlätta genomförandet av en gemensam tjänstemarknad. Det marknadsorienterade perspektivet är klart uttalat i direktivets preambel.¹⁹ Där konstateras att uppsplittringen på små nationella marknader inverkar negativt på den europeiska ekonomin.²⁰ Målet är en konkurrenskraftig väl fungerande tjänstemarknad som kan generera ekonomisk tillväxt.²¹ Även av den fortsatta texten framgår direktivets marknadsinriktning. Enligt direktivets portalstadgande skall medlemsländerna respektera rätten att tillhandahålla tjänster. Detta skall enligt direktivet ske genom att medlemsländerna garanterar tjänsteutövare från andra medlemsländer rätt till fritt tillträde och utövande av tjänsteverksamhet inom dess territorium. Det är således själva tjänsteverksamheten som är föremål för tjänstedirektivets omsorg genom att ges fritt marknadstillträde. Tjänstedirektivet bygger på principen om ömsesidigt erkännande, vilket innebär att värdlandet som huvudregel måste godta hemlandets reglering av verksamheten. Möjligheterna till undantag är begränsade.

¹⁷ Att en tjänst är lätttrörlig i denna faktiska mening behöver dock inte betyda att de rättsliga förutsättningarna för lätt och smidig tjänstehandel är uppfyllda. Tvärtom kan även denna typ av tjänster vara föremål för omfattande och olikartade nationella regleringar.

¹⁸ Se guidefallen där EG-domstolen diskuterade marknadens reglerande roll för tjänsteproduktens kvalitet. C-154/89, C-180/89 och C-198/89 Commission v. France, Italy, Greece (1991) ECR I-659, 709, 727. Se avsnitt 5.1.8.1 om krav på guideexamen.

¹⁹ Se avsnitt 2.5.1 om tjänsten som gränsöverskridare.

²⁰ Punkt 4.

²¹ Punkt 2.

10.2.2 Jämförelse med varor

Vid ett marknadsorienterat perspektiv framträder tjänsters likhet med varor. De karaktäristika som nämns i föregående avsnitt stämmer även in på varor. I båda fallen rör det sig om produkter som är föremål för handel, som är lättrorliga och där marknadstillträde, ömsesidigt erkännande och marknadsföring utgör förutsättningar för den fria rörligheten.²²

Att den fria rörligheten för tjänster uppvisar stora likheter med den fria rörligheten för varor uppmärksammades redan 1986 i det för utvecklingen av artikel 49 så viktiga försäkringsfallet.²³ Kommissionen menade att artiklarna 28 och 49 skall ges en gemensam tolkning och uppfattas på samma sätt. Generaladvokat Tesauro menade några år senare att artikel 49 var en motsvarighet till artikel 28, såväl terminologiskt som till innehållet. I konsekvens därmed skulle alla hinder för tjänster fria rörlighet omfattas av förbudet i artikel 49, på samma sätt som alla hinder för varors fria rörlighet omfattas av förbudet i artikel 28.²⁴ EG-domstolen var länge återhållsam i sina motiveringar. Domsluten visar dock att EG-domstolens inställning till nationella regleringar avseende tjänsters utformning och innehåll har utvecklats på ett sätt som har stora likheter med rättsutvecklingen för varors fria rörlighet. Alla former av hinder, diskriminerande såväl som icke-diskriminerande har förklarats strida mot artikel 49.

I och med fallet Säger blev likheterna uppenbara och uttalade.²⁵ Generaladvokat Jacobs menade att tjänster skulle behandlas i analogi med varor och att icke-diskriminerande hinder för tjänster skulle bemötas på samma sätt som för varor, det vill säga enligt Cassis de Dijon-principen.²⁶ För första gången uttalade sig EG-domstolen i liknande termer även för tjänster. Domstolen fastställde att artikel 49 förbjuder alla inskränkningar som riskerar att förhindra eller försvåra verksamheten för en tjänsteutövare som är etablerad i en annan medlemsstat och där lagligen tillhandahåller liknande tjänster.²⁷ Uttalandet kan ses som ett erkännande av en Cassis de Dijon-princip för tjänsters fria rörlig-

²² För varor stadgas i artikel 29 förbud mot hinder även vid export. I tidigare artikel 31 var endast diskriminerande hinder förbjudna.

²³ 205/82 *Commission v. Germany* (1986) ECR 3755, under kommissionens uttalande på s. 3766.

²⁴ 288/89 *Gouda and others v. Commissariaat voor de Media* (1991) ECR I-4007, GA:s uttalande p. 12.

²⁵ C-76/90 *Manfred Säger v. Dennemeyer & Co Ltd* (1991) ECR I-4221, GA:s uttalande p. 24.

²⁶ 120/78 *Rewe-Zentral* (1979) ECR 649, p. 15.

²⁷ C-76/90 *Manfred Säger v. Dennemeyer & Co Ltd* (1991) ECR I-4221, p. 12.

het.²⁸ Såväl varor som tjänster som lagligen produceras/tillhandahålles i ett medlemsland skall således kunna röra sig fritt inom hela gemenskapen utan att hindras av nationella bestämmelser. För varor innebär principen att värdlandet måste godta hemlandets bestämmelser om varans egenskaper såsom benämning, form, storlek, vikt, sammansättning, utformning, märkning och förpackning.²⁹ För tjänsters fria rörlighet är det bestämmelser om tjänsteverksamheten som berörs, det vill säga tjänsteverksamhetens organisation, tjänsteproduktens egenskaper samt tjänsteutövarens kvalifikationer.³⁰

Principen, som här lämpligen kan kallas Cassis/Säger-principen, garanterar dels fritt marknadstillträde, dels ömsesidigt erkännande. För tjänsters fria rörlighet är Cassis/Säger-principen tillämplig endast för själva tjänsteverksamheten, det vill säga där likheterna med varors fria rörlighet dominerar. Fritt marknadstillträde och ömsesidigt erkännande kan inte utsträckas till övriga aspekter av tjänstebegreppet. Likheten med varor framgår och förstärks av det nya tjänstedirektivet. Det är endast själva tjänsteverksamheten som garanteras rätten till fritt tillträde och till fritt utövande, inget annat.

Beträffande den effektiva marknadsföring som krävs för att ta sig in på nya marknader finns vissa skillnader. Genom EG-domstolens praxis har marknadsföring delvis kommit att ske på olika villkor för varor och tjänster. För varors fria rörlighet har Cassis-principens tillämpningsområde begränsats genom Keck-fallet. I fallet gjorde EG-domstolen åtskillnad mellan produktrelaterade och försäljningsrelaterade åtgärder.³¹ Medan de förstnämnda alltid omfattas av fördragets förbud så skall försäljningsrelaterade åtgärder inte längre på samma sätt presumeras utgöra ett hinder för varors fria rörlighet. Keck-fallet är, med sin kryptiska motivering, svårt att tolka. Rättsläget är därför långt ifrån klart, vilket framgår av den animerade debatt som följt i dess spår.³² Med risk för förenkling kan sägas

²⁸ Enligt Cassis de Dijon-principen skall varor som lagligen tillverkats och marknadsförts i ett medlemsland tillåtas att cirkulera fritt inom hela gemenskapen.

²⁹ C-267/91 & 268/91 Keck and Mithouard (1993) ECR I-6097, p. 15.

³⁰ Se kap. 5.

³¹ C-267/91 & 268/91 Keck and Mithouard (1993) ECR I-6097.

³² Weatherill, S., *After Keck: Some Thoughts on How to Clarify the Clarification*, 33 CML Rev. (1997) s. 885, Van Gerven, W., "Articles 30, 48, 52 and 59 after Keck and Mithouard", 2 CJEL (1996) 217, Snell, J., *Goods and Services in EC Law*, Oxford 2002, s. 78 ff., och Oliver, P., *Some Further Reflections on the Scope of Articles 28–30 (ex. 30–36)*, 36 CML Rev. (1999), s. 783.

att endast vissa försäljningsrelaterade åtgärder omfattas av artikel 28. Hit hör åtgärder som diskriminerar utländska varor eller direkt påverkar den mellanstatliga handeln.

För tjänster har inte EG-domstolen gjort motsvarande inskränkning. I fallet *Alpin Investments* fastställde EG-domstolen att nationella marknadsföringsregler som hindrade tillträdet till andra marknader stred mot artikel 49, trots att reglerna inte var diskriminerande. *Keck*-fallet befanns inte vara tillämpligt.³³ En förklaring härtill kan vara att EG-domstolen inte givit artikel 49 en lika vid tolkning som man i *Dassonville*-fallet gjorde med artikel 28. Behovet av en inskränkning, motsvarande den som gjorts i fallet *Keck*, skulle därmed inte vara nödvändig.³⁴

10.3 Individorienterat perspektiv; individuella rättigheter

Genom fördragets bestämmelser om fri rörlighet för tjänster tillförsäkras EU-medborgare rätten att utöva och motta tjänster, det vill säga att idka tjänstehandel i länder där man inte är varaktigt bosatt eller etablerad. Den fria rörligheten för tjänster innebär, ur ett individperspektiv, rätt att röra sig fritt inom unionen, att vara yrkesverksam i alla medlemsländer samt rätt att ta del av tjänsteutbudet. De individuella rättigheter som tillkommer tjänsteutövare och tjänstemottagare kompletteras av den rätt till fri rörlighet och likabehandling som numera kommer alla EU-medborgare till del. Alla medlemsländernas EU-medborgare har således vissa rättigheter, grundande på unionsmedborgarskapet. Därtill har vissa personkategorier, däribland tjänsteutövare och tjänstemottagare, ytterligare rättigheter.

Utvecklingen mot ett gemensamt synsätt är klart uttalat i det nya direktivet om fri rörlighet och vistelse, som är gemensamt för alla EU-medborgare och deras familjer.³⁵ I direktivet ges alla EU-medborgare rätt till in-/utresa och vistelse i ett annat land. Därtill ges ekonomiskt aktiva EU-medborgare rätt till sociala förmåner på lika villkor som landets egna medborgare.

³³ C384/83 *Alpine Invest BV v. Minister van Financien* (1995) REG I-1141.

³⁴ Se diskussion under avsnitt 6.2.9.1 om *Alpine Investments* och *Keck*.

³⁵ Dir 2004/38/EG om unionsmedborgare och deras familjemedlemmars rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier.

10.3.1 Unionsmedborgare

Trots att den Europeiska unionen nu existerat i snart 50 år finns hos många medborgare en känsla av avstånd och främlingskap inför EU. Det upplevda avståndet mellan medborgarna och EU förefaller snarare öka än minska med tiden, vilket blev tydligt i de folkomröstningar som hann genomföras i några medlemsländer innan projektet med att införa en ny konstitution lades på is.

Arbetet med att göra den europeiska unionen till en angelägenhet för individen fortsätter emellertid. Kommissionen har länge arbetat för att skapa en mer medborgarinriktad gemenskap där individen står som den tydliga adressaten.³⁶ I den vetenskapliga debatten har medborgarnas Europa länge existerat som idé och koncept.³⁷

Ett synligt steg i detta arbete var att införa begreppet unionsmedborgarskap och till det koppla grundläggande rättigheter.³⁸ I sin färdiga form blev resultatet inte så storlaget som kommission tänkt sig. Kommunal rösträtt och tillgång till andra medlemsländers diplomatiska representation i tredje land är i och för sig viktigt men kanske inte tillräckligt för att åstadkomma någon verkligt gemenskapskänsla.³⁹ Viktigare är att rådet och parlamentet, delvis med fördragets nya regler om unionsmedborgarskap som grund, har utsträckt rätten till fri rörlighet för alla unionsmedborgare.⁴⁰ Alla unionsmedborgare, oavsett ekonomisk status, har rätt att röra sig fritt inom unionen och att vistas i ett annat medlemsland. Rätten till vistelse gäller i och för sig endast under tre månader, därefter begränsas den ovillkorliga rätten till vistelse till att endast omfatta unionsmedborgare som är anställda, egenanställda, studenter eller välbärgade.⁴¹ Kommissionens strävanden att undanröja skillnaderna mellan olika personkategorier har således kommit en bit på väg, mycket återstår dock innan alla som vistas inom unionens gränser har samma rättigheter. Det nya samordnade direktivet om fri rörlighet har en gräns för medlemsstaternas skyldighet att ekonomiskt bistå andra grupper än arbetstagare och egenföretagare.⁴²

I några mycket viktiga fall har EG-domstolen grundat rättigheter direkt på unionsmedborgarskapet. Rätt för tjänstemottagare att välja pro-

³⁶ A Peoples Europe, COM(84) 446.

³⁷ Se exempelvis Closa, C., *The Concept of Citizenship in the Treaty on European Union*, 29 CML Rev. (1992) s. 1137 och O'Leary, S., *The Evolving Concept of Community Citizenship. From Free Movement of Persons to European Citizenship*, The Hague 2002, kap. 8.

³⁸ Genom Maastrichtfördraget infördes en nytt kapitel om medborgarskap i GFE.

³⁹ Se artikel FEG artikel 19 och 20.

⁴⁰ EGF artikel 18 och dir. 2004/38/EG

⁴¹ Se avsnitt 7.2 om fysisk rörlighet.

⁴² Artikel 24, dir 2004/38/EG.

cesspråk har grundats på både artikel 49 och artikel 18.⁴³ Även rätt till socialt bistånd till personer som inte är ekonomiskt aktiva har härletts ur unionsmedborgarskapet.⁴⁴ Ur ett individorienterat perspektiv är unionsmedborgarskapet och därtill kopplade rättigheter således en bit på vägen mot en union där alla medborgare har samma grundläggande rättigheter.

10.3.2 Yrkesperson

Att kunna vara yrkesverksam inom unionens alla medlemsstater är en av den europeiska gemenskapens grundläggande rättigheter. Varje medborgare skall fritt kunna välja i vilket eller vilka länder han/hon vill utöva sitt yrke. Artikel 49 kan därför sägas vara till för att förverkliga unionsmedborgarens individuella rättigheter. Förbud mot nationella hinder för tjänsteutövande kan ses som en rättighet för individen, samtidigt som samma förbud, sett ur ett marknadsperspektiv, kan ses som ett sätt att uppnå en gemensam tjänstemarknad.

Artikel 49 förbjuder alla hinder för tjänsteutövare som vill ägna sig åt gränsöverskridande yrkesverksamhet. I varierande grad uppställer medlemsländerna krav på viss utbildning, yrkeserfarenhet och vandel för att få utöva en verksamhet.⁴⁵ EG-domstolen har i en rad fall slagit ned på nationella bestämmelser som diskriminerar yrkesutövare från andra EU-länder.⁴⁶ Avseende icke-diskriminerande bestämmelser är EG-rätten förhållandevis tillåtande, medlemsländernas rätt att reglera yrkesverksamhet har inte ifrågasatts. Nationella bestämmelser om särskild utbildning och yrkeserfarenhet har befunnits vara förenliga med artikel 49, så länge yrkesutövare från andra EU-länder inte särbehandlas.⁴⁷

⁴³ C-274/96 Horst Otto Bickel och Ulrich Franz REG 1998 s. I-7637, om lika rätt att använda tyska som processpråk.

⁴⁴ C-85/96 Maria Martinez Sala mot Freistaat Bayern REG 1998 s. I-2691, spansk medborgare lagenligt bosatt i Tyskland som tidigare innehaft arbete men inte längre uppfyller kriterierna som arbetstagare samt C-184/99 Rudy Grelcyk mot Centre Public d'Aide Sociale REG 2001 s. I-6193, fransk student som studerade i Belgien.

⁴⁵ Krav på examina och andra behörighetsbevis har en särskild ställning genom artikel 47. Medlemsländerna har därmed kunnat uppställa krav på nationella examina så länge gemenskapen inte utfärdat sekundärlagstiftning. EG-domstolen har gjort så gott den har kunnat och fastställt att även i avsaknad av sekundärlagstiftning så är medlemsländerna skyldiga att undersöka huruvida utbildning som yrkesutövare skaffat sig i andra EG-länder kan godtas. För övrigt har krav på nationell examen godtagits.

⁴⁶ 136/78 Ministère Public v. Auer (1979) ECR 437, 11/77 Patrick v. Ministres des Affaires Culturelles (1977) ECR 1199 och 71/76 Thieffry v. Conseil de l'Ordre des Avocats (1977) ECR 765.

⁴⁷ Se under avsnitt 7.3.7 om erkännande av yrkeskvalifikationer.

Medlemsländernas varierande yrkesregleringar har tidigare effektivt hindrat yrkesutövare från att vara verksamma över nationsgränserna. Med stöd av artikel 47 har det sedermera skett en omfattande positiv harmonisering av yrkesutbildningar och ömsesidigt erkännande av behörighetsbevis.⁴⁸ Med de senaste generella direktiven omfattas i stort sett alla yrken.⁴⁹ Yrkesverksamma unionsmedborgare har därmed alla möjligheter att dra nytta av sin yrkesutbildning inom hela gemenskapen.

Av kapitel 7 i detta arbete framgår att personer som utnyttjar sin rätt att i enlighet med artikel 49 vara yrkesverksamma över nationsgränserna också har rätt till likabehandling inom andra områden än yrkesverksamheten. Det nya samordnade direktivet om fri rörlighet ger yrkesverksamma personer rätt till likabehandling inom alla de områden som omfattas av fördraget, inklusive rätt till ekonomiskt bistånd.⁵⁰ Detta skall ses mot bakgrund av att EG-domstolen hittills varit generös i tolkningen av vilka rättsområden som omfattas av fördraget.⁵¹ Rättsutvecklingen för tjänsteutövare har inneburit att den tidigare njugga inställningen till tjänsteutövarens behov av att omfattas av värdlandets skyddslagstiftning förändrats. Tidigare har tjänstebegreppets speciella karaktär lett till begränsningar. Tidsfaktorn, som särskiljer tjänsteutövare från arbetstagare och i verksamhetslandet etablerade egenföretagare, har kunnat motivera ett annorlunda synsätt. Tjänsteutövaren/tjänstemottagaren vistas ju endast tillfälligt i värdlandet, och borde därmed i första hand förlita sig på hemlandets förmåner. Att dessutom omfattas av värdlandets lagstiftning och ges samma rättigheter som landets egna yrkespersoner kan därmed ses som överflödigt. Ett visst skydd torde dock vara motiverat även under den tid tjänsteutövaren vistas i värdlandet. Ju längre tid vistelsen pågår desto större är behovet av att kunna ta del av värdlandets förmåner. Tjänstebegreppets tidsfaktor är emellertid tänjbar, en ekonomisk verksamhet kan pågå under en längre tid i ett annat land utan att för den skull anses permanent.

⁴⁸ I det allmänna programmet för tjänster listas de områden inom vilka sekundärlagstiftning ansågs nödvändig för genomförandet av tjänster fria rörlighet. De så kallade liberaliseringsdirektiven som utfärdades under 60- och 70-talen är instrument för att tillförsäkra yrkesutövare som var verksamma i ett annat EU-land samma villkor som värdlandets egna yrkesutövare. I liberaliseringsdirektiven föreskrivs att yrkeserfarenhet skulle värderas lika oberoende av i vilket medlemsland den inhämtats. Att uppställa krav på yrkeserfarenhet/praktik är således tillåtet medan krav på att yrkeserfarenheten/praktiken skall vara fullgjord i det egna landet strider mot gemenskapsrätten.

⁴⁹ Dir 2005/36 om erkännande av yrkeskvalifikationer.

⁵⁰ Dir 2004/35 om unionsmedborgare och deras familjemedlemmars rätt att röra sig och uppehålla sig.

⁵¹ Se kap. 7.

10.3.3 Konsument/ klient/patient

I det individinriktade perspektivet ingår den enskildes rätt och möjlighet att ta del av tjänsteutbudet inom unionen. Att artikel 49 även inbegriper rätt för tjänstemottagaren att resa till ett annat land för att motta tjänster är numera väletablerad praxis⁵² liksom tjänstemottagarens rätt till likabehandling i värdlandet.⁵³ Det individinriktade perspektivet blir särskilt tydligt vid konsumtion av medicinska tjänster. För den enskilda unionsmedborgaren är möjligheten att ta del av den sjuk- och hälsovård som bedrivs i andra länder kanske en av de största och viktigaste fördelarna med den europeiska gemenskapen. Det innebär möjligheter till medicinsk behandling som kanske inte kan erbjudas i hemlandet⁵⁴ eller möjligheter till vård inom en tid som annars inte skulle vara möjlig.⁵⁵

Det konsumentskydd som vuxit fram inom gemenskapsrätten kan även det ses ur ett individperspektiv. Även om det primära syftet med konsumentskydd nog ursprungligen var av mer marknadsorienterad karaktär – att undanröja orsaker som kan legitimera nationell skyddslagstiftning – så har med tiden allt större fokus kommit att ligga på den enskilda konsumentens säkerhet.⁵⁶

10.3.4 Likheter med tolkningen av personers fria rörlighet

Tjänsters fria rörlighet, sedda ur ett individperspektiv, har mycket gemensamt med personers fria rörlighet. Tjänsteutövare, tjänstemottagare, arbetstagare och egenföretagare är personer som har samma behov av individorienterade rättigheter samt samma rätt till in- och utresa samt vistelse i ett annat medlemsland. Den fria rörligheten ger rättigheter, i dess positiva betydelse av att erhålla en förmån.⁵⁷ Kretsen av rättigheter som utländska personer kan komma i åtnjutande av har successivt utvidgats genom EG-domstolens praxis, och för arbetstagare främst genom förordning 1612/68.

Med avseende på tjänsteutövare och tjänstemottagare har artikel 49 givits en innebörd som i stort motsvaras av artikel 39 och 43, vilket inne-

⁵² 286/82 & 26/83 Luise & Carbone (1984) ECR I-377.

⁵³ Se exempelvis C-186/87 Cowan v. Le trésor Public (1989) ECR 195 och C-274/96 Horst Otto Bickel och Ulrich Franz (1998) REG I-7637.

⁵⁴ 1597/99 Smits and Peerebooms REG 2002 s. I-547. Se även det så kallade abortfallet, C-159/90 SPUC v. Grogan (1991) ECR I-4685.

⁵⁵ C-157/99 Smits and Peerebooms REG 2001 s. I-5473, p. 69.

⁵⁶ Se avsnitt 4.3 om registrering av tjänsters säkerhet i det nya tjänstedirektivet.

⁵⁷ Som kontrast till tjänsteverksamhet, där den fria rörligheten innebär rätt att slippa underkasta sig krav som uppställs i nationella rättsordningar.

burit att domstolen i huvudsak har hållit sig inom ramarna för diskrimineringsförbudet, det vill säga utländska personer har tillerkänts samma rättigheter som landets egna medborgare.

I EG-fördragets artikel 39 förbjuds all diskriminering på grund av nationalitet för arbetstagare. Ingen av fördragsartiklarna antyder att kravet på likabehandlingen skulle gå utöver den ekonomiska verksamheten. EG-domstolens tolkning sträcker sig således utöver vad man kan inläsa i artiklarnas ordalydelse. Att även omständigheter som inte direkt avser den ekonomiska verksamheten, men som på annat sätt underlättar tjänsteutövarens/tjänstemottagarens eller arbetstagarens/egenföretagarens verksamhet i värdlandet, skall omfattas av fördragets bestämmelser framgår således inte av fördraget.

