

Näringsfriheten

– en rättighet av grundläggande betydelse för EU:s framtid

NILS WAHL*

"The so-called liberals of today have the very popular idea that freedom of speech, of thought, of the press, freedom of religion, freedom from imprisonment without trial – that all these freedoms can be preserved in the absence of what is called economic freedom. They do not realize that, in a system where there is no market, where the government directs everything, all those other freedoms are illusory, even if they are made into laws and written up in constitutions."

– Ludwig von Mises (1881–1973)

1. Inledning

Näringsfriheten, eller friheten att etablera, utöva, förändra och lägga ner näringsverksamhet är en grundläggande förutsättning för det marknads-ekonomiska systemet och således även för EU-samarbetet. EU:s inre marknad, som är kärnan i den europeiska integrationen, omfattar cirka 500 miljoner konsumenter och 20 miljoner små och medelstora företag, vilket gör den till världens största marknadsplats. Den har under de senaste 50 åren bidragit till stordriftsfördelar för europeiska företag, ökad konkurrenskraft för industrin, fler jobb samt större valfrihet och lägre priser för konsumenter.¹ Grunden för den inre marknaden lades redan år 1957 genom undertecknandet av Romfördragen. Medlemsstaterna skulle knytas samman genom upprättandet av en gemensam marknad grundad på fri rörlighet för varor, tjänster/etablering, arbetstagare och kapital. Den gemensamma marknaden skulle baseras på en öppen marknadsekonomi med fri konkurrens, där varor och tjänster skulle produceras där det var ekonomiskt mest lämpligt.

* Generaladvokat vid Europeiska unionens domstol. Jag vill tacka Malin Persson, rättssekreterare i mitt kabinett vid domstolen, för mycket värdefulla bidrag till denna artikel.

¹ Meddelande från kommissionen till Europaparlamentet, rådet, Europeiska ekonomiska och sociala kommittén samt regionkommittén *Att förbättra den inre marknaden – bättre möjligheter för individer och företag* (COM(2015) 550 final) s. 1.

I takt med att EU har utvecklats och samarbetet fördjupats har dock även andra aspekter än de rent ekonomiska fått större tyngd. I Lissabonfördraget som trädde ikraft år 2009 talas det för första gången om ett Europa som bygger på en "social marknadsekonomi" (artikel 3 Fördraget om Europeiska Unionen ("FEU")). Vidare har åtagandet att säkerställa att konkurrensen inte snedvrids förpassats till ett protokoll.² Även om EU fortfarande har till uppgift att upprätta en inre marknad med hög konkurrenskraft där full sysselsättning eftersträvas kan alltså en förskjutning av fokus skönjas.³

I linje med denna utveckling har också näringsfriheten fått större konkurrens av andra grundläggande rättigheter och samhällliga intressen som EU:s medlemsstater ansett viktiga att skydda, såsom rätten till skydd av personuppgifter och privatlivet (artikel 16 Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt "FEUF")⁴, arbetstagare (artikel 153 FEUF), miljö (artikel 11 FEUF), konsumenter (artikel 12 FEUF) och folkhälsan (artikel 9 FEUF). Det säger sig självt att dessa olika rättigheter och skyddsintressen inte alltid är förenliga med varandra och såväl EU-lagstiftaren som EU-domstolen har en viktig uppgift i att beakta och väga samman de olika rättigheterna och skyddsintressena i arbetet med att utarbeta lagstiftning eller rättspraxis som på bästa sätt driver EU-samarbetet framåt.

Frågan är bara hur dessa avvägningar ska göras? Är det exempelvis rimligt att skyddet av personuppgifter och privatliv alltid väger tyngre än företagens rätt att bedriva kommersiell verksamhet på det sätt de önskar? Hur långt ska vi gå i vår strävan att tillvarata konsumenters intressen och på vilket sätt ska detta göras? Kan prisreglering överhuvudtaget komma i fråga i en union som bygger på en öppen marknadsekonomi med fri konkurrens? Och hur långt bör skyddet av arbetstagare sträcka sig? Så långt att företagen riskerar att gå i konkurs? Men skyddar vi i så fall arbetstagarna?

I det följande vill jag slå ett slag för näringsfriheten, eller kanske snarare höja ett varningens finger för vad konsekvenserna kan bli om man naggar på densamma i alltför stor utsträckning. Varje tvingande begränsning av näringsfriheten är en allvarlig inskränkning av den öppna marknadsekonomi som EU bygger på. Det är företagen som driver samarbetet inom

² Protokoll nr 27 'Om den inre marknaden och konkurrens'. Det var efter påtryckningar från Frankrikes president Nicolas Sarkozy som skrivningen ströks ur fördraget. På Storbritanniens initiativ infördes dock motsvarande skrivning i ett protokoll till fördraget.

³ Se Blanke, H.-J., "The Economic Constitution of the European Union", i Blanke, H.-J., and Mangiameli, S., (eds), *The European Union after Lisbon – Constitutional Basis, Economic Order and External Action*, Springer-Verlag Berlin Heidelberg (2012), s. 369–419, s. 377.

⁴ Se även artiklarna 7 och 8 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna ("rättighetsstadgan").

EU framåt och de har därigenom en särställning inom unionen. EU bör fokusera på att skapa ett klimat som främjar entreprenörskap och innovation så att fler företag kan bildas, växa och skapa fler jobb och tillväxt till förmån för samhället i stort. Näringsfriheten är därför enligt min mening en rättighet av grundläggande betydelse för EU:s framtid.

