Rättsprinciper som styrmedel

ALLMÄNNA RÄTTSPRINCIPER I EU:S DOMSTOL

Jörgen Hettne

Norstedts Juridik

RÄTTSPRINCIPER SOM STYRMEDEL

Juridikbok.se

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

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

Sammanfattningsvis innebär licensen följande:

Tillstånd för användaren att:

• Kopiera och vidaredistribuera materialet oavsett medium eller format

• Bearbeta och bygga vidare på materialet

Villkoren för tillståndet är:

• Att användaren ger ett korrekt erkännande, anger en hyperlänk till licensen och anger om bearbetningar är gjorda av verket. Detta ska göras enligt god sed.

• Att användaren inte använder materialet för kommersiella ändamål.

• Att användaren inte tillämpar rättsliga begränsningar eller teknik som begränsar andras rätt att gör något som licensen tillåter.

Se även information på
https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv

http://urn.kb.se/resolve?urn=urn:nbn:se:juridikbokse-f45fe

E-boken är publicerad av Juridiska fakulteten vid Lunds universitet 2026
eISBN: 9789190023464
ISBN: 9789139014102 (originalutgåva i tryck)
DOI: https://doi.org/10.37852/oblu.407



Denna text är licensierad under CC BY-NC 4.0, Erkännande.
(Se fullständiga villkor: https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv).
Enligt licensen får verket spridas och bearbetas utan att tillstånd behövs, men ej användas i kommersiella syften. Verkets upphovsperson måste anges.

JÖRGEN HETTNE

Rättsprinciper som styrmedel

Allmänna rättsprinciper i EU:s domstol

NORSTEDTS JURIDIK

Adress till förlaget:
Norstedts Juridik AB, 106 47 Stockholm
Fax 08-690 90 70, telefon 08-690 91 00

Beställningar:
www.nj.se
E-post kundservice@nj.se
Fax 08-690 91 91, telefon 08-690 91 90, växel 08-690 91 00
Postadress Norstedts Juridik AB, Kundservice, 106 47 Stockholm

Rättsprinciper som styrmedel. Allmänna rättsprinciper i EU:s domstol
Jörgen Hettne
ISBN 978-91-39-01410-2
© 2008 Jörgen Hettne och Norstedts Juridik AB

Produktion: eddy.se ab, Visby 2008
Tryck: Elanders i Vällingby 2008

Att mångfaldiga innehållet i denna bok, helt eller delvis, utan medgivande av Norstedts Juridik AB är förbjudet enligt lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk. Förbudet gäller varje form av mångfaldigande, såsom tryckning, kopiering, bandinspelning etc.

Till Ralf och Max

Förord

Allmänna rättsprincipers funktion i EG-rätten är ett omfattande ämne som kan behandlas på olika sätt. Jag har valt att fokusera på de allmänna rättsprincipernas praktiska betydelse i EG-domstolens och förstainstansrättens verksamhet. Efter några år som rättssekreterare på förstainstansrätten insåg jag att dessa principer utgör en mycket central rättskälla i gemenskapsdomstolarna, kanske den viktigaste.

Mot denna bakgrund har det varit mycket intressant och givande att få ägna flera års forskning åt de allmänna rättsprinciperna. Jag vill tacka för det ekonomiska stöd jag har fått genom doktorandtjänsten samt från nätverket för europarättsforskning, stiftelsen av den 28 oktober 1982 och juridicum vid Stockholms universitet. Jag är också tacksam för det effektiva och professionella stöd jag har fått av Norstedts Juridik och eddy.se ab vid färdigställande av manus.

Under de år som har gått har jag publicerat ett antal analyser i böcker, rapporter och artiklar som anknyter till ämnet. I denna bok har jag byggt vidare på dessa analyser som tillsammans med nyskrivet material bildar en helhet och syftar till att förmedla ett nytt perspektiv på rättsprinciperna. Jag har funnit det särskilt viktigt att lyfta fram och utveckla slutsatser ur det tämligen omfattande materialet. De finns därför återgivna både i slutet av varje kapitel och samlade sist i boken.

Det här arbetet har inte bedrivits isolerat från andras influenser. Jag har haft stor glädje av samarbetet med EG-rättskollegerna vid Stockholms universitet. Ett mycket inspirerande projekt var arbetet med boken *EU-rättslig metod* (2005), som skedde tillsammans med Maria Bergström, Vladimir Bastidas, Ida Otken Eriksson, Jane Reichel, Ingeborg Simonsson och Maria Wiberg. Jag har också skrivit rapporter och artiklar tillsammans med advokaten och doktorandskollegan Ulf Öberg, som har varit mycket betydelsefulla för detta arbete. Den som har fått utstå flest diskussioner och därmed varit ett oumbärligt stöd och bollplank är min fru och kollega Maria Fritz.

Det finns även andra som förtjänar ett stort tack för inspiration och stöd. Till dessa hör Sten Pålsson, f.d. hovrättsråd, som med sin skarpa analys och penna har gått igenom manuskriptet och lämnat synpunkter som jag efter bästa förmåga har beaktat. Jag vill också tacka min juristkollega på Sieps, docent Carl Fredrik Bergström, professor Lars Pehrsson vid Stockholms

universitet och min far, professor Björn Hettne, som har läst munskriptet och lämnat värdefulla synpunkter. Till sist vill jag tacka min handledare, professor Ulf Bernitz, för sitt osvikliga stöd och förtroende samt kloka råd och synpunkter under hela arbetets gång.

Rättsutvecklingen har beaktats fram till den 1 augusti 2008.

Lillaröd i augusti 2008

Jörgen Hettne

Innehåll

Förord 7

Förkortningar och förklaringar 15

Sammanfattning 19

1 Inledning 27
1.1 Ämnet 27
1.2 Syfte 28
1.3 Metod och avgränsning 35
1.4 Disposition 38

2 Allmänna rättsprincipers ställning i EG-rätten 41
2.1 Introduktion 41
2.2 EU:s rättskällor 41
2.3 Närmare om primär- och sekundärrätt 43
2.4 Allmänna rättsprincipers ställning 45
2.5 Rättspraxis 47
2.6 EG-domstolens arbetsmetoder 48
2.7 EG-domstolens tolkningsmetoder 56
2.8 Problemet med judiciell aktivism 59
2.9 Konklusion 63

3 Förvaltningsrättsliga principer och gemenskapsdomstolarnas rättskontroll 69
3.1 Introduktion 69
3.2 Syftet med det administrativa förfarandet 70
3.3 Förvaltningsrättsliga grundprinciper 73
3.3.1 Rätten till försvar 73
3.3.1.1 Rätten att inte dömas ohörd eller rätten att yttra sig 73
3.3.1.2 Aktinsyn 75
3.3.1.3 Legal privilege 75
3.3.1.4 Rätten att inte behöva vittna mot sig själv 75

3.3.2 Myndighetens utredningsskyldighet (omsorgsprincipen) 76
3.3.3 Motiveringsskyldigheten 77
3.4 Förfarandet vid konkurrensutredningar 79
3.4.1 Rätten till försvar 79
3.4.1.1 Inhämtande av upplysningar 79
3.4.1.2 Undersökningar på ort och ställe 81
3.4.1.4 Det formella administrativa förfarandet 82
3.4.1.5 Aktinsyn 84
3.4.1.6 Kommissionens tystnadsplikt 87
3.4.2 Utredningsskyldigheten 87
3.4.3 Motiveringsskyldigheten 89
3.5 Förfarandet för registrering av gemenskapsvarumärken 91
3.5.1 Rätten till försvar 93
3.5.2 Utredningsskyldigheten 94
3.5.3 Motiveringsskyldigheten 94
3.6 Upphandlingsförfarandet 95
3.6.1 Rätten till försvar 96
3.6.2 Utredningsskyldigheten 96
3.6.3 Motiveringsskyldigheten 97
3.7 Bidrar de allmänna rättsprinciperna till homogen rättstillämpning? 97
3.8 Gemenskapsdomstolarnas rättskontroll 98
3.9 Talerätten 107
3.9.1 Medlemsstater och institutioner 107
3.9.2 Enskilda individer 107
3.9.3 Generösare talerättsvillkor vid förvaltningsrättsliga beslut 111
3.9.4 Utökad talerätt genom Lissabonfördraget 114
3.10 Konklusion 116

4 Förvaltningsrättslig dimension av fri rörlighet på EU:s inre marknad 121
4.1 Introduktion 121
4.2 Förvaltningsrättsliga krav 122
4.2.1 Likabehandlingsprincipen 122
4.2.2 Strukturella garantier för likabehandling 123
4.2.3 Transparens – kravet på insyn och objektiva kriterier 124
4.2.4 Kravet på rättssäkerhet 127

4.2.5 Motivering och rättsmedel – kravet på tillsyn och kontroll 128
4.2.6 Proportionalitet – kravet på rimlighet 132
4.2.7 Kraven sammanfattas – en förvaltningslag växer fram? 136
4.2.8 Rättsutvecklingen beträffande sjukvårdstjänster 137
4.3 Konklusion 140

5 De svenska monopolen och EU:s allmänna rättsprinciper 144
5.1 Introduktion 144
5.2 EG-fördragets bestämmelser om handelsmonopol 144
5.3 De svenska monopolen motverkar marknadsintegrationen 145
5.4 Alkoholmonopolet och Franzéndomen 148
5.4.1 Förändringar inför medlemskapet 148
5.4.2 Generaladvokatens förslag till avgörande 150
5.4.3 EG-domstolens dom 151
5.4.4 Systembolaget uppfyllde de förvaltningsrättsliga kraven 153
5.5 Hannermålet och det svenska apoteksmonopolet 154
5.5.1 Generaladvokatens förslag till avgörande 154
5.5.2 EG-domstolens dom 158
5.5.3 Inre marknaden i fara? 161
5.5.4 Saknades en proportionalitetsprövning i Franzén- och Hannerdomen? 162
5.6 Gourmetmålet 162
5.6.1 EG-domstolen 163
5.6.2 Stockholms tingsrätt 164
5.6.3 Marknadsdomstolen 164
5.7 Rosengrenmålet 166
5.7.1 Generaladvokaternas bedömning 166
5.7.2 EG-domstolens bedömning 168
5.7.3 Kommentar 171
5.8 Spelmonopolet 175
5.8.1 Gambellidomen 177
5.8.2 Det svenska spelmonopolet prövas 178
5.8.3 Placanicadomen 181
5.8.4 Uppfyller spelmonopolet de förvaltningsrättsliga kraven? 186
5.9 Konklusion 188

6 Gränsen för EG-rättens genomslag på nationella nivå – en avvägning mellan rättsprinciper? 199
6.1 Introduktion 199
6.2 Direkt effekt 200
6.3 Särskilt om direkt effekt av direktivbestämmelser 201
6.4 Alternativ till direkt effekt – andra former av rättsskydd för enskilda 203
6.4.1 Vidsträckt tolkning av statsbegreppet 203
6.4.2 Direktivkonform tolkning 204
6.4.3 Triangulära situationer 207
6.4.4 Medlemsstaternas skadeståndsskyldighet 211
6.5 EG-rättens företräde framför nationell rätt 213
6.6 När kan EG-rättens genomslag begränsas? 215
6.7 Konklusion 220

7 Kodifiering av EU:s allmänna rättsprinciper 226
7.1 Introduktion 226
7.2 Kodifiering som fenomen 226
7.2.1 Förhållandet mellan den lagstiftande och dömande makten 226
7.2.2 Olika lagstiftningsteknik 227
7.2.3 Kritik 227
7.2.4 Svårigheter 228
7.2.5 Problemet med normhierarkin 229
7.2.6 Fördelar och nackdelar med skriven rätt 229
7.3 Kodifiering inom EG-rätten 230
7.3.1 Förhållandet mellan EG-domstolen och gemenskapslagstiftaren 230
7.3.2 Kodifiering som uppdatering 232
7.4 Kodifieringsreformer inom EU 233
7.4.1 Tjänstedirektivet 233
7.4.2 En europeisk förvaltningslag 239
7.4.2.1 Förvaltningsrätten har växt fram i rättspraxis 239
7.4.2.2 Ombudsmannens uppförandekodex beträffande god förvaltning 242
7.4.3 EU:s stadga om grundläggande rättigheter 246
7.5 EU:s konstitution – en kodifiering? 252
7.5.1 Konstitutionell kris eller utveckling? 252
7.5.2 Den konstitutionella debatten inom EU 253

7.5.3 Laekenförklaringen och Framtidskonventet 254
7.5.4 Konstitutionell utveckling i EG-domstolens rättspraxis 255
7.6 Kodifiering av rättsprinciper som avser kompetensfördelningen inom EU 257
7.6.1 Legalitetsprincipen och rättsgrunderna 257
7.6.2 Exklusiv eller delad kompetens? 258
7.6.3 Tilldelade och underförstådda befogenheter 259
7.6.4 EG-rättens spärrverkan (preemption) 260
7.6.5 Restkompetens (artikel 308 EG) 260
7.6.6 Subsidiaritets- och proportionalitetsprincipen 262
7.6.7 Kompetenskontrollen förstärks och kompetensfördelningen synliggörs 263
7.6.8 EG-rättens företräde 267
7.6.9 Motvikt till företrädet 268
7.6.10 Bör företrädet kodifieras? – skilda lösningar i den europeiska konstitutionen och Lissabonfördraget 269
7.7 Konklusion 274

8 Slutsatser 280
8.1 Allmänna rättsprincipers ställning i EG-rätten 280
8.2 Förvaltningsrättsliga principer och gemenskapsdomstolarnas rättskontroll 285
8.3 Förvaltningsrättslig dimension av fri rörlighet på EU:s inre marknad 289
8.4 De svenska monopolen och EU:s allmänna rättsprinciper 293
8.5 Gränsen för EG-rättens genomslag på nationella nivå – en avvägning mellan rättsprinciper? 303
8.6 Kodifiering av EU:s allmänna rättsprinciper 307
8.7 Tillämpning av allmänna rättsprinciper i Sverige 313

English summary 319

Källförteckning 327

Sakregister 351

Förkortningar och förklaringar

Amsterdamfördraget
Fördrag om ändringar i de grundläggande fördragen varigenom bl.a. artikelnumreringen i EG-fördraget ändrades. Fördraget trädde i kraft den 1 maj 1999.

CMLre
Common Market Law Review (Kluwer)

EA
Fördraget om upprättande av Europeiska atomenergigemenskapen (Euratom); trädde i kraft den 1 januari 1958.

EEG, se **EG**

EES
Europeiska ekonomiska samarbetsområdet; ekonomiskt samarbete grundat på EG-rätt där EU-länderna samt Island, Liechtenstein och Norge ingår. EES-avtalet trädde i kraft den 1 januari 1994.

EG
Europeiska gemenskapen, även förkortning för EG-fördraget. Bildades 1958 och kallades ursprungligen Europeiska ekonomiska gemenskapen (EEG).

EGT
Europeiska gemenskapernas officiella tidning, EU:s författningssamling. Har nu bytt namn till Europeiska unionens officiella tidning (EUT).

EKSGF
Fördraget om upprättandet av Europeiska kol- och stålgemenskapen. Trädde i kraft den 24 juli 1952 och upphörde att gälla den 23 juli 2002.

ELrev
European Law Review (Kluwer)

Enhetsakten
Europeiska enhetsakten; fördrag om ändringar i EG-fördraget som främst avsåg att göra det möjligt att förverkliga den inre marknaden. Enhetsakten trädde i kraft den 1 juli 1987.

ERT
Europarättslig tidskrift (Stockholm)

EU
Europeiska unionen; även kortform för EU-fördraget (Fördraget om upprättande av Europeiska unionen) som trädde i kraft den 1 november 1993. Kallas även Maastrichtfördraget.

Europakonventionen
Europeiska konventionen av den 4 november 1950 om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

Europeiska konstitutionen
Fördraget om upprättande av en konstitution för Europa. Undertecknat i Rom den 29 oktober 2004. Kallas även det konstitutionella fördraget eller Konstitutionsfördraget. Har ersatts av Lissabonfördraget, se nedan.

Euratom, se EA

Framtidskonventet
Europeiska konventet om EU:s framtid

Fusionsfördraget
Fördrag från 1965 enligt vilket institutionerna i EEG, EA och EKSGF fusionerades.

ICLQ
The International and comparative law quarterly (London)

JT
Juridisk tidskrift (Stockholms universitet)

Lissabonfördraget
Lissabonfördraget av den 13 december 2007 om ändring av fördraget om Europeiska unionen och fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen.

Maastrichtfördraget, se **EU**

Nicefördraget
Fördrag om ändringar i de grundläggande fördragen med sikte på utvidgningen 2004. Fördraget trädde i kraft den 1 februari 2003.

REG
Rättsfallssamling från Europeiska gemenskapernas domstol och förstainstansrätt.

RTD eur
Revue trimesterielle de droit européen (Dalloz)

RÅ
Regeringsrättens Årsbok

Sieps
Svenska institutet för europapolitiska studier

SvJT
Svensk juristtidning

Sammanfattning

EG-domstolen har i hög grad utvecklat EG-rätten med stöd av allmänna rättsprinciper som erkänns av medlemsländerna. Man kan lite tillspetsat säga att EG-domstolen har använt de allmänna rättsprinciperna som styrmedel. Domstolen har därmed tagit på sig ett stort ansvar för att EG-rätten utvecklas på ett konsekvent och sammanhängande sätt. Hur EG-domstolen har gått till väga och lyckats med denna principbaserade utveckling är ämnet för denna bok.

1. EG-rätten och EG-domstolens metod

En förklaring till att allmänna rättsprinciper har fått ett så stort genomslag i EG-domstolens rättspraxis är att EG-rätten inte utgör en komplett rättsordning. EU- och EG-fördragen syftar till att lösa gränsöverskridande problem. I EG-rätten saknas t.ex. en bindande katalog över grundläggande rättigheter och en övergripande förvaltningsrätt. Det är därför inte förvånande att det i rättstillämpningen ibland uppstår tvister för vilka den skrivna EG-rätten saknar en given lösning. Det är i dessa situationer som EG-domstolen har behov av de allmänna rättsprinciperna. Dessa principer har en övergripande och sammanhållande betydelse i EG-rätten och kan sägas fungera som broar mellan olika rättsområden.

EG-domstolens metodik och tolkningsmetoder inbjuder till att utnyttja allmänna rättsprinciper. Den EG-rättsliga metoden skiljer sig från nationell juridisk metod, eftersom den präglas av olika rättstraditioner och praktiseras i ett internationellt och mångkulturellt sammanhang. De allmänna rättsprinciperna är mycket användbara i detta sammanhang.

Rättsprinciperna har en stark ställning bland EG-rättens rättskällor. Genom att fylla ut luckor i det inkompletta EG-rättsliga systemet, påverkar de även EU:s primärrätt, dvs. de grundläggande fördragen, och formar deras innehåll. Det är därför av stor betydelse varifrån EG-domstolen härleder de allmänna rättsprinciperna. Domstolen försöker i möjligaste mån finna stöd i alleuropeiska principer och rättstraditioner när den utvecklar rättsprinciper. Den söker vägledning i internationella överenskommelser rörande grundläggande rättigheter som medlemsstaterna har anslutit sig till, såsom t.ex.

Europakonventionen. När medlemsstaterna har anslutit sig till sådana konventioner kan EG-domstolen utgå från att deras innehåll överensstämmer med medlemsstaternas rättsordningar och låta relevanta bestämmelser i konventionerna bli vägledande för EG-rättens utveckling. Att hänvisa till Europakonventionen och andra internationella konventioner som är bindande för medlemsstaterna ger ett legitimt stöd för denna rättsutveckling.

När vägledning saknas från fördragstexten eller internationella konventioner använder sig EG-domstolen av en komparativ metod som syftar till att utröna vilka principer som kan anses erkända av åtminstone det stora flertalet av medlemsländerna. Vid den komparativa metoden måste EG-domstolen vara noga med att utveckla principer som verkligen överensstämmer med rådande rättsliga värderingar i medlemsstaterna. Grundtanken är att de principer som härleds på detta sätt skall motsvara medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner.

2. EG-domstolens tolkningsutrymme begränsas

Detta gör att de allmänna rättsprinciperna begränsar EG-domstolens tolkningsutrymme. När det finns luckor i EG-rätten kan dessa inte fyllas med vilka regler som helst. EG-domstolen är visserligen känd för att genom sin teleologiska tolkningsmetod utveckla EG-rätten tämligen fritt, men även denna tolkningsmetod begränsas av allmänna rättsprinciper. Domstolens uttolkningar får inte leda till ett resultat som skiljer sig från de principer som är förankrade i medlemsstaternas nationella rättssystem. EG-domstolen motiverar dock ofta sina avgöranden mycket kortfattat och anklagas emellanåt för judiciell aktivism. Ett effektivt sätt att bemöta denna kritik torde vara att i större utsträckning förklara hur en viss lösning förhåller sig till medlemsstaternas rättsordningar. Om EG-domstolen visar att lösningen är förankrad i flertalet av medlemsstaternas rättstraditioner, är det troligt att den skulle vinna ökad acceptans.

3. Administrativa förfaranden

De allmänna rättsprinciperna har varit vägledande för EG-rättens utveckling när det gäller vilka regler som skall respekteras inom ramen för administrativa förfaranden. Sådana förfaranden är aktuella när kommissionen hand-

lägger ärenden på t.ex. konkurrens- och statsstödsområdet och även när handläggningen har anförtrotts en särskild EU-myndighet, som t.ex. byrån för harmonisering av den inre marknaden (Harmoniseringsbyrån) som ansvarar för registrering av gemenskapsvarumärket. Ett skäl till att de allmänna rättsprinciperna har haft särskilt stor betydelse i detta sammanhang är att EG-rätten saknar en allmän förvaltningsrätt, som t.ex. den svenska förvaltnings- och förvaltningsprocesslagen.

Inom EU har sålunda allmänna rättsprinciper av förvaltningsrättslig karaktär utvecklats, såsom principen om god förvaltning, principen om rätten till försvar och principerna om utrednings- och motiveringsskyldighet. Dessa principer används dock i sammanhang som skiljer sig från svenska förhållanden. Deras betydelse skall förstås mot bakgrund av EG-domstolarnas legalistiska och processuellt inriktade rättskontroll. Detta är särskilt tydligt när domstolarna prövar beslut som involverar komplexa bedömningar av exempelvis ekonomisk och teknisk art. Beslutsmyndigheten tilldelas då ett betydande utrymme för skönsmässig bedömning och den efterföljande rättskontrollen begränsas i motsvarande mån. Den begränsade prövningen i själva sakfrågan kompletteras dock av en noggrann kontroll av att beslutsmyndigheten har handlagt ärendet väl och respekterat relevanta förvaltningsrättsliga principer.

4. Talerätt

De allmänna rättsprinciperna påverkar också kriterierna för talerätt inför EG-domstolarna. Parter som har deltagit i ett administrativt förfarande inom EU har möjlighet att påkalla en domstolsprövning om de menar att deras processuella rättigheter inte har iakttagits. Av störst betydelse är här principen om rätten till försvar. Den innebär att de personer, vilka på ett påtagligt sätt påverkas av ett myndighetsbeslut, skall få tillfälle att på ett meningsfullt sätt framlägga sina synpunkter. En person som under ett administrativt förfarande har utnyttjat sin rätt till försvar anses tillräckligt berörd för att ha rätt att senare överklaga det efterföljande beslutet om det går honom emot.

5. Fri rörlighet

Med stöd av EU:s allmänna rättsprinciper har EG-domstolen alltså skapat en europeisk förvaltningsrätt. Detta är inte förvånande, eftersom EG-dom-

stolen har varit i behov av sådana regler för att lösa tvister och andra frågor som dyker upp i den dagliga verksamheten. Men de allmänna förvaltningsrättsliga principerna har inte bara betydelse i samband med administrativa förfaranden. EG-domstolen har även använt allmänna rättsprinciper av förvaltningsrättslig karaktär för att precisera innebörden av de fyra friheterna, dvs. fri rörlighet för varor, tjänster, personer och kapital. De förvaltningsrättsliga principerna begränsar medlemsstaternas utrymme att uppställa hinder för den fria rörligheten, precis som andra allmänna rättsprinciper inom EG-rätten. Man kan därför tala om en *förvaltningsrättslig dimension av fri rörlighet.*

Grunden för denna rättsutveckling är att EG-domstolen anser det vara viktigt att enskilda individer och företag som berörs av en statlig reglering får insyn i hur regleringen fungerar. Det kan t.ex. gälla nationella tillståndssystem eller statliga monopol. Om enskilda ges möjlighet att klaga på beslut som missgynnar dem synliggörs de faktiska förhållanden som eventuellt kan strida mot EG-rätten. För att klagorätten skall kunna fungera krävs vidare att beslut motiveras. Tillsynsmyndigheter och domstolar kan då kontrollera att regleringen är förenlig med EG-räten. Krav på insyn, motivering och rättsmedel är alltså viktiga komponenter i den förvaltningsrättsliga dimensionen av fri rörlighet. Dessa krav härleder EG-domstolen från likabehandlingsprincipen och de kan därför betecknas som strukturella garantier för likabehandling.

Likabehandling är dock inte tillräckligt för att den inre marknaden skall kunna fungera. Denna princip förutsätter som bekant endast att lika fall behandlas lika. Alla handelshinder skulle således kunna vara tillåtna, bara de är lika handelshämmande för alla. Mot denna bakgrund kompletteras de strukturella garantierna för likabehandling med proportionalitetsprincipen. EG-domstolen använder proportionalitetsprincipen för att säkerställa att handelshinder som grundar sig på legitima syften, dvs. tvingande samhällshänsyn, inte innebär onödigt långtgående störningar på handeln inom EU.

Den förvaltningsrättsliga dimensionen av fri rörlighet har fått ett särskilt stort genomslag när det gäller sjukvårdstjänster. Med stöd av artikel 49 EG om fri rörlighet för tjänster har EG-domstolen infört en kravkatalog avseende nationella tillståndssystem rörande sjukvård i utlandet, som kan jämföras med förvaltningsrättsliga regleringar i en medlemsstat. Vidare har EG-domstolens bedömningar av de svenska alkohol- och apoteksmonopolen präglats av ett liknande synsätt. Den förvaltningsrättsliga dimensionen är också av relevans vid bedömningen av det svenska spelmonopolet.

6. Begränsningar i EG-rättens genomslag

Som framgått begränsar de allmänna rättsprinciperna såväl EG-domstolens tolkningsutrymme som EU-institutionernas och medlemsstaternas utrymme för skönsmässig bedömning. De allmänna rättsprinciperna begränsar även EG-rättens effektiva genomslag i medlemsländerna, eftersom de utgör villkor för EG-rättens tillämpning.

Principerna om direkt effekt och företräde har med tiden utvecklats till en bredare princip om EG-rättens effektiva genomslag i medlemsländernas rättssystem. Dess innebörd är kort sagt att EG-rätten skall få full verkan eller genomslag på nationell nivå. De krav som EG-domstolen uppställer på bl.a. innehållet i nationell process- och förvaltningsrätt samt på nationella bestämmelser om interimistiskt skydd skall förstås mot denna bakgrund.

Det har emellertid alltid funnits en motvikt till EG-rättens genomslag och företräde. Ett tidigt exempel på detta är EG-domstolens orubbliga hållning när det gäller att frånkänna direktivbestämmelser direkt effekt i förhållandet mellan två enskilda individer, s.k. horisontell direkt effekt. Denna hållning grundas på tanken att en icke införlivad direktivbestämmelse inte skall tillämpas till nackdel för en av parterna i ett privaträttsligt förhållande, eftersom en enskild part inte bör åläggas nya skyldigheter som inte framgår av den nationella lagstiftning som är tillämplig i målet. Detta synsätt ger uttryck för den gemenskapsrättsliga principen om skydd för berättigade förväntningar.

Det finns ytterligare exempel på sådana resonemang i EG-domstolens rättspraxis och ett allmänt villkor för EG-rättens tillämpning i medlemsländerna är att grundläggande rättigheter respekteras. Det kan sålunda konstateras att respekten för allmänna rättsprinciper i vissa fall väger tyngre än intresset av att EG-rätten får ett effektivt genomslag.

EG-rättens genomslag begränsas när effektivitetsintresset kolliderar med rättsprinciper som är allmänt erkända i medlemsländerna. Detta innebär dock inte att rättighetsskyddet behöver vara likformigt i alla medlemsländer. EG-domstolen respekterar medlemsländernas särdrag och det finns därför utrymme för nationella särlösningar. I slutändan handlar det om en intresseavvägning där såväl EG-rättens effektiva genomslag som enskilda individers rättighetsskydd och andra berättigade intressen vägs in. EG-rätten skall tillämpas så länge inte andra berättigade intressen gör sig gällande. EU:s allmänna rättsprinciper är vägledande för vilka intressen som kan väga tyngre än EG-rättens krav på genomslag.

7. Kodifiering

EG-domstolens principbaserade utveckling av EG-rätten har på vissa områden utmynnat i detaljrika avgöranden som påminner om lagstiftning. EG-rätten skall dock fungera i 27 länder, vilket förutsätter en betydande grad av klarhet och förutsebarhet. Rättsutvecklingen genom rättspraxis medför ofta väl avvägda och rättvisa lösningar i enskilda fall, men skapar inte alltid en tillräcklig grad av förutsebarhet och tillfredställer därför inte helt kravet på rättssäkerhet. En åtgärd som kan vidtas för att förbättra situationen är att kodifiera principer och rättspraxis i lagtext, vilket för EU:s del kan ske i fördragen eller i direktiv, förordningar och beslut. Den oskrivna rätten bestående av rättsprinciper och rättspraxis kommer då till uttryck i skrift och blir synlig. Som framgått uppställer rättsprinciperna begränsningar där det EG-rättsliga regelverket i övrigt saknar eller enbart ger vaga anvisningar. Om principerna kodifieras förstärks denna begränsande effekt. Domstolarna tvingas då att mer konsekvent och systematiskt ta de nedskrivna rättsprinciperna i beaktande. Detta leder till ökad förutsebarhet och rättssäkerhet.

En kodifiering av rättspraxis och principer pågår kontinuerligt i EG-rätten. Ett tydligt exempel är konkurrensområdet där rättspraxis och rättsprinciper kodifierades i den nya procedurförordningen från 2003 (förordning nr 1/2003). När det blir fråga om mer vidsträckta projekt stöter dock kodifieringsarbetet vanligen på svårigheter. Detta kan förefalla märkligt, eftersom ny rätt i egentlig mening inte skapas. Det som i ett juridiskt perspektiv kan förefalla gammalt och etablerat kan emellertid i den politiska processen betraktas som både nytt och kontroversiellt. Dessutom är det vanligt att gammalt blandas med nytt, dvs. att vissa bestämmelser utgör kodifiering av befintlig rättspraxis och existerande principer, medan andra bestämmelser är nya och avsedda att ändra rättsläget.

Detta har lett till flera misslyckanden. Kommissionens ursprungliga förslag till tjänstedirektiv mötte t.ex. hårt motstånd och ersattes slutligen med en betydligt mindre ambitiös text. Mycket av det som undantogs från det ursprungliga förslaget var i själva verket försök till kodifiering av rättspraxis. Så var fallet med bestämmelserna om sjukvårdstjänster och utstationerade arbetstagare där rättsutvecklingen nu drivs vidare genom avgöranden i EG-domstolen. Ett annat exempel är det konstitutionella fördraget och det efterföljande Lissabonfördraget som visar på svårigheter att kodifiera EU:s övergripande principer om företräde och kompetensfördelning.

Det kan konstateras att man har lyckats med mer omfattande kodifieringsprojekt när det har rört sig om arbeten som har bedrivits vid sidan av EU:s vanliga lagstiftningsprocess och som har utmynnat i icke juridisk bin-

dande texter. Detta är fallet med kodexen om god förvaltning och stadgan om grundläggande rättigheter.

En slutsats som kan dras är att det kan vara en fördel att hålla isär kodifieringsarbetet och den vanliga lagstiftningen. Lagstiftning är en politisk process medan kodifiering är ett arbete som lättare kan anförtros juridiska experter. För EG-rättens utveckling är det viktigt att kodifiering kommer till stånd på vissa områden. Förhoppningsvis har kodexen om god förvaltning banat väg för en bindande förvaltningslag för EU och förhoppningsvis blir stadgan om grundläggande rättigheter till slut bindande. Det framstår inte heller som uteslutet att den samlade kodifieringen av den konstitutionella EG-rätten som Lissabonfördraget utgör en grund för slutligen blir verklighet.

8. Allmänna rättsprinciper i Sverige

Medlemskapet i EU innebär en europeisering av den svenska rättstraditionen och juridiska metoden. Utvecklingen går dock långsamt och i allmänhet kan inte svenska jurister sägas ha anammat den EG-rättsliga metoden i särskilt stor utsträckning. En EG-rättslig bestämmelse måste tolkas och tillämpas i enlighet med den metod som EG-domstolen har utvecklat, även om den återfinns i svenska lagar, förordningar och föreskrifter. En viktig skillnad mellan svensk juridisk metod och EG-rättslig metod är förhållningssättet till allmänna rättsprinciper. EG-domstolen betraktar ofta regler som uttryck för allmänna rättsprinciper. Principerna kan förklara reglernas innehåll och plats i det större systemet samt ge vägledning om hur de skall tolkas. De allmänna rättsprinciperna är på detta sätt ständigt närvarande i EG-rätten.

Av största vikt för en korrekt tillämpning av EG-rätten i Sverige är att svenska jurister accepterar att EG-rätten i stor utsträckning består av rättspraxis och oskrivna rättsprinciper samt lär sig att hantera de tolknings- och tillämpningsproblem som uppstår. Sådana problem kan inte lösas enligt traditionell svensk juridisk metod, utan måste lösas enligt EG-rättslig metod, dvs. enligt EG-domstolens metodik och arbetsmetoder.

1 Inledning

1.1 Ämnet

Allmänna rättsprinciper eller som de också kallas, *allmänna rättsgrundsatser*, är en viktig rättskälla inom samtliga västeuropeiska rättssystem. Rättsprinciper står i allmänhet för mer grundläggande och bestående värden än regler,[1] men är samtidigt vagare och anger ingen automatisk rättsföljd för de fall de inte respekteras.[2] Rättsprinciperna varierar i abstraktionsgrad. Vissa kan vara så allmänna att de i princip saknar betydelse i rättstillämpningen. Principen om *rättssäkerhet* uttrycker t.ex. viktiga rättspolitiska mål, men behöver konkretiseras för att få betydelse i praktiken. I gemenskapsrätten kommer denna princip bl.a. till uttryck genom retroaktivitetsförbudet och principen om berättigade förväntningar.[3] Allmänna rättsprinciper är i regel för vaga för att det skall vara meningsfullt att försöka uttrycka dem i lagtext, men det hindrar inte att de kodifieras av lagstiftaren som därmed tillerkänner dem politisk och demokratisk legitimitet.[4]

Rättsprincipernas *vaga och målbetonade karaktär* gör att rättstillämparen måste använda sig av en särskild metod vid tillämpningen. Detta medför också att tillämparen ges ett utrymme för skönsmässig bedömning, vilket i sin tur begränsas av en på förhand given argumentationsmodell, där skilda former av intresseavvägning i regel utgör de centrala momenten.[5]

---

1. Dworkin har uttryckt det som att "Principles have a dimension that rules do not – the dimension of weight or importance". Han påpekar att det avgörande inte är vilken regel som väger tyngst när två regler kolliderar, vilket är kännetecknande för principer och deras inbördes förhållande (Dworkin, R., *Taking Rights Seriously*, Duckworth 1977, s. 26 ff.). Den tidigare domaren i EG-domstolen, Koopmans, har framhållit att rättsprinciper är "the very incarnation of legal traditions, as the values they represent find often the origin in the written or unwritten law of bygone age. With some slight exaggeration, we can say that they constitute the accumulated wisdom of generations of lawyers" (Koopmans, T., *General Principles of Law in European and National Systems of Law: A comparative view*, i General Principles of European Community Law, (red.) Bernitz, U. och Nergelius, J., Kluwer (2000) s. 34).

2. Jfr Dworkin, R., *Taking Rights Seriously*, a.a., s. 25.

3. Se närmare Raitio, J., *The Principle of Legal Certainty as a General Principle of EU Law*, i General Principles of EC Law in a Process of Development, (red.) Bernitz, U., Nergelius, J. och Cardner, C. (Kluwer 2008) s. 47.

4. Jfr Hettne, J. och Otken Eriksson, I., (red.), *EU-rättslig metod – Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, Norstedts juridik 2005, s. 39 f.

5. Jfr Wiklund, O. och Bengoetxea, J., *General Constitutional Principles of Community Law*, i General Principles of European Community Law, (red.) Bernitz, U. och Nergelius, J., (Kluwer 2000) s. 124.

Rättsprinciper har ofta störst betydelse i svåra fall (*hard cases*) där domstolar – i avsaknad av tydliga regler – i viss utsträckning är tvungna att stödja sina resonemang på moraliska och/eller rättspolitiska värderingar. Vid tillämpning av rättsprinciper kan sådana värderingar uttryckas i juridisk språkdräkt, varvid domstolarna emellertid ställs inför en delikat uppgift. Detta är tydligt i det EG-rättsliga systemet där det ankommer på gemenskapsdomstolarna att slita den tvist de ställs inför, samtidigt som det alltid finns en risk för att de i efterhand kritiseras för överdriven s.k. judiciell aktivism.[6]

EG-domstolen har i hög grad utvecklat EG-rätten med stöd av allmänna rättsprinciper som erkänns av medlemsländerna. Som titeln på denna bok anger kan man säga att EG-domstolen har använt de allmänna rättsprinciperna som styrmedel. Domstolen har därmed tagit på sig ett stort ansvar för att EG-rättens utvecklas på ett konsekvent och sammanhängande sätt. Det är emellertid viktigt för EG-domstolen, och därmed hela det EG-rättsliga systemet, att EG-rätten uppfattas som legitim i medlemsländerna. Hur EG-domstolen har gått till väga och lyckats med denna principbaserade utveckling är ämnet för denna avhandling.

1.2 Syfte

I avhandlingen undersöks EG-domstolens tillämpning av allmänna rättsprinciper i några centrala avseenden. Framställningen har alltså en EG-rättslig utgångspunkt. Samtidigt saknas inte ett svenskt juridiskt perspektiv. EG-domstolens tillämpning av allmänna rättsprinciper är av särskilt intresse mot bakgrund av den svenska rättstraditionen. De rättsprinciper av konstitutionell och/eller förvaltningsrättslig karaktär som EG-domstolen har använt sig av för att utveckla EG-rätten, är metodologiskt främmande i den svenska rättstillämpningen, och de är som sådana svagt förankrade i den svenska rättskulturen. Svenska jurister, i synnerhet domare, tycks i allmänhet undvika att använda sig av rättsprinciper och grundar i stället i möjligaste mån sina resonemang på stadganden som direkt härrör från lagstiftaren samt förarbeten till dessa stadganden. Att enskilda bestämmelser ger uttryck för allmänna rättsprinciper har ingen avgörande betydelse i praktiken, utan blir på sin höjd föremål för diskussion i den rättsvetenskapliga litteraturen.[7]

6. Jfr Hettne, J. och Otken Eriksson, I., (red.), *EU-rättslig metod – Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, a.a., s. 43.

7. Även i svensk doktrin har intresset för rättsprinciperna varit magert. Ulf Bernitz har påpekat att det i vårt land inte har funnits någon starkare respons för att se vidareutveckling av grundläggande, okodifierade allmänna rättsgrundsatser såsom någon central uppgift. I komparativt perspektiv utgör detta något

EG-domstolen har, med hänsyn till EG-rättens särskilda karaktär, tillmätt rättsprinciperna en helt annan betydelse. Inom EU kan de allmänna rättsprinciperna sägas ha *tre funktioner*,[8] nämligen att fungera som:

- Tolkningsbakgrund
- Ogiltighetsgrund
- Skadeståndsgrund

Allmänna rättsprinciper utgör förmodligen den viktigaste *tolkningsbakgrunden* i EG-domstolarnas verksamhet och färgar ofta domstolarnas resonemang även när principerna som sådana inte uttryckligen omnämns. Den skrivna gemenskapsrätten tolkas därför i regel till ett resultat som överensstämmer med allmänna rättsprinciper.

Allmänna rättsprinciper är också den mest frekvent åberopade *ogiltighetsgrunden* i mål vid EG-domstolarna. Till saken hör att den rättskontroll som utövas av EG-domstolarna är att betrakta som en legalitets- eller laglighetsprövning. Ogiltighetsgrunderna, som är direkt hämtade från fransk förvaltningsrätt, återfinns i artikel 230 EG. Det rör sig om bristande behörighet, åsidosättande av väsentliga formföreskrifter, åsidosättande av fördraget eller av någon rättsregel som gäller dess tillämpning samt maktmissbruk. Ogiltighetsgrunderna skapar förutsättningar för en mer processuellt orienterad rättskontroll än vad vi är vana vid i Sverige. Inom ramen för en sådan kontroll är allmänna förvaltningsrättsliga principer, t.ex. principen om god förvaltning, myndighetens utredningsskyldighet, rätten till försvar och motiveringsskyldigheten betydelsefulla. Detta gäller särskilt då EU:s institutioner tilldelas ett utrymme för skönsmässig bedömning. Då kompenseras den frihet som myndigheten beviljas i form av ett skönsmässigt utrymme av en förstärkt kontroll av den enskildes rättsskydd.[9]

I *skadeståndsmål* är förhållandet naturligtvis annorlunda, eftersom klaganden i sådana mål skall visa att det finns en skada och ett orsakssamband med

---

av en svensk (och delvis även nordisk) partikularitet. I t.ex. tysk och fransk rätt har grundläggande rättsprinciper en väsentligt annan och starkare ställning som rättskälla. Se *Sverige och Europarätten*, Norstedts juridik 2002, s. 163. För allmäna överväganden kring den svenska juridiska metoden och dess förhållande till allmänna rättsprinciper, se t.ex. Lehrberg, B., *Praktisk juridisk metod*, 5:e uppl., Jure 2007, Heller, J., *Rättsteori*, Norstedts juridik 1994, Peczenik, A., *Vad är rätt?* Fritzes 1995 och Peczenik, A., med Arnio, A. och Bergholtz, G., *Juridisk argumentation – en lärobok i allmän rättslära*, Studentlitteratur 1990.

8. Jfr Tridimas, T., *The General Principles of EU Law*, 2:a uppl., Oxford University Press 2005, s. 29 ff.

9. För ett belysande exempel se dom av den 21 november 1991 i mål C-269/90, Technische Universität München, REG 1991, s. I-5469, svensk specialutgåva, volym 11, s. I-453. Se även Hettne, J. och Öberg, U., *Fritt skön och domstolskontroll vid offentlig upphandling*, SvJT 2005, s. 192 samt Hettne, J., *Gemenskapsdomstolarnas rättskontroll och allmänna förvaltningsrättsliga principer*, ERT 2002, s. 238.

en skadebringande handling. Det krävs dock att den skadebringande handlingen är rättsstridig och – vilket följer av rättspraxis – utgör en tillräckligt klar överträdelse av en rättsprincip eller regel som har till syfte att skydda enskilda.[10] Att en allmänn rättsprincip åsidosätts anförs ofta som skadeståndsgrund inför gemenskapsdomstolarna.[11]

Medlemskapet i EU innebär inte att svenska jurister måste göra sig av med sin inlärda juridiska metod, men när EG-rätten tillämpas i Sverige måste den EG-rättsliga metoden användas om resultatet skall bli riktigt. EG-rättsliga bestämmelser måste, även om de återfinns i svenska lagar, förordningar och föreskrifter, tolkas och tillämpas i enlighet med den juridiska metod som EG-domstolen har utvecklat. Bland svenska jurister tycks finnas ett motstånd mot att använda en annan juridisk metod än den svenska. Ett motstånd som antagligen kan förklaras med att en kulturkrock uppstår i mötet med EG-rätten, dvs. två rättskulturer kolliderar.[12] Mot denna bakgrund har svenska jurister i allmänhet en benägenhet att i möjligaste mån grunda sina avgöranden i EG-rättsliga mål på svensk rätt, vilket yttrar sig i att de dels undviker att lyfta fram EG-rättsliga grundbestämmelser och principer,[13] dels undviker att begära förhandsavgöranden från EG-domstolen.[14] Den kritik som har riktats mot svenska domstolar av bl.a. Europeiska kommissionen i ett överträdelseärende mot Sverige kan sannolikt förklaras mot

10. Se t.ex. domar av den 4 juli 2000 i mål C-352/98 P, Bergaderm och Goupil mot kommissionen, REG 2000, s. I-5291, punkterna 41 och 42 och av den 11 januari 2002 i mål T-210/00, Biret och Cie mot rådet, REG 2002, s. II-47, punkt 52.

11. Se t.ex. dom av den 17 december 1998 i mål T-203/96, Embassy Limousines & Services mot Europaparlamentet, REG 1998, s. II-4239.

12. Den juridiska metoden i det svenska rättssamhället är generellt sett mer präglad av rättspositivismen än i flertalet andra medlemsländer, jfr t.ex. Hellner, J., *Positivism och metod inom rättsvetenskapen* i festskrift för Strömholm del I, Iustus 1997, s. 351, Strömberg, H., *En aktivare domarroll?*, SvJT 1997, s. 464–472 och Schäder, G., *General Principles of Law in Swedish Law*, i Bernitz, U. och Nergelius, J. (red.), General Principles of European Community Law, Kluwer 2000, s. 214 ff. För en intressant rättsvetenskaplig diskussion ang. rättsprincipers ställning i detta avseende, se Tuori, K., *Critical Legal Positivism*, Ashgate 2002, särskilt s. 177 ff.

13. I det s.k. *Olivoljemålet* (RÅ 2004 ref. 8) gav regeringsrätten en vid definition av beslut, som väl överensstämmer med EG-domstolens rättighetspräglade syn på frågan om vad som är överklagbart. I målet var den centrala materiella frågan att principen om fri rörlighet för varor hade överträtts. Trots detta saknas helt hänvisningar till EG-rättsliga principer och bestämmelser. Regeringsrätten grundar sig uteslutande på svensk rätt. I det s.k. *Pfizermålet* (RÅ 2006 ref. 9) utvidgade regeringsrätten på motsvarande sätt definitionen av den krets som kan överklaga ett beslut enligt 22 § förvaltningslagen. Även här var det en tydligt EG-rättslig kontext, men regeringsrätten utnyttjade inte EG-rätten som grund för sitt resonemang.

14. Se om detta förhållande i bl.a. Bernitz, U., *Sverige och Europarätten*, a.a., s. 128 ff. Kritiken är fortfarande statistiskt berättigad. År 2006 hade total 63 mål om förhandsavgörande anhängiggjorts vid EG-domstolen efter begäran från svenska domstolar. Detta innebär ett genomsnitt av ca fem mål per år. Högsta domstolen hade begärt förhandsavgörande i åtta fall, regeringsrätten i 19 fall och Marknadsdomstolen i tre fall. Övriga domstolar stod för resterande 33 ärenden.

bakgrund av dessa förhållanden.[15] Om de nationella domstolarna inte tydligt redovisar hur de tillämpar EG-rätten, uppstår misstankar om att de inte har tillämpat den korrekt eller har försökt kringgå den. Särskilt om de nationella domstolarna och slutinstanserna inte begär förhandsavgörande från EG-domstolen, kan frågan lätt uppstå om deras bedömning verkligen överensstämmer med EG-rätten.

På sådana grunder kritiserades t.ex. Regeringsrättens dom av den 16 juni 1999 i det s.k. *Barsebäcksmålet*,[16] där rätten förklarade att det inte förelåg några rättsliga hinder, vare sig nationella eller EG-rättsliga, mot att stänga Barsebäck. Detta skedde utan att Regeringsrätten dessförinnan hade inhämtat ett förhandsavgörande från EG-domstolen. Även Regeringsrättens avgörande i *Wermdö Krog*[17], där rätten utan att ha begärt förhandsavgörande från EG-domstolen fann att det svenska spelmonopolet överensstämde med EG-rätten har kritiserats på sådana grunder.[18] Ett tredje fall som kan uppmärksammas i sammanhanget är en dom från Hovrätten över Västra Sverige som bygger på antagandet att missbruk av dominerande ställning i strid med EG:s konkurrensbestämmelser (artikel 82 EG) utgör en grund för skadestånd enligt EG-rätten. Huruvida så är fallet är en av EG-domstolen hittills oprövad fråga. Högsta domstolen meddelade inte prövningstillstånd.[19]

Kommissionen anförde i det ovan nämnda överträdelseärendet mot Sverige att svenska slutinstansers obenägenhet att begära förhandsavgörande kan medföra att det uppstår en inhemsk rättspraxis som inte står i överensstämmelse med de gemenskapsrättsliga reglerna.[20] En viktig del i kommissionens kritik var att beslut att inte meddela prövningstillstånd inte motiveras trots att EG-rätten åberopats i målen. Överträdelseärendet ledde till antagandet av lagen (2006:502) med vissa bestämmelser om förhandsavgörande från EG-domstolen, i vilken föreskrivs att domstolar som är skyldiga att inhämta förhandsavgöranden enligt EG-rätten skall motivera ett avslag på en begäran om prövningstillstånd "om en part i ett mål eller ärende vid en

15. Se Fritz, M. och Hettne, J., *Sverige inför rätta – Kontrollen av medlemsstaterna i Europeiska unionen*, Sieps 2006:3, s. 55 ff.

16. RÅ 1999 ref. 76. Se bl.a. Bernitz, U., *Sverige och Europarätten*, a.a., s. 131 ff.

17. Regeringsrättens dom i Wermdö Krog av den 26 oktober 2004 (RÅ 2004 ref. 95).

18. Se Wahl, N., *Vad är oddsen för att det svenska spelmonopolet är förenligt med EG-rätten? – Regeringsrättens dom i Wermdö Krog*, ERT 2005, s. 119, Wiklund, O. och Bergman, H., *Europeiseringstendenser och domstolskritik i svensk rätt – Regeringsrättens domar i spelmålen*, ERT 2005, s. 713 och Fritz, M. och Hettne, J., *Sverige inför rätta – Kontrollen av medlemsstaterna i Europeiska unionen*, a.a., s. 63 ff.

19. Hovrättens dom av den 27 april 2001 i mål T 33/00. Se Bernitz, U., *Missbruk av dominerande ställning i form av prisdiskriminering – restitution och betalningsbefrielse*, ERT 2003, s. 382, där målet kommenteras.

20. Jfr bl.a. dom av den 4 november 1997 i mål C-337/95, Parfums Christian Dior, REG 1997, s. I-6013, punkt 25.

domstol eller myndighet ... har yrkat att ett förhandsavgörande skall inhämtas eller på annat sätt väckt frågan om en sådan åtgärd ...". Kommissionen har efter lagändringen inte gått vidare med överträdelseärendet.

Vad skulle då en obenägenhet att använda sig av en EG-rättslig metod kunna bero på? En förklaring kan vara att den EG-rättsliga metoden bygger på andra tolkningsprinciper och grundar sig på en annan rättskällelära än den svenska juridiska metoden. Den svenska juridiska metoden skiljer sig mer från den EG-rättsliga metoden i jämförelse med flertalet andra medlemsländer. EG-domstolen använder en förhållandevis fri och starkt ändamålsorienterad tolkningsmetod.[21] EG-rättsliga bestämmelser måste i särskilt hög grad tolkas mot bakgrund av sitt sammanhang (systematisk tolkning) och syfte (teleologisk tolkning). EG-domstolen tolkar sålunda inte en bestämmelse enbart utifrån dess lydelse.

Detta är i sig inte främmande för den svenska rättstraditionen, där man i hög grad beaktar bestämmelsernas ändamål. I Sverige har dock i regel *lagförarbeten* utgjort utgångspunkten i detta avseende, vilket inte kan sägas vara fallet i EG-rätten.[22] Domstolen fann förvisso tidigt att gemenskapsrättens behov av enhetlig tillämpning, och därmed enhetlig tolkning, kräver att EG-rättsliga texter tolkas i förhållande till *upphovsmannens verkliga vilja och till det av honom eftersträvade syftet*.[23] Den påpekade dock att i avsaknad av förarbeten, som klart ger uttryck för avsikten hos en bestämmelses upphovsman, kunde den endast grunda sig på en texts räckvidd som sådan och ge den en betydelse grundad på en språklig och logisk tolkning.[24] Det har därför bara förekommit ett fåtal fall där EG-domstolen har hänvisat till förarbeten.[25] Den har i regel nöjt sig med att beakta den oförbindande ingressen till de rättsakter vars bestämmelser den tolkar.[26]

---

21. Se Due, O., *EF-domstolens retspraxis som integrationsfremmende fakor*, JT 1991–92 s. 407, 412.

22. Utvecklingen mot ökad handlingsoffentlighet samt mot fler och mer lättillgängliga förarbeten inom EG-rätten innebär emellertid att förarbetenas betydelse som vägledande rättskälla ökar. Man kan därför förvänta sig att EG-domstolen framöver oftare kommer att beakta förarbeten när den försöker utröna en viss bestämmelses ändamålsenliga betydelse. Förarbetenas relativa betydelse inom gemenskapsrätten kommer dock knappast att få den betydelse som förarbeten av tradition har tillmätts i den svenska rättskälleläran, eftersom en sådan utveckling inte skulle vara förenlig med den alleuropeiska rättstradition som gemenskapsdomstolarna är skyldiga att respektera. Se Hettne, J. och Otken Eriksson, I. (red.), *EU-rättslig metod – Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, a.a., s. 66 ff. och 169 f.

23. Se dom av den 12 november 1969 i mål 29/69, Stauder mot Ulm, REG 1969, s. 419, punkt 2, svensk specialutgåva, volym 1, s. 421 samt dom av den 7 juli 1988 i mål 55/87, Moksal, REG 1988, s. 3845, punkt 49.

24. Dom av den 1 juni 1961 i mål 15/60, Simon mot domstolen, REG 1961, s. 225.

25. Se t.ex. Öberg, U., *Några anteckningar om användningen av förarbeten inom gemenskapsrätten*, JT 2000–2001, s. 492 ff.

26. Se Bernitz, U., *Sverige och Europarätten*, a.a., s. 35.

EG-domstolen tillämpar också en annan *prejudikatlära* än svenska domstolar. EG-domstolen tillämpar i själva verket en mångkulturell prejudikatlära som inte helt överensstämmer med någon av medlemsländernas traditioner.[27] Det är allmänt känt att EG-rätten i början påverkades starkt av fransk rätt och att den fortfarande står under ett kraftigt franskt inflytande. Franskan är fortfarande ett av EU:s viktigaste arbetsspråk och det enda arbetsspråket i EG-domstolen. EG-rätten är dock utformad på ett sätt som gör att den angloamerikanska *Common law*-metoden många gånger fungerar bättre som arbetsmodell än den kontinentaleuropeiska metoden.[28] EG-rätten är ju nämligen domarskapt i större omfattning än som är vanligt i kontinentaleuropeiska stater och består också i övrigt i hög grad av oskriven rätt. Inom Common law[29] har som bekant rättspraxis en särskilt stark ställning som rättskälla. Prejudikatläran inom Common law är därför av naturliga skäl väl utvecklad och har i många avseenden fungerat som förebild för gemenskapsdomstolarnas verksamhet. Det skulle emellertid föra för långt att säga att EG-domstolen ägnar sig åt angloamerikansk *induktion*, dvs. att den i frånvaro av en skriven regel löser uppkomna problem enbart genom att jämföra den aktuella frågeställningen med frågor som avgjorts i tidigare mål. EG-domstolen behöver nämligen sällan "leta efter" eller "vaska fram" en tillämplig rättsregel ur redan avgjorda mål. Detta beror på att den i enlighet med den kontinentaleuropeiska (och i synnerhet tyska) rättstraditionen, i varje mål utvecklar och tillämpar abstrakta regler och principer som till sin karaktär är allmängiltiga.[30] Det är dessa redan uttalade regler eller principer som den sedan bygger vidare på i senare fall. Detta sätt att arbeta måste betraktas som *deduktion*, dvs. EG-domstolen utgår från en författningstext, eller en "skapad" eller "funnen" regel eller rättsprincip, och drar därav slutsatser som har bäring på omständigheterna i det enskilda fallet. Att EG-domstolens arbetssätt är utpräglat deduktivt framgår tydligt av det sätt på vilket den skriver sina domar. I domskälen presenteras ofta en abstrakt regel eller rättsprincip som kan härledas ur tidigare rättspraxis för att sedan appliceras i det enskilda fallet. Det är emellertid ovanligt att EG-domstolen i sina

27. Se Hettne, J. och Otken Eriksson, I. (red.), *EU-rättslig metod – Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, a.a., s. 30 ff.

28. Jfr Herdegen, M., *General Principles of EU Law – the Methodological Challenge*, i General Principles of EC Law in a Process of Development, (red.) Bernitz, U., Nergelius, J. och Cardner, C. (Kluwer 2008) s. 346.

29. *Common law* används här som en allmän beteckning på angloamerikansk rätt, varför *Equity* som kompletterar *Common law* som oskriven rättskälla inte omnämns särskilt.

30. För en jämförelse av olika europeiska rättstraditioner i detta avseende, se Koopmans, T., *General Principles of Law in European and National Systems of Law: A Comparative View*, a.a., s. 25 ff., särskilt s. 31.

domskäl motiverar i detalj hur det förevarande fallet förhåller sig till tidigare avgjorda fall.[31]

Att förstå hur EG-domstolen utvecklar sin rättspraxis är också avgörande för hur man tolkar enskilda domar från EG-domstolen. Svenska jurister har en tendens att fästa för stor vikt vid enskilda formuleringar i domskälen. EG-domstolens domar måste förstås mot bakgrund av både tidigare och, i förekommande fall, senare avgöranden med anknytning till de aktuella frågeställningarna. Varje nytt fall utgör en länk i en kedja av fall som inte enbart bör studeras var och ett för sig utan som den helhet de sammantaget utgör.

EG-domstolen har alltså en annorlunda tolkningsmetod och prejudikatlära än svenska domstolar, men det som mest skiljer EG-domstolens metod från den svenska juridiska metoden är sannolikt förhållningssättet till allmänna rättsprinciper. EG-domstolen har en annan syn på regler än vad den svenska juristen i allmänhet har. Enligt EG-domstolen är reglerna ofta uttryck för mer grundläggande principer som kan förklara reglernas innehåll och plats i det större systemet. Det viktigaste är då inte regelns ordalydelse utan dess syfte i ett vidare sammanhang.[32] För att utröna en regels innehåll prövar EG-domstolen ofta hur bakomliggande principer har tillämpats på andra rättsområden och tillämpar sedan den aktuella bestämmelsen med vägledning av dessa principer. Det rör sig alltså om en specialform av analogisk tolkning där allmänna rättsprinciper fungerar som broar mellan olika EG-rättsliga områden.[33] De allmänna rättsprinciperna är på detta sätt ständigt närvarande i den EG-rättsliga tillämpningen. Det räcker därför inte att veta vilka EG-rättsliga principer som finns och var de härrör från. När det är EG-rättsliga bestämmelser som skall tillämpas, måste den nationella rättstillämparen förhålla sig till rättsprinciperna på samma sätt som EG-domstolen.

Syftet med den här avhandlingen är att visa, förklara och diskutera hur EG-domstolen använder de allmänna rättsprinciperna inom EG-rätten och hur detta arbetssätt influerar domstolens juridiska metod. Det är min förhoppning att avhandlingen skall fylla en lucka i den rättsvetenskapliga litteraturen, där EG-domstolens tillämpning av allmänna rättsprinciper inte har analyserats på detta sätt, samt vara till hjälp för svenska jurister som vill skaffa sig en djupare kunskap om den EG-rättsliga metoden och bättre för-

31. Jfr Due, O., *Understanding the Reasoning of the Court of Justice*, i Festskrift för Fernand Shockweiler, Nomos 1999, s. 74 och 82.

32. I Sverige har principerna större betydelse under lagstiftningsförfarandet än i rättstillämpningen, se Schäder, G., *General Principles of Law in Swedish Law*, a.a., s. 214 ff.

33. Jfr Hettne, J. och Otken Eriksson, I. (red.), *EU-rättslig metod – Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, a.a., s. 85 ff.

ståelse för hur den skiljer sig från svensk juridisk metod. Som redan påpekats är en sådan kunskap och förståelse nödvändig för att tillämpa EG-rätten korrekt i Sverige.

1.3 Metod och avgränsning

I avhandlingen används EG-rättslig metod, dvs. den juridiska metod som EG-domstolarna använder sig av. Denna metod, som redan har berörts översiktligt, behandlas från mer principiella utgångspunkter i kapitel 2. Av störst betydelse i förhållande till svensk juridisk metod är att de *oskrivna rättskällorna* (domstolarnas rättspraxis och allmänna rättsprinciper) är både mer omfattande och mer betydelsefulla. Eftersom avhandlingen främst behandlar oskrivna allmänna principer inom EG-rätten och hur EG-domstolen har använt sig av dem i praktiken, ligger tyngdpunkten på EG-domstolens och i viss mån förstainstansrättens rättspraxis samt förslag till avgöranden från domstolens generaladvokater och den EG-rättsliga doktrinen.

När det gäller det inbördes förhållandet mellan dessa källor bör påpekas att EG-domstolen är överordnad förstainstansrätten och att dess domar följaktligen har ett högre prejudikatvärde än förstainstansrättens domar. Betecknande för detta är att EG-domstolen i princip aldrig hänvisar till förstainstansrättens domar. Förstainstansrättens domar har emellertid helt klart ett prejudikatvärde och är av stor betydelse som rättskälla i ett arbete som detta. När det gäller utvecklingen av allmänna rättsprinciper av förvaltningsrättslig natur har förstainstansrätten alltsedan sin tillkomst 1989 varit den instans som tagit ansvar för att driva rättsutvecklingen framåt. Förstainstansrätten utgör, med hänsyn till sin behörighet och de måltyper den hanterar, EU:s förvaltningsdomstol.[34] Utförliga och förfinade resonemang om de allmänna rättsprincipernas innebörd kan därför ofta återfinnas i förstainstansrättens rättspraxis. Det finns också åtskilliga exempel på att EG-domstolen i sina domar har bekräftat och byggt vidare på den principiella rättsutvecklingen i förstainstansrättens praxis.

Om EG-domstolen inte har uttalat sig i en viss fråga, men förstainstansrätten har gjort det, väger vidare förstainstansrättens rättspraxis tyngre än andra rättskällor, som t.ex. doktrinen, förarbetsuttalanden och icke bindande rättsakter. Förstainstansrättens domar bör också tillmätas större vikt än generaladvokaternas personliga uppfattningar om rättsläget, även om många

34. Se t.ex. Lenaerts, K. och Arts, D. (ed. Bray, R.), *Procedural Law of the European Union*, Sweet & Maxwell 1999, s. 13 ff.

generaladvokatsyttranden framstår som retoriskt övertygande (eng. s.k. *persuasive authority*). Detta gäller särskilt vissa generaladvokater som genom sina djupa kunskaper och långvariga tjänstgöring vid EG-domstolen har uppnått särskild respekt och erkännande, vilket gör att deras personliga uppfattning väger mycket tungt. Vad särskilt avser domar från förstainstansrätten som efter överklagande bekräftas av EG-domstolen bör observeras att EG-domstolen vid ett överklagande endast har rätt att pröva "rättsfrågor". Distinktionen mellan "rättsfrågor", som kan överklagas, och "faktafrågor", som det är förstainstansrättens roll att ta ställning till, är inte helt klar, men EG-domstolen kan i vart fall inte fastställa vilka faktiska omständigheter som är relevanta och i princip inte heller ompröva den bevisning som förstainstansrätten har godtagit till stöd för dessa omständigheter.[35] EG-domstolen kan alltså omöjligt bekräfta alla skäl och omständigheter i förstainstansrättens domar. I avhandlingen beaktas förhållandet mellan EG-domstolens och förstainstansrättens rättspraxis.

Inom EU upprättades även en personaldomstol är 2005,[36] vilket innebär att det EU-rättsliga domstolssystemet nu består av tre instanser. Jag har dock inte funnit anledning att beakta personaldomstolens avgöranden inom ramen för detta arbete. Personaldomstolen ingår emellertid i samma domstolsorganisation som EG-domstolen och förstainstansrätten och tillämpar därför samma EG-rättsliga metod. När det talas om EG-domstolens tillämpning av allmänna rättsprinciper i denna avhandling avses EG-domstolen i sin egenskap av EU-institution, vilken organisatoriskt inrymmer även de båda andra instanserna.

I avhandlingen behandlas vidare medlemsstaternas nationella rätt i mycket begränsad utsträckning. Detta beror på att det centrala tema som behandlas är EG-domstolens tillämpning av allmänna rättsprinciper i olika EG-rättsliga sammanhang och inte i första hand rättsprincipernas ursprung och framväxt, vilket behandlas utförligt bl.a. i en avhandling av Xavier Groussot, *Creation, Development and Impact of the General Principles of Community Law: Towards a jus commune europaeum* (Lund, 2005). EU:s allmänna rättsprinciper har i stor utsträckning sin grund i olika medlemsstaters nationella rätt, men när de väl har skapats och börjat tillämpas utgör de autonoma europeiska principer som är oberoende av sina nationella förebilder.

---

35. Se bl.a. dom av den 17 december 1998 i mål C-185/95 P, Baustahlgewebe mot kommissionen, REG 1998, s. I-8417, punkt 24. Jfr även Sonelli, S., *Appeal on Points of Law in the Community System – a Review*, CMLre 1998 35 (4): 871-900. Detta är avhandlingsämnet för min doktorandkollega Ida Otken Eriksson vid Stockholms universitet.

36. Rådets beslut av den 2 november 2004 om upprättande av Europeiska unionens personaldomstol (2004/752/EG, Euratom), EUT L 333, s. 7.

De allmänna rättsprinciperna har inte tidigare behandlats utifrån det perspektiv som utgör det genomgående temat för denna avhandling, dvs. mot bakgrund av vilken pratisk betydelse och nytta de har i EG-domstolens rättstillämpning. Detta gör att det inte finns någon omfattande EG-rättslig doktrin att förhålla sig till. Det skall emellertid påpekas att EU:s allmänna rättsprinciper är tämligen väl belysta från andra utgångspunkter. Förutom nämnda avhandling av Xavier Groussot, som även har publicerats som bok, *General Principles of Community Law* (Europa Law Publications Netherlands 2006) kan nämnas en avhandling framlagd vid Stockholms universitet av Jane Reichel, *God förvaltning i EU och Sverige* (Jure 2006), som framför allt fokuserar på allmänna förvaltningsrättsliga principer. Vidare behandlas ämnet allmänt i Tridimas, T., *The General Principles of EU Law* (2:a uppl. Oxford University Press 2005), Bernitz, U. och Nergelius, J. (red.), *General Principles of European Community Law* (Kluwer 2000), liksom i uppföljningsvolymen Bernitz, U., Nergelius, J. och Cardner, C. (red.), *General Principles of EC Law in a Process of Development* (Kluwer 2008) samt i Usher, J., *General Principles of European Community Law* (Longman 1998) och i Schwartze, J., *European Administrative Law* (Sweet & Maxwell, 1992, reviderad utgåva 2006). Den rättsvetenskapliga litteraturen kan emellertid inte sägas ha haft något egentligt inflytande på rättsutvecklingen, utan har i första hand gått ut på att förklara och kommentera den rättsutveckling som skett i EG-domstolens rättspraxis.

Avhandlingen är upplagd och avgränsad på följande sätt. I olika kapital tas de konkreta sammanhang upp i vilka EG-domstolen använder sig av allmänna rättsprinciper, för att därigenom visa vilket inflytande rättsprinciperna har på EG-domstolens juridiska metod och EG-rättens utveckling. Vilken inverkan har t.ex. de allmänna rättsprinciperna på gemenskapsdomstolarnas rättskontroll, vilken betydelse har de för utvecklingen av den fria rörligheten på EU:s inre marknad och vilken roll har de när det gäller att sätta gränser för EG-rättens effektiva genomslag i medlemsstaterna? Avslutningsvis diskuteras för- och nackdelar med att kodifiera de allmänna rättsprinciperna.

I avhandlingen behandlas ett omfattande ämne, eftersom allmänna rättsprinciper till sin natur har betydelse inom många rättsområden. Såväl den allmänna EG-rätten, med dess rättsprinciper av både förvaltningsrättslig och konstitutionell natur, som flera materiella rättsområden, t.ex. konkurrensrätten och den fria rörligheten på EU:s inre marknad, berörs. Ett så omfattande ämne måste avgränsas. Det är emellertid svårt, och inte särskilt meningsfullt, att göra detta i ett sammanhang och på ett entydigt sätt. Syftet är som nämnts ovan att visa, förklara och diskutera hur EG-domstolen

använder de allmänna rättsprinciperna i konkret rättstillämpning och hur detta arbetssätt influerar domstolens juridiska metod. Det är inte ett ämne som enkelt kan hänföras till särskilda ämnesområden, utan förutsätter en annan form av avgränsning. I avhandlingen behandlas en rad konkreta situationer i EG-domstolens rättstillämpning som är belysande för hur domstolen använder de allmänna rättsprinciperna. Det rör sig om delar av rättspraxis där de allmänna rättsprinciperna på ett avgörande sätt har påverkat EG-rättens materiella innehåll. I möjligaste mån har nya utvecklingstendenser i praxis beaktats för att visa att det metodologiska angrepssätt som beskrivs och analyseras har stor betydelse även idag. Med tanke på att avhandlingen i första hand vänder sig till en svenskspråkig intressekrets har urvalet vidare präglats av exempel som har särskild relevans i Sverige, bl.a. finns ett särskilt kapitel om de svenska monopolen.

De olika situationerna avgränsas genom problemställningar som är relevanta för avhandlingens inriktning. Varje kapitel (utöver inledning och avslutning) inleds därför med en "introduktion", i vilken för kapitlet specifika problemställningar presenteras. Dessa frågor diskuteras i den fortsatta framställningen och bildar därmed också ramen för analysen. Varje kapitel avslutas med en "konklusion", där svaren på problemställningarna sammanfattas. De för hela avhandlingen samlade slutsatserna redovisas sist under kapitlet "Slutsatser". Både konklusionerna och det avslutande kapitlet med slutsatser innehåller upprepningar av vad som tidigare framförts. Syftet med detta är att få fram en koncis och tydlig sammanfattning av avhandlingens slutsatser, som kan läsas åtskild från boken i övrigt.

Det bör avslutningsvis nämnas att avhandlingen inte innehåller någon övergripande genomgång av alla relevanta rättsprinciper.[37] Det är min bedömning att en sådan genomgång i onödan skulle tynga framställningen och göra det svårt att följa den röda tråden. I stället finns principerna beskrivna i de sammanhang de tas upp.

1.4 Disposition

Efter det inledande kapitlet 1, behandlas i *kapitel 2* de allmänna rättsprincipernas framväxt och betydelse i EG-rätten samt olika rättsteoretiska spörsmål som aktualiseras när EG-domstolen tillämpar allmänna rättsprinciper. Det visas att EG-rättens inkompletta karaktär och EG-domstolens arbets-

37. Jag har dock författad en sådan översikt i ett annat sammanhang, se avsnitt 1.6 i *EU-rättslig metod – Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, a.a.

och tolkningsmetoder sammantaget har inneburit att allmänna rättsprinciper har tillerkänts en särställning i EU:s rättskällelära som saknar motstycke i de nationella rättssystemen. Det visas också att de allmänna rättsprinciperna begränsar EG-domstolens utrymme för skönsmässiga bedömningar och är viktiga för att legitimera EG-domstolens rättsutveckling, när tydliga anvisningar saknas i fördragen och sekundärrätten.

I *kapitel 3* diskuteras vilken betydelse EU:s allmänna rättsprinciper har för administrativa förfaranden samt för rättskontrollen och talerättskriterier inom EU. I kapitlet visas att gemenskapsdomstolarnas rättskontroll och talerättskriterier präglas och till och med formas av oskrivna förvaltningsrättsliga principer.

I *kapitel 4* visas att gemenskapsdomstolarnas användning av allmänna rättsprinciper av förvaltningsrättslig natur även präglar tillämpningen av de materiella reglerna om fri rörlighet i EG-fördraget, eftersom de utgör krav som medlemsstaterna måste respektera om de önskar upprätthålla nationella regler eller åtgärder som begränsar den fria rörligheten på EU:s inre marknad. Denna rättsutveckling betecknas *den förvaltningsrättsliga dimensionen av fri rörlighet*.[38]

I *kapitel 5* visas hur resonemangen i kapitel 4 kan appliceras på utvecklingen i EG-domstolens rättspraxis när det gäller synen på de svenska monopolen för alkohol, läkemedel och spel. Det diskuteras bl.a. om EG-domstolen har tillämpat de bägge principerna om likabehandling och proportionalitet på ett konsekvent och sammanhängande sätt när den har granskat den svenska alkoholpolitiken och om det svenska spelmonopolet skulle klara en granskning mot bakgrund av relevanta EG-rättsliga principer.

I *kapitel 6* diskuteras huruvida de allmänna rättsprincipernas kan ha en begränsande eller tillbakahållande effekt när det gäller EG-rättens genomslag i medlemsländerna. I kapitlet hävdas att kravet på EG-rättens effektiva genomslag i medlemsstaternas rättsordningar numera framstår som den givna utgångspunkten. Detta innebär att EG-rättsliga bestämmelser kan åberopas och tillerkännas företräde framför nationella bestämmelser, även när de klassiska kriterierna för direkt effekt inte är uppfyllda. I kapitlet diskuteras under vilka omständigheter det finns skäl att *inte* tillämpa EG-rätten inom ramen för ett nationellt rättssystem. Det visas att det finns åtskilliga exempel på att EG-rättens effektiva genomslag har fått stå tillbaka till för-

38. Se t.ex. Hettne, J., *EU, monopolen och försvaret av den rådande ordning*, ERT 2004, s. 589 (särsk. s. 595) och Meyrowitsch, A., Allroth, E. och Hettne, J., *EU och svenska monopol – teori, verklighet och framtid*, Sieps 2005:6, s. 74.

mån för allmänna rättsprinciper, som t.ex. principen om rättssäkerhet och skydd för berättigade förväntningar.

I *kapitlet 7* diskuteras om det är tid att kodifiera de allmänna rättsprinciperna för att göra EG-rätten mer synlig och förutsebar. I kapitel beskrivs först fenomenet kodifiering från allmänna utgångspunkter, varvid kodifieringsproblematiken inom *Common law* berörs. Dessutom behandlas tre lagstiftningsprojekt inom EU som utgör exempel på kodifiering; arbetet med ett övergripande tjänstedirektiv, arbetet med en gemensam europeisk förvaltningslag (ett arbete som bedrivits av den europeiska ombudsmannen) och arbetet med EU:s stadga om grundläggande rättigheter. Mot denna bakgrund diskuteras sedan den konstitutionella utvecklingen i EG-domstolens rättspraxis och viktigare konstitutionella principer i de grundläggande fördragen. Det diskuteras slutligen om de föreligger ett behov av kodifiering av konstitutionella EG-rättsliga principer, och i så fall hur detta lämpligen bör ske, mot bakgrund av förslaget till en konstitution för Europa och det efterföljande Lissabonfördraget.

I *kapitel 8* redovisas avslutningsvis avhandlingens samlade slutsatser.

2 Allmänna rättsprincipers ställning i EG-rätten

2.1 Introduktion

I detta kapitel skall de allmänna rättsprincipernas ställning i EG-rätten behandlas. Den allmänna uppfattningen är att de allmänna rättsprinciperna har en osedvanligt stark ställning i EG-rätten. Detta är ett karaktärsdrag som skiljer EG-rätten från nationell rätt, inte minst i förhållande till svensk rätt. I det följande analyseras denna frågeställning närmare. Hur kommer det sig att EU:s allmänna rättsprinciper tillmäts en så stark ställning i EG-rätten och vilken grund, rättslig och/eller demokratisk, har EG-domstolen för att använda sig av allmänna rättsprinciper? Från ett svenskt perspektiv är det särskilt viktigt att diskutera dessa frågor, eftersom rättsprinciper tycks ha en negativ klang bland svenska rättstillämpare i allmänhet. Mot denna bakgrund bör även diskuteras om närmandet till EG-domstolens metodik och arbetsmetoder innebär att svenska jurister bör ändra sin inställning till de allmänna rättsprinciperna.

2.2 EU:s rättskällor

EG-rätten skiljer sig från folkrätten i allmänhet.[1] Skälet härtill är framför allt att inom EU har de upprättade institutionerna tilldelats lagstiftande och dömande befogenheter på liknande sätt som i suveräna stater. De beslutar sålunda regler på områden där detta annars tillkommer nationella beslutsfattande organ. EG-rätten brukar därför betraktas som en rättsordning av eget slag, *sui generis*. EG-rättens särdrag är även resultatet av EG-domstolens kreativa och rättsskapande verksamhet. EG-domstolen har i sin fria och ändamålsinriktade tolkning kommit att sätta de EG-rättsliga bestämmelsernas syfte och plats i det större systemet i förgrunden. Man brukar säga att domstolen tolkar bestämmelserna mot bakgrund av deras "*effet utile*", dvs.

1. Se närmare Reichel, J., *God förvaltning i EU och i Sverige*, a.a., s. 44 ff.

enligt den tolkning som är mest gynnsam eller ändamålsenlig för EG-rättens utveckling.[2]

EG-rätten hämtas huvudsakligen ur följande kategorier av rättskällor:

- Primärrätt (de grundläggande fördragen)
- Allmänna rättsprinciper
- Avtal som gemenskapen har ingått med tredje land eller internationella organisationer
- Bindande och icke bindande sekundärrätt (regler antagna enligt fördragen)
- EG-domstolens och förstainstansrättens rättspraxis
- Förarbeten
- Generaladvokaternas förslag till avgöranden
- Doktrin

Primärrätt och bindande sekundärrätt, internationella avtal samt allmänna rättsprinciper är *bindande rättskällor*, dvs. rättstillämparen är skyldig att rätta sig efter dem. Detsamma gäller i princip EG-domstolens och förstainstansrättens rättspraxis. Icke bindande sekundärrätt, förarbeten, generaladvokaternas förslag till avgöranden och den EG-rättsliga doktrinen är däremot enbart *vägledande*. Internationella avtal är i rättskällehänseende jämförbara med bindande sekundärrätt, eftersom dessa avtal, precis som EU-institutionernas rättsakter, tillkommit på grundval av bemyndiganden i fördragen (primärrätten).[3]

Kännetecknande för EG-rätten är att de *oskrivna rättskällorna* (domstolarnas rättspraxis och allmänna rättsprinciper) är både mer omfattande och mer betydelsefulla än inom ramen för t.ex. den svenska rättsordningen. Det föreligger förvisso inte så stor skillnad i sättet att betrakta rättspraxis. Även inom svensk rätt tillmäts rättspraxis från de högsta instanserna en mycket stor betydelse. Den stora skillnaden utgörs i stället av *förhållandet* mellan, å ena sidan, regler som skapats genom rättspraxis och, å andra sidan, regler som skapats av lagstiftaren. I skandinavisk och kontinentaleuropeisk rätt utgörs rättsordningen mestadels av skriven rätt. I EU:s rättsordning, precis som inom *Common law*, återfinns emellertid gällande rätt på vissa områden till övervägande del i rättspraxis. Detta är särskilt tydligt när det gäller de

2. Hettne, J. och Otken Eriksson, I. (red.), *EU-rättslig metod – Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, a.a., s. 30.
3. Ibid., s. 24.

mest grundläggande reglerna och principerna, eftersom EU fortfarande saknar motsvarighet till medlemsländernas grundlagar eller konstitutioner.[4]

Lite tillspetsat kan det EG-rättsliga regelverket liknas vid en pyramid med genomskinlig topp. Betraktaren ser stora mängder av förordningar och direktiv m.m. i pyramidens nedre halva, medan de övergripande principerna i pyramidens topp i stor utsträckning är osynliga eller i vart fall oskrivna.

2.3 Närmare om primär- och sekundärrätt

Den rättsliga grunden för den europeiska integrationen utgjordes från början av de tre grundfördragen (fr. *traités originaires*); EKSG-fördraget (som nu har upphört att gälla), EG-fördraget (EG) och Euratomfördraget (EA). I dessa ingår tillägg och ändringar som överenskommits under årens lopp, vilka kommit till uttryck i bl.a. Fusionsfördraget, Enhetsakten, Maastrichtfördraget, Amsterdamfördraget och Nicefördraget, liksom i de olika ländernas anslutningsfördrag.[5] Fördragen utgör den s.k. *primärrätten*, vilken skapas genom enhälligt beslut av medlemsländerna som skall godkännas av respektive medlemsland i enlighet med dess konstitutionella bestämmelser (artikel 48 EU). Till primärrätten hör även bilagor som det hänvisas till i fördragen samt protokoll. Protokollen utgör enligt artikel 311 EG och artikel 207 EA, en integrerad del av fördragen. Deklarationer, eller förklaringar, som också fogas till fördragen, är däremot inte juridiskt bindande.

EU-fördraget tillhör också primärrätten, även om det inte på samma sätt som övriga fördrag medför en överlåtelse av beslutskompetens till institutionerna. Till primärrätten hör också andra rättsakter som beslutats i motsvarande ordning, dvs. med enhällighet och efter godkännande i enlighet med respektive medlemslands konstitutionella bestämmelser. Som exempel kan

4. Sedvana (som i regel anses vara en betydelsefull rättskälla i nationella rättssystem och som är en viktig rättskälla i folkrätten) har inte samma relevans inom EG-rätten. Förklaringen ligger i att EG-rätten är ett komplext, pluralistiskt och mångkulturellt rättssystem, vilket gör att någon sedvana ofta är svår att urskilja. Möjligen kan man säga att sedvana motsvaras av allmänna rättsprinciper, vilka dock utvecklats av EG-domstolen mot bakgrund av allmänna tendenser i medlemsländernas rättsordningar och därför sällan är identiska med eller ens liknar sedvänjor i ett enskilt medlemsland. Se Hettne, J. och Otken Eriksson, I. (red.), *EU-rättslig metod – Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, a.a., s. 25.

5. Även om anslutningsfördragen är att betrakta som primärrätt innehåller de alla de anpassningar och ändringar i gemenskapsrätten som krävs för att en ny stat skall kunna bli medlem av EU. Flertalet av dessa anpassningar och ändringar görs i sekundärrätten. Mot denna bakgrund kan anslutningsfördragen betraktas som en blandning av primär- och sekundärrätt.

nämnas besluten enligt artikel 190.4 EG angående direkta val till Europaparlamentet.[6]

Fördragsbestämmelserna ger EU:s institutioner rätt att utfärda närmare bestämmelser för att genomföra särskilt anvisade mål. I olika bemyndiganden anges vilka mål som skall uppfyllas och vilket beslutsförfarande som skall användas. De rättsakter som kan utfärdas med stöd av fördragen betecknas som *sekundärrätt*. Hit räknas främst de *bindande rättsakter* som institutionerna kan utfärda enligt artikel 249 EG, dvs. *förordningar, direktiv* och *beslut*. Institutionerna kan emellertid också anta *icke bindande rättsakter*, såsom rekommendationer och yttranden, vilka också nämns i artikel 249 EG, samt bl.a. resolutioner, program och meddelanden, vilka inte omnämns i denna artikel.[7]

Till sekundärrätten brukar, som framgått, även räknas internationella avtal som gemenskapen ingår med utanförstående länder och internationella organisationer, eftersom dessa avtal bara kan ingås med stöd av särskilda bemyndiganden i fördragen. Man bör dock observera att det även förekommer s.k. *blandade avtal*, där både medlemsländerna och en eller flera av gemenskaperna är parter. Eftersom blandade avtal måste ratificeras av medlemsländerna innan de träder i kraft, kan de sägas ha en mellanställning mellan primär- och sekundärrätt.

EU:s rättskällelära präglas av den skillnad som råder mellan primärrätten, å ena sidan, och övriga rättskällor, å den andra. Medlemsländerna har skapat EU genom primärrätten och denna måste därför tillerkännas en betydande grad av politisk och demokratisk legitimitet.[8] Primärrätten är därför den överordnade rättskällan inom gemenskapsrätten. Dess giltighet kan i princip inte ifrågasättas av EU:s institutioner, eftersom den utgör själva grunden för deras existens. EG-domstolen har följaktligen själv uttalat att den saknar behörighet att pröva om bestämmelser i primärrätten är giltiga.[9] I händelse av konflikt mellan primärrätten och sekundärrätten har därför primärrätten företräde.[10] Detta följer uttryckligen av artikel 230 EG i vilken föreskrivs att

6. Jfr Lenaerts, K. och Van Nuffel, P., *Constitutional Law of the European Union*, 2:a uppl., Sweet & Maxwell 2005, s. 710.

7. I förslaget till europeisk konstitution benämndes rättsakterna europeiska lagar, europeiska ramlagar, europeiska förordningar och europeiska beslut (bindande rättsakter) samt rekommendationer och yttranden (icke-bindande). Den nya benämningen av rättsakterna bibehölls emellertid inte i det efterföljande Lissabonfördraget (EUT 2007, C 306, s. 1).

8. Jfr Hettne, J. och Otken Eriksson, I. (red.), *EU-rättslig metod – Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, a.a., s. 26.

9. Se dom av den 28 april 1988 i de förenade målen 31 och 35/86, LAISA mot rådet, REG 1988, s. 2285.

10. Se dom av den 10 juli 1990 i mål T-51/89, Tetra Pak mot kommissionen, REG 1990, s. II-309.

EG-domstolen är behörig att pröva lagenligheten av en rättsakt mot bakgrund av fördragsbestämmelserna eller någon rättsregel som gäller fördragets tillämpning. EG-domstolen har följaktligen även konstaterat att primärrätten har företräde framför internationella avtal som binder gemenskapen,[11] vilket även stöds av artikel 300.6 EG, varav framgår att internationella avtal som är oförenliga med fördraget inte får träda i kraft.

2.4 Allmänna rättsprincipers ställning

Som framgått kan inte primärrätten ifrågasättas av EU:s institutioner, eftersom den utgör själva grunden för deras existens. EG-domstolen har emellertid i vissa fall gått mycket långt i sin *tolkning* av fördragsbestämmelserna och inte fullt ut respekterat deras lydelse. I dessa fall har domstolen fallit tillbaka på allmänna rättsprinciper.

Ett gott exempel på detta är målet *Chernobyl*[12] som rörde Europaparlamentets möjlighet att väcka talan enligt nuvarande artikel 230 EG. Vid den aktuella tidpunkten nämndes parlamentet överhuvudtaget inte i fördragstexten, och det kunde därför inte väcka talan vid EG-domstolen. Domstolen uttalade emellertid att:

> "Det åligger ... domstolen att säkerställa att fördragens bestämmelser om institutionell jämvikt tillämpas fullt ut och att se till att parlamentet, liksom de andra institutionerna, inte kan få sina befogenheter kränkta utan att kunna utnyttja någon av de i fördragen föreskrivna talemöjligheterna som kan användas på ett säkert och effektivt sätt.
>
> Den omständigheten att det inte finns någon bestämmelse i fördragen som ger parlamentet rätt att väcka talan om ogiltigförklaring kan utgöra en processuell brist, men denna omständighet kan inte väga tyngre än det grundläggande intresset av att upprätthålla och respektera den institutionella jämvikt som slagits fast i Europeiska gemenskapernas grundläggande fördrag.
>
> Följaktligen kan en av parlamentet väckt talan om ogiltigförklaring av en rättsakt av rådet eller kommissionen upptas till sakprövning, under förutsättning att talan uteslutande syftar till att skydda parlamentets befogenheter och endast grundas på att dessa har kränkts. Med detta förbehåll skall för parlamentets talan om ogiltigförklaring gälla de bestämmelser som föreskrivs i fördragen för de övriga institutionernas talan om ogiltigförklaring."

11. Se t.ex. dom av den 27 september 1988 i mål 165/87, kommissionen mot rådet, REG 1988, s. 5545, svensk specialutgåva, volym 9, s. 721 och dom av den 9 augusti 1994 i mål C-327/91, Frankrike mot kommissionen, REG 1994, s. I-3641, svensk specialutgåva, volym 16.

12. Dom av den 22 maj 1990 i mål C-70/88, Europaparlamentet mot rådet, REG 1990 s. I-2041, svensk specialutgåva, volym 10, s. 425.

En sådan extensiv tolkning hade EG-domstolen knappast vågat sig på om den inte hade ansett att en sådan utvecklig av talerätten överensstämde med den allmänna rättsuppfattningen i medlemsländerna. Målet visar också att vissa allmänna rättsprinciper har en osedvanligt stark ställning som rättskälla. I målet *Chernobyl* var det *principen om institutionell jämvikt* som EG-domstolen stödde sig på när den tolkade EG-fördraget på ett sätt som inte överensstämde med dess lydelse. De allmänna rättsprinciperna kompletterar alltså primärrätten och formar dess innehåll. Detta kan tyckas uppseendeväckande, eftersom de allmänna rättsprinciperna har fastställts av EG-domstolen, som inte har samma politiska och demokratiska legitimitet som medlemsländerna, vilka är fördragens upphovsmän. Rättsutvecklingen är dock förståelig mot bakgrund av under vilka förhållanden det europeiska samarbetet har skapats och växt fram. I avsaknad av tydliga anvisningar från lagstiftaren har EG-domstolen tagit sig an uppgiften att med stöd av medlemsländernas gemensamma konstitutionella traditioner och internationella överenskommelser rörande grundläggande rättigheter, utveckla rättsprinciper av konstitutionell natur för att fylla ut luckor i det EG-rättsliga systemet.[13] Dessa principer bör, med hänsyn till den ställning de har i medlemsländerna, rangordnas på samma nivå som själva fördragstexten. De har därför företräde framför sekundärrätten och därmed också framför internationella avtal som gemenskapen ingår med tredje land eller internationella organisationer.[14]

Detta gör att förhållandena och förutsättningarna skiljer sig från vad som gäller i medlemsstaterna. Nationella domstolar i medlemsländerna saknar sällan anvisningar från lagstiftaren. Det finns förvisso nationella domstolar med långtgående kontrollbefogenheter, särskilt i medlemsländer med tydlig konstitutionell maktfördelning och författningskontroll, men det handlar i dessa fall om en legalitetskontroll och i regel inte om en rättsskapande eller rättsutfyllande uppgift. Som kommer att visas i det följande utnyttjar gemenskapsdomstolarna allmänna rättsprinciper för att begränsa sitt eget skönsmässiga utrymme när de ägnar sig åt sådan rättsskapande verksamhet.

---

13. Jfr Hettne, J. och Otken Eriksson, I. (red.), *EU-rättslig metod – Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, a.a., s. 27.

14. Ett exempel på att allmänna rättsprinciper har företräde framför sekundärrätten är förstainstansrättens dom av den 22 januari 1997 i mål T-115/94, Opel Austria mot rådet, REG 1997, s. II-39. Opel Austria begärde att förstainstansrätten skulle ogiltigförklara rådets förordning (EG) nr 3697/93, vilken innebar att en tull pålades Opel Austrias export av F15 växellådor till gemenskapen. Förordningen var i strid med EES-avtalet, som dock ännu inte hade trätt i kraft. Förstainstansrätten ogiltigförklarade förordningen med hänvisning till den folkrättsliga principen om god vilja (fr. *principe de bonne foi*), av vilken följer att en stat som undertecknat ett avtal skall avhålla sig från handlingar som skulle omintetgöra avtalets ändamål och syfte, liksom till de gemenskapsrättsliga principerna om skydd för berättigade förväntningar och rättssäkerhet.

2.5 Rättspraxis

EG-rätten är domarskapt i större omfattning än vad som är vanligt i kontinentaleuropeiska stater. Den påminner i detta hänseende om det angloamerikanska systemet *Common law*. Som berörts i kapitel 1 skulle det emellertid föra för långt att säga att EG-domstolen på motsvarande sätt som inom *Common law* ägnar sig åt *induktion*, dvs. att den i frånvaro av en skriven regel löser uppkomna problem genom att jämföra den aktuella frågeställningen med frågeställningar som avgjorts i tidigare mål. EG-domstolen behöver sällan "leta efter" eller "vaska fram" en tillämplig rättsregel ur redan avgjorda mål. Detta beror på att den i enlighet med den kontinentaleuropeiska (och i synnerhet tyska) rättstraditionen, i varje mål utvecklar och tillämpar abstrakta (allmänt tillämpliga) regler.[15] Det är dessa redan uttalade regler eller rättsgrundsatser som den sedan bygger vidare på i senare fall. Detta sätt att arbeta bör betraktas som *deduktion*, dvs. EG-domstolen utgår från en författningstext, eller en "skapad" eller "funnen" regel eller rättsprincip, och drar därav slutsatser som har bäring på omständigheterna i det enskilda fallet. Att EG-domstolens arbetssätt är deduktivt framgår också tydligt av det sätt på vilket den skriver sina domar. I domskälen utgår domstolen i regel från en abstrakt regel eller rättsprincip som framkommer av tidigare rättspraxis för att sedan applicera regeln eller principen i det enskilda fallet. Det är emellertid ovanligt att EG-domstolen i sina domskäl motiverar i detalj hur det förevarande fallet förhåller sig till tidigare avgjorda fall.[16]

I sammanhanget bör noteras att EG-domstolens arbetssätt inbjuder till utnyttjandet av allmänna rättsprinciper. När en lösning i ett fall tillämpas analogiskt i ett annat fall kan detta enklare motiveras om det kan hänvisas till bakomliggande allmänna rättsprinciper.

En omständighet som är utmärkande för rättspraxis är att domstolarna, när de lägger grunden för denna rättskälla, samtidigt tolkar *en annan* rättskälla. Rättspraxis ställning i rättskällehierarkin bör därför sammanhänga med denna andra rättskälla. Om det är sekundärrätt EG-domstolen tolkar bör denna rättspraxis sålunda sammanhänga med sekundärrätten och kunna ändras genom senare tillkommen sekundärrätt. Om det däremot är primärrätten som tolkas bör rättspraxis på motsvarande sätt sammanhänga med

15. Se Hettne, J. och Otken Eriksson, I. (red.), *EU-rättslig metod – Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, a.a., s. 27. För en jämförelse av olika europeiska rättstraditioner i detta avseende, se Koopmans, T., *General Principles of Law in European and National Systems of Law: A Comparative View*, a.a., s. 25 ff, särskilt s. 31.

16. Jfr Due, O., *Understanding the Reasoning of the Court of Justice*, a.a., s. 74 och 82.

denna rättskälla. Det senare kan skapa problem för lagstiftaren när det gäller att påverka rättsutvecklingen på områden där det redan finns rättspraxis. Från en teoretisk och principiell utgångspunkt kan inte senare tillkommen sekundärrätt förändra innehållet i redan avkunnade domar om dessa rör tolkningen av fördragsbestämmelser. Konflikter mellan rättspraxis som grundar sig på primärrätt och senare tillkommen sekundärrätt löses emellertid vanligen tolkningsvägen. EG-domstolen har sålunda uttalat att när en bestämmelse i sekundärrätten kan tolkas på flera sätt bör den tolkning ges företräde som gör att bestämmelsen överensstämmer med fördraget framför den som leder till att bestämmelsen blir oförenlig med fördraget.[17]

Om EG-domstolens rättspraxis anknyter till en allmän rättsprincip bör den enligt EG-domstolens uppfattning på motsvarande sätt inte kunna ändras med stöd av senare tillkommen sekundärrätt. Som framgått hänger rättsprinciperna bl.a. samman med medlemsländernas gemensamma konstitutionella traditioner och internationella överenskommelser rörande grundläggande rättigheter. Det är rimligt att åtminstone dessa principer, som återfinns i medlemsstaternas grundlagar och konstitutioner, rangordnas på samma nivå som själva fördragstexten.[18]

Det kan alltså konstateras att EG-rättens karaktär och EG-domstolens ställning har främjat användandet av allmänna rättsprinciper och bidragit till att de har tillerkänts en särskilt stark ställning inom gemenskapsrätten. Det finns därför anledning att översiktligt beröra hur allmänna rättsprinciper kommer till och vilka arbets- och tolkningsmetoder EG-domstolen använder sig av.

2.6 EG-domstolens arbetsmetoder

EG-domstolen konstaterade tidigt att den skrivna EG-rätten inte ger svar på alla de frågor som dyker upp i den judiciella verksamheten. Man hade kunnat förvänta sig att den – i frånvaro av annan vägledning – skulle hämta inspiration från den allmänna folkrätten för att legitimera användandet av andra rättskällor än primär- och sekundärrätten. Den hade kunnat utveckla allmänna rättsprinciper med stöd av artikel 38.1 i Internationella domstolens stadga (*Statute of the Permanent Court of International Justice*), i vilken allmänna rättsprinciper uttryckligen omnämns (*"the general principles of law*

17. Se t.ex. dom av den 4 december 1986 i mål 205/84, kommissionen mot Tyskland, REG 1986, s. 3755, svensk specialutgåva, volym 8, s. 741, p. 62.

18. Jfr Hettne, J. och Otken Eriksson, I. (red.), *EU-rättslig metod – Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, a.a., s. 28.

recognised by civilised nations"). EG-domstolen valde emellertid att inte hänvisa till denna bestämmelse, vilket är belysande för att domstolen aldrig betraktat EG-rätt som folkrätt i allmänhet, utan som en rättsordning av eget slag, *sui generis*.[19]

Att EG-domstolen inte valde den allmänna folkrätten som sin huvudsakliga inspirationskälla är emellertid inte så förvånande om man beaktar under vilka förhållanden och i vilket syfte den skapades. EG-domstolen utformades som en nationell förvaltningsdomstol snarare än som en internationell domstol av den typ som skapats tidigare, t.ex. internationella domstolen i Haag som upprättats inom ramen för FN. EG-domstolen utformades närmare bestämt med Frankrikes högsta förvaltningsdomstol, *Conseil d'Etat*, som förebild. Konstruktörerna var den franske juristprofessorn *Paul Reuter* och *Maurice Lagrange*, ledamot av *Conseil d'Etat* och sedermera generaladvokat vid EG-domstolen.[20]

När EG-domstolen har utvecklat allmänna rättsprinciper har den i synnerhet valt att stödja sig på artikel 220 EG, vari anges att den skall säkerställa att lag och rätt följs vid tolkning och tillämpning av fördraget. Den har vidare hänvisat till artikel 288 andra stycket EG, vari föreskrivs att:

> "Vad beträffar utomobligatoriskt ansvar skall gemenskapen ersätta skada som orsakats av dess institutioner eller av dess anställda under tjänsteutövning, i enlighet med *de allmänna rättsprinciper som är gemensamma för medlemsstaternas rättsordningar.*"[21]

Domstolen har mot denna bakgrund utvecklat ett antal principer utifrån bestämmelserna i fördragen. Dessa har som bekant en mycket principiell uppbyggnad med många vaga och målinriktade bestämmelser och är därför väl ägnade att främja framväxten av allmänna rättsprinciper. Domstolen har sålunda fastställt principer med stöd av enskilda fördragsbestämmelser, t.ex. *principen om gemenskapspreferens* som endast omnämns i artikel 44.2 a EG,

19. Detta hindrar dock inte att vissa principer från den allmänna folkrätten har haft ett inflytande på EG-rätten. Ett exempel är *territorialitetsprincipen*. Denna princip är viktig bl.a. för att avgöra vilka befogenheter kommissionen har vid tillämpningen av EG:s konkurrensrätt utanför unionens yttre gränser (se dom av den 27 september 1988 i de förenade målen 89, 104, 114, 116–117 och 125–129/85, Ahlström mot kommissionen, REG 1988, s. 5193, punkt 18, svensk specialutgåva, volym 9, s. 651, och av den 25 mars 1999 i mål T-102/96, Gencor mot kommissionen, REG 1999, s. II-753). Det har även förekommit att EG-domstolen har hänvisat till rättspraxis från Internationella domstolen (se domar av den 5 juli 1994 i mål C-432/92, Anastasiou m.fl., REG 1994, s. I-3087, punkt 49, och av den 16 juni 1998 i mål C-162/96, Racke mot Hauptzollamt Mainz, REG 1998, s. I-3655, punkterna 24 och 50).

20. Se Hettne, J. och Otken Eriksson, I. (red.), *EU-rättslig metod – Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, a.a., s. 43 f. och Hettne, J. och Öberg, U., *Domstolarna i Europeiska unionens konstitution*, Sieps 2003:15, s. 26. Jfr också Pennera, C., *The Court of Justice and its Role as a Driving Force in European Integration*, Journal of European History, no 1, 1995, s. 111.

21. Författarens kursivering.

samt utvecklat allmänna principer mot bakgrund av flera mer specifika bestämmelser, såsom t.ex. *likabehandlingsprincipen*. Denna princip är härledd från det allmänna icke-diskrimineringsförbudet på grund av nationalitet, förbudet mot inskränkningar i de fyra friheterna (varor, personer, tjänster och kapital), förbudet mot fiskal diskriminering (indirekta skatter), förbudet mot könsdiskriminering samt slutligen förbudet mot diskriminering inom ramen för den gemensamma jordbrukspolitiken.[22]

Som framgått måste emellertid EG-rätten i vissa fall kompletteras med externa rättskällor. EG-domstolen har följaktligen fallit tillbaka på källor utanför fördragen när ingen vägledning har kunnat hämtas från fördragen själva. Den har därvid främst inspirerats av medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner och internationella avtal rörande skyddet av grundläggande rättigheter som medlemsstaterna har varit med om att utarbeta eller anslutit sig till. Bland dessa internationella avtal intar Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna och grundläggande friheterna en särställning. EG-domstolen har bl.a. härlett följande principer från Europakonventionen:

- Rätten till privatliv och skydd för familjeliv[23]
- Skydd för uppgifter om en persons hälsotillstånd[24]
- Skydd för hemmet[25]
- Religionsfrihet[26]
- Yttrandefrihet[27]
- Föreningsfrihet[28]
- Mötesfrihet[29]
- Skydd för äganderätten[30]

22. Se närmare Usher, J. *General principles of EC Law*, Longman 1998, s. 12.
23. Se bl.a. dom av den 26 juni 1980 i mål 136/79, National Panasonic mot kommissionen, REG 1980, s. 2033 och dom av den 11 juli 2002 i mål C-60/00, Carpenter, REG 2002, s. I-6279, punkt 41.
24. Se t.ex. dom av den 26 juni 1980 i mål 136/79, National Panasonic mot kommissionen, REG 1980, s. 2033, svensk specialutgåva, volym 5, s. 253, och dom av den 5 oktober 1994 i mål C-404/92 P, X. mot kommissionen, REG 1994, s. I-4737, punkt 17 ff.
25. Dom av den 21 september 1989 i de förenade målen 46/87 och 227/88, Hoechst mot kommissionen, REG 1989, s. 2859, svensk specialutgåva, volym 10, s. 133, punkt 17.
26. Dom av den 27 oktober 1976 i mål 130/75, Prais mot rådet, REG 1976, s. 1589, svensk specialutgåva, volym 3, s. 201.
27. Dom av den 26 juni 1997 i mål C-368/95, Familiapress, REG 1997, s. I-3689, punkt 18.
28. Dom av den 15 december 1995 i mål C-415/93, Bosman, REG 1995, s. I-4921, punkt 79.
29. Dom av den 12 juni 2003 i mål C-112/00, Schmidberger, REG 2003, s. I-5659, punkt 79.
30. Dom av den 14 maj 1974 i mål 4/73, Nold, REG 1974, s. 491, svensk specialutgåva, volym 2, s. 291, punkt 14.

