

MARLUS

SCANDINAVIAN INSTITUTE OF MARITIME LAW

Marte Brathovde

Det får da være grenser

Om misbruk av reglene om fri bevegelse

Det får da være grenser

Om misbruk av reglene om fri bevegelighet

Marte Brathovde



MarIus No. 540
Sjørettsfondet
Nordisk institutt for sjørett
Universitetet i Oslo

© Sjørettsfondet, 2020

ISSN: 0332-7868

Sjørettsfondet
University of Oslo
Scandinavian Institute of Maritime Law
P.O. Box 6706 St. Olavs plass 5
N-0130 Oslo
Norway

Phone: 22 85 96 00

E-post: sjorett-adm@jus.uio.no

Internet: www.jus.uio.no/nifs

Editor: Professor dr. juris Trond Solvang –

e-mail: trond.solvang@jus.uio.no

For subscription and single-copy sale, please see Den norske bokbyen
– The Norwegian Booktown

Internet: <http://bokbyen.no/en/shop/>

E-mail: post@bokbyen.no

Print: 07 Media AS

Forord

Denne artikkelen ble opprinnelig levert som en 60-poengs masteroppgave ved Universitetet i Oslo, og ble skrevet mens jeg var vitenskapelig assistent ved Senter for europarett. Teksten er en noe endret versjon av den som ble levert til sensur 15. juni 2020. Den opprinnelige teksten er tilgjengelig i DUO vitenarkiv.

Jeg har gjort noen endringer sammenlignet med teksten som ble levert til sensur.

Kommentarene knyttet til spørsmålet om misbruk utgjør et alminnelig EU- og EØS-rettslig prinsipp er noe utvidet etter samtale med og innspill fra sensorene, Ola Mestad og Pål Wennerås. Betydningen av misbruk som alminnelig prinsipp er særlig aktualisert gjennom Norges anførsler i *Kerim*-saken som er forelagt EFTA-domstolen. Siden jeg sluttførte arbeidet med avhandlingen har rettsmøterapporten til *Kerim*-saken blitt tilgjengelig på EFTA-domstolens nettsider. Jeg har forsøkt å innarbeide henvisninger til denne der det er hensiktsmessig, men for den som er spesielt interessert i misbruk er rettsmøterapporten som sådan interessant lesning.

Overgangsperioden mellom Storbritannia og EU har utløpt, og en ny, mer begrenset handelsavtale er kommet på plass mellom partene. Storbritannia har vært en gjenganger i sakene om misbruk for EU-domstolen, og jeg har forsøkt å innarbeide kommentarer i fotnotene der Storbritannias uttreden kan være relevant for misbruksspørsmålet.

Det er mange som fortjener en takk for at denne avhandlingen ble til.

For det første vil jeg rette en stor takk til veileder, professor Finn Arnesen, for godt forslag til tema og for gode og treffende innspill underveis. Finns oversikt over EØS-rettens kriker og kroker har vært uvurderlig for en avhandling som handler om litt av alt.

Jeg var så heldig å få selskap av to par med-vit.asser i min tid på Senter for europarett, og de fortjener en stor takk alle fire.

Takk til Regine Skjeltorp Antonsen og Guro Fiskvik Åsbø for en flott mottakelse i kjelleren på Europaretten, det gode humøret, og innføring i vinnende konsepter som «vintorsdag» på kontoret. Vi kan ikke ha vært de

første – det må være en grunn til at det er like mange vinglass som det er kaffekopper på Senter for europarett. Regine og Guro skal også ha en stor takk for å ha lest gjennom oppgaven og for konstruktive tilbakemeldinger på tekst, bruk av kolon og lange setninger da innleveringsfristen nærmet seg.

Takk til Åse Rustad-Riise og Sigve Berg Tronsmoen for det som ble en litt annerledes vår. Da vi hadde rukket å etablere rutiner i kontorfellesskapet – som tirsdagsmøte, daglig «tea time» og kanelbollefredag – omstilte vi oss raskt til «Europaretten i eksil», et forum som først og fremst bestod av daglige morgenmøter på Teams. Det var viktig for å opprettholde det gode vit.ass.-miljøet Senter for europarett er kjent for. Og jeg syns vi klarte det med glans!

Takk til Beate Kathrine Berge, som på samme tid var vit.ass. ved Institutt for offentlig rett, som også ville bruke lønna si på å få Foodora til å sykle diverse måltider indisk, sushi og meksikansk mat til Universitetsplassen på sene kvelder. Takk også for konstruktive tilbakemeldinger på oppgaven, og særlig for de innstendige oppfordringene om at jeg skulle bruke mindre kursiv.

Tusen takk til Mari og Martin for at jeg fikk være en del av husholdningen deres på ettermiddags- og kveldstid i noen spesielle måneder våren 2020. Jeg ante ikke at innspurt på en masteroppgave kunne innebære så mye godt selskap, god mat og drikke!

Sist men ikke minst skylder jeg mamma og pappa en takk, for at denne avhandlingen ble til – og for alt annet.

Oslo, 16. januar 2021

Marte Brathovde

Innhold

FORORD.....	3
1 INNLEDNING.....	7
1.1 Tema, begrepsbruk og avgrensninger.....	7
1.2 EU-domstolens avgjørelser som rettskilde	10
1.3 Fremstillingen	12
2 GRENSEN MELLOM BRUK OG MISBRUK.....	14
2.1 Innledning	14
2.2 Fri bevegelse for tjenester	15
2.2.1 Introduksjon.....	15
2.2.2 Utgangspunktet: Omgåelse av krav til yrkeskvalifikasjoner.....	16
2.2.3 Utviklingen: Omgåelse av kringkastingslovgivning	20
2.2.4 Vendingen? TV-direktivet trer i kraft	27
2.2.5 Sammenfatning.....	34
2.3 Fri bevegelse for varer	35
2.3.1 Introduksjon.....	35
2.3.2 <i>Leclerc mot Au blé vert</i> -linjen	36
2.3.3 <i>Emsland-Stärke</i> -linjen	39
2.3.4 Forholdet mellom <i>Van Binsbergen</i> -vilkårene, <i>Leclerc</i> og <i>Emsland-Stärke</i>	43
2.3.5 Negativ tilnærming: Hvor praktisk er misbruk av reglene om fri bevegelse for varer?.....	45
2.4 Fri bevegelse for juridiske personer	47
2.4.1 Introduksjon.....	47
2.4.2 Utgangspunktet: Omgåelse av selskapslovgivning	48
2.4.3 Fra <i>Centros</i> til virksomheters valg av etableringsstat ved utstasjonering av arbeidstakere.....	56
2.4.4 Fra <i>Centros</i> til omgåelse av skattelovgivning.....	58
2.4.5 Fra <i>Centros</i> til omgåelse av krav til yrkeskvalifikasjoner	67
2.4.6 Sammenfatning.....	72
2.5 Fri bevegelse for kapital.....	73
2.5.1 Introduksjon og noen utgangspunkter	73
2.5.2 Forslaget til avgjørelse i <i>Fidium Finanz</i>	75
2.5.3 Bekreftelsen? Omgåelse av skattelovgivning.....	77
2.5.4 Sammenfatning.....	79

2.6	Fri bevegelse for fysiske personer	79
2.6.1	Introduksjon.....	79
2.6.2	Utgangspunktet: arbeidstakere	82
2.6.3	Unntaket? Tredjelandets borgere avledede rettigheter før unionsborgerdirektivets ikrafttredelse	85
2.6.4	Kodifisering: Artikkel 35 i unionsborgerdirektivet.....	91
2.6.5	Bekreftelsen: Tredjelandets borgere avledede rettigheter etter unionsborgerdirektivets ikrafttredelse.....	97
2.6.6	Gjengangeren: Omgåelse av krav til yrkeskvalifikasjoner	101
2.6.7	Sammenfatning.....	102
2.7	En felles grense mellom bruk og misbruk?.....	103
2.7.1	Fra <i>Van Binsbergen</i> til i dag	103
2.7.2	Forholdet mellom misbruk og kravet til et grenseoverskridende element	104
2.7.3	Betydningen av om tilfellet reguleres av primær- eller sekundærlovgivning.....	106
2.7.4	Vilkårene for misbruk av reglene om fri bevegelse	108
2.7.4.1	Vilkårene	108
2.7.4.2	Om det objektive vilkåret	110
2.7.4.3	Om det subjektive vilkåret.....	113
3	RETTSVIRKNINGENE AV ET KONSTATERT MISBRUK.....	121
3.1	Innledning	121
3.2	Misbruk av en bestemmelse i sekundærlovgivning for å oppnå en uberettiget fordel.....	122
3.3	Misbruk av reglene om fri bevegelse for å omgå nasjonal lovgivning.....	123
3.4	Sammenfatning.....	127
4	AVSLUTNING	128
5	LITTERATURLISTE	131

1 Innledning

1.1 Tema, begrepsbruk og avgrensninger

Da EØS-avtalen trådte i kraft 1. januar 1994 ble Norge, Island og Liechtenstein del av EUs indre marked, et marked som kjennetegnes ved fri bevegelighet for varer, tjenester, personer og kapital på tvers av avtalestatenes landegrenser.¹ Målsetningen om europeisk integrasjon, inkludert et fritt indre marked, er søkt realisert ved bruk av rettslige virkemidler som felles eller harmonisert lovgivning.² Lovgivningen i Europa er imidlertid ikke totalharmonisert – EØS-statene har ikke identisk lovgivning. Reglene om fri bevegelighet åpner eksempelvis for at reklame rettet mot det norske eller svenske markedet kan sendes fra Storbritannia, der reklamereguleringene er lempeligere, eller at foretak kan etableres i EØS-land der reglene om foretaksetablering er mer fordelaktige enn i landet virksomheten reelt skjer.³ I disse situasjonene er reglene om fri bevegelighet et middel for å omgå nasjonal lovgivning.⁴ I andre tilfeller er de målet: Nasjonale regler om familieinnvandring er ofte strengere enn EØS-reglene. Ved å flytte til en annen EØS-stat kan EØS-avtalens regler om fri bevegelighet aktiveres ved retur til Norge.⁵ Et spørsmål som siden 1974 har gått igjen i avgjørelser fra EU-domstolen,⁶ er om situasjoner som de nevnte kan karakteriseres som misbruk av reglene om fri bevegelighet, slik at avtalestatene i disse tilfellene kan skjære gjennom

¹ Sejersted m.fl. (2011) s. 21. EØS-avtalen er gjennomført i norsk rett ved henvisning i lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) mv. (EØS-loven).

² Sejersted m.fl. (2011) s. 31.

³ Etter at overgangsperioden mellom EU, EØS-landene og Storbritannia utløp 1. januar 2021 kan ikke lenger reklame som er forbudt i Norge sendes fra Storbritannia, se kort om dette i punkt 2.2.4.

⁴ Gjerne omtalt som «forum shopping», se f.eks. De Broe (2008) s. 747.

⁵ Både EØS-avtalen art. 28 og unionsborgerdirektivet, se E-4/19 *Campbell* avsn. 51 og 59.

⁶ Vogenauer (2011) s. 521.

og behandle forholdet som om det var et rent internrettslig anliggende, uten grenseoverskridende elementer. Det er tema for denne avhandlingen.

Siktemålet med fremstillingen er å drøfte misbruk av EØS-avtalens regler om fri bevegelse, og rettsvirkningene av et konstatert misbruk. Med «misbruk» menes her begrepet slik det brukes i den domstolskapede læren om misbruk av reglene om fri bevegelse, utviklet av EU-domstolen,⁷ og senere kodifisert i EU-lovgivning.⁸ «Misbruk» er her privatpersoners og selskapers ikke-akseptable bruk av reglene om fri bevegelse, og avtalestatenes adgang til å slå ned på det.⁹ Myndigheters misbruk av reglene reiser andre spørsmål og behandles ikke,¹⁰ og heller ikke spørsmålet om privatpersoner og selskaper kan gjøre misbruk gjeldende overfor hverandre.¹¹

Misbruk fungerer i denne sammenheng som et koblingsord mellom ulike rettsfakta (vilkår) og rettsfølger (virkninger).¹² På rettsfaktasiden finner vi vilkårene som må være oppfylt for at den aktuelle bruken av reglene om fri bevegelse skal innebære misbruk. På rettsvirkningssiden finner vi følgene av et konstatert misbruk. Det kan illustreres slik:

⁷ Ibid.

⁸ Av særlig interesse her er art. 4 (3) i direktiv 2010/13/EU (AMT-direktivet), se punkt 2.2.4, og art. 35 i direktiv 2004/38/EF (unionsborgerdirektivet), se punkt 2.6.4.

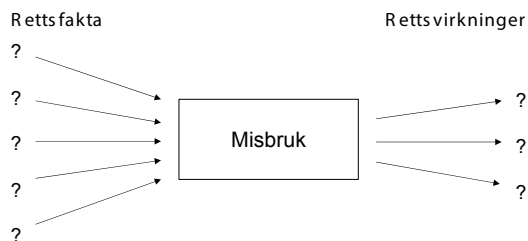
⁹ Saydé (2014a) s. 2 definerer «abuses of Union law» som «undesirable choices of law artificially made by private individuals», og videre «abusive practices are attempts by Union citizens to exploit the discrepancy between the national scope of public action undertaken by Member States and the Union-wide scope of private action guaranteed by the freedoms of movement». I samme retning Engsig Sørensen (2006) s. 425 og 441 og Leczykiewicz (2019) s. 709.

¹⁰ Se f.eks. 34/79 *Henn & Darby* avsn. 21 og C-317/91 *Deutsche Renault* avsn. 19. Avgjørelsene gjelder påstått misbruk av det traktatfestede unntaket fra forbudet mot kvantitative importrestriksjoner og tiltak med tilsvarende virkning (i dag TEUV art. 36 og EØS-avtalen art. 13). Sakene ble løst ved etterprøving av om det nasjonale tiltaket faktisk ivaretok det anførte formålet, se i denne retning Saydé (2014a) s. 18 og Leczykiewicz (2019) s. 709. Derfor behandles ikke forbudet mot misbruk av rettigheter i art. 54 i EUs charter om grunnleggende rettigheter, som jf. art. 51 (1) i charteret er rettet mot EUs institusjoner og medlemsstatene. Charteret er for øvrig ikke del av EØS-avtalen.

¹¹ Engsig Sørensen (2006) s. 442–443 antar at den domstolskapede læren om misbruk av reglene om fri bevegelse kan utvides til å gjelde også i disse tilfellene.

¹² Se Eng (2007) s. 105.

Figur 1. Misbruk som koblingsord



Årsaken til at jeg har valgt å bruke et koblingsord er todelt. Det skyldes for det første mangelen på enhetlig begrepsbruk.¹³ EU-domstolen har brukt begreper som «avoidance», «evasion», «circumvention» og «abuse».¹⁴ For det andre gir det etter mitt syn en mer praktisk tilnærming. Andre fremstillinger fokuserer enten på om misbruk er et EU-rettslig prinsipp,¹⁵ behandler kun rettsfaktasiden av spørsmålet¹⁶ eller behandler rettsvirkningssiden knapt.¹⁷ Med misbruk som koblingsord er en nødt til å ta stilling til hvilken praktisk betydning et konstatert misbruk har (rettsvirkningene). Jeg har valgt å bruke akkurat *misbruk* som koblings-

¹³ I samme retning Vogenauer (2011) s. 524 og Schammo (2008) s. 358.

¹⁴ Se de la Feria (2008) s. 396. Variasjonene har ikke vært like store på dansk, der domstolen allerede i tidlige avgjørelser som 115/78 *Knoors* og C-148/91 *Veronica* brukte «misbruk» som begrep.

¹⁵ Se f.eks. Neville Brown (1994), de la Feria og Vogenauer (2011) og Leczykiewicz (2019). At det finnes et EU- og EØS-rettslig prinsipp som forbyr misbruk av rettigheter er slått fast i bl.a. C-321/05 *Kofoed* avsn. 38 og E-15/16 *Yara* avsn. 49. Arnulf (2011) s. 20 problematiserer riktignok om domstolens uttalelser i *Kofoed* «were intended to mark the birth of a new general principle of Union law in the strict sense». Se Norges anførsler i rettsmøterapporten til E-1/20 *Kerim* for en oversiktlig, norsk fremstilling av misbruk som EU- og EØS-rettslig prinsipp. I *Kerim*-saken er misbruk som EØS-rettslig prinsipp sentralt i Norges argumentasjon. Jeg har valgt å behandle vilkårene for misbruk, og ikke misbruk som prinsipp, fordi det ut fra EU-domstolens praksis er uklart hva vilkårene i prinsippet om forbud mot misbruk er, og om de er de samme på tvers av frihetene. Når en har konstatert hva vilkårene er reiser imidlertid misbruk som prinsipp interessante problemstillinger. Se kort om dette i punkt 2.6.4.

¹⁶ Se f.eks. Kjellgren (2000).

¹⁷ Se f.eks. Engsig Sørensen (2006) s. 458.

ord fordi det er begrepet som har fått størst oppslutning hos EU som lovgiver,¹⁸ i EU-domstolen,¹⁹ i EFTA-domstolen²⁰ og i juridisk litteratur.²¹

Det er hensiktsmessig å skille mellom *misbruk* av reglene om fri bevegelse på den ene side, og *svikaktig bruk* av dem på den andre. Selv om EU-domstolen ofte omtaler «misbruk» og «svik» i samme vending,²² reiser «misbruk» og «svik» ulike spørsmål.²³ Mens «misbruk» reiser spørsmål om en regel kommer til anvendelse under gitte faktiske omstendigheter, er spørsmålet ved «svik» om de faktiske forutsetningene for at regelen skal komme til anvendelse foreligger.²⁴ «Svik» reiser derfor bevissspørsmål av faktisk karakter, mens spørsmålet om det foreligger «misbruk» beror på rettslige vurderinger.²⁵ Denne avhandlingen handler derfor om misbruk av reglene om fri bevegelse, i motsetning til svikaktig bruk av dem.

1.2 EU-domstolens avgjørelser som rettskilde

Som domstolskapt lære er EU-domstolens avgjørelser den fremste rettskilden for å fastlegge hva vilkårene for og rettsvirkningene av misbruk er. Målsetningen om homogen og ensartet tolkning av EU- og EØS-retten i EØS-avtalen artikkel 6 og ODA artikkel 3 gjør EU-domstolens avgjørelser om misbruk av reglene om fri bevegelse til relevante og tungtveiende argumenter for

¹⁸ Se f.eks. art. 35 i direktiv 2004/38/EF (unionsborgerdirektivet).

¹⁹ Se f.eks. C-212/97 *Centros*.

²⁰ Se f.eks. E-15/11 *Arcade Drilling*.

²¹ Neville Brown tok i bruk begrepet «abuse» i artikkelen «Is there a General Principle of Abuse of Rights in Community Law?» i 1994, og det har blitt brukt siden. Se bl.a. Kjellgren (2000), Engsig Sørensen (2006), de la Feria (2011), Vogenauer (2011) og Saydé (2014a/b).

²² Vogenauer (2011) s. 560. Se C-212/97 *Centros* avsn. 24, der EU-domstolen sier at «borgerne ikke på svigagtig vis eller med henblik på misbruk kan gjøre fællesskabsbestemmelserne gældende».

²³ Vogenauer (2011) s. 561. Se C-206/94 *Paletta*, der EU-domstolen refererer til «misbrug eller svig» i avsn. 24. Fordi arbeidstakeren ikke hadde vært syk, men påsto å ha vært det (avsn. 27), reiser saken spørsmål om svik og ikke misbruk. *Paletta* er derfor eksempel på en avgjørelse som ikke behandles her.

²⁴ Vogenauer (2011) s. 560. I samme retning Kjellgren (2000) s. 180, Ziegler (2011) s. 296, Costello (2011) s. 323, Saydé (2014b) s. 147 og De Broe (2008) s. 758–759.

²⁵ Kamanabrou (2018) s. 535.

løsning av tilsvarende spørsmål etter EØS-avtalen.²⁶ Det fører med seg noen metodiske utfordringer å utlede regler og argumenter fra EU-domstolens praksis, og derfor er det nødvendig å kommentere dette særskilt. EØS-rettslig metode for øvrig forutsettes kjent, og kommenteres ved behov.

EU-domstolens uttalelser er knappe og konstaterende. For å fastlegge rekkevidden av uttalelsene må en se etter flere begrunnelser for resultatet i en sak enn de som kommer direkte til uttrykk i domstolens premisser.²⁷ Domstolen viser ofte til de samme, bredt anlagte rettssetningene, selv om resultatet i sakene varierer. Derfor er det nødvendig å skille sakene fra hverandre ut fra andre variasjoner i rettslige og faktiske forhold («distinguish the case»-teknikk) enn de som fremkommer direkte.²⁸ Det gjelder også avgjørelsene om misbruk, der domstolen typisk gjentar at «borgerne ikke på svingagtig vis eller med henblik på misbruk kan gjøre fællesskapsbestemmelsene gjældende»,²⁹ uavhengig av om konklusjonen er at det foreligger et misbruk eller ikke. Da er det hensiktsmessig å holde avgjørelser der domstolen er åpen for at det kan foreligge misbruk, som *Cadbury Schweppes*, opp mot avgjørelser der den ikke er det, som *Centros*.³⁰ Ikke bare domstolens uttalelser, men også andre rettslige og faktiske omstendigheter må tas i betraktning. Denne tilnærmingen er utgangspunktet for fastleggelsen av hva misbruk av reglene om fri bevegelse er, og rettsvirkningene av det, i denne avhandlingen.

EU-domstolens avgjørelser om misbruk er, med tre unntak, prejudisielle avgjørelser avsagt etter Traktaten om Den europeiske unions virkemåte (TEUV) artikkel 267. I prejudisielle avgjørelser tolker EU-

²⁶ Se Sejersted m.fl. (2011) s. 237 og Wennerås (2018) s. 210. ODA-avtalen (Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkingsorgan og en Domstol) er inntatt i EØS-loven og er folkerettslig bindende for Norge, men er ikke gjennomført i norsk rett, se Sejersted m.fl. (2011) s. 96. Selv om EØS-avtalen art. 6 og ODA art. 3 skiller mellom avgjørelser avsagt før og etter inngåelsen av EØS-avtalen har ikke dette skillet vært vektlagt av EFTA-domstolen eller Høyesterett, se Bull (2002) s. 79 og Sejersted m.fl. (2011) s. 224. Avgjørelser fra EU-domstolen er derfor som sådan relevante for tolkningen av EØS-avtalen.

²⁷ Fredriksen og Mathisen (2018) s. 316–317 og Bull (2002) s. 73–74.

²⁸ Fredriksen og Mathisen (2018) s. 317, under henvisning til forente saker C-210/11 og C-211/11 *Medicom* avsn. 30.

²⁹ Se f.eks. C-212/97 *Centros* avsn. 24.

³⁰ Se punkt 2.4.4.

domstolen EU-retten, men overlater anvendelse og subsumsjon til nasjonale domstoler.³¹ I mange tilfeller er imidlertid domstolens tolkning så detaljert at anvendelse og subsumsjon gir seg selv.³² Fordi misbruk først og fremst er et spørsmål om tolkning av EU-rett, har arbeidsdelingen mellom EU-domstolen og nasjonale domstoler om mulig enda mindre betydning i avgjørelsene om misbruk.³³

Avgjørelsene som presenteres her er funnet ved bruk av EU-domstolens database Curia,³⁴ domstolens egne henvisninger til tidligere avgjørelser³⁵ og i juridisk teori.³⁶ Begrensninger i EØS-avtalens saklige virkeområde, og at misbruket må gjelde reglene om fri bevegelighet, har vært effektive kriterier for å begrense antallet relevante avgjørelser til en håndterlig mengde.³⁷ Utslag av den domstolskapte læren om misbruk av reglene om fri bevegelighet illustreres ved henvisninger til EØS-relevant sekundærlovgivning, praksis fra EFTA-domstolen og norske domstoler, samt norsk lovgivning. Siktemålet er med dette å gi en representativ – men ikke uttømmende – fremstilling av hva misbruk av reglene om fri bevegelighet er, og rettsvirkningene av det, i en EØS-rettslig kontekst.

1.3 Fremstillingen

Avhandlingen består av to hovedkapitler og et avsluttende kapittel. I kapittel 2 befinner vi oss på rettsfaktasiden av misbruk som koblingsord. Her er spørsmålet hvor grensen mellom bruk og misbruk av reglene om

³¹ Schütze (2018) s. 388.

³² Sejersted m.fl. (2011) s. 138.

³³ Se nærmere i punkt 2.7.4.3 om dette og om traktatbruddssøksmål om misbruk.

³⁴ Se <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=da>. Her har det vært særlig nyttig å søke etter henvisninger til tidligere avgjørelser i nyere avgjørelser, som senere omtale av C-212/97 *Centros* og C-110/99 *Emsland-Stärke*.

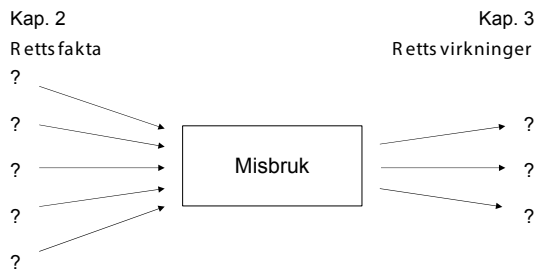
³⁵ Se eksempelvis omfattende henvisninger til tidligere avgjørelser om misbruk i C-212/97 *Centros* avsn. 24 og C-137/00 *Milk Marque* avsn. 114.

³⁶ Domsregisteret i Vogenauer og de la Feria (red.) «Prohibition of Abuse of Law: A New General Principle of EU Law?» har vært særlig nyttig.

³⁷ Derfor faller avgjørelser som C-225/02 *Halifax* og C-321/05 *Kofoed* utenfor fremstillingen. C-110/99 *Emsland-Stärke* og avgjørelsene som ledet til denne, må behandles selv om de gjelder landbruksvarer fra tredjeland, se punkt 2.3.3.

fri bevegelighet går, og hva vilkårene for at det skal foreligge et misbruk er. Avhandlingens hovedtyngde ligger her. I kapittel 3 befinner vi oss på rettsvirkningssiden av misbruk som koblingsord. Her er spørsmålet hva rettsvirkningene av et konstatert misbruk er. I kapittel 4 kommenteres de sentrale funnene i avhandlingen, og behovet for en lære om misbruk av reglene om fri bevegelighet problematiseres. Misbruk som koblingsord er dermed styrende for kapittelinnstillingen i avhandlingen. Det kan illustreres slik:

Figur 2. Forholdet mellom misbruk som koblingsord og hovedkapitlene i avhandlingen



Alternativet er å kategorisere avgjørelsene etter hva slags type misbruk de gjelder.³⁸ Grunnet påstander om at EU-domstolens tilnærming til misbruk avhenger av hvilken frihet som kommer til anvendelse, er det etter mitt syn interessant å behandle frihetene hver for seg.³⁹ Et siktemål i kapittel 2 er å ta rede på om dette stemmer.⁴⁰

³⁸ Se f.eks. Kjellgren (2000) og Kamanabrou (2018). Se nærmere i punkt 2.3.3 og 2.7.4.3 om dette.

³⁹ Se de la Feria (2011) s. xviii–xix, Doukas (2011) s. 65 og Ziegler (2011) s. 306–307. Påstandene retter seg særlig mot reglene om fri bevegelighet for fysiske personer (arbeidstakere og unionsborgere), se nærmere i punkt 2.6. Behandlingen av fysiske personer i punkt 2.6 er derfor skilt fra behandlingen av juridiske personer i punkt 2.4.

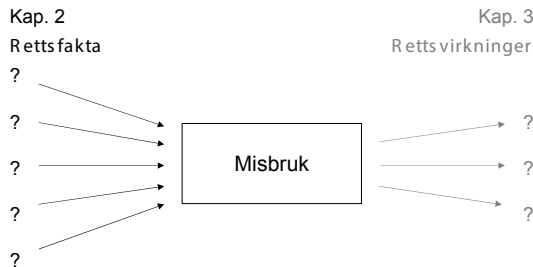
⁴⁰ Spørsmålet om det finnes en felles grense mellom bruk og misbruk i punkt 2.7 fungerer som en oppsummering og konklusjon på drøftelsene av rettsfaktasiden av misbruk som koblingsord i punkt 2.2–2.6. Derfor er ikke punkt 2.7 skilt ut til behandling i et eget kapittel.

2 Grensen mellom bruk og misbruk

2.1 Innledning

Spørsmålet i dette kapittelet er hva misbruk av reglene om fri bevegelighet er, og hvor grensen mellom bruk og misbruk går. Vi befinner oss på rettsfaktasiden av misbruk som koblingsord:

Figur 3. Rettsfaktasiden av misbruk som koblingsord



Spørsmålet belyses ved behandling av frihetene hver for seg (punkt 2.2–2.6). Rekkefølgen er ikke tilfeldig: De første avgjørelsene om misbruk av reglene om fri bevegelighet er avsagt i henhold til tjenestefriheten, og danner de grunnleggende utgangspunktene og rammeverket for avtalestatenes adgang til å anføre misbruk (punkt 2.2).⁴¹ Domstolen utviklet deretter vilkår for misbruk i avgjørelsene om fri bevegelighet for varer (punkt 2.3). Avgjørelsene om misbruk av reglene om fri bevegelighet for juridiske personer illustrerer anvendelsen av disse vilkårene (punkt 2.4). Avgjørelsene om fri bevegelighet for kapital følger opp uttalelsene i avgjørelsene om de øvrige frihetene (punkt 2.5), mens avgjørelsene om fri bevegelighet for fysiske personer reiser spørsmål om det i det hele tatt

⁴¹ Derfor behandles tjenestefriheten først, selv om den jf. EØS-avtalen art. 37 og TEUV art. 57 er subsidiær de øvrige frihetene, og kun kommer til anvendelse der de andre frihetene ikke gjør det.

går an å misbruke disse reglene (punkt 2.6). Dette danner grunnlaget for en sammenligning av funnene og vurdering av om det er mulig å si noe mer generelt om hva som skal til for at det skal foreligge et misbruk, på tvers av frihetene (punkt 2.7).

2.2 Fri bevegelse for tjenester

2.2.1 Introduksjon

Norsk lov forbyr reklame for bl.a. alkohol,⁴² tobakk og tobakkssurrogater⁴³ og pengespill,⁴⁴ samt på nærmere bestemte vilkår reklame rettet mot barn.⁴⁵ Samtidig følger det av EU-domstolens praksis at reklame er en «tjeneste» i TEUVs, og dermed også EØS-avtalens,⁴⁶ forstand.⁴⁷ Utgangspunktet etter EØS-avtalen er derfor fri bevegelse, også for reklame. Det reiser spørsmål om bruk av tjenestefriheten for å omgå norske reklameforbud kan karakteriseres som misbruk. Spørsmålet er et utslag av den mer overordnede problemstillingen i det følgende, som er hva misbruk av reglene om fri bevegelse for tjenester er.

Reglene om fri bevegelse for tjenester skal sikre at det ikke er unødvendige restriksjoner på utveksling av tjenester mellom avtalestatene, og kommer også til anvendelse når næringsdrivende har midlertidige oppdrag i andre EØS-stater.⁴⁸ Reglene følger av EØS-avtalen artikkel

⁴² Lov 2. juni 1989 nr. 27 om omsetning av alkoholholdig drikk mv. (alkoholloven) § 9-2.

⁴³ Lov 9. mars 1973 nr. 14 om vern mot tobakksskader (tobakkskadeloven) § 22.

⁴⁴ Se bl.a. lov 24. februar 1995 nr. 11 om lotterier mv. (lotteriloven) § 11 og lov 28. august 1992 nr. 103 om pengespill mv. (pengespilloven) § 2 (3).

⁴⁵ Lov 9. januar 2009 nr. 2 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. (markedsføringsloven) § 20.

⁴⁶ Det følger av målsetningen om ensartede og homogene regler i EØS-området, som kommer til uttrykk bl.a. i EØS-avtalen art. 1 og punkt 15 i fortalen til avtalen, samt ODA art. 3. Se nærmere Sejersted m.fl. (2011) s. 223.

⁴⁷ Sejersted m.fl. (2011) s. 428, under henvisning til bl.a. 52/79 *Debauve* og 352/85 *Bond van Adverteerders*. I noen tilfeller er det reglene om fri bevegelse for varer som kommer til anvendelse, se nærmere i E-4/04 *Pedicel*.

⁴⁸ Sejersted m.fl. (2011) s. 284, 348 og 424. Se til sammenligning anvendelsesområdet til reglene om fri bevegelse for juridiske personer i punkt 2.4.1.

36–39, som tilsvarer bestemmelsene i TEUV artikkel 56–62.⁴⁹ Det er gitt en rekke direktiver og forordninger om tjenesteytelse, som inneholder nærmere regler om fjerning av restriksjoner og harmonisering av avtalestatenes lovgivning.⁵⁰ Et spørsmål i denne forbindelse er om vedtakelsen av sekundærlovgivning har hatt betydning for hvor grensen mellom bruk og misbruk av reglene om fri bevegelse går. Dette er en gjennomgående problemstilling i delkapittelet, og avhandlingen for øvrig.

I det følgende presenteres ni avgjørelser om misbruk av reglene om fri bevegelse for tjenester. Rekkefølgen avgjørelsene er avsagt i, er kronologisk og tematisk sammenfallende: De to første avgjørelsene som problematiserer spørsmålet om misbruk handler begge om bruk av reglene om fri bevegelse for tjenester til å omgå nasjonale krav til yrkeskvalifikasjoner (punkt 2.2.2).⁵¹ EU-domstolen avsa deretter en rekke avgjørelser om forholdet mellom traktatbestemmelsene om tjenestefrihet og omgåelse av nasjonal kringkastingslovgivning (punkt 2.2.3), før spørsmålet om hvilken betydning harmonisering av avtalestatenes kringkastingslovgivning i TV-direktivet hadde for grensen mellom bruk og misbruk av tjenestefriheten kom på spissen for både EU- og EFTA-domstolen (punkt 2.2.4). Avslutningsvis sammenfattes funnene (punkt 2.2.5).

2.2.2 Utgangspunktet: Omgåelse av krav til yrkeskvalifikasjoner

Van Binsbergen er etter det jeg har kunnet bringe på det rene den første avgjørelsen der misbruk av fri bevegelse problematiseres, selv om ikke

⁴⁹ Sakene fra EU-domstolen som presenteres her er avgjort etter de tilsvarende bestemmelsene i den tidligere Romatraktaten (EØF-traktaten) art. 59–66, som videreført i Maastricht-traktaten (EF-traktaten), og sekundærlovgivning med hjemmel i disse.

⁵⁰ Sejersted m.fl. (2011) s. 423.

⁵¹ Omgåelse av krav til faglige yrkeskvalifikasjoner behandles også i tilknytning til reglene om fri bevegelse for juridiske personer (punkt 2.4.5) og fysiske personer (punkt 2.6.6).

ordet «misbruk» blir brukt i avgjørelsen.⁵² Nederlenderen Kortmann ble i henhold til en nederlandsk bestemmelse om at prosessfullmektiger i nederlandske domstoler må være bosatt i Nederland, nektet å representere klienten Van Binsbergen etter at han flyttet til Belgia. Kortmann krevde derfor å få representere Van Binsbergen etter reglene om fri bevegelighet for tjenester. EU-domstolen måtte ta stilling til om det hadde betydning for tjenestefrihetens anvendelighet at Kortmann gjorde den gjeldende for å omgå det nederlandske bostedskravet han ikke oppfylte. I dette ligger spørsmålet om bruk av reglene om fri bevegelighet for å omgå nasjonal lovgivning innebærer misbruk.

Domstolens tilnærming til spørsmålet er at «man kan [...] ikke nægte en medlemsstat ret til at træffe foranstaltninger, der skal forhindre, at den i artikel 59 garanterede frihed udnyttes af en tjenesteyder, hvis virksomhed er helt eller fortrinsvist rettet mod denne stats territorium, med sigte på at unddrage sig de faglige regler, som ville gælde for ham, såfremt han var bosat på nævnte stats territorium».⁵³ I uttalelsen, av flere omtalt som «Van Binsbergen-doktrinen»,⁵⁴ oppstilles det to kumulative vilkår. Det første vilkåret er «objektivt»: ⁵⁵ At tjenesteyterens virksomhet er helt eller fortrinnsvis rettet mot det landet hvis nasjonal lovgivning vedkommende omgår ved bruk av tjenestefriheten. Det andre vilkåret er «subjektivt»: ⁵⁶ At tjenestefriheten «udnyttes» med «sigte på» ⁵⁷ å omgå krav til yrkeskvalifikasjoner i den nasjonale lovgivningen som ellers ville

⁵² 33/74 *Van Binsbergen*. Det samme legges til grunn i juridisk teori, se. f.eks. de la Feria (2008) s. 398, Vogenauer (2011) s. 521, Engsig Sørensen (2006) s. 425 og Kjellgren (2000) s. 180.

⁵³ 33/74 *Van Binsbergen* avsn. 13. EU-domstolen siteres gjennomgående på dansk i denne fremstillingen, med henvisning til engelsk og svensk versjon der det er hensiktsmessig å sammenholde flere språkversjoner.

⁵⁴ Katsirea (2005) s. 130, Weber (2005) s. 166 og Lenaerts (2010) s. 1133.

⁵⁵ Doukas (2011) s. 69.

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ 33/74 *Van Binsbergen* avsn. 13. Hvordan bruk av reglene om fri bevegelighet for å omgå nasjonal lovgivning omtales, varierer mellom de ulike språkversjonene. På dansk mer negativt «udnyttes», på engelsk det mer nøytrale «exercise». Se nærmere om vilkåret i punkt 2.2.3 under behandlingen av C-148/91 *Veronica*.

kommet til anvendelse.⁵⁸ I *Van Binsbergen* var det klart at Kortmanns virksomhet helt eller delvis var rettet mot Nederland. Årsaken til at domstolen ikke godtok det nederlandske bostedskravet var at det ikke var begrunnet i et behov for å sikre overholdelse av «faglige regler» i Nederland.⁵⁹ Bruken hans utgjorde derfor ikke misbruk.

Van Binsbergen-uttalelsen regnes for å være utgangspunktet for spørsmålet om hva misbruk av EU-rett er.⁶⁰ Uttalelsen er konkret formulert,⁶¹ og gjelder avtalestatenes adgang til å treffe tiltak mot forsøk på å omgå «faglige regler», altså krav til yrkeskvalifikasjoner. Det er henvisningene til og videreutviklingen av uttalelsen i senere saker om fri bevegelighet for tjenester,⁶² andre friheter⁶³ og på andre EU-rettsområder⁶⁴ som gjør avgjørelsen sentral. Det kan likevel utledes noen poeng fra uttalelsen som har vært avgjørende for den videre utviklingen av grensen mellom bruk og misbruk.

Domstolen åpner for at omgåelse av nasjonal lovgivning kan plasseres på rettsfaktasiden til misbruk som koblingsord. Et sentralt poeng er at det er utnyttelsen av tjenestefriheten som gjør at avtalestatene kan slå ned på omgåelse av nasjonal lovgivning,⁶⁵ og ikke omgåelsen av nasjonal lovgivning i seg selv.⁶⁶ At domstolen ikke ville slå ned på omgåelsen fordi den nasjonale lovgivningen ikke forfulgte et formål som er anerkjent som legitimt i EU-retten, er et utslag av dette.⁶⁷ *Van Binsbergen* kan derfor kun tas til inntekt for at omgåelse av nasjonal lovgivning kan innebære misbruk av reglene om fri bevegelighet, og ikke at omgåelse av nasjonal

⁵⁸ At vilkårene er kumulative følger av formuleringen i avsn. 13 i 33/74 *Van Binsbergen*. Se Doukas (2011) s. 69.

⁵⁹ 33/74 *Van Binsbergen* avsn. 14–15.

⁶⁰ Se bl.a. Engsig Sørensen (2006) s. 425, de la Feria (2008) s. 398 og Kjellgren (2000) s. 180.

⁶¹ Cerioni (2010) s. 785.

⁶² Se bl.a. C-148/91 *Veronica* avsn. 12, omtalt i punkt 2.2.3.

⁶³ Se f.eks. C-212/97 *Centros*, omtalt i punkt 2.4.

⁶⁴ Se bl.a. C-367/96 *Kefalas*.

⁶⁵ Cerioni (2010) s. 785.

⁶⁶ Se 33/74 *Van Binsbergen* avsn. 13.

⁶⁷ *Ibid.* avsn. 14–15.

lovgivning er noe som på selvstendig grunnlag utgjør misbruk.⁶⁸ Dette har vist seg å være helt sentralt for spørsmålet om det foreligger et misbruk av reglene om fri bevegelighet eller ikke, se nærmere i punkt 2.3.3 og 2.7.1.

Bruk av reglene om fri bevegelighet til å omgå nasjonale krav til yrkeskvalifikasjoner ble kort tid etter aktualisert i *Knoors*.⁶⁹ *Knoors* gjelder i likhet med *Van Binsbergen* en nederlandsk statsborger bosatt i Belgia, som ville bruke tjeneste- eller etableringsfriheten til å omgå nasjonale krav til yrkeskvalifikasjoner, her for rørleggere. *Knoors* anførte at kvalifikasjonene hans fra Belgia måtte anerkjennes i medhold av rådsdirektiv 64/427/EØF, som hadde bestemmelser om gjensidig godkjenning av yrkeskvalifikasjoner.⁷⁰ Nederland hevdet at det ville være en uakseptabel omgåelse av nasjonal lovgivning dersom nederlandske statsborgere kunne gjøre bestemmelser i direktivet, som skal fremme gjennomføringen av etablerings- og tjenestefriheten,⁷¹ gjeldende overfor hjemlandet.

Domstolen avviser Nederlands anførsel. Reglene om fri bevegelighet kommer ikke til anvendelse i «rent interne forhold», men *Knoors* og andre statsborgere som har bodd og jobbet i en annen medlemsstat og der ervervet yrkeskvalifikasjoner som anerkjennes i EU, befinner seg «i en situation, som kan sammenlignes med situationen for alle andre retssubjekter, som er omfattet af de ved traktaten sikrede rettigheder og friheder».⁷² Kravet om et grenseoverskridende element var oppfylt, og Nederland måtte behandle *Knoors* som en hvilken som helst EU-borger.⁷³

⁶⁸ I samme retning Cerioni (2010) s. 786. I motsatt retning Engsig Sørensen (2006) s. 444, Lenaerts (2010) s. 1133 og Kroeze (2018) s. 1226 som tolker uttalelsene i *Van Binsbergen* slik at all omgåelse av nasjonal lovgivning innebærer misbruk av reglene om fri bevegelighet. Det har betydning for om uttalelsene i *Van Binsbergen* er forenlige med nyere avgjørelser, se nærmere i punkt 2.7.1.

⁶⁹ 115/78 *Knoors*. Avgjørelsen er også avsagt i tilknytning til etableringsfriheten, se nærmere i punkt 2.4.5.

⁷⁰ Rådsdirektiv 64/427/EØF. Direktivet er erstattet av direktiv 2005/36/EF (yrkeskvalifikasjonsdirektivet), som er innlemmet i EØS-avtalens vedlegg VII (Godkjenning av yrkeskvalifikasjoner).

⁷¹ 115/78 *Knoors* avsn. 9.

⁷² Ibid. avsn. 24.

⁷³ Sejersted m.fl. (2011) s. 353.

Det skyldes at bruk av reglene om fri bevegelighet overfor eget hjemland ikke i seg selv er tilstrekkelig til å konstatere at det foreligger misbruk.

Uten å vise til *Van Binsbergen* presiserer domstolen at «en medlemsstat kan have en legitim interesse i at hindre, at visse af dens statsborgere gjennom misbrug af de ved traktaten indrømmede muligheder forsøger at unddrage sig betingelserne i deres egen nationale lovgivning om faglig uddannelse».⁷⁴ I *Knoors* forelå det imidlertid ingen «legitim interesse», fordi direktivet oppstilte klare vilkår for når yrkeskvalifikasjoner skulle godkjennes. Da forelå det etter domstolens oppfatning ingen risiko for misbruk.⁷⁵ Avgjørelsen illustrerer at det ikke er noe prinsipielt i veien for å anføre misbruk i tilfeller som reguleres av sekundærlovgivning,⁷⁶ men at harmonisering gjennom vedtakelse av sekundærlovgivning kan begrense avtalestatenes adgang til å begrunne restriksjoner på den frie bevegelighet i misbruk.⁷⁷

2.2.3 Utviklingen: Omgåelse av kringkastingslovgivning

Det er særlig to årsaker til at saker om kringkasting har vært sentrale i utviklingen av spørsmålet om hva misbruk av tjenestefriheten er: Det er store variasjoner i hvor streng kringkastingslovgivningen er fra avtalestat til avtalestat, samtidig som kringkastingstjenester enkelt kan tilbys i en annen stat enn den tjenesteyter er etablert i.⁷⁸ Det er enkelt å omgå streng lovgivning i én avtalestat, ved å yte tjenesten fra en annen. TV-kanaler som TVNorge, TV3 og Viasat omgår eksempelvis de nevnte norske forbudene mot reklame for pengespill ved å overføre sendinger tilpasset et norsk publikum fra Storbritannia.⁷⁹

Veronica Omroep Organisatie («Veronica»), en nederlandsk, ikke-kommersiell radio- og fjernsynsorganisasjon, fikk sendetiden inndratt

⁷⁴ 115/78 *Knoors* avsn. 25.

⁷⁵ *Ibid.* avsn. 26. Se Kjellgren (2000) s. 183 og Weatherill (2011) s. 56.

⁷⁶ I denne retning Kamanabrou (2018) s. 535, Engsig Sørensen (2006) s. 435–436, Edwards og Farmer (2008) s. 206 og Schammo (2008) s. 359.

⁷⁷ Weber (2005) s. 171.

⁷⁸ Doukas (2011) s. 63 og 90.

⁷⁹ Brække (2019). Se kort om situasjonen etter Brexit i punkt 2.2.4.

fordi organisasjonen hadde bidratt til å finansiere opprettelsen av en kommersiell fjernsynsorganisasjon i Luxembourg som produserte sendinger rettet mot nederlandske seere.⁸⁰ Etter nederlandsk lov var det forbudt for radio- og fjernsynsorganisasjoner som ble tildelt sendetid i Nederland å drive kommersiell virksomhet. Forbudet var begrunnet i et ønske om å opprettholde et «alsidigt og ikke-kommercielt udbud af radio- og fjernsynsprogrammer».⁸¹ Veronica hevdet at de nederlandske reglene var i strid med tjenestefriheten. *Veronica* gjelder i likhet med *Van Binsbergen* bruk av reglene om fri bevegelse for å omgå nasjonal lovgivning: Dersom reglene om fri bevegelse fikk anvendelse på forholdet ville det være en måte å omgå nasjonal lovgivning, som ellers forbød nederlandske radio- og fjernsynsorganisasjoner å drive kommersiell virksomhet. Igjen må EU-domstolen ta stilling til om det har betydning for tjenestefrihetens anvendelighet at den gjøres gjeldende for å omgå nasjonal lovgivning.

Domstolen viser til *Van Binsbergen*-vilkårene,⁸² og utvider anvendelsesområdet deres ved at de anvendes på en annen type tjeneste og på en juridisk person.⁸³ Den kommersielle fjernsynsorganisasjonens virksomhet er rettet mot Nederland, og det objektive vilkåret er oppfylt. Det subjektive vilkåret formuleres og anvendes imidlertid på en annen måte enn i *Van Binsbergen*. I *Van Binsbergen* var vilkåret at tjenesteyteren brukte reglene om fri bevegelse med «sigte på» å omgå «faglige regler» som ellers ville kommet til anvendelse.⁸⁴ I *Veronica* formuleres det subjektive vilkåret som et krav om at tjenesteyteren bruker reglene med «sigte på» å omgå «de regler, som ville gælde for ham, såfremt han

⁸⁰ C-148/91 *Veronica* avsn. 3–4. Saken er avsagt under henvisning til både tjenestefriheten og reglene om fri bevegelse for kapital, se nærmere i punkt 2.5.1 om dette.

⁸¹ Generaladvokat Tesouro i forslaget til avgjørelse i C-148/91 *Veronica* s. 506. Generaladvokatuttalelser er ikke rettslig bindende, men en kilde til bedre forståelse av domstolens avgjørelser, se Fredriksen og Mathisen (2018) s. 322. I denne fremstillingen siteres generaladvokatuttalelser gjennomgående på dansk.