2. Näringsfriheten – en grundläggande rättighet

Näringsfriheten är inte någon ny rättighet utan den kan härledas tillbaka till slutet av 1700-talet och Frankrike. Genom det så kallade Allarde-dekretet (*décret d'Allarde*) och Chapeliers lag (*loi Le Chapelier*) från år 1791 slogs den grundläggande rätten att idka handel och utöva ekonomisk verksamhet fast i samband med att de franska gillena förbjöds.⁵ I Sverige avskaffades skråväsendet år 1864 genom näringsfrihetsförordningen, men det skulle dröja till år 1994 innan näringsfriheten grundlagsfästes.⁶

Inom EU var näringsfriheten – av naturliga skäl – en av de första grundläggande rättigheterna att erkännas av EU-domstolen som en allmän unionsrättslig princip⁷ och den har hittills ansetts omfatta rätten att utöva kommersiell eller ekonomisk verksamhet,⁸ avtalsfrihet⁹ och fri konkurrens.¹⁰

I rättighetsstadgan, som sedan Lissabonfördragets ikraftträdande har fördragsstatus (artikel 6.1 FEU), erkänns näringsfriheten enligt den något vaga formuleringen ”i enlighet med unionsrätten samt nationell lagstiftning och praxis” (artikel 16), vilket kan ge intrycket att näringsfriheten är svagare än övriga rättigheter i stadgan, däribland de nära sammankopplade

⁵ European Agency for Fundamental Rights, *Freedom to conduct a business: exploring the dimension of a fundamental right*, Rapport (2015), s. 25, <http://fra.europa.eu/en/publication/2015/freedom-conduct-business-exploring-dimensions-fundamental-right>.

⁶ Se proposition 1993/94:117, s. 19–22. Idag återfinns näringsfriheten i Regeringsformen 2:17 som slår fast att ”[b]egränsningar i rätten att driva näring eller utöva yrke [endast får införas] för att skydda angelägna allmänna intressen och aldrig i syfte enbart att ekonomiskt gynna vissa personer eller företag”.

⁷ Mål 4/73, *Nold*, EU:C:1974:51.

⁸ Se bl.a. mål 4/73, *Nold*, EU:C:1974:51, p. 14.

⁹ Se bl.a. mål C-240/97, *Spanien mot kommissionen*, EU:C:1999:479, p. 99.

¹⁰ Artikel 119.1 och 119.3 FEUF. Se även Everson, M., och Correia Gonçalves, R., ”Article 16 – Freedom to Conduct a Business” i Herve, T., Kenner, J., Peers, S., och Ward, A., (eds) *The EU Charter of Fundamental Rights, A Commentary*, Hart publishing (2014), s. 437–463, s. 437, och förklaringarna avseende stadgan om de grundläggande rättigheterna, EUT C 303, 14.12.2007, s. 17. Enligt 6.3 FEU ska vid tolkning och tillämpning av bestämmelserna i rättighetsstadgan vederbörlig hänsyn tas till dessa förklaringar.

artiklarna 15 (*Fritt yrkesval och rätt att arbeta*)¹¹ och 17 (*Rätt till egendom*), som båda inleds med "var och en har rätt att". Det har också spekulerats i om näringsfriheten i själva verket inte är en grundläggande rättighet som kan åberopas direkt inför domstol utan snarare en princip, som enligt artikel 52.5 i rättighetsstadgan får "genomföras genom lagstiftningsakter och verkställighetsakter [...] och prövas i domstol endast när det är fråga om tolkningen av sådana akter och prövningen av deras laglighet".¹² EU-domstolen har dock en gång för alla avgjort denna fråga i målet *Sky Österreich* där näringsfriheten, i form av avtalsfriheten, behandlades som en rättighet.¹³

Förutom att näringsfriheten är en subjektiv rättighet, dvs. en rätt för enskilda att utan onödigt inblandning från staten utöva ekonomisk verksamhet,¹⁴ är den också nära sammankopplad med förverkligandet av den inre marknaden och de fyra friheterna. Genom att EU:s medlemsstater är förbjudna att anta regler som riskerar att hindra den gränsöverskridande handeln inom EU skyddas företagens frihet att bedriva ekonomisk verksamhet över hela EU. Tillsammans med de övriga ekonomiska friheterna i artiklarna 15 och 16 i rättighetsstadgan är således näringsfriheten en del av EU:s ekonomiska konstitution enligt vilken medlemsstaterna har åtagit sig att vidmakthålla en särskild form av ekonomisk och social organisation.¹⁵

¹¹ Artikel 15.2 erkänner rätten för varje unionsmedborgare att etablera sig samt tillhandahålla tjänster i varje medlemsstat, vilket enligt förklaringarna till rättighetsstadgan anses motsvara bestämmelserna om den fria rörligheten för arbetstagare, etableringsfriheten samt friheten att tillhandahålla tjänster som garanteras i artiklarna 26 FEUF, 45 FEUF, 49 FEUF och 56 FEUF.

¹² Picod, F., "Pour un développement durable des droits fondamentaux de l'Union européenne" i *Chemins d'Europe: mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Dalloz (2010), s. 527–545, s. 533.

¹³ Mål C-283/11, *Sky Österreich*, EU:C:2013:28 ("*Sky Österreich*"). Att näringsfriheten, i form av rätten att utöva ekonomisk verksamhet och avtalsfriheten skulle utgöra principer enligt rättighetsstadgan framstår enligt min mening som osannolikt då näringsfriheten varken kan eller ska "genomföras genom lagstiftningsakter" eftersom essensen i rättigheten innebär att företag ska ha rätt att verka på marknaden utan inblandning från staten. Se även Oliver, P.; "What purpose Does Article 16 of the Charter Serve?" i Bernitz, U., Groussot, X., och Schulyok, F., (eds), *General Principles of EU Law and European Private Law, European Monographs*, vol. 84, Kluwer Law International (2013), s. 281–300, s. 286, 295 och 296, som dock pekar på att näringsfriheten i den mån den innebär en rätt till "fri konkurrens" och som enligt förklaringarna till rättighetsstadgan erkänns med hänvisning till artikel 119.1 FEUF förmodligen inte är en rättighet som företag kan åberopa direkt inför domstol.

¹⁴ Generaladvokaten Cruz Villalón har beskrivit näringsfriheten i artikel 16 som ett skydd för företagens ekonomiska initiativkraft och verksamhet på marknaden, se hans förslag till avgörande i mål C-426/11, *Alemo-Herron m.fl.*, EU:C:2013:82, p. 50.

¹⁵ *The EU Charter of Fundamental Rights, A Commentary*, s. 446 (se ovan fotnot 10).