För den fria rörligheten för arbetstagare har diskrimineringsförbudets extensiva omfattning möjliggjorts genom förordning 1612/68 och praxis. Förordningen innebär att även förhållanden som inte direkt berör arbetstagsituationen omfattas av rätten till likabehandling. EG-domstolen har fastställt att rätten till likabehandling för arbetstagare omfattar alla tänkbara former av samhällstjänster såväl för arbetstagaren som för dennes familj. Kopplingen till den ekonomiska verksamheten, arbetet, är näst intill obefintlig. Motiveringen är i stället att utländska arbetstagare har rätt att leva under samma villkor som landets egna arbetstagare.⁵⁸

Någon motsvarighet till förordning 1612/68 finns inte för tjänsters fria rörlighet, ett faktum som den italienska staten utan framgång anförde som stöd för att inte medge att utländska tjänsteutövare fick tillgång till subventionerade bostäder.⁵⁹ EG-domstolen har i stället tagit artikel 12 och det allmänna programmet till hjälp och tolkat artikel 49 på ett sätt som alltmer närmar sig tolkningen av den fria rörligheten för arbetstagare. I de fall frågan gällt tillgång till bostad, arbetslokal samt köp och nyttjande av fast egendom har EG-domstolen hänvisat till det allmänna programmet för tjänster som stöd för en vid tolkning av tjänsters fria rörlighet.⁶⁰ Här nämns bland annat rätt till likabehandling vid köp, nyttjande och försäljning av fast egendom och för lån och krediter. De allmänna programmen för etablering respektive tjänster är emellertid inte bindande för

⁵⁸ Se exempelvis C-94/84 Deak (1985) ECR 1873 avseende rätt för arbetstagarers vuxna barn att uppbära arbetslöshetsersättning, 157/84 Frascogna (1985) ECR 1739 avseende äldre släktingars rätt till socialt bistånd och 59/85 Reed (1986) ECR 1283 avseende ogifta arbetstagarers lika rätt till samboende.

⁵⁹ 63/86 Commission v. Italy (1988) ECR 29.

⁶⁰ 197/84 Steinhäuser v. Biarritz (1985) ECR 1819, 63/86 Commission v. Italy (1988) ECR 29 och 305/87 Commission v. Greece (1989) ECR 1461. Se avsnitt 7.3 om likabehandling.

medlemsländerna men kan dock tjäna som stöd för tolkningen av artikel 49. I flertalet fall har EG-domstolen också grundat sina avgöranden på det allmänna diskrimineringsförbudet i artikel 12.⁶¹ Förhållandet mellan artikel 49 och artikel 12 förklaras av EG-domstolen med att artikel 49 är ägnad att genomföra den allmänna likabehandlingsprincipen i artikel 12.⁶² Artikel 49 är en specialreglering som fastställer diskrimineringsförbudets innebörd inom sina respektive tillämpningsområden.⁶³

Det går att se tydliga paralleller mellan arbetstagares och tjänsteutövarer/tjänstemottagares rätt till likabehandling. Rätt till bostad för arbetstagare får stöd i förordning 1612/68, för tjänsteutövare av artikel 49 och det allmänna programmet för tjänster.⁶⁴ Rätt till likabehandling vid val av processpråk har bedömts på likartat sätt. I fallet Horst Otto Bickel och Ulrich Franz fann EG-domstolen med stöd av artiklarna 49 och 12 att tjänstemottagare har samma rätt som landets egna medborgare att välja processpråk.⁶⁵ I fallet *Ministère Public v. Mutsch* fann domstolen att utländska arbetstagares rätt att välja processpråk inrymdes under sociala förmåner i förordning 1612/68. Motiveringen skiljer sig dock något. I fallet *Mutsch* motiverades beslutet bland annat med att likabehandling i detta avseende utgjorde ett viktigt led i de migrerande arbetstagarnas integration i värdlandet. För tjänsteutövare/tjänstemottagare är integration i värdlandet vanligtvis inte aktuell. Rätt att välja processpråk har i fallet *Horst Otto Bickel och Ulrich Franz* istället motiverats med en mer allmän likabehandlingsprincip samt att det underlättar rätten att röra och uppehålla sig i ett annat medlemsland.

Man kan nog påstå att domstolen i vissa fall tagit ut svängarna när det gäller tolkningen av artikel 49 på ett sätt som liknar den innebörd som givits artikel 39. Rätten till likabehandling har utsträckts till områden som inte direkt kan hänföras till själva tjänsteutövandet, i vissa fall till den grad att koppling till ekonomisk verksamhet saknas helt.

⁶¹ Enligt artikel 12 skall all diskriminering på grund av nationalitet vara förbjuden inom fördragets tillämpningsområde.

⁶² 63/86 *Commission v. Italy* (1988) ECR 29, p. 12.

⁶³ Generaladvokat Jacobs uttalande, p. 14, i 305/87 *Commission v. Greece* (1989) ECR 1461.

⁶⁴ 197/84 *Steinhauser v. Biarritz* (1985) ECR1819, 63/86 *Commission v. Italy* (1988) ECR 29 och, 305/87 *Commission v. Greece* (1989) ECR 1461.

⁶⁵ C-274/96 *Horst Otto Bickel och Ulrich Franz* REG 1998 s. I-7637.

10.4 Slutsats

Av framställningen ovan framgår att tjänsters fria rörlighet kan ses ur olika perspektiv. Det är varken önskvärt eller möjligt att renodla ett marknads- respektive individorienterat perspektiv. Det specifika med tjänster och det som skiljer tjänsten från varan är att den mänskliga aktiviteten i sig utgör produkten. Någon skarp skiljelinje eller motsättning mellan vad som främjar eller hindrar individens respektive produktens fria rörlighet existerar därför inte, tvärtom skall de båda perspektiven ses som olika sidor av samma mynt som förutsätter varandra och samverkar för att uppnå bästa resultat. En sådan symbios hindrar inte att det finns väsentliga skillnader beroende på perspektiv, skillnader som inte avspeglas i artikel 49, men däremot i sekundärlagstiftning och praxis. Det är dessa skillnader som gör det olämpligt att tillämpa en och samma tolkning av artikel 49.

Det är olyckligt, men förståeligt, att EG-fördragets struktur inte avspeglar de faktiska förhållandena. Vid tiden för fördragets tillkomst var tjänstemarknaden ännu i sin linda. De traditionella tjänster som fördragets grundare kan tänkas ha haft i åtanke kännetecknades av tjänsteutövarens nära koppling till tjänsten samt ett nära samband mellan tjänsteutövare och tjänstemottagare. Den ständigt växande skaran av självständiga och lätttrörliga tjänsteprodukter gick inte att förutse. Inte heller var det möjligt att förutse de rättigheter som sedermera tillkommit tjänsteutövare och, framför allt, tjänstemottagare. Mindre förståeligt är att det fortfarande, efter fyra stora fördragsförändringar, inte gjorts några ansatser till en förbättrad fördragsreglering, där de olika förutsättningarna för tjänsteproduktens och tjänsteutövarens/tjänstemottagarens fria rörlighet beaktas.

11 Slutdiskussion om tolkningen av artikel 49

11.1 Olika tolkningar av artikel 49

Hur skall då artikel 49 tolkas? Vad som kan sägas utan risk för övertolkning är att EG-domstolen numera avser även icke diskriminerande hinder i sin tillämpning av artikel 49. Vidare kan sägas att domstolen fortfarande har diskrimineringsprincipen som en grund i sin bedömning av åtgärders förenlighet med artikel 49, men att diskrimineringsförbudet inte förefaller spela lika stor roll inom samtliga tillämpningsområden. Mycket mer än så går inte att med säkerhet utläsa ur praxis. Hur artikel 49 skall tolkas är således fortfarande en ganska öppen fråga.

I doktrinen finns ett antal olika uppfattningar om vilken väg som skall väljas för tjänsters fria rörlighet. Tre tolkningsmodeller kan urskiljas. Artikel 49 kan ses som förbud mot diskriminering, förbud mot alla hinder, eller som en kombination av förbud mot diskriminering och förbud mot hinder.

Den första tolkningsmodellen bygger på uppfattningen att förbud mot diskriminering fortfarande är den lämpligaste tolkningen för tjänsters fria rörlighet.¹ Förbud mot diskriminering är enligt denna uppfattning ett tillräckligt kraftfullt verktyg för att skapa en gemensam marknad. En förutsättning är då att dold diskriminering ges en mycket vid tolkning. En sådan tolkning har beskrivits i kapitel 4.

En vid tolkning av dold diskriminering inrymmer alla nationella åtgärder som på något sätt kan anses missgynna tjänster och tjänsteutövare från andra medlemsländer. Enbart bördan av att behöva anpassa verksamheten till både hemlandets och värdlandets lagstiftning kan vara missgynnande och därmed ses som dold diskriminering. En gemensam tjänstemarknad skulle enligt detta synsätt kunna genomföras inom ramarna för diskrimineringsförbudet. Argument för att tolka artikel 49 som förbud

¹ Bernard, *Discrimination and Free Movement in EC LAW* 45 ICLQ (1996) 82 och Marengo, G., *Pour un interprétation traditionnelle de la notion de mesures d'effet équivalent à une restriction quantitative* Cah.dr.europ. 1984, 291.

mot diskriminering är diskrimineringsbegreppets centrala betydelse som ledstjärna för EG-fördragets alla områden samt att en sådan tolkning av artikel 49 tydligt håller sig inom legalitetsprincipens gränser.

Enligt den andra tolkningsmodellen skall artikel 49 tolkas som förbud mot alla hinder. Tjänster skall, på samma sätt som varor, kunna röra sig fritt inom gemenskapen utan att hindras av begränsande nationell lagstiftning. Argument för en sådan tolkning är att genomförandet av den gemensamma marknaden förutsätter avveckling av alla hinder för tjänsters fria rörlighet, inte endast diskriminerande hinder, och att domstolen i fallet Säger uttryckligen utsträckt artikel 49 till att omfatta alla hinder. Diskrimineringsförbudet har därmed spelat ut sin roll för tjänsters fria rörlighet. Det finns därmed inte längre anledning att skilja mellan diskriminerande och icke-diskriminerande hinder eftersom det senare konsumerar det förra. En sådan tolkning av artikel 49 är enklare att tillämpa eftersom EG-domstolen inte längre behöver ta ställning till frågan om diskriminering och den därtill hörande oklara gränsen mellan dold diskriminering och övriga hinder.

Båda modellerna har vissa tillkortakommanden. Om artikel 49 skall tolkas som förbud mot diskriminering kan dess tillämpningsområde bli för begränsat. Det finns trots allt åtgärder som svårigen kan klassificeras som dold diskriminering. Även i sin mest generösa betydelse så förutsätter dold diskriminering ett element av missgynnande. För många av de nationella regler som tillämpas utan åtskillnad, går det inte att fastställa något missgynnande. Det blir uppenbart beträffande själva tjänsteverksamheten. Det är helt enkelt inte möjligt att inrymma alla hindrande nationella åtgärder inom diskrimineringsbegreppets ramar. Även åtgärder som inte på något sätt missgynnar utländska tjänster kan utgöra allvarliga hinder för den fria rörligheten. Likatillämpande regler såsom krav på tillstånd och produktkrav, är inte i sig diskriminerande. Inte heller totalförbud mot en viss verksamhet är diskriminerande. Trots att ett sådant utgör ett absolut hinder för den fria rörligheten missgynnas inte utländska tjänsteutövare av ett förbud som gäller för alla tjänsteutövare. Mot en tolkning av artikel 49 som förbud mot diskriminering talar således att åtgärder som hindrar den fria rörligheten utan att missgynna utländska tjänster faller utanför tillämpningsområdet.

Om artikel 49 i stället skulle tolkas som förbud mot alla hinder för tjänsters fria rörlighet uppstår det motsatta problemet. Kretsen av åtgärder som skulle hamna inom förbudsområdet blir alltför vid. Som framgått av kapitel 6 så är det inte lämpligt att tolka artikel 49 som förbud mot alla nationella åtgärder som kan begränsa tjänsters fria rörlighet när det är fråga om nationell reglering av rättsområden som befinner sig utanför artikel 49:s kärnområde. En sådan tolkning stämmer heller inte

med EG-domstolens praxis. För tjänstestödjande rättsområden bör förbudet i artikel 49 begränsas till att endast omfatta diskriminerande åtgärder. Det är således istället diskrimineringsförbudet som bör användas för att komma till rätta med exempelvis skatteregler som missgynnar tjänsteutövare som är etablerade i ett annat medlemsland.

Samma sak gäller för de rättigheter som tillkommer tjänsteutövare och tjänstemottagare i deras egenskap av EU-medborgare.² Icke-diskriminering, eller likabehandling, skall vara utgångspunkt för medlemsländernas bemötande av EU-medborgaren. Ur ett individinriktat perspektiv skulle en tolkningsmodell som innebär att alla nationella hinder för den fria rörligheten avskaffas vara främmande och ställa till problem. Det finns en uppsjö nationella egenheter inom exempelvis ramarna för välfärdsstaten som i sig kan ses som hinder. Vem vill flytta till ett land med sämre förhållanden än hemlandets? Inom dessa områden gäller emellertid principen om likabehandling. En annan tolkning leder till omvänd diskriminering, det vill säga utländska EU-medborgare skulle, med stöd av artikel 49, behandlas förmånligare än landets egna medborgare.

Ovanstående tolkningar av artikel 49 kan ses som alternativa sätt att uppnå en gemensam marknad. Den ena vägen är att förbjuda alla nationella åtgärder som hindrar den fria rörligheten. Den andra vägen är att göra en generös tolkning av diskrimineringsförbudets omfattning. Alla nationella bestämmelser som på något sätt missgynnar utländska personer eller produkter kan då klassificeras som dold diskriminering.

Ingendera av ovanstående tolkningar av artikel 49 är emellertid tillfredsställande. Att endast förbjuda diskriminerande hinder medför en alltför snäv tolkning. Att istället förbjuda alla hinder medför en för vid tolkning. Slutsatsen är att artikel 49 inte bör ges en enhetlig tolkning. I stället för att välja mellan att tolka artikel 49 som antingen förbud mot diskriminerande hinder eller som förbud mot alla hinder återstår den tredje tolkningsmodellen som innebär en kombination av dessa. I vissa situationer skulle artikel 49 tolkas som förbud mot diskriminering och i andra situationer som förbud mot alla hinder. En sådan modell har föreslagits i doktrinen. En av dess främsta företrädare, Roth, menar att frågan skall avgöras genom två test.³ I det första testet prövas om den ifrågasatta nationella åtgärden är diskriminerande. Efter ett inledande diskriminerings-test skall domstolen i vissa fall gå vidare och även pröva om åtgärden hindrar den mellanstatliga handeln. Avgörande för om ett andra test blir

² Se kap. 7.

³ Roth, W.H., *The European Law of Justice's Case Law on freedom to Provide Services: Is Keck Relevant?* i Andernas, M., Roth, W.H. (red.) *Services and Free Movement in EU-Law*, Oxford, 2002.

aktuellt är huruvida åtgärden i fråga påverkar marknadsstillträdet för tjänsten.

I detta arbete har i stället argumenterats för en differentierad tolkning där det reglerade rättsområdets art bestämmer den fria rörlighetens gränser. Om den nationella åtgärden avser tjänsteverksamhet skall artikel 49 tolkas som förbud mot alla hinder. Om det däremot är fråga om andra rättsområden, det vill säga tjänstestödjande områden och rättigheter för tjänsteutövare och tjänstemottagare, skall artikel 49 tolkas som förbud mot diskriminering.

I nedanstående avsnitt kommer de två ovan presenterade kombinerade modellerna, dubbla tester och differentierad tolkning, att jämföras närmare.

11.1.1 Dubbla tester – marknadsstillträde som särskiljande faktor

Modellen med dubbla tester innebär en kombination av förbud mot diskriminering och förbud mot hinder. Hur artikel 49 skall tolkas avgörs av den nationella regleringens inverkan på marknadsstillträdet.

Prövningen av en nationell åtgärds förenlighet med artikel 49 görs med två olika tester. Först provas om den nationella åtgärden är diskriminerande. Diskriminerings-testet är således den gemensamma utgångspunkten vid all bedömning av nationella åtgärder.⁴ Diskriminerings-testen skall sedan byggas på med ytterligare ett test, fritt översatt till "hindertestet". Detta andra test skall utföras på nationella regleringar som hindrar eller försvårar marknadsstillträdet.⁵ För sådana regleringar skall artikel 49 tolkas som förbud mot alla hinder. Modellen utgår således från marknadsstillträdet som den särskiljande faktorn för en vidare tolkning av artikel 49.

Regleringar som kan försvåra marknadsstillträdet kan enligt Roth urskiljas inom bestämmelser om tillstånd, organisationen, produkten och distributionen. *Krav på tillstånd* försvårar marknadsstillträden på ett förstadium eftersom det är förutsättningar som måste uppfyllas innan tjänsteverksamheten tillåts ta sig in på den nationella marknaden.⁶ Speciella *krav på organisation* hindrar också marknadsstillträdet. Som exempel nämner Roth krav på finansiell struktur och förbud mot att driva viss verk-

⁴ Roth a.a. s. 16. Överensstämmer med vad som sagts i kap. 3 och 4 om diskrimineringsförbudet som allmän utgångspunkt vid all bedömning av tjänsters fria rörlighet.

⁵ Roth kallar det "restriction test", se a.a. s. 15.

⁶ Krav på tillstånd har bedömts som oförenligt med artikel 49, se 205/84 Commission v. Germany (1986) ECR 3755 och 222/95 Parodi REG 1997 s. I-3899.

samhet, exempelvis rättslig och medicinsk verksamhet, i bolagsform. *Produktbestämmelser* försvårar marknadstillträdet genom att kräva anpassning till nationell standard. Roth nämner här kvalitetskrav kopplade till tjänsteutövarens kvalifikationer och kvalitetskrav som är inriktade på själva produkten. För kvalitetskrav som är inriktade på själva produkten menar Roth att hinderstestet bara skall genomföras avseende standardiserade produkter. För tjänsteprodukter som måste anpassas till lokala faktiska och rättsliga förhållanden menar Roth att diskrimineringstestet skall vara tillräckligt, och nämner nationella byggnormer som exempel. Slutligen räknas bestämmelser om *distribution/marknadsföring* in bland de nationella regleringar som påverkar marknadstillträdet. Gränsöverskridande tjänstehandel förutsätter möjligheter att kunna nå potentiella kunder/tjänstemottagare i andra länder.⁷ Bestämmelser som begränsar tjänsteutövarens tillgång till potentiella kunder skall därför anses utgöra hinder, på samma sätt som produktbestämmelser och organisatoriska bestämmelser.

Det är oklart om avsikten är att hinderstestet skall utföras på alla åtgärder för att därmed fastställa huruvida marknadstillträdet försvåras eller om det endast skall utföras på de av Roth utpekade kategorier av nationella regleringar. Vad som förefaller klart är att alla regleringar inom ovan utpekade kategorier per se anses kunna försvåra marknadstillträdet och därför skall genomgå det andra testet, hinderstestet. Roth har emellertid exkluderat icke standardiserade produktbestämmelser som måste anpassas till lokala faktiska och rättsliga förhållanden. En mer tillfredställande lösning vore enligt min mening att även byggnormer ses som ett hinder mot tjänsters fria rörlighet, men att lokala förhållanden och kopplingen till nationell markanvändning kan motivera undantag av hänsyn till allmänintresset.

11.1.2 Differentierad tolkning; tjänsteverksamhet, tjänstestödjande områden och rättigheter för tjänsteutövare och tjänstemottagare

I detta arbete förespråkas en lösning som innebär att man som ovan kombinerar de två tolkningarna av artikel 49 men med en uppdelning mellan tjänsteverksamhet, tjänstestödjande åtgärder och rättigheter för tjänsteutövare och tjänstemottagare. Vilken tolkning som tillämpas beror på vilken kategori den nationella regleringen avser. Argument för en sådan

⁷ Se C-384/93 Alpine Investments (1995) REG I-1174, p. 18–22.

tolkning har framförts i tidigare kapitel.⁸ Beträffande nationell reglering av *tjänsteverksamhet* så skall artikel 49 tolkas som förbud mot alla hinder. Det innebär att all reglering av tjänsteverksamhet som begränsar eller hindrar den fria rörligheten är förbjuden. Något diskrimineringstest är inte nödvändigt eftersom alla hinder omfattas av förbudet.⁹ Alla de lika-behandlande bestämmelser som är typiska för tjänsteverksamhet omfattas därmed av artikel 49. Hit hör likabehandlande krav på verksamhetens organisation, tillstånd, produktbestämmelser, och tjänsteutövarens kvalifikationer.

Beträffande *tjänstestödjande områden* skall artikel 49 tolkas som förbud mot diskriminering. Till tjänstestödjande områden räknas rättsområden som påverkar förutsättningarna för tjänsteverksamheten. Hit hör bland annat skatteregler, miljöbestämmelser, arbetsrätt, processrätt och sociallagstiftning. Nationell reglering av sådana rättsområden har en avgörande betydelse för tjänsters fria rörlighet genom att påverka de allmänna villkoren för tjänsteverksamhetens bedrivande. Nationella rättsregler inom dessa områden får därför inte diskriminera utländsk tjänsteverksamhet.

Även avseende *rättigheter för tjänsteutövare och tjänstemottagare* skall artikel 49 ses som förbud mot diskriminering. Tjänsteutövare och tjänstemottagare skall ha rätt att röra sig fritt inom ett annat lands territorium, uppbära sociala förmåner och få tillgång till bostad på samma villkor som landets egna medborgare. Det är mer en fråga om individinriktade rättigheter än om krav på den ekonomiska verksamheten. Dessa rättigheter har inget direkt samband med tjänsteverksamheten men kan indirekt sägas utgöra allmänna förutsättningar för att tjänsteutövare och tjänstemottagare skall kunna delta i tjänstehandeln.

11.1.3 Dubbla tester eller differentierad tolkning

Såväl dubbla tester som differentierad tolkning innebär att artikel 49 tolkas som förbud mot diskriminering och som förbud mot alla hinder. Vilken tolkning som skall tillämpas beror på omständigheterna. För dubbla tester är en åtgärds inverkan på marknadstillträde avgörande, i en differentierad tolkning beror tolkningen i stället på vilket rättsområde som regleras. För tjänstestödjande rättsområden samt för tjänsteutövares och tjänstemottagares villkor skall artikel 49 tolkas som förbud mot diskriminering. Skillnaden mellan de två modellerna ligger således i vilket som skall vara det avgörande kriteriet för differentieringen.

⁸ Se 5.2.3 slutsatser om tjänsteverksamheten, 6.3 slutsats för tjänstestödjande rättsområden och 7.3.8 slutsats om likabehandling för tjänsteutövare och tjänstemottagare.

⁹ Vid val av undantagsgrund har diskriminering fortfarande betydelse, se kap. 8.

11.1.3.1 Resultat av dubbla tester jämfört med differentierad tolkning

Resultatet av att använda dubbla tester eller differentierad tolkning varierar mellan de tre kategorierna tjänsteverksamhet, tjänstestödjande verksamhet och rättigheter för tjänstemottagare och tjänsteutövare.

Beträffande *tjänsteverksamhet* kommer artikel 49 tolkas som förbud mot alla hinder oavsett tolkningsmodell. Vid en jämförelse mellan de åtgärder som enligt Roth kan försvåra marknadstillträdet och de i kapitel 5 angivna åtgärderna som försvårar tjänsteverksamhet framgår en gemensam krets av nationella bestämmelser för vilka artikel 49 skall tolkas som förbud mot alla hinder. Denna gemensamma krets består av nationella bestämmelser om verksamhetens organisation, krav på tillstånd, produktbestämmelser och kvalifikationskrav. En avvikelse är dock att icke standardiserade produktbestämmelser som måste anpassas till lokala faktiska och rättsliga förhållanden inte omfattas av hinderstest i modellen med dubbla tester.¹⁰

Resultatet av de två tolkningarna blir således i stort sett detsamma. I båda fallen kommer artikel 49 att tolkas som förbud mot alla nationella åtgärder som hindrar eller begränsar tjänstverksamheten. Endast metoden för att bestämma vilken tolkning som skall tillämpas skiljer de båda modellerna åt. Vilken metod är då lämpligast?

