

Det væsentligste indhold af en grundlæggende rettighed i den Europæiske Unions Charter om Grundlæggende Rettigheder

The essence of a fundamental right in the Charter of Fundamental Rights of the European Union

af FREDERIK KRABBE-LARSEN

Alle begrænsninger af rettighederne i EUC er reguleret i EUC art. 52, stk. 1. I bedømmelsen af begrænsningens overensstemmelse med art. 52, stk. 1, er det væsentligste indhold af rettigheden et af momenterne. Begrænsningen af rettigheden må ikke krænke det væsentligste indhold for at være lovlig.

Efter at Domstolen i Schrems for første gang erklærede EU-regulering for ulovlig pga. brud med det væsentligste indhold af en rettighed i EUC, har forståelsen af det væsentligste indhold af en rettighed været diskuteret. Tidligere har primært proportionalitetsvurderingen i EUC art. 52, stk. 1 været indgående behandlet

Det væsentligste indhold kan forstås som enten absolut eller relativ. Begge forståelser har støtte i retspraksis, men de seneste domme, Torubarov, AK mfl., og tildeles Deutsche Umwelthilfe, støtter den absolutte forståelse. Den absolutte forståelse styrkes kraftigt, hvis Domstolens følger GA Saugmandsgaard Øes forslag til afgørelse i Schrems II. De nævnte afgørelser illustrerer også, at ikke alene anvender Domstolen det væsentligste indhold i fortolkningen af EUC art. 52, stk. 1, Domstolen er også villig til gentagende gange at anvende det væsentligste indhold til at underkende EU-retlig regulering. Schrems er dermed ikke et engangstilfælde.

Kommissionen mod Polen har vist, at det væsentligste indhold i rettigheder uden for EUC kan anvendes til forståelse af det væsentligste indhold af rettighederne i EUC og omvendt. Det væsentligste indhold af en rettighed er dermed ikke alene et begreb af relevans for EUC. Det findes også i retspraksis fra før EUC, praksis fra EMD og fra medlemsstaternes nationale retspraksis. Alle disse retskilder kan være af betydning for forståelsen af det væsentligste indhold.

Førend det væsentligste indhold af en rettighed skal anses som et vigtigt EU-begreb, skal det være absolut, forskelligt fra effektivitetsprincippet og være muligt at definere. De første to betingelser er mest sandsynligt opfyldt, mens det sidste virker mere tvivlsomt, men uanset dette anvender Domstolen begrebet.

Hvis det væsentligste indhold af en rettighed opfylder de ovenstående betingelser, kan det være et effektivt og afgørende redskab for Domstolen i konflikter mellem medlemsstater og EU samt mellem EU og tredjeland. En for hyppig brug af det væsentligste indhold, kan dog også være et problem for EU i forbindelse med samarbejde med tredjelande, og det kan forskybe magtbalancen i EU, så Domstolens rolle forøges på bekostning af EU's andre institutioner og medlemsstaternes parlamenter. Derudover gælder det, at for nogle af rettighederne har alene det væsentligste indhold direkte horisontal effekt. Det væsentligste indhold kan derfor også være af betydning for forståelsen af den direkte horisontale effekt af EUC.

Indholdsfortegnelse

Abstract	3
1 Indledning	4
1.1 Problemformulering og struktur.....	6
1.2 Afgrænsning.....	6
1.3 Metode	7
2 Begrebet det væsentligste indhold af en grundlæggende rettighed	7
2.1 Det væsentligste indhold uden for EU-retten.....	8
2.2 Definition af det væsentligste indhold	10
2.3 Absolut eller relativ?.....	12
3 Domstolens anvendelse af det væsentligste indhold af en grundlæggende rettighed	13
3.1 Før Lissabontraktaten.....	15
3.2 Udenfor EUC	16
3.3 Efter Lissabontraktaten	20
3.3.1 Digital Rights og Schrems	20
3.3.1.1 Dommene som fulgte efter Digital Rights og Schrems	22
3.3.1.2 To forslag til afgørelse	25
3.3.2 PI.....	28
3.3.3 LM.....	30
3.3.4 Torubarov, AK mfl., og Deutsche Umwelthilfe	31
3.3.5 Sager fra Retten.....	33
3.4 Afsluttende bemærkninger	34
4 Betydningen af det væsentligste indhold af en grundlæggende rettighed	35
4.1 Forudsætninger.....	35
4.2 Løsningsmodel eller konfliktskaber.....	36
4.3 Betydning for den horisontale effekt?.....	38
5 Konklusion	39
Bilag 1 - Kilder	41
Artikler.....	41
Bøger	44
Rapporter og vejledninger.....	45
Afgørelser.....	46

Domstolen	46
Forslag til afgørelser fra Domstolens Generaladvokater	47
Retten	48
Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol	48
Højesteret	49
Udtalelser fra Domstolen	49
Anmodning om præjudiciel forelæggelse for Domstolen.....	49
Lovgivning	49
Officielle dokumenter	49
Bilag 2 – Anvendte forkortelser	49

Abstract

In 2009 the Charter of Fundamental Rights of the European Union became legally binding as a part of the Treaty of Lisbon. Any limitation of the rights recognized in the Charter is subject to the rule in article 52(1). This paper studies the essence of a right as one of the conditions in article 52(1).

The judgement in *Schrems* by the Court of Justice of the European Union is a landmark in the understanding of the essence of a right. For the first time an EU decision was declared invalid, because it violated the essence of a right in the Charter.

Subsequently, the nature of the essence of a right has been discussed among scholars. The essence of a right can be understood as either an absolute or a relative concept. If the latest theory prevails, the essence of a right will be part of the proportionality assessment in article 52(1), and therefore redundant as an independent concept.

None of the two views – absolute or relative - has been without support from the caselaw of the Court of Justice, but recently judgements like *Torubarov*, *AK and others*, and partly *Deutsche Umwelthilfe*, shows preferences for the absolute theory. This view will be significantly strengthened if the Court of Justice follows GA Saugmandsgaard Øe's opinion in *Schrems II*. Those aforementioned judgements also illustrate the Court of Justice's willingness in applying the concept of essence to invalid a limitation of a right. These findings demonstrate that the concept of essence influences the use of article 52(1).

Another point is, that cases like *Commission v. Poland* reveals a link to caselaw outside of the Charter, and that the concept of essence in TEU article 19(1)(2) must be understood in context with article 47 in the Charter and vice versa. Also, caselaw pre-Lisbon, from the European Court of Human Rights and from national constitutional courts can be important in the understanding of the essence.

For the essence of a right to be an important concept in EU-law it must be absolute, separately from the principle of effectiveness and possibly to find. The first two are most likely true, while the latest has showed to be difficult, but anyhow the concept is applied by the Court of Justice.

By fulfilling these requirements, the concept of essence can be a powerful tool for the Court of Justice in disputed between member states and EU and third countries and EU, because no object of general interest for limiting a right have to be evaluated. On the other hand, if the tool is used too frequent, it could raise protest in the member states and make third countries unwilling to cooperate with EU. Furthermore, the concept of essence can give the national parliaments and the EU-institutions a limited role in fundamental right issues because they can only determine nonessential elements of a right. The Court of Justice will therefore play a key part in development of the essence of fundamental rights. Lastly, the concept of essence also has implications for the direct horizontal effect of the rights in the Charter, because for some rights only the essence may produce direct horizontal effect.

1 Indledning

Den Europæiske Unions Charter om Grundlæggende Rettigheder (herefter EUC) blev juridisk bindende ved Lissabon-traktatens ikrafttrædelse den 1. december 2009, jf. TEU art. 6, stk. 1. Fra dette tidspunkt er EUC sidestillet med TEU og TEUF.

EUC har i længere tid været overset, når det gjaldt beskyttelsen af grundlæggende rettigheder.¹ Mellem 2010 og 2017 har danske domstole kun en enkelt gang ud af 67 præjudicielle spørgsmål til Den Europæiske Unions Domstol (herefter Domstolen), nævnt en bestemmelse fra EUC i sin forespørgsel.² På EU-plan har de nationale domstole dog været mere flittige i deres brug af EUC, idet 11 % af de præjudicielle spørgsmål til Domstolen i samme periode indeholdt en henvisning til EUC.³ Disse forholdsvis mange præjudicielle forelæggelser på EU-plan som indeholder henvisninger til EUC, gør det tydeligt, at EUC har en betydning på området for grundlæggende rettigheder i EU. Denne opgave vil derfor sætte fokus på EUC.

Ser man på de grundlæggende rettigheder i EUC, vil man finde, at nogle af dem, såsom EUC art. 1 og 4, er absolutte i deres natur.⁴ En krænkelse af disse rettigheder kan aldrig lovliggøres. Andre af rettighederne, hvilket inkluderer de fleste, er ikke absolutte i deres natur. Disse rettigheder kan begrænses, jf. EUC art. 52, stk. 1, som lyder således:

”Enhver begrænsning i udøvelsen af de rettigheder og friheder, der anerkendes ved dette charter, skal være fastlagt i lovgivningen og skal respektere disse rettigheders og friheders væsentligste indhold. Under iagttagelse af proportionalitetsprincippet kan der kun indføres begrænsninger, såfremt

¹ Jf. FRA Opinion, 2018, s. 36

² Jf. FRA Opinion, 2018, s. 51-52

³ Jf. ovenstående note

⁴ Jf. Peers mfl., 2014, s. 1469-1470, Lenaerts, 2019, s. 783-784 og 2007/C 303/02, forklaring til EUC ad art. 1. For en general diskussion af eksistensen af absolutte rettigheder, se Tsakyrakis, 2009 og Alexy, 2002

disse er nødvendige og faktisk svarer til mål af almen interesse, der er anerkendt af Unionen, eller et behov for beskyttelse af andres rettigheder og friheder.”

EUC art. 52, stk. 1 opstiller betingelser for på hvilke vilkår, man kan begrænse en rettighed. Betingelserne lyder som følgende:⁵

- 1) Alle begrænsninger skal være fastlagt i lovgivning
- 2) Begrænsningen skal respektere rettighedens væsentligste indhold
- 3) Begrænsningen skal forfølge et mål af almen interesse anerkendt i EU, eller et behov for beskyttelse af andres friheder og rettigheder
- 4) Begrænsning skal overholde proportionalitetsprincippet

Umiddelbart virker EUC art. 52, stk. 1 simpel, når man har sat betingelserne op.⁶ Sådan er det dog ikke. Art. 52, stk. 1 er hyppigt problematiseret for Domstolen. Fra 2010-2013 blev bestemmelsen nævnt 47 gange i en præjudiciel forelæggelse.⁷ Dette vidner om, at domstolene i medlemsstaterne har en del sager omkring begrænsningen af en grundlæggende rettighed, og at det ikke er helt åbenbart, hvordan de skal løses. Derudover behandler Domstolen, foruden præjudicielle forelæggelser også sager om traktatbrud, hvor også nogle af disse omhandler EUC art. 52, stk. 1.⁸

Særligt betingelsen med overholdelse af proportionalitetsprincippet har i litteraturen været omdrejningspunktet for diskussion af EUC art. 52, stk. 1.⁹ På det seneste har det væsentligste indhold dog også været behandlet. F.eks. har German Law Journal i udgave nr. 20(6) fra 2019 dedikeret et helt nummer til behandlingen af det væsentligste indhold fra flere vinkler inden og uden for EU-retten.

Et af de store spørgsmål omkring forståelsen af det væsentligste indhold af en grundlæggende rettighed, er hvorvidt det væsentligste indhold skal ses som en separat test efter EUC art. 52, stk. 1 eller om det skal behandles sammen med proportionaliteten? I sidste fald er der reelt kun 3 betingelser i EUC art. 52, stk. 1.¹⁰ Skal det væsentligste indhold ses som en separat test, forudsætter det at betingelsen er absolut, mens en sammenhørighed mellem det væsentligste indhold og proportionalitetsvurderingen forudsætter, at det væsentligste indhold er relativt.¹¹

⁵ Storgaard, 2018, s. 570, FRA Handbook, 2018, s.45-46 og C-540/16, *Spika*, pr. 36ff opstiller dem således. Modsat opstiller Ojanen, 2016, s. 324 fem betingelser, hvor han udskiller nødvendigheden af begrænsningen fra proportionalitetsvurderingen. En unødvendig begrænsning vil dog altid være uproportional, så adskillelsen synes ikke nødvendig, se f.eks. C-482/17, *Tjekkiet mod Parlamentet og Rådet*, pr. 137-138, hvor Domstolen ikke adskille nødvendighed fra proportionalitet

⁶ Se FRA Handbook, 2018, s. 68-77 for en pædagogisk gennemgang af betingelserne

⁷ Jf. FRA Opinion, 2018, s. 54. Man skal dog være opmærksom på, at denne statistik ikke alene angår spørgsmål vedrørende EUC art. 52, stk. 1, men f.eks. også stk. 3, som omhandler forholdet til EMRK

⁸ Statistik på hvor mange sager det drejer sig om her, har ikke været muligt at fremskaffe. Et eksempel på en sag, hvor det er tilfældet er C-235/17, *Kommissionen mod Ungarn*

⁹ Jf. Tridimas mfl., 2019, s. 795. Storgaard, 2018, s. 577 kalder betingelsen for "[...] den mest relevante betingelse i praksis [...]"

¹⁰ Se for kun tre betingelser Peers mfl., 2014, s. 1470, Rui, 2017, s. 152 og T-420/18, *Aquino*, pr. 59-62

¹¹ Se for en forståelse af begreberne absolut og relativt afsnit 2.3

1.1 Problemformulering og struktur

Med henblik på at belyse indholdet og betydningen af betingelsen om det væsentligste indhold, vil opgaven behandle følgende spørgsmål:

Hvad er det væsentligste indhold af en grundlæggende rettighed i EUC? Hvordan anvendes begrebet af Domstolen, når den skal vurdere begrænsningernes overensstemmelse med EUC art. 52, stk. 1? Hvilken betydning har det væsentligste indhold af en grundlæggende rettighed for EU-retten?

For at kunne besvare disse spørgsmål, redegøres der først i kapitel 2 overordnet for det væsentligste indholds teoretiske udgangspunkt, samt for begrebets anvendelse uden for EU-retten. Kapitlet skal ses som et fundament til forståelsen af de følgende kapitler.

Kapitel 3 analyserer hvorledes Domstolen anvender det væsentligste indhold. Til dette gennemgås først praksis fra før Lissabontraktaten, dernæst praksis hvor det væsentligste indhold anvendes uden for EUC, og til sidst praksis fra efter Lissabontraktaten.

Afslutningsvist bliver det væsentligste indholds betydning i EU-retten analyseret i kapitel 4. Først i kapitlet ses der på, hvilke retslige kvalifikationer det væsentligste indhold skal indeholde, førend det har en betydning i EU-retten. Dernæst peges der på de følger anvendelsen af begrebet kan have.

1.2 Afgrænsning

Først er emnet afgrænset således, at det alene omhandler det væsentligste indhold i EU-retten med særlig fokus på EUC. Andre retssystemers - nationale eller internationales - anvendelse af det væsentligste indhold, og begrebets anvendelse uden for EUC, er kun taget med, hvor det giver mening i forhold til en belysning af det væsentligste indhold i EUC.

Dernæst er diskussionen om det væsentligste indholds absolutte eller relative natur gjort kort. Opgaven er en juridisk opgave, og de meget omfattende filosofiske og samfundsideologiske spørgsmål som emnet rejser er derfor enten helt udeladt eller gjort meget kort. Fokuset er på Domstolens anvendelse af det væsentligste indhold, og de juridiske fordele og vanskeligheder som begrebet kan medføre.

Udeladt er også den generelle diskussion af forskellen mellem en rettighed og et princip i EUC, og hvilken betydning denne sondring har.¹²

Derudover er konflikten mellem modsatrettede rettigheder og deres betydning for det væsentligste indhold ikke medtaget, udover en kort diskussion i afsnit 3.3.1.1 og 3.3.4.

Også forholdet mellem EUC og EMRK, jf. EUC art. 52, stk. 3 har måtte undlades pga. pladsmangel, og af den grund at EMRK som angivet i afsnit 2.1, ikke har en bindende virkning på Domstolens anvendelse af det væsentligste indhold i EUC-rettighederne.

¹² Se for betydningen f.eks. Skovgaard-Petersen, 2019, afsnit 2 og 3

Til slut er begrænsningen af EUC's anvendelsesområde i art. 51 ikke nærmere behandlet. Begrænsningen af anvendelsesområdet kan dog være relevant for anvendelse af det væsentligste indhold i EUC¹³. For sammenspillet mellem EUC art. 51 og TEU art. 2 og art. 19, stk. 1, 2. pkt. henvises der til afsnit 3.2.

1.3 Metode

I opgaven er den traditionelle retsvidenskabelige metode anvendt.¹⁴ Herigennem forsøges det at beskrive gældende ret via en analyse af relevant lovgivning og retspraksis.

Særligt Domstolens afgørelse er anvendt, eftersom de er den autoritative fortolker af EU-retten, og fordi Domstolen har en retsskabende karakter ved fortolkning og udfyldning af EU-retten.¹⁵ I mindre omfang er Rettens afgørelse og generaladvokaternes forslag til afgørelser også inddraget. Disse er ikke bindende for Domstolen, men kan anvendes, der hvor Domstolen endnu ikke har truffet en afgørelse, som afklarer fortolkningsspørgsmålet endeligt.

Da opgaven omhandler EU-retten og Domstolens afgørelser, er der taget hensyn til EU-lovgivningens særegenheder med f.eks. krav til hjemmelsgrundlag i traktaterne, og det forhold at forarbejder ikke anvendes som fortolkningsbidrag. I forhold til EUC har forklaringerne dog en retlig relevans¹⁶ og bliver derfor inddraget i opgaven.

Ved læsningen af Domstolens afgørelser er det nødvendigt at være opmærksom på, at Domstolen alene har kompetence i forhold til fortolkningen af traktaterne og sekundære EU-retsakter, jf. bl.a. TEUF art. 218, stk. 11, art. 263 og art. 267, og derfor ikke har kompetence til f.eks. endeligt at afgøre en national tvist efter medlemsstaternes regler. Derudover skal det fremhæves, at Domstolen ofte gør brug af formålsfortolkning¹⁷ som bidrager til en dynamisk retsudvikling.¹⁸

Hvor det ikke har været muligt at finde lovgivning eller retspraksis, der har afgjort et spørgsmål endeligt, er relevant litteratur inddraget som et fortolkningsbidrag.

2 Begrebet det væsentligste indhold af en grundlæggende rettighed

Førend det er muligt at analysere, hvordan det væsentligste indhold anvendes i retspraksis, og hvilken betydning det væsentligste indhold har for EU-retten, må der ses på selve begrebet. Afsnittet her vil af den grund sætte fokus på begrebet 'det væsentligste indhold'.

¹³ Se Storgaard, 2018, s. 547-567 for en analyse af EUC art. 51

¹⁴ Evald, 2016, s. 202-203

¹⁵ Jf. Sørensen mfl., 2019, s. 115

¹⁶ Jf. EUC art. 52, stk. 7. Om rækkevidden af denne, se Storgaard, 2018, s. 594

¹⁷ Jf. Sørensen mfl., 2019, s. 117

¹⁸ Jf. Christoffersen, 2018, s. 56-57

Tages f.eks. en rettighed som retten til effektive domstolsbeskyttelse efter EUC art. 47, er ingen næppe i tvivl om, at denne rettighed er berøvet sit væsentligste indhold i en situation, hvor der ingen mulighed er for at gå til en domstol for efterprøvelse af en belastende forvaltningsakt eller sanktion.¹⁹ Anderledes svært bliver det at bedømme om retten til en effektiv domstolsbeskyttelses væsentligste indhold er overtrådt i et tilfælde, hvor det først kræves at en måske besværlig, langsom eller mistillidsskabende administrativklageordning benyttes, førend sagen kan prøves ved de uafhængige domstole.²⁰ Det væsentligste indhold er dermed ikke altid ligetil at indkredse.

Helt overordnet om det væsentligste indhold af en rettighed, kan det ifølge Christoffersen ud fra EMDs praksis siges, at idéen om at en rettighed har et væsentligste indhold medfører, at rettigheden kan opdeles i tre zoner: *"The area that can never be trespassed upon, the area of protection against illegitimate interferences, and the zone of legitimate limitations of rights."*²¹

Ud fra den anførte teori om zoneopdeling, vil en regel som udgør en begrænsning i en rettigheds inderste zone aldrig lovligt kunne vedtages. Dette passer på EUC art. 52, stk. 1, 1. pkt. om begrænsningen i forhold til det væsentligste indhold som *"skal respekteres"*. Uden for dette nævner bestemmelsen i pkt. 2, at en evt. begrænsning skal forfølge et anerkendt formål og overholde proportionalitetsprincippet. Dette passer på den yderste zone, hvor legitime begrænsninger – her forstået proportionelle og efter et alment formål – kan accepteres. Der arbejdes dermed umiddelbart kun med to zoner i EUC art. 52, stk. 1. Den mellemste zone kan dog forstås som de forbehold som eksplicit står i rettighederne. Et sådant eksempel kan være EUC art. 23, stk. 2, hvor der i selve bestemmelsen er indført den begrænsning til rettigheden, at der må forskelsbehandles til fordel for det underrepræsenterede køn, uden at det medfører, at reglen om ligestilling mellem køn i stk. 1 overtrædes.²² Christoffersens teori om zoneopdeling af rettigheder, passer derfor også på grundlæggende rettigheder i EUC, og kan anvendes som en helt grundlæggende model, til at forstå rettigheders opbygning.