- Rätten att idka näring och utöva ett yrke[31]
- Krav på domstolskontroll och effektiva rättsmedel[32]

När EG-domstolen finner vägledning i en internationell konvention som t.ex. Europakonventionen, är lösningen förhållandevis enkel. Medlemsstaterna har anslutit sig till dessa konventioner, vilket innebär att hela konventionen återspeglar gemensamma rättstraditioner och principer som kan användas även i ett gemenskapsrättsligt sammanhang. Om vägledning i internationella konventioner saknas är det emellertid svårare för EG-domstolen att finna användbara regler. I dessa fall har EG-domstolen utvecklat en *komparativ metod*, som syftar till att utröna vilka principer som kan anses erkända av åtminstone det stora flertalet av medlemsländerna. I äldre rättspraxis finns ofta spår av dessa komparativa studier såväl i domar som i generaladvokaters förslag till avgöranden.[33] EG-domstolens generaladvokater och domare representerar olika nationella rättskulturer. De diskussioner som förs i domstolen innebär därför per automatik ett rättskulturellt utbyte. Dessutom finns en forskningsavdelning inom EG-domstolen som bl.a. har till uppgift att utföra komparativa studier. Vid forskningsavdelningen tjänstgör minst en jurist från varje medlemsland. EG-domstolen beaktar ofta dessa studier i sina avgöranden, även om den i regel inte i domskälen hänvisar till att sådana utredningar har ägt rum.[34] EG-domstolen har mot denna bakgrund kallats ett komparativrättsligt laboratorium (laboratoire de droit comparé) där ledamöterna dagligen arbetar med komparativ rätt, utan att närmare reflektera över detta.[35]

---

31. Dom av den 28 april 1998 i mål C-200/96, Metronome Musik, REG 1998, s. I-1953, punkt 21.

32. Dom av den 15 maj 1986 i mål 222/84, Johnston, REG 1986, s. 1651, svensk specialutgåva, volym 8, s. 597.

33. Se t.ex. förslaget till avgörande av generaladvokat Warner i mål 17/74, Transocean Marine Paint Association mot kommissionen (REG 1974, s. 1063, svensk specialutgåva, volym 2, s. 357) som rörde principen om rätten till försvar. För ett senare exempel, se förslaget till avgörande av generaladvokat Tesauro i mål C-58/94, Nederländerna mot rådet (REG 1996, s. I-2169), som rörde allmänhetens tillgång till rådets handlingar och generaladvokat Légers förslag till avgörande i mål C-224/01, Köbler mot Österrike (REG 2003, s. I-10239) som rörde medlemsstaternas eventuella skadeståndsskyldighet gentemot enskilda individer då deras domstolar inte respekterar EG-rätten. Den komparativa metoden har på ett förtjänstfullt sätt belysts av Koen Lenaerts i artikeln *Le droit comparé dans le travail du juge communantaire*, RTD eur. 37 (3), 2001, s. 487 och *Inter-locking legal orders in the European Union and comparative law* (2003) ICLQ, s. 873.

34. Det händer dock att generaladvokaten direkt hänvisar till dessa studier; se t.ex. förslaget till avgörande av generaladvokat Tesauro i mål C-58/94, Nederländerna mot rådet (REG 1996, s. I-2169, särskilt s. I-2178, punkt 14 andra stycket).

35. Se Lenaerts, K., *Le droit comparé dans le travail du juge communantaire*, a.a., s. 492, med vidare hänvisningar.

Ett belysande exempel är målet *AM & S.*[36] I detta mål ifrågasattes kommissionens rätt at ta del av vissa affärshandlingar med hänsyn till att det rörde sig om en brevväxling mellan en advokat och hans klient (*legal privilege*). Företaget AM & S hävdade att denna form av sekretess respekterades i varierande grad av alla medlemsstater. Den borde därför även respekteras av kommissionen när den företog konkurrensundersökningar med stöd av EG:s konkurrensregler. Intresseorganisationen för europeiska advokater, *Commission consultative des Barreaux de la Communauté européenne* (CCBE), som intervenerade till stöd för AM & S, framhöll att rätten till sekretess för meddelanden mellan en advokat och hans klient (i båda riktningarna) var erkänd såsom en grundläggande konstitutionell eller mänsklig rättighet, som åtföljer eller kompletterar andra liknande rättigheter som uttryckligen erkänts. Denna rätt borde därför erkännas som sådan och tillämpas som om den utgjorde en del av gemenskapsrätten. EG-domstolen gick inte lika långt, men följande uttalande visar vilken betydelse den tillmäter medlemsstaternas gemensamma rättstraditioner.

> "Gemenskapsrätten, som utgår från *såväl en ekonomisk som en juridisk växelverkan* mellan medlemsstaterna, skall [...] ta hänsyn till de gemensamma principerna och begreppen i dessa staters lagstiftning angående sekretess, särskilt i fråga om vissa meddelanden mellan en advokat och hans klient. Denna sekretess svarar faktiskt mot det i samtliga medlemsstater erkända kravet på att alla enskilda fritt måste kunna vända sig till sin advokat, till vars uppgifter det hör att på ett oberoende sätt ge juridisk rådgivning till alla som så behöver."[37]

EG-domstolen tog sedan fasta på de kriterier som var gemensamma i medlemsstaternas lagstiftning när det gällde skydd för sekretess av brevväxlingen mellan en advokat och hans klient. Det skulle röra sig om brevväxling inom ramen för klientens rätt till försvar och i dennes intresse. Dessutom skulle det röra sig om en oberoende advokat, dvs. en advokat som inte var knuten till klienten genom ett anställningsförhållande. Domstolen påpekade att kravet på advokatens oberoende återspeglade de gemensamma rättsliga traditionerna i medlemsstaterna och härrörde från uppfattningen om advokatens roll såsom medarbetare i rättvisans tjänst. Advokaten skulle vara helt oberoende och i sakens övergripande intresse biträda klienten i enlighet med dennes behov. Det krävdes vidare att advokaten var etablerad i en av medlemsstaterna, eftersom nämnda gemensamma rättstraditioner inte nödvändigtvis omfattade advokater från tredje land.

---

36. Dom av den 18 maj 1982 i mål 155/79, AM & S mot kommissionen, REG 1982, s. 1575, svensk specialutgåva, volym 6, s. 405.

37. Författarens kursivering, se punkt 18 i domen.

Att EG-domstolen har använt sig av en komparativ metod behöver dock inte alls framgå så tydligt som i *AM & S*. Ett mål där den komparativa metoden inte framgår alls är *Factortame* från år 1990.[38] I detta mål argumenterade EG-domstolen för att gemenskapsrättens fulla verkan skulle försvagas om en nationell domstol saknade möjlighet att besluta om interimistiska åtgärder för att skydda rättigheter som gjordes gällande på grundval av gemenskapsrätten. EG-domstolen hänvisade till EG-rättens effektivitet, direkta effekt och företräde samt till medlemsstaternas skyldighet att lojalt samarbeta (artikel 10 EG) samt till systemet med förhandsavgörande, men inte till det faktum, vilket tydligt hade visats av generaladvokat *Tesauro*,[39] att i alla medlemsstaternas rättsordningar (med undantag av den danska) fanns i varierande grad möjlighet att besluta om interimistiska åtgärder under förhållanden liknande de som var aktuella i det förevarande fallet. EG-domstolen hade sannolikt varit betydligt försiktigare med att lägga fast kraven på interimistiskt skydd om det inte hade förhållit sig på det sättet.[40]

Den komparativa metoden framträder sålunda i varierande grad. EG-domstolen har emellertid varit otydlig med att ange vilken vetenskaplig metod den egentligen använder och vad som är bestämmande för de allmänna rättsprincipernas närmare innehåll. Det är emellertid helt klart att EG-domstolen inte utgår från specifika nationella bestämmelser utan snarare från underliggande och därmed djupare och mer grundläggande principer i de nationella rättssystemen.[41] Det kan också konstateras att EG-domstolens komparativa metod inte är vetenskaplig till sin karaktär utan ett utflöde av EG-domstolens sammansättning och typiska arbetsmetoder.[42]

Detta har framkommit tydligt i generaladvokaternas yttranden. Ett belysande exempel är följande uttalande av generaladvokat Lagrange i *Hoogovens*[43]:

> "... the case law of the court, in so far as it invokes national laws (as it does to a large extent) to define rules of law relating to the application of the Treaty, is not content to draw on more or less arithmetical 'common denominators' between the different national solutions, but chooses from each of the Member States

38. Dom av den 19 juni 1990 i mål C-213/89, Factortame, REG 1990, s. I-2433, svensk specialutgåva, volym 10, s. 435.

39. Se generaladvokatens förslag till avgörande, punkt 23 ff.

40. Se Lenaerts, K., *Le droit comparé dans le travail du juge communantaire*, a.a., s. 522.

41. Se Hettne, J. och Otken Eriksson, I. (red.), *EU-rättslig metod – Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, a.a., s. 48.

42. Jfr Herdegen, M., *General Principles of EU Law – the Methodological Challenge*, a.a., s. 343.

43. Dom av den 12 juli 1962 i mål 14/61, Hoogovens mot Höga myndigheten, REG 1962, s. 485 (fransk utgåva), engelsk specialutgåva 1962, s. 253.

> those solutions which, having regard to the objects of the Treaty, appear to be the best or, if one may use the expression, the most progressive."

Domstolen kan dock inte välja och vraka bland alla tillgängliga nationella rättsprinciper. Den måste vara noga med att utveckla principer som verkligen överensstämmer med rådande rättsliga värderingar i medlemsstaterna. EG-domstolen är, liksom hela det EG-rättsliga systemet, ytterst beroende av medlemsstaternas acceptans och i EG-domstolens fall rör det sig främst om att vinna acceptans och förtroende hos de högsta domstolarna i medlemsstaterna.[44] Det förmodligen bästa exemplet på detta är den "dialog" som pågått mellan den tyska högsta författningsdomstolen och EG-domstolen när det gäller respekten för grundläggande rättigheter. Att skyddet för grundläggande rättigheter och respekten för medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner successivt har erkänts och tillmätts ökad betydelse i EG-domstolens rättspraxis har varit en förutsättning för att den tyska författningsdomstolen skulle acceptera EG-rättens företräde framför den tyska grundlagen.[45]

Sammantaget kan EG-domstolens användning av den komparativa metoden sägas fylla fyra huvudsakliga syften.

EG-domstolen kontrollerar, genom sina komparativa utredningar, om det finns *gemensamma nämnare* i de olika nationella rättssystemen som kan rättfärdiga en viss lösning på en konkret frågeställning. Ett exempel på detta är det ovannämnda målet *AM & S*,[46] där EG-domstolen med stöd av de kriterier som var gemensamma i medlemsstaternas lagstiftning när det gäller skydd för sekretess av brevväxlingen mellan en advokat och hans klient, utvecklade en liknande princip inom gemenskapsrätten.

EG-domstolen kan också undersöka om det finns *betydande skillnader* i de olika nationella rättssystemen för att därigenom lättare kunna hänvisa till att den inte har någon skyldighet att rätta sig efter någon specifik nationell rättsprincip eller tradition som åberopas inför den. EG-domstolen hänvisar ofta till dessa skillnader i medlemsstaternas rättssystem när en enskild part gör gällande att en rättsprincip som härrör från en medlemsstats rättsordning skall erkännas såsom varande en allmän rättsprincip i gemenskapsrätten. Ett exempel på detta är målet *Grant*.[47] I målet prövades om en reseför-

---

44. Se Hettne, J. och Otken Eriksson, I. (red.), *EU-rättslig metod – Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, a.a., s. 48 och Reichel, J., *God förvaltning i EU och i Sverige*, a.a., s. 33 f.

45. Se Melin, M. och Schäder, G., *EU:s konstitution*, 6:e uppl., Norstedts juridik 2004, s. 114 ff.

46. Se t.ex. dom av den 18 maj 1982 i mål 155/79, AM & S mot kommissionen, REG 1982, s. 1575, svensk specialutgåva, volym 6, s. 405.

47. Dom av den 17 februari 1998 i mål C-249/96, Grant mot South-West Trains Ltd, REG 1998, s. I-621.

mån som beviljades äkta makar och personer av motsatt kön, som levde i fasta förhållanden, borde ges även till personer av *samma kön* som levde i ett fast förhållande, i enlighet med principen om likabehandling av könen. EG-domstolen konstaterade att även om ett samboförhållande mellan två personer av samma kön i vissa av medlemsstaterna likställs med äktenskap, var det vanligare att det likställdes med fasta utomäktenskapliga heterosexuella förhållanden vad beträffar ett begränsat antal rättigheter, eller att de inte erkändes alls. Bland annat mot denna bakgrund fann EG-domstolen att en arbetsgivare enligt gemenskapsrätten inte är skyldig att likställa situationen för en person som har ett fast förhållande med en partner av samma kön med situationen för en person som är gift eller som har ett fast förhållande med en partner av motsatt kön.

EG-domstolen kan vidare genom en komparativ utredning finna att en viss juridisk lösning som finns i en av medlemsstaternas rättsordningar skulle kunna lämpa sig väl även inom ramen för gemenskapsrätten. En sådan lösning kan – om inte alltför skilda synsätt gör sig gällande i övriga medlemsstater – fungera som modell för en motsvarande juridisk konstruktion på europeisk nivå, dvs. i form av en allmän rättsprincip i gemenskapsrätten. De tydligaste exemplen på detta är införandet i gemenskapsrätten av proportionalitetsprincipen och principen om berättigade förväntningar, vilka härrör från tysk rätt.[48] Att dessa principer upptogs i gemenskapsrätten anses bl.a. sammanhänga med det stora antal förhandsavgöranden som begärdes av tyska domstolar under 1960- och 1970-talet.[49] När väl en nationell rättsprincip har fastställts i gemenskapsrätten kapas dock banden med den ursprungliga nationella ordningen. I den mångkulturella rättsmiljö som EG-domstolen utgör kommer principen att utvecklas och förfinas i rättspraxis, vilket innebär att den innehållsmässigt inte helt kommer att överensstämma med den nationella förebilden.[50]

Slutligen fungerar EG-domstolens komparativa utredningar rent allmänt som en garanti för att EG-domstolens tolkningar inte fjärmar sig alltför mycket från medlemsstaternas rättstraditioner. EG-domstolen tar mycket oftare hänsyn till komparativa utredningar (som utförts av dess forskningsavdelning) än vad dess rättspraxis och dess generaladvokaters yttranden ger intryck av.[51]

48. Se Lenaerts, K., *Le droit comparé dans le travail du juge communantaire*, a.a., s. 515.

49. Se Groussot, X., *Creation, Development and Impact of the General Principles of Community Law: Towards a jus commune europaeum*, Lunds universitet 2005, s. 50.

50. Ibid., s. 47.

51. Se Hettne, J. och Otken Eriksson, I. (red.), *EU-rättslig metod – Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, a.a., s. 85.

2.7 EG-domstolens tolkningsmetoder

EG-domstolen är känd för att använda en tolkningsmetod som är förhållandevis fri och starkt ändamålsorienterad.[52] Domstolens rättspraxis innehåller många exempel på en sådan teleologisk tolkningsmetod. Att EG-domstolen i vissa fall har tillmätt bestämmelsernas ordalydelse och lagstiftarens intentioner ett ringa värde har uppfattats som kontroversiellt och föranlett kritik. Man måste emellertid vara klar över att EG-rätten och i synnerhet fördragen innehåller många oprecisa bestämmelser och allmänna målsättningar som måste konkretiseras i den faktiska rättstillämpningen. Man måste också ta hänsyn till gemenskapsrättens särdrag och de särskilda svårigheter som dess tolkning medför, vilket bl.a. innebär att det ofta är nödvändigt att jämföra de olika språkversionerna och att gemenskapsrättsliga begrepp skall tolkas autonomt, dvs. på samma sätt i samtliga medlemsstater.[53]

Det är viktigt att framhålla att domstolens utgångspunkt inte är den ändamålsorienterade eller teleologiska tolkningsmetoden. Däremot ingår denna metod som ett naturligt led i tolkningen av i princip all EG-rätt. Domstolen har sålunda uttalat att vid tolkningen av en gemenskapsrättslig bestämmelse skall man beakta *inte bara dess lydelse, utan också dess sammanhang och de syften som eftersträvas med den.*[54]

I vissa fall stannar EG-domstolen vid en tämligen text- eller *bokstavstrogen tolkning*. Detta är naturligtvis särskilt tydligt när domstolen själv vill utnyttja bestämmelsens lydelse som en tillbakahållande faktor och motivera att den inte ger en viss bestämmelse ett vidare innehåll.[55] Domstolen framhåller i dessa situationer att det ankommer på gemenskapslagstiftaren att ändra rättsläget och att domstolen inte kan ersätta lagstiftaren och tolka en bestämmelse i strid med dess uttryckliga lydelse.[56] Som exempel kan nämnas EG-domstolens argumentering för att inte mjuka upp villkoren för enskilda individers möjlighet att väcka talan vid gemenskapsdomstolarna, såsom föreslagits av såväl domstolens generaladvokater som förstainstansrätten (se avsnitt 3.9.2). EG-domstolen försvarade sig med att en sådan tolkning skulle innebära att gemenskapsdomstolarna överskrider gränserna för sin behörig-

52. Se Due, O., *EF-domstolens retspraxis som integrationsfremmende faktor*, a.a., s. 412.

53. Jfr dom av den 6 oktober 1982 i mål 283/81, CILFIT, REG 1982, s. 3415, svensk specialutgåva, volym 6, s. 513.

54. Se bl.a. dom av den 17 november 1983 i mål 292/82, Merck, REG 1983, s. 3781, punkt 12, och av den 21 februari 1984 i mål 337/82, St. Nikolaus Brennerei, REG 1984, s. 1051, punkt 10.

55. Hettne, J. och Otken Eriksson, I. (red.), *EU-rättslig metod – Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, a.a., s. 82.

56. Se t.ex. dom av den 23 mars 2000 i de förenade målen C-310/98 och C-406/98, Hauptzollamt Neubrandenburg, REG 2000, s. I-1797, punkt 32.

het enligt fördraget. Den påpekade att även om det går att föreställa sig ett annat system för prövning av lagenligheten av allmänt tillämpliga rättsakter än det som inrättats genom det ursprungliga fördraget, ankommer det på medlemsstaterna att med tillämpning av artikel 48 EU besluta om nödvändiga ändringar i det nuvarande systemet.[57]

För EG-domstolen lär emellertid den teleologiska tolkningsmetoden i kombination med användandet av allmänna rättsprinciper fortsätta att vara den viktigaste tolkningsmetoden under överskådlig tid. Den teleologiska tolkningsmetoden kan sägas fylla tre olika syften inom gemenskapsrätten.[58]

- Främja det syfte som eftersträvas med en viss bestämmelse.
- Motverka orimliga konsekvenser som kan bli följden av en bokstavstrogen tolkning.
- Fylla ut luckor som annars skulle finnas i gemenskapsrätten.

Att främja en bestämmelses syfte är den traditionella användningen av den teleologiska tolkningsmetoden. När flera tolkningar är möjliga väljer därför gemenskapsdomstolarna den som är mest förenlig med den aktuella bestämmelsens syfte.[59]

EG-domstolen använder sig emellertid av den teleologiska tolkningsmetoden i sammanhang som är mer kontroversiella. Teleologisk tolkning används för att undvika resultat som framstår som orimliga med hänsyn till gemenskapsrätten i övrigt och i synnerhet dess grundläggande bestämmelser och principer.[60] I sådana fall har domstolen tagit på sig ett stort ansvar för att lag och rätt respekteras (jfr artikel 220 EG) och varit ovillig att acceptera vad den har bedömt som olyckligt formulerade eller otidsenliga bestämmelser. Naturligtvis har detta även föranlett kritik för s.k. judiciell aktivism, vilket berörs längre fram.

Slutligen har vi den teleologiska tolkningsmetodens *rättsskapande funktion*. Ett gott exempel är *Les Verts mot Europaparlamentet*.[61] I detta mål hade en miljöinriktad politisk gruppering (Les Verts – Parti écologiste) väckt en talan om ogiltigförklaring av vissa beslut av Europaparlamentets presidium om fördelningen av anslag för ersättning av utgifter för politiska gruppe-

57. Se dom av den 25 juli 2002 i mål C-50/00, UPA mot rådet, REG 2002, s. I-6677, punkterna 44 och 45.

58. Se Schermers, H. G. och Waelbroeck, D. F., *Judicial Protection in the European Union*, 6:e uppl, Kluwer 2001, s. 21 ff.

59. Se t.ex. dom av den 12 november 1974 i mål 34/74, Roquette frères, REG 1974, s. 1217, punkterna 13–21.

60. Se t.ex. dom av den 25 januari 1977 i mål 65/76, Marcel Derycke, REG 1977, s. 29, punkt 20.

61. Dom av den 23 april 1986 i mål 294/83, Parti écologiste "Les Verts" mot Europaparlamentet, REG 1986, s. 1339, svensk specialutgåva, volym 8, s. 529.

ringar som deltog i 1984 års Europaval. Det problem EG-domstolen ställdes inför var att det vid denna tidpunkt inte fanns någon bestämmelse i fördraget som medgav att en enskild juridisk person väckte talan mot en rättsakt från Europaparlamentet. EG-domstolen ansåg uppenbarligen att det skulle vara högst otillfredsställande om det inte var möjligt att väcka en sådan talan. Den konstaterade att Europaparlamentet inte fanns omnämnt bland de institutioner vars rättsakter kunde angripas, eftersom EEG-fördraget i sin ursprungliga lydelse endast hade tilldelat parlamentet rådgivande befogenheter och befogenheter i fråga om politisk kontroll men inte någon befogenhet att anta rättsakter med rättsverkan i förhållande till tredje man. En tolkning av artikel 173 i fördraget (nu artikel 230 EG) som skulle utesluta Europaparlamentets rättsakter från dem som kan angripas, skulle dock enligt domstolen *leda till ett resultat som stod i strid med såväl fördragets anda, såsom denna har kommit till uttryck i artikel 164 (nu artikel 220 EG), som med dess system*. De rättsakter som Europaparlamentet antar inom ramen för EEG-fördraget skulle nämligen, om det inte fanns möjlighet att hänskjuta dem till domstolens granskning, kunna inkräkta på medlemsstaternas eller de övriga institutionernas behörighet eller överskrida de gränser som har satts för Europaparlamentets behörighet. Av denna anledning ansåg domstolen att en talan om ogiltigförklaring skulle kunna väckas mot rättsakter som antogs av Europaparlamentet och som hade rättsverkan i förhållande till tredje man.

I kombination med den teleologiska tolkningsmetoden har *allmänna rättsprinciper* en mycket stor betydelse som tolkningsbakgrund. Rättsprinciperna utgör gemenskapsrättens ryggrad eller oskrivna konstitution. Domstolen har sålunda uttalat att när en bestämmelse i gemenskapens sekundärrätt kräver tolkning skall bestämmelsen i möjligaste mån tolkas så att den är förenlig med fördraget och gemenskapens allmänna rättsprinciper.[62] De gemenskapsrättsliga bestämmelserna skall därför tolkas till ett resultat som överensstämmer med de allmänna principerna.[63] Ett synsätt som är typiskt för gemenskapsdomstolarna är att de allmänna rättsprinciperna döljer sig bakom de positivrättsliga reglerna. Gemenskapsdomstolarna uttalar därför ofta att en viss bestämmelse enbart är ett uttryck för en bakomliggande prin-

62. Dom av den 25 november 1986 i de förenade målen 201/85 och 202/85, Klensch, REG 1986, s. 3477, svensk specialutgåva, volym 8, s. 729, punkt 21, och dom av den 21 mars 1991 i mål C-314/89, Rauh, REG 1991, s. I-1647, punkt 17.

63. Denna funktion har t.ex. ofta principen om god förvaltning, se t.ex. dom av den 30 april 1996 i mål C-58/94, Nederländerna mot rådet, REG 1996, s. I-2169, punkt 37 och dom av den 19 juli 1999 i mål T-14/98, Hautala mot rådet, REG 1999, s. II-2489, punkt 86. För en tolkning i överensstämmelse med grundläggande rättigheter och Europakonventionen, se t.ex. dom av den 11 juli 2002 i mål C-60/00, Carpenter, REG 2002, s. I-6279.

cip och tolkar sedan regeln mot bakgrund av sin egen rättspraxis med anknytning till den ifrågavarande rättsprincipen.[64]

De allmänna rättsprincipernas starka ställning inverkar också på den teleologiska tolkningen. Denna tolkning får inte skilja sig från gemensamma principer som är förankrade i medlemsstaternas nationella rättssystem. Detta skapar i sin tur legitimitet åt de lösningar som EG-domstolen kommer fram till. I det ovannämnda målet *Les Verts* framträder, om än inte uttryckligen, principen om domstolskontroll och tillgång till effektiva rättsmedel, vilket är rättsprinciper som är gemensamma för medlemsstaterna och även kommer till uttryck i Europakonventionen.

2.8 Problemet med judiciell aktivism

EG-rätten är en dynamisk och levande rättsordning som utvecklas i enlighet med integrationsföresatserna i fördraget. Ny lagstiftning läggs ständigt fram av de politiska institutionerna, vilket innebär att gemenskapsrätten både förändras och expanderar till nya områden. Regeringskonferenser har framför allt på senare tid blivit frekvent förekommande, varvid mer genomgripande förändringar av unionens verksamhet beslutas. Gemenskapsdomstolarna befinner sig i denna snabbt föränderliga omvärld och deltar själva i processen. Domstolarna är dels övervakare av att lag och rätt respekteras av unionens institutioner och organ, dels ett nödvändigt komplement till lagstiftaren när det gäller att täta luckor i systemet och rätta till inkonsekvenser som kan visa sig i rättstillämpningen. EG-domstolen intog tidigt positionen att den är skyldig att ge ett svar på de rättsliga spörsmål som uppkommer även när lagstiftaren inte har anvisat någon tydlig väg. Detta överensstämmer med det bland medlemsstaterna dominerande synsättet att en domstol inte får göra sig skyldig till *déni de justice* (ung. vägran att skipa rättvisa), vilket bl.a. uttrycks i artikel 4 i franska *Code Civil*.[65]

EG-domstolens roll i integrationsprocessen har emellanåt föranlett häftig kritik. Den har anklagats för *judiciell aktivism* och för att ta alltför stor poli-

64. Se Hettne, J. och Otken Eriksson, I. (red.), *EU-rättslig metod – Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, a.a., s. 86.

65. Se Groussot, X., *Creation, Development and Impact of the General Principles of Community Law: Towards a jus commune europaeum*, a.a., s. 49. För ett exempel, se t.ex. dom av den 12 juli 1957 i de förenade målen 7/56 och 3–7/57, Algera m.fl., REG 1957, s. 12 (fransk utgåva), engelsk specialutgåva 1957–1958, s. 39, 55, där EG-domstolen hade att ta ställning till frågan om, och under vilka omständigheter, ett förvaltningsrättsligt beslut kunde återkallas av beslutsmyndigheten. Detta var ett förvaltningsrättsligt problem som var välkänt i medlemsländerna men helt oreglerat i EG-rätten. Domstolen uttalade att den var skyldig att finna en lösning på problemet, annars skulle den göra sig skyldig till *déni de justice*.

tisk hänsyn i sin dömande verksamhet.[66] Det institutionella samspelet i unionen kan dock anses förutsätta att det finns en domstol som aktivt tar del även i den mer politiskt betonade utvecklingen. EG-domstolens roll påminner i detta hänseende om den som författningsdomstolar har i federala stater som USA och Tyskland. EG-domstolen anser sig alltså inte bara ha en rätt, utan också en skyldighet, att väga in integrationspolitiska hänsyn i sin dömande verksamhet i vissa fall, dvs. att se till helheten i systemet och till dess harmoniska utveckling.[67]

Cappelletti[68] har uttryckt problematiken på följande sätt:

> "The profession of the judge requires evaluation and balancing; it means giving consideration to the choice's practical and moral results; and it means employment of not only the arguments of abstract logic, but those of economics and politics, ethics, sociology and psychology. Thus, the judge can no longer hide so easily behind the shield of the law as a clear predetermined, objective norm on which to base his 'neutral' decision".

EG-domstolen ställs oftare än nationella domstolar inför svåra fall där det på grund av brist på entydiga regler finns utrymme för skilda lösningar. Ett visst inslag av judiciell aktivism krävs därför för att överhuvudtaget kunna döma i vissa mål.[69] Detta hindrar dock inte att EG-domstolen kan kritiseras för missriktad eller överdriven judiciell aktivism i enskilda fall, dvs. för att ha valt en olämplig lösning.[70]

Den centrala frågan är ofta hur integrationsvänlig EG-domstolens tolkning bör vara. På senare tid har detta framför allt visat sig i de mål som rört vilka rättigheter som följer av unionsmedborgarskapet.[71] EG-domstolens balansgång mellan en mer eller mindre aktiv inblandning i den politiskt

---

66. Se Rasmussen, H., *On Law and Policy in the European Court of Justice* (Nijhoff, 1986) samt *The European Court of Justice* (GadJura, 1998), Wiklund, O., *EG-domstolens tolkningsutrymme*, Norstedts juridik 1997, O'Neill, A., *Decisions of the European Court of Justice and their National Implications* (Butterworths, 1994), Ward, A., *A Critical Introduction to European Law* (Sweet and Maxwell, 1996) och Hartley, T., *Constitutional Problems of the European Union* (Hart Publishing, 1999).

67. Se Hettne, J. och Otken Eriksson, I. (red.), *EU-rättslig metod – Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, a.a., s. 37.

68. Cappelletti, M., *The Law Making Power of the Judge and its Limits: A Comparative Study*, (1981) 8 Monash LR 21-22.

69. Denna typ av aktivism betecknar Xavier Groussot som *legitimate judicial activism* i *Creation, Development and Impact of General Principles of Community Law – Towards a jus commune europaeum*, a.a., s. 205 f.

70. Jfr Hettne, J. och Otken Eriksson, I. (red.), *EU-rättslig metod – Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, a.a., s. 38.

71. Se t.ex. dom av den 12 maj 1998 i mål C-85/96, Martínez Sala, REG 1998, s. I-2691, dom av den 17 september 2002 i mål C-413/99, Baumbast, REG 2002, s. I-7091 och dom av den 23 mars 2004 i mål C-138/02, Collins, REG 2004, s. I-2703. Se härom i Lokrantz Bernitz, H., *Unionsmedborgarskapet och dess inverkan på den fria rörligheten för personer*, Sieps 2006:7.

betonade utvecklingen kan avläsas av dess domskäl. Domstolen använder emellanåt uttryck som *"på EG-rättens nuvarande stadium"* eller liknande, vilket i regel innebär att en viss omsvängning kan komma att bli aktuell i framtiden. Den hänvisar också ibland uttryckligen till lagstiftaren när den anser att det ankommer på de politiska institutionerna eller medlemsstaterna att förändra rättsläget.[72] Av dessa formuleringar följer tydligt att EG-domstolen betraktar EG-rätten som ett levande rättssystem vars innehåll förändras med tiden och i takt med integrationen, vilket påminner om Europadomstolens återkommande hänvisningar till Europakonventionen som ett *"living instrument"* som skall tolkas i enlighet med dagens förhållanden.[73]

EG-rättens *case law*-betonade natur gör också att gemenskapsrätten är flexibel och föränderlig. Det är sannolikt lättare för en domstol att utveckla sin rättspraxis än att omtolka en lagtext. I EG-domstolens praxis händer inte alltför sällan att äldre rättspraxis tolkas om för att anpassas till samhällsförändringar, förändrade värderingar m.m. Ett exempel på detta är att EG-domstolen har använt principen om likabehandling av kvinnor och män för att också skydda transexuella som byter kön.[74]

EG-domstolen skulle troligtvis möta mindre kritik om den bättre motiverade varför den väljer en viss lösning.[75] Domarna ger ofta intryck av att problemen är mindre komplexa än de i själva verket är, vilket sammanhänger med att skiljaktiga meningar inte redovisas.[76]

Ett effektivt sätt för EG-domstolen att bemöta den kritik som riktas mot den är att tydligare visa hur en viss lösning förhåller sig till medlemsstaternas rättsordningar. Om lösningen är förankrad i flertalet av medlemsstaternas rättstraditioner, är det troligare att den accepteras av nationella domstolar, politiker och doktrinen. Som framgått kunde t.ex. den komparativa jämförelsen inte skönjas i målet *Factortame* från år 1990,[77] där den långtgående skyldigheten för nationella domstolar att – även i frånvaro av lagstöd – besluta om interimistiska åtgärder för att skydda rättigheter som gjorts gällande på grundval av gemenskapsrätten, slogs fast. Likväl hade generaladvo-

72. Se t.ex. dom av den 19 november 1998 i mål C-162/97, Nilsson m.fl. (Belgian blue), REG 1998, s. I-7477 och dom av den 25 juli 2002 i mål C-50/00 P, UPA mot rådet, REG 2002, s. I-6677.

73. Se Palm, E., *Rättspraxis och tolkningsmetoder i Europadomstolen för de mänskliga rättigheterna*, JT 2003–04, s. 739.

74. Se mål C-13/94, P mot S och Cornwall County Council, REG 1996, s. I-2143 och dom av den 7 januari 2004 i mål C-117/01, K. B. mot National Health Service Pensions Agency och Secretary of State for Health, REG 2004, s. I-541.

75. Jfr Douglas-Scott, S., *Constitutional Law of the European Union*, Pearson-Longman 2002, s. 219.

76. Jfr Hettne, J. och Otken Eriksson, I. (red.), *EU-rättslig metod – Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, a.a., s. 38.

77. Dom av den 19 juni 1990 i mål C-213/89, Factortame, REG 1990, s. I-2433, svensk specialutgåva, volym 10, s. 435.

kat *Tesauro* visat att en sådan lösning överensstämde med flertalet av medlemsstaternas rättstraditioner.[78]

När det gäller medlemsstaternas skadeståndsskyldighet har EG-domstolen tydligare utnyttjat möjligheten att legitimera sin judiciella aktivism med hänvisning till rättstraditioner som är gemensamma för medlemsstaterna. I målet *Brasserie du Pêcheur och Factortame*[79] från år 1996 anförde EG-domstolen att då det i fördraget inte finns bestämmelser som på ett uttryckligt och klart sätt reglerar följderna av att medlemsstater överträder gemenskapsrätten, ankommer det på domstolen vid fullgörandet av sin uppgift enligt artikel 164 i fördraget (nu 220 EG) att avgöra en sådan fråga enligt allmänt erkända tolkningsmetoder, särskilt genom att tillämpa de grundläggande principerna i gemenskapens rättsordning *och, i förekommande fall, de allmänna principer som är gemensamma för medlemsstaternas rättsordningar.* Domstolen påpekade att detta bekräftades av en analog tillämpning av artikel 288 EG om gemenskapens utomobligatoriska skadeståndsansvar, som hänvisar till de allmänna principer som är gemensamma för medlemsstaternas rättsordningar. Domstolen framhöll att principen om gemenskapens utomobligatoriska skadeståndsansvar endast är ett uttryck för den allmänna princip som är känd i medlemsstaternas rättsordningar, enligt vilken en rättsstridig handling eller underlåtenhet medför en skyldighet att ersätta den skada som har vållats. Domstolen menade att i denna bestämmelse framträder även myndigheternas skyldighet att ersätta skada som har vållats under tjänsteutövning. Den anförde slutligen att de rättsliga reglerna angående statens ansvar i ett stort antal nationella rättsordningar har utvecklats i rättspraxis.

När EG-domstolen i målet *Köbler*[80] slog fast att skadeståndsskyldigheten även kunde omfatta nationella domstolar som dömer i sista instans, hänvisades också till principer som är gemensamma för de nationella rättsordningarna. Den påpekade att möjligheten att hålla staten ansvarig för skador som vållats genom felaktiga domstolsavgöranden visserligen var starkt begränsad i vissa medlemsstater, men inte hade uteslutits helt. Domstolen framhöll att flertalet medlemsstater i en eller annan form har godtagit att staten kan hål-

78. Av detta skäl har också EG-domstolens avgörande i Mangoldmålet om åldersdiskriminering kritiserats (dom av den 22 november 2005 i mål C-144/04, Mangold, REG 2005, s. I-9981). Se särsk. generaladvokat Mazáks förslag till avgörande i målet Palacios de la Villa (dom av den 16 oktober 2007 i mål C-411/05, Palacios de la Villa, REG 2007, s. I-8531).

79. Dom av den 5 mars 1996 i de förenade målen C-46/93 och C-48/93, Brasserie du Pêcheur och Factortame m.fl., REG 1996, s. I-1029.

80. Dom av den 30 september 2003 i mål C-224/01, Köbler, REG 2003, s. I-10239.

las skadeståndsansvarig för domstolsavgöranden, även om villkoren härför är restriktiva och olikartade.[81]

Att motivera viktiga avgöranden med hänvisning till principer som är gemensamma för de nationella rättsordningarna kan sålunda vara ett sätt för EG-domstolen att undvika kritik för judiciell aktivism. Det kan dock bli svårare att finna stöd i gemensamma rättstraditioner när kretsen av medlemsstater växer.[82]

2.9 Konklusion

Allmänna rättsprinciper beskrivs ofta som ett viktigt verktyg som EG-domstolen använder när den utvecklar EG-rätten.[83] Betydelsen av allmänna rättsprinciper anses sammanhänga med EG-rättens inkompletta karaktär,[84] vilket i sin tur hänger samman med EU-systemets funktionsorienterade natur. EU var ursprungligen (och är till stor del fortfarande) ett ekonomiskt samarbete. EEG-fördraget innehöll främst regler som syftade till att undanröja eller utjämna besvärande olikheter inom den gemensamma marknaden, dvs. problem som hade med den gränsöverskridande verksamheten att göra. Det var från början få som kunde föreställa sig att EG-rätten skulle expandera till så många nya politikområden som idag omfattas av samarbetet. Det är därför inte förvånande att det från början saknades en konstitution eller grundlag och en katalog över grundläggande rättigheter, som man först på senare tid har försökt införa.[85]

De allmänna rättsprincipernas övergripande och sammanlänkande karaktär har utgjort ett effektivt hjälpmedel för EG-domstolen i dess arbete med att göra EG-rätten mer sammanhängande och komplett.[86] I avsaknad av övergripande konstitutionella och förvaltningsrättsliga bestämmelser har de allmänna rättsprinciperna fungerat som broar mellan olika EG-rättsliga

81. Se punkt 48 i domen.

82. Jfr Raitio, J., *The Principle of Legal Certainty as a General Principle of EU Law*, a.a., s. 53.

83. Se t.ex. Iglesias, R., *Reflections on the General Principles of Community Law*, CJLS 1999, s. 1, se särsk. s. 15 f. och Groussot, X., *Creation, Development and Impact of the General Principles of Community Law: Towards a jus commune europaeum*, a.a., s. 40 ff.

84. Hartley har uttryckt det som att EG-domstolen har "utilized general principles of law to cloak the nakedness of judicial law-making", se Hartley, T., *The Foundations of European Community Law*, 5:e uppl. 2003, Hart publishing, s. 133.

85. Se Fördraget om upprättande av en konstitution för Europa (EUT 2004, C 310, s. 1), det efterföljande Lissabonfördraget (EUT 2007, C 306, s. 1) och Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (EGT C 365, s. 1).

86. Se Groussot, X., *Creation, Development and Impact of the General Principles of Community Law: Towards a jus commune europaeum*, a.a., s. 40.

områden. Detta gör att olika rättsområden inom EU, i högre grad än t.ex. svenska rättsområden, vilar på likartade rättsprinciper och att gemenskapsrätten i detta avseende bildar ett mer logiskt och sammanhängande system än många nationella rättsordningar. Denna utveckling har underlättats av att det hittills har saknats en tydlig specialisering inom gemenskapsrätten, i vart fall inom gemenskapsdomstolarna. Det har fallit sig naturligt för domare som har tillämpat och kanske varit med om att utveckla rättsprinciper på ett område, att också tillämpa samma principer på ett annat område.[87]

Kännetecknande för EG-rätten är att de *oskrivna rättskällorna* (domstolarnas rättspraxis och allmänna rättsprinciper) är både mer omfattande och mer betydelsefulla än inom ramen för t.ex. den svenska rättsordningen. EG-domstolen har vidare gått mycket långt i sin *tolkning* av i synnerhet fördragsbestämmelserna, vilket gör att bestämmelsernas fulla innebörd inte kan utläsas av deras lydelse. I dessa fall har EG-domstolen ofta hänvisat till allmänna rättsprinciper. De allmänna rättsprinciperna kompletterar alltså primärrätten, dvs. fördragen, och formar deras innehåll. Detta kan tyckas uppseendeväckande, eftersom de allmänna rättsprinciperna har fastställts av EG-domstolen, som inte har samma politiska och demokratiska legitimitet som medlemsländerna, vilka är fördragens upphovsmän. Denna rättsutveckling är dock förståelig mot bakgrund av under vilka förhållanden det europeiska samarbetet har skapats och växt fram. I avsaknad av tydliga anvisningar från medlemsstaterna har EG-domstolen tagit sig an uppgiften att med stöd av deras gemensamma konstitutionella traditioner och internationella överenskommelser rörande grundläggande rättigheter, utveckla rättsprinciper av konstitutionell natur för att fylla ut luckor i det EG-rättsliga systemet.[88] EG-domstolen försöker sålunda i möjligaste mån finna stöd i alleuropeiska principer och rättstraditioner när den skrivna gemenskapsrätten inte ger något tydligt besked. Dessa principer bör, med hänsyn till vilken ställning de har i medlemsländerna, rangordnas på samma nivå som själva fördragstexten. De har därför företräde framför sekundärrätten och därmed också framför internationella avtal som gemenskapen ingår med tredje land eller internationella organisationer.

EG-domstolens metodik och tolkningsmetoder skiljer sig också från nationella domstolars. Även här blandas olika rättstraditioner till en särskild gemenskapsrättslig mix. Med arbetsmetoder som hör hemma i den angloamerikanska *Common law*-traditionen, med ett angreppssätt som härstammar

87. Hettne, J. och Otken Eriksson, I. (red.), *EU-rättslig metod – Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, a.a., s. 87.
88. Ibid., s. 27.

från tysk rätt och med legala ramar som har hämtats från fransk förvaltningsrätt, utvecklar EG-domstolen i varje enskilt fall abstrakta regler och principer som den sedan bygger vidare på i senare fall. Detta sätt att arbeta bör betraktas som *deduktion*, dvs. EG-domstolen utgår från en författningstext, eller en "skapad" eller "funnen" regel eller rättsgrundsats, och drar därav slutsatser som har bäring på omständigheterna i det enskilda fallet. Att EG-domstolens arbetssätt är deduktivt framgår också tydligt av det sätt på vilket den skriver sina domar. I domskälen utgår domstolen i regel från en abstrakt regel eller rättsprincip som framkommer av tidigare rättspraxis för att sedan applicera regeln eller principen i det enskilda fallet. Det är emellertid ovanligt att EG-domstolen i sina domskäl motiverar i detalj hur det förevarande fallet förhåller sig till tidigare avgjorda fall.[89] EG-domstolens metodik inbjuder till utnyttjandet av allmänna rättsprinciper. Det är ofta med hjälp av dessa principer som EG-domstolen härleder de abstrakt tillämpliga reglerna från de konkreta fallen och applicerar dem i nya fall.

De allmänna rättsprincipernas starka ställning i EG-rätten kan alltså förklaras av det EG-rättsliga systemets särskilda karaktär.

De allmänna rättsprinciperna utvecklas i första hand mot bakgrund av bestämmelserna i fördragen. Dessa har som bekant en mycket principiell uppbyggnad med många vaga och målinriktade bestämmelser och är därför väl ägnade att främja framväxten av allmänna rättsprinciper. Fördragen i sig är dock ett otillräckligt stöd för flertalet av de allmänna rättsprinciper som gemenskapsdomstolarna använder sig av.

EG-domstolen söker därutöver stöd i internationella konventioner, såsom t.ex. Europakonventionen. När medlemsstaterna har anslutit sig till sådana konventioner kan EG-domstolen utgå från att deras innehåll överensstämmer med medlemsstaternas rättsordningar och låta relevanta bestämmelser i konventionerna bli vägledande även i gemenskapsrättsliga sammanhang. Att hänvisa till Europakonventionen och andra internationella konventioner som är bindande för medlemsstaterna ger sålunda ett legitimt stöd för EG-domstolens utveckling av gemenskapsrätten.

Om vägledning från fördraget eller internationella konventioner saknas, är det emellertid svårare för EG-domstolen att finna användbara regler. I dessa fall har EG-domstolen utvecklat en *komparativ metod*, som syftar till att utröna vilka principer som kan anses erkända av åtminstone det stora flertalet av medlemsländerna. Vid den komparativa metoden utgår EG-domstolen från grundläggande principer i de nationella rättssystemen. EG-domstolen måste vara noga med att utveckla principer som verkligen överens-

89. Jfr Due, O., *Understanding the Reasoning of the Court of Justice*, a.a., s. 74 och 82.

stämmer med rådande rättsliga värderingar i medlemsstaterna. Sammantaget kan EG-domstolens användning av den komparativa metoden sägas fylla fyra huvudsakliga syften.

EG-domstolen kontrollerar, genom sina komparativa utredningar, *för det första*, om det finns *gemensamma nämnare* i de olika nationella rättssystemen som kan rättfärdiga en viss lösning på en konkret frågeställning. Den kan, *för det andra*, undersöka om det finns *betydande skillnader* i de olika nationella rättssystemen för att därigenom lättare kunna hänvisa till att den inte har någon skyldighet att rätta sig efter någon specifik nationell rättsprincip eller rättstänkande som åberopas inför den. EG-domstolen kan, *för det tredje*, finna att en viss juridisk lösning som finns i en av medlemsstaternas rättsordningar, skulle kunna lämpa sig väl även inom ramen för gemenskapsrätten. Den komparativa metoden kan, *för det fjärde*, rent allmänt fungera som en garanti för att EG-domstolens tolkningar inte fjärmar sig alltför mycket från medlemsstaternas rättstraditioner. EG-domstolen tar mycket oftare hänsyn till komparativa utredningar (som utförts av dess forskningsavdelning) än vad dess rättspraxis och dess generaladvokaters yttranden ger intryck av.[90]

Även den komparativa metoden gör att EG-domstolens rättsutveckling blir mer legitim, eftersom den innebär att EG-domstolen i avsaknad av tydligt stöd från medlemsstaterna faller tillbaka på principer och rättstraditioner som är gemensamma för medlemsstaterna.

EG-domstolen är känd för att använda en tolkningsmetod som är förhållandevis fri och starkt ändamålsorienterad.[91] Domstolens rättspraxis innehåller många goda exempel på en sådan teleologisk tolkningsmetod. Bakgrunden till detta är att EG-rätten, och i synnerhet fördragen, innehåller många oprecisa bestämmelser och allmänna målsättningar som måste konkretiseras i den faktiska rättstillämpningen.

Den teleologiska tolkningsmetoden kan sägas fylla tre olika syften inom gemenskapsrätten.[92]

- Främja det syfte som eftersträvas med en viss bestämmelse.
- Motverka orimliga konsekvenser som kan bli följden av en bokstavstrogen tolkning.
- Fylla ut luckor som annars skulle finnas i gemenskapsrätten.

90. Se Hettne, J. och Otken Eriksson, I. (red.), *EU-rättslig metod – Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, a.a., s. 85.

91. Se Due, O., *EF-domstolens retspraxis som integrationsfremmende fakor*, a.a., s. 412.

92. Se Schermers, H. G. och Waelbroeck, D. F., *Judicial Protection in the European Union*, a.a., s. 21 ff.

Den teleologiska tolkningsmetoden begränsas dock av *allmänna rättsprinciper*, vilka därmed har stor betydelse som tolkningsbakgrund. Den teleologiska tolkningen får inte leda till ett resultat som skiljer sig från de principer som är förankrade i medlemsstaternas nationella rättssystem, vilket ger legitimitet åt de tolkningar som EG-domstolen väljer.

EG-domstolens roll i integrationsprocessen har emellanåt föranlett häftig kritik. Den har anklagats för *judiciell aktivism* och för att ta alltför stor politisk hänsyn i sin dömande verksamhet. Det institutionella samspelet i unionen kan dock anses förutsätta att det finns en domstol som aktivt tar del även i den mer politiskt betonade utvecklingen.

EG-domstolen skulle sannolik möta mindre kritik om den bättre motiverade varför den väljer en viss lösning. Domarna ger ofta intryck av att problemen är mindre komplexa än de i själva verket är. Ett effektivt sätt för EG-domstolen att bemöta den kritik som riktas mot den är att i en utförligare motivering förklara hur en viss lösning förhåller sig till medlemsstaternas rättsordningar. Om lösningen är förankrad i flertalet av medlemsstaternas rättstraditioner, är det troligare att den skulle vinna ökad acceptans.

EG-domstolen tycks att tagit mer hänsyn till balansen mellan medlemsstaternas rättstraditioner och gemenskapsrättens utveckling i senare rättspraxis. När det gäller medlemsstaternas skadeståndsskyldighet har EG-domstolen tydligt utnyttjat möjligheten att legitimera sin judiciella aktivism med hänvisning till rättstraditioner som är gemensamma för medlemsstaterna.

När EG-domstolen i målet *Köbler*[93] slog fast att skadeståndsskyldigheten även kunde omfatta nationella domstolar som dömer i sista instans, hänvisades också till *principer som är gemensamma för de nationella rättsordningarna.* Den påpekade att möjligheten att hålla staten ansvarig för skador som vållats genom felaktiga domstolsavgöranden visserligen var starkt begränsad i vissa medlemsstater, men inte hade uteslutits helt. Domstolen framhöll att flertalet medlemsstater i en eller annan form har godtagit att staten kan hållas skadeståndsansvarig för domstolsavgöranden, även om villkoren härför är restriktiva och olikartade.[94]

Att motivera viktiga avgöranden med hänvisning till principer som är gemensamma för de nationella rättsordningarna kan sålunda vara ett sätt för EG-domstolen att undvika kritik för judiciell aktivism. Den visar därmed att dess skönsmässiga utrymme begränsas av medlemsstaternas rättstraditioner

93. Dom av den 30 september 2003 i mål C-224/01, Köbler, REG 2003, s. I-10239.
94. Se punkt 48 i domen.

och grundläggande principer. Det kan dock bli svårare att finna stöd i gemensamma rättstraditioner när kretsen av medlemsstater växer.[95]

I svensk rätt spelar allmänna rättsprinciper en betydligt mer undanskymd roll än i EG-rätten. Lagstiftningen är mer precis och fullständig och tolkas i hög grad mot bakgrund av förarbeten. Behovet av att använda rättsprinciper är därför förhållandevis litet. Det framgår emellertid av rättspraxis från framför allt regeringsrätten att denna domstol har anammat ett tydligare princip- och rättighetstänkande i mål med EG-rättsliga implikationer. *Ulf Bernitz* anser t.ex. att det numera står klart, framför allt genom ett flertal avgöranden från Regeringsrätten, att proportionalitetsprincipen blivit accepterad i Sverige som en allmän rättsprincip. Han hänvisar särskilt till avgörandet i *Barsebäck*.[96]

Ett ökat princip- och rättighetstänkande medför också att skyddet för enskildas rättssäkerhet väger tyngre än det resultat som följer av en strikt tolkning av de positivrättsliga reglerna. Det bästa exemplet på detta är troligtvis fortfarande det s.k. *Lassagårdsmålet*[97] där Regeringsrätten med hänvisning till EG-rätten och Europakonventionen åsidosatte ett fullföljdsförbud i förordningen (1994:1715) om EG:s förordningar om jordbruksprodukter. *Joakim Nergelius* har i en artikel uttalat att Regeringsrättens avgörande utan överdrift kan betecknas som ett av de viktigaste konstitutionella och förvaltningsrättsliga avgörandena i modern tid. Han menar att domen visar hur europarätten i allmänhet och EG-rätten i synnerhet bidrar till att omforma den svenska rättsordningen.[98]

Av största vikt för en korrekt tillämpning av EG-rätten i Sverige är att svenska domare och andra rättstillämpare accepterar att EG-rätten i stor utsträckning består av rättspraxis och oskrivna allmänna rättsprinciper samt lär sig att, mot denna bakgrund, hantera de tolknings- och tillämpningsproblem som uppstår. Sådana problem kan inte lösas enligt traditionell svensk juridisk metod, utan måste lösas enligt EG-rättslig metod, dvs. enligt EG-domstolens metodik och tolkningsmetoder.

---

95. Jfr Raitio, J., *The Principle of Legal Certainty as a General Principle of EU Law*, a.a., s. 53.

96. RÅ 1999 ref. 76. Se Bernitz, U., *Sverige och Europarätten*, a.a., s. 41–42. Se även Schäder, G., *General Principles of Law in Swedish Law*, a.a., s. 214 ff.

97. RÅ 1997, ref. 65.

98. Nergelius, J., *Lassagårdsmålet: Viktigt avgörande om domstolars rätt att överpröva administrativa beslut*, JT 1997–98, s. 1162. Se även Schäder, G., *General Principles of Law in Swedish Law*, a.a., s. 214 ff.

3 Förvaltningsrättsliga principer och gemenskapsdomstolarnas rättskontroll

3.1 Introduktion

EU saknar en allmän förvaltningslag av det slag som finns t.ex. i Sverige. I de grundläggande fördragen finns enbart vissa anvisningar om vilka förvaltningsrättsliga principer som skall tillämpas.[1] För att EG-rätten överhuvudtaget skall kunna tillämpas har det därför varit nödvändigt för EG-domstolen att utveckla vissa förvaltningsrättsliga principer. För att finna principer som är lämpade att använda på europeisk nivå har domstolen – som behandlades under kapitel 2 – i stor utsträckning använt sig av en komparativ metod i syfte att utröna vilka principer som kan anses erkända av åtminstone det stora flertalet av medlemsländerna. En annan inspirationskälla till EG-domstolens och förstainstansrättens rättspraxis är som framgått bestämmelserna i Europakonventionen och Europadomstolens rättspraxis samt andra folkrättsliga konventioner rörande mänskliga rättigheter som medlemsstaterna har anslutit sig till. EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna hör numera också till gemenskapsdomstolarnas främsta inspirationskällor, eftersom denna uttrycker allmänt erkända europeiska rättsgrundsatser som gemenskapsdomstolarna förväntas beakta i sin dömande verksamhet.

EU:s förvaltningsrätt präglas också av den materiella EG-rättens karaktär. Förvaltningsrättsliga spörsmål har uppkommit inom EG-rättsliga områden där myndighetsbefogenheter typiskt sett utövas i förhållande till enskilda individer. Detta är tydligt på konkurrensområdet, men också på andra områden där administrativa förfaranden äger rum, t.ex. statligt stöd, antidumpning, varumärkesregistrering och i viss utsträckning på upphandlingsområdet. I de flesta fall är det kommissionen som blir de enskilda företagens motpart under förfarandena och tilldelas myndighetsbefogenheter.

1. I artikel 230 EG stadgas t.ex. på vilka grunder en gemenskapsrättsakt kan ogiltigförklaras. Vidare anges i artikel 253 EG att förordningar, direktiv och beslut som antas av Europaparlamentet och rådet gemensamt, av rådet och kommissionen skall vara motiverade samt hänvisa till de förslag och yttranden som har inhämtats enligt fördraget.

Det finns dock även andra organ som kan ha denna roll. Detta gäller t.ex. Byrån för harmonisering av den inre marknaden i Alicante som är ansvarig för varumärkesregistrering. De aktuella rättsområdenas kommersiella karaktär gör att det finns anledning att tala om en särskild kommersiell förvaltningsrätt, som växt fram bl.a. på europeisk nivå. EU:s kommersiella förvaltningsrätt präglas av ett tydligt rättighetstänkande. Detta sammanhänger med att EG-fördraget kan betecknas som en ekonomisk konstitution,[2] där individuella rättigheter för ekonomiska operatörer tillmäts stor betydelse.

I detta kapitel kommer grundprinciperna för EU:s förvaltningsrätt att beröras. Syftet med kapitlet är att visa hur det utrymme för skönsmässig bedömning som EU:s institutioner förfogar över begränsas av allmänna rättsprinciper, vilket i sin tur innebär att gemenskapsdomstolarnas rättskontroll och talerättskriterier präglas av samma principer. Den centrala frågeställningen i kapitlet är framför allt vilken rättskontroll som är den lämpligaste i EG-rättsliga sammanhang, med hänsyn till den oskrivna förvaltningsrättens uppbyggnad.

3.2 Syftet med det administrativa förfarandet

För att belysa de allmänna rättsprincipernas roll i detta sammanhang skall inledningsvis något sägas om syftet med administrativa förfaranden i allmänhet.[3] Dessa förfaranden genomförs av flera skäl. Ett skäl är att det enligt EG-rätten ofta krävs att ett administrativt förfarande äger rum. Detta är den *normativa sidan* av de förvaltningsprocessuella reglerna, som skall förstås mot bakgrund av de allmänna rättsprincipernas starka ställning. Som framgått har många av de allmänna rättsprinciperna en i det närmaste konstitutionell valör och kan därför inte bortses från. Detta gäller grundläggande fri- och rättigheter, men också vissa process- och förvaltningsrättsliga principer. Ett exempel är principen om rätten till försvar, vilket bekräftas av att den har

2. Se t.ex. Maduro, M. P., *We the Court: The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Hart Publishing 1998.

3. Med administrativa förfaranden menas vad som på svenska oftast kallas förvaltningsrättsliga förfaranden. Jag har emellertid – i överensstämmelse med den terminologi som används i svenska officiella texter – översätt det franska begreppet "procedures administratives" (som på engelska översatts med "administrative procedures") till "administrativa förfaranden", eftersom begreppet "administrativa förfaranden" har en gemenskapsrättslig innebörd som kan skilja sig från vad som menas med förvaltningsrättsliga förfaranden i svensk juridisk terminologi.

skrivits in i EU:s stadga om grundläggande rättigheter.[4] Det administrativa förfarandets funktion är således att säkra att relevanta regler och principer som rör enskilda individers processuella rättigheter iakttas.[5]

Den normativa sidan skall skiljas från den *funktionella sidan* av de förvaltningsrättsliga reglerna och principerna. Betraktas de i detta perspektiv skall de förbättra möjligheten att fatta ett riktigt beslut i sak, men saknar därutöver en mer självständig betydelse.[6]

Som kommer att visas i det följande är dock den normativa och funktionella sidan av de förvaltningsrättsliga reglerna sällan renodlad i EG-rätten. I vissa fall görs en avvägning med hänsyn till vad som är rimligt i praktiken, varvid den funktionella sidan tenderar att ta överhand. En konsekvens av detta är att om det står fullständigt klart att ett beslut omöjligt kan ha påverkats av en påtalad processuell brist, får detta fel inte till följd att beslutet ogiltigförklaras.

I sammanhanget bör påpekas att EU:s myndigheter enligt gemenskapsdomstolarnas rättspraxis förfogar över ett relativt omfattande skönsmässigt utrymme på vissa områden. Detta gäller särskilt när beslut grundas på utpräglat ekonomiska eller tekniska bedömningar, där utrymmet för rättslig överprövning är begränsat. Mot denna bakgrund är det särskilt viktigt att säkerställa att beslutsmyndigheten har ett fullgott beslutsunderlag, vilket skall ske under det administrativa förfarandet. Enskilda parter, som har kännedom om de omständigheter som är relevanta för beslutsmyndighetens utredning, uppmanas därför att delta i förfarandet. På detta sätt breddas myndighetens beslutsunderlag, vilket förhoppningsvis leder till ett mer övervägt beslut.

Det administrativa förfarandet har också en viktig psykologisk och demokratisk funktion. Ett beslut erkänns och accepteras i regel i större utsträck-

4. Artikel 48 i stadgan har införts under avdelning VI, Rättsskipning och har getts rubriken "Presumtion av oskuld och rätten till försvar". Den har följande lydelse. "1. Var och en som har blivit anklagad för en lagöverträdelse skall betraktas som oskyldig till dess att hans eller hennes skuld lagligen fastställts. 2. Var och en som har blivit anklagad för en lagöverträdelse skall garanteras respekt för rätten till försvar."

5. Detta synsätt – att förfarandet är ett medel för att säkra respekten för konstitutionella rättigheter – är för övrigt mycket tydligt i tysk rätt. Den tyska författningsdomstolen har framhållit att respekten för rättighetsgarantierna i den tyska konstitutionen måste säkerställas inom ramen för administrativa förfaranden. Samma synsätt återspeglas också i amerikansk rätt, där konstitutionen innehåller särskilda stadganden om processuell rättssäkerhet, den s.k. *Due Process Clause*, som finns i femte och fjortonde tillägget till konstitutionen (Se Schwarze, J., *European Administrative Law*, Sweet and Maxwell 1992, s. 1176 f. och 1181).

6. Se Galligan, D., J., *Due Process and Fair Procedures*, Claredon Press, Oxford 1996. Tridimas talar i ett likartat sammanhang om "functional requirement promoting the quality of administration" resp. "a requirement of formal justice akin to a human right and deriving from the rule of law", se Tridimas, T., *The General Principles of EU Law*, a.a., s. 371.

ning av fysiska eller juridiska personer som har deltagit i förfarandet. Dessa parter får ökad insyn i beslutsmyndighetens underlag och får tillfälle att ge tillkänna sin mening, vilket normalt gör att deras förståelse och respekt för beslutet ökar, oavsett utgång. Denna aspekt av det administrativa förfarandet har också ett vidare syfte på det europeiska planet och rör en betydligt vidare krets av personer än de som är direkt berörda av beslutet. Att vinna förståelse för besluten hos en bredare allmänhet är viktigt för EU:s institutioner, eftersom de ständigt har ett krav på sig att legitimera den beslutsbehörighet som de har övertagit från medlemsstaterna. Det är därför betydelsefullt för EU:s institutioner att ge offentlighet åt beslutsförfarandet, t.ex. genom att publicera viktiga moment i förfarandena i Europeiska unionens officiella tidning (EUT).[7]

Ett mer öppet administrativt förfarande är även ett led i EU:s politik för att vinna ökat erkännande för sin verksamhet i medlemsländerna och därigenom dämpa kritiken mot att många beslut fattas enligt byråkratiska beslutsmodeller utan insyn.

Slutligen innebär ett effektivt administrativt förfarande att behovet av rättskontroll i efterhand minskar. En sådan efterhandskontroll är inte alltid det lämpligaste medlet för att säkra enskildas rättsskydd, eftersom domstolens rättsprövning – vilket berörs nedan – i regel är begränsad och inriktad på formella frågor samt hänför sig till det beslutsunderlag myndigheten förfogade över vid tidpunkten för sitt beslut.[8] Om myndigheten har gjort felak-

7. Detta förekommer regelmässigt inom områdena konkurrens, antidumpning och statligt stöd. Som exempel kan nämnas kommissionens statsstödsbeslut 94/653/EG, Air France. Kommissionen lät publicera ett meddelande i EGT (leddelande av den 3 juni 1994, EGT C 152, s. 2), vari angavs att Frankrike avsåg att lämna ett kapitaltillskott till Air France på 20 miljarder FF. Kommissionen angav att den ansåg att det aktuella kapitaltillskottet utgjorde ett statligt stöd, och att den avsåg att undersöka om stödplanen skulle komma att påverka handeln i en omfattning som stred mot det gemensamma intresset. I samma meddelande uppmanades berörda parter att inkomma med synpunkter. Fram till den 4 juli 1994 hade kommissionen mottagit inte mindre än 23 yttranden från berörda parter, bl.a. från Danmark, Storbritannien, Sverige, Norge, Association des Compagnies Aériennes de la Communauté Européenne och ett stort antal europeiska flygbolag, bl.a. British Airways och SAS. Den 27 juli 1994 fattade kommissionen sitt beslut 94/653/EG av den 27 juli 1994 om den anmälda ökningen av Air Frances kapital (EGT L 254, s. 73). Kommissionen godtog att stöd utgick på villkor att den franska regeringen respekterade vissa åtaganden. British Airways m.fl. väckte därefter talan om ogiltigförklaring av beslutet vid förstainstansrätten, varvid det ogiltigförklarades på grund av bristfällig motivering (dom av den 25 juni 1998 i de förenade mål T-371/94 och T-394/94, British Airways m.fl. och British Midland Airways mot kommissionen, REG 1998, s. II-2405).

8. Som exempel på hur viktigt det är att beslutsmyndighetens agerande bedöms vid tidpunkten då den fattade sitt beslut och i förhållande till den information den då förfogade över; se t. ex. förstainstansrättens domar av den 22 januari 1997 i mål T-115/94, Opel Austria mot rådet, REG 1997, s. II-39, punkt 87, och av den 16 december 1999 i mål T-158/96, Bolzano mot kommissionen, REG 1999, s. II-3927, punkt 139.

tiga eller förhastade avvägningar i lämplighetshänseende är det sålunda inte säkert att detta kan rättas till i samband med domstolsprövningen.[9]

Inom EG-rätten har det processuella rättsskyddet främst tillförsäkrats genom principen om rätten till försvar, myndighetens utredningsskyldighet samt kravet på motivering. Principerna berörs översiktligt i det följande. Därefter ges en beskrivning av hur dessa principer har influerat det administrativa förfarandet i konkurrens-, varumärkesregistrerings- och upphandlingsärenden. Att just dessa områden valts beror på att de genom sina inbördes skillnader sammantaget ger en god bild av hur det processuella rättsskyddet är reglerat i EG-rätten. Konkurrensområdet är det mest utvecklade rättsområdet och har utgjort förebild för övriga områden. Varumärkesregistreringsområdet är förhållandevis nytt och är i högre grad än övriga detaljreglerat genom sekundärlagstiftning. På detta område har kommissionen vidare ersatts av en annan EU-myndighet, Byrån för harmonisering på den inre marknaden (Harmoniseringsbyrån). På upphandlingsområdet har slutligen beslutsmyndigheten ett stort utrymme för skönsmässig bedömning när den avgör vilket anbud som är mest fördelaktigt. Det skall visas hur detta utrymme kan begränsas av allmänna rättsprinciper och hur dessa principer i sin tur möjliggör domstolskontroll på området i fråga.

3.3 Förvaltningsrättsliga grundprinciper

3.3.1 *Rätten till försvar*

Principen om rätten till försvar (fr. "droits de la défense") innefattar en samling processuella rättssäkerhetsgarantier vilka syftar till en rättvis rättegång, t.ex. rätten att inte dömas ohörd, rätten till aktinsyn och rätten att inte behöva vittna mot sig själv. Den har särskilt stor betydelse inom konkurrensrätten, men har även tillämpats på andra områden.

3.3.1.1 Rätten att inte dömas ohörd eller rätten att yttra sig

Den straffrättsliga principen att *ingen skall dömas ohörd* har gamla anor. Inom EU tillämpas den även på administrativa förfaranden, när utgången kan ha negativa konsekvenser för enskilda. Den har kommit att utvecklas mot bakgrund av framför allt brittisk rätt och liknar främst den engelska principen om "*right of a fair hearing*", vilken härrör från det bredare konceptet "*natural*

9. Gemenskapsdomstolarna utför i princip en laglighetsprövning enligt fransk modell (contôle de légalité) vilket berörs senare i detta kapitel.

justice" inom *Common law*. Principen erkändes inom EG-rätten för första gången i målet *Transocean Marine Paint Association mot kommissionen*[10] och har sedan vunnit allmänt erkännande.

Principens allmängiltiga karaktär illustreras väl av ett rättsfall som har anknytning till Sverige, även om Sverige då ännu inte var medlem av EU. I målet *Fiskano*[11] var upprinnelsen till tvisten att den svenska fiskebåten Lavön som ägdes av Fiskano AB hade fiskat på gemenskapens vatten utan fiskelicens. Detta uppdagades vid en inspektion som utfördes av en holländsk kontrollmyndighet. Möjligheten för svenska båtar att fiska på gemenskapens vatten reglerades i ett särskilt avtal mellan Sverige och gemenskapen, och kommissionen var – enligt en särskild förordning – behörig att för gemenskapens räkning vidta sanktionsåtgärder i händelse av brott mot fiskeavtalet. Kommissionen beslutade att båten Lavön inte skulle få komma ifråga för någon ny fiskelicens på gemenskapsvatten under 12 månader och tillställde Sveriges ambassadör i Bryssel ett beslut med denna innebörd. Fiskano väckte då talan vid EG-domstolen och hävdade bl.a. att principen om rätten till försvar hade överträtts. Kommissionen ansåg att denna princip inte var tillämplig i det förevarande fallet, eftersom det var fråga om ett internationellt förhållande som enbart inbegrep Sverige och gemenskapen. EG-domstolen ansåg emellertid att även i detta fall var den allmänna principen om rätten till försvar tillämplig. Den framhöll att rätten till försvar var en grundläggande gemenskapsrättslig princip och att den skulle iakttas i varje förfarande som kunde leda till påföljder, även då detta inte var särskilt föreskrivet. Den konstaterade att kommissionen inte hade gett Fiskano möjlighet att framföra sina synpunkter och ogiltigförklarade följaktligen kommissionens beslut med stöd av principen om rätten till försvar.

I senare rättspraxis har gemenskapsdomstolarna mjukat upp villkoret att principen om rätten till försvar bara skall iakttas i förfaranden som kan leda till påföljder. Det räcker att förfarandet kan få negativa konsekvenser för de enskilda parter som är föremål för det.[12] I *Mediocurso* anförde sålunda EG-domstolen att rätten till försvar skall iakttas i varje förfarande som inleds mot en person, om detta kan leda till en rättsakt som går denne person emot. Domstolen underströk också att personen i fråga skall ges tillfälle att lämna sina synpunkter på ett meningsfullt sätt.[13]

---

10. Dom av den 23 oktober 1974 i mål 17/74, Transocean Marine Paint Association mot kommissionen, REG 1974, s. 1063, svensk specialutgåva, volym 2, s. 357.

11. Dom av den 29 juni 1994 i mål C-135/92, Fiskano mot kommissionen, REG 1994, s. I-2885.

12. Se t.ex. dom av den 6 december 1994 i mål T-450/93, Lisrestal mot kommissionen, REG 1994, s. II-II77, punkt 42.

13. Se dom av den 21 september 2000 i mål C-462/98 P, Mediocurso mot kommissionen, REG 2000, s. I-7183, punkt 36 ff.

3.3.1.2 Aktinsyn

Det föreligger sålunda i allmänhet en rätt för berörda parter att yttra sig vid ett eller flera tillfällen under det administrativa förfarandet. När parterna yttrar sig är det dock inte säkert att de har klart för sig vilket material beslutsmyndigheten förfogar över. Rätten att yttra sig kompletteras därför på vissa områden av en rätt till aktinsyn. På konkurrensområdet går denna princip längst. Här föreligger i princip full rätt till aktinsyn för ett företag som riskerar att drabbas av påföljder.[14] Enbart kommissionens interna handlingar, affärshemligheter och annat sekretessbelagt material kan undanhållas den part som är anklagad för något. Förstainstansrätten har ansett att kommissionen inte själv kan bestämma vilket material som är relevant för parten i fråga. Hela akten med undantag av ovannämnda sekretessbelagda handlingar måste kunna granskas av parten.[15]

3.3.1.3 Legal privilege

Förhållandet mellan advokat och klient är i vissa medlemsstater skyddat enligt principen om rättsliga privilegier vid yrkesutövning (legal privilege). Mot denna bakgrund har EG-domstolen slagit fast att rätten till juridiskt biträde och rätten till sekretess för skriftväxlingen mellan advokat och klient följer av allmänna gemenskapsrättsliga principer.[16] Det skall dock understrykas att sekretessen vid korrespondens mellan en advokat och en klient inte avser skriftväxling mellan en klient och en advokat som är etablerad i tredje land och inte heller förbindelser med en jurist inom företaget (bolagsjurist), utom när denne redovisar en oberoende jurists uttalanden.

3.3.1.4 Rätten att inte behöva vittna mot sig själv

I målet *Orkem*[17] konstaterade EG-domstolen att principen om att en part inte får tvingas att vittna mot sig själv (som härrör från artikel 6 i Europa-

14. Se t.ex. domar av den 17 december 1991 i mål T-7/89, Hercules Chemicals mot kommissionen, REG 1991, s. II-1711, punkt 54, av den 17 december 1998 i mål C-185/95 P, Baustahlgewebe mot kommissionen, REG 1998, s. I-8417, punkt 89, och av den 8 juli 1999 i mål C-51/92 P, Hercules Chemicals mot kommissionen, REG 1999, s. I-4235, punkt 75.

15. Se t.ex. dom av den 29 juni i mål T-30/91, Solvay mot kommissionen, REG 1995, s. II-1775, punkt 83.

16. Se domarna av den 18 maj 1982 i mål 155/79, AM & S mot kommissionen, REG 1982, s. 1575, svensk specialutgåva, volym 6, s. 405, punkterna 18–27, av den 17 oktober 1989 i mål 85/87, Dow Benelux mot kommissionen, REG 1989, s. 3137, punkt 27 och av den 22 oktober 2002 i mål C-94/00, Roquette Frères, REG 2002, s. I-9011, punkt 46.

17. Se dom av den 18 oktober 1989 i mål 374/87, Orkem mot kommissionen, REG 1989, s. 3283, punkterna 34 och 35, svensk specialutgåva, volym 10, s. 217.

konventionen) ingick i den allmänna principen om rätten till försvar.[18] I *PVC II*[19] erkändes principen som en allmän rättsprincip i EG-rätten. EG-domstolen preciserade i detta mål att kommissionen inte får kräva att ett företag skall tillhandahålla svar genom vilka det tvingas att erkänna förekomsten av en överträdelse som det ankommer på kommissionen att bevisa.

3.3.2 *Myndighetens utredningsskyldighet (omsorgsprincipen)*

Principen om myndighetens utredningsskyldighet eller omsorgsprincipen, som den också kallas, uppställer krav på opartisk och grundlig handläggning och motverkar att schablonartade bedömningar görs och att myndigheten fattar förhastade beslut som riskerar att leda till en felaktig utgång i sak.[20]

Denna princip kan härledas ur EG-domstolens rättspraxis från början av 60-talet rörande kol- och stålfördraget.[21] Domstolen lade då tonvikten på att sakomständigheterna i varje enskilt fall måste prövas individuellt. Inom konkurrensrätten har detta kommit att innebära att kommissionen under förfarandet måste ta invändningar från enskilda parter på allvar och undersöka riktigheten i deras påståenden.[22] Principen innebär mer allmänt att myndigheten är skyldig att opartiskt och noggrant undersöka relevanta faktiska och rättsliga aspekter av ett enskilt fall.[23] Genom EG-domstolens dom i målet *Nölle*[24] kan principen sägas ha erkänts som en allmän rättsprincip i EG-rätten.

Målet rörde ett antidumpningsförfarande avseende import av vissa typer av borstar och penslar med ursprung i Kina. Företaget Nölle importerade sådana produkter till Tyskland, varvid produkterna påfördes antidumpningstull. I ett förfarande inför tysk domstol hävdade Nölle att beslutet att påföra antidumpningstull var rättsstridigt. EG-domstolen ombads uttala sig

18. Se även dom av den 20 februari 2001 i mål T-112/98, Mannesmannröhren-Werke AG mot kommissionen, REG 2001, s. II-729.

19. Dom av den 15 oktober 2002 i de förenade målen C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P–C-252/99 P och C-254/99 P, Limburgse Vinyl Maatschappij NV m.fl., REG 2002, s. I-8375.

20. Se Hettne, J., *Gemenskapsdomstolarnas rättskontroll och allmänna förvaltningsrättsliga principer*, a.a., s. 238.

21. Se t.ex. dom av den 12 februari 1960 i de förenade målen 16–18/59, Geitling, Mausegatt and Präsident mot Höga myndigheten, REG 1960, s. 47 (fransk utgåva).

22. Se t.ex. dom av den 8 november 1983 i de förenade målen 96, 102, 104, 105, 108 och 110/82, IAZ mot kommissionen, REG 1983, s. 3369.

23. Se Nehl, H. P., *Administrative Procedure in EC law* (Hart Publishing 1999), s. 107.

24. Dom av den 22 oktober 1991 i mål C-16/90, Nölle, REG 1991, s. I-5163. Se även dom av den 21 november 1991 i mål C-269/90, Technische Universität München, REG 1991, s. I-5469, svensk specialutgåva, volym 11, s. I-453.

om giltigheten av den aktuella rådsförordningen om antidumpningstull. Till saken hörde att gemenskapsinstitutionerna i detta fall hade beräknat antidumpningstullen på grundval av skillnaden mellan det s.k. normalvärdet, dvs. det pris som normalt betalas i exportlandet och det verkliga exportpriset. Det framräknade underpriset utgör då den s.k. antidumpningsmarginalen. Normalvärdet i Kina kunde emellertid inte läggas till grund för beräkningen, eftersom det inte rådde marknadsekonomi i Kina. I stället hade uppgifter om prisförhållandena i ett s.k. referensland utnyttjats, i detta fall Sri Lanka. Nölle hade dock under antidumpningsförfarandet hävdat att Taiwan var ett lämpligare referensland än Sri Lanka. EG-domstolen konstaterade i sin dom att Nölle under antidumpningsförfarandet hade inkommit med tillräckliga uppgifter för att ifrågasätta valet av Sri Lanka som referensland för fastställandet av normalvärdet och att kommissionen och rådet inte hade vidtagit tillräckliga åtgärder för att undersöka om Taiwan kunde anses som ett lämpligt referensland. EG-domstolen ogiltigförklarade därför antidumpningsförordningen i fråga. Förstainstansrätten utvecklade, i en senare dom som avsåg skadestånd på grund av det fel som domstolen konstaterade i målet Nölle, resonemanget i mer principiella termer. I målet *Nölle mot rådet och kommissionen*[25] uttalade förstainstansrätten sålunda att när gemenskapsinstitutionerna förfogar över ett stort utrymme för skönsmässig bedömning är iakttagandet av de garantier som följer av gemenskapens rättsordning i de administrativa förfarandena av särskilt stor betydelse, och att i dessa garantier ingår bl.a. skyldigheten för den behöriga institutionen att med omsorg och opartiskhet undersöka alla relevanta uppgifter i det aktuella fallet. Förstainstansrätten menade att en överträdelse av utredningsskyldigheten hade skett vid fastställandet av Sri Lanka som referensland och att denna princip var en regel till skydd för enskilda.[26] Rätten menade dock att det i det förevarande målet inte rörde sig om en tillräckligt klar överträdelse för att ge upphov till skadeståndsskyldighet och ogillade talan.

3.3.3 *Motiveringsskyldigheten*

Skyldigheten att motivera rättsakter anges direkt i EG-fördraget. I artikel 253 EG stadgas att:

25. Dom av den 18 september 1995 i mål T-167/94, Nölle mot rådet och kommissionen, REG 1995, s. II-2589.
26. Punkt 76 i domen.

> "Förordningar, direktiv och beslut som antas av Europaparlamentet och rådet gemensamt, av rådet eller av kommissionen skall vara motiverade och hänvisa till de förslag eller yttranden som skall inhämtas enligt fördraget."

Motiveringsskyldigheten är en "väsentlig formföreskrift" i den mening som avses i artikel 230 EG, varför en bristfälligt motiverad rättsakt kan ogiltigförklaras av EG-domstolarna.

Sammantaget innebär motiveringsskyldigheten att samtliga bindande rättsakter måste vara motiverade. Den omfattar sålunda både individuella och normativa rättsakter, vilket är ett mer omfattande krav än vad som uppställs i de flesta av medlemsländerna. Av EG-domstolens rättspraxis framgår att motiveringsskyldigheten även innefattar ett krav på att den rättsliga grunden för varje åtgärd skall redovisas.[27]

Kravet på att normativa rättsakter skall motiveras sammanhänger i hög grad med maktbalansen inom EU. Genom beslutsmotiveringen redovisar det beslutsbehöriga organet sin behörighet, såväl i förhållande till andra EU-institutioner som i förhållande till medlemsstaterna.[28] Betecknande för detta är det protokoll om subsidiaritets- och proportionalitetsprinciperna som fogades till EG-fördraget i samband med Amsterdamfördraget. Däri anges att alla nya regelförslag skall åtföljas av en motivering från subsidiaritets- eller proportionalitetssynpunkt, vilket i hög grad har med kompetensfördelningen att göra.

Motiveringsskyldigheten har också en individuell sida. EG-domstolen har i sin rättspraxis uppställt stränga krav när det gäller motiveringen av individuella rättsakter, och motiveringsskyldigheten anses viktig för enskildas rättssäkerhet. Det är svårt att säga något allmängiltigt om vad motiveringsskyldigheten innebär i sak, eftersom den måste bedömas i förhållande till omständigheterna i varje enskilt fall. Det går emellertid att konstatera att en beslutsmotivering av individuella rättsakter skall tillgodose i vart fall följande krav:

- den som en rättsakt riktar sig till skall kunna identifiera de sakomständigheter och motiv som rättsakten grundar sig på i tillräcklig utsträckning för att kunna tillvarata sina rättigheter, och

---

27. Se t.ex. dom av den 26 mars 1987 i mål 45/86, kommissionen mot rådet, REG 1987, s. 1493, svensk specialutgåva, volym 9, s. 55.

28. Se Hettne, J., *Gemenskapsdomstolarnas rättskontroll och allmänna förvaltningsrättsliga principer*, a.a., s. 249 ff.

- EG-domstolen och förstainstansrätten måste kunna utöva sin rättsliga kontroll över att rättsakten i fråga är antagen på legitima grunder.[29]

Även förstainstansrätten är skyldig att motivera sina avgöranden och dess motiveringsskyldighet anförs ofta som ogiltighetsgrund i överklaganden till EG-domstolen.

3.4 Förfarandet vid konkurrensutredningar

På konkurrensområdet har kommissionen långtgående möjligheter att ingripa i enskilda individers förhållanden på den inre marknaden. Kommissionen har i huvudsak två befogenheter. Det rör sig dels om att inhämta upplysningar (artikel 18 i förordning 1/2003[30]), dels utföra undersökningar på ort och ställe i företagens lokaler (artikel 20 i förordning 1/2003). Kommissionen har därmed bl.a. möjlighet att träda in och undersöka affärshandlingar i företagslokaler för att hitta bevis om påstådda konkurrensöverträdelser. Kommissionens befogenheter begränsas dock av allmänna rättsprinciper, vilket berörs i det följande.

3.4.1 *Rätten till försvar*

Principen om rätten till försvar är den viktigaste processuella rättsskyddsprincipen på konkurrensområdet och har betydelse i flera skeden under det administrativa förfarandet. Redan i samband med att kommissionen inhämtar upplysningar får principen om rätten till försvar betydelse.

3.4.1.1 Inhämtande av upplysningar

Upplysningar inhämtas genom att en begäran riktas till ett företag (eller till en nationell myndighet) enligt artikel 18 i förordning 1/2003. I denna artikel skiljs mellan "enkel" begäran och begäran förenad med böter eller viten. Kommissionen måste alltid pröva om den kan få in uppgifterna genom en

29. Se t.ex. dom av den 14 februari 1990 i mål C-350/88, Société française des Biscuits Delacre mot kommissionen, REG 1990, s. I-395, punkt 15 och dom av den 11 december 2003 i mål C-127/00, Hässle, REG 2003, s. I-14781, punkt 43.

30. Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget, EGT L 1, s. 1. Se även Hettne, J., *EU:s konkurrensrätt och företagens rättsskydd*, Ny Juridik nr 2:2003.

enkel begäran innan den utnyttjar sin befogenhet att inhämta uppgifter med tvång.

De enskilda företagens rätt till försvar aktualiseras när de anmodas att svara på kommissionens frågor. Enligt en grundläggande rättsprincip som bl.a. återfinns i Europakonventionen får inte ett företag tvingas att *"vittna mot sig själv"*, dvs. anmodas att avslöja en överträdelse av konkurrensreglerna. Denna princip, som har berörts översiktligt ovan, prövades av EG-domstolen för första gången i målet *Orkem*.[31] Domstolen ansåg att principen kom till uttryck i den gemenskapsrättsliga principen om rätten till försvar. Denna dom har sedermera kritiserats för att den ger företagen ett mindre omfattande skydd än vad som följer av Europakonventionen, särskilt mot bakgrund av senare rättspraxis från Europadomstolen. Förstainstansrätten har uttalat sig om principens innebörd i flera domar, men den har aldrig ändrat på innehållet i den princip som fastställdes av EG-domstolen i *Orkem-domen*.[32] I *PVC II-ärendet* utvecklade EG-domstolen dock principen något.[33] Den anförde inledningsvis att det företag som är föremål för undersökningen inte har rätt att undandra sig densamma på grund av att den kan leda till att det framkommer bevis för en överträdelse av konkurrensreglerna. Enligt konkurrensreglerna måste företaget aktivt samarbeta, vilket innebär att det skall ställa allt informationsunderlag som är relevant för undersökningens syfte till kommissionens förfogande. I avsaknad av en uttrycklig rätt att tiga med stöd av gemenskapsrätten, ansåg dock EG-domstolen att vissa begränsningar av kommissionens undersökningsbefogenheter under den inledande undersökningen var nödvändiga för att säkerställa att *rätten till försvar* iakttogs. Mot denna bakgrund får kommissionen inte kräva att ett företag skall tillhandahålla svar genom vilka det tvingas att erkänna förekomsten av en överträdelse som det ankommer på kommissionen att bevisa. Om det uppstår tvist om omfattningen av en fråga som ställs till ett företag av kommissionen, skall det vidare kontrolleras huruvida ett svar från företaget kan jämställas med ett erkännande av en överträdelse som medför att rätten till försvar åsidosätts.

31. Dom av den 18 oktober 1989 i mål 374/87, Orkem mot kommissionen, REG 1989, s. 3283, svensk specialutgåva, volym 10, s. 217, punkt 34 f.

32. Se särskilt dom av den 20 februari 2001 i mål T-112/98, Mannesmannröhren-Werke AG mot kommissionen, REG 2001, s. II-729 och dom av den 20 april 1999 i de förenade målen T-305/94–T-307/94, T-313/94–T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 och T-335/94, Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mot kommissionen, REG 1999, s. II-931.

33. Se dom av den 15 oktober 2002 i de förenade målen C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P–C-252/99 P och C-254/99 P, Limburgse Vinyl Maatschappij NV m.fl., REG 2002, s. I-8375.

Av principiellt intresse är även att EG-domstolen konstaterade att det hade skett en ny utveckling i rättspraxis från Europadomstolen, vilken gemenskapsdomstolarna *skulle beakta* vid tolkningen av grundläggande rättigheter.[34] EG-domstolen slutsats blev emellertid att principen att inte behöva vittna mot sig själv inte hade överträtts i det förevarande fallet, även om hänsyn togs till senare rättspraxis från Europadomstolen. EG-domstolen framhöll bl.a. att det måste ha utövats tvång mot den misstänkte för att erhålla vissa upplysningar, om principen skall gälla.

3.4.1.2 Undersökningar på ort och ställe

Nästa skede i förfarandet är undersökningsfasen. Kommissionen har i detta läge långtgående befogenheter och kan bl.a. utföra s.k. gryningsräder, dvs. genomföra en undersökning utan förvarning. I artikel 20 i förordning 1/2003[35] anges att kommissionen får "genomföra alla nödvändiga undersökningar hos företag". Man skiljer på "frivilliga" undersökningar som kommissionen får utföra efter uppvisande av en fullmakt och tvingande undersökningar som beordras genom ett beslut. Ett företag är inte skyldigt att underkasta sig en frivillig undersökning, men om det gör det måste det samarbeta aktivt. Det finns emellertid inte något formellt tvåstegsförfarande, till skillnad från vad som gäller vid inhämtande av upplysningar. Kommissionen behöver alltså inte pröva möjligheten att genomföra en frivillig undersökning innan den fattar ett formellt beslut om tvingande undersökning.

Rätten till försvar är begränsad vid undersökningen, eftersom en sådan rättighet skulle kunna undergräva tillämpningen av konkurrensreglerna. EG-domstolen har understrukit att kommissionens undersökningsbefogenheter är till för att den skall kunna fullgöra sin uppgift, som är att övervaka att konkurrensreglerna följs inom den gemensamma marknaden. Syftet med reglerna är att hindra att konkurrensen snedvrids till nackdel för allmänintresset, de enskilda företagen och konsumenterna. Reglerna bidrar därmed till att trygga det ekonomiska välståndet i gemenskapen.[36]

Företagen är därför skyldiga att aktivt samarbeta under kommissionens utredning och att ge kommissionens tjänstemän den hjälp de behöver. Böter

34. Punkt 284 i domen.

35. Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget, EGT L 1, s. 1.

36. Se dom av den 21 september 1989 i de förenade målen 46/87 och 227/88, Hoechst mot kommissionen, REG 1989, s. 2859, svensk specialutgåva, volym 10, s. 133, punkt 25.

och viten kan åläggas företag som hindrar kommissionen vid genomförandet av en utredning.[37]

3.4.1.4 Det formella administrativa förfarandet

Företagens rättigheter är således högst begränsade när kommissionen utövar sina undersökningsbefogenheter. Tanken är dock att ett anklagat företag senare i förfarandet skall kunna göra sina rättigheter gällande. Om det efter inhämtande av upplysningar och efter utförd utredning konstateras att det sannolikt föreligger en överträdelse av konkurrensreglerna, inleder nämligen kommissionen det formella administrativa förfarandet, under vilket rätten till försvar skall respekteras fullt ut. Detta framgår av artikel 27.1 och 2 i förordning 1/2003, vari stadgas.

> "1. Innan kommissionen fattar beslut enligt artiklarna 7, 8, 23 och 24.2 skall den ge de företag eller företagssammanslutningar som omfattas av det förfarande som kommissionen inlett tillfälle att yttra sig över kommissionens invändningar. Kommissionen skall grunda sina beslut endast på invändningar som de berörda parterna har fått tillfälle att yttra sig över. De klagande skall vara nära knutna till förfarandet.
>
> 2. Berörda parters rätt till försvar skall iakttas fullt ut under förfarandet. De skall ha rätt att få tillgång till kommissionens handlingar i ärendet, med förbehåll för företagens berättigade intresse av att deras affärshemligheter skyddas. Rätten till tillgång till handlingar i ärendet skall inte omfatta konfidentiell information och interna handlingar hos kommissionen eller medlemsstaternas konkurrensmyndigheter. I synnerhet skall rätten till tillgång inte utsträckas till att gälla skriftväxling mellan kommissionen och medlemsstaternas konkurrensmyndigheter eller mellan de senare, inbegripet handlingar som utarbetats enligt artiklarna 11 och 14. Detta skall inte hindra att kommissionen röjer eller använder upplysningar som är nödvändiga för att bevisa en överträdelse."

Ett sätt att säkra att principen om rätten till försvar iakttas består i att beslutsmyndighetens preliminära slutsatser kommuniceras med parten efter att

37. Kommissionens undersökningsbefogenheter begränsas dock av proportionalitetsprincipen, vilket för övrigt även gäller vid inhämtande av upplysningar. EG-domstolen har sålunda understrukit att vid prövningen av huruvida de planerade tvångsåtgärderna står i proportion till föremålet för undersökningen skall det fastställas att dessa åtgärder inte medför olägenheter som är oproportionerliga och oacceptabla i förhållande till de mål som eftersträvas med undersökningen. Se dom av den 22 oktober 2002 i mål C-94/00, Roquette Frères, REG 2002, s. I-9011, punkt 76, av den 13 november 1990 i mål C-331/88, Fedesa m.fl., REG 1990, s. I-4023, punkt 13, av den 21 februari 1991 i de förenade målen C-143/88 och C-92/89, Zuckerfabrik Süderdithmarschen och Zuckerfabrik Soest, REG 1991, s. I-415, svensk specialutgåva, volym 11, s. I-19, punkt 73, av den 13 maj 1997 i mål C-233/94, Tyskland mot Europaparlamentet och rådet, REG 1997, s. I-2405, punkt 57, och av den 28 april 1998 i mål C-200/96, Metronome Musik, REG 1998, s. I-1953, punkterna 21 och 26.

själva utredningen har ägt rum. Detta underlättar handläggningen, eftersom diskussionen då kan koncentreras på det egentliga beslutsunderlaget i stället för på samtliga handlingar i ärendet. Detta sker genom att kommissionen i sitt meddelande om anmärkningar (*"Statement of objections"*) redovisar sitt preliminära ställningstagande och vilka bevis som ligger till grund för detta. Parten bereds sedan tillfälle att kommentera det preliminära ställningstagandet och kommissionen är processuellt förhindrad att lägga fram andra anklagelser och komma med andra bevis i sitt slutliga beslut än vad som redan finns i meddelandet om anmärkningar. Om kommissionen grundar sin bedömning på något ytterligare dittills okommunicerat material i sitt beslut måste de berörda parterna beredas tillfälle att särskilt kommentera detta. I princip skall kommissionen då utfärda ett nytt eller kompletterande meddelande om anmärkningar.

Domstolen har definierat meddelandet om anmärkningar som "en förberedande rättegångsinlaga som endast är avsedd att göra det möjligt för de företag mot vilka ett förfarande inletts att effektivt utnyttja sin rätt att höras under korrekta former".[38]

Ett gott exempel på den stora vikt som fästs vid meddelandet om anmärkningar ger förstainstansrätten i sin dom i målet *Schneider Electric SA mot kommissionen*.[39] Bakgrunden var att det franska bolaget Schneider önskade förvärva Legrand, som också var ett franskt bolag. Förvärvet anmäldes till kommissionen, som dock beslutade att det var oförenligt med den gemensamma marknaden. Kommissionens beslut överklagades till förstainstansrätten. Rätten fann att kommissionens bedömning av den geografiska omfattningen av koncentrationen inte var styrkt och ansåg att det var fråga om mycket allvarliga bedömningsfel.[40] Den kom emellertid fram till att detta inte räckte för att ogiltigförklara beslutet och prövade därför också om beslutet var behäftat med formella fel. Schneider hade bl.a. anfört att en av grunderna som kommissionen framfört i sitt beslut inte hade återgivits i meddelandet om anmärkningar. Förstainstansrätten uttalade att:

> "440. Meddelandet om anmärkningar måste [...] innehålla en redogörelse för anmärkningarna i tillräckligt klara ordalag för att det ändamål som de har enligt genmenskapsbestämmelserna, vilket består i att tillhandahålla företagen alla upplysningar som de behöver för att kunna försvara sig innan kommissionen fattar ett definitivt beslut.

38. Se de förenade målen 142 och 156/84, BAT och Reynolds industrier mot kommissionen, REG 1987, s. 4487, svensk specialutgåva, volym 9, s. 247, punkt 14.

39. Dom av den 22 oktober 2002 i mål T-310/01, Schneider Electric SA mot kommissionen, REG 2002, s. II-407.

40. Punkt 404 i domen.

> 441. Detsamma gäller i än högre grad som kommissionen i detta fall inte har vidtagit sanktioner med stöd av artiklarna 81 EG och 82 EG mot konkurrensbegränsande åtgärder som redan ägt rum och som de ifrågasatta företagen inte kan ha varit ovetande om. Kommissionen har konstaterat att en koncentration är oförenlig med den gemensamma marknaden på grund av att den påverkar konkurrensstrukturen på de nationella sektoriella marknader[na] [...].
>
> 442. Vidare har inte meddelandet om anmärkningar i förfarandena för kontroll av koncentrationer till enda syfte att identifiera anmärkningarna och att ge det företag som meddelandet riktas till en möjlighet att bemöta anmärkningarna. Denna rättsakt är också ämnad att göra det möjligt för de anmälande parterna att föreslå korrigerande åtgärder och i synnerhet att föreslå överlåtelser av tillgångar samt att i god tid, med hänsyn till det krav på skyndsamhet som präglar den allmänna systematiken i förordning nr 4064/89, kunna överväga hur omfattande överlåtelsen måste vara för att den anmälda koncentrationen i tid skall kunna göras förenlig med den gemensamma marknaden."

Förstainstansrätten ogiltigförklarade kommissionens beslut. Domen visar hur viktigt det är att kommissionen i sitt beslut inte använder sig av uppgifter som den inte har redovisat i meddelandet om anmärkningar eller som parterna inte på annat sätt har beretts tillfälle att yttra sig över. Det bör också noteras att meddelandet om anmärkningar enligt förstainstansrätten har ett vidare syfte i koncentrationsärenden än i andra konkurrensärenden, eftersom parterna på grund av uppgifterna i meddelandet om anmärkningar skall kunna föreslå ändringar i den föreslagna koncentrationen, så att kommissionens farhågor undanröjs.

3.4.1.5 Aktinsyn

Principen om rätten till försvar är en samlingsbeteckning för olika processuella rättighetsgarantier. När parterna yttrar sig är det inte säkert att de har klart för sig vilket material beslutsmyndigheten förfogar över. Rätten att yttra sig kompletteras därför av en rätt till aktinsyn. På konkurrensområdet föreligger i princip full rätt till aktinsyn för ett företag som riskerar att drabbas av påföljder.[41] Kommissionens praxis när det gäller aktinsyn framgår av ett

41. Se t.ex. domar av den 17 december 1991 i mål T-7/89, Hercules Chemicals mot kommissionen, REG 1991, s. II-1711, punkt 54, av den 17 december 1998 i mål C-185/95 P, Baustahlgewebe mot kommissionen, REG 1998, s. I-8417, punkt 89, av den 8 juli 1999 i mål C-51/92 P, Hercules Chemicals mot kommissionen, REG 1999, s. I-4235, punkt 75, samt dom av den 7 januari 2004 i de förenade målen C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P och C-219/00 P, Aalborg Portland m.fl., REG 2004, s. I-123, punkt 68.

särskilt kommissionsmeddelande[42] och av ett beslut från 1994 om kompetensområdet för förhörsombudet vid kommissionens behandling av konkurrensärenden.[43] Kommissionen brukar foga en förteckning över de viktigaste handlingarna som den grundar sina ställningstaganden på till meddelandet om anmärkningar. Rätten till aktinsyn stadgas även uttryckligen i artikel 27.2 i förordning 1/2003. Enbart kommissionens interna handlingar, affärshemligheter och annat sekretessbelagt material kan undanhållas den part som är anklagad för något.

Syftet med aktinsyn är att göra det möjligt för mottagarna av ett meddelande om anmärkningar att få kännedom om den bevisning som återfinns i kommissionens akt så att de, på grundval av denna bevisning, kan uttala sig om kommissionens slutsatser i meddelandet om anmärkningar.[44] Rätten till insyn i kommissionens akt syftar således till att garantera att rätten till försvar kan utövas på ett ändamålsenligt sätt.[45] Detta framgår tydligt av gemenskapsdomstolarnas rättspraxis. Förstainstansrätten uttalade t.ex. i *Solvay*[46] att:

> "[A]ktens tillgänglighet i konkurrensmål har till syfte att ge dem som fått ett meddelande om anmärkningar möjlighet att underrätta sig om vad som förekommer i kommissionens akt så att de, på grundval av detta, kan uttala sig på ett meningsfullt sätt om de slutsatser som kommissionen dragit i meddelandet om anmärkningar. Tillgången till akten hör alltså till de processrättsliga skyddsregler som syftar till att skydda rätten till försvar [...]. Respekten för rätten till försvar utgör emellertid i varje förfarande som kan leda till straff en grundläggande gemenskapsrättslig princip som måste upprätthållas under alla omständigheter och detta även om det rör sig om ett förfarande av administrativ karaktär. En verklig respekt för denna allmänna princip förutsätter att det berörda företaget haft tillfälle att från det administrativa stadiet av förfarandet på ett meningsfullt sätt ge sin uppfattning till känna beträffande riktigheten och relevansen i de fakta, anmärkningar och omständigheter som kommissionen åberopat [...]."

---

42. Meddelande av den 23 januari 1997 om interna förfaranderegler för behandling av förfrågningar om tillgång till handlingar enligt artiklarna 85 och 86 i EG-fördraget, artiklarna 65 och 66 i Parisfördraget och rådets förordning (EEG) nr 4064/89 (EGT C 23, s. 3).

43. Kommissionens beslut 94/810/EKSG, EG av den 12 december 1994 om kompetensområdet för förhörsombudet vid kommissionens behandling av konkurrensärenden, EGT L 330, s.67.

44. Se dom av den 15 oktober 2002 i de förenade målen C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P–C-252/99 P och C-254/99 P, Limburgse Vinyl Maatschappij NV m.fl., REG 2002, s. I-8375, punkt 315, och dom av den 8 juli 1999 i mål C-51/92 P, Hercules Chemicals mot kommissionen, REG 1999, s. I-4235, punkt 75, och där angiven rättspraxis.

45. Se dom av den 15 oktober 2002 i de förenade målen C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P–C-252/99 P och C-254/99 P, Limburgse Vinyl Maatschappij NV m.fl., REG 2002, s. 8375, punkt 316.