3. Näringsfrihetens betydelse för EU:s framtid

Näringsfriheten, som alltså är nära sammankopplad med förverkligandet av EU:s inre marknad, är av grundläggande betydelse för EU:s framtid. I tider när ekonomiska och politiska kriser avlöser varandra och miljontals människor befinner sig på flykt undan krig och förföljelse, börjar tydliga tendenser av protektionism skönjas i flera av EU:s medlemsländer, vilket inte minst utgången av Storbritanniens omröstning om EU-medlemskapet vittnar om. I ljuset härav framstår en välfungerande och konkurrenskraftig inre marknad som viktigare än någonsin. Om EU inte kan skapa en "vi-känsla" på annat sätt, är det kanske dags att återvända till ursprungstanken med EU, nämligen att sammanlänka folken i Europa genom att satsa på ekonomisk integration med de fyra friheterna i fokus. Även om det blir ett hårt slag för EU om Storbritannien lämnar den inre marknaden¹⁶ är det ändå kring denna som EU har möjlighet att ge sina medborgare ett mervärde.

EU, med kommissionen i spetsen, har satsat hårt på att få till stånd en välfungerande inre marknad och fokus har under de senaste åren legat på den viktiga tjänstesektorn där integrationen inte kommit lika långt som när det gäller varuhandeln inom EU.¹⁷ År 2006 antogs tjänstedirektivet i ett försök att förenkla för företagen att bedriva tjänsteverksamhet över gränserna.¹⁸ Tjänstedirektivet tvingade medlemsstaterna till en omfattande översyn av lagar och regler som berör tjänsteområdet i ett försök att förbättra förutsättningarna för företag, inte minst små och medelstora sådana, att etablera tjänsteverksamhet och sälja tillfälliga tjänster över landsgränserna. Kommissionen har även strävat efter att minska antalet reglerade yrken inom EU, dvs. yrken där utövaren behöver ha någon form av legitimation eller behörighet. I dagsläget finns fler än 5 000 reglerade yrken inom EU, vilket av förklarliga skäl försvårar rörligheten för yrkesverksamma.¹⁹ Genom att tvinga medlemsstaterna att inventera, anmäla

¹⁶ I skrivande stund har Storbritannien inte initierat förhandlingarna om utträde enligt artikel 50 FEU och det är oklart vad ett brittiskt utträde ur EU kommer att innebära i praktiken. EU:s ledare har dock varit tydliga med att de fyra friheterna är odelbara och att Storbritannien inte ska tillåtas "plocka russinerna ur kakan".

¹⁷ Tjänstesektorn anses vara drivkraften inom den europeiska ekonomin och står för mer än två tredjedelar av EU:s BNP och skapar nio av tio jobb. Trots detta har integrationsnivån för tjänstesektorn varit avsevärt lägre än för tillverkningsindustrin, och tjänstehandeln inom EU motsvarar endast en femtedel av den totala EU-interna handeln. Se Fernández Corugedo, E., och Pérez Ruiz, E., *The EU Services Directive: Gains from Further Liberalization*, IMF Working Paper WP/14/113, s. 3, <https://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2014/wp14113.pdf>.

¹⁸ Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/123/EG av den 12 december 2006 om tjänster på den inre marknaden, EUT L 376, 27.12.2006, s. 36.

¹⁹ Se ovan fotnot 1, s. 8.

och ömsesidigt utvärdera sina respektive reglerade yrken i samband med en reform av yrkeskvalifikationsdirektivet kombinerat med inrättandet av ett system för ömsesidigt erkännande av olika kvalifikationer har dock rörligheten för yrkesverksamma underlättats avsevärt.²⁰ Kommissionen har även nyligen lanserat två nya strategier för den digitala inre marknaden²¹ och för den inre marknaden för varor och tjänster²² i syfte att ytterligare stimulera entreprenörskap och innovation och öka handeln över gränserna.

Det görs således mycket på EU-nivå för att underlätta den fria rörligheten över gränserna, men det finns fortfarande regler både på nationell och på EU-nivå som hämmar företagande och försvårar den gränsöverskridande handeln. I det följande ska jag visa på olika typer av inskränkningar av näringsfriheten som EU-domstolen har granskat (eller underlåtit att granska) och i de flesta fall ansett vara legitima.

4. Inskränkningar av näringsfriheten

4.1 Allmänt

Näringsfriheten är inte någon absolut rättighet utan kan bli föremål för inskränkningar. Den har också begränsats i relativt stor utsträckning med hänsyn till exempelvis hälso- och miljöskydd och konsumentintressen och för att skydda andra grundläggande rättigheter såsom skydd av personuppgifter och privatliv.

Det är dock viktigt att poängtera att näringsfriheten inte kan inskränkas efter lagstiftarens (eller domstolens) eget skön. Enligt artikel 52.1 rättighetsstadgan måste varje begränsning i utövandet av de rättigheter och friheter som erkänns i stadgan vara (i) föreskriven i lag, (ii) förenlig med det väsentliga innehållet i dessa rättigheter och friheter, och i enlighet med proportionalitetsprincipen (iii) nödvändig och faktiskt svara mot mål av allmänintresse som erkänns av EU eller behovet av skydd för andra människors rättigheter och friheter.

²⁰ Meddelande från kommissionen till Europaparlamentet, rådet och Europeiska ekonomiska och sociala kommittén, *om utvärdering av nationella bestämmelser för utövande av vissa yrken* (COM(2013) 676 final). Europaparlamentets och rådets direktiv 2013/55/EU av den 20 november 2013 om ändring av direktiv 2005/36/EG om erkännande av yrkeskvalifikationer och förordning (EU) nr 1024/2012 om administrativt samarbete genom informationssystemet för den inre marknaden, EUT L 354, 28.12.2013, s. 132.

²¹ Meddelande från kommissionen till Europaparlamentet, rådet, Europeiska och sociala kommittén samt Regionkommittén *En strategi för en inre digital marknad i Europa* (COM(2015) 192 final).

²² Se ovan fotnot 1.

När näringsfriheten krockar med andra grundläggande rättigheter har lagstiftaren och domstolen till uppgift att hitta den rätta balansen mellan de motstående rättigheterna. EU-domstolen har uttalat att en sådan bedömning ska bygga på en nödvändig sammanjämkning av kravet på skydd för olika friheter och en rimlig avvägning mellan dem.²³ Den svåra frågan är bara hur en sådan sammanjämkning och avvägning ska gå till i praktiken.