Efter disse generelle indledende bemærkninger vil der i de følgende afsnit, først blive set på det væsentligste indholds anvendelse uden for EU-retten. Dernæst vil der blive gjort nogle bemærkninger om forskellige måde at definere eller finde det væsentligste indhold. Til sidst vil diskussionen om det væsentligste indholds absolutte eller relative karakter blive behandlet.

2.1 Det væsentligste indhold uden for EU-retten

Det væsentligste indhold findes ikke alene som et begreb i EU-retten. Det findes også både i national og i international lovgivning og retspraksis.

¹⁹ Se i den retning sag C-362/14, Schrems, pr. 95

²⁰ Se i den retning sag C-73/16, Puškár, pr. 73-75

²¹ Jf. Christoffersen, 2015, s. 25-26

²² I sag C-235/17, *Kommissionen mod Ungarn*, pr. 88 og 89 finder Domstolen, at undtagelsen indskrevet i EUC art. 17, stk. 1, 2. pkt., skal fortolkes i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet i EUC art. 52, stk. 1. Det synes naturligt, at det i EUC godkendte formål også skal være proportionelt. Forskellen mellem den yderste og den mellemste zone ligger derved alene i om formålet med begrænsningen skal bedømmes af Domstolen eller ej? Proportionaliteten skal bedømmes begge steder

I tysk ret har Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland art. 19(2) følgende ordlyd: ”*In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden*”. Bestemmelsen udtrykker tydeligt, at en grundlæggende rettigheds væsentligste indhold ikke må krænkes. Lidt i samme retning taler den portugisiske grundlovs art. 18(3) om at en begrænsning ”[...] *may not limit in extent and scope the essential content[...]*”. Tridimas mfl. har lavet en grundig gennemgang af nationale grundlove og fundet flere lignende tilfælde. De finder også retspraksis fra bl.a. Italien og Spanien, hvor begrebet anvendes.²³

EUC art. 52, stk. 4 forskriver at rettighederne i charteret skal fortolkes i overensstemmelse med medlemsstaternes fælles forfatningstraditioner. Sammen med TEU art. 4, stk. 2 om respekt for medlemsstaternes nationale identitet og forfatningsmæssige struktur, kunne bestemmelsen ses som udtryk for, at det væsentligste indhold skal tolkes i overensstemmelse med traditionerne i medlemsstaterne. Domstolen har dog endnu ikke fastslået om det væsentligste indhold skal forstås som et autonomt EU-retligt begreb, eller om begrebet nærmere skal findes i medlemsstaternes forfatningsretlige traditioner.²⁴ Det er dermed ikke til at sige, hvor stor vægt der skal lægges på medlemsstaternes hidtidige retspraksis, men at denne praksis ikke helt kan afvises som relevant, har hjemmel i et forslag til afgørelse fra GA Szpunar.²⁵

I EMRK er det væsentligste indhold ikke nævnt. Alligevel har begrebet fundet vej til EMD’s retspraksis. Et tydeligt eksempel findes i *Baka v. Hungary*, hvor den ungarske højesteretspræsident ikke kunne få afprøvet sin førtidige afskedigelse ved en domstol. Her fandt EMD uden anvendelse af en proportionalitetsvurdering eller andet, men alene med henvisning til ”*the very essence*”, at retten til domstolsprøvelse efter art. 6 i EMRK var krænket.²⁶ Ydermere angiver Christoffersen at ”*The traditional description of the proportionality principle includes protection of the very essence of the rights of the ECHR [EMRK].*”²⁷

EUC art. 52, stk. 3 foreskriver, at rettighederne i EUC mindst vil få tillagt samme vægt som en tilsvarende rettighed i EMRK. Herefter kunne der forventes en ensretning af begrebet det væsentligste indhold mellem de to rettighedssystemer, idet Domstolen kunne finde inspiration i EMD’s praksis, hvilket den allerede gør ved forståelsen af de forskellige rettigheders indhold.²⁸ EUC art. 52, stk. 3 skal dog ikke forstås således, at Domstolen er bundet af at se en begrænsning af en rettighed, som EMD har fundet krænker det væsentligste indhold af en rettighed i EMRK, for også at krænke det væsentligste indhold efter EUC.²⁹ Domstolen kan i lige så høj grad finde, at kravet om alment hensyn

²³ Se Tridimas mfl., 2019, s. 795ff. Se også Brkan, 2017, s. 6-10

²⁴ Jf. Dawson mfl., 2019, s. 774. Modsat finder Brkan, 2018, s. 346-347, at begrebet skal forstås som et EU-retligt begreb

²⁵ Jf. forslag til afgørelse i C-165/14, *Rendón Marín*, pr. 128, note 117 og 118 i forslaget med henvisning til praksis fra medlemsstaterne. For flere henvisninger til praksis se Gutman, 2019, s. 892-893 note 63 og 64

²⁶ Jf. sag 20261/12, *Baka v. Hungary*, pr. 121

²⁷ Jf. Christoffersen, 2015, s. 25

²⁸ Se f.eks. sag. C-293/12, *Digital Rights*, pr. 35, hvor Domstolen direkte referere EMD’s afgørelser angående EMRK art. 8, i sin analyse af EUC art. 7

²⁹ Jf. Brkan, 2019, s. 870

eller proportionalitetsafvejning ikke er overholdt. Alene resultat, at en rettighed er uretmæssigt fra-
veget, forpligter Domstolen, jf. EUC art. 52, stk. 3.³⁰ Hvordan Domstolen kommer frem til resultatet,
står den frit for. Derudover beskriver Van Drooghenbroeck mfl. brugen af det væsentligste indhold i
EMD's praksis som "[...] *fuzzy, elusive, and unable to provide the pragmatic tools of concrete rea-
soning.*"³¹ Af den grund kan der heller ikke i EMD's praksis, findes en klar retstilstand, som Dom-
stolen kan lægge sig op ad, hvis den ønskede at gøre dette. Uanset disse gjorte forbehold, kan det ikke
afvises, at Domstolen nogle gange vil lægge sig op ad EMD's praksis, og at denne derfor kan tillægges
en vis betydning.

Her til sidst i afsnittet skal det nævnes, at Thielbörger finder, at der i internationale menneskerettighe-
der, som en del af folkeretten, også sker en anvendelse af det væsentligste indhold af en rettighed,
selvom den praktiske anvendelighed for begrebet ikke er helt klar.³² Han fortsætter med at anføre at
EU-retten, bl.a. som følge af en generel åbenhed over for folkeretten,³³ har gode grunde til at overveje
brugen af det væsentligste indhold i folkeretten i sin egen anvendelse.³⁴ Det ligger dog uden for denne
opgave at gå nærmere ind i disse overvejelser, om Domstolens anvendelse af folkeretten i fortolkning-
en af det væsentligste indhold.

2.2 Definition af det væsentligste indhold

Der findes adskillige forskellige metoder til at finde frem til en rettigheds væsentligste indhold. I det
følgende vil alene to af måderne blive gennemgået, eftersom de synes at være de mest illustrative og
anvendelige, og da opgavens begrænsning ikke giver mulighed for flere.³⁵

En måde det væsentligste indhold kan findes på, er ved enten at benytte en induktiv eller deduktiv
tilgang. Ved en induktiv metode formuleres en teori om det væsentligste indhold ud fra enkeltobser-
vationer. En sådan tilgang passer på retspraksis fra Domstolen, og hvordan de uskrevne principper i
EU-retten er udviklet.³⁶ Dog besværliggøres tilgangen af, at Domstolen ofte alene anfører, at der ikke
er sket brud på en rettigheds væsentligste indhold, og den beskriver dermed ikke det væsentligste
indhold i sig selv.³⁷ Det kan også nemt som påpeget af Brkan, fører til en uheldig modsætningsvis
slutning fra, hvad det væsentligste indhold ikke er, til hvad det væsentligste indhold da må være.³⁸
Yderligere kan en rettighed indeholde mere end ét væsentligt indhold.³⁹ Til sidst er Domstolens prak-
sis heller ikke særlig konsistent. Brkan beskriver den som en labyrint.⁴⁰

³⁰ Domstolen kan også gå længere end foreskrevet i EMRK i sin beskyttelse efter EUC, jf. sag C-203 & 698/15, *Tele2*,
pr. 129

³¹ Jf. Van Drooghenbroeck mfl., 2019, s. 923

³² Jf. Thielbörger, 2019, s. 933

³³ At EU er dette, fremgår af TEU art. 3, stk. 5

³⁴ Jf. Thielbörger, 2019, s. 938

³⁵ Se Dawson mfl., 2019, s. 765ff., for uddybning af de gennemgåede metoder samt for yderligere metoder

³⁶ Jf. Dawson mfl., 2019, s. 770

³⁷ Se f.eks. sag C-430/17, *Walbusch Walter*, pr. 43 eller sag C-258/14, *Florescu*, pr. 55.

³⁸ Jf. Brkan, 2018, s. 353 og behandlingen af *Digital Rights* under 3.3.1

³⁹ Jf. Gutman, 2019, s. 888

⁴⁰ Jf. Brkan, 2019, s. 865

Ses der derimod på den deduktive metode, går denne fra en abstrakt beskrivelse af det væsentligste indhold til en konstatering af de forskellige rettigheders væsentligste indhold. Denne tilgang kan sikre forudsigelighed og dermed være en fordel for retssikkerheden. Problemet her består primært i at definere begrebet, hvilket ikke er gjort endnu. Derudover er det ikke i charteret gjort klart, hvor begrebet kommer fra.⁴¹ I tysk ret kommer det væsentligste indhold fra et moralsk synspunkt om den menneskelige værdighed, der gælder generelt som en sikkerhed mod indgriben i rettighederne, mens der i dansk ret ikke er en sådan generel sikkerhed, men i stedet er de forskellige rettigheder reguleret separat.⁴² Eftersom det endnu ikke er afklaret om det væsentligste indhold er et EU-retligt begreb, kommer fra medlemsstaternes nationale ret eller fra international ret, synes en brug af den deduktive metode allerede derfor vanskelig, også selv om der skulle eksistere en måde, hvorpå man abstrakt kan beskrive det væsentligste indhold. Den enkelte dommer kommer fra forskellige retstraditioner, og vil derfor uanset om det væsentligste indhold i det abstrakte er beskrevet, kunne komme til forskellige resultater.⁴³

En anden måde, hvorpå det væsentligste indhold kan findes, eller rettere ikke findes, har to primære fortalere. Metoden angiver at det væsentligste indhold findes der, hvor rettigheden er så begrænset, at den er i fare for ikke længere at eksistere. Brkan anfører følgende to-steps test:⁴⁴

1) *“The first step of analysis should consist of verifying whether the interference with a fundamental right makes it impossible to exercise this right or even undermines the sheer existence of this right.”*

2) *“Second, the interference with the essence can be identified only if there are no legitimate reasons in public interest that can override such an interference.”*

Nogenlunde det samme kan findes hos Lenaerts, som beskriver det således at, *“[...] the essence of those rights is only compromised where the limitation in question empties those rights of their content or calls their very existence into question.”*⁴⁵

Med denne metode er fokus derfor ikke på, hvad det væsentligste indhold er, men om der stadig er noget tilbage af rettigheden. Eksisterer rettigheden ikke længere, er det væsentligste indhold krænket. En sådan metode har støtte både i Domstolens praksis fra før Charteret og hos EMD.⁴⁶ Tilgangen gør, at det vanskelige problem i at definere det væsentligste indhold ikke opstår, eftersom det ikke er påkrævet. Derudover synes metoden at være i god tråd med, at Domstolen ikke har defineret begrebet

⁴¹ Jf. Dawson mfl., 2019, s. 770-771

⁴² Jf. Tridimas mfl., 2019, s. 795-796

⁴³ Se Dawson mfl., 2019, s. 774, hvor det angives, at hvis det væsentligste indhold skal fortolkes i overensstemmelse med medlemsstaternes praksis, kan det give mange forskellige udgaver af det væsentligste indhold af en rettighed

⁴⁴ Jf. Brkan, 2019, s. 869. Testen er løbende blevet udviklet. Se Brkan, 2018, s. 363, hvor det subjektive element bliver fremhævet, mens i Brkan, 2017, s. 26 fremhæver den menneskelige værdighed som et aspekt

⁴⁵ Jf. Lenaerts, 2019, s. 784

⁴⁶ Jf. Dawson mfl., 2019, s. 766

i sin retspraksis. Imod metoden anfører Dawson mfl., at den nemt vil falde sammen med proportionalitetstesten og derfor miste sin selvstændighed som forudsagt i EUC art. 52, stk. 1.⁴⁷ Ydermere anføres der, at det væsentligste indhold forstået sådan, vil have den samme funktion som effektivitetsprincippet i EU-retten, og igen med den følge at det mister sin selvstændige betydning.⁴⁸ Slutteligt vil denne måde at forstå det væsentligste indhold medføre, at begrebet får en indskrænkende anvendelse i EU-retten, idet det alene er anvendeligt, når en rettighed er i farer for slet ikke at eksistere længere. Dette er dog ifølge Brkan meningen med begrebet.⁴⁹

I forhold til at indkredse det væsentligste indhold som begreb, har alle metoder sine fordele og ulemper, og det står derfor stadig uklart hen, hvordan det væsentligste indhold af en grundlæggende rettighed findes. Domstolen har ikke endegyldigt støttet en af metoderne, og der er ikke i chartret, præambelen eller i forklaringerne til chartret klare holdepunkter at støtte sig op ad.

De problemer som opstår, ved ikke at have en klar definition eller metode til at finde det væsentligste indhold af en rettighed, er beskrevet flere steder i opgaven. Se f.eks. for vanskeligheden i at finde det væsentligste indhold af en rettighed afsnit 3.3.1 og 3.3.1.1 om forskellen på megadata og beskeders indhold efter *Digital Rights*, afsnit 3.3.2 om begrundelsespligten i *PI* og afsnit 3.3.1.2 om underretningens pligten i *Schrems II* og *La Quadrature du Net*.

2.3 Absolut eller relativ?

Der eksisterer to måder at se det væsentligste indhold af en rettighed på. Enten er det et absolut begreb, som medfører at rettighedens væsentligste indhold aldrig kan fraviges, eller et relativt begreb, som gør det muligt at se bort fra rettighedens væsentligste indhold gennem en afvejning af andre hensyn eller rettigheder.⁵⁰

Alexy er tilhænger af den relative teori og afviser teorien om absolutte rettigheder.⁵¹ Dette afskærer dog ikke, ifølge ham, at rettigheder kan have et væsentligste indhold. Han angiver følgende: ”[...] *the more a principle is restricted, the more resistant it gets. The strength of the countervailing principles has to grow disproportionately [...]. There are thus conditions under which one can say with a very high degree of certainty that no countervailing principle will take priority. The conditions define the ‘essential core of private life’. But the absoluteness of its protection remains a matter of the relation between different principles.*”⁵² Det væsentligste indhold ligger, ifølge den relative teori, i det forhold, at der altid vil kunne tænkes en situation, hvor begrænsningen af rettigheden er uproportional. Intet

⁴⁷ Jf. Dawson mfl., 2019, s. 773-774. Se afsnit 2.3 for dette problem

⁴⁸ Se afsnit 4.1 for en diskussion af dette

⁴⁹ Jf. Brkan, 2019, s. 883. Lenaerts, 2019, s. 793 synes enig heri

⁵⁰ Jf. Alexy, 2002, s. 193ff

⁵¹ Jf. Ibid., s. 196. Se også Klatt mfl., 2012, s. 66-68 og Christoffersen, 2015, s. 25-27 for tilhænger af den relative teori

⁵² Jf. Alexy, 2002, s. 195

er absolut, men nogle ting vil være så begrænsende, at det ikke vil kunne retfærdiggøres.⁵³ I et sådant tilfælde vil en rettighed have et væsentligste indhold.

Modsat Alexy står Tsakyrakis som tilhænger af den absolutte teori.⁵⁴ I sin artikel "Proportionality: An assault on human rights?" angriber han Alexys synspunkter. Han mener, at rigtigt og forkert er væsentligere spørgsmål i forhold til grundlæggende rettigheder end proportionalitet.⁵⁵ Tsakyrakis anfører, at retspraksis også er i overensstemmelse med dette, da moralske spørgsmål ofte er afgørende ved dommeres bedømmelse af rettigheder. Absurde resultater vil kunne fremtræde som følge af en proportionalitetsvurdering, og meningen med rettigheden ville ifølge ham kunne erodere.⁵⁶ Scheinin kritiserer også Alexys' teori ved at anfører, at den ikke holder i underudviklede domstolssystemer, hvor dommerne ikke er uafhængige.⁵⁷ Det er dog ikke lige til at arbejde med den absolutte teori. En absolut forståelse af det væsentligste indhold kræver nemlig, at der kan foretages en skarp grænse mellem de forskellige zoner i en rettighed, og at det væsentligste indhold altid vil have forrang.⁵⁸ Hvordan denne zoneinddeling laves og den generelle beskrivelse af det væsentligste indhold findes, er dog ikke afklaret.

Hos tilhængere af den absolutte teori, ligger kernen i deres argument i, at der ikke skal foretages en proportionalitetsvurdering. En absolut rettighed kan ikke balanceres.⁵⁹ Modsat peger alle angivelser af nødvendighed, intensitet, legitimt formål mm. på en forståelse af rettigheden som relativ. Undladelsen af en sådan vurdering er udtryk for en absolut forståelse. For et illustrativt eksempel på de to teorier i praksis henvises der til behandlingen af *Schrems* under afsnit 3.3.1.

3 Domstolens anvendelse af det væsentligste indhold af en grundlæggende rettighed

Dawson mfl. stiller i deres artikel det hypotetiske spørgsmål, om de jurastuderende i fremtiden vil lære at anvende det væsentligste indhold som en del af deres analyse, når de skal vurdere en begrænsning af en grundlæggende EU-rettigheds lovlighed?⁶⁰ En måde at besvare spørgsmålet på, er at gennemgå Domstolens hidtidige praksis angående det væsentligste indhold, for at se om Domstolen finder betingelsen relevant. Hvis Domstolen anvender begrebet, vil de studerende også lære at gøre det. Kapitel 3 vil derfor gennemgå Domstolens praksis.

Før Domstolens retspraksis vil blive analyseret, er det dog nødvendigt at kommentere på den generelle begrebsforvirring, som hersker ved Domstolen. Domstolen har ikke entydigt lagt sig fast på en

⁵³ Se Scheinin mfl., 2015, s. 11, hvor vægningen mellem rettigheden og det formål som begrænsningen følger, er sat på en matematisk formel

⁵⁴ Også Habermas, 1996, s. 256 og 258f, er tilhænger af den absolutte teori, da der ellers ingen "fire wall" eksisterer

⁵⁵ Jf. Tsakyrakis, 2009, s. 487-491

⁵⁶ Jf. ovenstående note

⁵⁷ Jf. Scheinin, 2009, s. 57-58

⁵⁸ Jf. Chrisoffersen, 2015, s. 26

⁵⁹ Jf. Scheinin mfl., 2010, s. 27

⁶⁰ Se Dawson mfl., 2019, s. 777

fast terminologi omkring det væsentligste indhold i EUC art. 52, stk. 1, og anvender mange forskellige varianter.⁶¹ Dog skal den forskellige brug af begreber såsom, ”det væsentligste indhold”, ”det væsentlige i disse rettigheder” og ”rettighedens egentlige indhold”, ikke tillægges betydning, og uanset den forskellige sprogbrug, skal de alle forstås som en henvisning til det væsentligste indhold i EUC art. 52, stk. 1.⁶²

Et andet forhold som skal fremhæves inden gennemgangen af retspraksis, er det, at Domstolen ikke altid behandler alle betingelserne i EUC art. 52, stk. 1.⁶³ Nogle gange behandler Domstolen alene den problemstilling den finder problematisk og undlader at behandle de andre betingelser.⁶⁴ Domstolen kan også vælge at stoppe sin behandling af betingelserne, efter at den har fundet, at en betingelse er overtrådt, og den behandler dermed heller ikke de andre betingelser.⁶⁵ Det hele medfører at det væsentligste indhold sjældent behandles.⁶⁶

Praksissen med ikke altid at besvare alle betingelserne har sine fordele, idet afgørelserne da ikke bliver urimelig lange. Det bliver samtidigt nemmere at finde frem til, hvad Domstolen har fundet afgørende. Omvendt giver det alene i sjældne tilfælde en begrundelse for, hvorfor det væsentligste indhold af en rettighed ikke er begrænset, eftersom Domstolen ikke griber enhver lejlighed den får, til at skabe en klarhed over det væsentligste indhold.⁶⁷ Dette kan gøre det sværere at forstå det væsentligste indhold, idet der ikke er megen retspraksis, som belyser emnet. Praksissen er også blevet kritiseret for nogle gange at undlade at behandle det væsentligste indhold, selvom det synes relevant.⁶⁸ Ligeledes træder en vurdering af EUC art. 52, stk. 3 nogle gange i stedet for en vurdering af stk. 1, hvis begrænsningen ikke lever op til EMRK,⁶⁹ og det væsentligste indhold behandles heller ikke af den grund.