⁸² Med «*Van Binsbergen*-vilkårene» sikter jeg heretter til vilkårene oppstilt i *Van Binsbergen*, slik de ble omformulert i *Veronica*.

⁸³ Hell Hansen (1998) s. 120 og Harrison og Woods (2007) s. 177.

⁸⁴ 33/74 *Van Binsbergen* avsn. 13.

var bosat på nævnte stats territorium». ⁸⁵ Omformuleringen innebærer at *Van Binsbergen*-vilkårene gjelder generelt, og ikke bare i saker om omgåelse av krav til yrkeskvalifikasjoner. ⁸⁶

Ved anvendelsen av det subjektive vilkåret er det avgjørende for resultatet i *Veronica* at den nasjonale lovgivningen som forsøkes omgått ivaretar formål som er anerkjent som legitime i EU. ⁸⁷ Hensikten med den nederlandske radio- og fjernsynslovgivningen var som nevnt å opprettholde et «alsidigt og ikke-kommercielt udbud af radio- og fjernsynsprogrammer». ⁸⁸ Det er avgjørende for domstolen når den konkluderer med at forbudet i den nederlandske lovgivningen er «nødvendig for at sikre, at den ved lovgivningen indførte ordning på radio- og fjernsynsområdet bevarer sin alsidige og ikke-kommercielle karakter». ⁸⁹ At den nederlandske fjernsynslovgivningen ivaretok legitime formål var allerede etablert i tidligere praksis. ⁹⁰

Uten at domstolen sier det uttrykkelig, omformuleres i realiteten det subjektive vilkåret i *Veronica* til et krav om at lovgivningen som forsøkes omgått må ivareta hensyn som er anerkjent i EU. ⁹¹ Omgåelse av nasjonal lovgivning er ikke tilstrekkelig – den nasjonale lovgivningen må også ivareta et legitimt formål. Tilsvarende kunne resultatet i *Van Binsbergen* blitt et annet dersom det nederlandske bostedskravet hadde vært begrunnet i et legitimt krav til yrkeskvalifikasjoner.

Der domstolen i *Van Binsbergen* omtalte Kortmanns forsøk på å omgå nasjonal lovgivning som å «udnytte» ⁹² reglene om fri bevegelighet,

⁸⁵ C-148/91 *Veronica* avsn. 12, som påpekt av generaladvokaten i forslaget til avgjørelse i C-23/93 *TV10* avsn. 52.

⁸⁶ Hell Hansen (1998) s. 120. I engelsk versjon av avgjørelsen oppstilles det fortsatt et krav om at tjenesteyter omgår nasjonale yrkeskvalifikasjonskrav, slik som i *Van Binsbergen*. Realiteten er uansett at vilkårene fra *Van Binsbergen* anvendes på et tilfelle som ikke gjelder yrkeskvalifikasjoner, og at anvendelsesområdet til vilkårene utvides.

⁸⁷ Weber (2005) s. 177.

⁸⁸ Generaladvokatens forslag til avgjørelse i C-148/91 *Veronica* s. 506.

⁸⁹ C-148/91 *Veronica* avsn. 15.

⁹⁰ Se C-148/91 *Veronica* avsn. 9–10, under henvisning til C-288/89 *Gouda*.

⁹¹ Doukas (2011) s. 67–68 og generaladvokat Lenz' forslag til avgjørelse i C-56/96 *VT4* avsn. 38.

⁹² 33/74 *Van Binsbergen* avsn. 13.

omtales det samme her som å «misbruge»⁹³ reglene. I likhet med i *Van Binsbergen* fremkommer det av domstolens formuleringer at det er bruken av tjenestefriheten det slås ned på, og ikke omgåelsen av nasjonal lovgivning i seg selv. Kravet om at den nasjonale lovgivningen som forsøkes omgått må forfølge et formål som er anerkjent som legitimt i EU, er et utslag av dette. Motsatt kan omgåelse av nasjonal lovgivning som forfølger illegitime formål aldri karakteriseres som misbruk av reglene om fri bevegelse.⁹⁴

Etter både *Van Binsbergen* og *Veronica* inneholder det subjektive vilkåret et krav om at tjenesteyteren bruker reglene om fri bevegelse med «sigte på» å omgå nasjonal lovgivning.⁹⁵ Kravet er klarest formulert i den engelske versjonen av *Veronica*, der det heter at reglene om fri bevegelse må brukes «for the purpose of» å omgå nasjonal lovgivning, altså med hensikt om å omgå nasjonal lovgivning. *Van Binsbergen* er ikke veiledende for hva som ligger i kravet til hensikt fordi saken ble avgjort på annet grunnlag, mens det i *Veronica* ble lagt til grunn uten nærmere drøftelse at hensikten med å etablere fjernsynsstasjonen i Luxembourg var å omgå nederlandsk lov. Heller ikke *TV10*-avgjørelsen som behandles nedenfor, som er den eneste andre avgjørelsen der vilkårene for misbruk var oppfylt og/eller som ikke ble avgjort på annet grunnlag, gir veiledning. Dette fordi den nasjonale domstolen allerede hadde lagt til grunn at det forelå et misbruk av reglene om fri bevegelse. Det er imidlertid klart at det etter avgjørelsene må foreligge en form for subjektiv hensikt om å bruke reglene om fri bevegelse til å omgå nasjonal lovgivning.

Flemish Cable Network illustrerer yttergrensene for avtalestatenes adgang til å treffe tiltak mot misbruk.⁹⁶ Avgjørelsen gjelder en regel i belgisk fjernsynslovgivning som forbød fjernsynsstasjoner som var etablert i andre land enn Belgia å sende programmer via det belgiske kabelanlegget, med mindre de sendte programmer på språket i staten

⁹³ C-148/91 *Veronica* avsn. 13. I engelsk versjon «improperly evade».

⁹⁴ I samme retning Drijber (1999) s. 95.

⁹⁵ Se 33/74 *Van Binsbergen* avsn. 13 og C-148/91 *Veronica* avsn. 12.

⁹⁶ Doukas (2011) s. 71.

der fjernsynsstasjonen var etablert.⁹⁷ Lovgivningen var direkte diskriminerende og førte til at det i praksis bare var stasjoner etablert i Belgia og Nederland som ville sende programmer via det belgiske kabelanlegget.⁹⁸ Som begrunnelse viste belgiske myndigheter bl.a. til *Van Binsbergen* og at formålet var å unngå bruk av reglene om fri bevegelighet for å omgå nasjonal lovgivning. Domstolen avviste anførselen uten nærmere drøftelse, under henvisning til at uttalelsene i *Van Binsbergen* ikke åpner for at «en medlemsstat generelt kan udelukke, at bestemte tjenesteydelser kan præsteres af erhvervsdrivende i andre medlemsstater, idet et sådant forbud ville svare til at oppheve den frie adgang til udveksling af tjenesteydelser».⁹⁹

En avgjørende forskjell mellom *Flemish Cable Network* og *Veronica* er måten det påståtte misbruket slås ned på. I *Flemish Cable Network* var det vedtatt generell lovgivning som skulle ramme tilfeller belgiske myndigheter mente utgjorde misbruk. I *Veronica* var det på den annen side vedtatt lovgivning som forfulgte et formål som var akseptert i domstolens praksis, og bruk av reglene om fri bevegelighet for å omgå denne lovgivningen kunne slås ned på i konkrete tilfeller der det var konstatert at formålet med bruken var å omgå nasjonal lovgivning. I *Veronica* førte det til at stasjonens sendetid ble inndratt gjennom et vedtak rettet mot fjernsynsorganisasjonen. Lovgivningen i *Flemish Cable Network* var på den annen side generell,¹⁰⁰ den forfulgte etter domstolens oppfatning ikke de kulturpolitiske formålene belgiske myndigheter påberopte seg, og det ble ikke gjort en konkret vurdering av om den enkelte radio- eller fjernsynsstasjonen faktisk var etablert i en annen medlemsstat for å omgå belgisk lovgivning. Sammenholder vi resultatene i *Flemish Cable Network* og *Veronica* kan vi legge til grunn at det for å konstatere misbruk må foreligge et konkret og aktuelt tilfelle av misbruk for at avtalestatene skal

⁹⁷ C-211/91 *Flemish Cable Network*. En norsk fjernsynsstasjon måtte eksempelvis sendt programmer med norsk tale. Dommen i *Flemish Cable Network* falt 16. desember 1992, mens *Veronica* ble avsagt 3. februar 1993. De behandles i denne rekkefølgen fordi hensikten med *Flemish Cable Network* her er å illustrere de sentrale poengene i *Veronica*.

⁹⁸ C-211/91 *Flemish Cable Network* avsn. 5–6.

⁹⁹ *Ibid.* avsn. 12.

¹⁰⁰ de la Feria (2008) s. 401 og Kjellgren (2000) s. 184.

kunne slå ned på det. Det er ingen adgang til å presumere at det foreligger misbruk gjennom vedtakelse av generell lovgivning rettet mot situasjoner der misbruk typisk kan forekomme.¹⁰¹

TV10-avgjørelsen illustrerer dette. Det kommersielle radio- og fjernsynsselskapet TV10 var etablert i Luxembourg for å omgå den samme nederlandske radio- og fjernsynslovgivningen som var tema i *Veronica*.¹⁰² I *TV10* var spørsmålet for EU-domstolen om Nederland kunne gjøre fjernsynslovgivningen sin gjeldende overfor TV10, når selskapet var etablert i en annen avtalestat. Det skiller saken fra *Van Binsbergen*, *Knoors* og *Veronica*, som alle gjelder adgangen til å gjøre misbruk gjeldende overfor egne statsborgere og et selskap hjemmehørende i landet. Slik saken ble forelagt EU-domstolen var det endelig avgjort i nasjonale domstoler at *Van Binsbergen*-vilkårene var oppfylt, og at det forelå en «omgåelse».¹⁰³ Nederlands påstand om at det ikke forelå et grenseoverskridende element førte ikke frem.¹⁰⁴ TV10s virksomhet var helt eller fortrinnsvis rettet mot Nederland, og hensikten med etableringen i Luxembourg var å omgå nederlandsk lovgivning.¹⁰⁵ Om EU-domstolen ville vurdert situasjonen likt, gir ikke avgjørelsen svar på.¹⁰⁶

Selv om nederlandske domstoler har lagt til grunn at vilkårene for at omgåelse av nasjonal lovgivning skal innebære misbruk er oppfylt, gjentar EU-domstolen vilkårene. Domstolen viser til uttalelsen i *Van Binsbergen*, med den forskjell at *Van Binsbergen*-vilkårene nå gjengis slik de ble omformulert i *Veronica*: Formuleringen «faglige regler» er tatt ut.¹⁰⁷ Det slås deretter fast at *Van Binsbergen*-vilkårene åpner for at «en medlemsstat kan betrakte en radio- og fjernsynsinstitusjon, som etablerer sig i en anden medlemsstat med det formål dér at udføre tjenesteydelser, der er rettet mod den førstnævnte stats område, som en

¹⁰¹ Drijber (1999) s. 95. Se imidlertid punkt 2.4.4 om EU-domstolens tilnærming til nasjonale omgåelsesnormer i skatteretten.

¹⁰² C-23/93 *TV10* avsn. 7.

¹⁰³ Generaladvokatens forslag til avgjørelse i C-23/93 *TV10* avsn. 22.

¹⁰⁴ C-23/93 *TV10* avsn. 14–16 og Sejersted m.fl. (2011) s. 434.

¹⁰⁵ Drijber (1999) s. 94.

¹⁰⁶ C-23/93 *TV10* avsn. 14.

¹⁰⁷ *Ibid.* avsn. 20.

indenlandsk radio- og fjernsynsinstitution». ¹⁰⁸ Nederland kunne dermed gjøre misbruksinnsigelser gjeldende overfor et selskap som ikke var hjemmehørende i landet.

TV10 er lik *Veronica* på to avgjørende punkter. I likhet med i *Veronica* var formålet med lovgivningen i *TV10* å ivareta kulturpolitiske formål, som etter domstolens praksis er et legitimt formål. ¹⁰⁹ Misbruket i *TV10* var i motsetning til i *Knoors* og *Flemish Cable Network* aktuelt, og ble slått ned på i et konkret tilfelle, ikke gjennom generell lovgivning som i *Flemish Cable Network*. ¹¹⁰

Det har vært hevdet at det mest interessante ved *TV10* ikke er domstolens uttalelser, men generaladvokatens forslag til avgjørelse. ¹¹¹ Verken i *Veronica* eller i *TV10*, som begge gjelder juridiske personer, problematiserer domstolen hvordan det subjektive vilkåret – at tjenesteyter må ha til hensikt å omgå regler i den staten tjenestene rettes mot – skal anvendes når det er spørsmål om juridiske personers misbruk. Som generaladvokat Lenz påpeker er «[d]en juridiske person [...] som sådan ikke i stand til subjektivt at inntage en holdning», og videre «vil jeg anse det for problematisk at inndrage subjektive kriterier ved bedømmelsen af en juridisk persons retligt relevante handlinger. Man bør derfor efter min opfattelse kunne fastslå en juridisk persons omgåelse af retsforskrifter ud fra objektive kriterier». ¹¹² Generaladvokaten foreslår derfor at spørsmålet om det subjektive vilkåret er oppfylt for juridiske personers del bør konstateres på grunnlag av objektive kriterier som «f.eks. det tidspunkt, hvor selskabet optager sin virksomhed, samt virksomhedens indhold og det publikum, den er rettet til. Ved bedømmelsen kan indbyrdes forbindelser mellem virksomheder også spille en rolle». ¹¹³ Selv om ikke forslaget fra Lenz reflekteres i *TV10*, bærer den videre utviklingen av

¹⁰⁸ Ibid. avsn. 21.

¹⁰⁹ Ibid. avsn. 18, under henvisning til C-288/89 *Gouda* og C-148/91 *Veronica*.

¹¹⁰ I samme retning generaladvokat Lenz' forslag til avgjørelse i C-11/95 *Belgian Cable Network* avsn. 73.

¹¹¹ de la Feria (2008) s. 402.

¹¹² Generaladvokatens forslag til avgjørelse i C-23/93 *TV10* avsn. 60–61.

¹¹³ Ibid. avsn. 65.

vilkåret om subjektiv omgåelseshensikt i senere avgjørelser knyttet til de øvrige frihetene tydelig preg av samme tankegang.¹¹⁴

2.2.4 Vendingen? TV-direktivet trer i kraft

3. oktober 1991 trådte TV-direktivet i kraft i EU.¹¹⁵ Formålet med direktivet var å sikre fri adgang til å yte fjernsynstjenester i det indre marked.¹¹⁶ Direktivet innebar minimumsharmonisering, som vil si at avtalestatene kunne stille strengere krav til sendinger de hadde jurisdiksjon over enn det som fulgte av direktivet.¹¹⁷ Hadde TV-direktivet vært et totalharmoniseringsdirektiv ville det ikke vært mulig å misbruke reglene om fri bevegelighet til å omgå nasjonal lovgivning, for da stiller EØS-retten absolutte krav til innholdet i nasjonal lovgivning.¹¹⁸ Den sentrale bestemmelsen i direktivet var artikkel 2 om «senderstatsprinsippet».¹¹⁹ Prinsippet innebærer at det er staten fjernsynsorganisasjonen er etablert i som har jurisdiksjon over organisasjonen og som kan regulere innholdet i utsendelsene.¹²⁰ Direktivet generelt, og senderstatsprinsippet spesielt, skapte usikkerhet om det fortsatt var adgang til å anføre misbruk av tjenestefriheten i kringkastingssaker, og overfor hvem. Dette illustrerer at spørsmålet om hva misbruk er, og om avtalestatenes anførsler vil føre frem, kan påvirkes av direktiver og bestemmelser som ikke gjelder misbruk direkte.¹²¹

I forslaget til avgjørelse i *TV10* påpekte generaladvokat Lenz at de faktiske omstendighetene i saken hadde utspilt seg før utløpet av fristen

¹¹⁴ Se særlig C-110/99 *Emsland-Stärke* avsn. 53, omtalt i punkt 2.3.3.

¹¹⁵ Rådskdirektiv 89/552/EØF (TV-direktivet). Direktivet trådte i kraft i EØS 1. januar 1994. Direktivet har vært endret flere ganger, og er opphevet og erstattet ved direktiv 2010/13/EU (AMT-direktivet), som er innlemmet i EØS-avtalens vedlegg XI (Elektronisk kommunikasjon, audiovisuelle tjenester og informasjonssamfunnstjenester).

¹¹⁶ Punkt 3 og 6–15 i fortalet til direktivet. Se også C-412/93 *Leclerc-Siplec* avsn. 28.

¹¹⁷ Se punkt 13 i fortalet til direktivet, Arnesen (1999) punkt 2.2 og Varney (2004) s. 515.

¹¹⁸ Sejersted m.fl. (2011) s. 299.

¹¹⁹ TV-direktivet art. 2. Bestemmelsen gjenfinnes i dag i AMT-direktivet art. 2.

¹²⁰ Arnesen (1999) punkt 2.3.

¹²¹ Se nærmere nedenfor i innværende punkt om art. 4 (3) i AMT-direktivet, og i punkt 2.6.4 om unionsborgerdirektivet art. 35, som begge er direkte reguleringer av misbruk.

for gjennomføring av TV-direktivet i nasjonal rett, og at «[d]e rettlige kriterier, som sagens afgørelse beror på, ville prinsipielt have haft et andet indhold, hvis de faktiske omstændigheder havde foreligget på et senere tidspunkt. Den rettlige bedømmelse af denne sag vil derfor kun have begrænset betydning for senere tilfælde».¹²² Lenz' klare oppfatning synes å være at saken ville fått et annet utfall dersom TV-direktivet kom til anvendelse. Uttalelsen er interessant, først og fremst fordi *TV10* er den siste kringkastingssaken der EU-domstolen aksepterer en medlemsstats anførsel om misbruk av reglene om fri bevegelighet for tjenester. Det reiser spørsmål om kursendringen fra domstolen var en direkte konsekvens av direktivets ikrafttredelse.¹²³

Uttalelsene til generaladvokaten i *TV10* aktualiseres på ny i *Belgian Cable Network*, der spørsmålet var om belgisk fjernsynslovgivning var forenlig med TV-direktivet.¹²⁴ Spørsmålet om omgåelse av nasjonal lovgivning kom ikke på spissen. I denne forbindelse uttalte domstolen at det «ikke er nødvendig at tage stilling til, om en medlemsstat efter utstedelsen af direktiv 89/552 stadig har ret til i medfør af traktatens artikel 59 at træffe foranstaltninger, der skal forhindre, at de i traktaten garanterede friheder udnyttes af en tjenesteyder».¹²⁵ Generaladvokat Lenz, som i forslaget til avgjørelse i *TV10* satte spørsmålstegn ved dette, la i forslaget til avgjørelse i *Belgian Cable Network* til grunn at TV-direktivets ikrafttredelse ikke hadde betydning for medlemsstatenes adgang til å beskytte seg mot misbruk.¹²⁶

¹²² Generaladvokatens forslag til avgjørelse i C-23/93 *TV10* avsn. 9.

¹²³ Drijber (1999) s. 94 og Engsig Sørensen (2006) s. 436 stiller dette spørsmålet. Doukas (2011) s. 64 mener at det er naturlig å skille mellom praksis før og etter TV-direktivets ikrafttredelse. Barnard (2019) s. 453 påpeker at domstolens tilnærming til misbruk av tjenestefriheten i kringkastingssaker endres etter TV-direktivets ikrafttredelse, uten å trekke noen slutninger fra det.

¹²⁴ C-11/95 *Belgian Cable Network* avsn. 1.

¹²⁵ *Ibid.* avsn. 65.

¹²⁶ Generaladvokatens forslag til avgjørelse i C-11/95 *Belgian Cable Network* avsn. 71 og 74.

EFTA-domstolens rådgivende uttalelse *Mattel og Lego* er den første der spørsmålet om TV-direktivets betydning kommer på spissen.¹²⁷ Selskapene *Mattel* og *Lego* omgikk det norske forbudet mot reklame rettet mot barn ved å få reklamene sendt på TV3, som sendes fra Storbritannia. Norske forbrukermyndigheter anla sak mot selskapene, og hevdet bl.a. at det var et misbruk av tjenestefriheten å få reklame som er forbudt i Norge sendt på norsk TV fra et EØS-land hvor slik reklame er tillatt. Saken skiller seg fra de andre kringkastingssakene fordi det er annonsører, og ikke fjernsynsstasjoner, som omgår lovgivningen i hjemlandet.

EFTA-domstolen avviser anførselen om misbruk, fordi bruk av reglene om fri bevegelighet for å omgå nasjonal lovgivning er «en logisk og nødvendig konsekvens av direktivets hovedprinsipp, dvs den frie adgangen til å yte fjernsynstjenester, samordningen av nasjonale lover og forskrifter, samt senderstatsprinsippet».¹²⁸ Etter EFTA-domstolens syn var senderstatsprinsippet til hinder for å gjøre det norske forbudet mot reklame rettet mot barn gjeldende overfor *Mattel* og *Lego*.¹²⁹ Resultatet bygger på en forutsetning om at TV-direktivet kommer til anvendelse overfor annonsører, og ikke bare fjernsynsselskaper, samt at senderstatsprinsippet er til hinder for at omgåelse av nasjonal lovgivning kan innebære misbruk.¹³⁰ Begge forutsetninger har vist seg å være uriktige.

Kort tid etter behandlet EU-domstolen en sak om tilsvarende lovgivning i Sverige.¹³¹ Selskapene *De Agostini* og *TV-Shop* hadde, i likhet med *Mattel* og *Lego*, omgått nasjonal fjernsynslovgivning ved å få fjernsynsreklamer i strid med svensk lovgivning sendt på svenske TV-skjermer, via TV3 i Storbritannia. Reklamene var i strid med forbudet mot markedsføring rettet mot barn og/eller forbudet mot utilbørlig reklame. Selskapene anførte at det var i strid med TV-direktivet å gjøre den svenske lovgivningen gjeldende overfor dem. Spørsmålet for EU-domstolen var

¹²⁷ Forente saker E-8/94 og E-9/94 *Mattel og Lego*. EFTA-domstolen, og spørsmål den er forelagt, siteres gjennomgående på norsk i denne fremstillingen.

¹²⁸ *Ibid.* avsn. 48.

¹²⁹ *Ibid.* avsn. 57.

¹³⁰ Arnesen (1999) punkt 3.2. Se forente saker E-8/94 og E-9/94 *Mattel og Lego* avsn. 42–45.

¹³¹ Forente saker C-34/95, C-35/95 og C-36/95 *De Agostini*.

om TV-direktivet, eventuelt traktatbestemmelsene om fri bevegelighet, var til hinder for nettopp dette.

Hva gjelder TV-direktivets anvendelighet overfor annonsørene, konkluderer domstolen med at det «ikke antages at udgøre en hindring, som efter direktivet ikke er tilladt, at bestemmelser i en medlemsstat, som dem, hovedsagerne vedrører, bringes i anvendelse på fjernsynsudsendelser fra andre medlemsstater, når der i bestemmelserne af hensyn til beskyttelsen af forbrugerne opstilles forbuds- og påbudsregler over for annoncører».¹³² I motsetning til EFTA-domstolen i *Mattel og Lego* finner EU-domstolen at TV-direktivet ikke kommer til anvendelse overfor annonsørene.¹³³ Spørsmålet var dermed om traktatbestemmelsene om fri bevegelighet var til hinder for å gjøre svensk lovgivning gjeldende overfor De Agostini og TV-Shop.¹³⁴

Domstolens utgangspunkt er at den svenske lovgivningen innebærer en restriksjon på tjenestefriheten, men at «det følger af fast praksis, at god handelsskik og beskyttelse af forbrugerne i almindelighed hører til de tvingende almene hensyn, der kan begrunde, at der opstilles restriktioner for den frie udveksling af tjenesteydelser».¹³⁵ Domstolen viser i denne sammenheng bl.a. til *Gouda*-avgjørelsen, som er blant avgjørelsene det ble vist til for å begrunne resultatene i *Veronica* og *TV10*,¹³⁶ og konkluderer med at det ikke er i strid med tjenestefriheten at «en medlemsstat på grundlag af bestemmelser i sin nationale lovgivning træffer foranstaltninger over for en annoncør på grund af en fjernsynsreklame», forutsatt at «bestemmelserne er nødvendige for at varetage tvingende almene hensyn».¹³⁷ Det interessante ved denne delen av avgjørelsen er at domstolen ikke nevner spørsmålet om misbruk eller *Van Binsbergen*-vilkårene, som er utviklet og anvendt i tilknytning til nettopp traktatbestemmelsene om fri bevegelighet for tjenester. At domstolen fant det enklere å komme til at den svenske reklamelovgivningen kunne gjøres gjeldende overfor

¹³² Ibid. avsn. 35.

¹³³ Arnesen (1999) punkt 3.3 og Sejersted m.fl. (2011) s. 257.

¹³⁴ Arnesen (1999) punkt 3.3. Se forente saker C-34/95, C-35/95 og C-36/95 *De Agostini* avsn. 39 flg.

¹³⁵ Forente saker C-34/95, C-35/95 og C-36/95 *De Agostini* avsn. 53.

¹³⁶ Se C-288/89 *Gouda*.

¹³⁷ Forente saker C-34/95, C-35/95 og C-36/95 *De Agostini* avsn. 54.

annonsørene uten å gå veien om *Van Binsbergen*-vilkårene reiser etter mitt syn spørsmål om det strengt tatt er noe behov for å kunne anføre misbruk av reglene fri bevegelighet. På tilsvarende måte kunne *Veronica* og *TV10* vært avgjort ut fra de underliggende, kulturpolitiske hensynene som var den egentlige begrunnelsen for resultatet i sakene, og ikke som et spørsmål om misbruk.¹³⁸

EFTA-domstolens begrunnelse og resultat i *Mattel* og *Lego*, som bygger på en forutsetning om at TV-direktivet kommer til anvendelse overfor annonsører, er ikke forenlig med EU-domstolens begrunnelse og resultat i *De Agostini*.¹³⁹ Det reiser det prinsipielle spørsmålet om hvilken forståelse av EØS-avtalen som er riktig når det foreligger motstridende avgjørelser fra EU- og EFTA-domstolen. Målsetningen om homogen tolkning av EU- og EØS-retten, samt ODA artikkel 3 (2), pålegger EFTA-domstolen å «ta tilbørlig hensyn til de prinsipper som er fastlagt gjennom de relevante rettsavgjørelser som De europeiske fellesskaps domstol har truffet etter undertegningen av EØS-avtalen». I lys av homogenitetsmålsetningen er det liten grunn til ikke å se det slik at det er EU-domstolens avgjørelse i *De Agostini* som gir uttrykk for TV-direktivets anvendelsesområde, også under EØS-avtalen.¹⁴⁰

Sett bort fra at TV-direktivet hadde trådt i kraft, minner omstendighetene i *VT4*-saken om *Veronica* og *TV10*. I *VT4* ble den London-baserte TV-kanalen *VT4* nektet spredning av programmer gjennom belgiske kabelanlegg, bl.a. fordi belgiske myndigheter mente at «*VT4* ikke [kunne] betragtes som en tv-institution, der var godkent af en anden medlemsstat, eftersom der rent faktisk var tale om en flamsk institusjon, som havde etableret seg i en anden medlemsstat for at unddrage sig lovgivningen i Det Flamske Fællesskab».¹⁴¹ Spørsmålet for EU-domstolen var om *VT4*

¹³⁸ Sejersted m.fl. (2011) s. 455. Se nærmere om dette i kap. 4.

¹³⁹ Arnesen (1999) punkt 3.4 og Sejersted m.fl. (2011) s. 238.

¹⁴⁰ Sejersted m.fl. (2011) s. 257. Se f.eks. forente saker E-9/07 og E-10/07 *L'Oréal*, der EFTA-domstolen fravek uttalelser i en tidligere avgjørelse fordi EU-domstolen i mellomtiden hadde kommet til et annet resultat.

¹⁴¹ C-56/96 *VT4* avsn. 9. Dommen i *VT4* falt 5. juni 1997, mens *De Agostini* ble avsagt 9. juli samme år. Sammenhengen mellom *Mattel* og *Lego* og *De Agostini* gjør det hensiktsmessig å behandle dem samlet for *VT4*.

misbrukte reglene om fri bevegelse for tjenester ved å etablere seg i England og sende TV-signaler til Belgia derfra.

Domstolen avfeier anførselen om misbruk, fordi den omstendighet at alle utsendelsene og reklameinnslagene utelukkende er rettet mot flamske seere «ikke [...] i sig selv kan godtgøre, at VT4 ikke kan anses for at være etablert i Det Forenede Kongerige». Videre påpekes det at «[t]raktaten inneholder således ikke et forbud mod, at en virksomhed gør brug af retten til fri udveksling af tjenesteydelser i tilfælde, hvor den ikke udbyder tjenesteydelser i den medlemsstat, hvor den er etablert».¹⁴² Flere anser uttalelsene for å være en innskrenkning av situasjonene der anførsler om misbruk kan føre frem.¹⁴³

Etter mitt syn overser denne slutningen at domstolens poeng er at vilkårene fra *Van Binsbergen* er kumulative og at det «ikke [...] i sig selv» er tilstrekkelig at alle sendingene til VT4 er rettet mot flamske seere (det objektive vilkåret), når ikke hensikten er å omgå nasjonal lovgivning som ivaretar legitime formål (det subjektive vilkåret). Det kommer tydeligere frem av generaladvokat Lenz' uttalelser, som i forslaget til avgjørelse i saken sier at «[d]en, der gør brug af etableringsfriheden i henhold til EF-traktaten, gør sig uden tvivl ikke skyldig i et misbruk alene af den grund. Det må tværtimod kræves, at de nationale bestemmelser, som omgås, tjener til at beskytte betydningsfulde retsgoder, der også er anerkendt i fællesskabsretten».¹⁴⁴ Generaladvokaten omtaler her det subjektive vilkåret slik det ble omformulert i *Veronica*, der det for første gang uttrykkelig ble stilt krav til formålene den nasjonale lovgivningen som forsøkes omgått må ivareta. I *VT4* var hensikten med den belgiske fjernsynslovgivningen å opprettholde et fjernsynsmonopol.¹⁴⁵ Det er ikke et legitimt hensyn i EU-retten, og derfor var ikke *Van Binsbergen*-vilkårene oppfylt. Å se *VT4* som en innskrenking av avtalestatenes adgang til å anføre misbruk reflekterer ikke at den sentrale forskjellen mellom

¹⁴² C-56/96 *VT4* avsn. 22.

¹⁴³ Engsig Sørensen (2006) s. 444, Doukas (2011) på bl.a. s. 65 og 77 og Barnard (2019) s. 452–453.

¹⁴⁴ Generaladvokatens forslag til avgjørelse i C-56/96 *VT4* avsn. 38. I samme retning Weber (2005) s. 176.

¹⁴⁵ C-56/96 *VT4* avsn. 4 og generaladvokatens forslag til avgjørelse i samme sak avsn. 38.

VT4 og *Veronica* og *TV10* er den nasjonale lovgivningen, og ikke hvorvidt TV-direktivet var trådt i kraft.

Usikkerheten rundt forholdet mellom TV-direktivet generelt, og senderstatsprinsippet spesielt, og misbruk av tjenestefriheten for å omgå nasjonal lovgivning, førte til at det i fortalet til det første endringsdirektivet til TV-direktivet ble uttrykkelig presisert at avtalestatene fortsatt kunne treffe tiltak mot misbruk i henhold til «Van Binsbergen-doktrinen».¹⁴⁶ Etter ytterligere endringer følger adgangen til å slå ned på misbruk nå av direktivteksten. Etter artikkel 4 (3) b i AMT-direktivet kan mottakerstaten «treffe egnede tiltak» overfor et fjernsynsselskap som «har etablert seg i den medlemsstat som har jurisdiksjon for å omgå de strengere reglene på de områder som samordnes ved dette direktiv, og som ville ha fått anvendelse på fjernsynsselskapet dersom det hadde vært etablert i førstnevnte medlemsstat». Den domstolskapte læren om misbruk av reglene om fri bevegelse for tjenester er dermed anerkjent av EU som lovgiver.¹⁴⁷ Det er i siste rekke Europakommisjonen som avgjør om en medlemsstat får treffe tiltak overfor fjernsynsstasjoner etter artikkel 4 (3) b, og disse tvistene løses nå utenfor domstolsapparatet.¹⁴⁸

Europakommisjonen har truffet én beslutning etter prosedyren i artikkel 4 (3), i en sak mellom Sverige, MTG og Discovery.¹⁴⁹ Svenske myndigheter ville stanse spredningen av alkoholreklame på svensk TV via kanaler etablert i Storbritannia. Europakommisjonen fant det ikke bevist at TV-kanalene var etablert i Storbritannia for å omgå svensk lovgivning, og anmodningen ble avvist.¹⁵⁰ I det reviderte AMT-direktivet, som trådte i kraft i EU 18. desember 2018, er ordlyden i artikkel 4 (3) b

¹⁴⁶ Hell Hansen (1998) s. 116–117, Engsig Sørensen (2006) s. 437, Harrison og Woods (2007) s. 183 og Craufurd Smith (2011) s. 275. Se punkt 14 i fortalet til direktiv 97/36/EF. Direktivet ble vedtatt 30. juni 1997, dvs. mellom domsavsigelse i *VT4* og *De Agostini*. Jeg ser derfor ikke grunn til å problematisere om *De Agostini* innebar at domstolen tok et prinsipielt standpunkt om å gå bort fra bruk av *Van Binsbergen*-vilkårene.

¹⁴⁷ Doukas (2011) s. 83 og 85. Sekundærlovgivning siteres gjennomgående på norsk i denne fremstillingen, med henvisning til dansk og engelsk versjon der det er hensiktsmessig å sammenholde flere språkversjoner.

¹⁴⁸ Se art. 4 (4) a og b og (5) i AMT-direktivet.

¹⁴⁹ SWD (2016) 170 final s. 26.

¹⁵⁰ Europakommisjonens beslutning C (2018) 532 final.

endret. Nå heter det at avtalestaten må ha «beviser [som] skal gjøre det muligst med rimelig sikkerhet at konstatere en sådan omgåelse, uden at det er nødvendigt at bevise, at medietjenesteudbyderen havde til hensigt at omgå de strengere regler».¹⁵¹ Endringen forstås slik at «the revised AVMS is lifting the burden of proof of proving intent»,¹⁵² og er interessant for diskusjonen i punkt 2.7.4.3 om hvilke krav til hensikt og bevis som stilles for at det subjektive vilkåret for misbruk skal være oppfylt etter den domstolskapte læren. Med denne endringen kunne trolig utfallet i saken mellom svenske myndigheter, MTG og Discovery vært et annet.

Problematikken omkring spredning av ulovlig reklame fra Storbritannia kan være i ferd med å løse seg på annet vis: 31. januar 2020 er ikke Storbritannia lenger medlem av EU, og ved overgangsperiodens utløp 31. desember 2020 sikrer ikke EØS-avtalen lenger rett til fri bevegelighet for TV-sendinger fra Storbritannia.¹⁵³ Da står både norske og svenske myndigheter friere til å hindre spredning av uønsket reklame fra Storbritannia.¹⁵⁴

2.2.5 Sammenfatning

Den nyeste avgjørelsen i dette delkapittelet er fra 1997. EU-domstolen har avsagt avgjørelser om misbruk av reglene om fri bevegelighet for tjenester siden da, men disse må leses i lys av etterfølgende utvikling av spørsmålet om misbruk i tilknytning til de andre frihetene. Avgjørelsene utgjør imidlertid rammeverket og de grunnleggende utgangspunktene for hva misbruk av reglene om fri bevegelighet er, og har vært avgjørende

¹⁵¹ Direktiv 2018/1808/EU. Direktivet er under vurdering i EFTA-statene, og forventes innlemmet i EØS-avtalens vedlegg XI, se Regjeringen (2019).

¹⁵² Kokoly (2019) s. 60.

¹⁵³ Regjeringen (2020a).

¹⁵⁴ EU og Storbritannia ble enige om en fratredelsesavtale 24. desember 2020. Avtalen omfatter ikke AMT-direktivet, se GOV.UK (2020). Fra årsskiftet er det European Convention on Transfrontier Television (ECTT) fra 1989 som regulerer adgangen til å omgå norsk reklamelovgivning ved å sende fra Storbritannia. Etter ECTT art. 16 (1) kan Norge stanse reklame rettet mot det norske markedet som sendes fra Storbritannia for å omgå norske regler. Allerede i 2019 ble det imidlertid kjent at Discovery hadde søkt om og fått innvilget lisenser til å sende fra Tyskland, se Krieger (2019). NENT-gruppen flytter TV3 og Viasats lisenser til Sverige, se Hauger (2019).

for den etterfølgende utviklingen av grensen mellom bruk og misbruk av tjenestefriheten og de øvrige frihetene i dag, og vilkårene for å konstatere det: EU-domstolen slår ned på ikke-akseptabel bruk av reglene om fri bevegelse (*Van Binsbergen*, *Veronica* og *TV10*), og ikke omgåelse av nasjonal lovgivning i seg selv (*Knoors*). Vilkårene for misbruk er kumulative (*VT4*), og som foreslått av generaladvokat Lenz kan det være hensiktsmessig å fastlegge subjektiv omgåelseshensikt på grunnlag av objektive kriterier (*TV10*). Misbruk må slås ned på i konkrete og aktuelle tilfeller (*Veronica* og *Flemish Cable Network*), og harmonisering av avtalestatenes lovgivning kan gjøre det mindre aktuelt å karakterisere omgåelse av nasjonal lovgivning som misbruk (*Knoors*).

2.3 Fri bevegelse for varer

2.3.1 Introduksjon

Reglene om fri bevegelse for varer regulerer adgangen til å utveksle varer på tvers av landegrensene, og skal sikre at det ikke er unødvendige restriksjoner på utveksling av varer mellom avtalestatene.¹⁵⁵ Reglene følger av EØS-avtalen artikkel 8–27, som tilsvarer bestemmelsene i TEUV artikkel 28–44.¹⁵⁶ Virkeområdet til reglene om varer i EØS-avtalen er snevrere enn de tilsvarende reglene i EU-retten, og omfatter bl.a. ikke EUs tollunion med felles tollsatser eller EUs felles marked for landbruksvarer.¹⁵⁷ Det har betydning for hvor praktisk misbruk av reglene om fritt varebytte er i EØS-sammenheng.

Avgjørelsene om misbruk av reglene om fritt varebytte forfølger to ulike spor: *Leclerc mot Au blé vert* og etterfølgende avgjørelser på den ene side (punkt 2.3.2), og avgjørelsene som ledet til *Emsland-Stärke* på den andre (punkt 2.3.3). I punkt 2.3.4 er spørsmålet hvordan avgjørelsene forholder seg til hverandre og til *Van Binsbergen*-vilkårene, og i punkt

¹⁵⁵ Dashwood m.fl. (2011) s. 391–392.

¹⁵⁶ Avgjørelsene som presenteres her er avsagt etter de tilsvarende bestemmelsene i den tidligere Romatraktaten (EØF-traktaten) art. 9–47, som videreført i EF-traktaten, eller etter sekundærlovgivning med hjemmel i disse.

¹⁵⁷ EØS-avtalen art. 8, Pétursson (2018) s. 271 og Müller-Graff (2016) s. 415–417.

2.3.5 drøftes hvor praktisk spørsmålet om misbruk av reglene om fritt varebytte er i EØS-sammenheng.

2.3.2 *Leclerc mot Au blé vert-linjen*

EU-domstolens avgjørelse *Leclerc mot Au blé vert* gjelder en fransk lov som bestemte at bøker måtte selges til fastpris.¹⁵⁸ Den franske lavpriskjeden Association des distributeurs Édouard Leclerc anla sak for franske domstoler med påstand om at reglene var i strid med retten til fritt varebytte.¹⁵⁹ Saken ble forelagt EU-domstolen, som konkluderte med at reglene hadde tilsvarende virkning som kvantitative importrestriksjoner, bortsett fra når «det på grundlag af objektive kriterier kan godtgøres, at de pågældende bøger er eksportert udelukkende med henblik på reimport for derved at omgå en sådan lovgivning».¹⁶⁰ Hvis det eneste formålet med eksporten var reimportering for derved å omgå nasjonal lovgivning, hadde de nasjonale bestemmelsene likevel ikke tilsvarende virkning som kvantitative importrestriksjoner, og var dermed tillatt.

Leclerc følges opp i *Milk Marque* og *DocMorris*. *Milk Marque* gjaldt «eksport af varer efterfulgt af en reimport med det formål at undgå anvendelsen af foranstaltninger, som er truffet i henhold til de nationale konkurrenceregler».¹⁶¹ Under henvisning til *Leclerc* konstaterer EU-domstolen at «restriksjoner, som omfatter varer, der udelukkende eksporteres med henblik på reimport for derved at omgå nationale bestemmelser, ikke udgør foranstaltninger med tilsvarende virkning som kvantitative indførselsrestriksjoner».¹⁶² *DocMorris* gjaldt «salg af humanmedicinske lægemidler via internettet»,¹⁶³ og et av spørsmålene

¹⁵⁸ 229/83 *Leclerc mot Au blé vert* (heretter «*Leclerc*»).

¹⁵⁹ Saken er avgjort etter EØF-traktaten art. 30, som tilsvarende TEUV art. 34 og EØS-avtalen art. 11 i dag.

¹⁶⁰ 229/83 *Leclerc* avsn. 27. Formuleringen er tilsvarende i engelsk versjon av avgjørelsen.

¹⁶¹ C-137/00 *Milk Marque* avsn. 115. Spørsmålet som er relevant i denne sammenheng er avgjort etter EF-traktaten art. 30, i dag TEUV art. 34 og EØS-avtalen art. 11. Henvisningen til konkurranseregler gjelder de nasjonale reglene som forsøkes omgått.

¹⁶² C-137/00 *Milk Marque* avsn. 115.

¹⁶³ C-322/01 *DocMorris* avsn. 2.

i saken var om «reimport af godkendte lægemidler fra et apotek, der er etableret i en anden medlemsstat» var en «uberettiget omgåelse af præceptive nationale bestemmelser».¹⁶⁴ Som i *Leclerc* og *Milk Marque* var den nasjonale lovgivningen i utgangspunktet et tiltak med tilsvarende virkning som en kvantitativ importrestriksjon, forutsatt at ikke «det på grundlag af objektive kriterier kan godtgøres, at de pågældende varer er utført udelukkende med henblik på reimport for derved at omgå en lovgivning som den, der er omhandlet i hovedsagen».¹⁶⁵

Avgjørelsene illustrerer hvorfor det kan være hensiktsmessig å bruke misbruk som koblingsord. Bruk av reglene om fri bevegelse for å omgå nasjonal lovgivning omtales bare som misbruk i *DocMorris*, men omstendighetene på rettsfaktasiden er de samme i alle sakene, og minner om de som forelå i avgjørelsene om tjenestefriheten, der domstolen tidvis omtalte slik bruk som misbruk.¹⁶⁶

I motsetning til *Van Binsbergen*-vilkårene som etter *Veronica* ble omformulert på en måte som gjør at de kan anvendes generelt på tjenesteytelser, knytter vilkårene som oppstilles i *Leclerc*, *Milk Marque* og *DocMorris* seg direkte til eksport med sikte på reimportering, og anvendelsen av TEUV artikkel 34 og EØS-avtalen artikkel 11. Vilrårene er ikke generelt anvendelige, og må videreutvikles dersom de skal kunne gjelde generelt for misbruk av reglene om fri bevegelse for varer, se punkt 2.3.4. Et annet spørsmål er hvor aktuelt misbruk av de øvrige traktatbestemmelsene om fritt varebytte er, se punkt 2.3.5.

Vilkårene for at bruk av TEUV artikkel 34 og EØS-avtalen artikkel 11 for å omgå nasjonal lovgivning skal være misbruk er etter avgjørelsene at det på grunnlag av objektive kriterier kan godtgøres at varene er eksportert utelukkende med hensikt om reimportering for å på den måten omgå nasjonal lovgivning.¹⁶⁷ Det nærmere innholdet i vilrårene er ikke kommentert i avgjørelsene eller forslagene til avgjørelse i sakene, men

¹⁶⁴ Ibid. avsn. 126. Spørsmålet som er relevant i denne sammenheng er avgjort etter EF-traktaten art. 30.

¹⁶⁵ C-322/01 *DocMorris* avsn. 129.

¹⁶⁶ Ibid. avsn. 130 og C-148/91 *Veronica* avsn. 13.

¹⁶⁷ Vilrårene er formulert likt på dansk og engelsk i alle tre avgjørelsene.

formuleringen har klare likhetstrekk med vilkårene fra *Van Binsbergen* og *Veronica*.

I *Veronica* ble det subjektive vilkåret formulert som et krav om at tjenesteyter har til hensikt å omgå «de regler, som ville gælde for ham, såfremt han var bosat på nævnte stats territorium».¹⁶⁸ Det minner om det de objektive kriteriene skal godtgjøre etter *Leclerc*, *Milk Marque* og *DocMorris*: At varene er eksportert og reimportert utelukkende med hensikt om å omgå nasjonal lovgivning. Å fastlegge hensikten med omgåelsen ut fra objektive kriterier tok generaladvokat Lenz som nevnt til orde for i forslaget til avgjørelse i *TV10*, der han mente at man bør «kunne fastslå en juridisk persons omgåelse af retsfor skrifter ud fra objektive kriterier».¹⁶⁹ Som eksempler på objektive kriterier fremhever han «det tidspunkt, hvor selskabet optager sin virksomhed, samt virksomhedens indhold og det publikum, den er rettet til».¹⁷⁰ Å gjøre vurderingen av om det foreligger omgåelseshensikt til en objektiv vurdering er hensiktsmessig i tilfeller som *Leclerc*, *Milk Marque* og *DocMorris*, som gjelder selskapers omgåelse av nasjonal lovgivning. Mulige objektive kriterier i reimporttilfellene er hvor lenge varen har vært i det andre landet før den reimporteres,¹⁷¹ og om den har vært omsatt eller bearbeidet i dette landet i mellomtiden. Omgåelse av nasjonal lovgivning må videre være det eneste formålet med arrangementet, og kravet til hensikt er tilsynelatende skjerpet, sammenlignet med *Van Binsbergen*-vilkårene.¹⁷²

I *Leclerc* og *Milk Marque* var vilkårene for å konstatere misbruk oppfylt, mens resultatet i *DocMorris* var at eksporten og reimporteringen av legemidlene ikke kunne betegnes som «misbrug af de frie varebevægelser» fordi «den erhvervsdrivende, der har udført lægemidlerne i den sag, som verserer for den forelæggende ret, ikke har været involveret i disses reimport».¹⁷³ Det har vært hevdet at resultatet i *DocMorris* be-

¹⁶⁸ C-148/91 *Veronica* avsn. 12.

¹⁶⁹ Generaladvokatens forslag til avgjørelse i C-23/93 *TV10* avsn. 60–61. *TV10* er avsagt etter *Leclerc*, men før *Milk Marque* og *DocMorris*.

¹⁷⁰ Generaladvokatens forslag til avgjørelse i C-23/93 *TV10* avsn. 65.

¹⁷¹ De Broe (2008) s. 761.

¹⁷² Se nærmere i punkt 2.3.4, 2.7.2 og 2.7.4.3 om dette.

¹⁷³ C-322/01 *DocMorris* avsn. 130.

grenser rekkevidden av regelen i *Leclerc*, fordi det er vanskelig å bevise at eksportør og reimportør er den samme eller samarbeider.¹⁷⁴ Som jeg kommer tilbake til i punkt 2.3.4 er jeg enig i at uttalelsen i *Leclerc* har begrenset rekkevidde, men ikke av den grunn. Dersom eksportør og reimportør verken er den samme eller samarbeider om reimporteringen kan det vanskelig foreligge omgåelseshensikt.