I det följande ska jag redogöra för några av EU-domstolens domar kopplade till näringsfriheten i syfte att belysa hur EU-domstolen har (eller inte har) tacklat proportionalitetsbedömningen och balanseringsövningen när fråga har varit att inskränka näringsfriheten till förmån för andra skyddsintressen och/eller när näringsfriheten krockar med andra grundläggande rättigheter.

4.2 Näringsfriheten och rätten till information

I *Sky Österreich*²⁴ uttalade sig EU-domstolen om en bestämmelse i det så kallade AV-direktivet²⁵ som föreskriver att medlemsstaterna ska se till att de aktörer som har ensamrätt att sända ett evenemang av stort allmänt intresse ska ge andra programföretag rätt att på rättvisa, rimliga och icke-diskriminerande villkor, använda korta utdrag av sändningen i allmänna nyhetsprogram. En sådan bestämmelse begränsar ensamrättsinnehavarens rätt att bestämma med vem och till vilket pris denne ska ingå avtal och innebär således onekligen ett intrång i dennes näringsfrihet.²⁶

Efter att ha konstaterat att näringsfriheten inte utgör en absolut rättighet, utan att den ska beaktas i förhållande till vilken funktion den har i samhället, fann EU-domstolen att näringsfriheten kan bli föremål för en rad myndighetsingrepp i det allmännas intresse.²⁷ Domstolen lade vikt vid att den aktuella bestämmelsen i AV-direktivet inte påverkade kärnan i näringsfriheten, dvs. rätten att bedriva näringsverksamhet som sådan eller möjligheten för ensamrättsinnehavaren att exploatera sin rättighet genom att själv eller genom annan sända evenemanget eller överlåta rätten till någon annan.²⁸ Proportionalitetsbedömningen visade enligt domstolen att bestämmelsen hade ett legitimt ändamål, nämligen att skydda den grund-

²³ *Sky Österreich*, p. 60.

²⁴ Se ovan fotnot 13.

²⁵ Europaparlamentets och rådets direktiv 2010/13/EU av den 10 mars 2010 om samordning av vissa bestämmelser som fastställs i medlemsstaternas lagar och andra författningar om tillhandahållande av audiovisuella medietjänster, EUT L 95, 15.4.2010, s. 1.

²⁶ *Sky Österreich*, p. 43 och 44.

²⁷ *Sky Österreich*, p. 45 och 46.

²⁸ *Sky Österreich*, p. 49.

läggande rätten till information och att främja mångfalden inom nyhetsproduktion och programutbud i unionen,²⁹ att den var ändamålsenlig³⁰ och att det inte fanns mindre restriktiva medel för att uppnå ändamålet med bestämmelsen.³¹ Domstolen fann avslutningsvis att bestämmelsen i fråga utgjorde en balanserad avvägning mellan näringsfriheten, å ena sidan, och unionsmedborgarnas grundläggande rättighet att ta emot information samt vikten av frihet och mångfald inom massmedia å andra sidan.³²

Sky Österreich illustrerar väl ett grundläggande problem när det gäller skyddet av näringsfriheten, dvs. rätten att bedriva kommersiell verksamhet (och sluta avtal) efter eget skön, och det är att näringsfriheten är en rättighet som skyddas genom att staten *avstår från* att reglera. Detta innebär att när staten (eller EU) väljer att intervensera och anta tvingande regler i syfte att värna andra skyddsintressen eller grundläggande rättigheter innebär detta med nödvändighet att ett intrång görs i näringsfriheten. När EU-domstolen sedermera har att pröva om intrånget är proportionerligt hamnar dessutom näringsfriheten i underläge jämfört med de rättigheter som skyddas genom antagen lagstiftning eftersom domstolen ställs inför ett *fait accompli*. Unionslagstiftaren har tillerkänts ett vidsträckt utrymme för skönmässig bedömning på de områden inom vilka det krävs val av politisk, ekonomisk eller social art och komplicerade bedömningar måste göras och tröskeln för att underkänna lagstiftarens bedömningar har därför av EU-domstolen bedömts vara mycket hög.³³ Det är endast om lagstiftaren har gjort uppenbart felaktiga bedömningar om åtgärdens lämplighet eller nödvändighet i förhållande till de mål som lagstiftningen ska skydda som ett underkännande av lagstiftarens bedömningar kan komma ifråga.³⁴

4.3 Näringsfriheten och skydd av konsumenter och hälsa

I målet *Deutsches Weintor*³⁵ fann EU-domstolen att beskrivningen av ett vin som "lättsmält" utgjorde ett "hälsopåstående" enligt förordning

²⁹ Artikel 11 i rättighetsstadgan. *Sky Österreich*, p. 51 och 52.

³⁰ *Sky Österreich*, p. 53.

³¹ *Sky Österreich*, p. 54–57.

³² *Sky Österreich*, p. 58–67.

³³ Se bl.a. mål C-491/01, *British American Tobacco (Investments) och Imperial Tobacco*, EU:C:2002:741, p. 123, C-558/07, *S.P.C.M. m.fl.*, EU:C:2009:430, p. 42, och C-62/14, *Gauweiler m.fl.*, EU:C:2015:400, p. 68.

³⁴ Jfr Herresthal, C., "Constitutionalisation of Freedom of Contract in European Union Law" i Ziegler, K., och Huber, P., (eds), *Current problems in the protection of human rights: Perspectives from Germany and the UK*, Hart Publishing (2013), s. 89–116, s. 111.

³⁵ Mål C-544/10, *Deutsches Weintor*, EU:C:2012:526 ("*Deutsches Weintor*").

1924/2006.³⁶ Ett förbud för vinproducenter att marknadsföra sitt vin med ett sådant påstående var enligt domstolen förenligt med artiklarna 15 och 16 i rättighetsstadgan. Med hänvisning till att artikel 35 i rättighetsstadgan föreskriver att en hög nivå av skydd för människors hälsa ska säkerställas vid utformning och genomförande av all unionspolitik och alla unionsåtgärder och att den aktuella förordningen syftar till att skydda människors hälsa, ansåg domstolen att de begränsningar som förbudet medför för berörda näringsidkare var proportionerliga och måste tålas. EU-domstolen tog hänsyn till att förbudet endast påverkade näringsidkarna på ett begränsat område och att kärnan i deras verksamhet, nämligen att tillverka och saluföra alkoholdrycker inte berördes.³⁷

I det nyligen avgjorda målet *Pillbox 38*³⁸ ansåg EU-domstolen, dock utan att företa någon mer djupgående analys, att begränsningar i rätten att marknadsföra elektroniska cigaretter utgjorde ett intrång i näringsfriheten men att detta kunde rättfärdigas med hänvisning till skyddet av folkhälsan och att proportionalitetsprincipen var uppfylld.³⁹

I likhet med vad som var fallet i målet *Sky Österreich* hamnar näringsfriheten i ovanstående mål i underläge i förhållande till de motstående intressen som ansetts motivera reglering. Även om det skulle kunna argumenteras för att begränsningarna av näringsfriheten i de olika målen inte är särskilt ingripande, är det viktigt att beakta att varje inskränkning har ett pris, både för företagen som drabbas, och i slutändan även för konsumenterna och samhället i stort.