Hvordan Domstolen anvender det væsentligste indhold af en grundlæggende rettighed i EUC kan behandles på forskellige måder. Enten kan det behandles generelt for hele EUC⁷⁰ eller rettighed for rettighed.⁷¹ Denne opgave vil se på anvendelsen ud fra et generelt udgangspunkt. Eftersom dette er den valgte fremgangsmåde, er det nødvendigt at være opmærksom på de ulemper det kan medføre at arbejde med det væsentligste indhold af vidt forskellige rettigheder på samme tid. Tilgangen gør at de anvendte domme er inden for hvert deres særlige retsområde med eventuelle særtræk til følge.

⁶¹ Se f.eks. sag C-569 & 570/16, *Bauer og Willmeroth*, pr. 59 og 84, hvor ordet ”kerneindhold” anvendes

⁶² Jf. Brkan, 2018, s. 348 og Lenearts, 2019, s. 781 med henvisning til bl.a. C-190/16, *Fries*, hvor Domstolen i præmisserne 72-75 bruger begrebet ”det væsentligste indhold”, ”det centrale indhold” og ”selve substansen”. Modsat slår GA Szpunar tvivl om rigtigheden af en sådan antagelse i sit forlag til afgørelse i C-165/14, *Rendon Marín*, pr. 131, uden dog at konkludere noget

⁶³ Jf. Gutman, 2019, s. 885

⁶⁴ Jf. f.eks. C-70/18, *A mfl.*, pr. 44-69, hvor det alene behandles om begrænsningen forfølger et alment hensyn og om det er proportionalt. Se også Peers mfl., 2014, s. 1470, hvor det anføres, at Domstolen har for vane ikke at behandle betingelsen om lovgivning, når det er klart ud fra dommen, at dette er tilfældet i den nærværende sag

⁶⁵ Jf. f.eks. Rettens afgørelse T-402/18, *Aquino*, pr. 81 og forslag til afgørelse i C-311/18, *Schrems II*, pr. 272

⁶⁶ Jf. note 63

⁶⁷ Se f.eks. *GC mfl.* og *A mfl.* under afsnit 3.3.1.1

⁶⁸ Se Chalmers mfl., 2016, s. 35

⁶⁹ Jf. f.eks. C-492/18 PPU, *TC*, pr. 58-60 og 76

⁷⁰ Se f.eks. Lenaerts, 2019, og Tridimas mfl., 2019 for denne tilgang

⁷¹ Se f.eks. Brkan, 2019 for denne tilgang

Kunsten bliver herefter ikke at miste fokusset på det væsentligste indhold som den røde tråd. Ydermere er der den risiko ved den generelle tilgang, at den måske slet ikke er mulig, idet der måske ikke kan siges noget generelt ud fra de forskellige rettigheder.⁷² Med forbehold for disse risikoer, er det dette afsnits opgave at beskrive Domstolens generelle anvendelse af det væsentligste indhold på bedste vis.

Gennemgangen af Domstolens praksis vil i dette kapitel falde i tre afsnit. Først vil Domstolens anvendelse af det væsentligste indhold før Lissabontraktaten blive analyseret. Dernæst vil anvendelsen af begrebet uden for EUC, men efter Lissabontraktaten blive gennemgået. Til sidst vil anvendelsen efter Lissabontraktaten og inden for EUC's anvendelsesområde blive behandlet.

3.1 Før Lissabontraktaten

Det væsentligste indhold er i EU-retten alene indskrevet i EUC. Alligevel har Domstolen flere gange i tiden før Lissabontraktatens vedtagelse benyttet sig af begrebet i sin praksis.

I *Nold*⁷³ anlagde Nold sag mod kommissionen, fordi en ny regulering fratog dem mulighed for direkte køb af kul. Nold var i stedet nødsaget til at købe gennem en mellemhandler, og mente bl.a. at dette krænkede deres grundrettigheder til fri handel og retten til ejendom. Domstolen starter i sin begrundelse med at fastslå, at den er forpligtet af både grundrettigheder i medlemsstaternes forfatninger samt i de internationale konventioner.⁷⁴ Dog er de nævnte rettigheder ikke absolutte. De kan begrænses, "[...], så længe det væsentlige i disse rettigheder ikke berøres;"⁷⁵ Domstolen finder ikke, at det væsentlige i rettighederne er berørt i sagen, idet den nye lovgivning er en følge af den økonomiske udvikling, som *Nold* ikke er beskyttet imod.⁷⁶

En anden sag som også skal ses som et udtryk for anvendelsen af det væsentligste indhold førend Lissabontraktaten er *Karlsson*.⁷⁷ Sagen drejede sig om tildeling af mælkekvoter i Sverige. I forhold til etablerede producenter af mælk, blev nye producenter eller producenter som udvidede diskrimineret ved tildeling af mælkekvoter.⁷⁸ Til dette udtaler Domstolen at, "*Det fremgår imidlertid af fast retspraksis, at udøvelsen af sådanne rettigheder [her retten til ligebehandling] kan underkastes begrænsninger, [...], og ikke i lyset af det tilsigtede formål udgør et uforholdsmæssigt og urimeligt indgreb, som berører disse rettigheders egentlige indhold.*"⁷⁹ Domstolen behandler ikke om rettighedens egentlige indhold er berørt, men gennemgår i stedet, hvorvidt fordelingen af mælkekvoter, som

⁷² Se f.eks. Husovec, 2019, s. 855, som anfører at EUC art. 17(2)'s væsentligste indhold ikke er absolut, mens Gutman, 2019, s. 894, finder at det væsentligste indhold af EUC art. 47 er absolut. Se også Muir, 2019, s. 818, der finder at det væsentligste indhold oftest slet ikke anvendes i sager om forskelsbehandling efter EUC art. 21

⁷³ Sag 4/73

⁷⁴ Jf. Ibid., pr. 13

⁷⁵ Jf. Ibid., pr. 14

⁷⁶ Jf. Ibid., pr. 15

⁷⁷ Sag C-292/97

⁷⁸ Jf. Ibid., pr. 44

⁷⁹ Jf. Ibid., pr. 45

gjort af Sverige, er i overensstemmelse med EU-rettens formål og sker efter objektive kriterier, samt overholder proportionalitetsprincippet.⁸⁰

Domstolens måde at behandle begrænsningen af ligebehandlingsprincippet i sagen, minder meget om den senere forudsatte i EUC art. 52, stk. 1. Dog er det ikke ud fra sagen, muligt at bestemme om Domstolen ser det væsentligste indhold som en individuel prøvelse af en begrænsning af en grundlæggende rettighed eller som en del af proportionalitetstesten. Præmis 45 taler for det første, men den manglende selvstændige konklusion på om rettighedens egentlige indhold er berørt, taler for det modsatte.

Brkan finder, at eftersom *Karlsson* er positivt nævnt i forklaringerne til EUC, har også denne tidligere retspraksis fra før Lissabontraktaten betydning for, hvordan art. 52, stk. 1 skal fortolkes.⁸¹ Et eksempel på at retspraksis fra før Lissabontraktaten, anvendes til fortolkning af begrænsninger af EUC's rettigheder, findes i *Rosneft*, hvor der direkte henvises til *Nold*.⁸² Bemærkelsesværdigt nævnes EUC art. 52, stk. 1 ikke i *Rosneft*.

Der er ingen sager fra før Lissabontraktaten, hvor Domstolen har fundet, at det væsentligste indhold er krænket.⁸³ Der findes dog en enkel sag, *Rådet mod Hautala*,⁸⁴ hvor GA Leger i sit forslag til afgørelse finder, at Rådet ved at undtage et helt dokument for aktindsigt, pga. en enkelt oplysning deri, som selvstændigt kunne være udtaget, dermed "[...] undergraver [...] selve indholdet af retten til aktindsigt i dokumenter."⁸⁵ Forinden var Retten kommet frem til samme resultat som GA Leger, men med den begrundelse, at Rådet ikke havde levet op til proportionalitetsprincippet.⁸⁶ Domstolen forkastede Rådets appel med en argumentation som ligner Rettens,⁸⁷ og gentog dermed ikke GA Legers henvisning til 'selve indholdet af retten'.

Idet der ikke er andre tilfælde, hvor det væsentligste indhold findes overtrådt, står det væsentligste indholds betydning som en selvstændig test ikke stærkt i retspraksis fra før Lissabon, selvom det flere gange er nævnt.

3.2 Udenfor EUC

Det væsentligste indhold anvendes ikke alene i forbindelse med EUC. I senere retspraksis fra Domstolen ses en anvendelse af det væsentligste indhold i forbindelse med behandling af de overordnede værdier udtrykt i TEU art. 2, som er konkretiseret i TEU art. 19, stk. 1, 2. pkt.⁸⁸ Denne anvendelse

⁸⁰ Se *Ibid.*, pr. 46-61

⁸¹ Jf. Brkan, 2019, s. 868. Se også Tridimas mfl., 2019, s. 802

⁸² Sag C-72/15, *Rosneft*, pr. 148

⁸³ Jf. Tridimas mfl., 2019, s. 802

⁸⁴ Sag C-353/99 P

⁸⁵ Jf. Forslaget til afgørelse i C-353/99 P, *Rådet mod Hautala*, pr. 115

⁸⁶ Jf. sag T-14/98, *Hautale mod Rådet*, pr. 87-88

⁸⁷ Jf. sag C-353/99 P, *Rådet mod Hautala*, pr. 28 og 31

⁸⁸ Jf. Tridimas mfl., 2019, s. 812. Se Gutman, 2019, s. 899-900 og Lenaerts, 2020, s. 32-33 og Von Bogdandy mfl., 2019, s. 393-394 og 416-423 for en gennemgang af retspraksis

sker uden for EUC's anvendelsesområde, da EUC er begrænset til sager, hvor EU-retten gennemføres, jf. EUC art. 51.⁸⁹ Det væsentligste indhold får da et bredere anvendelsesområde, og er ikke et begreb, som alene eksisterer i EUC.⁹⁰ Denne retspraksis startede med Domstolens afgørelser i *ASJP*⁹¹ og *LM*⁹² og fortsættes ved *Kommissionen mod Polen*⁹³ og *Kommissionen mod Polen II*⁹⁴.

Ligesom Domstolens praksis fra før EUC, kan anvendes til forståelse af EUC art. 52, stk. 1,⁹⁵ kan praksis uden fra EUC også spille ind i forståelsen af EUC art. 52, stk. 1 og det væsentligste indhold.⁹⁶ Det går også den anden vej således at retspraksis omkring EUC art. 52, stk. 1, kan anvendes til at forstå brugen af det væsentligste indhold uden for EUC, idet f.eks. EUC art. 47 er en bekræftelse af TEU art. 19, stk. 1, 2. pkt.⁹⁷ Hvis der findes et brud på det væsentligste indhold af TEU art. 19, stk. 1, 2. pkt., må det derfor også være et brud på EUC art. 47, hvis sagen havde været inden for EUC's anvendelsesområde.

I *Kommissionen mod Polen* var spørgsmålet, hvorvidt Polen ved at sænke sin pensionsalder for dommere fra 70 år til 65 år havde handlet imod EU-retten? Kommissionen mente ligeledes, at den mulighed for forlængelse af dommers embedsperiode til udover de 65 år, som præsidenten i Polen havde enekompetence til at bestemme, også stred imod EU-retten.

Domstolen finder i sagen at rettens uafhængighed er en del af det væsentligste indhold i TEU art. 19, stk. 1, 2. pkt.⁹⁸ Som et element i rettens uafhængighed behandles dommernes uafsættelighed i afgørelsen.⁹⁹ Domstolen konstaterer direkte i sin begrundelse, at dommernes uafsættelighed ikke er af absolut karakter,¹⁰⁰ og lægger dermed op til en vurdering alla EUC art. 52, stk. 1.

⁸⁹ Jf. note 13

⁹⁰ Jf. GA Tanchevs forslag til afgørelse i C-619/18, *Kom. mod Polen*, pr. 42 og 67, samt Von Bogdandy mfl., 2019, s. 418. For anvendelsesområdet af TEU art. 19, se GA Tanchevs forslag til afgørelse i C-558 & 563/18, *Lowicz*, pr. 86-98 og Albanesi, 2020, s. 240-242

⁹¹ Sag C-64/16, pr. 36

⁹² Sag C-216/18 PPU, pr. 48

⁹³ Sag C-619/18, pr. 58

⁹⁴ Sag C-192/18, pr. 106

⁹⁵ Jf. afsnit 3.1

⁹⁶ Jf. sag C-585, 624 & 625/18., *AK mfl.*, pr. 119-121, hvor der for at finde indholdet af EUC art. 47, henvises til TEU art. 2 og 19. Da EUC art. 45 svare til TEUF art. 20, jf. forklaringerne til EUC ad art. 45, kunne det tilsvarende forventes at praksis omkring TEUF art. 20 kunne anvendes til at forstå det væsentligste indhold af EUC art. 45, men det er der endnu ikke udtrykkelige eksempler på i Domstolens praksis. Se f.eks. C-34/09, *Zambrano*, pr. 42 og 44, hvor det væsentligste indhold af TEUF art. 20 behandles og findes krænkede, men EUC art. 45 slet ikke nævnes. Se også C-165/14, *Rendon Marín*, hvor GA Szpunar i sit forslag til afgørelse i den sidste sag pr. 129-133, faktisk behandler EUC art. 45, men det følges ikke op af Domstolen. Pga. opgavens omfang behandles dette ikke nærmere

⁹⁷ Jf. sag C-585, 624 & 625/18., *AK mfl.*, pr. 167-169, hvor Domstolen afstår fra en selvstændig prøvelse af begrænsningen efter TEU art. 2 og 19, da Domstolen allerede har fastlagt en pligt for den foreliggende ret, til at undersøge overensstemmelsen med EUC art. 47, og at en selvstændig undersøgelse af TEU art. 2 og 19 alene vil underbygge konklusion efter EUC art. 47. Se også om EUC art. 47 som en bekræftelse af TEU art. 19, stk. 1, 2. pkt. sag C-64/16, *AJSP*, pr. 35 og 41, sag C-619/18, *Kom. mod Polen*, pr. 47 og 49, sag C-192/18, *Kom. mod Polen II*, pr. 100 og sag C-785/19, *GAEC*, pr. 33

⁹⁸ Jf. sag C-619/18, *Kom. mod Polen*, pr. 58

⁹⁹ Jf. *Ibid.*, pr. 63

¹⁰⁰ Jf. *Ibid.*, pr. 76. Lenaerts, 2020, s. 33 finder at rettens uafhængighed, i modsætning til dommernes uafsættelighed, aldrig kan begrænses

Dommeres uafsættelighed består bl.a. i deres jobgaranti, og denne jobgaranti indskrænker den polske reform ved sin nedsættelse af pensionsalderen. Det kan derfor overvejes om reformen er i strid med det væsentligste indhold af denne ret. Domstolen forholder sig dog slet ikke til spørgsmålet i sagen, og behandler alene problemet efter proportionalitetsprincippet, som den finder det stridende med.¹⁰¹ Besvarelsen af det første spørgsmål i *Kommissionen mod Polen* giver altså ikke noget indtryk af det væsentligste indhold som en vigtig del af behandlingen af TEU art. 19, stk. 1, 2. pkt., som det ellers var antydnet i GA Tanchevs forslag til afgørelse.¹⁰² Ræsonnementet bag Domstolens undladelse af behandling af det væsentligste indhold, kan forstås i overensstemmelse med Brkan og Lenaerts teori i afsnit 2.2. Nedsættelsen af pensionsalderen berører ikke dommernes uafsættelighed således at rettens uafhængighed ikke længere kan siges at eksistere. Indtil de fylder 65 år, har dommerne jo stadig jobgaranti. Af den grund kan Domstolen have fundet det overflødigt at behandle det væsentligste indhold. Undladelsen af behandlingen af det væsentligste indhold skal derfor ikke ses som, at Domstolen ikke finder det væsentligste indhold relevant i behandlingen af TEU art. 19, stk. 1, 2. pkt., men at det for besvarelsen af det konkrete spørgsmål ikke var nødvendigt at behandle. Besvarelsen af det første spørgsmål i *Kommissionen mod Polen*, bidrager derfor ikke rigtigt til forståelsen af det væsentligste indhold, udover at det er endnu et eksempel på at Domstolen finder det unødvendigt at behandle det væsentligste indhold.

Det andet spørgsmål i *Kommissionen mod Polen* angik ordningen om Polens præsidents beføjelse til at forlænge dommerens embedsperiode til udover deres 65-års fødselsdag. Stort set det samme spørgsmål blev behandlet lidt senere i *Kommissionen mod Polen II*, her var det dog justitsministeren, som havde beføjelsen. De to sager vil i det følgende blive vurderet under et.

GA Tanchevs forslag til afgørelse af *Kommissionen mod Polen II* er rigtig interessant for det væsentligste indhold af TEU art. 19, stk. 1, 2. pkt. Generaladvokaten beskriver den polske ordning "[...] som systemiske eller generelle mangler, som kan »gøre indgreb i kerneindholdet« af dommeres uafsættelighed og uafhængighed."¹⁰³ Generaladvokaten finder altså, at det væsentligste indhold af TEU art. 19, stk. 1, 2. pkt. er krænket. Forslaget til afgørelse følges dog ikke op af Domstolen.

I afgørelserne genkalder Domstolen Polens pligt til at sikre dommernes uafsættelighed og anfører så efterfølgende, at dette princip ikke er absolut, men at der kan undtages herfor, hvis det er begrundet i tvingende legitime hensyn og er proportionelt.¹⁰⁴ Det tilføjes at en sådan undtagelse fra princippet, heller ikke må skabe "[...] rimelig tvivl i offentligheden om, at den omhandlede retsinstans er uimodtagelig for påvirkninger udefra og neutral i forhold til de interesser, som står over for hinanden."¹⁰⁵ De materielle betingelser og processuelle fremgangsmåder som ligger i den polske ordning, kan i de konkrete sager ifølge Domstolen ikke sikre, at der ikke kan opstå en rimelig tvivl om rettens uafhængighed.¹⁰⁶ I *Kommissionen mod Polen* skyldes det at præsidenten har et frit skøn, ikke behøver

¹⁰¹ Jf. Ibid., pr. 79 og 96. Se også Śledzińska-Simon mfl., 2019, s. 444, som anfører at Domstolen først ikke finder begrænsningen objektiv nødvendig og dernæst disproportional

¹⁰² Jf. forslag til afgørelse i sag C-619/18, *Kom. mod Polen*, pr. 82

¹⁰³ Jf. forslag til afgørelse i sag C-192/18, *Kom. mod Polen II*, pr. 115

¹⁰⁴ Jf. sag C-619/18, *Kom. mod Polen*, pr. 76 og sag C-192/18, *Kom. mod Polen II*, pr. 113

¹⁰⁵ Jf. sag C-619/18, *Kom. mod Polen*, pr. 79 og 111 og sag C-192/18, *Kom. mod Polen II*, pr. 115 og 119

¹⁰⁶ Jf. sag C-619/18, *Kom. mod Polen*, pr. 113 og sag C-192/18, *Kom. mod Polen II*, pr. 121

at give en begrundelse, at afgørelsen ikke kan efterprøves, samt at han ikke er bundet af domstolsrådets udtalelse.¹⁰⁷ En sammenlignelig begrundelse anvendes i *Kommission mod Polen II*, men det fremhæves bl.a. også, at der her ikke er en frist for, hvornår ministeren skal give svar på en ansøgning om forlængelse, hvilket kan lægge et urimeligt pres på ansøgeren i behandlingsperioden.¹⁰⁸ Til sidst tilføjes i begge sager, at den polske ordning skaber tvivl om, hvorvidt ordningen i virkeligheden tilsigter at skaffe sig af med bestemte dommere.¹⁰⁹ Udfaldet bliver i begge sager, at TEU art. 19, stk. 1, 2. pkt. er tilsidesat.¹¹⁰

På baggrund af det ovenstående, kan det konstateres, at ingen af sagerne udtaler sig om hvorvidt det væsentligste indhold af dommernes uafsættelighed er begrænset? Testen som anvendes, består i stedet af en vurdering af formål, proportionalitet og spørgsmålet om 'rimelig tvivl', og alene det sidste bliver behandlet. Det kan overvejes om 'rimelig tvivl' har den samme funktion for TEU art. 19, stk. 1, 2. pkt. som det væsentligste indhold har i EUC art. 52, stk. 1? Dette spørgsmål kan rejses, da vurderingen af 'rimelig tvivl' om dommernes uafsættelighed, minder meget om argumenter, som kan anføres i forhold til det væsentligste indhold. De momenter som anføres imod den polske ordning kan også benyttes i forhold til EUC art. 47's væsentligste indhold.¹¹¹ Derudover er der ikke i afgørelsen nogen afvejning af forholdsmæssigheden i momenterne, hvilket der heller ikke er i den absolutte forståelse af det væsentligste indhold.