2.3.3 *Emsland-Stärke*-linjen

Cremer er den første avgjørelsen der misbruk av reglene om fritt varebytte problematiseres,¹⁷⁵ og utgangspunktet for *Emsland-Stärke*-tilnærmingen til misbruk av reglene om fri bevegelighet for varer. *Cremer* gjelder to forordninger som ga rett til refusjon ved eksport av sammensatt fôr til tredjeland, dersom fôret inneholdt korn eller melkeprodukter.¹⁷⁶ Blant spørsmålene i saken var om forordningene kom til anvendelse dersom fôret kun inneholdt ubetydelige mengder korn. EU-domstolen uttalte i den forbindelse at «anvendelsesområdet for den pågældende forordning [...] ikke i noget tilfælde kan udvides til at dække erhvervsdrivendes retstridige transaksjoner».¹⁷⁷ Uttalelsen er senere fulgt opp i *General Milk*,¹⁷⁸ men det er først i *Emsland-Stärke* den settes i en nærmere misbrukskontekst.¹⁷⁹

Emsland-Stärke har vært omtalt som avgjørelsen med størst betydning for utviklingen av en misbruksdoktrine i EU-retten.¹⁸⁰ Også denne saken gjelder reimportering av varer. Spørsmålet var om selskapet *Emsland-Stärke* hadde krav på eksportrefusjon for eksport av varer fremstilt

¹⁷⁴ Oliver m.fl. (2010) s. 156.

¹⁷⁵ 125/76 *Cremer*. Se de la Feria (2008) s. 408.

¹⁷⁶ 125/76 *Cremer* s. 1593. Avgjørelsen gjelder Europakommisjonens forordning (EØF) nr. 171/64 og Rådsforordning (EØF) nr. 166/64. Begge er opphevet.

¹⁷⁷ 125/76 *Cremer* avsn. 21.

¹⁷⁸ Se C-8/92 *General Milk* avsn. 21. Avgjørelsen gjelder Europakommisjonens forordning (EØF) nr. 900/84 og Europakommisjonens forordning (EØF) nr. 1371/81. Begge er opphevet.

¹⁷⁹ Cerioni (2010) s. 787–788.

¹⁸⁰ de la Feria (2008) s. 408.

av potet- og hvetemelsstivelse.¹⁸¹ Retten til eksportrefusjon fulgte av forordning (EØF) nr. 2730/79 om felles gjennomføringsbestemmelser for eksportrefusjon for landbruksprodukter, og gjaldt eksport av landbruksprodukter til land utenfor EU. Heller ikke *Emsland-Stärke* gjelder EØS-relevant sekundærlovgivning, men avgjørelsens betydning både for spørsmålet om misbruk av reglene om fri bevegelse for varer, og for etterfølgende utvikling i spørsmålet om misbruk av reglene om fri bevegelse på andre EØS-relevante områder, nødvendiggjør omtale av den.¹⁸²

Mellom april og juni 1987 eksporterte selskapet varer som var fremstilt av potetmelsstivelse fra Tyskland til Sveits, og fikk utbetalt eksportrefusjon. Kontroll utført av det tyske tollvesenet avdekket at varene umiddelbart etter overgang til fri omsetning i Sveits, i uforandret stand og med samme transportmiddel, ble transportert tilbake til Tyskland. Det tyske tollvesenet avdekket senere at selskapet hadde gjort det samme med varer som var fremstilt av hvetemelsstivelse i mai og juni samme år, og også da fått utbetalt eksportrefusjon. Disse varene ble umiddelbart etter overgang til fri omsetning i Sveits transportert til Italia. Tildelingene av eksportrefusjon ble opphevet, og de utbetalte pengene ble krevd tilbakebetalt.¹⁸³ Blant spørsmålene for EU-domstolen var om opphevelsen av tildelingen av eksportrefusjon til *Emsland-Stärke* kunne begrunnes i at selskapet hadde misbrukt reglene om fri bevegelse for varer.

Domstolen viser til utgangspunktene i *Cremer* og *General Milk*, og oppstiller på bakgrunn av disse to vilkår for å konstatere «misbruk» av forordningen.¹⁸⁴ De «objektive omstendigheter» som må foreligge er at «det formål, som fællesskapsbestemmelsene forfølger, ikke er opnået, selv om betingelsene i disse bestemmelser formelt er overholdt».¹⁸⁵ Kravet om at vilkårene for at bestemmelsen skal komme til anvendelse formelt må

¹⁸¹ C-110/99 *Emsland-Stärke* avsn. 2.

¹⁸² Gjengivelsen av og henvisninger til vilkårene i senere avgjørelser om EØS-relevant misbruk gjør at spørsmålet om EØS-relevans ikke kommer på spissen. Se nærmere i punkt 2.7.1 om dette.

¹⁸³ C-110/99 *Emsland-Stärke* avsn. 7–12.

¹⁸⁴ *Ibid.* avsn. 51 og 52.

¹⁸⁵ *Ibid.* avsn. 52. Formuleringen er tilsvarende i engelsk og svensk versjon av avgjørelsen.

være oppfylt, er i tråd med definisjonen av misbruk som et spørsmål om regelens anvendelse på gitte faktiske omstendigheter, og avgrensningen mot «svik» i punkt 1.1. Det «subjektive element» innebærer «ønsket om at drage fordel af fællesskabsbestemmelserne ved kunstigt at skabe de betingelser, der kræves for at opnå denne fordel». Det stilles dermed krav til subjektiv hensikt om å oppnå en uberettiget fordel. Fordelen er uberettiget fordi bruken er i strid med bestemmelsens formål (det objektive vilkåret). At det subjektive vilkåret er oppfylt kan bl.a. «godtgøres» ved «bevis for en hemmelig aftale mellem eksportøren i Fællesskabet, der drager fordel af restitutionen, og importøren af varerne i tredjelandet».¹⁸⁶ Nasjonale domstoler må avgjøre om vilkårene er oppfylt.¹⁸⁷ Vilråene er gjentatt i senere avgjørelser om misbruk av reglene om fritt varebytte, men også disse avgjørelsene gjelder landbruksvarer fra tredjeland.¹⁸⁸ Sekundærlovgivningen i sakene er følgelig ikke EØS-relevant, og behandles av den grunn ikke nærmere her.

Emsland-Stärke mv. gjelder, i motsetning til avgjørelsene som har vært presentert hittil, misbruk av regler som følger av forordninger, og ikke av traktatbestemmelser eller direktiver. Det underbygger konklusjonen om at det ikke er noe prinsipielt i veien for å anføre misbruk i tilfeller som reguleres av sekundærlovgivning.¹⁸⁹

Om det objektive vilkåret i *Emsland-Stärke* er oppfylt avhenger av formålet med den aktuelle bestemmelsen, og krever en formålstolking av denne. Det er EU-domstolen som har endelig kompetanse til å tolke EU-retten.¹⁹⁰ Spørsmålet om hva som er formålet med den enkelte bestemmelse i traktat, forordning eller direktiv må derfor forelegges EU-domstolen dersom det er uklart.¹⁹¹ Det er interessant i et EFTA-perspektiv, fordi de øverste domstolene i EU-statenes plikt til å forelegge saker om

¹⁸⁶ Ibid. avsn. 53. Formuleringen er tilsvarende i engelsk og svensk versjon av avgjørelsen.

¹⁸⁷ Ibid. avsn. 54.

¹⁸⁸ Se bl.a. C-515/03 *Eichsfelder Schlachtbetrieb* avsn. 39–40 og C-155/13 *SICES m.fl.* avsn. 29–39.

¹⁸⁹ I samme retning Engsig Sørensen (2006) s. 435 og Edwards og Farmer (2008) s. 206. Se punkt 2.2.2 om misbruk i tilfeller regulert av direktiver.

¹⁹⁰ Se TEUV art. 267 (1) a.

¹⁹¹ Weber (2011) s. 396 og De Broe (2008) s. 775.

tolkning av EU-rett for EU-domstolen, ikke motsvares av noen tilsvarende plikt for nasjonale domstoler i EFTA-statene til å forelegge spørsmål om tolkning av EØS-avtalen for EFTA-domstolen.¹⁹²

Formuleringen av det objektive vilkåret i *Emsland-Stärke* kan ses som en presisering av *Van Binsbergen*-vilkårene. Det fremgikk implisitt av domstolens anvendelse av *Van Binsbergen*-vilkårene at den slo ned på utnyttelse av reglene om fri bevegelighet, og ikke omgåelse av nasjonal lovgivning i seg selv. Det objektive vilkåret slik det ble formulert i *Van Binsbergen* – at aktiviteten må være rettet mot det land hvis nasjonal lovgivning en omgår ved bruk av reglene om fri bevegelighet – er ikke anvendelig i *Emsland-Stärke* og andre avgjørelser som ikke gjelder omgåelse av nasjonal lovgivning. Av den grunn er spørsmålet om vilkårene i *Emsland-Stärke* er forenlige med *Van Binsbergen* mindre interessant.¹⁹³

Det subjektive vilkåret i *Emsland-Stärke* retter seg i likhet med *Van Binsbergen* mv. mot hensikten til den som forsøker å misbruke EU-retten. Det er ikke noe krav om at privatpersonen eller selskapet faktisk oppnår en uberettiget fordel, et ønske om det er nok. Hvis det er uklart hva som har vært hensikten, må den fastlegges ut fra objektive omstendigheter.¹⁹⁴ Det følger direkte av avsnitt 53 i avgjørelsen, når EU-domstolen viser til at misbrukshensikt kan fastlegges gjennom «bevis for en hemmelig aftale»,¹⁹⁵ som er en objektiv omstendighet.¹⁹⁶ Selv om fastleggelsen av hensikten med misbruket fortsatt omtales som et subjektivt vilkår, følger EU-domstolen i stor grad opp generaladvokat Lenz' uttalelser i *TV10*, og anvendelsen av det subjektive vilkåret i *Emsland-Stärke* vil være mer eller mindre sammenfallende med *Leclerc*-regelen, som sier at misbrukshensikt skal fastlegges på grunnlag av objektive kriterier. I likhet med i *Leclerc* mv.

¹⁹² Sejersted m.fl. (2011) s. 170. EU-statenes plikt til å forelegge spørsmål for EU-domstolen følger av TEUV art. 267, mens norske domstolers adgang til å forelegge spørsmål for EFTA-domstolen følger av ODA art. 34. Se nærmere i punkt 2.7.4.3 om betydningen av dette.

¹⁹³ Engsig Sørensen (2006) s. 444 problematiserer dette.

¹⁹⁴ Weber (2011) s. 397 og Vogenauer (2011) s. 538.

¹⁹⁵ C-110/99 *Emsland-Stärke* avsn. 53.

¹⁹⁶ Lenaerts (2010) s. 1134 og Vogenauer (2011) s. 538.

er dette praktisk når det som i *Emsland-Stärke* er snakk om hensiktene til en juridisk person, som påpekt av generaladvokat Lenz i *TV10*.

2.3.4 Forholdet mellom *Van Binsbergen*-vilkårene, *Leclerc* og *Emsland-Stärke*

Redegjørelsen i punkt 2.3.2 og 2.3.3 har vist at EU-domstolen har tilnærmet seg spørsmålet om hva misbruk av reglene om fri bevegelighet for varer er på to forskjellige måter. Tema for inneværende punkt er forholdet mellom de to tilnærmingene, og forholdet til *Van Binsbergen*-vilkårene.

Leclerc fremstilles ofte som en generell bekreftelse på at reglene om fri bevegelighet for varer kan misbrukes.¹⁹⁷ Det er villedende. Vilrårene i *Leclerc* mv. knytter seg direkte til anvendelsen av TEUV artikkel 34, og *Leclerc* og *Milk Marque* er ekstremtilfeller av omgåelse av nasjonal lovgivning.¹⁹⁸ Det skjerpede kravet til omgåelseshensikt må forstås i lys av dette.¹⁹⁹ Til forskjell fra avgjørelser som *Veronica* og *TV10*, der fjernsynsstasjonene var nødt til å drive reell virksomhet fra andre medlemsstater for å omgå nasjonal lovgivning, er det ingen realitet i at varene i *Leclerc* og *Milk Marque* har krysset landegrensene. For at en situasjon lik den i *Veronica* og *TV10* skulle skjedd i et tilfelle av fritt varebytte måtte produsenten ha flyttet produksjonen av varen til et annet land for å omgå lovgivningen i hjemlandet, og deretter eksportert varene dit.²⁰⁰ Det reiser spørsmål om misbruk av etableringsfriheten, ikke reglene om fritt varebytte. Det er derfor mer treffende å si at *Leclerc*, *Milk Marque* og *DocMorris* oppstiller vilkår til vurderingen av om det foreligger et grenseoverskridende element eller ikke.²⁰¹ Et slikt grenseoverskridende

¹⁹⁷ Se f.eks. C-212/97 *Centros* avsn. 24 der *Leclerc* fremstår som en generell bekreftelse på at reglene om fri bevegelighet for varer kan misbrukes, og Engsig Sørensen (2006) s. 426.

¹⁹⁸ Weatherill (2011) s. 60.

¹⁹⁹ Se punkt 2.7.4.3.

²⁰⁰ Eksemplet er hentet fra Oliver m.fl. (2010) s. 156.

²⁰¹ I samme retning Weatherill (2011) s. 56 og 60 hva gjelder *Leclerc*.

element er nemlig en forutsetning for at reglene om fri bevegelighet i det hele tatt skal komme til anvendelse.²⁰²

I motsetning til i *Veronica* og *TV10* fremkommer det ikke uttrykkelig av misbruksvurderingen i *Leclerc*, *Milk Marque* eller *DocMorris* hva som er det kritikkverdige ved reimporteringen, og det stilles ingen krav til formålene den nasjonale lovgivningen som omgås må forfølge. Til forskjell fra *Van Binsbergen* mv. og *Emsland-Stärke* mv. krever *Leclerc*-vilkårene med andre ord ikke at bruken av reglene om fri bevegelighet må være i strid med formålet til TEUV artikkel 34. *Leclerc* er med det et vesentlig brudd med de andre avgjørelsene om misbruk av reglene om fri bevegelighet. Det underbygger påstanden om at *Van Binsbergen* mv. og *Emsland-Stärke* mv. på den ene side, og *Leclerc* mv. på den andre side, regulerer to ulike situasjoner. Når vilkårene for misbruk som følger av *Leclerc*, *Milk Marque* og *DocMorris* er oppfylt er det ikke nødvendig å ta stilling til hva som er kritikkverdig eller hvilke formål den nasjonale lovgivningen forfølger, fordi reglene om fri bevegelighet ikke kommer til anvendelse i det hele tatt. Dette kan forklare at domstolens konklusjon i de tre avgjørelsene er at tiltak som i utgangspunktet ble ansett for å ha tilsvarende virkning som kvantitative importrestriksjoner, ble ansett som lovlige uten en vurdering av hvilke legitime formål lovgivningen forfulgte.

Den egentlige forskjellen mellom vilkårene i *Van Binsbergen* og *Leclerc* på den ene side, og *Emsland-Stärke* på den andre, er hensikten: Å bruke reglene om fri bevegelighet i strid med deres formål for å omgå nasjonal lovgivning (*Van Binsbergen* og *Leclerc*), eller å oppnå en uberettiget fordel fra en EU-rettslig bestemmelse ved å bruke denne i strid med dens formål, uten å omgå nasjonal lovgivning (*Emsland-Stärke*).²⁰³ Forskjellen mellom det som etter mitt syn er to ulike formuleringer av det samme objektive vilkåret, avhengig av hva slags misbruk det er snakk om, har imidlertid

²⁰² Fredriksen og Mathisen (2018) s. 93–94. Se nærmere i punkt 2.7.2.

²⁰³ Kamanabrou (2018) s. 534 tar til orde for at det finnes to forskjellige former for misbruk i EU-domstolens praksis, og skiller mellom avgjørelser som gjelder henholdsvis «the inappropriate use of national law with the help of EU law», og «the inappropriate use of a provision of EU law». Se også Vogenauer (2011) s. 525–530 og Lenaerts (2010) s. 1133.

betydning for hva som blir vurderingstemaet i vurderingen av om det subjektive vilkåret er oppfylt, og for rettsvirkningene av misbruket.²⁰⁴

Likheten mellom vilkårene i *Van Binsbergen* mv. på den ene side og *Emsland-Stärke* mv. på den andre, bekrefter at det avgjørende for hvilke vilkår som kommer til anvendelse er om det foreligger et grenseoverskridende element, og ikke hva slags misbrukshensikt det er snakk om. Hva gjelder avgjørelsene om misbruk av reglene om fri bevegelse for varer er derfor skillet mot tilfeller der spørsmålet er om det i det hele tatt foreligger et grenseoverskridende element viktigere enn skillet mellom bruk av reglene om fri bevegelse for å omgå nasjonal lovgivning (*Van Binsbergen* mv. og *Leclerc* mv.) og bruk av EU-rettslige bestemmelser om fri bevegelse i strid med deres formål, uten at det innebærer omgåelse av nasjonal lovgivning (*Emsland-Stärke* mv.). I det første tilfellet kommer *Leclerc*-vilkårene til anvendelse. For spørsmål om misbruk er det, uavhengig av hensikten, *Emsland-Stärke*-vilkårene som kommer til anvendelse.²⁰⁵ Som punkt 2.4–2.7 vil vise, er vilkårene fra *Emsland-Stärke* sentrale også for misbruk av de øvrige frihetene.

2.3.5 Negativ tilnærming: Hvor praktisk er misbruk av reglene om fri bevegelse for varer?

Gjennomgangen ovenfor har vist at det er få avgjørelser om misbruk av EØS-relevante regler om fri bevegelse for varer. Avgjørelsene som finnes illustrerer at det går an å misbruke reglene, men reiser også spørsmål om hvor praktisk det er.

Det er langt flere traktatbestemmelser om fri bevegelse for varer enn tjenester, men misbruk har bare vært anført i forbindelse med TEUV

²⁰⁴ I samme retning De Broe (2008) s. 768 hva gjelder det subjektive vilkåret. Jeg mener derfor at det er mer hensiktsmessig å omtale det som et skille mellom hva slags misbrukshensikt som foreligger, heller enn et skille mellom ulike former for misbruk, se nærmere i punkt 2.7.4.3 og 3.1.

²⁰⁵ Også Vogenauer (2011) s. 529–530, Engsig Sørensen (2006) s. 451, Lenaerts (2010) s. 1134, De Broe (2008) s. 768 og 790–791 og Tridimas (2011) s. 191 er av den oppfatning at *Emsland-Stärke*-vilkårene kommer til anvendelse uavhengig av «type» misbruk. Se nærmere i punkt 2.7.2 om forholdet mellom misbruk og kravet til et grenseoverskridende element.

artikkel 34 om tiltak med tilsvarende virkning som kvantitative importrestriksjoner.²⁰⁶ Det er vanskelig å se for seg hvordan en privatperson eller et selskap skal misbruke forbudet mot toll i EØS-avtalen artikkel 10 eller bestemmelsen om statlige handelsmonopoler i artikkel 16. Disse bestemmelsene er det mer praktisk at myndighetene misbruker. Deler av forklaringen kan derfor ligge i de rettighetene og pliktene traktatbestemmelsene om fri bevegelse for varer gir anvisning på: Bestemmelsene er forbudsbestemmelser med tilhørende rettigheter som i liten grad er egnet til å misbrukes av privatpersoner eller selskaper.

De tre avgjørelsene der EU-domstolen vurderer misbruk av TEUV artikkel 34 for å omgå nasjonal lovgivning er ekstremtilfeller. Det kan skyldes at mer typiske tilfeller av bruk av reglene om fri bevegelse for å omgå nasjonal lovgivning, som eksemplet til Oliver m.fl. der produksjonen av varer flyttes til en annen medlemsstat for å omgå nasjonal lovgivning,²⁰⁷ reiser spørsmål om misbruk av etableringsfriheten og ikke reglene om fritt varebytte. Det gjør at de eneste tilfellene der misbruk av reglene om fritt varebytte for å omgå nasjonal lovgivning er aktuelt, er ekstremtilfellene der det grenseoverskridende elementet er fraværende. *Leclerc* og *Milk Marque* er eksempler på det. Deler av forklaringen på manglende praksis omkring misbruk av reglene om fri bevegelse for varer kan derfor ligge i grensedragningene mellom de ulike frihetene.

I tilfeller der reglene om fri bevegelse for varer kommer til anvendelse, har omfattende bruk av felles eller harmoniserte varereguleringer en tosidig påvirkning på hvor praktisk misbruk er: Harmonisering innebærer på den ene side at avtalestatenes lovgivning blir lik, og da blir bruk av reglene om fri bevegelse for varer til å omgå nasjonal lovgivning mindre aktuelt.²⁰⁸ Omfattende bruk av felles lovgivning gjør samtidig misbruk i *Emsland-Stärke*-formen, dvs. å bringe seg inn under anvendelsesområdet til EU-rettslige bestemmelser for å oppnå en

²⁰⁶ EØS-avtalens del II om det frie varebytte er delt i fem kapitler med til sammen 19 artikler. Reglene om fri bevegelse for tjenester er til sammenligning fordelt på fire artikler.

²⁰⁷ Se Oliver m.fl. (2010) s. 156.

²⁰⁸ Weber (2005) s. 163.

uberettiget fordel i strid med reglens formål, mer praktisk.²⁰⁹ *Cremer, General Milk, Emsland-Stärke* og etterfølgende avgjørelser bekrefter det. Som redegjørelsen i punkt 2.3.3 illustrerer, har imidlertid denne formen for misbruk av reglene om fritt varebytte vært mest praktisk for sekundærlovgivning som ikke er EØS-relevant.²¹⁰ Det må ses i lys av at EØS-avtalen ikke omfatter EUs felles tollunion eller EUs felles marked for landbruksvarer, som er områder der bl.a. refusjonsordninger er svært praktisk, og dermed også misbruk av disse. Deler av forklaringen kan derfor ligge i den omfattende harmoniseringen av avtalestatenes varereguleringer, samt begrensninger i EØS-avtalens saklige virkeområde.

2.4 Fri bevegelse for juridiske personer

2.4.1 Introduksjon

Reglene om fri bevegelse for juridiske personer – etableringsfriheten – sikrer at selskaper og selvstendig næringsdrivende kan utøve stabil og vedvarende økonomisk virksomhet i andre EØS-stater.²¹¹ Reglene følger av EØS-avtalen artikkel 31–35, som tilsvarer TEUV artikkel 49–55.²¹² Den sentrale forskjellen mellom etableringsfriheten og tjenestefriheten er at etableringsfriheten forutsetter at aktiviteten i vertsstaten er varig eller fast.²¹³ Det innebærer at etableringsreglene kommer til anvendelse der foretaket flyttes til eller opprettes i en annen EØS-stat.²¹⁴ Etable-

²⁰⁹ Weber (2011) s. 400.

²¹⁰ *Emsland-Stärke* og etterfølgende avgjørelser gjelder alle misbruk av bestemmelser i forordninger. Det må forstås i lys av at forordninger er den foretrukne formen for sekundærlovgivning ved gjennomføringen av EUs felles landbrukspolitikk, se Sejersted m.fl. (2011) s. 53.

²¹¹ Sejersted m.fl. (2011) s. 389.

²¹² Sakene som presenteres her er avgjort etter de tilsvarende bestemmelsene i EF-traktaten art. 52–58, som videreført i art. 43–48 EF etter endringene Amsterdam-traktaten medførte, eller etter sekundærlovgivning med hjemmel i disse.

²¹³ Einarsson (2018) s. 403–404 og Sejersted m.fl. (2011) s. 392, under henvisning til C-55/94 *Gebhard* avsn. 25. Se til sammenligning anvendelsesområdet til reglene om fri bevegelse for tjenester i punkt 2.2.1.

²¹⁴ Sejersted m.fl. (2011) s. 393.

ringsreglene kommer også til anvendelse når fysiske personer flytter til en annen EØS-stat som selvstendig næringsdrivende, og ikke har et underordningsforhold til en arbeidsgiver.²¹⁵

Det er omfattende rettspraksis knyttet til misbruk av etableringsfriheten, og *Centros*-avgjørelsen er det utvilsomme omdreiningspunktet. Spørsmålet i det følgende er derfor hvilken betydning *Centros* har for spørsmålet om hvor grensen mellom bruk og misbruk av etableringsfriheten går – ved omgåelse av nasjonal selskapslovgivning, som *Centros* gjelder (punkt 2.4.2), og andre utvalgte områder²¹⁶ – her valg av etableringsstat for virksomheter som utstasjonerer arbeidstakere (punkt 2.4.3), omgåelse av nasjonal skattelovgivning (punkt 2.4.4) og omgåelse av nasjonale krav til yrkeskvalifikasjoner (punkt 2.4.5). Dette danner grunnlaget for en sammenfatning av hva misbruk av etableringsfriheten er (punkt 2.4.6), og det mer overordnede spørsmålet om hvilken betydning *Centros* har for grensen mellom bruk og misbruk av de øvrige frihetene (punkt 2.7).

2.4.2 Utgangspunktet: Omgåelse av selskapslovgivning

I *Centros* ville det danske ekteparet Bryde registrere en filial av sitt britisketablerte selskap *Centros Ltd* i Danmark. Selskapet drev ingen virksomhet i Storbritannia. Danske myndigheter nektet å registrere det som en dansk filial av et utenlandsk foretak, fordi det ville være en måte å omgå dansk selskapslovgivning, først og fremst minstekravet til aksjekapital. Minstekravet til aksjekapital var begrunnet i hensynet til beskyttelse av offentlige og private kreditorer og medkontrahenter, og

²¹⁵ Einarsson (2018) s. 404–405 og Sejersted m.fl. (2011) s. 395.

²¹⁶ Det er svært mange avgjørelser om misbruk av etableringsfriheten, og det ville sprengte rammene for denne fremstillingen å behandle alle her. Avgjørelsene som omtales er valgt på bakgrunn av EØS-relevans, og i hvor stor grad uttalelsene i avgjørelsene bidrar til å klarlegge hva misbruk av etableringsfriheten er.

bekjempelse av konkursrytteri.²¹⁷ Britisk selskapslovgivning oppstilte på den annen side ingen krav til minste aksjekapital.²¹⁸

I likhet med i *Knoors* avfeier domstolen påstanden om at reglene om fri bevegelighet ikke kommer til anvendelse fordi det mangler et grenseoverskridende element.²¹⁹ Rekkevidden til etableringsfriheten er derfor større enn rekkevidden til reglene om fritt varebytte, der EU-domstolen i nokså parallelle tilfeller til *Centros* i *Leclerc* og *Milk Marque* fant at reglene om fri bevegelighet ikke kom til anvendelse i det hele tatt. På samme måte som i *Leclerc* mv. kan man sette spørsmålsteget ved hvor reelt det grenseoverskridende elementet er i *Centros*. Fordi det forelå et grenseoverskridende element, blir spørsmålet om det har betydning for etableringsfrihetens anvendelighet at ekteparet Bryde gjør den gjeldende for å omgå dansk selskapslovgivning, først og fremst det danske minstekravet til aksjekapital. I likhet med i *Van Binsbergen* mv. er det et spørsmål om bruk av reglene om fri bevegelighet for å omgå nasjonal lovgivning innebærer misbruk.

Under henvisning til tidligere omtalte avgjørelser som *Van Binsbergen*, *Knoors*, *Veronica*, *TV10* og *Leclerc*, er EU-domstolens utgangspunkt at det følger av dens praksis at «en medlemsstat har ret til at træffe foranstaltninger, der skal hindre, at visse af dens statsborgere gennem misbrug af de ved traktaten indrømmede muligheder forsøger at unddrage sig deres egen nationale lovgivning, og at borgerne ikke på svigagtig vis eller med henblik på misbrug kan gøre fællesskabsbestemmelserne gældende».²²⁰ Uttalelsen tar opp i seg de to forskjellige formene for misbrukshensikt som ble skissert i punkt 2.3.2–2.3.4 om misbruk av reglene om fritt varebytte: Omgåelse av nasjonal lovgivning, og bruk av EU-rettslige bestemmelser for å oppnå en uberettiget fordel i strid med reglenes formål,

²¹⁷ C-212/97 *Centros* avsn. 7, 12 og 32. Etter dansk selskapslovgivning måtte selskapet ha DKK 200.000 i aksjekapital, se avsn. 7 i avgjørelsen. Etter lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper (aksjeloven) § 3-1 (1) kreves det aksjekapital på NOK 30 000 for å stifte et aksjeselskap i Norge.

²¹⁸ C-212/97 *Centros* avsn. 3.

²¹⁹ Ibid. avsn. 16–18, sml. 115/78 *Knoors*, behandlet i punkt 2.2.2. Se Sejersted m.fl. (2011) s. 396 og Edwards og Farmer s. 210–211.

²²⁰ C-212/97 *Centros* avsn. 24. Formuleringen er tilsvarende i engelsk og svensk versjon av avgjørelsen.

uten at det innebærer omgåelse av nasjonal lovgivning. Uttalelsene i *Centros* har vært ansett som forløperen til fellesvilkårene for misbruk som ble oppstilt i *Emsland-Stärke* året etterpå.²²¹

Domstolen sier videre at «[u]nder sådanne omstendigheter kan de nationale domstole på grundlag af objektive elementer tage misbrug eller svigagtig adfærd i betragtning som grundlag for i konkrete tilfælde at afvise, at vedkommende kan drage fordel af de påberåbte fællesskabsretlige forskrifter, men de skal ved vurderingen af sådan adfærd også tage hensyn til de formål, der forfølges med de pågældende forskrifter».²²² Formuleringen er en kombinasjon av vilkårene for å konstatere misbruk av reglene om fri bevegelse for tjenester og varer: Etter både *Van Binsbergen mv.* og *Emsland-Stärke mv.* er det et vilkår at den tiltenkte bruken må være i strid med formålet til den EU-rettslige bestemmelsen som forsøkes brukt. I forslaget til avgjørelse i *TV10* tok generaladvokat Lenz til orde for at vurderingen av om det foreligger misbrukshensikt bør skje på grunnlag av objektive elementer, noe som ble fulgt opp i både *Leclerc mv.* og senere i *Emsland-Stärke*. At misbruk må konstateres i konkrete tilfeller er i tråd med tidligere praksis, noe særlig en sammenligning av *Veronica* og *TV10* på den ene side og *Flemish Cable Network* på den annen side illustrerer. Basert på *Van Binsbergen*-vilkårene har flere hevdet at *Centros* fremsto som et klassisk tilfelle av misbruk.²²³ Ekteparets virksomhet var utelukkende rettet mot Danmark (det objektive vilkåret), og siktemålet med å bruke etableringsfriheten var å omgå dansk lovgivning (det subjektive vilkåret). Enkelte mener derfor at resultatet i *Centros* var overraskende.²²⁴

Domstolen påpeker at formålet med å etablere *Centros* i Storbritannia var å omgå «bestemmelser om stiftelse af selskaber», og ikke bestemmelser

²²¹ Vogenauer (2011) s. 529. Dommen i *Centros* falt 9. mars 1999, mens *Emsland-Stärke* falt 14. desember 2000.

²²² C-212/97 *Centros* avsn. 25. Formuleringen er tilsvarende i engelsk og svensk versjon av avgjørelsen.

²²³ Se f.eks. de la Feria (2008) s. 406, Kjellgren (2000) s. 186, Ringe (2011) s. 109–110 og Dashwood m.fl. (2011) s. 568.

²²⁴ de la Feria (2008) s. 406 og Lenaerts (2010) s. 1133.

om «udøvelse af bestemte former for erhvervsmæssig virksomhed».²²⁵ Det kunne etter domstolens syn «ikke i sig selv udgøre et misbrug af etableringsretten», fordi «[t]raktatens bestemmelser om etableringsfrihed har [...] netop til formål at sætte selskaber, der er stiftet i overensstemmelse med en medlemsstats lovgivning, og hvis vedtægtsmæssige hjemsted, hovedkontor eller hovedvirksomhed er beliggende inden for Fællesskabet, i stand til at udøve virksomhed i andre medlemsstater gennem et agentur, en filial eller et datterselskab». At ekteparet Bryde hadde etablert Centros i Storbritannia for å omgå det danske minstekravet til aksjekapital var ikke et misbruk av etableringsfriheten, selv om Centros var etablert i Storbritannia fordi lovgivningen der var den «mindst byrdefulde».²²⁶ Det skyldes, slik som resultatet i *VT4*, at vilkårene for misbruk er kumulative.²²⁷

Flere tar resultatet i *Centros* til inntekt for at EU-domstolen går tilbake på uttalelsene i *Van Binsbergen* mv. hva gjelder vilkårene for og rekkevidden til en lære om misbruk.²²⁸ Det er jeg ikke enig i. At det objektive vilkåret fra *Van Binsbergen* (tjenesteyterens virksomhet må være helt eller fortrinnsvis rettet mot det landet hvis nasjonal lovgivning den omgår ved bruk av reglene om fri bevegelighet) erstattes av det objektive vilkåret fra *Emsland-Stärke* (formålet med bestemmelsen er ikke oppnådd), har ingen materiell betydning. Allerede i *Van Binsbergen* oppstilte domstolen et krav om at bruken må være i strid med reglene om fri bevegelighet for å være misbruk. Utover å fastsette at det må foreligge en omgåelse av nasjonal lovgivning, som er en forutsetning for spørsmålet om omgåelse av nasjonal lovgivning kan innebære misbruk, har ikke det objektive vilkåret fra *Van Binsbergen* noen selvstendig betydning. Ser man nærmere på forskjellene mellom de tidligere avgjørelsene og *Centros* er det etter

²²⁵ I engelsk versjon «rules concerning the carrying on of certain trades, professions or businesses».

²²⁶ C-212/97 *Centros* avsn. 26–27. Synspunktene er fulgt opp i den nyere *Polbud*-avgjørelsen, som også gjelder omgåelse av mindre fordelaktig selskapslovgivning i én stat (Polen), ved å registrere selskapet i en annen stat enn den der selskapets virksomhet drives fra (Luxembourg), se C-106/16 *Polbud* avsn. 40.

²²⁷ Se punkt 2.2.4. I samme retning Vogenauer (2011) s. 537, De Broe (2008) s. 786–787 og Schammo (2008) s. 368.

²²⁸ Se f.eks. de la Feria (2008) s. 407, Lenaerts (2010) s. 1133 og Barnard (2019) s. 416.

mitt syn fire avgjørende ulikheter mellom *Centros* og avgjørelser som *Veronica* og *TV10*, som kan forklare resultatet i *Centros* og som innebærer at det er forenlig med de tidligere avgjørelsene om misbruk: Formålet med den påberopte friheten,²²⁹ forhold ved den nasjonale lovgivningen som forsøkes omgått, tiltaket avtalestaten ønsker å iverksette for å bekjempe det påståtte misbruket og de anførte begrunnelsene for å slå ned på det.

Hva gjelder de to første poengene – formålet med den påberopte friheten og den nasjonale lovgivningen som forsøkes omgått – synes EU-domstolen å legge avgjørende vekt på at ekteparet Bryde forsøker å omgå danske regler om selskapsdannelse, til forskjell fra bestemmelser om «udøvelse af bestemte former for erhvervsmæssig virksomhed».²³⁰ Domstolen etablerer med dette et skille mellom omgåelse av det man kan kalle «statuskrav», dvs. nasjonale krav til selskapsdannelse, og «adferdskrav», som på den annen side er nasjonale krav til selskapets adferd i markedet, eksempelvis overholdelse av nasjonal arbeidslovgivning.²³¹ Omgåelse av nasjonale regler om selskapsdannelse er ikke egnet til å utgjøre misbruk av etableringsfriheten, fordi formålet med etableringsfriheten er at selskaper skal kunne drive virksomhet i andre EØS-stater enn etableringsstaten.²³² Bruk av etableringsfriheten i tråd med dens primære formål kan ikke være misbruk.²³³

Det ekteparet Bryde søkte å oppnå var i kjernen av formålet med etableringsfriheten.²³⁴ Da kan aldri det objektive vilkåret om at omgåelsen må være i strid med formålet til den EU-rettslige bestemmelsen som

²²⁹ I samme retning generaladvokat Stix-Hackls forslag til avgjørelse i C-452/04 *Fidium Finanz* avsn. 91 og 92.

²³⁰ C-212/97 *Centros* avsn. 26.

²³¹ I samme retning Broberg og Holst-Christensen (2014) s. 796 og Szydlo (2018) s. 1567–1568. Se nærmere i punkt 2.4.3 om bruk av etableringsfriheten for å omgå nasjonale krav til lønns- og arbeidsvilkår. Sejersted m.fl. (2011) s. 293 fremholder at det samme skillet mellom «nasjonale tiltak som regulerer *adgangen* til markedet på den ene side, og tiltak som gjelder den nærmere *utøvelsen* av økonomisk virksomhet når man først har fått markedsadgang, på den annen» kan ha betydning for hvor strengt forbudet mot restriksjoner på frihetene er.

²³² C-212/97 *Centros* avsn. 26.

²³³ Engsig Sørensen (2006) s. 445. I samme retning Broberg og Holst-Christensen (2014) s. 796 og Behrens (2000) s. 133–134.

²³⁴ Barnard (2019) s. 417, Cerioni (2010) s. 791 og Sejersted m.fl. (2011) s. 410.

brukes være oppfylt.²³⁵ Antakelig må konklusjonen om at det forelå et grenseoverskridende element i saken forstås i lys av dette.²³⁶ Omgåelsene i *Veronica* og *TV10* var egnet til å slå ned på som misbruk fordi de knyttet seg til nasjonale rettsregler som ikke befinner seg i kjernen av tjenestefrihetens formål, reglene hadde et mer begrenset anvendelsesområde (i begge sakene et forbud mot å drive kommersiell radio- og fjernsynsvirksomhet), og konsekvensene av å karakterisere tilfellene som misbruk var mindre vidtrekkende enn i *Centros*.²³⁷ *Centros* gir med det anvisning på at det er avgjørende hva slags nasjonal lovgivning som omgås.²³⁸ Når domstolen eksplisitt peker på at *Centros* ikke gjelder omgåelse av nasjonal lovgivning som regulerer bestemte former for næringsvirksomhet, reiser det spørsmål om domstolen er mer tilbøyelig til å konstatere misbruk ved omgåelse av lovgivning som regulerer adferd og ikke statuskrav for selskapsdannelse. Det er tema for punkt 2.4.3–2.4.5 nedenfor.

Hva gjelder de to andre poengene – tiltakene Danmark ville iverksette for å bekjempe omgåelsen av dansk lov og de anførte begrunnelsene for å slå ned på det – påpeker EU-domstolen at en registreringsnektelse ikke er et egnet eller nødvendig tiltak for å beskytte kreditorer og medkontrahenter, eller for å bekjempe konkursrytteri, som var de anførte hensynene.²³⁹ Dette er imidlertid ikke til hinder for å «træffe enhver foranstaltning, som er egnet til at hindre svigagtige forhold, eller som består i, at der kan pålægges sanktioner i anledning af sådanne forhold».²⁴⁰ Avtalestatene står derfor fritt til å iverksette andre egnede og nødvendige tiltak mot misbruk, som i mindre grad enn en registreringsnektelse gjør inngrep i etableringsfrihetens kjerne, og som ikke innebærer å gjøre all nasjonal selskapslovgivning gjeldende overfor utenlandske selskaper.²⁴¹

²³⁵ I samme retning Weber (2005) s. 169.

²³⁶ Sejersted m.fl. (2011) s. 396.

²³⁷ Kjellgren (2000) s. 191.

²³⁸ Engsig Sørensen (2015) s. 91–93, Cerioni (2010) s. 792 og De Broe (2008) s. 784.

²³⁹ C-212/97 *Centros* avsn. 32 og 34–37. Se nærmere i punkt 3.3 om dette.

²⁴⁰ *Ibid.* avsn. 38.

²⁴¹ Craig og de Búrca (2015) s. 813.

Som eksempel nevner domstolen at kreditorenes interesser kan ivaretas gjennom garantikrav.²⁴²

EU-domstolen påpeker samtidig at man «på ethvert tidspunkt kan foretage en yderligere harmonisering».²⁴³ Dersom avtalestatene enes om ytterlige harmonisering av, i dette tilfellet selskapslovgivningen, er det ikke lenger noen nasjonal lovgivning å omgå. Situasjonen i *Centros* illustrerer at de to rettslige virkemidlene for realisering av et fritt indre marked har ulik virkning på spørsmålet om misbruk. «Negativ integrasjon», dvs. forbud mot handelshindringer, som traktatbestemmelsene er eksempler på, kan legge til rette for omgåelse av nasjonal lovgivning, i *Centros* fordi etableringsfriheten hindrer Danmark i å gjøre sin strengere selskapslovgivning gjeldende overfor selskapet.²⁴⁴ For å unngå omgåelser av nasjonal lovgivning må avtalestatene ta i bruk det andre virkemiddelet – «positiv integrasjon» – som innebærer å positivt legge til rette for fri bevegelighet, typisk ved vedtakelse av sekundærlovgivning som harmoniserer avtalestatenes lovgivning.²⁴⁵ Positiv integrasjon er derfor et virkemiddel mot privatpersoners og selskapers misbruk av reglene om fri bevegelighet, fordi det minsker forskjellene mellom avtalestatenes lovgivning. Den mest ekstreme formen for positiv integrasjon – totalharmonisering – utelukker omgåelse av mindre fordelaktig nasjonal lovgivning fullstendig, fordi avtalestatenes lovgivning da er identisk.²⁴⁶

Uttalelsene fra *Centros* ble fulgt opp i *Inspire Art*, som hadde sitt opphav i et nederlandsk krav om at utenlandske selskaper som utelukkende drev virksomhet i Nederland måtte tilføye en særskilt betegnelse i selskapsnavnet for å kunne registreres i det nederlandske handelsregisteret. Registreringen medførte at en rekke bestemmelser i nederlandsk selskapslovgivning kom til anvendelse overfor selskapene, bl.a. et minstekrav til aksjekapital.²⁴⁷ EU-domstolen ble spurt om registreringskravet,

²⁴² C-212/97 *Centros* avsn. 37.

²⁴³ *Ibid.* avsn. 28.

²⁴⁴ de la Feria (2008) s. 407–408. Se Sejersted m.fl. (2011) s. 61 og Schütze (2018) s. 491.

²⁴⁵ Sejersted m.fl. (2011) s. 61 og Schütze (2018) s. 491. Engsig Sørensen (2006) s. 459 fremhever også harmonisering som et virkemiddel mot misbruk.

²⁴⁶ Se Barnard (2019) s. 585 om totalharmonisering.

²⁴⁷ C-167/01 *Inspire Art* avsn. 2, 36 og 100.

og å gjøre nederlandsk selskapslovgivning gjeldende overfor utenlandske selskaper, var i strid med etableringsfriheten. Som begrunnelse for at etableringsfriheten ikke var til hinder for den nederlandske lovgivningen anførte nederlandske myndigheter bl.a. at registreringen av Inspire Art i Storbritannia var en omgåelse av nederlandsk selskapslovgivning, og dermed et misbruk av etableringsfriheten.²⁴⁸

Domstolen opprettholder tilnærmingen fra *Centros* om at det ikke er tilstrekkelig for å konstatere misbruk at Inspire Art er etablert i Storbritannia for å omgå nederlandsk selskapslovgivning, selv om all virksomhet foregår i Nederland,²⁴⁹ og legger vekt på to forhold når den konkluderer med at det ikke foreligger et misbruk. Reglene som omgås i *Inspire Art* gjelder, i likhet med i *Centros*, ikke «selskabets erhvervs-mæssige virksomhed i Nederlandene»,²⁵⁰ men nederlandske krav for å oppnå selskapsstatus. Omgåelsen kan ikke slås ned på som misbruk, fordi valgfrihet med hensyn til etableringsstat befinner seg i kjernen av det etableringsfriheten skal legge til rette for.²⁵¹ For det andre må misbruk konstateres i enkelttilfeller, og den nederlandske lovgivningen er i denne sammenheng for generell.²⁵² Kriteriet for at registreringskravet og nederlandsk lovgivning skulle komme til anvendelse overfor utenlandske selskaper var at de utelukkende drev virksomhet i Nederland. *Flemish Cable Network* og *Centros* etablerer i denne sammenheng at det ikke kan slås generelt ned på antatt misbruk.

Slutningene som kan trekkes fra *Centros* og *Inspire Art* lest i sammenheng er at bruk av etableringsfriheten for å etablere seg i landet med mest fordelaktig lovgivning ikke i seg selv er et misbruk av etableringsfriheten, og at det skal svært mye til og fremstår som tilnærmet umulig å få medhold i at omgåelse av nasjonal lovgivning som regulerer statuskrav

²⁴⁸ Ibid. avsn. 86.

²⁴⁹ Ibid. avsn. 95, 96 og 120.

²⁵⁰ Ibid. avsn. 121.

²⁵¹ Ibid. avsn. 121 og 136–139. I samme retning Schammo (2008) s. 368.

²⁵² C-167/01 *Inspire Art* avsn. 120.

til selskaper er et misbruk av etableringsfriheten.²⁵³ Tilnærmingen til misbruk av etableringsfriheten fremstår som vesentlig strengere enn i *Van Binsbergen* mv., men i denne sammenheng er en sentral nyanse at *Veronica* og *TV10* begge gjaldt omgåelse av nasjonal lovgivning som forfulgte formål som domstolen hadde anerkjent som legitime i tidligere avgjørelser. Reglene som ble omgått i *Centros* og *Inspire Art* virket på den annen side begrensende på selve formålet med etableringsfriheten. Det er derfor formålet med etableringsfriheten (det objektive vilkåret for misbruk) som gjør at resultatet i *Centros* og *Inspire Art* blir et annet enn i *Veronica* og *TV10*, og ikke en kursendring fra domstolens side.²⁵⁴ Avgjørelsene reiser samtidig spørsmål om det finnes et skille mellom tilfeller som *Centros* og *Inspire Art* på den ene side, og omgåelse av nasjonal lovgivning om «udøvelse af bestemte former for erhvervsmæssig virksomhed» på den annen.²⁵⁵

Med dette som utgangspunkt er spørsmålet i det følgende om EU-domstolens tilnærming til valg av etableringsstat for virksomheter som utstasjonierer arbeidstakere (punkt 2.4.3), omgåelse av nasjonal skattelovgivning (punkt 2.4.4) og omgåelse av nasjonale krav til yrkeskvalifikasjoner (punkt 2.4.5) skiller seg fra *Centros* og *Inspire Art*.

2.4.3 Fra *Centros* til virksomheters valg av etableringsstat ved utstasjonering av arbeidstakere

Utsendingsdirektivet regulerer adgangen til midlertidig utstasjonering av arbeidstakere i andre medlemsstater for å utføre arbeid der.²⁵⁶

²⁵³ I samme retning Klefstad (2019) s. 85 og 87. *Centros* og *Inspire Art* har sitt opphav i lempeligere selskapslovgivning i Storbritannia, en problematikk som i likhet med norske og svenske myndigheters ønske om å stanse reklame fra landet (se punkt 2.2.4), kan finne sin løsning i Storbritannias uttreden fra EU og EØS. Domstolens uttalelser i *Centros* og *Inspire Art* er fulgt opp i den nyere *Polbud*-avgjørelsen, C-106/16, se Szydło (2018) s. 1560.

²⁵⁴ I motsatt retning Barnard (2019) s. 416 og de la Feria (2008) s. 407.

²⁵⁵ C-212/97 *Centros* avsn. 26 og C-167/01 *Inspire Art* avsn. 121.

²⁵⁶ Punkt 3 i fortalet til direktiv 96/71/EF (utsendingsdirektivet). Direktivet er innlemmet i EØS-avtalens vedlegg XVIII (Helse og sikkerhet på arbeidsplassen, arbeidsrett og lik behandling av menn og kvinner).

Arbeidstakerne jobber i én stat, men er ansatt i og utstasjonert fra en annen stat.²⁵⁷ Det er lovgivningen i etableringsstaten til virksomheten de utstasjonerte arbeidstakerne er ansatt i som kommer til anvendelse.²⁵⁸ Direktivet åpner for at virksomheter kan velge å etablere seg i stater med dårligere arbeidsvilkår enn den arbeidstakerne utfører arbeid i.²⁵⁹ Artikkel 3 (1) regulerer lønns- og arbeidsvilkår som må tilsvare lovgivningen i det landet arbeidstakerne er utstasjonert til, bl.a. krav til arbeidstid, HMS og minstelønn. Bestemmelsen stiller ingen krav til eksempelvis de utstasjonerte arbeidstakernes oppsigelsesvern.²⁶⁰ Sterkt oppsigelsesvern og gunstige trygdeordninger for arbeidstakerne er eksempler på arbeidstakerrettigheter som kan omgås ved å etablere den utstasjonierende virksomheten i land med svakere vern av arbeidstakere.