46. Dom av den 29 juni 1995 i mål T-30/91, Solvay mot kommissionen, REG 1995, s. II-1775, punkt 59.

I samma mål påpekade förstainstansrätten att kommissionen inte själv kan bestämma vilket material som är relevant för parten i fråga. Hela akten med undantag av ovannämnda sekretessbelagda handlingar måste kunna granskas av parten.[47]

När det gäller rätten till aktinsyn har det dock blivit nödvändigt att väga rätten till insyn mot kravet på att konkurrensförfarandet kan fungera effektivt. En fullständig rätt till aktinsyn omfattar i regel även handlingar som har mycket lite med anklagelserna att göra och aktualiserar frågor om sekretess och krav på konfidentiell behandling av vissa handlingar, särskilt när många företag är inblandade. Förhållandet mellan den normativa resp. funktionella sidan av principen om rätten till försvar har därför kommit att ställas på sin spets. När det gäller den normativa sidan har EG-domstolen uttalat att ett åsidosättande av rätten till insyn i kommissionens akt under det förfarande som leder fram till ett beslut i princip kan utgöra grund för ogiltigförklaring av detta beslut då beslutet innebär att det berörda företagets rätt till försvar har åsidosatts.[48] I så fall kan åsidosättandet inte rättas till genom att det berörda företaget senare, i en rättegång rörande ogiltigförklaring av det ifrågasatta beslutet, får ta del av handlingarna i fråga. Om företaget får ta del av handlingarna först i detta skede, är det berörda företaget inte skyldigt att bevisa att kommissionens beslut skulle ha fått ett annat innehåll om företaget hade haft tillgång till de handlingar som inte lämnades ut, utan företaget är endast skyldigt att visa att det kunde ha använt nämnda handlingar för sitt försvar.[49]

Den funktionella sidan framträder emellertid tydligt i Cementmålen från år 2004.[50] EG-domstolen framhöll – när det gällde graverande handlingar – att det ankommer på det berörda företaget *att visa att slutsatsen som kommissionen har dragit i sitt beslut skulle ha blivit en annan om en handling som inte lämnats ut, och som kommissionen lagt till grund mot detta företag, inte skulle ha fått användas som bevismaterial mot företaget*. När det däremot gäller underlåtenhet att lämna ut en handling som är till företagets fördel behöver, enligt domstolen, det berörda företaget bara visa att underlåtenheten att lämna ut handlingen har kunnat inverka negativt för företaget på förfarandets fort-

47. Se dom av den 29 juni 1995 i mål T-30/91, Solvay mot kommissionen, REG 1995, s. II-1775, punkt 83 och dom av den 7 januari 2004 i de förenade målen C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P och C-219/00 P, Aalborg Portland m.fl., REG 2004, s. I-123, p. 69.

48. Se dom av den 15 oktober 2002 i de förenade målen C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P–C-252/99 P och C-254/99 P, Limburgse Vinyl Maatschappij NV m.fl., REG 2002, s. I-8375, punkt 317.

49. Ibid., punkt 318.

50. Dom av den 7 januari 2004 i de förenade målen C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P och C-219/00 P, Aalborg Portland m.fl., REG 2004, s. I-123, p. 73 ff.

skridande och innehållet i kommissionens beslut. Det räcker att företaget visar att det hade kunnat utnyttja nämnda handlingar till sitt försvar. Företaget skall närmare bestämt kunna visa att för det fall det hade kunnat använda handlingarna under förfarandet, skulle det ha kunnat åberopa omständigheter som inte överensstämmer med de slutsatser som kommissionen dragit på detta stadium. Företaget skall alltså på något sätt ha kunnat påverka kommissionens bedömningar i ett eventuellt beslut, åtminstone när det gäller hur allvarligt det beteende varit som tillskrivits företaget och hur länge det pågått, och följaktligen även nivån på böterna.

3.4.1.6 Kommissionens tystnadsplikt

Kommissionen är skyldig att skydda affärshemligheter hos de företag som den har att göra med och respektera deras berättigade intresse av sekretess. Enligt artikel 28 i förordning nr 1/2003 och enligt artikel 287 EG är kommissionen skyldig att inte lämna ut uppgifter som omfattas av "tystnadsplikt". Kommissionen får inte heller utnyttja inhämtade uppgifter i vilket syfte som helst. I *PVC II-domen*[51] påpekade EG-domstolen att de upplysningar som inhämtats under undersökningarna inte får användas för andra ändamål än dem som anges i undersökningsfullmakten eller i beslutet om undersökning. Detta krav syftar till att skydda såväl sekretessen som företagens rätt till försvar. Dessa rättigheter hör inte bara till gemenskapsrättens grundläggande principer utan föreskrivs även i artikel 6 i Europakonventionen. De skulle allvarligt kränkas om kommissionen kunde åberopa bevis mot företag som inhämtats under en undersökning utan att ha något samband med föremålet för och syftet med undersökningen. Det är emellertid inte förbjudet för kommissionen att inleda en undersökning i syfte att kontrollera eller komplettera uppgifter som den händelsevis fått kännedom om under en tidigare undersökning, om det av dessa uppgifter framgår att det förekommit beteenden som strider mot konkurrensreglerna i fördraget.

3.4.2 *Utredningsskyldigheten*

Utredningsskyldigheten eller omsorgsprincipen som den också kallas, kompletterar på ett effektivt sätt rätten till försvar och bidrar till att begränsa det skönsmässiga utrymme som kommissionen förfogar över i konkurrensärenden. Den har fått sin största betydelse i ärenden där företag inger klagomål

51. Se dom av den 15 oktober 2002 i de förenade målen C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P–C-252/99 P och C-254/99 P, Limburgse Vinyl Maatschappij NV m.fl., REG 2002, s. I-8375, punkt 289 ff.

till kommissionen om att andra företag överträder konkurrensreglerna. De klagande företagen är inte anklagade för något, men är beroende av kommissionens agerande och kan lida ekonomisk skada om kommissionen inte vidtar några åtgärder. Kommissionen kan dock inte tvingas att vidta åtgärder med anledning av varje klagomål som inkommer.

Förstainstansrätten bekräftade detta i sin dom i målet *Automec*,[52] där den slog fast att kommissionen inte är förpliktad att utreda de klagomål som framställs och därför själv kan välja vilka ärenden den vill gå vidare med. Förstainstansrätten betonade i detta sammanhang att en myndighet är skyldig att vidta alla nödvändiga organisatoriska åtgärder för att fullgöra sitt uppdrag, även att prioritera inom av lagen angivna ramar, när sådana prioriteringar inte har fastställts av lagstiftaren. Detta bör i synnerhet vara fallet när en myndighet har fått ett så vidsträckt och allmänt övervaknings- och kontrolluppdrag som kommissionen har tilldelats på konkurrensområdet. Det är därför i överensstämmelse med kommissionens skyldigheter enligt gemenskapsrätten att den ger de ärenden som föreläggs den på konkurrensområdet olika prioritet.[53]

Det finns dock enligt förstainstansrätten begränsningar i kommissionens utrymme för skönsmässiga bedömningar i detta avseende. Även om kommissionen inte kan vara skyldig att göra en fullskalig utredning är den nämligen skyldig att *noga undersöka de faktiska och rättsliga omständigheter den fått kännedom om genom klagandeparten, i syfte att bedöma om dessa omständigheter tyder på ett uppträdande som kan snedvrida konkurrensen inom den gemensamma marknaden och påverka handeln mellan medlemsstaterna.*[54]

Förstainstansrätten påpekade att den legalitetskontroll som skall utföras syftar till att kontrollera att det omtvistade beslutet inte grundar sig på materiellt oriktiga fakta, är behäftat med felaktig rättstillämpning, eller en uppenbart oriktig bedömning eller maktmissbruk. *Rätten skall därför kontrollera om kommissionen har gjort den undersökning av klagomålet som den varit skyldig att göra och med all erforderlig noggrannhet bedömt de faktiska och rättsliga omständigheter som sökanden framfört i sitt klagomål.* Rätten skall därefter pröva om kommissionen korrekt har motiverat sitt beslut att avskriva klagomålet genom att åberopa sin befogenhet att dels göra olika prioriteringar i handläggningen av de ärenden som föreläggs den, dels att som prioriteringskriterium hänvisa till det gemenskapsintresse ärendet har.[55]

---

52. Dom av den 18 september 1992 i mål T-24/90, Automec mot kommissionen, REG 1992, s. II-2223, svensk specialutgåva, volym 8, s. II-61.
53. Se punkt 77 i domen.
54. Se punkt 79 i domen.
55. Se punkt 81 i domen.

Utredningsskyldigheten uttrycktes i ännu skarpare ordalag i målet *Asia Motor France II*,[56] där förstainstansrätten underströk att i de fall där kommissionen har befogenhet att göra en skönsmässig bedömning för att kunna utföra sina uppgifter *är det desto viktigare att respektera de garantier som gemenskapsrätten ställer vad gäller det administrativa förfarandet*. Dessa garantier omfattar bl.a. kravet att den behöriga institutionen omsorgsfullt och opartiskt skall pröva alla omständigheter som är relevanta i det aktuella fallet.[57] Mot denna bakgrund måste kommissionen noggrant undersöka de faktiska och rättsliga omständigheter som klagandeparten fört fram, för att bedöma huruvida det därav framgår att det föreligger ett uppträdande som kan snedvrida konkurrensen inom den gemensamma marknaden och påverka handeln mellan medlemsstaterna. Även om kommissionen inte är skyldig att företa en undersökning av varje klagomål som ingivits till den, skall den i gengäld då den beslutar att inleda en sådan, utom i vederbörligen motiverade fall, *göra detta med den omsorg, den noggrannhet och den uppmärksamhet som krävs för att med full kännedom om saken kunna bedöma de faktiska och rättsliga omständigheter som klagandena underställt kommissionen för bedömning*.

Utredningsskyldigheten kompletterar alltså rätten till försvar och utgör ett medel för gemenskapsdomstolarna att kontrollera att kommissionen inte missbrukar sitt skönsmässiga utrymme på konkurrensområdet. Som framgått sammanhänger den även nära med motiveringsskyldigheten som berörs i det följande.

3.4.3 *Motiveringsskyldigheten*

Motiveringsskyldigheten har betydelse i flera skeden under konkurrensförfarandet och hänger nära samman med principen om rätten till försvar.

Kommissionen är skyldig att motivera sitt beslut att *inleda en undersökning* genom att ange föremålet för och syftet med undersökningen. Enligt EG-domstolen utgör detta ett grundläggande krav, inte bara för att det skall visas att det ingripande som skall genomföras i de berörda företagens lokaler är motiverat, utan också för att göra det möjligt för dessa företag att bedöma i vilken utsträckning de är skyldiga att samarbeta, samtidigt som deras rätt till försvar tillvaratas.[58]

---

56. Se dom av den 29 juni 1993 i mål T-7/92, Asia Motor France mot kommissionen, REG 1993, s. II-669, svensk specialutgåva, volym 14, s. II-81, punkt 34 ff.

57. Se särskilt dom av den 21 november 1991 i målet C-269/90 Technische Universität München, REG 1991, s. I-5469, svensk specialutgåva, volym 11, s. I-453.

58. Se dom av den 22 oktober 2002 i mål C-94/00, Roquette Frères, REG 2002, s. I-9011, punkt 47.

EG-domstolen har vidare framhållit att det ankommer på kommissionen att i ett beslut om undersökning på ett så exakt sätt som möjligt ange vad som eftersöks och vad undersökningen skall omfatta.[59] Detta krav är ägnat att tillvarata de berörda företagens rätt till försvar, eftersom denna rätt allvarligt skulle kränkas om kommissionen kunde åberopa bevis som samlats in vid en undersökning som inte har något samband med undersökningens föremål och syfte.[60]

Självklart ställs också krav på motivering vad gäller slutgiltiga beslut. Enligt fast rättspraxis har skyldigheten att motivera ett sådant beslut till syfte att göra det möjligt för domstolen att pröva beslutets lagenlighet samt att ge den berörde de upplysningar som är nödvändiga för att denne skall kunna bedöma om beslutet är välgrundat eller om det eventuellt är behäftat med ett sådant fel att det är möjligt att ifrågasätta dess giltighet.[61]

Motiveringsskyldigheten är också viktig om kommissionen väljer att *inte* gå vidare med ett klagomål som ingivits av ett konkurrerande företag. Detta framgick mycket tydligt i förstainstansrättens dom i *Asia Motor France II*.[62] Förstainstansrättens citerade inledningsvis de allmänna kraven på motivering, nämligen att motiveringen av ett beslut dels måste göra det möjligt för den som beslutet riktar sig till att få kännedom om grunderna för det fattade beslutet, så att han i förekommande fall kan göra sina rättigheter gällande och avgöra huruvida beslutet är välgrundat eller ej, dels göra det möjligt för gemenskapsdomstolarna att utöva sin prövningsrätt. Förstainstansrätten framhöll också att kommissionen inte är skyldig att ta ställning till samtliga argument som de berörda parterna åberopar till stöd för sina ansökningar. Det är tillräckligt att kommissionen redovisar de faktiska omständigheter och rättsliga överväganden som är av väsentlig betydelse för beslutets utformning.

Förstainstansrätten framhöll dock att kommissionen i det aktuella fallet var skyldig att noggrant undersöka de faktiska och rättsliga omständigheter som klagandeparten fört fram. Den granskade sedan – i syfte att kontrollera om motiveringskravet var uppfyllt – det bevismaterial som lagts fram av klagandena samt om det omtvistade beslutet innehöll en lämplig prövning av

59. Se dom av den 26 juni 1980 i mål 136/79, National Panasonic mot kommissionen, REG 1980, s. 2033, punkterna 26 och 27, svensk specialutgåva, volym 5, s. 253.

60. Se dom av den 17 oktober 1989 i mål 85/87, Dow Benelux mot kommissionen, REG 1989, s. 3137, punkt 18 samt dom av den 22 oktober 2002 i mål C-94/00, Roquette Frères, REG 2002, s. I-9011, punkt 48.

61. Se bland annat dom av den 2 oktober 2003 i mål C-199/99 P, Corus UK mot kommissionen, REG 2003, s. I-11177, punkt 145.

62. Se dom av den 29 juni 1993 i mål T-7/92, Asia Motor France mot kommissionen, REG 1993, s. II-669, svensk specialutgåva, volym 14, s. II-81, punkt 33 ff.

de faktiska och rättsliga omständigheter som hade underställts kommissionen. Domen har med rätta kritiserats för att inte skilja mellan det formella motiveringskravet och sakinnehållet samt kontrollen av om kravet på utredning är uppfyllt,[63] men visar vilken vikt förstainstansrätten fäster vid motiveringskravet.

Det skall slutligen påpekas att motiveringsskyldigheten, till skillnad från principen om aktinsyn, är av renodlad normativ karaktär, vilket innebär att en bristfällig motivering kan leda till ogiltigförklaring även när beslutet är riktigt i sak. Motiveringsskyldigheten är som framgått en "väsentlig formföreskrift" i den mening som avses i artikel 230 EG, varför en bristfälligt motiverad rättsakt kan ogiltigförklaras av domstolen. Detta innebär också att den som är berörd av beslutet i princip skall underrättas om skälen för beslutet samtidigt med detta. En bristfällig motivering kan inte rättas till genom att den berörde underrättas om skälen för beslutet under förfarandet vid domstolen.[64]

3.5 Förfarandet för registrering av gemenskapsvarumärken

Behovet av internationell registrering av varumärken har ökat i takt med handelns internationalisering. På den internationella arenan har det sålunda byggts upp system för att knyta samman skilda nationella register så att en nationell ansökan kan utsträckas till att omfatta också andra stater (det s.k. Madridprotokollet). EU har skapat ett system för central registrering av gemenskapsvarumärken, som är öppet för medborgare såväl i EU-länderna som i vissa utanförstående stater. År 1996 trädde detta system i kraft, varvid byrån för harmonisering av den inre marknaden inrättades i Alicante (Spanien) som central registreringsmyndighet (nedan kallad "Harmoniseringsbyrån" eller "byrån"). Reglerna för byrån finns i rådets förordning (EG) nr 40/94 om gemenskapsvarumärken.[65] Det löpande arbetet med ansökningar om registrering av varumärken och därtill knutna frågor är fördelat på skilda enheter inom byrån, nämligen granskare, invändningsenheter, enheten för

63. Se Nehl, H. P., *Principles of Administrative Procedure in EC Law*, a.a., s. 142 ff.

64. Dom av den 26 november 1981 i mål 195/80, Michel mot parlamentet, REG 1981, s. 2861, punkt 22.

65. EGT L 11, s. 1 (1994), svensk specialutgåva, område 17, volym 2, s. 3. Se Bernitz, U. m.fl., *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*, 9:e uppl., Jure 2006, s. 244 ff.

administration av varumärken och för juridiska frågor, annuleringsenheter samt överklagandenämnder.[66]

Den som låtit registrera sitt varumärke kan skydda sig mot varumärkesintrång genom att stämma den som kränker hans ensamrätt till märket. Samtidigt finns risk för att det vid registreringstillfället finns innehavare av ett förväxlingsbart varumärke, vars affärsverksamhet skadas av att ansökan om registrering beviljas. EU-systemet innebär att skydd ges samtidigt i EU:s 27 medlemsstater. Förfarandet för registrering av gemenskapsvarumärket har utformats för att ta tillvara det stora antalet intressenters konkurrerande intressen.

Harmoniseringsbyråns beslut kan överklagas till förstainstansrätten.[67] Överklagandegrunderna framgår av artikel 63 i förordning nr 40/94. Det är samma grunder som i artikel 230 EG, dvs. bristande behörighet, åsidosättande av väsentliga formföreskrifter, åsidosättande av fördrag eller av någon rättsregel som gäller dess tillämpning samt maktmissbruk.

I förstainstansrättens praxis har det förekommit förhållandevis många ogiltigförklaringar och ändringar av Harmoniseringsbyråns beslut. Ett skäl till att ändringsfrekvensen har varit så hög är att EU:s allmänna rättsprinciper inte har respekterats av byrån och dess överklagandenämnder. Förstainstansrättens praxis visar att varumärkesmålen ofta prövas i ett vidare gemenskapsrättsligt sammanhang och att rättens prövning inte begränsar sig till bestämmelserna i varumärkesförordningen.[68] Förstainstansrätten har varit noga med att kontrollera att allmänna EG-rättsliga principer iakttas under registreringsförfarandet, framför allt de processuella skyddsgarantierna, som t.ex. rätten till försvar. Denna rättsutveckling redovisas översiktligt i det följande.

---

66. Jfr artiklarna 126–130 i förordning nr 40/94. Se närmare Hettne, J. och Paulander, H., *Förfarandet för registrering av gemenskapsvarumärket*, Ny Juridik nr 2:2000.

67. Förstainstansrättens behörighet att pröva mål där talan väcks mot byrån framgår av artikel 63 i förordning nr 40/94, men den grundar sig egentligen på rådets beslut 93/350/Euratom, EKSG, EEG (av den 8 juni 1993 om ändring av rådets beslut 88/591/EKSG, EEG, Euratom, om upprättande av Europeiska gemenskapernas förstainstansrätt, EGT L 144, s. 21). När det i artikel 63 i förordning nr 40/93 anges att beslut av överklagandenämnden får överklagas till Europeiska gemenskapernas domstol, menas EG-domstolen som institution, som vid denna tidpunkt omfattade två instanser; förstainstansrätten och domstolen (nu också personaldomstolen). Detta bekräftas i ingressen till förordning 40/94 som anger att den behörighet som genom förordningen tilläggs Europeiska gemenskapernas domstol att ogiltigförklara och ändra besluten av överklagandenämnden bör utövas i första instans av förstainstansrätten.

68. Se Bywater, A. och Hettne, J., *European Court litigation in EU trademark cases – how is the system faring?*, Trademark Word, nr 149, 2002. I viss mån kan liknande rättsutveckling skönjas på andra områden där förstainstansrätten är behörig, t.ex. konkurrens, statsstöd och antidumpning. Kommissionen, som i dessa fall har varit föremål för förstainstansrättens kritik (i slutliga antidumpningsbeslut, rådet) har dock anpassat sig till förstainstansrättens synsätt och iakttar numera mycket noga de allmänna rättsprinciperna i sina beslut.

3.5.1 *Rätten till försvar*

Principen om rätten till försvar har varit frekvent åberopad, ofta med framgång av klagande parter i varumärkesregistreringsmål. Principen återspeglas i artikel 73 i förordning 40/94 vari anges att Harmoniseringsbyråns beslut "*endast får grunda sig på omständigheter som parterna har haft tillfälle att yttra sig över*". Förstainstansrätten påpekade i målet *Procter & Gamble mot Harmoniseringsbyrån* (tvålformsmålet)[69] att rätten till försvar utgör en allmän rättsprincip inom gemenskapsrätten som innebär att de personer till vilka offentliga myndighetsbeslut riktas skall på ett meningsfullt sätt få framlägga sina synpunkter när beslutet på ett påtagligt sätt påverkar deras intressen. I målet hade överklagandenämnden grundat sitt beslut på ett absolut registreringshinder som sökanden inte hade haft tillfälle att yttra sig över. Av denna anledning ogiltigförklarades Harmoniseringsbyråns beslut.[70]

Förstainstansrätten har dock vägt intresset av att sanktionera en överträdelse av principen om rätten till försvar mot praktiska hänsyn i det konkreta fallet. Den funktionella sidan av rätten till försvar har sålunda fått ett tydligt genomslag på varumärkesområdet. Trots att principen om rätten till försvar har överträtts har sålunda detta inte alltid lett till att beslutet har ogiltigförklarats. Förstainstansrätten har ställt upp som krav att förfarandefelet måste ha kunnat påverka ärendets utgång. Detta har med varumärkesregistreringsförfarandets specifika karaktär att göra. De absoluta registreringshindren är av kumulativ karaktär. För att ett märke skall kunna registreras får det inte stöta på något absolut registreringshinder. Om flera absoluta registreringshinder är tillämpliga, och sökanden har haft tillfälle att uttala sig över ett av dessa och rätten bedömer att detta hinder är välgrundat, ogiltigförklaras inte beslutet, eftersom sökanden inte under några förhållanden hade kunnat få sin ansökan beviljad.[71]

I sammanhanget kan påpekas att eftersom en överträdelse av rätten till försvar är ett förfarandefel och inte i sig påverkar beslutets sakinnehåll, kan Harmoniseringsbyrån efter omprövning mycket väl komma fram till samma slutsats som man gjorde i det ogiltigförklarade beslutet. Detta nya beslut behöver naturligtvis inte vara behäftat med vare sig sakliga eller processuella

69. Dom av den 16 februari 2000 i mål T-122/99, Procter & Gamble mot Harmoniseringsbyrån, REG 2000, s. II-265.

70. Se även domar av den 27 februari 2002 i mål T-34/00, Eurocool Logistik, REG 2002, s. II-683, av den 27 februari 2002 i mål T-79/00, Rewe Zentral, REG 2002, s. II-705 och av den 9 oktober 2002 i mål T-36/01, Glaverbel, REG 2002, s. II-3887.

71. Se domar av den 27 februari 2002 i mål T-34/00, Eurocool Logistik, REG 2002, s. II-683 och av den 27 februari 2002 i mål T-79/00, Rewe Zentral, REG 2002, s. II-705.

brister, bara för att utgången blir densamma som i det på formell grund ogiltigförklarade beslutet.[72]

3.5.2 *Utredningsskyldigheten*

Utredningsskyldigheten har inte uttryckligen varit föremål för prövning i något varumärkesmål. Den synes dock ha legat till grund för förstainstansrättens bedömning i målet *TELEEYE*.[73] I detta mål hade det insmugit sig ett korrekturfel i registreringsansökan och märket som angavs var TELEYE i stället för TELEEYE. Sökanden hade dock yrkat prioritet med stöd av en amerikansk varumärkesansökan för TELEEYE och menade att det var uppenbart att dess ansökan avsåg samma kännetecken. Harmoniseringsbyrån behandlade ansökan enbart i förhållande till artikel 42.2 i förordning 40/94, som avser möjligheten att ändra en ansökan i efterhand, och ansåg att skillnaden mellan TELEYE och TELEEYE var för stor för att en ändring skulle kunna accepteras. Överklagandenämnden fastslog detta beslut.

Förstainstansrätten menade dock att Harmoniseringsbyrån *var skyldig att undersöka alla relevanta faktiska och rättsliga aspekter av fallet och då även beakta att prioritet hade yrkats på grundval av en amerikansk ansökan för TELEEYE*. Om ansökan om prioritet beaktades kunde ändringen som begärdes sammantaget inte anses som väsentlig. Harmoniseringsbyråns beslut ogiltigförklarades av denna anledning.

3.5.3 *Motiveringsskyldigheten*

Kravet på motivering i varumärkesmål följer av artikel 73 i förordning nr 40/94, enligt vilken "*[b]yråns beslut skall innehålla beslutets grunder*".

Förstainstansrätten angav i målet *Institut für Lernsysteme mot Harmoniseringsbyrån*,[74] att motiveringen av beslut med negativa följder skall ge den berörde de upplysningar som är nödvändiga för att kunna avgöra om beslutet är välgrundat och möjliggöra för gemenskapsdomstolarna att granska beslutets laglighet. Följaktligen är en motiveringsbrist som hindrar domstolsprövningen en grund som hänför sig till den allmänna ordningen (*ordre public*) och *som kan och till och med måste undersökas ex officio* av gemenskapsdomsto-

72. Jfr dom av den 12 december 2002 i mål T-63/01, Procter & Gamble mot Harmoniseringsbyrån, REG 2002, s. II-5255.

73. Dom av den 15 november 2001 i mål T-128/99, Signal Communications mot Harmoniseringsbyrån, REG 2001, s. II-3273.

74. Dom av den 23 oktober 2002 i mål T-388/00, Institut für Lernsysteme mot Harmoniseringsbyrån, REG 2002, s. II-4301.

larna. I målet prövade sålunda förstainstansrätten om motiveringsskyldigheten var uppfylld trots att detta inte hade begärts av parten och ogiltigförklarade beslutet delvis på grund av bristfällig motivering.

3.6 Upphandlingsförfarandet

Upphandlingsområdet skiljer sig från i synnerhet konkurrensområdet genom att den upphandlande myndigheten inte har undersökningsbefogenheter och inte heller kan vitessanktionera en begäran om upplysningar. Upphandlingsförfarandet är baserat på frivilliga ansökningar och myndighetens uppgift är att objektivt och rättvist välja det för ändamålet bästa anbudet. Inom EU är samtliga institutioner och organ skyldiga att respektera motsvarande regler vid upphandling som de som gäller för offentliga myndigheter i medlemsstaterna enligt upphandlingsdirektiven. Kontrollen av att upphandlingsförfarandet har gått rätt till och utmynnat i ett val av det bästa anbudet utövas av förstainstansrätten och efter överklagande EG-domstolen. I sin rättspraxis har gemenskapsdomstolarna tillämpat vissa av de rättsprinciper som berörts tidigare angående konkurrens- och varumärkesregistreringsförfarandet. Syftet med att tillämpa dessa rättsprinciper är i huvudsak att kontrollera att upphandlande institutioner eller organ inte missbrukar sitt skönsmässiga utrymme vid val av ett visst anbud. Förstainstansrätten har uttalat att EU:s institutioner har ett *betydande utrymme* för skönsmässig bedömning i fråga om vad som skall beaktas vid ett beslut att tilldela någon ett kontrakt efter anbudsinfordran.[75] Den har sålunda funnit att dess prövning skall vara begränsad och endast avse en kontroll av att det inte har förekommit allvarliga och uppenbara fel. Prövningen begränsas därför till att avse en kontroll av att reglerna för handläggning och för motivering har följts, att de faktiska omständigheterna är materiellt riktiga, att bedömningen inte är uppenbart oriktig och att det inte har förekommit maktmissbruk.[76]

75. Förstainstansrättens domar av den 8 maj 1996 i mål T-19/95, Adia interim mot kommissionen, REG 1996, s. II-321, punkt 49, av den 17 december 1998 i mål T-203/96, Embassy Limousines & Services mot Europaparlamentet, REG 1998, s. II-4239, punkt 54, av den 24 februari 2000 i mål T-145/98, ADT Projekt mot kommissionen, REG 2000, s. II-387, punkt 147, av den 6 juli 2000 i mål T-139/99, AICS mot Europaparlamentet, REG 2000, s. II-2849, punkt 39, av den 25 februari 2003 i mål T-183/00, Strabag Benelux mot rådet, REG 2003, s. II-135, punkt 73, och av den 25 februari 2003 i mål T-4/01, Renco mot rådet, REG 2003, s. II-171, punkt 62.

76. Se t.ex. förstainstansrättens domar i ovan nämnda mål ADT Projekt mot kommissionen, punkt 147 och av den 27 september 2002 i mål T-211/02, Tideland Signal mot kommissionen, REG 2002, s. II-3781, punkt 33.

Kontrollen är alltså i hög grad inriktad på formella och processuella aspekter. Upphandlande institutioner eller organ måste i synnerhet iaktta det förfarande som föreskrivs i upphandlingsreglerna och de förvaltningsrättsliga principer som hänger samman med dessa förfarandebestämmelser. Av betydelse är därför principen om rätten till försvar samt utrednings- och motiveringsskyldigheten.

3.6.1 *Rätten till försvar*

Principen om rätten till försvar är tillämplig på upphandlingsområdet. Detta klarlade förstainstansrätten i målet *New Europe Consulting och Brown mot kommissionen.*[77] Bakgrunden var att kommissionen i ett faxmeddelande hade misskrediterat ett företag som erbjöd sina tjänster inom ramen för PHARE-programmet avseende utbildningsinsatser och annat bistånd i bl.a. öst- och centraleuropeiska stater. I korthet gick meddelandet ut på att företaget inte var seriöst och inte uppfyllde sina betalningsskyldigheter. Det borde därför inte komma i fråga för uppdrag inom ramen för PHARE. Företaget ansåg sig dock orättvist anklagat och väckte en skadeståndstalan mot kommissionen vid förstainstansrätten.

Förstainstansrätten uttalade bl.a. att *iakttagandet av rätten till försvar utgör en grundläggande gemenskapsrättslig princip* i alla förfaranden som inleds mot en person och som kan leda till att en rättsakt antas som går denna person emot. Denna princip skall iakttas även i de fall då en reglering av förfarandet i fråga saknas och innebär ett krav på att den som ett beslut riktar sig till och vars intressen påverkas påtagligt, skall beredas tillfälle att på ett ändamålsenligt sätt tillkännage sin ståndpunkt. Förstainstansrätten menade att kommissionen hade åsidosatt principen om rätten till försvar, eftersom den inte hade inlett en undersökning och uppmanat företaget att yttra sig över de påtalade omständigheterna. Förstainstansrätten ansåg bl.a. av denna anledning att kommissionen var skyldig att betala skadestånd till företaget.

3.6.2 *Utredningsskyldigheten*

Principen om myndighetens utredningsskyldighet uppställer som framgått krav på opartisk och grundlig handläggning. Den innebär sålunda att en upphandlande enhet måste försäkra sig om att den har tillräckligt med information för att kunna fatta korrekt beslut. Utredningsskyldigheten har inte

77. Dom av den 9 juli 1999 i mål T-231/97, New Europe Consulting och Brown mot kommissionen, REG 1999, s. 2403, punkt 42.

uttryckligen tillämpats på upphandlingsområdet, men dess tillämplighet har antytts. I det nyss berörda målet *New Europe Consulting och Brown mot kommissionen*,[78] kritiserade t.ex. förstainstansrätten kommissionen för att inte ha inlett en undersökning och närmare rett ut de påtalade omständigheterna. Bristen på utredning, i kombination med att företaget inte hörts, medförde sålunda att kommissionen ansågs skyldig att betala skadestånd till företaget.

3.6.3 *Motiveringsskyldigheten*

Motiveringsskyldigheten har i upphandlingssammanhang bl.a. varit aktuell i målet *Renco*.[79] Förstainstansrätten uttalade i detta mål att motiveringsskyldigheten innebär att anbudsgivare vars anbud inte har antagits skall informeras om detta, vilket kan ske i ett enkelt meddelande utan angivande av skäl. Om anbudsgivaren sedan uttryckligen begär det skall denne vidare informeras om utformningen av och de relativa fördelarna med det anbud som antagits, tillsammans med en uppgift om namnet på den som tilldelats kontraktet. Denna information skulle i det förevarande fallet ha lämnats inom 15 dagar från mottagandet av en skriftlig begäran därom.[80]

3.7 Bidrar de allmänna rättsprinciperna till homogen rättstillämpning?

De exempel som redovisats ovan visar att gemenskapsdomstolarna eftersträvar homogenitet i tillämpningen av de allmänna förvaltningsrättsliga principerna och att de i förekommande fall betraktar processuella och förvaltningsrättsliga bestämmelser som förenklade uttryck för dessa principer (jfr kap. 3 ovan). Principernas tillämpning blir därför påfallande likartad även inom så skilda områden som konkurrensrätt, varumärkesregistrering och upphandling. Gemenskapsdomstolarnas rättspraxis är emellertid omfattande och komplex och skilda utvecklingstendenser kan skönjas, även om huvudintrycket är att principerna tillämpas på samma sätt. Ett exempel är vad som

78. Dom i ovan nämnda mål New Europe Consulting och Brown mot kommissionen, punkt 42.

79. Dom i ovan nämnda mål Renco SpA mot rådet, punkt 92. Se även dom i ovan nämnda mål, Adia intérim mot kommissionen, punkt 32.

80. Jfr artikel 8.1 i rådets direktiv 93/37/EEC av den 14 juni 1993 concerning the coordination of procedures for the award of public works contracts, OJ L 199, 9.8.1993, p. 54 (finns ej på svenska) samt artikel 149 i genomförandebestämmelserna till budgetförordningen och kommissionens meddelande om ett förfarande för information till övriga anbudsgivare och anbudssökande efter det att ett kontrakt tilldelats enligt artikel 105 i budgetförordningen men före dess undertecknande (KOM(2003) 395 slutlig).

blir följden av att en domstol finner att ett beslut är behäftat med processuella brister. Det är uppenbart att både den normativa och funktionella synen på processuella brister finns företrädd bland gemenskapsdomstolarnas ledamöter. Det betyder att förekomsten av sådana brister kan leda till ogiltigförklaring av ett beslut, men behöver inte göra det. Vilket synsätt som skall få genomslag tycks vara beroende av omständigheter i enskilda fall. Kravet på förutsebarhet är därför inte särskilt väl tillgodosett.

3.8 Gemenskapsdomstolarnas rättskontroll

Den rättskontroll som EG-domstolen och förstainstansrätten utövar är en s.k. legalitets- eller laglighetsprövning. Den skiljer sig från den allsidiga och mer fullständiga prövning (lämplighetsprövning) som normalt sett tillämpas av svenska förvaltningsdomstolar enligt förvaltningsprocesslagen, varvid ett beslut inte enbart kan upphävas utan också ersättas med ett nytt.[81] Den europeiska rättsprövningen påminner mer om den laglighetsprövning som utförs inom ramen för svenska kommunalbesvär och vid rättsprövning enligt rättsprövningslagen. Det kan dock inte sättas något likhetstecken mellan dessa svenska former av laglighetsprövning och den prövning som utförs av gemenskapsdomstolarna.

Ogiltighetsgrunderna återfinns i artikel 230 EG och är följande:

- Bristande behörighet,
- Åsidosättande av väsentliga formföreskrifter,
- Åsidosättande av fördraget eller av någon rättsregel som gäller dess tillämpning, och
- Maktmissbruk.

De argument som en part kan tänkas anföra som stöd för en ogiltighetstalan måste alltså kunna föras in under någon av dessa grunder. Att det rör sig om en laglighetsprövning och inte en lämplighetsprövning framgår således redan av artikel 230 EG.

Rättskontrollen präglas av detta tankesätt även i skadeståndsmål. En skadeståndstalan mot en EU-institution är en särskild form av talan som antingen kan kombineras med en ogiltighetstalan eller föras självständigt. För att en skadeståndstalan skall nå framgång förutsätts att flera villkor är uppfyllda, nämligen att institutionens agerande är rättsstridigt, att det verk-

81. Jfr t.ex. Warnling-Nerep, Wiweka, *En introduktion till förvaltningsrätten*, sjunde uppl., Norstedts juridik, 2004, s. 71.

ligen föreligger en skada och att det finns ett orsakssamband mellan agerandet och den åberopade skadan. Vad avser den första av dessa förutsättningar är kravet enligt rättspraxis att det skall vara fråga om en *tillräckligt klar överträdelse av en rättsregel som har till syfte att skydda enskilda.*[82] Även vid en skadeståndstalan är det således ytterst fråga om en form av laglighetsprövning.

Av central betydelse i detta sammanhang är hur myndigheternas, dvs. EU:s institutioners och organs, skönsmässiga utrymme skall kunna kontrolleras. Som framgått har i vissa avseenden beslutsmyndigheten tilldelats ett tämligen stort utrymme för skönsmässig bedömning i sitt beslutsfattande. Det skönsmässiga utrymmet varierar med de rättsliga och faktiska omständigheterna i enskilda fall. Tre typexempel kan nämnas.[83] För det första den klassiska situationen (*classic discretion*). I detta fall anger fördraget eller sekundärrätten att gemenskapen "får" vidta åtgärder. Denna situation har i rättspraxis betraktats som ett fall där det är uppenbart att gemenskapen har ett utrymme för skönsmässig bedömning. Ett exempel är att kommissionen har möjlighet (men inte skyldighet) att utreda klagomål på konkurrensområdet. Förstainstansrätten bekräftade detta i sin dom i målet *Automec.*[84] För det andra situationer där ramarna för myndigheternas handlande är villkorade av rekvisit som i sin tur förutsätter en tolkning grundad på komplexa faktiska sammanhang. *Paul Craig* kallar detta för *jurisdictional discretion* och nämner villkoren enligt vilka kommissionen skall pröva om en medlemsstat ger stöd till ett företag enligt artikel 87.3.a EG. För detta krävs att det föreligger "onormalt låg" levnadsstandard eller "allvarlig brist" på sysselsättning. Kommissionen har getts ett skönsmässigt utrymme när det gäller att bedöma om dessa sociopolitiska villkor är uppfyllda.[85] Den tredje situationen föreligger när fördraget eller sekundärrätten ger en tydlig och bindande instruktion till gemenskapen, men där skyldigheten likväl kan uppfyllas på olika sätt. Ett exempel är den gemensamma jordbrukspolitiken. I artikel 34 EG förpliktas gemenskapen att upprätta en gemensam jordbrukspolitik enligt målsättningarna i artikel 33 EG. Dessa målsättningar är emellertid inte entydiga eller till fullo förenliga med varandra. Det kan t.ex. finnas en motsättning mellan att tillförsäkra konsumenterna skäliga priser och att samtidigt tillförsäkra jordbruksbefolkningen en skälig levnadsstandard. Rådet och kommis-

82. Se domar av den 4 juli 2000 i mål C-352/98 P, Bergaderm och Goupil mot kommissionen, REG 2000, s. I-5291, punkterna 41 och 42 och av den 11 januari 2002 i mål T-210/00, Biret och Cie mot rådet, REG 2002, s. II-47, punkt 52.

83. Se Craig, P., *EU Administrative Law*, Oxford University Press 2006, s. 433 f.

84. Dom av den 18 september 1992 i mål T-24/90, Automec mot kommissionen, REG 1992, s. II-2223, svensk specialutgåva, volym 8, s. II-61.

85. Se dom av den 17 september 1980 i mål 730/79, Philip Morris Holland, REG 1980, s. 2671, svensk specialutgåva, volym 5, s. 303.

sionen har följaktligen tilldelats ett skönsmässigt utrymme när det gäller att balansera och prioritera bland angivna målsättningar i artikel 33 EG.[86]

Att det finns ett utrymme för skönsmässig bedömning är emellertid inte i sig avgörande för graden av rättskontroll. I Sverige utför som nämnts ovan förvaltningsdomstolar en lämplighetsprövning i många fall och då omfattar prövningen även frågeställningar där myndigheten rimligen förfogar över ett utrymme för skönsmässig bedömning. Detta är än mer påtagligt i Tyskland där en ingående granskning av sakomständigheterna och en bedömning i lämplighetshänseende är ett vanligt inslag i domstolarnas verksamhet.[87] Gemenskapsdomstolarna är dock inspirerade av den franska legalitetskontrollen och har därmed från fall till fall avgjort hur långtgående rättskontrollen bör vara. Huvudregeln är s.k. full prövning (*comprehensive review*). Detta gäller rekvisit vars tillämpning inte involverar komplexa frågor av teknisk eller ekonomisk art. Gemenskapsdomstolarna kan då utan problem ange hur en bestämmelse skall tolkas och ogiltigförklara de beslut som grundar sig på en annan tolkning. I många fall har dock huvudregeln frångåtts. Bakgrunden till detta är att gemenskapsdomstolarna respekterar den expertkunskap som innehas av beslutsmyndigheten (vanligen kommissionen). Enligt ett i europeisk rätt dominerande synsätt är det inte lämpligt att allmänna domstolar fullt ut prövar alla frågeställningar i ett ärende. Skälet till detta är att man vill upprätthålla en tydlig distinktion mellan den verkställande och lagstiftande makten, å den ena sidan, och den dömande makten, å den andra. Mot denna bakgrund anses det inte lämpligt att en domstol sätter sig i beslutsmyndighetens ställe.[88] Av gemenskapsdomstolarnas rättspraxis följer därför att beslutsmyndigheten har ett skönsmässigt utrymme i komplexa frågeställningar av exempelvis ekonomisk och teknisk natur. I dessa fall utövas endast en begränsad eller en marginell domstolskontroll (*marginal review*).

Gemenskapsdomstolarna har använt i princip samma teknik och metod i alla de situationer där beslutsmyndigheten förfogar över ett utrymme för skönsmässig bedömning som nämnts ovan.[89] Detta har inte alltid uppskattats av medlemsstaternas domstolar. Särskilt tyska domstolar, som har en annan grundsyn, har givit uttryck för en tydlig skepsis. Tyska domstolar har till och med sökt uppmana EG-domstolen att utföra en mer ingående prövning av komplexa sakfrågor. EG-domstolen har emellertid anfört att besluts-

86. Se t.ex. dom av den 6 december 1984 i mål 59/83, SA Biovilac, REG 1984, s. 4057, svensk specialutgåva, volym 7, s. 701.

87. Se bl.a. Autexier, C., *Introduction au droit public allemand*, Presses universitaires de France, 1997, s. 215 ff.

88. Jfr generaladvokat Tizzanos förslag till avgörande av den 25 maj 2004 i mål C-12/03 P, kommission mot Tetra Laval (REG 2005, s. I-987).

89. Se Craig, P., *EU Administrative Law*, a.a., s. 444.

myndigheten måste ges ett utrymme för skönsmässig bedömning i vissa frågor för att kunna utföra sin uppgift. EG-domstolen har i stället för att sätta sig i beslutsmyndighetens ställe och överprövat de aktuella frågorna i sak, begränsat myndighetens skönsmässiga utrymme med hjälp av allmänna rättsprinciper av förvaltningsrättslig natur och har på det sättet skapat processuella garantier som måste vara uppfyllda i alla administrativa förfaranden.

Ett belysande exempel är målet *Technische Universität München.*[90] Eftersom målet mycket väl belyser flera av de rättsprinciper som diskuterats ovan och därtill EG-domstolens sammanhängande rättskontroll, lämnas här ett relativt utförligt referat.

Tvisten gällde huruvida ett elektronmikroskop som var tillverkat i Japan skulle få importeras tullfritt till gemenskapen på grund av sitt vetenskapliga värde. Technische Universität München ville använda mikroskopet i sin forskningsverksamhet och ansökte om tullbefrielse. Den tyska myndigheten Hauptzollamt beviljade först tullbefrielse, men krävde sedan att universitetet skulle betala tull för varan. Universitetet överklagade beslutet, varvid den tyska myndigheten begärde att kommissionen skulle ingripa i enlighet med tillämplig tullförordning. Kommissionen fann att elektronmikroskopet inte kunde befrias från importtull enligt gemensamma tulltaxan, eftersom det inom gemenskapen tillverkades elektronmikroskop av likvärdigt vetenskapligt värde och med samma användningsområde. Kommissionen syftade i synnerhet på ett mikroskop som tillverkades av Philips Nederland. Den tyska myndigheten beslutade i överensstämmelse med kommissionens beslut, varvid universitetet väckte talan vid tysk domstol. Bundesfinanzhof som hade att pröva målet begärde att EG-domstolen skulle uttala sig om huruvida kommissionens beslut att inte bevilja tullbefrielse var giltigt.

Vad som är särskilt intressant i detta sammanhang är att Bundesfinanzhof i sin begäran om förhandsavgörande riktade skarp kritik mot EG-domstolens begränsade rättskontroll. Den tyska domstolen framhöll att EG-domstolen tidigare alltid hade fastställt att den endast hade begränsad prövningsrätt i tvister som gällde import av vetenskapliga apparater med tullbefrielse. I enlighet med denna rättspraxis kunde domstolen, på grund av de tekniska frågor som uppkommer på detta område, endast ogiltigförklara ett beslut från kommissionen när det rörde sig om ett uppenbart bedömningsfel eller om maktmissbruk. Bundesfinanzhof menade att det nu var tid för EG-domstolen att ompröva denna inställning. Den menade att fastställandet av de

90. Dom av den 21 november 1991 i mål 269/90, Technische Universität München, REG 1991, s. I-5469, svensk specialutgåva, volym 11, s. I-453.

faktiska omständigheterna och tillämpningen av de rättsliga kriterier som reglerade beviljandet av tullbefrielse inte kunde undandras domstolsprövning. Det faktum att den prövning som de behöriga tullmyndigheterna gjorde angående vetenskapliga apparaters likvärdighet i huvudsak var av teknisk natur förändrade ingenting vad gällde kravet på rättsligt skydd.

Som svar på den tyska domstolens uppmaning underströk EG-domstolen att när det är fråga om ett administrativt förfarande som inbegriper komplexa tekniska bedömningar *skall kommissionen ges utrymme för skönsmässig bedömning för att kunna utföra sin uppgift*. Den tillade dock att när gemenskapens institutioner ges utrymme för sådan skönsmässig bedömning bör särskilt stor vikt läggas vid att de garantier som tillhandahålls av gemenskapens rättsordning i fråga om administrativa förfaranden uppfylls. Domstolen anförde att dessa garantier innebär bl.a. att *den behöriga institutionen är skyldig att omsorgsfullt och opartiskt pröva alla omständigheter som är relevanta i det aktuella fallet, att den berörda personen skall ha rätt att framföra sina synpunkter samt att beslutet skall vara tillräckligt motiverat*. Det är endast under sådana förhållanden som domstolen kan kontrollera om de faktiska och rättsliga omständigheter som är av betydelse för den skönsmässiga bedömningen föreligger.

Domstolen prövade sedan om det ifrågasatta beslutet hade fattats i enlighet med ovannämnda principer.

Den gick först in på hur kommissionen hade utrett ärendet. Kommissionens bedömning grundades på ett yttrande av en expertgrupp och kommissionen hade under förfarandet medgett att den alltid rättade sig efter expertgruppens yttrande eftersom den inte hade tillgång till andra informationskällor när det gällde de berörda apparaterna. Domstolen fann att expertgruppen därför kunde utföra sin uppgift endast om den bestod av personer som hade den nödvändiga tekniska sakkunskapen på de olika användningsområdena för de vetenskapliga apparaterna i fråga, eller om gruppens medlemmar rådgjorde med experter som hade sådan kunskap. Det framgick dock varken av protokollet från expertgruppens sammanträde eller av förhandlingarna vid domstolen att medlemmarna i gruppen i fråga själva hade de nödvändiga kunskaperna i kemi, biologi eller geovetenskap eller att de rådfrågat experter på dessa områden för att kunna ta ställning till de tekniska problem som uppstod i samband med bedömningen av huruvida de berörda vetenskapliga apparaterna var likvärdiga. *Kommissionen hade därför åsidosatt sin skyldighet att opartiskt och omsorgsfullt pröva alla relevanta omständigheter i målet i fråga.*

Domstolen påpekade sedan att den ifrågavarande förordningen inte gav den part som importerade den vetenskapliga apparaten möjlighet att framföra sin ståndpunkt till expertgruppen eller att yttra sig om de fakta som

gruppen hade tillgång till eller att ta ställning till gruppens yttrande. Den konstaterade att det var den importerande institutionen som bäst kände till de tekniska egenskaper som den vetenskapliga apparaten skulle besitta med tanke på det arbete som den var avsedd för. Jämförelsen mellan den importerade apparaten och de instrument som tillverkades i gemenskapen skulle därför ske mot bakgrund av de upplysningar som den berörda institutionen hade lämnat vad gällde planerade forskningsprojekt och den användning som apparaten var avsedd för.

EG-domstolen framhöll att rätten att yttra sig under ett sådant administrativt förfarande förutsatte att den berörda parten hade möjlighet att redan under förfarandet vid kommissionen ta ställning till och uttala sig om relevansen av de faktiska omständigheterna och i förekommande fall de handlingar som gemenskapsinstitutionen hade tillgång till. Detta krav hade inte uppfyllts vid det tillfälle då det omtvistade beslutet fattades. *Principen om rätten till försvar hade sålunda åsidosatts.*

Vad slutligen gällde den motivering som krävdes enligt artikel 253 EG, påpekade domstolen att det framgick av fast rättspraxis[91] att det resonemang som har förts av den gemenskapsinstitution som antagit den påtalade rättsakten klart och otvetydigt måste framgå av motiveringen, så att berörda personer kan få kännedom om skälen till den vidtagna åtgärden och kunna försvara sina rättigheter, och så att domstolen kan utöva sin prövningsrätt.

Det kunde i förevarande fall konstateras att *kommissionens beslut inte innehöll en tillräcklig redovisning av de vetenskapliga skäl som låg till grund för slutsatsen att den i gemenskapen tillverkade apparaten var likvärdig med den importerade apparaten.* Det omtvistade beslutet grundade sig på ett tidigare kommissionsbeslut i en liknande fråga. Den berörda parten hade således ingen möjlighet att kontrollera om beslutet innehöll felaktiga bedömningar. Beslutet uppfyllde därmed inte de krav som föreskrivs i artikel 253 EG.

EG-domstolens sammantagna slutsats var således att beslutet i fråga hade fattats enligt ett administrativt förfarande som inte beaktade den skyldighet som ålåg den berörda institutionen att omsorgsfullt och opartiskt pröva alla relevanta omständigheter i det omtvistade målet samt att det kränkte rätten att yttra sig och bortsåg från kravet på att beslutet i fråga skulle vara tillräckligt motiverat. Kommissionens beslut var därför ogiltigt.

Målet *Technische Universität München* visar tydligt att EG-domstolen kompenserar sin begränsade prövning i själva sakfrågan med en noggrann kontroll av att beslutsmyndigheten har handlagt ärendet väl och därmed har respekterat de förvaltningsrättsliga principer som har diskuterats ovan. Som

91. Se bl.a. dom av den 26 juni 1986 i mål 203/85, Nicolet Instrument, REG 1986, s. 2049.

tidigare påpekats är – när det gäller komplexa frågeställningar av teknisk eller ekonomisk natur – en god handläggning där samtliga berörda parter kommer till tals förmodligen ett effektivare sätt att garantera ett besluts riktighet än genom juridisk efterhandskontroll som utförs av domare med begränsad sakkunskap på det aktuella området och som vanligen enbart omfattar formella och uppenbara fel. Kontrollen av de enskildas processuella rättigheter bidrar vidare till kontrollen i sak. Det finns många exempel på att beslut har ogiltigförklarats på grund av bristfällig motivering, när motiveringsbristen i själva verket bottnar i materiella brister.[92] Utvecklingen av processuella rättigheter kan således sägas innebära att kontrollen i materiellt hänseende blir effektivare.[93]

Betoningen på de processuella aspekterna i gemenskapsdomstolarnas rättskontroll framstår dock inte som den enda utvecklingstendensen i rättspraxis. På senare tid kan en attitydskillnad skönjas i framför allt förstainstansrättens praxis i konkurrensrättsliga ärenden. I mål som *Airtours*[94] och *Tetra Laval*[95] har förstainstansrätten, efter en omfattande och ingående prövning av sakfrågorna, ogiltigförklarat principiellt viktiga kommissionsbeslut i förvärvsärenden på grund av att kommissionen har gjort sig skyldig till uppenbart felaktiga bedömningar. Resonemangen i domarna är långa och ingående och det är svårt att komma till en annan slutsats än att de ger uttryck för ett attitydskifte i förhållande till EG-domstolens tidigare rättspraxis. Kommissionen har också reagerat kraftfullt mot vad den uppfattar som ett ingrepp i dess beslutsautonomi i komplexa konkurrensrättsliga frågor. I sitt överklagande i *Tetra Laval* anförde t.ex. kommissionen att den form av domstolsprövning som förstainstansrätten använde sig av var oförenlig med såväl artikel 230 EG som koncentrationsförordningen. Förstainstansrätten överskred enligt kommissionen sin behörighet genom att inte ge kommissionen något som helst utrymme för skönsmässig bedömning i ekonomiskt komplexa frågor. Rätten hade, menade kommissionen, märkbart höjt nivån på de beviskrav som bör ställas vid en prövning av företagskoncentrationsbeslut. I själva verket lades bevisbördan på kommissionen, när det borde ankomma på klaganden att visa att kommissionen hade felat i något avseende eller gjort sig skyldig till en uppenbart oriktig bedömning.[96]

92. Se t.ex. dom av den 15 september 1998 i de förenade målen T-374/94, T-375/94, T-384/94 och T-388/94, European Night Services, REG 1998, s. II-3141.
93. Se Craig, P., *EU Administrative Law*, a.a., s. 479.
94. Dom av den 6 juni 2002 i mål T-342/99, Airtours, REG 2002, s. II-2585.
95. Dom av den 25 oktober 2002 i mål T-5/02, Tetra Laval, REG 2002, s. II-4381.
96. EGT 2003, C 70, s. 4.

Av intresse är att förstainstansrättens dåvarande president, *Bo Vesterdorf*, har försvarat rättens skärpta rättskontroll i en akademisk artikel.[97] Vesterdorf anförde bl.a. följande:

> "[I]f the Commission presents a case for or against a merger ... in a contested decision in which, for example, it has clearly overlooked, underestimated or exaggerated relevant economic data, drawn unconvincing, in the sense of implausible, direct inferences from primary material facts or adopted an erroneous approach to assessing material facts, such failings may, depending on their cumulative effect in the context of the circumstances of the case viewed as a whole, suffice to constitute, for the purpose of the CFI's review of the relevant overall economic analysis, a manifest error of assessment. On the other hand, if no such or very few or insignificant such errors are found, then the CFI, even if it would not have subscribed to the Commission's economic assessment of the foreseeable effects of the merger and/or the adequacy of the commitments offered, should uphold the Commission's findings."

Vid sin överprövning av förstainstansrättens dom i *Tetra Laval* gick EG-domstolen inte på kommissionens linje utan godtog förstainstansrättens tolkningar av företagskoncentrationsförordningen.[98] I flera avseenden påpekade EG-domstolen att den inte kunde pröva kommissionens argument eftersom det var fråga om faktafrågor och inte rättsfrågor. Förstainstansrättens skärpta rättskontroll är tydlig också på andra områden, t.ex. upphandlingsområdet. Även om upphandlande enheter enligt förstainstansrätten har ett betydande utrymme för skönsmässig bedömning när de väljer urvalskriterier inför ett upphandlingsförfarande är det uppenbart att rättskontrollen av att kriterierna överensstämmer med relevanta upphandlingsregler är ingående. I målet *Renco*[99] framhöll t.ex. förstainstansrätten att när tilldelning skall ske på grundval av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, skall alla kriterier för denna tilldelning framgå av kontraktshandlingarna. Förstainstansrätten menade att rådet i upphandlingsreglerna gavs frihet att välja de kriterier det skulle använda, så länge dessa syftade till att utpeka det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Förstainstansrätten gjorde därefter en ingående prövning för att utreda om samtliga kriterier verkligen syftade till att utpeka det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Först därefter konstaterade den att rådet inte hade överskridit gränserna för sitt utrymme för

97. Vesterdorf, B., *Certain Reflections on Recent Judgments Reviewing Commission Merger Control Decisions*, i Hoskins, M. och Robinson, W. (red.), A True European, Essays for Judge David Edward, Hart 2003, kap. 10.

98. Dom av den 15 februari 2005 i mål C-12/03 P, Tetra Laval, REG 2005, s. I-987.

99. Dom av den 25 februari 2003 i mål T-4/01, Renco mot rådet, REG 2003, s. II-171.

skönsmässig bedömning när det fastställde urvalskriterierna i kontraktshandlingarna.

Förstainstansrättens skärpta kontroll är sannolikt en reaktion på kritik i akademiska kretsar om att rättskontrollen varit för ytlig. Det är samtidigt viktigt att förstainstansrätten värnar om sammanhanget och enhetligheten i sin rättspraxis. Enligt Craig är det helt klart att kommissionen inte bara gavs ett begränsat utan ett mycket litet utrymme för skönsmässig bedömning i *Tetra Laval*.[100] Han ifrågasätter om förstainstansrätten har kapacitet och resurser (*institutional capacity*) att hantera alla snarlika frågor på samma sätt.[101] Rättskontrollen får inte varierar från område till område om sakliga skäl för detta saknas. Det kan t.ex. inte vara ett sakligt skäl att rättens ledamöter är mer förtrogna med ett område än ett annat. Förstainstansrättens underkännande av kommissionens beslut i *Airtours* och *Tetra Laval* vittnar om en stor säkerhet och kunnande i konkurrensfrågor och i synnerhet fusionsärenden, även när det gäller de ekonomiska aspekterna av ärendena. Frågan är om rätten med samma säkerhet kan hantera frågor om t.ex. gemenskapsvarumärket, statsstöd och antidumpning, som är frekvent förekommande måltyper vid förstainstansrätten. Vidare kan frågan ställas om förstainstansrättens samtliga avdelningar är beredda att göra lika ingående prövningar i ekonomiskt präglad konkurrensrätt som gjordes i *Airtours* och *Tetra Laval*. Som bekant består gemenskapsdomstolarna av ett stort antal avdelningar, som i själva verket fungerar som självständiga domstolar. Domarna kan därmed sakna inflytande över och insyn i de mål som avgörs på andra avdelningar.[102] Det är inte lämpligt att rättskontrollen är beroende av rättens tillfälliga sammansättning, dvs. vilken avdelning som har tilldelats målet. Det är som sagt viktigt att angreppssättet blir konsekvent och därmed att referenten och andra ledamöter inte i allt för stor utsträckning tillåts sätta sin personliga prägel på domarna. I förstainstansrätten är det sällan mer än tre domare som avgör ett mål.

100. Se Craig, P., *EU Administrative Law*, a.a., s. 470.

101. Ibid., s. 473.

102. Hettne, J. och Otken Eriksson, I. (red.), *EU-rättslig metod – Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, a.a., s. 40 f.

3.9 Talerätten

3.9.1 *Medlemsstater och institutioner*

Det har alltid varit en viktig uppgift för EG-domstolen att övervaka att de maktbefogenheter som har överlåtits till institutionerna utövas korrekt och i enlighet med fördragen. Medlemsländerna har genom bestämmelserna i fördragen sökt tillse att de har möjligheter att vidta rättsliga åtgärder om de anser att gemenskapsinstitutionerna har överskridit sina befogenheter. Medlemsstaterna har därför alltid haft en närmast ovillkorlig rätt att väcka talan och yttra sig vid EG-domstolen. Detsamma gäller rådet och kommissionen. Europaparlamentet har successivt fått en motsvarande rätt att väcka talan och jämställdes i detta hänseende med rådet och kommissionen genom Nicefördraget. Dessa bestämmelser finns nu i artikel 230 andra stycket EG där det anges att domstolen är behörig att pröva talan som väcks av en medlemsstat, av Europaparlamentet, av rådet eller av kommissionen. Denna krets betecknas ibland som "privilegierade parter", eftersom deras rätt att väcka talan inte är förknippad med några särskilda villkor.

Skälet till detta är att såväl medlemsstaterna som de viktigare politiska institutionerna har ansetts ha ett berättigat allmänt intresse att väcka tala med anledning av den roll som de har i den europeiska integrationsprocessen.[103] Av artikel 230 tredje stycket framgår att Europeiska centralbanken och revisionsrätten har en mer begränsad talerätt som enbart är till för att de skall kunna tillvarata sina särskilda rättigheter.

3.9.2 *Enskilda individer*

I artikel 230 fjärde stycket EG anges villkoren för enskilda individers rätt att väcka talan. I bestämmelsen anges att varje fysisk eller juridisk person får väcka talan *mot ett beslut som är riktat till honom* eller mot ett beslut som, även om det utfärdats i form av en förordning eller ett beslut riktat till en annan person, *direkt och personligen* berör honom.

Kravet på att den enskilde skall vara *direkt berörd* innebär att rättsakten i fråga skall ha omedelbara rättsliga verkningar för honom, utan att några

103. Rätten för medlemsstaterna att göra en motsvarande ogiltighetsinvändning inför nationella domstolar är dock enligt domstolens praxis begränsad. En medlemsstat, som är part i en tvist vid en nationell domstol, har inte rätt att vid denna domstol ifrågasätta lagenligheten av ett gemenskapsbeslut riktat till medlemsstaten mot vilket denna inte har väckt talan om ogiltigförklaring inom den föreskrivna fristen i artikel 230 femte stycket EG (se dom av den den 22 oktober 2002 i mål C-241/01, National Farmers' Union, REG 2002, s. I-9079, punkt 35–36; jfr dom av den 9 mars 1994 i mål C-188/92, TWD Textilwerke Deggendorf, REG 1994, s. I-833, svensk specialutgåva, volym 15, s. I-59).

ytterligare verkställighetsåtgärder är nödvändiga. Detta kriterium är tämligen okomplicerat och berörs inte i det följande.[104]

För att en enskild person skall kunna ifrågasätta giltigheten av en gemenskapsförordning eller ett beslut som riktar sig till någon annan, krävs dock härutöver *för det första* att han kan visa att rättsakten i själva verket är att anse som ett beslut riktat till honom och *för det andra* att han är direkt och personligen berörd av det. En enskild som klagar på en förordning skall därför visa att det egentligen rör sig om ett förtäckt beslut, som riktar sig till honom.[105] Dessa krav har nu mildrats. Gemenskapsdomstolarna undersöker numera om rättsaktens natur *eller* den enskildes speciella situation kan grunda talerätt. Detta innebär att den enskilde kan har rätt att klaga på en "äkta" förordning om han kan visa att han är direkt och personligen berörd av den. EG-domstolen klarlade detta i sin dom i målet *Codorníu*.[106]

Av störst betydelse i detta sammanhang är kravet på att klaganden skall vara "personligt berörd". Detta villkor har tolkats restriktivt av EG-domstolen. I målet *Plaumann*,[107] uttalade domstolen att:

> "Andra personer än dem som ett beslut är riktat till kan göra anspråk på att vara personligen berörda endast om beslutet angår dem på grund av vissa egenskaper som är utmärkande för dem eller på grund av en faktisk situation som särskiljer dem i förhållande till alla andra personer och därigenom försätter dem i en ställning som motsvarar den som gäller för en person som ett beslut är riktat till."

Formuleringen i *Plaumannmålet* har angett talerättsförutsättningarna inför EG-domstolarna i över 40 år. Dessa kriterier har emellertid kritiserats för att vara alltför restriktiva. EG-domstolen har motiverat sin restriktiva tolkning av talerättsvillkoren för enskilda individer på flera sätt. Dess huvudsakliga argument är att en ogiltighetstalan som väcks direkt vid gemenskapsdomstolarna inte bör betraktas som fullkomligt åtskild från andra rättsmedel. Den har särskilt framhållit att det är tillräckligt att en enskild, som har berättigat intresse att få sin sak prövad, har processuella förutsättningar för detta inom

104. I sin dom av den 23 april 1986 i mål 294/83, Parti écologiste "Les Verts" mot Europaparlamentet, REG 1986, s. 1339, svensk specialutgåva, volym 8, s. 529, fastslog EG-domstolen att en gemenskapsrättsakt direkt berör ett enskilt rättssubjekt när den innehåller ett fullständigt system av regler som i sig själva är tillräckliga för att medföra rättsliga verkningar för den enskilde och som inte förutsätter ytterligare genomförandebestämmelser.

105. Se dom av den 18 november 1975 i mål 100/74, Société CAM SA mot kommissionen, REG 1975, s. 1393.

106. Dom av den 18 maj 1994 i mål C-309/89, Codorníu SA mot rådet, REG 1994, s. I-1853, svensk specialutgåva, volym 15, s. I-141.

107. Dom av den 15 juli 1963 i mål 25/62, Plaumann mot kommissionen, REG 1963, s. 199, svensk specialutgåva, volym 1, s. 181.

ramen för något rättssystem, dvs. antingen det nationella eller gemenskapsrättsliga. Ett tydligt exempel på detta finns i målet *Greenpeace*,[108] där EG-domstolen i sina motiv tydligt angav att det fanns en möjlighet för dem som klagade att väcka talan vid nationell domstol (vilket de också hade gjort). Domstolen ansåg därför att enskildas rättigheter skyddades fullt ut av de nationella domstolarna, vilka, i förekommande fall med stöd av artikel 234 EG, kunde begära ett förhandsavgörande från EG-domstolen.

Den restriktiva tolkningen av begreppet personligen berörd har kritiserats i doktrinen, och t.o.m. av gemenskapsdomstolarnas egna ledamöter.[109] Argument för en mer omfattande talerätt för enskilda har också framförts i en rad förslag till avgöranden från generaladvokater.[110]

Förstainstansrätten har tagit denna kritik på allvar och utvidgade i sin dom i målet *Jégo Quéré et Cie SA mot kommissionen*[111] kriteriet "personligen berörd". Målet gällde en kommissionsförordning som antagits inom ramen för den gemensamma fiskeripolitiken. Den medförde inga genomförandeåtgärder och klagandens enda möjlighet att få till stånd en rättsprövning var följaktligen att föra talan mot förordningen inför gemenskapsdomstolarna. Förstainstansrätten konstaterade till att börja med att det inte var möjligt att väcka talan inför nationell domstol. Den menade vidare att skadeståndstalan grundad på gemenskapens utomobligatoriska skadeståndsansvar inte heller utgjorde en lösning som var tillfredsställande för den enskildes intressen, eftersom villkoren för att ta upp en sådan talan till prövning samt rättsverk-

108. Dom av den 2 april 1998 i mål C-321/95 P, Stichting Greenpeace Council (Greenpeace International) m.fl. mot kommissionen, REG 1998, s. I-1651.

109. Se särskilt Jacobs, F., *Access to justice as a fundamental right in European Law*, Festskrift för Fernand Schockweiler, Nomos (1999), s. 197; Lenaerts, *The legal protection of private parties under the EC Treaty: a coherent and complete system of judicial review?*, Festskrift för Giuseppe Federico Mancini, Vol. II, Giuffrè (1998), s. 591; Mancini, G.F. *The role of the supreme courts at the national and international level: a case study of the Court of Justice of the European Communities*, The Role of the Supreme Courts at the National and International Level, Yessiou-Faltsi P. (red.), Sakkoulas (1998), s. 421; Moitinho de Almeida, *Le recours en annulation des particuliers (article 173, deuxième alinéa, du traité CE): nouvelles réflexions sur l'expression 'la concernent ... individuellement'*, Festskrift för Ulrich Everling, Vol. I, Nomos (1995) s. 849 och Schockweiler, *L'accès à la justice dans l'ordre juridique communautaire*, Journal des tribunaux, Droit européen, nr 25, 1996, s. 1. Jfr Hettne, J., *EU:s talerättskriterier i gungning?*, Ny Juridik nr 3:2002.

110. Se till exempel generaladvokat Slynns förslag till avgörande i mål 246/81, Bethel, REG 1982, s. 2277 (s. 2299), generaladvokat Jacobs förslag till avgörande i mål C-358/89, Extramet mot rådet, REG 1992, s. I-3813 (punkterna 71–74) och i mål C-188/92, TWD Textilwerke Deggendorf, REG 1994, s. I-833 (punkterna 20–23), generaladvokat Ruiz Jarabo Colomers förslag till avgörande i mål C-142/95 P, Associazione agricoltori della provincia di Rovigo m.fl., REG 1996, s. I-6669 (punkterna 40–41) samt senast generaladvokat Jacobs förslag till avgörande av den 21 mars 2002 i mål C-50/00 P, Unión de Pequeños Agricultores mot Europeiska unionens råd, REG 2002, s. I-6677.

111. Dom av den 3 maj 2002 i mål T-177/01, Jégo Quéré et Cie SA mot kommissionen, REG 2002, s. II-2365.

ningarna av den var annorlunda än vid en ogiltighetstalan.[112] För att säkerställa ett effektivt rättsligt skydd för enskilda borde därför, menade rätten, talerättsvillkoren i artikel 230 fjärde stycket EG utvidgas. En fysisk eller juridisk person skulle anses beröras personligen av en gemenskapsrättslig bestämmelse med allmän giltighet som berör honom direkt *om bestämmelsen inverkade på hans rättsliga ställning på ett bestämt och omedelbart sätt genom att hans rättigheter begränsades eller att han ålades skyldigheter.* Rätten tillade att det för denna bedömning inte är relevant hur många andra personer som också påverkas, eller kan påverkas, av bestämmelsen och inte heller vilken situation som dessa personer befinner sig i.

EG-domstolen underkände emellertid förstainstansrättens försök till förändring av rättsläget i målet *UPA mot rådet.*[113] Den bekräftade i denna dom sin ståndpunkt att det räcker att den enskilde ges rättsligt skydd inom ramen för antingen det nationella eller EG-rättsliga systemet. Den anförde att *det ankommer på medlemsstaterna* att inrätta ett system för rättslig prövning som gör det möjligt att säkerställa rätten till ett verksamt rättsligt skydd. Det åligger i enlighet med principen om lojalt samarbete i artikel 10 EG de nationella domstolarna att, så långt det är möjligt, tolka och tillämpa nationella bestämmelser om talerätt så att det är möjligt för fysiska eller juridiska personer att få till stånd en prövning vid domstol av lagenligheten av varje beslut eller annan åtgärd på nationell nivå som rör tillämpningen, i förhållande till dem, av en allmänt tillämplig rättsakt från gemenskapen, genom att åberopa att denna rättsakt är ogiltig.

Domstolen underströk att en fysisk eller juridisk person endast har rätt att föra talan om giltigheten av en förordning när den berör denne, inte bara direkt utan också personligen. Det sistnämnda villkoret skall tolkas mot bakgrund av rätten till ett verksamt rättsligt skydd och med beaktande av de omständigheter som kan särskilja en person.[114] En sådan tolkning kunde dock inte medföra att villkoret att vederbörande skall vara personligen berörd, vilket uttryckligen föreskrivits i fördraget, inte tillämpas, eftersom gemenskapsdomstolarna annars skulle överskrida gränserna för sin behörig-

112. Det kan här inskjutas att EG-domstolen har framhållet att det avgörande kriteriet vid fastställande av huruvida en tillräckligt klar och därmed skadeståndgrundande överträdelse föreligger *inte är den berörda rättsaktens beskaffenhet utan det utrymme för skönsmässig bedömning som institutionen hade vid dess antagande.* Se dom av den 10 december 2002 i mål C-312/00 P, kommissionen mot Camar, REG 2002, s. I-11355, punkterna 54 och 55.

113. Dom av den 25 juli 2002 i mål C-50/00 P, UPA mot rådet, REG 2002, s. I-6677.

114. Se domar av den 2 februari 1988 i de förenade målen 67/85, 68/85 och 70/85, Van der Kooy mot kommissionen, REG 1988, s. 219, svensk specialutgåva, volym 9, s. 305, punkt 14, av den 16 maj 1991 i mål C-358/89, Extramet Industrie mot rådet, REG 1991, s. I-2501, punkt 13 och dom av den 18 maj 1994 i mål C-309/89, Codorníu SA mot rådet, REG 1994, s. I-1853, svensk specialutgåva, volym 15, s. 141, punkt 19.

het enligt fördraget. För mer radikala ändringar av talerättsvillkoren hänvisade EG-domstolen till medlemsstaterna vilka ensamma är behöriga att ändra i fördraget.

EG-domstolen bekräftade alltså rättsläget enligt sina klassiska kriterier för att bedöma om en enskild person är personligen berörd. Den ansåg att eventuella brister i det EG-rättsliga systemet för domstolsprövning och effektiva rättsmedel främst skall rättas till genom ökade möjligheter till rättsprövning i nationella domstolar.

3.9.3 *Generösare talerättsvillkor vid förvaltningsrättsliga beslut*

När det gäller gemenskapsrättsakter som beslutas efter ett administrativt förfarande har dock gemenskapsdomstolarna varit mer benägna att tillåta att mål tas upp till prövning. I dessa fall saknas ofta genomförandeåtgärder i medlemsstaterna, vilket kan vara en förklaring. Den mer generösa inställningen har vidare att göra med rättsakternas karaktär av förvaltningsbeslut och med allmänna förvaltningsrättsliga principer. Det finns en tydlig skillnad i EG-rätten mellan möjligheten att klaga på beslut som fattats efter ett administrativt förfarande (förvaltningsbeslut) och beslut som föregåtts av en politisk process (förordningar, direktiv m.m.). Till detta kommer att de principer som är styrande för det administrativa förfarandet inom EU, dvs. i huvudsak rätten till försvar, myndighetens utredningsskyldighet och motiveringsskyldigheten, riskerar att bli innehållslösa om det inte går att kontrollera att de har respekterats.

Ett tidigt exempel på en mer generös tillämpning av talerättsvillkoren är målet *Metro*,[115] vari domstolen klarlade att företag som gjort kommissionen uppmärksam på ett annat företags konkurrensbegränsande beteende hade rätt att klaga på beslutet som kommissionen fattade med anledning av den gjorda anmälan om det går företaget emot helt eller delvis. Under sådana omständigheter menade domstolen att den enskilde var direkt och personligen berörd av beslutet. EG-domstolen utvecklade denna rättspraxis ytterligare i *Metro II*,[116] vari den fastställde att ett företag hade rätt att föra talan mot ett kommissionsbeslut som meddelats med anledning av ett annat företags anmälan, om det förstnämnda företaget till följd av beslutet utestängdes från en viss marknad. En förutsättning var dock att detta företag *hade fram-*

115. Mål 26/76, Metro mot kommissionen, REG 1977, s. 1875, svensk specialutgåva, volym 3, s. 431.

116. Dom av den 22 oktober 1986 i mål 75/84, Metro, REG 1986, s. 3021.

fört synpunkter under kommissionens administrativa förfarande som föregått beslutet och alltså utnyttjat sin rätt till försvar.

Ett liknande synsätt visar sig på statsstödsområdet. I målen *Cook*[117] och *Matra*[118] fastställde EG-domstolen att kommissionens beslut att godkänna ett statsstöd med stöd av artikel 88.3 EG utan att dessförinnan ha genomfört en noggrann undersökning i enlighet med artikel 88.2 EG kan överklagas av berörda intressenter. Denna krets är förhållandevis omfattande. Samtliga *som skulle haft möjlighet att inkomma med synpunkter vid förfarandet* enligt artikel 88.2 EG omfattas, dvs. enligt EG-domstolens praxis, de personer, företag eller föreningar vars intressen eventuellt kan påverkas av det beviljade statsstödet.[119] I detta fall räckte alltså att företagen hade en potentiell rätt att framföra synpunkter under det administrativa förfarandet för att de skulle få rätt att väcka talan vid gemenskapsdomstolarna.

Som ett sista exempel kan nämnas ett fall på antidumpningsområdet. Den krets av personer som har ansetts taleberättigade i antidumpningsmål är dels de exportföretag och tillverkare som är identifierbara i förordningen, dels de exportföretag och tillverkare som *i betydande utsträckning deltagit i det förberedande förfarandet inför kommissionen.*[120] Domstolen har vidare mer generellt uttalat att ett företag som anmäler ett viss dumpningsförfarande till kommissionen och som utövar en ledande roll under förfarandet också har rätt att föra talan mot det beslut som förfarandet utmynnar i.[121]

Förhållandet mellan kommissionens *utredningsskyldighet* och enskildas talerätt prövades ingående i målet *max.mobil.* Förstainstansrätten hävdade att i de fall kommissionen har en utredningsskyldighet kan denna inte vara undantagen all domstolskontroll och hänvisade till artikel 47 i EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna som anger att "var och en vars unionsrättsligt garanterade fri- och rättigheter har kränkts har rätt till ett effektivt rättsmedel inför en domstol". Förstainstansrätten menade att rätten att väcka talan var en grundläggande rättsstatsprincip till förmån för enskilda vars intressen var berörda av att kommissionen inte hade fullgjort sin utredningsskyldighet. Dessa enskilda individer är direkt och personligen berörda

117. Dom av den 19 maj 1993 i mål C-198/91, Cook mot kommissionen, REG 1993, s. I-2487, svensk specialutgåva, volym 14, s. 201.

118. Dom av den 19 maj 1993 i mål C-225/91, Matra mot kommissionen, REG 1993 s. I-3203, svensk specialutgåva, volym 14, s. 213.

119. Se dom av den 14 november 1984 i mål 323/82, Intermills mot kommissionen, REG 1984, s. 3809, svensk specialutgåva, volym 7, s. 685, punkt 16.

120. Se dom av den 21 februari 1984 i de förenade målen 239 och 275/82, Allied Corporation mot kommissionen, REG 1984, s. 1005, svensk specialutgåva, volym 7, s. 519.

121. Se dom av den 20 mars 1985 i mål 264/82, Timex mot rådet och kommissionen, REG 1985, s. 849, svensk specialutgåva, volym 8, s. 117.

om de har ingivit klagomål till kommissionen eller om de av andra skäl har deltagit aktivt i det administrativa förfarandet.[122]

Förstainstansrätten grundade talerätten på kommissionens allmänna skyldighet att göra en snabb och opartisk utredning samt dess allmänna övervakningsskyldighet. Målet överklagades emellertid och förstainstansrätten fick varken medhåll från generaladvokaten (Maduro) eller EG-domstolen.

Generaladvokaten påpekade att kravet på en snabb och opartisk utredning i första hand syftar till att främja det allmänna intresset av en god förvaltning och att bestämmelserna i fördraget tillämpades korrekt. Han menade att denna skyldighet inte var jämförbar med egentliga rättigheter, som rätten till försvar eller rätt att få tillgång till handlingar. Härav följde, menade generaladvokaten, att utredningsskyldigheten (eller påstådda brister i den) inte medförde en subjektiv rätt att väcka talan mot ett beslut.[123] Generaladvokaten framhöll att rätten att väcka talan skulle fastställas utifrån en bedömning av den berörda personens särskilda situation. Detta krav kunde inte kringgås genom hänvisningar till principen om en god rättsskipning eller med hänsyn till den grundläggande rätten till ett effektivt rättsmedel.[124] Generaladvokaten kom sedan fram till att sökanden faktiskt var direkt och personligen berörd, men på andra grunder än de som förstainstansrätten hade fört fram.

EG-domstolen ansåg emellertid inte att det förelåg någon talerätt. Det förhållandet att sökanden hade ett direkt och personligt intresse av en ogiltigförklaring av ett beslut medförde inte en rätt för sökanden att väcka talan mot beslutet i fråga. Domstolen menade att det i det aktuella målet var fråga om en skrivelse som inte medförde bindande rättsliga verkningar, vilken inte utgjorde en rättsakt mot vilken en talan om ogiltigförklaring kunde väckas.[125] Domstolen framhöll att detta konstaterande varken var i strid med principen om god förvaltning eller med någon annan gemenskapsrättslig princip.[126]

Det kan mot denna bakgrund konstateras att det bara är i förhållande till vissa processuella rättigheter som det måste finnas ett korresponderande rättsmedel enligt EG-rätten. I detta sammanhang är det principen om rätten

122. Se dom av den 30 januari 2002 i mål T-54/99, max.mobil Telekommunikations Service mot kommissionen, REG 2002, s. II-313.

123. Se generaladvokat Maduros förslag till avgörande av den 21 oktober 2004 i mål C-141/02 P, kommissionen mot T-Mobile Austria, tidigare max.mobil Telekommunikations Service, REG 2005, s. 1286, punkt 56.

124. Ibid., punkt 57.

125. Dom av den 22 februari 2005 i mål C-141/02 P, kommissionen mot T-Mobile Austria, tidigare max.mobil Telekommunikations Service, REG 2005, s. I-1283, punkt 70.

126. Ibid., punkt 72.

till försvar som tydligast har en sådan innebörd. Rätten till försvar innebär att de personer som på ett påtagligt sätt påverkas av ett beslut skall få tillfälle att på ett meningsfullt sätt framlägga sina synpunkter. Principen om rätten till försvar kan innebära att fler än beslutsadressaten har möjlighet att klaga på ett beslut, men kretsen av taleberättigade är sällan mycket större. En person som under ett administrativt förfarande har en "rätt" till försvar kan sålunda anses direkt och personligen berörd av det efterföljande beslutet. I övrigt krävs att den klagande är individualiserad på så sätt att han har vissa egenskaper eller befinner sig i en faktisk situation som gör att han särskiljer sig i förhållande till alla andra personer och därigenom befinner sig i en ställning som motsvarar den som gäller för en person som ett beslut är riktat till. Talerättskriterierna är alltså fortfarande mycket snäva vid väckande av talan inför gemenskapsdomstolarna.

3.9.4 *Utökad talerätt genom Lissabonfördraget*

I det av medlemsstaterna undertecknade Lissabonfördraget[127] avses talerättsvillkoren mjukas upp något. Bakgrunden till detta är sannolikt en oro för att gemenskapsrätten i annat fall kan riskera att förklaras oförenlig med Europakonventionens krav på domstolskontroll och effektiva rättsmedel. I Lissabonfördraget anges att unionen *skall* ansöka om anslutning till Europakonventionen. Det innebär att Europadomstolen skall kunna kontrollera om EU:s talerättskriterier är förenliga med Europakonventionen. De nya skrivningarna bygger på grundtanken att det räcker att den enskilde kan väcka talan antingen vid gemenskapsdomstolarna eller vid nationell domstol, som i sin tur kan begära ett förhandsavgörande från EG-domstolen.

I artikel 19 i fördraget om Europeiska unionen, i sin lydelse enligt Lissabonfördraget, föreskrivs att:

> "Medlemsstaterna skall fastställa de möjligheter till överklagande som behövs för att säkerställa ett effektivt domstolsskydd inom unionsrättens område"

Medlemsstaterna skall alltså göra vad som är möjligt för att säkerställa ett effektivt domstolsskydd inom unionsrättens område, vilket omfattar alla situationer där unionsrätten är tillämplig.

---

127. EUT 2007 C 306/1. Konsoliderade versioner av EU-fördraget och fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (tidigare EG-fördraget), i deras lydelse enligt Lissabonfördraget, finns tillgängliga på *www.lissabonfordraget.se* samt på EU:s webbplats. Lissabonfördraget som i skrivande stund inte har ratificerats av samtliga medlemsstater, berörs mer utförligt i kapitel 7.

Därutöver vidgas rätten för enskilda att väcka talan vid gemenskapsdomstolarna något. Detta gäller emellertid bara när det är fråga om gemenskapsrättsliga föreskrifter som inte medför genomförandeåtgärder och därmed inte kan prövas i nationella domstolar. Hittills har som framgått i alla situationer krävts att en enskild skall vara såväl personligen som direkt berörd av en gemenskapsrättsakt för att kunna väcka talan om ogiltigförklaring av den vid gemenskapsdomstolarna. I artikel 263 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (som inrättas genom Lissabonfördraget) anges dock att:

> "Varje fysisk eller juridisk person får på de villkor som anges i punkterna 1 och 2 väcka talan mot en akt som är riktad till dem eller som direkt och personligen berör dem samt mot en *regleringsakt* som direkt berör dem och som inte medför genomförandeåtgärder."[128]

Syftet med de förändringar som följer av Lissabonfördraget är sålunda att skapa ett heltäckande system, bestående av såväl gemenskapsrättsliga som nationella rättsmedel, för att minska risken för att unionens domstolssystem inte uppfyller kraven i artikel 6 och 13 i Europakonventionen. Den nya skrivningen i artikel 263 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (se kursiveringen) är avsedd att fylla den "lucka" som hittills uppstått då en enskild som är direkt berörd (men inte personligen berörd) av en gemenskapsrättsakt inte förfogar över något rättsmedel på grund av att det saknas nationella genomförandeåtgärder.[129]

Även med en sådan förändring kommer dock villkoren för att väcka talan vid gemenskapsdomstolarna att förbli tämligen snäva. "Äkta" lagstiftningsakter, dvs. akter med tydlig normativ snarare än administrativ karaktär, kommer troligen inte att vara lättare att angripa. Det kan också konstateras att de nya skrivningarna inte skulle ha förändrat situationen för ett företag som max.mobil ovan, eftersom EG-domstolen där slog fast att det inte förelåg något överklagbart beslut. Förändringarna i Lissabonfördraget innebär följaktligen inte en sådan tydlig uppmjukning av talerättsmöjligheterna som föreslogs av förstainstansrätten i målet *Jégo Quéré* som berördes ovan. Förstainstansrätten fann i detta mål att en fysisk eller juridisk person skulle anses beröras personligen av en gemenskapsrättslig bestämmelse *med allmän giltighet* som berörde honom direkt om bestämmelsen inverkade på hans rättsliga ställning på ett bestämt och omedelbart sätt. Begreppet och rekvisitet "regleringsakt" i artikel 263 fjärde stycket i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, innebär – i förhållande till förstainstansrättens dom i *Jégo*

128. Författarens kursivering.
129. Jfr Hettne, J. och Öberg, U., *Domstolarna i Europeiska unionens konstitution*, a.a., s. 124 ff.

Quéré – sannolikt en påtaglig begränsning av enskildas möjlighet att väcka talan.[130]

3.10 Konklusion

EU:s allmänna rättsprinciper av förvaltningsrättslig karaktär genomsyrar de administrativa förfarandena inför kommissionen och andra EU-myndigheter. De begränsar myndigheternas skönsmässiga utrymme och sätter ramar för förfarandet.

Det skönsmässiga utrymmet är omfattande på vissa områden. Detta gäller särskilt när beslut grundas på utpräglat ekonomiska eller tekniska bedömningar. Mot denna bakgrund är det särskilt viktigt att säkerställa att beslutsmyndigheten har ett fullgott beslutsunderlag. Principerna om rätten till försvar och myndighetens utredningsskyldighet syftar till att säkerställa att myndighetens beslutsunderlag är komplett, medan motiveringsskyldighetens främsta syfte är att möjliggöra en efterhandskontroll.

Dessa processuella principer har i det närmaste en konstitutionell status i EG-rätten och måste därför respekteras vid alla administrativa förfaranden. Detta synsätt är betecknande för den *normativa sidan* av de förvaltningsprocessuella reglerna. Det finns också en *funktionell sida* av dessa regler. I detta fall är syftet med reglerna att besluten skall bli korrekta i sak. Att de processuella reglerna respekteras för sakens skull är däremot av underordnad betydelse. Den normativa och funktionella sidan av de förvaltningsrättsliga reglerna är sällan renodlad i EG-rätten. I vissa fall görs en avvägning med hänsyn till vad som är rimligt i praktiken, varvid den funktionella sidan tenderar att ta överhand.

Beslutsmyndigheternas utrymme för skönsmässig bedömning kontrolleras genom att respekten för bl.a. rätten till försvar samt utrednings- och motiveringsskyldigheten upprätthålls. Detta tvingar myndigheterna, i synnerhet kommissionen, till grundligare utredningar och mer genomtänkta beslut, vilket minskar behovet av juridisk efterhandskontroll i själva sakfrågan. Gemenskapsdomstolarnas rättspraxis är emellertid omfattande och komplex och skilda utvecklingstendenser kan skönjas, även om huvudintrycket är att principerna tillämpas på samma sätt. Ett exempel är vad som blir följden av att gemenskapsdomstolarna konstaterar att en processuell brist föreligger. Det är uppenbart att både den normativa och funktionella synen på processuella brister finns företrädd bland gemenskapsdomstolarnas

130. Ibid.

ledamöter. Det betyder att förekomsten av sådana brister kan leda till ogiltigförklaring av ett beslut, men behöver inte göra det. Vilket synsätt som får genomslag tycks vara beroende av omständigheter i enskilda fall. Kravet på förutsebarhet är därför inte särskilt väl tillgodosett.

Gemenskapsdomstolarnas rättskontroll och talerättskriterierna präglas också av de förvaltningsrättsliga principerna. Rättskontrollen är mer legalistisk och mer processuellt inriktad än i t.ex. Sverige. Gemenskapsdomstolarna är inspirerade av den franska legalitetskontrollen och har därmed från fall till fall avgjort hur långtgående rättskontrollen bör vara. Huvudregeln är s.k. full prövning (*comprehensive review*). Detta gäller tillämpningen av rekvisit vilka inte aktualiserar komplexa frågor av teknisk eller ekonomisk art. Gemenskapsdomstolarna kan då utan problem ange hur en bestämmelse skall tolkas och ogiltigförklara de beslut som grundar sig på en annan tolkning. I många fall har dock huvudregeln frångåtts. Bakgrunden till detta är att gemenskapsdomstolarna respekterar den expertkunskap som innehas av beslutsmyndigheten (vanligen kommissionen). Enligt ett i europeisk rätt dominerande synsätt är det inte lämpligt att allmänna domstolar fullt ut prövar alla frågeställningar i ett ärende. Skälet till detta är att man vill upprätthålla en tydlig åtskillnad mellan den verkställande och lagstiftande makten, å den ena sidan, och den dömande makten, å den andra. Mot denna bakgrund anses det inte lämpligt att en domstol sätter sig i beslutsmyndighetens ställe. Av denna anledning har beslutsmyndigheten ett skönsmässigt utrymme i komplexa frågeställningar av exempelvis ekonomisk och teknisk art. I dessa fall utövas endast en begränsad eller en marginell domstolskontroll (*marginal review*).

EG-domstolen kompenserar sin begränsade prövning i själva sakfrågan med en noggrann kontroll av att beslutsmyndigheten har handlagt ärendet väl och därmed har respekterat ovan nämnda förvaltningsrättsliga principer. Kontrollen av de enskildas processuella rättigheter bidrar vidare till att förstärka kontrollen i sak. Det finns många exempel på att beslut har ogiltigförklarats på grund av bristfällig motivering, när motiveringsbristen i själva verket bottnar i materiella brister.[131] Utvecklingen av processuella rättigheter kan således sägas innebära att kontrollen i materiellt hänseende blir effektivare.

Betoningen på de processuella aspekterna i gemenskapsdomstolarnas rättskontroll framstår dock inte som den enda utvecklingstendensen i rättspraxis. På senare tid kan en attitydskillnad skönjas i framför allt förstain-

131. Se t.ex. dom av den 15 september 1998 i de förenade målen T-374/94, T-375/94, T-384/94 och T-388/94, European Night Services, REG 1998, s. II-3141.

stansrättens praxis i konkurrensrättsliga ärenden. I mål som *Airtours*[132] och *Tetra Laval*[133] har förstainstansrätten, efter en omfattande och ingående prövning av sakfrågorna, ogiltigförklarat principiellt viktiga kommissionsbeslut i förvärvsärenden på grund av att kommissionen har gjort sig skyldig till uppenbart felaktiga bedömningar. Resonemangen i domarna är långa och ingående och det är svårt att komma till en annan slutsats än att de ger uttryck för ett attitydskifte i förhållande till EG-domstolens tidigare rättspraxis i motsvarande ärenden.

Förstainstansrättens skärpta kontroll är sannolikt en reaktion på kritik i akademiska kretsar om att rättskontrollen varit för ytlig. Det är samtidigt viktigt att förstainstansrätten värnar om sammanhanget och enhetligheten i sin rättspraxis. Rättskontrollen får inte varierar från område till område om sakliga skäl för detta saknas. Det kan t.ex. inte vara ett sakligt skäl att rättens ledamöter är mer förtrogna med ett område än ett annat. Förstainstansrättens underkännande av kommissionens beslut i *Airtours* och *Tetra Laval* vittnar om en stor säkerhet och kunnande i konkurrensfrågor, inbegripet de ekonomiska aspekterna av dessa ärenden. Frågan är om rätten med samma säkerhet kan hantera frågor om t.ex. gemenskapsvarumärket, statsstöd och antidumpning, som är vanligt förekommande måltyper vid förstainstansrätten. Vidare kan frågan ställas om förstainstansrättens samtliga avdelningar är beredda att göra lika ingående prövningar i ekonomiskt präglade konkurrensmål som gjordes i *Airtours* och *Tetra Laval*. Som bekant består gemenskapsdomstolarna av ett stort antal avdelningar, som i själva verket fungerar som självständiga domstolar. Domarna kan därmed sakna inflytande över och insyn i de mål som avgörs på andra avdelningar. Det är inte lämpligt att rättskontrollen är beroende av rättens tillfälliga sammansättning, dvs. vilken avdelning som har tilldelats målet. Det är som sagt viktigt att angreppssättet blir konsekvent och därmed att referenten och andra ledamöter inte i allt för stor utsträckning tillåts sätta sin personliga prägel på domarna. I förstainstansrätten är det sällan mer än tre domare som avgör ett mål.

De allmänna process- och förvaltningsrättsliga principerna påverkar också kriterierna för talerätt. Som framgått har enskilda personer som har deltagit i ett administrativt förfarande – om än i varierande grad – processuella rättigheter, vilket förutsätter att det också finns korresponderande rättsmedel. Parter som har deltagit i ett administrativt förfarande inom EU har därför möjlighet att påkalla en domstolsprövning om de menar att deras processuella rättigheter inte har iakttagits. Mot denna bakgrund är det betydligt

132. Dom av den 6 juni 2002 i mål T-342/99, Airtours, REG 2002, s. II-2585.
133. Dom av den 25 oktober 2002 i mål T-5/02, Tetra Laval, REG 2002, s. II-4381.

lättare att uppfylla kriterierna för talerätt när det gäller ett beslut som har fattats efter ett administrativt förfarande (förvaltningsbeslut), i jämförelse med ett beslut som föregåtts av en politisk process (förordningar, direktiv m.m.).

Det är emellertid inte i förhållande till alla processuella rättigheter som det enligt EG-rätten skall finns ett korresponderande rättsmedel, dvs. talerätt. Det är principen om rätten till försvar som tydligast innefattar ett sådant krav. Rätten till försvar innebär att de personer, vilka på ett påtagligt sätt påverkas av ett myndighetsbeslut, skall få tillfälle att på ett meningsfullt sätt framlägga sina synpunkter. Principen om rätten till försvar kan innebära att fler än beslutsadressaten har möjlighet att klaga på ett beslut, men kretsen av taleberättigade är sällan särskilt stor. En person som under ett administrativt förfarande har utnyttjat sin "rätt" till försvar anses direkt och personligen berörd av det efterföljande beslutet. Om det inte går att koppla samman talerätten med en rätt till försvar under det administrativa förfarandet, krävs i stället en annan grad av individualisering. Den klagande skall då ha vissa egenskaper eller befinna sig i en faktisk situation som gör att han särskiljer sig i förhållande till alla andra personer och därigenom befinner sig i en ställning som motsvarar den som gäller för en person som ett beslut är riktat till. Talerättskriterierna är alltså fortfarande påtagligt snäva vid väckande av talan inför gemenskapsdomstolarna. Genom det i skrivande stund aktuella Lissabonfördraget föreslås emellertid en viss vidgning av kriterierna.

Huvudinriktningen i gemenskapsdomstolarnas rättspraxis när den beslutande EU-myndigheten förfogar över ett skönsmässigt utrymme är sålunda att prövningen inriktas på formella grunder, varvid iakttagandet av vissa allmänna rättsprinciper, såsom rätten till försvar, utredningsskyldigheten och motiveringsskyldigheten, kontrolleras noga. Det finns dock en risk att detta sker på bekostnad av den materiella prövningen. Det är naturligtvis viktigt att rättskontrollen inte blir alltför formell och fjärmar sig från sakfrågorna. Den processuella rättssäkerheten innebär inte nödvändigtvis någon fördel i materiellt hänseende. I vissa fall kan det rent av ifrågasättas vad domstolskontrollen skall tjäna till. Om förstainstansrätten ogiltigförklarar ett beslut på formell grund, t.ex. bristfällig motivering eller undermålig utredning, är det naturligtvis inget som hindrar att kommissionen fattar ett i sak identiskt beslut inom ramen för sitt utrymme för skönsmässig bedömning, efter att de konstaterade formella bristerna har rättats till. Mot denna bakgrund är förstainstansrättens mer ingående prövning av sakfrågorna från senare år välkommen. Rätten måste dock vara noga med att hitta ett homogent angreppssätt. En välavvägd mix bestående av både materiellt och processuellt inriktad kontroll framstår som den lämpligaste rättskontrollen i EG-rättsliga sammanhang. Utvecklingen tycks gå i denna riktning, även om

rättspraxis för tillfället spretar något. Överlag lider den oskrivna förvaltnings- och processrätten inom EU av brist på tydlighet och förutsebarhet. De processuella rättigheterna varierar beroende på vilket EG-rättsligt område det är fråga om och rättsföljden vid en processuell brist är många gånger oklar. Dessa problem skulle kunna minska om de förvaltningsrättsliga och processuella principerna kodifierades och kom till uttryck i allmängiltiga regler. Detta diskuteras i kapitel 7.

4 Förvaltningsrättslig dimension av fri rörlighet på EU:s inre marknad

4.1 Introduktion

I föregående kapitel berördes EU-institutionernas skyldighet att iaktta allmänna rättsprinciper under administrativa förfaranden. Ett annat område där allmänna rättsprinciper har stor betydelse är när inremarknadsreglerna är tillämpliga i medlemsländerna. Detta gäller i synnerhet när medlemsstaterna önskar upprätthålla nationella regler eller åtgärder som begränsar den fria rörligheten på EU:s inre marknad. Medlemsstaterna måste då respektera EU:s allmänna rättsprinciper, vilket kan betecknas som *den förvaltningsrättsliga dimensionen av fri rörlighet*.[1]

I EG-domstolens rättspraxis har handelshindrande ordningar accepterats som grundar sig på intressen som väger tyngre än frihandel, t.ex. miljö, hälsa och säkerhet. Medlemsländerna behöver inte ha likformiga ordningar och skyddsnivåer på samtliga områden, utan det finns ett visst utrymme för nationella särlösningar. Det måste dock kontrolleras att acceptansen för legitima nationella särlösningar inte medför att en ny form av marknadsuppdelning uppstår på EU:s inre marknad. EG-domstolen har därför begränsat medlemsstaternas skönsmässiga utrymme när de utnyttjar de undantag som finns i fördraget och i rättspraxis. Man kan säga att EG-domstolen genom att uppställa sådana krav på medlemsstaterna söker minimera den skada som nationella särregleringar kan innebära för marknaden.[2] De generella krav som uppställs är härledda ur EU:s allmänna rättsprinciper. Detta har blivit allt tydligare på senare tid. Tidigare nöjde sig EG-domstolen i regel med att tala om att ett handelshinder som grundar sig på ett tvingande samhällsintresse endast får upprätthållas om det uppfyller kraven på likabehandling och proportionalitet. Numera är det dock vanligt att EG-domstolen refererar till t.ex. rättssäkerhet (förutsebarhet) och till andra mer specifika förvaltningsrättsliga krav, som t.ex. insyn, motivering och tillgång till rättsmedel. EG-

1. Se t.ex. Hettne, J., *EU, monopolen och försvaret av den rådande ordning*, a.a., s. 595 och Meyrowitsch, A., Allroth, E. och Hettne, J., *EU och svenska monopol – teori, verklighet och framtid*, a.a., s. 74.

2. Se Meyrowitsch, A., Allroth, E. och Hettne, J., *EU och svenska monopol – teori, verklighet och framtid*, a.a., s. 69.

domstolen synes sålunda vara inspirerad av de allmänna rättsprinciper som den har utvecklat i andra situationer, nämligen i förvaltningsrättsliga ärenden där enskilda individer har ifrågasatt EU-institutionernas maktbefogenheter (konkurrens, statsstöd, antidumpning m.m.),[3] vilket berördes i föregående kapitel. I detta kapitel skall denna utveckling beskrivas och diskuteras. Den huvudsakliga frågeställningen är om det är rimligt att de krav som EG-domstolen uppställer för EU-institutionerna i samband med administrativa förfaranden, den oskrivna förvaltningsrätten, överförs och omvandlas till generella villkor som medlemsstaterna måste respektera om de skall få upprätthålla handelshindrande ordningar på EU:s inre marknad.

4.2 Förvaltningsrättsliga krav

4.2.1 *Likabehandlingsprincipen*

Likabehandlingsprincipen är stommen i EG-fördraget och kommer därför till konkret uttryck på många håll i fördraget. Den generella likabehandlingsprincipen har som framgått utvecklats mot bakgrund av flera mer specifika diskrimineringsförbud i EG-fördraget. Principen innebär i korthet att lika fall skall behandlas lika och olika fall olika, om det inte finns objektivt godtagbara skäl för särbehandling.[4] Otillåten särbehandling kan ske på olika sätt. Det kan röra sig om diskriminerande föreskrifter eller praxis. Även s.k. dold diskriminering, som inte beror på en åtgärds syfte, utan dess faktiska verkningar, är förbjuden. En särskild svårighet vid tillämpning av likabehandlingsprincipen är att bedöma om de situationer som skall jämföras verkligen är likvärdiga. Först därefter kan prövas om det föreligger särbehandling och om det eventuellt finns objektivt godtagbara skäl för den. Den allmänna likabehandlingsprincipen kan också fungera som tolkningsbakgrund. Ett gott exempel på hur likabehandlingsprincipen har influerat och vidgat tillämpningen av de mer begränsade diskrimineringsförbuden är målet *P mot County Council*,[5] som rörde behandlingen av transsexuella. I sådana fall kan det vara svårt att urskilja en könsdiskriminering, eftersom kvinnor och män behandlas lika, dvs. det saknar betydelse i vilken riktning könsbytet sker. EG-domstolen fann dock att en person som byter kön och diskrimineras på

3. Se Hettne, J., *Gemenskapsdomstolarnas rättskontroll och allmänna förvaltningsrättsliga principer*, a.a., s. 238.

4. Jfr Tridimas, T., *General Principles of EU Law*, a.a., s. 61 f.

5. Dom av den 30 april 1996 i mål C-13/94, P mot S och Cornwall County Council, REG 1996, s. I-2143.

grund av detta skyddas av bestämmelserna om könsdiskriminering, eftersom diskrimineringen har sitt ursprung i könsbytet.