Sammenligningen må dog hurtigt afvises igen. Allerede ordet 'rimelig' peger på en afvejning, og dette synes også at være bekræftet i den senere afgørelse *AK mfl.*, hvor der i en vurdering af 'rimelig tvivl', skal tages hensyn til de konkrete begrundelser og formål.¹¹² Derudover handler sagerne alene om forlængelse af dommernes embedsperiode. Der stilles ikke spørgsmålstejn ved den udvælgelse af dommere som sker i første omgang. Domstolens rekruttering af nye dommere lever dermed formodningsvist op til kravet om rettens uafhængighed. Af den grund kan der argumenteres for, at den konkrete begrænsning af dommernes uafsættelighed ikke er af et sådant omfang, at det aktualiserer væsentligste indhold af TEU art. 19, stk. 1, 2. pkt.¹¹³ Et vægtigt argument er også, at ordlyden af 'rimelig tvivl' ligger langt fra 'det væsentligste indhold'.

TEU art. 19, stk. 1, 2. pkt. er også behandlet i andre afgørelser. I *ASJP* skulle de portugisiske dommers uafhængighed vurderes af Domstolen. I denne vurdering nævner Domstolen heller ikke det væsentligste indhold. Derimod ser den på nødvendighed, det almenes interesse og den forholdsmæssige nedgang i dommernes løn.¹¹⁴ Vurderingen ligner meget den, som foretages efter EUC art. 52, stk. 1. Det synes åbenbart i denne situation, at dommernes midlertidige lønnedgang på niveau med

¹⁰⁷ Jf. sag C-619/18, *Kom. mod Polen*, pr. 114-117

¹⁰⁸ Jf. sag C-192/18, *Kom. mod Polen II*, pr. 122-123

¹⁰⁹ Jf. sag C-619/18, *Kom. mod Polen*, pr. 118 og sag C-192/18, *Kom. mod Polen II*, pr. 130

¹¹⁰ Jf. sag C-619/18, *Kom. mod Polen*, pr. 85 og sag C-192/18, *Kom. mod Polen II*, pr. 127

¹¹¹ Se *PI* under afsnit 3.3.2 for en behandling af f.eks. begrundelsespligtens overensstemmelse med EUC art. 47, som er et af de momenter som også behandles i prøvelsen af TEU art. 19, stk. 1, 2. pkt., jf. ovenfor

¹¹² Jf. sag C-585, 624 & 625/18, pr. 153

¹¹³ Se for diskussion af betydningen af omfang/intensitet af begrænsning ved vurdering af det væsentligste indhold i afsnit 3.3.1

¹¹⁴ Jf. sag C-64/16, *AJSP*, pr. 46-51

alle andre offentligt ansatte, ikke berører det væsentligste indhold af TEU art. 19, stk. 1, 2. pkt., og at behandlingen af det væsentligste indhold derfor ikke var nødvendigt.¹¹⁵

Samlet kan retspraksis uden for EUC yde et bidrag til forståelsen af EUC art. 52, stk. 1 og af det væsentligste indhold af EUC art. 47's natur. Domstolen har flere gange i sagerne angående TEU art. 19, stk. 1, 2. pkt. udtalt sig om det væsentligste indhold, og på den måde bidraget til forståelsen af også det væsentligste indhold af EUC art. 47. På den anden side har Domstolen ikke, udover to forslag til afgørelse fra samme generaladvokat, anvendt begrebet i sin analyse af begrænsningens overensstemmelse med TEU art. 19, stk. 1, 2. pkt., og derfor er praksissens betydning mindre end den ellers kunne have været.¹¹⁶

3.3 Efter Lissabontraktaten

Der vil i dette afsnit blive fokuseret på afgørelserne fra tiden efter *Schrems* dommen, da denne var med til for alvor at sætte fokus på det væsentligste indhold.¹¹⁷ I den forbindelse vil særligt helt nye afgørelser blive omtalt, da man gennem disse kommer tættest på, hvad gældende ret er på området.

3.3.1 Digital Rights og Schrems

For at kunne forstå Domstolens afgørelse i *Schrems* må forhistorien med *Digital Rights* først behandles.¹¹⁸ *Digital Rights*¹¹⁹ omhandlede lovligheden af den irske lovgivning om indsamling af telefondata til brug for efterforskning af kriminalitet og beskyttelse af statens sikkerhed. Lovgivningen havde hjemmel i direktiv 2006/24, og den irske High Court sendte derfor sagen til Domstolen, da den var i tvivl om direktivets overensstemmelse med bl.a. EUC art. 7 og 8.

I sin besvarelse af spørgsmålet fastslår Domstolen først, at tilfældet i sagen er inden for anvendelsesområdet af EUC art. 7 og 8, og derfor er EUC art. 52, stk. 1 relevant.¹²⁰ I præmis 39 finder Domstolen, at selvom lagringen af data "[...] udgør et særligt alvorligt indgreb i disse rettigheder [...]", krænker indgrebet ikke det væsentligste indhold af EUC art. 7, "[...] eftersom direktivet, [...], ikke giver adgang til at gøre sig bekendt med selve indholdet af de elektroniske kommunikationer." Herudfra kan der udledes noget om substansen af det væsentligste indhold af EUC art. 7. For det første siger præmissen, hvad det væsentligste indhold af EUC art. 7 ikke er – nemlig lagring af data uden selve indholdet af beskederne. Derudover skaber afgørelsen rum for den modsætningslutning fra præmissen,

¹¹⁵ Også mere end tilfældet i *Kom. mod Polen*. Se GA Tanchevs forslag til afgørelse i C-619/18, *Kom. mod Polen*, pr. 74-79 for en sammenligning mellem situationen i *AJSP* og *Kom. mod Polen*

¹¹⁶ Domstolen har modtaget to anmodninger om behandling af lignende sager om forholdet mellem TEU art. 19, stk. 1, 2. pkt. og EUC art. 47. Måske vil nogle af disse sager bidrage yderligere til forståelsen af det væsentligste indhold af EUC art. 47? Se anmodning om præjudiciel forelæggelse i sag C-564/19, *IS*, og sag C-127/19, *Asociația*

¹¹⁷ Se f.eks. Ojanen, 2016, som har kaldt sin artikel om *Schrems* for: "Making the Essence of Fundamental Rights Real: The Court of Justice of the European Union Clarifies the Structure of Fundamental Rights under the Charter"

¹¹⁸ Jf. Ojanen, 2016, s. 321

¹¹⁹ Sag C-293/12

¹²⁰ Jf. *Ibid.*, pr. 34, 36 og 38

at det væsentligste indhold af EUC art. 7 er krænket i den situation, hvor myndighederne har adgang til selve indholdet af beskederne.¹²¹

Den skelnen mellem megadata og indholdet af beskederne, som er en konsekvens af *Digital Rights*, og den forskel det gør i forhold til det væsentligste indhold, er dog blevet kritiseret. GA Saugmandsgaard Øe slår i sit forslag til afgørelse i *Tele2* tvivl om hensigtsmæssigheden med en distinktion mellem beskyttelse af beskederes indhold på den ene side og megadata på den anden side, idet han påviser, at megadata nogle gange kan være et større problem for privatlivet end beskederes indhold.¹²² I samme retning kritiserer Brkan navnlig *Digital Rights* for ikke at forklare, hvorfor adgang til beskederes indhold er så meget mere alvorligt end adgangen til megadata, at det ikke længere kan indeholdes i proportionalitetsvurderingen, men derimod er en del af det væsentligste indhold af rettigheden? Ved at gøre adgangen til beskederes indhold til det væsentligste indhold af EUC art. 7, fjernes muligheden for nogensinde at kunne retfærdiggøre en sådan tilgang, og det udvider ifølge Brkan det væsentligste indholds anvendelsesområde udover det tiltænkte.¹²³

Angående EUC art. 8 finder Domstolen i *Digital Rights*, at det væsentligste indhold ikke er krænket, eftersom visse principper for databeskyttelse og datasikkerhed skal overholdes ifølge reglerne i direktivet. Begrundelsen kan læses ud fra den forståelse, at det væsentligste indhold alene er krænket, hvis den er i fare for ikke længere at eksistere.¹²⁴ EUC art. 8 er ikke helt udhulet, og derfor er der ingen krænkelser sket, hvilket også ligger i ordet ”rimeligt” i EUC art. 8, stk. 2.

Dawson mfl. anfører en generel kritik af tilhængere af den absolutte teori for ofte at henvise til sager, hvor Domstolen bruger vendinger som ”serious and intrusive”,¹²⁵ der automatisk leder tankerne hen på en proportionalitetsvurdering. Et sådan tilfælde er *Digital Rights* i sin behandling af EUC art. 7 i præmis 39, men kritikken synes ikke berettiget. Ud fra en sproglig vurdering af begrebet det væsentligste indhold, har begrebet nemlig naturligt noget at gøre med begrænsningens alvor/omfang.¹²⁶ Men dette gør det ikke nødvendigvis til en proportionalitetsvurdering, eftersom der i en proportionalitetsvurdering også skal ligge en afvejning over for et modstående hensyn.¹²⁷ I *Digital Rights* laver Domstolen ikke en sådan afvejning, men konstaterer alene, at indgrebet ikke er alvorligt nok til at krænke det væsentligste indhold af EUC art. 7, eftersom der ikke er adgang til indholdet af beskederne. Afgørelsen må pga. den manglende afvejning af det modstående hensyn i sin vurdering af det væsentligste indhold, ses som udtryk for den absolutte teori.

¹²¹ Dette er et eksempel på den induktive metode, se afsnit 2.2

¹²² Jf. forslag til afgørelse i sag C-203/15, pr. 257-259. Ligeledes er Ojanen, 2016, s. 328 kritisk over for Domstolens begrundelse

¹²³ Jf. Brkan, 2019, s. 872 og ovenstående note 49

¹²⁴ Jf. sag C-293/12, *Digital Rights*, pr. 40. Se afsnit 2.2 for denne forståelse

¹²⁵ Se Dawson, mfl. 2019, s. 773

¹²⁶ Jf. Lenaerts, 2019, s. 784-785. Se for en lignende tilgang til vurderingen af det væsentligste indhold, gennem en analyse af begrænsningens omfang, C-528/13, *Leger*, pr. 54 og C-190/16, *Fries*, pr. 38 og 75

¹²⁷ Jf. om proportionalitetsvurderingen Evald, 2016, s. 83, og ordlyden af EUC art. 52, stk. 1, 2. pkt. som klart indebærer en afvejning

Efter *Digital Rights* var forarbejdet til *Schrems* gjort. *Schrems* er bemærkelsesværdig, eftersom det er den første gang, at Domstolen anvender EUC art. 52, stk. 1, til at fastslå, at det væsentligste indhold er krænkede.¹²⁸ De to rettigheder, som i sagen er krænkede, er EUC art. 7 og 47.

Sagen handlede om dataoverførsel fra Facebook Ireland til Facebook Inc. med hjemsted i USA. Spørgsmålet blev herefter om USA i henhold til beslutning 2000/520 og direktiv 95/46 kunne anses som et safe-habor land, med den følge, at der kunne ske dataoverførsel fra Irland til USA, eller om dette stred med bl.a. EUC art. 7 og 47?

Angående EUC art. 47 udtaler Domstolen, at idet der ingen muligheder er for "[...] at gøre brug af retsmidler med henblik på at få adgang til personoplysninger, [...], eller til at få sådanne oplysninger berigtiget eller slettet [...]", er det væsentligste indhold krænkede.¹²⁹ Domstolen synes at anvende den absolutte forståelse af det væsentligste indhold her, eftersom der ingen afvejning er.¹³⁰

For at forstå Domstolens afgørelse angående EUC art. 7, skal præmissen læses i sammenhæng med *Digital Rights*. Af den grund at der i *Schrems* i modsætningen til i *Digital Rights*, er adgang til selve indholdet af kommunikationen, slutter Domstolen modsætningsvist fra *Digital Rights*, og finder at det væsentligste indhold er krænkede.¹³¹ Kritikken af *Digital Rights* bæres dermed videre til denne del af *Schrems*.¹³²

Forinden Domstolen finder at begrænsningen af EUC art. 7 strider med det væsentligste indhold, anfører den at begrænsningen ikke er "[...] begrænset til det strengt nødvendige."¹³³ For en absolut forståelse af det væsentligste indhold er det problematisk, at Domstolen på denne måde sammenblender proportionalitetsvurderingen med brud på det væsentligste indhold.¹³⁴ Når det nævnes at noget ikke er strengt nødvendigt, insinueres det også samtidigt, at der er andre situationer, hvor det ville være ok. En sådan konklusion passer alene med den relative teori.

3.3.1.1 Dommene som fulgte efter *Digital Rights* og *Schrems*

Tele2 minder meget om Domstolens tilgang i *Digital Rights*. Domstolen kommer da også frem til, at der ikke er brud på det væsentligste indhold af EUC art. 7 og 8, da myndigheden i sagen ikke har adgang til selve indholdet af kommunikationen.¹³⁵ Ved sin henvisning til *Digital Rights* præmis 39, kan kritikken som rejses mod *Digital Rights* ikke alene rejses mod *Schrems*, men også mod *Tele2*. Denne kritik synes at være styrket angående vurderingen af forskellen mellem megadata og beskeder

¹²⁸ Jf. sag C-662/14, *Schrems*, pr. 94 og 95. I sag C-426/11, *Alemo-Herron*, pr. 35, fandt Domstolen også det væsentligste indhold af EUC art. 16 krænkede. EUC art. 52 blev ikke nævnt i afgørelsen

¹²⁹ Jf. Sag C-662/14, *Schrems*, pr. 95

¹³⁰ Jf. også Ojanen, 2016, s. 322

¹³¹ Jf. Sag C-662/14, *Schrems*, pr. 94

¹³² Se Brkan, 2018, s. 354

¹³³ Jf. sag C-362/14, *Schrems*, pr. 93

¹³⁴ Jf. Brkan, 2019, s. 875

¹³⁵ Jf. sag C-203 & 698/15, *Tele2*, pr. 101

indhold, idet Domstolen i sin begrundelse i *Tele2* angiver, at megadata kan være lige så følsomme som beskederne indhold,¹³⁶ men på trods af dette ikke handler på denne vurdering.

Det er dog ikke alle, der har Domstolens behandling af det væsentligste indhold for øje, i deres analyse af *Tele2*. Ifølge Rui "[...] slås det fast at inngrep i rettighetene for det første må ha hjemmel i lov, for det annet at inngrepet må ha et legitimt formål, og for det tredje at det må være nødvendig og proporsjonalt."¹³⁷ Han nævner i sin gennemgang af dommen slet ikke det væsentligste indhold.¹³⁸ Det er ikke til at se, hvorledes Rui er kommet frem til denne anvendelse af EUC art. 52, stk. 1 på baggrund af *Tele2*, eftersom Dommen tydeligt gennemgår også det væsentligste indhold af rettigheden.¹³⁹ Ruis udlægning af EUC art. 52, stk. 1 kan af den grund ikke tiltrædes.

Efter *Tele2* udtalte Domstolen sig på anmodning fra EU-parlamentet om EU-Canada PNR-aftalen i *Udtalelse 1/15*. EU og Canada havde indgået en aftale om udveksling af oplysninger om flypassagerer som parlamentet problematiserede, og de spurgte derfor Domstolen om aftalens overensstemmelse med EUC art. 7 og 8.

Domstolen finder i *Udtalelse 1/15* at den begrænsede natur af de oplysninger, som deles i form af passagerlister, medfører at EUC art. 7's væsentligste indhold ikke er krænket.¹⁴⁰ Ligesom i de forrige sager er alvoren af begrænsningen af rettigheden afgørende.¹⁴¹ Domstolen anvender dog ikke den modsætningsvise slutning fra *Digital Rights* i forhold til deling af indholdet af beskeder. I nærværende sag er der heller ikke tale om beskeder mellem personer, så en sådan begrundelse er slet ikke mulig. *Udtalelse 1/15* bringer på den måde noget nyt til fortolkningen af EUC art. 7. Afgørelsens præmis 150 er et udtryk for, at deling af megadata godt kan krænke det væsentligste indhold af EUC art. 7, men at det i dette tilfælde ikke er omfattende nok. Hvornår delingen er omfattende nok, lader udtalelsen derimod stå hen i det uvisse, hvilket gør at den er svær at agere på. Omvendt har Domstolen i udtalelsen ikke låst sig fast på en klar definition af det væsentligste indhold som gjort i *Digital Rights*, og dermed undgår den igen at blive kritiseret for at trække linjen mellem proportionalitetsvurderingen og det væsentligste indhold et uheldigt sted.

Hvad angår EUC art. 8 finder Domstolen, at behandlingen af oplysningerne er begrænsede, og at aftalen indeholder regler om sikkerhed, fortrolighed og integritet. Dermed er der ikke et problem i forhold til det væsentligste indhold af EUC art. 8.¹⁴²

Generelt giver de ovenstående sager i forbindelse med *Schrems*, hvert deres bud på, hvad det væsentligste indhold af EUC art. 7 er. F.eks. kan det ses, at det strider imod bestemmelserne at give en

¹³⁶ Jf. *Ibid.*, pr. 99

¹³⁷ Jf. Rui, 2017, s. 152

¹³⁸ Jf. *Ibid.*, s. 155-158. Rui synes dermed at anvende den relative forståelse

¹³⁹ Jf. sag C-203 & 698/15, *Tele2*, pr. 101

¹⁴⁰ Jf. *Udtalelse 1/15*, pr. 150

¹⁴¹ Brkan, 2019, s. 878, kalder det spørgsmålet om krænkelsen af det væsentligste indhold i lyset af *Udtalelse 1/15* for "[...] a question of a degree of interference [...]"

¹⁴² Jf. *Udtalelse 1/15*, pr. 150. Hijmans, 2017, s. 410, finder Domstolens ræsonnement logisk, med henvisning til EUC art. 8's natur. Det må forstås som en henvisning til EUC art. 8, stk. 2, hvor det angives at oplysningerne skal behandles rimeligt

myndighed adgang til indholdet af beskeder på generel basis uden restriktioner. Derimod er der ikke til at sige, hvor grænsen går i forhold til megadata efter Domstolens begrundelse i *Udtalelse 1/15*. Kuner konkluderer om retspraksis angående EUC art. 7 og 8, at ”*It is difficult to find a common thread between these holdings that would identify the essence of the rights to private life and data protection.*”¹⁴³

I *GC mfl.*¹⁴⁴ havde Domstolen igen lejlighed til at behandle spørgsmålet om det væsentligste indhold af EUC art. 7 og 8. Flere personer, heriblandt GC, havde anmodet Google om at få fjernet links til belastende materiale på søgemaskinen, der kom frem når der søgtes på vedkommendes navn. Det nægtede Google at gøre. Personerne anlagde sag ved Conseil d’État i Frankrig, som spurgte Domstolen om fortolkningen af direktiv 95/46¹⁴⁵ og Googles ansvar for indholdet på deres søgemaskine.

For at kunne fortolke direktivbestemmelserne, inddrager Domstolen EUC art. 7, 8 og 11 i sin analyse. Spørgsmålet om fjernelsen af de belastende link, skal ses som en afvejning mellem retten til privatliv og databeskyttelse (EUC art. 7 og 8) på den ene side og retten til ytrings- og informationsfrihed (EUC art. 11) på den anden side.¹⁴⁶ Domstolen nævner flere steder, at det væsentligste indhold af rettighe-derne skal respekteres.¹⁴⁷ Det kommer dog aldrig til nogen egentlig behandling af det væsentligste indhold. I stedet vejleder Domstolen Conseil d’État i, hvordan den skal foretage vægtningen mellem de grundlæggende rettigheder.¹⁴⁸ Selv om Domstolen får muligheden for at udtale sig nærmere om det væsentligste indhold af EUC art. 7, 8 og 11, sker det altså ikke i sagen.¹⁴⁹ Afgørelsen følger dermed den tendens ved Domstolen, som består i ikke at anvende det væsentligste indhold i sager om konkurrerende grundlæggende rettigheder, skønt betingelsen ikke synes at være mindre relevant i disse sager.¹⁵⁰ Se dog anderledes *Deutsche Umwelthilfe* under afsnit 3.3.4, og de problemer som her-efter følger.