I et arbeidsdokument fra Europakommisjonen som var vedlagt forslaget om vedtakelse av et håndhevingsdirektiv til utsendingsdirektivet,²⁶¹ ble bruk av «postkassevirksomheder» særlig fremhevet som et mulig «misbruk» av utstasjoneringsreglene.²⁶² Europakommisjonen pekte i denne forbindelse på at «[f]or at unddrage sig eller omgå beskæftigelseslovgivningen eller lovgivningen om social sikring kan skruppelløse arbejdsgivere rette deres transaksjoner vedrørende udstationering af arbejdstagere udelukkende mod markedet i en anden medlemsstat uden i virkeligheden at have nogen relevant økonomisk aktivitet i det land, hvor de formelt er registreret».²⁶³ Artikkel 4 i håndhevingsdirektivet til utsendingsdirektivet heter derfor «Identifisering av reell utsending og forebygging av misbruk og omgåelse». Bestemmelsen gir momenter

²⁵⁷ Utsendingsdirektivet art. 1 (1) og 2 (1).

²⁵⁸ Punkt 8 i fortalet til utsendingsdirektivet.

²⁵⁹ Fordi poenget her er den utstasjonierende virksomhetens bruk av reglene om fri bevegelighet til å velge etableringsstat behandles temaet som et spørsmål om misbruk av reglene om fri bevegelighet for juridiske personer, selv om selve utstasjoneringen av arbeidstakere reguleres av tjenestefriheten.

²⁶⁰ Barnard (2011) s. 94.

²⁶¹ Direktiv 2014/67/EU (håndhevingsdirektivet til utsendingsdirektivet). Direktivet er innlemmet i EØS-avtalens vedlegg XVIII (Helse og sikkerhet på arbeidsplassen, arbeidsrett og lik behandling av kvinner og menn).

²⁶² SWD (2012) 64 final s. 7.

²⁶³ Ibid.

til vurderingen av om den utstasjonierende virksomheten «utøver reell virksomhet av betydelig omfang, og ikke bare intern forvaltning og/eller administrasjon» i etableringsstaten.²⁶⁴

Europakommisjonens omtale av etablering av postkasseselskaper uten reell tilknytning til en stat for å kunne gi utstasjonerte arbeidstakere dårligere arbeidsvilkår som misbruk, og EU-lovgivers regulering av dette i håndhevingsdirektivet til utsendingsdirektivet, bekrefter at skillet som oppstilles i *Centros* mellom omgåelse av «bestemmelser om stiftelse av selskaper» og bestemmelser om «udøvelse af bestemte former for erhvervsmæssig virksomhed»²⁶⁵ er rettslig relevant. Mens etablering av postkasseselskaper i *Centros* og *Inspire Art* reiser spørsmål om omgåelse nasjonale minstekrav til aksjekapital, dvs. nasjonale krav for å oppnå selskapsstatus, reiser etablering av postkasseselskaper i land med dårligere arbeidsvilkår for å utstasjonere arbeidstakere derfra spørsmål om omgåelse av nasjonale krav til adferd, fordi selskapene gjennom valg av etableringsstat også omgår nasjonale reguleringer av arbeidstakeres rettigheter. Som det følger av *Centros* er formålet med etableringsfriheten at selskaper skal kunne drive virksomhet i andre stater enn etableringsstaten.²⁶⁶ Formålet med etableringsfriheten er imidlertid ikke å bruke den for å omgå krav til arbeidsvilkår i nasjonal lovgivning. Valg av etableringsstat ved utstasjonering av arbeidstakere med dette som siktemål kan derfor oppfylle det objektive vilkåret for misbruk fra *Emsland-Stärke*.

2.4.4 Fra *Centros* til omgåelse av skattelovgivning

Reglene om harmonisering av skatter og avgifter faller utenfor EØS-avtalens virkeområde,²⁶⁷ men traktatbestemmelsene om fri bevegelighet kommer likevel til anvendelse overfor skatte- og avgiftsrelaterte hindringer, fordi nasjonal skattelovgivning kan være et hinder for fri bevegelighet

²⁶⁴ Se håndhevingsdirektivet til utsendingsdirektivet art. 4 (2).

²⁶⁵ C-212/97 *Centros* avsn. 26.

²⁶⁶ Ibid.

²⁶⁷ Lyal (2016) s. 722 og Bull (2002) s. 58–59. Det betyr at sekundærlovgivning om skatter og avgifter ikke er EØS-relevant, og er bakgrunnen for at jeg ikke behandler sentrale avgjørelser som C-225/02 *Halifax*.

av både varer, tjenester, personer og kapital.²⁶⁸ Det gjør EU-domstolens praksis knyttet til omgåelse av nasjonal skattelovgivning EØS-relevant.²⁶⁹ I EØS-sammenheng er bruk av reglene om fri bevegelighet for å omgå nasjonal lovgivning om direktebeskatning, som omfatter bl.a. inntektsskatt for personer og bedrifter, formuesskatt og eiendomsskatt,²⁷⁰ mest interessant.²⁷¹ Det skyldes at det er lite sekundærlovgivning om direktebeskatning, som dermed reguleres av traktatbestemmelsene om fri bevegelighet, og som EØS-statene plikter å sørge for at nasjonal skattelovgivning ikke er til hinder for.²⁷² Regelverket for indirekte beskatning er i større grad harmonisert, og denne sekundærlovgivningen faller utenfor EØS-avtalens virkeområde.²⁷³ Avgjørelsene som presenteres her gjelder av den grunn omgåelse av nasjonal lovgivning om direktebeskatning.²⁷⁴

X og Y gjaldt en svensk lovbestemmelse som innebar at aksjeeiere som overdro aksjer til underpris til selskaper som enten var etablert i et annet land enn Sverige, og som aksjeeieren selv hadde eierandeler i, eller til et selskap etablert i Sverige med utenlandske eierinteresser, ikke kunne utsette beskatningen av kapitalgevinstene.²⁷⁵ Ved overdragelse til selskaper som var etablert i Sverige uten utenlandske eierinteresser,

²⁶⁸ Fredriksen og Mathisen (2018) s. 42 og Lyal (2016) s. 721. Eksempler er C-107/94 *Asscher* (arbeidstakere), C-294/97 *Eurowings* (tjenester), E-1/01 *Einarsson* (varer), E-1/04 *Fokus Bank* (kapital), C-196/04 *Cadbury Schweppes* (etablering). Avgjørelsene som presenteres i inneværende punkt er avsagt under henvisning til etableringsfriheten. For avgjørelser om skatterelaterte hindre for reglene om frie kapitalbevegelser, se punkt 2.5.3.

²⁶⁹ Sejersted m.fl. (2011) s. 279 og NOU 2016:5 s. 54.

²⁷⁰ Zimmer (2018) s. 26 og Regjeringen (2020c).

²⁷¹ Direkte skatter utgjorde i overkant av 70 prosent av samlede skatte- og avgiftsinntekter i Norge i 2019, se Regjeringen (2020c). En stor andel (omtrent 11 prosent av de totale skatteinntektene) var riktignok særskatt fra petroleumsvirksomhet, som reglene om fri bevegelighet vanskelig kan brukes for å omgå, se Prop. 1 LS (2019–2020) s. 36.

²⁷² Regjeringen (2018).

²⁷³ Sejersted m.fl. (2011) s. 279 og Regjeringen (2018). Indirekte skatter omfatter bl.a. merverdiavgift og toll, se Zimmer (2018) s. 26 og Regjeringen (2020d). EØS-samarbeidet omfatter verken det felles merverdiavgiftssystemet eller tollunionen.

²⁷⁴ Det siktes her til i utgangspunktet lovlig omgåelse av nasjonal skattelovgivning, og ikke tilfeller der det er gitt feilaktige opplysninger til skattemyndighetene (skattesvik), se lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven) § 378 og Zimmer (2018) s. 64–65. Avgrensningen er i tråd med skillet mellom misbruk og svik i punkt 1.1.

²⁷⁵ C-436/00 *X og Y* avsn. 2.

kunne beskatningen utsettes. Spørsmålet for EU-domstolen var om den svenske bestemmelsen var i strid med etableringsfriheten. I likhet med i *Centros* avfeier domstolen at det mangler et grenseoverskridende element.²⁷⁶ Under henvisning til *Centros* anførte det svenske Riksskatteverket derfor at etableringsfriheten ikke kunne komme til anvendelse når den eneste grunnen til at X og Y overdro aksjene til utenlandske selskaper var et ønske om å oppnå skattefordeler og de hadde «sterke skatteundragelsesmotiver».²⁷⁷

Domstolen tar utgangspunkt i adgangen til å slå ned på misbruk slik den ble formulert i *Centros*, men i likhet med i *Inspire Art* er det to årsaker til at det ikke foreligger et misbruk. For det første utelukket den svenske lovgivningen «kategorisk og generelt»²⁷⁸ at beskatningen av kapitalgevinster kunne utsettes der aksjer ble overdratt til selskaper etablert i andre land enn Sverige som aksjeeieren selv hadde eierandeler i, eller til et selskap etablert i Sverige med utenlandske eierinteresser. På samme måte som i *Inspire Art* kan ikke svenske myndigheter presumere at det foreligger et misbruk uten å foreta en konkret vurdering av omstendighetene i den enkelte sak.²⁷⁹ For det andre er vilkåret som avgjør om beskatningen kan utsettes eller ikke om et av de involverte selskapene, eller eierne deres, er etablert i en annen medlemsstat. Ifølge domstolen er det utelukket at det kan foreligge et misbruk av etableringsfriheten, fordi vilkåret «således angår selve udøvelsen af den etableringsfrihed, der er sikret i traktaten, og derfor ikke i sig selv kan udgøre et misbrug af etableringsretten».²⁸⁰ Heller enn å rette seg mot adferden i markedet retter også denne lovgivningen seg mot statuskrav,²⁸¹ fordi det avgjørende premisset for om den omtvistede bestemmelsen kom til anvendelse var etableringsstedet til de involverte selskapene og eierne deres.

²⁷⁶ Ibid. avsn. 33–34.

²⁷⁷ Ibid. avsn. 40–41.

²⁷⁸ Ibid. avsn. 43.

²⁷⁹ I samme retning Bullen (2005) s. 583–584.

²⁸⁰ C-436/00 *X og Y* avsn. 44.

²⁸¹ I samme retning Evers og de Graaf (2009) s. 290.

Cadbury Schweppes-avgjørelsen gjelder to datterselskaper i Cadbury Schweppes-konsernet, en sammenslutning av selskaper etablert i Storbritannia, andre medlemsstater og i land utenfor EU, som var etablert i Irland for å omgå bestemmelser om utenlandsk valuta i britisk skattelovgivning. Det medførte at britiske regler om «Controlled Foreign Companies» («CFC-lovgivning»), som innebærer at britiske selskaper som kontrollerer minst 25 % av et selskap i et land med vesentlig lavere skattesatser, underlegges løpende beskatning i Storbritannia av sin andel av overskuddet i det utenlandske selskapet, ble gjort gjeldende overfor Cadbury Schweppes.²⁸² Cadbury Schweppes anla sak mot britiske skattemyndigheter, og EU-domstolen ble spurt om den britiske CFC-lovgivningen var i strid med etableringsfriheten. Britiske skattemyndigheter mente at lovgivningen ikke kunne være et hinder for etableringsfriheten når datterselskapene var etablert i Irland for å omgå britisk skattelovgivning.²⁸³

Med utgangspunkt i *Centros* gjentar EU-domstolen at etableringsfriheten ikke kan gjøres gjeldende ved misbruk, men i likhet med i *Centros*, *Inspire Art* og *X og Y* er ikke etablering av selskapene i Irland for å omgå – her mindre fordelaktig nasjonal skattelovgivning – tilstrekkelig til å konstatere et misbruk.²⁸⁴ Misbruk krever ifølge domstolen «rent kunstige arrangementer, hvis formål er at omgå den pågældende medlemsstats lovgivning»,²⁸⁵ og forutsetter at to vilkår er oppfylt: «et subjektivt forhold, der består i hensigten om at opnå en skattemæssig fordel», samt «at det fremgår af de objektive omstændigheder, at det mål, der forfølges ved etableringsfriheden [...] ikke er nået, til trods for, at fællesskabsrettens betingelser formelt er oppfylt».²⁸⁶ Vilkårene er de samme som i *Emsland-Stärke*.²⁸⁷ Det som i de fleste andre avgjørelser har blitt omtalt som misbruk eller lignende, omtales her som «rent kunstige

²⁸² C-196/04 *Cadbury Schweppes* avsn. 7 og 13–18.

²⁸³ Ibid. avsn. 29 og 34.

²⁸⁴ Ibid. avsn. 35–38.

²⁸⁵ Ibid. avsn. 51.

²⁸⁶ Ibid. avsn. 64.

²⁸⁷ C-110/99 *Emsland-Stärke* avsn. 52–53. I samme retning De Broe (2008) s. 807–808.

arrangementer».²⁸⁸ Det må leses i lys av at *Cadbury Schweppes* er den første avgjørelsen der domstolen bruker læren om misbruk med opphav i *Van Binsbergen* i en sak om direkteskatt.²⁸⁹ Frem til *Cadbury Schweppes* har domstolen tilnærmet seg spørsmålet om omgåelse av nasjonal skattelovgivning med andre vilkår,²⁹⁰ og som jeg kommer tilbake til nedenfor mener jeg det har betydning for utfallet i saken.

Formålet med etableringen i Irland var å oppnå en skattefordel ved å omgå britisk skattelovgivning,²⁹¹ og det subjektive vilkåret er derfor oppfylt. Det er domstolens stillingtagen til det objektive vilkåret – om formålet med etableringsfriheten er oppnådd – som er avgjørende for at domstolen, i motsetning til i *Centros*, holder mulighetene åpne for at omgåelsen i *Cadbury Schweppes* kan innebære et misbruk av etableringsfriheten.²⁹² I tillegg har etter mitt syn de øvrige forholdene jeg identifiserte som medvirkende til at det ikke forelå et misbruk i *Centros* – forhold ved den nasjonale lovgivningen som forsøkes omgått, tiltaket avtalestaten ønsker å iverksette for å bekjempe det påståtte misbruket og de anførte begrunnelsene for å slå ned på det – betydning for resultatet.

Forutsetningene for at formålet med etableringsfriheten skal oppnås (det objektive vilkåret) er at «der rent faktisk udøves erhvervsmæssig virksomhed ved hjælp af en fast indretning i denne medlemsstat i et ikke nærmere angivet tidsrum» og «at det pågældende selskab faktisk befinder sig i værtsmedlemsstaten og faktisk udøver erhvervsmæssig virksomhed i denne».²⁹³ Ellers bygger ikke etableringen på noen «økonomisk realitet», og da foreligger det et «rent kunstig arrangement».²⁹⁴

²⁸⁸ de la Feria (2008) s. 428.

²⁸⁹ Lenaerts (2015) s. 331.

²⁹⁰ Farmer (2011) s. 5. Se C-196/04 *Cadbury Schweppes* avsn. 40 med videre henvisninger. Formuleringen «rent kunstige arrangementer» har opphav i denne praksisen, se f.eks. C-446/03 *Marks & Spencer* avsn. 57.

²⁹¹ C-196/04 *Cadbury Schweppes* avsn. 13–18.

²⁹² Vella (2011) s. 128.

²⁹³ C-196/04 *Cadbury Schweppes* avsn. 54.

²⁹⁴ *Ibid.* avsn. 55. De samme vilkårene oppstilles i etterfølgende avgjørelser om omgåelse av nasjonal lovgivning om direktebeskatning, se f.eks. C-524/04 *Thin Cap*, C-182/08 *Glaxo Wellcome*, samt EFTA-domstolens rådgivende uttalelser E-15/11 *Arcade Drilling* og forente saker E-3/13 og E-20/13 *Olsen m.fl.*

Denne tolkningen av etableringsfrihetens formål gir den et snevrere virkeområde og er vesentlig strengere enn i *Centros*,²⁹⁵ og det understrekes ved at domstolen som eksempel på etablering uten økonomisk realitet viser til «postkasseselskap».²⁹⁶ På bakgrunn av dette har flere satt spørsmålsteget ved om *Cadbury Schweppes* er forenlig med *Centros*, som var et klassisk «postkasseselskap».²⁹⁷ En mulig forklaring – annet enn at *Cadbury Schweppes* er en «væsentlig innskærping af *Centros*-dommen og *Inspire Art*-dommen»²⁹⁸ – er at hvor vid (*Centros*) eller snever (*Cadbury Schweppes*) tolkning av formålet med den aktuelle friheten som legges til grunn, avhenger av forhold ved den nasjonale lovgivningen og om det den regulerer befinner seg i «kjernen» av formålet med friheten, samt om avtalestaten har et legitimt behov for å slå ned på omgåelsen.

Den snevre og strenge tolkningen av formålet med etableringsfriheten som legges til grunn i *Cadbury Schweppes* kan begrunnes i at avgjørelsen, til forskjell fra *Centros*, *Inspire Art* og *X og Y*, gjelder lovgivning som ikke befinner seg i «kjernen» av etableringsfriheten: Det vil ikke innebære en tilnærmet opphevelse av retten til fri etablering i EØS-området å anerkjenne at det foreligger et misbruk i *Cadbury Schweppes*. Skattelovgivning regulerer, i motsetning til selskapslovgivning, ikke statuskrav for selskapsdannelse, men selskapets adferd i markedet.²⁹⁹ I denne sammenheng minner omstendighetene i *X og Y* mer om *Centros* og *Inspire Art* enn *Cadbury Schweppes*, fordi det avgjørende premisset for om den omtvistede bestemmelsen i svensk skattelovgivning kom til anvendelse var etableringsstedene til de involverte selskapene – altså et statuskrav – som «således angår selve udøvelsen af den etableringsfrihed, der er sikret i traktaten».³⁰⁰ Omgåelsen i *Centros* var på den annen side blottet for skatterettslige implikasjoner, fordi selskapets virksomhet

²⁹⁵ Vella (2011) s. 129–130.

²⁹⁶ C-196/04 *Cadbury Schweppes* avsn. 68.

²⁹⁷ Se bl.a. Farmer (2011) s. 6 og Vella (2011) s. 130.

²⁹⁸ Generaladvokat Maduros forslag til avgjørelse i C-210/06 *Cartesio* avsn. 29. I samme retning Vella (2011) s. 136.

²⁹⁹ I samme retning Vinther og Werlauff (2006) s. 384 og Engsig Sørensen (2015) s. 93.

³⁰⁰ C-436/00 *X og Y* avsn. 44.

uansett var skattbar i Danmark.³⁰¹ Jeg er derfor av den oppfatning at uttalelsene i *Cadbury Schweppes*, sammenholdt med skillet mellom omgåelse av nasjonal lovgivning om «stiftelse af selskaber» og «udøvelse af bestemte former for erhvervsmæssig virksomhed» i *Centros*,³⁰² åpner for at resultatet i *Centros*, *Inspire Art* og *X og Y* kunne blitt annerledes hvis de respektive myndighetene hadde angrepet omgåelsen av annen nasjonal lovgivning enn selskapsrettslige regler om etablering, og rettet tiltakene mot adferden og ikke statuskrav for selskapsdannelse.

I forlengelsen av det snevre formålet som legges til grunn, er det hva gjelder Storbritannias legitime behov for å slå ned på omgåelsen av britisk skattelovgivning sentralt at det allerede fulgte av etablert domstolspraksis at avtalestatene kan slå ned på omgåelse av nasjonal skattelovgivning.³⁰³ *Cadbury Schweppes* er som nevnt den første avgjørelsen der EU-domstolen bruker læren om misbruk med opphav i *Van Binsbergen* i en sak om omgåelse av nasjonal lovgivning om direkteskatt. Det er de tidligere avgjørelsene, der domstolen tar stilling til det samme spørsmålet ved hjelp av andre vilkår, som danner grunnlaget for at det var et legitimt formål å hindre omgåelse av de britiske reglene.³⁰⁴ På samme måte som at omgåelse av regler om selskapsdannelse ikke er et misbruk av etableringsfriheten fordi det befinner seg i dens «kjerne», må begrunnelsen for at omgåelse av skattelovgivning kan innebære misbruk være at myndigheten til å pålegge skatt er et kjennetegn ved avtalestatenes suverenitet.³⁰⁵ Avtalestatenes inntekter avhenger av at pålagt skatt innbetales, og statene er sårbare for omgåelse av skattelovgivningen. Det er med denne innfallsvinkelen EU-domstolens uttalelse om at omgåelsen i *Cadbury Schweppes* kan

³⁰¹ Vanistendael (2011) s. 409.

³⁰² C-212/97 *Centros* avsn. 26. I samme retning Wymeersch (1999) s. 8, som mener at etablering av selskaper for å omgå nasjonal skattelovgivning er en form for «udøvelse af bestemte former for erhvervsmæssig virksomhed» som etter *Centros* kan slås ned på.

³⁰³ C-196/04 *Cadbury Schweppes* avsn. 51, med henvisning til særlig C-264/96 *ICI* avsn. 26.

³⁰⁴ C-196/04 *Cadbury Schweppes* avsn. 51 og 56.

³⁰⁵ Terra og Wattel (2012) s. 7.

«bringe den afbalanserede fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne i fare»,³⁰⁶ må leses.

Anerkjennelse av behovet for effektiv skatteinnkreving som et legitimt hensyn i EU- og EØS-retten fremstår umiddelbart som et brudd med den etablerte læresetningen om at økonomiske hensyn ikke kan rettferdiggjøre restriksjoner på reglene om fri bevegelse,³⁰⁷ men må forstås som et utslag av at det i større grad enn å være et hinder for realiseringen av et indre marked er nødvendig for å ivareta avtalestatenes økonomi.³⁰⁸ I likhet med i *Veronica* og *TV10* kunne resultatet i *Cadbury Schweppes* derfor vært begrunnet i de underliggende, skattemessige hensynene som var den egentlige begrunnelsen for resultatet i saken, og ikke som et mulig misbruk. Nyere avgjørelser om omgåelse av nasjonal skattelovgivning, som *K* og *X*, som er avsagt i henhold til reglene om frie kapitalbevegelser, bekrefter det.³⁰⁹

EU-domstolen fant at den britiske CFC-lovgivningen var et egnet tiltak mot omgåelse, selv om den ikke var basert på at det ble truffet vedtak mot misbruk i enkelttilfeller. Lovgivningen var egnet fordi den kom til anvendelse overfor datterselskaper etablert i land med «meget lempelig beskatningsordning» sammenlignet med Storbritannia, og det gjorde det etter domstolens syn «muligt at modvirke foranstaltninger, der ikke har andet formål end at undgå den normalt skyldige skat».³¹⁰ Selv om det følger av avgjørelser som *Flemish Cable Network*, *Inspire Art* og *X og Y* at det ikke kan vedtas generell lovgivning som bygger på en presumsjon om at det foreligger misbruk, fant EU-domstolen at CFC-lovgivningen i *Cadbury Schweppes* var konkret nok. I lys av dette er altså ikke kravet om at vedtak mot misbruk må treffes i enkeltsaker, som var tilfelle i *Veronica* og *TV10*, absolutt. Etter mitt syn må resultatet

³⁰⁶ C-196/04 *Cadbury Schweppes* avsn. 56.

³⁰⁷ Det følger av etablert praksis fra EU-domstolen. Et eksempel av nyere dato er C-220/12 *Thiele Meneses* avsn. 44.

³⁰⁸ Barnard (2019) s. 506–507. Terra og Wattel (2012) s. 37 sier det sånn: «In direct tax cases, the Court is a balancing artist between the interests of the single internal market and the 27 legitimate interests of separate Member States to protect their tax bases».

³⁰⁹ Se nærmere i punkt 2.5.3.

³¹⁰ C-196/04 *Cadbury Schweppes* avsn. 59.

i *Cadbury Schweppes* på dette punkt dels forklares ut fra at den britiske CFC-lovgivningen stilte strenge krav til subjektiv omgåelseshensikt, se nærmere i punkt 2.7.4.3.

Den britiske CFC-lovgivningen som ble gjort gjeldende overfor *Cadbury Schweppes* minner om de norske NOKUS-reglene i skatteloven §§ 10-60 flg.³¹¹ Begge er eksempler på nasjonal lovregulering av antatt omgåelse av nasjonale skatteregler.³¹² *Cadbury Schweppes* skiller seg derfor fra flertallet avgjørelser om misbruk, som gjelder anførsler om og tiltak mot misbruk, men ikke med hjemmel i en nasjonal bestemmelse rettet mot omgåelse. Etter *Cadbury Schweppes* må slike nasjonale omgåelsesnormer, i likhet med alle andre former for nasjonale tiltak mot omgåelse, oppfylle de EU- og EØS-rettslige kravene for å konstatere misbruk slik de følger av EU- og EFTA-domstolens praksis, når det foreligger et grenseoverskridende element. Det samme gjelder den nå generelle, lovfestede omgåelsesnormen i norsk skatterett.³¹³

EFTA-domstolen har avgitt tre rådgivende uttalelser i saker som reiser spørsmål om misbruk av etableringsfriheten i EØS-avtalen artikkel 31 for å omgå norsk skattelovgivning: *Arcade Drilling, Olsen m.fl.* og *Yara*.³¹⁴ Avgjørelsene bygger på og gjentar EU-domstolens praksis. For spørsmålet om hvor grensen mellom bruk og misbruk av etableringsfriheten går, er avgjørelsens bidrag først og fremst å avklare at EFTA-domstolens tilnærming til spørsmålet er i overensstemmelse med EU-domstolens praksis. I *Arcade Drilling* etablerer EFTA-domstolen for første gang at «en EØS-stat har anledning til å treffe tiltak som tar sikte på å hindre at visse selskaper etablert i denne stat, under dekke av rettigheter som ble etablert ved EØS-avtalen, urettmessig prøver å omgå nasjonal lovgivning, eller som tar sikte på å hindre at disse selskaper urettmessig eller ved

³¹¹ Ot.prp. nr. 1 (2007–2008) s. 57. NOKUS-reglene skal hindre at selskaper som i realiteten er norsk-kontrollerte, men etablert i lavskattland, unngår beskatning etter norske regler, se Naas m.fl. (2017) s. 633. Forente saker E-3/13 og E-20/13 *Olsen m.fl.* gjelder forholdet mellom de norske NOKUS-reglene og misbruk av etableringsfriheten.

³¹² Se de la Feria (2008) s. 440 hva gjelder *Cadbury Schweppes*.

³¹³ NOU 2016:5 s. 54. Se lov 26. mars 1999 nr. 14 om skatt av formue og inntekt (skatteloven) § 13-2.

³¹⁴ E-15/11 *Arcade Drilling*, forente saker E-3/13 og E-20/13 *Olsen m.fl.* og E-15/16 *Yara*.

svik utnytter bestemmelsene i EØS-regelverket». ³¹⁵ Under henvisning til bl.a. *Centros* skal nasjonale domstoler ta hensyn til «objektive bevis på misbruk», samtidig som adferden må vurderes «i lys av de mål disse bestemmelsene forfølger». ³¹⁶ Under henvisning til *Cadbury Schweppes* kan tiltak med formål om å forhindre skatteomgåelse «være berettiget dersom det spesifikt retter seg mot kunstige ordninger beregnet på å omgå lovgivningen i den berørte EØS-stat». ³¹⁷ *Olsen m.fl.* og *Yara* følger opp uttalelsene. ³¹⁸

2.4.5 Fra *Centros* til omgåelse av krav til yrkeskvalifikasjoner

I 2019 var det om lag 160 lovregulerte yrker i Norge, som det stilles kvalifikasjonskrav til i lov eller forskrift for å få utøve. ³¹⁹ Nasjonale begrensninger på adgangen til å utøve bestemte yrker kan være et hinder for etableringsfriheten, tjenestefriheten og reglene om fri bevegelighet for arbeidstakere. ³²⁰ Derfor følger det av EØS-avtalen artikkel 35 og 39 jf. artikkel 30, som tilsvarer TEUV artikkel 53, at avtalepartene skal «treffe de nødvendige tiltak [...] for gjensidig godkjenning av diplomer, eksamensbevis og andre kvalifikasjonsbevis». I misbrukssammenheng reiser anerkjennelse av yrkeskvalifikasjoner fra andre EØS-stater spørsmål om og i så fall når krav om anerkjennelse innebærer misbruk. Omgåelse av nasjonale krav til yrkeskvalifikasjoner i tilknytning til tjenestefriheten var tema for punkt 2.2.2. Tema for punkt 2.6.6 er omgåelse av nasjonale krav til yrkeskvalifikasjoner i tilknytning til reglene om fri bevegelighet for arbeidstakere. Spørsmålet i det følgende er om og når omgåelse av slike krav kan innebære et misbruk av etableringsfriheten.

Som behandlet i punkt 2.2.2 gjelder *Knoors* bruk av tjeneste- og etableringsfriheten til å omgå nasjonale krav til yrkeskvalifikasjoner.

³¹⁵ E-15/11 *Arcade Drilling* avsn. 87.

³¹⁶ *Ibid.* avsn. 88.

³¹⁷ *Ibid.* avsn. 89.

³¹⁸ Forente saker E-3/13 og E-20/13 *Olsen m.fl.* avsn. 164 flg. og E-15/16 *Yara* avsn. 47 flg.

³¹⁹ Altinn (2019).

³²⁰ Sejersted m.fl. (2011) s. 352–353.

Her skal jeg bare minne om de sentrale poengene: Knoors, en nederlandsk statsborger bosatt i Belgia, hevdet at yrkeskvalifikasjonene hans fra Belgia måtte anerkjennes i Nederland i medhold av rådsdirektiv 64/427/EØF. Nederland mente det ville være en uakseptabel omgåelse av nasjonal lovgivning. Til dette sier domstolen at «en medlemsstat kan have en legitim interesse i at hindre, at visse af dens statsborgere gjennom misbruk af de ved traktaten indrømmede muligheder forsøger at unddrage sig betingelserne i deres egen nationale lovgivning om faglig uddannelse».³²¹ I *Knoors* forelå det ingen risiko for misbruk, fordi direktivet oppstilte klare vilkår for når yrkeskvalifikasjoner skulle godkjennes.³²² Det skyldes at omgåelse av nasjonal lovgivning som kjent ikke i seg selv er et misbruk av reglene om fri bevegelighet.³²³

I *Bouchoucha* sto Marc Bouchoucha tiltalt for å ha «praktiseret osteopati uden at være i besiddelse af et eksamensbevis som læge» i hjemlandet.³²⁴ Begrepet «misbruk» brukes ikke i avgjørelsen, men problemstillingen – «at visse af [medlemsstatens] statsborgere ved hjælp af de ved Traktaten indrømmede muligheder forsøger at unddrage sig betingelserne i deres egen nationale lovgivning»³²⁵ – er kjent. Spørsmålet for EU-domstolen var om det var i strid med etableringsfriheten å nekte Bouchoucha å praktisere som osteopat i Frankrike, når han hadde et eksamensbevis «udstedt af Den Europæiske Osteopatiskole», som ga ham rett til å praktisere som osteopat i Storbritannia.³²⁶

Bouchouchas eksamensbevis var ikke omfattet av «regler om gensidig anerkendelse på fællesskabsplan», og da kunne det «ikke betragtes som en faglig kvalifikation, der er anerkendt i fællesskabsretten».³²⁷ Under henvisning til *Knoors* påpeker EU-domstolen at medlemsstaten kan ha en «legitim interesse» i å forhindre bruk av reglene om fri bevegelighet

³²¹ 115/78 *Knoors* avsn. 25.

³²² *Ibid.* avsn. 26. I samme retning Costello (2011) s. 350–351.

³²³ Som etablert allerede i 33/74 *Van Binsbergen*, se punkt 2.2.2.

³²⁴ C-61/89 *Bouchoucha* avsn. 3.

³²⁵ *Ibid.* avsn. 14.

³²⁶ *Ibid.* avsn. 5–6.

³²⁷ *Ibid.* avsn. 14.

for å omgå nasjonal lovgivning om «faglig utdanning».³²⁸ Dette ville særlig gjøre seg gjeldende dersom statsborgere skulle kunne kreve å få utøve et yrke i hjemlandet på grunnlag av et eksamensbevis fra en annen medlemsstat som ikke er anerkjent som yrkeskvalifiserende i hjemlandet.³²⁹ Fordi det ikke fantes harmoniserte regler om yrkeskvalifikasjoner for osteopater, ville det være et misbruk av etableringsfriheten dersom Bouchoucha kunne bruke den for å omgå de franske yrkeskvalifikasjonskravene. Begrunnelsen er motsatt fra i *Centros*, der manglende harmonisering bidro til at ekteparet Bryde kunne bruke etableringsfriheten til å omgå dansk lovgivning.³³⁰ Forklaringen ligger i den ulike arten av nasjonal lovgivning som ble forsøkt omgått i henholdsvis *Centros* og *Bouchoucha*.

Domstolen bruker ikke vilkårene for misbruk, og tar ikke uttrykkelig stilling til om Bouchouchas hensikt med å ta osteopatiutdanningen i Storbritannia var å omgå de franske kvalifikasjonskravene (det subjektive vilkåret), eller om den tiltenkte bruken av etableringsfriheten var i strid med dens formål (det objektive vilkåret). Når domstolen likevel konkluderer med at bruken ville være et misbruk, illustrerer det etter mitt syn at bruk av etableringsfriheten til å omgå nasjonale krav til yrkeskvalifikasjoner som ikke er harmonisert, i likhet med bruk av etableringsfriheten til å omgå nasjonale regler om direktebeskatning, er noe avtalestatene kan slå ned på. Forklaringen ligger, på samme måte som i *Veronica*, *TV10* og *Cadbury Schweppes*, i det underliggende legitime formålet den nasjonale lovgivningen forfølger – her å sørge for at de som praktiserer bestemte yrker har de nødvendige kvalifikasjonene. Resultatet i *Bouchoucha* er i tråd med domstolens uttalelser i *Centros* om at spørsmålet om misbruk stiller seg annerledes for omgåelse av nasjonal lovgivning om «udøvelse af bestemte former for erhvervsmæssig virksomhed»,³³¹ og bekrefter igjen at arten av den nasjonale lovgivningen som forsøkes omgått er sentral for om det kan foreligge misbruk eller ikke.

³²⁸ Ibid.

³²⁹ Ibid. avsn. 15.

³³⁰ C-212/97 *Centros* avsn. 28.

³³¹ Ibid. avsn. 26.

Det var avgjørende for resultatet i *Bouchoucha* at de franske kravene for å få praktisere som osteopat ikke fremsto «vilkårligt», og at det de stilte krav til var «mere omfattende faglige kvalifikasjoner».³³² EU-domstolen oppstiller med dette krav til innholdet i de nasjonale reglene for at de skal nyte beskyttelse mot omgåelse, selv om det ikke finnes harmoniserte regler. EU-domstolen ville ikke akseptert vilkårlige nasjonale kvalifikasjonskrav. Det er i tråd med resultatet i *Van Binsbergen*, der nederlandsk lov oppstilte et bostedskrav for prosessfullmektiger i nederlandske domstoler.³³³ Bostedskravet hadde ingen sammenheng med yrkeskvalifikasjoner, og omgåelse av det var derfor ikke et misbruk.

I *Kommisjonen mot Spania* hadde Europakommisjonen anlagt traktatbruddssøksmål mot Spania, bl.a. fordi spanske myndigheter nektet å la personer som hadde oppnådd yrkeskvalifikasjoner som veiingeniører i Italia å utøve yrket i Spania.³³⁴ Europakommisjonen mente at rådsdirektiv 89/48/EØF om godkjenning av diplomer for høyere yrkeskompetansegivende utdanning av minst tre års varighet forpliktet Spania til å anerkjenne kvalifikasjonene.³³⁵ Spania anførte at det ville være et misbruk av etableringsfriheten hvis personer som har gjennomført en utdanning i Spania som ikke kvalifiserer til å bli veiingeniør, skulle kunne kreve anerkjennelse av autorisasjonen som veiingeniør oppnådd i Italia, i Spania.³³⁶

Domstolen gjentar utgangspunktet om at «en medlemsstats statsborgere ganske vist ikke gjennom misbruk af de ved fællesskabsretten indrømmede muligheder kan forsøge at unddrage sig deres egen nationale lovgivning».³³⁷ Under henvisning til *Centros* forutsetter imidlertid nasjonale domstolars adgang til å slå ned på «misbruk» at bruken av reglene om fri bevegelighet, i tillegg til å være en omgåelse av nasjonal

³³² C-61/89 *Bouchoucha* avsn. 15.

³³³ 33/74 *Van Binsbergen* avsnitt 14–15.

³³⁴ C-286/06 *Kommisjonen mot Spania* avsn. 50.

³³⁵ Rådsdirektiv 89/48/EØF. Direktivet er senere erstattet av direktiv 2005/36/EF (yrkeskvalifikasjonsdirektivet), som er innlemmet i EØS-avtalens vedlegg VII (Godkjenning av yrkeskvalifikasjoner).

³³⁶ C-286/06 *Kommisjonen mot Spania* avsn. 52 og 68.

³³⁷ *Ibid.* avsn. 69.

lovgivning, er i strid med «de formål, der forfølges med pågældende forskrifter».³³⁸ Formålet med direktiv 89/48/EØF var å harmonisere regler om anerkjennelse av bl.a. yrkeskvalifikasjoner som ingeniør, og da kan «den omstændighed, at en statsborger fra en medlemsstat, der ønsker at udøve et lovreguleret erhverv, vælger at optage dette erhverv i en medlemsstat efter eget ønske, ikke i sig selv anses for misbrug».³³⁹ Domstolen konkluderer med at retten til å «vælge den medlemsstat, hvor de ønsker opnå deres erhvervsmæssige kvalifikationer, er således inden for et enhedsmarked et led i udøvelsen af de grundlæggende friheder»,³⁴⁰ og veiingeniørene kunne derfor ikke nektes å utøve yrket i Spania.

I *Torresi* hadde det italienske brødreparet Angelo Alberto Torresi og Pierfrancesco Torresi tatt juridisk embetseksamen i både Italia og Spania, og blitt registrert som advokater i Spania.³⁴¹ I medhold av advokatdirektivet artikkel 3 krevde de kort tid etter anerkjennelse av kvalifikasjonen som advokat i Spania, i Italia.³⁴² Siktemålet med å få advokattittelen fra Spania anerkjent i Italia var å omgå de strengere italienske kravene for å oppnå tittelen. Italiensk lovgivning krevde bl.a. at man hadde bestått flere skriftlige og muntlige eksamener, mens spansk lovgivning ikke krevde annet enn fullført jusutdanning.³⁴³ Italienske myndigheter nektet å registrere brødrene som advokater, og mente det måtte være et misbruk av etableringsfriheten å ta juridisk embetseksamen i én stat, flytte til en annen stat kun for å oppnå advokattittelen og deretter flytte tilbake til den første staten og kreve anerkjennelse som advokat der.³⁴⁴

Domstolen gjentar det faste utgangspunktet om at medlemsstatene har «ret til at træffe foranstaltninger, der skal hindre, at visse af dens statsborgere, gennem misbrug af de ved traktaten indrømmede muligheder forsøger at unddrage sig deres egen nationale lovgivning», og

³³⁸ Ibid. avsn. 70.

³³⁹ Ibid. avsn. 71–72.

³⁴⁰ Ibid. avsn. 72.

³⁴¹ Forente saker C-58/13 og C-59/13 *Torresi*.

³⁴² Direktiv 98/5/EF. Direktivet er innlemmet i EØS-avtalens vedlegg VIII (Etableringsrett).

³⁴³ Mastroianni og Arena (2015) s. 373 og Di Federico (2015) s. 486–487.

³⁴⁴ Forente saker C-58/13 og C-59/13 *Torresi* avsn. 13 og 41.

presiserer at «[k]onstatering af et misbrug kræver, at både en objektiv og en subjektiv betingelse er opfyldt».³⁴⁵ I likhet med i *Kommisjonen mot Spania* er ikke det objektive vilkåret om at «det formål, som EU-bestemmelse forfølger, ikke er oppnået»³⁴⁶ oppfylt, fordi formålet med advokatdirektivet er å gjøre det enklere å utføre advokaturket i andre avtalestater enn den der kvalifikasjonen er oppnådd.³⁴⁷ Da var det ikke i strid med reglens formål at brødrene flyttet fra Italia til Spania og tilbake til Italia for å utnytte seg av mer fordelaktig spansk lovgivning.³⁴⁸ Fordi det objektive vilkåret ikke var oppfylt var det ikke nødvendig å ta stilling til hva som var brødrenes hensikt med å kreve tittelen som advokater fra Italia anerkjent i Spania, men ut fra omstendighetene i saken virker det lite tvilsomt at det subjektive vilkåret var oppfylt.³⁴⁹ Kravet om anerkjennelse av oppnådd advokattittel i Spania i Italia var med dette ikke et misbruk av etableringsfriheten.³⁵⁰

2.4.6 Sammenfatning

Avgjørelsene omtalt i punkt 2.4.2–2.4.5 bekrefter at *Emsland-Stärke*-vilkårene kommer til anvendelse for spørsmålet om misbruk av etableringsfriheten, og at de er et hensiktsmessig virkemiddel for å analysere avgjørelsene, selv om ikke domstolen alltid viser uttrykkelig til dem. Uttalelsene i *Centros* om skillet mellom «bestemmelser om stiftelse af selskaber» og bestemmelser om «udøvelse af bestemte former for erhvervsmæssig virksomhed» er i denne sammenheng veiledende for om det objektive vilkåret for misbruk kan oppfylles eller ikke. Skillet forklarer hvorfor det ikke forelå misbruk i *Centros*, *Inspire Art* og *X og Y*, mens vilkårene kan oppfylles i *Cadbury Schweppes* og *Bouchoucha*, og hvorfor virksomhetens valg av etableringsstat ved utstasjonering av arbeidstakere kan innebære misbruk. I *Kommisjonen mot Spania*

³⁴⁵ Ibid. avsn. 43–44.

³⁴⁶ Ibid. avsn. 45.

³⁴⁷ Ibid. avsn. 47–48.

³⁴⁸ Ibid. avsn. 50.

³⁴⁹ Mastroianni og Arena (2015) s. 381.

³⁵⁰ Forente saker C-58/13 og C-59/13 *Torresi* avsn. 52.

og *Torresi* var årsaken til at det ikke forelå misbruk at formålet med harmoniseringsreglene som kom til anvendelse i sakene utelukket at det objektive vilkåret kunne oppfylles. I tilfeller der vilkårene for misbruk ikke er oppfylt, er domstolens praksis klar: Avtalestatene må enten som påpekt i *Centros* enes om ytterligere harmonisering, eksempelvis også om hvilke krav som skal stilles for å få praktisere som veiingeniør eller advokat, eller påvirke den aktuelle staten til å endre lovgivningen sin. Spania har, etter påtrykk fra bl.a. Italia og i lys av *Torresi*, skjernet kravene for å oppnå tittelen som advokat.³⁵¹

2.5 Fri bevegelse for kapital

2.5.1 Introduksjon og noen utgangspunkter

Reglene om fri bevegelse for kapital sikrer fri bevegelse for kapitaloverføringer og løpende betalinger.³⁵² Reglene følger av EØS-avtalen artikkel 40–45, som tilsvarer reglene i Romtraktaten slik de lød da EØS-avtalen ble fremforhandlet. Bestemmelsene om kapital i EU – i dag i TEUV – har vært endret flere ganger, og EØS-avtalen speiler ikke TEUV artikkel 63–66 om fri bevegelse for kapital på samme måte som de øvrige bestemmelsene om fri bevegelse. Både EU- og EFTA-domstolen har lagt til grunn at det ikke har noen betydning for anvendelsen av reglene, og at de mer eller mindre har det samme materielle innholdet.³⁵³ Eventuelle forskjeller har ikke betydning for spørsmålet om hva misbruk av reglene om fri bevegelse er, og problematiseres ikke her.

«Kapital» er ikke definert i EØS-avtalen eller TEUV, men den tradisjonelle oppfatningen er at kapitalbevegelser kjennetegnes ved at det skjer en «ensidig verdioverføring fra ett land til et annet».³⁵⁴ Overføring av eierskap til fast eiendom og til eierandeler i finansielle instrumenter,

³⁵¹ Di Federico (2015) s. 487 og 505.

³⁵² Sejersted m.fl. (2011) s. 460.

³⁵³ Ibid. s. 459, under henvisning til C-452/01 *Ospelt* og E-1/00 *Islandsbanki*.

³⁵⁴ Bull (2002) s. 116.

herunder aksjer, anses også for å være omfattet.³⁵⁵ Overføring av eierskap til aksjer som gir innehaver innflytelse på selskapets beslutninger reguleres imidlertid av etableringsreglene, mens banklån og bankgarantier til kunder som ikke selv er finansinstitusjoner, er tjenester.³⁵⁶ Grensen mellom kapitalreglene og etableringsfriheten har tidvis vært uklar, og på slutten av 1990-tallet og tidlig på 2000-tallet er det ut fra domstolens praksis tydelig at den foretrakk etableringsfriheten fremfor kapitalfriheten.³⁵⁷ Mangelen på avgjørelser som kun handler om misbruk av reglene om fri bevegelighet for kapital, kan være et utslag av dette. I flere avgjørelser der det anføres misbruk av både etableringsfriheten og reglene om frie kapitalbevegelser, besvarer domstolen spørsmålet under henvisning til etableringsfriheten.³⁵⁸ I *Olsen m.fl.* overlot EFTA-domstolen spørsmålet om det var etableringsfriheten eller reglene om fri bevegelighet for kapital som kom til anvendelse til Skatteklagenemnda og Oslo tingrett, og besvarte spørsmålet om misbruk under henvisning til begge frihetene.³⁵⁹ *Veronica* fremstår og omtales som en avgjørelse om misbruk av tjenestefriheten, men er også avsagt under henvisning til reglene om fri bevegelighet for kapital.³⁶⁰

At domstolen ikke finner det nødvendig å ta uttrykkelig stilling til hvilken frihet som kommer til anvendelse i avgjørelsene om misbruk gir holdepunkter for å anta at grensen mellom bruk og misbruk er felles på tvers av frihetene (se nærmere i punkt 2.7), og at vilkårene for misbruk av reglene om fri bevegelighet for kapital er de samme som for de øvrige frihetene. Spørsmålet i det følgende er om annen praksis om misbruk av reglene om fri bevegelighet for kapital enn den allerede nevnte kan underbygge disse påstandene. Spørsmålet belyses først ved en gjennomgang av generaladvokat Stix-Hackls forsøk på å utlede hva misbruk av reglene om fri bevegelighet for kapital er i forslaget til avgjørelse i *Fidium Finanz*

³⁵⁵ Sejersted m.fl. (2011) s. 459.

³⁵⁶ Ibid. s. 460, med videre henvisninger.

³⁵⁷ Barnard (2019) s. 528.

³⁵⁸ Engsig Sørensen (2006) s. 429 påpeker også dette. Se f.eks. C-436/00 *X og Y* avsn. 66 og C-196/04 *Cadbury Schweppes* avsn. 33.

³⁵⁹ Forente saker E-3/13 og E-20/13 *Olsen m.fl.* avsn. 119 og 152.

³⁶⁰ C-148/91 *Veronica* avsn. 15.

(punkt 2.5.2). Deretter forsøkes påstanden bevist gjennom avgjørelser om omgåelse av nasjonal skattelovgivning, hvor forholdet til avgjørelsene om bruk av etableringsfriheten for å omgå nasjonal skattelovgivning er særlig interessant (punkt 2.5.3). Avslutningsvis sammenfattes funnene (punkt 2.5.4).

2.5.2 Forslaget til avgjørelse i *Fidium Finanz*

I *Fidium Finanz* var spørsmålet om tyske myndigheter kunne nekte et sveitsisk selskap å yte pengelån til kunder bosatt i Tyskland, fordi selskapet manglet de nødvendige godkjenningene etter tysk rett.³⁶¹ Domstolen kom til at reglene om fri bevegelighet for tjenester kom til anvendelse, og at det sveitsiske selskapet ikke kunne påberope seg disse.³⁶² Spørsmålet om misbruk kom ikke på spissen. I forslaget til avgjørelse i saken kom imidlertid generaladvokat Stix-Hackl til at kapitalbestemmelsene kom til anvendelse, og tok stilling til om det forelå et misbruk av disse. Hun problematiserer samtidig forholdet mellom vilkårene for misbruk av tjenestefriheten i *Van Binsbergen mv.*, og domstolens tilnærming til spørsmålet i tilknytning til etableringsfriheten i *Centros* og *Inspire Art*.