4.2.2 *Strukturella garantier för likabehandling*

Ett problem vid tillämpningen av likabehandlingsprincipen är ofta att identifiera och bevisa diskriminerande inslag i en viss ordning. Detta gäller inte minst omfattande och komplexa marknadsregleringar, såsom nationella monopol eller tillståndssystem. Vissa av de förvaltningsrättsliga krav som EG-domstolen uppställer bidrar i hög grad till att likabehandlingsprincipen får ett effektivt genomslag. För att kunna pröva om t.ex. ett offentligt tillståndssystem har diskriminerande verkningar i praktiken, måste förutsättningarna för att erhålla ett tillstånd vara klara. I kriterierna för att bevilja tillstånd kan diskriminerande inslag finnas. Tillståndsmyndigheten kan också ha ett alltför stort skönsmässigt utrymme, vilket gör att en *de facto*-diskriminering vid tillämpningen av reglerna inte kan uteslutas. Detta gäller även för ett statligt detaljhandelsmonopols inköpspolitik, som på motsvarande sätt bör innefatta en produktplan och bygga på objektiva urvalskriterier (se om de svenska monopolen i nästa kapitel). De som berörs av ordningen får därmed insyn i hur den fungerar. Riskerna för diskriminering kan emellertid ytterligare begränsas. Om enskilda individer ges möjlighet att klaga på beslut som missgynnar dem synliggörs de faktiska förhållanden som de upplever som diskriminerande. För att klagorätten skall kunna fungera på detta sätt krävs dock att beslutsorganet motiverar sina beslut. Genom kraven på motivering och klagorätt skapas ytterligare insyn i hur systemet fungerar samt förutsättningar för kontroll av hur ordningen tillämpas i praktiken. Andra nationella organ (domstolar och tillsynsmyndigheter, som t.ex. nationella konkurrensverk) samt EU:s institutioner (kommissionen och domstolen) kan då kontrollera att likabehandlingsprincipen verkligen respekteras.[6] Dessa förvaltningsrättsliga krav kan därför kallas för strukturella garantier för likabehandling. I det följande visas hur de olika kraven har utvecklats i EG-domstolens rättspraxis.

6. Svenska myndigheters verksamhet i detta avseende berörs i statskontorets rapport *Förvaltning för fri rörlighet* (2006:16).

4.2.3 *Transparens – kravet på insyn och objektiva kriterier*

Den kanske tydligaste kopplingen mellan likabehandling och insyn finns sannolikt på upphandlingsområdet. På detta område har inte medlemsstaterna något utrymme för att upprätthålla undantag från principen om fri rörlighet. Däremot ges upphandlande myndigheter ett betydande skönsmässigt utrymme vid valet av anbud. För att begränsa detta utrymme och säkerställa att upphandlingsförfarandet blir rättvist, dvs. uppfyller kraven på likabehandling, måste den upphandlande myndigheten noggrant formulera kriterier för bedömningar av anbud och för tilldelning av kontrakt i förväg. På detta område har EG-domstolen följaktligen uttalat att *principen om likabehandling innebär en skyldighet att lämna insyn, så att det kan kontrolleras att likabehandlingsprincipen iakttas.*[7] Domstolen har framhållit att skyldigheten att lämna insyn som åvilar varje upphandlande myndighet syftar till att "garantera varje potentiell anbudsgivare att upphandlingen kringgärdas av sådan offentlighet att tjänstemarknaden är öppen för konkurrens och att det går att kontrollera om upphandlingsförfarandena är opartiska."[8] Domstolen har härav dragit slutsatsen att när kontrakt skall tilldelas vid offentlig upphandling måste både principen om likabehandling av möjliga anbudsgivare och principen om insyn iakttas i alla stadier, bl.a. när anbudssökande väljs ut i ett selektivt förfarande, så att alla ges samma möjligheter när de utformar sina ansökningar om deltagande eller sina anbud.[9] Mot denna bakgrund fordras att både kriterierna för valet av anbudssökande och kriterierna för tilldelning av kontrakt offentliggörs.[10] EG-domstolens inställning ger utryck för en viss skepsis mot insynsskyddade offentliga ordningar, eftersom dessa inte innebär några garantier för likabehandling.

Motsvarande krav har ställts på Apotekets och Systembolagets inköpspolitik i syfte att möjliggöra en kontroll av att dessa monopol fungerar på ett icke-diskriminerande sätt, vilket berörs i kapitel 5.

Likartade krav uppställs även när offentliga företag tillhandahåller tjänster *av allmänt ekonomiskt intresse.* De närmare villkoren för detta finns i artikel 86.2 EG. Bestämmelsen har följande lydelse:

---

7. Se bl.a. dom av den 7 december 2000 i mål C-324/98, Telaustria och Telefonadress, REG 2000, s. I-10745, punkt 61, och av den 18 juni 2002 i mål C-92/00, HI, REG 2002, s. I-5553, punkt 45.
8. Se domen i det ovannämnda målet Telaustria och Telefonadress, punkt 62.
9. Se, för ett liknande resonemang avseende jämförelsen av anbud, dom av den 25 april 1996 i mål C-87/94, kommissionen mot Belgien, REG 1996, s. I-2043, punkt 54.
10. Se vidare Hettne, J. och Öberg, U., *Fritt skön och domstolskontroll vid offentlig upphandling*, a.a., s. 192.

"Företag som anförtrotts att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse eller som har karaktären av fiskala monopol skall vara underkastade reglerna i detta fördrag, särskilt konkurrensreglerna, i den mån tillämpningen av dessa regler inte rättsligt eller i praktiken hindrar att de särskilda uppgifter som tilldelats dem fullgörs. Utvecklingen av handeln får inte påverkas i en omfattning som strider mot gemenskapens intresse."

I dessa fall är det alltså tillåtet för företag att inte respektera EG:s konkurrensregler och andra inremarknadsregler om detta är nödvändigt för att kunna tillhandahålla allmännyttiga tjänster. Medlemsstaterna kan sålunda sägas utnyttja en undantagsmöjlighet enligt EG-rätten, eftersom konsekvensen blir att t.ex. EG:s konkurrens- och statsstödsregler inte tillämpas. I målet *Altmark*[11] var frågan om bussbolaget Altmark Trans kunde erhålla ett offentligt bidrag för att bedriva linjetrafik i den tyska regionen Landkreis Stendal utan att detta betraktades som offentligt stöd i EG-rättslig mening. Domstolen påpekade att det krävdes att företaget i fråga gynnades ekonomiskt och fick en mer fördelaktig konkurrensställning än konkurrerande företag för att ersättningen skulle betraktas som offentligt stöd. Det var inte uteslutet att den aktuella linjetrafiken var så pass olönsam att den inte kunde bedrivas under normala konkurrensvillkor och att ett offentligt bidrag därmed skulle vara berättigat. EG-domstolen ställde dock upp ett antal villkor för att kontrollera att så verkligen var fallet. *För det första* skulle företaget i fråga ha ålagts en skyldighet att tillhandahålla allmännyttiga tjänster, och denna skyldighet skulle vara klart definierad. *För det andra* skulle de kriterier på grundval av vilka ersättningen beräknades vara fastställda i förväg på ett objektivt och öppet sätt. *För det tredje* fick ersättningen inte överstiga vad som krävdes för att täcka hela eller delar av de kostnader som hade uppkommit i samband med skyldigheten att tillhandahålla allmännyttiga tjänster, med hänsyn tagen till de intäkter som därvid hade erhållits och till en rimlig vinst på grundval av fullgörandet av denna skyldighet. *För det fjärde* skulle, i frånvaro av ett offentligt upphandlingsförfarande, storleken av den nödvändiga ersättningen fastställas på grundval av en undersökning av de kostnader som ett genomsnittligt och välskött företag normalt skulle ha haft med tillägg för en rimlig vinst.

Att medlemsstaterna kan kompensera företag för att de tillhandahåller tjänster av allmänt ekonomiskt intresse utan att ersättningen kvalificeras som statligt stöd har stor betydelse. Detta medför att medlemsstaterna inte är anmälningsskyldiga enligt statsstödsreglerna. I *Altmark* ställer dock EG-

11. Dom av den 24 juli 2003 i mål C-280/00, Altmark, REG 2003, s. I-7747, p. 88 ff.

domstolen upp villkor för att säkerställa att medlemsstaterna inte missbrukar det handlingsutrymme som de har tilldelats enligt artikel 86.2 EG. Flera av dessa villkor är i själva verket uttryck för allmänna rättsprinciper. I synnerhet framträder kravet på transparens och förutsebarhet, dvs. det företag som erhåller ersättning skall ha ålagts en skyldighet att tillhandahålla allmännyttiga tjänster som är väl definierade och ersättningskriterierna skall vara fastställda i förväg på ett objektivt och öppet sätt. Detta innebär att konkurrerande företag får insyn i verksamheten och gör att utomstående tillsynsmyndigheter, bl.a. kommissionen, kan kontrollera att det inte rör sig om olagligt statsstöd.

Lavalmålet,[12] som är av central betydelse för de svenska arbetsmarknadsmodellen och i synnerhet kollektivavtalsmodellen, är också av intresse i sammanhanget. Målet rörde en tvist mellan det lettiska bolaget Laval och svenska byggnadsarbetarförbundet om byggandet av en skola i Vaxholm. Laval vägrade ansluta sig till gällande kollektivavtal och inleda sammanhängande löneförhandlingar och utsattes därför för blockad och sympatiåtgärder från svenska fackliga organisationer. Laval klagade hos Arbetsdomstolen som begärde ett förhandsavgörande från EG-domstolen. Frågan till EG-domstolen rörde huruvida fackliga stridsåtgärder, som vidtas för att förmå ett utländskt företag som utstationerar arbetstagare i Sverige att tillämpa ett svenskt kollektivavtal, är förenliga med EG-rätten. Av EG-domstolens dom följer att inte heller arbetsmarknadens parter kan ignorera de EG-rättsliga kraven på transparens och förutsebarhet, om deras avtal påverkar den fria rörligheten på EU:s inre marknad. EG-domstolen accepterade inte att den i och för sig lagliga möjligheten att fastställa en minimilön på den nationella arbetsmarknaden i syfte att säkerställa rättvisa konkurrensvillkor kunde ersättas av en rätt för arbetstagarorganisationerna att under hot om stridsåtgärder kräva att utländska arbetsgivare löneförhandlar med den svenska arbetstagarorganisationen. EG-domstolen underströk att gemenskapsrätten inte förbjuder medlemsstaterna att med lämpliga medel säkerställa att deras bestämmelser om minimilön iakttas av utländska arbetsgivare som tillfälligt utstationerar arbetstagare i värdmedlemsstaten. Fackliga stridsåtgärder kan emellertid inte anses vara motiverade med hänsyn till skyddet av arbetstagare när stridsåtgärderna syftar till att förmå ett företag som är etablerat i en annan medlemsstat att genomföra löneförhandlingar i ett nationellt sammanhang som kännetecknas av att det *inte finns några bestämmelser, av något slag, som är tillräckligt preciserade och tillgängliga, så att*

12. Dom av den 18 december 2007 i mål C-341/05, Laval, ej ännu publicerad i rättsfallssamlingen.

det inte för ett sådant företag i praktiken blir omöjligt eller orimligt svårt att få kännedom om de skyldigheter i fråga om minimilön som åligger företaget.[13]

De ifrågavarande stridsåtgärderna kunde på grund av denna brist på transparens och förutsebarhet inte rättfärdigas i förhållande till artikel 49 EG om fri rörlighet för tjänster.

4.2.4 *Kravet på rättssäkerhet*

Principen om rättssäkerhet (eng. legal certainty, fr. sécurité juridique) har en framträdande plats i EG-domstolens rättspraxis. Ur denna har i sin tur härletts *principen om skydd för förvärvade rättigheter och berättigade förväntningar* samt det *principiella förbudet mot retroaktiv lagstiftning och tillämpning.*[14] Till rättssäkerhetsprincipen hör också principen om *non bis in idem*, dvs. att man inte skall kunna straffas för samma gärning två gånger. Ett viktigt inslag i principen är det allmänna kravet på förutsebarhet som i vissa situationer nära anknyter till de nyss berörda kraven på transparens och insyn. Man kan säga att EG-domstolen har härlett i princip samma krav på insyn och förutsebarhet från principen om likabehandling och principen om rättssäkerhet. Ett belysande exempel är målet *Association Eglise de Scientologie de Paris.*[15] I detta mål konstaterade EG-domstolen att franska bestämmelser om förhandstillstånd för utländska direktinvesteringar stred mot principen om fri rörlighet för kapital. Skälet var att bestämmelserna hade givits en alltför svepande utformning. Det angavs inte på något sätt under vilka omständigheter ett förhandstillstånd var nödvändigt. Enligt EG-domstolen innebar en sådan oklarhet att enskilda inte hade möjlighet att få kännedom om omfattningen av de rättigheter och skyldigheter som de hade enligt EG-fördraget, vilket stred mot rättssäkerhetsprincipen.

Ett liknande resonemang återfinns i ett mål mellan kommissionen och Frankrike,[16] ett av de s.k. golden share-målen. Detta mål gällde en regel genom vilken en särskild aktie hade inrättats i det franska oljebolaget Elf till förmån för franska staten. Enligt denna regel krävdes godkännande av staten vid köp av andelar i bolaget som överskred en viss storlek. Staten hade också rätt att underkänna överlåtelse eller pantsättning av aktiekapital. Domstolen påpekade att den franska lagstiftningen inte angav under vilka specifika och

13. Se punkterna 109–110 i domen.

14. Ang. skyddet mot retroaktiv lagstiftning som allmän rättsprincip, se Bernitz, *Sverige och Europarätten*, a.a., s. 162 ff. Ang. rättssäkerhetsprincipen i allmänhet, se Raitio, J., *The Principle of Legal Certainty as a General Principle of EU Law*, a.a., s. 47.

15. Dom av den 14 mars 2000 i mål C-54/99, Association Eglise de Scientologie de Paris, REG 2000, s. I-1335.

16. Dom av den 4 juni 2002 i mål C-483/99, kommissionen mot Frankrike, REG 2002, s. I-4781.

objektiva omständigheter som tillstånd gavs eller nekades. Domstolen menade att detta stred mot rättssäkerhetsprincipen, eftersom de franska bestämmelserna *innebar ett osäkerhetsmoment och inte angav några gränser för statens utrymme för skönsmässiga bedömningar.*

Rättssäkerhetsprincipen var också aktuell i det ovannämnda målet *Altmark*,[17] vari klargjordes i vilka fall ersättning för allmännyttiga tjänster inte var att betrakta som statligt stöd. EG-domstolen prövade i detta mål också på vilka villkor en medlemsstat kunde göra gällande en undantagsmöjlighet enligt artikel 1.1 andra stycket i förordning nr 1191/69 om medlemsstaternas åtgärder i fråga om allmän trafikplikt på järnväg, väg och inre vattenvägar.[18] Enligt denna bestämmelse fick medlemsstaterna från förordningens tillämpningsområde undanta företag vilkas verksamhet var begränsad uteslutande till stads-, förorts- eller regionaltrafik. EG-domstolen påpekade att användningen av denna möjlighet till undantag skulle vara klart avgränsad genom den nationella lagstiftningen, på så sätt att det var möjligt att fastställa när nämnda undantag var tillämpligt. Domstolen framhöll att i enlighet med fast rättspraxis är det särskilt viktigt, för att kraven på rättssäkerhet skall anses vara uppfyllda, att rättsläget är klart och exakt för enskilda, så att de kan få full kännedom om sina rättigheter och i förekommande fall åberopa dessa vid de nationella domstolarna.[19] EG-domstolen var tveksam till huruvida kraven på rättssäkerhet var uppfyllda i den tyska lagstiftningen, men överlät åt den nationella domstolen att avgöra detta.

4.2.5 *Motivering och rättsmedel – kravet på tillsyn och kontroll*

Som framgått kompletterar kraven på motivering och rättsmedel kravet på transparens eller insyn. Härigenom kan fall av särbehandling avslöjas och granskas av domstolar och tillsynsmyndigheter. Kraven på motivering och rättsmedel betraktas emellertid också som fristående individuella rättigheter. De skall inte uppfattas som processuella formaliteter som enbart skall upp-

17. Dom av den 24 juli 2003 i mål C-280/00, Altmark, REG 2003, s. I-7747, punkt 57 ff.

18. Se rådets förordning (EEG) nr 1191/69 av den 26 juni 1969 om medlemsstaternas åtgärder i fråga om allmän trafikplikt på järnväg, väg och inre vattenvägar (EGT L 156, s. 1, svensk specialutgåva, område 7, volym 1, s. 64), i dess lydelse enligt rådets förordning (EEG) nr 1893/91 av den 20 juni 1991 (EGT L 169, s. 1, svensk specialutgåva, område 7, volym 4, s. 17).

19. Se dom av den 23 maj 1985 i mål 29/84, kommissionen mot Tyskland, REG 1985, s. 1661, punkt 23, svensk specialutgåva, volym 8, s. 221, av den 9 april 1987 i mål 363/85, kommissionen mot Italien, REG 1987, s. 1733, punkt 7, av den 30 maj 1991 i mål C-59/89, kommissionen mot Tyskland, REG 1991, s. I-2607, punkt 18, och av den 19 september 1996 i mål C-236/95, kommissionen mot Grekland, REG 1996, s. I-4459, punkt 13.

fyllas när de återges i uttryckliga bestämmelser, utan utgör viktiga rättsgrundsatser som skall skydda enskilda individer eller företag.[20]

Av målet *kommissionen mot Tyskland* framgår sålunda att det måste finnas möjlighet för en näringsidkare att få ett oberättigat avslag på en tillståndsansökan prövat i domstol.[21] I målet *GB-Inno* förklarade EG-domstolen vidare att då det inte finns någon möjlighet att väcka talan kan tillståndsmyndigheten inta en godtycklig eller systematisk ogynnsam hållning till importerade produkter.[22]

Det skall understrykas att kravet på effektiva rättsmedel nära sammanhänger med *motiveringsskyldigheten*. Om motiveringen inte kan prövas rättsligt av en oberoende instans är rättsskyddet bristfälligt. Den som en rättsakt riktar sig till måste kunna identifiera de sakomständigheter och motiv som rättsakten grundar sig på i tillräcklig utsträckning för att kunna tillvarata sina rättigheter och domstolarna måste kunna utöva sin rättsliga kontroll över att rättsakten i fråga är antagen på legitima grunder.[23]

Ett belysande exempel är målet *Heylens*.[24] Detta rörde en belgisk fotbollstränare som inte fick träna ett fransk lag. Han innehade ett belgiskt examensbevis som fotbollstränare, men detta erkändes inte i Frankrike. Han fick avslag av behörigt ministerium, men gavs ingen motivering och ingen möjlighet att överklaga. EG-domstolen framhöll att eftersom fritt tillträde till anställning är en grundläggande rättighet som enligt fördraget tillkommer varje enskild arbetstagare inom gemenskapen är det viktigt att det finns rättsmedel mot varje beslut av en nationell myndighet som innebär att denna rättighet inte beviljas, så att den enskildes rättigheter kan ges ett effektivt skydd. Detta krav utgör en allmän gemenskapsrättslig princip som härrör från de konstitutionella traditioner som är gemensamma för medlemsstaterna och som fastställs i artiklarna 6 och 13 i Europakonventionen. Domstolen påpekade vidare att en effektiv domstolskontroll, som måste kunna omfatta lagligheten av skälen för det överklagade beslutet, generellt förutsätter att den behöriga myndigheten redovisar sina skäl till beslutet. Om det emellertid, som i det förevarande målet, särskilt handlar om att säkerställa ett

20. Se Meyrowitsch, A., Allroth, E. och Hettne, J., *EU och svenska monopol – teori, verklighet och framtid*, a.a., s. 77.

21. Dom av den 12 mars 1987 i mål 178/84, kommissionen mot Tyskland, REG 1987, s. 1227, punkt 46.

22. Dom av den 13 december 1991 i mål C-18/88, GB-Inno, REG 1991, s. 5941, svensk specialutgåva, volym 11, s. 519, punkt 34 och 35.

23. Se t.ex. dom av den 14 februari 1990 i mål C-350/88, Société française des Biscuits Delacre mot kommissionen, REG 1990, s. I-395, punkt 15 och dom av den 11 december 2003 i mål C-127/00, Hässle, REG 2003, s. I-14781, punkt 43.

24. Dom av den 15 oktober 1987 i mål 222/86, Heylens, REG 1987, s. 4097, svensk specialutgåva, volym 9, s. 223.

effektivt skydd av en grundläggande rättighet som tillkommer gemenskapens arbetstagare genom fördraget, krävs det dessutom att arbetstagarna kan försvara denna rättighet under bästa möjliga villkor och att de har möjlighet att, med kännedom om alla omständigheter, besluta om det finns någon anledning att överklaga till domstolen. Av detta följer att den behöriga nationella myndigheten i ett sådant fall är skyldig att underrätta dem om skälen till avslagsbeslutet, antingen i själva beslutet eller i ett senare meddelande på deras begäran.

Kravet på motivering och rättsmedel uttrycktes i likartade termer i målet *Vlassopoulu* som gällde en grekisk advokat som önskade få sin titel och sina kvalifikationer erkända i Tyskland. Irène Vlassopoulou förvägrades inträde i det tyska advokatsamfundet, och överklagade beslutet med motiveringen att det stred mot etableringsfriheten. EG-domstolen påpekade att en noggrann prövning måste göras om personen i fråga har erforderliga kunskaper och kvalifikationer. Denna prövning måste vara förenlig med gemenskapsrättens krav på ett effektivt skydd för de grundläggande rättigheter som medborgare i gemenskapen har till följd av fördraget. Härav följer att varje beslut måste kunna bli föremål för en rättslig prövning som gör det möjligt att kontrollera dess laglighet i förhållande till gemenskapsrätten och gör det möjligt för den berörde att se vilka skäl som ligger till grund för det beslut som rör honom.[25]

Det är slutligen viktigt att påpeka att inte vilken som helst *rättskontroll* räcker för att uppfylla de EG-rättsliga kraven. Rättskontrollen måste vara effektiv, tillräckligt grundlig och ske inom en rimlig tidsfrist. I målet *Wilson*[26] klagade en engelsk barrister på ett avslag om att bli upptagen som advokat i det luxemburgska advokatsamfundet. Det föreskrivs i artikel 9 i det s.k. advokatdirektivet (direktiv 98/5/EG)[27] att om behörig myndighet i värdlandet avslår en ansökan om registrering som advokat under hemlandets yrkestitel skall beslutet kunna bli till föremål för *domstolsprövning* enligt bestämmelser i nationell rätt. EG-domstolen preciserade vad som krävs av den nationella rätten i detta hänseende och hänvisade i princip till den definition av "domstol" som den har utvecklat inom ramen för förhandsavgöranden enligt artikel 234 EG. EG-domstolen påpekade att med *domstol* avses ett organ som skall vara upprättat enligt lag, ha stadigvarande karaktär och vars jurisdiktion skall vara av tvingande art. Vidare skall förfarandet vara kontra-

25. Dom av den 7 maj 1991 i mål C-340/89, Vlassopoulou, REG 1991, s. I-2357, svensk specialutgåva, volym 11, s. I-189, punkt 22.

26. Dom av den 19 september 2006 i mål C-506/04, Wilson, REG 2006, s. I-8613.

27. Europaparlamentets och Rådets direktiv 98/5/EG av den 16 februari 1998 om underlättande av stadigvarande utövande av advokatyrket i en annan medlemsstat än den i vilken auktorisationen erhölls, EGT L 77, s. 36.

diktoriskt och rättsregler tillämpas.[28] En domstol skall ha en *oberoende ställning*, vilket framför allt innebär att den skall vara fristående i förhållande till den myndighet som fattat det omtvistade beslutet.[29] Domstolsbegreppet förutsätter också att det är fråga om ett organ, vilket är skyddat mot ingripanden eller yttre påtryckningar som kan äventyra dess medlemmars oberoende bedömning av de tvister som det skall lösa.[30] Vidare förutsätts vissa skyddsregler för att skydda integriteten hos dem som har till uppgift att döma, såsom att de är oavsättliga.[31] Slutligen förutsätts att *objektivitet* iakttas och att lösningen på tvisten endast följer av en strikt tillämpning av rättsregler. EG-domstolen framhöll att dessa skyddsregler för oberoende ställning och opartiskhet förutsätter att det finns regler, särskilt vad gäller organets sammansättning, utnämningar, tjänsternas varaktighet och grunderna för medlemmarnas röstnedläggelse, jäv och återkallande av röst, som utesluter allt rimligt tvivel som de enskilda skulle kunna hysa beträffande organets pålitlighet i förhållande till yttre omständigheter och organets neutralitet i förhållande till de intressen som konfronteras.[32]

Dessa krav uppfyllde inte de luxemburgska prövningsorganen, eftersom de var sammansatta av inhemska advokater som var konkurrenter till de utländska advokater som ansökte om att bli upptagna i samfundet. Prövningsorganen uppfyllde därmed inte kraven på opartiskhet. Ett avslagsbeslut kunde dock även överklagas till nationell domstol. EG-domstolen framhöll dock att även om artikel 9 i direktiv 98/5 inte hindrar att rättsprövningen i ett första skede anförtros ett organ som inte är att betrakta som en domstol, föreskrivs inte heller att den berörde endast skall ha tillgång till domstols-

28. Se, för ett liknande resonemang, bl.a. dom av den 30 juni 1966 i mål 61/65, Vaassen-Göbbels, REG 1966, s. 377, s. 395, svensk specialutgåva, volym 1, s. 263, och av den 17 september 1997 i mål C-54/96, Dorsch Consult, REG 1997, s. I-4961, punkt 23 samt beträffande dess oberoende ställning och opartiskhet se, för ett liknande resonemang, bl.a. dom av den 11 juni 1987 i mål 14/86, Pretore di Salò mot X, REG 1987, s. 2545, punkt 7, svensk specialutgåva, volym 9, s. 111, av den 21 april 1988 i mål 338/85, Pardini, REG 1988, s. 2041, punkt 9, och av den 29 november 2001 i mål C-17/00, De Coster, REG 2001, s. I-9445, punkt 17.

29. Se, för ett liknande resonemang, bl.a. dom av den 30 mars 1993 i mål C-24/92, Corbiau, REG 1993, s. I-1277, punkt 15, svensk specialutgåva, volym 14, s. 105, och av den 30 maj 2002 i mål C-516/99, Schmid, REG 2002, s. I-4573, punkt 36.

30. Se, för ett liknande resonemang, dom av den 4 februari 1999 i mål C-103/97, Köllensperger och Atzwanger, REG 1999, s. I-551, punkt 21, och av den 6 juli 2000 i mål C-407/98, Abrahamsson och Anderson, REG 2000, s. I-5539, punkt 36; se även, för samma resonemang, Europadomstolens dom av den 28 juni 1984 i målet Campbell och Fell mot Förenade kungariket, serie A nr 80, 78 §.

31. Se, för ett liknande resonemang, dom av den 22 oktober 1998 i de förenade målen C-9/97 och C-118/97, Jokela och Pitkäranta, REG 1998, s. I-6267, punkt 20.

32. Se, i detta avseende, domarna av den 17 september 1997 i målen C-54/96, Dorsch Consult, REG 1997, s. I-4961, punkt 36, av den 4 februari 1999 i mål C-103/97, Köllensperger och Atzwanger, REG 1999, s. I-551, punkterna 20–23, och av den 29 november 2001 i mål C-17/00, De Coster, REG 2001, s. I-9445, punkterna 18–21; se även, för ett liknande resonemang, Europadomstolens dom av den 26 oktober 1984 i mål De Cubber mot Belgien, serie A nr 86, 24 §.

prövning först efter det att alla andra möjligheter till prövning är uttömda. EG-domstolen underströk att tillgång till prövning i domstol skulle ske i den mening som avses i gemenskapsrätten, vilket innebar att domstolen skulle ha *befogenhet att döma såväl i sak- som rättsfrågor*, och att prövningen skulle *vara effektiv och ske inom en rimlig tidsfrist*.[33]

EG-domstolen konstaterade sedan att oavsett om den omständigheten att saken först måste prövas av organ som inte är domstolar är förenlig med kravet på prövning inom rimlig tid, var den ifrågavarande domstolens, Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg, behörighet begränsad till rättsfrågor, varför den inte hade *full prövningsrätt*.[34] EG-domstolens slutsats blev därför att det luxemburgska prövningsförfarandet inte uppfyllde de krav på rättsprövning som följer av EG-rätten.

Det finns anledning att anta att dessa krav gäller allmänt när rättslig prövning erfordras enligt gemenskapsrätten och att de alltså inte begränsar sig till advokatdirektivet. Kravet på domstolskontrollens innehåll eller kvalitet är sålunda ett ytterligare krav som skall iakttas när inremarknadsreglerna är tillämpliga i medlemsländerna.

4.2.6 *Proportionalitet – kravet på rimlighet*

Proportionalitetsprincipen har flera funktioner i EG-rätten. Den är en betydelsefull institutionell rättsprincip enligt artikel 5 EG och rör då institutionernas maktutövning i förhållande till medlemsstaterna. I sin mer klassiska form – att offentliga ingrepp inte får gå längre än vad som verkligen behövs – är den dock snarare att betrakta som en individuell rättsprincip som innebär att en intresseavvägning skall göras till skydd för enskilda individer. Detsamma gäller när proportionalitetsprincipen är vägledande vid en avvägning mellan intresset av fri rörlighet och andra nationella skyddsvärda hänsyn. Den skyddar då enskilda näringsidkare mot onödigt långtgående ingrepp från det allmännas sida. Proportionalitetsprincipen har i denna egenskap haft stor betydelse i EG-rätten och har bl.a. använts av EG-domstolen för att säkerställa att legitima handelshinder, dvs. handelshinder som grundar sig på tvingande samhällshänsyn, inte innebär onödigt långtgående störningar på handeln inom EU. Exempel på tillämpning av proportionalitetsprincipen är enkelt att finna i EG-domstolens rättspraxis. Ett exempel är

33. Se analogt dom av den 15 oktober 2002 i de förenade målen C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P–C-252/99 P och C-254/99 P, Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mot kommissionen, REG 2002, s. I-8375, punkterna 180–205 och 223–234.

34. Se, för ett liknande resonemang, Europadomstolens dom av den 9 juni 1998 i mål Incal mot Turkiet, Recueil des arrêts et décisions, 1998-IV, s. 1547, 72 §.

målet *Läärä* där EG-domstolen framhöll att nationella bestämmelser avseende lotterier som begränsar den fria rörligheten för tjänster endast kan godtas om de är berättigade på grund av tvingande skäl med hänsyn till allmänintresset, och *bidrar till förverkligandet av det avsedda syftet samt inte går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå detta syfte.*[35] Ett annat exempel är det ovan berörda målet mellan *kommissionen och Frankrike*[36] rörande s.k. golden share aktier (franska statens aktie i oljeblaget Elf). I detta mål angav EG-domstolen att även begränsningar som grundas på legitima hänsyn måste – förutom att grunda sig på objektiva kriterier som är kända i förväg av de berörda företagen, vilket berördes ovan – vara *förenliga med proportionalitetsprincipen.* I samma dom angav EG-domstolen att företagen vid behov skall ha möjlighet att få åtgärderna överprövade i domstol. Proportionalitsprincipen utgör sålunda i regel ett uttryckligt krav som måste vara uppfyllt *utöver* de strukturella garantierna för likabehandling som har behandlats ovan. Proportionalitetsprincipen innebär ett rimlighetstest i syfte att förhindra att i sig lovvärda skyddsintressen leder till onödigt långtgående handelshinder.

Proportionalitetsprincipen har i praktiken blivit den viktigaste spärren mot handelshinder på EU:s inre marknad. Eftersom det numera är ovanligt att medlemsstaterna upprätthåller nationella handelshindrande regleringar om dessa inte grundas på något erkänt samhällsintresse som kan väga tyngre än frihandel blir knäckfrågan allt oftare om den nationella lagstiftningen är nödvändig och står i proportion till sitt syfte. Detta visar inte minst *Rosengrendomen*[37] som rörde de svenska bestämmelserna om privat införsel av alkohol med hjälp av en oberoende transportör (annan än Systembolaget). I domen konstaterade EG-domstolen både att det svenska förbudet mot privatimport var socialpolitiskt motiverat och inte ledde till diskriminering eller indirekt skydd av inhemska produkter. De svenska reglerna var således enligt EG-domstolen förenliga med likabehandlingsprincipen och någon kritik mot Systembolagets hantering av det administrativa systemet, de strukturella garantierna för likabehandling, framfördes inte. Genom sin proportionalitetsprövning gick emellertid EG-domstolen längre och granskade om den svenska politiken var effektiv och verkningsfull i förhållande till sitt ursprungliga syfte. Det var i detta avseende EG-domstolen menade att det svenska systemet inte kunde rättfärdigas (domen refereras och kommenteras i avsnitt 5.7).

35. Dom av den 21 september 1999 i mål C-124/97, Läärä m.fl., REG 1999, s. I-6067, punkt 31.
36. Dom av den 4 juni 2002 i mål C-483/99, kommissionen mot Frankrike, REG 2002, s. I-4781.
37. Dom av den 5 juni 2007 i mål C-170/04, Rosengren, REG 2007, s. I-4071.

Tillämpningen av proportionalitetsprincipen kan också leda till en *de facto*-decentralisering av EG-rättens tillämpning. Under senare tid har EG-domstolen allt oftare valt att överlämna proportionalitetsbedömningen till den nationella domstol som begärt förhandsavgörandet. En förklaring till detta kan vara att EG-domstolen anser att den nationella domstolen är bättre lämpad att undersöka de faktiska och rättsliga omständigheter som föreligger i det enskilda fallet, vilket fordras för en proportionalitetsbedömning. Proportionalitetsprincipen har mot denna bakgrund tillämpats av bl.a. svenska domstolar i några fall.[38] Ett problem med att överlämna proportionalitetsbedömningen till nationella domstolar är dock att risken ökar för att liknande åtgärder bedöms olika i medlemsstaterna, vilket leder till att EG-rätten tillämpas mindre enhetligt.[39]

Ett fall av stort intresse i detta avseende är det s.k. *Viking Line-målet*,[40] som rörde fackliga stridsåtgärder och hot om sådana för att avskräcka Viking Line att flagga ut ett fartyg under estnisk flagg i stället för finsk flagg. I detta mål anvisas hur proportionalitetsprincipen skall användas vid en avvägning mellan intresset av att kunna vida fackliga stridsåtgärder och intresset av fri etableringsrätt. EG-domstolen uttalade sig om grundläggande rättigheters ställning i EG-rätten och proportionalitetsprincipens centrala betydelse i detta sammanhang. Domstolen påpekade att rätten att vidta fackliga stridsåtgärder, inklusive strejk, erkänns såväl i olika internationella rättsakter till vilka medlemsstaterna har medverkat eller till vilka de har anslutit sig,[41] som i rättsakter som utarbetats av nämnda medlemsstater på gemenskapsnivå eller inom ramen för EU.[42] Även om rätten att vidta fackliga stridsåtgärder således skall erkännas som en grundläggande rättighet som utgör en integrerad del av de allmänna principerna för gemenskapsrätten kan det för utövandet av denna rättighet inte desto mindre gälla vissa begränsningar. Såsom bekräftas i artikel 28 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande

38. Se Bernitz, U., *Sverige och Europarätten*, a.a., s. 41–42, och Hettne, J. och Otken Eriksson, I. (red.), *EU-rättslig metod – Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, a.a., s. 158.

39. Hettne, J. och Otken Eriksson, I. (red.), *EU-rättslig metod – Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, a.a., s. 54.

40. Dom av den 11 december 2007 i mål C-438/05, Viking Line, ej ännu publicerad i rättsfallssamlingen.

41. Se t.ex. den europeiska sociala stadgan som undertecknades i Turin den 18 oktober 1961, vilken för övrigt uttryckligen nämns i artikel 136 EG, och Internationella arbetsorganisationens konvention nr 87 av den 9 juli 1948 angående föreningsfrihet och skydd för organisationsrätten.

42. Se t.ex. gemenskapsstadgan om arbetstagares grundläggande sociala rättigheter som antogs vid Europeiska rådets möte i Strasbourg den 9 december 1989, vilken nämns i artikel 136 EG, och Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, proklamerad i Nice den 7 december 2000 (EGT C 364, s. 1).

rättigheterna är nämnda rättigheter nämligen skyddade enligt gemenskapsrätten samt enligt nationell lagstiftning och praxis.

Skyddet för de grundläggande rättigheterna utgör alltså ett legitimt intresse som i princip motiverar inskränkningar i de skyldigheter som följer av gemenskapsrätten. Detta gäller även för skyldigheter som följer av en i fördraget garanterad rättighet, såsom den fria rörligheten för varor[43] eller friheten att tillhandahålla tjänster.[44] Utövandet av de grundläggande rättigheterna måste emellertid utövas i samklang med de krav som följer av de i fördraget skyddade rättigheterna och *i överensstämmelse med proportionalitetsprincipen.*[45]

När det gällde proportionalitetsprövningen erinrade domstolen om att det visserligen ankom på den nationella domstolen, som är ensam behörig att bedöma de faktiska omständigheterna och tolka den nationella lagstiftningen, att avgöra huruvida och i vilken utsträckning nämnda fackliga stridsåtgärder överensstämde med proportionalitetsprincipen. EG-domstolen, som har till uppgift att lämna användbara svar till den nationella domstolen, är emellertid behörig att, mot bakgrund av handlingarna i det nationella målet och de skriftliga och muntliga yttranden som avgetts till den, lämna upplysningar av sådant slag att den nationella domstolen kan avgöra den faktiska tvist som är anhängiggjord vid domstolen. Mot denna bakgrund framhöll EG-domstolen bl.a. att när det gäller frågan huruvida de aktuella fackliga stridsåtgärderna gick utöver vad som var nödvändigt för att uppnå det eftersträvade målet, ankom det på den nationella domstolen att undersöka huruvida den fackliga föreningen, i enlighet med den nationella lagstiftning och de kollektivavtalsbestämmelser som var tillämpliga, inte förfogade över andra medel som innebar en mindre ingripande inskränkning i etableringsfriheten för att nå det avsedda resultatet i den kollektiva förhandling som hade inletts samt huruvida denna fackförening hade uttömt dessa medel innan den vidtog dylika stridsåtgärder. I det ovannämnda *Rosengrenmålet* överlämnades dock inte proportionalitetsprövningen till den nationella domstolen, utan avgjordes fullt ut av EG-domstolen (se avsnitt 5.7 nedan).

43. Se dom av den 12 juni 2003 i mål C-112/00, Schmidberger, REG 2003, s. I-5659, punkt 74.
44. Se dom av den 14 oktober 2004 i mål C-36/02, Omega, REG 2004, s. I-9609, punkt 35.
45. Se, för ett liknande resonemang, domarna i de ovannämnda målen Schmidberger, punkt 77, och Omega, punkt 36.

4.2.7 *Kraven sammanfattas – en förvaltningslag växer fram?*

I flera domar har EG-domstolen presenterat ovan nämnda krav som en samling processuella och administrativa garantier som måste vara uppfyllda för att en handelshindrande ordning, i regel ett tillståndssystem, skall kunna rättfärdigas. Belysande är t.ex. ett mål mellan *kommissionen och Belgien*[46] (ytterligare ett s.k. golden share-mål), där EG-domstolen accepterade en belgisk ordning varigenom en särskild aktie hade inrättats i ett bolag till förmån för den belgiska staten. Staten hade härigenom en rätt att motsätta sig alla överlåtelser, pantsättningar och förändringar av användningen av vissa strategiska tillgångar och likaså vissa beslut avseende förvaltning. Det syfte som rättfärdigade den belgiska ordningen var att upprätthålla en minimiförsörjning av gas i händelse av allvarligt och verkligt hot. Domstolen ansåg att denna ordning – till skillnad från den franska ordningen med särskilda aktier som berördes ovan – var förenlig med EG-fördraget på grund av att:

- Det inte fanns något krav på förhandstillstånd (efterkontroll är alltid att föredra från frihandelssynpunkt och är därför ett mindre ingripande alternativ i ett proportionalitetsperspektiv).
- Kontrollförfarandet skulle ske inom viss tid.
- Alla beslut skulle motiveras.
- Det fanns möjlighet till effektiv rättslig kontroll.

Ett ytterligare exempel är ett mål mellan *kommissionen och Frankrike*.[47] Målet rörde ett förbud i Frankrike för livsmedelstillsatser i s.k. *specialdestinerade livsmedel*, dvs. livsmedel som har ett annat syfte än att fungera som föda, t.ex. energidrycker som *Red Bull*. Kommissionen ansåg att Frankrike hade gjort sig skyldig till fördragsbrott, eftersom det krävdes förhandstillstånd för att importera specialdestinerade livsmedel från andra medlemsländer. Förfarande var vidare alltför byråkratiskt och tidskrävande. Dessutom förelåg enligt domstolen ingen verklig risk för folkhälsan såvitt avsåg flertalet produkter.

Domstolen anförde att den franska lagstiftningen skulle uppfylla följande krav:

- Det skall föreligga en verklig risk för folkhälsan (proportionalitet).

46. Dom av den 4 juni 2002 i mål C-503/99, kommissionen mot Belgien, REG 2002, s. I-4809.
47. Dom av den 5 februari 2004 i mål C-24/00, kommissionen mot Frankrike, REG 2004, s. I-1277.

- Det skall finnas uttryckliga föreskrifter om ett förfarande som möjliggör för de ekonomiska aktörerna att få sina produkter sålda i medlemsstaten (förutsebarhet).
- Förfarande skall vara lättillgängligt och skall kunna avslutas inom rimlig tid (god förvaltning).
- Det skall vara möjligt att väcka talan mot avslagsbeslut (rätt till effektivt rättsmedel).

Den franska lagstiftningen uppfyllde inte dessa krav.

Mest belysande är dock sannolikt rättsutvecklingen när det gäller sjukvårdstjänster, som berörs mer ingående i det följande.

4.2.8 *Rättsutvecklingen beträffande sjukvårdstjänster*

Att det skulle vara möjligt att erhålla sjukvårdstjänster i ett annat medlemsland och därvid utnyttja sin sjukförsäkring i hemlandet slogs fast redan i förordning 1408/71 om social trygghet.[48] Förordningen innebär ingen harmonisering av nationella försäkringssystem utan bygger på vissa grundläggande principer såsom likabehandlingsprincipen, sammanläggningsprincipen och exportabilitetsprincipen.

Förordning 1408/71 omfattar företeelser som kallas sociala risker, t.ex. sjukdom, invaliditet, ålderdom, dödsfall etc. (se art. 4.1 i förordningen). Det är dessa uppräknade risker eller sakområden som kan bli föremål för samordning av förmåner från olika medlemsstater. Närmare regler gällande förmåner i samband med sjukdom återfinns i artikel 22 i avdelning 111, kapitel 1.

För att förordningen skall kunna bli tillämplig krävs ett gränsöverskridande moment. Utan ett sådant uppstår inte de situationer som förordningen är avsedd att reglera. Vad gäller vård utomlands uppstår emellertid det gränsöverskridande momentet när en person söker vård utomlands, dvs. då den berörde utnyttjar den fria rörligheten för tjänster.[49]

Artikel 22 reglerar frågan under vilka förutsättningar en medborgare får utnyttja vårdtjänster i annan medlemsstat. Tre fall är förutsedda. För det första (22.1.a) att vård blir nödvändig under en vistelse i en annan medlemsstat. Det andra fallet (22.1.b) rör personer som har rätt till vård på den behöriga institutionens (försäkringskassans) bekostnad, men som efter tillstånd vill

48. Rådets förordning (EEG) nr 1408/71 av den 14 juni 1971 om tillämpningen av systemen för social trygghet när anställda, egenföretagare eller deras familjer flyttar inom gemenskapen, EGT L 149, s. 2, svensk specialutgåva, område 5, volym 1, s. 57.

49. Se Edwardsson, E., *Fri rörlighet för välfärd? – Rättsutvecklingen gällande den fria rörligheten för sjukvårdstjänster*, Sieps 2007:5, s. 18.

återvända eller flytta till en annan medlemsstat. Det tredje fallet (22.1.c) är det som utgör grunden för fri rörlighet för patienter, nämligen att en person "efter tillstånd av den behöriga institutionen beger sig till en annan medlemsstats territorium för att där få den vård som hans hälsotillstånd kräver".

Det finns således i förordningen ett uttryckligt krav på *förhandstillstånd* när en försäkrad person vill få sin vård utomlands. EG-domstolen har uttalat att syftet med artikel 22.1.c är att ge den sjukförsäkrade rätt till vårdförmåner som tillhandahålls av en behörig institution på vistelseorten, i enlighet med bestämmelserna som gäller där.[50] Det är dock försäkringskassan i patientens hemland som står för kostnaden.

Artikel 22 andra stycket innehåller en viktig precisering vad gäller förhandstillstånden. Syftet med detta stycke är att ange två fall då den behöriga nationella institutionen inte kan vägra att bevilja en ansökan på grundval av artikel 22.1.c. Det första fallet är att vården är en förmån som utges enligt lagstiftningen i den medlemsstat inom vars territorium den sjukförsäkrade är bosatt. Det andra fallet är om patienten inte kan få vård inom den tid som med beaktande av patientens hälsotillstånd och sjukdomens sannolika förlopp är normal för den vård som patienten behöver.

Länge var den allmänna uppfattningen att sjukvårdstjänster inte omfattades av EG-fördragets bestämmelser om fri rörlighet för tjänster. Nationella krav på förhandstillstånd gjorde att få utnyttjade möjligheten att söka vård i annan medlemsstat. De restriktiva villkoren för förhandstillstånd ifrågasattes inte.

Det var därför en överraskning för många när EG-domstolen underkände kraven på förhandstillstånd i målen *Decker* och *Kohll*.[51] Domarna innebar också ett kraftfullt incitament för enskilda individer att utnyttja sjukvårdstjänster över gränserna. Att söka och erhålla sjukvård i en annan medlemsstat och begära ersättning i efterhand från det nationella socialförsäkringssystemet, utan att först begära tillstånd, är naturligtvis betydligt enklare och mer attraktivt för de potentiella patienterna. EG-domstolen grundade sina domar på att det finns en grundläggande rätt för EU-medborgarna att utnyttja tjänster i andra medlemsstater, däribland sjukvårdstjänster. Kravet på förhandstillstånd försvårar utövandet av sjukvårdstjänster och kommer därför i konflikt med artikel 49 EG om den fria rörligheten för tjänster. Ett krav på förhandstillstånd måste därför rättfärdigas med hänsyn till tvingande samhällsintressen och uppfylla kraven på likabehandling och proportionalitet.

50. Se bl.a. dom av den 12 juli 2001 i mål C-368/98, Vanbraekel m.fl., REG 2001, s. I-5363, punkt 32, och dom av den 16 maj 2006 i mål C-372/04, Watts, REG 2006, s. I-4325, punkt 48, 53.

51. Dom av den 28 april 1998 i mål C-120/95, Decker, REG 1998, s. I-1831 och dom av den 28 april 1998 i mål C-158/96, Kohll, REG 1998, s. I-1931.

EG-domstolen fann att krav på förhandstillstånd för vård utomlands överhuvudtaget inte kunde anses berättigat vid enklare vård, såsom tandreglering. EG-domstolen har dock inom ramen för sin proportionalitetsprövning slagit fast att det är skillnad på vård på sjukhus och vård utanför sjukhus. Det är bara vid vård på sjukhus som krav på förhandstillstånd kan vara berättigat. Skälet till detta är att vård på sjukhus enligt domstolen har vissa särdrag i jämförelse med vård som utförs på en läkarpraktik eller vid hembesök.[52] I fråga om sjukhusvård anses medlemsstaterna ha ett behov av att kunna kontrollera och planera antalet sjukhusanläggningar, var dessa geografiskt är placerade, hur de är inrättade, vilken utrustning de är försedda med samt karaktären av de vårdtjänster som erbjuds.

Domstolen anser att skälen till att sådan planering behövs är för att målet om en väl avvägd sjukhusvård av god kvalitet med stor och ständig tillgång skall kunna uppnås. Dessutom måste planering ske för att kostnaderna skall kunna kontrolleras och slöseri med ekonomiska, tekniska och mänskliga resurser undvikas. Detta är viktigt ifråga om sjukhusvård, eftersom kostnaderna är avsevärda och behoven ökande. För att tillgodose dessa mål är ett system med förhandstillstånd en åtgärd som EG-domstolen anser vara både nödvändig och oundgänglig.

Gemenskapsrätten ställer dock vissa krav på hur systemet med förhandstillstånd skall hanteras. Dessa krav ställs för att förhindra att nationella myndigheter godtyckligt avslår en ansökan.

Som villkor för att ett system med förhandstillstånd skall få tillämpas har domstolen angett att tillståndsgivningen måste grundas på *objektiva kriterier som inte är diskriminerande och som är kända på förhand.* På detta sätt begränsas myndigheternas utrymme för skönsmässig bedömning och förhindras att bedömningen blir godtycklig. Ett sådant system med prövningstillstånd måste vidare administreras enligt ett *förfarande som är lättillgängligt och ägnat att säkerställa att den berördes ansökan behandlas inom en rimlig frist och objektivt och opartiskt.* Slutligen skall eventuella avslag kunna *överprövas* genom talan vid domstol.[53]

EG-domstolen har även preciserat att ett avslag på en tillståndsansökan eller därmed sammanhängande utlåtanden måste innehålla uppgifter om de specifika bestämmelser som avslaget vilar på och att det måste vara *vederbörligen motiverat* med hänsyn till dessa bestämmelser. Likaså måste domstolar vid vilka talan mot sådana avslagsbeslut har väckts kunna anlita oberoende

52. Se Edwardsson, E., *Fri rörlighet för välfärd? – Rättsutvecklingen gällande den fria rörligheten för sjukvårdstjänster*, a.a., s. 38 ff.

53. Se t.ex. dom av den 13 maj 2003 i mål C-385/99, Müller-Fauré, REG 2003, s. I-4509, punkt 85.

sakkunniga som är garanterat objektiva och opartiska, om de anser att detta är nödvändigt för den kontroll som de är skyldiga att utöva.[54]

EG-domstolen har till och med krävt att nationella bestämmelser skall införas som klargör ersättningsvillkoren för de personer som väljer att söka sjukvård i andra medlemsstater. Den har fastställt att myndigheter som är ansvariga för ett nationellt hälso- och sjukvårdssystem måste införa mekanismer för finansieringen av sjukhusvård i en annan medlemsstat för patienter som av det nationella systemet inte inom en tid som är medicinskt godtagbar kan erbjudas den behandling som krävs.[55]

4.3 Konklusion

Det kan konstateras att EG-domstolen har använt allmänna rättsprinciper av förvaltningsrättslig natur för att begränsa medlemsstaternas utrymme för att uppställa handelshindrande åtgärder. Dessa principer, som har utvecklats i andra sammanhang, influerar EG-domstolens tolkning av de materiella reglerna om fri rörlighet i EG-fördraget. Man kan därför tala om *en förvaltningsrättslig dimension av fri rörlighet*. Syftet med denna rättsutveckling är ta bort onödiga handelshinder som uppstår till följd av nationella marknadsregleringar som tillgodoser berättigade skyddsintressen. Det är sålunda inte fråga om att helt undanröja nationella särordningar, utan att minska den skada de kan innebära för den inre marknaden. Det handlar om att begränsa medlemsstaternas skönsmässiga utrymme när det gäller att upprätthålla nationella undantag och tillämpa EG-rättsliga bestämmelser i nationella sammanhang.

EG-domstolen har knutit denna rättsutveckling till likabehandlingsprincipen. Ett problem vid tillämpningen av denna princip är ofta att identifiera och bevisa diskriminerande inslag i en viss nationell ordning. Detta gäller inte minst omfattande och komplexa marknadsregleringar, såsom nationella monopol eller tillståndssystem. De förvaltningsrättsliga kraven som EG-domstolen uppställer bidrar i hög grad till att likabehandlingsprincipen får ett effektivt genomslag. De kan därför betecknas som *strukturella garantier för likabehandling*. För att kunna pröva om t.ex. ett offentligt tillståndssystem har diskriminerande verkningar i praktiken måste förutsättningarna för att erhålla ett tillstånd vara klara. I kriterierna för att bevilja tillstånd kan diskri-

54. Se dom av den 23 oktober 2003 i mål C-56/01, Inizan, REG 2003, s. I-12403, punkt 49, och dom av den 16 maj 2006 i mål C-372/04, Watts, REG 2006, s. I-4325, punkt 117.

55. Se dom av den 16 maj 2006 i mål C-372/04, Watts, REG 2006, s. I-4325, punkt 122.

minerande inslag finnas. Tillståndsmyndigheten kan också ha ett alltför stort skönsmässigt utrymme, vilket gör att en *de facto*-diskriminering vid tillämpningen av reglerna inte kan uteslutas. Detta gäller även för ett statligt detaljhandelsmonopols inköpspolitik, som på motsvarande sätt bör innefatta en produktplan och bygga på objektiva urvalskriterier. De som berörs av ordningen får därmed insyn i hur den fungerar. Riskerna för diskriminering kan emellertid ytterligare begränsas. Om enskilda individer ges möjlighet att klaga på beslut som missgynnar dem synliggörs de faktiska förhållanden som de upplever som diskriminerande. För att klagorätten skall kunna fungera på detta sätt krävs dock att beslutsorganet motiverar sina beslut. Genom kraven på motivering och klagorätt skapas ytterligare insyn i hur systemet fungerar samt förutsättningar för kontroll av hur ordningen tillämpas i praktiken av beslutsorganen. Andra nationella organ (domstolar och tillsynsmyndigheter, som t.ex. nationella konkurrensverk) samt EU:s institutioner (kommissionen och domstolen) kan då kontrollera att likabehandlingsprincipen verkligen respekteras.[56]

Varken likabehandlingsprincipen eller de s.k. strukturella garantierna för likabehandling är dock en tillräcklig garanti för att den inre marknaden skall fungera enligt sina målsättningar. Likabehandling förutsätter bara att lika fall behandlas lika. Handelshinder skulle således vara tillåtna bara de är lika handelshämmande för alla. Proportionalitetsprincipen utgör mot denna bakgrund ett viktigt komplement till likabehandlingsprincipen och har i praktiken blivit den viktigaste spärren mot handelshinder på EU:s inre marknad. EG-domstolen använder proportionalitetsprincipen för att säkerställa att handelshinder som grundar sig på legitima syften, dvs. tvingande samhällshänsyn, inte innebär onödigt långtgående störningar på handeln inom EU. Eftersom det är ovanligt att medlemsstaterna upprätthåller nationella handelshindrande regleringar som inte grundas på något erkänt samhällsintresse som kan väga tyngre än frihandel blir knäckfrågan allt oftare om den nationella lagstiftningen är nödvändig och står i proportion till sitt syfte. Det bör samtidigt noteras att tillämpningen av proportionalitetsprincipen kan leda till en *de facto*-decentralisering av EG-rättens tillämpning. Detta hänger samman med att EG-domstolen under senare tid allt oftare har valt att överlämna proportionalitetsbedömningen till den nationella domstol som har begärt ett förhandsavgörande. En förklaring till detta kan vara att EG-domstolen anser att den nationella domstolen är bättre lämpad att undersöka de faktiska och rättsliga omständigheter som föreligger i det

56. Svenska myndigheters verksamhet i detta avseende berörs i statskontorets rapport *Förvaltning för fri rörlighet* (2006:16).

enskilda fallet, vilket en proportionalitetsbedömning förutsätter. Proportionalitetsprincipen har mot denna bakgrund tillämpats av bl.a. svenska domstolar i några fall.[57] Ett problem med att överlämna proportionalitetsbedömningen till nationella domstolar är dock att risken ökar för att liknande åtgärder bedöms olika i medlemsstaterna och EG-rätten tillämpas mindre enhetligt.[58] I det uppmärksammade *Rosengrenmålet* om privatimport av alkohol till Sverige överlämnades inte proportionalitetsprövningen till den nationella domstolen, utan avgjordes fullt ut av EG-domstolen (se avsnitt 5.7 nedan)

I vissa fall har EG-domstolen gått mycket långt när den har utvecklat den förvaltningsrättsliga dimensionen av fri rörlighet. EG-domstolen har i dessa fall helt klart trätt in på områden som normalt ockuperas av lagstiftaren. Det bästa exemplet är sannolikt sjukvårdstjänsterna. Med stöd av artikel 49 EG, i vilken stadgas att inskränkningar i friheten att tillhandahålla tjänster inom gemenskapen skall förbjudas, har EG-domstolen infört en lista på krav som kan jämställas med förvaltningsrättsliga regler i en medlemsstat.[59] Som villkor för att uppställa förhandstillstånd för sjukhusvård i andra länder måste det nationella systemet grundas på kriterier som är:

- objektiva,
- icke-diskriminerande, och
- kända på förhand.

Förfarandet måste vara:

- lättillgängligt,
- uppfylla krav på skyndsam handläggning (rimlig frist), samt
- vara objektivt och opartiskt.

Slutligen skall avslag kunna överprövas genom talan vid domstol och vara vederbörligen motiverade. Vid överprövningen skall finnas möjlighet att anlita oberoende sakkunniga som är garanterat objektiva och opartiska[60] och det skall finnas bestämmelser som klargör ersättningsvillkoren för de personer som väljer att söka sjukvård i andra medlemsstater.[61]

---

57. Se Bernitz, U., *Sverige och Europarätten*, a.a., s. 41–42, och Hettne, J. och Otken Eriksson, I. (red.), *EU-rättslig metod – Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, a.a., s. 158.

58. Hettne, J. och Otken Eriksson, I. (red.), *EU-rättslig metod – Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, a.a., s. 54.

59. Se t.ex. dom av den 13 maj 2003 i mål C-385/99, Müller-Fauré, REG 2003, s. I-4509, punkt 85.

60. Se dom av den 23 oktober 2003 i mål C-56/01, Inizan, REG 2003, s. I-12403, punkt 49, och dom av den 16 maj 2006 i mål C-372/04, Watts, REG 2006, s. I-4325, punkt 117.

61. Se dom av den 16 maj 2006 i mål C-372/04, Watts, REG 2006, s. I-4325, punkt 122.

Även om dessa krav är utflöden av allmänna rättsprinciper, i synnerhet principen om god förvaltning, framstår de som alltför detaljrika för att kunna härledas direkt ur EG-fördraget. Att införa och sedan utveckla och precisera en sådan "kravkatalog" i rättspraxis är en snårig och inte helt lämplig väg att gå. Om dessa krav tillämpas på tillståndssystem i fråga om sjukhusvård, bör de även vara tillämpliga på andra tillståndssystem som begränsar den fria rörligheten för tjänster på EU:s inre marknad. Det är tveksamt om så är fallet och rättspraxis är på intet sätt entydig. Som exempel kan nämnas de fall som rör spelmonopol och berörs närmare i nästa kapitel. Även här rör det sig om tillståndssystem som bl.a. begränsar den fria rörligheten för tjänster. EG-domstolen har dock inte granskat dem från motsvarande förvaltningsrättsliga utgångspunkter, utan enbart fokuserat på de nationella systemens syfte och överensstämmelse med proportionalitetsprincipen.

Det skall framhållas att den förvaltningsrättsliga dimensionen potentiellt är en mycket betydelsefull utveckling för den inre marknaden. De förvaltningsrättsliga kraven får dock inte bli självändamål, utan bör alltid främja syftet med de materiella reglerna om fri rörlighet och rättvis konkurrens. Ett bra exempel är *Altmark*.[62] Genom att ställa krav på öppen redovisning av ersättningskriterier för företag som tillhandahåller allmännyttiga tjänster, säkerställde EG-domstolen att konkurrerande företag fortsättningsvis får bättre insyn i verksamheten samt såg till att utomstående tillsynsmyndigheter, bl.a. kommissionen, lättare kan kontrollera att det inte rör sig om olagligt statsstöd.

Bristen på förutsebarhet i EU-lagstiftningen blir ett bestående problem om den förvaltningsrättsliga dimensionen av fri rörlighet skall fortsätta att utvecklas genom rättspraxis. Det bör därför diskuteras om det är lämpligt att nu kodifiera och utveckla de förvaltningsrättsliga principer som EG-domstolen har utvecklat i en skriven text. Det s.k. tjänstedirektivet[63] innehåller en katalog över förvaltningsrättsliga krav som synes bygga på den utveckling som skett i rättspraxis. Frågan är dock om ett övergripande tjänstedirektiv är rätta sammanhanget för en sådan katalog. I kapitel 7 behandlas frågan om det inte är bättre att ha en allmänt tillämplig förvaltningslag för EU, som både är bindande för EU:s institutioner och medlemsstaterna, när de tillämpar EG-rätt.

62. Dom av den 24 juli 2003 i mål C-280/00, Altmark, REG 2003, s. I-7747, punkt 88 ff.

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

5 De svenska monopolen och EU:s allmänna rättsprinciper

5.1 Introduktion

De förvaltningsrättsliga krav som har diskuterats i föregående kapitel är i hög grad relevanta när det gäller att bedöma om de svenska monopolen för alkohol, läkemedel och speltjänster är förenliga med EG-rätten. EG-domstolen har slagit fast att statliga handelsmonopol utgör handelshinder som bara får förekomma om de grundar sig på ett allmänintresse.[1] Som kommer att visas i det följande har EG-domstolen vidare, i syfte att säkerställa att handelsmonopol fungerar på ett icke-diskriminerande sätt, krävt att kraven på transparens (insyn i verksamheten), objektiva urvalskriterier samt förutsebarhet, motivering och tillgång till rättsmedel är uppfyllda när nationella handelsmonopol agerar på marknaden. I det följande studeras de svenska monopolordningarna i detta perspektiv. En särskild fråga är vidare om det är tillräckligt att monopolen uppfyller dessa krav eller om det därutöver krävs att de är förenliga med proportionalitetsprincipen. Därmed uppstår också frågan om hur ingående proportionalitetsprövningen bör vara i förekommande fall samt vem som skall utföra den.

5.2 EG-fördragets bestämmelser om handelsmonopol

Artikel 31.1 EG rör statliga handelsmonopol för varor. Bestämmelsen innebär en skyldighet för medlemsstaterna att anpassa sådana monopol i syfte att säkerställa att ingen diskriminering med avseende på anskaffnings- och saluföringsvillkor föreligger mellan medlemsstaternas medborgare.

1. Se dom av den 23 oktober 1997 i mål C-189/95, Franzén, REG 1997, s. I-5909, punkt 39, dom av den 31 maj 2005 i mål C-438/02, Hanner, REG 2005, s. I-4551, punkt 35 och dom av den 6 november 2003 i mål C-243/01, Gambelli, REG 2003, s. I-13031, punkt 65.

I sitt avgörande i *Manghera*,[2] som rörde det italienska tobaksmonopolet, klargjorde EG-domstolen att artikel 37.1 EEG, numera artikel 31.1 EG, inte kräver att statliga handelsmonopol avskaffas utan endast att de anpassas så att de inte diskriminerar utländska varor. Domstolen uttalade att den skyldighet för medlemsstaterna som återfinns i artikeln syftar till att säkerställa den fria rörligheten för varor inom den gemensamma marknaden. Detta menade man var omöjligt att uppnå om inte den fria rörligheten för utländska varor, av samma slag som de varor som omfattades av det nationella handelsmonopolet, säkerställdes. EG-domstolen ansåg att "artikel 37.1 i EEG-fördraget skulle tolkas så, att alla statliga handelsmonopol den 31 december 1969 skulle vara anpassade på ett sådant sätt att ensamrätten att importera från andra medlemsstater var avskaffad." Monopolen skulle alltså vara anpassade på detta sätt när övergångstiden i fördraget hade löpt ut. Detta innebär att handelsmonopol i nya medlemsstater måste vara anpassade på motsvarande sätt när dessa stater inträder i EU såvida inte särskilda övergångsregler gäller.

Artikel 31 EG avser enbart handelsmonopol på varuområdet. Tjänstemonopol, t.ex. avseende spel- och lotteritjänster, omfattas därför inte av denna bestämmelse utan prövas enligt de allmänna bestämmelserna i EG-fördraget om fri rörlighet för tjänster och etablering.

5.3 De svenska monopolen motverkar marknadsintegrationen

På den gemensamma marknaden skall tillgång och efterfråga mötas. Ekonomiska aktörer inom hela EU skall under lika och ostörda konkurrensförhållanden handla och byta tjänster med varandra, arbeta, investera och producera och därigenom befrämja gemenskapens syften.[3] I ett internationellt perspektiv är det fråga om en avancerad form av frihandel mellan en begränsad krets av länder. Tanken är att fördelningen av produktionsresurser och utnyttjandet av s.k. komparativa fördelar på en större marknad skall skapa förutsättningar för framsteg i alla inblandade länder. *Adam Smiths* berömda tes[4] om att en förnuftig person gör det som han är bäst på och det som bäst lönar sig har sålunda överförts till förhållanden mellan stater. Varje med-

2. Dom av den 3 februari 1976 i mål 59/75, Manghera m.fl., REG 1976, s. 91, svensk specialutgåva, volym 3, s. 9.
3. Pålsson, S. och Quitzow, C. M., *EG-rätten – Ny rättskälla i Sverige*, Publica 1993, s. 34.
4. *The Wealth of Nations* (1776).

lemsstat i EU skall syssla med det som bäst passar landets naturresurser, klimat och arbetsmarknad. Utvecklingen av EU:s inre marknad har inneburit att många nationella handelshinder har upphört som stått i vägen för en optimal fördelning av produktionsresurserna. I många fall har processen varit relativt okomplicerad och skett i enlighet med den inre marknadens bärande grundprinciper, dvs. genom en växelverkan mellan negativ och positiv integration. Med negativ integration menas att förbjudna handelshinder undanröjs med stöd av förbudsbestämmelserna i fördraget. Med positiv integration menas att tillåtna handelshinder, dvs. offentliga regleringar som grundar sig på tvingande samhällshänsyn, lagstiftas bort genom harmonisering (gemensamma regler i hela EU).[5]

I vissa fall och i synnerhet på senare år har dock EG-domstolen ställts inför handelsbegränsningar som inte kan undanröjas med hjälp av dessa grundprinciper. Det svenska medlemskapet kan sägas ha bidragit till att komplicera situationen. Enligt den inre marknadens logik bör t.ex. vin produceras i de södra delarna av Europa och säljas fritt i övriga delar. Vindruvor kräver generellt mycket sol och värme. Vin kan dock inte importeras fritt till Sverige, eftersom det bara får säljas av det statliga detaljhandelsmonopolet. Anledningen till detta är inte i första hand att Sverige vill skydda den inhemska produktionen eller säkra kvaliteten på vin. Det huvudsakliga skälet är snarare – eller har i vart fall varit – att man vill störa handeln genom att försämra tillgängligheten och göra produkterna avskräckande dyra. Härigenom skall missbruk försvåras och invånarnas hälsa skyddas. EG-domstolen har ansett att detta speciella skydd för folkhälsan är att betrakta som ett tvingande samhällsintresse. Den svenska metoden för att skydda folkhälsan mot alkoholens skadeverkningar är dock tämligen unik inom EU och de handelsbegränsningar som därav följer kan inte lösas genom harmonisering. Handeln skulle t.ex. inte främjas av att samtliga medlemsstater skaffar sig ett Systembolag. Dessa handelsbegränsningar riskerar därför att bli bestående. De synes varken kunna undanröjas genom negativ eller positiv integration. Det är detta som gör *Franzéndomen*[6] angående det svenska detaljhandelsmonopolet för alkoholdrycker så kontroversiell. Domstolen accepterade i praktiken ett ensidigt och bestående undantag från den inre marknaden, förutsatt att skälen för dess rättfärdigande fortsätter att göra sig gällande med samma styrka.[7]

5. Se Hettne, J., *Apoteksdomens konsekvenser – inre marknaden i fara?*, Ny Juridik nr 3:05, s. 42, 43.
6. Dom av den 23 oktober 1997 i mål C-189/95, Franzén, REG 1997, s. I-5909.
7. Se Hettne, J., *Apoteksdomens konsekvenser – inre marknaden i fara?*, a.a., s. 42, 43 f.

Apoteksmonopolet skiljer sig på en avgörande punkt från alkoholmonopolet. Apoteksmonopolet avser inte att göra hälsovådliga produkter otillgängliga och dyra, utan syftar tvärtom till att göra säkra läkemedel tillgängliga i hela landet till enhetliga priser. Apoteksmonopolet är ett serviceföretag i allmänhetens tjänst. Det har till uppgift att tillhandahålla en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse, nämligen distributionen av läkemedel. Precis som alkoholmonopolet innebär dock apoteksmonopolet att handelshinder uppstår som svårligen kan lösas genom harmonisering. Skälet till detta är att monopolregleringen i bägge fallen innebär begränsningar i distributionen av produkterna (tjänsten) och inte av produkterna i sig, dvs. deras kvalitet, egenskaper m.m. Gemensamma produktkrav kan åstadkommas genom EG-rättslig harmonisering, men att införa likadana distributionssystem i samtliga medlemsstater är varken möjligt eller eftersträvansvärt. EG-domstolens acceptans av det svenska apoteksmonopolet – i modifierad form – innebär sålunda ytterligare ett bestående handelshinder som svårligen kan undanröjas genom harmonisering.[8]

Problematiken gör sig även gällande på spel- och lotteriområdet. Här har dock Sverige inte något unikt system. De flesta länder säger sig aktivt bekämpa spelmissbruk, genom att begränsa vinster och förhindra vissa typer av spel. Eftersom det är fråga om att förbjuda vissa speltjänster som är olämpliga och sätta upp villkor för andra, borde harmonisering kunna vara en framkomlig väg. De statliga spelföretagen skulle då kunna konkurrera med de privata spelföretagen på samma villkor och på samma marknad. Problemet med denna lösning är att det inte finns ett tillräckligt intresse i EU:s medlemsländer att upprätta en gränslös spelmarknad där fri konkurrens råder. Skatteintäkterna från de nationella spelmonopolen är omfattande och fri konkurrens – även om det sker under reglerade former – skulle i detta perspektiv innebära ett vågspel.

Det finns alltså handelshinder som inte låter sig undanröjas genom harmonisering och som EG-domstolen inte anser sig kunna förbjuda, i vart fall inte villkorslöst. Handelsmonopol på varuområdet regleras som framgått i en specialbestämmelse i EG-fördraget, artikel 31 EG. Bestämmelsen innebär inte ett absolut förbud mot offentliga monopol. Syftet är att hindra medlemsstaterna från att använda offentliga monopol för protektionistiska ändamål och således upprätthålla hinder för den fria rörligheten som övriga fördragsbestämmelser syftar till att undanröja. Enligt artikel 31 EG behöver inte monopolen avskaffas, utan endast anpassas på sådant sätt att ingen diskriminering med avseende på anskaffnings- och saluföringsvillkor föreligger

8. Ibid., s. 44.

mellan medlemsstaternas medborgare. Skyldigheten att anpassa offentliga monopol kan emellertid i praktiken innebära att monopolet som sådant måste avskaffas. Detta gäller i synnerhet import- och exportmonopol, vilka är särskilt skadliga för den inre marknadens funktion. Domstolen fann t.ex. i domen i det ovannämnda målet *Manghera m.fl.*[9] att ett italienskt monopols ensamrätt att importera tobaksvaror till Italien i sig innebar en diskriminering som var förbjuden och att den italienska staten följaktligen var skyldig att upphäva denna ensamrätt.

5.4 Alkoholmonopolet och Franzéndomen

5.4.1 *Förändringar inför medlemskapet*

Diskussionen om det svenska alkoholmonopolets förenlighet med EG-rätten startade i samband med förberedelserna inför ikraftträdandet av Avtalet om Europeiska Ekonomiska Samarbetsområdet (EES-avtalet).[10] EES-avtalet innehåller i artiklarna 11, 13 och 16 materiella motsvarigheter till artiklarna 28, 30 och 31 EG. EES-avtalets bestämmelser skall vidare, enligt artikel 6 i avtalet, tolkas i enlighet med EG-domstolens praxis. EES-avtalet uppställer därför i princip samma krav på handelsmonopol som EG-fördraget. Den svenska regeringen ställde sig från början kallsinnig till varje anpassning av alkoholmonoplet. I EES-propositionen[11] anfördes t.ex. att:

> "den nuvarande ordningen med statliga monopol för import, parti- och detaljhandel med alkoholdrycker innehåller inte några diskriminerande inslag av utländska tillverkare eller partihandlare. På den svenska marknaden råder konkurrens på lika villkor mellan inhemska och importerade varor. Monopolen är alltså inte diskriminerande i Romfördragets mening."

Innan EES-avtalet trädde i kraft (den 1 januari 1994) hade emellertid medlemskapsförhandlingarna med EU redan påbörjats. Kommissionen framhöll redan under de förberedande samtalen att den svenska alkohollagstiftningen var ett problem i ett medlemskapsperspektiv. I propositionen om Sveriges medlemskap i EU[12] anfördes sålunda:

9. Dom av den 3 februari 1976 i mål 59/75, Manghera m.fl., REG 1976, s. 91, svensk specialutgåva, volym 3, s. 9.
10. Se Fritz, M., *Franzéndomen*, Ny Juridik, nr 4:97, s. 75.
11. Prop. 1991/92:170, Del II, Bilaga 4, s. 28.
12. Prop. 1994/95:19, s. 206.

> "Inom ramen för medlemskapsförhandlingarna har ... en skriftväxling ägt rum mellan kommissionen och den svenska regeringen. Kommissionen har i skriftväxlingen erinrat om import-, export-, partihandels- och tillverkningsmonopolens oförenlighet med gemenskapens regelverk. Vad gäller detaljhandelsmonopolet anser kommissionen att om alla effekter som är diskriminerande mellan nationella varor och varor importerade från övriga medlemsländer avlägsnas finner den inte anledning för kommissionen att på eget initiativ vidta åtgärder mot detta monopol."

Den svenska regeringen ändrade alltså efter diskussionerna med kommissionen sin syn på behovet av att anpassa monopollagstiftningen på alkoholområdet. Regeringens nya inställningen gick ut på att slå vakt om detaljhandelsmonopolet och samtidigt avskaffa import-, export-, partihandels- och tillverkningsmonopolen.[13]

Den svenska regeringens uppgörelse med kommissionen gjorde att kommissionen blev Sveriges "vän" när det gällde den fortsatta kampen för Systembolagets överlevnad. Kommissionen ställde sig emellertid på Sveriges sida först sedan det svenska systemet hade *EU-anpassats*. Denna anpassning bestod inte enbart i att Sverige avvecklade samtliga monopol utom detaljhandelsmonopolet. Sverige förband sig dessutom att utforma den svenska ordningen på ett sådant sätt att detaljhandelsmonopolet blev tolerabelt på den gemensamma marknaden och kunde antas fungera i samvaro med de privata operatörerna på marknaden. I detta syfte infördes bl.a. krav på att det skulle finnas en objektiv produktplan för de drycker som tillhandahölls av Systembolaget. Dryckerna skulle vidare väljas ut efter förbestämda och objektiva kriterier och leverantörer som inte fick sälja sina produkter till Systembolaget skulle få ett motiverat avslagsbeslut och kunna överklaga detta till ett oberoende organ (Alkoholsortimentsnämnden).[14]

Det kan alltså noteras att anpassningen av Systembolaget var i linje med de krav på strukturella garantier för likabehandling som EG-domstolen har härlett från allmänna rättsprinciper av förvaltningsrättslig natur, vilket behandlades i föregående kapitel. Den svenska anpassningen till EU:s krav och i synnerhet vidmakthållandet av Systembolaget (detaljhandelsmonopolet) utmanades emellertid i omedelbar anslutning till Sveriges inträde i EU. Detta skedde i det s.k. *Franzénmålet*, vars bakgrund är välkänd. Harry Franzén åtalades vid Landskronas tingsrätt för att den 1 januari 1995, dagen då Sverige inträdde i EU, i sin egen ICA-butik ha sålt vin som han antingen köpt på Systembolaget eller tagit in från Danmark.

---

13. Se prop. 1993/94:136 om riktlinjer för ett nytt system för import, export, tillverkning och partihandel med alkoholdrycker samt prop. 1994/95:89, Förslag till alkohollag.

14. Se Hettne, J., *EU, monopolen och försvaret av den rådande ordningen*, a.a., s. 591.

5.4.2 *Generaladvokatens förslag till avgörande*

Den danske generaladvokaten Elmer var starkt kritisk till den svenska ordningen i sitt förslag till avgörande. Hans kritik riktade sig främst mot att Systembolaget ägde och drev samtliga 384 försäljningsställen som då existerade och ensamt beslutade om inköp och marknadsföring. Ett så centraliserat system hade aldrig tidigare accepterats av EG-domstolen. Därtill kom att en importör för att kunna sälja sina produkter var tvungen att införskaffa ett relativt kostsamt partihandelstillstånd och att även då ett sådant tillstånd hade införskaffats skulle varje produkt passera en väsentligen skönsmässig urvalsprocess inbegripet bl.a. en blindprovsmakning av Systembolagets anställda. Han menade att ett sådant system i praktiken medförde att företag etablerade i andra medlemsstater inte ansökte om partihandelstillstånd och att det därför gynnade aktörer med partihandelstillstånd på den svenska marknaden, i synnerhet svenska Vin & Sprit som var störst på marknaden. Sålunda uttalade Elmer i punkt 93 i sitt förslag till avgörande att:

> "Den ekonomiska realiteten är enligt min uppfattning den, att en produkt inte kommer att importeras till Sverige från en annan medlemsstat om det inte är säkert att den kan säljas till Systembolaget. Varför skulle innehavaren av partihandelstillstånd importera en produkt om denne inte kan sälja den? Vad beträffar tillträdet till marknaden för produkter finns det därför ingen som helst praktisk betydelse att inte själva importen läggs i händerna på ett statligt monopol."

Elmer gjorde ingen skillnad mellan de krav som uppställdes i artikel 28 EG om fri rörlighet för varor och 31 EG om handelsmonopol (dåvarande artikel 30 och 37 i EG-fördraget). Han menade att statliga handelsmonopol var förbjudna i den utsträckning de rättsligt eller faktiskt kunde hindra eller försvåra tillträdet till marknaden för varor från andra medlemsstater (artikel 28 EG) *eller* medförde att medlemsstaternas medborgare diskriminerades i fråga om anskaffnings- och saluföringsvillkor (artikel 31 EG). Han medgav att den svenska ordningen grundades på allmänna samhällshänsyn såsom människors liv och hälsa som omnämndes i artikel 30 EG (dåvarande artikel 36 i EG-fördraget), men ansåg att den inte stod i överensstämmelse med proportionalitetsprincipen. Han ansåg det överdrivet att kräva att en leverantör i ett annat medlemsland måste ha en svensk mellanhand eller svenskt partihandelstillstånd och underkastas den svenska alkoholinspektionens tillsyn, samt betala de avgifter som var förbundna därmed. Han nämnde som exempel på en mindre ingripande reglering ett system med ett antal självständiga försäljningsställen som självständigt gör inköp och som därför inte medför lika ingripande hinder för den fria rörligheten. Försäljningsställena

skulle kunna åläggas att ha bestämda öppettider, att inte sälja till personer under en viss ålder och staten skulle kunna reglera deras marknadsföring.

5.4.3 *EG-domstolens dom*

EG-domstolen gjorde som bekant en annan bedömning än sin generaladvokat i *Franzénmålet*. Det som mest påtagligt skilde Elmers argumentering från EG-domstolens är att domstolen, till skillnad från Elmer, inte analyserade det svenska systemet i dess helhet utan i två separata delar. Under rubriken "bestämmelser om monopolet och dess funktionssätt" (artikel 31 EG) behandlades monopolets system för urval av produkter, monopolets försäljningsorganisation och marknadsföring av alkoholdrycker, medan tillverknings- och partihandelstillstånd behandlades under rubriken "övriga bestämmelser i den nationella lagstiftningen som påverkar monopolets funktionssätt" (artikel 28 EG). EG-domstolen ansåg nämligen att bestämmelserna om monopolet och dess funktionssätt enbart skulle undersökas mot bakgrund av artikel 31 EG, som är den specialbestämmelse som är tillämplig på statliga handelsmonopols utövande av sin ensamrätt. Den inverkan som andra nationella bestämmelser, vilka inte rörde monopolets funktionssätt även om de påverkade detta, hade på handeln inom gemenskapen skulle däremot undersökas mot bakgrund av artikel 28 EG.

Med avseende på artikel 31 EG uttalade domstolen att monopolets utformning och funktionssätt måste anpassas på ett sådant sätt att:

- ingen diskriminering med avseende på anskaffnings- och saluföringsvillkor föreligger mellan medlemsstaternas medborgare,
- handeln med varor med ursprung i övriga medlemsstater inte missgynnas vare sig rättsligt eller faktiskt och
- det inte uppstår någon snedvridning av konkurrensen mellan medlemsstaterna.

Domstolen konstaterade därefter att det inte hade bestritts att ett statligt detaljhandelsmonopol för alkoholdrycker, såsom det som innehas av Systembolaget, avsåg ett mål av allmänintresse i det att det syftar till att skydda folkhälsan mot alkoholens skadeverkningar.

Domstolen prövade sedan den svenska ordningen och fäste framför allt vikt vid följande omständigheter:

- Det fanns en objektiv produktplan för vilka drycker som skulle tillhandahållas av Systembolaget.

- Drycker valdes ut efter förbestämda och objektiva kriterier (såväl affärsmässiga som kvalitativa).
- Leverantörer som inte fick sälja drycker till Systembolaget kunde ansöka om testförsäljning.
- Leverantörerna hade rätt att få ett motiverat avslagsbeslut.
- Möjlighet fanns till överprövning hos ett oberoende organ (Alkoholsortimentsnämnden).

Mot denna bakgrund slog EG-domstolen fast att Systembolagets kriterier och urvalsmetoder varken var diskriminerande eller av sådant slag att de missgynnade importerade produkter. När det gällde försäljningsorganisationen menade domstolen att även om det är riktigt att den är begränsad och inte erbjuder alla utvalda drycker, innebär inte detta att alkoholdrycker som härrör från andra medlemsstater missgynnas i förhållande till dem som tillverkas inom landet.

När domstolen sedan prövade "övriga bestämmelser i den nationella lagstiftningen som påverkar monopolets funktionssätt" i förhållande till artikel 28 EG, konstaterade den att tillståndssystemet avseende partihandel och tillverkning utgjorde ett hinder för import av alkoholdrycker från övriga medlemsstater genom att dessa drycker fördyrades genom påläggandet av ansökningsavgift och årsavgift (25 000 kr resp. 10 000 till 323 750 kr) och dessutom genom kostnader för mellanhänder och för eventuella kostnader för lagringsutrymmen på svenskt territorium. Denna del av systemet stred därför mot artikel 28 EG och kunde inte rättfärdigas med stöd av artikel 30 EG, eftersom den svenska regeringen inte hade visat att tillståndssystemet stod i proportion till syftet att skydda folkhälsan.

Andra delar av det svenska alkoholpolitiska systemet har sedermera också prövats och befunnits oproportionella i förhållande till det uttalade syftet. Sålunda ansågs förbudet mot alkoholreklam i periodiska skrifter oproportionellt och oförenligt med EG-rätten i det s.k. *Gourmetmålet*[15] och de svenska reglerna för privatimport underkändes i det s.k. *Rosengrenmålet*.[16] Dessa mål berörs längre fram.

15. Dom av den 8 mars i mål C-405/98, Gourmet International Products, REG 2001, s. I-1795 och Marknadsdomstolens dom av den 5 februari 2003 (MD 2003:5).

16. Dom av den 5 juni 2007 i mål C-170/04, Rosengren, REG 2007, s. I-4071 samt dom av den 4 oktober 2007 i mål C-186/05, Sverige mot kommissionen, REG 2007, s. I-129.

5.4.4 *Systembolaget uppfyllde de förvaltningsrättsliga kraven*

Flera förklaringar är naturligtvis tänkbara till att EG-domstolen kom fram till att det svenska detaljhandelsmonopolet för alkoholdrycker var förenligt med EG-fördraget. Vissa allmänna och övergripande hänsyn spelade säkerligen in. Sverige hade nyligen blivit medlem av EU och domstolen var säkerligen medveten om att Sverige hade försökt värna om detaljhandelsmonopolet i anslutningsförhandlingarna och därför "frivilligt" avskaffat import-, export-, partihandels- och tillverkningsmonopolen. Kommissionen ställde sig också som nämnts på Sveriges sida. EG-domstolen är ingen politisk institution, men verkar heller inte i ett politiskt vakuum. Den är mån om att dess domar uppfattas som legitima och vinner acceptans i medlemsländerna. Det är tvivelaktigt om så hade blivit fallet om den följt generaladvokatens logiska men samtidigt tämligen kategoriska och marknadsliberala resonemang.

En annan förklaring är att *Franzénmålet* aktualiserar en grundläggande intressemotsättning rörande hur inremarknadsreglerna bör tolkas. I EG-domstolens praxis liksom i yttranden från generaladvokater samt i doktrinen kan två motsatta synsätt skönjas när det gäller tolkningen av inremarknadsreglerna och i synnerhet artikel 31 EG om statliga handelsmonopol. Dessa har betecknats som det *decentraliserade eller antiprotektionistiska synsättet* resp. det *primärt ekonomiska eller konkurrensrättsliga synsättet.*[17] Det decentraliserade eller antiprotektionistiska synsättet utgör en modell där medlemsstaterna ges ett relativt stort utrymme för självbestämmande under förutsättning att ingen diskriminering förekommer i förhållande till utländska varor. EU ses som ett mellanstatligt samarbete där medlemsstaternas autonomi fortfarande har en framträdande plats. Det andra synsättet har primärt en ekonomisk eller konkurrensrättslig utgångspunkt. Det baseras på uppfattningen om EU som en överstatlig organisation i förhållande till medlemsstaterna där frihandeln och upprättandet av en fungerande inre marknad sätts i första rummet. Statliga handelsmonopol har då egentligen inget berättigande, eftersom de påverkar konkurrensen på marknaden i för stor utsträckning. Även om de båda synsätten här har renodlats utifrån teoretiska utgångspunkter och motsättningarna i praktiken inte är lika uppenbara, kan konstateras att EG-domstolen och dess generaladvokat intog motsatta utgångspunkter i *Franzénmålet*.

17. Se Meyrowitsch, A., Allroth, E. och Hettne, J., *EU och svenska monopol – teori, verklighet och framtid*, a.a., s. 47 ff. samt Hettne, J., *Fritt fram för nätsprit – Har EG-domstolen bytt fot?*, Ny Juridik nr 3:2007, s. 68.

En annan och i detta sammanhang mycket intressant förklaring till utgången i *Franzéndomen* är emellertid att domstolen fäste stor vikt vid den EU-anpassning som hade skett av det svenska alkoholmonopolet. Som framgått hänvisade EG-domstolen till att det svenska systemet uppfyllde de grundläggande förvaltningsrättsliga kraven i EG-rätten när den uttalade att Systembolagets kriterier och urvalsmetoder varken var diskriminerande eller av sådant slag att de missgynnade importerade produkter.[18] EG-domstolen fäste vikt vid att det fanns en objektiv produktplan, förbestämda och objektiva urvalskriterier, möjlighet att ansöka om testförsäljning, krav på motiverade avslagsbeslut samt möjlighet till överprövning hos Alkoholsortimentsnämnden. Denna förvaltningsrättsliga dimension av fri rörlighet – som redogjordes för i föregående kapitel – bekräftades av EG-domstolen i det s.k. *Hannermålet* om det svenska apoteksmonopolet. Det är intressant att notera att EG-domstolen och dess generaladvokat hade vitt skilda utgångspunkter även i detta mål.

5.5 Hannermålet och det svenska apoteksmonopolet

Ungefär 10 år efter att diskussionerna om att anpassa alkoholmonoplet till EU:s krav hade påbörjats, utmanades apoteksmonopolet, precis som alkoholmonopolet, av en enskild person. Krister Hanner, VD i bolaget Bringwell International AB, hade åtalats för att ha låtit sälja receptfria läkemedel (Nicorette plåster och tuggummi) i en hälsokostbutik och därmed i strid med svensk lag. Han hävdade att det svenska apoteksmonopolet stod i strid med artiklarna 28 EG (fri rörlighet för varor), 31 EG (handelsmonopol) och 43 EG (etableringsrätt) och att han därför inte kunde straffas för sin gärning.[19]

5.5.1 *Generaladvokatens förslag till avgörande*

Den franska generaladvokaten Léger ansåg att EG-domstolens resonemang i *Franzénmålet* var felaktigt och inte borde tillmätas vikt. I stället borde EG-domstolen följa generaladvokat Elmers resonemang i samma mål. Léger efterlyste framför allt en *samlad bedömning av monopolets effekter på handeln inom gemenskapen*. Han menade vidare att domstolen använde sig av en *allt-*

18. Se Hettne, J., *EU, monopolen och försvaret av den rådande ordningen*, a.a., s. 594.
19. Se dom av den 31 maj 2005 i mål C-438/02, Hanner, REG 2005, s. I-4551.

för restriktiv tolkning av begreppet diskriminering enligt artikel 31 EG när den prövade det svenska alkoholmonopolet. Artikel 31 EG innebar enligt generaladvokaten inte bara ett förbud mot diskriminering av varor från övriga medlemsstater. Genom bestämmelsen förbjuds även *diskriminering mellan medlemsstaternas medborgare med avseende på villkor för anskaffning och saluföring av varor.* Artikel 31 EG skyddar således inte endast den fria rörligheten för varor som sådan, utan framför allt de aktörer som deltar i denna fria rörlighet.[20]

Mot bakgrund av en samlad analys av apoteksmonopolets verkningar fann generaladvokaten att monopolet var handelshindrande och innebar en diskriminering mellan medlemsstaternas medborgare med avseende på villkor för anskaffning och saluföring av varorna. Han påpekade att en enhet sådan som Apoteket AB, som har monopol på detaljhandel med en vara, inte endast är den enda försäljaren av denna vara i den berörda medlemsstaten, utan även den enda inköparen av samma vara i nämnda stat. Tillverkare och partihandlare kan därför endast vända sig till en aktör (Apoteket AB) för att se till att deras varor säljs till konsumenterna.[21]

Enligt generaladvokaten exporterar aktörer etablerade i övriga medlemsländer sina varor till Sverige endast om de är säkra på att dessa varor kommer att saluföras av Apoteket AB. På samma sätt skulle aktörer etablerade i Sverige endast vilja importera varor från övriga medlemsstater om de är säkra på att dessa varor kommer att inköpas av Apoteket AB. Ur ekonomisk synvinkel skulle därför liberaliseringen av import och partihandel endast vara av intresse för aktörerna om den åtföljdes av en liberalisering av detaljhandeln.[22]

Apotekets ensamrätt till detaljhandel stred därför enligt generaladvokaten i sig mot artikel 31 EG.

Generaladvokaten menade vidare att EG-domstolen felaktigt hade skapat en slags skälighetsregel inom ramen för artikel 31.1 EG i *Franzéndomen*, vilket gjorde att det var möjligt att bibehålla ett statligt handelsmonopol om detta grundades på ett mål av allmänintresse. Den enda tänkbara undantagsregeln av detta slag, fanns enligt generaladvokaten i den i kapitel 4 berörda artikel 86.2 EG, vari föreskrivs att:

> "[f]öretag som anförtrotts att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse eller som har karaktären av fiskala monopol skall vara underkastade reglerna i detta fördrag, särskilt konkurrensreglerna, i den mån tillämpningen av

20. Punkt 63 i generaladvokatens förslag till avgörande; hänvisning till generaladvokat Elmers förslag till avgörande i Franzénmålet, punkt 68.
21. Punkt 101 i generaladvokatens förslag till avgörande.
22. Punkt 113 i generaladvokatens förslag till avgörande.

> dessa regler inte rättsligt eller i praktiken hindrar att de särskilda uppgifter som tilldelats dem fullgörs. Utvecklingen av handeln får inte påverkas i en omfattning som strider mot gemenskapens intresse."

Generaladvokaten anförde därefter att den svenska regeringen, med hänsyn till Sveriges låga befolkningstäthet, hade hävdat att inrättandet av det statliga monopolet på detaljhandel med läkemedel hade till syfte att säkerställa en adekvat läkemedelsförsörjning på enhetliga villkor i hela Sverige, dvs. att det var fråga om en *tjänst av allmänt ekonomiskt intresse*. Han ansåg dock inte att den svenska regeringen hade motiverat varför ensamrätten till detaljhandel var *nödvändig* för att Apoteket AB skall kunna fullgöra sitt uppdrag.

Han konstaterade att Apoteket AB för att sälja sina läkemedel vid den aktuella tidpunkten använde sig av 800 apotek, som det ägde och drev, och av 970 apoteksombud. Apoteken finns i allmänhet i områden med hög befolkningstäthet, såsom i tätorter och handelscentra, och apoteksombuden återfinns i landsbygdsområden med låg befolkningstäthet.

Apoteksombuden är aktörer som inte hör till Apoteket AB. Det är fråga om enskilda näringsidkare som har ingått avtal med Apoteket AB och som har åtagit sig att förmedla receptbelagda läkemedel och att sälja ett begränsat sortiment av receptfria läkemedel. Apoteket AB väljer dessa ombud på affärsmässiga grunder, dvs. på de platser där dessa inte konkurrerar med fullskaliga apotek, och inte på grundval av kriterier avseende befolkningstäthet eller befolkningens behov. Apoteksombuden erhåller inte heller någon utbildning och har inte rätt att lämna råd till kunderna vad gäller användningen av läkemedel.

Generaladvokaten ansåg att det mot denna bakgrund är svårt att se hur Apotekets AB:s ensamrätt kunde vara nödvändig för att säkerställa försörjningen av läkemedel i hela landet. Det förhållandet att Apoteket AB ingår avtal med utomstående aktörer, vilka redan finns i de aktuella områdena och väljs ut på affärsmässiga grunder, för att säkerställa att läkemedel distribueras i områden med låg befolkningstäthet visar, enligt generaladvokaten, att det inte är nödvändigt att förbehålla en enda aktör rätten att sälja läkemedel för att kunna säkerställa en adekvat läkemedelsförsörjning i hela Sverige.

Enligt generaladvokaten framstår ensamrätten inte heller som nödvändig för att säkerställa att befolkningen har tillgång till läkemedel på optimala och enhetliga villkor. Det förhållandet att läkemedel i de flesta fall och på landsbygden inte säljs av apotek utan av aktörer som inte har erhållit någon utbildning och som saknar rätt att lämna råd visar att den omtvistade ensamrätten inte utgör en åtgärd som är nödvändig (eller lämplig) för att uppnå detta mål.

Generaladvokaten påpekade också att Apoteket AB sedan våren 2002 saluför receptfria läkemedel via Internet och på sikt räknar med att kunna sälja samtliga läkemedel, inklusive receptbelagda sådana, på detta sätt. Apoteket AB kan alltså expediera läkemedlen till kunderna per post, med tillhörande information och rådgivning.

Även denna omständighet visade enligt generaladvokaten att det inte var nödvändigt att bibehålla den omtvistade ensamrätten för att Apoteket AB skulle kunna fullgöra sitt uppdrag. Vilket apotek som helst som förfogade över ett försäljningssystem via Internet eller telefon borde kunna ta emot beställningar från patienter, även om dessa befinner sig i områden med låg befolkningstäthet, och sända läkemedel med tillhörande information och rådgivning till dem.

Generaladvokaten påpekade också att ensamrätt till detaljhandel inte ansågs nödvändig för att säkerställa förekomsten av apotek i områden med låg befolkningstäthet i andra medlemsstater. I samtliga övriga medlemsstater, inklusive Republiken Finland (som är den medlemsstat som har lägst befolkningstäthet), har det inte bedömts nödvändigt att vidta åtgärder för att se till att apotek inrättas i områden med låg befolkningstäthet. De åtgärder som dessa länder har vidtagit är betydligt mindre ingripande för handeln.

Generaladvokaten ansåg dessutom att även om det skulle antas att en medlemsstats myndigheter måste vidta åtgärder för att se till att apotek inrättas i delar av landet, är ensamrätten till detaljhandel hur som helst en *oproportionell åtgärd* i förhållande till detta mål.

Som exempel på en åtgärd som står i bättre proportion till detta mål angavs ett tillståndssystem inom vilket myndigheterna endast ingriper punktvis vid behov för att säkerställa att ett apotek inrättas i ett område. Ett offentligt tjänsteavtal skulle då kunna ingås med en privat aktör som skulle kunna åläggas en allmännyttig skyldighet och mot ersättning i form av ett statligt bidrag säkerställa att läkemedel saluförs i det aktuella området. Ett sådant system skulle i klart mindre utsträckning begränsa handeln inom gemenskapen, eftersom det till skillnad från ett system med en ensamrätt till detaljhandel inte skulle hindra aktörer från övriga medlemsstater att etablera sig i den berörda medlemsstaten eller att där erbjuda sina varor till vilka kunder de vill.

Generaladvokaten anförde slutligen att *svaret inte skulle bli annorlunda om receptfria läkemedel var undantagna från Apotekets AB:s monopol*. Han menade att skälen till att Apoteket AB:s ensamrätt inte är nödvändig och proportionerlig äger giltighet för såväl receptbelagda läkemedel som receptfria läkemedel. Det skulle sålunda inte räcka att receptfria läkemedel undantogs från tillämpningsområdet för Apoteket AB:s ensamrätt.

Generaladvokat Légers yttrande är på många sätt en upprepning av Elmers yttrande angående alkoholmonopolet. Generaladvokaten fäste mycket stor vikt vid de negativa ekonomiska effekter som han menade att det svenska apoteksmonopolet hade på samhandeln och konkurrensförhållandena inom EU. Han diskuterade inte alls vilka kriterier ett "berättigat" detaljhandelsmonopol för läkemedel bör uppfylla. Som nämnts ovan intog EG-domstolen en annan utgångspunkt.

5.5.2 *EG-domstolens dom*

EG-domstolen prövade – trots dessa kraftfulla invändningar från generaladvokaten – det svenska apoteksmonopolet enligt samma måttstock som hade använts i Franzéndomen. Domstolen framhöll att det inte följer av artikel 31.1 EG att statliga handelsmonopol skall avskaffas utan att monopolen skall utformas på ett sådant sätt att ingen diskriminering med avseende på anskaffnings- och saluföringsvillkor föreligger mellan medlemsstaternas medborgare.

I likhet med vad som påpekades i Franzéndomen (punkt 39), anförde EG-domstolen sedan att artikel 31.1 EG har till ändamål att förena de krav som följer av inrättandet av den gemensamma marknaden och dess funktionssätt med medlemsstaternas möjlighet att upprätthålla vissa handelsmonopol, i syfte att uppnå vissa *mål av allmänintresse*. Domstolen bekräftade sålunda att en monopolordning måste grundas på ett allmänintresse, trots att detta inte framgår direkt av artikel 31.1 EG.[23] Domstolen tycks därmed implicit ha godtagit att det svenska apoteksmonopolet grundas på ett allmänintresse.

Domstolen påpekade också att avsikten med artikel 31.1 EG är att undanröja alla hinder för den fria rörligheten för varor, dock med undantag för de begränsningar i handeln som utgör en nödvändig följd av att det föreligger sådana monopol. Monopol som är utformade på ett sådant sätt att handeln med varor från andra medlemsstater rättsligt eller faktiskt missgynnas i förhållande till handeln med inhemska varor är därför förbjudna.

Därefter prövades om den ifrågasatta säljordningen var utformad på ett sådant sätt att all diskriminering av läkemedel från andra medlemsstater var utesluten. Domstolen undersökte särskilt huruvida det ifrågavarande statliga monopolets organisation och funktionssätt riskerade att missgynna läkemedel ifrån andra medlemsstater.

23. Se för motsatt åsikt, generaladvokat Légers förslag till avgörande, punkt 125 ff.

Domstolen erinrade om att det framgick av Franzéndomen (punkterna 44 och 51) att ett statligt försäljningsmonopols urvalssystem skall vara grundat på kriterier som är oberoende av produkternas ursprung och ge möjlighet till insyn genom att det uppställs krav på såväl motivering av beslut som ett oberoende kontrollförfarande. Vidare skall ett sådant monopols försäljningsnät vara utformat så att antalet försäljningsställen inte är så begränsat att konsumenternas tillgång till läkemedel äventyras.[24] Slutligen skall de åtgärder för marknadsföring och produktinformation som vidtas inom ramen för ett sådant monopol vara opartiska och oberoende av produkternas ursprung och vara ägnade att göra nya produkter kända för konsumenterna.

Eftersom apoteksmonopolet inte alls hade anpassats till de EG-rättsliga krav som domstolen räknade upp, nöjde sig domstolen med att konstatera att den svenska monopolorganisationen för läkemedel inte innehöll bestämmelser om vare sig en produktplan eller ett system för upphandling, inom vilkas ram tillverkare vars produkter inte tagits med i sortimentet hade rätt att få en redogörelse för skälen till Apotekets beslut om urval av läkemedel. Den påpekade också att det inte föreskrevs någon möjlighet att överklaga ett sådant beslut till en oberoende kontrollinstans. Domstolen menade att Apoteket tvärtom i princip tycktes ha fria händer när det valde ut sitt sortiment. All diskriminering var därmed inte utesluten.

Domstolen menade att detta var tillräckligt för att fastslå att Apotekets organisation och funktionssätt och närmare bestämt dess system för urval av läkemedel kunde missgynna handeln med läkemedel från andra medlemsstater i förhållande till handeln med svenska läkemedel. Apoteket AB:s monopol var således inte utformat på ett sådant sätt att all diskriminering av läkemedel från andra medlemsstater var utesluten och stred därmed mot artikel 31.1 EG.

Det blev därför inte nödvändigt att pröva huruvida Apoteket i praktiken missgynnade läkemedel från andra medlemsstater.