Fördelar med den dubbla test-modellen är att den utgår från marknadstillträdet som avgörande faktor för tolkningen av artikel 49. Ett sådant synsätt passar väl i ett marknadsorienterat perspektiv och överensstämmer med den marknadsliberala ekonomiska ideologi som ligger till grund för den gemensamma marknaden. Förespråkare för dubbla tester pekar på att EG-domstolen alltid först prövar om en åtgärd är diskriminerande och sedan, i vissa fall, går vidare och även prövar om åtgärden på annat sätt hindrar den fria rörligheten. Mot detta kan invändas att det saknas anledning att genomföra två tester, eftersom det första diskriminerings-testet alltid kommer att följas av det andra "hinderstestet", av den anledningen att all reglering av själva tjänsteverksamheten påverkar marknadstillträdet. Det finns därmed ingen anledning att gå omvägen över diskriminerings-testet.

Slutsatsen är att dubbla tester är överflödigt för att pröva om nationell reglering av tjänsteverksamhet strider mot artikel 49. En differentierad

¹⁰ Dessutom ser Roth distribution/marknadsföring som en särskild post. Uppräkningen blir därmed asymmetrisk, eftersom distribution är ett samlingsnamn för en rad tjänster. I den differentierade tolkningen ses tjänsteverksamhet inom distributionssektorn som en av alla andra tjänster, som kan vara föremål för nationella produktbestämmelser i form av olika marknadsföringsbestämmelser.

tolkningsmodell som utgår från att artikel 49 tolkas som förbud mot alla hinder är därför att föredra.

Beträffande *tjänstestödjande rättsområden* så gör oklarheterna kring de dubbla testernas utförande jämförelser mer komplicerade. Frågan är om det andra testet, hinderstestet, skall göras på alla nationella regleringar som kan tänkas påverka marknadstillträde eller om endast regleringar inom de områden Roth utpekat särskilt, det vill säga bestämmelser om tillstånd, organisationen, produkten och distributionen. Om det andra testet endast skall genomföras på nationella bestämmelser inom dessa områden så kommer nationella regleringar av tjänstestödjande områden inte bli föremål för hinderstestet. Domstolen skall således nöja sig med att pröva om de ifrågasatta nationella åtgärderna är diskriminerande. Resultatet blir här lika för båda tolkningsmodellerna, artikel 49 tolkas som förbud mot diskriminering.

Om det andra testet i stället skall utföras på alla nationella regleringar som kan tänkas påverka marknadstillträdet så finns en uppenbar risk för att förbudet i artikel 49 blir alltför omfattande. Exempelvis kan bestämmelser om miljö, beskattning och arbetsrätt anses försvåra marknadstillträdet. Det skulle innebära att även icke-diskriminerande nationella regleringar inom tjänstestödjande rättsområden skulle anses strida mot artikel 49. Med en differentierad tolkningsmetod är förbudet i artikel 49 däremot begränsat till att omfatta diskriminerande åtgärder. Resultatet blir att endast nationella regleringar som missgynnar utländsk tjänsteverksamhet omfattas av förbudet i artikel 49.

Beträffande *rättigheter för tjänsteutövare och tjänstemottagare* så har valet av tolkningsmodell marginell betydelse. De nationella regleringarna som här avses kan i sig inte anses påverka marknadstillträdet, såsom lika rätt till båtplats, processpråk och förmånliga museiavgifter.¹¹ Resultatet kommer därför att bli detsamma oavsett om artikel 49 tolkas med hjälp av dubbla tester eller med den differentierade tolkningsmetoden.

11.1.3.2 Lämpligheten av dubbla tester jämfört med en differentierad tolkning

Både dubbla tester och den differentierade tolkningen innebär att artikel 49 kan tolkas dels som förbud mot diskriminering, dels som förbud mot alla hinder. Vilket tolkningsmodell är då lämpligast?

För tjänsteverksamheten leder dubbla test och differentierad tolkning till likartat resultat. Alla hinder för den fria rörligheten, diskriminerande

¹¹ Se kap. 7.

såväl som icke-diskriminerande, strider mot artikel 49. Nationella åtgärder som riktar sig mot tjänsteverksamhet, och därmed försvårar marknadstillträde, bedöms strängt oavsett tolkningsmodell. Om man ser till resultatet så är således de båda modellerna i huvudsak likvärdiga, i båda fallen utgör artikel 49 förbud mot alla hinder som rör organisation, krav på tillstånd, produktbestämmelser och marknadsföring. Ordningen störs dock av att vissa icke standardiserade produktbestämmelser är exkluderade från hinderstest i modellen med dubbla tester. Om man ser till funktionalitet finns en invändning mot dubbla tester eftersom det första diskrimineringsstestet inte har någon funktion. Alla åtgärder i denna kategori påverkar marknadstillträdet och kommer därmed alltid att underkastas hinderstestet.

Skillnaden mellan att tolka artikel 49 med dubbla tester eller med en differentierad tolkning visar sig framför allt inom det tjänstestödjande rättsområdena. Vid en differentierad tolkning kommer artikel 49 att tolkas som förbud mot diskriminering. Med dubbla tester kan artikel 49 i stället komma att tolkas som förbud mot alla hinder. Som framförts i kapitel 6 finns det många anledningar att ifrågasätta en sådan vid tolkning av artikel 49. De argument som anförts mot en vid tolkning är att tjänstestödjande rättsområden inte hör till artikel 49:s kärnområde och att flertalet tjänstestödjande rättsområden i stället ingår bland fördragets övriga samarbetsområden. Så är exempelvis fallet med miljö rätt, skatterätt och social rätt. Andra, såsom processrätt, är istället föremål för samordnande initiativ inom ramarna för EU:s civilrättsliga samarbete. Förutsättningarna för harmonisering och samordning inom den inre marknadens fyra friheter och övriga samarbetsområden har vissa avgörande skillnader. Dessa skillnader är uttryck för att den kompetens som medlemsländerna överfört till gemenskapen varierar mellan olika områden. För att inte förskjuta den genom EG-fördraget överenskomna maktfördelningen mellan EU och medlemsländerna bör artikel 49 tillämpas med viss återhållsamhet inom tjänstestödjande rättsområden. En differentierad tolkning av artikel 49 är därför den lämpligaste modellen.

Rättigheter för tjänstemottagare och tjänsteutövare påverkas inte nämnvärt av vilken tolkningsmodell som används. Lämpligheten kan här i stället ses utifrån ett behov av en för alla kategorier sammanhållen tolkningsmodell.

Beträffande EG-domstolens tolkning av artikel 49 så går det att vid en allmän betraktelse finna stöd för båda tolkningsmodellerna. Såväl diskriminerande som icke-diskriminerande åtgärder har befunnits strida mot artikel 49. På vilka grunder domstolen gjort sitt val av tolkning är däremot oklart. Ibland nämns marknadstillträde, vanligare är dock att domstolen diskuterar i termer om restriktioner eller diskriminering. Svårigheten att

fastställa skillnaden mellan dold diskriminering och övriga hinder förefaller vara en av orsakerna till EG-domstolens problem med tydliga vägval.

Något uttryckligt stöd för vare sig dubbla tester eller differentierad tolkning går inte att utläsa ur domstolens motiveringar. I vissa fall nöjer sig domstolen med att pröva frågan om diskriminering och att avgöra om en åtgärd strider mot artikel 49. I andra fall konstateras att artikel 49 inte endast förbjuder diskriminering utan även skall ses som förbud mot nationella åtgärder som, trots att de tillämpas lika, hindrar eller begränsar den fria rörligheten. Allt vanligare är emellertid att domstolen inte nämner frågan om diskriminering utan går direkt till att bedöma den nationella åtgärdens hindrande effekt.

Om man i stället väljer att betrakta EG-domstolens praxis utifrån kategorierna tjänsteverksamhet, tjänstestödjande verksamhet och rättigheter för tjänsteutövare och tjänstemottagare framträder ett mönster. I de fall där domstolen funnit att icke-diskriminerande åtgärder omfattas av förbudet i artikel 49 har frågan gällt nationell reglering av tjänsteverksamheten.¹² Domstolen har således i sin bedömning av nationella åtgärder avseende tjänsteprodukten, det vill säga tillståndskrav, produktkrav och kvalifikationskrav, använt sig av en vid tolkning av förbudet i artikel 49.¹³ Beträffande tjänstestödjande rättsområden har domstolen de facto hållit sig inom diskrimineringsförbudets ramar. I samtliga fall som domstolens funnits strida mot artikel 49 har den nationella lagstiftningen på något sätt missgynnat utländska tjänsteutövare. Beträffande rättigheter för tjänsteutövare och tjänstemottagare och regler för tillhandahållare och mottagare av tjänster har domstolen nöjt sig med att pröva om den nationella åtgärden är diskriminerande. Så länge nationella åtgärder inte är diskriminerande är de därmed förenliga med artikel 49. Det går således att utskilja ett logiskt mönster i domstolens praxis, ett mönster som överensstämmer med den här föreslagna differentierade modellen. Det är således lämpligare att tillämpa den differentierade tolkningsmodellen, dels för att den är förenlig med praxis, dels för att en sådan tolkning förlämnar EG-domstolens förhållningssätt till artikel 49 en viss logik.

Ytterligare en fördel med den differentierade tolkningen av artikel 49 är att en sådan modell är tydligare och mindre komplicerad att tillämpa. De bedömningar som måste göras är relativt enkla och håller sig inom den

¹² C-76/90 Manfred Säger (1991) ECR I-4221 och C-384/93 Alpine Investments (1995) REG I-1174.

¹³ Se även senare praxis, C-34-36/95 KO mot de Agostini och TV-shop (1997) REG I-3843, C-254/98 TK-Heimdienst REG 2000 s. I 151, C-405/98 Gourmet REG 2001 s. I 1795 p. 21. För varor se C-416/00 Morellato REG 2003 s. I-9343 p. 36–37.

rättsliga sfären. Att skilja mellan tjänsteverksamhet och tjänstestödjande rättsområden innebär inga problem. Det är heller inte svårt att identifiera de individinriktade rättigheterna för tjänsteutövare och tjänstemottagare. Annorlunda förhåller det sig med dubbla tester, där möjligheterna till marknadstillträdet har en avgörande betydelse. Att avgöra effekten på marknadstillträdet är en ytterst grannliga uppgift som många gånger förutsätter komplicerade marknadsbedömningar. Därför bör artikel 49 tolkas enligt den differentierade modellen. Marknadstillrådets obestridda betydelse för genomförandet av den gemensamma marknaden vägs in vid en differentierad tolkning, men då endast avseende själva tjänsteverksamheten. Beträffande tjänstestödjande områden och tjänsteutövare/tjänstemottagare bör marknadstillträde tillmätas begränsad betydelse.

Slutligen skall följande sägas som talar för en differentierad tolkning av artikel 49. Genom att skilja på tjänsteverksamhet och rättigheter för tjänsteutövare och tjänstemottagare beaktas tjänstebegreppets komplexitet och samband med övriga friheter.

11.2 Mot gemensamma bedömningsgrunder för varor, personer och tjänster?

Efter att ha ägnat mycken möda åt att argumentera för en differentierad tolkning av artikel 49 kan det förefalla besynnerligt att här överväga gemensamma bedömningsgrunder för varors, personers och tjänsters fria rörlighet. Mot bakgrund av den livliga diskussion som under senare år förts avseende denna fråga så är det inte bara motiverat utan rent av nödvändigt att se tolkningen av artikel 49 i ett större sammanhang.

Som tidigare behandlats så har tjänsters fria rörligheten många gemensamma nämnare med både varor och personer. Likheterna mellan *varor* och *tjänster* har påvisats, likheter som motiverar att tolkningen av den fria rörligheten för varor och tjänsteverksamhet ges samma innebörd.¹⁴ De nära sambanden mellan *tjänster* och *personer* har också påvisats, samband som motiverar att rätten till likabehandling är densamma för tjänsteutövare, tjänstemottagare, arbetstagare eller företagsetablerare.¹⁵

¹⁴ Efter det att domstolen i fallet *Säger* klargjort att tjänster som tillhandahålls i ett medlemsland skall kunna tillhandahållas inom hela gemenskapen så vilar varor och tjänster på samma "Cassis-Säger" princip.

¹⁵ Dessa så kallade personrelaterade friheternas gemensamma nämnare framgår såväl av praxis som av sekundärrätten. Se avsnitt 2.8.2 om gränsen mot personers fria rörlighet.

Diskussionen om gemensamma bedömningsgrunder går emellertid längre, här förespråkas en total samsyn där den gemensamma bedömningsgrunden utgör förbud mot alla hinder. Nedan skall de argument som framförs för gemensamma bedömningsgrunder prövas.

11.2.1 Likheter och skillnader vid tolkning av den fria rörligheten

Den traditionella uppfattningen var länge att den fria rörligheten har olika innebörd för varor, personer och tjänster.¹⁶ Den fria rörligheten för varor har sedan fallen *Dassonville* och *Cassis de Dijon* inneburit att alla hinder strider mot förbudet i artikel 28. Den fria rörligheten för personer har i stället utgått från förbud om diskriminering, som det kommer till uttryck i artiklarna 39 och 43. Synen på tjänsters fria rörlighet var ursprungligen densamma som för personer, med har med tiden kommit att utvecklas mot att artikel 49 tolkas som förbud mot alla hinder. Även för arbetstagare och vid etablering har utvecklingen lett till att allt fler nationella åtgärder anses begränsa den fria rörligheten.

På senare år har diskussionen om en enhetlig tolkning tagit ytterligare ett steg, på så sätt att många debattörer anser att tiden nu är mogen för att den fria rörligheten för varor, personer och tjänster skall ges samma innebörd.¹⁷ Den gemensamma tolkningen skulle då vara att fördraget förbjuder alla hinder, såväl diskriminerande som icke-diskriminerande, för både varors, personers och tjänsters fria rörlighet.

Debatten har hämtat näring främst ur två rättsfall i vilka EG-domstolen har uttryckt sig på ett sätt som kan ses som en vidare och för alla friheter gemensam tolkning av den fria rörligheten. Det ena är fallet *Gebhard*¹⁸

¹⁶ Se exempelvis Wyatt D., och Dashwood, A., *The substantive law of the EEC*. 2nd ed. 1987. 134 goods, 173 workers, 203 establishment, 219 services. De Burca, G., The role of equality in European Community Law, in Dashwood, A. och O'Learys (red.), *The principle of Equal Treatment in EC-Law*. Papers collected by the Centre for European Studies, Cambridge London 1997 s. 20–21.

¹⁷ Se Marengo, G., *The Notion of Restriction on the Freedom of Establishment and the Provision of Services in the Case law of the Court*, 10 YEL (1992), 111; O'Keefe and Bavasso, A., *Four freedoms, one market and national competence: In search of a dividing line*, Liber Amicorum in Honour of Lord Slynn of Hadley, Vol I, Kluwer 2000, p. 541; Oliver, P., *Goods and services: Two freedoms compared, Meélages en l'honneur de Michel Waelbroek*, Bruylant, 1999; Timmermans, *Note on Case C-384/93 Alpine Investements v. Minister van Financiën*, 44 SEW (1996) 244, Van Gerven, W., *Articles 30, 48, 52 and 59 after Keck and Mithouard*, 2CJEL (1996) 217.

¹⁸ C-55/94 Reinhard Gebhard mot Consiglio dell'Ordine degli avvocati e Procuratori de Milano REG 1995 s. I-4165.

avseende rätt till etablering och det andra är fallet Bosman¹⁹ avseende fri rörlighet för arbetskraft. Utvecklingen ska därmed ha nått därhän att inte bara varors och tjänsters fria rörlighet lämnat diskrimineringsbegreppets begränsningar bakom sig, utan även för rätten till fri etablering och arbetstagares rätt till fri rörlighet skulle alla hinder vara förbjudna. Frågan är om en sådan utveckling verkligen finner stöd i praxis.

I fallet Gebhard gällde frågan ett krav på godkännande och registrering vid italiensk domstol för att få utöva permanent verksamhet under titeln "avvocato".²⁰ Beträffande de italienska villkorens överensstämmelse med fördragets regler om rätt till fri etablering konstaterade EG-domstolen att "då rätten att starta och driva verksamhet är underkastad vissa villkor i värdlandet skall medborgare i övriga medlemsstater som vill utöva denna verksamhet i princip uppfylla dessa villkor."²¹ Domstolens motivering överensstämmer här med ordalydelsen i artikel 43, det vill säga rätt att starta och driva verksamhet på lika villkor som landets egna verksamhetsutövare. Ur domstolens uttalande går svårigen att utläsa någon öppning mot en vidare, mer enhetlig tolkning. Det är inte heller denna del av motiveringen som anförts som stöd för gemensamma bedömningsgrunder. I stället är det den del av motiveringen som behandlar frågan om undantag som anför. Domstolen uppställer här fyra förutsättningar för att åtgärder som hindrar eller försvårar den fria rörligheten skall tillåtas, åtgärderna skall tillämpas på ett icke-diskriminerande sätt, vara berättigade av hänsyn till allmänintresset, adekvata för att uppnå sitt ändamål samt proportionerliga.²² Förutsättningarna utgör i sig inga nyheter, samma förutsättningar för undantag av hänsyn till allmänintresset har sedan länge angivits av domstolen.²³ Det specifika med domstolens uttalande i fallet Gebhard är att domstolen nämner alla friheter i samma uttalande, inte endast den i fallet aktuella rätten till fri etablering. Detta har tolkats som att domstolen går mot en enhetlig bedömning av fördragets friheter.

¹⁹ C-415/93 Bosman REG 1995 s. I-4921.

²⁰ Gebhard från Tyskland arbetade som advokat i Italien utan att vara medlem/registerad vid domstolen i Milano och utan att ha formellt erkännande i Italien. Eftersom Gebhard redan var underkastad tyska regler för sitt yrkesutövande innebar en ytterligare reglering en börda som missgynnade Gebhard i förhållande till sina italienska kollegor. De italienska kraven för att få utöva yrkesverksamhet hör således till den kategori som kan inrymmas i dold diskriminering i vid bemärkelse.

²¹ P. 39, 5:e strecksatsen

²² P. 37, 7:e strecksatsen.

²³ För etablering se C-19/92 Kraus v. Land Baden-Württemberg (1993) ECR I-1663, p. 32, och för tjänster, se exempelvis 205/84 Commission v. Germany (1986) ECR 3755, p. 29. Se även 154/89 Commission v. France (1991) ECR I-569 p. 15. Se även avsnitt 8.3.2 om proportionalitetsprincipen och allmänintresset. Samma formulering återkommer i det nya tjänstedirektivet.

Detta kan i och för sig vara en riktig slutsats.²⁴ Den gemensamma formuleringen i Gebhard-fallet är emellertid begränsad till frågan om undantag. Frågan om hur den fria rörligheten för övrigt skall tolkas för varor, tjänster och personer berörs inte. I stället upprepar domstolen principen om likabehandling avseende rätten till fri etablering.

Även Bosman-fallet har anförts som stöd för uppfattningen att domstolen går mot en enhetlig tolkning av de grundläggande friheterna.²⁵ Domstolen kom här för första gången fram till att icke-diskriminerande hinder för arbetstagares fria rörlighet stred mot artikel 38. Frågan gällde överföringsbestämmelserna som tvingade fotbollsklubbar som ville anställa en spelare från en annan klubb att betala betydande belopp. Systemet omöjliggjorde många gånger övergång mellan klubbar, både inom samma land och mellan medlemsländerna. Överföringsbestämmelserna utgjorde således ett allvarligt hinder för bland annat gränsöverskridande anställningar, utan att för den skull vara diskriminerande. EG-domstolen fann trots det att bestämmelserna stred mot artikel 38 eftersom de hindrade spelarna från att få tillgång till andra länders arbetsmarknader. I detta fall var det således inte fråga om gemensamma principer för undantag. Här gäller frågan omfattningen av artikel 38, närmare bestämt att tolkningen av artikel 38 kan utsträckas till att även omfatta icke-diskriminerande åtgärder.

Omständigheterna i Bosman-fallet liknar i mycket Keck och Alpin Investments-fallen. I samtliga tre fall är de nationella åtgärdernas hinderande effekt direkt riktade mot det gränsöverskridande momentet. Även i fallen Keck och Alpin Investment var effekten på gränsöverskridandet av central betydelse vid domstolens ställningstagande. I Keck-fallet kom domstolen fram till att marknadsföringsregler som tillämpas lika och som inte riktas mot den gränsöverskridande handeln befinner sig utom räckvidd för förbudet i artikel 28. Tolkningen av artikel 28 är således olika för marknadsföringsregler som riktas direkt mot den gränsöverskridande handeln och för övriga marknadsföringsregler. I Alpin Investments-fallet fann domstolen att förbudet mot cold calling stred mot artikel 49 eftersom säljmetoden var ett effektivt verktyg för att ta sig in på marknader i andra medlemsländer.

I fallen Bosman, Keck och Alpin Investments är således åtgärdens effekt på det gränsöverskridande momentet avgörande. Domstolen förefaller här verkligen närma sig en enhetlig tolkning för varor, personer och tjänster. Den enhetliga tolkningen avser nationella åtgärder som direkt riktas mot det gränsöverskridande momentet och som därigenom försvå-

²⁴ Se avsnitt 9.2.2.1 om allmänna undantag – artikel 16.

²⁵ C-415/93 Bosman REG 1995 s. I-4921.

rar tillträde till andra marknader. Sådana åtgärder är förbjudna, oavsett om de är diskriminerande eller inte. Denna gemensamma bedömningsgrund gäller emellertid endast åtgärder som direkt riktar sig mot det gränsöverskridande momentet. Att av dessa tre domar dra slutsatsen att alla nationella åtgärder som på något sätt hindrar den fria rörligheten skall bedömas enhetligt är en intressant hypotes väl värd att diskutera, men en hypotes som tills vidare saknar solid rättslig grund.

För övrigt gör de olika friheternas särdrag att en för alla friheter gemensam tolkning inte är lämplig. De gemensamma nämnare som kan motivera en gemensam tolkning skär tvärsigenom den gemenskapsrättsliga bestämningen av varor, tjänster och personer. För tjänsters fria rörlighet är likheter och skillnader kopplade till tjänstebegreppets tre komponenter. Å ena sidan gör likheten mellan tjänste- och varuprodukter det lämpligt och möjligt att tillämpa en gemensam Cassis/Säger princip på den fria rörligheten för varor och för tjänsteverksamhet. Å andra sidan gör skillnader mellan produkter och individer att fri rörlighet för varu- och tjänsteprodukter inte bör bedömas på samma grunder som rättigheter för EU-medborgare. I stället kan tjänsteutövare, tjänstemottagare, arbetstagare och egenföretagare ses som individer med samma rätt till likabehandling.

Den differentierade tolkningen av artikel 49 tar hänsyn till tjänstebegreppets komplexitet genom att anpassa rätten till fri rörlighet till olika situationer. Kanske är det så att inte bara tjänsters fria rörlighet utan även varors och personers fria rörlighet bör ges en differentierad tolkning. Beträffande fri rörlighet för varor har domstolen i fallet Keck gjort klart att den vida Cassis-tolkningen inte omfattar alla marknadsföringsregleringar. Här finns således redan en differentierad tolkning. Beträffande arbetstagares rätt till fri rörlighet skulle en differentierad tolkning beakta att nationella åtgärder som direkt riktar sig mot den fria rörlighetens gränsöverskridande moment är något helt annat än allmänna anställnings- och arbetsvillkor. Fri rörlighet för personer kan därför i enlighet med Bosman-fallet tolkas som att alla åtgärder som direkt försvårar gränsöverskridandet är förbjudna, medan nationella bestämmelser för övrigt skall innebära att personer från andra EU-länder ges samma rättigheter som landets egna medborgare.