I *A mfl.*¹⁵¹ klagede nogle tyrkiske statsborgere over de hollandske myndigheders krav, om biometriske data i form af fingeraftryk og ansigtsbillede som vilkår for en midlertidig opholdstilladelse til Hol-land. Formålet med vilkåret var at bekæmpe identitets- og dokumentsvig. I den forbindelse behandler Domstolen vilkårets overensstemmelse med EUC art. 7 og 8, men undlader at gøre dette efter det væsentligste indhold.¹⁵² I stedet behandles alene proportionaliteten af vilkåret, og Domstolen kommer frem til at vilkåret ikke er uforholdsmæssigt.¹⁵³ *A mfl.* kan dermed ikke bidrage til at bringe mere klarhed over begrebet det væsentligste indhold. Sammen med *GC mfl.* kan den dog illustrere den

¹⁴³ Jf. Kuner, 2018, s. 876

¹⁴⁴ Sag C-136/17

¹⁴⁵ Nu erstattet af forordning 2016/679 GDPR-forordningen

¹⁴⁶ Jf. Sag C-136/17, *GC mfl.*, pr. 53 og 59

¹⁴⁷ Jf. *Ibid.*, pr. 58 og 61

¹⁴⁸ Jf. *Ibid.*, pr. 66-68

¹⁴⁹ GA Szpunar nævner slet ikke EUC art. 52, stk. 1 eller det væsentligste indhold, jf. forslag til afgørelse i C-136/17, *GC mfl.*

¹⁵⁰ Jf. Tridimas *mfl.*, s. 808, bl.a. med reference til C-580/13, *Coty Germany*, hvor EUC art. 52, stk. 1 nævnes, men hverken det væsentligste indhold eller proportionalitetstesten anvendes

¹⁵¹ Sag C-70/18

¹⁵² Jf. *Ibid.*, pr. 56

¹⁵³ Jf. *Ibid.*, pr. 57-69

tendens, at Domstolen ikke griber enhver lejlighed den får til at skabe en klarhed over det væsentligste indhold, ved at udtale sig herom.

3.3.1.2 To forslag til afgørelse

Som en udløber af *Schrems*, hvor Kommissionens afgørelse 2000/520/EF blev kendt ugyldig af Domstolen, verserer der på nuværende tidspunkt en ny sag, *Schrems II*, ved High Court i Irland om et lignende spørgsmål. Denne gang har High Court spurgt Domstolen om hjælp til at bedømme gyldigheden af afgørelse 2010/87/EU, som Kommissionen har baseret deres standard klausuler på ved udveksling af oplysninger med tredjelande. I sin anmodning har High Court direkte spurgt Domstolen, hvorvidt afgørelsen overtræder EUC art. 7, 8 og 47.¹⁵⁴ I sagen har M. Schrems nok engang over for Databeskyttelseskommissæren i Irland, klaget over Facebook Irelands overførsel af oplysninger til et koncernforbundet selskab i USA. M. Schrems mener ikke, at standardklausulen på baggrund af Kommissionens afgørelse er nok til at beskytte hans grundlæggende rettigheder, eftersom han ikke finder, at den yder tilstrækkelig beskyttelse imod NSA og FBI's adgang til oplysningerne i lyset af Edward Snowdens afsløringer om adfærden ved efterretningstjenesterne i USA. Domstolen har endnu ikke truffet sin afgørelse i sagen, og af den grund vil alene GA Saugmandsgaard Øes forslag til afgørelse blive behandlet.

GA Saugmandsgaard Øe finder i sit forslag til afgørelse, at Kommissionens afgørelse 2010/87/EU ikke er ugyldig.¹⁵⁵ Det interessante i forslaget til afgørelse i relation til det væsentligste indhold findes dog i generaladvokatens behandling af Kommissionens 'privacy shield' afgørelse 2016/1250/EU, der er en efterfølger til 2000/520/EF, som Domstolen underkendte i *Schrems*. Uanset at generaladvokaten ikke mener, at det er nødvendigt for Domstolen at behandle 'privacy shield' afgørelsen for at kunne svare på det præjudicielle spørgsmål fra High Court, behandler han den alligevel. Dette gør han, idet han finder, at High Court indirekte i deres forespørgsel slår tvivl om den.¹⁵⁶

I sin behandling af 'privacy shield' afgørelsen konstaterer generaladvokaten først, at Kommissionen efter praksis fra Domstolen kan finde, at et tredjeland lever op til beskyttelsen af fundamentale rettigheder i forbindelse med beskyttelse af data, når beskyttelsen af disse rettigheder i tredjelandet i det væsentligste svarer til beskyttelsesniveauet inden for EU.¹⁵⁷ I den forbindelse fastslår generaladvokaten først, at afgørelsen medfører en begrænsning af EUC art. 7 og 8¹⁵⁸. Dernæst behandler han spørgsmålet om afgørelsens overensstemmelse med EUC art. 7 og 8 helt systematisk efter art. 52, stk. 1, med en vurdering af hvorvidt begrænsningen er fastlagt ved lov, om den respekterer det væ-

¹⁵⁴ Jf. forslag til afgørelse i sag C-311/18, *Schrems II*, pr. 76

¹⁵⁵ Jf. *Ibid.*, pr. 160

¹⁵⁶ Jf. *Ibid.*, pr. 187-188

¹⁵⁷ Jf. *Ibid.* pr. 201, med henvisning til sag C-662/14, *Schrems*, pr. 73 og *Udtalelse 1/15*, pr. 134. Se for forståelsen af "i det væsentligste svarer til" kriteriet Kuner, 2017, hvor Kuner på s. 903 forudser problemer for 'privacy shield' afgørelsen i forhold til dette kriterie

¹⁵⁸ Jf. forslag til afgørelse i sag C-311/18, *Schrems II*, pr. 255-262

sentligste indhold af rettigheden, om den forfølger et alment hensyn og til sidst foretages en proportionalitetsvurdering.¹⁵⁹ I forhold til det væsentligste indhold gør GA Saugmandsgaard Øe sig en meget interessant betragtning:

“Det krav, der er nævnt i chartrets artikel 52, stk. 1, om, at enhver begrænsning af de rettigheder og friheder, der er sikret ved chartret, skal respektere disse rettigheders og friheders væsentligste indhold, indebærer, at når der foretages indgreb i disse rettigheder og friheder, kan dette ikke på nogen måde begrundes i et legitimt formål. Indgrebet anses derfor for at være i strid med chartret, uden at det er fornødent at undersøge, om det er egnet og nødvendigt for at gennemføre det forfulgte formål.[fremhævelse foretaget].”¹⁶⁰

Både GA Saugmandsgaard Øes helt systematiske behandling af EUC art. 52, stk. 1 og den citerede præmis 272, gør det klart, at generaladvokaten ser det væsentligste indhold som en selvstændig test uafhængig af proportionalitetsvurderingen – som et absolut begreb. Forslaget strider imod tidligere forslag fra andre generaladvokater, som synes at anvende den relative tilgang til det væsentligste indhold.¹⁶¹

Generaladvokatens vurderingen af begrænsningen af EUC art. 7's overensstemmelse med det væsentligste indhold, tager udgangspunkt i *Digital Rights'* og *Schrems'* forskelle angående megadata eller beskederne indhold. Kun det sidste udgør ifølge generaladvokaten en krænkelse af det væsentligste indhold.¹⁶² I nærværende sag finder generaladvokaten ikke, at efterretningstjenesterne i USA får en generel adgang til oplysningerne, og derfor er EUC art 7's væsentligste indhold ikke krænkelse.¹⁶³

I behandlingen af EUC art. 8 henviser generaladvokaten til *Udtalelse 1/15* præmis 150, hvor Domstolen som angivet ovenfor i afsnit 3.3.1.1, ikke finder et problem i forhold til det væsentligste indhold af EUC art. 8, eftersom databehandlingen er begrænset og underlagt regler. Også i 'privacy shield' afgørelsen er behandlingen begrænset af regler, og af den grund finder generaladvokaten ikke, at EUC art. 8's væsentligste indhold er krænkelse.¹⁶⁴

Anderledes går generaladvokaten til spørgsmålet om EUC art. 47. Her citeres EUC art. 52, stk. 1 ikke eksplicit, men det nævnes, at begrænsninger i en rettighed skal respektere det væsentligste indhold.¹⁶⁵ Dernæst henvises der til *Schrems* sagen, hvor EUC art. 47 fandtes krænkelse, eftersom der ingen mulighed var for domstolsprøve.¹⁶⁶ Derudover anføres det, at en mulighed for domstolsprøvelse selvføl-

¹⁵⁹ Jf. *Ibid.*, pr. 263-308

¹⁶⁰ Jf. *Ibid.*, pr. 272

¹⁶¹ Jf. GA Cruz' forslag til afgørelse i sag C-650/13, *Delvigne*, pr. 116, som i forbindelse med det væsentligste indhold vurderer om "begrænsningen er forholdsmæssig", og Szpunars forslag til afgørelse i sag C-165/14, *Rendón Marín*, pr. 129, der direkte henviser til den relative forståelse af det væsentligste indhold

¹⁶² Jf. forslag til afgørelse i sag C-311/18, *Schrems II*, pr. 273. Se under afsnit 3.3.1 for generaladvokatens egen kritik af denne forskelsbehandling af de to tilfælde

¹⁶³ Jf. forslag til afgørelse i sag C-311/18, *Schrems II*, pr. 274-276

¹⁶⁴ Jf. *Ibid.*, pr. 279-280

¹⁶⁵ Jf. *Ibid.*, pr. 317

¹⁶⁶ Jf. *Ibid.*, pr. 315 og 318

gelig kræver, at man kan gøre sig bekendt med, hvorvidt ens persondata bliver behandlet, og at myndighederne skal oplyse om behandlingen af ens oplysningerne, så snart det ikke længere vil skade en evt. efterforskning.¹⁶⁷ Yderligere anføres det fra M. Schrems mfl., at kravene for at være søgsmålsberettiget i USA, gør det umådeligt svært at gøre sine rettigheder gældende.¹⁶⁸

Generaladvokaten medgiver i sin gennemgang af 'privacy shield' afgørelsen, at søgsmålsberettigelse ikke må være en hindring for retten til effektiv domstolsprøvelse, uden dog at redegøre for om det er tilfældet i nærværende sag.¹⁶⁹ Dernæst nævner han, at idet 'privacy shield' afgørelsen intet nævner om en pligt til at informere personer, når deres data bliver anvendt, er det problematisk i forhold til Domstolens praksis for EUC art. 47.¹⁷⁰ Ifølge generaladvokaten har USA ikke i deres indlæg i sagen, bemærket noget som retter op på muligheden for, at ens data effektivt kan beskyttes.¹⁷¹

Hvorvidt generaladvokaten kommer frem til, at det væsentligste indhold af EUC art. 47 er krænket, står ikke helt klart? Sammenkædningen mellem den manglende overholdelse af forpligtelsen til at informere ved databehandling, og muligheden for overhoved at rejse en sag, kunne tyde på at generaladvokaten finder, at det er tilfældet. Modsat ender han med at konkludere, at der kan stilles spørgsmål ved, om beskyttelsesniveauet i USA i det væsentligste svarer til det inden for EU.¹⁷² Hvis han fandt at det væsentligste indhold ikke var respekteret, ville en sådan tvivlende konklusion ikke være nødvendigt. Af den grund må det formodes, at generaladvokaten ikke har fundet det væsentligste indhold af EUC art. 47 krænket. Dette støttes af at generaladvokaten i sin behandling af EUC art. 7 og 8 som nævnt anvender en absolut forståelse af det væsentligste indhold. Efter denne forståelse følger det naturligt, at det væsentligste indhold af EUC art. 47 ikke kan være krænket ved manglende information om behandling af personers personoplysninger, idet generaladvokaten i sit forslag angiver, at datasubjektet ikke skal informeres førend, det ikke længere bringer statens sikkerhed i fare.¹⁷³ En sådan afvejning af hensyn er kun mulig efter den relative teori, når vi taler om det væsentligste indhold.¹⁷⁴ Derudover kan formodningen om, at det væsentligste indhold ikke er krænket også ses ud fra en modsætningslutning fra *Schrems*, hvor der slet ingen muligheder for domstolsprøvelse er. I nærværende sag er der mulighed for domstolsprøvelse, om end den er besværliggjort, og derfor kan EUC art. 47 ikke siges slet ikke at eksistere. Vurderingen om overholdelse af EUC art. 47 skal i et sådant tilfælde gøres efter en proportionalitetsvurdering, jf. EUC art. 52, stk. 1, 2. pkt.¹⁷⁵

Schrems II giver i sin behandling af EUC art. 7 og 8 i lyset af 'privacy shield' afgørelsen den måske mest stringente gennemgang af EUC art. 52, stk. 1 som findes i praksis. Hvis Domstolen gengiver denne, må det med syvtommersøm være slået fast, at det væsentligste indhold har en absolut karakter.

¹⁶⁷ Jf. *Ibid.*, pr. 319-320

¹⁶⁸ Jf. *Ibid.*, pr. 322

¹⁶⁹ Jf. *Ibid.*, pr. 323

¹⁷⁰ Jf. *Ibid.*, pr. 323

¹⁷¹ Jf. *Ibid.*, pr. 325-332. Heller ikke den etablerede ombudsmandsfunktion kan løfte dette ifølge generaladvokaten, jf. pr. 340

¹⁷² Jf. *Ibid.*, pr. 341-342

¹⁷³ Jf. *Ibid.*, pr. 320

¹⁷⁴ Jf. afsnit 2.3

¹⁷⁵ Jf. afsnit 2.2 for denne forståelse, som alene reserverer det væsentligste indhold til de mest ekstreme situationer. Begrebets betydning i retspraksis bliver dermed indskrænket til alene de mest grove tilfælde

Omvendt er gennemgangen af EUC art. 47 mere rodet og forstyrrer dette billede. Chancen for at Domstolen i det hele taget behandler 'privacy shield' afgørelsen er dog ikke særlig stor, set i lyset af at generaladvokaten finder hele gennemgangen unødvendig for Domstolens besvarelse af det præjudicielle spørgsmål. Domstolen har dog før omformuleret et præjudicielt spørgsmål, hvis den har haft et ønske om at besvare et specifikt spørgsmål eller fundet et behov herfor,¹⁷⁶ og af den grund kan det ikke helt afvises, at Domstolen også gør det i dette tilfælde.

I en anden sag ved Domstolen, *La Quadrature du Net*,¹⁷⁷ har Conseil d'État anmodet Domstolen, om at tage stilling til om direktiv 2002/58, som omhandler elektronisk kommunikation, er forenelig med bl.a. EUC art. 7, 8 og 47.¹⁷⁸ I sagen har La Quadrature du Net mfl. anlagt sag mod flere statslige myndigheder, for at få dem til at annullere nationale bestemmelser baseret på direktivet. Domstolen har endnu ikke afsagt dom i sagen.

GA Sánchez-Bordona har fremsagt sit forslag til afgørelse af sagen. Forslaget hviler på praksis tilbage fra *Digital Rights* og *Tele2*¹⁷⁹ som siger, at det ikke bryder med det væsentligste indhold af EUC art. 7 og 8, når myndighederne ikke har adgang til indholdet af beskederne, hvilket er tilfældet i nærværende sag.¹⁸⁰ Hvad angår EUC art. 47 behandles rettigheden ikke indgående, men underretningspligten for myndigheden til datasubjektet understreges ligesom i *Schrems II*, og igen foretages en afvejning i forhold til statens sikkerhed.¹⁸¹ Efter dette forslag til afgørelse og forslaget til afgørelse i *Schrems II*, må underretningspligten til datasubjektet ligge uden for det væsentligste indhold af EUC art. 47.

3.3.2 PI

Sagen *PI* drejede sig om lukningen af *PI*'s massageklinik, da de østrigske myndigheder mistænkte, at massageklinikken blev brugt til at tilbyde kunderne seksuelle ydelser. Dette krævede en bevilling som *PI* ikke havde. *PI* klagede over lukningen.

Domstolen finder, uden at behandle det væsentligste indhold, at lukningen ikke strider med den frie etableringsret sikret i EUC art. 15, stk. 2 og art. 16, idet begrænsningen er begrundet i almene hensyn til sexarbejderes sikkerhed og den offentlige sundhed, og at begrænsningen er proportional.¹⁸² Dernæst vender Domstolen sig mod EUC art. 47 og 48, eftersom *PI* ikke er givet nogen begrundelse for lukningen af hendes klinik. Samtidig med den manglende begrundelse krævede de østrigske myndigheder, at *PI* selv begrundede sin klage over lukningen. Dette er ifølge Domstolen en begrænsning af

¹⁷⁶ Jf. sag C-230/18, *PI*, pr. 43 og van Gestel mfl., 2019, s. 8

¹⁷⁷ Sag C-511 & 512/18

¹⁷⁸ Sagen er en del af et større sagskompleks anlagt ved Domstolen, som også omfatter C-623/17, *Privacy International* og C-520/18, *Ordre des barreaux*, som er lignende sager fra Storbritannien og Belgien angående den samme type spørgsmål

¹⁷⁹ Jf. forslag til afgørelse i sag C-511 & 512/18, *La Quadrature du Net*, pr. 114-117 og 122

¹⁸⁰ Jf. *Ibid.*, pr. 107

¹⁸¹ Jf. *Ibid.*, pr. 152-153

¹⁸² Jf. sag C-230/18, *PI*, pr. 75-76

EUC art. 47 og 48.¹⁸³ Angående den manglende begrundelse fra de østrigske myndigheder udtaler Domstolen følgende i præmis 85:

”Nævnte lovgivning sikrer nemlig ikke, at adressaten for denne afgørelse kan få kendskab til begrundelsen for denne afgørelse for at sætte ham i stand til at forsvare sine rettigheder og at afgøre, om sagen bør prøves af de kompetente retsinstanser. I den foreliggende sag gør samme lovgivning det således hverken muligt at sikre den effektive domstolsprøvelse, der er sikret ved chartrets artikel 47 og 48, eller overholdelsen af retten til forsvar samt de almindelige EU-retlige principper.”

Præmissen må forstås som at Domstolen finder, at den manglende begrundelse er en begrænsning af EUC art. 47 og 48 i strid med EUC art. 52, stk. 1.¹⁸⁴ Der er dog ikke nærmere præciseret, hvilken af betingelserne i art. 52, stk. 1 som ikke er opfyldte. Begrænsningen er i sagen fastlagt ved lov, så dette kan udelukkes som værende problemet. Begrænsningen kan derfor være ulovlig pga. manglende alment hensyn, proportionalitet eller stridende med det væsentligste indhold. Det sidste tilfælde vil klart være den mest kontroversielle antagelse, eftersom Domstolen meget sjældent konkludere dette.¹⁸⁵ Brugen af ordene *”hverken muligt”* peger dog i den retning, hvis det væsentligste indhold er at finde der, hvor en rettighed ikke er mulig at håndhæve længere.¹⁸⁶ En ordlydsfortolkning af præmissen er et vægtigt argument herfor. Samtidigt angiver Gutman at begrundelsespligten kan være en del af det væsentligste indhold af EUC art. 47.¹⁸⁷ Der er altså argumenter for, at Domstolen i denne afgørelse har fundet den manglende begrundelse stridende med det væsentligste indhold af EUC art. 47 og 48.

Imod en sådan antagelse står at Domstolen ikke nævner det eksplicit med henvisning til det væsentligste indhold, hvilket den gør i både *Schrems* og *Alemo-Herron*.¹⁸⁸ Derudover er afgørelsen alene afsagt af tre dommere og uden et foregående forslag til afgørelse, hvilket er usædvanligt, hvis dommen viser sig at være nyskabende. Der er heller ikke skrevet om afgørelsen i litteraturen, og Domstolen har ikke udsendt en pressemeddelelse om afgørelsen.¹⁸⁹ Ydermere finder Domstolen at kravet om at PI skal begrunde hendes klage over for myndighederne uden selv at have fået en begrundelse er *”uforholdsmæssig”*.¹⁹⁰ Den manglende begrundelse i sig selv er måske derfor alene et element i bedømmelsen af det forholdsmæssige i kravet om en begrundelse ved klage? Til sidst kan den manglende begrundelse holdes op imod underretningspligten i *Schrems II* og *La Quadrature du Net*, som ikke fandtes at udgøre det væsentligste indhold af EUC art. 47. Det synes umiddelbart sværere at få en begrænsning af en rettighed prøvet ved domstolene, når begrænsningens eksistens slet ikke er kendt, fremfor det nærværende tilfælde, at begrundelse ikke er givet. Underretning synes derfor mere fundamental for EUC art. 47 end en begrundelse. De samme hensyn til statens sikkerhed mm. som

¹⁸³ Jf. *Ibid.*, pr. 78-79

¹⁸⁴ Der henvises i sagen til EUC art. 52, stk. 1 i pr. 66

¹⁸⁵ Jf. afsnit 3.3.1 og note 128

¹⁸⁶ Se afsnit 2.2

¹⁸⁷ Jf. Gutman, 2019, s. 902, hvor hun skriver: ”Moreover, the criteria elaborated above by the Court in *Kadi II* indicates that individuals must be afforded a minimum of information in order to be in a position to defend themselves which, too, may be considered to form part of the essence of that right.”

¹⁸⁸ Se note 128

¹⁸⁹ Se https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7052/da/?annee=2019

¹⁹⁰ Jf. sag C-230/18, *PI*, pr. 86

gør sig gældende ved underretningspligten, kan også i et vist udstræk gøre sig gældende for begrundelsespligten.