Domstolen påpekade slutligen att en medlemsstat kan åberopa artikel 86.2 EG för att motivera att ett företag som har anförtrotts att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse beviljas exklusiva rättigheter som strider mot artikel 31.1 EG, i den mån fullgörandet av de särskilda uppgifter som företaget har tilldelats inte kan säkerställas på annat sätt än genom att dessa rättigheter beviljas och under förutsättning att utvecklingen av handeln inte påverkas i en omfattning som strider mot gemenskapens intresse.[25] Den

24. Domstolen hänvisade till dom av den 14 december 1995 i mål C-387/93, Banchero, REG 1995, s. I-4663, punkt 39 och till Franzéndomen, punkt 54.

25. Domstolen hänvisade till sina domar av den 23 oktober 1997 i mål C-157/94, kommissionen mot Nederländerna, REG 1997, s. I-5699, punkt 32, i mål C-158/94, kommissionen mot Italien, REG

svenska ordningen kunde emellertid inte grundas på artikel 86.2 EG så länge som det saknades ett urvalssystem som uteslöt all diskriminering av läkemedel från andra medlemsstater.

EG-domstolens slutsats blev därför att artikel 31.1 EG utgör hinder för en ordning som innebär en ensamrätt till detaljhandel och som är utformad på ett sådant sätt som den ordning som var i fråga i målet vid den nationella domstolen.

EG-domstolen jämförde alltså Apoteket med Systembolaget och krävde att motsvarande strukturella anpassningar skulle göras. Domen bör tolkas så att om det upprättas en produktplan och ett system för upphandling (eller annat system som garanterar ett objektivt och icke-diskriminerande produkturval) samt införs krav på motivering och möjlighet till överprövning vid en oberoende kontrollinstans, är det svenska monopolet utformat på ett sådant sätt att det åtminstone *prima facie* överensstämmer med artikel 31.1 EG.[26] EG-domstolen var alltså på samma sätt som i *Franzéndomen* influerad av den förvaltningsrättsliga dimensionen av fri rörlighet eller närmare bestämt EU:s allmänna rättsprinciper av förvaltningsrättslig natur. Risken är dock att detta synsätt blir enögt, eftersom prövningen är formell och inte tar i beaktande faktiska omständigheter, såsom vilken effekt monopolordningen har på handeln och konkurrensen på den inre marknaden.

Den svenska regeringen anpassade apoteksorganisationen på det sätt som gick att utläsa av domen. Den 22 juni 2005 fattade regeringen beslut om att ingå ett nytt verksamhetsavtal med Apoteket AB. I det nya verksamhetsavtalet föreskrivs bl.a. att Apoteket skall upprätta en produktplan och att leverantörer skall få motiverade beslut om lagerhållning på lokala apotek. Genom ändring av förordningen med instruktion för Alkoholsortimentsnämnden (1994:2048) infördes dessutom en möjlighet till överprövning hos den nya Alkohol- och läkemedelssortimentsnämnden (SFS 2005:601). Den nya svenska ordningen började gälla den 24 juni 2005.

År 2006 tillsattes den s.k. apoteksmarknadsutredningen. Enligt direktiven[27] till utredningen skulle apoteksmarknaden omregleras i syfte att åstadkomma effektivisering, bättre tillgänglighet för konsumenterna, prispress samt en säker och ändamålsenlig läkemedelsanvändning. Utredningen har föreslagit en avveckling av apoteksmonopolet. Andra aktörer skall få lov att i konkurrens med Apoteket AB bedriva detaljhandel med receptbelagda och receptfria läkemedel. Det skall dock finnas en ansvarig farmacevt på alla apo-

---

1997, s. I-5789, punkt 43, och i mål C-159/94, kommissionen mot Frankrike, REG 1997, s. I-5815, punkt 49.

26. Se Hettne, J., *Apoteksdomen – Monopolet på fallrepet?*, ERT 2005, s. 562, s. 567.

27. Dir 2006:136.

tek.[28] Utredningen har också föreslagit att det skall vara möjligt att sälja vissa receptfria läkemedel på andra platser än apotek. Det ska inte krävas farmacevtisk utbildning för att få bedriva detaljhandel med dessa läkemedel.[29]

5.5.3 *Inre marknaden i fara?*

Den tolkning av artikel 31 EG som EG-domstolen gjorde i Franzéndomen bekräftades sålunda i Hannerdomen. Ett handelsbegränsande monopol i detaljhandelsled får förekomma på EU:s inre marknad om det utformas på ett icke-diskriminerande sätt. I praktiken handlar det om att inrätta strukturella garantier för likabehandling, dvs. krav på transparens eller insyn i inköpspolitiken, krav på motiverade avslagsbeslut och rättsmedel.

Kan denna utveckling vara farlig för den inre marknadens funktion? I EG-domstolens domar i Franzén och Hanner får den förvaltningsrättsliga dimensionen ett särskilt stort genomslag, eftersom domarna – åtminstone vid en första anblick – synes innebära att en monopolordning som är utformad på ett icke-diskriminerande sätt och grundas på ett allmänintresse är fullt legitim, oavsett vilka faktiska handelsbegränsande effekter den har på den inre marknaden. Detta är ett skäl till att Franzéndomen har kritiserats av många.[30] Inte minst av generaladvokat Léger i Hannermålet. Generaladvokaten efterlyste som framgått framför allt en bedömning som tar större hänsyn till den ekonomiska verkligheten, dvs. en samlad bedömning av apoteksmonopolets effekter på handeln inom gemenskapen. EG-domstolen följde inte generaladvokatens linje, men lite av hans kritik tycks EG-domstolen ha tagit till sig. Domstolen delar inte upp sin bedömning i skilda delar som i Franzéndomen, utan gör en mer samlad bedömning (se punkt 42 och 43 i Hannerdomen). Domstolen är också försiktig med att göra framtida utfästelser om apoteksmonopolets förenlighet med EG-fördraget. Den säger inte att det svenska apoteksmonopolet, efter nödvändiga anpassningar, är förenligt med EG-fördraget, utan uppställer enbart en presumtion härför. Detta framgår tydligt av punkterna 44 och 45 i domen där domstolen anför att, eftersom monopolet inte har utformats på ett sådant sätt att all diskriminering av andra medlemsstater är utesluten, är det inte nödvändigt att pröva huruvida Apoteket *i praktiken* missgynnar läkemedel med ursprung i andra medlemsstater. En ordning som anpassats på ett korrekt sätt i enlighet med EG-domstolens dom är alltså som antytts bara *prima facie* legitim. Om det

28. SOU 2008:4.
29. SOU 2008:33.
30. Se t.ex. Pehrson, L. och Wahl, N., *Systembolaget*, JT 1998, s. 834 och Buendia Sierra, J.L., *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law*, s. 120 ff.

visar sig att Apoteket, trots strukturella garantier, *i praktiken* missgynnar läkemedel med ursprung i andra medlemsstater är den svenska ordningen oförenlig med artikel 31.1 EG.[31]

5.5.4 *Saknades en proportionalitetsprövning i Franzén- och Hannerdomen?*

En fråga som man kan ställa sig är självfallet om det inte härutöver krävs att en monopolordningen står i proportion till sitt syfte, dvs. att den inte begränsar handeln mer än som är nödvändigt för att uppfylla det eftersträvade målet. EG-domstolen tycks betrakta de svenska monopolen för detaljhandel med alkoholhaltiga drycker och läkemedel som helheter. Domstolen talar om handelsbegränsningar som utgör en nödvändig följd av att det föreligger "ett monopol" (se Franzéndomen, punkt 39 och Hannerdomen, punkt 35).

Proportionalitetsprincipen saknar dock inte helt betydelse i EG-domstolens artikel 31-prövning. Detta framgår redan av Franzéndomen där EG-domstolen framhöll att handelsbegränsningar som orsakas av *nationella bestämmelser som inte är nödvändiga för själva monopolet, men påverkar dess funktionssätt*, skall prövas i förhållande till artikel 28 EG. Det finns alltså ett nödvändighetsrekvisit som ligger i själva avgränsningen av tillämpningsområdet för artikel 31 EG i förhållande till artikel 28 EG. I Franzénmålet fick detta till följd att tillståndssystemet avseende partihandel och tillverkning med alkoholhaltiga drycker ansågs falla utanför artikel 31 och i stället prövades mot bakgrund av artikel 28 och den proportionalitetsprincip som därmed aktualiseras. Tillståndssystemet ansågs inte överensstämma med proportionalitetsprincipen. Därefter har även andra delar av det svenska alkoholpolitiska systemet prövats mot bakgrund av artikel 28 i stället för 31 EG. Detta gäller förbudet mot alkoholreklam i periodiska skrifter (Gourmet) och förbudet mot privat införsel av alkohol (Rosengren).

5.6 Gourmetmålet

Bakgrunden till tvisten var att Konsumentombudsmannen (KO) väckte talan vid Stockholms tingsrätt och yrkade förbud vid vite för Gourmet International Products (GIP) att publicera annonser med alkoholreklam i sin prenumerationsupplaga i strid med 2 § alkoholreklamlagen.

31. Se Hettne, J., *Apoteksdomen – Monopolet på fallrepet?*, a.a., s. 568.

GIP yrkade att KO:s talan skulle lämnas utan bifall och anförde som grund för sitt bestridande bl.a. att KO:s talan byggde på lagregler som stred mot gemenskapsrätten.

Tingsrätten begärde ett förhandsavgörande från EG-domstolen för att få klarhet i huruvida fördragets bestämmelser om fri rörlighet för varor utgjorde hinder mot ett sådant förbud mot kommersiella annonser för alkoholdrycker som det som föreskrevs i 2 § alkoholreklamlagen.

5.6.1 *EG-domstolen*

EG-domstolen[32] fann att reklamförbudet stred mot artikel 28 EG, eftersom avsättningen av varor från andra medlemsstater påverkades i högre grad än avsättningen av inhemska varor. Ett sådant hinder kunde emellertid vara motiverat med hänsyn till skyddet av folkhälsan, enligt artikel 30 EG (dåvarande artikel 36). Domstolen medgav med hänvisning till tidigare avgöranden att bestämmelser som begränsar möjligheterna att göra reklam för alkoholdrycker i syfte att motverka alkoholmissbruk bidrar till att skydda folkhälsan.[33] För att ett reklamförbud skall vara motiverat med hänsyn till skyddet för folkhälsan, krävs emellertid också att åtgärden står i proportion till det eftersträvade målet och att den varken utgör ett medel för godtycklig diskriminering eller innefattar en förtäckt begränsning av handeln mellan medlemsstaterna.

EG-domstolen framhöll att det inte hade framkommit några uppgifter i målet som gav anledning att anse att de folkhälsoskäl som åberopats av den svenska regeringen hade missbrukats och utnyttjats för att diskriminera varor från andra medlemsstater eller indirekt skydda vissa inhemska produkter.[34] Det var således inte fråga om diskriminering. Därefter konstaterade domstolen att bedömningen av huruvida det reklamförbud som målet vid tingsrätten gällde var proportionerligt, och särskilt bedömningen av huruvida det eftersträvade målet skulle kunna uppnås genom förbud eller begränsningar som var mindre omfattande eller som påverkade handeln inom gemenskapen i mindre utsträckning, förutsatte en undersökning av de faktiska och rättsliga omständigheter som kännetecknade förhållandena i medlemsstaten

32. Dom av den 8 mars 2001 i mål C-405/98, Gourmet International Products, REG 2001, s. I-1795.

33. Se dom av den 10 juli 1980 i mål 152/78, kommissionen mot Frankrike, REG 1980, s. 2299, punkt 17, och av den 25 juli 1991 i de förenade målen C-1/90 och C-176/90, Aragonesa de Publicidad Exterior och Publivía, REG 1991, s. I-4151, punkt 15, svensk specialutgåva, volym 11, s. I-373.

34. Dom av den 14 december 1979 i mål 34/79, Henn och Darby, REG 1979, s. 3795, punkt 21, svensk specialutgåva, volym 4, s. 637.

och att tingsrätten var bättre skickad att göra denna undersökning än EG-domstolen.

5.6.2 *Stockholms tingsrätt*

Efter att ha erhållit förhandsavgörandet från EG-domstolen beslutade Stockholms tingsrätt i dom av den 4 mars 2002[35] att lämna KO:s talan utan bifall. Tingsrätten fann sammanfattningsvis att förbudet – när skyddssyftet ställdes mot förbudets betydelse som handelshinder enligt artiklarna 28 och 49 EG – måste betecknas som alltför långtgående och därmed oproportionellt i EG-rättslig mening. Konsekvensen blev att det åberopade förbudet mot alkoholreklam i kommersiella annonser i tidningar inte kunde tillämpas. Därmed saknades grund för att ålägga GIP något vitesförbud. KO överklagade tingsrättens dom till Marknadsdomstolen.

5.6.3 *Marknadsdomstolen*

Marknadsdomstolen[36] konstaterade med hänvisning till den nationella handlingsplanen för att förebygga alkoholskador och till förarbetena till alkohollagen att den svenska alkoholpolitiken i första hand syftar till en begränsning av alkoholkonsumtionen och därmed en begränsning av alkoholmissbruket. Proportionalitetsprövningen innefattar således en prövning av annonsförbudets ändamålsenlighet i förhållande till detta folkhälsomål. Marknadsdomstolen konstaterade att det förelåg ett i sammanhanget tillräckligt samband mellan folkhälsomålet och annonsförbudet för att detta skulle kunna bedömas som ändamålsenligt när det gällde att skydda folkhälsan. Marknadsdomstolen konstaterade dock att staten har tillgång till ett flertal styrmedel för att påverka alkoholkonsumtionen i landet. Till de viktigare hör prisinstrumentet och detaljhandelsmonopolet. Andra åtgärder är t.ex. begränsade öppettider, restriktiva serveringsbestämmelser samt information och hälsoupplysning. Marknadsdomstolen menade att utredningen i målet gav vid handen att annonsförbudets betydelse för uppnåendet av folkhälsomålet skulle anses vara väsentligt mindre än betydelsen av de övriga åtgärder som särskilt framhållits i den nationella handlingsplanen. Det kunde därför ifrågasättas om det inte för uppnåendet av folkhälsomålet fanns alternativ som var mindre långtgående än annonsförbudet när det gällde begränsningen av handeln inom gemenskapen. Marknadsdomstolen vägde

35. Mål T 8-1111-97.
36. Dom av den 5 februari 2003 (MD 2003:5).

slutligen de negativa effekterna av inskränkningen i den fria rörligheten för varor och tjänster mot det aktuella förbudets effekter när det gällde att skydda folkhälsan mot alkoholens skadeverkningar. Enligt Marknadsdomstolens mening borde proportionalitetsprövningen i detta fall innefatta en fullständig intressevägning mellan annonsförbudets fördelar för det allmänna och förbudets nackdelar för gemenskapshandeln. Frågan var om den fördel som det allmänna vann genom ingreppet stod i rimlig proportion till den skada som ingreppet förorsakade den enskilde. Härtill kom att det vid en proportionalitetsprövning skulle beaktas att effekten av reklamförbudet rimligen påverkades av alternativa möjligheter till reklam, såsom reklam i anslutning till försäljningsställen, utländska tidningar som säljs i Sverige, reklam via Internet och genom utländska TV-kanaler som når Sverige. Marknadsdomstolen nämnde även de redaktionella texter om alkohol som förekom i svensk dagspress, veckotidningar och tidskrifter, ofta med en lockande inramning. Sådant material hade ett innehåll och utseende som i praktiken kunde tänkas påverka allmänheten på motsvarande sätt som alkoholreklam och var förhållandevis omfattande.

Marknadsdomstolen hänvisade slutligen till att alkohollagstiftningen innehöll restriktioner för alla former av alkoholreklam. Som exempel nämndes förbud mot reklam i TV och radio, reklam som riktade sig särskilt till barn och ungdom samt krav på särskild måttfullhet i reklamen. I sammanhanget skulle också beaktas de samlade styrmedel som staten hade till sitt förfogande för skyddet av folkhälsan och, såsom tidigare anförts, annonsförbudets begränsade relativa betydelse i förhållande till dessa styrmedel bland vilka detaljhandelsmonopolet ansågs vara ett av de mest effektiva instrumenten. Vid en samlad bedömning av de redovisade omständigheterna fann Marknadsdomstolen att annonsförbudet i dess dåvarande utformning fick bedömas vara föga effektivt i förhållande till sitt syfte.

Marknadsdomstolen fann därför i likhet med tingsrätten att förbudet – när skyddssyftet ställdes mot förbudets betydelse som handelshinder enligt artiklarna 28 och 49 EG – var att beteckna som alltför långtgående och därmed oproportionellt i EG-rättslig mening.[37]

37. För reflektioner över Marknadsdomstolens dom, se bl.a. Warnling-Nerep, W., *Gourmet-målet än en gång: Folkhälsoskälen var inte tillräckliga*, ERT 2003, s. 435, Bernitz, U., *Gourmet-målet: Marknadsdomstolen finner annonseringsförbudet för alkohol otillåtet enligt EG-rätten*, ERT 2003, s. 572, Otken Eriksson, I., *Marknadsdomstolens dom i Gourmet-målet: resonemang kring proportionalitet*, ERT 2003, s. 585 och Abrahamsson, O., *Handlar normprövningsdebatten om rätt saker*, SvJT 2007, s. 779.

5.7 Rosengrenmålet

I Gourmetmålet gjordes alltså en mycket ingående proportionalitetsprövning av de svenska domstolarna, och förbudet mot alkoholreklam ansågs oförenligt med artiklarna 28 och 49 EG. Det fanns i detta mål inte stöd för att hävda att en prövning i stället kunde göras enligt artikel 31 EG, eftersom reklamförbudet uppenbarligen inte var en bestämmelse som rörde monopolet och dess funktionssätt. Frågan om förhållandet mellan artikel 28 EG och 31 EG ställdes i stället på sin spets i målet *Rosengren*[38] som gällde de svenska reglerna för *privatinförsel av alkoholhaltiga drycker*, dvs. de regler som hindrar distansförsäljning av alkoholhaltiga drycker till privatpersoner hemmahörande i Sverige. Det svenska förbudet mot privatimport har ifrågasatts i många rättsprocesser vid svenska domstolar och hamnade till slut i Högsta domstolen, som begärde ett förhandsavgörande från EG-domstolen. En avgörande fråga i målet var om de svenska reglerna för privatimport, som enbart medger att Systembolaget ombesörjer import av alkoholhaltiga drycker för privatpersoners räkning, var *nödvändiga* för själva monopolet (artikel 31 EG), eller om de skulle betraktas som sammanhängande åtgärder som kunde prövas självständigt (och därmed bli föremål för en separat proportionalitetsprövning inom ramen för artikel 28 EG).[39]

5.7.1 *Generaladvokaternas bedömning*

Generaladvokat Tizzano lämnade sitt förslag till avgörande i målet den 30 mars 2006. Han ansåg att det följde av Franzéndomen att samtliga bestämmelser avseende det svenska monopolet och dess funktionssätt, inbegripet de som inte rör detaljhandelsbolagets ensamrätt, skulle granskas mot bakgrund av artikel 31 EG. Detta innebar enligt generaladvokaten att, förutom bestämmelserna avseende Systembolagets försäljningsorganisation och marknadsföring, samtliga bestämmelser avseende systemet för urval av varor, inbegripet bestämmelsen om privatinförsel, skulle bedömas mot bakgrund av artikel 31 EG.

Enligt generaladvokaten hade EG-domstolen sålunda redan slagit fast att uppgiften att importera alkoholdrycker på begäran av kunderna hade ett nära samband med utövandet av den särskilda funktion som Systembolaget hade enligt den svenska lagstiftningen, vilket bl.a. var att skapa en enda och kon-

38. Dom av den 5 juni 2007 i mål C-170/04, Rosengren, REG 2007, s. I-4071.
39. Se Bergström, M., *Lagligheten av de svenska alkoholinförselreglerna*, ERT 2004, s. 618.

trollerad försäljningskanal för drycker som omfattades av Systembolagets ensamrätt.

Mot denna bakgrund ansåg generaladvokaten inte att det var nödvändigt att pröva huruvida Systembolaget kunde fungera även utan förbudet mot privatimport. Det var därmed heller inte nödvändigt att undersöka huruvida det syfte för vilket Sverige hade inrättat Systembolaget kunde tillgodoses genom ett system som var mindre begränsande än det som användes i en annan medlemsstat. Den relevanta frågan var i stället *huruvida det föreskrivna förbudet hade ett nära samband med utövandet av den särskilda funktion som den nationella lagstiftaren tilldelat sitt monopol.*

Generaladvokaten argumenterade alltså för att en proportionalitetsprövning var överflödig när artikel 31 EG var tillämplig. Detta kan förklaras med att det enbart är regler som är *nödvändiga* för monopolets funktionssätt som kan upprätthållas med stöd av artikel 31 EG. I denna avgränsning ligger, som nämnts ovan, redan en slags proportionalitetsprövning.

Efter att generaladvokat Tizzano lagt fram sitt förslag till avgörande ändrades EG-domstolen handläggningen av målet så att detta skulle behandlas av en stor avdelning med 13 domare i stället för på en avdelning med fem domare. En ny muntlig förhandling hölls och ett nytt generaladvokatsyttrande behövdes. Skälet till att antalet ledamöter utökades var troligen att domstolen ansåg att frågan om gränsdragningen mellan artikel 28 EG och 31 EG hade större principiell betydelse än man initialt hade bedömt vara fallet. Den italienska generaladvokaten Tizzano hade under tiden lämnat sin tjänst som generaladvokat vid EG-domstolen för att bli domare vid samma instans och ersatts av den tidigare domaren i förstainstansrätten Mengozzi. Den senare ansåg i likhet med Tizzano att det svenska förbudet mot privatimport av alkoholdrycker i alkohollagen hade ett nära samband med detaljhandelsmonopolet för alkohol och dess funktionssätt. Han fäste vikt vid att syftet med att förbjuda försäljningskanaler för privatimport vid sidan av Systembolaget var att skapa en enda och kontrollerad försäljningskanal för alkoholhaltiga drycker. Förbudet mot privatimport skulle därmed prövas mot bakgrund av artikel 31 EG om handelsmonopol och inte artikel 28 EG om den fria rörligheten för varor.

Vid sin bedömning enligt artikel 31 EG fann generaladvokat Mengozzi att förbudet mot privatimport i sig inte missgynnade varor från andra medlemsstater inom ramen för alkohollagen. Tvärtom försattes dessa varor i samma situation som de inhemska varorna. I båda fallen kunde privatpersoner endast köpa varorna i Systembolagets butiker och via dess ombud, och om varorna inte ingick i sortimentet kunde de i båda fallen beställas genom Systembolaget.

Det svenska förbudet mot privatimport var därför enligt generaladvokaten i princip förenligt med EG-fördraget. Generaladvokatens bedömning kan ses som ett uttryck för det decentraliserade eller antiprotektionistiska synsätt som berördes ovan. Eftersom någon skillnad i behandling inte förelåg mellan svenska och utländska varor, analyserade inte generaladvokaten vilka verkningar det svenska förbudet hade på marknaden och inte heller om den svenska politiken kunde genomföras med mindre ingripande åtgärder i ett handelsperspektiv.

5.7.2 *EG-domstolens bedömning*[40]

EG-domstolen påpekade att bestämmelserna om monopolet och dess funktionssätt skall prövas mot bakgrund av artikel 31 EG, som är den specialbestämmelse som är tillämplig på ett statligt handelsmonopols utövande av sin ensamrätt.[41]

Den inverkan som andra nationella bestämmelser, vilka kan skiljas från monopolets funktionssätt även om de påverkar detsamma, har på handeln inom gemenskapen skall däremot undersökas mot bakgrund av artikel 28 EG.

EG-domstolen prövade sålunda, precis som de bägge generaladvokaterna, om det svenska förbudet mot privatinförsel av alkohol rörde monopolet eller dess funktionssätt.

Domstolen definierade emellertid monopolets särskilda funktion mycket snävare än generaladvokaterna.[42] Den påpekade att monopolets särskilda funktion enligt alkohollagen består i en ensamrätt att sälja alkoholdrycker till konsumenter i Sverige, med undantag för restaurangbranschen. Det kunde därmed konstateras att *ensamrätten inte omfattade import av nämnda drycker.* Privatimportförbudet omfattades sålunda inte av reglerna som rörde monopolets utövande av sin ensamrätt att bedriva detaljhandel med alkoholdrycker i Sverige.

Detta förhållande förändrades heller inte av att Systembolaget i princip var skyldigt att importera samtliga alkoholdrycker på konsumentens begäran och bekostnad. Det handlade i detta fall inte om en egentlig reglering av

40. Dom av den 5 juni 2007 i mål C-170/04, Rosengren, REG 2007, s. I-4071.

41. Dom av den 17 februari 1976 i mål 91/75, Miritz, REG 1976, s. 217, punkt 5, av den 20 februari 1979 i mål 120/78, Rewe-Zentral, kallad Cassis de Dijon, REG 1979, s. 649, punkt 7, svensk specialutgåva, volym 4, s. 377, av den 13 mars 1979 i mål 91/78, Hansen, REG 1979, s. 935, punkterna 9 och 10, av den 14 december 1995 i mål C-387/93, Banchero, REG 1995, s. I-4663, punkt 29, och av den 23 oktober 1997 i mål C-189/95, Franzén, REG 1997, s. I-5909, punkt 35.

42. Se för en utförlig jämförelse Johansson, M., *Rosengren – a "Franzén light"?*, ERT 2007, s. 608, 613 ff.

monopolets funktionssätt, eftersom åtgärden inte hänförde sig till villkoren för detaljhandeln med alkoholdrycker i Sverige. I synnerhet hade den inte till syfte att reglera vare sig monopolets system för urval av varor, dess försäljningsorganisation eller salu- och marknadsföringen av de varor som monopolet distribuerade. Domstolen tillade att förbudet var en följd av bestämmelserna i alkohollagens fjärde kapitel, som avsåg partihandel, vilket i sig indikerade att det inte rörde monopolets funktionssätt i detaljhandelsledet.

Mot denna bakgrund saknade artikel 31 EG betydelse vid prövningen av huruvida det svenska förbudet mot privatimport var förenligt med gemenskapsrätten. I stället skulle privatimportförbudet prövas mot bakgrund av artikel 28 EG.

EG-domstolen konstaterade att förbudet mot privatimport utgjorde ett handelshinder i den mening som avses i artikel 28 EG. Den framhöll också att konsumenter som använde sig av Systembolagets tjänster för att anskaffa alkoholdrycker som måste importeras drabbades av ett flertal olägenheter som de inte skulle ha haft om de själva hade importerat dryckerna. De berörda konsumenterna måste fylla i ett beställningsformulär i en av Systembolagets butiker, återkomma för att skriva under beställningen när leverantörens anbud har godtagits och sedan hämta ut varorna. En beställning godtogs dessutom endast om den avsåg import av ett visst minsta antal flaskor. Konsumenten hade heller ingen kontroll över vare sig omständigheterna för transporten eller hur de beställda flaskorna förpackades och kunde inte välja vilken typ av flaskor som skulle beställas. Domstolen konstaterade också att det pris som faktureras köparen alltid omfattade, utöver den kostnad som leverantören fakturerat för dryckerna, ersättning för Systembolagets administrativa kostnader och transportkostnader samt en marginal på 17 procent som köparen i princip inte hade varit tvungen att betala om han själv hade direktimporterat varorna.

Den avgörande frågan var därför om de svenska reglerna var berättigade av hänsyn till folkhälsan och stod i proportion till sitt syfte.

EG-domstolen framhöll att det följer av fast rättspraxis att människors hälsa och liv intar den främsta platsen bland de värden och intressen som skyddas genom artikel 30 EG, och att det ankommer på medlemsstaterna att, inom de gränser som uppställs genom fördraget, fastställa på vilken nivå de vill säkerställa detta skydd.[43]

Den framhöll också att bestämmelser som har till syfte att genom styrning av alkoholkonsumtionen förebygga de samhälleliga, sociala och medicinska

43. Se dom av den 11 december 2003 i mål C-322/01, Deutscher Apothekerverband, REG 2003, s. I-14887, punkt 103 och där angiven rättspraxis.

skadeverkningarna av alkoholhaltiga ämnen, och därigenom motverka alkoholmissbruk, bidrar till att skydda folkhälsan och allmän ordning i enlighet med artikel 30 EG.[44]

EG-domstolen framhöll emellertid att en nationell reglering eller praxis därutöver måste vara *nödvändig* för att effektivt kunna skydda människors hälsa och liv. Den kan inte grundas på det undantag som föreskrivs i artikel 30 EG när människors hälsa och liv *kan ges ett lika effektivt skydd genom åtgärder som i mindre omfattning hindrar handeln inom gemenskapen.*

Den svenska regeringen hade anfört att förbudet grundades på behovet av en allmän begränsning av alkoholkonsumtionen. EG-domstolen ifrågasatte om förbudet verkligen hade denna effekt. Den konstaterade att förbudet mot att privatpersoner direktimporterar alkoholdrycker visserligen begränsar konsumenternas inköpskällor och i viss mån kan bidra till att förebygga skadeverkningarna av nämnda drycker, genom att anskaffningen försvåras. Enligt 5 kap. 5 § alkohollagen kan konsumenterna emellertid *alltid begära att Systembolaget anskaffar dessa varor.* Mot denna bakgrund menade domstolen att förbudet mot att privatpersoner direktimporterar alkoholdrycker framstår som ett sätt att främja en distributionskanal för dessa varor genom att styra efterfrågan på drycker som måste importeras till Systembolaget. Med hänsyn till det åberopade syftet, det vill säga en allmän begränsning av alkoholkonsumtionen för att skydda människors hälsa och liv, kunde förbudet däremot *inte anses ändamålsenligt för att uppnå syftet*, eftersom dess effekt i detta hänseende snarast var marginell.

Den svenska regeringen hade även gjort gällande att förbudet mot privatimport hade till syfte att skydda ungdomar från alkoholkonsumtionens skadeverkningar genom att styra efterfrågan till Systembolaget. Systembolaget, som är skyldigt att kontrollera kundernas ålder, får endast sälja alkoholdrycker till personer som har fyllt 20 år. I 4 kap. 2 § andra stycket alkohollagen föreskrivs även att resande som inte har fyllt 20 år, till skillnad från äldre personer, inte får importera alkohol till Sverige.

EG-domstolen betonade att det svenska importförbudet skulle *tillämpas på envar, oavsett ålder.* Enligt domstolen var det därför *uppenbart att förbudet gick utöver vad som är nödvändigt för att uppnå det eftersträvade målet att skydda ungdomar från alkoholkonsumtionens skadeverkningar.*

Den anförde att när det gällde behovet av en ålderskontroll, hade den nationella lagstiftningen till syfte att inrätta ett centraliserat och sammanhängande distributionssystem för alkoholdrycker genom att förbehålla Sys-

44. Se dom av den 28 september 2006 i mål C-434/04, Ahokainen och Leppik, REG 2006, s. I-9171, punkt 28.

tembolagets butiker försäljningen av importerade alkoholdrycker. Monopolets anställda skulle härigenom, i enlighet med det eftersträvade målet, på ett konsekvent sätt kunna förvissa sig om att varorna endast lämnas ut till personer som har fyllt 20 år.

EG-domstolen påpekade dock att det även förekommer andra system för distribution av alkoholdrycker som innebär att ansvaret för nämnda kontroll överförs till tredje man. Domstolen observerade att ålderskontrollen kan genomföras i samband med att ett av Systembolagets ombud levererar alkoholdrycker utanför Systembolagets lokaler, såsom exempelvis i livsmedelsbutiker eller på bensinstationer. Dessutom är förekomsten av en sådan kontroll inte i sig klart fastställd eller möjlig att kontrollera när Systembolaget levererar alkoholdrycker med post eller allmänt kommunikationsmedel till lämplig hållplats eller station. EG-domstolen menade att vid detta förhållande säkerställs inte till fullo att ålderskontrollen av de personer till vilka alkoholdrycker lämnas ut är fullkomligt effektiv under alla omständigheter, och det syfte som eftersträvas med det aktuella systemet uppnås således endast delvis.

EG-domstolen ansåg att målet att skydda ungdomars hälsa kunde uppnås på ett minst lika effektivt sätt genom tänkbara åtgärder som inte undergrävde principen om fri rörlighet för varor i samma utsträckning och som kunde ersätta det aktuella förbudet. I detta avseende påpekade EG-domstolen att kommissionen oemotsagd hade gjort gällande att ålderskontroller kunde genomföras genom en deklaration i vilken de importerade dryckernas adressat, på ett formulär som bifogades varorna i samband med importen, intygade att han har fyllt 20 år. De uppgifter som framkommit i målet tydde enligt domstolen inte i sig på att ett sådant system, förenat med lämpliga straffrättsliga sanktioner vid överträdelser, nödvändigtvis vore mindre effektivt än det system som tillämpades av Systembolaget.

EG-domstolens slutsats var därför *att det inte var styrkt* att det svenska förbudet mot privatimport av alkohol stod i proportion till syftet att skydda ungdomar mot alkoholkonsumtionens skadeverkningar.

5.7.3 *Kommentar*

Flera intressanta slutsatser kan dras av Rosengrendomen. *För det första* visar den vilken stor betydelse proportionalitetsprincipen har som komplement till likabehandlingsprincipen. I domen konstaterade EG-domstolen både att det svenska förbudet mot privatimport är socialpolitiskt motiverat och inte leder till diskriminering eller indirekt skydd av inhemska produkter. De svenska reglerna var således berättigade av hänsyn till ett allmänintresse och

förenliga med likabehandlingsprincipen. Genom sin proportionalitetsprövning gick emellertid EG-domstolen längre och granskade om den svenska politiken var effektiv och verkningsfull i förhållande till sitt ursprungliga syfte. Det var i detta avseende som den menade att det svenska systemet inte kunde rättfärdigas. Enligt EG-domstolen kunde inte förbudet mot privatimport motiveras av folkhälsoskäl när Systembolaget hursomhelst var skyldigt att importera alla produkter som dess kunder efterfrågade. Ett totalförbud kunde inte heller motiveras av hänsyn till ålderskontrollen, eftersom förbudet dels träffade en alltför vid krets av personer, dels inte medgav en 100-procentig ålderskontroll, med anledning av att Systembolaget använder sig av mellanhänder för leverans av varorna.

För det andra visar Rosengrenmålet med all önskvärd tydlighet att bedömningen enligt artikel 28 EG och 31 EG skiljer sig väsentligt åt. Resonemanget i *Franzéndomen*, som bekräftades i *Hannerdomen*, ger i huvudsak uttryck för det antiprotektionistiska synsättet. EG-domstolen tycks i dessa mål nöja sig med att kontrollera att likabehandlingsprincipen, inklusive de strukturella garantierna för likabehandling, respekteras. Proportionalitetsprincipen blir endast aktuell utanför tillämpningsområdet för artikel 31 EG. Den principiella lämpligheten i detta kan diskuteras. Som har anförts ovan kan diskuteras om denna rättsutveckling är hållbar på sikt. Kan EG-domstolen, om frågan ställs på sin spets, verkligen hävda att proportionalitetsprincipen – som är en allmän rättsprincip inom EG-rätten – saknar betydelse vid en prövning enligt artikel 31 EG?[45]

För det tredje går EG-domstolen i Rosengrenmålet emot en tydlig tendens i sin egen rättspraxis att i allt högre grad överlämna den slutliga proportionalitetsbedömningen till den nationella domstolen. Bakgrunden till att EG-domstolen överlämnar proportionalitetsfrågan i sina förhandsavgöranden är att den inom ramen för detta förfarande inte är behörig att uttala sig om nationell rätt. Den skall enligt artikel 234 EG enbart tolka gemenskapsrätten eller uttala sig om dess giltighet. Det är den nationella domstolen som skall tillämpa EG-rätten i det enskilda fallet. Ett tydligt exempel på att proportionalitetsfrågan delegerades till den nationella domstolen är det s.k. *Gourmetmålet*, som berördes ovan, där Stockholms tingsrätt, och efter överklagande Marknadsdomstolen, fann att det svenska förbudet mot alkoholreklam i periodiska skrifter var onödigt långtgående.[46]

45. Jfr Hettne, J., *Fritt fram för nätsprit? – Har EG-domstolen bytt fot*, a.a., s. 91 ff.

46. För en mer principiell genomgång av denna problematik, se Öberg, U., *Tre lösa trådar: mer om förarbeten, statens processföring vid EG-domstolen och det gemenskapsrättsliga uppenbarhetsrekvisitet*, SvJT 2003, s. 505–520 och Hettne, J. och Otken Eriksson, I., *EU-rättslig metod – Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, a.a., s. 150 ff.

För det fjärde tilldelade EG-domstolen inte svenska staten något som helst utrymme för skönsmässig bedömning inom ramen för den proportionalitetsbedömning som utfördes i Rosengrenmålet. Detta står i stark kontrast till EG-domstolens bedömningar i mål där *gemenskapslagstiftarens* behörighet att anta åtgärder granskas, t.ex. på området för fri rörlighet. Förenklat kan sägas att EG-domstolen har varit relativt tolerant vad avser gemenskapslagstiftarens utrymme för att handla och relativt sträng vad avser medlemsstaternas möjligheter att göra avsteg från reglerna om fri rörlighet. Det är omdiskuterat om bedömningen i de två situationerna verkligen bör skilja sig åt, eftersom det egentligen är samma situation som regleras. Det är i båda fallen fråga om utrymmet för att reglera den fria rörligheten på den gemensamma marknaden, exempelvis genom att besluta vilka krav en produkt skall uppfylla för att kunna cirkulera fritt.[47] Det råder emellertid numera i princip enighet i doktrinen om att EG-domstolen tillämpar två olika måttstockar, ett uppenbarhetstest vad gäller gemenskapslagstiftarens möjlighet att handla (ett lagstiftningsval underkänns endast om det är uppenbart felaktigt[48]) och ett mer strikt test vad gäller nationella åtgärder (inget generellt uppenbarhetskriterium, utan en konkret undersökning för att se om syftet med åtgärden kan tillgodoses genom mindre ingripande åtgärder). Detta kan förklaras med att domstolen i de bägge situationerna väger olika intressen mot varandra. I fråga om gemenskapslagstiftarens behörighet vägs enskilda individers intressen mot gemenskapens regleringsintressen. När det är fråga om nationella åtgärder vägs i stället nationella, dvs. ensidiga, regleringsintressen mot EU:s intresse av fri rörlighet. EG-domstolens mer restriktiva förhållningssätt när det gäller nationella åtgärder kan förklaras med att det här är fråga om en undantagssituation (huvudregeln är fri rörlighet) och att det presumtivt finns en större risk för att protektionistiska syften döljer sig bakom regleringen.[49]

Det finns emellertid en tänkbar förklaring till EG-domstolens resonemang i Rosengrendomen, som ger svar på flera av dessa frågor. Parallellt med Rosengrenmålet fördes en fördragsbrottstalan mot Sverige rörande samma rättsfråga. Denna inleddes redan den 25 oktober 2002, men avslutades inte förrän genom dom av den 4 oktober 2007, dvs. efter Rosengren-

47. Se exempelvis Öberg, U., *Tre lösa trådar* ..., a.a., s. 514–519.

48. Se exempelvis dom av den 13 november 1990 i mål C-331/88, Fedesa m.fl., REG 1990, s. I-4023, punkterna 13–14, och dom av den 13 maj 1997 i mål C-233/94, Tyskland mot Europaparlamentet och rådet, REG 1997, s. I-2405, punkt 56.

49. Hettne, J. och Otken Eriksson, I., *EU-rättslig metod – Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, a.a., s. 152.

domen.[50] Den argumentation som kommissionen grundade fördragsbrottsärendet på tycks ha givit tydliga avtryck i Rosengrendomen. Kommissionens huvudinvändning mot det svenska systemet var t.ex. att konsumenter på den svenska marknaden kan köpa så mycket vin, starköl och spritdrycker de önskar och så ofta de vill på Systembolaget, varför förbudet mot privatimport av alkoholdrycker inte kunde anses motiverat av folkhälsoskäl. I detta sammanhang är det viktigt att understryka de skillnder som finns mellan ett förhandsavgörande (artikel 234 EG) och en fördragsbrottstalan (artikel 226 EG). Av intresse är framför allt två aspekter. För det första utför, när så erfordras, alltid EG-domstolen en proportionalitetsprövning själv i ett fördragsbrottsärende. EG-domstolen samarbetar inte med någon annan domstol i denna typ av ärenden och måste således själv pröva ärendet i dess hela vidd. För det andra är det olika bevisbörderegler i ett förhandsavgörande än i ett fördragsbrottsärende. I ett förhandsavgörande har medlemsstaten bevisbördan för att en nationell åtgärd som är handelshindrande grundas på ett tvingande samhällsintresse och uppfyller kravet på proportionalitet, dvs. medlemsstaten skall visa att åtgärden är nödvändig samt att det inte finns något mindre handelsbegränsande alternativ som kan uppnå samma syfte som den aktuella åtgärden. I ett fördragsbrottsärende ligger emellertid bevisbördan på kommissionen, som bl.a. måste visa att det finns alternativ som är mindre störande för handeln. I Rosengrendomen hanterade EG-domstolen bevisbördefrågan på ett sätt som kan kritiseras. EG-domstolen ansåg sannolikt att det var rationellt och processekonomiskt att pröva proportionalitetsfrågan fullt ut i förhandsavgörandet, eftersom den hursomhelst var skyldig att utföra en sådan bedömning i fördragsbrottsärendet. Konsekvensen härav blev emellertid att den svenska regeringen fick bära bevisbördan för att den svenska lagstiftningen var förenlig med proportionalitetsprincipen direkt i processen vid EG-domstolen, dvs. utan att Högsta domstolen fick möjlighet att utreda detta särskilt. Vidare prövade aldrig kommissionen huruvida kraven på bevisning i fördragsbrottsärendet var uppfyllda trots att den svenska regeringen i målet mellan kommissionen och Sverige argumenterade för att kommissionen inte hade styrkt det påstådda fördragsbrottet. EG-domstolen konstaterade bara att frågan redan var avgjord i Rosengrendomen och att kommissionens talan följaktligen skulle bifallas. Det hade varit mer korrekt från principiell utgångspunkt om domstolen hade vänt på ordningen och prövat fördragsbrottsärendet först och därefter, om nödvändigt, förhandsavgörandet.

50. Dom av den 4 oktober 2007 i mål C-186/05, kommissionen mot Sverige, REG 2007, s. I-129.

Konsekvenserna av Rosengrendomen utreds i skrivande stund av alkohollagsutredningen som skall leverera sitt slutbetänkande den 31 december 2008.[51] I ett delbetänkandet "Några alkoholfrågor med EG-rättslig anknytning" föreslår utredningen att förbudet mot privatimport av alkohol tas bort. I stället föreslås att personer över 20 år får importera alkoholhaltiga drycker för privat bruk och att den som lämnar ut varorna måste förvissa sig om att mottagaren är minst 20 år gammal. Skatt skall som tidigare betalas i Sverige, även om man redan betalt skatt i ursprungslandet. Myndigheterna i ursprungslandet skall sedan kunna återbetala där erlagd skatt.

5.8 Spelmonopolet

Som framgått har proportionalitetsprincipens betydelse varierat när det gäller de svenska monopolen för alkohol och apotek. Monopolens grundvalar har inte utsatts för något proportionalitetstest. Skälet till detta är som framgått att någon proportionalitetsprövning inte görs inom ramen för artikel 31 EG. Endast när åtgärder faller utanför tillämpningsområdet för denna artikel, som i *Gourmet-* och *Rosengrenmålen*, har proportionalitetsprincipen fått en avgörande betydelse. När det gäller spelmonopol är situationen annorlunda. Här är det proportionalitetsprincipen som är i fokus, även om det är oklart hur ingående prövningen egentligen skall vara. Spelmonopol är vanligt förekommande i EU:s medlemsländer och EG-domstolen har i en rad avgöranden prövat om skilda länders ordningar är förenliga med EG-rätten. Domstolen har länge intagit en försiktig hållning och inte på allvar kritiserat något medlemslands ordning för spel.[52] Detta står i kontrast med rättspraxis på andra områden där EG-domstolen under samma tidsperiod har varit relativt sträng när det gäller medlemsstaternas möjlighet att få gehör för handelsbegränsande ordningar. Illustrativt för EG-domstolens försiktiga hållning på spelområdet är följande uttalande i *Schindler*-målet:[53]

> "För det första kan man ... inte bortse från de moraliska, religiösa eller kulturella betänkligheter som finns i samtliga medlemsstater när det gäller lotterier, liksom andra typer av spel om pengar. Medlemsstaterna tenderar allmänt att begränsa och till och med att förbjuda spel om pengar och att förhindra att de blir en

51. Direktiv 2007:127.

52. Se t.ex. dom av den 24 mars 1994 i mål C-275/92, Schindler, REG 1994, s. I-1039, av den 21 september 1999 i mål C-124/97, Läärä m.fl., REG 1999, s. I-6067, och av den 21 oktober 1999 i mål C-67/98, Zenatti, REG 1999, s. I-7289.

53. Dom av den 24 mars 1994 i mål C-275/92, Schindler, REG 1994, s. I-1039, punkterna 60–61.

inkomstkälla för enskilda. För det andra skall det påpekas att mot bakgrund av de betydande belopp som kan inkasseras och de vinster spelarna kan erhålla, framför allt i lotterier som anordnas i stor skala, innebär lotterier höga risker för brott och bedrägerier. Lotterierna utgör dessutom ett incitament till utgifter som kan få skadliga konsekvenser för enskilda och för samhället. Slutligen är det inte utan betydelse, trots att det inte i sig kan anses utgöra ett objektivt berättigande, att lotterierna på ett avgörande sätt kan bidra till finansieringen av ideella eller allmännyttiga verksamheter såsom socialt arbete, välgörenhetsarbete, idrott eller kultur.

Dessa speciella omständigheter berättigar att de nationella myndigheterna ges ett tillräckligt utrymme för skönsmässiga bedömningar när det gäller att fastställa vad som krävs för att skydda spelarna och mer allmänt, med beaktande av varje medlemsstats sociala och kulturella särart, för att bevara ordningen i samhället, både vad gäller sättet att anordna lotterier, insatsernas storlek och användningen av de intäkter de genererar. Under dessa omständigheter är det deras sak att bedöma inte bara om det är nödvändigt att begränsa lotteriverksamheten, utan även att förbjuda den, förutsatt att dessa inskränkningar inte är diskriminerande."

I senare mål rörande liknande frågor har EG-domstolen överlämnat denna till synes begränsade proportionalitetsbedömning till de nationella domstolar som har begärt förhandsavgörandet.[54] I de fall där EG-domstolen överlämnar proportionalitetsbedömningen uppstår frågan hur den nationella domstolen skall utföra bedömningen. Det ligger nära till hands att anta att den nationella domstolen skall utföra en proportionalitetsbedömning på samma sätt som EG-domstolen själv skulle ha genomfört den. Vägledning kan därför hämtas i EG-domstolens praxis på området i fråga eller på närliggande områden. Det kan handla om tidigare förhandsavgöranden, där EG-domstolen uttryckligen har tagit ställning till proportionalitetsfrågan eller gjort vissa vägledande uttalanden, och det kan handla om fördragsbrottsmål, där ingen nationell domstol är involverad och EG-domstolen därför är skyldig att själv ta slutgiltigt ställning i proportionalitetsfrågan. Proportionalitetsbedömningen bör rimligtvis bli densamma i båda dessa situationer.[55] På senare tid har EG-domstolen gett allt tydligare anvisningar om vad den nationella domstolen skall beakta när den utför sin proportionalitetsprövning i fråga om spelmonopol. Mot denna bakgrund är det tveksamt om proportionalitetsprövningen skall vara mer begränsad på detta område

54. Se dom av den 21 oktober 1999 i mål C-67/98, Zenatti, REG 1999, s. I-7289.

55. Se som exempel på ett mål där en nationell åtgärd blev ifrågasatt såväl genom en begäran om förhandsavgörande som genom en direkt talan anhängiggjord av kommissionen, dom av den 13 juli 2004 i mål C-262/02, kommissionen mot Frankrike, REG 2004, s. I-6569, och dom av den 13 juli 2004 i mål C-429/02, Bacardi, REG 2004, s. I-6613.

än andra. Ett mål där EG-domstolen tycks efterlysa en mer ingående proportionalitetsprövning är *Gambellimålet*[56], som berörs i det följande.[57]

5.8.1 *Gambellidomen*

Piergiorgio Gambelli och 137 andra personer förmedlade i Italien spelinsatser via Internet till den engelska bookmakern Stanley International Betting. I Storbritannien finns inget spelmonopol. I stället kan licenser utfärdas till privata "bookmakers" med stöd av engelsk lag. I Italien är däremot spelverksamhet förbehållen staten eller av staten bemyndigade koncessionshavare. Åtal väcktes mot Gambelli och de andra personerna för att de hade bedrivit förbjuden vadhållning och upptagit spelinsatser. Gambelli hävdade att de italienska bestämmelserna stred mot de gemenskapsrättsliga principerna om etableringsfrihet och friheten att tillhandahålla tjänster, och den italienska domstolen begärde att EG-domstolen skulle meddela ett förhandsavgörande i målet.

EG-domstolen konstaterade att den italienska lagen utgjorde en inskränkning i såväl etableringsfriheten som friheten att tillhandahålla tjänster. Den kunde därför bara rättfärdigas om den var nödvändig för att skydda konsumenter och ordningen i samhället eller av hänsyn till moraliska, religiösa eller kulturella betänkligheter, liksom moraliska och finansiella följder för den enskilde och samhället.

Domstolen underströk att det huvudsakliga syftet med regleringen måste vara ett sådant tvingande hänsyn, t.ex. behovet av att begränsa spelmöjligheterna. Den framhöll också att *syftet att erhålla intäkter för att stärka statskassan inte kan motivera en inskränkning i etableringsfriheten eller friheten att tillhandahålla tjänster.* Inskränkningarna får inte heller gå utöver vad som är nödvändigt och måste tillämpas på ett icke-diskriminerande sätt. Därefter gjorde domstolen ett uttalande som framstår som en skärpning av kraven på de statliga spelmonopolen. Den anförde att:

> "Om en medlemsstat uppmuntrar till att delta i lotterier, hasardspel eller vadhållning, i syfte att erhålla intäkter, kan denna stat inte åberopa hänsyn till behovet av att bevara ordningen i samhället för att motivera inskränkande åtgärder."

Domstolen uttalade slutligen att det är tveksamt om det är förenligt med proportionalitetsprincipen att bolag som är börsnoterade i andra medlems-

56. Domstolens dom av den 6 november 2003 i mål C-243/01, Gambelli, REG 2003, s. I-13031.

57. Gambellidomen har kommenterats av Ulf Bernitz i *Nationella spelmonopol i ljuset av Gambellimålet*, ERT 2004, s. 451.

stater hindras från erhålla koncessioner för att organisera sportvadhållning, eftersom det finns andra medel för att kontrollera sådana bolags bokföring och verksamhet.

5.8.2 *Det svenska spelmonopolet prövas*

Mot bakgrund av framför allt Gambellidomen har den svenska lotterilagstiftningen kritiserats för att bygga på andra syften än de som framhålls i lotterilagens förarbeten. Det har hävdats att Svenska Spel AB och AB Trav och Galopp, för svenska statens räkning, uppmuntrar till att delta i lotterier, hasardspel eller vadhållning, i syfte att erhålla intäkter. Sverige skulle därmed inte kunna åberopa t.ex. konsumenthänsyn som grund för monopolet. Under alla förhållanden har den svenska lagstiftningen kritiserats från ett proportionalitetsperspektiv, dvs. lagstiftningen påstås ingripa mer i handeln än som är nödvändigt. När ett statligt monopol tillåts bedriva en aggressiv marknadsföring och expansiv verksamhet aktualiseras frågan om den aktuella lagstiftningen står i proportion till sitt syfte att begränsa spelandet.[58]

I målet *Wermdö Krog*[59] prövade Regeringsrätten det svenska spelmonopolets överensstämmelse med EG-rätten. Regeringsrätten betonade att den centrala frågan i målet var att avgöra den svenska lagstiftningens reella syfte. Den uttalade att frågan var om medlemsstaternas restriktiva politik på området verkligen hade till huvudsakligt ändamål att skydda de nämnda godtagna enskilda och allmänna intressena och inte främst syftade till att styra över intäkterna av verksamheten till staten. Regeringsrätten fann fog för påståendet att Svenska Spel m.fl. lockade och uppmuntrade konsumenter att delta i lotterier, hasardspel eller vadhållning. Enligt Regeringsrätten var detta emellertid inte tillräckligt för att det svenska systemet skulle diskvalificeras gemenskapsrättsligt. Härutöver krävdes att åtgärderna vidtogs "i syfte att stärka statskassan", och det kunde inte förutsättas att inkomstaspekten skulle vara det enda eller helt dominerande motivet för en tolerant syn på spelbolagens reklamåtgärder. Regeringsrätten anförde att man i sammanhanget inte kunde bortse från att de av staten accepterade spelbolagen, trots att de inom landet befinner sig i en monopolsituation, *de facto* verkar på en konkurrensutsatt marknad, eftersom här boende är oförhindrade att via Internet eller på annat sätt delta i utomlands anordnade lotterier. Vill man kanalisera det spelintresse som bevisligen föreligger hos stora delar av befolkningen till

58. Meyrowitsch, A., Allroth, E. och Hettne, J., *EU och svenska monopol – teori, verklighet och framtid*, a.a., s. 87.

59. Regeringsrättens dom i Wermdö Krog av den 26 oktober 2004, Mål nr 5819-01, RÅ 2004 ref. 95.

verksamheter, som anses erbjuda bättre konsumentskydd och mindre risk för oegentligheter, kan man inte rimligen förvägra de bolag som med stöd av tillstånd ansvarar för sådan verksamhet att aktivt lansera sina produkter och ge dessa en utformning som attraherar de spelintresserade och förmår dem att föredra de statligt kontrollerade formerna framför andra varianter. Slutsatsen blev att spelbolagens stundom aggressiva marknadsföring inte utgjorde tillräckligt skäl för påståendet, att det huvudsakliga ändamålet med den svenska lotteriregleringen var att berika staten och statsunderstödda verksamheter.

När det gällde den egentliga proportionalitetsbedömningen hänvisade Regeringsrätten till tidigare lotteridomar från EG-domstolen. Den förklarade att det ankom på den nationella domstolen att kontrollera att regleringen med hänsyn till dess konkreta tillämpning verkligen tjänade sitt syfte, dvs. att skydda konsumenterna och ordningen i samhället, och framhöll att de nationella reglerna skulle vara ägnade att minska spelmöjligheterna och bidra till att begränsa verksamheten på ett sammanhängande och systematiskt sätt, samtidigt som de nationella myndigheterna inte fick uppmuntra till ökat spelande i syfte att stärka statskassan.

Efter dessa konstateranden fäste dock Regeringsrätten vikt vid det utrymme för skönsmässig bedömning som EG-domstolen uttalat att medlemsstaterna förfogade över när det gällde lotterilagstiftningen. Enligt Regeringsrätten föreföll proportionalitetskriteriet "spela en mindre framträdande roll" eftersom "bestämmelserna endast skall bedömas med hänsyn till de ändamål som eftersträvas och den skyddsnivå som de avser säkerställa" och det ankom därför på medlemsstaterna att reglera marknaden på ett sätt som inte "förefaller" eller "framstår som" oproportionerligt med hänsyn till det eftersträvade målet. Regeringsrättens slutsats blev att lotterilagstiftningen och dess tillämpning visserligen på olika punkter väckte frågor om förenligheten med de villkor som EG-domstolen i sammanhanget ställt upp, men att det svenska systemet ändå totalt sett fick anses motsvara kraven.

Regeringsrättens dom kan kritiseras. Det är visserligen korrekt att EG-domstolen i sina speldomar överlämnat åt de nationella domstolarna att kontrollera att den nationella lagstiftningen verkligen tjänar sina uttalade syften samt att de restriktioner som föreskrivs står i proportion till dessa syften.[60] Det är också riktigt att medlemsstaterna i avsaknad av regelharmonisering på EU-nivå för spel och lotterier, samt lotteriverksamhetens "mycket speciella karaktär", har givits ett utrymme för skönsmässig bedömning i sitt val av skyddsnivå.

60. Jfr dom av den 6 november 2003 i mål C-243/01, Gambelli, REG 2003, s. I-13031, punkt 75.

Dessa omständigheter innebär dock inte att frågan om lagstiftningens överensstämmelse med proportionalitetsprincipen bör tonas ner. Att medlemsstaterna givits utrymme att själva välja regleringsalternativ innebär inte att kravet på att den valda restriktionen skall vara nödvändig och stå i proportion till ett legitimt syfte bortfaller.[61] Som nämndes ovan kan man från EG-domstolens senare rättspraxis utläsa krav på en mer ingående proportionalitetsprövning i spelärenden. Även *Rosengrenmålet* är en tydlig fingervisning om att det skönsmässiga utrymmet för medlemsstaternas politiskt betonade val är högst begränsat om den förda politiken inte framstår som effektiv i förhållande till sitt syfte. Det är svårt att se att spelområdet skulle vara ett politiskt "känsligare" område än alkoholpolitiken.

Den nationella domstolen bör sålunda genomföra en proportionalitetsbedömning där regleringens verkliga effekt prövas, dvs. om den bidrar på ett sammanhängande och systematiskt sätt till att minska spelmöjligheterna och begränsa spelverksamheten.[62] Vid en sådan bedömning måste hänsyn tas till hur den svenska spel- och lotterimarknaden faktiskt ser ut idag, där tillgängligheten och marknadsföringen gör att spelmonopolets spelbegränsande syfte kan ifrågasättas. Det är uppenbart att det är mycket svårt, för att inte säga omöjligt, att stänga ute konkurrens på dagens elektroniska och gränslösa spelmarknad. Detta är ett skäl till att man försöker stärka konkurrenskraften hos monopolbolagen snarare än att begränsa tillgängligheten av spel och lotterier på marknaden. På detta sätt försöker man bevara monopolbolagens marknadsandelar i möjligaste mån. Mot denna bakgrund är det högst tveksamt om Spelmonopolet kan anses som effektivt i förhållande till syftet att begränsa spelandet.[63]

Wiklund och Bergman, ombud för spelföretaget Unibet i processen mot svenska staten, går längre i sin kritik.[64] De menar att Regeringsrätten överhuvudtaget inte har gjort någon prövning av om det föreligger sakförhållanden som skulle kunna rättfärdiga de inskränkningar i den fria rörligheten för tjänster och etablering som den svenska lotterilagstiftningen medför[65] och att Regeringsrätten inte alls har gjort någon proportionalitetsprövning.[66]

---

61. Se bl.a. dom av den 6 november 2003 i mål C-243/01, Gambelli, REG 2003, s. I-13031, punkt 65.

62. Meyrowitsch, A., Allroth, E. och Hettne, J., *EU och svenska monopol – teori, verklighet och framtid*, a.a., s. 67. Se också Wahl, N., *Vad är oddsen för att det svenska spelmonopolet är förenligt med EG-rätten? – Regeringsrättens dom i Wermdö Krog*, a.a., s. 124 ff.

63. Ibid.

64. Wiklund, O. och Bergman, H., *Europeiseringstendenser och domstolskritik i svensk rätt – Regeringsrättens domar i spelmålen*, a.a., s. 713.

65. Ibid., s. 717.

66. Ibid., s. 718.

Deras slutsats är att Regeringsrätten vid sin prövning bortsett från centrala EG-rättsliga principer och tillagt den svenska staten ett i princip obegränsat politiskt handlingsutrymme att införa inskränkningar på området för lotterier och spel.[67]

Ett viktigt argument som framfördes av Regeringsrätten var emellertid det s.k. kanaliseringsargumentet. Regeringsrätten uttryckte det på följande sätt:

> "Vill man kanalisera det spelintresse som bevisligen föreligger hos stora delar av befolkningen till verksamheter, som anses erbjuda bättre konsumentskydd och mindre risk för oegentligheter, kan man inte rimligen förvägra de bolag som med stöd av tillstånd ansvarar för sådan verksamhet att aktivt lansera sina produkter och ge dessa en utformning som attraherar de spelintresserade och förmår dem att föredra de statligt kontrollerade formerna framför andra varianter."

Kanaliseringsargumentet hade dittills inte prövats av EG-domstolen, men kom upp till prövning i målet *Placanica*.[68]

5.8.3 *Placanicadomen*

Målet rörde den italienska regleringen av speltjänster, vilken redan prövats flera gånger av EG-domstolen.[69] Enligt den italienska lagstiftningen krävs som tidigare nämnts koncession och polistillstånd för att delta i anordnandet av hasardspel, däribland upptagande av vadhållningsinsatser. Överträdelser av denna lagstiftning är straffbelagda och kan leda till fängelse i högst tre år.

Den italienska lagstiftningen grundas på ett koncessionssystem som tidigare inte var öppet för utländska börsnoterade bolag. Efter kritik från EG-domstolen ändrades emellertid systemet år 2002 så att alla kapitalassociationer, oberoende av i vilken form de bedrivs, får delta i anbudsförfaranden för beviljande av spellicenser. De tillstånd som hade meddelats drogs emellertid inte tillbaka och något nytt anbudsförfarande anordnades inte. Frågan som uppstod var om det i detta läge var möjligt att åtala den som samarbetade med spelföretag som, även om de har tillstånd att utöva sådan verksamhet i sin ursprungsstat, inte kunnat få det i Italien, eftersom ett nytt anbudsförfarande inte hade ägt rum.

---

67. Ibid., s. 720.

68. Dom av den 6 mars 2007 i de förenade målen C-338/04, C-359/04 och C-360/04, Placanica, REG 2007, s. I-1891.

69. Se de ovannämnda domarna av den 21 oktober 1999 i mål C-67/98, Zenatti, REG 1999, s. I-7289 och av den 6 november 2003 i mål C-243/01, Gambelli, REG 2003, s. I-13031.

EG-domstolen påpekade att även om medlemsstaterna är fria att fastställa målsättningarna för sin politik i fråga om hasardspel och vid behov exakt fastställa den eftersträvade skyddsnivån, skall de inskränkningar som föreskrivs likväl uppfylla de krav på proportionalitet som följer av domstolens rättspraxis.[70] Följaktligen skall det för varje inskränkning som föreskrivs i den nationella lagstiftningen undersökas särskilt om den är ägnad att säkerställa förverkligandet av den målsättning som den aktuella medlemsstaten har åberopat, och om inskränkningen inte går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå denna. Under alla omständigheter skall inskränkningarna tillämpas på ett icke-diskriminerande sätt.[71]

EG-domstolen konstaterade därefter att en aktör måste erhålla en koncession för att kunna bedriva hasardspel i Italien. Antalet koncessioner är begränsat till 1 000 för hästtävlingar och 1 000 för annan sport. Enligt den italienska regeringen är *det verkliga syftet* med dess lagstiftning att förhindra att hasardspelsverksamhet används i bedrägliga eller brottsliga syften och *att styra in den i banor som är möjliga att kontrollera* (kanaliseringsargumentet). Med detta perspektiv kan, enligt EG-domstolen, en kontrollerad expansiv politik på området för hasardspel vara helt i överensstämmelse med målet att locka över spelare som ägnar sig åt förbjuden och dold spel- och vadhållningsverksamhet till tillåten och reglerad verksamhet. Detta mål kan endast uppnås om de lagliga aktörerna utgör ett trovärdigt, men samtidigt attraktivt, alternativ till förbjuden verksamhet. Detta kan i sig innebära att det är nödvändigt att tillhandahålla ett omfattande spelsortiment, att göra reklam i viss omfattning och att använda ny distributionsteknik.

Domstolen konstaterade att ett koncessionssystem under dessa omständigheter i själva verket kan utgöra en effektiv mekanism som gör det möjligt att kontrollera de aktörer som är verksamma inom området för hasardspel för att förhindra att de bedriver sin verksamhet i bedrägliga eller brottsliga syften. Den påpekade att den inte hade tillgång till tillräckliga uppgifter om de faktiska omständigheterna för att bedöma begränsningen av det totala antalet koncessioner i förhållande till de krav som följer av gemenskapsrätten. De nationella domstolarna skulle därför pröva huruvida den nationella lagstiftningen, i den mån som den begränsade antalet aktörer på området för hasardspel, verkligen svarade mot det syfte som den italienska regeringen hade åberopat, nämligen att förhindra att verksamheten på detta område användes i bedrägliga eller brottsliga syften. På samma sätt skulle de pröva

70. Dom av den 13 november 2003 i mål C-42/02, Lindman, REG 2003, s. I-13519, punkt 25.

71. Se, för ett liknande resonemang de ovannämnda målen C-243/01 Gambelli, REG 2003, s. I-13031, punkterna 64 och 65, och C-42/02, Lindman, REG 2003, s. I-13519, punkt 25.

om dessa inskränkningar uppfyllde kraven på proportionalitet som följer av domstolens rättspraxis.

Om detta resonemang överförs till svenska förhållanden borde det innebära att Regeringsrätten – när den själv framförde kanaliseringsargumentet – var skyldig att pröva om det svenska monopolistiska koncessionssystemet, med enbart två licenser för omfattande spelverksamhet, s.k. egentliga lotterier (Svenska Spel AB och AB Trav och Galopp) utgjorde en nödvändig och proportionerlig begränsning i syfte att locka över spelare från en illegal verksamhet. Sverige måste inom ramen för denna argumentation förklara varför det inte är möjligt att tilldela lagligt etablerade utländska spelbolag motsvarande licenser som de svenska statliga bolagen. Det är viktigt att beakta i detta sammanhang att EG-domstolens resonemang bygger på att det finns identifierbara bra och dåliga aktörer. Kanaliseringsargumentet förutsätter att konsumenterna lockas bort från aktörer som använder sin verksamhet i bedrägliga eller brottsliga syften.

Regeringsrättens dom och den kritik som anförs mot denna visar hur svårt det kan vara att hantera proportionalitetsfrågan på ett trovärdigt sätt på nationell nivå. Proportionalitetsprövningen kan många gånger lämna utrymme för olika bedömningar. Frågan om det svenska spelmonopolet är förenligt med EG-rätten blir inte slutgiltigt avgjord förrän EG-domstolen har prövat den. Regeringsrätten begärde inte ett förhandsavgörande från EG-domstolen med hänsyn till att den ansåg att EG-domstolen tämligen tydligt hade gjort klart att några ytterligare preciseringar i ett mål som det förevarande inte behövdes på gemenskapsnivå, utan att det ankom på den nationella domstolen att med tillämpning av angivna kriterier avgöra, om det inhemska lotterisystemet kunde godtas. Denna slutsats kan ifrågasättas, i synnerhet mot bakgrund av EG-domstolens dom i *Placanica*, där tillämpningen av proportionalitetsprincipen tydliggjordes i förhållande till det s.k. kanaliseringsargumentet. Det är vidare uppenbart att EG-domstolen kan välja att utföra proportionalitetstestet själv, vilket bl.a. skedde i det tidigare refererade *Rosengrenmålet*. Den nationella domstolen bör vara försiktig med att dra slutsatser om vad EG-domstolen kan tänkas komma att yttra sig över. EG-domstolens förhandsavgöranden tar sin utgångspunkt i de särskilda förutsättningar som gäller i medlemslandet i fråga. Så länge EG-domstolen inte har uttalat sig specifikt om det svenska systemet kvarstår frågetecken kring dess förenlighet med EG-rätten. Det tycks trots Regeringsrättens dom finnas ett behov av att EG-domstolen uttalar sig om det svenska systemet. Det kan tänkas att detta sker inom ramen för någon av de i skrivande stund pågående rättsprocesserna angående det svenska systemet.

En svensk domstol kan t.ex. ha anledning att begära ett förhandsavgörande från EG-domstolen i det s.k. *Unibetmålet*. I målet har spelföretaget Unibet (London) Ltd och Unibet (International), i fortsättningen kallade Unibet, stämt svenska staten för att företaget anser att det s.k. främjandeförbudet i den svenska lotterilagstiftningen hindrar den fria rörligheten för tjänster över gränserna. Bolaget väckte därför talan vid Eskilstuna tingsrätt och yrkade att tingsrätten skulle fastställa att Unibet, utan hinder av främjandeförbudet, skulle få marknadsföra sina speltjänster i Sverige och att svenska staten var skyldig att ersätta den skada som Unibet hade lidit. Unibet yrkade också att främjandeförbudet samt bestämmelserna om sanktioner vid överträdelse av detta förbud omedelbart skulle sättas åt sidan i förhållande till bolaget. Unibet ansåg att det bl.a. följde av gemenskapsrätten att svenska regler som begränsar talerätten skulle sättas åt sidan och att svenska domstolar var skyldiga att ge interimistiskt skydd i syfte att säkerställa enskildas rättigheter som följer av gemenskapsrätten. Svenska staten gjorde emellertid gällande att det inte fanns förutsättningar för fastställelsetalan enligt rättegångsbalken, då det inte förelåg något konkret rättsförhållande mellan Unibet och staten. Unibets rättigheter var, enligt regeringen, tillgodosedda genom de andra processuella möjligheter som fanns i svensk rätt att få saken prövad, bl.a. genom talan om skadestånd som väckts parallellt med fastställelsetalan.

Målet hamnade efter överklagande hos Högsta domstolen, som begärde ett förhandsavgörande från EG-domstolen angående vilka processuella förutsättningar det svenska rättssystemet måste tillhandahålla i ett EG-rättsligt perspektiv. EG-domstolen meddelade dom den 13 mars 2007.[72] EG-domstolen fann inte att den svenska processrätten var behäftad med några allvarliga brister med hänsyn till de frågor som var aktuella i målet. Den noterade att Unibet hade möjlighet att få frågan huruvida lotterilagen stred mot gemenskapsrätten prövad av allmän domstol inom ramen för det yrkande som hade framställts i skadeståndsdelen. EG-domstolen framhöll emellertid att det därvid ankom på Högsta domstolen att kontrollera *att prövningen av huruvida den nämnda lagen strider mot gemenskapsrätten kommer att ske oberoende av prövningen i sak av rekvisiten avseende skada och orsakssamband* inom ramen för skadeståndstalan. EG-domstolen förutsatte alltså att frågan om huruvida det svenska spelmonopolet är förenligt med EG-rätten skulle prövas i sak. Mot bakgrund av den kritik som har riktats mot regeringsrättens dom i *Wermdö Krog* och med hänsyn till EG-domstolens senare avgörande i *Placanica*, tycks skäl finnas att begära ytterligare ett förhandsavgörande från

72. Dom av den 13 mars 2007 i mål C-432/05, Unibet, REG 2007, s. I-2271.

EG-domstolen. Första instans i skadeståndsmålet är som nämnts Eskilstuna tingsrätt.

Regeringsrätten påpekade i sin dom i *Wermdö Krog* att EG-domstolen kan komma att detaljgranska en medlemsstats spelreglering med anledning av en fördragsbrottstalan. Två sådana ärenden pågår för närvarande mot Sverige. Kommissionen har i det ena fallet gjort gällande att Svenska Spels ensamrätt att tillhandahålla spelautomater inte står i överensstämmelse med EG-rätten.[73] Den har konstaterat att tillstånd att anordna spel på värdeautomater endast får lämnas till spelföretag som ägs av svenska staten, vilket hindrar privata eller andra statsägda företag från att etablera sig i Sverige och kan medföra att företag som är etablerade i andra medlemsstater diskrimineras. Kommissionen påpekar vidare att tjänsteleverantörer inte tillåts marknadsföra och tillhandahålla spelautomater (t.ex. främja användningen av samt installera, reparera och underhålla hårdvara och programvara). Detta förbud mot gränsöverskridande tjänster är enligt kommissionen oförenligt med EG-fördraget.

Kommissionen medger att det kan finnas skäl för en medlemsstat att begränsa spelverksamhet, men framhåller att sådana inskränkningar under alla förhållanden måste föranledas av en genuin strävan att minska möjligheterna till spel och att finansieringen av samhällsnyttig verksamhet endast får vara "en underordnad positiv konsekvens" och inte det verkliga syftet med den restriktiva politik som förs.[74]

Kommissionen anför sedan bl.a. att Svenska Spel tycks uppmuntra spelandet i allmänhet genom marknadsföring och genom att införa nya spel, vilket har lett till ett ökat spelande i Sverige. Kommissionen kritiserar också de stränga straffen i 54 § Lotterilagen och ifrågasätter om dessa står i proportion till sitt syfte.

Kommissionen har även inlett ett mer generellt överträdelseärende mot flera medlemsstater, däribland Sverige rörande idrottsrelaterade vadhållningstjänster.[75] Kommissionen inriktar sig här på den fria rörligheten för tjänster enligt artikel 49 EG, men dess kritik mot det svenska systemet är snarlik den som förs fram i det ovan angivna ärendet. I detta överträdelseärende är den administrativa fasen nu över och kommissionen har att bestämma sig för om den skall föra ärendet vidare till EG-domstolen.

---

73. Ärendet inleddes med en formell underrättelse den 13 oktober 2004. Kommissionen har också inlett en fördragsbrottstalan mot Danmark på grund av danska regler som avser att hindra spelbolag i andra medlemsländer från att nå danska kunder (se kommissionens pressmeddelande IP/04/401).

74. Se dom av den 6 november 2003 i mål C-243/01, Gambelli, REG 2003, s. I-13031, punkt 62.

75. Ärende 2004/4087, K(2007) 2885.

Kommissionen har alltså riktat ungefär samma kritik mot det svenska spelmonopolet som kritiker i Sverige har gjort. Det vore bra om kommissionen fullföljer något av överträdelseärendena, lämpligtvis det senare som är mer övergripande, och därmed ger EG-domstolen tillfälle att avgöra frågan och även sätta punkt på den svenska debatten om spelmonopolets förenlighet med EG-rätten.[76]

5.8.4 *Uppfyller spelmonopolet de förvaltningsrättsliga kraven?*

Vid diskussionen kring *Franzén-* och *Hannermålen* ovan framkom att EG-domstolen fäste mycket stor vikt vid de s.k. strukturella garantierna för likabehandling, dvs. om de förvaltningsrättsliga kraven på transparens, motivering och rättsmedel m.m. var uppfyllda. Dessa krav är härledda från allmänna gemenskapsrättsliga principer och gäller på alla områden. Som framgått av föregående kapitel har de t.ex. spelat en stor roll på tjänsteområdet när det gäller sjukvårdstjänster. Det verkar rimligt att de också skall tillämpas beträffande spelmonopol. Det är därför märkligt att EG-domstolen inte i något spelmonopolärende tycks ha fäst vikt vid dessa principer. Det handlar trots allt, som i de italienska målen, om tillståndssystem där krav på transparens, motivering och rättsmedel rimligen måste vara uppfyllda. I ett svenskt perspektiv är det därför av intresse att kontrollera att lotterilagen överensstämmer med de EG-rättsliga kraven. Är t.ex. den svenska ordningen förenlig med likabehandlingsprincipen? Så tycks inte vara fallet. Av lotterilagen framgår att utöver de statliga monopolföretagen (som har specialtillstånd) kan i princip endast en svensk juridisk person som är en ideell förening och har ett allmännyttigt ändamål få tillstånd. Varför det uppställs ett krav på att tillståndsinnehavaren skall vara svensk juridisk person är svårt att förstå. Det innebär en öppen diskriminering av juridiska personer från övriga medlemsstater som ter sig närmast provocerande.

Det svenska tillståndsförfarandet är inte heller transparent och förutsebart. Kommissionen påpekar detta i sitt motiverade yttrande i det ovannämnda överträdelseärendet mot Sverige rörande idrottsrelaterade vadhållningstjänster.[77] I yttrandet noterar kommissionen att det inte finns någon information tillgänglig om villkoren för att bevilja tillstånd enligt 45 § lotterilagen på grundval av vilken tillstånden för Svenska Spel AB och AB Trav

76. Se Fritz, M. och Hettne, J., *Sverige inför rätta – Kontrollen av medlemsstaterna i Europeiska unionen*, a.a., s. 67.

77. Ärende 2004/4087, K(2007) 2885, yttrande av den 27 juni 2007.

och Galopp har beviljats. Kommissionen framhåller att för att krav på föregående myndighetstillstånd skall kunna anses berättigat måste detta tillståndsförfarande under alla förhållanden grundas på objektiva kriterier som inte är diskriminerande och som är kända på förhand för att begränsa myndigheternas utrymme för skönsmässig bedömning och förhindra att bedömningen blir godtycklig. Ett sådant system med föregående myndighetstillstånd skall vidare administreras enligt en förfarandeordning som är lättillgänglig och ägnad att säkerställa att den berördes ansökan behandlas inom en rimlig frist samt objektivt och opartiskt.

Lagstiftningen tycks även bristfällig i andra avseenden. Det finns t.ex. inga uttryckliga krav på motivering och det är tvivelaktigt om det finns effektiva rättsmedel. En allmän motiveringsskyldighet finns visserligen föreskriven i förvaltningslagen, men det kan betvivlas att de krav som härigenom ställs på bl.a. regeringen när denna agerar som förvaltningsmyndighet, går tillräckligt långt. Om EG-rätten är tillämplig är det de EG-rättsliga kraven på motivering som måste vara uppfyllda. Det bör observeras att det är regeringen som fattar beslut om att bevilja tillstånd för spel och lotterier av intresse för monopolbolagens konkurrenter. Regeringens beslut kan dock endast prövas rättsligt enligt rättsprövningslagen. Det kan diskuteras om den begränsade laglighetsprövning som utförs i sådana ärenden utgör ett tillräckligt effektivt rättsmedel i EG-rättslig mening. Rättskontrollen måste vara effektiv, tillräckligt grundlig och ske inom en rimlig tidsfrist (jfr avsnitt 4.2.5 ovan).[78]

Denna kritik, grundad på EG-rättens krav på likabehandling, motivering och rättsmedel, kan naturligtvis bemötas med att det är meningslöst för en missnöjd part att klaga på diskriminering, bristande motivering eller avsaknad av effektiva rättsmedel när regleringen hursomhelst syftar till att ingen annan än de statliga spelbolagen skall kunna få tillstånd att bedriva spel- och lotteriverksamhet i större skala. Det verkar i så fall bättre att detta syfte klart uttrycks i lagstiftningen (som skall var klar, tydlig och förutsebar) och att den svenska monopolordningen ses över och revideras så att den bättre tillgodoser ändamålet att begränsa spelandet och därmed lättare kan motiveras och försvaras vid en eventuell framtida rättsprövning i EG-domstolen.[79]

En sådan översyn pågår i skrivande stund.[80] En särskild utredare skall föreslå en långsiktigt hållbar svensk spelreglering. Den nya regleringen skall tillvarata och stärka de sociala skyddsaspekterna och motverka spelberoende,

78. Se Meyrowitsch, A., Allroth, E. och Hettne, J., *EU och svenska monopol – teori, verklighet och framtid*, a.a., s. 87 f.

79. Ibid., s. 88.

80. Direktiv 2007:79, En stärkt och moderniserad spelreglering.

bedrägerier och kriminalitet. Grunden för den nuvarande modellen för spelregleringen skall emellertid även i fortsättningen tjäna som förebild. Modellen skall förena kravet på en stark och förbättrad social skyddsnivå med behovet av en anpassning till det moderna IT-samhällets villkor och de skyldigheter som följer av EG-rätten.

5.9 Konklusion

På den gemensamma marknaden skall tillgång och efterfrågan mötas. Ekonomiska aktörer inom hela EU skall under lika och ostörda konkurrensförhållanden handla och byta tjänster med varandra, arbeta, investera och producera och därigenom befrämja gemenskapens syften.[81] I ett internationellt perspektiv är det fråga om en avancerad form av frihandel mellan en begränsad krets av länder. Tanken är att fördelningen av produktionsresurser och utnyttjandet av s.k. komparativa fördelar på en större marknad skall skapa förutsättningar för framsteg i alla inblandade länder. *Adam Smiths* berömda tes[82] om att en förnuftig person gör det som han är bäst på och det som bäst lönar sig har sålunda överförts till förhållanden mellan stater. Varje medlemsstat i EU skall syssla med det som bäst passar landets naturresurser, klimat och arbetsmarknad. Utvecklingen av EU:s inre marknad har inneburit att många nationella handelshinder har upphört som stått i vägen för en optimal fördelning av produktionsresurserna. I många fall har processen varit relativt okomplicerad och skett i enlighet med den inre marknadens bärande grundprinciper. I vissa fall och i synnerhet på senare år har dock EG-domstolen ställts inför handelsbegränsningar som inte kan undanröjas lika enkelt. Det svenska medlemskapet kan sägas ha bidragit till att komplicera situationen, i synnerhet genom att på EU:s inre marknad införa social- och hälsopolitiskt motiverade monopol som hämmar handeln.

Handelsmonopol på varuområdet regleras i en specialbestämmelse i EG-fördraget, artikel 31 EG. Bestämmelsen innebär inte ett absolut förbud mot offentliga monopol. Syftet är att hindra medlemsstaterna från att använda offentliga monopol för protektionistiska ändamål och således återskapa hinder för den fria rörligheten som övriga fördragsbestämmelser syftar till att undanröja. Enligt artikel 31 EG behöver inte monopolen avskaffas, utan enbart anpassas på sådant sätt att ingen diskriminering med avseende på

81. Pålsson, S. och Quitzow, C., M., *EG-rätten – Ny rättskälla i Sverige*, a.a., s. 34.
82. *The Wealth of Nations* (1776).

anskaffnings- och saluföringsvillkor föreligger mellan medlemsstaternas medborgare.

EG-domstolen har inte verkat för att de svenska monopolen för alkohol- och läkemedelsprodukter skall upphöra. Däremot har domstolen lagt sig vinn om att monopolen skall vara anpassade till den inre marknadens spelregler. Den förvaltningsrättsliga dimensionen av fri rörlighet – EU:s allmänna förvaltningsrättsliga principer – har därvidlag blivit ett viktigt kontrollinstrument för EG-domstolen. Eftersom Systembolaget hade anpassats inför EU-medlemskapet och Apoteket inte, blev EG-domstolens bedömningar av de bägge monopolen mycket olika. Kraven på insyn och objektiva urvalskriterier var uppfyllda när det gällde Systembolaget, vilket gjorde att EG-domstolen konstaterade att denna del av det svenska alkoholpolitiska systemet varken var diskriminerande eller av sådant slag att importerade produkter missgynnades. När det gällde apoteksmonopolet konstaterade EG-domstolen att det saknades kriterier och urvalsmetoder för apotekets sortiment, liknande dem som införts för Systembolaget, vilket innebar att ekonomiska aktörer inte hade någon insyn i apotekets inköpspolitik. EG-domstolen konstaterade följaktligen att den svenska monopolordningen för läkemedel inte innehöll bestämmelser om vare sig en produktplan eller ett system för upphandling, inom vilkas ram tillverkare vars produkter inte tagits med i sortimentet hade rätt att få en redogörelse för skälen till Apotekets beslut om urval av läkemedel. Apotekets organisation och funktionssätt och närmare bestämt dess system för urval av läkemedel kunde bl.a. av denna anledning missgynna handeln med läkemedel från andra medlemsstater i förhållande till handeln med svenska läkemedel och Apotekets monopol ansågs därför inte vara utformat på ett sådant sätt att all diskriminering av läkemedel från andra medlemsstater var utesluten och stred därmed mot artikel 31.1 EG.

En kritik som kan riktas mot *Hannerdomen* om apoteksmonopolet är emellertid att den hade mycket lite med verkligheten och den aktuella frågeställningen att göra. I målet fanns inga missnöjda läkemedelsleverantörer som beklagade sig över bristen på insyn i Apotekets inköpspolitik eller på avsaknaden av klagomöjligheter eller motivering. Målet rörde ett enskilt företag som utmanade Apotekets exklusiva distributionsrätt, närmare bestämt ensamrätten att sälja nikotinavvänjningspreparat, vilket var något helt annat. EG-domstolen fann förvisso ett sätt att motivera sin dom som fungerade, men den förvaltningsrättsliga dimensionen bör inte utgöra en alternativ argumentationslinje som utnyttjas för att lösa ett mål om kopplingen till den egentliga tvisten är för svag.

En intressant fråga är om inte en monopolordning utöver att uppfylla kravet på likabehandling bör stå i proportion till sitt syfte, dvs. inte begränsa

handeln mer än som är nödvändigt för att uppfylla det eftersträvade målet (proportionalitetsprincipen). EG-domstolen tycks betrakta de svenska monopolen för detaljhandel med alkoholhaltiga drycker och läkemedel som helheter. Domstolen talar om handelsbegränsningar som utgör en nödvändig följd av att det föreligger "ett monopol" (se Franzéndomen, punkt 39 och Hannerdomen, punkt 35). Någon proportionalitetsprövning av själva monopolet har inte skett.

Proportionalitetsprincipen är desto mer relevant när en bedömning skall göras av handelsbegränsningar som orsakas av *nationella bestämmelser som inte är nödvändiga för själva monopolet, men påverkar dess funktionssätt*. I detta fall skall artikel 28 EG tillämpas och inte artikel 31 EG. Detta blev särskilt tydligt i målet *Rosengren*[83] som gällde de svenska reglerna för *privatinförsel av alkoholhaltiga drycker*, dvs. de regler som hindrar distansförsäljning av alkoholhaltiga drycker till privatpersoner hemmahörande i Sverige. EG-domstolen definierade, till skillnad från två generaladvokater, monopolets särskilda funktion mycket snävt.[84] Den påpekade att monopolets särskilda funktion enligt alkohollagen består i en ensamrätt att sälja alkoholdrycker till konsumenter i Sverige, med undantag för restaurangbranschen. Det kunde därmed konstateras att *ensamrätten inte omfattade import av nämnda drycker*. EG-domstolens fann sålunda att privatimportbegränsningen inte rörde monopolets utövande av dess särskilda funktion, och följaktligen inte avsåg monopolets existens.

Domstolen prövade sedan privatimportreglerna mot bakgrund av proportionalitetprincipen och underkände den svenska ordningen. *Rosengrendomen* visar vilken stor betydelse proportionalitetsprincipen har som komplement till likabehandlingsprincipen. I domen konstaterar EG-domstolen både att det svenska förbudet mot privatimport är socialpolitiskt motiverat och inte leder till diskriminering eller indirekt skydd av inhemska produkter. De svenska reglerna var således berättigade med hänsyn till ett allmänintresse och förenliga med likabehandlingsprincipen. Genom sin proportionalitetsprövning gick emellertid EG-domstolen längre och granskade om den svenska politiken var effektiv och verkningsfull i förhållande till sitt ursprungliga syfte. Det var i detta avseende den menade att det svenska systemet inte kunde rättfärdigas. Enligt EG-domstolen kunde inte förbudet mot privatimport motiveras av folkhälsoskäl när Systembolaget hursomhelst var skyldigt att importera alla produkter som efterfrågades av dess kunder. Ett totalförbud kunde inte heller motiveras av hänsyn till ålderskontrollen, efter-

83. Dom av den 5 juni 2007 i mål C-170/04, Rosengren, REG 2007, s. I-4071.
84. Se för en utförlig jämförelse Johansson, M., *Rosengren – a "Franzén light"?*, a.a., s. 613 ff.

som det dels träffade en för vid krets av personer, dels inte medgav en 100-procentig ålderskontroll, då Systembolaget använder sig av mellanhänder för leverans av varorna.

Rosengrenmålet visar vidare med all önskvärd tydlighet att bedömningen enligt artikel 28 EG och 31 EG skiljer sig väsentligt åt. I *Franzéndomen*, som bekräftades i *Hannerdomen*, nöjde sig EG-domstolen med att kontrollera att likabehandlingsprincipen, inklusive de strukturella garantierna för likabehandling, respekterades. Proportionalitetsprincipen blev endast aktuell utanför tillämpningsområdet för artikel 31 EG. Den principiella lämpligheten i detta kan diskuteras. Kan EG-domstolen, om frågan ställs på sin spets, verkligen hävda att proportionalitetsprincipen – som är en allmän rättsprincip inom EG-rätten – saknar betydelse vid en prövning enligt artikel 31 EG?

En ytterligare intressant aspekt av *Rosengrenmålet* är att EG-domstolen går emot en tydlig tendens i sin egen rättspraxis, nämligen att i allt högre grad överlämna den slutliga proportionalitetsbedömningen till den nationella domstolen. Bakgrunden till att EG-domstolen överlämnar proportionalitetsfrågan i sina förhandsavgöranden är att den inom ramen för detta förfarande inte är behörig att uttala sig om nationell rätt. Den skall enligt artikel 234 EG endast tolka gemenskapsrätten och uttala sig om dess giltighet. Det är den nationella domstolen som skall tillämpa EG-rätten i det enskilda fallet. I *Rosengrendomen* tilldelade EG-domstolen emellertid inte Högsta domstolen, som begärde förhandsavgörandet, något självständigt utrymme.

Som framgått har proportionalitetsprincipens betydelse varierat när det gäller de svenska monopolen för alkohol och apotek. Monopolens grundvalar har inte utsatts för något proportionalitetstest. Skälet till detta är som framgått att någon proportionalitetsprövning än så länge inte görs inom ramen för artikel 31 EG. Endast när åtgärder faller utanför tillämpningsområdet för denna artikel, som i *Gourmet-* och *Rosengrenmålet*, har proportionalitetsprincipen fått en avgörande betydelse.

När det gäller spelmonopol är situationen annorlunda. Här är det proportionalitetsprincipen som är i fokus, även om det är oklart hur ingående prövningen egentligen skall vara. Spelmonopol är vanligt förekommande i EU:s medlemsländer och EG-domstolen har i en rad avgöranden prövat om skilda länders ordningar är förenliga med EG-rätten. Domstolen har länge intagit en försiktig hållning och inte på allvar kritiserat något medlemslands ordning för spel.[85] Detta står i kontrast till rättspraxis på andra områden där

85. Se t.ex. dom av den 24 mars 1994 i mål C-275/92, Schindler, REG 1994, s. I-1039, av den 21 september 1999 i mål C-124/97, Läärä m.fl., REG 1999, s. I-6067, och av den 21 oktober 1999 i mål C-67/98, Zenatti, REG 1999, s. I-7289.

EG-domstolen under samma tidsperiod har varit relativt sträng gentemot medlemsstaterna när det gäller möjligheten att upprätthålla handelsbegränsande ordningar.

På spelområdet har emellertid EG-domstolen på senare tid gett tydligare anvisningar om vad den nationella domstolen skall beakta när den utför sin proportionalitetsprövning. Mot denna bakgrund är det tveksamt om proportionalitetsprövningen skall vara mer begränsad på detta område än andra. Ett mål där EG-domstolen tycks efterlysa en mer ingående proportionalitetsprövning är *Gambellimålet*[86], där EG-domstolen anförde att om en medlemsstat uppmuntrar till att delta i lotterier, hasardspel eller vadhållning, i syfte att erhålla intäkter, kan denna stat inte åberopa hänsyn till behovet av att bevara ordningen i samhället för att motivera inskränkande åtgärder. Domstolen uttalade också att det är tveksamt om det är förenligt med proportionalitetsprincipen att bolag som är börsnoterade i andra medlemsstater hindras från att erhålla koncessioner för att organisera sportvadhållning, eftersom det finns andra medel för att kontrollera sådana bolags bokföring och verksamhet.

Mot bakgrund av framför allt *Gambellidomen* har den svenska lotterilagstiftningen kritiserats för att bygga på andra syften än de som framhålls i lotterilagens förarbeten. Det har hävdats att Svenska Spel AB och AB Trav och Galopp, för svenska statens räkning, uppmuntrar till att delta i lotterier, hasardspel eller vadhållning, i syfte att erhålla intäkter. Sverige skulle därmed inte kunna åberopa t.ex. konsumenthänsyn som grund för monopolet. Under alla förhållanden har den svenska lagstiftningen kritiserats från ett proportionalitetsperspektiv, dvs. lagstiftningen påstås ingripa mer i handeln än som är nödvändigt. När ett statligt monopol tillåts bedriva en aggressiv marknadsföring och expansiv verksamhet aktualiseras frågan om den aktuella lagstiftningen står i proportion till sitt syfte att begränsa spelandet.[87]

I målet *Wermdö Krog*[88] prövade Regeringsrätten det svenska spelmonopolets överensstämmelse med EG-rätten. Regeringsrätten fann fog för påståendet att Svenska Spel m.fl. lockade och uppmuntrade konsumenter att delta i lotterier, hasardspel eller vadhållning. Enligt Regeringsrätten var detta emellertid inte tillräckligt för att det svenska systemet skulle diskvalificeras gemenskapsrättsligt. Härutöver krävdes att åtgärderna vidtogs "i syfte att stärka statskassan" och det kunde inte förutsättas att inkomstaspekten skulle

86. Domstolens dom av den 6 november 2003 i mål C-243/01, Gambelli, REG 2003, s. I-13031.

87. Se Meyrowitsch, A., Allroth, E. och Hettne, J., *EU och svenska monopol – teori, verklighet och framtid*, a.a., s. 87 och

88. Regeringsrättens dom i Wermdö Krog av den 26 oktober 2004, RÅ 2004 ref. 95.

vara det enda eller helt dominerande motivet för en tolerant syn på spelbolagens reklamåtgärder. Regeringsrätten anförde att man i sammanhanget inte kunde bortse från att de av staten accepterade spelbolagen, trots att de inom landet befinner sig i en monopolsituation, *de facto* verkar på en konkurrensutsatt marknad, eftersom här boende är oförhindrade att via Internet eller på annat sätt delta i utomlands anordnade lotterier. Vill man kanalisera det spelintresse som bevisligen föreligger hos stora delar av befolkningen till verksamheter, som anses erbjuda bättre konsumentskydd och mindre risk för oegentligheter, kan man inte rimligen förvägra de bolag som med stöd av tillstånd ansvarar för sådan verksamhet att aktivt lansera sina produkter och ge dessa en utformning som attraherar de spelintresserade och förmår dem att föredra de statligt kontrollerade formerna framför andra varianter. Slutsatsen blev att spelbolagens stundom aggressiva marknadsföring inte utgjorde tillräckligt skäl för påståendet att det huvudsakliga ändamålet med den svenska lotteriregleringen var att berika staten och statsunderstödda verksamheter.

När det gällde den egentliga proportionalitetsbedömningen hänvisade Regeringsrätten till tidigare lotteridomar från EG-domstolen. Den förklarade att det ankom på den nationella domstolen att kontrollera att regleringen med hänsyn till dess konkreta tillämpning verkligen tjänade sitt syfte, dvs. att skydda konsumenterna och ordningen i samhället och framhöll att de nationella reglerna skulle vara ägnade att minska spelmöjligheterna och bidra till att begränsa verksamheten på ett sammanhängande och systematiskt sätt, samtidigt som de nationella myndigheterna inte fick uppmuntra till ökat spelande i syfte att stärka statskassan.

Efter dessa konstateranden fäste dock Regeringsrätten vikt vid det utrymme för skönsmässig bedömning som EG-domstolen uttalat att medlemsstaterna förfogade över när det gällde lotterilagstiftningen. Enligt Regeringsrätten föreföll proportionalitetskriteriet "spela en mindre framträdande roll" eftersom "bestämmelserna endast skall bedömas med hänsyn till de ändamål som eftersträvas och den skyddsnivå som de avser säkerställa" och det ankom därför på medlemsstaterna att reglera marknaden på ett sätt som inte "förefaller" eller "framstår som" oproportionerligt med hänsyn till det eftersträvade målet. Regeringsrättens slutsats blev att lotterilagstiftningen och dess tillämpning visserligen på olika punkter väckte frågor om förenligheten med de villkor som EG-domstolen i sammanhanget ställt upp, men att det svenska systemet ändå totalt sett fick anses motsvara kraven.

Regeringsrättens dom kan kritiseras. Det är visserligen korrekt att EG-domstolen i sina speldomar överlämnat åt de nationella domstolarna att kontrollera att den nationella lagstiftningen verkligen tjänar sina uttalade syften samt att de restriktioner som åläggs står i proportion till dessa syf-

ten.[89] I avsaknad av regelharmonisering på EU-nivå för spel och lotterier, samt lotteriverksamhetens "mycket speciella karaktär", har medlemsstaterna givits ett utrymme för skönsmässig bedömning i sitt val av skyddsnivå.

Dessa omständigheter innebär dock inte att frågan om lagstiftningens överensstämmelse med proportionalitetsprincipen bör tonas ner. Att medlemsstaterna givits utrymme att själva välja regleringsalternativ innebär inte att kravet på att den valda restriktionen skall vara nödvändig och stå i proportion till ett legitimt syfte bortfaller.[90] Som nämndes ovan kan man från EG-domstolens senare rättspraxis utläsa krav på en mer ingående proportionalitetsprövning i spelärenden. Även *Rosengrenmålet* är en tydlig fingervisning om att det skönsmässiga utrymmet för medlemsstaternas politiskt betonade val är högst begränsat om den förda politiken inte framstår som effektiv i förhållande till sitt syfte. Det är svårt att se att spelområdet skulle vara ett politiskt "känsligare" område än alkoholpolitiken.

Den nationella domstolen bör sålunda genomföra en proportionalitetsbedömning där den nationella regleringens verkliga effekt prövas, dvs. om den bidrar på ett sammanhängande och systematiskt sätt till att minska spelmöjligheterna och begränsa spelverksamheten.[91] Vid en sådan bedömning måste hänsyn tas till hur den svenska spel- och lotterimarknaden verkligen ser ut idag, där tillgänglighet och marknadsföring gör att spelmonopolets spelbegränsande syfte kan ifrågasättas. Det är uppenbart att det är mycket svårt, för att inte säga omöjligt, att stänga ute konkurrens på dagens elektroniska och gränslösa spelmarknad. Detta är ett skäl till att man försöker stärka konkurrenskraften hos monopolbolagen snarare än att begränsa tillgängligheten av spel och lotterier på marknaden. På detta sätt försöker man bevara monopolbolagens marknadsandelar i möjligaste mån. Mot denna bakgrund är det högst tveksamt om Spelmonopolet kan anses som effektivt i förhållande till syftet att begränsa spelandet.[92]

Ett viktigt argument som framfördes av Regeringsrätten var emellertid det s.k. kanaliseringsargumentet, dvs. att spelintresse kan kanaliseras till alternativ som erbjuder bättre konsumentskydd och mindre risk för oegentligheter. Detta argument prövades av EG-domstolen i målet *Placanica*.[93]

---

89. Jfr dom av den 6 november 2003 i mål C-243/01, Gambelli, REG 2003, s. I-13031, punkt 75.

90. Se bl.a. dom av den 6 november 2003 i mål C-243/01, Gambelli, REG 2003, s. I-13031, punkt 65.

91. Meyrowitsch, A., Allroth, E. och Hettne, J., *EU och svenska monopol – teori, verklighet och framtid*, a.a., s. 67. Se också Wahl, N., *Vad är oddsen för att det svenska spelmonopolet är förenligt med EG-rätten? – Regeringsrättens dom i Wermdö Krog*, a.a., s. 124 ff.

92. Ibid.

93. Dom av den 6 mars 2007 i de förenade målen C-338/04, C-359/04 och C-360/04, Placanica, REG 2007, s. I-1891.

EG-domstolen konstaterade att om syftet med en lagstiftning är att förhindra att hasardspelsverksamhet används i bedrägliga eller brottsliga syften och att styra in den i banor som är möjliga att kontrollera, kan en kontrollerad expansiv politik på området för hasardspel vara helt i överensstämmelse med målet att locka över spelare som ägnar sig åt förbjuden och dold spel- och vadhållningsverksamhet till tillåten och reglerad verksamhet. Detta mål kan endast uppnås om de lagliga aktörerna utgör ett trovärdigt, men samtidigt attraktivt, alternativ till förbjuden verksamhet. Detta kan i sig innebära att det är nödvändigt att tillhandahålla ett omfattande spelsortiment, att göra reklam i viss omfattning och att använda ny distributionsteknik. EG-domstolen konstaterade att ett koncessionssystem under dessa omständigheter i själva verket kan utgöra en effektiv mekanism som gör det möjligt att kontrollera de aktörer som är verksamma inom området för hasardspel för att förhindra att de använder sin verksamhet i bedrägliga eller brottsliga syften. De nationella domstolarna skulle emellertid pröva huruvida den nationella lagstiftningen, i den mån som den begränsade antalet aktörer på området för hasardspel, verkligen svarade mot det syfte som den italienska regeringen hade åberopat, nämligen att förhindra att verksamheten på detta område används i bedrägliga eller brottsliga syften. På samma sätt skulle de pröva om dessa inskränkningar uppfyllde kraven på proportionalitet som följer av domstolens rättspraxis.

Om detta resonemang överförs till svenska förhållanden borde det innebära att Regeringsrätten – när den själv framförde kanaliseringsargumentet – var skyldig att pröva om det svenska monopolitiska koncessionssystemet med enbart två licenser för omfattande spelverksamhet, s.k. egentliga lotterier (Svenska Spel AB och AB Trav och Galopp) utgjorde en nödvändig och proportionerlig begränsning i syfte att locka över spelare från en illegal verksamhet. Sverige måste inom ramen för denna argumentation förklara varför det inte är möjligt att tilldela lagligt etablerade utländska spelbolag motsvarande licenser som de svenska statliga bolagen. Det är viktigt att beakta i detta sammanhang att EG-domstolens resonemang bygger på att det finns identifierbara bra och dåliga aktörer. Kanalseringsargumentet förutsätter att konsumenterna lockas bort från aktörer som använder sin verksamhet i bedrägliga eller brottsliga syften.

Regeringsrättens dom och den kritik som anförs mot den visar hur svårt det kan vara att hantera proportionalitetsfrågan på ett trovärdigt sätt på nationell nivå. Proportionalitetsprövningen kan många gånger lämna utrymme för olika bedömningar. Frågan om det svenska spelmonopolet är förenligt med EG-rätten blir inte slutgiltigt avgjord förrän EG-domstolen har prövat den. Regeringsrätten begärde inte ett förhandsavgörande från EG-domsto-

len med hänsyn till att den ansåg att EG-domstolen tämligen tydligt hade gjort klart att några ytterligare preciseringar i ett mål som det förevarande inte behövdes på gemenskapsnivå, utan att det ankom på den nationella domstolen att med tillämpning av angivna kriterier avgöra, om det inhemska lotterisystemet kunde godtas. Denna slutsats kan ifrågasättas, i synnerhet mot bakgrund av EG-domstolens dom i *Placanica*, där tillämpningen av proportionalitetsprincipen tydliggjordes i förhållande till det s.k. kanaliseringsargumentet. Det är vidare uppenbart att EG-domstolen kan välja att utföra proportionalitetstestet själv, vilket bl.a. skedde i det tidigare omnämnda *Rosengrenmålet*. Den nationella domstolen bör därför vara försiktig med att dra slutsatser om vad EG-domstolen kan tänkas yttra sig över. EG-domstolens förhandsavgörande tar sin utgångspunkt i de särskilda förutsättningar som gäller i medlemslandet i fråga. Så länge EG-domstolen inte har uttalat sig specifikt om det svenska systemet kvarstår frågetecken kring det svenska systemets förenlighet med EG-rätten. Det tycks trots Regeringsrättens dom finnas ett behov av att EG-domstolen uttalar sig om det svenska systemet.