12 Sammanfattning

12.1 Inledning

Det är ingen överdrift att påstå att tjänsters fria rörlighet enligt artikel 49 är en öppen fråga. Det är heller ingen överdrift att påstå att om EG-rätten allmänt kan sägas präglas av en dynamik som inte är särskilt vanlig i rättsliga sammanhang så karaktäriseras rättsläget för tjänsters fria rörlighet av en i det närmaste anarkistisk dynamik. Det hör till undantagen att rättsläget till någon del kan beskrivas som fastställt. En sådan öppenhet utgör goda förutsättningar för en fortsatt dynamisk utveckling och stegrande integrationsprocess. Så långt är allt gott och väl. Det är emellertid svårt att blunda för det faktum att det oklara rättsläget inte bara försvårar rätts-tillämparens dagliga arbete utan även skapar bristande förutsägbarhet och därmed försämrade rättssäkerhet. Bevekelsegrunderna för att bringa klarhet kring artikel 49 är således inte bara det rent akademiska intresset. Det finns även andra, kanske mer angelägna, orsaker.

Detta avslutande kapitel är en sammanfattning av vad som tidigare avhandlats. De slutsatser som fortlöpande gjorts läggs samman i avsikt att ge en klar och sammanhängande bild av vad som i enlighet därmed är den rättvisande och mest ändamålsenliga tolkningen av artikel 49.

12.2 Tjänstebegreppet och det vidare tillämpningsområdet för artikel 49

Svårigheterna med att fastställa rättsläget för tjänsters fria rörlighet har till stor del sin förklaring i tjänstebegreppets restpostfunktion samt dess sammansatta natur. I dess gemenskapsrättsliga innebörd är tjänstebegreppet en ekonomisk gränsöverskridande verksamhet som inte kan hänföras till någon av de övriga friheterna. Restpostfunktionen innebär att alla verksamheter som inte kan hänföras till någon av de övriga friheterna inordnas i tjänstebegreppet. Eftersom den gemensamma marknadens fyra friheter skall inbegripa all ekonomisk verksamhet blir variationsrikedomen i det närmaste oändlig.

Om man sedan till respostfunktionen lägger tjänstebegreppets sammansatta natur blir bilden än mer komplex. Tjänstebegreppets tre komponenter (tjänsten, tjänstemottagaren och tjänsteutövaren) har nära men sinsemellan olika släktskap med övriga friheter. Tjänsten har som produkt mycket gemensamt med varor.¹ Tjänstebegreppet har även åtskilligt gemensamt med personers fria rörlighet. Tjänsteutövare och tjänstemottagare är individer och fysiska personer med samma behov av fri rörlighet, yrkesutövande och likabehandling som arbetstagare och andra EU-medborgare. Mest påfallande är likheten med rätten till fri etablering. Fri rörlighet för tjänster och rätten till fri etablering är ytterst närbesläktade, här går en osäker skiljelinje beroende på om och hur länge tjänsteutövaren är fysiskt närvarande i värdlandet.

Artikel 49 omfattar emellertid inte bara nationell reglering av tjänsteverksamhet. EG-domstolen har successivt utvidgat tillämpningsområdet för artikel 49 till att numera omfatta andra rättsområden än enbart själva tjänsteverksamheten. Utvecklingen är både logisk och nödvändig. Hinder för tjänsters fria rörlighet kan uppstå inom alla tänkbara områden, det är inte bara nationella åtgärder och rättsliga regleringar av tjänstebegreppets komponenter som kan försvåra eller hindra den fria rörligheten. Samma effekt kan indirekt följa av nationella regleringar inom andra rättsområden. Så kan exempelvis medlemsländernas lagstiftning inom skatterättens och arbetsrättens område vara av avgörande betydelse för tjänsteverksamhetens ekonomiska och rättsliga villkor. Rättsområden med en sådan indirekt effekt på tjänsteverksamhetens villkor kallas i detta arbete för tjänstestödjande rättsområden.²

Artikel 49 har även utvecklats mot ett annat håll, som även det går utöver tjänsteverksamheten. Utvecklingen hänger nära samman med tjänstebegreppets sammansatta natur där tjänsteutövare och tjänstemottagare är en del av begreppet. Omständigheter som inte direkt utgör tjänsteutövande eller tjänstemottagande men som indirekt inverkar på deras möjlighet till tjänsteverksamhet har med tiden kommit att omfattas av artikel 49. Sådana omständigheter kan vara rätt till bostad på samma villkor som landets egna medborgare under den tid verksamheten pågår eller samma rätt till fritt inträde till museer. Denna utveckling mot allt fler rättigheter för tjänsteutövare och tjänstemottagare kan även ses som ett

¹ Varor och tjänster är produkter som är föremål för handel. Skillnaden mellan varor och tjänster är att varor är fysiskt existerande föremål medan tjänster är immateriella aktiviteter/prestationer. Se avsnitt 2.8.1 om förhållandet mellan varor och tjänster.

² Se kap. 6 om tjänstestödjande rättsområden.

resultat av att artikel 49 anpassats till ett mer individorienterat synsätt där EU-medborgaren har en grundläggande rätt till fri rörlighet och likabehandling.

12.3 Hur skall artikel 49 tolkas – förbud mot diskriminering eller förbud mot alla hinder?

Tillämpning av artikel 49 omfattar i första hand verksamhet som rymms inom tjänstebegreppets ramar. Förutom denna brokiga skara av ekonomisk gränsöverskridande verksamhet som inte kunnat inordnas under några av de andra friheterna så omfattas även tjänstestödjande rättsområden samt rättigheter för tjänsteutövare och tjänstemottagare av artikel 49.

Mot denna bakgrund är det förståeligt att uppfattningarna om hur artikel 49 skall tolkas är många. Domstolens svärgenomträngliga praxis har förmodligen sin grund i att inte bara generaladvokater och rättsvetenskapens företrädare utan även domstolens ledamöter hyser olika uppfattningar kring diskrimineringsförbudets ställning i förhållandet till tjänster. För det första ifrågasätts om diskrimineringsförbudet överhuvudtaget skall tillämpas eller om det spelat ut sin roll vid tillämpningen av artikel 49. Om det nu är så att diskrimineringsförbudet fortfarande skall tillämpas så följer den andra frågan; hur skall diskrimineringsförbudet tolkas vid tillämpning av artikel 49?

Beträffande den första frågan, om förbudet mot diskriminering spelat ut sin roll vid tolkningen av artikel 49, så skulle det faktum att förbudet i artikel 49 förvisso numera sträcker sig utöver diskriminering kunna tala för en sådan slutsats. Om alla hinder omfattas av förbudet i artikel 49 så saknar frågan om diskriminering betydelse. Genomgången av EG-domstolens praxis visar emellertid att även om utvecklingen gått mot en vidare tolkning av förbudet i artikel 49 så är tolkningen i detta avseende varken enhetlig eller konsekvent. Även om diskrimineringsförbudet kan sägas ha mist sin betydelse för artikel 49:s centrala tillämpningsområde, själva tjänsteverksamheten,³ så har diskrimineringsförbudet fortfarande en central roll för genomförandet av den fria rörligheten. För tjänstestödjande rättsområden är den diskriminerande effekten avgörande för om en nationell åtgärd omfattas av förbudet i artikel 49. Den genomgång av praxis som gjorts i detta arbete visar att det förekommer variationer

³ Se avsnitt 5.3.2 om slutsatser om tjänsteverksamhet och tolkning av artikel 49.

mellan domstolens bedömningar av olika rättsområden.⁴ I samtliga fall håller sig dock domstolen inom diskrimineringsförbudets ramar. Så är även fallet avseende rättigheter för tjänsteutövare och tjänstemottagare. Rätten att komma i åtnjutande av samma förmåner som landets egna tjänsteutövare och tjänstemottagare vilar på principen om icke-diskriminering.⁵ För tjänstebegreppets alla komponenter, även för tjänsten/tjänsteverksamheten, gäller dessutom att en åtgärds klassificering som diskriminerande respektive icke-diskriminerande har avgörande betydelse för bestämmande av tillåtna undantagsgrunder.⁶

Svaret på frågan om diskrimineringsförbudet spelat ut sin roll är således nej. Beträffande den andra frågan, hur diskrimineringsförbudet skall tolkas, så är svaret inte lika givet. Genomgången av praxis visar att domstolen här haft uppenbara problem. Det går helt enkelt inte att utläsa vad domstolen lägger i begreppet diskriminering. Öppen diskriminering där nationalitet är den explicit särskiljande faktorn utgör inga definitionsproblem. Det gör däremot dold diskriminering, formellt likabehandlande/lika tillämpade åtgärder som till sin effekt missgynnar utländska tjänsteutövare och tjänstemottagare. Särskilt uppenbart är domstolens problem vid bedömningen av nationella krav på hemvist. Domstolen har i flertalet fall undvikit frågan om huruvida krav på etablering är diskriminerande och istället nöjt sig med att konstatera att kravet strider mot artikel 49. I det fåtal fall domstolen berört diskrimineringsfrågan har svaren varierat.⁷ Domstolens vända kan tyckas märklig med tanke på att krav på hemvist är en paradox och ett absolut hinder som fullständigt omöjliggör tjänsters fria rörlighet. Den enda rimliga bedömningen är att krav på hemvist utgör dold diskriminering.⁸

Ytterligare ett område där domstolen haft uppenbara problem är vid bedömningen av åtgärder som befinner sig i gräzonen mellan dold diskriminering och övriga hinder. Här återfinns alla nationella åtgärder som är formellt likabehandlande men som ändå på något sätt missgynnar utländska tjänsteutövare. Störst problem vållas av kollisioner och överlappningar mellan medlemsländernas regleringar, som kan resultera i bördan av att behöva efterleva flera länders regler. Även här kännetecknas praxis av

⁴ Se kap. 6. För arbetsrätt och processrätt omfattas alla åtgärder med missgynnande effekt av förbudet i artikel 49. För skatterätt och socialrätt omfattas endast diskriminering där nationalitet och hemvist är den explicit särskiljande faktorn.

⁵ Se avsnitt 7.3.8, slutsats om likabehandling.

⁶ Diskriminerande åtgärder kan endast medges undantag av hänsyn till allmän ordning, säkerhet och folkhälsa, dvs. undantagsgrunderna i artikel 46, se avsnitt 8.2 om undantagsgrunder.

⁷ Se avsnitt 4.2.1.1 om krav på hemvist.

⁸ Dold diskriminering i snäv bemärkelse, se avsnitt 4.2.1.

bristen på klara besked kombinerat med motsägelsefulla ställningstaganden. Det är dock också här en fråga om diskriminering, eftersom effekten blir att tjänsteutövare från andra medlemsländer missgynnas.⁹

Liksom i andra avseenden kan domstolens ambivalens ses mot bakgrund av tjänstebegreppets specifika natur och komplexitet, men framförallt av att artikel 49 tillämpas inom alla möjliga rättsområden med indirekt verkan på tjänsters fria rörlighet, inklusive rättigheter och skyldigheter för tjänsteutövare och tjänstemottagare. Med det vidsträckta tillämpningsområdet som kommit att omfattas av artikel 49 är det uppenbart att en enhetlig tolkning av artikel 49 inte är särskilt lyckad, och därmed inte heller önskvärd.

Domstolen har varit medveten om problemet och i vissa fall även formulerat det. Enligt motiveringen i fallet *Rush Portuguesa*, avseende fransk immigrations- och arbetsrätts tillämplighet på portugisiska byggföretags utstationerade arbetstagare finns det ”anledning att påpeka att eftersom begreppet tjänster, så som det definieras i artikel 50 i fördraget, omfattar sinsemellan mycket olikartade verksamheter kan inte samma slutsats dras i samtliga fall.”¹⁰ Domstolen har sedan inte explicit vidareutvecklat tesen om att inte dra samma slutsatser beträffande alla nationella åtgärders förenlighet med artikel 49. Däremot förefaller domstolen ha beaktat olika verksamheters och rättsområdets särart i sin dömande verksamhet. Om domstolens oklara och varierande praxis ses mot bakgrund av denna teori framträder en viss ordning i ledet.

12.3.1 Praxis för tjänsteverksamhet, tjänstestödjande rättsområden och rättigheter för tjänsteutövare och tjänstemottagare

I detta arbete framförs förslaget att differentiera tolkningen av artikel 49, beroende på om frågan gäller tjänsteverksamhet, tjänstestödjande rättsområden eller rättigheter för tjänsteutövare och tjänstemottagare. För själva tjänsteverksamheten skall artikel 49 tolkas som förbud mot alla hinder. Nationell reglering av tjänsteverksamhet får således inte på något sätt hindra eller försvåra den fria rörligheten för tjänster. För tjänstestödjande rättsområden och beträffande rättigheter och skyldigheter för tjänsteutövare och tjänstemottagare skall artikel 49 tolkas som förbud mot diskriminering. Nationell reglering inom dessa områden får inte på något sätt missgynna utländska tjänsteutövare och tjänstemottagare.

⁹ Dold diskriminering i vid bemärkelse, se avsnitt 4.2.2.

¹⁰ C-113/89 *Rush Portuguesa* (1990) ECR-I-1417, p. 16.

Om vi ser till praxis avseende tjänsteverksamhet så är det uppenbart att domstolen för länge sedan gått utöver diskrimineringsbegreppets begränsningar när det gäller att fastställa vilka nationella åtgärder som strider mot artikel 49. I fallet van Binsbergen öppnade domstolen för en vidare tolkning av artikel 49 vilken slutligen kom till klart uttryck i fallet Säger. Inte bara diskriminerande hinder skall avskaffas utan alla åtgärder som på något sätt hindrar, begränsar eller försvårar gränsöverskridande tjänsteverksamhet.¹¹ Det nya tjänstedirektivet kan ses som en kodifiering av denna praxis. I direktivets portalparagraf för tjänsters fria rörlighet garanteras rätten att fritt starta och utöva tjänsteverksamhet, innebärande att medlemsländerna skall respektera tjänsteleverantörernas rätt att tillhandahålla tjänster i en annan stat än den där de är etablerade.¹² Det är således helt klart att förbudet i artikel 49 omfattar *alla hinder* eller begränsningar avseende själva tjänsteverksamheten, såväl diskriminerande som icke-diskriminerande.¹³

Om vi i stället ser till hur nationella bestämmelser inom de tjänstestödande rättsområdena bedömts i praxis så framträder en annan bild. Praxis rör sig här mellan de mest skilda rättsområden, vilket också kan skönjas i domstolens skiftande inställning. I samtliga fall har emellertid EG-domstolen hållit sig inom diskrimineringsbegreppets ramar. De nationella regleringar som domstolen funnit strida mot artikel 49 har på något sätt resulterat i att utländska tjänsteutövare hamnat i ett sämre läge än inhemska tjänsteutövare. I flertalet fall har det varit fråga om uppenbar diskriminering i form av olika behandling på grund av hemvist, en relativt vanlig företeelse i nationell skattelagstiftning och socialförsäkringsrätt. Inom andra rättsområden, såsom arbetsrätt och processrätt, har diskrimineringen varit av annan, mindre uppenbar, natur. Det har i dessa fall varit fråga om dubbla lagstiftningsbördor, det vill säga bördan av att behöva efterleva både hemlandets och värdlandets regler.

¹¹ "... requires not only the elimination of all discrimination against a person providing services on the ground of his nationality but also the abolition of any restriction, even if it applies without distinction to national providers of services and to those of other Member States, when it is liable to prohibit or otherwise impede the activities of a provider of services established in another Member State where he lawfully provides similar services."

¹² Artikel 16.

¹³ Beträffande diskrimineringsprincipen betydelse för val av undantagsgrund så har det i praktiken mist sin betydelse för själva tjänsteverksamheten, sedan domstolen dragit gränsen för vilka åtgärder som inte kan medges undantag av hänsyn till allmänintresset vid öppen diskriminering.

Även avseende den tredje kategorin, rättigheter för tjänsteutövare, har EG-domstolen hållit sig inom ramarna för diskrimineringsförbudet. Tjänsteutövare och tjänstemottagare från andra medlemsländer har givits rätt till samma förmåner som landets egna medborgare. Diskrimineringsförbudet ger ett i detta sammanhang naturligt och tillräckligt skydd. Att utsträcka rätten för utländska medborgare utöver diskrimineringsbegreppets ramar skulle ge oönskade konsekvenser i form av omvänd diskriminering innebärande att utländska medborgare kan komma i åtnjutande av förmåner, som inte kommer landets egna medborgare till del.

EG-domstolen har således i pragmatisk anda låtit tolkningen av artikel 49 röra sig inom vissa parametrar, beroende på den nationella åtgärdens rättsliga sammanhang.

12.4 Undantag

Undantag från fördragets regler om tjänsters fria rörlighet är av största betydelse vid tillämpningen av artikel 49. EG-domstolens praxis beträffande undantag är omfattande och vildvuxen, men inrymmer inte tillnärmelsevis samma oklarheter som praxis beträffande vilka nationella åtgärder som strider mot artikel 49. Värde i en redogörelse av praxis för undantag ligger mer i att bringa ordning och leta sammanhang och mönster än i att utreda oklarheter, påvisa problem och kanske diskutera sig fram till lösningar. Inom ett område är emellertid praxis dunkel och motsägelsefull. Det rör sig om val av undantagsgrund. Efter att domstolen på ett tidigt stadium konstaterat att diskriminerade åtgärder endast kan rättfärdigas med de i artikel 46 stadgade undantagsgrunderna allmän ordning, säkerhet och folkhälsa stod det klart att de undantagsgrunder av hänsyn till allmänintresset som vuxit fram i praxis var förbehållna icke-diskriminerande nationella skyddsåtgärder. Det visade sig emellertid att detta blev en alltför trång begränsning som inte passade inom de tjänstestödande rättsområdena. Behovet av att tillåta nationella skyddsåtgärder främst inom skatterättens och socialförsäkringens område tvingade fram en praxisändring. Avgörande vid val av undantagsgrund är numera om en åtgärd är öppet diskriminerande. Endast för öppet diskriminerande skyddsåtgärder begränsas undantagsmöjligheterna till de grunder som anges i fördraget. För alla övriga åtgärder, från dold diskriminering till övriga hinder, finns inga sådana begränsningar.¹⁴

¹⁴ Enligt domstolens senare praxis kan allmänintresset rättfärdiga alla skyddsåtgärder som inte är öppet diskriminerande, se avsnitt 7.2.3 om val av undantagsgrund: artikel 46 eller allmänintresset.

Som framgått av tidigare praxisgenomgång så är det numera ytterst sällan som öppet diskriminerande åtgärder kommit inför domstolens prövning, därtill är kränkningen av artikel 49 alltför uppenbar. I de fall frågan trots allt har prövats, har domstolen konsekvent underkänt den nationella lagstiftningen och inte i något fall ens funnit anledning att pröva frågan om undantag för öppet diskriminerande åtgärder.¹⁵ I praktiken blir således frågan om undantag aldrig aktuell beträffande diskriminerande reglering av tjänsteverksamhet.

För övrigt uppvisar EG-domstolens praxis avseende undantag vissa intressanta särdrag inom de olika kategorierna tjänsteverksamhet, tjänstestödjande rättsområden och rättigheter för tjänsteutövare och tjänstemottagare. För det första går det att urskilja vissa olikheter, eller snarare trender, avseende skyddsändamål mellan tjänsteverksamhet och tjänstestödjande rättsområden. Begränsningar som avser tjänsteverksamhet motiveras ofta med behov av skydd för konsumenten/tjänstemottagaren¹⁶ medan begränsningar av tjänstestödjande rättsområden i högre grad får motiveras av behovet att skydda samhällseliga värden och funktioner¹⁷. När det gäller EG-domstolens proportionalitetsbedömning syns inga skillnader.

För det andra går det att urskilja skillnader avseende skyddsåtgärdernas art. Avseende själva tjänsteverksamheten godtas i praktiken inga diskriminerande skyddsåtgärder.¹⁸ De skyddsåtgärder som godtagits är likabehandlande åtgärder, såsom krav på tillstånd, verksamhetens organisation, produktkrav och tjänsteutövarens kvalifikationer. För tjänstestödjande rättsområden råder motsatta förhållanden. Domstolen har här prövat en stor mängd diskriminerande skyddsåtgärder. Dels olika behandling på grund av etablering, dels efterlevnad av flera länders lagstiftning med extra ekonomiska och administrativa bördor som följd. EG-domstolen har här varit generös med att medge undantag och visat en tillåtande inställning till skyddsåtgärder inom exempelvis skattelagstiftning och social trygghetslagstiftning. Domstolens förståelse för medlemsländernas större skyddsbehov för känsliga rättsområden som arbetsmarknadssys-

¹⁵ Se 8.4.2.1 om undantag för nationell reglering av tjänsteverksamhet.

¹⁶ De vanligaste skyddsändamålen är då konsumentskydd, skydd för tjänstemottagaren och efterlevnad av yrkesetiska regler. För TV-sändningar och filmdistribution förekommer även kulturpolitiska ändamål.

¹⁷ Skyddsändamål är här exempelvis allmän ordning, bevarande av ett enhetligt skattesystem, upprätthållande av den ekonomiska balansen i systemet för social trygghet och effektiva rättsliga funktioner.

¹⁸ I ett fåtal fall av äldre datum har EG-domstolen godtagit krav på hemvist. Sedan dess har praxis gått i tydlig riktning mot en allt strängare bedömning. I de fall skyddsändamålet godtagits har hemvistkravet inte klarat proportionalitetsbedömningen. Krav på nationalitet eller olika behandling på grund av hemvist har aldrig medgivits undantag, se avsnitt 8.4.1.1–8.4.1.3.

tem, skatterätt och sociala trygghetssystem förefaller vara orsaken till att domstolens slutligen gjorde en praxisändring så att undantag av hänsyn till allmänintresset även kan komma ifråga för åtgärder som särbehandlar företag med etablering i andra EU-länder.¹⁹ För kategorin tjänsteutövare/tjänstemottagare är det faktiskt så att domstolen till dags dato inte medgivit undantag över huvudtaget!

Domstolen har däremot aldrig behövt pröva undantag för övriga icke-diskriminerande men hindrande åtgärder, av den enkla anledningen att sådana åtgärder är tillåtna inom kategorierna tjänstestödjande rättsområden och rättigheter för tjänsteutövare och tjänstemottagare.

12.5 Tjänstedirektivet

Efter år av förberedelser och förhandlingar antogs i november 2006 direktiv för genomförande av en gemensam tjänstemarknad, det så kallade tjänstedirektivet.²⁰ Rättsligt sett så medför direktivet inga större nyheter för tjänsters fria rörlighet. Detta beror på ett antal faktorer, varav en är att stora och viktiga tjänstesektorer inte omfattas av direktivet. Hit hör tjänster av allmänt intresse, hälso- och sjukvårdstjänster, sociala tjänster, spelverksamhet och säkerhetstjänster.²¹

För den tjänsteverksamhet som omfattas innebär tjänstedirektivet en generell rätt att tillhandahålla tjänster, med vissa möjligheter för medlemsländerna att uppställa krav på verksamheten. Till viss del kan direktivet här ses som en kodifiering av gällande praxis, men också som en sanering i den ymniga floran av undantag från artikel 49. Grundprincipen är fortfarande att all diskriminering är förbjuden och att tjänster som lagligen utövas i hemlandet skall kunna utövas inom hela EU, det vill säga principen om ömsesidigt erkännande.²²

Inom ett område ger dock tjänstedirektivets regler en förbättring för tjänsters fria rörlighet. Medlemsstaternas möjlighet att medges undantag för nationella skyddsåtgärder har begränsats. I tjänstedirektivet delas undantagen upp i allmänna och enskilda undantag. Allmänna undantag

¹⁹ EG-domstolens syn på skyddsåtgärder på arbetsrättens område har varit något mindre generös. Förbudet i artikel 49 har i vissa fall även tillämpats på nationalneutrala åtgärder som ansetts missgynna utländska företag. Det vill säga dold diskriminering i vid tolkning.