Stix-Hackl viser først til avgjørelsene om tjenestefriheten – som *Van Binsbergen* og *TV10* – der vilkårene for misbruk er at tjenesteyters virksomhet er helt eller fortrinnsvis rettet mot det landet hvis nasjonal lovgivning den omgår ved bruk av tjenestefriheten, og at hensikten med bruk av tjenestefriheten er å omgå den nasjonale lovgivningen som ellers ville kommet til anvendelse.³⁶³ Virksomheten til *Fidium Finanz* er nesten utelukkende rettet mot kunder i Tyskland, og det er «alvorlige indikationer for» at selskapet har etablert seg i Sveits for å omgå de tyske kravene til godkjenning. Stix-Hackl konkluderer derfor med at vilkårene for misbruk slik de følger av avgjørelsene om tjenestefriheten er oppfylt.³⁶⁴ Legger en på den annen side domstolens tilnærming til spørsmålet om

³⁶¹ C-452/04 *Fidium Finanz* avsn. 2 og 22.

³⁶² Ibid. avsn. 49 og 50.

³⁶³ Generaladvokatens forslag til avgjørelse i C-452/04 *Fidium Finanz* avsn. 85.

³⁶⁴ Ibid. avsn. 83 og 86.

misbruk av etableringsfriheten til grunn, er ikke svaret like opplagt.³⁶⁵ Etter *Centros* og *Inspire Art* er det ikke tilstrekkelig for å konstatere misbruk at virksomheten er etablert i en medlemsstat for å omgå lovgivningen i en annen medlemsstat, selv om selskapet utelukkende driver virksomhet i det landet hvis nasjonal lovgivning det omgår.³⁶⁶ Med denne tilnærmingen er det ikke gitt at Fidium Finanz misbruker reglene om frie kapitalbevegelser, og spørsmålet for generaladvokat Stix-Hackl er dermed «hvilke kriterier der skal anvendes med henblik på at fastslå, at der foreligger retsmisbruk vedrørende de frie kapitalbevegelser».³⁶⁷

Stix-Hackl er av den oppfatning at «de to retninger i retspraksis, dvs. vedrørende den frie udveksling af tjenesteydelser og vedrørende etableringsfriheten, ikke er uforenelige». Hun begrunner dette med at domstolen i *Centros* og *Inspire Art* «blot [har] konstatert, at bestemmelserne om etableringsfrihet netop har til formål at sætte selskaber, hvis hjemsted er beliggende inden for Fællesskabet, i stand til at udøve virksomhed i andre medlemsstater gennem en filial».³⁶⁸ Som argumentert for ovenfor om domstolens uttalelser i *Centros*, deler jeg denne oppfatningen. Det avgjørende for resultatet i *Centros* og *Inspire Art* er domstolens fastleggelse av formålet med etableringsfriheten. *Centros* og *Inspire Art* er ikke uforenlig med *Van Binsbergen* mv., fordi domstolen allerede i *Van Binsbergen* etablerte at bruken må være i strid med reglene om fri bevegelse for å utgjøre misbruk.

Stix-Hackl konkluderer med at det følger av praksis knyttet til både tjeneste- og etableringsfriheten at en forutsetning for at det foreligger et misbruk, er at omgåelse av nasjonal lovgivning «går ud over formålet med den påberåpte bestemmelse». Det finner hun ytterligere støtte for i vilkårene for misbruk utviklet i tilknytning til reglene om fritt varebytte i *Emsland-Stärke*, der det for å konstatere misbruk nettopp kreves at formålet med den EU-rettslige bestemmelsen som påberopes ikke er

³⁶⁵ Ibid. avsn. 89.

³⁶⁶ Ibid. avsn. 87–88, under henvisning til C-212/97 *Centros* avsn. 18 og C-167/01 *Inspire Art* avsn. 95, 96 og 98.

³⁶⁷ Generaladvokatens forslag til avgjørelse i C-452/04 *Fidium Finanz* avsn. 90.

³⁶⁸ Ibid. avsn. 91, under henvisning til C-212/97 *Centros* avsn. 26. I motsatt retning bl.a. de la Feria (2008) s. 407, Lenaerts (2010) s. 1133 og Barnard (2019) s. 416.

oppnådd, samt et ønske om å oppnå en uberettiget fordel ved bruk av bestemmelsen.³⁶⁹ Stix-Hackl konkluderer derfor med at spørsmålet om misbruk av reglene om frie kapitalbevegelser må vurderes ut fra *Emsland-Stärke*-vilkårene.³⁷⁰

Generaladvokat Stix-Hackl oppsummerer i korte trekk utviklingen av vilkårene for misbruk av reglene om fri bevegelse, fra *Van Binsbergen* og tjenestefriheten, via *Centros* og etableringsfriheten, til *Emsland-Stärke* og frie varebevegelser. Vilårene for misbruk i *Emsland-Stärke* er en måte å forene domstolens tilnærming til misbruk i *Van Binsbergen* mv. og i *Centros* mv., de er generelt anvendelige, og domstolen har som vi har sett anvendt dem ved misbruk av reglene om fri bevegelse for varer (punkt 2.3) og juridiske personer (punkt 2.4). Om de får anvendelse ved misbruk av reglene om fri bevegelse for kapital er tema for punkt 2.5.3 og 2.5.4.

2.5.3 Bekreftelsen? Omgåelse av skattelovgivning

EU-domstolens avgjørelser *K* og *X* gjelder begge påstått bruk av reglene om fri bevegelse for kapital til å omgå nasjonal lovgivning om direkte skatter.³⁷¹ I *K* ville «K» ha skattefradrag i skattepliktig inntekt i Finland, for et eiendomssalg med tap i Frankrike. Finske myndigheter avviste kravet om skattefradrag, og K anla sak for finske domstoler, som spurte EU-domstolen om avslaget var i strid med reglene om fri bevegelse for kapital.³⁷² Som begrunnelse viste finske myndigheter bl.a. til risikoen for at K hadde overført tapet til Finland fordi skattelovgivningen der var mer fordelaktig enn den franske. EU-domstolen gjentar i denne forbindelse vilkårene for at medlemsstatene skal kunne slå ned på omgåelse av nasjonal skattelovgivning, slik de ble formulert i *Cadbury Schweppes*: Det må foreligge «adfærd, der består i at oprette rent kunstige arrangementer, der ikke bygger på nogen økonomisk realitet, med henblik på at undgå

³⁶⁹ Generaladvokatens forslag til avgjørelse i C-452/04 *Fidium Finanz* avsn. 92–93.

³⁷⁰ *Ibid.* avsn. 97.

³⁷¹ C-322/11 *K* og C-135/17 *X*. Skillet mellom direkte og indirekte skatt er behandlet innledningsvis i punkt 2.4.4.

³⁷² C-322/11 *K* avsn. 10, 12, 13 og 18.

den normalt skyldige skat». ³⁷³ Fordi den finske skattelovgivningen «ikke specifikt har til formål at undgå, at rent fiktive arrangementer er omfattet af en skattefordel», kunne ikke avslaget begrunnes i risikoen for omgåelse av skatteregler. ³⁷⁴

Det sentrale i uttalelsen fra EU-domstolen, utover at det ikke er noe prinsipielt i veien for at vilkårene i *Cadbury Schweppes* kan få anvendelse ved bruk av reglene om fri bevegelighet for kapital til å omgå nasjonal skattelovgivning, er at EU-domstolen ikke viser til *Emsland-Stärke*-vilkårene og ikke omtaler omgåelsen av nasjonal lovgivning som misbruk. Det er ikke noen tvil om at meningsinnholdet i vilkårene fra *Cadbury Schweppes* er de samme som i *Emsland-Stärke*, for i *Cadbury Schweppes* bygde domstolen åpent på *Emsland-Stärke* da den oppstilte de utvidede vilkårene for misbruk ved omgåelse av nasjonal skattelovgivning. ³⁷⁵

Når domstolen i *K* kun bygger på de vilkårene fra *Cadbury Schweppes* som ikke har opphav i formuleringene i *Emsland-Stärke*, illustrerer det et poeng som har vært gjennomgående i alle avgjørelsene der det har vært aktuelt å slå ned på misbruk av reglene om fri bevegelighet: Avtalestatenes legitime behov for å slå ned på omgåelse av nasjonal kringkastingslovgivning (*Veronica* og *TV10*), nasjonal skattelovgivning (*Cadbury Schweppes*) og nasjonale krav til yrkeskvalifikasjoner (*Bouchoucha*) begrunnes best i den underliggende beskyttelsesverdige interessen, og ikke ved en konstatering av at det foreligger et misbruk av reglene om fri bevegelighet.

Uttalelsene i *K* ble fulgt opp i *X*. ³⁷⁶ Også i *X* anførte nasjonale myndigheter at en restriksjon på frie kapitalbevegelser var begrunnet i risikoen for omgåelse av nasjonal skattelovgivning, og EU-domstolen bygde på «rent kunstig arrangement»-vilkårene fra *Cadbury Schweppes*, uten å vise til *Emsland-Stärke* eller annen praksis om misbruk av reglene om fri bevegelighet. ³⁷⁷

³⁷³ Ibid. avsn. 59 og 61.

³⁷⁴ Ibid. avsn. 62.

³⁷⁵ Se C-196/04 *Cadbury Schweppes* avsn. 64 flg.

³⁷⁶ Se C-135/17 *X* avsn. 73.

³⁷⁷ Ibid. avsn. 81 flg.

2.5.4 Sammenfatning

Selv om det er få avgjørelser knyttet til misbruk av reglene om fri bevegelse for kapital bekrefter etter mitt syn de kildene som foreligger – generaladvokat Stix-Hackls forslag til avgjørelse i *Fidium Finanz* og EU-domstolens avgjørelser i *K* og *X* – to forhold: Det er ikke noe prinsipielt i veien for at misbruk av reglene om fri bevegelse for kapital kan forekomme, og i tilfellene der det er aktuelt må *Emsland-Stärke*-vilkårene komme til anvendelse. Misbruk av reglene om fri bevegelse for kapital fremstår imidlertid, i likhet med misbruk av EØS-relevante regler om fri bevegelse for varer, lite praktisk. En mulig årsak er grensedragninger som de nevnt i punkt 2.5.1 mellom reglene om fri bevegelse for kapital, tjeneste- og etableringsfriheten. Samtidig illustrerer *Cadbury Schweppes*, *K* og *X* at bruk av reglene om fri bevegelse for å omgå nasjonal skattelovgivning forekommer, men at domstolen tilnærmer seg omgåelsesspørsmålet uavhengig av den domstolskapte læren om misbruk med opphav i *Van Binsbergen*. *Cadbury Schweppes* var i så måte et unntak fra en ellers etablert tilnærming til omgåelse av nasjonal skattelovgivning, på siden av den domstolskapte læren om misbruk av reglene om fri bevegelse.

2.6 Fri bevegelse for fysiske personer

2.6.1 Introduksjon

Reglene om fri bevegelse for arbeidstakere følger av EØS-avtalen artikkel 28 og TEUV artikkel 45.³⁷⁸ Formålet med reglene er å etablere et felles arbeidsmarked i EØS-området.³⁷⁹ En «arbeidstaker» er en person som i en viss periode «presterer ytelser mot vederlag for en annen etter

³⁷⁸ Jeg bruker begrepet «arbeidstaker» fordi det er den vanlige betegnelsen på norsk, se legaldefinisjonen i lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) § 1-8. EØS-avtalen art. 28 flg. bruker «arbeidstager». Forskjellen har ingen materiell betydning, og jeg sikter til EØS-avtalens arbeidstakerbegrep, se nærmere Sejersted m.fl. (2011) s. 228.

³⁷⁹ Sejersted m.fl. (2011) s. 356.

dennes anvisninger». ³⁸⁰ Hvis det ikke foreligger et underordningsforhold der arbeidsgiver har instruksjonsmyndighet, kommer reglene om tjeneste- eller etableringsfrihet til anvendelse. ³⁸¹ Unionsborgerskapet, som også gir unionsborgere som ikke er økonomisk aktive rett til fri ferdsel og fritt opphold i medlemsstatene, ³⁸² kom til ved Maastricht-traktaten, og følger i dag av TEUV artikkel 20 flg. Unionsborgerskapet er ikke regulert gjennom traktatbestemmelser i EØS-avtalen og er ikke som sådan en del av EØS-retten. ³⁸³ Unionsborgerdirektivet, som sikrer unionsborgere og deres familiemedlemmer rett til fri bevegelighet, er imidlertid innlemmet i EØS-avtalen og gjelder tilsvarende for EØS-borgere og deres familiemedlemmer. ³⁸⁴

Nasjonale regler om familieinnvandring er ofte strengere enn de parallelle rettighetene etter EØS-avtalen. Den norske utlendingsloven stiller eksempelvis strenge krav til referansepersonens inntekt ved familieinnvandring. ³⁸⁵ For å omgå dette, og andre lignende krav i nasjonal lovgivning, flytter britiske statsborgere midlertidig til Irland («Dublin hop»), ³⁸⁶ nederlandske statsborgere flytter til Belgia («Belgian route») ³⁸⁷ og norske statsborgere flytter til Sverige («EØS-løsningen»). ³⁸⁸ Det skyldes at reglene om fri bevegelighet for arbeidstakere, unionsborgerskapet og unionsborgerdirektivet innebærer at EU- og EØS-borgere kan etablere seg og få innvilget familieinnvandring, typisk med ektefelle fra tredjeland, i andre avtalestater. Etter en periode kan EØS-borgeren returnere til

³⁸⁰ Ibid. s. 357, under henvisning til 66/85 *Lawrie-Blum*.

³⁸¹ Sejersted m.fl. (2011) s. 357. Se punkt 2.2.1 om anvendelsesområdet til tjenestefriheten, og punkt 2.4.1 om etableringsfrihetens anvendelsesområde.

³⁸² Sejersted m.fl. (2011) s. 349–350 og Fløistad (2018) s. 370–371.

³⁸³ Sejersted m.fl. (2011) s. 350.

³⁸⁴ Direktiv 2004/38/EF (unionsborgerdirektivet).

³⁸⁵ Lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) § 58 (1), jf. forskrift 15. oktober 2009 nr. 1286 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsforskriften) §§ 10-7–10-12, samt UDI (u.å.). Inntektskravet avhenger av situasjonen referansepersonen er i. For yrkesaktive referansepersoner var det i 2019 et krav om samlet inntekt på NOK 264 646 før skatt.

³⁸⁶ Costello (2009) s. 610. Se C-109/01 *Akrich*, omtalt i punkt 2.6.3.

³⁸⁷ Costello (2009) s. 610.

³⁸⁸ Grenseløs kjærlighet (u.å.). Se E-4/19 *Campbell*, omtalt i punkt 2.6.5.

hjemstaten uten å oppfylle andre vilkår enn de EU- og EØS-retten oppstiller. Blant spørsmålene i det følgende er om dette kan karakteriseres som misbruk av reglene om fri bevegelighet.

EU-domstolen har gjentatte ganger anerkjent at misbruk av reglene om fri bevegelighet for fysiske personer kan forekomme, men det hevdes typisk at «there is no such thing as «abusively creating» the situation whereby someone becomes a worker for the purposes of EU law»,³⁸⁹ at «the category of abuse of law is factually irrelevant in this field»,³⁹⁰ og at «[i]t might be asked why the Court of Justice refers to the abuse of rights at all in the context of free movement of persons, and whether appeasing Member States might be the only reason».³⁹¹ Artikkel 35 i unionsborgerdirektivet er samtidig det klareste eksemplet på kodifisering av den domstolskapte læren om misbruk av reglene om fri bevegelighet.³⁹² Motsetninger som disse er bakgrunnen for at jeg har valgt å behandle reglene om varer, tjenester, personer og kapital hver for seg, samt skille behandlingen av fysiske personer fra juridiske.

Mot denne bakgrunn er spørsmålet i det følgende om reglene om fri bevegelighet for fysiske personer kan misbrukes, og hvor grensen mellom bruk og misbruk av reglene om fri bevegelighet for arbeidstakere (punkt 2.6.2) og tredjelandsborgeres avledede rettigheter i så tilfelle går før (punkt 2.6.3) og etter (punkt 2.6.5) unionsborgerdirektivets ikraft-tredelse, og hvilke vilkår som eventuelt kommer til anvendelse ved fastleggelsen av slike misbruk. Artikkel 35 i unionsborgerdirektivet er i denne sammenheng spesielt interessant (punkt 2.6.4). I avgjørelsene om omgåelse av nasjonale krav til yrkeskvalifikasjoner avsagt i henhold til tjenestefriheten og etableringsfriheten har domstolen vært åpen for å konstatere misbruk av reglene om fri bevegelighet (henholdsvis punkt 2.2.2 og 2.4.5). Det reiser spørsmål om hvordan domstolen tilnærmer seg omgåelse av nasjonale krav til yrkeskvalifikasjoner i henhold til reglene

³⁸⁹ Craig og de Búrca (2015) s. 781. I dette delkapittelet siteres en del standpunkter andre har inntatt i juridisk teori. Disse gjengis på originalspråket engelsk.

³⁹⁰ Spaventa (2011) s. 315.

³⁹¹ Ziegler (2011) s. 313. I samme retning Kjellgren (2000) s. 192 og Shuibhne (2013) s. 99.

³⁹² Ziegler (2011) s. 295.

om fri bevegelighet for arbeidstakere (punkt 2.6.6). Avslutningsvis sammenfattes funnene (punkt 2.6.7).

2.6.2 Utgangspunktet: arbeidstakere

Lair og *Ninni-Orasche* gjelder begge krav om økonomisk støtte til utdanning fra en vertsstat.³⁹³ Franske Sylvie Lair fikk avslag på søknaden om økonomisk støtte til å gjennomføre studier ved Universitetet i Hannover, fordi hun ikke oppfylte kravet i tysk lovgivning om at utlendinger måtte ha oppholdt seg i Tyskland og vært i arbeid i minst fem år for å ha krav på støtte. Da Lair søkte om støtte hadde hun bodd i Tyskland i fem og et halvt år, men kun vært i arbeid i to og et halvt år. Resten av tiden hadde hun vært dels arbeidsledig, dels under omskolering.³⁹⁴ Italienske Franca Ninni-Orasche gjorde tilsvarende krav gjeldende overfor østerrikske myndigheter. Etter østerriksk rett måtte hun være «arbeidstaker» etter traktatbestemmelsen om fri bevegelighet for arbeidstakere for å ha krav på støtte, og søknaden ble avslått. I de tre årene Ninni-Orasche hadde bodd i Østerrike, hadde hun bare vært i arbeid i to og en halv måned. Resten av tiden var hun jobbsøkende.³⁹⁵ Begge brakte sakene inn for nasjonale domstoler, som spurte EU-domstolen om det var i strid med bl.a. arbeidstakeres rett til fri bevegelighet å nekte henholdsvis Lair og Ninni-Orasche utdanningsstøtte. I begge sakene anførte myndighetene at hensikten var å forhindre misbruk.

Etter artikkel 7 (2) i rådsforordning (EØF) nr. 1612/68 om fri bevegelighet for arbeidstakere innen Fellesskapet, som kom til anvendelse i begge sakene, hadde utenlandske arbeidstakere krav på samme sosiale og skattemessige fordeler som innenlandske arbeidstakere.³⁹⁶ Utdanningsstøtte ble ansett for å være en sosial fordel, og det eneste vilkåret som

³⁹³ 39/86 *Lair* og C-413/01 *Ninni-Orasche*.

³⁹⁴ 39/86 *Lair* avsn. 2–4, 6 og 7.

³⁹⁵ C-413/01 *Ninni-Orasche* avsn. 2 og 8–13.

³⁹⁶ Forordningen er opphevet og erstattet av forordning (EU) nr. 492/2011, som er innlemmet i EØS-avtalens vedlegg V (Fri bevegelighet for arbeidstakere).

kunne stilles for at Lair og Ninni-Orasche skulle ha krav på økonomisk støtte var dermed at de var «arbeidstakere».

EU-domstolen konkluderte med at Lair, på tross av at hun ikke hadde jobbet sammenhengende i Tyskland i fem år og vært arbeidsledig i lengre perioder, likevel var omfattet av det EU-rettslige arbeidstakerbegrepet.³⁹⁷ Spørsmålet om misbruk kom ikke på spissen, men i et obiter dictum sa domstolen at «[f]or så vidt som de tre omhandlede medlemsstaters argumentation hviler på ønsket om at forhindre visse tilfælde af misbrug – som eksempel herpå kan nævnes, at det for eksempel fra de objektive omstændigheder fremgår, at en arbejdstager er indrejst i en medlemsstat alene for at blive omfattet af støtteordningen for uddannelsessøgende efter en ganske kort erhvervsaktiv periode – bemærkes det, at de omhandlede fællesskabsbestemmelser ikke er til hinder for, at der træffes foranstaltninger over for sådanne misbrug».³⁹⁸ Uttalelsen innebærer at det ikke er noe prinsipielt i veien for at det kan forekomme misbruk av reglene om fri bevegelse for arbeidstakere, men gir ikke svar på hvor kort perioden i arbeid må være for at det regnes som misbruk. Når ønsket om økonomisk støtte til utdanning må være det eneste formålet med å reise til en annen medlemsstat som arbeidstaker er terskelen for å konstatere misbruk uansett svært høy, og tilsynelatende strengere enn det subjektive vilkåret i *Emsland-Stärke* gir anvisning på.³⁹⁹ At misbrukshensikt konstateres ut fra objektive kriterier er i tråd med utviklingen av vilkårene for misbruk av reglene om fri bevegelse for varer og juridiske personer.

Obiter-uttalelsene om misbruk i *Lair* ble fulgt opp i *Ninni-Orasche*.⁴⁰⁰ En forutsetning for at spørsmålet om misbruk skulle komme på spissen var ifølge domstolen at «den pågældende person falder ind under traktatens personelle anvendelsesområde ved at opfylde kriterierne for at blive anset for »arbejdstager« i nævnte bestemmelses forstand».⁴⁰¹ Ninni-Orasche hadde bare vært i arbeid i to og en halv måned, men det

³⁹⁷ 39/86 *Lair* avsn. 29–39.

³⁹⁸ *Ibid.* avsn. 43.

³⁹⁹ Se C-110/99 *Emsland-Stärke* avsn. 53. Se nærmere om dette i punkt 2.7.4.3.

⁴⁰⁰ Ziegler (2011) s. 303.

⁴⁰¹ C-413/01 *Ninni-Orasche* avsn. 31.

var ikke til hinder for at hun kunne være en «arbeidstaker», forutsatt at «beskæftigelsen ikke har en marginal og supplerende karakter».⁴⁰² Det var imidlertid ikke dermed sagt «at en borger i en medlemsstat kan reise til en annen medlemsstat alene med det formål dér at nyde fordel, efter en meget kort periode med erhvervsmæssig beskæftigelse, af ordningen med støtte til studerende. De pågældende fællesskabsbestemmelser ikke er til hinder for [sic], at der træffes foranstaltninger over for sådanne misbrug».⁴⁰³ Domstolen tok ikke endelig stilling til om kravet til Ninni-Orasche var et misbruk, men når arbeid i to og en halv måned er tilstrekkelig til å regnes som «arbeidstaker», er ikke det i seg selv et objektivt kriterium som kan være avgjørende ved konstatering av misbruk. Arbeidsforholdets lengde er det mest nærliggende objektive kriteriet å se hen til, og det innebærer at perioden i arbeid må være enda kortere enn det som var tilfelle i *Ninni-Orasche*.

Når arbeidstakerbegrepet er så vidt som domstolen legger til grunn i *Lair* og *Ninni-Orasche*, blir anførsler om misbruk av reglene om fri bevegelighet tilsvarende mindre aktuelle.⁴⁰⁴ Det som typisk kunne vært ansett som misbruk – som arbeid i en stat i to og en halv måned, som var tilfelle i *Ninni-Orasche* – er legitim bruk av reglene om fri bevegelighet. En kan derfor langt på vei si at «there is no such thing as «abusively creating» the situation whereby someone becomes a worker for the purposes of EU law».⁴⁰⁵ I stedet for å stille spørsmål om misbruk, vurderer domstolen om «beskæftigelsen ikke har en marginal og supplerende karakter».⁴⁰⁶ Har den det er ikke vilkårene for å være en «arbeidstaker» oppfylt, og da kommer som domstolen presiserte i avsnitt 31 i *Ninni-Orasche* ikke spørsmålet om misbruk på spissen.

Resultatene i *Lair* og *Ninni-Orasche* er utslag av at det sentrale vilkåret for å konstatere misbruk i henhold til *Van Binsbergen*, *Centros* og *Emsland-Stärke* er at regelen om fri bevegelighet må brukes i strid

⁴⁰² Ibid. avsn. 26 og 32.

⁴⁰³ Ibid. avsn. 36.

⁴⁰⁴ Ziegler (2011) s. 297, Engsig Sørensen (2006) s. 427–428 og Kroeze (2018) s. 1225.

⁴⁰⁵ Craig og de Búrca (2015) s. 781. de la Feria (2008) s. 414 synes å være av samme oppfatning.

⁴⁰⁶ Se C-413/01 *Ninni-Orasche* avsn. 26 og 32.

med sitt formål. Det sentrale kriteriet for å fastslå både om noen er en «arbeidstaker» og om det foreligger misbruk, er lengden på arbeidsforholdet i en annen avtalestat. Når det skal svært lite til for å regnes som en «arbeidstaker», er bruk av reglene om fri bevegelighet for arbeidstakere sjelden i strid med bestemmelsens formål.⁴⁰⁷ En konstatering av at et arbeidsforhold på to og en halv måned er tilstrekkelig til å regnes som en «arbeidstaker», er samtidig en konstatering av at det ikke er en objektiv omstendighet som i seg selv er tilstrekkelig til å konstatere et misbruk. Av den grunn var det ikke nødvendig å ta stilling til om vilkårene for misbruk var oppfylt i *Lair* eller *Ninni-Orasche*.

2.6.3 Unntaket? Tredjelandets borgers avledede rettigheter for unionsborgerdirektivets ikrafttredelse⁴⁰⁸

Singh gjaldt en indisk mann og en britisk kvinne som giftet seg i 1982. Frem til ekteparet flyttet til Storbritannia i 1985, bodde og arbeidet de i Tyskland. *Singh* fikk midlertidig oppholdstillatelse i Storbritannia i 1986, men da ekteparet skilte seg i 1987 av slo britiske myndigheter søknaden om permanent oppholdstillatelse. I saken for EU-domstolen anførte britiske myndigheter at det ville være en omgåelse av nasjonal utlendingslovgivning og skape risiko for misbruk dersom *Singh* kunne avlede rett til permanent opphold i Storbritannia etter reglene om fri bevegelighet for arbeidstakere når kona, som var britisk statsborger, returnerte til sitt hjemland.⁴⁰⁹ Grunnlaget for anførselen om misbruk var ikke skilsmissem, men de mulighetene for misbruk som britiske myndigheter mente åpnet seg dersom tredjelandets borgerektefellen til en britisk statsborger kunne avlede rettigheter av den britiske statsborgeren ved dennes retur til hjemlandet. Britiske myndigheter synes å tilnærme seg ekteskapet mellom *Singh* og kona på samme måte som EU-domstolen

⁴⁰⁷ I samme retning Kroeze (2018) s. 1225.

⁴⁰⁸ Inspirert av de la Feria (2008) s. 411 sin overskrift «Free movement of workers and citizenship: The Exception?».

⁴⁰⁹ C-370/90 *Singh* avsn. 3–5 og 14. Saken er avsagt etter rådsdirektiv 73/148/EØF, som er opphevet og erstattet av unionsborgerdirektivet.

tilnærmer seg *Leclerc* og *Milk Marque* om eksport og reimportering av varer for å omgå nasjonal lovgivning.⁴¹⁰

EU-domstolen delte ikke denne oppfatningen, og kom til at Singh kunne avlede rett til opphold av sin kone, også når hun returnerte til sitt hjemland.⁴¹¹ På samme måte som i *Knoors* ble ikke Storbritannia hørt med at en britisk statsborger måtte nektes å gjøre reglene om fri bevegelse gjeldende overfor hjemlandet, og det forelå dermed et grenseoverskridende element.⁴¹² Under henvisning til *Knoors* og *Bouchoucha* kommenterer EU-domstolen påstanden om misbruk i et obiter dictum, når den sier at det følger av fast praksis at «personer, der er omfattet av traktathjemlede rettigheter, ikke kan påberåbe sig disse med henblik på uretmessig at unddrage sig en anvendelse af national lovgivning, ligesom disse rettigheder ikke er til hinder for, at medlemsstaterne træffer de fornødne foranstaltninger til at forhindre misbrug af denne art».⁴¹³ Det forelå imidlertid ingen urettmessig unndragelse fra nasjonal lovgivning, fordi Singh kunne avlede rett til opphold i Storbritannia av kona. Da kan heller ikke det objektive vilkåret for misbruk slik det følger av *Emsland-Stärke* – at formålet med reglene om fri bevegelse ikke er oppnådd – være oppfylt. Vilkårene er kumulative, og da er ikke ekteparets hensikt tilstrekkelig til å konstatere misbruk.

Marokkanske Hacene Akrich søkte om oppholdstillatelse i Storbritannia i 1989, men fikk avslag. Selv om han ble utvist fra Storbritannia og sendt til Algerie, vendte Akrich gjentatte ganger tilbake til Storbritannia. Under et ulovlig opphold i Storbritannia i 1996 giftet han seg med en britisk statsborger. I 1997 ble Akrich på ny sendt ut av landet, denne gangen til Dublin, hvor kona Halina bodde og jobbet.⁴¹⁴ I forbindelse

⁴¹⁰ I samme retning Costello (2009) s. 609, som skriver at *Singh* «contrasts with the classic abuse scenario for free movement of goods, namely exporting goods and re-importing them so as to avoid domestic legislation», under henvisning til 229/83 *Leclerc*, behandlet i punkt 2.3.2.

⁴¹¹ C-370/90 *Singh* avsn. 23.

⁴¹² Sejersted m.fl. (2011) s. 361.

⁴¹³ C-370/90 *Singh* avsn. 24.

⁴¹⁴ C-109/01 *Akrich* avsn. 29–33 og 35. Saken er avsagt etter rådsdirektiv 64/221/EØF, som er opphevet og erstattet av unionsborgerdirektivet.

med en søknad om ny innreisetillettelse til Storbritannia ble Hacene og kona avhørt på den britiske ambassaden i Dublin. Av samtalen fremkom det at ekteparet bodde i Irland for å kunne søke om innreisetillettelse til Storbritannia «på grundlag af Singh-dommen». De hadde hørt om «EU-rettigheter, hvorefter man efter et ophold på seks måneder kunne vende tilbage til Det Forenede Kongerige».⁴¹⁵ Britiske myndigheter avsto søknaden under henvisning til at «Hacene og Halina Akrichs flytning til Irland ikke var andet end en midlertidig udrejse, der med overlæg var tilrettelagt for at tilvebringe en ret til ophold for Hacene Akrich ved hans tilbagerejse til Det Forenede Kongerige, og dermed unddrage sig anvendelsen af bestemmelserne i Det Forenede Kongeriges nationale lovgivning, hvorfor Halina Akrich ikke, som arbejdstager i en anden medlemsstat, reelt havde udøvet rettigheder i henhold til EF-traktaten».⁴¹⁶ Spørsmålet for EU-domstolen var «hvilken betydning Singh-dommen har i en sag som den i hovedsagen omhandlede».⁴¹⁷

Domstolens utgangspunkt er at «de bevæggrunde, der har ført en medlemsstats arbejdstager til at søge arbejde i en anden medlemsstat, er uden betydning for hans ret til indrejse i og ophold på sidstnævnte stats område, såfremt den pågældende udøver eller ønsker at udøve en faktisk og reel beskæftigelse».⁴¹⁸ Som etablert i *Lair* og *Ninni-Orasche* skal det svært lite til for å oppfylle vilkårene for å være «arbejdstager» i EØS-rettslig forstand. Halina Akrich hadde jobbet i Dublin i over ett år da søknaden om innreisetillettelse for ektemannen ble avvist,⁴¹⁹ og det var utvilsomt lenge nok til å kunne regnes som «arbejdstager». Det er til sammenligning vesentlig lenger enn *Ninni-Orasche*, som bare hadde jobbet i to og en halv måned, men likevel var en arbejdstager.⁴²⁰ Når Halina Akrichs motiv for å jobbe i Irland ikke var relevant måtte

⁴¹⁵ C-109/01 *Akrich* avsn. 35–36.

⁴¹⁶ *Ibid.* avsn. 37.

⁴¹⁷ *Ibid.* avsn. 46.

⁴¹⁸ *Ibid.* avsn. 55.

⁴¹⁹ Fra august 1997 til søknaden om innreisetillettelse ble avvist i september 1998, se avgjørelsens avsn. 35 og 37.

⁴²⁰ Se C-413/01 *Ninni-Orasche* avsn. 32.

resultatet bli at hun var en arbeidstaker som ektemannen kunne avlede rett til opphold fra.

Flere anser uttalelsene som en fravikelse av kravet til subjektiv misbrukshensikt som oppstilles i *Van Binsbergen, Emsland-Stärke* mv.⁴²¹ Det er jeg ikke enig i. Det er forskjell på å si at misbrukshensikt ikke er et vilkår for å konstatere misbruk (det subjektive vilkåret), og det domstolen gjør i *Akrich*, som er å si at det ikke er nødvendig å ta stilling til om det subjektive vilkåret er oppfylt, «såfremt» bruken ekteparet *Akrich* gjør av reglene om fri bevegelighet ikke er i strid med reglenes formål. Bruken var ikke i strid med reglenes formål, fordi *Halinas* arbeid i Irland var faktisk og reelt (det objektive vilkåret).⁴²² Det har vært en grunnleggende forutsetning for misbruk helt siden *Van Binsbergen*, og var avgjørende for at det forelå misbruk i *Veronica*, men ikke i *Centros* eller *Singh*.⁴²³

Som en slags tilleggsbegrunnelse for at det ikke foreligger misbruk, viser domstolen til Den europeiske menneskerettskonvensjonen artikkel 8 om retten til respekt for familieliv og privatliv.⁴²⁴ Domstolen påpeker at bestemmelsen ikke i seg selv gir oppholdsrett for tredjelandsborgere, men «den omstændighed at en person nægtes indrejse i det land, hvor hans nære slægtninge bor, [kan] udgøre en indgriben i retten til respekt for familielivet, således som denne ret er beskyttet ved menneskerettighedskonventionens artikkel 8».⁴²⁵ Hvis misbruk skulle være grunnlag for å nekte *Hacene Akrich* opphold i Storbritannia måtte det derfor være «nødvendig i et demokratisk samfunn» etter EMK artikkel 8 (2).⁴²⁶ Det var det ikke. Uttalelsen er problematisk fordi den synes å implisere at utlendingslovgivningen til Storbritannia, og alle andre europeiske land med tilsvarende krav til familieinnvandring, som nettopp er strengere

⁴²¹ Engsig Sørensen (2006) s. 457, Ziegler (2011) s. 305, Spaventa (2011) s. 315 og 317 og Kroeze (2018) s. 1231–1232.

⁴²² I samme retning generaladvokat Geelhoeds forslag til avgjørelse i C-109/01 *Akrich* avsn. 178–181, Dougan (2011) s. 360 og De Broe (2008) s. 789.

⁴²³ I samme retning Vogenauer (2011) s. 537 hva gjelder utfallet i *Centros*.

⁴²⁴ Konvensjon om beskyttelse av menneskerettigheter og de grunnleggende friheter (EMK). EMK er gjennomført i norsk rett ved lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).

⁴²⁵ C-109/01 *Akrich* avsn. 59.

⁴²⁶ *Ibid.* avsn. 59–60.

enn reglene om fri bevegelighet for arbeidstakere og unionsborgere, er i strid med retten til familieliv i EMK artikkel 8. Det gjør det ikke mindre forvirrende at domstolen likevel kom til at Akrich kunne nektes opphold i Storbritannia, men på et annet grunnlag enn misbruk, og uten å vurdere om vilkårene etter EMK artikkel 8 (2) var oppfylt.⁴²⁷ Ifølge EU-domstolen kunne Akrich nektes rett til avledet opphold fordi han aldri hadde hatt lovlig opphold i noen medlemsstat.⁴²⁸ Det er vanskelig å forstå hvorfor EU-domstolen problematiserer forholdet til EMK artikkel 8, når den uansett har kommet til at Akrich kan nektes opphold basert på en tolkning av rekkevidden til reglene om tredjelandsborgeres avledede rettigheter.⁴²⁹ I likhet med *Lair* og *Ninni-Orasche* illustrerer avgjørelsen samtidig at behovet for en lære om misbruk av reglene om fri bevegelighet er lite. Det er den enkelte regels rekkevidde og utforming, og ikke kategorien misbruk, som er avgjørende.

I *Chen* var spørsmålet om britiske myndigheter kunne nekte Kunqian Catherine Zhu, som er irsk statsborger, og moren Man Lavette Chen, som er kinesisk statsborger, opphold i Storbritannia.⁴³⁰ Den kinesiske ettbarnspolitikken forhindret ekteparet Chen fra å få flere barn i hjemlandet. Ekteparet oppsøkte advokat, som rådet dem til å få barnet i Irland, fordi den irske grunnloven foreskrev at alle som ble født «within the territory of the island» hadde krav på irsk statsborgerskap.⁴³¹ Når Zhu hadde fått irsk pass var planen å flytte til Storbritannia, som har strengere utlendingslovgivning enn Irland, og kreve opphold der i medhold av unionsborgerskapet.⁴³² Zhu ble født i Belfast i Nord-Irland i 2000. Hun fikk utstedt irsk pass, men hadde ikke krav på britisk statsborgerskap fordi de britiske reglene var strengere. Etter reglene om unionsborgerskap

⁴²⁷ Dashwood m.fl. (2011) s. 347.

⁴²⁸ C-109/01 *Akrich* avsn. 50. Se C-127/08 *Metock* i punkt 2.6.5 om dette kravet.

⁴²⁹ Spaventa (2005) s. 230 kaller det «the most obscure part of the ruling». Chalmers, Davies og Motti (2010) s. 243 omtaler det som «a 'cut-out and paste' reliance on the case law of the European Court on Human Rights».

⁴³⁰ C-200/02 *Chen* avsn. 2.

⁴³¹ Generaladvokat Tizzanos forslag til avgjørelse i C-200/02 *Chen* avsn. 13. Formuleringen innebar at også personer født i Nord-Irland, som er en del av Storbritannia, fikk irsk statsborgerskap, se Tryfonidou (2005) s. 528.

⁴³² C-200/02 *Chen* avsn. 11 og generaladvokatens forslag til avgjørelse i saken, avsn. 14.

søkte Chen, på vegne av datteren og seg selv, om permanent opphold i Storbritannia.⁴³³ Storbritannia avsto søknaden, og spørsmålet ble forelagt EU-domstolen.

Under henvisning til *Centros* anførte Storbritannia at Zhu og Chen måtte nektes opphold fordi formålet med reglene om fri bevegelighet for fysiske personer ikke var oppfylt når Chen hadde flyttet til en medlemsstat kun for at datteren skulle bli statsborger av et EU-land. EU-domstolen avviste påstanden om misbruk, fordi det er opp til Irland å bestemme hvilke kriterier som skal gjelde for oppnåelse av irsk statsborgerskap. EU-domstolen kan ikke innfortolke begrensninger i hvem som har krav på irsk statsborgerskap, selv om britiske myndigheter er misfornøyde med følgene reglene har.⁴³⁴ At avtalestatene selv avgjør hvem som har rett til statsborgerskap var allerede slått fast i domstolens praksis.⁴³⁵ Av denne grunn er jeg ikke enig med de som, i likhet med om *Akrich*, hevder at EU-domstolen kunne brukt *Emsland-Stärke*-vilkårene for å konstatere misbruk i *Chen*.⁴³⁶ Det domstolen sier er at den tiltenkte bruken av reglene om fri bevegelighet ikke er i strid med reglernes formål (det objektive vilkåret), når den er i overensstemmelse med regler det er opp til avtalestatene selv å fastsette.⁴³⁷ Da er, i likhet med i *Singh*, ikke eventuell oppfyllelse av det subjektive vilkåret tilstrekkelig til å konstatere misbruk.

Resultatet i *Chen* var den direkte foranledningen til at den irske grunnloven ble endret, og det er ikke lenger tilstrekkelig å bli født i Irland for å ha krav på irsk statsborgerskap.⁴³⁸ Nå må foreldre av barn som fødes i Irland påvise en betydelig tilknytning til landet, hvis ikke foreldrene selv er irske statsborgere.⁴³⁹ Endringen av den irske grunnloven illustrerer i likhet med etterspillet til *Torresi*-avgjørelsen, som resulterte i at Spania skjerpet kravene for å oppnå advokattittelen, at traktatbestemmelsene om fri bevegelighet

⁴³³ C-200/02 *Chen* avsn. 2, 8–10 og 14.

⁴³⁴ *Ibid.* avsn. 34–37. I samme retning Snell (2011) s. 229.

⁴³⁵ Se C-369/90 *Micheletti*.

⁴³⁶ de la Feria (2008) s. 417, Snell (2011) s. 228–229 og Arnall (2006) s. 531.

⁴³⁷ I samme retning Dougan (2011) s. 360, De Broe (2008) s. 786–787 og Evers og de Graaf (2009) s. 290 og 292.

⁴³⁸ Twenty-Seventh Amendment of the Constitution Act [Irland] (2004).

⁴³⁹ Tryfonidou (2005) s. 531.

(negativ integrasjon) i kombinasjon med mangel på, eller ikke tilstrekkelig harmonisering av avtalestatenes lovgivning (positiv integrasjon), åpner for bruk av reglene om fri bevegelighet til å omgå nasjonal lovgivning, uten at det nødvendigvis innebærer misbruk av reglene om fri bevegelighet. Ved å forlate EU har Storbritannia samtidig funnet en annen måte å løse omgåelsesproblematikk som den i *Akrich* og *Chen*. Blant 12 369 briter som ble spurt hvorfor de stemte som de gjorde under folkeavstemningen om å forlate EU i 2016, oppga en tredjedel av de som hadde stemt for utmeldelse at ønsket om redusert innvandring var hovedårsaken.⁴⁴⁰

2.6.4 Kodifiseringen: Artikkel 35 i unionsborgerdirektivet

30. april 2004 trådte unionsborgerdirektivet i kraft i EU.⁴⁴¹ Artikkel 35 i direktivet regulerer «Misbruk av rettigheter», og i norsk versjon lyder bestemmelsen slik:

«Medlemsstatene kan treffe de nødvendige tiltak for å nekte, oppheve eller tilbakekalle rettigheter i henhold til dette direktiv ved misbruk av rettigheter eller bedrageri, for eksempel proformaekteskap. Slike tiltak skal stå i forhold til og være underlagt garantiene for rett saksbehandling fastsatt i artikkel 30 og 31.»

I punkt 28 i fortalen til direktivet heter det at

«For å hindre misbruk av rettigheter eller bedrageri, særlig proformaekteskap eller andre former for forhold som er inngått bare for å utnytte retten til fri bevegelighet og fritt opphold, bør medlemsstatene ha mulighet til å vedta nødvendige tiltak.»

Artikkel 35 regnes for å være en kodifisering av den domstolskapte læren om misbruk av reglene om fri bevegelighet.⁴⁴² *Metock*-avgjørelsen fra 2008, som kommenteres i punkt 2.6.5, skapte så store kontroverser rundt

⁴⁴⁰ Lord Ashcroft (2016).

⁴⁴¹ Direktivet trådte i kraft i EØS 1. mars 2009.

⁴⁴² Se bl.a. Engsig Sørensen (2006) s. 437–438, Vogenauer (2011) s. 523, Ziegler (2011) s. 295 og Szabados (2017) s. 86.

bl.a. spørsmålet om misbruk at Europakommisjonens retningslinjer for tolkningen av unionsborgerdirektivet fra 2009 i stor grad handler om hvordan artikkel 35 skal tolkes og anvendes.⁴⁴³

I retningslinjene fra 2009 innleder Europakommisjonen punktet «Misbruk og svig» ved å erklære at «[f]ællesskabsretten finder ikke anvendelse i tilfælde av misbrug», og viser uttrykkelig til *Van Binsbergen, Singh* og *Centros*.⁴⁴⁴ «Misbruk» defineres som «en adfærd, der alene har til formål at opnå ret til fri bevægelighed og ophold i henhold til fællesskabsretten, hvilket ikke er i overensstemmelse med formålet med fællesskabsbestemmelserne, om end de betingelser, der er fastsat i disse bestemmelser, formelt er opfyldt»,⁴⁴⁵ og viser i denne sammenheng uttrykkelig til *Emsland-Stärke* og *Centros*. Formuleringen er en gjengivelse av det objektive vilkåret for misbruk fra *Emsland-Stärke*, og Europakommisjonen synes dermed å være av den oppfatning at *Emsland-Stärke*-vilkårene kommer til anvendelse for spørsmål om misbruk av reglene i unionsborgerdirektivet. «Svig», i norsk versjon «bedrageri», er på den annen side «forsætlig vildledning eller påfund for at opnå ret til fri bevægelighed i henhold til direktivet», og vil «sandsynligvis være begrenset til dokumentforfalskning eller løgnagtig gengivelse af vigtige oplysninger».⁴⁴⁶ Eksemplene bekrefter at Europakommisjonens definisjon av svik er sammenfallende med den som har vært lagt til grunn i juridisk teori, se nærmere i punkt 1.1 om skillet mellom «misbruk» og «svik». ⁴⁴⁷

Proformaekteskap er det eneste eksemplet på «misbruk» eller «svik» i direktivteksten. Europakommisjonen viser til at det følger av premiss 28 i fortalen til direktivet at «proformaekteskap» er ekteskap inngått «med det **ene** formål at opnå ret til fri bevægelighed». ⁴⁴⁸ Det fremkommer ikke

⁴⁴³ Guild, Peers og Tomkin (2019) s. 310.

⁴⁴⁴ KOM (2009) 313 endelig s. 14. Uttalelsene er gjentatt i senere dokumenter fra Europakommisjonen, se bl.a. KOM (2014) 604 endelig og SWD (2014) 284 final.

⁴⁴⁵ KOM (2009) 313 endelig s. 15.

⁴⁴⁶ Ibid.

⁴⁴⁷ Jeg foretrekker «svik» fremfor «bedrageri», fordi det er begrepet EU-domstolen bruker i bl.a. den danske versjonen av C-212/97 *Centros*, og i den danske versjonen av unionsborgerdirektivet.

⁴⁴⁸ KOM (2009) 313 endelig s. 15. Europakommisjonens uthevinger.

av direktivet om proformaekteskap regnes som «misbruk» eller «svik»,⁴⁴⁹ men i både *Singh* og *Akrich* omtaler EU-domstolen det som «misbruk».⁴⁵⁰ I tråd med Europakommisjonens definisjoner av «misbruk» og «svik» må det være riktig, fordi det sentrale ved proformaekteskap er at det formelt er inngått et gyldig ekteskap.⁴⁵¹ Inneholdt i definisjonen av «svik» er på den annen side forfalskning, altså slik at det ikke er inngått et gyldig ekteskap i det hele tatt.⁴⁵² Europakommisjonen legger samtidig til grunn at artikkel 35 kan gis analogisk anvendelse ved registrerte proformapartnerskap. Utover det gir bestemmelsen en uttømmende opplisting av tilfellene der det kan foreligge misbruk av reglene i unionsborgerdirektivet,⁴⁵³ fordi proformaekteskap og proformapartnerskap er de eneste formene for misbruk som kan gi avledet rett til opphold etter direktivet. De andre eksemplene Europakommisjonen fremhever, som falsk adopsjon, er tilfeller av «svik» og ikke «misbruk».⁴⁵⁴ Selv om det ikke fremkommer uttrykkelig av bestemmelsen, fortalen, EU-domstolens praksis eller Europakommisjonens uttalelser at bestemmelsen er uttømmende, er det en konsekvens av det vidtrekkende anvendelsesområdet reglene om tredjelandsborgeres avledede rett til opphold er gitt i domstolens praksis. Samtlige avgjørelser presentert i inneværende delkapittel er uttrykk for dette.⁴⁵⁵

Artikkel 35 er en direkte regulering av innholdet i det objektive vilkåret for misbruk, og innebærer at proformaekteskap alltid er i strid med formålet til reglene i unionsborgerdirektivet. Spørsmålet om det foreligger misbruk er derfor et spørsmål om vilkårene for «proformaekteskap» er oppfylt. Vurderingen av om det foreligger et «proformaekteskap» skiller seg fra eksempelvis spørsmålet om et selskap som er etablert i Storbritannia utelukkende driver virksomhet i Danmark, fordi det ikke er synlig utad om et ekteskap er proforma eller ikke. Det skyldes at det utelukkende er hensikten med ekteskapsinngåelsen som skiller proformaekteskap fra

⁴⁴⁹ I samme retning Guild, Peers og Tomkin (2019) s. 313.