Regeringsrätten påpekade i sin dom i *Wermdö Krog* att EG-domstolen kan komma att detaljgranska en medlemsstats spelreglering med anledning av en fördragsbrottstalan. Två sådana ärenden pågår för närvarande mot Sverige, vilket innebär att det är möjligt att kommissionen kommer att bereda EG-domstolen tillfälle att avgöra frågan, vilket också skulle sätta punkt på den svenska debatten om spelmonopolets förenlighet med EG-rätten.[94]

Vid diskussionen kring *Franzén-* och *Hannermålen* ovan framkom att EG-domstolen fäste mycket stor vikt vid de s.k. strukturella garantierna för likabehandling, dvs. de förvaltningsrättsliga kraven på transparens, motivering och rättsmedel m.m. Dessa krav är härledda från allmänna gemenskapsrättsliga principer och gäller på alla områden. Som framgått tidigare har de t.ex. spelat en stor roll på tjänsteområdet när det gäller sjukvårdstjänster. Det verkar rimligt att de också skall tillämpas beträffande spelmonopol. Det är därför märkligt att EG-domstolen inte i något spelmonopolsärende tycks ha fäst vikt vid dessa principer. Det handlar trots allt, som i de italienska målen, om tillståndssystem där krav på transparens, motivering och rättsmedel rimligen måste vara uppfyllda. I ett svenskt perspektiv är det därför av intresse att kontrollera att lotterilagen överensstämmer med de EG-rättsliga kraven. Är t.ex. den svenska ordningen förenlig med likabehandlingsprincipen? Så tycks inte vara fallet. Av lotterilagen framgår att utöver de statliga monopolföretagen (som har specialtillstånd) kan i princip endast en svensk juridisk

94. Se Fritz, M. och Hettne, J., *Sverige inför rätta – Kontrollen av medlemsstaterna i Europeiska unionen*, a.a., s. 67.

person som är en ideell förening och har ett allmännyttigt ändamål få tillstånd. Varför det uppställs ett krav på att tillståndsinnehavaren skall vara svensk juridisk person är svårt att förstå. Det innebär en öppen diskriminering av juridiska personer från övriga medlemsstater som ter sig närmast provocerande.

Det svenska tillståndsförfarandet är inte heller transparent och förutsebart. Kommissionen påpekar detta i sitt motiverade yttrande i det ovannämnda överträdelseärendet mot Sverige (idrottsrelaterade vadhållningstjänster).[95] I yttrandet noterar kommissionen att det inte finns någon information tillgänglig om villkoren för att bevilja tillstånd enligt 45 § lotterilagen på grundval av vilken Svenska Spel AB samt AB Trav och Galopp har beviljats tillstånd. Kommissionen framhåller att för att krav på föregående myndighetstillstånd skall kunna anses berättigat måste detta tillståndsförfarande under alla förhållanden grundas på objektiva kriterier som inte är diskriminerande och som är kända på förhand för att begränsa myndigheternas utrymme för skönsmässig bedömning och förhindra att bedömningen blir godtycklig. Ett sådant system med föregående myndighetstillstånd skall vidare administreras enligt en förfarandeordning som är lättillgänglig och ägnad att säkerställa att den berördes ansökan behandlas inom en rimlig frist samt objektivt och opartiskt.

Lagstiftningen tycks även bristfällig i andra avseenden. Det finns t.ex. inga uttryckliga krav på motivering och det är tvivelaktigt om det finns effektiva rättsmedel. En allmän motiveringsskyldighet finns visserligen föreskriven i förvaltningslagen, men det kan betvivlas att de krav som härigenom ställs på bl.a. regeringen när den agerar som förvaltningsmyndighet, går tillräckligt långt. Om EG-rätten är tillämplig är det de EG-rättsliga kraven på motivering som måste vara uppfyllda. Det bör observeras att det är regeringen som fattar beslut om tillstånd för spel och lotterier som är av intresse för monopolbolagens konkurrenter. Regeringens beslut kan dock endast prövas rättsligt enligt rättsprövningslagen. Det är tveksamt om den begränsade laglighetsprövning som utförs i sådana ärenden utgör ett tillräckligt effektivt rättsmedel i EG-rättslig mening. Rättskontrollen måste vara effektiv, tillräckligt grundlig och ske inom en rimlig tidsfrist (jfr avsnitt 4.2.5 ovan).[96]

Denna kritik, grundad på EG-rättens krav på likabehandling, motivering och rättsmedel, kan naturligtvis bemötas med att det är meningslöst för en

95. Ärende 2004/4087, K(2007) 2885, yttrande av den 27 juni 2007.

96. Se Meyrowitsch, A., Allroth, E. och Hettne, J., *EU och svenska monopol – teori, verklighet och framtid*, a.a., s. 87 f.

missnöjd part att klaga på diskriminering, bristande motivering eller avsaknad av effektiva rättsmedel, när regleringen hursomhelst syftar till att ingen annan än de statliga spelbolagen skall kunna få tillstånd att bedriva spel- och lotteriverksamhet i större skala. Det verkar i så fall bättre att detta syfte klart uttrycks i lagstiftningen (som skall var klar, tydlig och förutsebar) och att den svenska monopolordningen ses över och revideras så att den bättre tillgodoser ändamålet att begränsa spelandet och därmed lättare kan motiveras och försvaras vid en eventuell framtida rättsprövning i EG-domstolen.[97]

97. Ibid., s. 88.

6 Gränsen för EG-rättens genomslag på nationella nivå – en avvägning mellan rättsprinciper?

6.1 Introduktion

I detta kapitel redogörs för den begränsande eller tillbakahållande effekt som de allmänna rättsprinciperna kan ha när det gäller EG-rättens genomslag i medlemsländerna. Diskussionen om EG-rättens nationella genomslag, framför allt dess direkta effekt och företräde, avsåg från början endast de generella villkoren för när EG-rätten skulle tillämpas i medlemsstaterna. Utgångspunkten var att en EG-rättslig bestämmelse skulle uppfylla vissa krav på klarhet och precision för att kunna tillämpas inom ramen för de nationella rättssystemen. Bestämmelserna skulle närmare bestämt vara klara och tydliga, inte ge medlemsstaten något utrymme för skönsmässig bedömning samt grunda rättigheter för enskilda. Det dominerande synsättet i den EG-rättsliga doktrinen har sålunda varit att den direkta effekten av en bestämmelse sammanhänger med bestämmelsens objektiva egenskaper och därmed inte kan variera med särskilda omständigheter i enskilda fall. EG-domstolens senare rättspraxis har dock inte gått att förklara helt och hållet mot denna bakgrund. I synnerhet har EG-domstolen tillåtit att EG-rättsliga bestämmelser som inte grundar några rättigheter för enskilda individer kan åberopas av dessa inför nationella domstolar i vissa situationer. I den EG-rättsliga doktrinen har detta föranlett omfattande spekulationer om vilka principer som egentligen ligger till grund för EG-domstolens avgöranden. Det har också gjorts skilda försök att systematisera domstolens rättspraxis. Bland annat har föreslagits att direkt effekt av direktiv skall behandlas annorlunda när det är fråga om triangulära situationer (se nedan),[1] att direkt effekt egentligen är ett uttryck för gemenskapsrättens företräde och inte skall särskiljas därifrån,[2] och

1. Se Lackhoff, K. och Nyssens, H., *Direct Effects of Directives in Triangular Situations*, 23 ELRev (1998), s. 397–413.

2. Se Prechal, S., *Does Direct Effect Still Matter?*, 37 CMLRev (2000), s. 1047–1069 samt Lenz, M., *Horizontal what? Back to Basics*, 25 ELRev (2000), s. 509–522. Se även Bengoetxea, J., *Is Direct Effect a General Principle of European Law?* i General Principles of EC Law in a Process of Development (red.) Bernitz, U., Nergelius, J. och Cardner, C. (Kluwer 2008) s. 3.

att det finns två olika slags direkt effekt, objektiv och subjektiv, varav enbart den senare grundar rättigheter för enskilda.[3] I detta kapitel diskuteras denna rättsutveckling. Det framförs också ett nytt betraktelsesätt för direkt effekt och företräde, som gör det möjligt att förstå även EG-domstolens senare och till synes osammanhängande rättspraxis. I stora drag handlar det om att vända på den klassiska frågeställningen om när EG-rätten tar över och i stället undersöka under vilka omständigheter det finns skäl att *inte* tillämpa EG-rätten inom ramen för ett nationellt rättssystem. I detta sammanhang är de allmänna rättsprinciperna av stor betydelse. Som kommer att visas i det följande finns det åtskilliga exempel på att intresset av EG-rättens effektiva genomslag har fått stå tillbaka till förmån för intresset av att upprätthålla allmänna rättsprinciper, som t.ex. principen om rättssäkerhet och skydd för berättigade förväntningar. Inledningsvis redogörs kort för den historiska utvecklingen av direkt effekt och företrädesprincipen.

6.2 Direkt effekt

Direkt effekt-doktrinen lanserades i rättsfallet *Van Gend en Loos*[4] som rörde nederländska tullavgifter som togs ut i strid med EG-rätten. I detta mål uttalade EG-domstolen att:

> "[G]emenskapen utgör en ny rättsordning inom folkrätten till vars förmån staterna, låt vara på begränsade områden, har inskränkt sina suveräna rättigheter och som inte enbart medlemsstaterna utan även dessas medborgare lyder under.
>
> På samma sätt som gemenskapsrätten ålägger de enskilda förpliktelser, är den följaktligen även avsedd att oberoende av medlemsstaternas lagstiftning skapa rättigheter som blir en del av de enskildas rättsliga arv.
>
> Rättigheterna uppkommer inte enbart då detta uttryckligen sägs i fördraget, utan även på grund av de skyldigheter som fördraget på ett väl angivet sätt ålägger såväl de enskilda som medlemsstaterna och gemenskapens institutioner."

Direkt effekt-doktrinen innebar att enskilda individer gavs nya möjligheter att göra gällande EG-rätten. Det ligger därför i sakens natur att de bestämmelser som tidigt tillerkändes direkt effekt var sådana som var ämnade att skydda enskilda individers rättsställning, dvs. bestämmelser som innehöll

3. Se Ruffert, M., *Rights and Remedies in European Community Law: A Comparative View*, 34 CML-Rev. (1997) s. 307–336. Se även Edward, D., *Direct Effect, the Separation of Powers and the Judicial Enforcement of Obligations* i Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini, II, Diritto dell' Unione Europea (1998), s. 423.

4. Dom av den 5 februari 1963 i mål 26/62, Van Gend en Loos, REG 1963, s. 1, svensk specialutgåva, volym 1, s. 161.

klara, kompletta, precisa och ovillkorliga förpliktelser som inte lämnade plats för valmöjligheter eller något skön. De artiklar i EG-fördraget som har getts direkt effekt återfinns därför främst bland de regler som tydligt berör enskildas rättigheter, dvs. diskrimineringsförbudet i artikel 12 EG, grundreglerna rörande de fyra friheterna, konkurrensreglerna, reglerna rörande statligt stöd, fiskal diskriminering och principen om lika lön för män och kvinnor.

EG-rättsliga bestämmelser kan ha både s.k. *vertikal direkt effekt*, dvs. att en enskild kan göra gällande den EG-rättsliga bestämmelsen gentemot en medlemsstat, och *horisontell direkt effekt*, dvs. att en enskild kan göra gällande denna rättighet gentemot ett annat enskilt rättssubjekt. De flesta EG-rättsliga regler avser förhållandet mellan enskilda och staten och har därför enbart tillerkänts *vertikal* direkt effekt. Det finns dock också en rad bestämmelser, såsom konkurrensreglerna (artiklarna 81 och 82 EG), bestämmelserna om lika lön för män och kvinnor (artikel 141 EG)[5] och bestämmelserna om fri rörlighet för arbetstagare (artikel 39 EG)[6] som även har tillerkänts *horisontell* direkt effekt. Det kan inte uteslutas att också andra bestämmelser kommer att tilldelas horisontell direkt effekt i framtiden.

Såväl EG:s primärrätt (de grundläggande fördragen) och sekundärrätt (de med stöd i fördragen utfärdade reglerna) som internationella avtal, kan ha direkt effekt. Diskussionen rörande direkt effekt av direktiv är dock särskilt intressant mot bakgrund av de frågor som berörs längre fram i detta kapitel och behandlas därför närmare i det följande.

6.3 Särskilt om direkt effekt av direktivbestämmelser

Att direktiv skall införlivas med nationell rätt innebär att bestämmelser i direktiv omvandlas till nationell rätt och därigenom grundar rättigheter för enskilda i sin egenskap av nationella rättsregler. Att bestämmelser i direktiv kan grunda rättigheter för enskilda även då de inte har införlivats med den nationella rätten, eller då de inte har genomförts korrekt, är därför inte självklart. Att direktiven skulle ha en sådan verkan har ansetts strida mot ordalydelsen av artikel 249 EG, vari föreskrivs att ett direktiv skall vara bindande för varje medlemsstat till vilken det är riktat, men skall överlåta åt de nationella myndigheterna att bestämma form och tillvägagångssätt för genomförandet.

5. Dom av den 8 april 1976 i mål 43/75, Defrenne, REG 1976, s. 455, svensk specialutgåva, volym 3, s. 59.

6. Dom av den 6 juni 2000 i mål C-281/98, Angonese, REG 2000, s. I-4139.

EG-domstolen har dock ansett att direktiven inte skulle kunna få avsedd genomslagskraft om medlemsstaterna ensidigt kunde undandra sig de skyldigheter som de har enligt fördraget. Enligt artikel 10 EG skall medlemsstaterna vidta alla allmänna och särskilda åtgärder som är nödvändiga för att uppfylla förpliktelserna enligt fördragen och sekundärrätten samt avhålla sig från alla åtgärder som kan äventyra fördragens mål. Domstolen har därför slagit fast att bestämmelser i direktiv kan ha direkt effekt.[7] Denna verkan kan emellertid direktivbestämmelser aldrig få förrän den i direktivet angivna tidsfristen har löpt ut.[8]

Den direkta effekten av direktivbestämmelser har emellertid begränsats till det vertikala förhållandet mellan enskild och stat, dvs. bestämmelserna skapar rättigheter för enskilda och skyldigheter för staten (vertikal direkt effekt). Att låta bestämmelserna medföra förpliktelser i förhållanden mellan två enskilda individer (horisontell direkt effekt) har EG-domstolen inte bedömt som möjligt. Det främsta skälet härtill är att domstolen har ansett att det endast är staten som har brustit i sin förpliktelse och att det då vore orimligt att låta försummelsen drabba enskilda.[9] EG-domstolen betonar härigenom att *legalitetsprincipen* måste upprätthållas. Den anser inte att en icke införlivad direktivbestämmelse bör tillämpas till nackdel för en av parterna i det horisontella förhållandet mellan enskilda, eftersom denna part – vilket kommer att utvecklas längre fram – är innehavare av *en konkurrerande individuell rättighet*, nämligen att inte åläggas nya skyldigheter som inte framgår av den nationella lagstiftningen som är tillämplig i målet (principen om berättigade förväntningar).

Redan i denna tidiga rättspraxis kan alltså en konflikt mellan rättsprinciper iakttas. Principen om EG-rättens effektiva genomslag (direkt effekt och företräde) kolliderar med principen om berättigade förväntningar.[10]

---

7. Se bl.a. dom av den 19 januari 1982 i mål 8/81, Becker, REG 1982, s. 53, svensk specialutgåva, volym 6, s. 285, och av den 22 juni 1989 i mål 103/88 Fratelli Costanzo, REG 1989, s. 1839, svensk specialutgåva, volym 10, s. 83.

8. En annan sak är att medlemsstaterna även under genomförandefristen är förhindrade att meddela regler som riskerar att direktivets resultat inte kan uppnås efter att genomförandefristen har löpt ut. EG-domstolen har uttalat att det följer av den gemensamma tillämpningen av artikel 10 EG andra stycket och artikel 249 EG tredje stycket att medlemsländerna måste avhålla sig från att vidta varje åtgärd som allvarligt äventyrar det i direktivet föreskrivna resultatet. Se dom av den 18 december 1997 i mål C-129/96, Inter-Environnement Wallonie, REG 1997, s. I-7411.

9. Jfr dom av den 26 februari 1986 i mål 152/84, Marshall, REG 1986, s. 723, svensk specialutgåva, volym 8, s. 457, och dom av den 14 juli 1994 i mål C-91/92, Faccini Dori, REG 1994, s. I-3325, svensk specialutgåva, volym 16, s. I-1. Ang. denna rättsutveckling, se bl.a. Reichel, J., *God förvaltning i EU och i Sverige*, a.a., s. 66 ff.

10. Principen om berättigade förväntningar har utvecklats av EG-domstolen mot bakgrund av framför allt fransk och tysk rätt. Principen innebär i korthet att det allmänna inte bör skada enskilda intressen genom att ändra eller återkalla beslut, genom att agera inkonsekvent eller genom att inte respektera tidi-

6.4 Alternativ till direkt effekt – andra former av rättsskydd för enskilda

Att direktiv saknar horisontell direkt effekt innebär att enskilda förvägras sina EG-rättsliga rättigheter i vissa fall då medlemsstaterna har brustit i sina skyldigheter. Detta utgör en allvarlig brist i det EG-rättsliga systemet. I senare praxis har domstolen därför sökt stärka EG-rättens ställning genom att på olika sätt garantera dess genomslag på nationell nivå, utan att detta i allt för hög grad drabbar enskilda individer. EG-domstolen har sålunda använt sig av en vidsträckt tolkning av statsbegreppet (dvs. vilka subjekt enskilda kan åberopa sina rättigheter mot) och fastslagit att medlemsstaterna är skadeståndsskyldiga gentemot enskilda individer för överträdelser av EG-rätten, vilket innebär att enskilda ges ett kompletterande rättsmedel, som även kan fungera när den direkta effekten av en direktivbestämmelse inte kan göras gällande.

I domstolens rättspraxis har vidare icke införlivade direktivbestämmelser, trots frånvaron av direkt effekt, givits viss betydelse i förhållanden mellan enskilda, s.k. "indirekt" effekt. Detta gynnar givetvis ena parten, men innebär samtidigt "negativa återverkningar" för den andra.[11] Sådana negativa återverkningar kan bl.a. uppstå i samband med direktivkonform tolkning och i de s.k. "triangulära" situationerna, som berörs nedan.

6.4.1 *Vidsträckt tolkning av statsbegreppet*

EG-domstolen har gett en mycket vid definition av statsbegreppet, dvs. den kategori av offentliga subjekt mot vilka direktivbestämmelser kan ges vertikal direkt effekt. Redan i målet *Marshall*[12], vari den horisontella direkta effekten av direktiv avvisades, uttalade domstolen att enskilda rättssubjekt, som har möjlighet att stödja sig på ett direktiv i en talan gentemot staten, kan göra detta oavsett om denna agerar i egenskap av arbetsgivare eller offentlig myndighet. Domstolen menade att det i båda situationerna var angeläget att staten hindrades från att dra nytta av sin underlåtenhet att följa gemenskapsrätten.

---

gare utfästelser. Den innebär alltså att någon form av avvägning måste ske mellan allmänna och enskilda intressen. För en utförlig genomgång av denna i princip i ett EG-rättslig och komparativt perspektiv se Schønberg, S., *Legitimate Expectations in Administrative Law*, Oxford University Press 2000.

11. Jfr dom av den 7 januari 2004 i mål C-201/02, Delena Wells, REG 2004, s. I-723, punkt 57.

12. Dom av den 26 februari 1986 i mål 152/84, Marshall, REG 1986, s. 723, svensk specialutgåva, volym 8, s. 457.

Statsbegreppets omfång har sedan vidgats ytterligare. Domstolen har slagit fast att varje organ som, "oavsett sin rättsliga form, i enlighet med en av staten antagen rättsakt har fått i uppdrag att utöva offentlig serviceverksamhet under statens tillsyn och som med anledning härav har särskilda befogenheter utöver dem som följer av de rättsregler som gäller i förhållandet mellan enskilda" är att betrakta som ett offentligt organ, mot vilket det är möjligt att göra gällande den vertikala direkta effekten av en direktivbestämmelse.[13]

Från ett rättssäkerhets- eller legalitetsperspektiv är denna rättsutveckling tämligen oproblematisk. Även om statsbegreppet utsträcks kommer enskilda individer och privata företag inte att drabbas negativt av en sådan utveckling. De företag som kan åläggas skyldigheter, som inte följer av nationell rätt, är endast sådana företag som i någon mening agerar på uppdrag av staten. Det är således i strikt mening enbart straten som drabbas av sin egen försumlighet.

6.4.2 *Direktivkonform tolkning*

Domstolen har uttalat att medlemsländernas domstolar är skyldiga att tolka nationell rätt mot bakgrund av EG-rätten, vilket inkluderar icke i tid införda direktivbestämmelser eller direktivbestämmelser som har genomförts felaktigt. Därmed ges även direktivbestämmelser som saknar direkt effekt betydelse.[14] Dessutom skall direktivbestämmelser tolkas mot bakgrund av EG-rätten i övrigt och därmed även mot bakgrund av EU:s allmänna rättsprinciper.[15]

Direktivkonform tolkning innebär således att såväl den lagstiftning varigenom direktivet införlivas med nationell rätt som den lagstiftning som varit i kraft dessförinnan skall tolkas så att den om möjligt överensstämmer med direktivets ordalydelse och syften samt EG-rätten i övrigt. I målet *Pfeiffer*[16]

13. Se dom av den 12 juli 1990 i mål C-188/89, Foster m.fl. mot British Gas, REG 1990, s. I-3313, svensk specialutgåva, volym 10, s. 479, punkt 20. För ett senare avgörande, se EG-domstolen tolkning av statsbegreppet i sin dom av den 5 februari 2004 i mål C-157/02, Rieser Internationale Transporte, REG 2004, s. 1477, där den kom fram till att bestämmelser i ett direktiv med direkt effekt kan åberopas mot en privaträttslig juridisk person när den ingår avtal med väganvändare, om staten har givit denna juridiska person i uppdrag att ta ut vägtullar för användningen av det offentliga vägnätet och den direkt eller indirekt kontrollerar denna juridiska person.

14. Se domar av den 10 april 1984 i mål 14/83, von Colson, REG 1984, s. 1891, svensk specialutgåva, volym 7, s. 577, av den 13 november 1990 i mål C-106/89, Marleasing, REG 1990, s. I-4135, svensk specialutgåva, volym 10, s. 575, av den 16 december 1993 i mål C-334/92, Wagner Miret, REG 1993, s. I-6911, svensk specialutgåva, volym 14, s. I-477 och av den 27 juni 2000 i mål C-240/98–C-244/98, Océano m.fl., REG 2000, s. I-4941.

15. Jfr dom av den 11 juli 2002 i mål C-62/00, Marks & Spencer, REG 2002, s. I-6325.

16. Dom av den 5 oktober 2004 i mål C-397/01–C-403/01, Pfeiffer m.fl., REG 2004, s. I-8835.

framhöll domstolen att även om principen om direktivkonform tolkning i första hand rör bestämmelser i nationell rätt som antagits för att införliva direktivet i fråga, är denna princip inte begränsad till tolkningen av dessa bestämmelser, utan det krävs att den nationella domstolen beaktar *hela den nationella rätten* för att bedöma i vilken mån den kan tillämpas utan att det leder till ett resultat som strider mot det som eftersträvas genom direktivet. Domstolen betonade att medlemsstaternas domstolar skall utnyttja alla de tolkningsprinciper som är tillämpliga enligt nationell rätt för att åstadkomma ett direktivkonformt resultat.

Denna princip, som väl närmast får kallas en långtgående fördragskonform tolkning, är dock inte utan problem vid tillämpningen i nationella domstolar. Man kan t.ex. mycket väl tänka sig att det saknas nationella bestämmelser som har ett tydligt samband med direktivbestämmelsen i fråga. Det finns då kanske ingen nationell bestämmelse som går att tolka till ett direktivkonformt resultat. Det är vidare möjligt att en nationell bestämmelse, med hänsyn till sin ordalydelse, är så klar och tydlig att det blir omöjligt för den nationella domstolen att omtolka bestämmelsen till ett EG-konformt resultat.[17] Hänsyn måste också tas till den enskildes berättigade intresse att kunna förutse vilka de rättsliga följderna kan tänkas bli i ett enskilt fall. Alltför utvidgande tolkningar eller tolkningar i strid med ordalydelsen kan strida mot kravet på rättssäkerhet.

EG-domstolen har därför i sin rättspraxis dragit en gräns för hur långtgående verkningar den direktivkonforma tolkningen får ha. Den har fastställt att denna tolkningsmetod inte får medföra att den nationella domstolen *ålägger en enskild en skyldighet* som föreskrivs i ett icke införlivat direktiv. Den får inte heller, på grundval av direktivet och i avsaknad av en lag för dess genomförande, *fastställa eller skärpa ett straffrättsligt ansvar* för personer som handlar i strid med dess bestämmelser.[18]

Ett belysande exempel är det s.k. *Berlusconimålet* från år 2005[19] där den italienska domstolen frågade EG-domstolen om det stred mot gemenskapsrättens krav på effektiva påföljder för överträdelse av gemenskapsrätten, att den italienske presidenten Berlusconi via ett presidentdekret sänkt straffet

17. EG-domstolen har emellertid uttalat att motstridiga nationella förarbetsuttalanden inte utgör hinder för en direktivkonform tolkning (se dom av den 29 april 2004 i mål C-371/02, Björnekulla, REG 2004, s. I-5791, punkt 13). Som berörs nedan kan den enskilde inte heller förlita sig på nationell rättspraxis.

18. Se domar av den 26 september 1996 i mål C-168/95, Arcaro, REG 1996, s. I-4705, punkt 42, och av den 8 oktober 1987 i mål 80/86, Kolpinghuis Nijmegen, REG 1987, s. 3969, svensk specialutgåva, volym 9, s. 213, punkterna 13 och 14.

19. Dom av den 3 maj 2005 i de förenade målen C-387/02, C-391/02 och C-403/02, Berlusconi, REG 2005, s. I-3565. Kommenterat i Reichel, J., *God förvaltning i EU och i Sverige*, a.a., s. 69.

för bokföringsbrott, som han själv stod åtalad för, då den italienska lagstiftningen byggde på ett direktiv. EG-domstolen svarade på denna fråga enligt följande:

> "Av detta följer att de tolkningsfrågor som ställts skall besvaras på så sätt att bolagsdirektivet, i en sådan situation som den vid den nationella domstolen, inte i sig kan åberopas gentemot en tilltalad av myndigheterna i en medlemsstat i ett brottmål, eftersom ett direktiv inte i sig och utan hänsyn till en medlemsstats nationella lagstiftning, som antagits för dess genomförande, kan utgöra grundval för straffrättsligt ansvar eller för en skärpning av det straffrättsliga ansvaret för en tilltalad."[20]

Den direktivkonforma tolkningen hindrar emellertid inte att det i vissa fall uppstår "negativa återverkningar" för tredje man, vilket i praktiken kan leda till relativt betydande ingrepp i enskildas rättspositioner. En enskild kan således inte förlita sig på (eller har inga EG-rättsligt skyddade förväntningar på) att en nationell bestämmelse som enligt fast nationell praxis alltid har tolkats på ett visst sätt även i fortsättningen kommer att tolkas på detta sätt. Om en motsvarande bestämmelse finns i ett direktiv och EG-domstolen kommer fram till en annan tolkning än den som följer av nationell praxis, kan den nationella domstolen vara tvungen att tillämpa EG-domstolens tolkning även i förhållanden mellan enskilda där ena parten har förlitat sig på att den tidigare nationella rättspraxisen skulle gälla.[21]

Vid direktivkonform tolkning uppstår sålunda mycket tydligt den tidigare redovisade intressekonflikten mellan enskilda individers individuella rättigheter och EG-rättens anspråk på effektivt genomslag inom ramen för den nationella rättsordningen. Tolkningsmetoden har störst betydelse när den direkta effekten av direktivbestämmelser inte kan göras gällande, dvs. i horisontella förhållanden mellan två enskilda parter. I dessa situationer finns i regel en enskild som tjänar och en som förlorar på att EG-rätten tillämpas.

Som exempel på detta kan nämnas det spanska målet *Marleasing*[22] som avsåg på vilka grunder en bolagsbildning kunde förklaras ogiltig. Marleasing yrkade att bildandet av bolaget Comercial skulle förklaras som en skentransaktion för att lura vissa fordringsägare, vilket enligt spansk rätt skulle kunna medföra ogiltigförklaring av bolaget. EG-domstolen konstaterade emellertid att spansk rätt skulle tolkas i enlighet med det icke införlivade första

20. Punkt 78 i domen.

21. Se Hettne, J. och Otken Eriksson, I. (red.), *EU-rättslig metod – Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, a.a., s. 106.

22. Dom av den 13 november 1990 i mål C-106/89, Marleasing, REG 1990, s. I-4135, svensk specialutgåva, volym 10, s. 575.

bolagsdirektivet som innehöll en uttömmande uppräkning av ogiltighetsgrunder. Marleasing förlorade målet då skentransaktioner inte omfattades av den uttömmande uppräkningen och den nationella domstolen var tvungen att tolka spansk rätt i enlighet med direktivet.

I målet förlorade sålunda käranden på att EG-rätten tillämpades. Enligt EG-domstolen var käranden dock inte innehavare av någon EG-rättsligt skyddad rättighet som vägde tyngre än intresset av att EG-rätten fick ett genomslag. Det var inte fråga om en ny skyldighet eller straffrättsligt ansvar, utan enbart s.k. negativa återverkningar.

6.4.3 *Triangulära situationer*

En s.k. triangulär situation uppstår när en nationell reglering som är av betydelse i ett förhållande mellan två enskilda parter visar sig stå i strid med EG-rätten och därför inte kan tillämpas. Exempel på detta är de numera talrika avgörandena från EG-domstolen rörande det s.k. "informationsdirektivet", direktiv 83/189/EEG, numera 98/34/EG av den 22 juni 1998, om ett informationsförfarande beträffande tekniska standarder och föreskrifter.[23] Enligt detta direktiv skall nya nationella tekniska regler, dvs. regler som ställer krav på varors egenskaper och paketering m.m., föranmälas till kommissionen innan de sätts i kraft. Kommissionen kan enligt direktivet förhindra eller i vart fall skjuta upp ikraftträdandet av tekniska regler när den anser att reglerna är handelshindrande. Genom direktivet inrättas ett förfarande som skall följas av medlemsstaterna. Det avser sålunda förhållandet mellan kommissionen och medlemsstaterna och syftar till synes inte till att tillskapa några individuella rättigheter för enskilda individer som dessa kan åberopa inför nationella domstolar och andra myndigheter.

I målet *CIA Security*[24] fick domstolen ta ställning till om vissa bestämmelser i informationsdirektivet kunde ha direkt effekt. Målet rörde en tvist mellan enskilda parter, å ena sidan vaktbolaget CIA Security och å andra sidan bolagen Signalsson och Securitel, vilka samtliga tillverkade och sålde alarmsystem och utrustningar i Belgien.

CIA security anklagade Signalsson och Securitel inför *Tribunal de commerce* i Liège i Belgien för att dessa skulle ha misskrediterat dess rykte genom att påstå att dess inbrottsskyddssystem inte uppfyllde villkoren i den belgiska lagstiftningen om säkerhetssystem. CIA Security menade att Signalsson och

23. Europaparlamentets och rådets direktiv 98/34/EG av den 22 juni 1998 om ett informationsförfarande beträffande tekniska standarder och föreskrifter, EGT L 204, s. 37.

24. Dom av den 30 april 1996 i mål C-194/94, CIA Security, REG 1996, s. I-2201.

Securitel därigenom skulle ha handlat i strid med god handelssed och yrkade därför att de bägge bolagen skulle upphöra med sitt illojala handlande.

Dessa genmälde i sin tur att CIA Security inte skulle få bedriva någon näringsverksamhet eftersom det saknade erforderligt tillstånd för att driva ett bevakningsföretag och att bolaget dessutom marknadsförde säkerhetssystem som inte var godkända enligt lag. Signalsson och Securitel hänvisade till belgiska bestämmelser om krav på förhandsgodkännande av alarmsystem och utrustningar som krävde att dessa kontrollerades innan de släpptes ut på den belgiska marknaden.

Det visade sig dock att de ifrågavarande bestämmelserna inte hade anmälts till kommissionen enligt det förfarande som föreskrivs i informationsdirektivet. Den belgiska domstolen begärde därför ett förhandsavgörande från EG-domstolen för att få klarlagt om det förelåg en skyldighet att anmäla bestämmelserna till kommissionen och, i förekommande fall, vilka de rättsliga konsekvenserna blev när en sådan anmälan inte hade gjorts.

EG-domstolen fann att en anmälningsskyldighet förelåg. När det gällde rättsverkningarna av att en sådan anmälan uteblivit, påpekade den att syftet med direktivet var att genom förhandskontroll skydda den fria rörligheten för varor eftersom tekniska regler kan hindra varuutbytet mellan medlemsländerna. Den konstaterade vidare att enligt fast rättspraxis "*skall bestämmelser i ett direktiv som är ovillkorliga och tillräckligt klara ges företräde framför alla nationella bestämmelser som inte överensstämmer med direktivet.*"

Domstolen konstaterade sedan att artiklarna 8 och 9 i direktivet föreskrev *en klar och tydlig skyldighet* för medlemsländerna att till kommissionen anmäla alla förslag till tekniska regler innan de antogs. *Eftersom artiklarna var ovillkorliga och tillräckligt klara kunde de göras gällande av enskilda inför en nationell domstol.* Domstolen ansåg att en rimlig följd av att en teknisk regel inte anmälts var att den inte fick tillämpas gentemot enskilda. En nationell domstol skulle därför underlåta att tillämpa en teknisk regel som inte hade anmälts i enlighet med direktivet.

Domstolen diskuterade inte i sina domskäl huruvida det hade betydelse att den nationella tvisten avsåg ett förhållande mellan enskilda parter. Denna fråga diskuterades dock av generaladvokat Elmer, som menade att målet kunde särskiljas från andra mål där EG-domstolen hade underkänt direktivbestämmelsers horisontella direkta effekt, eftersom direktivet inte var avsett att pålägga enskilda några skyldigheter. Det är dock ofrånkomligt att Securitel och Signalsson vars talan helt och hållet grundade sig på den icke anmälda (och därmed EG-rättsstridiga) belgiska lagstiftningen drabbades negativt i och med att de inte kunde förlita sig på den belgiska rättsordningen.

I domen ställs frågan om gränsen för EG-rättens genomslag på sin spets. Ingen av parterna i det horisontella förhållandet åläggs någon ny skyldighet eller något straffrättsligt ansvar till följd av att de tekniska kraven i den belgiska lagstiftningen inte får tillämpas. De har inte heller någon konkurrerande individuell rättighet som kränks på grund av att överträdelsen av anmälningsskyldigheten ges rättsverkan. *CIA Security-domen* visar att processuella direktivbestämmelser som inte tilldelar enskilda några materiella rättigheter kan få betydelse i horisontella förhållanden mellan två enskilda individer. Den visar samtidigt att syftet med direkt effekt-doktrinen inte enbart är att skydda enskilda individers rättsställning, utan att direkt effekt snarare är ett inslag i en mer övergripande princip, nämligen att EG-rätten som utgångspunkt skall ha ett så effektivt genomslag som möjligt på nationell nivå.

Detta har bl.a. bekräftats i målet *Unilever Italia*,[25] men kanske ännu tydligare i målet *Lemmens*.[26] I detta mål hävdade den klagande (Lemmens) att den nationella domstolen inte hade rätt att beakta resultatet från en alkoholtestningsapparat (alkometer) som visade att han hade kört bil under påverkan av alkohol, eftersom föreskrifterna om användning av apparaten inte hade anmälts till kommissionen. EG-domstolen gavs alltså tillfälle att uttala sig om var gränserna gick för den princip som hade etablerats i det ovan nämnda målet *CIA Security* om att icke anmälda tekniska föreskrifter inte fick tillämpas gentemot enskilda. Domstolen förklarade emellertid att den nationella domstolen inte behövde beakta att den ifrågavarande föreskriften inte hade anmälts, *eftersom det i detta fall var fråga om en situation som inte hade med den fria rörligheten för varor att göra*. Det var inte fråga om ett handelshinder som hade kunnat undvikas om anmälningsförfarandet hade följts.[27]

Genom *Lemmens-domen* begränsade EG-domstolen sålunda tillämpningsområdet för den princip som etablerades i *CIA Security* och preciserade att enskildas rätt att åberopa EG-rättsliga bestämmelser är beroende av att EG-rättens syften i stort främjas. Detta visar tydligt att principen om direkt effekt inte enbart syftar till att skydda enskilda individers rättsställning, utan ingår i en vidare effektivitetsprincip.

Ett annat exempel är målet *Kraaijeveld*,[28] som gällde tillämpningen av direktiv 85/337/EEG av den 27 juni 1985 om miljökonsekvensbeskriv-

25. Dom av den 26 september 2000 i mål C-443/98, Unilever Italia SpA mot Central Food SpA, REG 2000, s. I-7535.

26. Dom av den 16 juni 1998 i mål C-226/97, Lemmens, REG 1998, s. I-3711.

27. Se punkt 36 i domen.

28. Dom av den 24 oktober 1996 i mål C-72/95, Kraaijeveld, REG 1996, s. I-5403.

ningar.[29] De nederländska myndigheterna hade genomfört en plan för att förstärka vallarna på några av de dammanläggningar som finns i Holland. Företaget Kraaijevelds verksamhet påverkades av dammbygget, och det klagade på att det inte hade företagits någon miljökonsekvensbeskrivning. Till saken hörde att skyldigheten att utföra miljökonsekvensbeskrivningar var mycket begränsad enligt nederländsk lagstiftning, vilket i praktiken innebar att inga dammprojekt underkastades en miljökonsekvensbedömning. Medlemsstaterna hade enligt direktivet rätt att utforma villkor för när det förelåg en skyldighet att utföra miljökonsekvensbeskrivningar och frågan som aktualiserades var om det fanns några begränsningar i denna rätt. Helt klart var dock att direktivet inte innehöll någon bestämmelse som gav Kraaijeveld några individuella rättigheter.

EG-domstolen underströk dock att det var oförenligt med ett direktivs bindande verkan enligt artikel 189 (nu 249 EG) att i princip omöjliggöra att den skyldighet som föreskrivs i direktivet kan åberopas av berörda personer. I synnerhet i de fall i vilka gemenskapernas institutioner genom ett direktiv har fastställt att medlemsstaterna skall agera på ett visst sätt, skulle, menade domstolen, den *ändamålsenliga verkan av en sådan rättsakt förlora i styrka* om enskilda förhindrades att åberopa den inför domstol och om de nationella domstolarna förhindrades att beakta den såsom en del av gemenskapsrätten då de prövar om den nationella lagstiftaren, inom ramen för de valmöjligheter avseende form och tillvägagångssätt för att genomföra direktivet som denne har givits, har hållit sig inom gränserna för befogenheten att företa en skönsmässig bedömning såsom den har angivits genom direktivet.[30]

Domstolen menade att det förhållandet att medlemsstaterna förfogade över ett visst mått av skön enligt direktiv 85/337/EEG inte uteslöt att en domstol kunde pröva om de nationella myndigheterna hade överskridit sin befogenhet att företa en skönsmässig bedömning. Domstolen välkomnade sålunda att medlemsstatens skyldigheter enligt direktivet kunde åberopas i en tvist mellan två enskilda parter.

Avslutningsvis kan nämnas att detta synsätt kanske framträder allra tydligast i målet *Wells*. Delena Wells bodde i närheten av ett nedlagt stenbrott i England. Myndigheterna meddelade tillstånd att återuppta verksamheten utan att det gjordes någon miljökonsekvensbedömning. När Wells begäran om omprövning av tillstånd avslogs, begärde hon rättsprövning av beslutet i *High Court*, som i sin tur begärde ett förhandsavgörande från EG-domsto-

29. EGT L 175, s. 40.

30. EG-domstolen hänvisade till dom av den 1 februari 1977 i mål 51/76, Verbond van Nederlandse Ondernemingen, REG 1977, s. 113, punkterna 22–24.

len. EG-domstolen konstaterade att det beslut som hade fattats skulle anses som ett nytt tillstånd enligt bestämmelserna i direktiv 85/337/EEG. Då det inte hade gjorts någon miljökonsekvensbeskrivning i ärendet behövde förfarandet återupptas och en sådan upprättas. Att "tredje man" – dvs. gruvbolaget – skulle drabbas av detta genom förseningar och eventuellt indraget tillstånd innebar inte något hinder. Sådana negativa återverkningar kunde enligt EG-domstolen inte anses utgöra någon indirekt direkt effekt av direktivet. Hur omprövningen av tillståndet skulle ske var emellertid något som avgjordes av medlemsstaterna enligt principen om processuell autonomi, varvid likvärdighetsprincipen och effektivitetsprincipen skulle beaktas.

Av *Kraaijeveld* och *Wells*, liksom vissa andra liknande fall[31] framgår att EG-domstolen, utöver att skydda enskilda individers rättsställning, försöker tillse att EG-rätten i stort får ett maximalt genomslag på nationell nivå i varje enskilt fall. EG-domstolen eftersträvar sålunda dubbla och – som framgått av målet Lemmens ovan – inte alltid helt förenliga ändamål när den prövar om en bestämmelse skall kunna göras gällande: EG-rättens effektiva genomslag och/eller enskilda individers rättigheter.

6.4.4 *Medlemsstaternas skadeståndsskyldighet*

Genom domen i målet *Francovich*[32] slog EG-domstolen fast att enskilda individer som lidit skada till följd av att en medlemsstat inte har införlivat ett direktiv, skall ha rätt att hålla denna stat ansvarig vid nationell domstol, när det saknas möjlighet att göra gällande den direkta effekten av direktivbestämmelser. På så sätt gav EG-domstolen enskilda individer ett *alternativt rättsmedel* när de inte kunde åberopa den horisontella direkta effekten av direktivbestämmelser. Skadeståndsskyldigheten för medlemsstaterna har sedan preciserats och utvidgats i rättspraxis. Den omfattar alla skadeståndsgrundande överträdelser av EG-rätten oavsett om de aktuella bestämmelserna har direkt effekt eller ej.[33]

Medlemsstaternas skadeståndsskyldighet är beroende av att tre villkor är uppfyllda: den rättsregel som har överträtts skall ha till syfte att ge enskilda

31. Se särskilt domar av den 7 september 2004 i mål C-127/02, Waddenzee, REG 2004, s. 7405, punkt 66, och av den 19 september 2000 i mål C-287/98, Linster, REG 2000, s. I-6917, punkt 32. Se även domar av den 1 februari 1977 i mål 51/76, Verbond van Nederlandse Ondernemingen, REG 1977, s. 113, punkterna 22–24 och av den 16 september 1999 i mål C-435/97, WWF m.fl., REG 1999, s. I-5613, punkt 69.

32. Dom av den 19 november 1991 i de förenade målen C-6/90 och C-9/90, Francovich m.fl., REG 1991, s. I-5357, svensk specialutgåva, volym 11, s. 435.

33. Se dom av den 5 mars 1996 i de förenade målen C-46/93 och C-48/93, Brasserie du pêcheur och Factortame m.fl., REG 1996, s. I-1029.

rättigheter, överträdelsen skall vara tillräckligt klar och det skall finnas ett direkt orsakssamband mellan åsidosättandet av medlemsstaternas skyldighet och den skada som de drabbade personerna har åsamkats. Övriga villkor för skadeståndsansvaret regleras som huvudregel av nationell rätt under förutsättning att kraven på likvärdighet och effektivitet är uppfyllda, dvs. det skall inte vara svårare att få skadestånd än i liknande internrättsliga situationer och det skall inte vara i praktiken omöjligt eller orimligt svårt att få skadestånd.

Kravet på att överträdelsen skall vara "tillräckligt klar" har utvecklats i rättspraxis. Av stor betydelse är vilken handlingsfrihet som har givits till det nationella organ som påstås ha gjort sig skyldig till en överträdelse. Om organet förfogar över ett begränsat eller till och med obefintligt utrymme för skönsmässig bedömning kan överträdelsen i sig anses tillräckligt klar.[34] Om organen däremot förfogar över ett betydande skönsmässigt utrymme måste utredas hur allvarlig överträdelsen är med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet.

I senare praxis har EG-domstolen slagit fast att medlemsstaternas skadeståndsansvar även omfattar skada som vållats genom ett avgörande av en nationell domstol som dömer i sista instans.[35] Kravet på att överträdelsen skall vara tillräckligt klar innebär emellertid i detta sammanhang att hänsyn måste tas till den dömande verksamhetens särdrag och de berättigade kraven på rättssäkerhet. Domstolen har också uttalat att staten kan ådra sig skadeståndsansvar på grund av en överträdelse av gemenskapsrätten genom ett sådant domstolsavgörande endast i undantagsfall, nämligen då den nationella domstolen på ett uppenbart sätt har åsidosatt gällande rätt. Eftersom domstolen också har betonat att en överträdelse av gemenskapsrätten "i vilket fall som helst [är] tillräckligt klar då avgörandet i fråga uppenbart har fattats i strid med domstolens rättspraxis på området", råder för närvarande betydande osäkerhet om ansvarets egentliga omfattning.[36] En konsekvens av domen tycks emellertid vara att den berörda personen får en ytterligare chans att få sitt "bakomliggande" EG-rättsliga krav prövat inom ramen för en ny process i vilken det kan bli fråga om att begära ett förhandsavgörande från EG-domstolen för att utreda skadeståndsskyldigheten.[37]

---

34. Se t.ex. dom av den 23 maj 1996 i mål C-5/94, Hedley Lomas, REG 1996, s. I-2553.
35. Dom av den 30 september 2003 i mål C-224/01, Köbler, REG 2003, s. I-10239.
36. Se Hettne, J. och Otken Eriksson, I. (red.), *EU-rättslig metod – Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, a.a., s. 110.
37. För diskussion av Köbler-domens betydelse, se Otken Eriksson, I., i ERT 2004, s. 199, "*Medlemsstaternas skadeståndsansvar för nationella domstolars överträdelserna av gemenskapsrätten: björnen sover ...*".

I skadeståndsmålen är det ingen risk att ett annat enskilt subjekts konkurrerande rättigheter kränks, eftersom förhållandet är renodlat vertikalt. Det är enbart medlemsstatens skadeståndsansvar som är i fråga, vilket naturligtvis inte utesluter att det uppstår intressemotsättningar mellan enskilda individer (negativa återverkningar). Skadeståndsskyldigheten är ett tydligt uttryck för EG-rättens effektiva genomslag, men även här balanseras effektivitetsintresset av medlemsstaternas intresse att upprätthålla en rättssäker och förutsebar processordning. Som framgått gäller medlemsstaternas processuella villkor, förutsatt att det inte är svårare att få skadestånd än i liknande internrättsliga situationer och att det inte i praktiken är omöjligt eller orimligt svårt att få skadestånd. Rimliga preskriptionsregler kan av denna anledning upprätthållas. EG-domstolen har emellertid fastslagit att en nationell lagstiftning enligt vilken skadeståndsansvaret för nationella domstolar generellt är uteslutet när överträdelsen är hänförlig till en tolkning av rättsregler eller en bedömning av faktiska omständigheter eller bevisvärdering, inte kan upprätthållas. Detta kan nämligen innebära att det i praktiken är omöjligt att få skadestånd.[38] Detsamma gäller om nationell lagstiftning begränsar ansvaret till enbart fall där domstolen vållat skadan uppsåtligen eller av grov vårdslöshet,[39] vilket kan innebära att det är orimligt svårt att få skadestånd.

Om medlemsstaterna förfogar över ett omfattande skönsmässigt utrymme i den situation då skada påstås ha uppstått, krävs emellertid enligt EG-rätten en uppenbar och allvarlig överträdelse för att staten skall bli skadeståndsskyldig. Detta sammanhänger med att kriteriet "tillräckligt klar" tillämpas strikt när det skönsmässiga utrymmet är stort. När det gäller medlemsstaternas högsta domstolars dömande verksamhet skall dessutom hänsyn tas till denna verksamhets särdrag och särskilda krav på rättssäkerhet.[40]

6.5 EG-rättens företräde framför nationell rätt

Enligt EG-domstolens praxis har EG-rätten företräde framför nationella regler och skall tillämpas oavsett vad som föreskrivs i den nationella rättsordningen. I målet *Costa mot ENEL*[41] framhöll EG-domstolen att gemenskapsrätten utgör en del av varje medlemsstats nationella rättsordning, varför sta-

38. Dom av den 13 juni 2006 i mål C-173/03, Traghetti del Mediterraneo, REG 2006, s. I-5177.
39. Ibid.
40. Se dom av den 30 september 2003 i mål C-224/01, Köbler, REG 2003, s. I-10239, punkt 56.
41. Dom av den 15 juli 1964 i mål 6/64, Costa mot ENEL, REG 1964, s. 1141, svensk specialutgåva, volym 1, s. 211.

terna inte kan låta en nationell regel, även om den beslutats senare, få företräde framför det rättsliga system som de har skapat tillsammans. En sådan regel skulle undergräva EG-rättens karaktär av gemensam rätt och kan därför inte vara förenlig med det gemenskapsrättsliga systemet. Grunden för företrädesprincipen är framför allt att EG-rättens genomslagskraft inte kan tillåtas att variera från en stat till en annan, på grund av att den viker för senare nationell lag. Detta skulle äventyra fördragsmålen och leda till en otillåten särbehandling. Medlemsländerna får därför inte tillämpa en *ensidigt* beslutad nationell bestämmelse som är i strid med den rättsordning som de *gemensamt* har kommit överens om.

EG-rättens företräde framför nationell grundlag framgår särskilt tydligt av målet *Internationale Handelsgesellschaft*[42], i vilket EG-domstolen uttalade följande:

> "Om den rätt som följer av fördraget, dvs. av en självständig rättskälla, skulle åsidosättas av bestämmelser i nationell lagstiftning, av vilket slag de än kan vara, skulle den förlora karaktären av gemenskapsrätt och den rättsliga grundvalen för själva gemenskapen hotas.
>
> Därför påverkas giltigheten av en gemenskapsakt eller dess verkan inom en medlemsstats territorium inte av att det görs gällande att den kränker grundläggande rättigheter i en medlemsstats författning eller principerna i dess författningsstruktur."

Företrädesprincipen är dock inte absolut. Av fall som *Wells*[43] och *Kühne & Heitz*[44] framgår att företrädesprincipen begränsas av rättssäkerhetsprincipen. Samma typ av resonemang kan skönjas i målet *CIF* där EG-domstolen, samtidigt som den slog fast att konkurrensreglerna i EG-fördraget skulle tillämpas, vägde EG-rättens företräde mot rättssäkerhetsprincipen, när den uttalade att företagen inte kunde utsättas för sanktionsåtgärder för konkurrensbegränsande agerande som följde av nationell lagstiftning.[45]

Ett generellt villkor för att EG-rätten skall kunna ha företräde framför nationell rätt är vidare att grundläggande rättigheter respekteras. EG-domstolen har successivt skapat rättighetsgarantier i EG-rätten för att svara upp mot de krav som bl.a. den tyska författningsdomstolen har uppställt för att acceptera EG-rättens företräde framför den tyska konstitutionen. EG-dom-

42. Dom av den 17 december 1970 i mål 11/70, Internationale Handelsgesellschaft, REG 1970, s. 1125, punkt 3, svensk specialutgåva, volym 1, s. 503.

43. Dom av den 7 januari 2004 i mål C-201/02, Delena Wells, REG 2004, s. I-723, punkterna 64–65.

44. Dom av den 13 januari 2004 i mål C-453/00, Kühne & Heitz, REG 2004, s. I-837, punkt 20.

45. Dom av den 9 september 2003 i mål C-198/01, Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF) mot Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, REG 2003 s. I-8055, punkt 53.

stolen har härlett rättigheter från Europakonventionen och gemensamma konstitutionella traditioner i medlemsstaterna och på grundval av dessa skapat allmänna rättsprinciper i EG-rätten. Det kan alltså konstateras att företrädesprincipen i bland får stå tillbaka då intresset av allmänna rättsprinciper väger tyngre än intresset av EG-rättens effektiva genomslag.

6.6 När kan EG-rättens genomslag begränsas?

I vissa fall har sålunda EG-rättens effektiva genomslag på nationell nivå begränsats på grund av att andra intressen har vägt tyngre. Detta illustreras tydligt av de skilda utgångarna i målen *Peterbroeck*[46] och *Van Schijndel*[47] respektive *Kühne & Heitz*[48] och *Kapferer*[49], som berörs i det följande.

I *Peterbroeck* hade ett skattebeslut från *Cour d'Appel* i Bryssel överklagats. Under handläggningen inför appelationsdomstolen åberopade Peterbroeck en ny grund som gick ut på att skattemyndigheternas beslut inte var förenligt med artikel 43 EG om etableringsfrihet. Avkastningen från Peterbroeck-bolaget hade delats ut till ett bolag som inte var hemmahörande i Belgien och beskattades därför enligt en högre skattesats än den som var tillämplig på bolag som bildats enligt belgisk rätt. Enligt belgisk rätt är det i mål av detta slag emellertid inte tillåtet att i en appellationsdomstol *åberopa nya grunder efter utgången av en frist om sextio dagar* räknat från det att skattemyndigheten överlämnar akten till appellationsdomstolen. Peterbroeck hade åberopat den nya grunden efter fristens utgång. Appellationsdomstolen ansåg att den inte heller självmant (*ex officio*) kunde pröva en grund som klaganden inte längre kunde åberopa. Cour d'Appel i Bryssel begärde ett förhandsavgörande från EG-domstolen och ville ha besked om den aktuella förfaranderegeln kunde åsidosättas i de fall den hindrade domstolen från att tillämpa gemenskapsrätt.

I domen hänvisade EG-domstolen till de grundläggande principerna angående nationella processuella reglers tillämplighet på gemenskapsrättsligt grundade krav. Frågan var om den aktuella förfaranderegeln medförde att det blev *i praktiken omöjligt eller orimligt svårt* att tillämpa gemenskapsrätten. I så fall måste den nationella bestämmelsen vika till förmån för EG-

46. Dom av den 14 december 1995 i mål C-312/93, Peterbroeck, REG 1995, s. I-4599.
47. Dom av den 14 december 1995 i mål C-430/93, Van Schijndel, REG 1995, s. I-4705.
48. Dom av den 13 januari 2004 i mål C-453/00, Kühne & Heitz, REG 2004, s. I-837.
49. Dom av den 16 mars 2006 i mål C-234/04, Kapferer, REG 2006, s. I-2585.

rätten.[50] Domstolen ansåg att fristen om sextio dagar i och för sig inte var alltför kort. Vid tiden för den muntliga förhandlingen hade dock fristen löpt ut, och den nationella domstolen var därmed förhindrad att på eget initiativ pröva den ifrågavarande grunden. Appellationsdomstolen var dessutom den första instans som kunde begära förhandsavgörande, eftersom underinstansen inte kunde betraktas som en domstol i den mening som avses i artikel 234 EG. Någon annan nationell domstol kunde inte heller självmant, i ett senare förfarande, pröva skattebeslutets förenlighet med gemenskapsrätten. Svaret på frågan från Cour d'Appel i Bryssel blev att *när omständigheterna är sådana som de i det förevarande målet* skall den nationella domstolen åsidosätta en nationell förfaranderegel som förbjuder domstolen att på eget initiativ bedöma om en nationell rättsakt är förenlig med en gemenskapsrättslig bestämmelse som inte inom en viss tidsfrist åberopats av den enskilde.

Samma dag som Peterbroecksmålet avgjordes meddelades domen i *Van Schijndel-målet*.[51] I detta mål hade kärandena ifrågasatt giltigheten av en nationell lagstiftning som föreskrev obligatoriskt medlemskap i pensionssystem för olika yrkeskategorier. Kärandenas talan ogillades i första instans, där de enbart grundade sitt yrkande på nationell rätt. De överklagade till *Hoge Raad der Nederlanden* och anförde då två nya grunder för sin talan. De stödde sig nu också på artiklarna 43 och 49 EG angående den fria etableringsrätten och det fria tjänsteutbytet samt på konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 EG.

De nationella procedurreglerna föreskrev att nya grunder kunde åberopas i Hoge Raad der Nederlanden endast om de innebar att en ny rättslig bedömning skulle göras av de faktiska omständigheterna som redan hade åberopats i första instans. Hoge Raad kunde inte heller självmant föra in nya faktiska omständigheter i målet utan var bunden av det faktaunderlag som yrkandet i första instans stödde sig på. De nya EG-rättsliga grunderna som kärandena åberopade stödde sig på faktiska omständigheter som inte hade åberopats i första instans. Hoge Raad frågade EG-domstolen om den aktuella processrättsliga regeln var förenlig med EG-rätten.

EG-domstolen anförde att när man skall bedöma om en nationell processrättslig regel medför att det blir omöjligt eller orimligt svårt att tillämpa EG-rätten, skall man analysera syftet med den nationella processrättsliga regeln i relation till grundläggande principer i den nationella processordningen.

---

50. Se t.ex. dom av den 16 december 1976 i mål 33/76, Rewe, REG 1976, s. 1989, svensk specialutgåva, volym 3, s. 261.

51. Dom av den 14 december 1995 i mål C-430/93, Van Schijndel, REG 1995, s. I-4705.

I sin analys av de särskilda omständigheterna i *Van Schijndel-målet* fann EG-domstolen att den nationella processrättsliga regeln var berättigad eftersom den tillgodosåg rätten till svaromål och kravet på att rättegången skall genomföras på ett godtagbart sätt, särskilt med hänsyn till att parterna genom regeln skyddas från att målets avgörande försenas till följd av att parterna tillåts åberopa nya omständigheter.

Van Schijndel-målet var ett *dispositivt tvistemål*. I sådana mål kan en nationell domstol inte självmant föra in rättsliga grunder och faktiska omständigheter som parterna inte åberopat. EG-domstolen accepterade att EG-rättsligt grundade krav borde behandlas på samma sätt. Det hör till saken att domstolens passiva roll i dispositiva tvistemål är en grundläggande regel i medlemsstaternas processordningar, och att behandla EG-rättsligt grundade krav förmånligare än krav som grundas på nationell rätt skulle ge upphov till en omotiverad obalans.

Av *Peterbroeck* och *Van Schijndel-domarna* framgår att EG-domstolen väger olika motstående intressen mot varandra. Syftet med den nationella processregeln och vikten av att regeln upprätthålls skall vägas mot intresset av att tillämpningen av den ifrågavarande EG-regeln inte hindras.[52]

Frågan är dock vilka processuella regler som kan väga tyngre än intresset av att EG-rätten ges ett effektivt genomslag. Viss vägledning ges faktiskt i Peterbroeck och Van Schijndel-domarna. *Peterbroeck* rörde förhållandet mellan ett enskilt företag och skattemyndigheten och var sålunda ett utpräglat förvaltningsmål. Domstolen ansåg att i ett sådant mål vägde inte den processrättsliga regeln om att nya grunder inte fick åberopas efter en viss frist tyngre än intresset av att EG-rätten fick genomslag på nationell nivå. I *Van Schijndel* ansåg EG-domstolen däremot att intresset av att EG-rätten tillämpas inte kunde väga tyngre än den *allmänt erkända rättsprincipen* om att parterna styr över processen i dispositiva tvistemål.

Ett första konstaterande som kan göras är att i *Peterbroeck* var det fråga om en regel, som inte gav uttryck för någon rättsprincip, medan i *Van Schijndel* det just var fråga om *en rättsprincip* som är allmänt erkänd i medlemsländerna.

Det säger sig självt att EG-domstolen har lättare att låta en regel av mindre tyngd träda tillbaka till förmån för EG-rätten än en allmänt erkänd rättsgrundsats. Allmänna rättsprinciper som härrör från medlemsstaternas gemensamma rättstraditioner utgör ju nämligen de konstitutionella grund-

52. Se Fritz, M., Hettne, J. och Rundegren, H.; *När tar EG-rätten över; EG-rätten och dess inverkan på den svenska rättsordningen*, andra utgåvan, Industrilitteratur 2001, s. 228.

valarna även i EU:s rättsordning och måste därför respekteras av EG-domstolen.

Ett andra konstaterande som *Peterbroeck* och *Van Schijndel* ger upphov till är att det är svårare för EG-domstolen att låta EG-rätten få ett effektivt genomslag om detta kommer i konflikt med *en konkurrerande individuell rättighet*.[53] I *Peterbroeck* saknades en sådan konkurrerande individuell rättighet, eftersom partsförhållande var renodlat vertikalt, dvs. mellan enskild och stat. I *Van Schijndel* däremot fanns två enskilda parter. Den ena ville att den nationella domstolen skulle iaktta EG-rätten *ex officio* och därmed skydda de rättigheter som den ansåg sig ha enligt EG-rätten och den andre krävde att domstolen inte skulle gå utöver vad parterna hade yrkat i ett dispositivt tvistemål.

Två andra mål som illustrerar när EG-rättens effektiva genomslag kan begränsas är *Kühne & Heitz*[54] och *Kapferer*[55].

I *Küne & Heitz-målet* var det fråga om bidrag för export av fjäderfä till tredje land. En holländsk tullmyndighet krävde återbetalning av företaget Kühne & Heitz för ett felaktigt utbetalt exportbidrag. Mot bakgrund av en dom från EG-domstolen, som meddelades efter detta beslut, ansåg dock företaget att kravet på återbetalning var felaktigt och yrkade att det skulle undanröjas. Den nationella domstolen ville emellertid veta hur långt dess skyldigheter sträckte sig enligt gemenskapsrätten. Kunde ett förvaltningsorgan verkligen vara skyldigt att ändra ett beslut som har blivit definitivt för att gemenskapsrätten skulle garanteras full verkan?

EG-domstolen påpekade att principen om rättssäkerhet, som är grunden för att förvaltningsbeslut ges en definitiv karaktär, förvisso är en allmän rättsprincip inom gemenskapsrätten. Den framhöll dock att ett förvaltningsorgan enligt nederländsk rätt alltid har rätt att ändra ett definitivt förvaltningsbeslut, under förutsättning att tredje mans intressen inte skadas, och att denna rätt, beroende på omständigheterna, kunde medföra en skyldighet att dra tillbaka ett sådant beslut. Den menade att det nationella organet borde ha motsvarande möjligheter när EG-rätten skulle tillämpas. Domstolens svar på frågan blev att principen om lojalt samarbete i artikel 10 EG ställer krav på att ett förvaltningsorgan, som har att ta ställning till en begäran om omprövning av ett definitivt förvaltningsbeslut, skall ompröva detta för att beakta den tolkning av den relevanta gemenskapsrättsliga bestämmelsen som domstolen gjort under tiden. EG-domstolen begränsade dock denna

53. Ibid., s. 193 ff.
54. Dom av den 13 januari 2004 i mål C-453/00, Kühne & Heitz, REG 2004, s. I-837.
55. Dom av den 16 mars 2006 i mål C-234/04, Kapferer, REG 2006, s. I-2585.

slutsats till omständigheterna i det särskilda fallet. Den angav att det krävdes att:

- Förvaltningsorganet enligt nationell rätt har behörighet att ändra beslutet.
- Beslutet i fråga har blivit definitivt som en följd av en dom från en nationell domstol som avgör målet i sista instans.
- Nämnda dom grundas, med hänsyn till rättspraxis från domstolen som meddelats efter denna dom, på en felaktig tolkning av gemenskapsrätten som gjorts utan att domstolen erhållit en begäran om förhandsavgörande i enlighet med föreskrifterna i artikel 234 tredje stycket EG.
- Den berörda parten vände sig till ett förvaltningsorgan så snart han fått kännedom om denna rättspraxis.

EG-domstolen gjorde sålunda en avvägning mellan intresset av EG-rättens effektiva genomslag och det rättssäkerhetsintresse som kommer till uttryck i principen att förvaltningsrättsliga beslut bör ligga fast. Något individuellt intresse stod emellertid inte på spel, eftersom det inte var fråga om ett *gynnande* förvaltningsrättsligt beslut. I så fall hade av allt att döma principen om berättigade förväntningar utgjort hinder för en omprövning.[56] EG-domstolen radade också upp ytterligare villkor som hade med de särskilda omständigheterna i fallet att göra. Sammantaget ger domen uttryck för en hårfin avvägning mellan effektivitetsintresset och rättssäkerhetsintresset, där effektivitetsintresset vägde något tyngre.

En annan utgång blev det i målet *Kapferer* som avsåg möjligheten att ändra ett lagakraftvunnet avgörande av domstol. Detta mål rörde en tvist mellan den österrikiska medborgaren Rosmarie Kapferer och det tyska postorderföretaget Schlank & Schick. Kapferer ansåg att Schlank & Schick var skyldigt att till henne utbetala en vinst, eftersom företaget, i ett personligen ställt brev, gett henne intryck av att ha vunnit ett pris. Tvisten hamnade inför österrikisk domstol (Bezirksgericht). En invändning om rättegångshinder gjordes som gick ut på att denna domstol saknade internationell behörighet. Invändningen ogillades dock av Bezirksgericht, som förklarade sig behörig

56. Jfr domar av den 12 juli 1957 i de förenade målen 7/56, 3/57–7/57, Algera m.fl., REG 1957, s. 12 (fransk utgåva), punkt 116, av den 9 mars 1978 i mål 54/77, Herpels mot kommissionen, REG 1978, s. 585, punkt 38, av den 3 mars 1982 i mål 14/81, Alpha Steel mot kommissionen, REG 1982, s. 749, punkt 10, av den 26 februari 1987 i mål 15/85, Consorzio Cooperative d'Abruzzo mot kommissionen, REG 1987, s. 1005, punkt 12, svensk specialutgåva, volym 9, s. 29, dom av den 17 april 1997 i mål C-90/95 P, De Compte mot Europaparlamentet, REG 1997, s. I-1999, punkt 35, förstainstansrättens dom av den 26 januari 1995 i de förenade målen T-90/91 och T-62/92, De Compte mot parlamentet, REGP 1995, s. I-A-1 och II-1, punkt 37, samt av den 5 december 2000 i mål T-197/99, Gooch mot kommissionen, REGP 2000, s. I-A-271 och s. II-1247, punkt 53.

enligt artiklarna 15 och 16 i förordning (EG) nr 44/2001 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område (den s.k. Bryssel I-förordningen), med motiveringen att det förelåg ett avtalsförhållande mellan parterna i tvisten

Tvisten hamnade därefter inför *Landesgericht Innsbruck* som ansåg att Bezirksgericht troligtvis hade tolkat Bryssel I-förordningen fel och saknade internationell behörighet. Den frågade därför EG-domstolen om den på grund av den EG-rättsliga lojalitetsplikten i artikel 10 EG kunde vara skyldig att ompröva och upphäva ett lagakraftvunnet avgörande angående domstols internationella behörighet när avgörandet stred mot gemenskapsrätten, särskilt mot bakgrund av EG-domstolens dom i *Kühne & Heitz*.

I detta fall var EG-domstolen mycket tydlig. Den framhöll att principen om rättskraft äger stor betydelse i såväl gemenskapsrätten som i de nationella rättsordningarna. För att säkerställa såväl en stabil rättsordning och stabila rättsförhållanden som en god rättskipning är det viktigt att domstolsavgöranden som vunnit laga kraft efter det att tillgängliga rättsmedel har uttömts eller fristerna för dessa har löpt ut inte längre kan angripas. En nationell domstol är följaktligen inte skyldig enligt gemenskapsrätten att underlåta att tillämpa nationella processregler som leder till att avgöranden vinner laga kraft, även om ett sådant beslut skulle kunna avhjälpa ett åsidosättande av gemenskapsrätten.

EG-domstolens slutsats blev följaktligen att principen om lojalt samarbete i artikel 10 EG inte innebär en skyldighet för en nationell domstol att underlåta att tillämpa nationella processregler i syfte att ompröva och upphäva ett lagakraftvunnet domstolsavgörande när det framgår att avgörandet strider mot gemenskapsrätten.

I Kapfererdomen tvekade EG-domstolen sålunda inte att begränsa EG-rättens effektiva genomslag till förmån för principen om rättskraft (*res judicata*), som är en allmänt erkänd rättsprincip i medlemsstaternas rättsordningar och därmed också inom EG-rätten.[57]

6.7 Konklusion

Direkt effekt-doktrinen innebar att enskilda individer gavs nya möjligheter att göra gällande EG-rätten. Bestämmelser som tidigt tillerkändes direkt

57. Se även dom av den 18 juli 2007 i mål C-119/05, Lucchini, REG 2007, s. I-6199. Kommenterad av Groussot, X. och Lidgard, H.H., *Are There General Principles of Community Law Affecting Private Law* i General Principles of EC Law in a Process of Development, (red.) Bernitz, U., Nergelius, J. och Cardner, C. (Kluwer 2008) s. 155.

effekt var sådana som var ämnade att skydda enskilda individers rättsställning, dvs. bestämmelser som innehöll klara, kompletta, precisa och ovillkorliga förpliktelser som inte lämnar plats för valmöjligheter eller något skön. Principen om direkt effekt kompletterades tidigt med principen om EG-rättens företräde framför nationell rätt. De bägge principerna har haft avgörande betydelse för EG-rättens utveckling. Från början betraktades de emellertid enbart som ett rättighetsskydd för enskilda individer, eftersom det i de första målen uteslutande handlade om att skydda enskilda individer, som med stöd av EG-domstolens tolkningar av gemenskapsrätten, gavs rätt gentemot medlemsstaterna. Med tiden har dock skyddet av individuella rättigheter utvecklats till en bredare princip om EG-rättens effektiva genomslag i medlemsländernas rättssystem. Denna princip uppställer ett brett spektrum av krav på genomförandet av EG-rätten på nationell nivå. Principen innebörd är kort sagt att EG-rätten skall få full verkan eller genomslag på nationell nivå. Mot denna bakgrund bör bl.a. de krav som EG-domstolen ställer på innehållet i nationell process- och förvaltningsrätt samt på nationella bestämmelser om intermistiskt skydd betraktas.

Av senare rättspraxis, såom målen *Kraaijeveld*[58] och *Wells*[59], liksom vissa andra liknande fall[60] framgår nu tydligt att EG-domstolen, utöver att skydda enskilda individers rättsställning, försöker tillse att EG-rätten i stort får ett maximalt genomslag på nationell nivå i varje enskilt fall. EG-domstolen eftersträvar sålunda dubbla och inte alltid helt förenliga ändamål när den prövar om en bestämmelse skall kunna göras gällande: EG-rättens effektiva genomslag och/eller enskilda individers rättigheter.

EG-domstolens senare rättspraxis kan således inte förklaras enbart med utgångspunkt i enskilda individers rättigheter. Även EG-rättsliga bestämmelser som inte grundar några rättigheter för enskilda individer kan åberopas av dessa inför nationella domstolar i vissa situationer.

Kravet på att EG-rätten skall ges ett effektivt genomslag i medlemsländernas rättsordningar har successivt förstärkts i EG-domstolens rättspraxis. Denna utveckling grundas på föresatsen att EG-rättens genomslagskraft inte kan tillåtas att variera från en stat till en annan. Detta skulle äventyra fördragsmålen och leda till en otillåten särbehandling av EU-medborgarna.

58. Dom av den 24 oktober 1996 i mål C-72/95, Kraaijeveld, REG 1996, s. I-5403.

59. Dom av den 7 januari 2004 i mål C-201/02, Delena Wells, REG 2004, s. I-723, punkterna 64–65

60. Se särskilt domar av den 7 september 2004 i mål C-127/02, Waddenzee, REG 2004, s. 7405, punkt 66, och av den 19 september 2000 i mål C-287/98, Linster, REG 2000, s. I-6917, punkt 32. Se även domar av den 1 februari 1977 i mål 51/76, Verbond van Nederlandse Ondernemingen, REG 1977, s. 113, punkterna 22–24 och av den 16 september 1999 i mål C-435/97, WWF m.fl., REG 1999, s. I-5613, punkt 69.

Det har emellertid alltid funnits en *motvikt* till EG-rättens effektiva genomslag och numera kan vissa slutsatser dras angående i vilka situationer EG-domstolen accepterar att begränsa EG-rättens genomslag. Ett tidigt exempel på detta är EG-domstolens orubbliga hållning när det gäller att frånkänna direktivbestämmelser direkt effekt i förhållanden mellan två enskilda individer (horisontell direkt effekt). Denna hållning bygger på slutsatsen att en icke införlivad direktivbestämmelse inte skall tillämpas till nackdel för en av parterna i detta förhållande, eftersom denna inte bör åläggas nya skyldigheter som inte framgår av den nationella lagstiftningen som är tillämplig i målet (principen om skydd för berättigade förväntningar).

På motsvarande sätt har EG-domstolen dragit en gräns för hur långtgående verkningar dess tolkningsprinciper, i synnerhet den direktivkonforma tolkningen, får ha. Den har fastställt att denna tolkningsmetod inte får medföra att den nationella domstolen *ålägger en enskild en skyldighet* som föreskrivs i ett icke införlivat direktiv. Den får inte heller, på grundval av direktivet och i avsaknad av en lag för dess genomförande, *fastställa eller skärpa ett straffrättsligt ansvar* för personer som handlar i strid med direktivets bestämmelser.[61]

I mål rörande en medlemsstats skadeståndsskyldighet uppstår inte en konflikt mellan två enskilda individer, men här kan effektivitetsintresset ändå få stå tillbaka till förmån för andra skyddsvärda intressen, nämligen att upprätthålla en rättssäker och förutsebar processordning. Medlemsstaterna får sålunda uppställa processuella villkor för skadeståndsskyldigheten, förutsatt att det inte blir svårare att få skadestånd i ett sådant fall än i liknande internrättsliga situationer samt att det inte är i praktiken omöjligt eller orimligt svårt att få skadestånd.

Ett generellt villkor för EG-rättens effektiva genomslag i medlemsstaternas rättsordningar är vidare att grundläggande rättigheter respekteras. EG-domstolen har successivt skapat rättighetsgarantier i EG-rätten för att svara upp mot de krav som bl.a. den tyska författningsdomstolen har ställt upp för att acceptera EG-rättens företräde framför den tyska konstitutionen. EG-domstolen har härlett rättigheter från Europakonventionen och medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner och på denna grund skapat allmänna rättsprinciper i EG-rätten. Det kan alltså konstateras att respekten för allmänna rättsprinciper i vissa fall väger tyngre än intresset av EG-rättens effektiva genomslag.

---

61. Se domar av den 26 september 1996 i mål C-168/95, Arcaro, REG 1996, s. I-4705, punkt 42, och av den 8 oktober 1987 i mål 80/86, Kolpinghuis Nijmegen, REG 1987, s. 3969, svensk specialutgåva, volym 9, s. 213, punkterna 13 och 14.

Allmänna rättsprinciper sätter alltså gränser för EG-rättens effektivitet och tillämpning i medlemsländerna på samma sätt som de sätter gränser för EG-domstolens teleologiska tolkning (se kap. 2), EU-institutionernas handlingsutrymme när de förfogar över ett skönsmässigt utrymme (se kap. 3) och medlemsländernas skönsmässiga utrymme när de agerar inom ramen för EG-rättens tillämpningsområde (se kap. 4 och 5). Resonemanget gör det också möjligt att förstå de nya tendenserna i EG-domstolens rättspraxis när det gäller villkoren för direkt effekt och företräde.

De objektiva kriterierna för direkt effekt, dvs. att det skall vara fråga om klara och ovillkorliga bestämmelser som grundar rättigheter för enskilda individer, är delvis överspelade. Även om EG-domstolens domskäl inte alltid ger uttryck för att den väger intresset av EG-rättens effektiva genomslag mot andra allmänna rättsprinciper, finns det tydliga exempel på detta. Det är bara när konkurrerande skyddsvärda intressen väger tyngre som domstolen accepterar att EG-rätten inte får åsyftat genomslag. Intresset av att veta under vilka förutsättningar EG-rätten "tar över" är därför inte så stort. EG-domstolens pragmatiska inställning gör att det i det närmaste är lönlöst att försöka hitta en renodlad teoretisk modell som kan förklarar under vilka förutsättningar EG-rätten inverkar på nationell rättstillämpning. En klokare strategi tycks vara att försöka klargöra under vilka förutsättningar EG-rätten *inte* "tar över".

De fall där EG-rättens effektiva genomslag har begränsats är i synnerhet när effektivitetsintresset har kolliderat med rättsprinciper som är allmänt erkända i medlemsländernas rättsordningar och därmed *utgör en del av EG-rätten*. Att skyddsvärda intressen skall stödja sig på principer som är allmänt erkända i medlemsstaterna innebär dock inte att rättighetsskyddet behöver vara likformigt i alla medlemsstater.[62] I gemenskapsrätten har det alltid funnits ett visst utrymme för variation och nationella särlösningar, vilket har kommit till uttryck i bestämmelsen om medlemsstaternas "nationella identitet" i artikel 6.3 EU.[63] Denna aspekt har tydliggjorts i fördraget om en konstitution för Europa och det efterföljande Lissabonfördraget, där bestämmelserna om nationell identitet har utvecklats (se avsnitt 7.5.8 nedan).

Det är mot denna bakgrund som de s.k. triangulära situationerna (*CIA Security-domen* m.fl.) skall förstås. Principen om EG-rättens effektiva

62. Se t.ex. dom av den 14 oktober 2004 i mål C-36/02, Omega, REG 2004, s. I-9609.

63. Till denna kategori kan den irländska abortlagstiftningen och den svenska offentlighetslagstiftningen eventuellt höra. Samtidigt kan antas att EG-domstolen kommer att vara restriktiv i sin tolkning av begreppet "nationell identitet" och enbart acceptera att EG-rätten får stå tillbaka om det föreligger ett genuint skyddsvärt intresse som inte inverkar mer på EG-rättens effektiva genomslag än som är nödvändigt för att tillgodose det syfte som skyddas i den nationella lagstiftningen.

genomslag kolliderar här inte med någon omedelbar rättighet eller skyldighet för enskilda individer, utan medför endast s.k. "negativa återverkningar". Det blir här fråga om en intresseavvägning där intresset av att EG-rätten tillämpas väger tyngre än enskilda individers intressen.

Detsamma gäller för den s.k. nationella processuella autonomin. EG-domstolen har värnat om medlemsstaternas självbestämmanderätt på det processuella området och accepterat att EG-rätten i vissa fall inte får åsyftat genomslag på grund av nationella processuella begränsningar. Detta är inte förvånande om man beaktar att processuella villkor, t.ex. talerättskriterier, är grunden för en rättssäker och förutsebar rättsordning. Om man enbart ser till EG-rättens effektivitet skulle den bästa lösningen vara att kräva att enskilda individer skall ha ett rättsmedel, oavsett under vilka villkor en EG-rättslig bestämmelse åberopas. En sådan generell talerätt, *actio popularis*, är emellertid varken förenlig med medlemsstaternas gemensamma rättstraditioner eller EG-rätten som den hittills har utvecklats. Däremot följer av såväl Europakonventionen som EG-rätten att en "rättighet" förutsätter ett rättsmedel. Denna tanke har sin grund i den romerska rättens föresats *ubi jus ibi remedium*.[64] En enskild individ som gör gällande ett anspråk grundat på EG-rätten bör sålunda tillerkännas en processuell möjlighet att föra talan. Talefrister kan naturligtvis uppställas men de får inte leda till att det blir i praktiken omöjligt eller orimligt svårt att föra talan.

Det sagda innebär en viktig inskränkning i det utvidgade direkt effekt-begreppet som framkommit i senare rättspraxis. I de mål som hittills har aktualiserats har den enskilde redan förfogat över ett rättsmedel enligt nationell rätt. Den fråga EG-domstolen har tagit ställning till är om den enskilde, som alltså redan har talerätt, får göra gällande en EG-rättslig bestämmelse som är precis och ovillkorlig. Detta betyder inte att en enskild, som inte förfogar över ett nationellt rättsmedel, kan grunda sin talerätt direkt på en precis och ovillkorlig bestämmelse i EG-rätten. Enligt rådande europeisk rättsuppfattning krävs att den enskilde har en "rättighet" för att förfoga över ett rättsmedel (*ubi jus ibi remedium*). Rättighetsbegreppets definition och omfattning är sålunda fortfarande mycket viktigt för att avgöra om en enskild individ kan väcka en talan grundad på EG-rätten (jfr avsnitt 3.9 ovan). Detta är av särskilt stort intresse på miljöområdet, eftersom Europakoventionens definition av "civila rättigheter" inte passar in i detta sammanhang.[65]

64. Se Reichel, J., *God förvaltning i EU och i Sverige*, a.a., s. 127.

65. Se punkterna 138 ff. i generaladvokat Kokotts förslag till avgörande i mål C-127/02, Waddenzee, REG 2004, s. 7405.

Den övergripande slutsats som kan dras är att EG-rättens genomslag och gränserna härför, i själva verket är en fråga om intresseavvägning, där såväl EG-rättens effektivitet som enskilda individers rättighetsskydd och andra berättigade intressen vägs in. EG-rätten skall tillämpas så länge inte andra berättigade intressen gör sig gällande. EU:s allmänna rättsprinciper är vägledande för vilka intressen som kan väga tyngre än EG-rättens krav på genomslag.

7 Kodifiering av EU:s allmänna rättsprinciper

7.1 Introduktion

I detta kapitel beskrivs först fenomenet kodifiering från allmänna utgångspunkter. Det finns i detta sammanhang anledning att snegla på hur diskussionen har förts inom det brittiska Common law-systemet, eftersom frågan om behovet av att kodifiera och synliggöra rättspraxis där diskuterats på motsvarande sätt som nu sker inom det EG-rättsliga systemet. Därefter beskrivs den växelverkan som förekommit mellan gemenskapslagstiftaren och EG-domstolen vid utvecklingen av EG-rätten och de principiella frågor som detta ger upphov till. I det följande avsnittet behandlas tre lagstiftningsprojekt som utgör exempel på europarättslig kodifiering; det pågående arbetet med ett övergripande tjänstedirektiv, arbetet med en gemensam europeisk förvaltningslag (ett arbete som bedrivits av den europeiska ombudsmannen) och arbetet med EU:s stadga om grundläggande rättigheter. Mot denna bakgrund diskuteras sedan den konstitutionella utvecklingen i EG-domstolens rättspraxis samt viktigare konstitutionella principer i förslaget till europeisk konstitution och det efterföljande Lissabonfördraget. Syftet med detta kapitel är att diskutera om det är lämpligt att kodifiera allmänna rättsprinciper och hur detta i så fall låter sig göras. Det kan i sammanhanget inte bortses från den politiska dimensionen av kodifieringsproblematiken, dvs. i vilken mån EU:s sedvanliga lagstiftningsprocess (inbegripet förfarandet för fördragsändringar) utgör ett lämpligt medel för kodifiering.

7.2 Kodifiering som fenomen

7.2.1 *Förhållandet mellan den lagstiftande och dömande makten*

I angloamerikansk *Common law* utvecklas rätten i hög grad genom rättspraxis. Att något regleras genom skriven rätt, "statutes", är inte någon självklarhet och föranleder överväganden som inte är vanliga i kontinentaleuropeiska rättsordningar (Civil law), där lagstiftningen är den självklara och pri-

mära rättskällan. Diskussionen huruvida rättspraxis skall sammanställas och kodifieras i skrivna rättsregler har därför naturligt nog förekommit i betydligt högre grad i Common law-länder som Storbritannien och USA än i t.ex. Sverige. Inom EU har emellertid rättspraxis utvecklats och blivit en osedvanligt betydelsefull rättskälla. Situationen är därför i detta avseende inte så annorlunda än den som uppstått i Common law-länder. Även inom EU börjar sålunda diskussioner föras angående lämpligheten i att kodifiera gemenskapsdomstolarnas rättspraxis så att gemenskapsrättens innehåll blir tydligare för såväl rättstillämpare som medborgare i medlemsländerna. Det är denna fråga som skall beröras närmare i det följande. Som en bakgrund redogörs inledningsvis för de överväganden som vanligen görs vid kodifiering av rättspraxis inom Common law.

7.2.2 *Olika lagstiftningsteknik*

En grundläggande skillnad mellan kontinentaleuropeisk och angloamerikansk lagstiftning är att den lagstiftning som t.ex. den svenska rättstillämparen är van vid är betydligt vagare och mer principiell i sin utformning än den angloamerikanska. Lagstiftningen i Common law-länder är oftast tämligen detaljrik och teknisk till sin karaktär. Detta hänger samman med juristernas och rättspraxis starka ställning i Common law-systemet. Den skrivna rätten bör inte ligga långt efter den oskrivna i precision, dvs. närma sig den detaljeringsgrad som kännetecknar rättspraxis. Detta gör att erfarna domar i Common law-systemet ofta anlitas även för att formulera regler. I synnerhet arbetet med att kodifiera rättspraxis betraktas mer som ett juridiskt hantverk än en demokratisk lagstiftningsprocess.[1]

7.2.3 *Kritik*

Ett skäl till att kodifiering äger rum emellanåt är att balansen mellan den dömande och lagstiftande makten behöver justeras efter många år av rättsutveckling genom rättspraxis. Domstolarnas huvudsakliga uppgift är inte att lagstifta, inte heller inom Common law. Det är därför inte förvånande att det har funnits kritiker inom Common law-systemet, som har propagerat för förändringar. Genom åren har flera kända samhällsfilosofer förespråkat en kodifiering av Common law. Till dessa hör *Francis Bacon*[2] på 1600-talet och

1. Jfr McLeod, I, *Legal Method*, 4:e uppl., Palgrave 2002, s. 225 ff.
2. Se t.ex. Shapiro, B., J., *Codifications of the Laws in Seventeeth-Century England*, Wisconsin Law Review 1974, s. 428–65.

Daines Barrington[3] på 1700-talet. Det var emellertid *Jeremy Bentham*, också känd som skaparen av utilitarismen, som i slutet av 1700-talet framförde de mest omfattande reformförslagen. Han ansåg att den oskrivna, eller den domarskapta rätten (judge made law), var oförutsebar och odemokratisk. Medborgarna kan inte förutsättas känna till den oskrivna rätt som döljer sig i tusentals rättsfall. Bentham propagerade för en omstrukturering av det engelska rättssystemet. En heltäckande skriven rätt som han kallade "*pannomion*" skulle införas.[4] Rätten skulle bli mer förutsebar och demokratiskt förankrad om den kodifierades och kom till uttryck i en skriven text.

7.2.4 *Svårigheter*

En fördel från demokratisk utgångspunkt med kodifiering är att synpunkter kan inhämtas från samhällets olika politiska och civila intressegrupper. Detta medför emellertid svårigheter, eftersom det inte är särskilt troligt att dessa intressegrupper accepterar gällande praxis rakt av. Det är troligt att förhandlingar och diskussioner uppstår som inte skiljer sig så mycket från "vanlig" lagstiftning. Till detta kommer att det kan vara svårt att fånga gällande rätt i en skriven text när den är resultatet av hundratals, kanske tusentals, rättsfall. Problematiken illustreras av reaktioner i samband med att den engelska bolagsrätten skulle kodifieras. Det handlade särskilt om ansvar för VD och styrelse. Ett förtydligande av vad som gällde enligt rättspraxis ansågs behövligt. I Pension Week (30 September 2002) kunde dock följande typiska tveksamma inställning läsas:

> "As codification is not the writing of a new law, but the logging of existing law, it will be interesting to see the reaction of the courts. There could be a problem if the codification differs from the common law as the courts tend to follow common law and if the courts develop the existing law after codification, which is likely to happen."

Kodifiering kan alltså innebära att den nya lagstiftningen avviker från tidigare rättspraxis.

Svårigheter kan också uppstå när det gäller hur rättstillämparen bör förhålla sig till tidigare rättspraxis, när den nya lagstiftningen skall tillämpas. Har lagen "tagit över" eller skall den tolkas och förstås mot bakgrund av tidigare rättspraxis. Utgångspunkten tycks vara att den nya lagtexten tar över.

3. Barrington, D., *Observations on the More Ancient Statutes ... with Appendix being a proposal for new modelling the statutes* (1766), 3:e uppl., London 1769.

4. Se Lieberman, D., *Legislation in Common Law Context*, University of California, Paper 23, 2004, s. 18 ff.

Detta överensstämmer med principen om lagstiftningens överhöghet ("doctrine of the legislative supremacy of Parliament") och den amerikanska principen om *statutory preemption*. I *Bank of England v. Vagliano Brothers*[5] anförde Lord Herschell sålunda att:

> "I think the proper course is, in the first instance, to examine the language of the statute, and to ask what is its natural meaning, uninfluenced by any considerations derived from the previous state of the law, and not to start with enquiring how the law previously stood, and then, assuming that it is intended to leave it unaltered, to see if the words of the enactment will bear an interpretation in conformity with this view."

Svaret tycks dock inte vara helt givet. En förekommande åsikt är även att äldre rättspraxis gäller såvida det inte är tydligt att lagstiftaren haft för avsikt att ändra på den.[6]

7.2.5 *Problemet med normhierarkin*

Särskilda svårigheter uppkommer när rättspraxis är hänförlig till konstitutionella bestämmelser som lagstiftaren inte har kompetens att ändra genom ett ordinärt lagstiftningsförfarande. Lagstiftaren saknar då möjlighet att snabbt rätta till rättspraxis om den skulle anse att den är felaktig. För att ändra rättspraxis krävs att ett särskilt ändringsförfarande av de konstitutionella bestämmelserna inleds (t.ex. två riksdagsbeslut med mellanliggande val som krävs vid ändring av den svenska grundlagen).

7.2.6 *Fördelar och nackdelar med skriven rätt*

Rättspraxis är mer flexibel som rättskälla än den skrivna rätten. Varje fall avgörs med utgångspunkt från tidigare fall och de omständigheter som är relevanta i målet. Man kan säga att gällande rätt formas efter omständigheterna i de enskilda målen och växer fram successivt som ett lapptäcke. Fördelen är framför allt rättssystemets flexibilitet, dvs. att det skapar goda möjligheter till en väl avvägd och rimlig lösning i varje enskilt fall. Nackdelen är bristen på förutsebarhet som uppstår då rätten formas av de särskilda omständigheterna. Man kan säga att rätten inte "finns" eller "syns" förrän de relevanta omständigheterna har aktualiserats.

---

5. [1891] AC 107; Jfr McLeod, I., *Legal method*, a.a., s. 306 ff.
6. Se t.ex. Sir Leslie Scarman, *A 'Code of English Law?'* i Zander, M., The Law-Making Process, Weidenfeld and Nicolsson 1980, s. 282 ff. och Calleros, C. R., *Legal Method and Writing*, Little, Brown and Company 1990, s. 24.

Den skrivna rätten är stelare, men samtidigt tydligare och mer förutsebar. Detta innebär dock inte att alla svar med säkerhet kan uttydas på förhand. I regel dyker tolkningssvårigheter upp i praktiken. När domaren är bunden av skriven rätt är det svårare för honom att anpassa den till omständigheterna i enskilda fall. Han har mindre utrymme att eftersträva en rimlig lösning i det enskilda fallet. Om utgången förefaller orimlig, ankommer det i regel på lagstiftaren att ändra lagen så att den inte leder till samma resultat i framtiden.[7]

Inom *Common law* upplevs inslaget av skriven rätt och sammanhängande signaler från lagstiftaren som en begränsning i det handlingsutrymme som domaren normalt förfogar över. Förekomsten av skriven rätt innebär också att andra tolkningsmetoder används. Följande citat är betecknande för hur inslaget av skriven rätt uppfattas av domstolarna inom Common law-systemet.

> "A court does not engage in a wholly creative process when it interprets a vague or ambiguous statute. Rather, it seeks to determine and to give effect to the intent of the enacting legislature by analyzing the statutory language, the stated or apparent purpose of the statute, and the legislative activities related to enactment of the bill."[8]

Domstolarna inom Common law-systemet är sålunda mycket noga med att följa lagstiftarens intentioner när de är synliga. I dessa fall blir tolkningen av de ofta mycket detaljrika reglerna tämligen bokstavstrogen och förarbetsuttalanden tillmäts betydelse som rättskälla.

7.3 Kodifiering inom EG-rätten

7.3.1 *Förhållandet mellan EG-domstolen och gemenskapslagstiftaren*

EG-fördraget skiljer sig från en nationell grundlag eller konstitution genom att dess bestämmelser i förhållandevis stor utsträckning avser tekniska frågor.[9] EG-fördraget avser att lägga grunden för en primärt ekonomisk integration. Det innehåller därför ekonomiskt betonade principbestämmelser som saknar motsvarighet i nationella konstitutioner eller grundlagar, som

7. Vad som avses är inte lagprövningsrätten, vilket innebär att domaren kan sätta en bestämmelse åt sidan när den är oförenlig med en hierarkiskt överordnad norm.

8. Se Calleros, C. R., *Legal Method and Writing*, a.a., s. 14.

9. Jfr Nergelius, J., *Amsterdamfördraget och EU:s institutionella maktbalans*, Norstedts juridik 1998, s. 42 ff.

t.ex. de fyra friheterna och konkurrensreglerna. Detta gör att skillnaden mellan EG-rättens primär- och sekundärrätt inte är så tydlig som t.ex. mellan den svenska regeringsformen och svensk lag.

Till detta kommer att EG-rätten är en dynamisk och levande rättsordning. Ny lagstiftning läggs ständigt fram av de politiska institutionerna, och regeringskonferenser, där mer genomgripande förändringar av unionens verksamhet beslutas, har blivit allt vanligare. Gemenskapsdomstolarna befinner sig i denna snabbt föränderliga omvärld och deltar själva i processen.[10]

Domstolarna är således ett nödvändigt komplement till lagstiftaren när det gäller att täta luckor i det EG-rättsliga systemet. Att gemenskapsdomstolarna har denna roll leder ibland till något som kan liknas vid regleringskonkurrens, dvs. en dragkamp mellan EG-domstolen och gemenskapslagstiftaren om vem som skall bestämma rättens innehåll. Domstolen sätter själv upp gränser för vad den på egen hand kan uträtta i sin judiciella verksamhet. Den använder emellanåt dynamiska uttryck som "*på EG-rättens nuvarande stadium*" eller liknande, vilket i regel innebär att en viss omsvängning kan komma att bli aktuell i framtiden.[11] Det händer också att den uttryckligen hänvisar till lagstiftaren när den anser att det ankommer på de politiska institutionerna eller medlemsstaterna att förändra rättsläget.[12] EG-domstolen har dock många gånger gått långt i sin rättsskapande verksamhet och enligt vissa bedömare överskridit gränsen för vad som utgör "tolkning" av rätten.[13] Klassiska exempel är de bägge målen *Les Verts* och *Chernobyl* som berörts i kapitel 2, där tämligen klara och i fördraget inskrivna regler om talerätt förändrades genom en extensiv tolkning.

Ett exempel som illustrerar förhållandet mellan EG-domstolen och gemenskapslagstiftaren är också det s.k. tyska försäkringsfallet.[14] I detta fall skulle EG-domstolen pröva om tyska krav på bl.a. etablering och auktorisation av försäkringsgivare var förenliga med bestämmelserna om fri rörlighet för tjänster i EG-fördraget. Samtidigt pågick emellertid ett lagstiftningsärende i rådet där man skulle enas om ett direktiv avseende gränsöverskridande försäkringstjänster. Flera medlemsstater invände inför EG-domsto-

10. Se Hettne, J. och Otken Eriksson, I. (red.), *EU-rättslig metod – Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, a.a., s. 37.

11. Ibid., s. 38.

12. Se t.ex. dom av den 19 november 1998 i mål C-162/97, Nilsson m.fl. (Belgian blue), REG 1998, s. I-7477 och dom av den 25 juli 2002 i mål C-50/00 P, UPA mot rådet, REG 2002, s. I-6677.

13. Se Rasmussen, H., *On Law and Policy in the European Court of Justice*, a.a. samt *The European Court of Justice* GadJura, a.a., Wiklund, O., *EG-domstolens tolkningsutrymme*, a.a., O'Neill, A., *Decisions of the European Court of Justice and their National Implications*, a.a., Ward, A., *A Critical Introduction to European Law*, a.a. och Hartley, T., *Constitutional Problems of the European Union*, a.a.

14. Dom av den 4 december 1986 i mål 205/84, kommissionen mot Tyskland, REG 1986, s. 3755, svensk specialutgåva, volym 8, s. 741.

len att denna skulle förklara sig obehörig att ta upp målet till prövning, eftersom lagstiftningsärendet pågick. Dessa länder ansåg att kommissionen, som väckt talan mot Tyskland, försökte utnyttja domstolsprocessen för att ifrågasätta ett i princip antaget direktiv på området i syfte att påverka den framtida lagstiftningens inriktning. EG-domstolen svarade dock att enbart det faktum att rådet redan hade förelagts ett lagförslag, som om det antogs och införlivades med nationell rätt skulle få till följd att det fördragsbrott som kommissionen gjorde gällande inte längre förelåg, inte utgjorde hinder för kommissionen att väcka talan om fördragsbrott. Domstolens slutsats i sak blev att Tyskland hade brutit mot EG-fördragets bestämmelser om den fria rörligheten för tjänster och etablering, vilket begränsade det handlingsutrymme som medlemsstaterna ansett sig ha vid förhandlingarna om direktivinnehållet.

7.3.2 *Kodifiering som uppdatering*

När EG-domstolen "går före" och träder in på mark som normalt ockuperas av lagstiftaren är det rimligt att lagstiftaren reagerar. Om EG-domstolen tolkar EG-fördraget på ett sätt som inte överensstämmer med dess lydelse bör detta bekräftas eller förkastas av lagstiftaren.[15] Som bekant gäller ett speciellt förfarande för fördragsändringar som förutsätter sammankallande av en s.k. regeringskonferens (artikel 48 EU). Vad som inom EU motsvarar grundlagslagstiftaren existerar därför i formell mening endast i samband med dessa konferenser. Det är sålunda bara i dessa sammanhang som EG-domstolens uttolkningar av fördragsbestämmelser kan bekräftas genom att rättspraxis kodifieras. Så skedde efter det tidigare berörda *Chernobylfallet* i samband med Maastrichtfördraget. Det skrevs då in i fördraget att EG-domstolen skulle vara behörig att pröva en talan som förs av Europaparlamentet i syfte att bevaka sina rättigheter. Enligt nuvarande artikel 230 EG får Europaparlamentet väcka talan på samma villkorslösa sätt som rådet, kommissionen och medlemsstaterna.

Ett annat exempel på detta är målet *Les Verts* som föranledde en förändring av samma artikel i samband med Enhetsakten (1986).[16] I detta mål – som har redovisats i kapitel 2 – hade en miljöinriktad politisk gruppering (Les Verts – Parti écologiste) väckt en talan om ogiltigförklaring av vissa beslut från Europaparlamentets presidium om fördelningen av anslag för

15. Se Hettne, J., *Gammalt blir nytt – Svårigheten att kodifiera rättspraxis och återspegla rättsläget*, i Vad hände(r) med den konstitutionella krisen i EU?, Sieps 2006:6, s. 32.

16. Dom av den 23 april 1986 i mål 294/83, Parti écologiste "Les Verts" mot Europaparlamentet, REG 1986, s. 1339, svensk specialutgåva, volym 8, s. 529.

ersättning av utgifter för politiska grupperingar som deltog i 1984 års Europaval. Det problem som EG-domstolen ställdes inför var att det vid denna tidpunkt saknades bestämmelser i fördraget som medgav att en enskild juridisk person väckte talan mot en rättsakt från Europaparlamentet. EG-domstolen ansåg uppenbarligen att det skulle vara högst otillfredsställande om det inte var möjligt att väcka en sådan talan. Den konstaterade att Europaparlamentet inte fanns omnämnt bland de institutioner vars rättsakter kunde angripas, eftersom EEG-fördraget i sin ursprungliga lydelse endast hade tilldelat parlamentet rådgivande befogenheter och befogenheter i fråga om politisk kontroll men inte någon befogenhet att anta rättsakter som skulle ha rättsverkan i förhållande till tredje man. En tolkning av artikel 173 i fördraget (nu artikel 230 EG) som skulle utesluta Europaparlamentets rättsakter från dem som kan angripas, skulle dock enligt domstolen leda till ett resultat som stod i strid med såväl fördragets anda, såsom denna har kommit till uttryck i artikel 164 (nu artikel 220 EG), som med dess system. De rättsakter som Europaparlamentet antar inom ramen för EEG-fördraget skulle nämligen, om det inte fanns möjlighet att hänskjuta dem till domstolens granskning, kunna inkräkta på medlemsstaternas eller de övriga institutionernas behörighet eller överskrida de gränser som har satts för Europaparlamentets behörighet. Av denna anledning ansåg domstolen att en talan om ogiltigförklaring skulle kunna väckas mot rättsakter som antogs av Europaparlamentet och som hade rättsverkan i förhållande till tredje man. Vid den efterföljande fördragsrevisionen ändrades artikelns lydelse så att domstolen uttryckligen kunde granska lagligheten av de rättsakter som antas av Europaparlamentet och som skall ha rättsverkan i förhållande till tredje man.

7.4 Kodifieringsreformer inom EU

Chernobyl och *Les Verts* fallen visar att det förekommer kodifiering av rättspraxis i samband med fördragsrevisioner inom EU. Fördragsbestämmelserna har uppdaterats när EG-domstolen har gjort uttalanden som gör att deras lydelse framstått som otydlig eller föråldrad. I det följande skall mer omfattande konsoliderings- och kodifieringsreformer diskuteras.