Ett annat mål som bör nämnas i detta sammanhang är *Vodafone*⁴⁰ där frågan gällde om EU med stöd av artikel 114 FEUF (dåvarande artikel 95 i EG-fördraget)⁴¹ har kompetens att reglera priser, dvs. sätta ett pristak på avgifter som telekombolagen får ta ut för samtal och datatrafik i utlandet, så kallade roamingavgifter. Det står visserligen klart att EU har möjlighet att under vissa förutsättningar intervensera i *medlemsstaternas* regler för prissättning om dessa hindrar den fria rörligheten och även i företagets prissättning om denna strider mot EU:s konkurrensregler. Men frågan som uppkom i målet var alltså om EU hade en självständig rätt att *reglera företagens* prissättning. I en union som beskriver sig som en (social) marknads ekonomi och som vill förverkliga denna med iakttagande av principen om

³⁶ Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1924/2006 av den 20 december 2006 om näringspåståenden och hälsopåståenden om livsmedel, EUT L 404, 30.12.2006, s. 9.

³⁷ *Deutsches Weintor*, p. 55–58.

³⁸ Mål C-477/14, *Pillbox 38*, EU:C:2016:324 ("*Pillbox 38*").

³⁹ *Pillbox 38*, p. 154–162. För ett liknande resonemang rörande märkningskrav på fjäderfäkött, se mål C-134/15, *Lidl*, EU:C:2016:498.

⁴⁰ Mål C-58/08, *Vodafone m.fl.*, EU:C:2010:321 ("*Vodafone*").

⁴¹ Artikel 114 FEUF ger EU rätt att "besluta om åtgärder för tillnärmning av sådana bestämmelser i lagar och andra författningar i medlemsstaterna som syftar till att upprätta den inre marknaden och få den att fungera".

en öppen marknadsekonomi med fri konkurrens, borde svaret vara ett självklart nej!

Både generaladvokaten och EU-domstolen ansåg dock att unionslagstiftaren hade rätt att ägna sig åt prisreglering, dock av olika skäl. Medan generaladvokaten Póiaras Maduro för egen del ansåg att artikel 114 FEUF gav unionslagstiftaren rätt att undanröja hinder för den fria rörligheten som har grund i *privatpersoners* beteende,⁴² gick inte EU-domstolen lika långt utan menade att artikel 114 FEUF gav unionslagstiftaren rätt att intervensera i det specifika fallet eftersom det var troligt att medlemsstaterna annars skulle vidta (motstridiga) åtgärder på nationell nivå.⁴³

Förutom att prisreglering framstår som främmande i en marknadsekonomi, är det enligt min mening inte heller troligt att en sådan gynnar konsumenterna i längden. Det är inte omöjligt att lägre priser hade kunnat uppnås genom andra mindre ingripande åtgärder med bibehållandet av en fri konkurrens och det grundläggande spelet om utbud och efterfrågan.

4.4 Näringsfriheten och internet

Internet har helt förändrat våra liv genom att avlägsna tekniska och institutionella hinder mot spridning och mottagande av information och har skapat en plattform för olika tjänster i informationssamhället. Dessa tjänster gynnar konsumenter, företag och samhället som helhet, men har också lett till att avvägningar måste göras mellan å ena sidan grundläggande rättigheter såsom yttrandefriheten, informationsfriheten och näringsfriheten och, å andra sidan, skyddet för immateriella rättigheter, personuppgifter och privatliv.⁴⁴

En tydlig tendens kan skönjas i de senaste årens EU-rättspraxis där EU-domstolen har gått från att vederbörligen beakta näringsfriheten och betydelsen av att respektera företagets frihet att bedriva kommersiell verksamhet till att i större utsträckning förbise företagets intressen.

I målen *Scarlet*⁴⁵ och *UPC*⁴⁶ aktualiserades frågor om internetleverantörers skyldighet att vidta åtgärder för att förhindra åtkomst av upphovsrättskyddat material. EU-domstolen konstaterade i båda målen att de ålägganden som var i fråga inkräktade på internetleverantörernas näringsfrihet eftersom de innebar betydande kostnader och olägenheter för dessa. När

⁴² Se förslag till avgörande av generaladvokaten Póiaras Maduro i mål C-58/08, *Vodafone m.fl.*, EU:C:2009:596, p. 19.

⁴³ *Vodafone*, p. 45.

⁴⁴ Förslag till avgörande av generaladvokaten Jääskinen i mål C-131/12, *Google Spain och Google*, EU:C:2013:424, p. 2 ("Förslag till avgörande, *Google Spain*").

⁴⁵ Mål C-70/10, *Scarlet Extended*, EU:C:2011:771 ("*Scarlet*").

⁴⁶ Mål C-314/12, *UPC Telekabel Wien*, EU:C:2014:192 ("*UPC*").

det gällde själva avvägningen mellan olika intressen som stod på spel kom dock domstolen fram till motsatta resultat. I *Scarlet* konstaterade domstolen att åläggandet på internetleverantören *var för ingripande* och kostsamt och att det därmed var ett olagligt ingrepp i näringsfriheten,⁴⁷ medan den i *UPC* – de betydande kostnaderna till trots – ansåg att åläggandet inte påverkade själva kärnan i näringsfriheten för internetleverantörer och att det därmed, under vissa omständigheter, kunde rättfärdigas.⁴⁸

Medan EU-domstolen i *Scarlet* och *UPC* bemödat sig om att beakta berörda företags intressen framstår det som att domstolen i två senare mål, *Google Spain*⁴⁹ och *Schrems*⁵⁰ där skyddet av personuppgifter och rätten av privatliv stod på spel, till stor del har förbisetat företagens intressen.