Om begrundelsespligten er en del af det væsentligste indhold af EUC art. 47, kan ud fra det ovenstående stadig diskuteres. Den herskende tvivl, navnlig om fortolkningen af præmis 85 gør, at det ikke kan siges med sikkerhed, hvorvidt afgørelsen skal ses som en af de få, hvor det væsentligste indhold af en grundlæggende rettighed er krænket eller ej?

3.3.3 LM

I *LM* følger Domstolen en anden model end den forskrevne i EUC art. 52, stk. 1. Til besvarelse af sit spørgsmål om nødvendigheden af at gennemfører en prøvelse af de polske domstoles uafhængighed i forbindelse med udleveringen af en person efter en polsk arrestordre, skal den irske High Court ifølge Domstolen alene undersøge, om udleveringen vil bryde med ”kerneindholdet” i personens ret til en retfærdig rettergang beskyttet i EUC art. 47, stk. 2.¹⁹¹ Det forholdsmæssige i en sådan begrænsning af en persons rettighed skal slet ikke ifølge Domstolen behandles. Ud fra dommen er det kun de meget alvorlige krænkelser af EUC art. 47, som kan medføre, at High Court kan afvise en udlevering.¹⁹²

Umiddelbart er det overraskende at Domstolen ikke ønsker en proportionalitetsvurdering, som ellers ligger i EUC art. 52, stk. 1. Det kan dog skyldes den delikate situation som både Domstolen og High Court står i. Domstolen har i præmis 35 og 36 udtrykt, at gensidig tillid staterne imellem, og dermed også mellem domstolene er af grundlæggende betydning for EU-retten. Ved at fastslå at udlevering alene skal nægtes ved brud på kerneindholdet – det væsentligste indhold – undgår de nationale domstole at skulle vurdere hinandens uafhængighed, hver gang der udstedes en arrestordre.¹⁹³ Den gensidige tillid som er grundlæggende for EU-systemet sikres dermed, idet der kun stilles spørgsmålstejn ved den i ekstreme tilfælde.¹⁹⁴

Denne tolkning giver alene mening, hvis det væsentligste indhold er absolut. Hvis det er relativt, vil det alligevel kræve en proportionalitetsvurdering, idet det væsentligste indhold også skal vurderes herefter.¹⁹⁵ Dommen står derfor efter denne udlægning, som et forsvar for teorien om det væsentligste indholds absolutte indhold og selvstændige berettigelse i forhold til proportionalitetsvurderingen.

¹⁹¹ Jf. C-216/18 PPU, *LM*, pr. 59

¹⁹² Se for kritik Simonelli, 2019, s. 329-330 og 333-337, som angiver, at *LM* i værste fald fratager personer retten til en uafhængig dommer til fordel for den gensidige tillid mellem domstolene. Se også Krajewski, 2018, s. 810-813 for kritik af *LM*. Se dog Wójcik, 2020, for en analyse af en tysk dom fra 19. marts 2020, hvor domstolen faktisk nægter at udlevere en person til retsforfølgelse i Polen pga. retten til en retfærdig rettergang

¹⁹³ Se også Bárd mfl., blog, 2018, s. 4 som ser en ”potential danger” ved at de nationale domstole skulle foretage denne vurdering og dermed tilsidesætte den gensidige tillid

¹⁹⁴ Se Bárd mfl., NJECL, 2018, s. 364 som sætter spørgsmålstejn ved, hvorvidt der er en konflikt mellem gensidig tillid og sikring af individuelle rettigheder, og synes ikke at finde at en sådan eksistere, måske tværtimod styrker sikring af individuelle rettigheder den gensidige tillid

¹⁹⁵ Se afsnit 2.3

3.3.4 Torubarov, AK mfl., og Deutsche Umwelthilfe

Senest har Domstolens Store Afdeling afsagt tre afgørelse, som alle behandler det væsentligste indhold af EUC art. 47.

Den første af disse domme er *Torubarov*.¹⁹⁶ I hovedtræk var spørgsmålet for den ungarske domstol, om det var i overensstemmelse med EUC art. 47, at den foreliggende ret hverken havde kompetence til at tildele Torubarov flygtningestatus eller til at pålægge de ungarske myndigheder at gøre det? Den foreliggende ret var ifølge ungarsk lov alene kompetent til at underkende den administrative myndighedsafgørelse om afslag på asyl, men ikke til at pålægge den relevante myndighed at efterleve sin afgørelse.

I sit forslag til afgørelse nævner GA Borok ikke EUC art. 52, stk. 1, men behandler bl.a. overensstemmelsen med EUC art. 47 efter ækvivalens- og effektivitetsprincippet.¹⁹⁷ Domstolen nævner heller ikke EUC art. 52, stk. 1 eksplicit i sin afgørelse. Trods dette siger Domstolen, at den ungarske lovgivning ”[...] er i strid med det væsentlige indhold af adgang til effektive retsmidler, som er fastlagt i chartrets artikel 47, [...] idet retsinstansen ikke råder over noget middel til at kræve efterlevelse af dens dom.”¹⁹⁸ Afgørelsen er dermed et af de få eksempler på et forhold som Domstolen har fundet stridende med det væsentligste indhold. At afgørelsen er truffet af Store Afdeling, giver den en stor præjudikatsværdi.

Desuden kan afgørelsen ses som et udtryk for at det væsentligste indhold har en selvstændig betydning. Dette gøres tydeligt ved det, at Domstolen ikke ser på det forholdsmæssige i begrænsningen af EUC art. 47. Umiddelbart efter at have konkluderet at den ungarske lovgivning er i strid med det væsentligste indhold, stopper Domstolen behandlingen af spørgsmålet og fortsætter i stedet med, at anvise den foreliggende ret de redskaber, den skal anvende i sin løsning af problemet.¹⁹⁹ Domstolen har alene set på det væsentligste indhold, og denne betingelse kan derfor stå alene.

*AK mfl.*²⁰⁰ lægger sig op ad Domstolens afgørelse i *Torubarov*. I denne sag var spørgsmålet, hvorvidt et særligt oprettet disciplinærudvalg, som skulle behandle klagers sag, lever op til EUC art. 47. Domstolen kommer i den sammenhæng frem til, at hvis en retsinstans, som er tildelt en enekompetence, ikke er uafhængig og upartisk, tilsidesættes ”[...] det væsentligste indhold i retten til effektive retsmidler, som er sikret ved chartrets artikel 47.”²⁰¹ Igen er EUC art. 52, stk. 1 ikke nævnt nogle steder, men ligesom det er tilfældet i *Torubarov*, som der henvises direkte til, må Domstolens præmis forstås i lyset af denne bestemmelse. Og igen må det væsentligste indhold ses som en selvstændig betingelse, eftersom der ikke er lagt op til nogen prøvelse af det forholdsmæssige i oprettelsen af disciplinærudvalget. Konkret i sagen bliver det overladt til den foreliggende ret at bedømme om disciplinærudvalget er uafhængigt og upartisk.²⁰²

¹⁹⁶ Sag C-556/17

¹⁹⁷ Jf. forslag til afgørelse i C-556/17, *Torubarov*, pr. 66-110

¹⁹⁸ Jf. sag C-556/17, *Torubarov*, pr. 72

¹⁹⁹ Jf. *Ibid.*, pr. 74. Løsningen ligger ifølge Domstolen i EU-konform fortolkning og EU-rettens forrang

²⁰⁰ Sag C-585, 624 & 625/18

²⁰¹ Jf. *Ibid.*, pr. 165

²⁰² Jf. *Ibid.*, pr. 171

Også i *Deutsche Umwelthilfe*²⁰³ gentages *Torubarov*. Her kvalificerer den manglende mulighed for at sikre efterlevelse af en afgørelse en krænkelse af det væsentligste indhold af EUC art. 47.²⁰⁴ I sagen havde den foreliggende ret flere gange pålagt delstaten Bayern bøder pga. manglende efterlevelse af pligt til at vedtage en handlingsplan, som lever op til reglerne om luftkvalitet. Den foreliggende ret så kun frihedsprøvelse som en mulighed for at få myndigheden til at rette sig efter sin afgørelse. En sådan løsning stødte dog sammen med individets ret til frihed, som er beskyttet i EUC art. 6, og Domstolen blev derfor spurgt til anvendelsen af frihedsberøvelse som middel til at sikre overholdelse af EUC art. 47.

GA Saugmandsgaard Øe finder i sit forslag til afgørelse, at den foreliggende ret ikke nødvendigvis har udtømt alle andre muligheder end frihedsberøvelse, og af den grund skal den foreliggende ret undersøge om frihedsberøvelse er nødvendigt.²⁰⁵ Denne tilgang forfølges ikke af Domstolen, som alene behandler spørgsmålet om en effektiv domstolsprøvelse ud fra muligheden for frihedsberøvelse.²⁰⁶ Den foreliggende ret skal ifølge Domstolen lave en afvejning af EUC art. 6 overfor art. 47.²⁰⁷ I nærværende tilfælde finder Domstolen, at frihedsberøvelse kan være problematisk i forhold til betingelsen om at en begrænsning af en rettighed skal være fastlagt i lovgivningen og være proportional.²⁰⁸ Hvis den foreliggende ret finder, at det konkret er tilfældet, vil den ikke kunne anvende frihedsberøvelse som middel til at opfylde EUC art. 47.²⁰⁹ Begrænsningen af det væsentligste indhold af EUC art. 47 må altså vige for hensynet til EUC art. 6, hvis den foreliggende ret finder, at begrænsningen af EUC art. 6 ikke lever op til art. 52, stk. 1.²¹⁰ Det kan dermed udledes af dommen, at det væsentligste indhold af EUC art. 47 ikke altid vejer tungest i vægtningen over for andre rettigheder, også uanset at det ikke er det væsentligste indhold af de andre rettigheder, som er krænket.

Dette stiller naturligt et spørgsmål til det væsentligste indholds absolutte karakter, når det må vige af hensyn til andre rettigheder.²¹¹ Kan en absolut rettighed vige for andre rettigheder som det sker i nærværende sag og stadig være absolut? Det synes naturstridigt og peger derfor på det væsentligste indhold som relativt. Måske som en form for kompromis foreslår Domstolen i sagen erstatning som løsning for de borgere, der ikke får deres ret til effektiv domstolsprøvelse ført ud i livet.²¹² Dermed slipper medlemsstaterne ikke gratis ved ikke at leve op til EUC's rettigheder, og borgerne kan indirekte påberåbe deres rettigheder nu over for staten.²¹³ På den måde vil det væsentligste indhold af

²⁰³ Sag C-752/18

²⁰⁴ Jf. *Ibid.*, pr. 35

²⁰⁵ Jf. forslag til afgørelse i C-752/18, *Deutsche Umwelthilfe*, pr. 87

²⁰⁶ Jf. sag C-752/18, *Deutsche Umwelthilfe*, pr. 41

²⁰⁷ Jf. *Ibid.*, pr. 44

²⁰⁸ Jf. *Ibid.*, pr. 49-51

²⁰⁹ Jf. *Ibid.*, pr. 52

²¹⁰ Jf. *Ibid.*, pr. 52

²¹¹ Se afsnit 2.3

²¹² Jf. sag C-752/18, *Deutsche Umwelthilfe*, pr. 54-55

²¹³ Fink, 2020, s. 536, skriver at "*The action for damages may, under certain circumstances, indeed be the only judicial mechanism available to individuals to challenge EU conduct and thus plays an important role in this respect.*" Dette synes at være tilfældet i *Deutsche Umwelthilfe*, dog angående medlemsstatens adfærd. GA Geelhoed nævner i sit forslag til afgørelse i sag C-243/02 P, *Lamperts*, pr. 83, at erstatning "[...] er en nødvendig udvidelse af det generelle princip om effektiv retsbeskyttelse eller retten til domstolsprøvelse."

rettigheden ikke være tilsidesat og uden substans, og begrebet kan derfor stadig være absolut. Løsningen i form af erstatning fra staten er dog for den krænkede borger alene en substitut for den ret de faktisk har mistet, og vil ikke altid være tilfredsstillende for borgeren.²¹⁴ I nærværende tilfælde ønskede Deutsche Umwelthilfe, at der blev lavet en handlingsplan for luftkvalitet, men de ender med en løsning, hvor de kan rejse et erstatningskrav.²¹⁵ For den idealistiske miljøforkæmper, vil en sådan løsning virke tom, men på den anden side vil en frihedsberøvelse uden f.eks. udtrykkelig lovhjemmel også virke stødende. Eksemplet illustrerer meget godt den vanskelighed, der kan opstå ved anvendelsen af absolut forståelse af det væsentligste indhold, hvor en afvejning af to modsatrettede hensyn per definition ikke er muligt. I en situation som den foreliggende tilbyder den relative model end mere fleksibel og praksis løsning, men den synes ikke i overensstemmelse med at Domstolen finder, at det væsentligste indhold af EUC art. 47 i nærværende sag er krænket.

3.3.5 Sager fra Retten

Retten har også i forskellige sager beskæftiget sig med fortolkningen af EUC art. 52, stk. 1.

I *Steinhoff mfl. mod ECB*²¹⁶ blev en begrænsning af ejendomsretten som er sikret i EUC art. 17 behandlet. Vurderingen af begrænsningens overensstemmelse med det væsentligste indhold og proportionalitetsvurderingen bliver af Retten foretaget i én.²¹⁷ Der er ikke her en skilning mellem de to betingelser. Der konkluderes i dommen at, ”På ovenstående baggrund skal det fastslås, at værdiforringelsen af de omtvistede gældsinstrumenter, henset til det forfulgte formål, ikke udgjorde et uforholdsmæssigt og uantageligt indgreb i det centrale indhold af den beskyttede rettighed.”²¹⁸ Efter præmissens indhold skal, ikke alene proportionalitetsvurderingen, men også det væsentligste indhold, afvejes i forhold til ”det forfulgte formål”. Dette viser en relativ forståelse af det væsentligste indhold, hvor det kan være genstand for afvejning.

På samme måde behandlede Retten i *Aquino*²¹⁹ en begrænsning af EUC art. 28 efter art. 52, stk. 1, hvor vurderingen af det væsentligste indhold og proportionalitetsvurderingen skete under et:

*“For det tredje må begrænsningen ikke være uforholdsmæssig. For det første skal den være nødvendig og proportional i forhold til det forfulgte formål. For det andet må »det væsentligste indhold«, dvs. substansen af den pågældende rettighed eller frihed, ikke krænke.”*²²⁰

Retten når dog aldrig til en behandling af det væsentligste indhold og proportionalitetsvurderingen, eftersom den allerede finder at begrænsningen ikke er fastsat ved lov, og stopper behandlingen af

²¹⁴ Jf. Fink, 2020, s. 535

²¹⁵ Hvordan Deutsche Umwelthilfes tab og dermed størrelsen på deres erstatningskrav kan findes, er et relevant spørgsmål

²¹⁶ Jf. sag T-107/17

²¹⁷ Jf. Ibid., pr. 107-114

²¹⁸ Jf. Ibid., pr. 114

²¹⁹ Jf. T-402/18

²²⁰ Jf. Ibid., pr. 62

EUC art. 52, stk. 1 herefter.²²¹ Sammenblandingen af de to betingelser tyder på en relativ forståelse af det væsentligste indhold.²²²

3.4 Afsluttende bemærkninger

Inden for anvendelsesområdet af EUC har Domstolen siden *Schrems* afsagt flere afgørelser, hvor den finder det væsentligste indhold af en rettighed krænket eller overladt til den foreliggende ret, at bedømme om det er tilfældet. Udover de i kapitlet behandlede afgørelser er det væsentligste indhold også fundet krænket i *Bauer og Willmeroth*²²³ og *Max-Planck*²²⁴. Det kan derfor fastslås, at Domstolen aktuelt anvender det væsentligste indhold i sin behandling af begrænsninger af rettighederne efter EUC art. 52, stk. 1. Det væsentligste indhold kan også forventes behandlet af Domstolen i *La Quadrature du Net* og muligvis *Schrems II*.

Schrems sagen skal derfor ikke anses som et engangstilfælde, men nærmere starten på 'another first', på linje med andre af Domstolens skelsættende afgørelser.²²⁵ Denne påstand, at *Schrems* vise sig at være skelsættende, retfærdiggøres af den betydning brugen af det væsentligste indhold kan have, jf. kapitel 4. Den præcise forståelse af det væsentligste indhold er ikke fastlagt endnu, men det virker sikkert, at det allerede er en integreret del af Domstolens praksis. Lenaerts beskriver det væsentligste indhold af grundlæggende rettigheder som "[...] *the most fundamental bastion of liberty that the CJEU [Domstolen] will never give up.*"²²⁶ Om dette er retvisende, er stadig for tidligt at konkludere, men faktum er at det væsentligste indhold allerede spiller en betydelig rolle angående begrænsningen af grundlæggende rettigheder.

Angående det væsentligste indhold forstået som relativt eller absolut, tyder den gennemgåede praksis på at det væsentligste indhold er absolut, idet de fleste af de gennemgåede afgørelser kan læses ud fra den absolutte forståelse. Praksis fra Retten, udtalelser fra generaladvokater, tidligere praksis fra Domstolen og diskussionen i litteraturen,²²⁷ tegner dog et mere mudret billede af dette, da en del af dem anvender den relative forståelse. Tendensen i de seneste afgørelser fra Domstolen behandlet i afsnit 3.3.4 peger dog imod en absolut forståelse.²²⁸

²²¹ Jf. *Ibid.*, pr. 81

²²² Se også T-610/17, *ICL*, pr. 225, hvor det væsentligste indhold udelades i en opremsning af betingelse efter EUC art. 52, stk. 1, og dermed synes betingelsen ikke at bliver tillagt nogen betydning

²²³ Se sag C-569 & 570/16, pr. 49 og Lenaerts, 2019, s. 791

²²⁴ Se sag C-684/16, pr. 26 og Lenaerts, 2019, s. 791

²²⁵ Jf. Lynskey, 2020, s. 80 hvor denne påstand fra Koen Lenaerts gengives

²²⁶ Jf. Lenaerts, 2019, s. 793

²²⁷ Se litteraturen i ovenstående note 72 som behandler tidligere praksis fra Domstolen. Se også Lenaerts, 2019, s. 786-788 der argumenterer for den absolutte forståelse, og Tradimas mfl., 2019, s. 803, som skriver at "*The absolute view appears preferable.*"

²²⁸ Brkan, 2018, s. 350, note 121 medgiver at den absolutte forståelse endnu ikke er empirisk eftervist, men er snarere et resultat af argumentatorisk logik. Dette er også gældende for denne opgave

4 Betydningen af det væsentligste indhold af en grundlæggende rettighed

Efter at der i de foregående kapitler er blevet set på hvad det væsentligste indhold er og hvordan det anvendes af Domstolen, vil dette sidste kapitel se på hvilken betydning det væsentligste indhold har for EU-retten. Det er ikke muligt at komme i dybden med alle de temaer, som det væsentligste indhold rejser, og dette kapitel skal derfor alene ses som en introduktion til emnet.²²⁹

4.1 Forudsætninger

Der er nogle forudsætninger, der skal være opfyldt, førend det væsentligste indhold har betydning i EU-retten. I dette afsnit vil tre af disse forudsætninger blive behandlet.

For det første skal det væsentligste indhold være muligt at finde vha. af enten en definition af begrebet eller gennem praksis. Dawson mfl. skriver at, ”*This concept is arguably meaningless in the sense of being sufficiently elastic and malleable that it has no real boundaries.*”²³⁰ Det er derfor problematisk at rettighederne er beskrevet så kort i EUC, eftersom der derfor ikke er meget at støtte sig op ad. Dette er også sandt, selvom EUC’s forklaringer tages med i betragtningen.

Som beskrevet i afsnit 2.2 er der heller ingen metode til at finde det væsentligste indhold, der ikke kan kritiseres pga. mangler. Ligeledes er sammenhængen med EMRK ikke en hjælp i søgen efter det væsentligste indhold.²³¹

På den anden side har Domstolen indtil flere gange udtalt sig om det væsentligste indhold.²³² Selvom det væsentligste indhold er vanskeligheder at finde, afholder det altså ikke Domstolen fra at anvende og fortolke det. *Schrems* sagen viser f.eks., at en ubegrænset generel adgang til personers beskeder er en krænkelse af det væsentligste indhold af EUC art. 7. På den måde er Domstolen den drivende faktor i arbejdet med at klarlægge substansen af det væsentligste indhold. Fortolkningsstilen hvormed Domstolen ikke altid behandler betingelsen gavner dog ikke denne mulighed for klarlæggelse.

Et alternativ til at vente på retspraksis for at finde det væsentligste indhold, er den foreslåede metode af Lenaerts og Brkan.²³³ Efter denne teori består det væsentligste indhold alene i en beskyttelse af en rettigheds eksistens. *Torubarov* kan ses i denne retning, idet EUC art. 47 kan siges ikke længere at have noget indhold, hvis den foreliggende ret ikke kan træffe en afgørelse, der binder myndighederne.