²⁰ Dir. 2006/123 om tjänster på den inre marknaden.

²¹ Se för övrigt avsnitt 9.1.1 om tjänstedirektivet tillämpningsområde.

²² Enligt kommissionens ursprungliga förslag skulle tjänsteverksamhet istället regleras enligt ursprungslandsprincipen, vilket mötte starkt motstånd bland medlemsländer och Europaparlamentet.

är det som mest motsvarar den hittillsvarande ordningen, medan enskilda undantag kräver tillstånd av kommissionen i varje enskilt fall. Beträffande allmänna undantag så godtas nu endast undantagsgrunderna allmän ordning, säkerhet, folkhälsa och miljöskydd. Det är således endast miljöskydd som återstår av hela den rika floran undantag av hänsyn till allmänintresset.

De skyddsåtgärder som kan komma ifråga har också begränsats. Så utgör exempelvis krav på tillstånd och etablering inte längre tillåtna skyddsåtgärder. Beträffande enskilda undantag så ges minimalt med utrymme för nationella skyddsåtgärder. Detta följer av att det enda godtagna skyddsändamålet är tjänstens säkerhet i kombination med ett ytterst krångligt förfarande och det faktum att medlemslandet måste begära undantag för varje enskilt fall.

Direktivets förtjänster ligger främst i det praktiska genomförandet av en gemensam tjänstemarknad, med förbättrat samarbete mellan medlemsländerna och förenklad administration vid gränsöverskridande tjänsteverksamhet.

Slutligen skall nämnas en för detta arbete viktig begränsning. Direktivet omfattar i huvudsak endast tjänsteverksamhet, medan däremot tjänstestödjande rättsområden och rättigheter för tjänsteutövare och tjänstemottagare endast påverkas marginellt. Inriktning på själva tjänsteverksamheten följer av att avsikten med tjänstedirektivet allt sedan Lissabon-överenskommelsen varit genomförandet av en gemensam tjänstemarknad. Tjänstedirektivets innehåll och kontext har således ett tydligt marknadsperspektiv.

12.6 Marknads-individeriktat perspektiv och tolkning av artikel 49

Artikel 49:s komplexitet återspeglas i de olika men samverkande målsättningarna med tjänsters fria rörlighet, vilka består i att för det första skapa en gemensam tjänstemarknad och för det andra att förstärka unionsmedborgarens rättigheter. De olika målsättningarna innebär att artikel 49 dels kan ses ur ett marknadsorienterat, dels ur ett individorienterat perspektiv. Det ena perspektivet har tjänsteprodukten som utgångspunkt, det andra har individen, det vill säga tjänsteutövaren/tjänstemottagaren, som utgångspunkt.

Med tjänsteprodukten i fokus framträder betydande likheter mellan varors och tjänsters fria rörlighet. Varor och tjänster som lagligen tillhandahålls i ett medlemsland skall tillåtas fri rörlighet inom hela gemenskapen. För tolkningen av artikel 49 innebär det att nationella åtgärder som hind-

rar eller begränsar tjänsteverksamhet är förbjudna. Såväl diskriminerande som icke-diskriminerande hinder omfattas således av förbudet i artikel 49.

Med individen i fokus framträder i stället likheter med personers fria rörlighet. För tolkningen av artikel 49 innebär det att tjänstemottagare och tjänsteutövare skall ha rätt till in- och utresa samt vistelse i andra medlemsländer samt rätt till likabehandling inom områden som på något sätt kan kopplas till den ekonomiska verksamheten. Artikel 49 innebär således rätt till likabehandling, det vill säga förbud mot diskriminering.

Tjänstebegreppets komplexitet kan således medföra att artikel 49 innefattar både rätt till fri rörlighet för tjänsteverksamhet och rätt till likabehandling för tjänsteutövare och tjänstemottagare. Det faktum att artikel 49 med tiden även kommit att omfatta rättsområden som indirekt påverkar tjänsteverksamhetens villkor, här kallade tjänstestödjande rättsområden, gör att tjänsters fria rörlighet består av tre kategorier för vilka artikel 49 svårigen kan ge samma innebörd.

Det förslag till differentierad tolkning som framförs i detta arbete tar hänsyn till tjänstebegreppets komplexitet. Tolkningen innebär att artikel 49 skall tolkas som förbud mot alla hinder för själva tjänsteverksamheten och som förbud mot diskriminering inom tjänstestödjande rättsområden och beträffande rättigheter och skyldigheter för tjänsteutövare och tjänstemottagare.

Domstolens praxis uppvisar ett mönster som inte bara går att förena med en differentierad tolkning, utan som även kan förklaras och förstås mot bakgrund av vad som sagts om tjänstebegreppets komplexitet. Avseende nationella regleringar av själva tjänsteverksamheten har artikel 49 tolkats som förbud mot alla hinder, avseende nationella regleringar av tjänstestödjande rättsområden och av rättigheter för tjänsteutövare och tjänstemottagare har artikel 49 tolkats som förbud mot diskriminering. Även EG-domstolens praxis avseende undantag uppvisar intressanta särdrag inom de olika kategorierna tjänsteverksamhet, tjänstestödjande rättsområden och rättigheter för tjänsteutövare och tjänstemottagare. För det första går det att urskilja vissa olikheter, eller snarare trender, avseende skyddsändamål mellan tjänsteverksamhet och tjänstestödjande rättsområden. För det andra går det att urskilja skillnader avseende skyddsåtgärdernas art. Avseende själva tjänsteverksamheten godtas i praktiken inga diskriminerande skyddsåtgärder.²³ De skyddsåtgärder som godtagits är likabehandlande åtgärder, såsom krav på tillstånd, verksamhetens organi-

²³ I ett fåtal fall av äldre datum har EG-domstolen godtagit krav på hemvist. Sedan dess har praxis gått i tydlig riktning mot en allt strängare bedömning. I de fall skyddsändamålet godtagits har hemvistkravet inte klarat proportionalitetsbedömningen. Krav på natio-

sation, produktkrav och tjänsteutövarens kvalifikationer. För tjänstestödjande rättsområden råder motsatta förhållanden. Domstolen har här varit generös med undantag och visat en tillåtande inställning även till missgynnande skyddsåtgärder inom exempelvis skattelagstiftning och social trygghetslagstiftning.

12.7 Slutkommentar

I denna avhandling har prövats om artikel 49 kan och bör ges en differentierad tolkning. Svaret är ja. Den mest ändamålsenliga och korrekta tolkningen av artikel 49 är att alla hinder mot gränsöverskridande tjänsteverksamhet är förbjudna, och att diskriminerande åtgärder inom tjänstestödjande rättsområden och avseende rättigheter för tjänsteutövare och tjänstemottagare är förbjudna.

Att på så sätt delvis begränsa förbudet i artikel 49 till att endast omfatta diskriminerande hinder kan tyckas som ett defensivt sätt att se på den fria rörligheten, ett synsätt som skulle försvåra och fördröja genomförandet av en europeisk tjänstemarknad. Skulle inte utvecklingen gynnas av att artikel 49 tolkas så extensivt som möjligt, innebärande att oavsett i vilket sammanhang de förekommer så är alla nationella åtgärder alltid förbjudna, om de på något sätt kan anses hindra eller försvåra tjänsters fria rörlighet?

Med en objektiv tolkning där artikel 49 betraktas isolerat från dess kontext är en sådan tolkning helt korrekt. Frågan är om en sådan tolkning verkligen uppnår sitt syfte. Med tanke på den häftiga reaktion och den ur rättslig synpunkt märkliga debatt som uppstod kring kommissionens ursprungliga förslag till tjänstedirektiv kan en viss försiktighet vara påkallad. Farhågor om nedmontering av nationella välfärds- och arbetsmarknadssystem främjar inte ett förtroendefullt samarbete. Resultatet blev i detta fall ett kraftig nedbantat tjänstedirektiv utan större betydelse för den fria rörlighetens rättsliga innebörd.

Det är av största vikt att integrationsprocessen fortskrider och att rättsliga hinder för tjänsters fria rörlighet undanröjs. En differentierad tolkning innebär att all nationell lagstiftning som på något sätt begränsar rätten att utöva och motta tjänsteverksamhet är förbjuden. Förbudet omfattar alla verksamhetsområden, även den mångfald tjänstesektorer för vilka tjänstedirektivet inte skall tillämpas.

nalitet eller olika behandling på grund av hemvist har aldrig medgivits undantag, se avsnitt 8.4.1.1–8.4.1.3.

En differentierad tolkning tar emellertid hänsyn till att det inom de tjänstestödjande rättsområdena finns ytterst känsliga frågor för individen och för samhället. Här krävs samarbete och ömsesidigt förtroende för att finna lösningar. Att forcera fram en avveckling av hinder genom att använda artikel 49 som murbräcka får motsatt effekt. För att undvika nya bakslag i integrationsarbetet kan det vara klokt att i högre grad beakta både den EG-rättsliga och den samhällspolitiska kontexten för tjänster. En differentierad tolkning skulle därmed, samtidigt som den är gemenskapsrättsligt korrekt och rättspolitiskt lämplig, främja en harmonisk och stadig utveckling mot en gemensam tjänstemarknad.

Summary

Fri rörlighet för tjänster – tolkning av artikel 49

Free Movement of Services – The Interpretation of Article 49

Chapter 1 Introduction

This study is concerned with the free movement of services and the interpretation of article 49. The importance of creating a functioning free market for services cannot be overestimated. It is within the service sectors that economic growth and opportunities for work are created. Why then, is it that a common market for services is not yet achieved? One explanation is that services are of a far more complex nature than goods. A genuinely open market for cross-frontier provision of services presents problems of technical as well as political nature.

It is no overstatement to say that the free movement of services in accordance with article 49 is an open question. If EC law in general is dynamic to an extent uncommon in the legal field then the dynamics of the free movement of services can best be described as anarchistic. This openness could favour the development of free movement and the ongoing process of integration. So far, so good. It is, however, difficult to ignore the fact that such uncertainty also creates problems in terms of lack of predictability and legal certainty.

Therefore the motive to clarify the interpretation of article 49 is not purely academic. There are other needs, perhaps more urgent, to find a stable and effective interpretation of article 49 to be used as a reliable foundation in the daily strivings of the actors on the market.

In spite of the importance of services they are often treated like poor relations in comparison to goods and persons. Services are mainly dealt with in connection with the other free movements, often in attempts to reconcile the interpretation of the different freedoms. This study focuses on the concept of services, the scope of article 49 and the interpretation of the prohibition of restrictions to the free movement of services.

Chapter 2 The Concept of Services

This chapter deals with the concept of services, in the rather specific sense given them in EC-law. To determine the meaning of free movement of services is problematic, mainly due to the residual effect of article 49 and the complex nature of the service concept. Service in the EC law context is to be understood as a cross-border economic activity for which the regulations of the other freedoms cannot be applied. As a result of its residual function and the fact that the common market includes all aspects of trade and economy article 49 is applicable to a heterogenic variety of economic activities. The permanency of the activity is the decisive factor in distinguishing the freedom to provide services from the right of establishment whilst the fundamental difference between service providers and workers is the existence of an employment relationship. Regarding goods and capital the residual function of article 49 has to some extent been side stepped in order to bring mixed transactions under a set of rules. If a transaction involves goods as well as services, article 49 still applies if the supply of goods is an ancillary or incidental part of the transaction. Article 49 is also applied for services involving capital movement.

Furthermore, a service consists of three components; the service activity, the provider and the recipient of the service. These three components are closely, but very variedly, related to the other freedoms. On the one hand services are products that have a monetary value and can be objects of trade, things that also characterise goods. On the other hand providers and recipients of services are individuals with the same rights to work, move and reside as freely within the community as employed and self-employed persons.

The ambit of article 49 has been increasingly widened. National laws, not only those regulating service activities but also those regulating service associated legal areas, such as taxation and labour regulations, which indirectly affect the conditions for service activities, are within the scope of article 49. This extensiveness is justified and necessary in order to deal with all kinds of obstacles for service activities, disseminating into various legal areas that create the legal and economic context for the free movement of services.

Chapter 3 Different Interpretations of Article 49

In this chapter three prevailing interpretations of article 49 are outlined, and an additional interpretation suggested. The interpretation of article 49 is far from clear. The case-law is ambiguous and the doctrine rich on variety. The application of article 49 foremost includes all activities

within the service-providing framework. Except for this diverse group of cross-border activities article 49 also embraces service associated legal areas and rights for service providers and service recipients.

Against this background it is understandable that the opinions on how to interpret article 49 are numerous. The inconsistent case-law is probably due to the fact that not only advocates-general and other authorities on EC law but also members of the Court hold different views concerning the prohibition of discrimination in relationship to services.

In the 1970s and 1980s article 49 was commonly regarded as an expression of the general principle of non-discrimination set out in article 12. This view on article 49 as a ban on discrimination leaving other national measures outside the ambit of the prohibition is still frequently put forward to the Court of Justice in opinions from parties and intervening member states. The principle of non-discrimination has by some authors been suggested to be wide enough to embrace most obstacles to the free movement of services. As a result of later case law (the *Säger*-case) a wider interpretation of article 49 has emerged. Article 49 is nowadays generally seen as a far-reaching prohibition on discriminatory as well as non-discriminatory obstacles to the free movement of services. These two views are combined in a third interpretation of article 49. In this combined interpretation the prohibition of discrimination is applied for all national measures whilst the broader prohibition on all measures that in any way hinder the free movement of services is applied for national measures that obstruct market access.

In this work a differentiated interpretation of article 49 is suggested, determined by whether the issue concerns service activities, service associated legal areas or rights for providers and recipients of services. For the actual service activity article 49 shall be interpreted as prohibition of all restrictions on the free movement of services. National rules and regulations may not in any way hinder or restrict the free movement of services. As for service associated legal areas article 49 is to be regarded as an expression of the principle of non-discrimination. National legislation in areas such as taxation and procedural law may not treat foreign services and service providers less favourable. Also rights for providers and recipients of services are confined to equal treatment. Providers and recipients of services from other member states shall benefit from the same rights as nationals.

Two well founded reasons support a differentiated interpretation. The first reason is the complex nature of services, including not only the actual service activity but also the providers and the recipients of services. Article 49 thus applies in situations that are not primarily to be regarded as the providing or the receiving of services but nevertheless indirectly

affect the possibility to take part in service activities. It could be the equal right to housing or work premises, process language or the right to criminal injuries compensation. This expansion of article 49 to embrace rights with only remote links to service activities can be seen in the light of the increasing focus on nationals of member states as beneficiaries to the EC treaty, guaranteed fundamental rights to free movement and equal treatment.

The second reason is that the increasingly wider scope of article 49 makes a uniform interpretation inappropriate. Whilst services are supposed to move freely and therefore must not be hindered by any restrictive national legislation, the same cannot be said for service associated legal areas that might come in range of article 49. Legal areas, *inter alia* taxation law, labour law and environmental law, are not suited for a total ban on national restrictions. The consequence of a total ban in legal areas with an indirect effect on services could become a race to the bottom where the country with the most lenient legislation wins. Legal areas as those mentioned are so called supporting policies included in the EC Treaty, or under the third pillar of the EU Treaty. These areas are to be successively harmonised in accordance with its respective standards. Meanwhile article 49 must be applied to ensure the free movement of services. A proper balance between the desire to promote the free movement of services and the need to still comply with Treaty provisions concerning service associated legal areas, necessitates a differentiated approach.

Chapter 4 The Concept of Discrimination

This chapter deals with the concept of discrimination in relation to free movement of services.

Two questions of fundamental importance arise. The first question is whether the prohibition of discrimination is applicable at all since article 49 has developed towards a wider interpretation embracing even truly non-discriminatory measures. If the answer still is yes, a second question follows; how then should the concept of discrimination be interpreted when applying article 49?

As regards the first question, the fact that the scope of the prohibition in article 49 reaches beyond prohibition of discrimination might speak for such a conclusion. If all restrictions on free movement of services are included in the prohibition in article 49, prohibition of discrimination has lost its significance. However as the survey of the Court's case-law shows; albeit it has evolved towards a wider interpretation of the prohibition in article 49, it is neither homogenous nor consistent. Although the prohibition of discrimination might have lost its significance for service

activities, it still has a central role for the progression of free movement. For service associated legal areas the discriminating effect is still crucial when determining whether a national measure falls under the prohibition in article 49. The survey of case-law in different legal fields shows that the Court's rulings deviate. In all cases, though, the Court remains within the framework of discrimination. This is also the case concerning rights for service providers and service recipients. The right to the same benefits within the host state as the state's own service providers and recipients rests on the principle of non-discrimination. Furthermore, for all the components within the service concept the classification of a measure as discriminating or non-discriminating is of crucial importance for the decision of legitimate grounds for exception.

So the answer is yes, the prohibition of discrimination is still to be applied. Regarding the second question, how the concept of discrimination should be interpreted, the answer is not as straightforward. It is plain from case studies that the Court has had difficulties in this area.

Overt discrimination on grounds of nationality causes no problems for definition. However, covert discrimination, when nationality is not explicitly mentioned as a distinguishing criterion, does cause definition problems. According to case law article 49 also prohibits all forms of covert discrimination, which, although based on criteria which appear to be neutral, in practise lead to the same result as overt discrimination. An obvious example of covert discrimination is when domicile, that is establishment or residence instead of nationality, is the criterion for distinction. The discrimination is obvious, since domicile is closely connected to nationality. The Court's approach to national demands on domicile has been ambiguous. There are several cases where the Court has avoided the question whether domicile as a prerequisite is discriminating or not and instead settled the issues by stating that the demands contravene article 49. In the few cases where the Court has touched upon the question of discrimination the answers differ. In view of that a requirement of domicile is a paradox that completely constrains free movement of services the Court's distress is remarkable. The only reasonable conclusion is that such a prerequisite is covert discrimination.

The Court has also had apparent problems when judging national barriers to trade in the grey area between covert discrimination and other restrictions. Here are found all kinds of national measures that are applied without distinction on grounds of nationality and domicile but nevertheless have a less favourable effect on foreign services and service providers. Foremost these problems are caused by the member states' conflicting and overlapping regulations, which may result in the double burden of having to fulfil several states' legislation.

Chapters 5, 6 and 7 Case Law on Service Activities, Service Associated Legal Areas and Rights for Providers and Recipients of Services

In chapters 5, 6 and 7 the case-law on national measures violating article 49 is examined. This study is divided into three chapters corresponding to the proposed differentiated interpretation of article 49.

Case-law regarding service activities clearly shows that the Court has long ago abandoned the limiting concept of discrimination when determining which national protective barriers are in breach of article 49. The *van Binsbergen*-case opened up for a wider interpretation of article 49, an interpretation that finally was explicitly stated in the *Säger*-case. Not only discriminating restrictions; all restrictions that in any way constrain, limit or restrict intra-Community service activities shall be abolished. Pre-requisites for service activities, such as authorisation and specific demands on organisational structure, as well as regulations connected to product quality and professional qualifications are regarded as obstacles to the free movement of services.

Another picture emerges from case-law concerning national barriers on service associated legal areas such as labour law, social security and procedural law, real estate regulations, environmental law and marketing law. The multitude of areas is reflected in the Court's varied attitude. Nevertheless the Court has kept within the framework of the discrimination concept in all cases. The national regulations the Court has found in breach of article 49 have somehow resulted in less favourable conditions for non-national service providers. In most cases it has been undisputed discrimination on grounds of establishment, a relatively common phenomenon within national taxation and social security regulations. In other legal areas the discrimination has sometimes been of a less evident nature. An example is labour law where the double burden of having to comply with more than one member state's set of rules results in added costs and administrative work for foreign companies.

Also in the third category, rights for service providers and recipients, the Court has kept within the framework of the prohibition of discrimination. Service providers and service recipients from other member states have been given the same rights as the host state's own citizens. Besides the fundamental right to move and reside EU-citizens also benefit from the right to equal treatment in personal matters such as housing, criminal injuries compensation, the same right to choose process language, are entitled to the same fees at public museums and the equal right to exercise their profession. Prohibition of discrimination in this context gives natural and adequate protection. To extend the rights for foreign citizens

beyond the boundaries of the prohibition of discrimination would generate unwanted consequences in the form of reverse discrimination giving foreign citizens benefits exceeding those of the member state's own nationals.

Chapter 8 Exceptions

This chapter deals with exceptions from article 49. The Court's case-law concerning exceptions has been extensive and not entirely coherent. The Court stated early that discriminating measures could only be justified on grounds expressly stated in article 46; public policy, public security and public health. In contrast judicially created exceptions justified by mandatory requirements of general interest were only to be invoked for non-discriminatory measures. As case-law developed it became evident that this limitation was too narrow and ill suited the service associated legal areas. Thus, the need for exempting national protective measures, primarily legislation concerning taxation and social security, enforced a change of case-law. The key factor when allowing exceptions is now whether a measure is overtly discriminating. Such measures can only be justified on grounds stated in article 46.

The case-law of the Court shows interesting varieties between the categories of service activities and service associated legal areas. There are certain differences, or rather trends, concerning grounds for justification. Limiting regulations connected to service activities are often justified by the need to protect consumers and service recipients from harmful effects of service products. Limitations connected to service associated legal areas are to a higher extent motivated by the need to ensure the different functions in society e.g. health care and coherence in the taxation systems.

Chapter 9 The Service Directive

This chapter discusses the new directive for services on the internal market, which after years of preparations and negotiations was adopted in November 2006. As regards the legal implications for the free movement of services the directive does not hold any real news. This is partly due to the fact that problematic and significant sectors of services are excluded, such as gambling and security. Services of general economic interest are not only excluded but also left to the member states to define.

For services included in the directive it entails free access to and free exercise of service activities, with some possibilities for the member states to stipulate non-discriminatory requirements. In this respect the directive can be seen as codification of case-law, but also as a trimming down of the

numerous exceptions from article 49. The basic principle still remains; all discrimination is prohibited and services legally carried out in one member state can also be exercised within the whole common market, following the principle of mutual recognition.

Nevertheless in one area the service directive is an improvement for the free movement of services. The numerous judicially created exceptions have been trimmed down. The only accepted grounds for exception are public policy, public security, public health and environmental protection. In addition, case-by-case exceptions can be justified by the need for consumer protection.

The number of justifiable protective measures has also been limited. Demands on authorisation and domicile are never allowed whatever imperative reasons in the general interest. As for case-to-case exceptions there is only nominal space for national protective barriers due to the extremely complicated procedure and the fact that it requires the member state to request exemption in each separate case.

Although the service directive does not introduce any significant legal progress it must not be underestimated. The major benefits of the directive lie in the factual implementation of a common service market, with enhanced co-operation between member states and less complicated administration in connection with cross-border service activities.

The directive primarily embraces service activities, whereas service associated legal areas and rights for service providers and recipients are only marginally affected. The focus on the actual service activities is due to the fact that the main intention with the directive has been, ever since the Lisbon agreement, to realize a common market of services. The directive's content and context consequently has a clear market perspective.

Chapter 10 Different Perspectives; Market and – Individual Perspective

Chapter ten analyzes two perspectives, the one of the market and the one of the individual. The complexity of article 49 is reflected in the diverse, but shared aims concerning the free movement of services created initially to achieve a common market for services and further on to strengthen the rights of the union members. From the different aims follow that article 49 has a double perspective, one that is market oriented and one that focuses on the individual citizen. The first perspective focuses on the service product; the second has the individual service provider/recipient in focus.

With the service product in focus the key factor is market access, endorsed by mutual recognition of service regulations combined with home country control. Services that are legally provided in one member

state shall be allowed free movement within the whole common market. With the individual perspective article 49 is seen as guardian of the right for the EU-citizen to benefit from the right to free movement and equal treatment. The individual EU-citizen has rights as consumer and professional, right to work and take part in daily life as well as in economic activities on equal terms.