I *Google Spain* slog EU-domstolen fast att sökmotorer som Google är personuppgiftsansvariga enligt EU:s dataskyddsdirektiv⁵¹ och under vissa förutsättningar skyldiga att från sökresultaten som visas till följd av en sökning på en persons namn, avlägsna länkar till webbsidor som publicerats av utomstående och som innehåller information om denna person. EU-domstolen erkände således i praktiken enskildas ”rätt att bli glömda” på internet och slog samtidigt fast, utan att göra någon djupare analys, att rätten till privatliv och skydd av personuppgifter är rättigheter som i princip väger tyngre än sökmotorleverantörens ekonomiska intressen och den breda allmänhetens intresse av att få tillgång till information.⁵²

Sedan domen meddelades i maj 2014 har Google tagit emot över en halv miljon ansökningar från enskilda som vill utnyttja sin ”rätt att bli glömd” och granskat över 1,7 miljoner länkar.⁵³ Även om Google är ett multinationellt företag med stora resurser, är det viktigt att ha i minnet att domen även påverkar andra mindre sökmotorföretag som inte har samma resurser som Google att efterkomma domen.

I *Schrems* ogiltigförklarade EU-domstolen ett beslut av kommissionen på grundval av vilket överföringar av personuppgifter från EU till USA möjliggjordes i enlighet med de så kallade *Safe Harbour*-principerna. Skälet var att domstolen ansåg att USA inte säkerställde en adekvat skyddsnivå av

⁴⁷ *Scarlet*, p. 48 och 49.

⁴⁸ *UPC*, p. 50 och 51.

⁴⁹ Mål C-131/12, *Google Spain och Google*, EU:C:2014:317 (*Google Spain*).

⁵⁰ Mål C-362/14, *Schrems*, EU:C:2015:650 (*Schrems*).

⁵¹ Europaparlamentets och rådets direktiv 95/46/EG av den 24 oktober 1995 om skydd för enskilda personer med avseende på behandling av personuppgifter och om det fria flödet av sådana uppgifter, EGT L 281, 23.11.1995, s. 31.

⁵² *Google Spain*, p. 99. Jfr generaladvokaten Jääskinen som i sitt förslag till avgörande, dels uppmärksammade att ingen av de grundläggande rättigheterna som stod på spel var absolut, dels att rättigheterna måste vägas mot varandra, p. 125 och 128.

⁵³ Se Google Transparency Report, <https://www.google.com/transparencyreport/removals/europeprivacy/?hl=en>.

personuppgifter.⁵⁴ Vilka kostnader ett underkännande av kommissionens beslut skulle medföra för berörda företag beaktades inte av EU-domstolen trots att domen fick omedelbara konsekvenser för både amerikanska och europeiska företag som lagrar personuppgifter i USA med stöd av dessa principer. Domen påverkar alltså inte bara de amerikanska storbolagen, utan även europeiska företag som använder sig av tjänsteleverantörer som tillhandahåller IT-outsourcing eller molntjänster och vars behandling av data helt eller delvis utförs i USA. Att dataöverföring mellan USA och Europa ska kunna göras på ett enkelt sätt är således av grundläggande betydelse för europeiska företags verksamhet och konkurrenskraft.

Sedan domen föll har ett intensivt arbete pågått för att komma fram till en lösning. Ett nytt avtal med USA om dataskyddsregler slöts den 2 februari 2016 och den 12 juli 2016 fattade kommissionen beslut om att genomföra avtalet. Omställningen till de nya reglerna som enligt kommissionens pressmeddelande ålägger ”kraftfulla skyldigheter” kommer att orsaka berörda företag omfattande kostnader.⁵⁵

4.5 Näringsfriheten och skydd av arbetstagare

Förhållandet mellan näringsfriheten och arbetstagares rättigheter är en komplex fråga, inte minst mot bakgrund av att de arbetsrättsliga reglerna skiljer sig åt i olika medlemsländer.⁵⁶ Utan att ge mig in i debatten om EU-domstolens kontroversiella domar i målen *Viking Line*⁵⁷ och *Laval*⁵⁸ som rör den grundläggande rätten att vidta fackliga stridsåtgärder vill jag ändå peka på en viktig omständighet som är värd att betänka i detta sammanhang, nämligen betydelsen av att hitta en balans mellan företagets och arbetstagarnas intressen.

⁵⁴ *Schrems*, p. 67–106. Upprinnelsen till målet var att facebook-användaren Maximilian Schrems gjorde en anmälan till den irländska tillsynsmyndigheten där han begärde att Facebook Ireland skulle förbjudas att föra över personuppgifter till USA. Schrems hävdade att USA, mot bakgrund av Edward Snowdens avslöjanden om den amerikanska underrättelsetjänstens (NSA:s) omfattande avlyssning av elektronisk kommunikation, inte garanterade tillräckligt skydd för personuppgifter som lagras i USA.

⁵⁵ Se kommissionens pressmeddelande av den 12 juli 2016, *Europeiska kommissionen inför regler om integritetsskydd mellan EU och Förenta staterna: starkare skydd för transatlantiska dataflöden*, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2461_sv.htm.

⁵⁶ EU har endast en begränsad kompetens att lagstifta på arbetsrättens område och antagandet av lagstiftning ska ske genom minimidirektiv och får uttryckligen inte avse löneförhållanden, föreningsrätt, strejkrätt eller rätt till lockout (artikel 153 FEUF).

⁵⁷ Mål C-438/05, *International Transport Workers' Federation och Finnish Seamen's Union*, EU:C:2007:772.

⁵⁸ Mål C-341/05, *Laval un Partneri*, EU:C:2007:809.