For det andet skal det væsentligste indhold være absolut, førend det har en betydning for EU-retten. Uden at være absolut er det en del af proportionalitetsvurderingen og har dermed ingen selvstændig betydning.²³⁴ Som angivet i afsnit 3.4 tyder Domstolens praksis på en absolut forståelse, men spørgsmålet er endnu ikke endeligt afgjort.

²²⁹ Se f.eks. Hong, 2020 om betydningen det væsentligste indhold af EUC art. 1 i forbindelse med corona-krisen. Dette behandles ikke nærmere her

²³⁰ Dawson mfl., 2019, s. 772

²³¹ Jf. afsnit 2.1

²³² Se kapitel 3

²³³ Se afsnit 2.2

²³⁴ Se indledningen til kapitel 1 og afsnit 2.3

For det tredje skal begrebet også adskille sig fra effektivitetsprincippet. Dawson mfl. anfører at effektivitetsprincippet i EU-retten kan have den samme funktion som det væsentligste indhold, og dermed gøre at det væsentligste indhold bliver et overflødig begreb.²³⁵ *Deutsche Umwelthilfe* nævner det væsentligste indhold og effektivitetsprincippet i flæng, med den følge at den foreliggende ret skal fortolke de tyske regler EU-konformt eller give EU-retten forrang.²³⁶ At begge begreber nævnes, taler for at de må forstås selvstændigt fra hinanden, hvorimod det faktum at de fører til samme resultat, kan ses som, at de er overlappende i indhold. *Deutsche Umwelthilfe* bringer dermed ikke klarhed over spørgsmålet. Tridimas mfl. argumenterer for at de to begreber er forskellige, og anfører at, ”*In the conceptual gradation of the definition of a right, essence and effectiveness lie at the opposite ends of the spectrum: The first provides for the absolute minimum of protection whilst the second seeks to augment the scope and the functionality of a right.*”²³⁷

Hvorvidt forudsætningerne for at det væsentligste indhold har betydning for EU-retten er opfyldt er stadig uklar. I ingen af de tre gennemgåede punkter har det dog forudsætningen imod sig. Alle tre tilfælde må konstateres stadig at være uafklarede, men den seneste praksis fra Domstolen, hvor det væsentligste indhold flere gange er blevet anvendt og konstateret krænkede, giver en berettigelse til at fortsætte med behandlingen af det væsentligste indhold, som et selvstændigt begreb, der dermed kan have betydning for EU-retten. De nedenstående afsnit vil blive behandlet ud fra denne antagelse.

4.2 Løsningsmodel eller konfliktskaber

Anvendelsen af det væsentligste indhold, som en beskytter af grundlæggende rettigheder, kan have flere forskelligt rettede følger. Nogle af disse vil opstå i forholdet mellem medlemsstaterne og EU eller i forholdet EU og tredjelande.

I den absolutte forståelse af det væsentligste indhold ligger der den beskyttelse, at sekundær EU-ret og national ret alene kan regulere de ikke væsentlige dele af en rettighed.²³⁸ Når Domstolen udtaler sig om det væsentligste indhold af en rettighed, afskærer den dermed samtidig muligheden for at EU's institutioner og medlemsstaternes parlamenter på noget tidspunkt kan indføre en regel, der overtræder denne grænse. Og dette gælder uanset situationen, da der ingen dispensation findes i EUC art. 52, stk. 1. EUC og Domstolens fortolkning af rettighederne sætter derfor en grænse for, hvad de folkevalgte kan vedtage af nye love. Bruger Domstolen denne ”limit of limits”²³⁹ ofte, kan det ende med at undertrykke de politiske institutioners mulighed for at bidrage til udviklingen af grundlæggende rettigheder.²⁴⁰ Omvendt kan det væsentligste indhold også ses som en ”counter-majoritarian residue”,²⁴¹

²³⁵ Jf. Dawson mfl., s. 774

²³⁶ Jf. sag C-752/18, *Deutsche Umwelthilfe*, pr. 41-43

²³⁷ Jf. Tridimas mfl., 2019, s. 805. Krommendijk, 2016, s. 1404 finder også at EUC art. 47 er forskelligt fra effektivitetsprincippet

²³⁸ Jf. Lenaerts, 2019, s. 792

²³⁹ Tradimas mfl., 2019, s. 795 kalder det væsentligste indhold dette

²⁴⁰ Jf. Dawson mfl., 2019, s. 775-776

²⁴¹ Jf. Tradimas mfl., 2019, s. 815

der kan sikre en fri debat om grundlæggende rettigheder inden for de politiske institutioner, og samtidig opretholde den sikkerhed, at det væsentligste indhold virker som en modvægt mod flertallets eventuelle råden på bekostning af mindretal.

EUC har tidligere ført til konflikter mellem EU-retten og de nationale systemer. I *Ajos* afviste Højesteret at EUC har horisontal effekt i Danmark, med henvisning til at EUC ikke ved den danske tiltrædelseslov var gjort umiddelbar anvendelig.²⁴² Det væsentligste indhold er mindst lige så indgribende for medlemsstaterne som den horisontale effekt, da det væsentligste indhold virker som en ubrydelig grænse, hvor formål med begrænsningen aldrig kan spille en rolle. Anvendes det væsentligste indhold hyppigt af Domstolen, kan det derfor muligvis medvirke til en optrapning af konflikt mellem EU og medlemsstaterne.

På den anden side kan det væsentligste indhold også være med til at løse konflikterne mellem EU og medlemsstaterne, idet Domstolen har fået et meget effektivt virkningsmiddel. Dawson mfl. anfører at en løsningsmodel, hvor det væsentligste indhold anvendes "[...] makes it far harder for the Polish government to justify its current raft of judicial reforms."²⁴³ Hvis Domstolen havde fulgt op på GA Tanchevs forslag til afgørelse i *Kommissionen mod Polen* og *Kommissionen mod Polen II*, ville Polen aldrig kunne retfærdiggøre en lovgivning som den pådømte, idet Domstolen en gang for alle har kaldt den stridende med det væsentligste indhold. Domstolen har dermed gennem det væsentligste indhold fået et yderst effektivt værktøj til at opretholde sine grundlæggende værdier udtrykt i TEU art. 2, og dette uden at skulle indgå i en mere specifik diskussion af det forholdsmæssige i f.eks. de polske reformer. Noget andet er, om det ud fra en politisk vinkel er et værktøj, der vil blive accepteret. Måske derfor foreslår Brkan og Lenaerts også, at det væsentligste indhold alene reserveres til de mest ekstreme tilfælde.²⁴⁴ Hensigtsmæssigheden i brugen af det væsentligste indhold over for medlemsstater ligger dog uden for denne opgave, og vil ikke blive vurderet videre her. I *Kommissionen mod Polen* og *Kommissionen mod Polen II* anvendte Domstolen som sagt heller ikke dette værktøj, så hvorvidt den overhovedet er klar til det, er udover GA Tanchevs forslag til afgørelse uafklaret.

En anden måde det væsentligste indhold kan være et belejligt redskab for Domstolen er i forhold til tredjelande. Ved at anvende det væsentligste i *Schrems*, undgår Domstolen at skulle vurdere amerikanske sikkerhedshensyn over for europæiske hensyn til sikring af de grundlæggende rettigheder i EUC.²⁴⁵ Domstolen undgår dermed at skulle foretage en konkret analyse af amerikanske sikkerhedsforhold, som både kan være nærmest umuligt pga. manglende adgang til oplysninger, og som potentielt kan være problematisk for et fortsat samarbejde mellem EU og USA. Brugen af det væsentligste indhold kan dermed virke konfliktnedtrappende.²⁴⁶ Omvendt har EU en gang for alle sat sin beskyttelse af det væsentligste indhold højere end noget andet. Det hensigtsmæssige i dette behandles ikke i denne opgave.

²⁴² Jf. U 2017.824 H, s 851

²⁴³ Jf. Dawson mfl., 2019, s. 777

²⁴⁴ Se note 49

²⁴⁵ Se Brkan, 2019, 874-877

²⁴⁶ Se også afsnit 3.3.2, hvor dette var tilfældet i *LM*. For kritik af tilgangen se note 192 og 194

Til sidst kan anvendelsen af det væsentligste indhold også skabe problemer i forhold til EU's muligheder for indgåelse af aftaler med tredjelande. Ved at Domstolen anvender EUC's grundlæggende rettigheder til at underkende internationale aftaler mellem EU og tredjelande, som tilfældet er i *Schrems, Udtalelse 1/15* og potentielt *Schrems II*, gør Domstolen det meget svært for EU at indgå sådanne aftaler med tredjelande, eftersom disse kan være uvillige til at indgå en aftale, af frygt for at den senere alligevel bliver underkendt af Domstolen.²⁴⁷ EU's politiske institutioners handlemuligheder indskrænkes på den måde af Domstolens anvendelse af EUC.

4.3 Betydning for den horisontale effekt?

I kølvandet på Højesterets afgørelse i *Ajos*, er EUC's direkte horisontale effekt blevet diskuteret flittigt i Danmark.²⁴⁸ Også på EU-plan har emnet være debatteret.²⁴⁹ Uden at skulle gå ind i den meget omfattende diskussion om den direkte horisontale effekt af EUC i lyset af art. 51,²⁵⁰ vil dette afsnit kort behandle den betydning, som det væsentligste indhold har for den direkte horisontale effekt af rettighederne i EUC.

Til at starte med kan det helt generelt slås fast, at rettighederne i EUC alene kan skabe direkte horisontal effekt, hvis de indeholder en klar og præcis forpligtelse og er uafhængige af gennemførelsesforanstaltninger.²⁵¹ Dette gælder også over for private uanset EUC art. 51.²⁵²

Nogle rettigheder i EUC er i stand til skabe direkte horisontal effekt i hele deres udstrækning, eftersom de opfylder betingelserne angivet umiddelbart ovenfor. De dele af rettigheden som ligger uden for det væsentligste indhold kan også skabe direkte horisontal effekt.²⁵³ Et eksempel på dette er *Egenberger*.²⁵⁴ Det væsentligste indhold af retten til ikke at blive forskelsbehandlet på grund af tro var i sagen ikke krænket. Det var den del af rettigheden, der lå uden for det væsentligste indhold, som var ulovligt begrænset.²⁵⁵ Tvisten var mellem to private parter, men uanset at det væsentligste indhold ikke var krænket, kunne EUC art. 21 påberåbes over for private.²⁵⁶

Andre rettigheder opfylder ikke betingelserne for at have direkte horisontal effekt i deres fulde udstrækning. Alene deres væsentligste indhold kan tillægges direkte horisontal effekt.²⁵⁷ Dette er underbygget i Domstolens to sager *Bauer og Willmeroth* og *Max-Planck*, hvor det væsentligste indhold af EUC art. 31, stk. 2 er krænket.²⁵⁸ Her finder Domstolen, at det væsentligste indhold af EUC art.

²⁴⁷ Jf. Kuner, 2018, s. 881

²⁴⁸ Sørensen mfl., 2019, s. 182 kalder EUC's direkte horisontale effekt for kontroversiel

²⁴⁹ Jf. note 1 i *Skovgaard-Petersen*, 2019

²⁵⁰ Se for en gennemgang af EUC's horisontale effekt *Skovgaard-Petersen*, 2019 i sin helhed

²⁵¹ Jf. Lenaerts, 2019, s. 788 og Christoffersen, 2018, s. 51

²⁵² Jf. sag C-569 & 570/16, *Bauer og Willmeroth*, pr. 88 og sag C-684/16, *Max-Planck*, pr. 77

²⁵³ Jf. Lenaerts, 2019, s. 789-790

²⁵⁴ Sag C-414/16

²⁵⁵ Jf. *Ibid.*, pr. 51 og 68

²⁵⁶ Jf. *Ibid.*, pr. 76

²⁵⁷ Jf. Lenaerts, 2019, s. 790-792

²⁵⁸ Jf. sag C-569 & 570/16, *Bauer og Willmeroth*, pr. 49 og sag C-684/16, *Max-Planck*, pr. 26

31, stk. 2 opfylder kriterierne for direkte horisontal effekt.²⁵⁹ Lenaerts konkluderer på baggrund af de to sager at, *“Accordingly, the essence of such a right is unconditional and mandatory in nature, applying not only to the action of public authorities, but also in disputes between private parties. Secondary EU law or, as the case may be, national law, are called upon only to determine non-essential elements of that right. Thus, in the light of the rulings of the CJEU [Domstolen] in Bauer and Willmeroth and Max-Planck, one may argue that Article 31(2) of the Charter may be relied upon where a national measure compromises the essence of the right to paid annual leave by bringing about the loss of that right. Conversely, that is not the case with respect to nonessential elements of that right, such as the precise duration of annual leave and, where appropriate, certain conditions under which that right is to be exercised.”*²⁶⁰

I *Bauer og Willmeroth og Max-Planck* er de elementer af rettighederne uden for det væsentligste indhold ikke klare, præcise og uafhængige af gennemførelsesforanstaltninger, således at de kan tillægges direkte horisontal effekt. Af den grund kan alene det væsentligste indhold af EUC art. 31, stk. 2 tillægges dette.

Som en betingelse for at det væsentligste indhold har horisontale direkte effekt, anfører Domstolen, at EUC art. 31, stk. 2 er en bestemmelse med både bindende og ubetinget karakter, som ikke kræver konkretisering af sit væsentligste indhold.²⁶¹ Bestemmelser som f.eks. EUC art. 27, som indeholder ordlyden *“[...] på de betingelser, der er fastsat i EU-retten og national lovgivning og praksis.”*, kan ikke antages at opfylde denne betingelse. EUC art. 27's væsentligste indhold kan af den grund ikke tillægges direkte horisontal effekt.²⁶²

Sammenfattende kan det ud fra det ovenstående ses, at det væsentligste indhold har en betydning for den horisontale direkte effekt. Nogle rettigheder kan ikke tillægges direkte horisontal effekt i deres fulde udstrækning, men alene for deres væsentligste indhold. For andre rettigheder kan end ikke deres væsentligste indhold tillægges dette.

5 Konklusion

I denne opgave er det væsentligste indhold af en grundlæggende rettighed i EUC blevet behandlet. Før Lissabontraktatens vedtagelse har det væsentligste indhold eksisteret som begreb i EU-retten ved Domstolens praksis, men ved traktatens vedtagelse blev det også en del af den skrevne ret igennem EUC art. 52, stk. 1.

Det væsentligste indeholder som begreb findes også i mange af medlemsstaternes forfatningssystemer. Ligeledes kan man finde begrebet udtrykt i EMD's praksis. Derudover findes det væsentligste indhold også som en del af folkeretten.

²⁵⁹ Jf. sag C-569 & 570/16, *Bauer og Willmeroth*, pr. 83-85 og sag C-684/16, *Max-Planck*, pr. 72-74

²⁶⁰ Jf. Lenaerts, 2019, s. 792

²⁶¹ Jf. sag C-569 & 570/16, *Bauer og Willmeroth*, pr. 85 og sag C-684/16, *Max-Planck*, pr. 74

²⁶² Denne konklusion synes også at lægge i Lenaerts, 2019, s. 792

Det er endnu ikke afklaret, om det væsentligste indhold i EUC art. 52, stk. 1 skal forstås som et autonomt EU-retligt begreb, eller om det skal fortolkes i overensstemmelse med de internationale kilder og medlemsstaternes traditioner? Både gældende ret fra medlemsstaterne og fra EMD kan tillægges en vis betydning, men omfanget heraf synes ikke betydeligt.

Ingen steder i EU-retten findes der en definition af det væsentligste indhold. Der hersker derfor flere forskellige metoder foreslået i teorien. *Digital Rights* kan illustrere, at Domstolens praksis ikke har lagt sig fast på en af disse metoder.

I den forbindelse har opgaven også belyst, hvor svært det er at finde ud af om et konkret tilfælde er inden for eller uden for en rettigheds væsentligste indhold. Det vanskeliggør denne opgave, at Domstolen sjældent udtaler sig om det væsentligste indhold, eftersom den finder det unødvendigt at behandle betingelsen i de fleste sager.

Domstolens praksis omkring det væsentligste indhold er ikke alene i forbindelse med EUC. Også før Lissabontraktaten og uden for EUC's anvendelsesområde anvendes begrebet. Domstolens praksis fra før Lissabontraktaten, kan anvendes til at forstå det væsentligste indhold i EUC art. 52, stk. 1. Fortolkningsbidraget svækkes noget af, at Domstolen ikke før Lissabontraktaten har fundet det væsentligste indhold af en rettighed krænket. Uden for EUC har Domstolen i bl.a. *Kommissionen mod Polen* fundet, at TEU art. 2 og art 19, stk. 1, 2. pkt. har et væsentligste indhold. EUC art. 47 er en bekræftelse af TEU art. 19, stk. 1, 2. pkt., og bestemmelsen kan derfor anvendes til at forstå det væsentligste indhold af EUC art. 47. Praksis fra Domstolen har ikke fundet det væsentligste indhold af TEU art. 19, stk. 1, 2. pkt. for krænket, men har dog bidraget til forståelsen af EUC art. 47 ved at udtale sig om det væsentligste indhold af TEU art. 19, stk. 1, 2. pkt.

Gennemgangen af Domstolens praksis i afsnit 3.3 og opsummeringen i afsnit 3.4 har vist, at Domstolens faktisk anvender det væsentligste indhold til at vurdere begrænsninger af de grundlæggende rettigheder. Det væsentligste indhold har derfor en betydning for gældende ret omkring EUC art. 52, stk. 1. *Schrems* sagen skal ikke anses som et engangstilfælde. Den skal nærmere ses som starten på en ny betydningsfuld sagsrække inden for EU-retten angående det væsentligste indhold, som vil have betydning for den fremtidige mulighed for at indføre begrænsninger af de grundlæggende rettigheder.

Det væsentligste indhold kan enten forstås som enten absolut eller relativt. *Schrems* kan illustrere hver sin teori, og allerede deraf kan det ses, at Domstolens praksis ikke er entydig. I litteraturen og blandt generaladvokaterne er der derfor også delte meninger om spørgsmålet. De seneste sager for Retten peger på en relativ forståelse. *Torobarov, AK mfl.* og tildeles *Deutsche Umwelthilfe* peger dog på en absolut forståelse. Den absolutte forståelse er derfor den mest sandsynlige i lyset af den nyeste retspraksis, særligt hvis Domstolen følger GA Saugmandsgaard Øes forslag til afgørelse i *Schrems II*. Spørgsmålet om rigtigheden af en absolut eller relativ forståelse af det væsentligste indhold kan dog ikke regnes for endeligt afklaret endnu. Illustrativ for usikkerheden i denne fastlæggelse er *Deutsche Umwelthilfe*, der fastslår at EUC's væsentligste indhold er krænket på en måde, der støtte den

absolutte forståelse, men så samtidig siger, at denne rettigheds væsentligste indhold må vige for rettigheden i EUC art. 6. Erstatningspligt for medlemsstaten er måske løsningen for opretholdelsen af et absolut begreb.

Til sidst i opgaven er der set på de forudsætninger, som det væsentligste indhold skal opfylde, førend det har en betydning for grundlæggende rettigheder i EUC. Det skal herefter være et absolut begreb, være muligt at definere eller udlede af praksis, samt være forskelligt fra effektivitetsprincippet. Alle disse forudsætninger er endnu ikke helt afklaret, men intet taler imod at forudsætningerne er opfyldte.

Som belyst med *Schrems* og *Kommissionen mod Polen II* kan det væsentligste indhold tilføjer Domstolen et yderst effektivt og nyttigt redskab. Dette redskab gør, at Domstolen ikke behøver at bevæge sig ind i en svær og til tider kontroversiel proportionalitetsvurdering. Tilmed gøres det på denne måde meget svært for den sagsøgte part at forsvare en begrænsning af rettigheden. Omvendt kan det væsentligste indhold være et meget drastisk værktøj at anvende, som kan føre til nogle uforsonlige resultater, idet der skal ses helt bort fra et påstået formål for begrænsningen.

Derudover kan Domstolens praksis ved underkendelsen af f.eks. kommissionens afgørelse i *Schrems* og af PNR-aftalen i *Udtalelse 1/15*, være med til at besværliggøre EU's muligheder for at indgå fremtidige aftaler med tredjelande. Tredjelande kan frygte at de spilder tiden, hvis Domstolen alligevel underkender aftalen bagefter.

Yderligere begrænser det væsentligste indhold også EU-institutionerne og medlemsparlamenterne rolle, idet de herefter alene kan definere ikke væsentlige dele af en grundlæggende rettighed. Domstolen får derfor en meget fremtrædende rolle.

Til sidst har det væsentligste indhold betydning for den direkte horisontale effekt af EUC-rettighederne. For nogle af rettighederne har alene det væsentligste indhold direkte horisontale effekt. Dette er efter *Bauer og Willmeroth* og *Max-Planck* tilfældet for EUC art. 31, stk. 2. For andre rettigheder såsom EUC art. 21, har hele rettigheden direkte horisontal effekt. Omvendt kan f.eks. EUC art. 27's væsentligste indhold pga. bestemmelsens natur ikke tillægges direkte horisontal effekt.