The differentiated interpretation suggested in this work takes into consideration the complexity of service activities and the close but varied relations to goods and persons. Seen from a market perspective services are similar to goods, with products and trade as common denominators. When interpreting article 49 this means that all national requirements that hinder or restrict service activities are prohibited. Seen from an individual perspective services' similarities with the free movement of persons arise. There are only insignificant differences between service providers/recipients and workers and self-employed/established persons. Article 49 thus entails the right to equal treatment; in other words discrimination is prohibited.

Furthermore, a differentiated interpretation matches well the Court's case-law which can also be explained and understood against the background of the dual perspective of services.

Chapter 11 Conclusive Discussion on the Interpretation of Article 49

In this chapter the combined and the differentiated interpretations of article 49 are compared. Furthermore a uniform approach to the free movement of goods, persons and services is discussed.

Due to the wide scope of article 49, one single interpretation is not to be recommended. To view article 49 only as an expression of the principle of non-discrimination will leave truly even-handed restrictions, such as equal requirements for authorisation and organisational structure, product quality and professional qualifications outside the ambit of article 49. If article 49 on the other hand is regarded as a ban on all restrictions, discriminatory as well as non-discriminatory, the scope tends to become too wide, including non-discriminatory national regulations in sensitive service associated legal areas such as labour law, taxation law and environmental law. Regarding rights for providers and recipients of services such an interpretation could cause reverse discrimination.

One conclusion is that article 49 is better regarded both as a ban on discrimination and as a ban on all restrictions, depending on the circumstances. Such a combined interpretation has prominent supporters in the legal discussion. The decisive factor is whether the national measure in

question has a negative effect on market access. The court is supposed to apply a double standard test. For national measures with no effect on market access a discrimination test is sufficient, whilst national measures that affect market access also must pass a restriction test. Requirements concerning authorisation and organisational structure, product quality and professional qualifications are all measures that affect market access.

The differentiated interpretation suggested in this work can like the above described combined interpretation, be seen as a combination of a ban on discrimination and a ban on all restrictions. The combined interpretation and the differentiated interpretation have, however, significant diverging features. The only consideration in a combined interpretation is the unimpeded market access. A differentiated interpretation has an equivalent positive impact on market access since article 49 is interpreted as a ban on all restrictions for service activities. Besides that, the differentiated interpretation also reflects the complexity of the concept of services and takes into account the specific legal and political aspects of service associated legal areas. The survey of the case-law in chapters 5, 6 and 7 supports a differentiated interpretation. By systemizing case-law into three different categories following a differentiated approach, a pattern is distinguishable. Whilst all national rules regulating service activities that in any way restrict the free movement of services are prohibited, the Court shows a much more tolerant view towards protective measures in service associated legal areas. The Court has also expressed its awareness of the need for a differentiated approach. According to the motivation in the case *Rush Portuguesa*, concerning French immigration and labour legislation's applicability on Portuguese building companies' outstationed workers there is "reason to point out that since the service concept, as defined in article 50, embraces a number of very different business operations the same conclusion can not be drawn in all cases". The Court has not explicitly developed this thesis about national measures' compatibility with article 49 any further. However, the Court seems to have taken into account the specific nature of the diverse service associated legal areas in their ruling practice. Viewed against this background the Court's indistinct and varied case-law appears more methodical.

Chapter 12 Summary and Final Remark

In this final chapter the questions dealt with in this study are summarized and a final remark on the interpretation of article 49 is given.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

EG

Direktiv

Rådets direktiv 64/221/EEG av den 25 februari 1964 om samordning av särskilda åtgärder som gäller utländska medborgares rörlighet och bosättning som är berättigade med hänsyn till allmän ordning, säkerhet och folkhälsa.

EGT L 56 1964 s. 880.

Rådets direktiv 68/360/EEG av den 25 februari 1964 om avskaffande av restriktioner för rörlighet och bosättning inom gemenskapen för medlemsstaternas arbetstagare och familjer.

EGT L 257 1968 s.13.

Rådets direktiv 73/148/EEG av den 21 maj 1973 om avskaffande av restriktioner för rörlighet och bosättning inom gemenskapen för medborgare i medlemsstaterna i fråga om etablering och tillhandahållande av tjänster.

EGT L 172 1973 s. 14.

Rådets direktiv 73/239/EEG av den 22 juli 1973 om samordning av lagar och andra författningar angående rätten att etablera och driva verksamhet med annan direktförsäkring än livförsäkring.

EGT L 5 1978 s. 27.

Rådets direktiv 75/35/EEG av den 17 december om utvidgandet av särskilda åtgärder som gäller utländska medborgares rörlighet och bosättning och som är berättigade med hänsyn till allmän ordning, säkerhet och hälsa till att även omfatta medborgare i en medlemsstat som begagnar sig av rätten att stanna kvar inom en annan medlemsstats territorium efter att ha verkat där som egna företagare.

EGT L 14 1975 s. 14.

Rådets direktiv 75/362/EEG av den 16 juni 1975 om ömsesidigt erkännande av utbildnings-, examens- och andra behörighetsbevis för läkare inklusive åtgärder för att underlätta det faktiska utövandet av etableringsrätten och friheten att tillhandahålla tjänster.
EGT L 167 1975 s.1.

Rådets direktiv 77/249/EEG av den 22 mars 1977 om underlättande för advokater att effektivt begagna sig av friheten att tillhandahålla tjänster.
EGT L 78 1977 s. 17

Rådets första direktiv 77/780/EEG av den 12 december 1977 om samordning av lagar och andra författningar om rätten att starta och driva verksamhet i kreditinstitut.
EGT L 322 1977 s. 30.

Rådets direktiv 77/799/EEG av den 17 december 1977 om ömsesidigt bistånd av medlemsstaternas behöriga myndigheter på direktbeskattningens område.
EGT L 336 1977 s. 15.

Rådets direktiv 85/577/EEC av den 20 december 1985 för att skydda konsumenter i de fall då avtal ingås utanför fasta affärslokaler.
EGT L 372 1985 s. 31.

Rådets direktiv 88/361/EEG av den 24 juni 1988 för genomförandet av artikel 67 i fördraget.
EGT L 178 1988 s. 5.

Rådets direktiv 89/48/EEG av den 21 december 1988 om en generell ordning för erkännande av examensbevis över behörighetsgivande högre utbildning som omfattar minst tre års studier.
EGT L 19 1989 s. 16.

Rådets direktiv 89/552/EEG av den 30 oktober 1989 om samordning av vissa bestämmelser som fastställts i medlemsstaternas lagar och andra författningar om utförandet av sändningsverksamhet för television.
EGT L 298 1989 s.23.

Rådets andra direktiv 89/646 av den 15 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar om rätten att starta och driva verksamhet i kreditinstitut samt med ändring av dir. 77/780.
EGT L 311 1997 s. 42.

Rådets direktiv 90/314/EEG av den 3 juni 1990 om paketresor, semesterpaket och andra paketarrangemang.
EGT L 158 1990 s. 59.

Rådets direktiv 92/51/EEG av den 18 juni 1992 om en andra generell ordning för erkännande av behörighetsgivande högre utbildning, en ordning som kompletterar den som föreskrivs i direktiv 89/49/EEG.
EGT L 209 1992 s. 2.

Rådets direktiv 92/59/EEG av den 29 juni 1992 om allmän produkt-säkerhet.
EGT L 228 1992 s.24.

Europaparlamentets och rådets direktiv 96/71/EG av den 16 december 1996 om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster.
EGT L18 1997 s. 1.

Europaparlamentets och rådets direktiv 1997/7/EG av den 20 maj 1997 om konsumentsskydd vid distansavtal.
EGT L 144 1997 s.19.

Europaparlamentets och rådets direktiv 97/36/EG av den 30 juni 1997 om ändring av rådets direktiv 89/552/EEG om samordning av vissa bestämmelser som fastställts i medlemsstaternas lagar och andra författningar om utförande av sändningsverksamhet för television.
EGT L 202 1977 s. 60.

Europaparlamentets och rådets direktiv 98/34/EG om informationsförfarandet beträffande tekniska standarder och föreskrifter.
EGT L 214 1998 s. 37.

Rådets direktiv 1999/49/EG av den 25 maj 1999 om ändring av direktiv 77/388/EEG, – gemensamt system för mervärdesskatt med avseende på grundskattesatsen för mervärdesskatt.
EGT L 139 1999 s. 27.

Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/19/EG av den 14 maj 2001 om en ändring av rådets direktiv 89/48/EEG och 92/51/EEG om den generella ordningen för erkännande av yrkeskvalifikationer och rådets direktiv 77/452/EEG, 78/686/EEG, 78/687/EEG, 78/1026/EEG, 78/1027/EEG, 80/154/EEG, 80/155/EEG, 85/384/EEG, 85/432/EEG,

85/433/EEG och 93/16/EEG om yrkena sjuksköterska med ansvar för allmän hälso- och sjukvård, tandläkare, veterinär, barnmorska, arkitekt, farmaceut och läkare.

EGT L 206 2001 s. 2.1.

Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/65/EG av den 23 september 2002 om distansförsäljning av finansiella tjänster till konsumenter och om ändring av rådets direktiv 90/619/EEG samt direktiven 97/7 och 98/97/EG.

EGT L 271 2002 s. 16.

Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/83/EG av den 5 november 2002 om livförsäkring.

EGT L 34 2002 s. 1.

Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/38/EG av den 29 april 2004 om unionsmedborgares och deras familjemedlemmars rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier och om ändring av förordning (EEG) 1612/68 och om upphävande av direktiven 64/221/EEG, 68/360/EEG, 72/194/EEG, 73/148/EEG, 75/34/EEG, 75/35/EEG, 90/364/EEG, 90/365/EEG, 93/96/EEG.

EUT L 158 2004 s. 77.

Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/29/EG av den 11 maj 2005 om otillbörliga affärsmetoder som tillämpas av näringsidkare gentemot konsumenter på den inre marknaden och om ändring av rådets direktiv 84/450/EEG och Europaparlamentets och rådets direktiv 97/7/EG, 98/27/EG och 2002/65/EG samt Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2006/2004 (direktiv om otillbörliga affärsmetoder)

EUT L 149 2005 s. 22.

Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/48/EG av den 14 juni 2006 om rätten att starta och driva verksamhet i kreditinstitut. (omarbetning)

EUT L 177 2006 s. 1.

Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/49/EG av den 14 juni 2006 om kapitalkrav för värdepappersföretag och kreditinstitut. (omarbetning)

EUT L 177 2006 s. 201.

Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/114/EG av den 12 december 2006 om vilseledande och jämförande reklam.
EUT L 376 2006 s. 21.

Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/123/EG av den 12 december 2006 om tjänster på den inre marknaden.
EUT L 376 2006 s. 36.

Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/126 av den 20 december 2006 om körkort. (omarbetning)
EUT L 403 2006 s. 18.

Förordningar

Kommissionens förordning (EEG) nr 1251/70 av den 29 juni 1970 om arbetstagares rätt att stanna kvar inom en medlemsstats territorium efter att ha varit anställd där.
EGT L 142 1970 s. 24.

Rådets förordning (EEG) nr 1612/68 av den 15 oktober 1968 om arbetskraftens fria rörlighet inom gemenskapen.
EGT L 257 1968 s. 2.

Rådets förordning (EEG) nr 1408/71 av den 14 juni 1971 om tillämpningen av systemen för social trygghet när anställda, egenföretagare eller deras familjemedlemmar flyttar inom gemenskapen. (Konsoliderad utgåva)
EUT L 28 1997 s. 1.

Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1992/2006 18 december 2006 om ändring av rådets förordning 1408/71 om tillämpningen av systemen för social trygghet när anställda, egenföretagare eller deras familjemedlemmar flyttar inom gemenskapen.
EUT L 392 2006 s. 1.

Allmänna program

Allmänt handlingsprogram för upphävande av begränsningar i etableringsfriheten.
EGT 2, 15.1.1962 s. 36.

Allmänt handlingsprogram för upphävande av begränsningar i friheten att tillhandahålla tjänster.
EGT 2, 15.1.1962 s. 32.

Dokument från kommissionen

Kommissionens rapport av den 30 juli 2002 om situationen på den inre marknaden.
KOM (2002) 441.

Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om tjänster på den inre marknaden.
KOM (2004) 2 final.

Dokument från Europaparlamentet

Europaparlamentets ständpunkt fastställd vid andra behandlingen den 15 november 2006 inför antagandet av Europaparlamentets och rådets direktiv 2006 [...] EG om tjänster på den inre marknaden.
EP-PE_TC2 – COD 2004/1.

FN

ISIC Rev. 3, Classification Registry, United Nations Statistic Division.

WTO

Services Sectorial Classification List, MTN, GN/W/120, 10 July 1991.

Guidelines for the Sceduling of Specific Commitments under the General Agreement on Trade in Services, S/L/92, 23 Mars 2001.

Litteratur

Andenas, M. och Roth, W. H. (red.), *Services and Free Movement in EU Law*, Oxford University Press, Oxford 2002.

Andenas, M. och Snell, J., Exploring the Outer Limits, i Andenas, M. och Roth, W. H. (red.), *Services and Free Movement in EU Law*, Oxford University Press, Oxford 2002.

Bergström, S., *Något om EG-domstolens tolkningsprinciper, med särskild inriktning på inkomstskatterätten*, Skattenytt 1998, s. 481.

- Bergström, S., *Rätten till etablering inom EU ur inkomstskatterättslig synvinkel*, Skattenytt 2000, s. 65.
- Bernard, N., *Discrimination and Free Movement in EC LAW* (1996) 45 ICLQ 82.
- de Búrca, G., *Fundamental Human Rights and the Reach of EC Law*, 13 OJLS (1993) s. 283.
- de Búrca, G., "The Principle of Proportionality and its Application in EC Law", 13 YEL 1993, s. 105–150.
- de Búrca, G., The Role of Equity in European Community Law, i Dashwood, A. and O'Leary, S. (red.), *The Principle of Equal Treatment in EC Law, Papers Collected by the Centre for European Studies*, Cambridge, Sweet & Maxwell, London, 1997.
- de Búrca, B., Proportionality and Subsidiarity as General Principles of Law, i *General Principles of European Community Law*, Bernitz, U. och Nergelius, J. (red.), Klüwer 2000.
- Bernitz, U., *De Agostini II. Om TV-reklam och räckvidden av svensk marknadsrätt*, ERT nr 2/1999, s. 363–367.
- Bernitz, U., *Gourmet-målet: Marknadsdomstolen finner annonseringsförbud för alkohol otillåten enligt EG-rätten*, ERT nr 3/2003, s. 572–582.
- Bernitz, U., *Om TV-reklam och räckvidden av svensk marknadsrätt*, JT1997-98 s. 479 ff.
- Cabral, P. and Cuhna, P., *Presumed Innocence: Companies and the Exercise of the Right of Establishment and Community Law* 25 ELRev 157, 2005.
- Chalmers, D. och Szyszczak, E., *European Union Law, Volyme II. Towards a European Policy?*, Aldershot, 1998.
- Closa, C., *The Concept of Citizenship in the Treaty of European Union*, 29 CMLRev. (1992) s. 1137.
- Craig, P. och de Búrca G., *EC Law, Text, Cases and Materials*, Oxford University Press, 3rd ed., Oxford Press, Oxford 2002.
- De Crayencour, J.-P., *The Professions in the European Community. Towards Freedom of Movement and Mutual Recognition of Qualifications*. Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg, 1982.
- Christensen, A., Strukturella aspekter på diskrimineringslagstiftning och normativa förändringsprocesser, i Numhauser-Henning, A. (red.), *Perspektiv på likabehandling och diskriminering*, Juristförlaget, Lund 2000.
- Deards, E., *Human rights for football hooligans? Gough & Smith v. Chief Constable of Derbyshire, Miller v. Leeds Magistrates Court, Lilley v. Director of Public Prosecutors*, ELRev. 27 (2002), s. 206.

- Deakin, S., *Two Types of Regulatory Competition: Competitive Federalism versus Reflexive Harmonisation, A Law and Economics Perspective on Centros*. CYELS 231, 1999.
- Eeckhout, P., The General Agreement on Trade in Services and Community Law, i Konstadinidis, S.V. (red.), *The Legal Regulation of the European Community's External Relations after the Completion of the Internal Market*, Aldershot, 1996.
- Everling, U., *The Right of Establishment in the Common Market*, Chicago 1964.
- Engström, J., *Toskansk olivolja får svenska domstolen på glid – EG-rättens betydelse för några förvaltningsrättsliga spörsmål*, ERT nr 1/2005, s. 138.
- Van Gerven, W., The Effect of Proportionality on the Actions of Member States of the European Community: National Viewpoints from Continental Europe, i Ellis, E. (ed.) *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Oxford 1999, s. 33–63.
- Van Gerven, W., *Articles 30, 48, 52 and 59 after Keck and Mithouard*, 2 CJEL (1996) s. 217.
- Goldman, B. and Lyon-Caen, A., *Droit Commercial Européen*, 1983, para 330.
- Green, N., Hartley, T. and Usher, J., *The Legal Foundations of the Single European Market*, Oxford 1991.
- Hill, T. P., *On Goods and Services*, Review of Income and Wealth 23, 1977 s. 315.
- Hallström, P. och Hjälmsroth, C., *EU:s WTO förhandlingar om tillträde till tjänstemarknaden för lågutbildade*, ERT 1/2007, s. 40.
- Hatzopoulos, V., *Annotation to Case C384/93 Alpine Investments v. Minister van Financiën*, 35 CMLRev. (1995) s. 1427–1445.
- Hatzopoulos, V., *Recent Developments of the Case Law of the ECJ in the Field of Services*, 37 CMLRev. (2000) s. 43–82.
- Helmus, I., Proportionalitetsprincipen, i Marcusson, L. (red.), *Offentlig-rättsliga principer*, Iustus förlag, Uppsala, 2005.
- Ingmansson, S., *Erkännande av yrkeskvalifikationer inom EU*, Skrifter från Juridiska institutionen vid Umeå universitet, No 11, 2005.
- Ipsen, H. P., *Europäisches Gemeinschaftsrechts*, Tübingen 1972.
- Jans, J. H., *Proportionality Revisited*, Legal Issues of Economic Integration 27 (3) 2000, s. 239–265.
- Joliet, R., *The Rule of Reason in Antitrust Law: American, German and Common Market Laws in Comparative Perspective*, Faculté de Droit, Liège, Hague 1967.
- Kaldellis, E., *Freedom of Establishment v. Freedom to Provide Services: An Evaluation of Case-Law Development in the Area of Indistinctly Applicable Measures*, Legal Issues of Economic Integration 28 (1) 23–55, 2001.

- Kapteyn, P. J. G and VerLoren van Thematis, P., *Introduction to the Law of the European Communities From Maastricht to Amsterdam*, 3rd ed., Kluwer Law International, London 1998.
- Lasok, D., *The Professions and Services in the European Economic Community*, Kluwer, Deventer, 1986.
- Lokranz Bernitz, H., *Medborgarskapet i Sverige och Europa*, Iustus förlag, Uppsala 2004.
- Maestripiéri, C., *Freedom of Establishment and Freedom to Supply Services*, 10 CMRRev. (1973) s. 150–151.
- Marenco, G., The Notion of Restriction on the Freedom of Establishment and the Provision of Services in the Case Law of the Court, 11 YEL (1992) 111.
- Maduro, M. P., *The Saga of Article 30 EC Treaty: To Be Continued*, 5 Maastricht Journal of European and Comparative Law, 1998, s. 298–316.
- Marenco, G., *Pour un interprétation traditionnelle de la notion de mesures d'effet équivalent à une restriction quantitative*, 19 Cah. dr. europ. (1984) 291.
- Maier, L., *Tjänstedirektivet, social dumpning och de nationella arbetsmarknadssystemen*, ERT nr 4/2005, s. 729–750.
- Maier, L., *Utstationering av arbetstagare och det svenska kollektivavtals-systemet*, SACO-rapport, juni 2005.
- More, G., The Principle of Equal Treatment: From Market Unifier to Fundamental Right?, i Craig, P. och de Búrca, G., (red.) *The Evolution of EU Laws*, Oxford 1999.
- Müller, J., An Economic Analysis of Different Regulatory Regimes of Transborder Services, i Friedman, D. och Mestmäcker, E.-J., (red.), *Rules for Free International Trade in Services*, Baden-Baden 1990.
- Mortelmans, K., *The Common Market, the Internal Market and the Single Market, What's in a Market?*, 35 CMLRev. (1998), s. 101–136.
- Nicolaides, P., *Liberalizing Service Trade. Strategies for Success*, London 1989.
- Nyström, B., *EU och arbetsrätten*, Fritzes, Stockholm 2002.
- O'Keefe, D. and Bavasso, A., *Four Freedoms, One Market and National Competence: In search of a dividing line*, Liber Amicorum in Honour of Lord Slynn of Hadley, Vol I, Kluwer 2000.
- Olivier, P., *Free movement of Goods in the European Community*, 3rd ed., London 1996.
- Oliver, P., *Some Further Reflections on the Scope of Articles 28–30 (ex 30–36)*, 36 CMLRev. (1999). 783.
- Oliver, P., *Goods and Services: Two freedoms compared*, Mélanges en l'honneur de Michel Waelbroeck, Bruylant, 1999.

- O'Leary, S., *The Court of Justice as a reluctant constitutional adjudicator*, 17 ELRev (1992) s. 138.
- O'Leary, S., *The Evolving Concept of Citizenship. From Free Movement of Persons to European Citizenship*, The Hague 2002.
- Otken Eriksson, I., *Marknadsdomstolens dom i Gourmetmålet: Resonemang kring proportionalitet*, ERT 3/2003 s. 585–598.
- Otken Eriksson, I., *Kanonbåt eller slagskepp? – en rättslig utvärdering av tjänstedirektivet*, i Gustavsson, S., Oxelheim, L. och Wahl, N. (red.), *Lissabonstrategin i halvtid. Europaperspektiv 2005*. Santérus Förlag, Stockholm 2005.
- Persson Östermann, R., *Icke-diskrimineringsprincipen i skatterätten enligt Europafördraget – i ljuset av senare praxis*, ERT nr 2/2001, s. 197.
- Roth, W. H., *The European Court of Justice's Case Law on Freedom to Provide Services: Is Keck Relevant?*, i Andenas, M. och Roth, W. H. (red.), *Services and Free Movement in EU Law*, Oxford University Press, Oxford 2002.
- Roth, W. H., Oliver, P., *The Internal Market and the Four Freedoms*, 41 CMLRev. (2004) s. 407–441.
- Sigeman, T., *Fri rörlighet för tjänster och nationell arbetsrätt*, ERT nr 3/2005 s. 465–495.
- Sigeman, T. och Inston, R., *The Freedom to Provide Services and the Right to Take Industrial Action – An EC Law Dilemma*, Juridisk Tidskrift 2006-07, s. 365.
- Sigeman, T., *Vad menar Paolo Mengozzi!?*, Lag och avtal 2007, nr 6, s. 36.
- Snell, J., *Goods and Services in EC Law*, Oxford University Press, Oxford 2002.
- Steiner, J. and Woods, L., *Textbook on EC Law*, Oxford University Press, Oxford 2002.
- Stuyck, J., *Joined Cases C-34/95, C-35/95 and C-36/95 Konsumentombudsman (KO) v. de Agostini (Svenska) Förlag AB and Konsumentombudsman (KO) v. TV-shop i Sverige AB*, 34 CMLRev. (1997) s. 1445.
- Ståhl, K., *Fri rörlighet för kapital mellan EU och tredje land – EG-domstolen begränsar bestämmelsernas tillämpningsområde*, Skattenytt 2006, s. 714.
- Ståhl, K., *EG-domstolens domar*, Skattenytt 2007, s. 348.
- Ståhl, K. och Österman, R., *EG-skatterätt*, uppl. 2, Iustus förlag, Uppsala 2002.
- Sundberg-Weitman, B., *Nondiskriminering i EEC*, Institutet för offentlig och internationell rätt, Stockholm 1973.
- Tesouro, G., *The Community Internal Market in the Light of the Recent Case-Law of the Court of Justice*, (1995) 15 YEL 1.