Målet *Alemo-Herron m.fl.*⁵⁹ gällde det så kallade överlåtelsedirektivet⁶⁰ och den huvudsakliga frågan rörde tolkningen av artikel 3 däri som föreskriver att den nya arbetsgivaren (förvärvaren) vid en verksamhetsövergång blir bunden av anställningsvillkoren i det kollektivavtal som gällde hos den tidigare arbetsgivaren (överlåtaren) vid tidpunkten för övergången av verksamheten. Frågan som EU-domstolen hade att ta ställning till var om detta även skulle gälla klausuler i anställningsavtal som hänvisar till kollektivavtal som förhandlats fram och antagits *efter* tidpunkten för övergången (så kallade dynamiska klausuler). Det speciella med detta mål var att verksamheten som hade bedrivits i offentlig regi skulle övergå till den privata sektorn.

EU-domstolen slog inledningsvis fast att medlemsstaterna visserligen hade möjlighet att tillämpa bestämmelser som är gynnsammare för arbetstagarna, men underströk samtidigt att den aktuella lagstiftningen inte bara syftade till att skydda arbetstagarnas intressen vid en företagsövergång utan eftersökte jämvikt mellan arbetstagarnas och förvärvarens intressen.⁶¹ EU-domstolen lade vikt vid att förvärvaren måste ha möjlighet att vidta nödvändiga omställningar för att kunna driva verksamheten vidare efter övergången och noterade att dynamiska klausuler kunde begränsa arbetsgivarens möjligheter i detta avseende, särskilt med beaktande av de stora omställningar som krävs när verksamhet övergår från offentlig till privat regi.⁶² Med hänvisning till skyddet av näringsfriheten, eller mer konkret avtalsfriheten, ansåg EU-domstolen att förvärvaren som varit förhindrad att delta i kollektivavtalsförhandlingarna inte på ett effektivt sätt hade haft möjlighet att göra sina intressen gällande i avtalsprocessen. Mot bakgrund härav fann domstolen att förvärvarens avtalsfrihet hade blivit så allvarligt reducerad att den kunde anses "inkräkta på kärnan i vederbörandes näringsfrihet".⁶³

EU-domstolens dom har kritiserats för att lyfta fram företagens avtalsfrihet på bekostnad av de svagare parterna.⁶⁴ För egen del anser jag att domen är sund. Domstolen tar sikte på att det aktuella direktivet syftar till att skapa en *balans* mellan arbetstagarnas och förvärvarens intressen. I ljuset därav framstår utgången i målet som fullständigt rimlig. Men även om direktivet enbart hade haft som syfte att skydda arbetstagarna är jag tveksam till att en motsatt utgång i målet faktiskt skulle ge ett ändamåls-

⁵⁹ Mål C-426/11, *Alemo-Herron m.fl.*, EU:C:2013:521 ("*Alemo-Herron m.fl.*").

⁶⁰ Rådets direktiv 2001/23/EG av den 12 mars 2001 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagares rättigheter vid överlåtelse av företag, verksamheter eller delar av företag eller verksamheter, EGT L 82, 22.3.2001, s. 16.

⁶¹ *Alemo-Herron m.fl.*, p. 25.

⁶² *Alemo-Herron m.fl.*, p. 26–29.

⁶³ *Alemo-Herron m.fl.*, p. 35.

⁶⁴ Se bl.a. Weatherhill, S., "Use and Abuse of the EU's Charter of Fundamental Rights: on the improper veneration of 'freedom of contract'", *European Review of Contract Law* (2014), s. 167–182.

enligt skydd av dessa. För vad skulle hända om förvärvaren blir bunden av villkor som gör att denne inte kan driva sin verksamhet vidare? Har arbetstagarna då ett adekvat skydd? Ja, tillfälligt kanske men endast tills bolaget tvingas träda i likvidation. Just den frågan är aktuell i ett pågående mål vid EU-domstolen, nämligen *AGET Iraklis*.⁶⁵

I *AGET Iraklis* har domstolen att ta ställning till om en bestämmelse i nationell rätt som innebär att arbetsgivare måste ha förhandstillstånd från relevanta myndigheter för att få vidta kollektiva uppsägningar är förenlig med relevant EU-lagstiftning. Jag har i mitt förslag till avgörande argumenterat för att den aktuella bestämmelsen strider mot etableringsfriheten och att den även utgör en otillåten inskränkning av dels utövandet av friheten att bedriva en ekonomisk eller kommersiell verksamhet, dels avtalsfriheten för arbetsgivarna.⁶⁶

Enligt den aktuella nationella bestämmelsen ska berörda myndigheter, för de fall parterna i förhandlingarna om kollektiva uppsägningar inte når en överenskommelse, göra en bedömning av (i) förhållandena på arbetsmarknaden, (ii) företagets situation och (iii) den nationella ekonomins intressen och besluta att antingen förlänga tiden för överläggningarna eller att inte godkänna de planerade uppsägningarna. Den grekiska regeringen har gjort gällande att den nationella lagstiftningen syftar till att skydda arbetstagarna. Jag är dock av en annan uppfattning och argumenterar för att bestämmelserna i själva verket inte ger något adekvat skydd för dessa. Förutom att det enligt min mening är olämpligt att skydda arbetstagare genom att låta en myndighet överpröva ett företags affärsbeslut anser jag att en dylik ordning inte heller är ändamålsenlig. Det är nämligen inte svårt att föreställa sig vad som skulle kunna hända om en myndighet avslår en ansökan om tillstånd att vidta uppsägningar. Företaget skulle förmodligen drabbas av brist på ekonomisk effektivitet, vilket i sin tur riskerar att leda till obestånd och i värsta fall konkurs, vilket i slutändan innebär att arbetstagare som inte har kunnat sägas upp, ändå skulle förlora jobben. Dessutom skulle de arbetstagare som skulle ha stannat i företaget gå samma öde till mötes.

4.6 Näringsfriheten och skydd mot diskriminering

En annan intressant och politiskt känslig fråga som aktualiseras i två pågående mål vid EU-domstolen, *Achbita*⁶⁷ och *Bouagnaoui*,⁶⁸ är om en *privat*

⁶⁵ Pågående mål C-201/15, *AGET Iraklis*.

⁶⁶ Förslag till avgörande av generaladvokaten Wahl i mål C-201/15, *AGET Iraklis*, EU:C:2016:429, p. 50.

⁶⁷ Pågående mål C-157/15, *Achbita*.