Bilag 1 - Kilder

Artikler

Bárd, Petra og van Ballegooij, Wouter, *Judicial Independence as a Precondition for Mutual Trust*, på *verfassungsblog.de*, 2018

Findes via <https://verfassungsblog.de/judicial-independence-as-a-precondition-for-mutual-trust/>, besøgt 21.02.2020

Henvisning: (Bárd mfl., blog, 2018)

Bárd, Petra og van Ballegooij, Wouter, *Judicial Independence as a Precondition for Mutual Trust? The CJEU in Minister for Justice and Equality v. LM*, i *New Journal of European Criminal Law*, nr. 9(3), s. 353-365, 2018

Henvisning: (Bárd mfl., NJECL, 2018)

- Brkan, Maja, *In search of the concept of essence of EU fundamental rights through the prism of data privacy*, i Maastricht Faculty of Law Working Paper 2017-01, 2017
Henvisning: (Brkan, 2017)
- Brkan, Maja, *The Concept of Essence of Fundamental Rights in the EU Legal Order: Peeling the Onion to its Core*, i European Constitutional Law Review, nr. 14, s. 332-368, 2018
Henvisning: (Brkan, 2018)
- Brkan, Maja, *The Essence of the Fundamental Rights to Privacy and Data Protection: Finding the Way Through the Maze of the CJEU's Constitutional Reasoning*, i German Law Journal, nr. 20(6), s. 864-883, 2019
Henvisning: (Brkan, 2019)
- Chalmers, Damian og Trotter, Sarah, *Fundamental rights and legal wrongs: the two sides of the same EU coin*, i European Law Journal, nr. 22(1), s. 9-39, 2016
Henvisning: (Chalmers mfl., 2016)
- Dawson, Mark; Lynskey, Orla og Muir, Elise, *What is the Added Value of the Concept of the "Essence" of EU Fundamental Rights?*, i German Law Journal, nr. 20(6), s. 763-778, 2019
Henvisning: (Dawson mfl., 2019)
- Fink, Melanie, *The Action for Damages as a Fundamental Rights Remedy: Holding Frontex Liable*, i German Law Journal nr. 21(3), s. 532-548, 2020
Henvisning: (Fink, 2020)
- Gutman, Kathleen, *The Essence of the Fundamental Right to an Effective Remedy and to a Fair Trial in the Case-Law of the Court of Justice of the European Union: The Best Is Yet to Come?*, i German Law Journal, nr. 20(6), s. 884-903, 2019
Henvisning: (Gutman, 2019)
- Hijmans, Hielke, *PNR Agreement EU-Canada Scrutinised: CJEU Gives Very Precise Guidance to Negotiators*, European Data Protection Law Review (EDPL), nr. 3(3), s. 406-412, 2017
Henvisning: (Hijmans, 2017)
- Hong, Mathias, *Corona-Triage and Human Dignity: On the Limits of Balancing Life Against Life*, på verfassungsblog.de, 2020
Findes via <https://verfassungsblog.de/corona-triage-and-human-dignity/>, besøgt 21.04.2020
Henvisning: (Hong, 2020)
- Husovec, Martin, *The Essence of Intellectual Property Rights Under Article 17(2) of the EU Charter*, i German Law Journal, nr. 20(6), s. 840-863, 2019
Henvisning: (Husovec, 2019)
- Krajewski, Michal, *Who is Afraid of the European Council? The Court of Justice's Cautious Approach to the Independence of Domestic Judges*, i European Constitutional Law Review, nr. 14, s. 792-813, 2018
Henvisning: (Krajewski, 2018)

Krommendijk, Jasper, *Is there light on the horizon? The distinction between “Rewe effectiveness” and the principle of effective judicial protection in Article 47 of the Charter after Orizzonte*, i *Common Market Law Review*, nr. 53, s. 1395–1418, 2016

Henvisning: (Krommendijk, 2016)

Kuner, Christopher, *Reality and Illusion in EU Data Transfer Regulation Post Schrems*, i *German Law Journal*, nr. 18(4), s. 881-918, 2017

Henvisning: (Kuner, 2017)

Kuner, Christopher, *International agreements, data protection, and EU fundamental rights on the international stage: Opinion 1/15, EU-Canada PNR*, *Common Market Law Review*, nr. 55(3), s. 857–882, 2018

Henvisning: (Kuner, 2018)

Lenaerts, Koen, *Limits on Limitations: The Essence of Fundamental Rights in the EU*, i *German Law Journal*, nr. 20(6), s. 779-793, 2019

Henvisning: (Lenaerts, 2019)

Lenaerts, Koen, *New Horizons for the Rule of Law Within the EU*, i *German Law Journal* nr. 21(1), 29–34, 2020

Henvisning: (Lenaerts, 2020)

Lynskey, Orla, *Delivering Data Protection: The Next Chapter*, i *German Law Journal* nr. 21(1), s. 80–84, 2020

Henvisning: (Lynskey, 2020)

Muir, Elise, *The Essence of the Fundamental Right to Equal Treatment: Back to the Origins*, i *German Law Journal*, nr. 20(6), 2019, s. 817-839 Thielbörger, Pierre, *The “Essence” of International Human Rights*, i *German Law Journal*, nr. 20(6), s. 924-939, 2019

Henvisning: (Muir, 2019)

Ojanen, Toumas, *Making the Essence of Fundamental Rights Real: The Court of Justice of the European Union Clarifies the Structure of Fundamental Rights under the Charter*, i *European Constitutional Law Review*, nr. 12, s. 318–329, 2016

Henvisning: (Ojanen, 2016)

Rui, Jon Petter, *Fra EU-domstolen: Grenser for myndighetenes lagring av og tilgang til trafikk- og lokaliseringsdata*, i *Tidsskrift for Strafferett*, årgang 17, nr. 2, s. 146–168, 2017

Henvisning: (Rui, 2017)

Scheinin, Martin, *Terrorism and the Pull of ‘Balancing’ in the Name of Security*, i Scheinin, Martin (red), *Law and Security – Facing the Dilemmas*, EUI working papers Law 2009/11, s. 55-64, 2009

Henvisning: (Scheinin, 2009)

Scheinin, Martin og Vermeulen, Mathias, *Unilateral exceptions to international law: Systematic legal analysis and critique of doctrines that seek to deny or reduce the applicability of human rights norms in the fight against terrorism*, EUI working papers Law 2010/8, 2010

Henvisning: (Scheinin mfl., 2010)

Simonelli, Marco Antonio, “... And Justice for All?” *The right to an independent tribunal after the ruling of the Court of Justice in LM*, i *New Journal of European Criminal Law*, nr. 10(4), s. 329-341, 2019

Henviſning: (Simonelli, 2019)

Skovgaard-Petersen, Henrik, *Horisontal direkte virkning af EU’s Charter om Grundlæggende Rettigheder – praksis og perspektiver*, i *EU-ret og Menneskeret*, nr. 3, s. 50-75, 2019

Henviſning: (Skovgaard-Petersen, 2019)

Śledzińska-Simon, Anna og Bárd, Petra, *The Teleos and the Anatomy of the Rule of Law in EU Infringement Procedures*, i *Hague Journal on the Rule of Law*, nr. 11, s. 439–445, 2019

Henviſning: (Śledzińska-Simon mfl., 2019)

Tridimas, Takis og Gentile, Giulia, *The Essence of Rights: An Unreliable Boundary?* i *German Law Journal*, nr. 20(6), s. 794-816, 2019

Henviſning: (Tridimas mfl., 2019)

Tsakyrakis, Stavros, *Proportionality: An assault on human rights?* i *International Journal of Constitutional Law*, nr. 7(3), s. 468-493, 2009

Henviſning: (Tsakyrakis, 2009)

Van Drooghenbroeck, Sébastien og Rizcallah, Cecilia, *The ECHR and the Essence of Fundamental Rights: Searching for Sugar in Hot Milk?* i *German Law Journal*, nr. 20(6), s. 904-923, 2019

Henviſning: (Van Drooghenbroeck mfl., 2019)

Von Bogdandy, Armin og Spieker, Luke Dimitrios, *Countering the Judicial Silencing of Critics: Article 2 TEU Values, Reverse Solange, and the Responsibilities of National Judges*, i *European Constitutional Law Review*, nr. 15, s. 391–426, 2019

Henviſning: (Von Bogdandy mfl., 2019)

Wójcik, Anna, *Muzzle Law leads German court to refuse extradition of a Pole to Poland under the European Arrest Warrant*, på ruleoflaw.pl, 2020

Findes via <https://ruleoflaw.pl/muzzle-act-leads-german-to-refuse-extradition-of-a-pole-to-poland-under-the-european-arrest-warrant/>, besøgt 21.04.2020

Henviſning: (Wójcik, 2020)

Bøger

Albanesi, Enrico, *The use of the EU infringement procedures to protect de facto the rule of law via the development of the parameter. From obligations under the Treaties to the Charter of Fundamental Rights*, i Belov, Martin (red), *Courts, Politics and Constitutional Law: Judicialization of Politics and Politicization of the Judiciary*, Routledge, 2020

Henviſning: (Albanesi, 2020)

Alexy, Robert, *A theory of constitutional rights*, Oxford University Press, 2002

Henviſning: (Alexy, 2002)

Christoffersen, Jonas, *Human rights and balancing: The principle of proportionality*, i Geiger, Christopher (red), *Research Handbook on Human Rights and Intellectual Property*, Edward Elgar

Publishing Limited, 2015

Henvisning: (Christoffersen, 2015)

Christoffersen, Jonas, *Introduktion*, i EU's Charter om Grundlæggende rettigheder, 2.udg., Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2018

Henvisning: (Christoffersen, 2018)

Evald, Jens, *Juridisk teori, metode og videnskab*, 1. udg., Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2016

Henvisning: (Evald, 2016)

Habermas, Jürgen, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Polity Press, 1996

Henvisning: (Habermas, 1996)

Klatt, Matthias og Meister, Moritz, *The method of balancing*, i The constitutional structure of proportionality, Oxford University Press, 2012

Henvisning: (Klatt mfl., 2012)

Peers, Steve og Prechal, Sacha, *Article 52 – Scope and Interpretation of Rights and Principles*, i Peers, Steve mfl. (red), The EU Charter of Fundamental Rights – A Commentary, Hart Publishing, 2014

Henvisning: (Peers mfl., 2014)

Storgaard, Louise Halleskov, *Afsnit VII. Almindelige bestemmelser vedrørende fortolkning og anvendelse af Chartret*, i EU's Charter om Grundlæggende rettigheder, 2. udg., Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2018

Henvisning: (Storgaard, 2018)

Sørensen, Karsten Engsig og Danielsen, Jens Hartig, *EU-Retten*, 7. udg., Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2019

Henvisning: (Sørensen mfl., 2019)

Van Gestel, Rob og De Poorter, Jurgen, *In the Court We Trust: Cooperation, Coordination and Collaboration between the ECJ and Supreme Administrative Courts*, Cambridge University Press, 2019

Henvisning: (Van Gestel mfl., 2019)

Rapporter og vejledninger

Scheinin, Martin og Sorell, Tom, *Surveillance: Ethical issues, legal limitations, and efficiency*, rapport fra Survielle, FP7- SEC-2011-284725, 2015

Findes via <https://surveille.eui.eu/wp-content/uploads/sites/19/2015/04/D4.10-Synthesis-report-from-WP4.pdf>. Besøgt 27.02.2020

Henvisning: (Scheinin mfl., 2015)

FRA - European Union Agency for Fundamental Rights, *Applying the Charter of Fundamental Rights of the European Union in law and policymaking at national level – Guidance*, Handbook, 2018

Findes via https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2018-charter-guidance_en.pdf, besøgt 22.04.2020

Henvisning: (FRA Handbook, 2018)

FRA - European Union Agency for Fundamental Rights, *Challenges and opportunities for the implementation of the Charter of Fundamental Rights*, Opinion 4/2018, 2018

Findes via https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-opinion-04-2018_charter-implementation.pdf, besøgt 22.04.2020

Henvisning: (FRA Opinion, 2018)

Afgørelser

Domstolen

Dommene er opstillede efter sagsnummer:

Sag 4/73, *Nold*, ECLI:EU:C:1974:51, dom af 14. maj 1974

Sag C-292/97, *Karlsson*, ECLI:EU:C:2000:202, Sjette Afdelings dom af 13. april 2000

Sag C-353/99, *Rådet mod Hautala*, ECLI:EU:C:2001:661, dom af 6. december 2001

Sag C-34/09, *Zambrano*, ECLI:EU:C:2011:124, Store Afdelings dom af 8. marts 2011

Sag C-426/11, *Alemo-Herron*, ECLI:EU:C:2013:521, Tredje Afdelings dom af 18. juli 2013

Sag C-293/12, *Digital Rights*, ECLI:EU:C:2014:238, Store Afdelings dom af 8. april 2014

Sag C-528/13, *Leger*, ECLI:EU:C:2015:288, fjerde Afdelings dom af 29. april 2015

Sag C-580/13, *Coty Germany*, ECLI:EU:C:2015:485, Fjerde Afdelings dom af 16. juli 2015

Sag C-165/14, *Rendon Marín*, ECLI:EU:C:2016:675, Store Afdelings dom af 13. september 2016

Sag C-258/14, *Florescu*, ECLI:EU:C:2017:448, Store Afdelings dom af 13. juni 2017

Sag C-362/14, *Schrems*, ECLI:EU:C:2015:650, Store Afdelings dom af 6. oktober 2015

Sag C-72/15, *Rosneft*, ECLI:EU:C:2017:236, Store Afdelings dom af 28. marts 2017

Sag C-203 & 698/15, *Tele2*, ECLI:EU:C:2016:970, Store Afdelings dom af 21. december 2016

Sag C-64/16, *ASJP*, ECLI:EU:C:2018:117, Store Afdelings dom af 27. februar 2018

Sag C-73/16, *Pušár*, ECLI:EU:C:2017:725, Anden Afdelings dom af 27. september 2017

Sag C-190/16, *Fries*, ECLI:EU:C:2017:513, Første Afdelings dom af 5. juli 2017

Sag C-414/16, *Egenberger*, ECLI:EU:C:2018:257, Store Afdelings dom af 17. april 2018

Sag C-540/16, *Spika*, ECLI:EU:C:2018:565, Femte Afdelings dom af 12. juli 2018

Sag C-569 & 570/16, *Bauer og Willmeroth*, ECLI:EU:C:2018:871, Store Afdelings dom af 6. november 2018

Sag C-684/16, *Max-Planck*, ECLI:EU:C:2018:874, Store Afdelings dom af 6. november 2018

Sag C-136/17, *GC mfl.*, ECLI:EU:C:2019:773, Store Afdelings dom af 24. september 2019

Sag C-235/17, *Kommissionen mod Ungarn*, ECLI:EU:C:2019:432, Store Afdelings dom af 21. maj 2019

Sag C-430/17, *Walbusch Walter*, ECLI:EU:C:2019:47, Tredje Afdelings dom af 23. januar 2019

Sag C-482/17, *Tjekkiet mod Parlamentet og Rådet*, ECLI:EU:C:2019:1035, Store Afdelings dom af 3. december 2019

Sag C-556/17, *Torubarov*, ECLI:EU:C:2019:626, Store Afdelings dom af 29. juli 2019

Sag C-70/18, *A mfl.*, ECLI:EU:C:2019:823, Første Afdelings dom af 3. oktober 2019

Sag C-192/18, *Kommissionen mod Polen II*, ECLI:EU:C:2019:924, Store Afdelings dom af 5. november 2019

Sag C-216/18 PPU, *LM*, ECLI:EU:C:2018:586, Store Afdelings dom af 25. juli 2018

Sag C-230/18, *PI*, ECLI:EU:C:2019:383, Sjette Afdelings dom af 8. maj 2019

Sag C-492/18 PPU, *TC*, ECLI:EU:C:2019:108, Første Afdelings dom af 12. februar 2019

Sag C-558 & 563/18, *Lowicz*, ECLI:EU:C:2020:234, Store Afdelings dom af 26. marts 2020

Sag C-585, 624 & 625/18 *AK mfl.*, ECLI:EU:C:2019:982, Store Afdelings dom af 19. november 2019

Sag C-619/18, *Kommissionen mod Polen*, ECLI:EU:C:2019:531, Store Afdelings dom af 24. juni 2019

Sag C-752/18, *Deutsche Umwelthilfe*, ECLI:EU:C:2019:1114, Store Afdelings dom af 19. december 2019

Sag C-785/19, *GAEC*, ECLI:EU:C:2020:46, Fjerde Afdelings dom af 29. januar 2020

Forslag til afgørelser fra Domstolens Generaladvokater

Forslagene er opstillede efter sagsnummer:

Forslag til afgørelse i C-353/99, *Rådet mod Hautala*, ECLI:EU:C:2001:392, forslag af 10. juli 2001 fra GA Léger

Forslag til afgørelse i C-243/02 P, *Lamperts*, ECLI:EU:C:2003:394, forslag af 23. marts 2004 fra GA Geelhoed

Forslag til afgørelse i C-650/13, *Delvigne*, ECLI:EU:C:2015:363, forslag af 4. juni 2015 fra GA Cruz Villalón

Forslag til afgørelse i C-165/14, *Rendon Marín*, ECLI:EU:C:2016:75, forslag af 4. februar 2016 fra GA Szpunar

Forslag til afgørelse i C-203/15, *Tele2*, ECLI:EU:C:2016:572, forslag af 19. juni 2016 af GA Saugmandsgaard Øe

Forslag til afgørelse i C-136/17, *GC mfl.*, ECLI:EU:C:2019:14, forslag af 10. januar 2019 fra GA Szpunar

Forslag til afgørelse i C-556/17, *Torubarov*, ECLI:EU:C:2019:339, forslag af 30. april 2019 fra GA Bobek

Forslag til afgørelse i C-623/17, *Privacy International*, ECLI:EU:C:2020:5, forslag af 15. januar 2020 fra GA Campos Sánchez-Bordona

Forslag til afgørelse i C-192/18, *Kommissionen mod Polen II*, ECLI:EU:C:2019:529, forslag af 20. juni 2019 fra GA Tanchev

Forslag til afgørelse i C-311/18, *Schrems II*, ECLI:EU:C:2019:1145, forslag af 19. december 2019 fra GA Saugmandsgaard Øe

Forslag til afgørelse i C-511 & 512/18, *La Quadrature du Net*, ECLI:EU:C:2020:6, forslag af 15. januar 2020 fra GA Campos Sánchez-Bordona

Forslag til afgørelse i C-520/18, *Ordre des barreaux*, ECLI:EU:C:2020:7, forslag af 15. januar 2020 fra GA Campos Sánchez-Bordona

Forslag til afgørelse i C-558 & 563/18, *Lowicz*, ECLI:EU:C:2019:775, forslag af 24. september 2019 fra GA Tanchev

Forslag til afgørelse i C-619/18, *Kommissionen mod Polen*, ECLI:EU:C:2019:325, forslag af 11. april 2019 fra GA Tanchev

Retten

Afgørelserne er opstillede efter sagsnummer:

T-14/98, *Hautale mod Rådet*, ECLI:EU:T:1999:157, Første Afdelings dom af 19. juli 1999

T-107/17, *Steinhoff mfl. mod ECB*, ECLI:EU:T:2019:353, Tredje Afdelings dom af 23. maj 2019

T-610/17, *ICL*, ECLI:EU:T:2019:637, Femte Afdelings dom af 20. september 2019

T-402/18, *Aquino*, ECLI:EU:T:2020:13, Sjette udvidede Afdelings dom af 29. januar 2020

Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol

Sag 20261/12, *Baka v. Hungary*, Storkammerets dom af 27. maj 2014

Højesteret

U 2017.824 H, *Ajos*, Første Afdelings dom af 6. december 2016

Udtalelser fra Domstolen

Udtalelse 1/15, EU-Canada PNR-aftale, ECLI:EU:C:2017:592, Store Afdelings udtalelse af 26. juli 2017

Anmodning om præjudiciel forelæggelse for Domstolen

Anmodningerne er opstillede efter sagsnummer:

Sag C-127/19, *Asociația*, anmodning indgivet den 18. februar 2019

Sag C-564/19, *IS*, anmodning indgivet den 24. juli 2019

Lovgivning

Oplistning af den mest centrale lovgivning behandlet i opgaven

Den Europæiske Menneskerettighedskonvention som underskrevet i Rom den 4. november 1950 med senere ændringer

Den Europæiske Unions Charter om grundlæggende rettigheder - 2010/C 83/02

Lissabontraktaten - 2007/C 306/01

Traktaten om Den Europæiske Union og Den Europæiske Unions funktionsmåde – Konsolideret udgave - 2016/C 202/01

Officielle dokumenter

Forklaringer til Chartret om grundlæggende rettigheder - 2007/C 303/02

Bilag 2 – Anvendte forkortelser

- Den Europæiske Unions Charter om grundlæggende rettigheder – EUC
- Traktaten om Den Europæiske Union – TEU
- Traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde – TEUF
- Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – EMRK
- Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol – EMD
- Den Europæiske Unions Domstol – Domstolen
- Den Europæiske Unions Ret – Retten
- Domstolens Generaladvokat – GA