7.4.1 *Tjänstedirektivet*

Tjänstedirektivet är unikt på många sätt. Aldrig har ett direktivförslag rörande EU:s inre marknad blivit så uppmärksammat i media och den allmänna politiska debatten. Tjänstedirektivet framstod – mätt i publicitet och

uppståndelse – faktiskt som viktigare än det samtidigt aktuella förslaget till en konstitution för Europa.[17] Frågan är vad det är som gjorde tjänstedirektivet så kontroversiellt. Fri rörlighet för tjänster är en av EU:s grundläggande principer och har varit en central målsättning för samarbetet sedan 1957. Direktivförslaget syftade till att få tjänstemarknaden inom EU att fungera som ursprungligen var tänkt och redan följer av EG-fördraget. Ett skäl till att direktivförslaget stötte på mycket kritik var troligtvis dess vida omfattning. Direktivet avser inte att införa gemensamma bestämmelser inom en specifik sektor, som direktiv brukar göra, utan omfattar alla tjänster som inte uttryckligen undantas. Detta ledde till spekulation och i vissa fall grundlösa farhågor för direktivets tänkbara konsekvenser. En stor del av kritiken gällde situationen för utstationerade arbetstagare, trots att dithörande frågor specialregleras i ett annat direktiv (utstationeringsdirektivet).[18] Kommissionen var i sitt ursprungliga förslag inte ute efter att ändra grundprinciperna för hur utstationerade arbetstagare skulle behandlas enligt EG-rätten. Förändringarna i förhållande till det redan gällande utstationeringsdirektivet var tämligen marginella.[19] I kommissionens förslag gjordes vidare försök att kodifiera EG-domstolens rättspraxis rörande villkoren för att ta emot sjukvårdstjänster i andra medlemsländer och begära ersättning från hemlandets socialförsäkringssystem (se avsnitt 4.2.8 ovan).[20] Försöken att bringa klarhet kring villkoren för tjänsteutövare och tjänstemottagare blandades dock med flera viktiga nyheter. Till dessa hörde den s.k. ursprungslandsprincipen, som i kommissionens ursprungliga förslag angav att regler rörande tjänsteutövning i ursprungslandet (landet där tjänsteutövaren är etablerad) med några få undantag skulle gälla för tjänster som tillhandahölls i andra medlemsländer. Ursprungslandsprincipens omfattning och konsekvenser var dock oklara, vilket ledde till vitt skilda tolkningar om vad den kunde innebära.[21]

Kommissionens förslag granskades och bearbetades av Europaparlamentet. Mer än 1 000 ändringsförslag fördes fram och många debatter ägde rum. Den 16 februari 2006 presenterades en kompromisstext som en majoritet av parlamentarikerna ställde sig bakom. I parlamentets förslag preciserades direktivets omfattning. Listan på områden som inte omfattades av direktivet

17. Hettne, J., *Gammalt blir nytt – Svårigheten att kodifiera rättspraxis och återspegla rättsläget*, a.a., s. 34.

18. Europaparlamentets och rådets direktiv 96/71/EG av den 16 december 1996 om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster, EGT L 18, s. 1.

19. Se Otken Eriksson, I., *Slagskepp eller kanonbåt? EG-rättslig utvärdering av tjänstedirektivet*, i Lissabonstrategin i halvtid, Europaperspektiv 2005, Gustavsson, Oxelheim och Wahl (red.), Santérus förslag 2005, s. 212 ff.

20. Ibid., s. 211 f.

21. Se Otken Eriksson, I., *Är vi mogna för ursprungslandsprincipen?*, ERT 2004, s. 539.

blev mycket längre. Bland annat raderades bestämmelserna om utstationering av arbetstagare och sjukvårdstjänster. Vidare ersattes rubriken "Ursprungslandsprincipen" med "Frihet att tillhandahålla tjänster". Denna rubrik överensstämmer med ordalydelsen i artikel 49 EG, där det föreskrivs att "inskränkningar i friheten att tillhandahålla tjänster" skall vara förbjudna. Undantag från direktivets huvudregel är tillåtna om icke-diskrimineringsprincipen respekteras och om de är berättigade av hänsyn till den allmänna ordningen och säkerheten samt skydd för hälsa och miljö. De nationella åtgärderna måste också överensstämma med proportionalitetsprincipen, dvs. de måste vara lämpliga för att uppfylla det mål som eftersträvas och får inte sträcka sig längre än vad som är nödvändigt för att målet skall uppfyllas. Slutligen skall tillsynen över tjänsteutövarna utövas av myndigheterna i destinationsstaten i stället för av myndigheterna i ursprungsstaten, som angavs i kommissionens ursprungliga förslag.

I stora drag överensstämmer principerna i tjänstedirektivet med vad som redan gäller enligt EG-domstolens praxis. Att tvingande hänsyn är just allmän ordning eller säkerhet samt hälsa och miljö, är dock inte helt i paritet med EG-domstolens rättspraxis som inte utesluter andra hänsyn, t.ex. skydd för konsumenter. Domstolens rättspraxis bygger på principen om ömsesidigt erkännande. Denna princip syftar inte till att utesluta tillämpningen av reglerna i den stat som mottar en tjänst till förmån för reglerna i ursprungslandet. Däremot är mottagarstaten skyldig att beakta faktiska och rättsliga förhållanden i ursprungsstaten, dvs. den är inte på förhand skyldig att erkänna reglerna i ursprungsstaten. Om tjänstetillträdet skall begränsas krävs dock att mottagarstaten visar att de nationella reglerna är icke-diskriminerande samt nödvändiga och proportionerliga i förhållande till det allmänintresse som skall tillgodoses.[22] Om avsikten är att uppräkningen av tvingande hänsyn skall vara uttömmande blir konsekvensen att många av ursprungslandets regler per automatik måste erkännas av mottagarstaten. Det är endast när allmän ordning eller säkerhet samt hälsa och miljö kan åberopas som möjlighet finns att inte godta ursprungsstatens lagstiftning. Detta innebär att det i själva verket införs en förtäckt ursprungslandsprincip.[23]

Förhandlingarna kring tjänstedirektivet speglar den växelverkan mellan gemenskapslagstiftaren och EG-domstolen som har berörts tidigare i detta kapitel. Kommissionen ville med sitt ursprungliga förslag återta lagstiftningsinitiativet på flera områden där rättsutvecklingen på senare tid skett genom EG-domstolens rättspraxis. Ett exempel är sjukvårdstjänster, som

22. Se Nordiska ministerrådets rapport *Principen om ömsesidigt erkännande och ursprungslandsprincipen i gemenskapsrätten* (TemaNord 2003:534), författad av Ulf Öberg, s. 60 f.

23. Se Hettne, J., *Tjänstedirektivet på frammarsch*, a.a.

slutligen undantogs från tjänstedirektivet. EG-domstolen har som framgått fastslagit att en medborgare i en medlemsstat har rätt att under vissa villkor erhålla ersättning då denna tar emot sjukvårdstjänster i en annan medlemsstat. Vid sluten sjukvård (men inte öppenvård) har EG-domstolen godtagit att medlemsländerna får uppställa krav på *förhandstillstånd* under förutsättning att en rad förvaltningsrättsliga krav är uppfyllda. Ett förhandstillstånd måste grundas på objektiva kriterier som inte är diskriminerande och som är kända på förhand för att begränsa myndigheternas utrymme för skönsmässig bedömning och förhindra att bedömningen blir godtycklig. Ett sådant system med prövningstillstånd skall enligt domstolen vidare administreras enligt ett förfarande som är lättillgängligt och ägnat att säkerställa att den berördes ansökan behandlas inom en rimlig frist samt objektivt och opartiskt. Eventuella avslag skall dessutom kunna överprövas genom talan vid domstol (se avsnitt 4.2.8 ovan).[24] I det ursprungliga tjänstedirektivförslaget preciserades och utvecklades dessa villkor. Det rörde sig alltså i huvudsak om ett försök till kodifiering av redan gällande rättspraxis.

Vid Europaparlamentets behandling försvann emellertid ambitionen att klargöra rättsläget och återta lagstiftningsinitiativet från EG-domstolen.[25] I stället togs en kompromisstext fram som framför allt tog hänsyn till kritik från de europeiska fackföreningarna, vilket innebar att flera centrala tjänsteområden undantogs från direktivets tillämpningsområde. Att vissa tjänster faller utanför tjänstedirektivet innebär dock inte att de faller utanför EG-fördraget. Att gemenskapslagstiftaren förhåller sig passiv i ett antal frågor, innebär bara att EG-domstolen, utan närmare instruktioner från lagstiftaren, får lösa frågorna själv, med stöd av EG-fördraget och den sekundärrätt som redan finns.[26] Medlemsstaterna kan alltså inte göra som de vill på dessa områden. Detta har sedermera bekräftats i *Lavalmålet* där villkoren för utstationerade arbetstagare preciserades och i *Wattsmålet* där villkoren för att erhålla och få ersättning för sjukhusvård i en annan medlemsstat utvecklades.[27]

Kommissionen lade fram ett nytt direktivförslag[28] som i huvudsak bejakade Europaparlamentets ändringsförslag. Direktivet antogs slutligen den 12 december 2006, men skall inte vara genomfört förrän i december 2009.[29]

---

24. Se t.ex. dom av den 13 maj 2003 i mål C-385/99, Müller-Fauré, REG 2003, s. I-4509, punkt 85.
25. Se Hettne, J., *Gammalt blir nytt – Svårigheten att kodifiera rättspraxis och återspegla rättsläget*, a.a., s. 36.
26. Se Hettne, J., *Tjänstedirektivet på frammarsch*, Sieps nyhetsbrev, mars 2006.
27. Dom av den 18 december 2007 i mål C-341/05, Laval, ej ännu publicerad i rättsfallssamlingen, och av den 16 maj 2006 i mål C-372/04, Watts, REG 2006, s. I-4325.
28. KOM (2006) 160 slutlig.
29. Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/123/EG av den 12 december 2006 om tjänster på den inre marknaden, EUT L 376, s. 36.

Med tanke på att direktivet fått ett mer begränsat tillämningsområde än som först föreslogs kommer en parallell – och lika betydelsefull – utveckling sannolikt att ske i rättspraxis på flera områden och separata lagstiftningsalternativ kommer så småningom att läggas fram på områden som inte omfattas av direktivet. Ett direktivförslag om patienters rörlighet lades t.ex. fram av kommissionen i juli 2008.

En annan intressant aspekt av tjänstedirektivet som bör uppmärksammas i detta sammanhang är de allmänna villkor som gäller när medlemsstaterna ställer krav på tillståndssystem – den förvaltningsrättsliga dimensionen av fri rörlighet – som behandlades i kapitel 4. Detta är bestämmelser som helt och hållet överlevde behandlingen i Europaparlamentet och återfinns i den slutliga texten.

Enligt artikel 9 i tjänstedirektivet får medlemsstaterna sålunda endast kräva tillstånd för tillträde till och utövande av tjänsteverksamhet om vissa angivna villkor är uppfyllda. Villkoren är att tillståndsförfarandet inte diskriminerar tjänsteleverantören, att behovet av tillståndsförfarande är motiverat av tvingande hänsyn till allmänintresset samt att det eftersträvade målet inte kan uppnås med en mindre begränsande åtgärd. Så kan t.ex. vara fallet om en efterhandskontroll sker för sent för att få någon reell verkan.

Tillståndsförfarandena skall enligt artikel 10 i direktivet grundas på kriterier som hindrar de behöriga myndigheterna från att göra en godtycklig bedömning. Kriterierna skall vara icke-diskriminerande, motiverade av tvingande hänsyn till allmänintresset, proportionella i förhållande till syftet, tydliga och entydiga, objektiva, offentliggjorda i förväg, öppna för insyn och tillgängliga. Villkoren för beviljande av tillstånd för en ny etablering får inte överlappa andra krav och kontroller som är likvärdiga eller i allt väsentligt har jämförbara syften och som tjänsteleverantören redan omfattas av i en annan eller samma medlemsstat. Tillståndet skall ge tjänsteleverantören rätt att få tillträde till eller utöva tjänsteverksamhet på hela landets territorium, t.ex. genom att upprätta agenturer, dotterbolag, filialer eller kontor, utom då det av tvingande hänsyn till allmänintresset är motiverat att fordra ett särskilt tillstånd för varje etablering eller att begränsa tillståndet till en viss del av territoriet. Tillståndet skall utfärdas så snart ärendet har granskats och det har fastställts att villkoren för att få tillståndet är uppfyllda. Förutom när ett tillstånd beviljas skall alla beslut av de behöriga myndigheterna, som avslag på en ansökan om eller återkallande av ett tillstånd, motiveras fullt ut och skall kunna överklagas till domstol eller annan instans för överklagande.

Av artikel 13 framgår att formaliteterna för tillståndsgivningen skall vara tydliga, offentliggöras i förväg och vara utformade så att de garanterar de sökande att deras ansökan behandlas objektivt och opartiskt. Förfarandena

och formaliteterna för tillståndsgivningen får inte verka avskräckande och inte i onödan försvåra eller försena tillhandahållandet av tjänsten. De skall vara lättillgängliga, och de eventuella administrativa kostnader som de kan medföra för de sökande skall vara rimliga och proportionella i förhållande till kostnaderna för tillståndsförfarandena och får inte överstiga kostnaden för dessa. Förfarandena och formaliteterna för tillståndsgivningen skall garantera de sökande att deras ansökningar behandlas så snart som möjligt och under alla omständigheter inom en rimlig tidsfrist som skall fastställas och offentliggöras i förväg. Tidsfristen skall emellertid inte börja löpa förrän alla handlingar lämnats in. Om det är motiverat på grund av ärendets komplexa karaktär, får den behöriga myndigheten förlänga tidsfristen en gång under en begränsad tid. Förlängningen och dess varaktighet skall vederbörligen motiveras och meddelas sökanden innan den ursprungliga tidsfristen har löpt ut. Om inget annat meddelats inom den tidsfrist som fastställts skall tillståndet anses beviljat. Ett annat förfarande får emellertid tillämpas om det är motiverat av tvingande hänsyn till allmänintresset, inbegripet tredje parts legitima intresse. För varje ansökan om tillstånd skall ett mottagningsbevis tillhandahållas så snart som möjligt.

I sammanhanget bör observeras att en kodifiering eller utveckling av rättspraxis i ett EU-direktiv innebär mer än att rättsläget fastställs och bekräftas.[30] Om krav på medlemsländernas lagstiftning, som utvecklas i rättspraxis, fastställs i ett direktiv måste medlemsstaterna vidta åtgärder för att uppfylla dessa krav under införlivningsfristen. En medlemsstat kan alltså inte avvakta med att vidta åtgärder till dess EG-domstolen har prövat just dess ordning, vilket ofta tycks vara fallet i dag. När det gäller respekten för de förvaltningsrättsliga kraven på transparens, motivering och rättsmedel för sålunda tjänstedirektivet rättsutvecklingen betydligt längre framåt än vad EG-domstolen kan åstadkomma genom successiva prövningar i sin rättspraxis.

Vissa slutsatser kan dras när det gäller de problem och diskussioner som kommissionens förslag till tjänstedirektiv gav upphov till. Den gemenskapsmodell som har fungerat sedan EU:s tillkomst och i synnerhet i tider av bristande politisk handlingskraft är i hög grad aktuell och levande i dag. Frågor som är politiskt känsliga överlämnas till EG-domstolen och löses i rättspraxis. Den europeiska rättsutvecklingen är sålunda fortfarande i hög grad beroende av en fungerande växelverkan mellan gemenskapslagstiftaren och EG-domstolen. Ju längre tid lagstiftaren väntar med att agera, desto svårare

30. Hettne, J., *Gammalt blir nytt – Svårigheten att kodifiera rättspraxis och återspegla rättsläget*, a.a., s. 37.

kan det vara att lösa problemet lagstiftningsvägen, eftersom det politiska handlingsutrymmet successivt reduceras genom EG-domstolens rättspraxis. Det bör noteras att EG-domstolens rättspraxis på tjänsteområdet i regel anknyter till fördraget, dvs. en rättskälla som är hierarkiskt överordnad de lagstiftningsinstrument som gemenskapslagstiftaren har till sitt förfogande. Problemen med tjänstedirektivet visar också hur svårt det är att vinna gehör för större övergripande lagstiftningsprojekt, där nyheter blandas med klarlägganden om vad som redan gäller. I den allmänna debatten kan dessa klarlägganden eller kodifieringar av redan gällande rättspraxis uppfattas som nyheter. Man kan inte utgå ifrån att det föreligger full insikt eller enighet om vad som redan gäller enligt rättspraxis. Erfarenheterna från tjänstedirektivet tyder på att det kan vara en fördel att hålla isär kodifieringsarbetet och sådan lagstiftning som innebär reella nyheter.

7.4.2 *En europeisk förvaltningslag*

7.4.2.1 Förvaltningsrätten har växt fram i rättspraxis

EU saknar i dag en allmän förvaltningslag av det slag som finns i t.ex. Sverige. Utöver de grundläggande principerna om likabehandling och proportionalitet finns i fördragen endast vissa anvisningar om vilka förvaltningsrättsliga principer som skall tillämpas.[31] För att EG-rätten överhuvudtaget skall kunna tillämpas har det därför varit nödvändigt för EG-domstolen att utveckla vissa förvaltningsrättsliga principer. För att finna principer som är lämpade att använda på europeisk nivå har domstolen använt sig av en komparativ metod i syfte att utröna vilka principer som kan anses erkända av åtminstone det stora flertalet av medlemsländerna (se avsnitt 2.6).[32] I äldre rättspraxis finns ofta spår av dessa komparativa studier såväl i domar som i generaladvokaters förslag till avgöranden.[33]

---

31. I artikel 230 EG stadgas t.ex. på vilka grunder en gemenskapsrättsakt kan ogiltigförklaras. Vidare anges i artikel 253 EG att förordningar, direktiv och beslut som antas av Europaparlamentet och rådet gemensamt, av rådet och kommissionen skall vara motiverade och hänvisa till de förslag och yttranden som har inhämtats enligt fördraget.

32. Se Hettne, J. och Otken Eriksson, I. (red.), *EU-rättslig metod – Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, a.a., s. 45 f.

33. Se t.ex. förslaget till avgörande av generaladvokat Warner i mål 17/74, Transocean Marine Paint Association mot kommissionen (REG 1974, s. 1063, svensk specialutgåva, volym 2, s. 357) som rörde principen om rätten till försvar. För ett senare exempel, se förslaget till avgörande av generaladvokat Tesauro i mål C-58/94, Nederländerna mot rådet (REG 1996, s. I-2169), som rörde allmänhetens tillgång till rådets handlingar och generaladvokat Légers förslag till avgörande i mål C-224/01, Köbler mot Österrike (REG 2003, s. I-10239) som rörde medlemsstaternas eventuella skadeståndsskyldighet gentemot enskilda individer då deras domstolar inte respekterar EG-rätten. Den komparativa metoden har på

Ett tidigt och belysande exempel på hur EU:s förvaltningsrätt skapats är målet *Algera*.[34] Målet gällde ett personalärende och avgjordes när bara kol- och stålfördraget existerade. EG-domstolen hade att ta ställning till frågan om, och under vilka omständigheter, ett förvaltningsrättsligt beslut kunde återkallas av beslutsmyndigheten. Detta var ett förvaltningsrättsligt problem som var välkänt i medlemsländerna men helt oreglerat i EG-rätten. Domstolen uttalade först att den var skyldig att finna en lösning på problemet, annars skulle den göra sig skyldig till "*déni de justice*" (ung. vägran att skipa rättvisa). Den jämförde de då sex medlemsstaternas rättsordningar och inspirerades särskilt av den franska principen om att ett beslut som skapar rättigheter för enskilda individer i princip är oantastligt (principe d'intangibilité des décisions créatrices de droits) och de tyska principerna om rättssäkerhet och berättigade förväntningar. Domstolen uttalade:

> "an administrative measure conferring individual rights on the person concerned cannot in principle be withdrawn, if it is a lawful measure; in that case, since the individual right is vested, the need to safeguard confidence in the stability of the situation thus created prevails over the interests of an administration desirous of reversing its decision."

Domstolen angav emellertid inte under vilka omständigheter förvaltningsbeslut skapar rättigheter (confer rights) eller när sådana rättigheter är oåterkalleliga (vested). Det rådde länge osäkerhet huruvida fransk rätt, som gör skillnad på deklarativa och diskretionära beslut – varvid bara rättigheter som följer av ett deklarativt beslut (drots aquis) är oåterkalleliga – eller t.ex. tysk, nederländsk och skandinavisk rätt skulle bli tongivande, där mer hänsyn tas till beslutets verkningar i det enskilda fallet. Ett klargörande kom i målet *De Compte*[35] som rörde en tjänsteman som beviljats sjukersättning vilken sedermera återtogs sedan Europaparlamentet funnit att beslutet vilade på felaktig grund. I detta mål anförde EG-domstolen att:

> "Även om en gemenskapsinstitution, som konstaterar att den antagit en rättsstridig rättsakt, har rätt att återkalla den med retroaktiv verkan om det sker inom en rimlig tidsfrist, begränsas denna möjlighet enligt fast rättspraxis av nödvändig-

---

ett förtjänstfullt sätt belysts av Koen Lenaerts i artikeln *Le droit comparé dans le travail du juge communautaire*, a.a. och *Inter-locking legal orders in the European Union and comparative law*, a.a.

34. Dom av den 12 juli 1957 i de förenade målen 7/56 och 3–7/57, Algera m.fl., REG 1957, s. 12 (fransk utgåva), engelsk specialutgåva 1957–1958, s. 39, 55. För ett annat belysande exempel av EG-domstolens komparativa metod, se dom av den 18 maj 1982 i mål 155/79, AM & S mot kommissionen, REG 1982, s. 1575, svensk specialutgåva, volym 6, s. 405.

35. Dom av den 17 april 1997 i mål C-90/95 P, De Compte mot Europaparlamentet, REG 1997, s. I-1999, punkterna 36–39.

heten att respektera berättigade förväntningar hos den som gynnas av rättsakten och som kunnat hysa tilltro till att den var lagenlig.[36] ...

[D]en tidpunkt som utgör utgångspunkten för bedömningen av när berättigade förväntningar uppstår hos den person till vilken ett gynnande förvaltningsbeslut riktar sig är den dag då denne får del av rättsakten, och inte den dag då den antas eller återkallas. ... I det aktuella fallet finns inget som tyder på att klaganden har framkallat beslutet ... genom att lämna falska eller ofullständiga uppgifter.[37]

...

Härav följer att klaganden, när han efter delgivning fick kännedom om beslutet av den 24 januari 1991, kunde hysa tilltro till dess lagenlighet och göra anspråk på att det skulle bestå. ... [N]är någon väl har bibringats berättigade förväntningar på att ett gynnande förvaltningsbeslut är lagenligt kan dessa förväntningar inte senare undergrävas. Med beaktande av omständigheterna i det aktuella fallet finns det, för det andra, inget allmänintresse som går före mottagarens intresse av att en situation som han kunde anse vara säker skall bestå."

Efter *De Compte* kan konstateras att det är den tyska och skandinaviska synen som för närvarande är förhärskande i EG-domstolen när det gäller möjligheten att återkalla förvaltningsrättsliga beslut, inte den franska.[38]

Till EU:s förvaltningsrätt hör numera en rad allmänna rättsprinciper som har utvecklats i EG-domstolens rättspraxis. De viktigaste är principen om god förvaltning,[39] rätten till försvar[40] (som i sin tur innefattar en samling processuella rättssäkerhetsgarantier som syftar till en rättvis rättegång, t.ex. rätten att inte dömas ohörd, rätten till aktinsyn och rätten att inte behöva vittna mot sig själv), principen om myndighetens utredningsskyldighet eller omsorgsprincipen,[41] kravet på skyndsam handläggning (rimlig tidsfrist),[42]

---

36. Dom av den 3 mars 1982 i mål 14/81, Alpha Steel mot kommissionen, REG 1982, s. 749, punkterna 10–12, av den 26 februari 1987 i mål 15/85, Consorzio Cooperative d'Abruzzo mot kommissionen, REG 1987, s. 1005, svensk specialutgåva, volym 9, s. 29, punkterna 12–17, av den 20 juni 1991 i mål C-248/89, Cargill mot kommissionen, REG 1991, s. I-2987, punkt 20, och av den 20 juni 1991 i mål C-365/89, Cargill, REG 1991, s. I-3045, punkt 18.

37. Se i detta avseende dom av den 22 mars 1961 i de förenade målen 42/59 och 49/59, Snupat mot Höga myndigheten, REG 1961, s. 99, svensk specialutgåva, volym 5, s. 95, och av den 12 juli 1962 i mål 14/61, Hoogovens mot Höga myndigheten, REG 1962, s. 485.

38. Jfr Schønberg, S., *Legitimate Expectations in Administrative Law*, a.a., s. 72–73 och Ragnemalm, H., *Confiance légitime et délai raisonnable: Quelques remarques sur le thème du retrait des actes administratifs favorables en droit communautaire*, i Festskrift för Schockweiler, Nomos 1998.

39. Se t.ex. EG-domstolens dom av den 25 september 2003 i mål C-170/02 P, Schlüsselverlag J.S. Moser mot kommissionen, REG 2003, s. I-9889.

40. Principen om rätten till försvar omnämndes först i dom av den 23 oktober 1974 i mål 17/74, Transocean Marine Paint Association mot kommissionen, REG 1974, s. 1063, svensk specialutgåva, volym 2, s. 357.

41. Se t.ex. dom av den 22 oktober 1991 i mål C-16/90, Nölle, REG 1991, s. I-5163. Se även dom av den 21 november 1991 i mål C-269/90, Technische Universität München, REG 1991, s. I-5469, svensk specialutgåva, volym 11, s. I-453.

42. Se dom av den 17 december 1998 i mål C-185/95 P, Baustahlgewebe mot kommissionen, REG 1998, s. I-8417.

kravet på domstolskontroll och effektiva rättsmedel[43] och motiveringsskyldigheten.[44]

7.4.2.2 Ombudsmannens uppförandekodex beträffande god förvaltning

EU:s allmänna förvaltningsrättsliga principer återfinns sålunda i rättspraxis och har utvecklats mot bakgrund av medlemsländernas nationella rätt. Förvaltningsrättsliga bestämmelser återfinns också i senare tillkommen lagstiftning som direkt avser förhållandet mellan enskilda individer och EU:s myndigheter, t.ex. på konkurrensområdet,[45] statsstödsområdet,[46] antidumpningsområdet[47] och i fråga om varumärkesregistrering.[48] Förvaltningsrättsliga bestämmelser förekommer också i rättsakter som avser den fria rörligheten för personer och tjänster. I det ovannämnda tjänstedirektivet anges som framgått vilka förvaltningsrättsliga krav som medlemsstaterna måste uppfylla om de uppställer tillståndssystem vid utövande av viss verksamhet. Ett annat exempel är direktivet om unionsmedborgarna och deras familjemedlemmar från år 2004 som innebär en hög grad av harmonisering av de administrativa krav som medlemsstaterna får uppställa i samband med hanteringen av registreringsansökningar m.m.[49] Som exempel kan nämnas bestämmelserna om harmoniseringen av vilka bevishandlingar som de behöriga myndigheterna får begära för att utfärda ett bevis om registrering eller ett uppehållskort. Syftet med detta är att undvika olikheter i administrativ praxis eller skilda tolkningar, vilket kan leda till betydande hinder när

43. Dom av den 15 maj 1986 i mål 222/84, Johnston, REG 1986, s. 1651, svensk specialutgåva, volym 8, s. 597.

44. Se t.ex. dom av den 14 februari 1990 i mål C-350/88, Société française des Biscuits Delacre mot kommissionen, REG 1990, s. I-395, punkt 15 och dom av den 11 december 2003 i mål C-127/00, Hässle, REG 2003, s. I-14781, punkt 43.

45. Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget, EGT L 1, s. 1 och kommissionens förordning (EG) nr 773/2004 av den 7 april 2004 om kommissionens förfaranden enligt artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget, EUT L 123, s. 18.

46. Rådets förordning (EG) nr 659/1999 av den 22 mars 1999 om tillämpningsföreskrifter för artikel 93 i EG-fördraget, EGT L 83, s. 1.

47. Rådets förordning (EG) nr 384/96 av den 22 december 1995 om skydd mot dumpad import från länder som inte är medlemmar i Europeiska gemenskapen, EGT L 56, s. 1.

48. Rådets förordning (EG) nr 40/94 av den 20 december 1993 om gemenskapsvarumärken, EGT L 11, s. 1. och kommissionens förordning (EG) nr 2868/95 av den 13 december 1995 om genomförande av rådets förordning (EG) nr 40/94 om gemenskapsvarumärken, EGT L 303, s. 1.

49. Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/38/EG av den 29 april 2004 om unionsmedborgares och deras familjemedlemmars rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier och om ändring av förordning (EEG) nr 1612/68 och om upphävande av direktiven 64/221/EEG, 68/360/EEG, 72/194/EEG, 73/148/EEG, 75/34/EEG, 75/35/EEG, 90/364/EEG, 90/365/EEG och 93/96/EEG, EUT L 158, s. 77.

unionsmedborgarna och deras familjemedlemmar skall utöva sin uppehållsrätt.[50] I direktivet finns också särskilda bestämmelser om delgivning (artikel 30) och om domstolsprövning (artikel 31). På liknande sätt uppställs i ett direktiv från 2005 om erkännande av yrkeskvalifikationer en rad administrativa krav som medlemsstaterna skall uppfylla (se särskilt artikel 50 och 51).[51] Dessa direktiv kan i likhet med tjänstedirektivet betraktas som en kodifiering av rättspraxis, men går längre och utvecklar och preciserar de förvaltningsrättsliga kraven.[52]

Någon samlad förvaltningslag för EU har det dock inte tagits initiativ till, åtminstone inte av gemenskapslagstiftaren. Den europeiska ombudsmannen, som har till uppgift att vaka över att den europeiska förvaltningen fungerar tillfredsställande, har dock tagit fram "*Den europeiska kodexen för god förvaltningssed*".[53] I inledningen till kodexen anges att den tar hänsyn till förvaltningsrättsliga principer i EG-domstolens rättspraxis och att den även har hämtat inspiration från nationella lagar. Det rör sig alltså om en form av kodifiering, och ombudsmannen har använt sig av en komparativ metod på motsvarande sätt som EG-domstolen när han har tagit hänsyn till gemensamma drag i medlemsstaternas lagstiftningar.[54] Kodexen är inte bindande men följs av ombudsmannen när denne enligt artikel 195 EG undersöker möjliga fall av administrativa missförhållanden i verksamheten vid unionens institutioner och organ. Flera EU-institutioner har också förklarat att de följer kodexen.

Ombudsmannen eftersträvar dock att kodexen omvandlas till en juridiskt bindande rättsakt. Stöd för en sådan normgivning finns i artikel 298 i det nya fördraget om EU:s funktionssätt (nuvarande EG-fördraget), som avses införas genom Lissabonfördraget,[55] men det kan tänkas att nu gällande rättsgrunder i EG-fördraget redan är tillräckliga för att besluta om sådan lagstiftning. Ombudsmannen menar att en europeisk förvaltningslag skulle skapa större klarhet och säkerställa att institutionerna och organen tillämpar

50. Jfr punkt 14 i ingressen till direktivet.

51. Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/36/EG av den 7 september 2005 om erkännande av yrkeskvalifikationer, EUT L 255, s. 22.

52. Jfr Reichel, J., *A New Proposal for a Regulation on Mutal Recognition of Goods – Towards a Harmonized Administrative Order?* European Policy Analysis 3:2007 (Sieps), s. 3 f.

53. Den europeiska kodexen för god förvaltningssed är tillgänglig på ombudsmannens hemsida: http://www.ombudsman.europa.eu/code/sv/default.htm.

54. Se Hettne, J., *Gammalt blir nytt – Svårigheten att kodifiera rättspraxis och återspegla rättsläget*, a.a., s. 40 f.

55. Bestämmelsen har följande lydelse: "När unionens institutioner, organ och byråer fullgör sina uppgifter ska de stödja sig på en öppen, effektiv och oberoende europeisk förvaltning". Europaparlamentet och rådet skall kunna anta förordningar i enlighet med det ordinarie lagstiftningsförfarande för detta ändamål.

samma grundläggande principer i sina relationer med medborgarna och understryka betydelsen av dessa principer för både medborgare och tjänstemän.

Idén att skapa en europeisk förvaltningslag stöds också av den svenska regeringen. Statskontoret har mot denna bakgrund fått i uppdrag att kartlägga förvaltningsregler och förvaltningstraditioner i EU:s medlemsländer och har lagt fram rapporten "*Principles of Good Administration in the Member States of the European Union*",[56] där de olika medlemsstaternas förvaltningsrättsliga traditioner jämförs och utvärderas. I rapporten konstaterar Statskontoret att det finns ett antal förvaltningsrättsliga principer som erkänns av alla eller det stora flertalet medlemsstater. Det rör sig om principerna om rättssäkerhet, icke-diskriminering och proportionalitet samt kraven på opartisk och rättvis handläggning. Vidare omfattas principer som rätten till försvar (rätten att bli hörd, aktinsyn m.m.), tillgång till offentliga handlingar, motiveringsskyldighet, krav på delgivning och besvärshänvisning samt serviceskyldighet. I flertalet av medlemsstaterna (dock inte i Common law-länderna) återges dessa principer i förvaltningsrättsliga lagar, som är tillämpliga om inget annat föreskrivs. I rapporten påpekas dock att det materiella innehållet varierar och att tillämpningen av principerna skiljer sig åt mellan medlemsstaterna. Statskontoret konstaterar dock att en för EU:s institutioner gemensam förvaltningslag, som tar hänsyn till rådande skillnader, skulle kunna framarbetas.

Ett snabbare sätt att åstadkomma en gemensam förvaltningslag är naturligtvis att utgå från ombudsmannens kodex som redan innehåller de centrala bestämmelser som behövs och också tar hänsyn till EG-domstolens rättspraxis. I artiklarna 5, 6 och 7 fastslås principerna om icke-diskriminering och proportionalitet samt förbudet mot maktmissbruk fast. Artiklarnas formulering överensstämmer med EG-domstolens rättspraxis. I artiklarna 8 och 9 fastslås principen om opartiskhet och obundenhet samt objektivitet. Dessa principer har inte lagts fast av gemenskapsdomstolarna i likartade termer, utan överensstämmer snarare med formuleringar i många av medlemsstaternas grundlagar. Artikel 10 rubriceras "Berättigade förväntningar, konsekvent agerande och rådgivning". Detta är ett uttryck för den EG-rättsliga principen om berättigade förväntningar kompletterad med vissa andra skyldigheter. På denna punkt tycks kodexen gå längre än rättspraxis och skulle, om den blir bindande, leda till mer långtgående rättigheter för medborgarna. Artiklarna 11–14 behandlar rättvisa, artighet, skrivelser besvarande på medborgarens språk och bekräftelse på mottagande och uppgift om den ansva-

56. Rapport 2005:4.

rige tjänstemannens namn resp. skyldighet att vidarebefordra till ansvarig avdelning. I dessa artiklar upptas sålunda aspekter som kan hänföras till den allmänna principen om god förvaltning. I artikel 16 kodifieras den grundläggande principen om rätten till försvar under rubriken "Rätt att höras och yttra sig". Principen om skälig tidsfrist kodifieras i artikel 17 och motiveringsskyldigheten i artikel 18. I artikel 18 läggs till den formella motiveringsskyldigheten även ett materiellt krav på att tjänstemannen skall undvika att fatta beslut på kortsiktiga eller lösa grunder eller fatta beslut som inte är tillräckligt individuellt utformade. I artikel 19 anges sedan skyldigheten att tillhandahålla information om möjligheterna att överklaga och i artikel 20 föreskrivs en skyldighet att kungöra beslut. Kodexen avslutas med artiklar rörande skydd av personuppgifter (art. 21), begäran om information (art. 22), allmänhetens tillgång till handlingar (art. 23), diarieföring (art. 24), allmänhetens tillgång till förvaltningskodexen (art. 25) och rätt att klaga hos Europeiska ombudsmannen (art. 26).

Sammantaget tar kodexen upp och kodifierar EG-domstolens rättspraxis på det förvaltningsrättsliga området på ett övergripande sätt. Flera bestämmelser går dock som framgått längre än rättspraxis och vissa bestämmelser är nya i förhållande till nu gällande ordning. Det handlar alltså inte om en renodlad kodifiering, utan kodexen för också rättsutvecklingen framåt. Om samma innehåll hade passerat det vanliga lagstiftningsmaskineriet är det troligt att det hade uppstått problem. Som Statskontorets ovannämnda rapport visar finns betydande skillnader mellan medlemsstaterna när det gäller principernas närmare innebörd och tillämpning. Det finns därmed en risk för att en lagstiftningsprocess på europeisk nivå kan utvecklas till en dragkamp mellan företrädare för olika nationella förvaltningsrättsliga traditioner, med kompromisser, otydligheter och förseningar som följd. Att kodexen finns i sin nuvarande lydelse beror sannolikt till stor del på att den har utformats av ombudsmannen i samarbete med Europaparlamentet, dvs. som ett renodlat gemenskapsrättsligt projekt, där medlemsstaterna inte har varit direkt involverade, även om hänsyn har tagits till skilda rättstraditioner.

Om kodexen omvandlas till en bindande rättsakt eller utgör utgångspunkten för en sådan skulle detta emellertid kunna bidra till en mer enhetlig EG-rättslig tillämpning i medlemsstaterna. Den utveckling som för närvarande pågår och som innebär att förvaltningsrättsliga och processuella regler införs i harmoniseringsdirektiv, som t.ex. i de ovannämnda direktiven om unionsmedborgare och yrkeskvalifikationer samt i tjänstedirektivet, främjar visserligen handeln och rörligheten på den inre marknaden, men innebär också nackdelar från rättssystematisk utgångspunkt. Den fläckvisa harmoniseringen är ett störande inslag i ett nationellt perspektiv eftersom den sönd-

rar den annars autonoma förvaltnings- och processrätten. Principen om nationell processuell autonomi blir på detta sätt allt mer urholkad, eftersom den inskränks genom såväl EG-domstolens rättspraxis som genom enskilda direktiv. Att den europeiska förvaltningsrätten inledningsvis utvecklades på detta sätt är naturligtvis begripligt. Det framstår emellertid i dagsläget som mer effektivt att gemenskapslagstiftaren tar steget fullt ut och medger att den EG-rättsliga tillämpningen är i behov av en allmänt tillämplig gemenskapsrättslig förvaltningsrätt, som är bindande för såväl EU:s institutioner som medlemsstaterna när dessa tillämpar gemenskapsrätten. En sådan övergripande lagstiftning, som väsentligen skulle utgöra en kodifiering av rättspraxis, skulle bringa klarhet i den nu oklara situationen och säkerställa att gemenskapsrätten tillämpas mer likformigt i medlemsstaterna. Ombudsmannens kodex har tagits emot väl av EU:s institutioner och till synes även av medlemsstaterna. Möjligen talar detta för att tiden är mogen för en övergripande lagstiftning. En sådan lagstiftning skulle – utöver att bringa klarhet – sannolikt innebära en förstärkning av enskilda individers rättigheter inför offentliga myndigheter och organ i flertalet medlemsländer, bl.a. i Sverige.

7.4.3 *EU:s stadga om grundläggande rättigheter*

I kapitel 2 har beskrivits hur EG-domstolen har utnyttjat medlemsländernas konstitutioner och den europeiska konventionen om mänskliga rättigheter och grundläggande friheter som rättskällor inom EG-rätten. Genom avgöranden i EG-domstolen har därmed ett grundläggande rättighetsskydd vuxit fram.[57] Om denna rättspraxis kodifieras i en skriven rättighetskatalog, skulle detta innebära ett steg mot en mer konstitutionell ordning för EU. Med tanke på Europakonventionens ökade genomslag och betydelse har tanken på att skapa en rättighetsstadga för EU växt fram. Ett konvent bestående av representanter för medlemsstaternas regeringar och parlament samt för EU:s institutioner inrättades år 1999 i syfte att utarbeta en sådan stadga. Arbetet utmynnade i ett förslag till rättighetsstadga som antogs av medlemsstaterna vid toppmötet i Nice i december 2000. Medlemsstaterna beslutade dock att stadgan tills vidare skulle vara rättsligt oförbindande.

EU:s stadga om grundläggande rättigheter[58] utgör ett försök att i ett enda dokument samla bestämmelser som återspeglar medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner och internationella åtaganden när det

57. Se Hettne, J. och Otken Eriksson, I. (red.), *EU-rättslig metod – Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, a.a., s. 64 ff.
58. EGT C 364, s. 1.

gäller grundläggande fri- och rättigheter. Detta innebär att stadgans bestämmelser grundas på gemenskapsrätten, i synnerhet EG-domstolens rättspraxis, som har utvecklats mot bakgrund av medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner. Bland de internationella åtagandena märks främst Europakonventionen och den sociala stadgan, vilka även har influerat EG-domstolens praxis.[59]

Det finns inte utrymme att i detta sammanhang behandla stadgans innehåll i detalj. Det kan emellertid konstateras att den europeiska rättighetsstadgan består av en ingress och 6 kapitel. Den innehåller dels medborgerliga och politiska rättigheter (t.ex. förbud mot tortyr och slaveri), dels ekonomiska och sociala rättigheter (t.ex. rätt till tillgång till arbetsförmedling och rättvisa arbetsförhållanden). Stadgan innehåller också bestämmelser som är särskilt avpassade för EU, t.ex. bestämmelser om rösträtt och valbarhet i val till Europaparlamentet. Stadgan riktar sig till EU:s institutioner och organ samt till medlemsstaterna när dessa tillämpar EG-rätt.[60]

Att stadgan inte med en gång gjordes bindande var sannolikt klokt. På det sättet blev den inte lika definitiv och skapade mindre problem i ett politiskt perspektiv. I praktiken är dessutom stadgans bestämmelser i stor utsträckning redan en del av EG-rätten, i form av allmänna rättsprinciper. Detta har gjort att den även i sin oförbindande utformning har respekterats i gemenskapsdomstolarnas rättspraxis, vilket illustreras av att både EG-domstolen och förstainstansrätten hänvisar till stadgan när de tillämpar allmänna rättsprinciper som har stöd i den.[61] Vidare hänvisar den europeiska ombudsmannen ofta till stadgan och likaså omnämns den i samband med kommissionens lagförslag och vid Europaparlamentets efterföljande behandling.[62] Om rättighetsstadgan görs bindande innebär detta således främst en kodifiering av det rättighetsskydd som redan existerar inom gemenskapsrätten.[63]

I förslaget till europeisk konstitution placerades stadgan som del II och fick sålunda en mycket framträdande plats, på samma sätt som t.ex. rättig-

59. För en analys av stadgan i ett rättsfilosofiskt och konstitutionellt perspektiv, se Hallström, P., *Nationella avsteg från EU:s stadga om grundläggande rättigheter*, SvJT 2002, s. 753.

60. För en analys av denna begränsningsregel och andra s.k. horisontella bestämmelser i stadgan, se Tridimas, T., *The General Principles of EU Law*, a.a., s. 362 ff.

61. Se t.ex. dom av den 18 december 2007 i mål C-341/05, Laval, ej ännu publicerad i rättsfallssamlingen, punkterna 90 och 91.

62. Se närmare de Búrca, G. och Aschenbrenner, J.B., *European Constitutionalism and the Charter* in the EU Charter of Fundamental Rights, Politics, Law and Policy, Peers and Ward (red.), Hart Publishing 2004, s. 15 och Dony, M., Bribosia, E. (red.), *Commentaire de la Constitution de l'Union européenne*, Editions de l'Université de Bruxelles, 2005, s. 127.

63. Se kommissionens meddelande om den rättsliga statusen för Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, KOM (2000) 644 slutlig.

hetskatalogen i den svenska regeringsformens andra kapitel. Genom Lissabonfördraget avses inte stadgan få en lika framträdande plats, men den görs genom hänvisning juridiskt bindande. I artikel 6.1 i EU-fördraget, i dess lydelse enligt Lissabonfördraget, föreskrivs att:

> "Unionen ska erkänna de rättigheter och principer som fastställs i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna av den 7 december 2000, anpassad den 12 december 2007 i Strasbourg, som ska ha samma rättsliga värde som fördragen."

Om Lissabonfördraget träder i kraft kommer sålunda dagens dynamiska och flexibla, men samtidigt oförutsebara rättighetsskydd – som grundar sig på oskrivna allmänna rättsprinciper – att omvandlas till ett mer traditionellt rättighetsskydd, i likhet med det som gäller i många medlemsstater. Detta innebär att rättighetsstadgan får en rad juridiska konsekvenser, trots att det är fråga om en kodifiering av det redan existerande rättighetsskyddet. [64]

För det första får EG-domstolen och de nationella domstolarna i så fall uttrycklig kompetens att tolka stadgan och kan därmed precisera innehållet i stadgans bestämmelser.

För det andra begränsas EG-domstolens fria skön vid skyddet av grundläggande fri- och rättigheter. För närvarande är EG-domstolen som framgått relativt obunden att fritt utveckla allmänna rättsprinciper inom gemenskapsrätten med stöd av medlemsstaternas konstitutionella traditioner och med inspiration från Europakonventionen.

För det tredje skulle rättighetsstadgans betydelse för rättstillämpningen i medlemsstaterna öka. Medlemsstaterna skulle få en bindande rättighetskatalog som stöd för tillämpningen av unionsrätten i länderna och skulle kunna begära förhandsavgöranden från EG-domstolen avseende tolkningen av enskilda bestämmelser i stadgan.

För det fjärde skulle stadgan, trots uttryckliga bestämmelser om motsatsen, på sikt kunna innebära att tillämpningsområdet för unionsrätten utökas. De bestämmelser i stadgan som "innehåller principer" får nämligen genomföras genom rättsakter och verkställighetsakter som antas av unionens institutioner och organ, och genom medlemsstaternas normgivning när de vid utövandet av sina respektive befogenheter genomför unionsrätten. Det kan inte heller uteslutas att domstolen genom ett förhandsbesked om tolkningen

64. Se närmare Hettne, J. och Öberg, U., *Domstolarna i Europeiska unionens konstitution*, a.a., s. 102 ff.

av stadgan bakvägen skulle kunna pröva frågor på områden där dess kompetens i princip är begränsad eller utesluten.[65]

Slutligen skulle synliggörandet av de grundläggande rättigheterna som utvecklats i rättspraxis medföra en förstärkning av EU:s legitimitet och utgöra en bekräftelse på att de krav som i synnerhet den tyska författningsdomstolen har ställt upp vad gäller skyddet av grundläggande rättigheter nu är uppfyllda. Tyskland var också starkt pådrivande när det gällde att få till stånd en skriven rättighetskatalog.[66]

Utvecklingen mot en bindande stadga om grundläggande rättigheter möter dock oro i vissa medlemsstater. Förenade kungariket och Polen har i ett särskilt protokoll försökt försäkra sig om att stadgan inte innebär en oönskad utveckling av grundläggande rättigheter som är oförenlig med dessa staters nationella rättssystem.[67] De beaktar att stadgan bekräftar de rättigheter, friheter och principer som erkänns inom unionen och gör dem synliga, men framhåller att stadgan inte skapar några nya rättigheter eller principer. I den första artikeln i protokollet betonas sedan att stadgan inte utvidgar EU-domstolens eller de båda ländernas nationella domstolars rätt att fastslå att Polens eller Förenade kungarikets lagar och andra författningar, administrativa praxis eller administrativa åtgärder är oförenliga med de grundläggande rättigheter, friheter och principer som stadgan bekräftar. I synnerhet, och för att skingra varje tvivel, stadgas i protokollet att avdelning IV i stadgan (som benämns "Solidaritet" och innehåller sociala rättigheter) inte innehåller någonting som medför rättigheter tillämpliga på Polen eller Förenade kungariket som kan bli föremål för rättslig prövning, utom i den mån Polen eller Förenade kungariket har föreskrivet sådana rättigheter i sin nationella lagstiftning. I en andra artikel anges att i den utsträckning som det i stadgan hänvisas till nationella lagar och praxis, skall den vara tillämplig på Polen och Förenade kungariket endast i den mån de rättigheter eller principer som den innehåller erkänns i Polens eller Förenade kungarikets lagstiftning eller praxis.

Det är i hög grad olyckligt att två medlemsstater i ett protokoll har framförhandlat ensidiga undantag från stadgans tillämpning. Detta är sannolikt fråga om en eftergift av politisk natur för att underlätta en ratificering av Lissabonfördraget, men ger uttryck för ett synsätt som är oförenligt med själva grunden för EU:s rättssystem, eftersom det är EU:s domstol som i sista hand skall avgöra vad som utgör en rättighet enligt EU-rätten och om den skall

65. Ibid., s. 104 f.

66. Se Groussot, X., *Creation, Development and Impact of the General Principles of Community Law: Towards a jus commune europaeum*, a.a., s. 202.

67. Se Bergström, C.F. och Hettne, J., *Lissabonfördraget – Hur ändras EU?*, ERT 2008, s. 32, s. 67.

kunna göras gällande i nationell domstol.[68] Syftet med EU:s rättssystem är att inom EU-rättens tillämpningsområde skapa ett så likformigt rättsskydd som möjligt för alla EU-medborgare. Att enskilda medlemsstater har ensidiga undantag när det gäller grundläggande fri- och rättigheter är särskilt allvarligt, eftersom dessa principer är av generell betydelse i den EU-rättsliga tillämpningen.

En av dessa sociala rättigheter – rätten att vidta fackliga stridsåtgärder – utvecklades och preciserades i anslutning till undertecknandet av Lissabonfördraget i målen *Viking Line*[69] och *Laval*[70] (se avsnitt 4.2.3 och 4.2.6 ovan). I *Viking Line* anförde EG-domstolen att rätten att vidta fackliga stridsåtgärder, inklusive strejkrätten, erkänns såväl i olika internationella rättsakter till vilka medlemsstaterna har medverkat eller till vilka de har anslutit sig,[71] som i rättsakter som utarbetats av medlemsstaterna på gemenskapsnivå eller inom ramen för Europeiska unionen.[72] EG-domstolen påpekade dock att även om rätten att vidta fackliga stridsåtgärder, inklusive strejkrätten, skall erkännas som en grundläggande rättighet som utgör en integrerad del av de allmänna principerna för gemenskapsrätten, vilkas efterlevnad säkerställs av domstolen, gäller för utövandet av denna rättighet inte desto mindre vissa begränsningar. Såsom bekräftas i artikel 28 i stadgan om de grundläggande rättigheterna är dessa rättigheter nämligen skyddade enligt gemenskapsrätten samt enligt nationell lagstiftning och praxis. Domstolen har slagit fast att skyddet för de grundläggande rättigheterna utgör ett legitimt intresse som i princip motiverar inskränkningar i de skyldigheter som följer av gemenskapsrätten. Detta gäller även för skyldigheter som följer av en i fördraget garanterad grundläggande frihet, såsom den fria rörligheten för varor[73] eller friheten att tillhandahålla tjänster.[74] EG-domstolen har vidare fastslagit att utövandet av grundläggande rättigheter inte undgår tillämpningsområdet för bestämmelserna i fördraget, och att dessa rättigheter måste utövas i samklang med de krav som följer av de i fördraget skyddade rättigheterna och i överensstämmelse med proportionalitetsprincipen. Att rätten att vidta fack-

68. Se Bergström, C.F. och Hettne, J., *Lissabonfördraget – Hur ändras EU?*, a.a., s. 67.

69. Dom av den 11 december 2007 i mål C-438/05, Viking Line, ej ännu publicerad i rättsfallssamlingen.

70. Dom av den 18 december 2007 i mål C-341/05, Laval, ej ännu publicerad i rättsfallssamlingen.

71. Se t.ex. den europeiska sociala stadgan som undertecknades i Turin den 18 oktober 1961, vilken för övrigt uttryckligen nämns i artikel 136 EG, och Internationella arbetsorganisationens konvention nr 87 av den 9 juli 1948 angående föreningsfrihet och skydd för organisationsrätten.

72. Se t.ex. gemenskapsstadgan om arbetstagares grundläggande sociala rättigheter som antogs vid Europeiska rådets möte i Strasbourg den 9 december 1989 och Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna.

73. Se dom av den 12 juni 2003 i mål C-112/00, Schmidberger, REG 2003, s. I-5659, punkt 74.

74. Se dom av den 14 oktober 2004 i mål C-36/02, Omega, REG 2004, s. I-9609, punkt 35.

liga stridsåtgärder utgör en grundläggande rättigheter medför därför inte att sådana åtgärder faller utanför tillämpningsområdet för andra artiklar i EG-fördraget, bl.a. de fyra friheterna. En prövning måste i dessa fall ske i det enskilda fallet där de bägge motstående intressena vägs mot varandra.

EG-domstolen preciserade alltså i anslutning till undertecknandet av Lissabonfördraget vilken räckvidd stadgans sociala bestämmelser har och hur de typiskt sätt tolkas. Om detta var ett tillräckligt tydligt klarläggande för Storbritannien och Polen är dock naturligtvis svårt att säga.

Även om stadgan om grundläggande rättigheter blir bindande kan den knappast betraktas som en exklusiv rättskälla när det gäller unionsmedborgarnas rättighetsskydd. Andra internationella överenskommelser såsom Europakonventionen (som det hänvisas till i fördragen), men också FN:s konvention om mänskliga rättigheter och den europeiska sociala stadgan kan fortfarande åberopas vid gemenskapsdomstolarna, men i praktiken blir sannolikt rättighetsstadgan den dominerande rättskällan vad gäller unionsmedborgarnas grundläggande rättigheter.[75] Detta innebär ett skifte eller fokusförändring när det gäller EU-rättens inriktning. De "ekonomiska" rättigheterna kompletteras med uttryckliga grundläggande fri- och rättigheter som inte är kopplade till unionens mer marknadsorienterade syften. Detta ger stöd åt EG-domstolens påbörjade rättsutveckling när det gäller bestämmelserna om unionsmedborgarskap, nämligen att sätta den enskilde unionsmedborgarens rättigheter i centrum och inte koppla dessa till de ekonomiskt präglade friheterna.[76]

Det är vidare uppenbart att stadgan om grundläggande rättigheter inte bara används som ett kontrollinstrument för att tillse att EU:s institutioner inte kränker unionsmedborgarnas grundläggande rättigheter. Stadgan används, som antytts ovan, även i en mer proaktiv mening, nämligen att tillskapa ökad moralisk och politisk legitimitet för EU-projektet som sådant. Detta har EG-domstolens rättspraxis och de övergripande deklarationerna i fördragen inte förmått göra. Stadgan innebär en konkretisering av de grundläggande rättigheterna och ger dessa rättigheter en ökad grad av synlighet. Syftet med stadgan är att skapa ökat förtroende hos EU-medborgarna för hela EU-projektet. Det är mot denna bakgrund särskilt beklagligt att två medlemsländer anser sig behöva ha försäkringar mot stadgans tillämpning inom ramen för sina egna rättssystem.

---

75. Förhållandet mellan EU:s stadga om grundläggande rättigheter och Europakonventionen, liksom mellan EG-domstolen och Europadomstolen berörs inte i detta sammanhang.

76. Se Hettne, J. och Otken Eriksson, I. (red.), *EU-rättslig metod – Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, a.a., s. 226.

7.5 EU:s konstitution – en kodifiering?

7.5.1 *Konstitutionell kris eller utveckling?*

Den europeiska konstitutionen, eller det "konstitutionella fördraget", undertecknades i Rom den 29 oktober 2004. Medborgarna i två av EU:s grundarländer, Frankrike och Nederländerna, röstade emellertid nej i folkomröstningar, och ratificeringsprocessen havererade. Den 13 december 2007 undertecknades i stället Lissabonfördraget av de nu 27 EU-ländernas stats- och regeringschefer.[77]

I skrivande stund har det irländska folket sagt nej till Lissabonfördraget i en folkomröstning som ägde rum den 12 juni 2008. Det är därför osäkert om det nya fördraget träder i kraft. I detta avsnitt skall emellertid den pågående fördragsändringsprocessen behandlas från principiella utgångspunter. Fokus ligger inte på ett nytt fördrag utan på vilka principer i det nuvarande gemenskapsrättsliga systemet som eventuellt bör kodifieras.

Lissabonfördraget betecknas inte som en konstitution för Europa. Det innebär en reform av nu gällande fördrag. Lissabonfördraget ersätter alltså inte de gamla fördragen, utan innebär ändringar i dessa på samma sätt som skedde genom Maastricht-, Amsterdam- och Nicefördragen. EU blir emellertid en juridisk person och EG försvinner som begrepp. EU-fördraget kvarstår i modifierad form, medan EG-fördraget byter namn till Fördraget om europeiska unionens funktionssätt. Lissabonfördraget bygger emellertid på den europeiska konstitutionens text. Man kan säga att innehållet i den havererade konstitutionen slussas in i den befintliga fördragsstrukturen i stället för att ett nytt konsoliderat fördrag upprättas.[78] Förslaget till europeisk konstitution utgjorde ett ambitiöst försök att konsolidera och uppdatera EU-fördragen och kodifiera och synliggöra relevant rättspraxis från EG-domstolen. Denna ambition är nedtonad i Lissabonfördraget, men kvarstår fortfarande. Det är emellertid komplicerat att kodifiera konstitutionella principer som har utvecklats i rättspraxis. En fråga som ofta vållar debatt är om rättsläget verkligen är oförändrat och om det har införts politiskt motiverade förändringar även i dessa fall. I det följande diskuteras den europeiska konstitutionen och Lissabonfördraget i ett konstitutionellt perspektiv.

77. EUT 2007 C 306/1. Konsoliderade versioner av EU-fördraget och fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (tidigare EG-fördraget), i deras lydelse enligt Lissabonfördraget, finns tillgängliga på *www.sieps.se* samt på EU:s webbplats.

78. Se Hettne, J. och Langdal, F., *Vad innebär reformfördraget?*, European Policy Analysis 4:2007 (Sieps), s. 1.

7.5.2 *Den konstitutionella debatten inom EU*

Inom EU har länge pågått en debatt om att konstitutionalisera de grundläggande fördragen. I synnerhet har avsaknaden av en katalog över grundläggande rättigheter uppfattats som besvärande. Som framgått grundas skyddet för grundläggande rättigheter i princip enbart på gemenskapsdomstolarnas rättspraxis och är därför inte särskilt synligt för EU-medborgarna. Förespråkarna för en konstitutionalisering av fördragen har framför allt velat förstärka och tydliggöra skyddet för grundläggande rättigheter och kompetensfördelningen mellan EU och medlemsstaterna samt överlag förenkla EU:s tämligen komplexa rättsliga struktur. Europaparlamentet har varit en varm anhängare av denna tanke, vilket bl.a. utmynnade i 1984 års utkast till nytt Unionsfördrag. Tiden var dock vid denna tidpunkt inte mogen för medlemsstaterna att driva EU-samarbetet i denna riktning. Ett annat fruktlöst försök gjordes år 1994, då Europaparlamentet antog en resolution som innehöll ett förslag till en konstitution för unionen. Detta väckte emellertid föga intresse under 1996 års regeringskonferens som föregick undertecknandet av Amsterdamfördraget. Att upprätta en konstitution för EU framstod vid slutet av 1990-talet fortfarande som tämligen utopiskt. Att frågan om en konstitution till slut nådde den politiska dagordningen berodde i huvudsak på två skäl. För det första har EU-projektets popularitet i medlemsstaterna minskat avsevärt, vilket gör att hela projektets legitimitet under en tid har ifrågasatts. Vissa bedömare menar att EU:s impopularitet delvis sammanhänger med bristen på klarhet i fråga om maktfördelning inom unionen och på osäkerheten kring skyddet för enskilda individers grundläggande rättigheter. För det andra påskyndades den konstitutionella EU-debatten av beslutet att utvidga unionen till de nu 27 medlemsländerna med ytterligare kandidatländer i väntrummet. Den ursprungliga fördragskonstruktionen som var ämnad för 6 stater är helt enkelt inte avpassad för en union bestående av 27 eller fler medlemsstater.

Ett första framgångsrikt steg mot en europeisk konstitution togs genom EU:s stadga om grundläggande rättigheter. Som nämnts tidigare inrättades år 2000 ett konvent i syfte att utarbeta en europeisk stadga om grundläggande rättigheter. Det var första gången som denna arbetsform användes inom EU och den visade sig vara lyckosam. Ett förslag till stadga lades fram vid toppmötet i Nice i december 2000 och antogs då av medlemsstaterna. Stadgan skulle dock tills vidare inte vara rättsligt bindande. Huruvida den skulle integreras i EU-fördragen och vilken status den i så fall skulle ha, skulle beslutas under 2004 års regeringskonferens. Om stadgan skulle integreras i fördraget var det uppenbart att detta skulle innebära en markant för-

ändring av de nuvarande fördragen, eftersom mänskliga och sociala rättigheter i så fall skulle komplettera de ekonomiska rättigheter som idag präglar fördragsstrukturen.

Till *Nicefördraget* fogades en förklaring om unionens framtid i vilken regeringskonferensen konstaterade att det var dags att inleda "en bredare och djupare diskussion om Europeiska unionens framtida utveckling...".[79] Slutsatserna från denna diskussion skulle sedan läggas till grund för 2004 års regeringskonferens. Enligt förklaringen skulle framtidsdebatten bl.a. avse följande frågor:

- Frågan om hur man skall upprätta och därefter upprätthålla en mer exakt avgränsning av Europeiska unionens och medlemsstaternas befogenheter som överensstämmer med subsidiaritetsprincipen.
- Vilken ställning den i Nice proklamerade Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna skall ha.
- En förenkling av fördragen för att göra dem tydligare och lättare att förstå, utan att deras innebörd ändras.
- De nationella parlamentens roll i den europeiska strukturen.

7.5.3 *Laekenförklaringen och Framtidskonventet*

Europeiska rådet i *Laeken* fick i uppgift att anta "lämpliga initiativ" för den fortsatta framtidsdebatten och vid mötet den 14–15 december 2001 beslutade stats- och regeringscheferna att sammankalla ett konvent för att "säkerställa en så bred och öppen förberedelse som möjligt av nästa regeringskonferens...".[80] Därmed kom samma arbetsmetod som framgångsrikt använts vid utarbetandet av stadgan om de grundläggande rättigheterna att användas på nytt.

Genom Laekenförklaringen om Europeiska unionens framtid fick konventet i uppgift att "... dryfta väsentliga problem som unionens framtida utveckling för med sig och att undersöka de olika tänkbara lösningarna." Till ordförande för konventet utsågs Frankrikes tidigare president, *Valéry Giscard d'Estaing*, och vice ordförande blev de tidigare premiärministrarna, italienaren *Giuliano Amato* och belgaren *Jean-Luc Dehaene*. Vidare fastställdes den närmare sammansättningen av konventet som utöver ordföranden och de två vice ordförandena skulle bestå av femton företrädare för medlemsstaternas

79. Förklaring om unionens framtid, fogad som förklaring nr 23 till Nicefördraget (EUT 2001 C 80, s. 1).

80. Se ordförandeskapets slutsatser avseende Europeiska rådets möte i Laeken 14–15 december 2001. Bilaga 1, Laekenförklaringen om Europeiska unionens framtid.

stats- eller regeringschefer, trettio ledamöter av de nationella parlamenten, sexton ledamöter av Europaparlamentet och två företrädare för kommissionen. Kandidatländerna skulle vara representerade på samma villkor som medlemsstaterna och delta på samma villkor "... dock utan att kunna förhindra en konsensus som utkristalliserar sig mellan medlemsstaterna." (EU bestod vid denna tidpunkt fortfarande av 15 medlemsländer.)

Det slogs fast att konventet skulle "... upprätta ett slutdokument som kan innehålla antingen olika alternativ, med angivande av det stöd som alternativen har fått, eller rekommendationer, om enighet föreligger. Tillsammans med resultatet från de nationella debatterna om unionens framtid kommer slutdokumentet att tjäna som utgångspunkt för diskussionerna i regeringskonferensen, som fattar de slutgiltiga besluten."

Enligt Laekenförklaringen måste unionen: "... bli mer demokratisk, öppen och effektiv. Och den måste finna ett svar på tre grundläggande utmaningar:

- Hur kan man på nytt föra medborgarna, i första hand ungdomen, närmare det europeiska projektet och de europeiska institutionerna?
- Hur kan man strukturera det politiska livet och det europeiska politiska utrymmet i en utvidgad union?
- Hur kan man bygga ut unionen till en stabiliserande faktor och en referenspunkt i den nya multipolära världen?"

I Laekenförklaringen utvecklades dessa tre grundläggande frågor i ett antal riktade frågor som, tillsammans med de frågor som lyftes fram i Niceförklaringen (se ovan), utgjorde det s.k. framtidskonventets mandat. Inledningsvis fick konventet ett år till sitt förfogande, men tiden förlängdes och konventet kom till slut att pågå i drygt sexton månader, från den 28 februari 2002 till den 10 juli 2003. Den europeiska konstitutionen och Lissabonfördraget svarar helt eller delvis mot Nice- och Laekenförklaringens ambitioner, men på olika sätt. I det följande skall visas hur, men först skall den konstitutionella utvecklingen i EG-domstolens rättspraxis beskrivas, eftersom denna utveckling är av avgörande betydelse för de frågor som tas upp i detta avsnitt.

7.5.4 *Konstitutionell utveckling i EG-domstolens rättspraxis*

EG-domstolen har under drygt 50 år, med stöd av befintliga fördrag, utvecklat övergripande konstitutionella principer avseende kompetensfördelningen mellan gemenskapen och medlemsstaterna och EU:s institutioner

inbördes samt – som framgått – utvecklat ett rättighetsskydd för enskilda individer och företag i EU:s medlemsstater. EU:s konstitutionella utveckling i rättspraxis har dock pågått utan något bestämt slutmål. EG-domstolen har löst konstitutionella spörsmål i sin dömande verksamhet när frågorna aktualiserats, men har inte haft någon specifik agenda för sin verksamhet. Det övergripande syftet har inte varit byggandet av en konstitution, utan att få EG-rätten att fungera i enlighet med integrationsföresatserna i fördraget.[81]

Medlemsstaterna har också länge föredragit en sådan utveckling. Om EU- och EG-fördragen förvandlas till en europeisk konstitution skulle detta kunna undergräva principen att medlemsstaterna är fördragens herrar. En rädsla finns att en konstitution, till skillnad från en samling ekonomiskt orienterade fördrag, blir en ny "*pouvoir constituant*" och rubbar den maktbalans som samarbetet nu bygger på.[82] Dessa farhågor är – mot bakgrund av både det konstitutionella fördraget och Lissabonfördraget – i stor utsträckning obefogade. EG-domstolen har under drygt 50 år utformat de konstitutionella lösningar som den menar att EG-rätten kräver. Det är dessa lösningar man hittills har försökt skriva in i fördragstexten. Konstitutionell EG-rätt (eller en konstitution för EU) bör inte sammanblandas med medlemsstaternas konstitutionella ordningar. Den europeiska konstitutionen gav i detta avseende ett missvisande intryck, vilket man försökte rätta till vid utarbetandet av Lissabonfördraget.

EG-domstolen har som framgått fallit tillbaka på källor utanför fördragen när ingen vägledning har kunnat hämtas från fördragen själva. I avsaknad av bestämmelser om grundläggande rättigheter har den främst inspirerats av medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner och internationella avtal rörande skyddet av de mänskliga rättigheterna, i synnerhet Europakonventionen. I brist på en "riktig" konstitution har EG-domstolen betraktat EG-fördraget som EU:s *konstitutionella* stadga eller urkund.[83]

I målet *Les Verts* uttalade domstolen sålunda att "Europeiska ekonomiska gemenskapen är en rättslig gemenskap av sådant slag att varken medlemsstaterna eller gemenskapsinstitutionerna kan undgå kontroll av om deras rätts-

81. Se Hettne, J., *Gammalt blir nytt – Svårigheten att kodifiera rättspraxis och återspegla rättsläget*, a.a., s. 48 f.

82. Se närmare de Búrca, G. och Aschenbrenner, J.B., *European Constitutionalism and the Charter*, a.a., s. 12.

83. I sammanhanget kan noteras att generaladvokat Lagrange redan i målet *Costa mot Enel* (dom av den 15 juli 1964 i mål 6/64, Costa mot Enel, REG 1964, s. 1141, svensk specialutgåva, volym 1, s. 211) uttalade att: "It is certainly true to say that the EEC Treaty has, in a sense, the character of a genuin constitution, the constitution of the Community."

akter står i överensstämmelse med gemenskapens grundläggande konstitutionella urkund, dvs. fördraget."[84]

Gemenskapsrättens expansion har medfört att EG-domstolen, som från början främst arbetade med ekonomiskt orienterad rätt, med tiden har fått ta sig an allt fler konstitutionella frågor och mer och mer har framstått som en författningsdomstol för Europa. EG-domstolen har därför kommit att utveckla ett antal koncept och principer som sammantaget bildar en form av konstitutionellt ramverk, såsom principerna om företräde och gemenskapsrättens effektiva genomslag på nationell nivå, principen om tilldelade och underförstådda befogenheter (implied powers), EG-rättens spärrverkan (preemption) och erkännandet av mänskliga rättigheter såsom varande allmänna EG-rättsliga principer. I de följande redovisas dessa principer i korthet samt diskuteras hur de har kommit till uttryck i den europeiska konstitutionen och Lissabonfördraget.

7.6 Kodifiering av rättsprinciper som avser kompetensfördelningen inom EU

7.6.1 *Legalitetsprincipen och rättsgrunderna*

Samarbetet inom EU har från första början grundats på en legalitetsprincip. I artikel 5 EG stadgas sålunda att "varje institution skall handla inom ramen för de befogenheter som den har tilldelats genom fördraget." Om en institution vidtar en åtgärd som faller utanför fördragsramarna kan denna åtgärd sålunda förklaras ogiltig av EG-domstolen. Detta har uttryckts som *principen om tilldelade befogenheter*, dvs. att EU-institutionerna bara har de befogenheter som de har tilldelats genom fördraget. Detta innebär mer konkret att det krävs en särskild rättsgrund för varje åtgärd som vidtas av en EU-institution. I fördraget finns bestämmelser som anger på vilka områden institutionerna kan anta rättsakter och i vissa fall vilken typ av rättsakt som skall användas. Av rättsgrunderna framgår också vilket lagstiftningsförfarande som skall användas (vilket i sin tur även avgör institutionernas resp. inflytande över lagstiftningsprocessen) och i vissa fall vilken rättsverkan en rättsakt som antas på grundval av rättsgrunden skall ha, t.ex. om den får medföra total harmonisering eller bara minimiharmonisering. Det har alltså stor betydelse vilken rättsgrund som används och valet är inte alltid själv-

84. Dom av den 23 april 1986 i mål 294/83, Parti écologiste "Les Verts" mot Europaparlamentet, REG 1986, s. 1339, punkt 23, svensk specialutgåva, volym 8, s. 529.

klart. Det har därför utvecklats en omfattande rättspraxis rörande kriterierna för valet av rättslig grund och det förekommer tvister mellan EU-institutionerna rörande denna fråga.[85] Det har emellertid sällan förekommit att EG-domstolen har ogiltigförklarat en rättsakt för att denna saknar stöd i fördraget. I två uppmärksammade fall[86] fann emellertid EG-domstolen att direktivet om tobaksreklam grundades på felaktig rättslig grund eftersom det snarare rörde sig om en folkhälsoåtgärd än en harmoniseringsåtgärd som var nödvändig för den inre marknadens funktion. Fallet är viktigt, eftersom det är det första fall där EG-domstolen verkligen har visat att den är beredd att ta principen om tilldelade befogenheter på allvar.[87]

7.6.2 *Exklusiv eller delad kompetens?*

Någon uttrycklig kompetenskatalog finns inte i de nuvarande fördragen. Det närmaste man kommer en sådan katalog är uppräkningen av mål och medel i artiklarna 2 EU och 2 och 3 EG. Av dessa bestämmelser framgår att EG har kompetens på ett antal områden, t.ex. gemensam handelspolitik, upprättandet av en inre marknad, gemensam jordbrukspolitik, gemensamma miljöåtgärder. Det är emellertid inte här fråga om explicita rättsgrunder och det anges inte om EG:s kompetens är exklusiv, delas med medlemsstaterna, eller enbart är av stödjande karaktär.

Det framgår emellertid av andra bestämmelser i fördraget att EG på vissa områden har exklusiv kompetens. Detta har också utvecklats i rättspraxis. Traditionellt brukar anses att gemenskapen från början hade exklusiv kompetens åtminstone i fråga om tullunionen, inbegripet den yttre handelspolitiken, på det jordbruks- och fiskeripolitiska området samt inom det transportpolitiska området, liksom i fråga om konkurrenspolitiska åtgärder till skydd för samhandeln mellan medlemsstaterna. Med upprättandet av en monetär union följer att ytterligare områden helt undandras nationell reglering och sålunda kommer under exklusiv gemenskapskompetens. Även det sagda är dock i viss mån en förenkling. EG-domstolen förklarade till exempel i domarna av den 5 november 2002 rörande de s.k. open skies-avtalen

85. Se Barents, R., *The Internal Market Unlimited: Some Observations on the Legal Basis of Community Legislation*, CML Rev. nr 30 (1993), s. 85, Bradley, K., *The European Court and the Legal Basis of Community Legislation*, CML Rev. nr 13 (1988), s. 379, Emiliou, N., *Opening Pandora's Box: the Legal Basis of Community Measures before the Court of Justice*, EL Rev. nr 19 (1994), s. 488, and Douglas-Scott, S., *Constitutional Law of the European Union*, a.a., s. 163 ff.

86. Dom av den 5 oktober 2000 i mål C-376/98, Tyskland mot Europaparlamentet och rådet, REG 2000, s. I-8419 och dom av den 5 oktober 2000 i mål C-74/99, Imperial Tobacco m.fl., REG 2000, s. I-8599.

87. Se Douglas-Scott, S., *Constitutional Law of the European Union*, a.a., s. 168 ff.

med USA[88] att gemenskapen inte har exklusiv kompetens att ingå luftfartsavtal med utanförstående länder (en del av transportpolitiken). Den påpekade att enligt EG-fördraget kan gemenskapen endast få befogenhet att vidta åtgärder på luftfartsområdet om rådet dessförinnan har fattat beslut därom med stöd av artikel 80.2 EG. Gemenskapen hade därför inte någon på förhand given kompetens i detta avseende, vilket den däremot har när det gäller transporter på järnväg, landsväg och inre vattenvägar (se ang. underförstådda befogenheter nedan).

Det är alltså inte på särskilt många områden som gemenskapen har exklusiv kompetens. Det är mycket vanligare att kompetensen är delad mellan gemenskapen om medlemsstaterna.

7.6.3 *Tilldelade och underförstådda befogenheter*

En grundläggande princip för EU-samarbetet är som framgått att gemenskapen bara har befogenheter som är tilldelade genom fördragen, s.k. tilldelade befogenheter. EG-domstolen har emellertid även utvecklat principen om underförstådda befogenheter, vilken – precis som namnet antyder – i viss mån begränsar betydelsen av principen om tilldelade befogenheter. Denna princip utvecklades mot bakgrund av att vissa bestämmelser i EG-fördraget inte uttryckligen anvisar vilka befogenheter som står till buds för att förverkliga de mål som uppställs i fördraget. EG-domstolen har ansett att de befogenheter som är oundgängliga för att utföra de åligganden som anges i fördraget måste vara underförstådda. Detta synsätt har särskilt kommit till uttryck i fråga om gemenskapens yttre relationer. Ett gott exempel är det så kallade *ERTA-målet*[89] där EG-domstolen påpekade att det inte var möjligt att ha en ordning för vägtransporttjänster inom gemenskapen och en annan för vägtransporttjänster i förhållande till tredje land. Befogenheten att ingå avtal med tredje land om vägtransporttjänster var därför underförstådd.

Denna princip, som också har kallats parallelldoktrinen (*doctrin of parallelism*),[90] tillämpades i EG-domstolens yttrande nr 1/03 av den 7 februari 2006 angående ingående av en ny Luganokonvention med Efta-staterna om domstols behörighet och erkännande och verkställighet av domar på privat-

88. Domar av den 5 november 2002 i målen C-466/98, C-467/98, C-468/98, C-469/98, C-471/98, C-472/98, C-475/98 och C-476/98, kommissionen mot Förenade kungariket, Danmark, Sverige, Finland, Belgien, Luxemburg, Österrike, Tyskland. Målet C-466/98, kommissionen mot Förenade kungariket rörde dock inte kompetensproblematiken. Se REG 2002, s. I-9427 ff.

89. Dom av den 31 mars 1971 i mål 22/70, kommissionen mot rådet, REG 1971, s. 263, svensk specialutgåva, volym 1, s. 551.

90. Se Douglas-Scott, S., *Constitutional Law of the European Union*, a.a., s. 160–161.

rättens område.[91] I sitt yttrande anförde domstolen att för att avgöra huruvida gemenskapen är behörig att ingå ett internationellt avtal och huruvida denna behörighet är exklusiv krävs en helhetsbedömning i varje enskilt fall. Vid denna skall inte bara det område som omfattas av såväl gemenskapsbestämmelserna som bestämmelserna i det tilltänkta avtalet, i den mån de är kända, beaktas, utan även beskaffenheten och innehållet i dessa regler och bestämmelser. Syftet med detta är att säkerställa att avtalet inte inverkar menligt på den enhetliga och sammanhängande tillämpningen av gemenskapsbestämmelserna och att det system som inrättats genom dessa bestämmelser fungerar väl. Mot denna bakgrund fann domstolen att gemenskapen hade exklusiv kompetens att ingå den planerade konventionen med Eftastaterna.

7.6.4 *EG-rättens spärrverkan (preemption)*

Exklusiv kompetens kan emellertid också anses föreligga på områden där det från början *funnits* endast delad kompetens. Allteftersom gemenskapen tar sin kompetens i anspråk blir medlemsstaternas utrymme för nationell lagstiftning upptaget. Att gemenskapslagstiftningen på detta sätt utsläcker konkurrerande nationell kompetens, betecknas på engelska *preemption*, efter motsvarande koncept i amerikansk konstitutionell rätt.[92] Det har på svenska kallats gemenskapsrättens spärrverkan och liknats vid principen om lagstiftningsområdets upptagenhet.[93]

Spärrverkans omfattning varierar dock och måste prövas i varje enskilt fall.[94] I vissa fall bestäms också spärrverkans omfattning av den rättsgrund som är aktuell. Vissa rättsgrunder medger bara s.k. minimiharmonisering, och då kan medlemsstaterna vidta mer långtgående skyddsåtgärder, förutsatt att dessa är förenliga med EG-rätten i övrigt.

7.6.5 *Restkompetens (artikel 308 EG)*

Gemenskapen har som framgått endast kompetens när den (uttryckligen eller underförstått) har tilldelats sådan i enlighet med de olika rättsgrunderna i fördragen. Om principen om tilldelade befogenheter skall kunna fungera som en garanti mot ej avsedda kompetensutvidgningar måste fördragets

91. Yttrande 1/03 av den 7 februari 2006, REG 2006, s. I-1145.
92. Se Douglas-Scott, S., *Constitutional Law of the European Union*, a.a., s.169 ff.
93. Se Fritz, M., Hettne, J., och Rundegren, H., *När tar EG-rätten över*, a.a., s. 89 f.
94. Dom av den 7 februari 1984 i mål 237/82, Jongeneel Kaas, REG 1984, s. 483, svensk specialutgåva, volym 7, s. 489.

rättsgrunder vara väl preciserade. I EG-fördraget finns emellertid i artikel 308 ett synnerligen vagt behörighetsstadgande, vilket har följande lydelse:

> "Om en åtgärd från gemenskapens sida skulle visa sig nödvändig för att inom den gemensamma marknadens ram förverkliga något av gemenskapens mål och om detta fördrag inte innehåller de nödvändiga befogenheterna, skall rådet genom enhälligt beslut på förslag från kommissionen och efter att ha hört Europaparlamentet vidta de åtgärder som behövs."

Denna bestämmelse har funnits från första början och har använts bl.a. för att besluta om miljöskyddsåtgärder när ett uttryckligt stadgande för detta saknades. Bestämmelsen har emellertid kritiserats för att utgöra en alltför oprecis avgränsning av gemenskapens kompetens i förhållande till medlemsstaternas kompetens. Det har hävdats att den innebär att gemenskapen ges möjlighet att tilldela sig själv kompetens (s.k. kompetens-kompetens) genom att det enda substantiella kriteriet utgörs av en vag hänvisning till vad som är nödvändigt för den gemensamma marknaden.[95] Att det rör sig om något av "gemenskapens mål" innebär inte någon tydlig avgränsning, eftersom gemenskapens mål – som framgått – är mycket vaga (se artikel 2 och 3 EG). Artikel 308 EG har också utnyttjats som rättsgrund för åtgärder vars omedelbara nytta för den gemensamma marknaden kan förefalla avlägsen. Inrättandet av biståndsprogrammen PHARE och TACIS är ett exempel på detta.[96] EG-domstolen har inte heller begränsat räckvidden av artikel 308 EG mer än marginellt.[97]

Samtidigt kan ifrågasättas vad problemet egentligen är. En förutsättning för att utnyttja artikel 308 EG är trots allt att medlemsstaterna är eniga och att Europaparlamentet rådfrågas. Bestämmelsen kan dock potentiellt leda till behörighetsmissbruk. Artikel 308 EG ger vid en extensiv användning EU:s institutioner lagstiftningskompetens, som i annat fall skulle kräva fördragsändringar. Detta innebär att förfarandet för fördragsändringar (artikel 48 EU), som förutsätter ett godkännande från samtliga nationella parlament, i praktiken skulle kunna kringgås.

---

95. Se Hettne, J. och Otken Eriksson, I. (red.), *EU-rättslig metod – Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, a.a., s. 234.

96. Se närmare Douglas-Scott, S., *Constitutional Law of the European Union*, a.a., s. 163.

97. Se dock EG-domstolens yttrande 2/94 av den 28 mars 1996 angående gemenskapen möjlighet att ansluta sig till Europakonventionen, REG 1996, s. I-1759, där artikel 308 EG (dåvarande artikel 235 EG) inte ansågs utgöra tillräcklig grund för gemenskapens kompetens.

7.6.6 *Subsidiaritets- och proportionalitetsprincipen*

I artikel 5 EG återges tre olika principer, var och en på sitt sätt ägnad att sätta gränser för gemenskapens handlande. I det första stycket kommer *legalitetsprincipen* eller principen om tilldelade befogenheter till uttryck. I artikelns andra stycke återfinns *subsidiaritetsprincipen* och i dess tredje stycke har den i rättspraxis sedan tidigare etablerade *proportionalitetsprincipen* skrivits in. De tre principernas innebörd kan sammanfattningsvis beskrivas så att legalitetsprincipen avgör *när gemenskapen har rätt att handla*, subsidiaritetsprincipen *när gemenskapen bör handla* och proportionalitetsprincipen *hur gemenskapen skall handla*.[98] Subsidiaritetsprincipen och proportionalitetsprincipen gäller alltså inte kompetensfrågor i egentlig mening. Fördelningen av kompetens mellan unionen och medlemsstaterna regleras i fördraget enligt legalitetsprincipen. Subsidiaritetsprincipen rör i stället frågan *om och i vilken utsträckning* en redan given kompetens skall utnyttjas[99] och proportionalitetsprincipen skall säkerställa att gemenskapen inte vidtar någon åtgärd som går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå fördragsmålen.

I EG-domstolens rättspraxis har subsidiaritetsprincipen använts för att utföra en begränsad form av juridisk kontroll av hur EU:s institutioner använder sin kompetens. EG-domstolen är medveten om att subsidiaritetsprövningen i stor utsträckning innefattar politiska lämplighetsfrågor och undviker att sätta sig i de politiska institutionernas ställe. Den står härvid inför en svår balansakt. Om den skulle tilldela de politiska institutionerna ett alltför stort skönsmässigt utrymme anklagas den för att inte ta sin roll som författningsdomstol på allvar. Om den å andra sidan är för sträng i sin bedömning lär den anklagas för judiciell aktivism och för att rubba den institutionella maktbalansen.[100]

EG-domstolen har hittills inte prövat något fall där tillämpningen av subsidiaritetsprincipen verkligen har ställts på sin spets. I de mål där medlemsstaterna har åberopat principen har syftet varit att till varje pris få till stånd en ogiltighetsförklaring av en viss gemenskapslagstiftning. Det rättsliga skälet till varför gemenskapslagstiftningen skulle vara ogiltig tycks inte ha tillmätts någon avgörande betydelse. Subsidiaritetsprincipen har sålunda åberopats jämte ett stort antal andra ogiltighetsgrunder och en mer principi-

98. Se Fritz, M., Hettne, J. och Rundegren, H., *När tar EG-rätten över*, a.a., s. 92 och Melin, M. och Schäder, G., *EU:s konstitution*, a.a., s. 55.

99. Se närmare Hettne, J., *Subsidiaritetsprincipen: Politisk granskning eller juridisk kontroll?*, Sieps 2003:4.

100. Ibid., s. 30.

ell argumentering till stöd för att området skulle kunna regleras effektivare på nationell nivå har hittills lyst med sin frånvaro.[101]

Det är alltså tveksamt om subsidiaritetsprincipen är ett lämpligt instrument för judiciell efterhandskontroll. Snarare är det inom ramen för en politisk förhandskontroll som subsidiaritetsprincipen har sitt främsta användningsområde. EU:s institutioner utför en subsidiaritetsgranskning av alla nya lagstiftningsförslag inom EU. Ansvaret har hittills framför allt vilat på kommissionen, Europaparlamentet och rådet.

7.6.7 *Kompetenskontrollen förstärks och kompetensfördelningen synliggörs*

Legalitetsprincipen eller principen om tilldelade befogenheter samt subsidiaritets- och proportionalitetsprinciperna är de övergripande kompetensfördelningsprinciperna även enligt Lissabonfördraget. Det preciseras särskilt att varje befogenhet som inte har tilldelats unionen i fördragen skall tillhöra medlemsstaterna. Vidare förstärks subsidiaritetskontrollen genom att de nationella parlamenten ges tillfälle att granska nya lagstiftningsförslags förenlighet med subsidiaritetsprincipen i enlighet med nya bestämmelser i protokollet om tillämpningen av subsidiaritets- och proportionalitetsprinciperna. Detta innebär att de nationella parlamenten för första gången får en fördragsfäst om än begränsad möjlighet att utöva inflytande över EU:s lagstiftningsprocess.[102] Subsidiaritetsprincipen avses sålunda i första hand användas som en politisk förhandskontroll, och det blir inte EU-institutionerna utan de nationella parlamenten som bär huvudansvaret för den.

Genom Lissabonfördraget avses vidare införas en kompetenskatalog i syfte att åstadkomma en tydligare kompetensfördelning vid sidan av rättsgrunderna och målsättningsstadgandena. Kompetenskatalogen grundas på tre huvudsakliga typer av befogenhetskategorier:

- unionens exklusiva befogenheter,
- med medlemsstaterna delade befogenheter och
- områden på vilka unionen skall ha befogenhet att vidta åtgärder för att stödja, samordna eller komplettera medlemsstaternas åtgärder.

De samarbetsområden som omfattas av unionens verksamhet fördelas under dessa kategorier.

---

101. Se t.ex. mål C-491/01, British American Tobacco (Investments) Limited och Imperial Tobacco Limited mot Secretary of State for Health, REG 2002, s. I-11453.

102. Se Hettne, J., *Subsidiaritetsprincipen: politisk granskning eller juridisk kontroll?*, a.a., s. 39.

Unionens exklusiva befogenheter utgörs enligt Lissabonfördraget av tullunionen, fastställandet av de konkurrensregler som är nödvändiga för den inre marknadens funktion, den monetära politiken för de medlemsstater som har euron som valuta, bevarandet av havets biologiska resurser inom ramen för den gemensamma fiskeripolitiken samt den gemensamma handelspolitiken.[103] Av fördraget framgår att unionen även skall ha exklusiv befogenhet att ingå ett internationellt avtal om ingåendet av avtalet fastställs i en unionslagstiftningsakt eller om ingåendet är nödvändigt för att unionen skall kunna utöva sin befogenhet internt eller i den mån ingåendet kan påverka gemensamma regler eller ändra räckvidden av dessa. Den senare bestämmelsen återspeglar den tidigare nämnda *principen om underförstådda befogenheter.*

De *befogenheter som skall delas mellan unionen och medlemsstaterna* finns inom följande huvudområden: den inre marknaden; socialpolitik, i fråga om aspekter som anges i fördraget; ekonomisk, social och territoriell sammanhållning; jordbruk och fiskeri, med undantag av bevarandet av havets biologiska resurser; miljö; konsumentskydd; transport; transeuropeiska nät; energi; området med frihet, säkerhet och rättvisa; gemensamma angelägenheter i fråga om säkerhet när det gäller folkhälsa som anges i fördraget.[104]

När det gäller forskning, teknisk utveckling och rymden skall unionen ha befogenhet att vidta åtgärder, bl.a. att fastställa och genomföra program, men utövandet av denna befogenhet får inte leda till att medlemsstaterna hindras från att utöva sina egna befogenheter. Detsamma gäller utvecklingssamarbete och humanitärt bistånd, där unionen skall ha befogenhet att vidta åtgärder och föra en gemensam politik.

På de områden där befogenheterna är delade får medlemsstaterna utöva sin befogenhet i den mån som unionen inte utövar sin befogenhet eller har beslutat att inte längre utöva den.[105] Unionen skall vidare ha delad befogenhet med medlemsstaterna om den genom fördragen tilldelas en befogenhet som inte omfattas av de områden som definieras som exklusiva eller stödjande.[106] De områden där delad befogenhet föreligger definieras således negativt eller subsidiärt och avgränsas framför allt av de bestämmelser i fördraget som utesluter harmonisering eller tillnärmning av medlemsstaternas lagar och författningar.[107]

103. Se artikel 3 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt.
104. Se artikel 4 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt.
105. Se artikel 2 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt.
106. Se artikel 4 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt.
107. Se Hettne, J. och Öberg, U., *Domstolarna i Europeiska unionens konstitution*, a.a., s. 75 f.

De områden på vilka unionen skall ha befogenhet att *vidta åtgärder för att stödja, samordna eller komplettera medlemsstaternas åtgärder* avser skydd för och förbättring av människors hälsa; industri; kultur; utbildning, yrkesutbildning, ungdomsfrågor och idrott; civiltjänst och slutligen administrativt samarbete.[108] De rättsligt bindande akter som antas av unionen på dessa områden får inte innebära en harmonisering av medlemsstaternas bestämmelser i lagar och andra författningar.[109]

Utöver dessa tre huvudkategorier av beslutsbefogenheter skall unionen enligt konstitutionen även ha befogenhet att *säkerställa samordningen av medlemsstaternas ekonomiska politik, sysselsättningspolitik och socialpolitik* samt befogenhet att *fastställa och genomföra en gemensam utrikes- och säkerhetspolitik, inbegripet den gradvisa utformningen av en gemensam försvarspolitik.*[110]

Någon fullständig klarhet ger knappast uppdelningen i befogenhetskategorier. Man måste bl.a. beakta den tidigare nämnda principen om EG-rättens spärrverkan (preemption). Kompetensen är delad så länge den inte har utnyttjats, men allteftersom gemenskapen tar sin kompetens i anspråk på berörda områden blir medlemsstaternas utrymme för nationell lagstiftning upptaget och då föreligger det *de facto* en exklusiv gemenskapskompetens. Så är fallet med många områden som omfattas av den inre marknaden. Det föreskrivs därför i Lissabonfördraget att medlemsstaterna skall utöva sin befogenhet *i den mån som unionen inte har utövat sin befogenhet.* Medlemsstaterna ska på nytt utöva sin befogenhet i den mån som unionen har beslutat att inte längre utöva sin befogenhet.[111]

Vidare finns områden som inte helt låter sig inplaceras under någon av de tre huvudsakliga befogenhetskategorierna. Detta gäller t.ex. beträffande unionens relationer med internationella organisationer och tredje länder samt unionens delegationer, möjligheten att sluta associationsavtal, ekonomiskt, finansiellt och tekniskt samarbete med tredje land, restriktiva åtgärder inom ramen för utrikes- och säkerhetspolitiken och genomförande av solidaritetsklausulen inom ramen för utrikes- och säkerhetspolitiken.[112]

Att de politikområden som faller under någon form av unionskompetens räknas upp och kategoriseras utesluter heller inte att även andra politikområden *påverkas* av unionsrätten. Det finns t.ex. åtskilliga exempel i EG-domstolens rättspraxis som visar att upprätthållandet av de fyra friheterna (fri

108. Se artikel 6 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt.
109. Se artikel 2.5 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt.
110. Jfr artiklarna 2 och 5 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt.
111. Se artikel 2.2 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt.
112. Jfr Dony, M., Bribosia, E. (red.), *Commentaire de la Constitution de l'Union européenne*, a.a., s. 61 f.

rörlighet för varor, tjänster, personer och kapital) medför begränsningar av nationell regleringskompetens som på sin höjd berörs marginellt av gemenskapens lagstiftningskompetens. Som exempel kan nämnas den påtagliga begränsningen av medlemsstaternas utrymme att bestämma över den direkta beskattningen som principerna om den fria rörligheten för tjänster och kapital samt etableringsrätten givit upphov till.[113]

Det är mycket svårt att på ett mer explicit sätt definiera gränserna för EU:s kompetens, eftersom gemenskapens kompetens i förhållande till medlemsländerna i regel grundas på vissa allmänt hållna mål och syften och således i grunden inte avser specifika områden.[114] Detta förhållande förändras inte till följd av Lissabonfördraget.

Om Lissabonfördraget träder ikraft är det sålunda fortfarande nödvändigt att studera de enskilda rättsgrunderna i EU:s fördrag om man vill ha ett mer detaljerat och uttömmande svar på frågan vilken kompetens unionen egentligen besitter. Dessutom återfinns en motsvarighet till den tidigare nämnda behörighetsregeln i artikel 308 EG, nämligen den s.k. *flexibilitetsklausulen*.[115] Det nuvarande villkoret att rättsakter kan beslutas "inom den gemensamma marknadens ram" avskaffas. Enligt den nya bestämmelsen måste dock en sådan åtgärd visa sig "nödvändig" för att "inom ramen för den politik som fastställs i fördragen, nå något av de mål som avses i fördragen". Den nya bestämmelsen är sålunda ännu mer allmänt hållen än nuvarande artikel 308 EG. Som kompensation för detta införs kontrollmekanismer och preciseringar. Kommissionen skall uppmärksamma de nationella parlamenten på användningen av flexibiltetsklausulen så att de kan utföra sin subsidiaritetskontroll. Vidare betonas att klausulen inte får omfatta någon harmonisering av medlemsstaternas lagar eller andra författningar i de fall där fördragen utesluter en sådan harmonisering. Slutligen får flexibilitetsklausulen inte ligga till grund för att uppnå mål som omfattas av den gemensamma utrikes- och säkerhetspolitiken.

Det kan således konstateras att kompetenskatalogen i Lissabonfördraget inte tillför något nytt i materiell mening. Den är inte *i sig* avsedd att ändra rättsläget.[116] Kompetenskatalogen kan ses som en översikt över hur kompetensfördelningen mellan medlemsstaterna ser ut.

---

113. Se bl.a. dom av den 28 april 1998 i mål C-118/96, Safir, REG 1998, s. I-1897 samt Ståhl, K., *Skatterna och den fria rörligheten inom EU: Svensk skatterätt i förändring*, Sieps 2006:8.

114. Jfr Rideau, J., *Droit institutionnel de l'union et des communautés européennes*, 2:a uppl. L.G.D.J, 1996, s. 456.

115. Se artikel 352 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt.

116. Jfr Piris, J-C., *The Constitution for Europe – A Legal Analysis*, Cambridge University Press 2006, s. 78 ff.

Genom Lissabonfördraget kodifieras sålunda de övergripande kompetensfördelningsprinciperna för unionens verksamhet. De nya bestämmelserna innebär få förändringar i materiellt hänseende. Den enda större förändringen när det gäller dessa övergripande principer är att nationella parlament avses medverka i subsidiaritetskontrollen när nya lagförslag läggs fram inom EU.

7.6.8 *EG-rättens företräde*

EG-rättens företräde har tidigare berörts i avsnitt 6.5. I detta sammanhang bör särskilt framhållas att företrädesprincipen troligtvis är den viktigaste kompetensfördelningsprincipen mellan gemenskapen och medlemsstaterna. Att EG-rätten skulle ha företräde framför nationell rätt var ingen självklarhet när denna princip först lanserades av EG-domstolen. Enligt folkrätten följer inte med automatik att en internationell förpliktelse skall ha företräde framför nationella regler. Endast i länder med s.k. monistiskt förhållningssätt till internationella avtal har den internationella regeln som huvudregel företräde. I s.k. monistiska stater avgörs eventuella normkonflikter enligt de vanliga tolkningsreglerna. EG-domstolen har inte heller något tydligt stöd för företrädesprincipen. Den har härlett principen från det EG-rättsliga systemet i stort och anfört allmänna resonemang till stöd. Den har framför allt betonat att gemenskapsrätten är en ny rättsordning inom folkrätten, där medlemsstaterna avhänt sig kompetens på begränsade områden samt att gemenskapsrättens genomslagkraft inte kan tillåtas att variera i de olika medlemsstaterna.

EG-domstolens valde alltså inte att ta den klassiska folkrätten som utgångspunkt för att utveckla EG-rätten. Det är viktigt att hålla i minnet att EG-domstolen utformades med *Conseil d'Etat* (Frankrikes högsta förvaltningsdomstol) som förebild och att EG-domstolen sannolikt från första början fann det naturligt att utforma konstitutionella principer för maktfördelning i unionen på samma sätt som skett i rättspraxis från *Conseil d'Etat* och i andra europeiska stater samt USA. Det är inte förvånande att detta inte accepterades fullt ut av samtliga länders högsta domstolar, t.ex. den tyska författningsdomstolen. Det finns naturligtvis en risk att dessa domstolars ställning skulle försvagas, särskilt som EG-rättens anspråk på företräde inte bara gäller i förhållande till medlemsstaternas lagar, utan även i förhållande till medlemsstaternas konstitutionella bestämmelser. EG-domstolen har motiverat EG-rättens företräde framför medlemsstaternas konstitutioner och grundlagar med att även tillämpningen av sådana bestämmelser kan skada gemenskapsrättens enhetlighet och effektivitet. I det betydelsefulla

målet *Internationale Handelsgesellschaft* uttryckte EG-domstolen denna princip på följande sätt:

> "Om den rätt som följer av fördraget, dvs. av en självständig rättskälla, skulle åsidosättas av bestämmelser i nationell lagstiftning, av vilket slag de än kan vara, skulle den förlora karaktären av gemenskapsrätt och den rättsliga grundvalen för själva gemenskapen hotas.
>
> Därför påverkas giltigheten av en gemenskapsakt eller dess verkan inom en medlemsstats territorium inte av att det görs gällande att den kränker grundläggande rättigheter i en medlemsstats författning eller principerna i dess författningsstruktur."[117]

7.6.9 *Motvikt till företrädet*

Som framgått har EG-domstolen i sin rättspraxis betonat medlemsstaternas kollektiva skyldighet att tillse att EU fungerar i enlighet med de intentioner som har lagts fast i fördragen. EG-rättens företräde är ett uttryck för tanken att det gemensamt beslutade måste gå före det som beslutas ensidigt eller individuellt. EG-domstolen motiverar därför EG-rättens företräde bl.a. genom att hänvisa till lojalitetsförpliktelsen i artikel 10 EG. Förpliktelsen innebär att medlemsstaterna skall förhålla sig lojala mot fördragsmålen och sålunda inte motverka EG-rättens genomslag.[118]

Detta från EG-rättslig utgångspunkt logiska resonemang accepterades successivt av medlemsstaterna. Det krävdes dock att EG-domstolen gav vissa garantier rörande innehållet i EG-rätten. I synnerhet när det gäller EG-rättens företräde framför nationella konstitutionella bestämmelser finns fortfarande reservationer bl.a. från den tyska författningsdomstolen, Sveriges riksdag och regering, den danska Högsta domstolen och inom delar av doktrinen.[119]

EG-domstolen har därför i sin rättspraxis tydliggjort att att EG-rätten måste respektera grundläggande fri- och rättigheter. Som angavs i *Internationale Handelsgesellschaft* påverkas emellertid giltigheten av en gemenskapsakt eller dess verkan inom en medlemsstats territorium inte av att det kan göras gällande att den kränker grundläggande rättigheter i *en* medlemsstats

---

117. Dom av den 17 december 1970 i mål 11/70, Internationale Handelsgesellschaft, REG 1970, s. 1125, punkt 3, svensk specialutgåva, volym 1, s. 503.

118. Ang. denna princip, se Temple Lang, J., *Article 10 – The Most Important "General Principle" of Community Law*, i General Principles of EC Law in a Process of Development, (red.) Bernitz, U., Nergelius, J. och Cardner, C. (Kluwer 2008).

119. Se bl.a. Zetterquist, O., *Esse, non videri – företrädesprincipens vara eller icke vara*, Europapolitisk analys 2008:6 (Sieps), Grimm, D., *Does Europe Need a Constitution?* 1 European Law Journal (1995), s. 282 ff., se s. 291 och Schilling, T., *The Autonomy of the Community Legal Order – An Analysis of Possible Foundations*, Harvard International Law Journal 37 (1996), s. 389–409.

författning.[120] Som anges i artikel 6.1 EU bygger unionen på principerna om frihet, demokrati och respekt för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna samt på rättsstatsprincipen, *vilka principer är gemensamma för medlemsstaterna*. EG-domstolen kräver dock inte att det rättighetsskydd som gäller enligt EG-rätten är likformigt i samtliga medlemsstater. Belysande härför att det tidigare nämnda målet *Omega*[121] som avsåg ett tyskt förbud mot s.k. laserdome-anläggningar, vilket motiverades av skyddet för mänsklig värdighet. Domstolen anförde här uttryckligen att att nationella åtgärder som begränsar EG-rättens verkan med hänsyn till grundläggande fri- och rättigheter inte behöver grundas på en uppfattning som delas av samtliga medlemsstater.

Ett uttryck för att skyddet i medlemsstaterna kan variera är också bestämmelsen om "nationell identitet" i artikel 6.3 EU, vari anges att "Unionen skall respektera den nationella identiteten hos sina medlemsstater". Detta resonemang utvecklas längre fram.