- Timmermans, *Note on Case C-384/93 Alpine Investments v. Minister van Financiën*, 44 SEW (1996) 244.
- Tridimas, T., *The General Principles of EC Law*, Oxford EC Library, 1999, s. 124.
- Tridimas, T., Proportionality in Community Law: Searching for the Appropriate Standard of Scrutiny, i Ellis E. (ed.) *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, 65–84, Oxford 1999, s. 65–84.
- Usher, J., *The Law of Money and Financial Services in the European Community*, Oxford University Press, Oxford 1994.
- Weatherill, S., *After Keck: Some Thoughts on How to Clarify the Clarification*, 33 CMLRev. (1997) s. 885.
- Weatherill, S. and Beaumont, P., *EU-law, the Essential Guide to the Legal Workings of the European Community*, 3rd ed., Penguin Books, London 1999.
- Weatherill, S., Kapteyn, P. I. G. and VerLoren van Thematis, P., *Introduction to the Law of the European Communities*, 3rd ed., Kluwer Law International, London 1998.
- White, R., *Workers, Establishment and Services in the European Union*, Oxford University Press, Oxford 2004.
- Wyatt, D. and Dashwood, A., *The Substantive Law of the EEC*, 2nd ed. London 1987.
- Örtenhed, K., *Hemvistbegreppet*, Iustus Förlag, Uppsala 1991.

Rättsfallsregister

EG-domstolen

13/63 Italy v. Commission (1963) ECR 165	93, 96, 105, 166
75/63 Hoekstra (née Unger) v. Bestuur de Dedrijfsvereiging voor Detailhandel en Ambachten (1964) ECR 177	55
7/68 Commission v. Italy (1968) ECR 423	46
15/69 Württembergische Milchvewertung-Südmilch v. Ugliola (1969) ECR 363	216
152/73 Soitgui v. Deutsche Bundespost (1974) ECR 153	95, 119
155/73 Sacchi (1974) ECR 409	47, 127, 152
2/74 Reyners v. Belgien State (1974) ECR 631	91, 110
8/74 Procureur du Roi v. Dassonville (1974) ECR 837	158, 218
33/74 Van Binsbergen v. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid (1974) ECR 1299	10, 67, 78, 84, 97, 98, 99, 102, 108, 114– 115, 136, 137, 138, 140–142, 143, 146, 162, 220, 221, 222, 224, 230, 239, 311
36/74 Warlave & Kock v. Union Cycliste Internationale (1974) ECR 1405	41, 112, 239
41/74 Van Duyn v. Home Office (1974) ECR 1337	216
36/75 Rutili v. Minister for the Interior (1975) ECR 1219	216

39/75 Coenen v. Sociaal-Economische Raad (1975) ECR 1547	84, 99, 115, 140–142, 146, 221, 240
118/75 Watson and Belman (1976) ECR 1185	93
13/76 Donà v. Mantero (1976) ECR 1333	41, 112, 239
33/76 Rewe-Zentralfinanz eG & Rewe-Zentralfinanz AG v. Landwirtschaftskammer für das Saarland (1976) ECR 1989	176
71/76 Thieffry v. Conseil de l'Orde des Avocats à la Cour de Paris (1977) ECR 765	62, 208–209, 285
8/77 Sagulo, Brenca & Bakhouch (1977) ECR 1495	176
11/77 Patrick v. Ministre des Affaires Culturelles (1977) ECR 1199	208
30/77 R. v. Bouchereau (1977) ECR 1999	217, 227
7/78 Thompson, Johnson and Woodiwiss (1978) ECR 2247	69
15/78 Société Générale Alsacienne de Banque SA v. Koestler (1978) ECR 1971	38, 176–177, 248
110 & 111/78 Ministère Public v. Van Wesemael (1979) ECR 35	84, 121, 138, 142, 152, 221, 229, 231–232, 277
120/78 Rewe-Zentral v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon) (1979) ECR 649	82, 158, 281
136/78 Ministère Public v. Auer (1979) ECR 437	208, 285
152/78 Commission v. France (1980) ECR 2299	87
52/79 Procureur du Roi v. Debauve and Others (1980) ECR 833	34, 36–37, 100, 141, 143, 150, 153
62/79 Coditel v. Ciné Vog Films (1980) ECR 881	222
157/79 R.v. Pieck (1980) ECR 2171	195
155/80 Oebel (1981) ECR 1993	107, 180

279/80 Webb (1981) ECR 3305	65, 78, 84, 121, 136, 142– 143, 145, 152, 230, 231, 244, 249
53/81 Levin v. Staatssecretaris van Justitie (1982) ECR 1035	55, 56
62 & 63/81 Seco and Desquenue & Giral v. Etablissement d'Assurance contre la Vieillesse et l'Invalidité (1982) ECR 223	95, 119, 143, 161, 163, 166, 167, 169–170, 187, 222, 233, 255
115 & 116/81 Adoui & Cournuaille v. Belgium (1982) ECR 1665	54
286/82 & 26/83 Luisi & Carbone v. Ministero del Tesoro (1984) ECR 377	33, 36, 44, 199, 205, 287
72/83 Campus Oil Ltd v. Minister for Industry and Energy (1984) ECR 2727	230
251/83 Haug-Adrion v Frankfurter Versicherungs AG (1984) ECR 4277	33, 144
293/83 Gravier v. City of Liège (1985) ECR 593	162
60 & 61/84 Cinéthèque SA v. Fédération Nationale des Cinémas Français (1985) ECR 260	48
94/84 Office Nationale de l'Emploi v. Deak (József) (1985) ECR 1873	288
137/84 Ministère Public v Mutsch (1985) ECR 2681	210, 289
157/84 Frascogna v. Caisse de Dépôt et Consignations (1985) ECR 1739	288
197/84 Steinhauser v. City of Biarritz (1985) ECR 1819	65, 162, 201, 203, 256, 288, 289
205/84 Commission v Germany (1986) ECR 3755	65, 84, 98, 100, 104, 115, 121, 136, 144– 145, 221, 229, 230–233, 240, 244, 279, 294, 303

222/84 Johnston v. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary (1986) ECR 1663	176
59/85 Netherlands v Reed (1986) ECR 1283	211
66/85 Lawrie-Blum v. Land Baden Württemberg (1986) ECR 2121	55, 58
131/85 Gül v Regierungspräsident Düsseldorf (1986) ECR 1573	171
139/85 Kempf v Staatssecretaris van Justitie (1986) ECR 1741	56
352/85 Bond van Adverteerders v. Netherlands (1988) ECR 2085	85, 120, 124, 128, 145, 159, 182, 216, 223, 224, 242, 246, 279
63/86 Commission v. Italy (1988) ECR 29	65, 201–202, 256, 288, 289
222/86 UNECTEF v. Georges Heylens (1987) ECR 4097	176
263/86 Belgium v. Humbel (1988) ECR 5365	42, 91
292/86 Gullung v. Conseil de l'Orde des Avocats (1988) ECR 111	62, 137
3/87 R. v. Ministry of Agriculture, fisheries and Food, ex parte Agegate Ltd (1988) REG I-4459	99, 117
81/87 R. v. HM Treasury and Commissioners of Inland Revenue ex parte Daily Mail and General Trust PLC (1988) ECR 5483	60, 197
186/87 Cowan v. Le Trésor Public (1990) ECR 195	33, 91, 195, 196, 199, 205 256, 287
196/87 Steymann v. Staatssecretaris van Justitie (1988) ECR 6159	56
216/87 R.v. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Jaderow Ltd (1989) ECR I- 4509	99, 117
305/87 Commission v. Greece (1989) ECR 1461	65, 161, 163, 178, 187, 191, 201, 288, 289
3/88 Commission v Italy (1989) ECR 4035	95
C-362/88 GB-INNO-BM v. Condédération du Commerce Luxembourgeois Aslb (1990) ECR I-667	48
C-93/89 Commission v. Ireland (1991) ECR I-4569	111

C-113/89 <i>Rush Portuguesa v. Office National d'Immigration</i> (1990) ECR I-1417	165–166, 255, 310
C-154/89, C-180/89 & C-198/89 <i>Commission v. France, Italy, Greece</i> (1991) ECR I-659, 709, 727	34, 37–38, 88, 97, 102, 135, 146, 230, 233, 243, 280, 303
C-221/89 <i>R. v. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame LTD and others (Factortame II)</i> (1991) ECR 3905	60, 62, 64, 99, 110, 117
C-246/89 <i>Commission v. United Kingdom</i> (1991) ECR I-4585	111
C-279/89 <i>Commission v. United Kingdom</i> (1992) ECR I-5785	99, 101, 117
C-288/89 <i>Stichting Collectiële Antennevoorsiening Gouda v. Commissariat voor de Media</i> (1991) ECR I-4007	92, 100, 146, 150, 153, 159, 221, 233, 237, 242, 245, 246
C-353/89 <i>Commission v. Netherlands</i> (1991) ECR I-4069	124, 128, 153, 279
C-2/90 <i>Commission v. Belgium</i> (1992) ECR I-3341	46
C-76/90 <i>Manfred Säger v. Dennemeyer & Co Ltd</i> (1991) ECR I-4221	76, 82, 104, 123, 133, 136, 138, 139, 145, 146, 147, 156, 158, 221, 231, 233, 260, 264, 277, 281, 300
C-159/90 <i>Society for the Protection of the Unborn Child v. Grogan</i> (1991) ECR I-4685	41, 42, 196, 217, 287
C-204/90 <i>Bachmann v. Belgium</i> (1992) ECR I-249	72, 101, 116, 174, 222, 225, 251

C-239/90 Boscher (1991) ECR I-2023	49
C-300/90 Commission v. Belgium (1992) ECR I-305	116, 174, 222, 232, 251, 252
C-97/91 Borelli v. Commission (1992) ECR I-6313	176
C-106/91 Ramrath v. Ministre de la Justice (1992) ECR I-3351	54, 62, 98, 118, 232, 240
C-148/91 Vereniging Veronica Omroep Organisatie v. Commissariaat voor der Media (1993) ECR I-487	67, 128, 279
C-211/91 Commission v. Belgium (1992) ECR I-6757	101, 128, 242
C-267 & 268/91 Keck & Mithouard (1993) ECR I-6097	181–186, 282, 283, 304, 305
C-272/91 Commission v. Italy (1994) ECR I-1409	95, 112, 144
C-17/92 Federación de Distribuidores Cinematográficos v. Estado Español et Unión de Productores de Cine y Televisión (1993) ECR I-2239	128, 138, 216, 223, 243
C-19/92 Kraus v. Land Baden-Württemberg (1993) ECR I-1663	209, 303
C-109/92 Wirth v. Landeshauptstadt Hannover (1993) ECR I-6447	42
C-275/92 Her Majesty's Customs and Excise v. Gerhard and Jörg Schindler (1994) ECR I-1039	5, 132, 143, 146, 148, 156, 235, 248–258
C-379/92 Peralta (1994) ECR I-3453	105, 107, 178– 180, 184
C-23/93 TV10 SA v. Commissariaat voor de Media (1994) ECR I-4795	64, 67, 92, 104, 128, 143, 222, 229, 246
C-43/93 Vander Elst (Raymond) v. Office des Migrations Internationales (1994) ECR I-3803	104, 123, 147, 148, 151, 166, 255, 277
C-45/93 Commission v Spain (1994) ECR I-911	206, 256
C-55/93 J G C van Schaijk (1994) ECR I-4837	51

C-279/93 Finanzamt Köln Alt-stadt mot Roland Schumacher REG 1995 s. I-225	93, 96, 166, 173
C-381/93 Kommissionen mot Frankrike (1994) REG I-5145	104, 173, 188, 279
C-384/93 Alpin Investments BV mot Minister van Financiën REG 1995 s. I-1141	105, 146, 148– 149, 156, 183– 185, 222, 234, 295, 300
C-415/93 Union Royal Belge des Sociétés de Football association ASBL & others v. Jean-Marc Bosman REG 1995 s. I-4921	76, 304–305
C-430, 431/93 Van Schinjdél & van Veen mot Stichting Pensioensfonds voor Fysiotherapeuten REG 1996 s. I-4705	176
C-484/93 Svensson och Gustavsson mot Ministre du Logement et de l'Urbanisation REG 1995 s. I-3955	69, 71, 101, 102, 172, 216, 222, 223, 225, 237, 251–252
C-55/94 Reinhard Gebhard mot Consiglio dell'Ordine degli avvocati e Procuratori de Milano REG 1995 s. I-4165	62, 66, 68, 76, 227, 302–304
C-101/94 Kommissionen mot Italien REG 1996 s. I-2691	232
C-107/94 Asscher mot Staatssecretaris van Financiën REG 1996 s. I-3089	56
C-272/94 Guiot REG 1996 s. I-1905	166–167, 222, 233, 255
C-3/95 Reisebüro Broede mot Sandkler REG 1996 s. I-6511	104, 147, 148, 151, 177, 222, 255

C-34, 35 och 36/95 Konsumentombudsmannen (KO) mot De Agostini (Svenska) Förlag AB och KO mot TV-shop i Sverige AB REG 1997 s. I-3843	127, 129, 182, 186, 221, 235, 245, 300
C-70/95 Sodemare SA, Anni Azzuri Holdings SpA & Anni Azzuri Rezzato Srl v. Regione Lombardia REG 1995 s. I-3395	130
C-222/95 SCI Parodi mot Banque de Bary REG 1997 s. I-3899	116, 122, 221, 232, 294
C-51/96 & 191/97 Deliège mot Ligue Francophone de Judi et Disciplines Associées ASBL REG 2000 s. I-2549	41, 43
C-85/96 Maria Martinez Sala mot Freistaat Bayern (1998) REG I-2691	285
C-118/96 Safir mot Skattemyndigheten i Dalarnas Län REG1998 s. I-1897	71, 101, 103, 104, 173–174, 190, 213, 222
C-158/96 Kohll mot Union des Caisses de Maladie REG 1998 s. I-931	42, 171, 218, 225, 226, 230, 253, 254
C-176/96 Lehtonen mot FRBSB REG 2000 s. I-2681	41, 43
C-231/96 Edilizia Industriale Siderugica mot Ministero Delle Finanze ECR 1998 s. I-4951	176
C-264/96 ICI mot Colmer (HM Inspector of Taxes) REG 1998 s. I-4695	222
C-266/96 Corsica Ferries France SA mot Gruppo Antichi Ormeggiatori del Porto di Genova Coop. Arl REG 1998 s. I-3949	217, 230
C-274/96 Horst Otto Bickel och Ulrich Franz REG1998 s. I-7637	206, 285, 287, 289
C-326/96 B.S. Levez mot T.H. Jennings Ltd REG 1998 s. I-7835	176
C-348/96 Calfa REG1999 s. I-11	85, 216, 217

C-350/96 Clean Car Autoservice BmbH mot Landeshauptmann von Wien REG 1998 s. I- 2521	95, 100–102, 237
C-369 & 376/96 Arblade REG 1999 s. I-8453	104, 147, 148, 151, 158, 166, 222, 255
C-390/96 Lease Plan Luxembourg REG 1998 s. I-2553	101, 173, 222, 251
C-410/96 Ambry REG 1998 s. I- 7875	142
C-114/97 Kommissionen mot Spanien REG 1998 s. I-6717	113, 217, 227, 232, 239, 214, 240
C-124/97 Läärä m.fl. mot Kihlakkunnansyyttäjä REG 1999 s. I-6067	132, 133, 235, 247, 249
C-212/97 Centros Ltd. mot Erhvervs- og Selskabsstyrelsen REG 1999 s. I-1459	64
C-222/97 Trummer and Mayer REG 1999 s. I-1661	70
C-224/97 Ciola mot Land Vorarlberg REG 1999 s. I-2517	95, 100, 101, 130, 204, 223, 224, 225, 256, 257
C-439/97 Sandoz GmbH mot Finanzlandesdirektion für Wien, Niederösterreich und Burgenland REG 1999 s. I-7041	150
C-6/98 Arbeitsgemeinschaft Deutscher Rundfunk-anstalten (ARD) v PRO Sieben Media AG REG 1999 s. I-7599	221, 222, 246
C-55/98 Veestergaard REG 1999 s. I-7641	174, 222, 251,
C-58/98 Corsten REG 2000 s. I-7919	62, 65, 123, 221, 231, 233, 244, 245
C-67/98 Questore de Verona mot Diego Zenatti REG 1999 s. I-7289	122, 132–134, 235, 247–249
C-97/98 Jägerskiöld mot Torulf Gustavsson REG 1999 s. I-7319	46, 51

C-165/98 Mazzoleni, Guillamo m.fl REG 2001 s. I-2189	167
C-254/98 Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb mot TK-Heimdienst Sass GmbH REG 2000 s. I-151	300
C-355/98 Kommissionen mot Belgien REG 2000 s. I-1221	85, 98, 100, 113, 195, 216, 231, 232, 241
C-368/98 Vanbraekel mot ANCM REG 1998 s. I-5363	43, 101, 171
C-376/98 Tyskland mot Parlamentet och Rådet REG 2000 s. I-8419	180, 191
C-405/98 Konsumentombudsmannen mot Gourmet Internationales Products AB REG 2001 s. I-1795	49, 129, 138, 182, 186, 221, 234-235, 245, 246, 300
C-157/99 Geraets-Smits mot Stichting Ziekenfonds, Peerebooms mot Stichting CZ Groep C-Zorgverzekeringen REG 2001 s. I-5473	42, 171, 188, 222, 225, 226, 254, 257, 271, 287
C-164/99 Portugaia Construcoes REG 2002 s. I-787	167-168, 236, 255
C-184/99 Rudy Grzelczyk mot Centre Public d'Aide Sociale REG 2001 s. I-619	285
C-385/99 Müller-Fauré och von Riet v. Onderling Waarborgmaatschappij REG 2003 s. I-4509	271
C-390/99 Canal Satélite Digital SL mot Administracion General del Estado & DTS REG 2002 s. I-607	45, 46, 48, 52, 88, 162
C-439/99 Kommissionen mot Italien REG 2002 s. I-305	100, 118, 123, 125, 153
C-451/99 Cura Anlagen REG 2002 s. I-3193	173

C-136/00 Danner REG 2002 s. I-8147	173, 175, 222, 251, 279
C-279/00 Kommissionen mot Italien REG 2002 s. I-1425	100
C-416/00 Morellato REG 2003 s. I-9343	300
243/01 Gambelli m.fl. REG 2003 s. I-3031	132, 134, 235, 248–249
C-388/01 Kommissionen mot Italien REG 2003 s. I-721	89, 206, 225, 226, 257, 102, 206, 242
C-422/01 Skandia och Ramstedt REG 2003 s. I-6817	118, 173– 174
C-171/02 Kommissionen mot Portugal REG 2004 s. I-5645	98
C-20/03 Burmanjer m.fl. REG 2005 s. I-4133	46, 48, 49, 52, 53
C-60/03 Wolf & Müller REG 2004 s. I-9553	162, 168, 233, 236, 255
C-150/04 Kommissionen mot Danmark (2007) dom 30 jan 2007	175
C-290/04 Scorpio FKP Konzertproduktion GmbH v. Finanzamt Hamburg- Eimsbüttel REG 2006 s. I-9461	175
C-372/04 Yvonne Watts v. Bedford Primary Care Trust, Secretary of State for Health REG 2006 s. I-4325	33, 43–44
C-452/04 Fidium Finanz mot Bundesanstalt für Finanzdienstungsaufsicht REG 2006 s. I-9521	45, 70
C-242/05 Coevering REG 2006 s. I-5843	173
C-341/05 Laval un Parteri (inte avgjort)	167–168
C-432/05 UNIBET, dom 13 mars 2007-07-18	91

Nationella domar

Sverige

RÅ 2004 ref 95 (Värmdöålet)	130
AD 2005 nr. 49 (Vaxholmsmålet)	168

Storbritannien

Divisional Court, Gough & Smith v. Chief Constable of Derbyshire, Miller v. Leeds Magistrates Court, Lilley v. Director of Public Prosecutors, (2001) EWHC Admin 554 (2001) C.M.L.R. 29.	198
---	-----

Rättsfallsregister

EG-domstolen (alfabetiskt)

Adoui & Cournuaille v. Belgium (1982) ECR 1665, (115 & 116/81)	54
Alpin Investments BV mot Minister van Financiën REG 1995 s. I-1141, (C-384/93)	105, 146, 148– 149, 156, 183– 185, 222, 234, 295, 300
Ambry REG 1998 s. I- 7875, (C-410/96)	142
Arbeitsgemeinschaft Deutscher Rundfunk-anstalten (ARD) v PRO Sieben Media AG REG 1999 s. I-7599, (C-6/98)	221, 222, 246
Arblade REG 1999 s. I-8453, (C-369 & 376/96)	104, 147, 148, 151, 158, 166, 222, 255
Asscher mot Staatssecretaris van Financiën REG 1996 s. I-3089, (C-107/94)	56
Bachmann v. Belgium (1992) ECR I-249, (C-204/90)	72, 101, 116, 174, 222, 225, 251
Belgium v. Humbel (1988) ECR 5365, (263/86)	42, 91
Bond van Adverteerders v. Netherlands (1988) ECR 2085, (352/85)	85, 120, 124, 128, 145, 159, 182, 216, 223, 224, 242, 246, 279
Borelli v. Commission (1992) ECR I- 6313, (C-97/91)	176
Bosman, se Union Royal Belge ...	
Boscher (1991) ECR I-2023, (C-239/90)	49

Broede, se Reisebüro Broede ...	
B.S. Levez mot T.H. Jennings Ltd REG 1998 s. I-7835, (C-326/96)	176
Burmanjer m.fl. REG 2005 s. I-4133, (C-20/03)	46, 48, 49, 52, 53
Calfa REG 1999 s. I-11, (C-348/96)	85, 216, 217
Campus Oil Ltd v. Minister for Industry and Energy (1984) ECR 2727, (72/83)	230
Canal Satélite Digital SL mot Administracio General del Estado & DTS REG 2002 s. I-607, (C-390/99)	45, 46, 48, 52, 88, 162
Cassis de Dijon, se Rewe-zentral v. Bundesmonopolverwaltung ...	
Centros Ltd. mot Erhvervs- og Selskabsstyrelsen REG 1999 s. I-1459, (C-212/97)	64
Cinéthèque SA v. Fédération Nationale des Cinémas Français (1985) ECR 260, (60 & 61/84)	48
Ciola mot Land Vorarlberg REG 1999 s. I-2517, (C-224/97)	95, 100, 101, 130, 204, 223, 224, 225, 256, 257
Clean Car Autoservice BmbH mot Landeshauptmann von Wien REG 1998 s. I- 2521, (C-350/96)	95, 100–102, 237
Coditel v. Ciné Vog Films (1980) ECR 881, (62/79)	222
Coenen v. Sociaal-Economische Raad (1975) ECR 1547, (39/75)	84, 99, 115, 140–142, 146, 221, 240
Coevering ECR 2006 s. I-5843, (C-242/05)	173
TV10 SA v. Commissariaat voor de Media (1994) ECR I-4795, (C-23/93)	64, 67, 92, 104, 128, 143, 222, 229, 246
Commission v. Belgium (1992) ECR I-3341, (C-2/90)	46