⁴⁵⁰ Se C-370/90 *Singh* avsn. 12 og C-109/01 *Akrich* avsn. 57.

⁴⁵¹ SWD (2014) 284 final s. 10.

⁴⁵² I samme retning Engsig Sørensen (2006) s. 431.

⁴⁵³ I samme retning Costello (2011) s. 341, men i motsatt retning Kroeze (2018) s. 1230.

⁴⁵⁴ Se KOM (2009) 313 endelig s. 15. I denne retning Guild, Peers og Tomkin (2019) s. 313.

⁴⁵⁵ I samme retning Guild, Peers og Tomkin (2019) s. 313–314.

andre gyldig inngåtte ekteskap.⁴⁵⁶ Misbrukshensikt er samtidig det subjektive vilkåret for misbruk slik det følger av de domstolskapte vilkårene i eksempelvis *Emsland-Stärke*. Hensikten med ekteskapsinngåelsen er dermed avgjørende både for om det objektive og det subjektive vilkåret for misbruk er oppfylt etter bestemmelsen.

I vurderingen av om det subjektive vilkåret er oppfylt har det helt siden generaladvokat Lenz' forslag til avgjørelse i *TV10*, og senere i bl.a. *Emsland-Stärke*, vært lagt til grunn at dette kan fastlegges ut fra objektive omstendigheter. Europakommisjonen legger til grunn at det samme gjelder for misbruk etter artikkel 35 i unionsborgerdirektivet, når den i retningslinjene fra 2009 fremhever momenter som hvorvidt paret snakker et felles språk og om paret kan gjøre rede for personlige opplysninger om hverandre som relevante i vurderingen av om ekteskapet er proforma.⁴⁵⁷ Det skyldes at det i de fleste tilfeller er enklere å fastlegge misbrukshensikt ut fra objektive omstendigheter enn å føre bevis for hva noen har tenkt.⁴⁵⁸ At proformækteskap, som utelukkende kjennetegnes ved subjektiv hensikt, er det eneste eksemplet på misbruk av reglene om fri bevegelighet i direktivteksten, underbygger samtidig min påstand om at domstolen ikke har opphevet det subjektive vilkåret for misbruk slik det følger av *Emsland-Stärke* i *Akrich*.⁴⁵⁹

Ordlyden i punkt 28 i fortalen til unionsborgerdirektivet og Europakommisjonens definisjon av «proformækteskap» tilsier begge at avledet rett til opphold må være det eneste formålet med ekteskapsinngåelsen for at det subjektive vilkåret skal være oppfylt.⁴⁶⁰ Kravet er i så fall skjerpet sammenlignet med de alminnelige vilkårene for misbruk fra *Emsland-Stärke*, der det ikke engang stilles krav til hovedformål, men

⁴⁵⁶ SWD (2014) 284 final s. 10 og Engsig Sørensen (2006) s. 431.

⁴⁵⁷ Se KOM (2009) 313 endelig s. 16–17.

⁴⁵⁸ Se generaladvokat Geelhoed i forslaget til avgjørelse i C-109/01 *Akrich* avsn. 172, som påpeker at en i så tilfelle kan komme unna ved å oppgi en vikarierende hensikt.

⁴⁵⁹ Ziegler (2011) s. 305 og Kroeze (2018) s. 1231–1232 hevder det motsatte i sin omtale av avsn. 55 i C-109/01 *Akrich*. Se nærmere om dette i punkt 2.7.4.3.

⁴⁶⁰ Punkt 28 lyder på dansk «proformaægteskaber [...] der indgås *udelukkende* for at kunne udøve retten til fri bevægelighed» (min utheving) og på engelsk «marriages of convenience [...] contracted for the *sole purpose* of enjoying the right of free movement» (min utheving). Den norske ordlyden, som er gjengitt ovenfor, er tilsvarende.

i tråd med formuleringen av det subjektive vilkåret i *Lair*.⁴⁶¹ 3. mars 2020 spurte derfor Norges Høyesterett EFTA-domstolen om det «kreves [...] at tredjelandsborgerens ønske om rett til opphold har vært den [sic] eneste formålet med ekteskapsinngåelsen, eller er det tilstrekkelig at dette har vært det hovedsakelige formålet med ekteskapsinngåelsen?». ⁴⁶² Etter sjettede ledd i utlendingsloven § 120, som gjennomfører artikkel 35 i unionsborgerdirektivet i norsk rett,⁴⁶³ kan opphold nektes «dersom det er sannsynlig at ekteskapet er inngått [...] med det *hovedformål* å skaffe søkeren lovlig opphold i riket» (min utheving). Hvis unionsborgerdirektivet artikkel 35 skal forstås slik at rett til opphold må være det eneste formålet, må den norske bestemmelsen tolkes innskrenkende for å være forenlig med EØS-rettens krav til innholdet i norsk rett.⁴⁶⁴

I Europakommisjonens håndbok fra 2014 «on addressing the issue of alleged marriages of convenience between EU citizens and non-EU nationals in the context of EU law on free movement of EU citizens»,⁴⁶⁵ sies følgende om «sole purpose»-kriteriet:

«Therefore, the notion of “sole purpose” should not be interpreted literally (as being the unique or exclusive purpose) but rather as meaning that the objective to obtain the right of entry and residence must be the predominant purpose of the abusive conduct. A conduct aimed at abusively acquiring more than one unfair advantage (such as, in addition to the right of residence, a tax advantage) may also be considered as abusive. On the other hand, a marriage cannot be considered as a marriage of convenience simply because it brings an immigration advantage, or indeed any other advantage».

⁴⁶¹ Se C-110/99 *Emsland-Stärke* avsn. 53, sml. 39/86 *Lair* avsn. 43.

⁴⁶² E-1/20 *Kerim*, se Høyesterett (2020). På EFTA-domstolens nettside er spørsmålet kun publisert på engelsk.

⁴⁶³ Ot.prp. nr. 72 (2007–2008) s. 41.

⁴⁶⁴ Se utlendingsloven § 3 jf. Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 401: «§ 3 [innebærer] at man skal anvende det tolkningsalternativ som gjør at folkerettsbrudd unngås. Internasjonale regler som Norge er bundet av skal altså benyttes til tolkning og utfylling av loven, til erstatning for eller med gjennomslagskraft overfor lovbestemmelser som eventuelt går i motsatt retning». I denne retning Bull (2010) s. 688.

⁴⁶⁵ SWD (2014) 284 final s. 9. Håndboken er kun tilgjengelig på engelsk. Europakommisjonen har selv presisert at den ikke er rettslig bindende, se KOM (2014) 604 endelig s. 3.

At ekteskapet også gir en innvandringsfordel er etter Europakommisjonens syn ikke tilstrekkelig til å konstatere misbruk, men kravet til «pre-dominant purpose», tilsier at den norske formuleringen «hovedformål» er forenlig med unionsborgerdirektivet.⁴⁶⁶ Spørsmålet for EFTA-domstolen i *Kerim* er dermed om fortalen til direktivet eller Europakommisjonens uttalelser veier tyngst. Et viktig argument i denne vurderingen bør være at de alminnelige vilkårene for misbruk, som EU-domstolen viser til også etter unionsborgerdirektivets ikrafttredelse, ikke gir holdepunkter for å oppstille et krav til eneformål.⁴⁶⁷ Hvis det objektive vilkåret først er oppfylt, noe gjennomgangen av domstolens praksis viser at terskelen for er høy, og den aktuelle bruken er i strid med reglens formål, er det ingen grunn til at EØS-retten likevel skal beskytte den tiltenkte bruken gjennom et strengt subjektivt vilkår.⁴⁶⁸ Alle rettskilder utenom fortalen til unionsborgerdirektivet tilsier dermed at kravet til hovedformål i utlendingsloven § 120 (6) er forenlig med Norges forpliktelser etter EØS-avtalen. Selv om både EU- og EFTA-domstolen ofte viser til fortalen for å fastlegge innholdet i bestemmelser i sekundærlovgivning, er den ikke bindende.⁴⁶⁹ Når fortalen som her taler for ett tolkningsresultat alene, er det derfor ingen grunn til å tillegge den avgjørende vekt.

Et annet argument, som er bærende for Norges argumentasjon i *Kerim*-saken, er at artikkel 35 i unionsborgerdirektivet er utslag av det alminnelige EU- og EØS-rettslige prinsippet som forbyr misbruk av rettigheter.⁴⁷⁰ Det fremkommer ikke uttrykkelig av statens anførsler i saken slik de er gjengitt i rettsmøterapporten, men poenget må her antas å være at alminnelige prinsipper i EU- og EØS-retten regnes for å være primærrett, eventuelt på et nivå mellom primær- og sekundærretten,⁴⁷¹ slik at et subjektivt krav til eneformål om misbruk i artikkel 35 i

⁴⁶⁶ Oslo tingrett og Borgarting lagmannsrett kom til samme resultat i henholdsvis TOSLO-2018-124828 og LB-2019-33460. Høyesteretts behandling av saken er utsatt i påvente av en rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen.

⁴⁶⁷ Se C-456/12 *O. og B.* og C-202/13 *McCarthy m.fl.*, omtalt i punkt 2.6.5.

⁴⁶⁸ Se nærmere om dette i punkt 2.7.4.3.

⁴⁶⁹ Se f.eks. C-647/17 *Srf konsulterna* avsn. 32.

⁴⁷⁰ Rettsmøterapporten til E-1/20 *Kerim* avsn. 44.

⁴⁷¹ Arnulf (2011) s. 12, Engsig Sørensen (2011) s. 26 og Cuyvers (2017) s. 219.

unionsborgerdirektivet er i strid med det alminnelige prinsippet og har formodningen mot seg.⁴⁷²

Selv om Europakommisjonen i 2009 la til grunn at «[r]etningslinjene er uttrykk for Kommissionens synspunkter og berører ikke Domstolens nuværende og fremtidige retspraksis»,⁴⁷³ viser gjennomgangen i det ovenstående at Europakommisjonen tolker artikkel 35 i lys av domstolens forutgående praksis om misbruk av reglene om fri bevegelighet. Spørsmålet som gjenstår er om domstolens tolkning er den samme etter unionsborgerdirektivets ikrafttredelse.

2.6.5 Bekreftelsen: Tredjelandsborgeres avledede rettigheter etter unionsborgerdirektivets ikrafttredelse

I *Metock* var spørsmålet om en rekke avslag på søknader om rett til avledet opphold med den begrunnelse at tredjelandsborgerektefellen aldri hadde hatt lovlig opphold i noe EU-land kunne opprettholdes. Den omstridte lovgivningen var basert på EU-domstolens uttalelser i *Akrich*.⁴⁷⁴ EU-domstolen fravek resultatet i *Akrich* uttrykkelig, og konkluderte med at et slikt krav ikke var i overensstemmelse med unionsborgerdirektivet.⁴⁷⁵ *Metock* illustrerer at stadig videre tolkninger av anvendelsesområdet til rettighetene etter unionsborgerdirektivet gjør at spørsmålet om misbruk av reglene om fri bevegelighet mister sin relevans.⁴⁷⁶ Når avtalestatene

⁴⁷² En forutsetning for at forbudet mot misbruk som alminnelig prinsipp skal få denne betydningen for tolkningen av artikkel 35 i unionsborgerdirektivet, er at prinsippet oppstiller bestemte vilkår for misbruk som ubestridelig kommer til anvendelse for misbruk av reglene om fri bevegelighet for personer. Som denne avhandlingen viser er det omdiskutert, særlig hva gjelder fri bevegelighet for fysiske personer, se nærmere om dette i punkt 1.3 og 2.6.1. Se også Farmer (2011) s. 4, som i 2011 hevdet at «[a]s yet there has been no cases where abuse of law has served as an independent criterion for review of EU measures; and it is not immediately obvious how it could do so». Det er mot denne bakgrunn jeg har valgt å behandle vilkårene for misbruk, og ikke misbruk som alminnelig EØS-rettslig prinsipp, se nærmere om dette i punkt 1.1.

⁴⁷³ KOM (2009) 313 endelig s. 2.

⁴⁷⁴ C-127/08 *Metock* avsn. 2 og 45. Se Currie (2009) s. 312.

⁴⁷⁵ C-127/08 *Metock* avsn. 48, 58 og 70. Se Faull (2011) s. 291–292.

⁴⁷⁶ I samme retning Costello (2009) s. 610.

ikke lenger kan stille krav til lovlig opphold i én stat, oppfyller ikke mangel på lovlig opphold det objektive vilkåret for misbruk.

Misbruk var ikke anført i *Metock*, men EU-domstolen nevner artikkel 35 i unionsborgerdirektivet kort. At domstolen viser til direktivbestemmelsen, og ikke egen praksis som i *Singh*, *Chen* og *Akrich*, viser at en konsekvens av kodifisering av «misbruk av rettigheter» er at det er bestemmelsen i sekundærlovgivning og ikke lenger domstolens praksis som er det rettslige grunnlaget.⁴⁷⁷ Det har ingen videre betydning: Europakommisjonens uttalelser og EU-domstolens avgjørelser *O. og B.* og *McCarthy* bekrefter at bestemmelsen tolkes på samme måte som praksis før direktivets ikrafttredelse.

I *O. og B.* var spørsmålet om to tredjelandsborgere som var gift med nederlandske statsborgere kunne avlede rett til opphold i Nederland. Referansepersonene hadde ikke vært økonomisk aktive i landet de returnerte fra, og retten til opphold kunne derfor ikke avledes fra reglene om fri bevegelighet for arbeidstakere som i *Singh*. Domstolen fant at slike rettigheter heller ikke fulgte av unionsborgerdirektivet.⁴⁷⁸ Avledet rett til opphold fulgte imidlertid av unionsborgerskapet i TEUV.⁴⁷⁹ I likhet med de øvrige avgjørelsene om tredjelandsborgeres rett til avledet opphold løses spørsmålet i saken ved tolkning av de aktuelle reglenes rekkevidde, uten at spørsmålet om misbruk kommer på spissen: Det avgjørende er om «unionsborgeren og familiemedlemmet, der er tredjelandsstatsborger, reelt har haft opphold i værtsmedlemsstaten», noe det er opp til nasjonale domstoler å ta stilling til.⁴⁸⁰ Uten å vise til artikkel 35 i unionsborgerdirektivet påpeker domstolen deretter, under henvisning til *Emsland-Stärke*, at «EU-rettlige regler ikke kan utvides til at dekke en praksis, som udgør misbruk», og at «bevis for et sådant misbruk imidlertid kræver dels et sammenfald af objektive omstændigheder, hvoraf det fremgår, at det formål, som EU-lovgivningen forfølger, ikke er opnået, selv om betingelserne i denne lovgivning formelt er overholdt,

⁴⁷⁷ Engsig Sørensen (2011) s. 31 og Vogenauer (2011) s. 551.

⁴⁷⁸ C-456/12 *O. og B.* avsn. 30, 32 og 37 flg. Se Fløistad (2018) s. 379 og 381.

⁴⁷⁹ C-456/12 *O. og B.* avsn. 44 flg.

⁴⁸⁰ *Ibid.* avsn. 56–57.

dels et subjektivt element, der består i en hensigt til at drage fordel af EU-lovgivningen ved kunstigt at skabe de betingelser, der kræves for at opnå denne fordel». ⁴⁸¹ Domstolen skulle vist til artikkel 35, men uttalelsen bekrefter uansett at bestemmelsen om misbruk i unionsborgerdirektivet bygger på vilkårene fra *Emsland-Stärke*. Etter mitt syn kan domstolens uttalelser også tas til inntekt for at det subjektive vilkåret etter artikkel 35 i unionsborgerdirektivet ikke er strengere enn de alminnelige vilkårene for misbruk, se diskusjonen i punkt 2.6.4, og at domstolens tidligere praksis er relevant selv om misbruk er kodifisert i artikkel 35 i unionsborgerdirektivet.

Uttalelsene i *O. og B.* er senere gjentatt av EU-domstolen i *McCarthy* og EFTA-domstolen i *Campbell*, under henvisning til både artikkel 35 og de domstolskapte vilkårene for misbruk. ⁴⁸² I begge sakene presiseres det samtidig at avtalestatene ikke kan vedta nasjonal lovgivning som bygger på en presumsjon om at det foreligger misbruk, men at det må vurderes i enkelttilfeller. ⁴⁸³ Det er i overensstemmelse med uttalelser i tidligere avgjørelser som *Flemish Cable Network*, *Inspire Art* og *X og Y*.

Fordi det rettslige grunnlaget for avledet rett til opphold i *O. og B.* var reglene om unionsborgerskap i TEUV, og ikke unionsborgerdirektivet, har det vært diskutert om resultatet kan være det samme etter EØS-avtalen. I *Jabbi* fant EFTA-domstolen at hensynet til ensartet tolkning i EØS innebærer at unionsborgerdirektivets regler om avledet rett til opphold må gis analogisk anvendelse i tilfeller der en EØS-borger som ikke har vært økonomisk aktiv returnerer til hjemlandet. ⁴⁸⁴ Standpunktet ble uttrykkelig opprettholdt i *Campbell*. ⁴⁸⁵ Spørsmålet har betydning for rekkevidden til reglene i unionsborgerdirektivet, men ikke for misbruk som sådan, og illustrerer det sentrale poenget ved spørsmål om misbruk av reglene om fri bevegelighet for fysiske personer: Dersom reglene om

⁴⁸¹ Ibid. avsn. 58. Se Szabados (2017) s. 90.

⁴⁸² C-202/13 *McCarthy m.fl.* avsn. 54 og E-4/19 *Campbell* avsn. 70.

⁴⁸³ C-202/13 *McCarthy m.fl.* avsn. 55–56 og E-4/19 *Campbell* avsn. 72.

⁴⁸⁴ E-28/15 *Jabbi* avsn. 82. Se Fløistad (2018) s. 383–384.

⁴⁸⁵ E-4/19 *Campbell* avsn. 58. EFTA-domstolen nyanserer antakelig *Jabbi* noe, i det Campbells avledede rett til opphold omtales som et resultat av en tolkning av unionsborgerdirektivet, og ikke lenger som en analogi fra det, se nærmere Johansen (2020).

tredjelandsborgeres avledede rett til opphold der EØS-borgere som ikke har vært økonomisk aktive returnerer til sitt hjemland ikke gjelder etter EØS-avtalen, er resultatet at reglene i unionsborgerdirektivet ikke kommer til anvendelse. Da blir aldri spørsmålet om misbruk av reglene aktuelt. *Campbell*-saken illustrerer dette samspillet, selv om ikke spørsmålet om misbruk kom på spissen. Melissa Campbell, som er canadisk statsborger, fikk avslag på søknaden om avledet rett til opphold i Norge etter reglene i unionsborgerdirektivet. EFTA-domstolen ble bl.a. bedt om å uttale seg om forholdet mellom kravet til at EØS-borgerens opphold i vertsstaten må ha vært reelt og artikkel 35 i unionsborgerdirektivet.⁴⁸⁶

For at Campbell skal avlede rett til opphold i Norge må ektefellens opphold i Sverige oppfylle kravene til reelt opphold oppstilt i *O. og B.*⁴⁸⁷ Det betyr to ting: Hvis oppholdet i Sverige har vært reelt kan ikke flyttingen dit innebære misbruk, selv om formålet med oppholdet var å oppnå rettigheter etter unionsborgerdirektivet.⁴⁸⁸ Det er i likhet med resultatet i *Singh* en konsekvens av at vilkårene for misbruk er kumulative. Hvis ikke kravet til reelt opphold er oppfylt kan Campbell uansett ikke avlede rettigheter, og da kommer ikke spørsmålet om misbruk på spissen. EU-domstolen sa det samme om reglene om fri bevegelighet for arbeidstakere i *Ninni-Orasche*.⁴⁸⁹ Det er først hvis kravet til reelt opphold er oppfylt at spørsmålet om misbruk etter artikkel 35 aktualiseres.⁴⁹⁰ Artikkel 35 gjelder proformaekteskap, og forutsetter dermed at *ekteskapet* mellom Campbell og ektefellen er inngått med det formål å oppnå rettigheter etter unionsborgerdirektivet. Vurderingen av om det foreligger misbruk knytter seg derfor til formålet med ekteskapsinngåelsen, og ikke formålet med *oppholdet* i Sverige.

⁴⁸⁶ Rettsmøterapporten til E-4/19 *Campbell* avsn. 1, 3–4 og 35.

⁴⁸⁷ Det gjelder uavhengig av om spørsmålet i saken skulle vært løst etter reglene om fri bevegelighet for arbeidstakere eller etter analogi fra unionsborgerdirektivet, se E-4/19 *Campbell* avsn. 52. 4. juni 2020 ble det kjent at Campbell hadde fått opphold i Norge «på annet grunnlag» og trukket saken fra behandling i Høyesterett, se Kolsrud (2020).

⁴⁸⁸ Som også bemerket av EFTA-domstolen i E-4/19 *Campbell* avsn. 71.

⁴⁸⁹ C-413/01 *Ninni-Orasche* avsn. 31.

⁴⁹⁰ Advokatfirmaet Simonsen Vogt Wiig AS (2016) s. 92.

2.6.6 Gjengangeren: Omgåelse av krav til yrkeskvalifikasjoner

Flere hevder at EU-domstolen aldri har åpnet for å slå ned på misbruk av reglene om fri bevegelighet for arbeidstakere.⁴⁹¹ Det er ikke riktig. I *Kraus*, som er avsagt under henvisning til reglene om fri bevegelighet for arbeidstakere, var spørsmålet om tyske myndigheter kunne kreve at en tysk statsborger søkte om tillatelse til å «anvende benævnelsen på den akademiske grad, som [han] hadde erhvervet på et universitet i Det Forenede Kongerige» i Tyskland.⁴⁹² Etter tysk lovgivning måtte tyske statsborgere som oppnådde akademiske titler etter gjennomført høyere utdanning i utlandet få tillatelse fra myndighetene til å bruke tittelen i Tyskland. Dieter Kraus nektet å søke om tillatelse til å bruke tittelen sin, fordi han mente at «kravet om tilladelse til at betegne sig med en akademisk grad, som er erhvervet i en anden medlemsstat, udgjorde en hindring for den frie bevægelighed for personer».⁴⁹³

Under henvisning til *Knoors* finner domstolen at kravet til et grenseoverskridende element er oppfylt,⁴⁹⁴ og gjentar deretter at «fællesskabsretten ikke – så længe harmonisering ikke er sket – forbyder en medlemsstat at træffe forholdsregler for at hindre, at de ved traktaten indrømmede muligheder anvendes på en måde, der indebærer misbrug, og som vil stride mod denne stats legitime interesser».⁴⁹⁵ Uttalelsene bekrefter at omgåelse av nasjonale krav til faglige yrkeskvalifikasjoner er egnet til å utgjøre misbruk av reglene om fri bevegelighet, og at det i denne forbindelse ikke har noen prinsipiell betydning om misbruk anføres i tilknytning til traktatbestemmelsen om tjenestefrihet (punkt 2.2.2), etableringsfriheten (punkt 2.4.5) eller, som i *Kraus*, reglene om fri bevegelighet for arbeidstakere. I likhet med i *Bouchoucha* og i motsetning

⁴⁹¹ Se Spaventa (2011) s. 315. I samme retning Ziegler (2011) s. 313 og Kjellgren (2000) s. 192.

⁴⁹² C-19/92 *Kraus* avsn. 1 og 2. Avgjørelsen er avsagt etter EØF-traktaten art. 48, som tilsvarer TEUV art. 45.

⁴⁹³ C-19/92 *Kraus* avsn. 4–10.

⁴⁹⁴ Ibid. avsn. 15 flg. Se Sejersted m.fl. (2011) s. 395.

⁴⁹⁵ C-19/92 *Kraus* avsn. 34.

til *Centros* er ikke manglende harmonisering et hinder for at det kan foreligge misbruk i *Kraus*. Det skyldes at den nasjonale lovgivningen som forsøkes omgått gjelder «udøvelse af bestemte former for erhvervsmæssig virksomhed», og ikke «stiftelse af selskaber».⁴⁹⁶

2.6.7 Sammenfatning

Nyere avgjørelser om misbruk av reglene om fri bevegelighet for fysiske personer, som *O. og B.* og *McCarthy*, bekrefter at innholdet i artikkel 35 i unionsborgerdirektivet er sammenfallende med de domstolskapte vilkårene for misbruk i *Emsland-Stärke*. Eldre avgjørelser som *Singh*, *Akrich* og *Chen* viser at vilkårene er hensiktsmessige også ved analyse av avgjørelser avsagt før *Emsland-Stärke*.

Gjennomgående i de fleste fremstillinger av spørsmålet om misbruk av reglene om fri bevegelighet for fysiske personer er påstander som at «the category of abuse of law is factually irrelevant in this field».⁴⁹⁷ Etter mitt syn er det mer behov for å stille spørsmål ved behovet for en lære om misbruk av reglene om fri bevegelighet som sådan (se kapittel 4), enn bare reglene om fri bevegelighet for fysiske personer. I likhet med de øvrige frihetene er det også for spørsmålet om misbruk av reglene om fri bevegelighet for fysiske personer forhold som arten av den nasjonale lovgivningen som forsøkes omgått, graden av harmonisering og rekkevidden til den aktuelle regelen som er avgjørende, og ikke hvilken frihet som kommer til anvendelse. Å hevde at spørsmålet om misbruk av reglene om fri bevegelighet for fysiske personer skiller seg prinsipielt fra de øvrige frihetene, er derfor unyansert.⁴⁹⁸

⁴⁹⁶ C-212/97 *Centros* avsn. 26.

⁴⁹⁷ Spaventa (2011) s. 315.

⁴⁹⁸ I motsatt retning f.eks. de la Feria (2011) s. xix, som hevder at «[i]t is indeed undeniable that the Court has demonstrated a very different approach to abuse claims within the field of workers and citizenship, to that displayed as regards all other freedoms». Ziegler (2011) s. 306–307 og Spaventa (2011) s. 315 og 320 deler synspunktene til de la Feria.

2.7 En felles grense mellom bruk og misbruk?

2.7.1 Fra *Van Binsbergen* til i dag

Mens siktemålet i punkt 2.2–2.6 er å ta rede på hvor grensen mellom bruk og misbruk av den enkelte frihet går, er spørsmålet i det følgende om det er grunnlag for å oppstille felles vilkår for når det foreligger misbruk, på tvers av frihetene.

I den første avgjørelsen om misbruk av reglene om fri bevegelighet – *Van Binsbergen* – var vilkårene for misbruk at tjenesteyterens virksomhet helt eller fortrinnsvis er rettet mot det landet hvis nasjonal lovgivning den omgår ved bruk av reglene om fri bevegelighet, og at reglene om fri bevegelighet brukes med hensikt om å omgå krav til yrkeskvalifikasjoner i nasjonal lovgivning som ellers ville kommet til anvendelse. I *Veronica* omformulerte domstolen det subjektive vilkåret til å gjelde omgåelse av nasjonal lovgivning generelt, og ikke bare yrkeskvalifikasjoner. Samtidig var det avgjørende for resultatet i *Veronica* at lovgivningen som ble forsøkt omgått forfulgte et formål som var anerkjent som legitimt i EU. Av den grunn kan de nyere vilkårene oppstilt i *Emsland-Stärke* ses som en presisering av vilkårene fra *Van Binsbergen* og *Veronica*, fordi det sentrale for anvendelsen av både vilkårene fra *Van Binsbergen* slik de ble omformulert i *Veronica* og vilkårene fra *Emsland-Stärke*, er at den aktuelle bruken av reglene om fri bevegelighet er i strid med reglenes formål.

Det subjektive kravet om at hensikten må være å omgå lovgivning som forfølger legitime formål i *Veronica*, er omformulert til et objektivt vilkår om at den tiltenkte bruken må være i strid med formålet til den aktuelle regelen. Forskjellen er at *Emsland-Stärke*-vilkårene, i motsetning til vilkårene fra *Van Binsbergen*, er anvendelige både ved misbruk av reglene om fri bevegelighet for å omgå nasjonal lovgivning, og misbruk av bestemmelser i sekundærlovgivning for å oppnå en uberettiget fordel som ikke innebærer omgåelse av nasjonal lovgivning.⁴⁹⁹

⁴⁹⁹ I samme retning Vogenauer (2011) s. 529–530, Engsig Sørensen (2006) s. 451, Lenaerts (2010) s. 1133, De Broe (2008) s. 768 og 790–791 og Tridimas (2011) s. 191.

Siden *Emsland-Stärke* har vilkårene blitt vist til, gjengitt og anvendt i avgjørelser om fri bevegelse for juridiske personer, kapital og fysiske personer. Nyere avgjørelser om misbruk av reglene om fri bevegelse for tjenester bekrefter at *Emsland-Stärke*-vilkårene er utgangspunktet også her.⁵⁰⁰ For spørsmål om misbruk av reglene om fri bevegelse er det derfor vilkårene fra *Emsland-Stärke* som kommer til anvendelse.⁵⁰¹

Gjennomgangen i punkt 2.2–2.6 har identifisert at særlig to forhold har betydning for om spørsmålet om misbruk kommer på spissen. Det er hensiktsmessig å fastlegge disse før vilkårene for misbruk av reglene om fri bevegelse presenteres: Forholdet mellom misbruk og kravet til et grenseoverskridende element (punkt 2.7.2), samt hvilken påvirkning det har på spørsmålet om misbruk om tilfellet reguleres av primær- eller sekundærlovgivning, og eventuelt i hvilken grad avtalestatenes lovgivning er harmonisert (punkt 2.7.3). Deretter presenteres vilkårene for misbruk av reglene om fri bevegelse (punkt 2.7.4).

2.7.2 Forholdet mellom misbruk og kravet til et grenseoverskridende element

Kravet til et grenseoverskridende element innebærer at reglene om fri bevegelse ikke kommer til anvendelse ved «aktiviteter, hvis samtlige deres relevante elementer finnes inden for en enkelt medlemsstat».⁵⁰² Spørsmålet om det foreligger et grenseoverskridende element løses, i likhet med spørsmålet om misbruk, ved en tolkning av formålet med den enkelte bestemmelse. Det er derfor hensiktsmessig å skille mellom

⁵⁰⁰ Men EU-domstolen viser som regel til nyere avgjørelser som bygger på uttalelsene i *Emsland-Stärke*, som C-196/04 *Cadbury Schweppes*: Se f.eks. C-456/04 *Agip Petroli* avsn. 19 flg., C-330/07 *Jobra* avsn. 35, C-318/10 *SIAT* avsn. 38 og C-475/12 *UPC DTH* avsn. 77. Se punkt 2.4.4 om forholdet mellom *Emsland-Stärke* og *Cadbury Schweppes*.

⁵⁰¹ I samme retning Vogenauer (2011) s. 529, De Broe (2008) s. 768, Weber (2011) s. 401, Koutrakos (2011) s. 209 og Lenaerts (2010) s. 1135. Selv om *Emsland-Stärke* gjelder en forordning som ikke var EØS-relevant, bekrefter gjennomgangen i punkt 2.4–2.6 at vilkårene herfra kommer til anvendelse også ved misbruk av EØS-relevant primær- og sekundærlovgivning.

⁵⁰² 52/79 *Debauxe* avsn. 9. Se Sejersted m.fl. (2011) s. 301.

de to problemstillingene, selv om det diskuteres om, og i hvilken grad, kravet til et grenseoverskridende element fortsatt er relevant.⁵⁰³

I *Knoors* (tjeneste- og etableringsfriheten), *TV10* (tjenestefriheten), *Centros* og *X og Y* (etableringsfriheten) og *Singh* og *Kraus* (fri bevegelighet for fysiske personer) avviser EU-domstolen påstander om at reglene om fri bevegelighet ikke kommer til anvendelse fordi det ikke foreligger et grenseoverskridende element. Domstolen vurderer deretter om vilkårene for misbruk av reglene er oppfylt.⁵⁰⁴ I *Centros* presiserer domstolen at spørsmålet om det foreligger et grenseoverskridende element og spørsmålet om misbruk av reglene om fri bevegelighet er forskjellige spørsmål: «Om traktatens artikkel 52 og 58 finder anvendelse, er således et andet spørgsmål, end om en medlemsstat kan træffe foranstaltninger for at hindre, at visse af dens statsborgere gennem misbrug af de ved traktaten indrømmede muligheder søger at unddrage sig deres nationale lovgivning».⁵⁰⁵ *Leclerc*, *Milk Marque* og *DocMorris* omtales som avgjørelser om misbruk, men gjelder etter mitt syn det første spørsmålet i *Centros* (grenseoverskridende element), og ikke det andre (misbruk).

Leclerc, *Milk Marque* og *DocMorris* knytter seg direkte til anvendelsen av TEUV artikkel 34, og skiller seg fra de øvrige avgjørelsene om misbruk av reglene om fri bevegelighet fordi domstolen finner at tiltak som i utgangspunktet hadde tilsvarende virkning som kvantitative importrestriksjoner likevel var tillatt dersom varene i sakene var eksportert og reimportert utelukkende for å omgå den nasjonale lovgivningen, uten at det fremkommer *hva* som er det kritikkverdige ved reimporteringen. At bruken må være i strid med formålet til reglene om fri bevegelighet har vært et gjennomgående vilkår for misbruk fra *Van Binsbergen* til *Emsland-Stärke*, og avgjørelsene er et brudd med en ellers enhetlig tilnærming til vilkårene for misbruk av reglene om fri bevegelighet.

⁵⁰³ Sejersted m.fl. (2011) s. 301 og 396.

⁵⁰⁴ Se 115/78 *Knoors* avsn. 24, C-23/93 *TV10* avsn. 14–16, C-212/97 *Centros* avsn. 16–18, C-436/00 *X og Y* avsn. 33–34, C-370/90 *Singh* avsn. 23 og C-19/92 *Kraus* avsn. 15 flg.

⁵⁰⁵ C-212/97 *Centros* avsn. 18. Se Sejersted m.fl. (2011) s. 396 og 410 og Edwards og Farmer (2011) s. 211.

Årsaken til at domstolen ikke tar stilling til om den aktuelle bruken er i strid med reglene om fri bevegelighet i *Leclerc* og *Milk Marque*, er at spørsmålet er et annet, nemlig om det foreligger et grenseoverskridende element. Når det ikke foreligger et grenseoverskridende element er resultatet at reglene om fri bevegelighet ikke kommer til anvendelse i det hele tatt. Det skyldes en tolkning av formålet med og rekkevidden til TEUV artikkel 34, som dermed er snevrere enn de øvrige traktatfrihetene, som kommer til anvendelse i nokså parallelle omgåelsestilfeller. Domstolens videre vurderinger i *DocMorris*, etter å ha konkludert med at vilkårene for misbruk fra *Leclerc* ikke var oppfylt og at det dermed forelå et grenseoverskridende element, bekrefter dette: Etter å ha tatt stilling til *Leclerc*-spørsmålet (spørsmål 1 fra *Centros*), tar domstolen stilling til om «restriksjonen kan begrundes»,⁵⁰⁶ (spørsmål 2 fra *Centros*). Det er sistnevnte som er det egentlige spørsmålet om misbruk. Selv om *Leclerc* omtales som en bekreftelse på at misbruk av reglene om fri bevegelighet for varer kan forekomme, er det etter mitt syn hensiktsmessig å avgrense mot disse avgjørelsene, fordi vilkårene der er et klart brudd med sentrale avgjørelser om misbruk som *Van Binsbergen*, *Centros* og *Emsland-Stärke*.

2.7.3 Betydningen av om tilfellet reguleres av primær- eller sekundærlovgivning

Om et tilfelle reguleres av primær- eller sekundærlovgivning har ikke prinsipielt noe å si for adgangen til å anføre misbruk, og misbruk har vært anført i tilknytning til traktatbestemmelsene om fri bevegelighet, direktiver og forordninger. Gjennomgangen i punkt 2.2–2.6 viser imidlertid at skillet mellom primær- og sekundærlovgivning, og graden av felles eller harmonisert lovgivning, har betydning for om anførsler om misbruk fører frem.

I tilfeller som reguleres av primærlovgivning illustrerer *Centros* at realisering av et fritt indre marked gjennom negativ integrasjon åpner for omgåelse av nasjonal lovgivning, fordi avtalestatene forbyr å iverksette unødvendige restriksjoner på utveksling av varer, tjenester, personer

⁵⁰⁶ C-322/01 *DocMorris* avsn. 132.

og kapital på tvers av landegrensene. Om det foreligger et misbruk av reglene om fri bevegelse beror i disse tilfellene på formålet med den aktuelle regelen og ved omgåelse av nasjonal lovgivning arten til denne, se punkt 2.7.4.2. Det er årsaken til at det forelå misbruk i *Veronica*, men ikke i *Centros*.

I tilfeller som reguleres av sekundærlovgivning er det tre momenter som er særlig viktige. *Knoors*, *Kommisjonen mot Spania* og *Torresi* illustrerer det første. Selv om ikke misbruk er direkte regulert gjennom egen bestemmelse i sekundærlovgivningen som kommer til anvendelse, gjør harmonisering av avtalestatenes lovgivning at spørsmålet om misbruk blir mindre aktuelt. Jo mer omfattende og detaljert sekundærlovgivningen er, desto sjeldnere kommer spørsmålet om misbruk på spissen. Betydningen av graden av harmonisering av avtalestatenes lovgivning er et utslag av dette. Ved totalharmonisering er avtalestatenes lovgivning identisk, og da er ikke misbruk av reglene om fri bevegelse for å omgå nasjonal lovgivning aktuelt. Det andre momentet er at felles lovgivning, som bl.a. forekommer i gjennomføringen av EUs felles landbrukspolitik, kan åpne for misbruk av eksempelvis økonomiske støtteordninger, fordi privatpersoner eller selskaper kan bringe seg inn under økonomiske støtteordninger mv. som de ikke egentlig har krav på. *Emsland-Stärke* er et eksempel på dette. Det tredje momentet er betydningen av direkte regulering av misbruk i sekundærlovgivning, som artikkel 35 i unionsborgerdirektivet og artikkel 4 i AMT-direktivet. Med direkte reguleringer er det bestemmelsen i sekundærlovgivning, og ikke den domstolskapte læren om misbruk, som kommer til anvendelse. Vilkårene for og rettsvirkningene av misbruk beror da på en tolkning av den enkelte bestemmelsen.⁵⁰⁷

⁵⁰⁷ Engsig Sørensen (2006) s. 437 og Craufurd Smith (2011) s. 277. Jeg regner ikke art. 4 i håndhevingsdirektivet til utsendingsdirektivet som en kodifisering av læren om misbruk av reglene om fri bevegelse, men som et utslag av denne. Bestemmelsen er ikke en selvstendig regel om misbruk, men momenter fra en typisk misbruksvurdering inngår i et samlet spørsmål om utsendingen av arbeidstakere er reell eller ikke.

2.7.4 Vilkårene for misbruk av reglene om fri bevegelighet

2.7.4.1 Vilkårene

Spørsmålet som gjenstår er dermed hva vilkårene for at det skal foreligge et misbruk av reglene om fri bevegelighet er. Forutsetninger for at spørsmålet skal komme på spissen, er bl.a. at det foreligger et grenseoverskridende element (punkt 2.7.2), og at ikke sekundærlovgivning gjør at spørsmålet mister relevans, eller regulerer spørsmålet på en måte som avviker fra de domstolskapte vilkårene (punkt 2.7.3).

Vilkårene for misbruk av reglene om fri bevegelighet for varer, tjenester, personer (juridiske og fysiske) og kapital er felles.

Det objektive vilkåret for misbruk av reglene om fri bevegelighet følger av *Emsland-Stärke*, og er at

«det formål, som fællesskabsbestemmelserne forfølger, ikke er opnået, selv om betingelserne i disse bestemmelser formelt er overholdt».⁵⁰⁸

For at det objektive vilkåret skal være oppfylt må den tiltenkte bruken av den aktuelle bestemmelsen være i strid med bestemmelsens formål. Kravet til at vilkårene for at regelen skal komme til anvendelse formelt må være oppfylt, skiller *misbruk* av reglene om fri bevegelighet fra *svikaktig bruk* av dem, se punkt 1.1. Se nærmere i punkt 2.7.4.2 om innholdet i vilkåret.

Det subjektive vilkåret for misbruk av reglene om fri bevegelighet følger av *Emsland-Stärke*, og er

«ønsket om at drage fordel af fællesskabsbestemmelserne ved kunstigt at skabe de betingelser, der kræves for at opnå denne fordel».⁵⁰⁹

For at det subjektive vilkåret skal være oppfylt må hensikten med den tiltenkte bruken av den aktuelle regelen være å oppnå en uberettiget fordel. Fordelen er uberettiget fordi bruken er i strid med bestemmelsens formål (det objektive vilkåret).⁵¹⁰ Da er betingelsene for å oppnå fordelen

⁵⁰⁸ C-110/99 *Emsland-Stärke* avsn. 52.

⁵⁰⁹ Ibid. avsn. 53.

⁵¹⁰ Det følger av domstolens formulering av vilkårene i C-110/99 *Emsland-Stärke* avsn. 52 og 53. I samme retning Vogenauer (2011) s. 534.

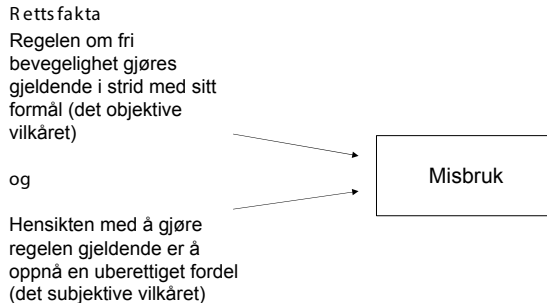
kunstige. Vilkåret stiller med dette krav til misbruks hensikt. Se nærmere i punkt 2.7.4.3 om innholdet i vilkåret.

Vilkårene er kumulative,⁵¹¹ og kommer til anvendelse ved både hjemmehørende⁵¹² og ikke-hjemmehørende⁵¹³ privatpersoners og selskapers misbruk av reglene om fri bevegelighet. Vilkaere kommer til anvendelse ved misbruk av primær- og sekundærlovgivning,⁵¹⁴ og for nasjonale omgâelsnormer som kan hindre fri bevegelighet i EØS.⁵¹⁵

I tilfeller der misbruk er kodifisert i sekundærlovgivning, som unionsborgerdirektivet artikkel 35, beror vilkaere for og rettsvirkningene av misbruk på en tolkning av den enkelte bestemmelsen. Som punkt 2.6.4 viser, består imidlertid artikkel 35 av de samme elementene som de domstolskapt vilkaere.

Rettsfaktasiden av misbruk som koblingsord ser dermed slik ut:

Figur 4. Vilkaere for misbruk av reglene om fri bevegelighet



⁵¹¹ C-110/99 *Emsland-Stärke* avsn. 54. I samme retning Vogenauer (2011) s. 530 og 537, De Broe (2008) s. 787, Schammo (2008) s. 368 og generaladvokat Stix-Hackl i forslaget til avgjørelse i C-452/04 *Fidium Finanz* avsn. 102.

⁵¹² Se f.eks. 115/78 *Knoors* (hjemmehørende privatperson) og C-110/99 *Emsland-Stärke* (hjemmehørende selskap).

⁵¹³ Se f.eks. C-413/01 *Ninni-Orasche* (ikke-hjemmehørende privatperson) og C-23/93 *TV10* (ikke-hjemmehørende selskap).

⁵¹⁴ Vogenauer (2011) s. 531.

⁵¹⁵ Se punkt 2.4.4 om nasjonale omgâelsnormer i skatteretten.

Misbruk må slås ned på i aktuelle og konkrete tilfeller. Kravet kan utledes ved å sammenholde *Flemish Cable Network* og *Veronica*. Kravet er senere formulert uttrykkelig av domstolen i bl.a. *Centros*.⁵¹⁶ Motsetningsvis er ikke risiko for misbruk⁵¹⁷ eller generell lovgivning rettet mot antatte misbruk tilstrekkelig.⁵¹⁸ Nasjonale reguleringer av skatteomgåelse, som den britiske CFC-lovgivningen og de norske NOKUS-reglene, er unntak fra dette.⁵¹⁹ Det samme må gjelde for andre nasjonale omgåelsesnormer, såfremt terskelen for at bestemmelsen skal komme til anvendelse er høy og bestemmelsen forfølger et formål som er anerkjent som legitimt i EU- og EØS-retten.

I *Emsland-Stärke* presiserte EU-domstolen at «der skal føres bevis i overensstemmelse med de nationale retsregler».⁵²⁰ Det kan gi variasjoner i bevisbyrde og beviskrav fra avtalestat til avtalestat.⁵²¹ Etter norsk sivilprosess vil utgangspunktet være at norske myndigheter må føre bevis for at vilkårene for misbruk er oppfylt, og at det må foreligge alminnelig sannsynlighetsovervekt for at det er tilfelle.⁵²²

2.7.4.2 Om det objektive vilkåret

For at det objektive vilkåret for misbruk skal være oppfylt må den aktuelle EØS-rettslige bestemmelsen være gjort gjeldende i strid med sitt formål. Det forutsetter en fastlegging av formålet med den enkelte bestemmelse. I denne forbindelse er særlig to forhold ved utformingen av det objektive vilkåret problematiske.

For det første motsvares ikke de øverste domstolene i EU-statenes plikt til å forelegge spørsmål om tolkning av EU-rett for EU-domstolen av noen tilsvarende plikt for domstolene i EFTA-statene til å forelegge

⁵¹⁶ C-212/97 *Centros* avsn. 25.

⁵¹⁷ 115/78 *Knoors* avsn. 26.

⁵¹⁸ Se f.eks. C-211/91 *Flemish Cable Network* avsn. 12, C-436/00 *X og Y* avsn. 43 og C-167/01 *Inspire Art* avsn. 120.

⁵¹⁹ Se punkt 2.4.4 om C-196/04 *Cadbury Schweppes*.

⁵²⁰ C-110/99 *Emsland-Stärke* avsn. 54.

⁵²¹ Vogenauer (2011) s. 544.

⁵²² Vangsnes (2015) s. 163–164.

slike spørsmål for EFTA-domstolen.⁵²³ Det kan føre til ulike tilnæringer til om vilkåret er oppfylt, og leder til det andre, og viktigste poenget: Avgjørelser som *Centros* om etableringsfriheten og *Singh, Akrich* og *Chen* om fri bevegelighet for fysiske personer illustrerer et tidvis stort avvik mellom når man fra et nasjonalt ståsted anser omgåelse av nasjonal lovgivning for å være et misbruk av reglene om fri bevegelighet, og EU-domstolens syn på det samme.⁵²⁴ Det er i det hele tatt vanskelig å forutse hva som er formålet med den enkelte regel.⁵²⁵

Utformingen av vilkåret er mindre problematisk ved misbruk som ikke innebærer omgåelse av nasjonal lovgivning, som misbruk av bestemmelser i sekundærlovgivning for å oppnå en uberettiget fordel, eksempelvis misbruk av eksportrefusjonsordninger. I saker som *Emsland-Stärke*, som gjaldt EUs egne økonomiske interesser og hvor det var klart at varene var eksportert og reimportert utelukkende for å få rett på eksportrefusjon, er det lite overraskende at domstolen er positiv til at foreligger et misbruk av reglene om fri bevegelighet.⁵²⁶

Hva gjelder anvendelse av det objektive vilkåret er det interessante derfor om det er mulig å identifisere noen mønstre i når EU-domstolen er åpen for at omgåelse av nasjonal lovgivning kan innebære misbruk av reglene om fri bevegelighet. Fra domstolens praksis kan særlig to momenter utledes til denne vurderingen.

Avgjørelsene om misbruk av reglene om fri bevegelighet for arbeidstakere og unionsborgere for å omgå nasjonal lovgivning – som *Lair, Singh, Chen* og *Campbell* – illustrerer det første: Rekkevidden til den aktuelle bestemmelsen er avgjørende for om det kan foreligge et misbruk.⁵²⁷ Når rekkevidden til bestemmelsen er så vidtgående som i avgjørelsene om fri

⁵²³ Sejersted m.fl. (2011) s. 170. Se TEUV art. 267 og ODA art. 34.

⁵²⁴ I samme retning Snell (2011) s. 224 og 228, som hva gjelder *Centros* på s. 228 skriver at «[i]n indeed, had the sequence of events been reversed and the *Emsland* case decided first, it is conceivable that the Danish court would not have sent a reference to Luxembourg at all, but would simply have declared that an abuse of the right of establishment had taken place».

⁵²⁵ Snell (2011) s. 225.

⁵²⁶ Se bl.a. Koutrakos (2011) s. 208.