⁶⁸ Pågående mål C-188/15, *Bouagnaoui*.

arbetsgivare har rätt att förbjuda en arbetstagare med muslimsk trosinriktning att bära huvudduk på arbetsplatsen. Den konflikt som uppstår i dessa två mål rör företagets intresse av att fatta affärsmässiga beslut i syfte att generera maximal vinst och människors rätt att ha en religiös tro och ge uttryck för denna. Det som gör målen särskilt problematiska är att konflikten har sin grund i ett skevt samhälle. I en perfekt värld skulle nämligen inte ett företags kunder reagera på att en kvinna bär huvudduk (eller andra religiösa symboler) och något behov från företagets sida att vidta åtgärder skulle heller inte föreligga. Det är alltså en ytterst delikat fråga som EU-domstolen har att ta ställning till och jag avser inte att föregå domstolens bedömning, utan endast kort nämna generaladvokaternas förslag till avgöranden i de två målen.

I *Achbita* har EU-domstolen att ta ställning till om en policy hos säkerhetsföretaget G4S som föreskriver att anställda inte får bära några religiösa, politiska eller filosofiska symboler utgör direkt eller indirekt diskriminering enligt EU:s direktiv om likabehandling i arbetslivet⁶⁹ och för det fall policyn utgör diskriminering, om den kan anses vara motiverad. Generaladvokaten Kokott anser i sitt förslag till avgörande att G4S policy utgör indirekt diskriminering.⁷⁰ Enligt artikel 4.1 i direktiv 2000/78 får dock en arbetsgivare kräva att en arbetstagare iakttar en viss klädkod så länge det rör sig om ett "verkligt och avgörande yrkeskrav". Med hänvisning till näringsfriheten konstaterar Kokott att arbetsgivaren måste ha utrymme att fatta affärsmässiga beslut och att det följaktligen inte är orimligt att kräva att den anställde, i detta fall en receptionist, utövar sin verksamhet med iakttagande av en viss klädkod som innebär att hon avstår från att bära sin muslimska huvudduk.⁷¹ Därefter undersöker Kokott om förbudet i enlighet med bestämmelsen i direktivet utgör ett proportionerligt yrkeskrav som har ett legitimt mål och drar slutsatsen att så torde vara fallet, även om det är den nationella domstolen som ska göra den slutliga bedömningen.⁷² I det andra målet, *Bougnaoui* som rör en liknande situation (även om målen skiljer sig åt på några viktiga punkter), har generaladvokaten Sharpston föreslagit att ett slöjförbud, såsom det utformats i det specifika fallet, utgör *direkt* diskriminering, och att undantagen i direktiv 2000/78 inte är tillämpliga.⁷³ Det återstår att se hur domstolen kommer att avgöra dessa två mål.

⁶⁹ Rådets direktiv 2000/78/EG av den 27 november 2000 om inrättande av en allmän ram för likabehandling i arbetslivet, EGT L 303, 2.12.2000, s. 16, och rättelse i EGT L 2, 5.1.2001, s. 42.

⁷⁰ Förslag till avgörande av generaladvokaten Kokott i mål C-157/15, *Achbita*, EU:C:2016:382, p. 39–57 ("Förslag till avgörande, *Achbita*").

⁷¹ Förslag till avgörande, *Achbita*, p. 81 och 84.

⁷² Förslag till avgörande, *Achbita*, p. 85–127.

⁷³ Förslag till avgörande av generaladvokaten Sharpston i målet *Bougnaoui*, C-188/15, EU:C:2016:553.

5. Avslutande synpunkter

Syftet med denna framställning var att lyfta fram näringsfrihetens betydelse för EU-samarbetet och att understryka vikten av att företagens rätt att bedriva kommersiell verksamhet inte inskränks i onödan. Det är viktigt att komma ihåg att varje tvingande begränsning av näringsfriheten är en allvarlig inskränkning av den öppna marknadsekonomin som EU bygger på. Om vi fortsätter att behandla näringsfriheten (jfr *Google Spain* och *Schrems*) som en kostnadsfri resurs kommer vi till slut att befinna oss i ett läge där det är svårt att tala om EU som en öppen marknadsekonomi. På samma sätt som det kostar att förstöra miljön (vilket vi sent omsider har fått erfara), är det inte gratis att inskränka företagens rätt att bedriva verksamhet på det sätt de finner lämpligt. Även om skadorna som uppstår till följd av de olika inskränkningarna av näringsfriheten inte märks omedelbart, kommer dessa på sikt att få konsekvenser för samhället i stort. Om EU ska kunna fortsätta bidra till en ökad tillväxt och välfärd måste företagen och företagandet tas på allvar.

Utan att göra anspråk på fullständighet (jag har exempelvis inte ens nämnt konkurrensrätten), var min avsikt med denna framställning att belysa några av de utmaningar som EU står inför när det gäller skyddet av näringsfriheten. En sådan utmaning som illustreras av bl.a. målen *Sky Österreich*, *Deutsches Weintor* och *Pillbox 38*, är att näringsfriheten skyddas genom att staten avstår från att intervensera. Detta innebär att när staten (eller EU) väljer att intervensera och anta tvingande regler i syfte att värna andra skyddsintressen eller grundläggande rättigheter innebär detta med nödvändighet att ett intrång görs i näringsfriheten. Eftersom EU-domstolen endast har en begränsad möjlighet att överpröva EU-lagstiftarens överväganden har det visat sig vara i princip omöjligt att åsidosätta EU-lagstiftning med hänvisning till otillbörliga inskränkingar av näringsfriheten. Endast på arbetsrättens område, när fråga har varit om att avgöra nationella åtgärders förenlighet med EU-rätten har EU-domstolen, (se bl.a. *Aleman Herrmon, m.fl.*) gjort reella försök att hitta en fungerande balans mellan arbetsgivarens och arbetstagarens rättigheter. Målen *Achbita* och *Bougnoui* visar också på nya utmaningar som EU står inför när det gäller att balansera näringsfriheten mot respekten för människors tro.

Näringsfriheten är alltså under ständigt angrepp från olika håll och för att EU ska kunna bibehålla en konkurrenskraftig inre marknad även i framtiden är det enligt min mening viktigt att såväl lagstiftaren som EU-domstolen tar näringsfriheten på allvar. Varje inskränkning av näringsfriheten har ett pris och – för att återknyta till det inledande citatet – utan ekonomiska friheter och en fungerande marknad blir övriga fri- och rättigheter endast skenbara.