Commission v. Belgium (1992) ECR I-305, (C-300/90)	116, 174, 222, 232, 251, 252
Commission v. Belgium (1992) ECR I-6757, (C-211/91)	101, 128, 242
Commission v. France (1980) ECR 2299, (152/78)	87
Commission v. France, Italy, Greece (1991) ECR I-659, 709, 727, (C-154/89, C-180/89 & C-198/89)	34, 37–38, 88, 97, 102, 135, 146, 230, 233, 243, 280, 303
Commission v Germany (1986) ECR 3755, (205/84)	65, 84, 98, 100, 104, 115, 121, 136, 144– 145, 221, 229, 230–233, 240, 244, 279, 294, 303
Commission v. Greece (1989) ECR 1461, (305/87) 178, 187, 191, 201,	65, 161, 163, 288, 289
Commission v. Ireland (1991) ECR I-4569, (C-93/89)	111
Commission v. Italy (1968) ECR 423, (7/68)	46
Commission v. Italy (1988) ECR 29, (63/86)	65, 201–202, 256, 288, 289
Commission v Italy (1989) ECR 4035, (3/88)	95
Commission v. Italy (1994) ECR I-1409, (C-272/91)	95, 112, 144
Commission v. Netherlands (1991) ECR I-4069, (C-353/89)	124, 128, 153, 279
Commission v Spain (1994) I-911, (C-45/93)	206, 256
Commission v. United Kingdom (1991) ECR I-4585, (C-246/89)	111
Commission v. United Kingdom (1992) ECR I-5785, (C-279/89)	99, 101, 117
Corsica Ferries France SA mot Gruppo Antichi Ormeggiatori del Porto di Genova Coop. Arl REG 1998 s. I-3949, (C-266/96)	217, 230

Corsten REG 2000 s. I-7919, (C-58/98)	62, 65, 123, 221, 231, 233, 244, 245
Cowan v. Le Trésor Public (1990) ECR 195, (186/87)	33, 91, 195, 196, 199, 205, 256, 287
Cura Anlagen REG 2002 s. I-3193, (C-451/99)	173
Daily Mail, se R. V. Treasure ...	
Danner REG 2002 s. I-8147, (C-136/00)	173, 175, 222, 251, 279
De Agostini, se Konsumentombudsman mot de Agostini ...	
Deliège mot Ligue Francophone de Judi et Disciplines Associées ASBL REG 2000 s. I-2549, (C-51/96 & 191/97)	41, 43
Donà v. Mantero (1976) ECR 1333, (13/76)	41, 112, 239
Edilizia Industriale Siderugica mot Ministero Delle Finanze REG 1998 s. I-4951, (C-231/96)	176
Factortame II, se R. v. Secretary of State ...	
Federación de Distribuidores Cinematográficos v. Estado Español et Unión de Productores de Cine y Televisión (1993) ECR I-2239, (C-17/92)	128, 138, 216, 223, 243
Fidium Finanz mot Bundesanstalt für Finanzdienstungsaufsicht REG 2006 s. I-952, (C-452/04)	45, 70
Finanzamt Köln Alt-stadt mot Roland Schumacher REG 1995 s. I-225, (C-279/93)	93, 96, 166, 173
Frascoigna v. Caisse de Dépôt et Consignations (1985) ECR 1739, (157/84)	288
Gambelli m.fl. REG 2003 REG s. I-3031, (C-243/01)	132, 134, 235, 248–249
GB-INNO-BM v. Condédération du Commerce Luxembourgeois Aslb (1990) ECR I-667, (C-362/88)	48

Geraets-Smits mot Stichting Ziekenfonds, Peerebooms mot Stichting CZ Groep C-Zorgverzekeringen REG 2001 s. I-5473, (C-157/99)	42, 171, 188, 222, 225, 226, 254, 257, 271, 287
Gouda, se Stichting Collectiëve Antennevoorsiening ...	
Gourmet, se Konsumentombudsmannen mot Gourmet ...	
Gravier v. City of Liège (1985) ECR 593, (293/83)	162
Grogan, se Society for the Protection of ...	
Guiot REG 1996 s. I-1905, (C-272/94)	166–167, 222, 233, 255
Gullung v. Conseil de l'Orde des Avocats (1988) ECR 111 (292/86),	62, 137
Gül v Regierungspräsident Düsseldorf (1986) ECR 1573, (131/85)	171
Haug-Adrion v Frankfurter Wersichungs AG (1984) ECR 4277, (251/83)	33, 144
Her Majesty's Customs and Excise v. Gerhard and Jörg Schindler (1994) ECR I-1039, (C-275/92)	5, 132, 143, 146, 148, 156, 235, 248–258
Hoekstra (née Unger) v. Bestuur de Dedrijfsvereiging voor Detailhandel en Ambachten (1964) ECR 177, (75/63)	55
Horst Otto Bickel och Ulrich Franz REG 1998 s. I-7637, (C-274/96)	206, 285, 287, 289
ICI mot Colmer (HM Inspector of Taxes) REG 1998 s. I-4695, (C-264/96)	222
Italy v. Commission (1963) ECR 165, (13/63)	93, 96, 105, 166
J G C van Schaijk (1994) ECR I-4837, (C-55/93)	51
Johnston v. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary (1986) ECR 1663, (222/84)	176
Jägerskiöld mot Torulf Gustavsson REG 1999 s. 7319, (C-97/98)	46, 51

Keck & Mithouard (1993) ECR I-6097, (C-267 & 268/91)	181–186, 282, 283, 304, 305
Kempf v Staatssecretaris van Justitie (1986) ECR 1741, (139/85)	56
Koestler, se Société Générale ...	
Kohl mot Union des Caisses de Maladie REG 1998 s. I-931, (C-158/96)	42, 171, 218, 225, 226, 230 253, 254
Kommissionen mot Belgien REG 2000 s. I-1221, (C-355/98)	85, 98, 100, 113, 195, 216, 231, 232, 241
Kommissionen mot Danmark (2007) dom 30 jan 2007, (C-150/04)	175
Kommissionen mot Frankrike (1994) ECR I-5145, (C-381/93)	104, 173, 188, 279
Kommissionen mot Italien REG 1996 s. I-2691, (C-101/94)	232
Kommissionen mot Italien REG 2002 s. I-305, (C-439/99)	100, 118, 123, 125, 153
Kommissionen mot Italien REG 2002 s. I-1425, (C-279/00)	100
Kommissionen mot Italien REG 2003 s. I-72, (C-388/01)	89, 206, 225, 226, 257, 102, 206, 242
Kommissionen mot Portugal REG 2004 s. I-5645 (C-171/02)	98
Kommissionen mot Spanien REG 1998 s. I-6717, (C-114/97)	113, 217, 227, 232, 239, 214, 240
Konsumentombudsmannen (KO) mot De Agostini (Svenska) Förlag AB och KO mot TV-shop i Sverige AB REG 1997 s. I-3843, (C-34, 35 och 36/95)	127, 129, 182, 186, 221, 235, 245, 300

Konsumentombudsmannen mot Gourmet Internationales Products AB REG 2001 s. I-1795, (C-405/98)	49, 129, 138, 182, 186, 221, 234–235, 245, 246, 300
Kraus v. Land Baden-Württemberg (1993) ECR I-1663, (C-19/92)	209, 303
Laval un Parteri (inte avgjort), (C-341/05)	167–168
Lawrie-Blum v. Land Baden Württemberg (1986) ECR 2121, (66/85)	55, 58
Lease Plan Luxembourg REG 1998 s. I-2553, (C-390/96)	101, 173, 222, 251
Lehtonen mot FRBSB REG 2000 s. I-2681, (C-176/96)	41, 43
Levin v. Staatssecretaris van Justitie (1982) ECR 1035, (53/81)	55, 56
Luisi & Carbone v. Ministero del Tesoro (1984) ECR 377, (286/82 & 26/83)	33, 36, 44, 199, 205, 287
Läärä m.fl. mot Kihlakunnansyyttäjä REG 1999 s. I-6067, (C-124/97)	132, 133, 235, 247, 249
Manfred Säger v. Dennemeyer & Co Ltd (1991) ECR I-4221, (C-76/90)	76, 82, 104, 123, 133, 136, 138, 139, 145, 146, 147, 156, 158, 221, 231, 233, 260, 264, 277, 281, 300
Maria Martinez Sala mot Freistaat Bayern REG 1998 s. I-2691, (C-85/96)	285
Mazzoleni, Guillermo m.fl REG 2001 s. I-2189, (C-165/98)	167
Ministère Public v. Van Wesemael (1979) ECR 35, (110 & 111/78)	84, 121, 138, 142, 152, 221, 229, 231–232, 277
Ministère Public v. Auer (1979) ECR 437, (136/78)	208, 285

137/84 Ministère Public v Mutsch (1985) ECR 2681	210, 289
Morellato REG 2003 s. 9343, (C-416/00)	300
Müller-Fauré och von Riet v. Onderlinge Waarborgmaatschappij REG 2003 s. I-4509, (C-385/99)	271
Netherlands v Reed (1986) ECR 1283, (59/85)	211
Oebel (1981) ECR 1993, (155/80)	107, 180
Office Nationale de l'Emploi v. Deak (Jozsef) (1985) ECR 1873, (94/84)	288
Parodi, Se SCI Parodi ...	
Patrick v. Ministre des Affaires Culturelles (1977) ECR 1199, (11/77)	208
Peralta (1994) ECR I-3453, (C-379/92)	105, 107, 178– 180, 184
Portugaia Construcoes REG 2002 s. I-787, (C-164/99)	167–168, 236, 255
Procureur du Roi v. Dassonville (1974) ECR 837, (8/74)	158, 218
Procureur du Roi v Debaue and Others (1980) ECR 833, (52/79)	34, 36–37, 100, 141, 143, 150, 153
Questore de Verona mot Diego Zenatti REG 1999 s. I-7289, (C-67/98)	122, 132–134, 235, 247–249
R. v. Bouchereau (1977) ECR 1999, (30/77)	217, 227
R. v. Ministry of Agriculture, fisheries and Food, ex parte Agegate Ltd (1988) REG I-4459, (3/87)	99, 117
R. v. HM Treasury and Commissioners of Inland Revenue ex parte Daily Mail and General Trust PLC (1988) ECR 5483, (81/87)	60, 197
R. v. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Jaderow Ltd (1989) ECR I- 4509, (216/87)	99, 117
R. v. Pieck (1980) ECR 2171, (157/79)	195
R. v. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame LTD and others (Factortame II) (1991) ECR 3905, (C-221/89)	60, 62, 64, 99, 110, 117

Ramrath v. Ministre de la Justice (1992) ECR I-3351, (C-106/91)	54, 62, 98, 118, 232 240
Säger, se Manfred Säger ... Reinhard Gebhard mot Consiglio dell'Ordine degli avvocati e Procuratori de Milano REG 1995 s. I-4165, (C-55/94)	62, 66, 68, 76, 227, 302–304
Reisebüro Broede mot Sandkler (1996) REG I-6511, (C-3/95)	104, 147, 148, 151, 177, 222, 255
Reyners v. Belgien State (1974) ECR 631, (2/74)	91, 110
Rewe-Zentral v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon) (1979) ECR 649, (120/78)	82, 158, 281
Rewe-Zentralfinanz eG & Rewe-Zentralfinanz AG v. Landwirtschaftskammer für das Saarland (1976) ECR 1989, (33/76)	176
Rudy Grzelczyk mot Centre Public d'Aide Sociale REG 2001 s. I-619, (C-184/99)	285
Rush Portuguesa v. Office National d'Immigration (1990) ECR I-1417, (C-113/89)	165–166, 255, 310
Rutili v. Minister for the Interior (1975) ECR 1219, (36/75)	216
Sacchi (1974) ECR 409, (155/73)	47, 127, 152
Safir mot Skattemyndigheten i Dalarnas Län REG 1998 s. I-1897, (C-118/96)	71, 101, 103, 104, 173–174, 190, 213, 222
Sagulo, Brenca & Bakhouché (1977) ECR 1495, (8/77)	176
Sandoz GmbH mot Finanzlandesdirektion für Wien, Niederösterreich und Burgenland REG 1999 s. I-7041, (C-439/97)	150
Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb mot TK-Heimdienst Sass GmbH REG 2000 s. I-151, (C-254/98)	300
SCI Parodi mot Banque de Bary REG 1997 s. I-3899, (C-222/95)	116, 122, 221, 232, 294

Scorpio FKP Konzertproduktion GmbH v. Finanzamt Hamburg-Eimsbüttel REG 2006 s. I-9461, (C-290/04)	175
Seco and Desquenne & Giral v Etablissement d'Assurance contre la Vieillesse et l'Invalidité (1982) ECR 223, (62 & 63/81)	95, 119, 143, 161, 163, 166, 167, 169–170, 187, 222, 233, 255
Skandia och Ramstedt REG 2003 s. I-6817, (C-422/01)	118, 173–174
Société Générale Alsacienne de Banque SA v. Koestler (1978) ECR 1971, (15/78)	38, 176–177, 248
Society for the Protection of the Unborn Child v. Grogan (1991) ECR I-4685, (C-159/90)	41, 42, 196, 217, 287
Sodemare SA, Anni Azzuri Holdings SpA & Anni Azzuri Rezzato Srl v. Regione Lombardia REG 1995 s. I-3395, (C-70/95)	130
Soitgui v. Deutsche Bundespost (1974) ECR 153, (152/73)	95, 119
Steymann v. Staatssecretaris van Justitie (1988) ECR 6159, (196/87)	56
Steinhauser v. City of Biarritz (1985) ECR 1819, (197/84)	65, 162, 201, 203, 256, 288, 289
Stichting Collectieve Antennevoorsiening Gouda v. Commissariat voor de Media (1991) ECR I-4007, (C-288/89)	92, 100, 146, 150, 153, 159, 221, 233, 237, 242, 245, 246,
Svensson och Gustavsson mot Ministre du Logement et de l'Urbanisation REG 1995 I-3955, (C-484/93)	69, 71, 101, 102, 172, 216, 222, 223, 225, 237, 251–252

Thieffry v. Conseil de l'Orde des Avocats à la Cour de Paris (1977) ECR 765, (71/76)	62, 208–209, 285
Thompson, Johnson and Woodiwiss (1978) ECR 2247, (7/78)	69
Trummer and Mayer REG 1999 s. I-1661, (C-222/97)	70
Tyskland mot Parlamentet och Rådet REG 2000 s. I-8419, (C-376/98)	180, 191
UNETEF v. Georges Heylens (1987) ECR 4097, (222/86)	176
UNIBET, dom 13 mars 2007-07-18, (C-432/05)	91
Union Royal Belge des Sociétés de Football association ASBL & others v. Jean-Marc Bosman REG 1995 s. I-4921, (C-415/93)	76, 304–305
Van Binsbergen v. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid (1974) ECR 1299, (33/74)	10, 67, 78, 84, 97, 98, 99, 102, 108, 114– 115, 136, 137, 138, 140–142, 143, 146, 162, 220, 221, 222, 224, 230, 239, 311
Vanbraekel mot ANCM REG 1998 s. I-5363, (C-368/98)	43, 101, 171
Vander Elst (Raymond) v. Office des Migrations Internationales (1994) ECR I-3803, (C-43/93)	104, 123, 147, 148, 151, 166, 255, 277
Van Duyn v. Home Office (1974) ECR 1337, (41/74)	216
Van Schinjel & van Veen mot Stichting Pensioensfonds voor Fysiotherapeuten REG 1996 I-4705, (C-430, 431/93)	176
Van Wesemael, se se Ministère Public ... Vereniging Veronica Omroep Organisatie v. Commissariaat voor der Media (1993) ECR I-487, (C-148/91)	67, 128, 279

Veestergaard REG 1999 s. I-7641, (C-55/98)	174, 222, 251,
Warlave & Kock v. Union Cycliste Internationale (1974) ECR 1405, (36/74)	41, 112, 239
Watson and Belman (1976) ECR 1185, (118/75)	93
Webb (1981) ECR 3305, (279/80)	65, 78, 84, 121, 136, 142– 143, 145, 152, 230, 231, 244, 249
Wirth v. Landeshauptstadt Hannover (1993) ECR I-6447, (C-109/92)	42
Wolf & Müller REG 2004 s. I-9553, (C-60/03)	162, 168, 233, 236, 255
Württembergische Milchvewertung-Südmilch v. Ugliola (1969) ECR 363, (15/69)	216
Yvonne Watts v. Bedford Primary Care Trust, Secretary of State for Health REG 2006 s. I-4325, (C-372/04)	33, 43–44
Zenatti, se questore de Verona ...	

Nationella domar

Sverige

RÅ 2004 ref 95 (Värmdö-målet)	130
AD 2005 nr. 49 (Laval-målet)	168

Storbritannien

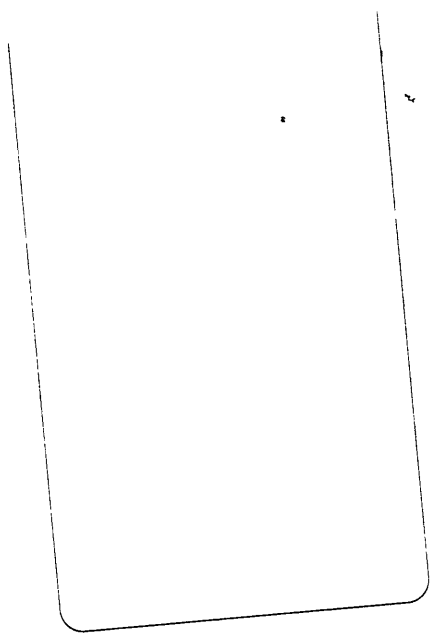
Divisional Court, Gough & Smith v. Chief Constable of Derbyshire, Miller v. Leeds Magistrates Court, Lilley v. Director of Public Prosecutors, (2001) EWHC Admin 554 (2001) C.M.L.R. 29.	198
--	-----

Sakregister

- arbetsförmedlande verksamhet 121
- advokat
 - krav på medborgarskap 110
 - krav på godandel 137
 - godkännande av examen 209
- affärsställe, krav för tjänsteverksamhet 116, 239
- allmän ordning, säkerhet och folkhälsa 145, 216, 265
- allmänintresset 145, 223, 230
- anställning
 - gräns mot egenföretagande 54
 - undantag i tjänstedirektivet 266
- arbetstagare
 - gräns mot tjänster 55
 - skydd för 220
 - utstationering 57, 167
- arbetsmarknad, skydd för nationella system 244, 255
- arbetsrätt 164
 - proportionalitetsbedömning 236
 - tjänstedirektivets tillämpningsområde 262
 - skyddsintresse 254
- avgifter 123
 - interna 172
 - sociala 169
- bankverksamhet (se kreditverksamhet)
- behörighetsbevis 134, 207, 285
- bolag 31, 63
- bostad 201
 - lån 172
 - innehav/nyttjande av fast egendom 178
 - subventioner 202
- bosättning 100, 115, 117
- brottsskadeersättning 205
- båtplatsuthyrning 130
- differentierad tolkning 77, 295
- diskriminering
 - begrepp 84
 - terminologi 86
 - dold 93, 97, 103, 145
 - omvänd 106
 - öppen 93
 - undantag 216, 223
- dubbla bördor, lagstiftning 105, 151
- dubbla tester, tolkning av artikel 49 294
- etablering
 - begrepp 59
 - krav för verksamhet 113
 - undantag 216, 223
- exklusiva rättigheter 122, 133, 234, 247
- fastighetsrätt, fast egendom 178
- fiskare
 - krav på nationalitet/medborgarskap 110
 - krav på bosättning 117

- förbud
 - för verksamhet 131
 - undantag
- förhandsbesked för vård utomlands 101
- försäkring
 - krav på bosättning/etablering 115
 - krav på tillstånd 121
- försäkring, avdrag för premier 174
 - tjänstepension 175
 - trafikförsäkring 207
- garanti
 - produkt 123
 - kund, tjänstedirektivet 270
- gemensam marknad, mål/medel 22
- guideexamen, krav på 135
- gränsöverskridande 34
- hantverkare, register 123
- hemvist 97
 - krav för verksamhet 113
 - undantag 223, 239
- idrott
 - ekonomisk verksamhet 41
 - krav på nationalitet 112
- Individorienterat perspektiv 274
- integration
 - ekonomisk 63
 - fysisk 63
- inresa, rätt till 195
- kapital, gränsen mot tjänster 68
- kompetensfördelning 24, 190, 229
- kreditverksamhet
 - krav på bosättning/etablering 115
 - krav på tillstånd 121
- konsument
 - perspektiv 387
- skydd 18, 221, 233
- skydd, rättslig grund 191
- undantagsgrunder
- kvalifikationer, krav på 134
- legalitet 24, 76, 235, 292
- likabehandling (se terminologi)
- likatillämpning (se terminologi)
- marknadsperspektiv 276
- marknadstillträde 77, 159, 181, 279, 294
- marknadsföring 128, 180, 186
- medborgare
 - stat 31, 33
 - unions 193, 284
- miljörätt 179, 189
- missgynnande 93, 143
- museiavgifter 206
- nationalitet 31, 33
 - särskiljande kriterium 88, 94, 96
 - krav för verksamhet 109
 - undantag 145, 238, 256
- nationella domstolar 234
- offentlig upphandling, krav på nationalitet 112
- organisationsform, krav på 123
- patent, bevakning av 136
- politikområden 164
- premier, se försäkring
- proportionalitet 227
 - artikel 46 229
 - allmänintresset 230
 - nationella domstolar 234
- processrätt 176
- processpråk, val av 206
- registrering, krav på 123

- register, förande av 166
- restpostfunktion 45
- rule of reason 21
- revisor
 - krav på etablering 118
 - undantag 240
- skatterätt 172
- skyddsändamål, godtagna 220
- social(a)
 - avgifter 169
 - försäkring 170
 - politik 172
- social trygghet
 - rätt till likabehandling 201
 - skyddsintresse 222, 254
 - tjänstedirektivets tillämpningsområde 262
- spelverksamhet
 - Förbud för privat spelverksamhet 132
 - reklam för spel 130
 - speciella och exklusiva rättigheter 122
 - proportionalitetsbedömning 235
 - undantag 222
- sport, se idrott
- språk, krav på 119
- Säkerhetstjänster
 - nationalitet/hemvist 113
 - undantag 238
- standardisering 126
- TV
 - sändningar 127
 - reklam 124, 128
- tillfällig verksamhet 144
- tillstånd, krav på 119
- tjänste
 - begreppet 29
 - mottagare 33
 - stödjande rättsområden 161
 - tjänsteutövare 31
- undantagsgrunder 212
 - allmän ordning, säkerhet, folkhälsa 216
 - allmänintresset 218
 - i tjänstedirektivet 264
- uppehåll, rätt till 199
- vandel, krav på god 137
- vakttjänster, se säkerhetstjänster
- varor, gränsen mot tjänster 46
- vinstsyfte 60, 124
- yrke(s)
 - etiska regler 134, 137
 - kvalifikationer 134
 - rätt till utövande 207
 - person 285
- ömsesidigt erkännande
 - behörighetsbevis 20, 134, 207
 - andra länder lagstiftning 279



BOKEN BEHANDLAR tjänsters fria rörlighet och tolkningen av artikel 49. Här redogörs för det EG-rättsliga tjänstebegreppet samt för EG-domstolens praxis beträffande nationella åtgärders förenlighet med artikel 49. Diskrimineringsförbudets innebörd för tjänsters fria rörlighet, från öppen diskriminering på grund av nationalitet till formellt likabehandlande men missgynnande nationella åtgärder, analyseras.

I boken föreslås en differentierad tolkning av artikel 49. För nationell reglering av tjänsteverksamhet skall artikel 49 tolkas som förbud mot alla hinder, diskriminerande såväl som icke-diskriminerande. För tjänstestödjande rättsområden, såsom skatterätt, arbetsrätt och socialrätt, skall artikel 49 tolkas som förbud mot diskriminering.

I detta sammanhang behandlas också möjlighet till undantag från fördragets bestämmelser samt det nya tjänstedirektivets betydelse för en friare tjänstemarknad.

Författaren är verksam vid Högskolan på Gotland.

UPPSALA UNIVERSITETSBIBLIOTEK



16000

002501022

ISBN 978 91 7678 671 0

ISSN 0282 2040