⁵²⁷ I samme retning Kjellgren (2000) s. 192, Ziegler (2011) s. 297, Engsig Sørensen (2006) s. 427–428 og Kroeze (2018) s. 1225.

bevegelse for fysiske personer er det ikke rom for misbruk, fordi stillingen til om vilkårene for at bestemmelsen skal komme til anvendelse er oppfylt, samtidig er en konstatering av at det objektive vilkåret ikke kan oppfylles. Påstander som at det skyldes at «economic transactions and human beings should indeed be treated differently»,⁵²⁸ mangler forankring i domstolens praksis. Bortsett fra i *Akrich*, der EU-domstolen tok en u-sving innom EMK artikkel 8, er det ingen holdepunkter for at domstolen har noe prinsipielt imot å anerkjenne et forbud mot misbruk av reglene om fri bevegelse for fysiske personer.⁵²⁹ Om årsaken til at reglene om fri bevegelse for arbeidstakere og unionsborgere har så stor rekkevidde er betraktninger som de siterte, er et annet spørsmål enn poenget her, som er at det i så fall er en følge av reglenes utforming, og har ikke opphav i manglende vilje hos domstolen til å anerkjenne at disse reglene kan misbrukes. At den klareste kodifiseringen av de domstolskapede vilkårene for misbruk av reglene om fri bevegelse er artikkel 35 i unionsborgerdirektivet, bekrefter etter mitt syn at slike påstander er en avsporing.

I tilfeller der bestemmelsens rekkevidde ikke er til hinder for at det kan foreligge et misbruk, er domstolens uttalelser i *Centros* veiledende for når omgåelse av nasjonal lovgivning kan innebære misbruk:

«[d]et bemærkes, at i det tilfælde, der foreligger i hovedsagen, er de nationale bestemmelser, som de pågældende har søgt at undgå anvendelsen af, bestemmelser om stiftelse af selskaber og ikke om udøvelse af bestemte former for erhvervsmæssig virksomhed».⁵³⁰

Uttalelsen gir anvisning på at arten av den nasjonale lovgivningen som forsøkes omgått har avgjørende betydning for om omgåelsen kan være i strid med formålet til den aktuelle EØS-rettslige bestemmelsen. Analysen av avgjørelsene om misbruk av etableringsfriheten i punkt 2.4 bekrefter at det siterte er en hensiktsmessig måte å skille tilfeller der det objektive

⁵²⁸ de la Feria (2011) s. xix. I samme retning Kroeze (2018) s. 1229 og Ziegler (2011) s. 310.

⁵²⁹ I motsatt retning de la Feria (2008) s. 417 og (2011) s. xviii–xix, Ziegler (2011) s. 306–307 og Spaventa (2011) s. 315 og 320.

⁵³⁰ C-212/97 *Centros* avsn. 26.

vilkåret for misbruk kan oppfylles, fra tilfeller der det ikke kan det. Poenget her er at spørsmål om misbruk av tjenestefriheten, reglene om fri bevegelse for kapital og fysiske personer for å omgå nasjonal lovgivning også kan analyseres i lys av det siterte.⁵³¹

Avgjørelser der EU-domstolen har avvist anførsler om misbruk på grunn av forhold ved den nasjonale lovgivningen, som *Centros*, *Inspire Art* og *X og Y*, har til felles at de gjelder regler for selskapsdannelse, her omtalt som statuskrav for selskapsdannelse. Formålet med etableringsfriheten er å legge til rette for valgfrihet med hensyn til etableringsstat, og derfor kan aldri omgåelse av nasjonal lovgivning som regulerer statuskrav for selskapsdannelse innebære et misbruk av reglene om fri bevegelse.

Avgjørelser der EU-domstolen har vært åpen for eller funnet at det foreligger et misbruk av reglene om fri bevegelse, som *Veronica*, *TV10*, *Cadbury Schweppes*, *Bouchoucha* og *Kraus*, har til felles at de gjelder «udøvelse af bestemte former for erhvervsmæssig virksomhed». Avgjørelsene gjelder omgåelse av nasjonal lovgivning som regulerer utøvelse av virksomhet, her omtalt som adferdskrav eller krav til aktiviteten i markedet: *Veronica* og *TV10* gjelder kringkastingslovgivning, *Cadbury Schweppes* skattelovgivning, og *Bouchoucha* og *Kraus* yrkeskvalifikasjonskrav. Også utslagene av læren om misbruk av reglene om fri bevegelse i sekundærlovgivning – artikkel 35 i unionsborgerdirektivet, artikkel 4 i AMT-direktivet og artikkel 4 i håndhevingsdirektivet til utsendingsdirektivet – regulerer omgåelse av nasjonale krav til aktiviteten i markedet.

2.7.4.3 Om det subjektive vilkåret

For at det subjektive vilkåret for misbruk skal være oppfylt, må den aktuelle EØS-rettslige bestemmelsen være gjort gjeldende for å oppnå en uberettiget fordel. Fordelen er uberettiget fordi den tiltenkte bruken er i strid med den aktuelle bestemmelsens formål (det objektive vilkåret). Det er derfor hensiktsmessig å omformulere det subjektive vilkåret til

⁵³¹ Det er nok ikke noe prinsipielt i veien for at misbruk av reglene om fri bevegelse for varer også kan analyseres ut fra det siterte, men som det følger av punkt 2.3 har det vist seg å være lite praktisk. Så vidt jeg har kunnet bringe på det rene finnes det ikke praksis fra EU-domstolen om misbruk av reglene om fritt varebytte for å omgå nasjonal lovgivning som lar seg analysere ut fra *Centros*-uttalelsene.

et krav om misbrukshensikt. I dette ligger et krav om forsettlig bruk av reglene om fri bevegelse i strid med deres formål. Kravet til forsett følger av at det subjektive vilkåret konsekvent omtales som et krav til «hensigt» eller «intention».⁵³²

To former for misbrukshensikt kan utledes fra domstolens praksis.⁵³³ For det første kan man ha hensikt om å oppnå en uberettiget fordel fra en EU- eller EØS-rettslig bestemmelse (som var tilfelle i bl.a. *Emsland-Stärke*). Denne formen for misbruk kjennetegnes ved at den ikke innebærer omgåelse av nasjonal lovgivning. For det andre kan hensikten være å omgå mindre fordelaktig nasjonal lovgivning i én stat, enten ved å bruke reglene om fri bevegelse til å bringe seg inn under mer fordelaktig lovgivning i en annen avtalestat (se bl.a. *Van Binsbergen*, *Centros*, *Chen* og *Torresi*), eller ved å bringe seg inn under mer fordelaktige EØS-regler (se bl.a. *Singh*, *Akrich* og *Chen*). Artikkel 35 i unionsborgerdirektivet og artikkel 4 i AMT-direktivet er eksempler på det sistnevnte. Hvilken form for misbrukshensikt som foreligger har betydning for rettsvirkningene av misbruk, se nærmere i kapittel 3 om dette.

Til tross for at det subjektive vilkåret for misbruk har eksistert siden *Van Binsbergen*,⁵³⁴ og domstolen uttrykkelig omtaler det som et «subjektivt element» i *Emsland-Stärke*,⁵³⁵ har den største diskusjonen rundt vilkårene for misbruk vært om det i det hele tatt finnes et subjektivt vilkår, og dersom det gjør det, hvordan det skal fastlegges at vilkåret er oppfylt.⁵³⁶ Det er etter mitt syn ikke grunn til å problematisere noen av delene.

⁵³² Se bl.a. C-196/04 *Cadbury Schweppes* avsn. 64 og C-456/12 *O. og B.* avsn. 58. I C-148/91 *Veronica* avsn. 12 «med sigte på». Se til sammenligning straffeloven § 22 (1) a der hensikt er en form for «forsett». I motsatt retning formuleringen i art. 4 (3) i det reviderte AMT-direktivet, se punkt 2.2.4.

⁵³³ Det varierer fra fremstilling til fremstilling hvordan dette systemiseres. Kamanabrou (2018), Vogenauer (2011) og Tridimas (2011) omtaler det eksempelvis som ulike *former for* eller *typer* misbruk. Fordi vilkårene er de samme kan det etter mitt syn være hensiktsmessig å kategorisere etter ulike subjektive misbrukshensikt, fordi det har betydning for hvilken rettsvirkning som inntreffer, se nærmere i kap. 3.

⁵³⁴ Doukas (2011) s. 69.

⁵³⁵ C-110/99 *Emsland-Stärke* avsn. 53.

⁵³⁶ Snell (2011) s. 226 og Vogenauer (2011) s. 538. I samme retning Saydé (2014a) s. 9.

Hva gjelder eksistensen av et subjektivt vilkår bør det være tilstrekkelig å vise til domstolens uttalelser i *Emsland-Stärke*, men også etterfølgende avgjørelser som *Cadbury Schweppes*.⁵³⁷ Påstander som at «[t]he Court, thus, seemed to deviate from the two-step abuse of law test that was formulated in *Emsland-Stärke* because, in *Akrich*, the subjective element of this test had become inoperative»,⁵³⁸ bygger på et misforstått behov for å ta stilling til om det subjektive vilkåret er oppfylt når domstolen har konkludert med at det objektive vilkåret ikke er det. Med kumulative vilkår er ikke det nødvendig. At domstolen i flertallet av avgjørelser om omgåelse av nasjonal lovgivning ikke tar stilling til om det subjektive vilkåret er oppfylt må ses i sammenheng med at avviket mellom hva man fra et nasjonalt ståsted anser for å være misbruk, og EU-domstolens syn på det samme, gjør at det objektive vilkåret svært sjelden er oppfylt i saker der misbruk anføres. Slutninger om at det ikke finnes et subjektivt vilkår for misbruk av reglene om fri bevegelighet overser at det er en antatt ond vilje som er utgangspunktet for spørsmålet om det er adgang til å slå ned på misbruk.⁵³⁹ I saker som *Akrich* og *Chen* er det åpenbare omgåelseshensikter som gjør at spørsmålet om misbruk reises. Hvis ikke den onde viljen er relevant, kunne flertallet av avgjørelsene i denne fremstillingen vært behandlet etter den alminnelige restriksjonslæren.⁵⁴⁰

Det er i forlengelsen av dette at det andre spørsmålet fra Høyesterett til EFTA-domstolen i *Kerim*-saken – om «EØS-borgerens subjektive hensikt med ekteskapsinngåelsen [har] noen betydning for vurderingen av om man står overfor et proformaekteskap?» etter artikkel 35 i unionsborgerdirektivet⁵⁴¹ – må forstås. Spørsmålet er ikke problematisert i EU-domstolens praksis, men i håndboken om proformaekteskap fra 2014 legger Europakommisjonen til grunn at «[m]arriages of convenience

⁵³⁷ C-196/04 *Cadbury Schweppes* avsn. 64 flg.

⁵³⁸ Kroeze (2018) s. 1231–1232. I samme retning Engsig-Sørensen (2005) s. 456–458, Weber (2004) s. 51–52, Edwards og Farmer (2008) s. 221, Ziegler (2011) s. 300 og Spaventa (2011) s. 315.

⁵³⁹ I samme retning Snell (2011) s. 225, Weber (2011) s. 398 og Shuibhne (2013) s. 86.

⁵⁴⁰ Om de tross det subjektive vilkåret kunne og burde vært det, er tema i kap. 4.

⁵⁴¹ Anmodning om rådgivende uttalelse i E-1/20 *Kerim*, se Høyesterett (2020). På EFTA-domstolens nettside er spørsmålet kun publisert på engelsk.

can be subdivided into several groups», og påpeker at «[p]robably the most common *modus operandi* related to marriages of convenience is a marriage where both spouses are willing accomplices, freely consenting to enter into a relationship designed to abuse EU law». ⁵⁴² Også «marriage by deception», som er tilfeller der «the EU spouse is deceived by the non-EU spouse to genuinely believe that the couple will lead a genuine and lasting marital life [...] should be tackled accordingly». ⁵⁴³ Europakommisjonens antakelser må være riktige: Når det er tredjelandsborgeren som i kraft av ekteskapet kan oppnå rettigheter den ikke ellers ville hatt, må vurderingen av misbrukshensikt først og fremst knytte seg til dennes hensikter, ⁵⁴⁴ men slik at EØS-borgerens hensikt *kan* ha betydning, avhengig av hva slags proformaekteskap det er snakk om.

Hva gjelder hvordan det skal fastlegges at det subjektive vilkåret er oppfylt har flere satt spørsmålsteget ved om vilkåret egentlig kan være subjektivt, når EU-domstolen ved flere anledninger har sagt eller lagt til grunn at hvorvidt vilkåret er oppfylt skal fastlegges ut fra objektive omstendigheter. ⁵⁴⁵ Påstandene bygger på en grunnleggende misforståelse om hvordan skyld fastlegges. Det er ingen motsetning mellom å omtale noe som et subjektivt vilkår, fordi det sentrale elementet i vurderingen av om det er oppfylt er at det må være utvist en form for skyld – her misbrukshensikt – og at denne hensikten fastlegges ut fra objektive omstendigheter. ⁵⁴⁶ Det er til sammenligning ikke slik at en tilståelse fra den antatte gjerningspersonen er det eneste beviset for skyld i strafferetten. Når tiltalte nekter straffeskyld fastlegges denne ut fra objektive omstendigheter. Norges Høyesterett sa det på denne måten i saken inntatt i Rt. 1991 s. 600 (Skoheroin), om et narkotikalovbrudd (på

⁵⁴² SWD (2014) 284 final s. 12.

⁵⁴³ Ibid.

⁵⁴⁴ Borgarting lagmannsrett konstaterte det samme uten nærmere begrunnelse i LB-2019-33460.

⁵⁴⁵ Weber (2004) s. 51, Arnull (2011) s. 23, Koutrakos (2011) s. 210, Kroeze (2018) s. 1227 og Craufurd Smith (2011) s. 277. Se f.eks. C-212/97 *Centros* avsn. 25 og C-196/04 *Cadbury Schweppes* avsn. 64, der domstolen uttrykkelig omtaler det som objektive omstendigheter.

⁵⁴⁶ Lang (2011) s. 449.

s. 602): «Hvilke forestillinger gjerningsmannen har hatt og hvilke beslutninger han har tatt, unndrar seg direkte iakttakelse, og det må derfor bygges på slutninger fra omstendighetene ved handlingen». Å fastlegge misbrukshensikt ut fra objektive omstendigheter er uproblematisk,⁵⁴⁷ og hensiktsmessig i tilfeller der personen nekter for å ha hatt til hensikt å misbruke reglene.⁵⁴⁸ De samme omstendighetene kan derfor brukes for å fastlegge misbrukshensikt hos fysiske og juridiske personer.

Et mer interessant spørsmål er i denne sammenheng hva slags objektive omstendigheter som kan være relevante. I forslaget til avgjørelse i *TV10* om misbruk av tjenestefriheten for å omgå nasjonal kringkastingslovgivning fremhevet generaladvokat Lenz «det tidspunkt, hvor selskabet optager sin virksomhed, samt virksomhedens indhold og det publikum, den er rettet til».⁵⁴⁹ I *Emsland-Stärke* var «bevis for en hemmelig aftale mellem eksportøren i Fællesskabet, der drager fordel av restitutionen, og importøren af varerne i tredjelandet»⁵⁵⁰ en relevant omstendighet ved spørsmål om misbruk av reglene om fri bevegelse for varer. Andre mulige objektive kriterier i reimporttilfellene er hvor lenge varen har vært i det andre landet før den reimporteres⁵⁵¹ og om den har vært omsatt eller bearbeidet i dette landet i mellomtiden. I *Cadbury Schweppes* brukte domstolen «graden af CFC-selskabets fysiske eksistens med hensyn til lokaler, personale og udstyr»⁵⁵² som eksempel, mens den i *Lair* fremhevet betydningen av hvor kort tid personen har vært i arbeid i vertsmedlemsstaten.⁵⁵³ Sistnevnte forhold har overføringsverdi særlig til saker om misbruk av reglene om fritt varebytte og reimport. Hvilke omstendigheter som er relevante varierer fra sak til sak, og det kan være hensiktsmessig å trekke veksler på momenter som er relevante ved vurderingen av om straffeskyld er bevist uten tiltaltes tilståelse i straffesaker. For juridiske personer kan reglene om foretaksstraff ha overføringsverdi.

⁵⁴⁷ Snell (2011) s. 226.

⁵⁴⁸ Weber (2013) s. 253.

⁵⁴⁹ Generaladvokatens forslag til avgjørelse i C-23/93 *TV10* avsn. 65.

⁵⁵⁰ C-110/99 *Emsland-Stärke* avsn. 53.

⁵⁵¹ De Broe (2008) s. 761.

⁵⁵² C-196/04 *Cadbury Schweppes* avsn. 67.

⁵⁵³ 39/86 *Lair* avsn. 43.

Bortsett fra Høyesteretts spørsmål til EFTA-domstolen i *Kerim*-saken dreier samtlige avgjørelser som er presentert i punkt 2.2–2.6 seg om hvorvidt det objektive vilkåret for misbruk er oppfylt. Det skyldes dels oppgavefordelingen mellom EU-domstolen og nasjonale domstoler etter TEUV artikkel 267 – EU-domstolen tolker EU-retten, mens nasjonale domstoler anvender den.⁵⁵⁴ Selv om det er nasjonale domstoler som skal ta endelig stilling til om både det subjektive og det objektive vilkåret er oppfylt,⁵⁵⁵ får det størst betydning for det subjektive vilkåret som i hovedsak er et spørsmål om faktumfastleggelse.⁵⁵⁶ Domstolen går langt i å ta stilling til om det objektive vilkåret er oppfylt, både fordi det er et spørsmål om tolkning av EU-rett, men også fordi det ofte åpenbart ikke er oppfylt. I avgjørelser der EU-domstolen går langt i å konstatere at det foreligger et misbruk, som *Veronica*, *TV10* og *Bouchoucha*, er domstolens stillingtagen til det subjektive vilkåret overfladisk eller ikke-eksisterende. I tillegg til å være utslag av oppgavefordelingen artikkel 267 gir anvisning på, kan det etter mitt syn også ses som et uttrykk for at det objektive vilkåret er det sentrale. Det er ingen grunn til, og ikke spesielt oppsiktsvekkende, at EU- og EØS-retten ikke beskytter bruk av reglene i strid med deres formål. Den kanskje fremste funksjonen det subjektive vilkåret har er derfor at det er utgangspunktet og en nødvendig forutsetning for at spørsmålet om misbruk aktualiseres.⁵⁵⁷ Hvis ikke kunne som nevnt avgjørelsene om misbruk av reglene om fri bevegelighet

⁵⁵⁴ Se Dashwood m.fl. (2011) s. 211–212 og 216–217, Schütze (2018) s. 388 og Sejersted m.fl. (2011) s. 255. I samme retning Tridimas (2011) s. 191 og Vogenauer (2011) s. 543. Med forbehold for de få tilfellene der spørsmålet om misbruk er reist som traktatbruddssøksmål etter TEUV art. 258. Av avgjørelsene som er behandlet her gjelder det C-211/91 *Flemish Cable Network* og C-11/95 *Belgian Cable Network* om misbruk av tjenestefriheten og C-286/06 *Kommisjonen mot Spania* om misbruk av etableringsfriheten. Traktatbruddssøksmålene gjelder typisk om et direktiv er riktig gjennomført i den aktuelle medlemsstaten, og EU-domstolen tar endelig stilling til alle sider av saken, se TEUV art. 260 og Dashwood m.fl. (2011) s. 142–143. For traktatbruddssøksmålene i denne fremstillingen har forskjellen liten betydning, fordi det objektive vilkåret for misbruk ikke var oppfylt i noen av sakene.

⁵⁵⁵ Det pleier EU-domstolen å presisere, se. f.eks. C-110/99 *Emsland-Stärke* avsn. 54.

⁵⁵⁶ Snell (2011) s. 227 og De Broe (2008) s. 767.

⁵⁵⁷ Weber (2011) s. 398.

for å omgå nasjonal lovgivning vært behandlet ut fra den alminnelige restriksjonslæren.

Det subjektive vilkåret bør heller ses som en sikkerhetsventil mot at misbruk konstateres i tilfeller det er åpenbart at hensikten *ikke* har vært å misbruke reglene om fri bevegelighet. Derfor er et krav om forsettlig misbruk mer egnet enn et krav til ene- eller hovedformål om misbruk, som diskuteres i forbindelse med artikkel 35 i unionsborgerdirektivet. Det er i denne sammenheng interessant at vilkårene for misbruk oppstilt i *Emsland-Stärke* bygger på et forslag fra Europakommisjonen, med én viktig forskjell: Europakommisjonen foreslo at det subjektive vilkåret skulle være «at den pågældende handelstransaksjon i det *væsentlige* er blevet gennemført for at opnå en økonomisk fordel, der er uforenelig med fællesskabsbestemmelsernes formål» (min utheving).⁵⁵⁸ Vesentlighetskravet er ikke med i domstolens formulering av det subjektive vilkåret. Det kan ses som et uttrykk for at et subjektivt element er en forutsetning for at spørsmålet om misbruk aktualiseres, men at det ikke er nødvendig eller hensiktsmessig å stille et vesentlighetskrav. Avgjørelser der domstolen viser til at misbruk må være det eneste formålet – som *Leclerc og Lair* – kan forklares på to vis: *Leclerc* bør ses som en avgjørelse om kravene til et grenseoverskridende element og om EU-retten i det hele tatt kommer til anvendelse, mens *Lair* representerer et unntak fra en ellers ensartet tilnærming til hensiktskravet, og er dessuten en obiteruttalelse. I helt motsatt retning har man i det reviderte AMT-direktivet lempet på skyldkravet.⁵⁵⁹ Det er et tydelig brudd med forsettskravet de domstolskapte vilkårene gir anvisning på. At det var behov for det⁵⁶⁰ er uttrykk for at det subjektive vilkåret er vanskelig nok å oppfylle, selv uten et krav til ene- eller hovedformål om misbruk.

Fra dette må det ut fra EU-domstolens praksis gjøres minst ett unntak. I *Cadbury Schweppes*, som gjaldt den britiske CFC-lovgivningens forenlighet med de domstolskapte vilkårene for misbruk, fant EU-domstolen at lovgivningen var et egnet tiltak mot omgåelse, selv om den ikke var

⁵⁵⁸ C-110/99 *Emsland-Stärke* avsn. 39. I engelsk versjon «essentially to obtain».

⁵⁵⁹ Se art. 4 (3) b i AMT-direktivet, behandlet i punkt 2.2.4.

⁵⁶⁰ Se SWD (2016) 170 final s. 25.

basert på at det ble truffet vedtak mot misbruk i enkelttilfeller. Kravet om at tiltak mot misbruk må treffes i aktuelle og konkrete tilfeller av misbruk er ellers etablert i domstolens praksis, se bl.a. *Flemish Cable Network* og *Centros*. Fordi CFC-lovgivningen kom til anvendelse overfor datterselskaper etablert i land med «meget lempelig beskatningsordning» sammenlignet med Storbritannia, var det etter domstolens syn derfor «muligt at modvirke foranstaltninger, der ikke har andet formål end at undgå den normalt skyldige skat». ⁵⁶¹ Avgjørelsen kan etter mitt syn leses slik at mer generelle nasjonale omgåelsesnormer er tillatt dersom det stilles krav til at bruken av reglene om fri bevegelighet «ikke har andet formål» enn misbruk. Et strengere hensiktskrav kan her forklares ut fra et behov for å tillate nasjonale omgåelsesnormer på områder som skatteretten, der omgåelse av nasjonal lovgivning er et fremtredende problem generelt, og ikke bare i møte med reglene om fri bevegelighet i EØS-avtalen.

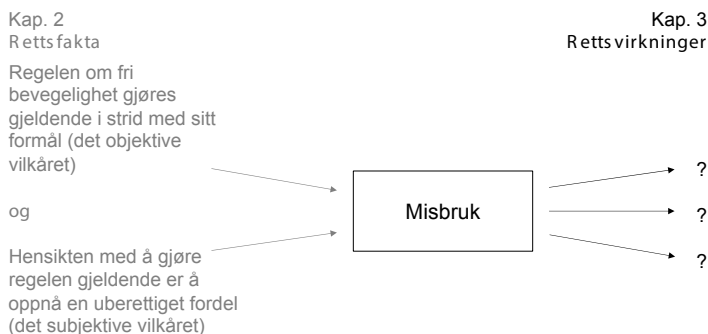
⁵⁶¹ C-196/04 *Cadbury Schweppes* avsn. 59.

3 Rettsvirkningene av et konstatert misbruk

3.1 Innledning

Spørsmålet i dette kapittelet er hva rettsvirkningene av et konstatert misbruk av reglene om fri bevegelighet er. Vi befinner oss på rettsvirkningssiden av misbruk som koblingsord:

Figur 5. Rettsvirkningssiden av misbruk som koblingsord



Fordi vilkårene for at det skal foreligge misbruk av reglene om fri bevegelighet er de samme på tvers av frihetene (se punkt 2.7.1), er det hensiktsmessig å analysere rettsvirkningene ut fra det som basert på funnene i kapittel 2 er best egnet til å skille ulike former for misbruk fra hverandre: Hva slags subjektiv misbrukshensikt som foreligger. Det skyldes at det er to aktuelle rettsvirkninger av et konstatert misbruk av reglene om fri bevegelighet,⁵⁶² og hvilken rettsvirkning som inntreer beror på hva slags subjektiv misbrukshensikt som foreligger. Ved hensikt om å misbruke sekundærlovgivning for å oppnå en uberettiget fordel fra en EØS-rettslig bestemmelse uten at det innebærer omgåelse av nasjonal

⁵⁶² Farmer (2011) s. 4, Costello (2011) s. 329–330, Vogenauer (2011) s. 552–554, Schammo (2008) s. 359 og Klefstad (2019) s. 84.

lovgivning, er rettsvirkningen at den aktuelle regelen ikke kommer til anvendelse (punkt 3.2). Ved hensikt om å misbruke reglene om fri bevegelse for å omgå nasjonal lovgivning kan misbruket begrunne restriksjoner på den frie bevegelse (punkt 3.3).

3.2 Misbruk av en bestemmelse i sekundærlovgivning for å oppnå en uberettiget fordel

Cremer, General Milk og *Emsland-Stärke* gjelder spørsmål om misbruk av bestemmelser i sekundærlovgivning for å oppnå en uberettiget fordel i form av utbetaling av eksportrefusjonsmidler selskapene ikke hadde krav på dersom det forelå et misbruk.⁵⁶³ Om rettsvirkningene av et eventuelt misbruk sa domstolen i *Emsland-Stärke* at «anvendelsesområdet for Fællesskabets forordninger ikke kan udvides til at dække erhvervsdrivendes retsstridige transaksjoner».⁵⁶⁴ Dersom vilkårene for misbruk av en bestemmelse i sekundærlovgivning for å oppnå en uberettiget fordel er oppfylt, er rettsvirkningen dermed at den aktuelle sekundærlovgivningen ikke kommer til anvendelse. Slikt misbruk har i utgangspunktet ingen betydning for om traktatbestemmelsene om fri bevegelse kommer til anvendelse, for som gjennomgangen i punkt 2.2–2.6 viser, reises spørsmål om misbruk av disse i hovedsak i forbindelse med omgåelse av nasjonal lovgivning, som har andre rettsvirkninger (se punkt 3.3).⁵⁶⁵

Uttalelsen i *Emsland-Stärke* er generell og har vært gjentatt i senere avgjørelser,⁵⁶⁶ og må antas å gjelde også ved lignende misbruk i andre saker. En annen sak er at misbruk av bestemmelser i sekundærlovgivning for å oppnå uberettigede fordeler nok først og fremst er praktisk ved

⁵⁶³ 125/76 *Cremer* avsn. 21, C-8/92 *General Milk* avsn. 21 og C-110/99 *Emsland-Stärke* avsn. 51.

⁵⁶⁴ C-110/99 *Emsland-Stärke* avsn. 51.

⁵⁶⁵ I motsatt retning Fredriksen og Mathisen (2018) s. 98, som legger til grunn at det de kaller «misbruk av grunnfrihetene» må skilles fra «opptreden som vil stride mot nasjonal rett» og at «[b]ekjempelse av sistnevnte form for misbruk kan påberopes som et legitimt hensyn til rettferdiggjøring», mens «[m]isbruk av grunnfrihetene er derimot ikke vernet av grunnfrihetene overhodet». Som det fremgår av punkt 3.1 er jeg ikke enig i at dette skillet er avgjørende for hva slags rettsvirkning som inntreffer.

⁵⁶⁶ Se bl.a. C-456/04 *Agip Petroli* avsn. 21 og C-155/13 *SICES m.fl.* avsn. 30.

misbruk av bestemmelser i forordninger, fordi det er den foretrukne formen for sekundærlovgivning ved gjennomføring av felles økonomiske ordninger i EU.⁵⁶⁷ Det skyldes, som gjennomgangen av avgjørelser i punkt 2.2–2.6 også viser, at misbruk av direktivbestemmelser som regel innebærer omgåelse av nasjonal lovgivning. Da foreligger en annen misbrukshensikt (se punkt 2.7.4.3), som har andre rettsvirkninger (se punkt 3.1 og 3.3). Det er årsaken til at unionsborgerdirektivet artikkel 35 og AMT-direktivet artikkel 4 hører under punkt 3.3 og ikke her: Selv om de følger av sekundærlovgivning, regulerer de misbruk som innebærer omgåelse av nasjonal lovgivning.

I tilfeller som *Emsland-Stärke*, der misbruket har ført til utbetaling av et pengebeløp, er «[t]ilbagebetalingsforpligtelsen [...] ikke en sanktion, der kræver en klar og utvetydig hjemmel, men blot en konsekvens af, at der er fastslået, at de nødvendige betingelser for at drage fordel af fællesskabsbestemmelserne er blevet kunstig skabt, hvilket gør de tildelte restitutioner uretmæssige og derfor berettiger til en forpligtelse til at betale dem tilbage».⁵⁶⁸ Tilsvarende må rettsvirkningen av misbruk av andre bestemmelser i sekundærlovgivning være restitusjon av den ytelsen som er mottatt, hvis det lar seg gjøre. Hvor praktisk det er i tilfeller som ikke gjelder pengebeløp, er et annet spørsmål. Situasjonen minner om den restitusjonsforpliktelsen som oppstår ved kontraktsrettslig heving eller avtalerettslig ugyldighet.⁵⁶⁹ Restitusjonsforpliktelsen som oppstår avhenger av hva den uberettigede fordelen er, og om denne kan tilbakeføres.

3.3 Misbruk av reglene om fri bevegelighet for å omgå nasjonal lovgivning

Det er lite praksis knyttet til rettsvirkningene av et konstatert misbruk av reglene om fri bevegelighet for å omgå nasjonal lovgivning. Det skyldes, som gjennomgangen i kapittel 2 viser, at EU-domstolen sjelden kommer

⁵⁶⁷ Sejersted m.fl. (2011) s. 53.

⁵⁶⁸ C-110/99 *Emsland-Stärke* avsn. 56. Se Vogenauer (2011) s. 542.

⁵⁶⁹ Se Hagstrøm (2011) s. 450 om kontraktsrettslig heving og Woxholth (2017) s. 257 om avtalerettslig ugyldighet.

lenger enn å konstatere at vilkårene for misbruk ikke er oppfylt. I avgjørelsene der domstolen går lengst i å antyde hva slags rettsvirkninger misbruk har, vurderes spørsmålet på flere stadier i samme avgjørelse.⁵⁷⁰ Det gjør det vanskelig å si med sikkerhet hva rettsvirkningene er.⁵⁷¹

I de første avgjørelsene om misbruk av reglene om fri bevegelighet for å omgå nasjonal lovgivning, som *Van Binsbergen*, *Veronica* og *Lair*, antar flere at domstolen anså rettsvirkningen av misbruk for å være at reglene om fri bevegelighet ikke kom til anvendelse i det hele tatt.⁵⁷² Det er tilsvarende som rettsvirkningene av at det ikke foreligger et grenseoverskridende element (se punkt 2.7.2), og rettsvirkningene av misbruk av en bestemmelse i sekundærlovgivning for å oppnå en uberettiget fordel⁵⁷³ (se punkt 3.2).

Alternativet er at misbruk av reglene om fri bevegelighet for å omgå nasjonal lovgivning kan begrunne restriksjoner på frihetene, som etter restriksjonslæren.⁵⁷⁴ «Restriksjoner» eller «tiltak» som gjør inngrep i reglene om fri bevegelighet er bl.a. lovgivning og administrativ praksis.⁵⁷⁵ Rettsvirkningen er i så tilfelle at en restriksjon, som nasjonal lovgivning eller administrativ praksis som er til hinder for fri bevegelighet, likevel kan gjøres gjeldende overfor privatpersonen eller selskapet, hvis restriksjonen tilfredsstillende kravene til egnethet, nødvendighet og forholdsmessighet.⁵⁷⁶ Forskjellen mellom de to alternativene er at EØS-retten ikke kommer til anvendelse og nasjonal lovgivning regulerer situasjonen fullt ut i det første tilfellet, mens egnede restriksjoner på den frie bevegelighet

⁵⁷⁰ Eksempelvis i C-212/97 *Centros* der domstolen tar stilling til betydningen av et eventuelt misbruk på fire forskjellige stadier, i avsn. 16–18, 19–22, 24–30 og 31–38. Se Edwards og Farmer (2008) s. 210–212.

⁵⁷¹ Vogenauer (2011) s. 552–553.

⁵⁷² Vogenauer (2011) s. 552, Doukas (2011) s. 65–66, Barnard (2019) s. 452, Farmer (2011) s. 4, Edwards og Farmer (2008) s. 208–209, Shuibhne (2013) s. 87 og Hell Hansen (1998) s. 127.

⁵⁷³ Edwards og Farmer (2011) s. 208.

⁵⁷⁴ Doukas (2011) s. 64 flg., Farmer (2011) s. 4 flg., Barnard (2019) s. 452, Vogenauer (2011) s. 541–542 og 552 og Looijestijn-Clearie (2000) s. 640.

⁵⁷⁵ Mathisen (2007) s. 81.

⁵⁷⁶ *Ibid.* s. 82.

ikke kan gå lenger enn det som er nødvendig og forholdsmessig i det andre tilfellet, og at EU- og EØS-retten for øvrig kommer til anvendelse.⁵⁷⁷

Domstolens uttalelser i *Centros*, *Inspire Art*, *Cadbury Schweppes* og nyere avgjørelser tilsier at rettsvirkningene av et konstatert misbruk av reglene om fri bevegelse er at misbruket kan begrunne restriksjoner på frihetene.⁵⁷⁸ En konstatering av at det objektive vilkåret for misbruk av reglene om fri bevegelse er oppfylt kan like gjerne ses som en konstatering av at det foreligger et legitimt hensyn, fordi arten av den nasjonale lovgivningen er det sentrale kriteriet for om det objektive vilkåret kan oppfylles i tilfeller av omgåelse av nasjonal lovgivning (se punkt 2.7.4.2). Tilfellene der EU-domstolen har vært åpen for at omgåelse av nasjonal lovgivning kan innebære misbruk av reglene om fri bevegelse har til felles at den aktuelle lovgivningen forfølger allerede anerkjente og legitime hensyn i EU- og EØS-retten. Kapittel 2 etablerte i denne sammenheng at eksempler på lovgivning som kan oppfylle det objektive vilkåret – og dermed forfølger legitime formål – er nasjonal kringkastingslovgivning, skattelovgivning, nasjonale krav til arbeidsvilkår og yrkeskvalifikasjoner, samt forbud mot inngåelse av proformaekteskap for å avlede rett til opphold i en EØS-stat. Dette er hensyn domstolen allerede har anerkjent som legitime etter restriksjonslæren.⁵⁷⁹ Det er samtidig treffende å omtale eksempelvis vedtaket som ble rettet mot fjernsynsorganisasjonen i *Veronica*, registreringsnektelsen i *Centros* og den britiske CFC-lovgivningen i *Cadbury Schweppes* som «restriksjoner»,⁵⁸⁰ og to av momentene som var relevante for om det forelå et misbruk i *Centros* – hva slags tiltak

⁵⁷⁷ Tvingende allmenne hensyn er inngrep i og ikke unntak fra frihetene. De må derfor være nødvendige og forholdsmessige. At EU- og EØS-retten stiller krav til restriksjonene er utslag av at EU- og EØS-retten, i motsetning til der det mangler et grenseoverskridende element, kommer til anvendelse. Se eksempelvis Fredriksen og Mathisen (2018) sin omtale av manglende grenseoverskridende element og ikke-anvendelse på s. 93–94, sml. omtalen av restriksjoner på den frie bevegelse på s. 114 flg.

⁵⁷⁸ Se Edwards og Farmer (2008) s. 212 hva gjelder *Inspire Art* og s. 224 hva gjelder *Centros* og Vogenauer (2011) s. 552 og Terra og Wattel (2012) s. 46–47 og 913 hva gjelder *Centros*. I samme retning Weatherill (2017) s. 133. Se også domstolens uttalelser i C-212/97 *Centros* avsn. 32 flg., C-167/01 *Inspire Art* avsn. 132 flg., C-196/04 *Cadbury Schweppes* avsn. 57 flg. og C-106/16 *Polbud* avsn. 39. I motsatt retning Bullen (2005) s. 581.

⁵⁷⁹ Barnard (2019) sin liste over tvingende allmenne hensyn på s. 504–508 er illustrerende. Hva gjelder proformaekteskap følger det av art. 35 i unionsborgerdirektivet.

⁵⁸⁰ I samme retning Fredriksen og Mathisen (2018) s. 100 om *Centros*.

Danmark ville iverksette for å bekjempe omgåelsen av dansk lov og de anførte begrunnelsene for å slå ned på det – svarer til kravene til egnethet, nødvendighet og forholdsmessighet som stilles til alle restriksjoner på reglene om fri bevegelighet.⁵⁸¹

Ved omgåelse av nasjonal lovgivning må konklusjonen derfor være at misbruk har samme rettsvirkninger som tilfeller der et traktatfestet unntak fra reglene om fri bevegelighet kommer til anvendelse,⁵⁸² eller et tvingende allment hensyn begrunner restriksjoner på reglene om fri bevegelighet.⁵⁸³ Likheten med tvingende allmenne hensyn er størst, fordi misbruk heller ikke kan gjøres gjeldende der tiltaket er direkte diskriminerende.⁵⁸⁴ Tilsvarende er rettsvirkningene av et konstatert misbruk etter artikkel 35 i unionsborgerdirektivet og artikkel 4 (3) i AMT-direktivet at restriktiv nasjonal lovgivning kan gjøres gjeldende.⁵⁸⁵ Det følger av at bestemmelsene selv stiller krav til og begrenser tiltakene avtalestatene kan iverksette, noe EU-domstolen hva gjelder artikkel 35 i unionsborgerdirektivet presiserte i *Metock* når den sa at tiltakene må stå i «rimeligt forhold til misbruget».⁵⁸⁶ At rettsvirkningene av et konstatert misbruk av reglene om fri bevegelighet for å omgå nasjonal lovgivning

⁵⁸¹ C-212/97 *Centros* avsn. 35 og 37. Se også C-167/01 *Inspire Art* avsn. 133 flg. og C-196/04 *Cadbury Schweppes* avsn. 57 flg.

⁵⁸² Se TEUV art. 36 (varer), 45 (3) (arbeidstakere), og 52 jf. art. 49 og 62 (etablering og tjenester), som tilsvare EØS-avtalen art. 13 (varer), 28 (3) (arbeidstakere), 33 jf. art. 31 og 39 (etablering og tjenester). Det er ingen traktatfestede unntak fra reglene om fri bevegelighet for kapital, men etter rådsdirektiv 88/361/EØF (kapitalbevegelsesdirektivet) er det vid adgang til begrensninger også her, se nærmere Sejersted m.fl. (2011) s. 293–294.

⁵⁸³ Adgangen til å begrunne restriksjoner på den frie bevegelighet i ulovfestede unntak – tvingende allmenne hensyn – følger av EU-domstolens avgjørelse 120/78 *Cassis de Dijon* og etterfølgende praksis, se nærmere Sejersted m.fl. (2011) s. 294 flg. og Mathisen (2007) s. 82.

⁵⁸⁴ Mathisen (2007) s. 81, under henvisning til C-388/01 *Kommisjonen mot Italia* avsn. 18–21. Se C-211/91 *Flemish Cable Network* avsn. 5–6, behandlet i punkt 2.2.3, om at misbruk ikke kan gjøres gjeldende ved direkte diskriminerende tiltak.

⁵⁸⁵ Se Ziegler (2011) s. 295–296 hva gjelder art. 35 i unionsborgerdirektivet.

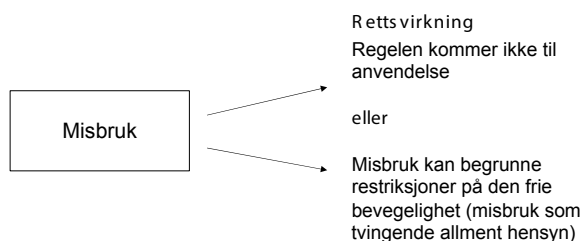
⁵⁸⁶ Se C-127/08 *Metock* avsn. 75. Kravene i art. 35 tilsvare kravene restriksjonslæren stiller til avtalestatenes tiltak. EFTA-domstolen er derfor upresis i E-4/19 *Campbell* avsn. 69, der det sies at «[s]amtidig kan ikke EØS-rettens virkeområde utvides til å omfatte misbruk», se Brathovde, Kvisberg og Tronsmoen (2020) s. 1.

er de samme som ved tvingende allmenne hensyn, reiser spørsmål om behovet for denne delen av læren om misbruk av reglene om fri bevegelighet. Det er tema for kapittel 4.

3.4 Sammenfatning

Rettsvirkningssiden av misbruk som koblingsord ser dermed slik ut:

Figur 6. Rettsvirkningene av misbruk av reglene om fri bevegelighet

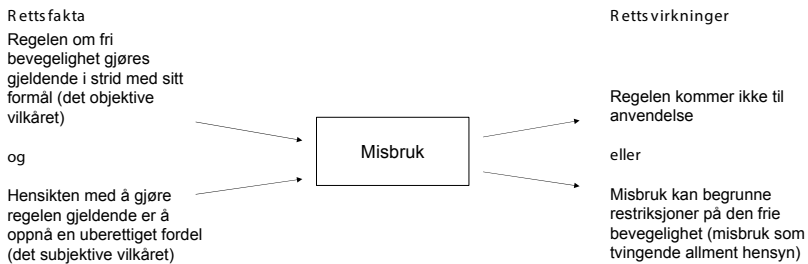


Rettsvirkningene er alternative, og hvilken rettsvirkning som inntreer beror på hva slags subjektiv misbrukshensikt som foreligger (punkt 2.7.4.3). Ved hensikt om å misbruke sekundærlovgivning for å oppnå en uberettiget fordel fra en EØS-rettslig bestemmelse uten at det innebærer omgåelse av nasjonal lovgivning, er rettsvirkningen at den aktuelle regelen ikke kommer til anvendelse (punkt 3.2). Ved hensikt om å misbruke reglene om fri bevegelighet for å omgå nasjonal lovgivning kan misbruket begrunne restriksjoner på frihetene reglene sikrer (punkt 3.3).

4 Avslutning

Vilkårene for og rettsvirkningene av et konstatert misbruk av reglene om fri bevegelse er dermed disse:

Figur 7. Misbruk av reglene om fri bevegelse



Vilkårene på rettsfaktasiden er kumulative (se punkt 2.7.4.1) og kommer til anvendelse uavhengig av hvilken frihet saken gjelder, og hva slags misbruk som foreligger (se punkt 2.7.1 og 2.7.4.3). Rettsvirkningene er alternative (se kapittel 3), og hvilken rettsvirkning som inntreffer beror på hva slags subjektiv misbrukshensikt som foreligger (punkt 2.7.4.3).

Av de to formene for misbruk som kan utledes fra EU-domstolens praksis – misbruk av bestemmelser i sekundærlovgivning for å oppnå en uberettiget fordel uten at det innebærer omgåelse av nasjonal lovgivning, og misbruk av reglene om fri bevegelse for å omgå nasjonal lovgivning – er det kun i førstnevnte tilfelle at læren om misbruk av reglene om fri bevegelse dekker et selvstendig behov i EU- og EØS-retten. Praksis knyttet til sistnevnte tilfelle viser at avtalestatene griper til misbruk der reglene om fri bevegelse brukes til å omgå nasjonal lovgivning, men at EU-domstolen sjelden eller aldri finner at det er tilfelle. Det skyldes at misbruk er et redskap for å beskytte EU- og EØS-retten mot ikke-akseptabel bruk, og ikke avtalestatenes interesser, som ivaretas gjennom bl.a. restriksjonslæren. Den veiledningen som uttalelsene i *Centros* gir

kan bøte på problemet, fordi den forener tilfellene der EU- og EØS-retten og avtalestatenes synspunkter på misbruk er sammenfallende.

Fordi omgåelse av nasjonal lovgivning ikke i seg selv er tilstrekkelig til å konstatere et misbruk av reglene om fri bevegelighet, og den nasjonale lovgivningen må forfølge et underliggende, legitimt hensyn som EU- og EØS-retten anerkjenner, er det i alle tilfeller mer hensiktsmessig å anvende restriksjonslæren.⁵⁸⁷ Restriksjonslæren er velkjent, har et etablert innhold, rettsvirkningene er de samme som ved misbruk og en slipper utfordringene knyttet til å fastlegge at det subjektive vilkåret er oppfylt.⁵⁸⁸ *De Agostini*, som kunne vært avgjort etter læren om misbruk, ble avgjort som et spørsmål om tvingende allmenne hensyn kunne begrunne de aktuelle restriksjonene. *Cadbury Schweppes* og de øvrige avgjørelsene om omgåelse av nasjonal skattelovgivning avgjøres etter egne vilkår, og i *Bouchoucha* tok domstolen aldri uttrykkelig stilling til om det var vilkårene for misbruk den anvendte. I *United Pan-Europe* brukes *Veronica* og *TV10* som argumenter for at «kulturpolitikk kan utgjøre et tvingende alment hensyn», uten at misbruk eller omgåelse nevnes.⁵⁸⁹ Nyere avgjørelser som *K*, *UPC DTH* og *X* gjelder bruk av reglene om fri bevegelighet til å omgå nasjonal lovgivning, men misbruksterminologien er forlatt og EU-domstolen tar stilling til om det foreligger tvingende allmenne hensyn som kan forhindre omgåelse av nasjonal lovgivning.⁵⁹⁰ Der den nasjonale lovgivningen som er forsøkt omgått forfølger et underliggende hensyn som er blant de traktatfestede unntakene fra reglene om fri bevegelighet – som vern av folkehelsen – kan en ved å anføre dette hensynet, og ikke misbruk av reglene om fri bevegelighet som tvingende

⁵⁸⁷ Weatherill (2011) s. 61 og Ziegler (2011) s. 307. I samme retning Sejersted m.fl. (2011) s. 411 og 455.

⁵⁸⁸ Et eksempel er saken mellom norske myndigheter og de norske psykologistudentene i Ungarn. Fordi staten argumenterer for at vilkårene i yrkeskvalifikasjonsdirektivet ikke er oppfylt, subsidiært at hensynet til vern av folkehelsen og pasientsikkerhet begrunner avslagene på lisens i Norge, se Løkeland-Stai (2020), og ikke at psykologistudentene omgår norske krav til yrkeskvalifikasjoner ved å gjennomføre psykologistudiet i Ungarn, slipper norske myndigheter å føre bevis for at det foreligger subjektiv omgåelseshensikt hos studentene.

⁵⁸⁹ C-250/06 *United Pan-Europe* avsn. 41.

⁵⁹⁰ Se C-322/11 *K* avsn. 59 flg., C-475/12 *UPC DTH* avsn. 76 og C-135/17 *X* avsn. 70 flg.

allment hensyn, også iverksette tiltak som innebærer nasjonalitetsbestemt forskjellsbehandling. Med unntak for tilfeller der en bestemmelse i sekundærlovgivning er misbrukt for å oppnå en uberettiget fordel, eller der læren om misbruk er kodifisert i sekundærlovgivning, er avtalestatene lite tjent med å anføre misbruk av reglene om fri bevegelighet.

5 Litteraturliste

Lovgivning og forarbeider

Traktater og konvensjoner

- | | | |
|------|---------------------------------|--|
| 1950 | EMK | Konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter, Roma 1950. Tilgjengelig i Lovdata |
| 1957 | Romatraktaten/
EØF-traktaten | Traktaten om opprettelse av Det europeiske økonomiske fellesskap, Roma 1957. Tilgjengelig i EUR-Lex |
| 1989 | ECCT | European Convention on Transfrontier Television, Strasbourg 1989. Tilgjengelig i Lovdata |
| 1992 | EF-traktaten | Traktaten om opprettelse av Det Europeiske Fellesskap, Maastricht 1992. Tilgjengelig i EUR-Lex |
| 1992 | EØS-avtalen | Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde, Porto 1992. Tilgjengelig i Lovdata |
| 1992 | ODA-avtalen | Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkingsorgan og en Domstol, Porto 1992. Tilgjengelig i Lovdata |
| 1997 | Amsterdam-traktaten | Amsterdam-traktaten om endring av traktaten om Den europeiske union, traktatene om opprettelse av Det europeiske fellesskap og visse tilknyttede akter, Amsterdam 1997. Tilgjengelig i EUR-Lex |

2007	TEUV	Traktaten om Den europeiske unions virkemåte, Lisboa 2007. Konsolidert utgave 2016 (EUT 2016/C 202/02). Tilgjengelig i EUR-Lex
2012	Charteret	Den europeiske unions Charter om grunnleggende rettigheter, Strasbourg 2007 (EUT 2012/C 326/02). Tilgjengelig i EUR-Lex

Direktiver og forordninger

Tilgjengelige i EUR-Lex og Lovdata

Rådsforordning (EØF) nr. 166/64	Rådsforordning (EØF) nr. 166/64 av 30. oktober 1964 om regulering af forskjellige arter af blandfodermidler
Kommisjonens forordning (EØF) nr. 171/64	Kommisjonens forordning (EØF) nr. 171/64 av 30. oktober 1964 om fastsettelse af gennemførelsesbestemmelser for ydelse af restitution ved udførsel til tredjelande af bestemte kategorier av blandfoder
Rådsdirektiv 64/221/EØF	Rådsdirektiv 64/221/EØF av 25. februar 1964 om samordning av de særbestemmelser om innreise og opphold for utenlandske statsborgere som er begrunnet med hensynet til den offentlige orden og sikkerhet samt folkehelsen

Rådsdirektiv 64/427/ EØF	Rådsdirektiv 64/427/EØF av 7. juli 1964 om nærmere bestemmelser for overgangstiltak for selvstendig virksomhet i produksjons- og prosessindustri innen næringsområde 23-40 ISIC (industri og håndverk)
Rådsforordning (EØF) nr. 1612/68	Rådsforordning (EØF) nr. 1612/68 av 15. oktober 1968 om fri bevegelighet for arbeidstakere innen Fellesskapet
Rådsdirektiv 73/148/ EØF	Rådsdirektiv 73/148/EØF av 21. mai 1973 om opphevelse av reise- og oppholdsrestriksjoner innen Fellesskapet for statsborgere i medlemsstatene med hensyn til etablering og tjenesteytelse
Rådsdirektiv 77/388/ EØF	Rådsdirektiv 77/388/EØF av 17. mai 1977 om harmonisering af medlemsstaternes lovgivning om omsætningsafgifter – Det fælles merværdiafgiftssystem: ensartet beregningsgrundlag
Kommisjonens forordning (EØF) nr. 2730/79	Kommisjonens forordning (EØF) nr. 2730/79 av 29. november 1979 om fælles gjennomførelsesbestemmelser for eksportrestituser for landbrugsprodukter
Kommisjonens forordning (EØF) nr. 1371/81	Kommisjonens forordning (EØF) nr. 1371/81 av 19. mai 1981 om forskrifter for den administrative anvendelse af monetære udligningsbeløb
Kommisjonens forordning (EØF) nr. 900/84	Kommisjonens forordning (EØF) nr. 900/84 av 31. mars 1984 om fastsettelse af monetære udligningsbeløb samt af visse koeffisienter og kurser for anvendelse heraf

Rådsdirektiv 88/361/ EØF	Rådsdirektiv 88/361/EØF av 24. juni 1988 om gjennomføring av traktatens artikkel 67 [Kapitalbevegelsesdirektivet]
Rådsdirektiv 89/48/ EØF	Rådsdirektiv 89/48/EØF av 21. desember 1988 om en generell ordning for godkjenning av diplomer for høyere yrkeskompetansegivende utdanning av minst tre års varighet
Rådsdirektiv 89/552/ EØF	Rådsdirektiv 89/552/EØF av 3. oktober 1989 om samordning av visse bestemmelser om utøvelse av fjernsynsvirksomhet, fastsatt ved lov eller forskrift i medlemsstatene [TV-direktivet]
Direktiv 96/71/EF	Direktiv 96/71/EF av 16. desember 1996 om utsending av arbeidstakere i forbindelse med tjenesteyting [Utsendingsdirektivet]
Direktiv 97/36/EF	Direktiv 97/36/EF av 30. juni 1997 om endring av rådsdirektiv 89/552/EØF om samordning av visse bestemmelser om utøvelse av fjernsynsvirksomhet, fastsatt ved lov eller forskrift i medlemsstatene
Direktiv 98/5/EF	Direktiv 98/5/EF av 16. februar 1998 om lettelse av adgangen til å utøve advokatyrket på permanent grunnlag i en annen medlemsstat enn staten der den faglige kvalifikasjonen er ervervet [Advokatdirektivet]

- Direktiv 2004/38/EF Direktiv 2004/38/EF av 29. april 2004 om unionsborgere og deres familiemedlemmers rett til å ferdes og oppholde seg fritt på medlemsstatenes territorium, om endring av forordning (EØF) nr. 1612/68 og om oppheving av direktiv 64/221/EØF, 68/360/EØF, 72/194/EØF, 73/148/EØF, 75/34/EØF, 75/35/EØF, 90/364/EØF, 90/365/EØF og 93/36/EØF [Unionsborgerdirektivet]
- Direktiv 2005/36/EF Direktiv 2005/36/EF av 7. september 2005 om godkjenning av faglige yrkeskvalifikasjoner [Yrkeskvalifikasjonsdirektivet]
- Direktiv 2010/13/EU Direktiv 2010/13/EU av 10. mars 2010 om samordning av visse bestemmelser om tilbud av audiovisuelle medietjenester, fastsatt ved lov eller forskrift i medlemsstatene [AMT-direktivet]
- Forordning (EU) nr. 492/2011 Forordning (EU) nr. 492/2011 av 5. april 2011 om fri rørsle for arbeidstakarar innanfor Unionen
- Direktiv 2014/67/EU Direktiv 2014/67/EU av 15. mai 2014 om håndheving av direktiv 96/71/EF om utsending av arbeidstakere i forbindelse med tjenesteyting, og om endring av forordning (EU) nr. 1024/2012 om forvaltningssamarbeid gjennom informasjonssystemet for det indre marked («IMI»-forordningen)

Direktiv 2018/1808/EU Direktiv 2018/1808/EU av 14. november 2018 om ændring af direktiv 2010/13/EU om samordning af visse bestemmelser, fastsat ved lov eller forskrift i medlemsstatene, om uøvelse af audiovisuelle medietjenester (direktivet om audiovisuelle medietjenester) i lys af ændrede markedsforhold

Dokumenter fra Europakommisjonen

Tilgængelige i EUR-Lex

- KOM (2009) 313 endelig Meddelelse fra Kommissionen til Europa-Parlamentet og Rådet om retningslinjer for en bedre gennemførelse og anvendelse af direktiv 2004/38/EF om unionsborgeres og deres familie-medlemmers ret til at færdes og opholde sig frit på medlemsstaternes område
- SWD (2012) 64 final Arbejdsdokument fra Kommissionens tjenestegrene Resumé af konsekvensanalysen Ledsagedokument til Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om håndhævelse af direktiv 96/71/EF om udstationering af arbejdstagere som led i udveksling af tjenesteydelser
- SWD (2014) 284 final Commission Staff Working Document Handbook on addressing the issue of alleged marriages of convenience between EU citizens and non-EU nationals in the context of EU law on free movement of EU citizens

- KOM (2014) 604 endelig Meddelelse fra Kommissionen til Europa-Parlamentet og Rådet Bistand til de nationale myndigheder med at bekæmpe misbrug af retten til fri bevægelighed: Håndbog om håndtering af angivelige proformaægteskaber mellem EU-borgere og ikke-EU-statsborgere i relation til EU-reglerne om EU-borgeres fri bevægelighed
- SWD (2016) 170 final Commission Staff Working Document Ex-post REFIT evaluation of the Audiovisual Media Services Directive 2010/13/EU
- C (2018) 532 final Kommissionens beslut av den 31.1.2018 om oförenligheten mellan de åtgärder som anmäls av Konungariket Sverige enligt artikel 4.5 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2010/13/EU om samordning av vissa bestämmelser som fastställts i medlemsstaternas lagar och andra författningar om tillhandahållande av audiovisuella medietjänster

Norske lover og forskrifter

Tilgjengelige i Lovdata

- 1973 Lov 9. mars 1973 nr. 14 om vern mot tobakksskader (tobakkskadeloven)
- 1989 Lov 2. juni 1989 nr. 27 om omsetning av alkoholholdig drikk mv. (alkoholloven)
- 1992 Lov 28. august 1992 nr. 103 om pengespill mv. (pengespilloven)

- 1992 Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) mv. (EØS-loven)
- 1995 Lov 24. februar 1995 nr. 11 om lotterier mv. (lotteriloven)
- 1997 Lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper (aksjeloven)
- 1999 Lov 26. mars 1999 nr. 14 om skatt av formue og inntekt (skatteloven)
- 1999 Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)
- 2005 Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven)
- 2005 Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)
- 2008 Lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)
- 2009 Lov 9. januar 2009 nr. 2 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. (markedsføringsloven)
- 2009 Forskrift 15. oktober 2009 nr. 1286 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsforskriften)

Norske lovforslag og forarbeider

Tilgjengelige i Lovdata

- Ot.prp. nr. 75 Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)
(2006–2007)
- Ot.prp. nr. 1 Skatte- og avgiftsopplegget 2008 – lovendringer
(2007–2008)

- Ot.prp. nr. 72 Om lov om endringer i utlendingslovgivinga (reglar
(2007–2008) for EØS- og EFTA-borgarar o.a.)
- NOU 2016:5 Omgåelsesregel i skatteretten
- Prop. 1 LS For budsjettåret 2020 – Skatter, avgifter og toll 2020
(2019–2020)

Internasjonalt

- 2004 Twenty-Seventh Amendment of the Constitution Act, 2004
[Irland] <http://www.irishstatutebook.ie/eli/2004/ca/27/enacted/en/print.html>

Rettspraksis mv.

Avgjørelser fra EU-domstolen

Tilgjengelige i Curia

- | | | |
|--------|--|--------------------|
| 33/74 | <i>Van Binsbergen mot Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid</i> | ECLI:EU:C:1974:131 |
| 125/76 | <i>Cremer mot BALM</i> | ECLI:EU:C:1977:148 |
| 115/78 | <i>Knoors mot Staatssecretaris van Economische Zaken</i> | ECLI:EU:C:1979:31 |
| 120/78 | <i>Rewe mot Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon)</i> | ECLI:EU:C:1979:42 |
| 34/79 | <i>Henn & Darby</i> | ECLI:EU:C:1979:295 |
| 52/79 | <i>Procureur du Roi mot Debauve</i> | ECLI:EU:C:1980:83 |

229/83	<i>Leclerc mot Au blé vert</i>	ECLI:EU:C:1985:1
66/85	<i>Lawrie-Blum mot Land Baden-Württemberg</i>	ECLI:EU:C:1986:284
352/85	<i>Bond van Adverteerders mot Nederland</i>	ECLI:EU:C:1988:196
39/86	<i>Lair mot Universität Hannover</i>	ECLI:EU:C:1988:322
C-61/89	<i>Bouchoucha</i>	ECLI:EU:C:1990:343
C-288/89	<i>Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda mot Commissariaat voor de Media</i>	ECLI:EU:C:1991:323
C-369/90	<i>Micheletti m.fl. mot Delegación del Gobierno en Cantabria</i>	ECLI:EU:C:1992:295
C-370/90	<i>The Queen mot Immigration Appeal Tribunal og Surinder Singh, ex parte Secretary of State for the Home Department</i>	ECLI:EU:C:1992:296
C-148/91	<i>Veronica Omroep Organisatie mot Commissariaat voor de Media</i>	ECLI:EU:C:1993:45
C-211/91	<i>Kommissjonen mot Belgia/Flemish Cable Network</i>	ECLI:EU:C:1992:526
C-317/91	<i>Deutsche Renault mot AUDI</i>	ECLI:EU:C:1993:908
C-8/92	<i>General Milk Products mot Hauptzollamt Hamburg-Jonas</i>	ECLI:EU:C:1993:82
C-19/92	<i>Kraus mot Land Baden-Württemberg</i>	ECLI:EU:C:1993:125
C-23/93	<i>TV10 mot Commissariaat voor de Media</i>	ECLI:EU:C:1994:362

C-412/93	<i>Leclerc-Siplec mot TFI og M6</i>	ECLI:EU:C:1995:26
C-55/94	<i>Gebhard mot Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano</i>	ECLI:EU:C:1995:411
C-107/94	<i>Asscher mot Staatssecretaris van Financiën</i>	ECLI:EU:C:1996:251
C-206/94	<i>Brennet mot Paletta</i>	ECLI:EU:C:1996:182
C-11/95	<i>Kommisjonen mot Belgia (Belgian Cable Network)</i>	ECLI:EU:C:1996:316
C-34/95, C-35/95, C-36/95	<i>Konsumentombudsmannen mot De Agostini og TV-Shop</i>	ECLI:EU:C:1997:344
C-56/96	<i>VT4 mot Vlaamse Gemeenschap</i>	ECLI:EU:C:1997:284
C-264/96	<i>Imperial Chemical Industries mot Colmer (ICI)</i>	ECLI:EU:C:1998:370
C-367/96	<i>Kefalas m.fl. mot Elliniko Dimosio og Organismos Oikonomikis Anasykrotisis Epicheiriseon</i>	ECLI:EU:C:1998:222
C-212/97	<i>Centros</i>	ECLI:EU:C:1999:126
C-294/97	<i>Eurowings Luftverkehr</i>	ECLI:EU:C:1999:524
C-110/99	<i>Emsland-Stärke</i>	ECLI:EU:C:2000:695
C-137/00	<i>Milk Marque og National Farmers' Union</i>	ECLI:EU:C:2003:429
C-436/00	<i>X og Y</i>	ECLI:EU:C:2002:704
C-109/01	<i>Akrich</i>	ECLI:EU:C:2003:491
C-167/01	<i>Inspire Art</i>	ECLI:EU:C:2003:512

C-322/01	<i>Deutscher Apothekerverband (DocMorris)</i>	ECLI:EU:C:2003:664
C-388/01	<i>Kommisjonen mot Italia</i>	ECLI:EU:C:2003:30
C-413/01	<i>Ninni-Orasche</i>	ECLI:EU:C:2003:600
C-452/01	<i>Ospelt og Schlössle Weissenberg</i>	ECLI:EU:C:2003:493
C-200/02	<i>Zhu og Chen</i>	ECLI:EU:C:2004:639
C-255/02	<i>Halifax m.fl.</i>	ECLI:EU:C:2006:121
C-446/03	<i>Marks & Spencer</i>	ECLI:EU:C:2005:763
C-515/03	<i>Eichsfelder Schlachtbetrieb</i>	ECLI:EU:C:2005:491
C-196/04	<i>Cadbury Schweppes og Cadbury Schweppes Overseas</i>	ECLI:EU:C:2006:544
C-452/04	<i>Fidium Finanz</i>	ECLI:EU:C:2006:631
C-456/04	<i>Agip Petroli</i>	ECLI:EU:C:2006:241
C-524/04	<i>Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation</i>	ECLI:EU:C:2007:161
C-321/05	<i>Kofoed</i>	ECLI:EU:C:2007:408
C-250/06	<i>United Pan-Europe Communications Belgium m.fl.</i>	ECLI:EU:C:2007:783
C-286/06	<i>Kommisjonen mot Spania</i>	ECLI:EU:C:2008:586
C-330/07	<i>Jobra</i>	ECLI:EU:C:2008:685
C-127/08	<i>Metock m.fl.</i>	ECLI:EU:C:2008:449
C-182/08	<i>Glaxo Wellcome</i>	ECLI:EU:C:2009:559
C-318/10	<i>SIAT</i>	ECLI:EU:C:2012:415

C-210/11, <i>Medicom og Maison Patrice Alard</i> C-211/11	ECLI:EU:C:2013:479
C-322/11 <i>K</i>	ECLI:EU:C:2013:716
C-220/12 <i>Thiele Meneses</i>	ECLI:EU:C:2013:683
C-456/12 <i>O. og B.</i>	ECLI:EU:C:2014:135
C-475/12 <i>UPC DTH</i>	ECLI:EU:C:2014:285
C-58/13, <i>Torresi</i> C-59/13	ECLI:EU:C:2014:2088
C-155/13 <i>SICES m.fl.</i>	ECLI:EU:C:2014:145
C-202/13 <i>McCarthy m.fl.</i>	ECLI:EU:C:2014:2450
C-106/16 <i>Polbud</i>	ECLI:EU:C:2017:804
C-135/17 <i>X (Sociétés intermédiaires établies dans des pays tiers)</i>	ECLI:EU:C:2019:136
C-647/17 <i>Srf konsulterna</i>	ECLI:EU:C:2019:195

Generaladvokatuttalelser

Tilgjengelige i Curia

Generaladvokat Tesauro i C-148/91 <i>Veronica Omroep Organisatie mot Commissariaat voor de Media</i>	ECLI:EU:C:1992:447
Generaladvokat Lenz i C-23/93 <i>TV10 mot Commissariaat voor de Media</i>	ECLI:EU:C:1994:251
Generaladvokat Lenz i C-11/95 <i>Kommisjonene mot Belgia/Belgian Cable Network</i>	ECLI:EU:C:1996:178

Generaladvokat Lenz i C-56/96 <i>VT4 mot Vlaamse Gemeenschap</i>	ECLI:EU:C:1997:61
Generaladvokat Geelhoed i C-109/01 <i>Akrich</i>	ECLI:EU:C:2003:112
Generaladvokat Tizzano i C-200/02 <i>Zhu og Chen</i>	ECLI:EU:C:2004:307
Generaladvokat Stix-Hackl i C-452/04 <i>Fidium Finanz</i>	ECLI:EU:C:2006:182
Generaladvokat Maduro i C-210/06 <i>Cartesio</i>	ECLI:EU:C:2008:294

Avgjørelser mv. fra EFTA-domstolen

Tilgjengelige via <https://eftacourt.int/>

E-8/94, <i>Forbrukerombudet mot Mattel</i>	1994–1995. EFTA
E-9/94 <i>Scandinavia A/S og Lego Norge A/S</i>	Ct. Rep. 113
E-1/00 <i>State Debt Management Agency mot Íslandsbanki-FBA hf.</i>	2000–2001. EFTA Ct. Rep. 8
E-1/01 <i>Hörður Einarsson mot Island</i>	2002. EFTA Ct. Rep. 1
E-1/04 <i>Fokus Bank ASA mot Staten v/Skattedirektoratet</i>	2004. EFTA Ct. Rep. 11
E-4/04 <i>Pedice AS mot Staten v/Sosial- og helsedirektoratet</i>	2005. EFTA Ct. Rep. 1
E-9/07, <i>L'Oréal Norge AS mot Aarskog Per AS</i>	2008. EFTA Ct.
E-10/07 <i>m.fl. og Smart Club Norge</i>	Rep. 259
E-15/11 <i>Arcade Drilling AS mot Staten v/Skatt Vest</i>	2012. EFTA Ct. Rep. 676

E-3/13,	<i>Fred Olsen m.fl. mot Staten</i>	2014. EFTA Ct.
E-20/13	<i>v/Sentralskattekontoret for storbedrifter og Skattedirektoratet</i>	Rep. 400
E-28/15	<i>Yankuba Jabbi mot Staten v/Utlendingsnemnda</i>	2016. EFTA Ct. Rep. 575
E-15/16	<i>Yara International ASA mot Staten v/Finansdepartementet</i>	2017. EFTA Ct. Rep. 434
E-4/19	<i>Campbell mot Staten v/Utlendingsnemnda</i>	Upublisert, avsagt 13.05.2020
E-1/20	Anmodning om rådgivende uttalelse og rettsmøterapport i sak E-1/20 <i>Kerim mot Staten v/Utlendingsnemnda</i>	Ikke avgjort per 13.01.2021

Norske rettsavgjørelser

Tilgjengelige i Lovdata

1991	Rt. 1991 s. 600 (Skoheroin)
2018	TOSLO-2018-124828
2019	LB-2019-33460

Juridisk teori

Advokatfirmaet Simonsen Vogt Wiig AS (2016)	Advokatfirmaet Simonsen Vogt Wiig AS. <i>Legal study on Norway's obligations under the EU Citizenship Directive 2004/38/EC</i> . Oslo: Advokatfirmaet Simonsen Vogt Wiig AS, 2016
---	---

- Arnesen (1999) Arnesen, Finn. «Fjernsynsreklame eøs-rettslige problemstillinger». *Tidsskrift for forretningsjus* nr. 1 (1999), s. 36–47
- Arnull (2006) Arnull, Anthony. *The European Union and its Court of Justice*. 2. utg., Oxford: Oxford University Press, 2006
- Arnull (2011) Arnull, Anthony. «What is a General Principle of EU Law?» i *Prohibition of Abuse of Law: A New General Principle of EU Law?* Rita de la Feria, Stefan Vogenauer red. Oxford/Portland, Oregon: Hart, 2011, s. 7–23
- Barnard (2011) Barnard, Catherine. «The Notion of Abuse and the Freedom to Provide Services: A Labour Lawyer’s Perspective» i *Prohibition of Abuse of Law: A New General Principle of EU Law?* Rita de la Feria, Stefan Vogenauer red. Oxford/Portland, Oregon: Hart, 2011, s. 93–104
- Barnard (2019) Barnard, Catherine. *The Substantive Law of the EU*. 6. utg., Oxford: Oxford University Press, 2019
- Behrens (2000) Behrens, Peter. «International Company Law in View of the Centros decision of the ECJ». *European Business Organization Law Review* nr. 1 (2000), s. 125–146
- Brathovde, Kvisberg og Tronsmoen (2020) Brathovde, Marte, Åse Rustad Kvisberg og Sigve Berg Tronsmoen. «Campbell mot Norge» i *EuroRett* nr. 11 (1) (2020), Finn Arnesen, Marte Brathovde, Åse Rustad Kvisberg, Sigve Berg Tronsmoen red. Oslo: Lovdata, 2020, s. 1–2

- Broberg og Holst-Christensen (2014) Broberg, Morten og Nina Holst-Christensen. *Free movement in the European Union*. 4. utg., København: DJØF Forlag, 2014
- Bull (2002) Bull, Henrik. *Det indre marked for tjenester og kapital*. Oslo: Universitetsforlaget, 2002
- Bull (2010) Bull, Henrik. «Særlige regler for utlendinger som omfattes av Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-avtalen) og Konvensjon om opprettelse av Det europeiske Frihandelsforbund (EFTA-konvensjonen)» i *Utlendingsloven: Kommentartutgave*, Vigdis Vevstad red. Oslo: Universitetsforlaget, 2010, s. 626–704
- Bullen (2005) Bullen, Andreas. *EU, EØS og skatt: De fire friheter og direkte beskatning*. Oslo: Gyldendal, 2005
- Cerioni (2010) Cerioni, Luca. «The “Abuse of Rights” in EU Company Law and EU Tax Law: A Re-reading of the ECJ Case Law and the Quest for a Unitary Notion». *European Business Law Review* nr. 21 (2010), s. 783–813
- Chalmers, Davies og Motti (2010) Chalmers, Damian, Gareth Davies og Giorgio Motti. *European Union law: cases and materials*. 2. utg., Cambridge: Cambridge University Press, 2010
- Costello (2009) Costello, Cathryn. «Metock: Free movement and ‘normal family life’ in the Union». *Common Market Law Review* 46 (2) (2009), s. 587–622
- Costello (2011) Costello, Cathryn. «Citizenship of the Union: Above abuse?» i *Prohibition of Abuse of Law: A New General Principle of EU Law?* Rita de la Feria, Stefan Vogenauer red. Oxford/Portland, Oregon: Hart, 2011, s. 321–353

- Craig og de Búrca (2015) Craig, Paul og Gráinne de Búrca. *EU law: text, cases and materials*. 6. utg., Oxford: Oxford University Press, 2015
- Craufurd Smith (2011) Craufurd Smith, Rachael. «Determining Regulatory Competence for Audiovisual Media Services in the European Union». *Journal of Media Law* nr. 3 (2) 2011, s. 263–285
- Currie (2009) Currie, Samantha. «Accelerated justice or a step too far? Residence rights of non-EU family members and the court's ruling in *Metock*». *European Law Review* (2006), s. 310–326
- Cuyvers (2017) Cuyvers, Armin. «General Principles of EU Law» i *East African Community Law: Institutional, Substantive and Comparative EU Aspects*. Emmanuel Ugirashebuja, John Eudes Ruhangisa, Tom Ottervanger, Armin Cuyvers red. Leiden: Brill Nijhoff, 2017, s. 217–228
- Dashwood m.fl. (2011) Dashwood, Alan m.fl. *Wyatt and Dashwood's European Union Law*. 6. utg., Oxford: Hart, 2011
- De Broe (2008) De Broe, Luc. *International tax planning and prevention of abuse: a study under domestic tax law, tax treaties and EC law in relation to conduit and base companies*. Amsterdam: IBFD, 2008
- de la Feria (2008) de la Feria, Rita. «Prohibition of Abuse of (Community) Law: The Creation of a New General Principle of EC Law Through Tax». *Common Market Law Review* nr. 45 (2) (2008), s. 395–441

- de la Feria (2011) de la Feria, Rita. «Introducing the Principle of Prohibition of Abuse of Law» i Prohibition of Abuse of Law: A New General Principle of EU Law? Rita de la Feria, Stefan Vogenauer red. Oxford/Portland, Oregon: Hart, 2011, s. xv–xxv
- Di Federico (2015) Di Federico, Giacomo. «Joined Cases 58 and 59/13, C-58/13 and C-59/13 *Angelo Alberto Torresi and Pierfrancesco Torresi v. Consiglio dell’Ordine degli Avvocati di Macerata*, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 17 July 2014». *European Public Law* nr. 21 (3) (2015), s. 481–506
- Dougan (2011) Dougan, Michael. «Comments on Abuses of Law and the Free Movement of Citizens» i Prohibition of Abuse of Law: A New General Principle of EU Law? Rita de la Feria, Stefan Vogenauer red. Oxford/Portland, Oregon: Hart, 2011, s. 355–362
- Doukas (2011) Doukas, Dimitrios. «Free Movement of Broadcasting Services and Abuse of Law» i Prohibition of Abuse of Law: A New General Principle of EU Law? Rita de la Feria, Stefan Vogenauer red. Oxford/Portland, Oregon: Hart, 2011, s. 63–91
- Drijber (1999) Drijber, Berend Jan. «The revised televisions without frontiers directive: is it fit for the next century?». *Common Market Law Review* nr. 36 (1) (1999), s. 87–122

- Edwards og Farmer (2008) Edwards, Vanessa og Paul Farmer. «The Concept of Abuse in the Freedom of Establishment of Companies: a Case of Double Standards?» i *Continuity and Change in EU Law: Essays in Honour of Sir Francis Jacobs*. Anthony Arnall, Piet Eeckhout, Takis Tridimas red. Oxford: Oxford University Press, 2008, s. 205–227
- Einarsson (2018) Einarsson, Ólafur Jóhannes. «Article 31 Freedom of establishment» i *Agreement on the European Economic Area*. Finn Arnesen, Halvard Haukeland Fredriksen, Hans Petter Graver, Ola Mestad, Christopher Vedder red. Baden-Baden/München/Oxford: Nomos/C.H. Beck/Hart, 2018, s. 400–420
- Eng (2007) Eng, Svein. *Rettsfilosofi*. Oslo: Universitetsforlaget, 2007
- Engsig Sørensen (2006) Engsig Sørensen, Karsten. «Abuse of rights in community law: A principle of substance or merely rhetoric?». *Common Market Law Review* nr. 43 (2) (2006), s. 423–459
- Engsig Sørensen (2011) Engsig Sørensen, Karsten. «What is a General Principle of EU Law? A response» i *Prohibition of Abuse of Law: A New General Principle of EU Law?* Rita de la Feria, Stefan Vogenauer red. Oxford/Portland, Oregon: Hart, 2011, s. 25–32
- Engsig Sørensen (2015) Engsig Sørensen, Karsten. «The fight against letterbox companies in the internal market». *Common Market Law Review* nr. 52 (1) (2015), s. 85–118

- Evers og de Graaf (2009) Evers, Maikel og Arnaud de Graaf. «Limiting Benefit Shopping: Use and Abuse of EC Law». *EC Tax Review* nr. 18 (6) (2009), s. 279–298
- Farmer (2011) Farmer, Paul. «Prohibition of Abuse of (European) Law: The Creation of a New General Principle of EU Law through Tax: A Response» i *Prohibition of Abuse of Law: A New General Principle of EU Law?* Rita de la Feria, Stefan Vogenauer red. Oxford/Portland, Oregon: Hart, 2011, s. 3–6
- Faull (2011) Faull, Jonathan. «‘Prohibition of Abuse of Law’: A New General Principle of EU Law» i *Prohibition of Abuse of Law: A New General Principle of EU Law?* Rita de la Feria, Stefan Vogenauer red. Oxford/Portland, Oregon: Hart, 2011, s. 291–293
- Fløistad (2018) Fløistad, Karin. «Article 28 Free movement of workers» i *Agreement on the European Economic Area*. Finn Arnesen, Halvard Haukeland Fredriksen, Hans Petter Graver, Ola Mestad, Christopher Vedder red. Baden-Baden/München/Oxford: Nomos/C.H. Beck/Hart, 2018, s. 369–384
- Fredriksen og Mathisen (2018) Fredriksen, Halvard Haukeland og Gjermund Mathisen. *EØS-rett*. 3. utg., Bergen: Fagbokforlaget, 2018
- Guild, Peers og Tomkin (2019) Guild, Elspeth, Steve Peers og Jonathan Tomkin. *The EU citizenship directive: a commentary*. 2. utg., Oxford: Oxford University Press, 2019
- Hagstrøm (2011) Hagstrøm, Viggo. *Obligasjonsrett*. 2. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2011

- Harrison og Woods (2007) Harrison, Jackie og Lorna Woods. «Jurisdiction, forum shopping and the ‘race to the bottom’» i *European Broadcasting Law and Policy*. Jackie Harrison, Lorna Woods red. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, s- 173–193
- Hell Hansen (1998) Hell Hansen, Line. «Development of the Circumvention Principle in the Area of Broadcasting». *Legal Issues of European Integration* nr. 25 (2) (1998), s. 111–138
- Kaczorowska-Ireland (2013) Kaczorowska-Ireland, Alina. *European Union Law*. 3. utg., Abingdon/New York: Routledge, 2013
- Kamanabrou (2018) Kamanabrou, Sudabeh. «Abuse of law in the context of EU law». *European Law Review* nr. 43 (4) (2018), s. 534–548
- Katsirea (2005) Katsirea, Irina. «The circumvention principle: an effective defence of national broadcasting systems against abuse?». *Communications Law* nr. 10 (4) (2005), s. 130–134
- Kjellgren (2000) Kjellgren, Anders. «On the Border of Abuse – The jurisprudence of the European Court of Justice on Circumvention, Fraud and Other Misuses of Community Law». *European Business Law Review* nr. 11 (3) (2000), s. 179–194
- Kokoly (2019) Kokoly, Zsolt. «The Anti-Circumvention Procedure in the Audiovisual Media Services Directive». *Acta Universitatis Sapientiae Legal Studies* nr. 8 (1) (2019), s. 43–64

- Koutrakos (2011) Koutrakos, Panos. «The Emsland-Stärke Abuse of Law Test» i Prohibition of Abuse of Law: A New General Principle of EU Law? Rita de la Feria, Stefan Vogenaer red. Oxford/Portland, Oregon: Hart, 2011, s. 203–217
- Kroeze (2018) Kroeze, Hester. «Distinguishing Between Use and Abuse of EU Free Movement Law: Evaluating Use of the “Europe-route” for Family Reunification to Overcome Reverse Discrimination». *European Papers* nr. 3 (2018), s. 1209–1243
- Lang (2011) Lang, Michael. «Cadbury Schweppes’ Line of Case Law from the Member States’ Perspective» i Prohibition of Abuse of Law: A New General Principle of EU Law? Rita de la Feria, Stefan Vogenaer red. Oxford/Portland, Oregon: Hart, 2011, s. 435–458
- Leczykiewicz (2019) Leczykiewicz, Dorota. «Prohibition of abusive practices as a “general principle” of EU law». *Common Market Law Review* nr. 56 (3) (2019), s. 703–742
- Lenaerts (2010) Lenaerts, Annekatrien. «The General Principle of the Prohibition of Abuse of Rights: A Critical Position on Its Role in a Codified European Contract Law». *European Review of Private Law* nr. 18 (6) (2010), s. 1121–1154
- Lenaerts (2015) Lenaerts, Koen. «The Concept of Abuse of Law in the Case Law of the European Court of Justice on Direct Taxation». *Maastricht Journal of European and Comparative Law* nr. 22 (3) (2015), s. 329–351

- Looijestijn-Clearie (2000) Looijestestijn-Clearie, Anne. «Centros LTD – A Complete U-Turn in the Right of Establishment for Companies». *International and Comparative Law Quarterly* nr. 49 (3) (2000), s. 621–642
- Lyal (2016) Lyal, Richard. «Tax Law» i *The Handbook of EEA Law*. Carl Baudenbacher red. Cham: Springer, 2016, s. 721–748
- Mastroianni og Arena (2015) Mastroianni, Roberto og Amedeo Arena. «Free movement of lawyers and the *Torresi* judgment: a bridge too far?». *European Constitutional Law Review* nr. 11 (2) (2015), s. 373–388
- Mathisen (2007) Mathisen, Gjermund. «Om proporsjonalitet som skranke for tiltak som gjør inngrep i EØS-avtalens fire friheter». *Jussens Venner* nr. 42 (2007), s. 80–92
- Müller-Graff (2016) Müller-Graff, Peter Christian. «Free Movement of Goods» i *The Handbook of EEA Law*. Carl Baudenbacher red. Cham: Springer, 2016, s. 415–435
- Naas (2017) Naas, Henning m.fl. *Norsk internasjonal skatterett*. 2. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2017
- Neville Brown (1994) Neville Brown, Lionel. «Is there a General Principle of Abuse of Rights in European Community Law?» i *Institutional Dynamics of European Integration : Essays in Honour of Henry G. Schermers Volume II*. Deirdre Curtin, Ton Heukels red. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1994, s. 511–525
- Oliver m.fl. (2010) Oliver, Peter J. mfl. *Oliver on Free Movement of Goods in the European Union*. Oxford/Portland, Oregon: Hart, 2010

- Pétursson (2018) Pétursson, Gunnar Thor. «Article 8 Free movement of goods, scope of application» i *Agreement on the European Economic Area*. Finn Arnesen, Halvard Haukeland Fredriksen, Hans Petter Graver, Ola Mestad, Christopher Vedder red. Baden-Baden/München/Oxford: Nomos/C.H. Beck/Hart, 2018, s. 270–281
- Ringe (2011) Ringe, Wolf-Georg. «Sparking Regulatory Competition in European Company Law: The Impact of the Centros Line of Case Law and its Concept of ‘Abuse of Law’» i *Prohibition of Abuse of Law: A New General Principle of EU Law?* Rita de la Feria, Stefan Vogenauer red. Oxford/Portland, Oregon: Hart, 2011, s. 107–125
- Saydé (2014a) Saydé, Alexandre. *Abuse of EU law and regulation of the internal market*. Oxford: Hart, 2014
- Saydé (2014b) Saydé, Alexandre. «Defining the Concept of Abuse of Union Law». *Yearbook of European Law* nr. 33 (1) (2014), s. 138–162
- Schammo (2008) Schammo, Pierre. «Arbitrage and Abuse of Rights in the EC Legal System». *European Law Journal* nr. 14 (3) (2008), s. 351–376
- Schütze (2018) Schütze, Robert. *European Union Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018
- Sejersted m.fl. (2011) Sejersted, Fredrik m.fl. *EØS-rett*. 3. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2011

- Shuibhne (2013) Shuibhne, Niamh Nic. *The Coherence of EU Free Movement Law: Constitutional Responsibility and the Court of Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2013
- Snell (2011) Snell, Jukka. «The Notion of and a General Test for Abuse of Rights: Some Normative Reflections» i *Prohibition of Abuse of Law: A New General Principle of EU Law?* Rita de la Feria, Stefan Vogenauer red. Oxford/Portland, Oregon: Hart, 2011, s. 219–231
- Spaventa (2005) Spaventa, Eleanor. «Case C-109/01, Secretary of State for the Home Department v. H. Akrich». *Common Market Law Review* nr. 42 (1) (2005), s. 225–239
- Spaventa (2011) Spaventa, Eleanor. «Comments on Abuse of Law and the Free Movement of Workers» i *Prohibition of Abuse of Law: A New General Principle of EU Law?* Rita de la Feria, Stefan Vogenauer red. Oxford/Portland, Oregon: Hart, 2011, s. 315–320
- Szabados (2017) Szabados, Tamás. «National Courts in the Frontline: Abuse of Rights under the Citizens’ Rights Directive». *Utrecht Journal of International and European Law* nr. 33 (85) (2017), s. 84–102
- Szydlo (2018) Szydlo, Marek. «Cross-border conversion of companies under freedom of establishment: *Polbud* and beyond». *Common Market Law Review* nr. 55 (5) (2018), s. 1549–1572
- Terra og Wattel (2012) Terra, Ben J.M. og Peter Wattel. *European Tax Law*. 6. utg., Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2012

- Tridimas (2011) Tridimas, Takis. «Abuse of Rights in EU Law: Some Reflections with Particular Reference to Financial Law» i Prohibition of Abuse of Law: A New General Principle of EU Law? Rita de la Feria, Stefan Vogenauer red. Oxford/Portland, Oregon: Hart, 2011, s. 169–191
- Tryfonidou (2005) Tryfoniduou, Alina. «C-200/02, *Kunqian Catherine Zhu and Man Lavette Chen v. Secretary of State for the Home Department*: Further Cracks in the ‘Great Wall’ of the European Union?». *European Public Law* nr. 11 (4) (2005), s. 527–541
- Vangsnes (2015) Vangsnes, Jørgen. *Sivilprosess i et nøtteskall*. Oslo: Gyldendal, 2015
- Vanistendael (2011) Vanistendael, Frans. «Cadbury Schweppes and Abuse from an EU Tax Law Perspective» i Prohibition of Abuse of Law: A New General Principle of EU Law? Rita de la Feria, Stefan Vogenauer red. Oxford/Portland, Oregon: Hart, 2011, s. 407–425
- Varney (2004) Varney, Mike. «European Controls on Member State Promotion and Regulation of Public Service Broadcasting and Broadcasting Standards». *European Public Law* nr. 10 (3) (2004), s. 503–530
- Vella (2011) Vella, John. «Sparking Regulatory Competition in European Company Law: A Response» i Prohibition of Abuse of Law: A New General Principle of EU Law? Rita de la Feria, Stefan Vogenauer red. Oxford/Portland, Oregon: Hart, 2011, s. 127–136

- Vinther og Werlauff (2006) Vinther, Nikolaj og Erik Werlauff. «Tax Motives Are Legal Motives – The Borderline between the Use and Abuse of the Freedom of Establishment with Reference to the *Cadbury Schweppes* Case». *European Taxation* (2006), s. 383–386
- Vogenauer (2011) Vogenauer, Stefan. «The Prohibition of Abuse of Law: An Emerging General Principle of EU Law» i *Prohibition of Abuse of Law: A New General Principle of EU Law?* Rita de la Feria, Stefan Vogenauer red. Oxford/Portland, Oregon: Hart, 2011, s. 521–571
- Weatherill (2011) Weatherill, Stephen. «Fitting ‘Abuse of Rights’ into EU Law Governing the Free Movement of Goods and Services» i *Prohibition of Abuse of Law: A New General Principle of EU Law?* Rita de la Feria, Stefan Vogenauer red. Oxford/Portland, Oregon: Hart, 2011, s. 49–61
- Weatherill (2017) Weatherill, Stephen. *The Internal Market as a Legal Concept*. Oxford: Oxford University Press, 2017
- Weber (2004) Weber, Dennis. «Abuse of Law. European Court of Justice, 14 December 2000, Case C-110/99, *Emsland-Stärke*». *Legal Issues of Economic Integration* nr. 31 (1) (2004), s. 43–55
- Weber (2005) Weber, Dennis. *Tax avoidance and the EC Treaty Freedoms*. Haag: Kluwer Law International, 2005

- Weber (2011) Weber, Dennis. «Abuse of Law in the Context of Indirect Taxation: Why We Need the Subjective Intention Test, When is Combating Abuse an Obligation and Other Comments» i *Prohibition of Abuse of Law: A New General Principle of EU Law?* Rita de la Feria, Stefan Vogenauer red. Oxford/Portland, Oregon: Hart, 2011, s. 395–406
- Weber (2013) Weber, Dennis. «Abuse of Law in European Tax Law: An Overview and Some Recent Trends in the Direct and Indirect Tax Case Law of the ECJ – Part 1». *European Taxation* nr. 53 (6) (2013), s. 251–264
- Wennerås (2018) Wennerås, Pål. «Article 6 Homogeneity» i *Agreement on the European Economic Area*. Finn Arnesen, Halvard Haukeland Fredriksen, Hans Petter Graver, Ola Mestad, Christopher Vedder red. Baden-Baden/München/Oxford: Nomos/C.H. Beck/Hart, 2018, s. 209–248
- Woxholth (2017) Woxholth, Geir. *Avtalerett*. 10. utg., Oslo: Gyldendal, 2017
- Wymeersch (1999) Wymeersch, Eddy. «Centros: A landmark decision in European Company Law». *Financial Law Institute Working Paper Series* nr. 15 (1999), s. 1–19
- Ziegler (2011) Ziegler, Katja S. «‘Abuse of Law’ in the Context of the Free Movement of Workers» i *Prohibition of Abuse of Law: A New General Principle of EU Law?* Rita de la Feria, Stefan Vogenauer red. Oxford/Portland, Oregon: Hart, 2011, s. 295–314
- Zimmer (2018) Zimmer, Frederik. *Skatterett*. 8. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2018

Nettsider mv.

- Altinn (2019) Altinn. «Godkjenning av yrkeskvalifikasjoner». 2019. <https://www.altinn.no/godkjenning-av-yrkeskvalifikasjoner/> hentet 30.01.2020
- Brække, Jonas (2019) Brække, Jonas. «Kan få reklameforbud». *Klassekampen*, 06.02.2019. <https://www.klassekampen.no/article/20190206/ARTICLE/190209981> hentet 04.02.2020
- GOV.UK (2020) GOV.UK. «Broadcasting and video on-demand services between the UK and EU». 31.12.2020. <https://www.gov.uk/guidance/broadcasting-and-video-on-demand-services-between-the-uk-and-eu> hentet 11.01.2021
- Grenseløs kjærlighet (u.å.) Grenseløs kjærlighet. «Hvordan flytte til Sverige med EØS-løsningen?». U.å. <https://xn--grenselokjrlighet-0rb25a.no/a-flytte-til-sverige/> hentet 02.03.2020
- Hauger, Knut Kristian (2020) Hauger, Knut Kristian. «TV3-kanalene flytter «hjem» fra England – samtidig fortsetter Viaplay-veksten». 22.10.2020. <https://kampanje.com/medier/2020/10/nent-flytter-tv-kanalene-hjem-til-sverige--samtidig-fortsetter-viaplay-veksten/> hentet 11.01.2021
- Høyesterett (2020) Høyesterett. «Utlendingsrett og EØS-rett. Om et ekteskap med en EØS-borger kan gi grunnlag for opphold i Norge. Utlendingsloven § 120 sjette ledd. Anmodning om rådgivende tolkningsuttalelse». 03.03.2020. <https://www.domstol.no/globalassets/upload/hret/internett/bilder-til-nettsidene/nyhetssaker/anmodning-om-radgivende-tolkningsuttalelse---19-163380.pdf> hentet 07.05.2020

- Johansen (2020) Johansen, Stian Øby. «Lynanalyse: sak E-4/19 Campbell mot Norge». 15.05.2020. <https://obykanalen.wordpress.com/2020/05/15/lynanalyse-sak-e-4-19-campbell-mot-norge/> hentet 14.09.2020
- Klefstad (2019) Klefstad, Nina Bjørneby. «Aksjeselskapers rett til grenseoverskridende omdanning i EU/EØS». 17.06.2019. <https://www.duo.uio.no/bitstream/handle/10852/70489/Aksjeselskapers-rett-til-grenseoverskridende-omdanning-i-EU-og-E-S.pdf?sequence=21&isAllowed=y> hentet 14.09.2020
- Kolsrud (2020) Kolsrud, Kjetil. «Trekker anken i kontroversiell EØS-tvist – storkammersaken avlyst». *Rettt24*, 04.06.2020. <https://rett24.no/articles/trekker-anken-i-kontroversiell-eos-tvist-storkammersaken-avlyst> hentet 04.06.2020
- Krieger, Jörn (2019) Krieger, Jörn. «Brexit: Discovery receives German licences». *Broadband TV News*, 14.02.2019. <https://www.broadbandtvnews.com/2019/02/14/brexit-discovery-receives-german-licenses/> hentet 11.01.2021
- Lord Ashcroft (2016) Lord Ashcroft. «How the United Kingdom voted on Thursday... and why». 24.06.2016. <http://lordashcroftpolls.com/2016/06/how-the-united-kingdom-voted-and-why/> hentet 03.05.2020
- Løkeland-Stai, Espen (2020) Løkeland-Stai, Espen. «Nå får EFTA-domstolen Ungarn-studentenes skjebne i fanget». *Khrono*, 13.05.2020. <https://khrono.no/na-far-efta-domstolen-ungarn-studentenes-skjebne-i-fanget/487578> hentet 11.01.2021

- Regjeringen (2018) Regjeringen. «Norges samarbeid med EU om toll, skatt og avgifter». 06.08.2018. <https://www.regjeringen.no/no/tema/europapolitikk/tema/toll-skatt-avgifter/id686229/> hentet 26.05.2020
- Regjeringen (2019) Regjeringen. «Endringer i AMT-direktivet». 2019. <https://www.regjeringen.no/no/sub/eos-notatbasen/notatene/2016/juni/forslag-til-endringer-i-amt-direktivet-/id2503512/> hentet 29.04.2020
- Regjeringen (2020a) Regjeringen. «Brexit: Hva skjer i Norge 31. januar?». 2020. https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/brexit_norge/id2687469/ hentet 18.04.2020
- Regjeringen (2020b) Regjeringen. «Forordning om gjensidig godkjenning». 2020. <https://www.regjeringen.no/no/sub/eos-notatbasen/notatene/2018/jan/forordningen-om-gjensidig-godkjenning/id2592484/> hentet 22.03.2020
- Regjeringen (2020c) Regjeringen. «Direkte skatter». 2020. <https://www.regjeringen.no/no/tema/okonomi-og-budsjett/skatter-og-avgifter/direkte-skatter/id2353512/> hentet 26.02.2020
- Regjeringen (2020d) Regjeringen. «Indirekte skatter». 2020. <https://www.regjeringen.no/no/tema/okonomi-og-budsjett/skatter-og-avgifter/indirekte-skatter/id2353322/> hentet 26.02.2020
- UDI (u.å.) UDI. «Krav til inntekt i familieinnvandringsaker». U.å. <https://www.udi.no/ord-og-begreper/krav-til-inntekt-i-familieinnvandringsaker/#link-9492> hentet 02.03.2020

THE SCANDINAVIAN INSTITUTE OF MARITIME LAW is a part of the University of Oslo and hosts the faculty's Centre for European Law. It is also a part of the cooperation between Denmark, Finland, Iceland, Norway and Sweden through the Nordic Council of Ministers. The Institute offers one master programme and several graduate courses.

The core research areas of the Institute are maritime and other transport law as well as petroleum and energy law, but the members of the Institute also engage in teaching and research in general commercial law.

In MARIUS, issued at irregular intervals, articles are published in the Nordic languages or English.

ISSN: 0332-7868