Det kan alltså konstateras att frågor om EG-rättens företräde ytterst kräver komplexa bedömningar där de särskilda omständigheterna i varje enskilt fall måste bedömas såväl i förhållande till Europakonventionen och medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner som skyddet för medlemsstaternas nationella identitet (jfr även kap. 6 ovan).

7.6.10 *Bör företrädet kodifieras? – skilda lösningar i den europeiska konstitutionen och Lissabonfördraget*

I förslaget till europeisk konstitution kodifierades principen om unionsrättens företräde och uttrycktes på följande sätt:

> "Konstitutionen och den rätt som antas av unionens institutioner genom utövande av de befogenheter som den har tilldelats skall ha företräde framför medlemsstaternas rätt."

I anslutning till bestämmelsen fanns en särskild förklaring som angav att den skulle återspegla befintlig rättspraxis från EG-domstolen och förstainstansrätten. Bestämmelsen var alltså avsedd att återge nu gällande rättsläge.[122] Frågan är dock om en kodifiering av sådant slag inte skulle komma att innebära mer. Den exakta innebörden av gemenskapsrättens företräde är omde-

120. Dom av den 17 december 1970 i mål 11/70, Internationale Handelsgesellschaft, REG 1970, s. 1125, punkt 3, svensk specialutgåva, volym 1, s. 503.

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

122. Piris, J-C., *The Constitution for Europe – A Legal Analysis*, a.a., s. 82 ff.

batterad, och det har från första början funnits både ett nationellt och ett gemenskapsrättsligt sätt att se på problematiken.[123] Att principen uttrycks i konstitutionella termer i ett fördrag som i demokratisk ordning ratificeras av samtliga medlemsstater skulle därför rimligen kunna innebära något nytt, även med avseende på rättsläget.

I förslaget till europeisk konstitution infördes också vissa begränsningar av företrädet. Precis som idag skulle företrädet begränsas av de allmänna principerna för kompetensfördelning mellan unionen och medlemsstaterna. Som framgår av den föreslagna lydelsen var det bara konstitutionen och den "rätt" som utvecklats med stöd av de befogenheter som unionen har tilldelats som skulle ha företräde framför medlemsstaternas rätt (principen om tilldelade befogenheter). Härigenom inkluderades även kravet på att unionens befogenheter skall ha utövats i överensstämmelse med subsidiaritets- och proportionalitetsprinciperna om unionsrätten skall ha företräde.

En annan viktig begränsning av företrädet, som redan nu gäller, är att unionsrätten måste respektera de grundläggande rättigheterna, såsom dessa garanteras i Europakonventionen och följer av medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner. Därutöver skulle enligt konstitutionen de rättigheter, friheter och principer som fastställs i stadgan om de grundläggande rättigheterna, ingå i unionsrätten. Unionen avsågs dessutom ansluta sig till Europakonventionen, vilket skulle medföra en extern kontroll över respekten för grundläggande fri- och rättigheter. Rättighetsskyddets funktion som motvikt till eller förutsättning för företrädet skulle sålunda förstärkas genom konstitutionen.

Därutöver preciserades och utvecklades den tidigare nämnda bestämmelsen om nationell identitet i artikel 6.3 EU. Detta är viktigt eftersom den tar sikte på enskilda medlemsstaters skyddsvärda särintressen. Av en rapport från *Arbetsgrupp V för kompletterande befogenheter*[124] (en arbetsgrupp inom ramen för framtidskonventet), framgår att syftet var att förtydliga bestämmelsen i artikel 6.3 EU och klargöra att de väsentliga inslagen i den nationella identiteten omfattar bl.a. medlemsstaternas grundstrukturer och väsentliga funktioner. Därmed avsågs i synnerhet deras politiska och konstitutionella struktur, inklusive regionalt och lokalt självstyre, deras val av språk, nationellt medborgarskap, territorium, kyrkors och religiösa samfunds rättsliga status samt nationellt försvar och organisationen av de väpnade styrkorna. Ett annat väsentligt nationellt ansvarsområde som diskuterades i

123. Jfr Zetterquist, O., *Esse, non videri – företrädesprincipens vara eller icke vara*, a.a., som talar om ett internt och externt perspektiv.

124. CONV 375/1/02/REV.

arbetsgruppen var medlemsstaternas grundläggande val när det gäller allmän ordning och dess sociala värderingar. Därmed avsågs t.ex. politik när det gäller inkomstfördelning, beskattning och uppbörd av skatt för fysiska personer, system för förmåner för socialt skydd, utbildningssystem, system för folkhälsovård, kulturens bevarande och utveckling samt obligatorisk militär- eller samhällstjänst. I artikelns slutliga lydelse kortades allt detta ned betydligt. I den slutliga texten angavs att:

> "Unionen skall respektera medlemsstaternas likhet inför konstitutionen samt deras nationella identitet, som kommer till uttryck i deras politiska och konstitutionella grundstrukturer, inbegripet det regionala och lokala självstyret. Den skall respektera deras väsentliga statliga funktioner, särskilt funktioner vars syfte är att hävda deras territoriella integritet, upprätthålla lag och ordning och skydda den nationella säkerheten."

I Lissabonfördraget återfinns motsvarande bestämmelse. Den har emellertid kompletterats med följande tillägg:

> "I synnerhet förblir den nationella säkerheten varje medlemsstats exklusiva ansvar."[125]

Det bör understrykas att i ovannämnda arbetsgrupps slutrapport noterades att bestämmelsen inte är någon undantagsklausul. Medlemsstaterna skall även i fortsättningen vara skyldiga att följa bestämmelserna i fördragen. Artikeln skall "inte utgöra en definition av medlemsstaternas befogenheter och därigenom felaktigt föra fram budskapet att det är unionen som beviljar medlemsstaterna befogenheter eller att unionens verksamhet aldrig får påverka dessa områden." Arbetsgruppen konstaterade att "om domstolen skulle få befogenheter med avseende på en sådan artikel i ett framtida "grundfördrag av konstitutionell betydelse", skulle domstolen kunna vara den instans som slutgiltigt tolkar bestämmelsen om de politiska institutionerna överskrider den rimliga bedömningsgränsen."

Även bestämmelsen om nationell identitet utgör ett försök att kodifiera vad som redan gäller. EG-domstolen tar redan idag i viss utsträckning hänsyn till varje medlemsstats särart. EG-domstolen tolererar alltså en viss grad av olikformighet i den EG-rättsliga tillämpningen. I EG-domstolens rättspraxis har sålunda nationella ordningar som är specifika för enskilda medlemsländer accepterats åtskilliga gånger. Som exempel kan nämnas det svenska alkoholmonopolet, Irlands abortlagstiftning och Tysklands ovannämnda förbud mot "Laserdome-anläggningar".

125. Artikel 4.2 i EU-fördraget i ny lydelse.

Tanken med bestämmelsen om företräde var sålunda att unionsrätten enligt konstitutionen skulle ha företräde även framför medlemsstaternas grundlagar, precis som redan gäller enligt EG-domstolens rättspraxis, men att företrädet skulle begränsas på det sätt som ha redovisats ovan. Sammantaget var det fråga om att i en skriven text försök reglera den komplexa frågan om EG-rättens företräde utan att rubba det rådande rättsläget.

I Sverige har riksdagen (det sammansatta konstitutions- och utrikesutskottet)[126] varit inne på samma resonemang. I stället för att hänvisa till någon yttersta svensk vetorätt, om grundlagen träds för när, framhåller utskottet att företrädesprincipen är begränsad genom unionsrätten. Utskottet påpekar att Unionen skall respektera medlemsstaternas nationella identitet samt de grundläggande rättigheterna såsom dessa garanteras i Europakonventionen och följer av medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner. Den bakomliggande tanken är givetvis att svenska hjärtefrågor, såsom offentlighetsprincipen, skall kunna rättfärdigas med stöd av bestämmelserna om respekten för medlemsstaternas nationella identitet och konstitutionella traditioner, dvs. med uttryckligt stöd av unionsrätten och inte enligt svensk grundlag. Det blir därmed inte nödvändigt att insistera på att det finns svenska grundlagsfästa principer som är orubbliga, även i förhållande till unionsrätten.

Vid Europeiska rådets möte den 23 juni 2007 beslutades att företrädesprincipen inte skulle skrivas in i fördraget. Skälet till detta var sannolikt att den uttryckliga företrädesprincipen förde tanken till ett EU som för mycket påminde om en federal statsbildning. Tanken med övergången från ett konstitutionellt fördrag till ett reformfördrag var som framgått i viss mån en nedtoning av de federala eller statsliknande dragen i fördraget. I stället finns till Lissabonfördraget fogat en förklaring om företrädet (nr 17). I denna erinrar regeringskonferensen om att fördragen och den rätt som antas av unionen på grundval av fördragen i enlighet med Europeiska unionens domstols fasta rättspraxis har företräde framför medlemsstaternas rätt på de villkor som fastställs i nämnda rättspraxis. Dessutom har konferensen beslutat att till slutakten foga ett yttrande från rådets juridiska avdelning av den 22 juni 2007 (dokument 11197/07, JUR 260), med följande lydelse:

> "Det följer av rättspraxis vid domstolen att EG-lagstiftningens företräde är en grundläggande princip inom gemenskapsrätten. Enligt domstolen är denna princip en konstitutiv del av Europeiska gemenskapens särdrag. Vid tidpunkten för den första domen enligt denna rättspraxis (Costa mot Enel, den 15 juli 1964, mål

126. Se sammansatta konstitutions- och utrikesutskottets betänkande 2003/04:KUU1 angående Europeiska konventet om EU:s framtid (skr. 2003/04:13).

6/64)[127] nämndes inte företräde i fördraget. Så är fallet än idag. Att principen om företräde inte kommer att införas i det framtida fördraget ändrar inte på något vis den gällande principen och gällande rättspraxis från domstolen."

Från principiella utgångspunkter är denna förändring betydelsefull. Det är stor skillnad på en uttrycklig bestämmelse och en förklaring, eftersom den senare inte är juridiskt bindande. Yttrandet från rådets juridiska avdelning har naturligtvis i sammanhanget ett ännu lägre värde. Företrädet för EG-rätten framför nationell rätt kan därför även i fortsättningen betraktas som en informell överenskommelse mellan EG-domstolen och de högsta juridiska instanserna i medlemsländerna.[128] Företrädet gäller så länge grundläggande rättigheter och andra väsentliga intressen i medlemsländerna respekteras. Var gränsen för företrädet går avgörs från fall till fall i rättspraxis. I sammanhanget kan noteras att de bestämmelser i fördraget som kan sägas utgöra en motvikt till företrädet, framför allt skyddet för grundläggande fri- och rättigheter i EU:s stadga om grundläggande rättigheter, bestämmelsen om EU:s anslutning till Europakonventionen och bestämmelsen om att EU ska respektera den nationella identiteten hos medlemsstaterna, i sak kvarstår i Lissabonfördraget. Det kan därför hävdas att förhållandet mellan EU-rättens krav på genomslag och de spärrar eller garantier som därvid måste uppfyllas, förskjuts till förmån för en tydligare begränsning av EU-rättens genomslag och konsekvenser. Att företrädet inte blir fördragsfäst är naturligtvis en brist i ett klarhets- och transparensperspektiv, men är både rimligt och begripligt från andra utgångspunkter. Utvecklingen påminner något om debatten kring den s.k. plattläggningsparagrafen inför det svenska inträdet i EU. Det var då fråga om att införa en uttrycklig företrädesprincip för EG-rätten i den svenska grundlagen.[129] Förslaget framfördes av tydlighetsskäl, men offrades till förmån för en betydlig vagare lösning i grundlagen, som sannolikt underlättade Sveriges inträde i EU. I stället för att klarlägga medlemskapets konsekvenser, infördes en svensk EU-klausul som fokuserade på

127. "Härav följer (...) att den rätt som uppkommit ur fördraget och som härrör från en autonom källa [kan] alltså inte, till följd av sin självständiga och särpräglade karaktär, ... rättsligt befinna sig i konflikt med någon som helst nationell lagtext utan att förlora sin gemenskapskaraktär och utan att den rättsliga grunden för själva gemenskapen sätts i fråga. "

128. Skillnaden i synsätt mellan EG-domstolen och de högsta nationella domstolarna, och den betydelse detta har för maktbalansen i EU, behandlas av Per Cramér i *Does the Codification of the Principle of Supremacy Matter?*, Cambridge Yearbook of European Legal Studies, vol. 7, 2004–2005, s. 58 ff.

129. Se SOU 1993:14, *EG och våra grundlagar*, s. 95. För att tillgodose de krav som ett medlemskap ställer föreslog utredningen att det sist i första kapitlet i Regeringsformen skulle införas ett nytt stadgande av följande lydelse: "Har överenskommelse träffats om Sveriges anslutning till [Europeiska gemenskaperna] och riksdagen beslutat att överlåta beslutsbefogenheter till [gemenskaperna], gäller de förpliktelser som följer av anslutningen utan hinder av vad som föreskrivs i grundlag eller annan lag."

EG-rättens begränsningar (RF 10 kap. 5 §). Det kan antas att frånvaron av företrädesklausul i Lissabonfördraget på ett liknande sätt kan underlätta ratificeringsprocessen, åtminstone i några medlemsländer. Det blir då enklare för enskilda medlemsstater att hävda att det (fortfarande) finns orubbliga principer i den nationella konstitutionen eller grundlagen som de inte tänker ge avkall på, även om de skulle kollidera med EU:s bestämmelser. Kodifiering är alltså, i synnerhet i ett EU-perspektiv, i vissa fall en mycket känslig och grannlaga övning som innefattar andra dimensioner än den juridiska.

7.7 Konklusion

En kodifiering av EG-domstolens rättspraxis och EU:s allmänna rättsprinciper pågår kontinuerligt i EU:s sekundärrätt. Som exempel kan nämnas de förordningar som har utarbetats på konkurrensområdet,[130] statsstödsområdet,[131] antidumpningsområdet[132] och i fråga om varumärkesregistrering.[133] Kodifieringen sker sålunda på enskilda områden och i begränsade sammanhang. När det blir fråga om att ta ett helhetsgrepp, stöter emellertid kodifieringsarbetet ofta på svårigheter. Detta kan förefalla märkligt ur juridisk synvinkel. Att rätten kodifieras innebär som framgått att gällande rätt bekräftas och synliggörs. Det är fråga om en generalisering av principer som redan existerar och kan härledas ur individuella rättsfall, dvs. inte i egentlig mening något nytt. Det innebär också att makt överförs från domstolarna till lagstiftaren. Att domskäl omvandlas till rekvisit i en lagtext, får till följd att rättsutvecklingen inte kan drivas lika fritt som tidigare av domstolarna. Man kan emellertid inte bortse från den politiska dimensionen av kodifieringsproblematiken, dvs. vad som utgör politiska realiteter. Det som i ett juridiskt perspektiv kan förefalla gammalt och etablerad, kan i den politiska processen bli nytt och kontroversiellt. I EU:s lagstiftningsprocess stöts många skilda intressen mot varande. Det är inte givet att de politiska aktörerna grundar

130. Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget, EGT L 1, s. 1 och kommissionens förordning (EG) nr 773/2004 av den 7 april 2004 om kommissionens förfaranden enligt artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget, EUT L 123, s. 18.

131. Rådets förordning (EG) nr 659/1999 av den 22 mars 1999 om tillämpningsföreskrifter för artikel 93 i EG-fördraget, EGT L 83, s. 1.

132. Rådets förordning (EG) nr 384/96 av den 22 december 1995 om skydd mot dumpad import från länder som inte är medlemmar i Europeiska gemenskapen, EGT L 56, s. 1.

133. Rådets förordning (EG) nr 40/94 av den 20 december 1993 om gemenskapsvarumärken, EGT L 11, s. 1. och kommissionens förordning (EG) nr 2868/95 av den 13 december 1995 om genomförande av rådets förordning (EG) nr 40/94 om gemenskapsvarumärken, EGT L 303, s. 1.

sin analys på samma fakta, eller närmare bestämt, har samma kunskaper om rådande förhållanden och i synnerhet om rättsläget inom EU. EU:s sedvanliga lagstiftningsprocess, inbegripet förfarandet för fördragsändringar, utgör därför ofta ett olämpligt medel för mer övergripande kodifieringsprojekt.

Som framgått tidigare i denna framställning uppställer rättsprinciperna begränsningar där det EG-rättsliga regelverket i övrigt saknar eller enbart ger vaga anvisningar. Genom de allmänna rättsprinciperna begränsas medlemsstaternas, EU-institutionernas och inte minst EG-domstolens utrymme för skönsmässiga bedömningar. Om principerna kodifieras förstärks denna begränsande effekt. Domstolarna tvingas då att mer konsekvent och systematiskt ta de nedskrivna rättsprinciperna i beaktande. Detta kan bidra till att rättsutvecklingen blir mer förutsebar. Samtidigt måste rättsprinciperna formuleras med stor eftertanke. Just den ökade förutsebarheten och tydligare systematiken minskar utrymmet för flexibilitet i rättstillämpningen. En rättsprincip är sällan undantagslös. En kodifiering av en rättsprincip kan därför resultera i en komplex lagstiftningssystematik där flera bestämmelser samverkar.

Särskilda svårigheter uppstår när man i den politiska processen inte skiljer mellan kodifiering och vanliga lagstiftningsinitiativ, vilket hittills varit fallet inom EU. Detta har lett till flera misslyckanden.

Tjänstedirektivet är ett exempel på hur det kan bli när kommissionen, i sin iver i att lägga fram ett heltäckande lagförslag, blandar kodifiering av gällande rätt med reella nyheter, utan att kommunicera upplägget på rätt sätt i berörda kretsar, dvs. nationella politiker, intresseorganisationer och andra opinionsbildare. I den allmänna debatten uppfattades därmed kodifieringen av redan gällande rättspraxis som kontroversiell, eftersom rättsläget sannolikt inte var helt känt i dessa kretsar. Kodifieringssträvandena orsakade därför i stor utsträckning ogrundad oro för vad ett tjänstedirektiv kunde leda till.

Det har fungerat bättre när kodifieringen har initierats vid sidan av det traditionella EU-maskineriet, som t.ex. kodexen om god förvaltning och stadgan om grundläggande rättigheter. Av avgörande betydelse är också att både kodexen och stadgan är icke bindande. Det är först om dessa rättsakter blir bindande som man kan tala om en framgångsrik kodifiering. För detta krävs dock att stadgan och kodexen upphöjs till gemenskapsrätt, vilket torde innebära att de passerar den föreskrivna lagstiftningsgången. När det gäller rättighetsstadgan krävs godkännande vid en regeringskonferens med efterföljande ratifikation (som pågår till följd av Lissabonfördraget) och när det gäller kodexen är det oklart om det finns en adekvat rättslig grund i EG-fördraget i dess aktuella lydelse (även här skulle ett tydligare stöd införas genom Lissabonfördraget). Än så länge är framgången sålunda inte ett faktum. Det

bör vidare noteras att varken stadgan eller kodexen är några renodlade kodifieringsarbeten. Etablerade principer och rättigheter har blandats med hittills oprövade principer och rättigheter i EG-rättslig praxis. Det kan inte uteslutas att dessa rättsakter i bindande form kan rubba den rättighetsbalans som i dag gäller även om det sannolikt skulle handla om marginella förändringar.

Om dessa rättsakter blir bindande innebär det emellertid stora fördelar för EU:s rättsordning. Stadgan ger, genom sin fokus på individuella rättigheter, sannolikt ökad moralisk och politisk legitimitet för EU-projektet som sådant. Detta har EG-domstolens rättspraxis och de övergripande deklarationerna i fördragen inte förmått göra. Stadgan innebär en konkretisering av de grundläggande rättigheterna och ger dessa rättigheter en ökad grad av synlighet. Syftet med stadgan är att skapa ökat förtroende hos EU-medborgarna för hela EU-projektet. Det är mot denna bakgrund särskilt beklagligt att såväl Storbritannien som Polen, genom ett särskilt protokoll till Lissabonfördraget, har funnit det nödvändigt att försäkra sig mot en befarad tillämpning av stadgan inom ramen för deras egna rättssystem. På motsvarande sätt skulle en bindande förvaltningslag för EU bidra till en mer enhetlig EG-rättslig tillämpning i medlemsstaterna. Den utveckling som för närvarande pågår och som innebär att förvaltningsrättsliga och processuella regler införs i rättsakter på skilda områden, som t.ex. i direktiven om unionsmedborgare och yrkeskvalifikationer samt i tjänstedirektivet, innebär nackdelar från rättssystematisk utgångspunkt. Den fläckvisa harmoniseringen är ett störande inslag i ett nationellt perspektiv, eftersom den söndrar den annars autonoma förvaltnings- och processrätten. Principen om nationell processuell autonomi blir på detta sätt allt mer innehållslös, eftersom den begränsas såväl genom EG-domstolens rättspraxis som genom enskilda direktiv. Det är naturligt att den europeiska förvaltningsrätten inledningsvis utvecklas på detta sätt. Det framstår emellertid i dagsläget som mer effektivt att gemenskapslagstiftaren tar steget fullt ut och medger att den EG-rättsliga tillämpningen är i behov av en allmänt tillämplig gemenskapsrättslig förvaltningsrätt, som är bindande för såväl EU:s institutioner som medlemsstaterna, när dessa tillämpar gemenskapsrätten. En sådan övergripande lagstiftning, som huvudsakligen skulle begränsas till en kodifiering av rättspraxis, skulle bringa klarhet i den nu oklara situationen och säkerställa att gemenskapsrätten tillämpas mer likformigt i medlemsstaterna. En sådan lagstiftning skulle dessutom sannolikt innebära en förstärkning av enskilda individers rättigheter inför offentliga myndigheter och organ i flertalet medlemsländer, bl.a. i Sverige.

Förslaget till europeisk konstitution och, om än i något mindre utsträckning, Lissabonfördraget, utgör det största och viktigaste kodifieringsarbetet i EU:s historia. Att nya fördrag som tydliggör vad EU är och står för upprättas är en logisk konsekvens av såväl den politiska som judiciella utvecklingen inom EU. Den nya fördragskonstruktionen är ett naturligt steg när EU utvecklas från ekonomisk gemenskap till politisk union.

Den europeiska konstitutionen innehöll sakligt sett inte några omvälvande förändringar av gemenskapsrättens konstitutionella innehåll. De nya förändringarna var att kompetensfördelningen mellan EU:s institutioner och medlemsstater samt förhållandet mellan unionsrätten och nationell rätt klargjordes i ett fördrag som skulle godkännas av medlemsländerna i demokratisk ordning. Förslaget till konstitution utgjorde ett försök från EU:s medlemsstater att återta initiativet när det gäller den konstitutionella utvecklingen av EG-rätten. Den konstitutionella EG-rätten är för närvarande i hög grad baserad på oskriven rätt i form av rättspraxis och allmänna rättsprinciper. Syftet med en konstitution var därför att åstadkomma ett skifte från oskriven till skriven rätt, på samma sätt som en kodifieringsreform innebär inom *Common law*. Att kodifiera EG-domstolens rättspraxis och konsolidera de nuvarande fördragen är inte lätt. Det innebär att dagens EU måste kläs i konstitutionella termer, vilket förutsätter en enighet om vad EU är och står för. Något som för närvarande tycks saknas.

Att kodifieringen kan vara en komplex operation illustreras av införandet av företrädesprincipen i konstitutionen. Detta har i själva verket inneburit en avvägning mellan EG-rättens effektivitet och medlemsländernas politiskt betingade krav på spärrar mot att EG-rätten får oförutsedda konsekvenser i medlemsländernas rättsordningar. Som framgått var i förslaget till europeisk konstitution en uttrycklig förutsättning för att unionsrätten skulle ha företräde att den respekterade legalitets-, subsidiaritets- och proportionalitetsprincipen, att den inte kränkte grundläggande fri- och rättigheter samt att den respekterade medlemsstaternas nationella identitet. Dessa uttryckliga spärrar kvarstår i Lissabonfördraget, trots att företrädesprincipen inte återfinns i detta fördrag.

Det kan sålunda hävdas att förhållandet mellan EU-rättens krav på genomslag och de spärrar eller garantier som därvid måste uppfyllas, håller på att förskjutas till förmån för en tydligare begränsning av EU-rättens genomslag och konsekvenser. Att företrädet inte blir fördragsfäst är naturligtvis en brist i ett klarhets- och transparensperspektiv, men är både rimligt och begripligt från andra utgångspunkter. Utvecklingen påminner något om debatten kring den s.k. plattläggningsparagrafen inför det svenska inträdet i EU. Det var då fråga om att införa en uttrycklig företrädesprincip för EG-

rätten i den svenska grundlagen.[134] Förslaget framfördes av tydlighetsskäl, men offrades till förmån för en betydligt vagare lösning i grundlagen, som sannolikt underlättade Sveriges inträde i EU. I stället för att klarlägga medlemskapets konsekvenser, infördes en svensk EU-klausul som fokuserade på EG-rättens begränsningar (RF 10 kap. 5 §). Det kan antas att frånvaron av företrädesklausul i Lissabonfördraget på liknande sätt kan underlätta ratificeringsprocessen, åtminstone i några medlemsländer. Det blir då enklare för enskilda medlemsstater att hävda att det (fortfarande) finns orubbliga principer i den nationella konstitutionen eller grundlagen som de inte tänker ge avkall på, även om de skulle kollidera med EU:s bestämmelser. Kodifiering är alltså, i synnerhet i ett EU-perspektiv, i vissa fall en mycket känslig och grannlaga övning som innefattar andra dimensioner än den juridiska.

Ett annat exempel är den invecklade, men ändå inte uttömmande, kompetenskatalogen som infördes i den europeiska konstitutionen och sedermera i Lissabonfördraget. Denna avser, trots sin detaljrikedom, att återspegla vad som redan gäller och ersätter heller inte den mer precisa kompetensfördelningen som framkommer vid en genomgång av de enskilda rättsgrunderna i fördragen.

Den europeiska konstitutionen och Lissabonfördraget utgör emellertid långt ifrån ett renodlat konsoliderings- och kodifieringsprojekt. Många nyheter lanseras tillsammans med de bestämmelser som är avsedda att förtydliga vad som redan gäller. Till de verkliga nyheterna hör att EU skall få kompetens på det straffrättsliga området samt i fråga om polis- och åklagarsamarbete, att Europeiska rådet skall få en vald ordförande, att unionen skall få en hög respresentat med befogenheter på det utrikespolitiska området, att kommissionen skall effektiviseras och att nya omröstningsregler skall införas för kvalificerade majoritetsbeslut. Gammalt blandades alltså med nytt. Det skall understrykas att detta bidrog till stundtals förvirrade diskussioner om vad den europeiska konstitutionen innebar. Konstitutionen presenterades som en helhet och det var svårt att urskilja vad som var gammal och vad som var nytt. Följden blev att det uppstod vitt skilda tolkningar om fördragets innehåll. Väljarna blev osäkra och fann det säkrast att säga nej.

En slutsats som kan dras är att det kan vara en fördel att hålla isär kodifieringsarbetet och den vanliga lagstiftningen (de egentliga nyheterna). Kanske finns det anledning att lära av Common law-systemet. Att kodifiera

134. Se SOU 1993:14, *EG och våra grundlagar*, s. 95. För att tillgodose de krav som ett medlemskap ställer föreslog utredningen att det sist i första kapitlet i Regeringsformen skulle införas ett nytt stadgande av följande lydelse: "Har överenskommelse träffats om Sveriges anslutning till [Europeiska gemenskaperna] och riksdagen beslutat att överlåta beslutsbefogenheter till [gemenskaperna], gäller de förpliktelser som följer av anslutningen utan hinder av vad som föreskrivs i grundlag eller annan lag."

rättspraxis inom detta system är främst en uppgift för den juridiska expertisen. Eftersom rättsläget inte skall ändras, ankommer det enbart på den demokratiskt valde lagstiftaren att ta ställning till frågan om en kodifiering/konsolidering är önskvärd. Lagstiftaren måste då beakta att en kodifiering av rättspraxis alltid får vissa juridiska konsekvenser. Själva uppdraget (att utforma lagstiftningen) är dock ett beställningsarbete som kan läggas i händerna på de som bäst behärskar tekniken. Detta är något som man ännu inte har försökt sig på inom EU.

Lissabonfördraget avser på samma sätt som förslaget till europeisk konstitution att klargöra och förtydliga vad EU innebär. Fördraget är dock ett ändringsfördrag, viket gör det lättare att urskilja vilka nyheter som egentligen lanseras. I de omfattande ändringarna finns dock många som enbart avser att omorganisera och omstrukturera de gamla fördragen och kodifiera sådant som redan gäller. Det är således fortfarande en blandning av gammalt och nytt. Anledningen till att Lissabonfördraget bedömdes ha större chans att ratificeras än dess föregångare var att det fanns en ny jämförelsepunkt, den nu havererade och övergivna europeiska konstitutionen. Detta skapade en ny infallsvinkel för ratificeringsprocessen, vilket förstärktes av den politiska retoriken, nämligen att Lissabonfördraget är harmlöst i jämförelse med konstitutionen. Detta talade för att Lissabonfördraget hade betydligt större chans att överleva ratificeringsprocessen än vad den europeiska konstitutionen hade. I skrivande stund har emellertid det irländska folket röstat nej till Lissabonfördraget i en folkomröstning. Detta är naturligtvis ett allvarligt hinder för ratificering. Enligt artikel 48 EU måste samtliga medlemsstater godkänna och ratificera fördraget för att det skall kunna träda i kraft. Denna gång har dock många medlemsstater redan ratificerat fördraget och det är därför mer sannolikt att en politisk uppgörelse nås som i slutändan möjliggör att Lissabonfördraget träder i kraft. En sådan uppgörelse kan mycket väl innebära att Irland får vissa specialundantag som kan motivera en ny folkomröstning.

8 Slutsatser

EG-domstolen har i hög grad utvecklat EG-rätten med stöd av allmänna rättsprinciper som erkänns av medlemsländerna. Man kan lite tillspetsat säga att EG-domstolen har använt de allmänna rättsprinciperna som styrmedel. Domstolen har därmed tagit på sig ett stort ansvar för att EG-rätten utvecklas på ett konsekvent och sammanhängande sätt. Hur EG-domstolen har gått till väga och lyckats med denna principbaserade utveckling har varit ämnet för denna bok.

8.1 Allmänna rättsprincipers ställning i EG-rätten

Allmänna rättsprinciper beskrivs ofta som ett viktigt verktyg som EG-domstolen använder när den utvecklar EG-rätten.[1] Betydelsen av allmänna rättsprinciper anses sammanhänga med EG-rättens inkompletta karaktär,[2] vilket i sin tur hänger samman med EU-systemets funktionsorienterade natur. EU var ursprungligen (och är till stor del fortfarande) ett ekonomiskt samarbete. EEG-fördraget innehöll främst regler som syftade till att undanröja eller utjämna besvärande olikheter inom den gemensamma marknaden, dvs. problem som hade med den gränsöverskridande verksamheten att göra. Det var från början få som kunde föreställa sig att EG-rätten skulle expandera till så många nya politikområden som idag omfattas av samarbetet. Det är därför inte förvånande att det från början saknades en konstitution eller grundlag och en katalog över grundläggande rättigheter, som man först på senare tid har försökt införa.[3]

---

1. Se t.ex. Iglesias, R., *Reflections on the General Principles of Community Law*, a.a., s. 15 f. och Groussot, X., *Creation, Development and Impact of the General Principles of Community Law: Towards a jus commune europaeum*, a.a., s. 40 ff.

2. Hartley har uttryckt det som att EG-domstolen har "utilized general principles of law to cloak the nakedness of judicial law-making", se Hartley, T., *The Foundations of European Community Law*, a.a., s. 133.

3. Se Fördraget om upprättande av en konstitution för Europa (EUT 2004, C 310, s. 1), det efterföljande Lissabonfördraget (EUT 2007, C 306, s. 1) och Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (EGT C 365, s. 1).

De allmänna rättsprincipernas övergripande och sammanlänkande karaktär har utgjort ett effektivt hjälpmedel för EG-domstolen i dess arbete med att göra EG-rätten mer sammanhängande och komplett.[4] I avsaknad av övergripande konstitutionella och förvaltningsrättsliga bestämmelser har de allmänna rättsprinciperna fungerat som broar mellan olika EG-rättsliga områden. Detta gör att olika rättsområden inom EU, i högre grad än t.ex. svenska rättsområden, vilar på likartade rättsprinciper och att gemenskapsrätten i detta avseende bildar ett mer logiskt och sammanhängande system än många nationella rättsordningar. Denna utveckling har underlättats av att det hittills har saknats en tydlig specialisering inom gemenskapsrätten, i vart fall inom gemenskapsdomstolarna. Det har fallit sig naturligt för domare som har tillämpat och kanske varit med om att utveckla rättsprinciper på ett område, att också tillämpa samma principer på ett annat område.[5]

Kännetecknande för EG-rätten är att de *oskrivna rättskällorna* (domstolarnas rättspraxis och allmänna rättsprinciper) är både mer omfattande och mer betydelsefulla än inom ramen för t.ex. den svenska rättsordningen. EG-domstolen har vidare gått mycket långt i sin *tolkning* av i synnerhet fördragsbestämmelserna, vilket gör att bestämmelsernas fulla innebörd inte kan utläsas av deras lydelse. I dessa fall har EG-domstolen ofta hänvisat till allmänna rättsprinciper. De allmänna rättsprinciperna kompletterar alltså primärrätten, dvs. fördragen, och formar deras innehåll. Detta kan tyckas uppseendeväckande, eftersom de allmänna rättsprinciperna har fastställts av EG-domstolen, som inte har samma politiska och demokratiska legitimitet som medlemsländerna, vilka är fördragens upphovsmän. Denna rättsutveckling är dock förståelig mot bakgrund av under vilka förhållanden det europeiska samarbetet har skapats och växt fram. I avsaknad av tydliga anvisningar från medlemsstaterna har EG-domstolen tagit sig an uppgiften att med stöd av deras gemensamma konstitutionella traditioner och internationella överenskommelser rörande grundläggande rättigheter, utveckla rättsprinciper av konstitutionell natur för att fylla ut luckor i det EG-rättsliga systemet.[6] EG-domstolen försöker sålunda i möjligaste mån finna stöd i alleuropeiska principer och rättstraditioner när den skrivna gemenskapsrätten inte ger något tydligt besked. Dessa principer bör, med hänsyn till vilken ställning de har i medlemsländerna, rangordnas på samma nivå som själva fördragstexten. De har därför företräde framför sekundärrätten och därmed också framför inter-

4. Se Groussot, X., *Creation, Development and Impact of the General Principles of Community Law: Towards a jus commune europaeum*, a.a., s. 40.

5. Hettne, J. och Otken Eriksson, I. (red.), *EU-rättslig metod – Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, a.a., s. 87.

6. Ibid., s. 27.

nationella avtal som gemenskapen ingår med tredje land eller internationella organisationer.

EG-domstolens metodik och tolkningsmetoder skiljer sig också från nationella domstolars. Även här blandas olika rättstraditioner till en särskild gemenskapsrättslig mix. Med arbetsmetoder som hör hemma i den angloamerikanska *Common law*-traditionen, med ett angreppssätt som härstammar från tysk rätt och med legala ramar som har hämtats från fransk förvaltningsrätt, utvecklar EG-domstolen i varje enskilt fall abstrakta regler och principer som den sedan bygger vidare på i senare fall. Detta sätt att arbeta bör betraktas som *deduktion*, dvs. EG-domstolen utgår från en författningstext, eller en "skapad" eller "funnen" regel eller rättsgrundsats, och drar därav slutsatser som har bäring på omständigheterna i det enskilda fallet. Att EG-domstolens arbetssätt är deduktivt framgår också tydligt av det sätt på vilket den skriver sina domar. I domskälen utgår domstolen i regel från en abstrakt regel eller rättsprincip som framkommer av tidigare rättspraxis för att sedan applicera regeln eller principen i det enskilda fallet. Det är emellertid ovanligt att EG-domstolen i sina domskäl motiverar i detalj hur det förevarande fallet förhåller sig till tidigare avgjorda fall.[7] EG-domstolens metodik inbjuder till utnyttjandet av allmänna rättsprinciper. Det är ofta med hjälp av dessa principer som EG-domstolen härleder de abstrakt tillämpliga reglerna från de konkreta fallen och applicerar dem i nya fall.

De allmänna rättsprincipernas starka ställning i EG-rätten kan alltså förklaras av det EG-rättsliga systemets särskilda karaktär.

De allmänna rättsprinciperna utvecklas i första hand mot bakgrund av bestämmelserna i fördragen. Dessa har som bekant en mycket principiell uppbyggnad med många vaga och målinriktade bestämmelser och är därför väl ägnade att främja framväxten av allmänna rättsprinciper. Fördragen i sig är dock ett otillräckligt stöd för flertalet av de allmänna rättsprinciper som gemenskapsdomstolarna använder sig av.

EG-domstolen söker därutöver stöd i internationella konventioner, såsom t.ex. Europakonventionen. När medlemsstaterna har anslutit sig till sådana konventioner kan EG-domstolen utgå från att deras innehåll överensstämmer med medlemsstaternas rättsordningar och låta relevanta bestämmelser i konventionerna bli vägledande även i gemenskapsrättsliga sammanhang. Att hänvisa till Europakonventionen och andra internationella konventioner som är bindande för medlemsstaterna ger sålunda ett legitimt stöd för EG-domstolens utveckling av gemenskapsrätten.

7. Jfr Due, O., *Understanding the Reasoning of the Court of Justice*, a.a., s. 74 och 82.

Om vägledning från fördraget eller internationella konventioner saknas, är det emellertid svårare för EG-domstolen att finna användbara regler. I dessa fall har EG-domstolen utvecklat en *komparativ metod*, som syftar till att utröna vilka principer som kan anses erkända av åtminstone det stora flertalet av medlemsländerna. Vid den komparativa metoden utgår EG-domstolen från grundläggande principer i de nationella rättssystemen. EG-domstolen måste vara noga med att utveckla principer som verkligen överensstämmer med rådande rättsliga värderingar i medlemsstaterna. Sammantaget kan EG-domstolens användning av den komparativa metoden sägas fylla fyra huvudsakliga syften.

EG-domstolen kontrollerar, genom sina komparativa utredningar, *för det första*, om det finns *gemensamma nämnare* i de olika nationella rättssystemen som kan rättfärdiga en viss lösning på en konkret frågeställning. Den kan, *för det andra*, undersöka om det finns *betydande skillnader* i de olika nationella rättssystemen för att därigenom lättare kunna hänvisa till att den inte har någon skyldighet att rätta sig efter någon specifik nationell rättsprincip eller rättstänkande som åberopas inför den. EG-domstolen kan, *för det tredje*, finna att en viss juridisk lösning som finns i en av medlemsstaternas rättsordningar, skulle kunna lämpa sig väl även inom ramen för gemenskapsrätten. Den komparativa metoden kan, *för det fjärde*, rent allmänt fungera som en garanti för att EG-domstolens tolkningar inte fjärmar sig alltför mycket från medlemsstaternas rättstraditioner. EG-domstolen tar mycket oftare hänsyn till komparativa utredningar (som utförts av dess forskningsavdelning) än vad dess rättspraxis och dess generaladvokaters yttranden ger intryck av.[8]

Även den komparativa metoden gör att EG-domstolens rättsutveckling blir mer legitim, eftersom den innebär att EG-domstolen i avsaknad av tydligt stöd från medlemsstaterna faller tillbaka på principer och rättstraditioner som är gemensamma för medlemsstaterna.

EG-domstolen är känd för att använda en tolkningsmetod som är förhållandevis fri och starkt ändamålsorienterad.[9] Domstolens rättspraxis innehåller många goda exempel på en sådan teleologisk tolkningsmetod. Bakgrunden till detta är att EG-rätten, och i synnerhet fördragen, innehåller många oprecisa bestämmelser och allmänna målsättningar som måste konkretiseras i den faktiska rättstillämpningen.

8. Se Hettne, J. och Otken Eriksson, I. (red.), *EU-rättslig metod – Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, a.a., s. 85.

9. Se Due, O., *EF-domstolens retspraxis som integrationsfremmende fakor*, a.a., s. 407.

Den teleologiska tolkningsmetoden kan sägas fylla tre olika syften inom gemenskapsrätten.[10]

- Främja det syfte som eftersträvas med en viss bestämmelse.
- Motverka orimliga konsekvenser som kan bli följden av en bokstavstrogen tolkning.
- Fylla ut luckor som annars skulle finnas i gemenskapsrätten.

Den teleologiska tolkningsmetoden begränsas dock av *allmänna rättsprinciper*, vilka därmed har stor betydelse som tolkningsbakgrund. Den teleologiska tolkningen får inte leda till ett resultat som skiljer sig från de principer som är förankrade i medlemsstaternas nationella rättssystem, vilket ger legitimitet åt de tolkningar som EG-domstolen väljer.

EG-domstolens roll i integrationsprocessen har emellanåt föranlett häftig kritik. Den har anklagats för *judiciell aktivism* och för att ta alltför stor politisk hänsyn i sin dömande verksamhet. Det institutionella samspelet i unionen kan dock anses förutsätta att det finns en domstol som aktivt tar del även i den mer politiskt betonade utvecklingen.

EG-domstolen skulle sannolik möta mindre kritik om den bättre motiverade varför den väljer en viss lösning. Domarna ger ofta intryck av att problemen är mindre komplexa än de i själva verket är. Ett effektivt sätt för EG-domstolen att bemöta den kritik som riktas mot den är att i en utförligare motivering förklara hur en viss lösning förhåller sig till medlemsstaternas rättsordningar. Om lösningen är förankrad i flertalet av medlemsstaternas rättstraditioner, är det troligare att den skulle vinna ökad acceptans.

EG-domstolen tycks att tagit mer hänsyn till balansen mellan medlemsstaternas rättstraditioner och gemenskapsrättens utveckling i senare rättspraxis. När det gäller medlemsstaternas skadeståndsskyldighet har EG-domstolen tydligt utnyttjat möjligheten att legitimera sin judiciella aktivism med hänvisning till rättstraditioner som är gemensamma för medlemsstaterna.

När EG-domstolen i målet *Köbler*[11] slog fast att skadeståndsskyldigheten även kunde omfatta nationella domstolar som dömer i sista instans, hänvisades också till *principer som är gemensamma för de nationella rättsordningarna*. Den påpekade att möjligheten att hålla staten ansvarig för skador som vållats genom felaktiga domstolsavgöranden visserligen var starkt begränsad i vissa

10. Se Schermers, H. G. och Waelbroeck, D. F., *Judicial Protection in the European Union*, a.a., s. 21 ff.

11. Dom av den 30 september 2003 i mål C-224/01, Köbler, REG 2003, s. I-10239.

medlemsstater, men inte hade uteslutits helt. Domstolen framhöll att flertalet medlemsstater i en eller annan form har godtagit att staten kan hållas skadeståndsansvarig för domstolsavgöranden, även om villkoren härför är restriktiva och olikartade.[12]

Att motivera viktiga avgöranden med hänvisning till principer som är gemensamma för de nationella rättsordningarna kan sålunda vara ett sätt för EG-domstolen att undvika kritik för judiciell aktivism. Den visar därmed att dess skönsmässiga utrymme begränsas av medlemsstaternas rättstraditioner och grundläggande principer. Det kan dock bli svårare att finna stöd i gemensamma rättstraditioner när kretsen av medlemsstater växer.

8.2 Förvaltningsrättsliga principer och gemenskapsdomstolarnas rättskontroll

EU:s allmänna rättsprinciper av förvaltningsrättslig karaktär genomsyrar de administrativa förfarandena inför kommissionen och andra EU-myndigheter. De begränsar myndigheternas skönsmässiga utrymme och sätter ramar för förfarandet.

Det skönsmässiga utrymmet är omfattande på vissa områden. Detta gäller särskilt när beslut grundas på utpräglat ekonomiska eller tekniska bedömningar. Mot denna bakgrund är det särskilt viktigt att säkerställa att beslutsmyndigheten har ett fullgott beslutsunderlag. Principerna om rätten till försvar och myndighetens utredningsskyldighet syftar till att säkerställa att myndighetens beslutsunderlag är komplett, medan motiveringsskyldighetens främsta syfte är att möjliggöra en efterhandskontroll.

Dessa processuella principer har i det närmaste en konstitutionell status i EG-rätten och måste därför respekteras vid alla administrativa förfaranden. Detta synsätt är betecknande för den *normativa sidan* av de förvaltningsprocessuella reglerna. Det finns också en *funktionell sida* av dessa regler. I detta fall är syftet med reglerna att besluten skall bli korrekta i sak. Att de processuella reglerna respekteras för sakens skull är däremot av underordnad betydelse. Den normativa och funktionella sidan av de förvaltningsrättsliga reglerna är sällan renodlad i EG-rätten. I vissa fall görs en avvägning med hänsyn till vad som är rimligt i praktiken, varvid den funktionella sidan tenderar att ta överhand.

12. Se punkt 48 i domen.

Beslutsmyndigheternas utrymme för skönsmässig bedömning kontrolleras genom att respekten för bl.a. rätten till försvar samt utrednings- och motiveringsskyldigheten upprätthålls. Detta tvingar myndigheterna, i synnerhet kommissionen, till grundligare utredningar och mer genomtänkta beslut, vilket minskar behovet av juridisk efterhandskontroll i själva sakfrågan. Gemenskapsdomstolarnas rättspraxis är emellertid omfattande och komplex och skilda utvecklingstendenser kan skönjas, även om huvudintrycket är att principerna tillämpas på samma sätt. Ett exempel är vad som blir följden av att gemenskapsdomstolarna konstaterar att en processuell brist föreligger. Det är uppenbart att både den normativa och funktionella synen på processuella brister finns företrädd bland gemenskapsdomstolarnas ledamöter. Det betyder att förekomsten av sådana brister kan leda till ogiltigförklaring av ett beslut, men behöver inte göra det. Vilket synsätt som får genomslag tycks vara beroende av omständigheter i enskilda fall. Kravet på förutsebarhet är därför inte särskilt väl tillgodosett.

Gemenskapsdomstolarnas rättskontroll och talerättskriterierna präglas också av de förvaltningsrättsliga principerna. Rättskontrollen är mer legalistisk och mer processuellt inriktad än i t.ex. Sverige. Gemenskapsdomstolarna är inspirerade av den franska legalitetskontrollen och har därmed från fall till fall avgjort hur långtgående rättskontrollen bör vara. Huvudregeln är s.k. full prövning (*comprehensive review*). Detta gäller tillämpningen av rekvisit vilka inte aktualiserar komplexa frågor av teknisk eller ekonomisk art. Gemenskapsdomstolarna kan då utan problem ange hur en bestämmelse skall tolkas och ogiltigförklara de beslut som grundar sig på en annan tolkning. I många fall har dock huvudregeln frångåtts. Bakgrunden till detta är att gemenskapsdomstolarna respekterar den expertkunskap som innehas av beslutsmyndigheten (vanligen kommissionen). Enligt ett i europeisk rätt dominerande synsätt är det inte lämpligt att allmänna domstolar fullt ut prövar alla frågeställningar i ett ärende. Skälet till detta är att man vill upprätthålla en tydlig åtskillnad mellan den verkställande och lagstiftande makten, å den ena sidan, och den dömande makten, å den andra. Mot denna bakgrund anses det inte lämpligt att en domstol sätter sig i beslutsmyndighetens ställe. Av denna anledning har beslutsmyndigheten ett skönsmässigt utrymme i komplexa frågeställningar av exempelvis ekonomisk och teknisk art. I dessa fall utövas endast en begränsad eller en marginell domstolskontroll (*marginal review*).

EG-domstolen kompenserar sin begränsade prövning i själva sakfrågan med en noggrann kontroll av att beslutsmyndigheten har handlagt ärendet väl och därmed har respekterat ovan nämnda förvaltningsrättsliga principer. Kontrollen av de enskildas processuella rättigheter bidrar vidare till att förstärka kontrollen i sak. Det finns många exempel på att beslut har ogiltigför-

klarats på grund av bristfällig motivering, när motiveringsbristen i själva verket bottnar i materiella brister.[13] Utvecklingen av processuella rättigheter kan således sägas innebära att kontrollen i materiellt hänseende blir effektivare.

Betoningen på de processuella aspekterna i gemenskapsdomstolarnas rättskontroll framstår dock inte som den enda utvecklingstendensen i rättspraxis. På senare tid kan en attitydskillnad skönjas i framför allt förstainstansrättens praxis i konkurrensrättsliga ärenden. I mål som *Airtours*[14] och *Tetra Laval*[15] har förstainstansrätten, efter en omfattande och ingående prövning av sakfrågorna, ogiltigförklarat principiellt viktiga kommissionsbeslut i förvärvsärenden på grund av att kommissionen har gjort sig skyldig till uppenbart felaktiga bedömningar. Resonemangen i domarna är långa och ingående och det är svårt att komma till en annan slutsats än att de ger uttryck för ett attitydskifte i förhållande till EG-domstolens tidigare rättspraxis i motsvarande ärenden.

Förstainstansrättens skärpta kontroll är sannolikt en reaktion på kritik i akademiska kretsar om att rättskontrollen varit för ytlig. Det är samtidigt viktigt att förstainstansrätten värnar om sammanhanget och enhetligheten i sin rättspraxis. Rättskontrollen får inte varierar från område till område om sakliga skäl för detta saknas. Det kan t.ex. inte vara ett sakligt skäl att rättens ledamöter är mer förtrogna med ett område än ett annat. Förstainstansrättens underkännande av kommissionens beslut i *Airtours* och *Tetra Laval* vittnar om en stor säkerhet och kunnande i konkurrensfrågor, inbegripet de ekonomiska aspekterna av dessa ärenden. Frågan är om rätten med samma säkerhet kan hantera frågor om t.ex. gemenskapsvarumärket, statsstöd och antidumpning, som är vanligt förekommande måltyper vid förstainstansrätten. Vidare kan frågan ställas om förstainstansrättens samtliga avdelningar är beredda att göra lika ingående prövningar i ekonomiskt präglade konkurrensmål som gjordes i *Airtours* och *Tetra Laval*. Som bekant består gemenskapsdomstolarna av ett stort antal avdelningar, som i själva verket fungerar som självständiga domstolar. Domarna kan därmed sakna inflytande över och insyn i de mål som avgörs på andra avdelningar. Det är inte lämpligt att rättskontrollen är beroende av rättens tillfälliga sammansättning, dvs. vilken avdelning som har tilldelats målet. Det är som sagt viktigt att angreppssättet blir konsekvent och därmed att referenten och andra ledamöter inte i allt för

13. Se t.ex. dom av den 15 september 1998 i de förenade målen T-374/94, T-375/94, T-384/94 och T-388/94, European Night Services, REG 1998, s. II-3141.

14. Dom av den 6 juni 2002 i mål T-342/99, Airtours, REG 2002, s. II-2585.

15. Dom av den 25 oktober 2002 i mål T-5/02, Tetra Laval, REG 2002, s. II-4381.

stor utsträckning tillåts sätta sin personliga prägel på domarna. I förstainstansrätten är det sällan mer än tre domare som avgör ett mål.

De allmänna process- och förvaltningsrättsliga principerna påverkar också kriterierna för talerätt. Som framgått har enskilda personer som har deltagit i ett administrativt förfarande – om än i varierande grad – processuella rättigheter, vilket förutsätter att det också finns korresponderande rättsmedel. Parter som har deltagit i ett administrativt förfarande inom EU har därför möjlighet att påkalla en domstolsprövning om de menar att deras processuella rättigheter inte har iakttagits. Mot denna bakgrund är det betydligt lättare att uppfylla kriterierna för talerätt när det gäller ett beslut som har fattats efter ett administrativt förfarande (förvaltningsbeslut), i jämförelse med ett beslut som föregåtts av en politisk process (förordningar, direktiv m.m.).

Det är emellertid inte i förhållande till alla processuella rättigheter som det enligt EG-rätten skall finns ett korresponderande rättsmedel, dvs. talerätt. Det är principen om rätten till försvar som tydligast innefattar ett sådant krav. Rätten till försvar innebär att de personer, vilka på ett påtagligt sätt påverkas av ett myndighetsbeslut, skall få tillfälle att på ett meningsfullt sätt framlägga sina synpunkter. Principen om rätten till försvar kan innebära att fler än beslutsadressaten har möjlighet att klaga på ett beslut, men kretsen av taleberättigade är sällan särskilt stor. En person som under ett administrativt förfarande har utnyttjat sin "rätt" till försvar anses direkt och personligen berörd av det efterföljande beslutet. Om det inte går att koppla samman talerätten med en rätt till försvar under det administrativa förfarandet, krävs i stället en annan grad av individualisering. Den klagande skall då ha vissa egenskaper eller befinna sig i en faktisk situation som gör att han särskiljer sig i förhållande till alla andra personer och därigenom befinner sig i en ställning som motsvarar den som gäller för en person som ett beslut är riktat till. Talerättskriterierna är alltså fortfarande påtagligt snäva vid väckande av talan inför gemenskapsdomstolarna. Genom det i skrivande stund aktuella Lissabonfördraget föreslås emellertid en viss vidgning av kriterierna.

Huvudinriktningen i gemenskapsdomstolarnas rättspraxis när den beslutande EU-myndigheten förfogar över ett skönsmässigt utrymme är sålunda att prövningen inriktas på formella grunder, varvid iakttagandet av vissa allmänna rättsprinciper, såsom rätten till försvar, utredningsskyldigheten och motiveringsskyldigheten, kontrolleras noga. Det finns dock en risk att detta sker på bekostnad av den materiella prövningen. Det är naturligtvis viktigt att rättskontrollen inte blir alltför formell och fjärmar sig från sakfrågorna. Den processuella rättssäkerheten innebär inte nödvändigtvis någon fördel i materiellt hänseende. I vissa fall kan det rent av ifrågasättas vad domstolskontrollen skall tjäna till. Om förstainstansrätten ogiltigförklarar ett beslut

på formell grund, t.ex. bristfällig motivering eller undermålig utredning, är det naturligtvis inget som hindrar att kommissionen fattar ett i sak identiskt beslut inom ramen för sitt utrymme för skönsmässig bedömning, efter att de konstaterade formella bristerna har rättats till. Mot denna bakgrund är förstainstansrättens mer ingående prövning av sakfrågorna från senare år välkommen. Rätten måste dock vara noga med att hitta ett homogent angreppssätt. En välavvägd mix bestående av både materiellt och processuellt inriktad kontroll framstår som den lämpligaste rättskontrollen i EG-rättsliga sammanhang. Utvecklingen tycks gå i denna riktning, även om rättspraxis för tillfället spretar något. Överlag lider den oskrivna förvaltnings- och processrätten inom EU av brist på tydlighet och förutsebarhet. De processuella rättigheterna varierar beroende på vilket EG-rättsligt område det är fråga om och rättsföljden vid en processuell brist är många gånger oklar. Dessa problem skulle kunna minska om de förvaltningsrättsliga och processuella principerna kodifierades och kom till uttryck i allmängiltiga regler, vilket berörs längre fram.

8.3 Förvaltningsrättslig dimension av fri rörlighet på EU:s inre marknad

Det kan konstateras att EG-domstolen har använt allmänna rättsprinciper av förvaltningsrättslig natur för att begränsa medlemsstaternas utrymme för att uppställa handelshindrande åtgärder. Dessa principer, som har utvecklats i andra sammanhang, influerar EG-domstolens tillämpning av de materiella reglerna om fri rörlighet i EG-fördraget. Man kan därför tala om *en förvaltningsrättslig dimension av fri rörlighet*. Syftet med denna rättsutveckling är ta bort onödiga handelshinder som uppstår till följd av nationella marknadsregleringar som tillgodoser berättigade skyddsintressen. Det är sålunda inte fråga om att helt undanröja nationella särordningar, utan att minska den skada de kan innebära för den inre marknaden. Det handlar om att begränsa medlemsstaternas skönsmässiga utrymme när det gäller att upprätthålla nationella undantag och tillämpa EG-rättsliga bestämmelser i nationella sammanhang.

EG-domstolen har knutit denna rättsutveckling till likabehandlingsprincipen. Ett problem vid tillämpningen av denna princip är ofta att identifiera och bevisa diskriminerande inslag i en viss nationell ordning. Detta gäller inte minst omfattande och komplexa marknadsregleringar, såsom nationella monopol eller tillståndssystem. De förvaltningsrättsliga kraven som EG-

domstolen uppställer bidrar i hög grad till att likabehandlingsprincipen får ett effektivt genomslag. De kan därför betecknas som *strukturella garantier för likabehandling*. För att kunna pröva om t.ex. ett offentligt tillståndssystem har diskriminerande verkningar i praktiken måste förutsättningarna för att erhålla ett tillstånd vara klara. I kriterierna för att bevilja tillstånd kan diskriminerande inslag finnas. Tillståndsmyndigheten kan också ha ett alltför stort skönsmässigt utrymme, vilket gör att en *de facto*-diskriminering vid tillämpningen av reglerna inte kan uteslutas. Detta gäller även för ett statligt detaljhandelsmonopols inköpspolitik, som på motsvarande sätt bör innefatta en produktplan och bygga på objektiva urvalskriterier. De som berörs av ordningen får därmed insyn i hur den fungerar. Riskerna för diskriminering kan emellertid ytterligare begränsas. Om enskilda individer ges möjlighet att klaga på beslut som missgynnar dem synliggörs de faktiska förhållanden som de upplever som diskriminerande. För att klagorätten skall kunna fungera på detta sätt krävs dock att beslutsorganet motiverar sina beslut. Genom kraven på motivering och klagorätt skapas ytterligare insyn i hur systemet fungerar samt förutsättningar för kontroll av hur ordningen tillämpas i praktiken av beslutsorganen. Andra nationella organ (domstolar och tillsynsmyndigheter, som t.ex. nationella konkurrensverk) samt EU:s institutioner (kommissionen och domstolen) kan då kontrollera att likabehandlingsprincipen verkligen respekteras.[16]

Varken likabehandlingsprincipen eller de s.k. strukturella garantierna för likabehandling är dock en tillräcklig garanti för att den inre marknaden skall fungera enligt sina målsättningar. Likabehandling förutsätter bara att lika fall behandlas lika. Handelshinder skulle således vara tillåtna bara de är lika handelshämmande för alla. Proportionalitetsprincipen utgör mot denna bakgrund ett viktigt komplement till likabehandlingsprincipen och har i praktiken blivit den viktigaste spärren mot handelshinder på EU:s inre marknad. EG-domstolen använder proportionalitetsprincipen för att säkerställa att handelshinder som grundar sig på legitima syften, dvs. tvingande samhällshänsyn, inte innebär onödigt långtgående störningar på handeln inom EU. Eftersom det är ovanligt att medlemsstaterna upprätthåller nationella handelshindrande regleringar som inte grundas på något erkänt samhällsintresse som kan väga tyngre än frihandel blir knäckfrågan allt oftare om den nationella lagstiftningen är nödvändig och står i proportion till sitt syfte. Det bör samtidigt noteras att tillämpningen av proportionalitetsprincipen kan leda till en *de facto*-decentralisering av EG-rättens tillämpning. Detta

16. Svenska myndigheters verksamhet i detta avseende berörs i statskontorets rapport *Förvaltning för fri rörlighet* (2006:16).

hänger samman med att EG-domstolen under senare tid allt oftare har valt att överlämna proportionalitetsbedömningen till den nationella domstol som har begärt ett förhandsavgörande. En förklaring till detta kan vara att EG-domstolen anser att den nationella domstolen är bättre lämpad att undersöka de faktiska och rättsliga omständigheter som föreligger i det enskilda fallet, vilket en proportionalitetsbedömning förutsätter. Proportionalitetsprincipen har mot denna bakgrund tillämpats av bl.a. svenska domstolar i några fall.[17] Ett problem med att överlämna proportionalitetsbedömningen till nationella domstolar är dock att risken ökar för att liknande åtgärder bedöms olika i medlemsstaterna och EG-rätten tillämpas mindre enhetligt.[18] I det uppmärksammade *Rosengrenmålet* om privatimport av alkohol till Sverige överlämnades dock inte proportionalitetsprövningen till den nationella domstolen, utan avgjordes fullt ut av EG-domstolen.

I vissa fall har EG-domstolen gått mycket långt när den har utvecklat den förvaltningsrättsliga dimensionen av fri rörlighet. EG-domstolen har i dessa fall helt klart trätt in på områden som normalt ockuperas av lagstiftaren. Det bästa exemplet är sannolikt sjukvårdstjänsterna. Med stöd av artikel 49 EG, i vilken stadgas att inskränkningar i friheten att tillhandahålla tjänster inom gemenskapen skall förbjudas, har EG-domstolen infört en lista på krav som kan jämställas med förvaltningsrättsliga regler i en medlemsstat.[19] Som villkor för att uppställa förhandstillstånd för sjukhusvård i andra länder måste det nationella systemet grundas på kriterier som är:

- objektiva,
- icke-diskriminerande, och
- kända på förhand.

Förfarandet måste vara:

- lättillgängligt,
- uppfylla krav på skyndsam handläggning (rimlig frist), samt
- vara objektivt och opartiskt.

Slutligen skall avslag kunna överprövas genom talan vid domstol och vara vederbörligen motiverade. Vid överprövningen skall finnas möjlighet att

17. Se Bernitz, U., *Sverige och Europarätten*, a.a., s. 41–42, och Hettne, J. och Otken Eriksson, I. (red.), *EU-rättslig metod – Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, a.a., s. 158.

18. Hettne, J. och Otken Eriksson, I. (red.), *EU-rättslig metod – Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, a.a., s. 54.

19. Se t.ex. dom av den 13 maj 2003 i mål C-385/99, Müller-Fauré, REG 2003, s. I-4509, punkt 85.

anlita oberoende sakkunniga som är garanterat objektiva och opartiska[20] och det skall finnas bestämmelser som klargör ersättningsvillkoren för de personer som väljer att söka sjukvård i andra medlemsstater.[21]

Även om dessa krav är utflöden av allmänna rättsprinciper, i synnerhet principen om god förvaltning, framstår de som alltför detaljrika för att kunna härledas direkt ur EG-fördraget. Att införa och sedan utveckla och precisera en sådan "kravkatalog" i rättspraxis är en snårig och inte helt lämplig väg att gå. Om dessa krav tillämpas på tillståndssystem i fråga om sjukhusvård, bör de även vara tillämpliga på andra tillståndssystem som begränsar den fria rörligheten för tjänster på EU:s inre marknad. Det är tveksamt om så är fallet och rättspraxis är på intet sätt entydig. Som exempel kan nämnas de fall som rör spelmonopol och berörs närmare längre fram. Även här rör det sig om tillståndssystem som bl.a. begränsar den fria rörligheten för tjänster. EG-domstolen har dock inte granskat dem från motsvarande förvaltningsrättsliga utgångspunkter, utan enbart fokuserat på de nationella systemens syfte och överensstämmelse med proportionalitetsprincipen.

Det skall framhållas att den förvaltningsrättsliga dimensionen potentiellt är en mycket betydelsefull utveckling för den inre marknaden. De förvaltningsrättsliga kraven får dock inte bli självändamål, utan bör alltid främja syftet med de materiella reglerna om fri rörlighet och rättvis konkurrens. Ett bra exempel är *Altmark*.[22] Genom att ställa krav på öppen redovisning av ersättningskriterier för företag som tillhandahåller allmännyttiga tjänster, säkerställde EG-domstolen att konkurrerande företag fortsättningsvis får bättre insyn i verksamheten samt såg till att utomstående tillsynsmyndigheter, bl.a. kommissionen, lättare kan kontrollera att det inte rör sig om olagligt statsstöd.

Bristen på förutsebarhet i EU-lagstiftningen blir ett bestående problem om den förvaltningsrättsliga dimensionen av fri rörlighet skall fortsätta att utvecklas genom rättspraxis. Det bör därför diskuteras om det är lämpligt att nu kodifiera och utveckla de förvaltningsrättsliga principer som EG-domstolen har utvecklat i en skriven text. Det s.k. tjänstedirektivet[23] innehåller en katalog över förvaltningsrättsliga krav som synes bygga på den utveckling som skett i rättspraxis. Frågan är dock om ett övergripande tjänstedirektiv är rätta sammanhanget för en sådan katalog. Längre fram skall diskuteras om

20. Se dom av den 23 oktober 2003 i mål C-56/01, Inizan, REG 2003, s. I-12403, punkt 49, och dom av den 16 maj 2006 i mål C-372/04, Watts, REG 2006, s. I-4325, punkt 117.

21. Se dom av den 16 maj 2006 i mål C-372/04, Watts, REG 2006, s. I-4325, punkt 122.

22. Dom av den 24 juli 2003 i mål C-280/00, Altmark, REG 2003, s. I-7747, p. 88 ff.

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

det inte är bättre att ha en allmänt tillämplig förvaltningslag för EU, som både är bindande för EU:s institutioner och medlemsstaterna, när de tillämpar EG-rätt.

8.4 De svenska monopolen och EU:s allmänna rättsprinciper

På den gemensamma marknaden skall tillgång och efterfrågan mötas. Ekonomiska aktörer inom hela EU skall under lika och ostörda konkurrensförhållanden handla och byta tjänster med varandra, arbeta, investera och producera och därigenom befrämja gemenskapens syften.[24] I ett internationellt perspektiv är det fråga om en avancerad form av frihandel mellan en begränsad krets av länder. Tanken är att fördelningen av produktionsresurser och utnyttjandet av s.k. komparativa fördelar på en större marknad skall skapa förutsättningar för framsteg i alla inblandade länder. *Adam Smiths* berömda tes[25] om att en förnuftig person gör det som han är bäst på och det som bäst lönar sig har sålunda överförts till förhållanden mellan stater. Varje medlemsstat i EU skall syssla med det som bäst passar landets naturresurser, klimat och arbetsmarknad. Utvecklingen av EU:s inre marknad har inneburit att många nationella handelshinder har upphört som stått i vägen för en optimal fördelning av produktionsresurserna. I många fall har processen varit relativt okomplicerad och skett i enlighet med den inre marknadens bärande grundprinciper. I vissa fall och i synnerhet på senare år har dock EG-domstolen ställts inför handelsbegränsningar som inte kan undanröjas lika enkelt. Det svenska medlemskapet kan sägas ha bidragit till att komplicera situationen, i synnerhet genom att på EU:s inre marknad införa social- och hälsopolitiskt motiverade monopol som hämmar handeln.

Handelsmonopol på varuområdet regleras i en specialbestämmelse i EG-fördraget, artikel 31 EG. Bestämmelsen innebär inte ett absolut förbud mot offentliga monopol. Syftet är att hindra medlemsstaterna från att använda offentliga monopol för protektionistiska ändamål och således återskapa hinder för den fria rörligheten som övriga fördragsbestämmelser syftar till att undanröja. Enligt artikel 31 EG behöver inte monopolen avskaffas, utan enbart anpassas på sådant sätt att ingen diskriminering med avseende på anskaffnings- och saluföringsvillkor föreligger mellan medlemsstaternas medborgare.

24. Pålsson, S. och Quitzow, C. M., *EG-rätten – Ny rättskälla i Sverige*, a.a., s. 34.
25. *The Wealth of Nations* (1776).

EG-domstolen har inte verkat för att de svenska monopolen för alkohol- och läkemedelsprodukter skall upphöra. Däremot har domstolen lagt sig vinn om att monopolen skall vara anpassade till den inre marknadens spelregler. Den förvaltningsrättsliga dimensionen av fri rörlighet – EU:s allmänna förvaltningsrättsliga principer – har därvidlag blivit ett viktigt kontrollinstrument för EG-domstolen. Eftersom Systembolaget hade anpassats inför EU-medlemskapet och Apoteket inte, blev EG-domstolens bedömningar av de bägge monopolen mycket olika. Kraven på insyn och objektiva urvalskriterier var uppfyllda när det gällde Systembolaget, vilket gjorde att EG-domstolen konstaterade att denna del av det svenska alkoholpolitiska systemet varken var diskriminerande eller av sådant slag att importerade produkter missgynnades. När det gällde apoteksmonopolet konstaterade EG-domstolen att det saknades kriterier och urvalsmetoder för apotekets sortiment, liknande dem som införts för Systembolaget, vilket innebar att ekonomiska aktörer inte hade någon insyn i apotekets inköpspolitik. EG-domstolen konstaterade följaktligen att den svenska monopolordningen för läkemedel inte innehöll bestämmelser om vare sig en produktplan eller ett system för upphandling, inom vilkas ram tillverkare vars produkter inte tagits med i sortimentet hade rätt att få en redogörelse för skälen till Apotekets beslut om urval av läkemedel. Apotekets organisation och funktionssätt och närmare bestämt dess system för urval av läkemedel kunde bl.a. av denna anledning missgynna handeln med läkemedel från andra medlemsstater i förhållande till handeln med svenska läkemedel och Apotekets monopol ansågs därför inte vara utformat på ett sådant sätt att all diskriminering av läkemedel från andra medlemsstater var utesluten och stred därmed mot artikel 31.1 EG.

En kritik som kan riktas mot *Hannerdomen* om apoteksmonopolet är emellertid att den hade mycket lite med verkligheten och den aktuella frågeställningen att göra. I målet fanns inga missnöjda läkemedelsleverantörer som beklagade sig över bristen på insyn i Apotekets inköpspolitik eller på avsaknaden av klagomöjligheter eller motivering. Målet rörde ett enskilt företag som utmanade Apotekets exklusiva distributionsrätt, närmare bestämt ensamrätten att sälja nikotinavvänjningspreparat, vilket var något helt annat. EG-domstolen fann förvisso ett sätt att motivera sin dom som fungerade, men den förvaltningsrättsliga dimensionen bör inte utgöra en alternativ argumentationslinje som utnyttjas för att lösa ett mål om kopplingen till den egentliga tvisten är för svag.

En intressant fråga är om inte en monopolordning utöver att uppfylla kravet på likabehandling bör stå i proportion till sitt syfte, dvs. inte begränsa handeln mer än som är nödvändigt för att uppfylla det eftersträvade målet

(proportionalitetsprincipen). EG-domstolen tycks betrakta de svenska monopolen för detaljhandel med alkoholhaltiga drycker och läkemedel som helheter. Domstolen talar om handelsbegränsningar som utgör en nödvändig följd av att det föreligger "ett monopol" (se Franzéndomen, punkt 39 och Hannerdomen, punkt 35). Någon proportionalitetsprövning av själva monopolet har inte skett.

Proportionalitetsprincipen är desto mer relevant när en bedömning skall göras av handelsbegränsningar som orsakas av *nationella bestämmelser som inte är nödvändiga för själva monopolet, men påverkar dess funktionssätt*. I detta fall skall artikel 28 EG tillämpas och inte artikel 31 EG. Detta blev särskilt tydligt i målet *Rosengren*[26] som gällde de svenska reglerna för *privatinförsel av alkoholhaltiga drycker*, dvs. de regler som hindrar distansförsäljning av alkoholhaltiga drycker till privatpersoner hemmahörande i Sverige. EG-domstolen definierade, till skillnad från två generaladvokater, monopolets särskilda funktion mycket snävt.[27] Den påpekade att monopolets särskilda funktion enligt alkohollagen består i en ensamrätt att sälja alkoholdrycker till konsumenter i Sverige, med undantag för restaurangbranschen. Det kunde därmed konstateras att *ensamrätten inte omfattade import av nämnda drycker*. EG-domstolens fann sålunda att privatimportbegränsningen inte rörde monopolets utövande av dess särskilda funktion, och följaktligen inte avsåg monopolets existens.

Domstolen prövade sedan privatimportreglerna mot bakgrund av proportionalitetprincipen och underkände den svenska ordningen. *Rosengrendomen* visar vilken stor betydelse proportionalitetsprincipen har som komplement till likabehandlingsprincipen. I domen konstaterar EG-domstolen både att det svenska förbudet mot privatimport är socialpolitiskt motiverat och inte leder till diskriminering eller indirekt skydd av inhemska produkter. De svenska reglerna var således berättigade med hänsyn till ett allmänintresse och förenliga med likabehandlingsprincipen. Genom sin proportionalitetsprövning gick emellertid EG-domstolen längre och granskade om den svenska politiken var effektiv och verkningsfull i förhållande till sitt ursprungliga syfte. Det var i detta avseende den menade att det svenska systemet inte kunde rättfärdigas. Enligt EG-domstolen kunde inte förbudet mot privatimport motiveras av folkhälsoskäl när Systembolaget hursomhelst var skyldigt att importera alla produkter som efterfrågades av dess kunder. Ett totalförbud kunde inte heller motiveras av hänsyn till ålderskontrollen, eftersom det dels träffade en för vid krets av personer, dels inte medgav en 100-

26. Dom av den 5 juni 2007 i mål C-170/04, Rosengren, REG 2007, s. I-4071.
27. Se för en utförlig jämförelse Johansson, M., *Rosengren – a "Franzén light"?*, a.a., s. 613 ff.

procentig ålderskontroll, då Systembolaget använder sig av mellanhänder för leverans av varorna.

Rosengrenmålet visar vidare med all önskvärd tydlighet att bedömningen enligt artikel 28 EG och 31 EG skiljer sig väsentligt åt. I *Franzéndomen*, som bekräftades i *Hannerdomen*, nöjde sig EG-domstolen med att kontrollera att likabehandlingsprincipen, inklusive de strukturella garantierna för likabehandling, respekterades. Proportionalitetsprincipen blev endast aktuell utanför tillämpningsområdet för artikel 31 EG. Den principiella lämpligheten i detta kan diskuteras. Kan EG-domstolen, om frågan ställs på sin spets, verkligen hävda att proportionalitetsprincipen – som är en allmän rättsprincip inom EG-rätten – saknar betydelse vid en prövning enligt artikel 31 EG?

En ytterligare intressant aspekt av *Rosengrenmålet* är att EG-domstolen går emot en tydlig tendens i sin egen rättspraxis, nämligen att i allt högre grad överlämna den slutliga proportionalitetsbedömningen till den nationella domstolen. Bakgrunden till att EG-domstolen överlämnar proportionalitetsfrågan i sina förhandsavgöranden är att den inom ramen för detta förfarande inte är behörig att uttala sig om nationell rätt. Den skall enligt artikel 234 EG endast tolka gemenskapsrätten och uttala sig om dess giltighet. Det är den nationella domstolen som skall tillämpa EG-rätten i det enskilda fallet. I *Rosengrendomen* tilldelade EG-domstolen emellertid inte Högsta domstolen, som begärde förhandsavgörandet, något självständigt utrymme.

Som framgått har proportionalitetsprincipens betydelse varierat när det gäller de svenska monopolen för alkohol och apotek. Monopolens grundvalar har inte utsatts för något proportionalitetstest. Skälet till detta är som framgått att någon proportionalitetsprövning än så länge inte görs inom ramen för artikel 31 EG. Endast när åtgärder faller utanför tillämpningsområdet för denna artikel, som i *Rosengrenmålet*, har proportionalitetsprincipen fått en avgörande betydelse.

När det gäller spelmonopol är situationen annorlunda. Här är det proportionalitetsprincipen som är i fokus, även om det är oklart hur ingående prövningen egentligen skall vara. Spelmonopol är vanligt förekommande i EU:s medlemsländer och EG-domstolen har i en rad avgöranden prövat om skilda länders ordningar är förenliga med EG-rätten. Domstolen har länge intagit en försiktig hållning och inte på allvar kritiserat något medlemslands ordning för spel.[28] Detta står i kontrast till rättspraxis på andra områden där EG-domstolen under samma tidsperiod har varit relativt sträng gentemot

28. Se t.ex. dom av den 24 mars 1994 i mål C-275/92, Schindler, REG 1994, s. I-1039, av den 21 september 1999 i mål C-124/97, Läärä m.fl., REG 1999, s. I-6067, och av den 21 oktober 1999 i mål C-67/98, Zenatti, REG 1999, s. I-7289.

medlemsstaterna när det gäller möjligheten att upprätthålla handelsbegränsande ordningar.

På spelområdet har emellertid EG-domstolen på senare tid gett tydligare anvisningar om vad den nationella domstolen skall beakta när den utför sin proportionalitetsprövning. Mot denna bakgrund är det tveksamt om proportionalitetsprövningen skall vara mer begränsad på detta område än andra. Ett mål där EG-domstolen tycks efterlysa en mer ingående proportionalitetsprövning är *Gambellimålet*[29], där EG-domstolen anförde att om en medlemsstat uppmuntrar till att delta i lotterier, hasardspel eller vadhållning, i syfte att erhålla intäkter, kan denna stat inte åberopa hänsyn till behovet av att bevara ordningen i samhället för att motivera inskränkande åtgärder. Domstolen uttalade också att det är tveksamt om det är förenligt med proportionalitetsprincipen att bolag som är börsnoterade i andra medlemsstater hindras från att erhålla koncessioner för att organisera sportvadhållning, eftersom det finns andra medel för att kontrollera sådana bolags bokföring och verksamhet.

Mot bakgrund av framför allt *Gambellidomen* har den svenska lotterilagstiftningen kritiserats för att bygga på andra syften än de som framhålls i lotterilagens förarbeten. Det har hävdats att Svenska Spel AB och AB Trav och galopp, för svenska statens räkning, uppmuntrar till att delta i lotterier, hasardspel eller vadhållning, i syfte att erhålla intäkter. Sverige skulle därmed inte kunna åberopa t.ex. konsumenthänsyn som grund för monopolet. Under alla förhållanden har den svenska lagstiftningen kritiserats från ett proportionalitetsperspektiv, dvs. lagstiftningen påstås ingripa mer i handeln än som är nödvändigt. När ett statligt monopol tillåts bedriva en aggressiv marknadsföring och expansiv verksamhet aktualiseras frågan om den aktuella lagstiftningen står i proportion till sitt syfte att begränsa spelandet.[30]

I målet *Wermdö Krog*[31] prövade Regeringsrätten det svenska spelmonopolets överensstämmelse med EG-rätten. Regeringsrätten fann fog för påståendet att Svenska Spel m.fl. lockade och uppmuntrade konsumenter att delta i lotterier, hasardspel eller vadhållning. Enligt Regeringsrätten var detta emellertid inte tillräckligt för att det svenska systemet skulle diskvalificeras gemenskapsrättsligt. Härutöver krävdes att åtgärderna vidtogs "i syfte att stärka statskassan" och det kunde inte förutsättas att inkomstaspekten skulle

29. Domstolens dom av den 6 november 2003 i mål C-243/01, Gambelli, REG 2003, s. I-13031.

30. Meyrowitsch, A., Allroth, E. och Hettne, J., *EU och svenska monopol – teori, verklighet och framtid*, a.a., s. 87.

31. Regeringsrättens dom i Wermdö Krog av den 26 oktober 2004, mål nr 5819-01, RÅ 2004 ref. 95.

vara det enda eller helt dominerande motivet för en tolerant syn på spelbolagens reklamåtgärder. Regeringsrätten anförde att man i sammanhanget inte kunde bortse från att de av staten accepterade spelbolagen, trots att de inom landet befinner sig i en monopolsituation, *de facto* verkar på en konkurrensutsatt marknad, eftersom här boende är oförhindrade att via Internet eller på annat sätt delta i utomlands anordnade lotterier. Vill man kanalisera det spelintresse som bevisligen föreligger hos stora delar av befolkningen till verksamheter, som anses erbjuda bättre konsumentskydd och mindre risk för oegentligheter, kan man inte rimligen förvägra de bolag som med stöd av tillstånd ansvarar för sådan verksamhet att aktivt lansera sina produkter och ge dessa en utformning som attraherar de spelintresserade och förmår dem att föredra de statligt kontrollerade formerna framför andra varianter. Slutsatsen blev att spelbolagens stundom aggressiva marknadsföring inte utgjorde tillräckligt skäl för påståendet att det huvudsakliga ändamålet med den svenska lotteriregleringen var att berika staten och statsunderstödda verksamheter.

När det gällde den egentliga proportionalitetsbedömningen hänvisade Regeringsrätten till tidigare lotteridomar från EG-domstolen. Den förklarade att det ankom på den nationella domstolen att kontrollera att regleringen med hänsyn till dess konkreta tillämpning verkligen tjänade sitt syfte, dvs. att skydda konsumenterna och ordningen i samhället och framhöll att de nationella reglerna skulle vara ägnade att minska spelmöjligheterna och bidra till att begränsa verksamheten på ett sammanhängande och systematiskt sätt, samtidigt som de nationella myndigheterna inte fick uppmuntra till ökat spelande i syfte att stärka statskassan.

Efter dessa konstateranden fäste dock Regeringsrätten vikt vid det utrymme för skönsmässig bedömning som EG-domstolen uttalat att medlemsstaterna förfogade över när det gällde lotterilagstiftningen. Enligt Regeringsrätten föreföll proportionalitetskriteriet "spela en mindre framträdande roll" eftersom "bestämmelserna endast skall bedömas med hänsyn till de ändamål som eftersträvas och den skyddsnivå som de avser säkerställa" och det ankom därför på medlemsstaterna att reglera marknaden på ett sätt som inte "förefaller" eller "framstår som" oproportionerligt med hänsyn till det eftersträvade målet. Regeringsrättens slutsats blev att lotterilagstiftningen och dess tillämpning visserligen på olika punkter väckte frågor om förenligheten med de villkor som EG-domstolen i sammanhanget ställt upp, men att det svenska systemet ändå totalt sett fick anses motsvara kraven.

Regeringsrättens dom kan kritiseras. Det är visserligen korrekt att EG-domstolen i sina speldomar överlämnat åt de nationella domstolarna att kontrollera att den nationella lagstiftningen verkligen tjänar sina uttalade syften

samt att de restriktioner som åläggs står i proportion till dessa syften.[32] I avsaknad av regelharmonisering på EU-nivå för spel och lotterier, samt lotteriverksamhetens "mycket speciella karaktär", har medlemsstaterna givits ett utrymme för skönsmässig bedömning i sitt val av skyddsnivå.

Dessa omständigheter innebär dock inte att frågan om lagstiftningens överensstämmelse med proportionalitetsprincipen bör tonas ner. Att medlemsstaterna givits utrymme att själva välja regleringsalternativ innebär inte att kravet på att den valda restriktionen skall vara nödvändig och stå i proportion till ett legitimt syfte bortfaller.[33] Som nämndes ovan kan man från EG-domstolens senare rättspraxis utläsa krav på en mer ingående proportionalitetsprövning i spelärenden. Även *Rosengrenmålet* är en tydlig fingervisning om att det skönsmässiga utrymmet för medlemsstaternas politiskt betonade val är högst begränsat om den förda politiken inte framstår som effektiv i förhållande till sitt syfte. Det är svårt att se att spelområdet skulle vara ett politiskt "känsligare" område än alkoholpolitiken.

Den nationella domstolen bör sålunda genomföra en proportionalitetsbedömning där den nationella regleringens verkliga effekt prövas, dvs. om den bidrar på ett sammanhängande och systematiskt sätt till att minska spelmöjligheterna och begränsa spelverksamheten.[34] Vid en sådan bedömning måste hänsyn tas till hur den svenska spel- och lotterimarknaden verkligen ser ut idag, där tillgänglighet och marknadsföring gör att spelmonopolets spelbegränsande syfte kan ifrågasättas. Det är uppenbart att det är mycket svårt, för att inte säga omöjligt, att stänga ute konkurrens på dagens elektroniska och gränslösa spelmarknad. Detta är ett skäl till att man försöker stärka konkurrenskraften hos monopolbolagen snarare än att begränsa tillgängligheten av spel och lotterier på marknaden. På detta sätt försöker man bevara monopolbolagens marknadsandelar i möjligaste mån. Mot denna bakgrund är det högst tveksamt om Spelmonopolet kan anses som effektivt i förhållande till syftet att begränsa spelandet.[35]

Ett viktigt argument som framfördes av Regeringsrätten var emellertid det s.k. kanaliseringsargumentet, dvs. att spelintresse kan kanaliseras till alternativ som erbjuder bättre konsumentskydd och mindre risk för oegentligheter. Detta argument prövades av EG-domstolen i målet *Placanica*.[36]

---

32. Jfr dom av den 6 november 2003 i mål C-243/01, Gambelli, REG 2003, s. I-13031, punkt 75.
33. Ibid., punkt 65.
34. Meyrowitsch, A., Allroth, E. och Hettne, J., *EU och svenska monopol – teori, verklighet och framtid*, a.a., s. 67. Se också Wahl, N., *Vad är oddsen för att det svenska spelmonopolet är förenligt med EG-rätten? – Regeringsrättens dom i Wermdö Krog*, a.a., s. 124 ff.
35. Ibid.
36. Dom av den 6 mars 2007 i de förenade målen C-338/04, C-359/04 och C-360/04, Placanica, REG 2007, s. I-1891.

EG-domstolen konstaterade att om syftet med en lagstiftning är att förhindra att hasardspelsverksamhet används i bedrägliga eller brottsliga syften och att styra in den i banor som är möjliga att kontrollera, kan en kontrollerad expansiv politik på området för hasardspel vara helt i överensstämmelse med målet att locka över spelare som ägnar sig åt förbjuden och dold spel- och vadhållningsverksamhet till tillåten och reglerad verksamhet. Detta mål kan endast uppnås om de lagliga aktörerna utgör ett trovärdigt, men samtidigt attraktivt, alternativ till förbjuden verksamhet. Detta kan i sig innebära att det är nödvändigt att tillhandahålla ett omfattande spelsortiment, att göra reklam i viss omfattning och att använda ny distributionsteknik. EG-domstolen konstaterade att ett koncessionssystem under dessa omständigheter i själva verket kan utgöra en effektiv mekanism som gör det möjligt att kontrollera de aktörer som är verksamma inom området för hasardspel för att förhindra att de använder sin verksamhet i bedrägliga eller brottsliga syften. De nationella domstolarna skulle emellertid pröva huruvida den nationella lagstiftningen, i den mån som den begränsade antalet aktörer på området för hasardspel, verkligen svarade mot det syfte som den italienska regeringen hade åberopat, nämligen att förhindra att verksamheten på detta område används i bedrägliga eller brottsliga syften. På samma sätt skulle de pröva om dessa inskränkningar uppfyllde kraven på proportionalitet som följer av domstolens rättspraxis.

Om detta resonemang överförs till svenska förhållanden borde det innebära att Regeringsrätten – när den själv framförde kanaliseringsargumentet – var skyldig att pröva om det svenska monopolitiska koncessionssystemet med enbart två licenser för omfattande spelverksamhet, s.k. egentliga lotterier (Svenska Spel AB och AB Trav och Galopp) utgjorde en nödvändig och proportionerlig begränsning i syfte att locka över spelare från en illegal verksamhet. Sverige måste inom ramen för denna argumentation förklara varför det inte är möjligt att tilldela lagligt etablerade utländska spelbolag motsvarande licenser som de svenska statliga bolagen. Det är viktigt att beakta i detta sammanhanget att EG-domstolens resonemang bygger på att det finns identifierbara bra och dåliga aktörer. Kanalseringsargumentet förutsätter att konsumenterna lockas bort från aktörer som använder sin verksamhet i bedrägliga eller brottsliga syften.

Regeringsrättens dom och den kritik som anförs mot den visar hur svårt det kan vara att hantera proportionalitetsfrågan på ett trovärdigt sätt på nationell nivå. Proportionalitetsprövningen kan många gånger lämna utrymme för olika bedömningar. Frågan om det svenska spelmonopolet är förenligt med EG-rätten blir inte slutgiltigt avgjord förrän EG-domstolen har prövat den. Regeringsrätten begärde inte ett förhandsavgörande från EG-domsto-

len med hänsyn till att den ansåg att EG-domstolen tämligen tydligt hade gjort klart att några ytterligare preciseringar i ett mål som det förevarande inte behövdes på gemenskapsnivå, utan att det ankom på den nationella domstolen att med tillämpning av angivna kriterier avgöra, om det inhemska lotterisystemet kunde godtas. Denna slutsats kan ifrågasättas, i synnerhet mot bakgrund av EG-domstolens dom i *Placanica*, där tillämpningen av proportionalitetsprincipen tydliggjordes i förhållande till det s.k. kanaliseringsargumentet. Det är vidare uppenbart att EG-domstolen kan välja att utföra proportionalitetstestet själv, vilket bl.a. skedde i det tidigare omnämnda *Rosengrenmålet*. Den nationella domstolen bör därför vara försiktig med att dra slutsatser om vad EG-domstolen kan tänkas yttra sig över. EG-domstolens förhandsavgörande tar sin utgångspunkt i de särskilda förutsättningar som gäller i medlemslandet i fråga. Så länge EG-domstolen inte har uttalat sig specifikt om det svenska systemet kvarstår frågetecken kring det svenska systemets förenlighet med EG-rätten. Det tycks trots Regeringsrättens dom finnas ett behov av att EG-domstolen uttalar sig om det svenska systemet.

Regeringsrätten påpekade i sin dom i *Wermdö Krog* att EG-domstolen kan komma att detaljgranska en medlemsstats spelreglering med anledning av en fördragsbrottstalan. Två sådana ärenden pågår för närvarande mot Sverige, vilket innebär att det är möjligt att kommissionen kommer att bereda EG-domstolen tillfälle att avgöra frågan, vilket också skulle sätta punkt på den svenska debatten om spelmonopolets förenlighet med EG-rätten.[37]

Vid diskussionen kring *Franzén-* och *Hannermålen* ovan framkom att EG-domstolen fäste mycket stor vikt vid de s.k. strukturella garantierna för likabehandling, dvs. de förvaltningsrättsliga kraven på transparens, motivering och rättsmedel m.m. Dessa krav är härledda från allmänna gemenskapsrättsliga principer och gäller på alla områden. Som framgått tidigare har de t.ex. spelat en stor roll på tjänsteområdet när det gäller sjukvårdstjänster. Det verkar rimligt att de också skall tillämpas beträffande spelmonopol. Det är därför märkligt att EG-domstolen inte i något spelmonopolsärende tycks ha fäst vikt vid dessa principer. Det handlar trots allt, som i de italienska målen, om tillståndssystem där krav på transparens, motivering och rättsmedel rimligen måste vara uppfyllda. I ett svenskt perspektiv är det därför av intresse att kontrollera att lotterilagen överensstämmer med de EG-rättsliga kraven. Är t.ex. den svenska ordningen förenlig med likabehandlingsprincipen? Så tycks inte vara fallet. Av lotterilagen framgår att utöver de statliga monopolföretagen (som har specialtillstånd) kan i princip endast en svensk juridisk

37. Se Fritz, M. och Hettne, J., *Sverige inför rätta – Kontrollen av medlemsstaterna i Europeiska unionen*, a.a., s. 67.

person som är en ideell förening och har ett allmännyttigt ändamål få tillstånd. Varför det uppställs ett krav på att tillståndsinnehavaren skall vara svensk juridisk person är svårt att förstå. Det innebär en öppen diskriminering av juridiska personer från övriga medlemsstater som ter sig närmast provocerande.

Det svenska tillståndsförfarandet är inte heller transparent och förutsebart. Kommissionen påpekar detta i sitt motiverade yttrande i det ovannämnda överträdelseärendet mot Sverige (idrottsrelaterade vadhållningstjänster).[38] I yttrandet noterar kommissionen att det inte finns någon information tillgänglig om villkoren för att bevilja tillstånd enligt 45 § lotterilagen på grundval av vilken Svenska Spel AB samt AB Trav och Galopp har beviljats tillstånd. Kommissionen framhåller att för att krav på föregående myndighetstillstånd skall kunna anses berättigat måste detta tillståndsförfarande under alla förhållanden grundas på objektiva kriterier som inte är diskriminerande och som är kända på förhand för att begränsa myndigheternas utrymme för skönsmässig bedömning och förhindra att bedömningen blir godtycklig. Ett sådant system med föregående myndighetstillstånd skall vidare administreras enligt en förfarandeordning som är lättillgänglig och ägnad att säkerställa att den berördes ansökan behandlas inom en rimlig frist samt objektivt och opartiskt.

Lagstiftningen tycks även bristfällig i andra avseenden. Det finns t.ex. inga uttryckliga krav på motivering och det är tvivelaktigt om det finns effektiva rättsmedel. En allmän motiveringsskyldighet finns visserligen föreskriven i förvaltningslagen, men det kan betvivlas att de krav som härigenom ställs på bl.a. regeringen när den agerar som förvaltningsmyndighet, går tillräckligt långt. Om EG-rätten är tillämplig är det de EG-rättsliga kraven på motivering som måste vara uppfyllda. Det bör observeras att det är regeringen som fattar beslut om tillstånd för spel och lotterier som är av intresse för monopolbolagens konkurrenter. Regeringens beslut kan dock endast prövas rättsligt enligt rättsprövningslagen. Det är tveksamt om den begränsade laglighetsprövning som utförs i sådana ärenden utgör ett tillräckligt effektivt rättsmedel i EG-rättslig mening. Rättskontrollen måste vara effektiv, tillräckligt grundlig och ske inom en rimlig tidsfrist (jfr avsnitt 4.2.5 ovan).[39]

Denna kritik, grundad på EG-rättens krav på likabehandling, motivering och rättsmedel, kan naturligtvis bemötas med att det är meningslöst för en

38. Ärende 2004/4087, K(2007) 2885, yttrande av den 27 juni 2007.

39. Se Meyrowitsch, A., Allroth, E. och Hettne, J., *EU och svenska monopol – teori, verklighet och framtid*, a.a., s. 87 f.

missnöjd part att klaga på diskriminering, bristande motivering eller avsaknad av effektiva rättsmedel, när regleringen hursomhelst syftar till att ingen annan än de statliga spelbolagen skall kunna få tillstånd att bedriva spel- och lotteriverksamhet i större skala. Det verkar i så fall bättre att detta syfte klart uttrycks i lagstiftningen (som skall var klar, tydlig och förutsebar) och att den svenska monopolordningen ses över och revideras så att den bättre tillgodoser ändamålet att begränsa spelandet och därmed lättare kan motiveras och försvaras vid en eventuell framtida rättsprövning i EG-domstolen.[40]

8.5 Gränsen för EG-rättens genomslag på nationella nivå – en avvägning mellan rättsprinciper?

Direkt effekt-doktrinen innebar att enskilda individer gavs nya möjligheter att göra gällande EG-rätten. Bestämmelser som tidigt tillerkändes direkt effekt var sådana som var ämnade att skydda enskilda individers rättsställning, dvs. bestämmelser som innehöll klara, kompletta, precisa och ovillkorliga förpliktelser som inte lämnar plats för valmöjligheter eller något skön. Principen om direkt effekt kompletterades tidigt med principen om EG-rättens företräde framför nationell rätt. De bägge principerna har haft avgörande betydelse för EG-rättens utveckling. Från början betraktades de emellertid enbart som ett rättighetsskydd för enskilda individer, eftersom det i de första målen uteslutande handlade om att skydda enskilda individer, som med stöd av EG-domstolens tolkningar av gemenskapsrätten, gavs rätt gentemot medlemsstaterna. Med tiden har dock skyddet av individuella rättigheter utvecklats till en bredare princip om EG-rättens effektiva genomslag i medlemsländernas rättssystem. Denna princip uppställer ett brett spektrum av krav på genomförandet av EG-rätten på nationell nivå. Principen innebörd är kort sagt att EG-rätten skall få full verkan eller genomslag på nationell nivå. Mot denna bakgrund bör bl.a. de krav som EG-domstolen ställer på innehållet i nationell process- och förvaltningsrätt samt på nationella bestämmelser om intermistiskt skydd betraktas.

Av senare rättspraxis, såom målen *Kraaijeveld*[41] och *Wells*[42], liksom vissa

40. Ibid., s. 88.
41. Dom av den 24 oktober 1996 i mål C-72/95, Kraaijeveld, REG 1996, s. I-5403.
42. Dom av den 7 januari 2004 i mål C-201/02, Delena Wells, REG 2004, s. I-723, punkterna 64–65.

andra liknande fall[43] framgår nu tydligt att EG-domstolen, utöver att skydda enskilda individers rättsställning, försöker tillse att EG-rätten i stort får ett maximalt genomslag på nationell nivå i varje enskilt fall. EG-domstolen eftersträvar sålunda dubbla och inte alltid helt förenliga ändamål när den prövar om en bestämmelse skall kunna göras gällande: EG-rättens effektiva genomslag och/eller enskilda individers rättigheter.

EG-domstolens senare rättspraxis kan således inte förklaras enbart med utgångspunkt i enskilda individers rättigheter. Även EG-rättsliga bestämmelser som inte grundar några rättigheter för enskilda individer kan åberopas av dessa inför nationella domstolar i vissa situationer.

Kravet på att EG-rätten skall ges ett effektivt genomslag i medlemsländernas rättsordningar har successivt förstärkts i EG-domstolens rättspraxis. Denna utveckling grundas på föresatsen att EG-rättens genomslagskraft inte kan tillåtas att variera från en stat till en annan. Detta skulle äventyra fördragsmålen och leda till en otillåten särbehandling av EU-medborgarna.

Det har emellertid alltid funnits en *motvikt* till EG-rättens effektiva genomslag och numera kan vissa slutsatser dras angående i vilka situationer EG-domstolen accepterar att begränsa EG-rättens genomslag. Ett tidigt exempel på detta är EG-domstolens orubbliga hållning när det gäller att frånkänna direktivbestämmelser direkt effekt i förhållanden mellan två enskilda individer (horisontell direkt effekt). Denna hållning bygger på slutsatsen att en icke införlivad direktivbestämmelse inte skall tillämpas till nackdel för en av parterna i detta förhållande, eftersom denna inte bör åläggas nya skyldigheter som inte framgår av den nationella lagstiftningen som är tillämplig i målet (principen om skydd för berättigade förväntningar).

På motsvarande sätt har EG-domstolen dragit en gräns för hur långtgående verkningar dess tolkningsprinciper, i synnerhet den direktivkonforma tolkningen, får ha. Den har fastställt att denna tolkningsmetod inte får medföra att den nationella domstolen *ålägger en enskild en skyldighet* som föreskrivs i ett icke införlivat direktiv. Den får inte heller, på grundval av direktivet och i avsaknad av en lag för dess genomförande, *fastställa eller skärpa ett straffrättsligt ansvar* för personer som handlar i strid med direktivets bestämmelser.[44]

---

43. Se särskilt domar av den 7 september 2004 i mål C-127/02, Waddenzee, REG 2004, s. 7405, punkt 66, och av den 19 september 2000 i mål C-287/98, Linster, REG 2000, s. I-6917, punkt 32. Se även domar av den 1 februari 1977 i mål 51/76, Verbond van Nederlandse Ondernemingen, REG 1977, s. 113, punkterna 22–24 och av den 16 september 1999 i mål C-435/97, WWF m.fl., REG 1999, s. I-5613, punkt 69.

44. Se domar av den 26 september 1996 i mål C-168/95, Arcaro, REG 1996, s. I-4705, punkt 42, och av den 8 oktober 1987 i mål 80/86, Kolpinghuis Nijmegen, REG 1987, s. 3969, svensk specialutgåva, volym 9, s. 213, punkterna 13 och 14.

I mål rörande en medlemsstats skadeståndsskyldighet uppstår inte en konflikt mellan två enskilda individer, men här kan effektivitetsintresset ändå få stå tillbaka till förmån för andra skyddsvärda intressen, nämligen att upprätthålla en rättssäker och förutsebar processordning. Medlemsstaterna får sålunda uppställa processuella villkor för skadeståndsskyldigheten, förutsatt att det inte blir svårare att få skadestånd i ett sådant fall än i liknande internrättsliga situationer samt att det inte är i praktiken omöjligt eller orimligt svårt att få skadestånd.

Ett generellt villkor för EG-rättens effektiva genomslag i medlemsstaternas rättsordningar är vidare att grundläggande rättigheter respekteras. EG-domstolen har successivt skapat rättighetsgarantier i EG-rätten för att svara upp mot de krav som bl.a. den tyska författningsdomstolen har ställt upp för att acceptera EG-rättens företräde framför den tyska konstitutionen. EG-domstolen har härlett rättigheter från Europakonventionen och medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner och på denna grund skapat allmänna rättsprinciper i EG-rätten. Det kan alltså konstateras att respekten för allmänna rättsprinciper i vissa fall väger tyngre än intresset av EG-rättens effektiva genomslag.

Allmänna rättsprinciper sätter alltså gränser för EG-rättens effektivitet och tillämpning i medlemsländerna på samma sätt som de sätter gränser för EG-domstolens teleologiska tolkning, EU-institutionernas handlingsutrymme när de förfogar över ett skönsmässigt utrymme och medlemsländernas skönsmässiga utrymme när de agerar inom ramen för EG-rättens tillämpningsområde. Resonemanget gör det också möjligt att förstå de nya tendenserna i EG-domstolens rättspraxis när det gäller villkoren för direkt effekt och företräde.

De objektiva kriterierna för direkt effekt, dvs. att det skall vara fråga om klara och ovillkorliga bestämmelser som grundar rättigheter för enskilda individer, är delvis överspelade. Även om EG-domstolens domskäl inte alltid ger uttryck för att den väger intresset av EG-rättens effektiva genomslag mot andra allmänna rättsprinciper, finns det tydliga exempel på detta. Det är bara när konkurrerande skyddsvärda intressen väger tyngre som domstolen accepterar att EG-rätten inte får åsyftat genomslag. Intresset av att veta under vilka förutsättningar EG-rätten "tar över" är därför inte så stort. EG-domstolens pragmatiska inställning gör att det i det närmaste är lönlöst att försöka hitta en renodlad teoretisk modell som kan förklarar under vilka förutsättningar EG-rätten inverkar på nationell rättstillämpning. En klokare strategi tycks vara att försöka klargöra under vilka förutsättningar EG-rätten *inte* "tar över".

De fall där EG-rättens effektiva genomslag har begränsats är i synnerhet när effektivitetsintresset har kolliderat med rättsprinciper som är allmänt erkända i medlemsländernas rättsordningar och därmed *utgör en del av EG-rätten*. Att skyddsvärda intressen skall stödja sig på principer som är allmänt erkända i medlemsstaterna innebär dock inte att rättighetsskyddet behöver vara likformigt i alla medlemsstater.[45] I gemenskapsrätten har det alltid funnits ett visst utrymme för variation och nationella särlösningar, vilket har kommit till uttryck i bestämmelsen om medlemsstaternas "nationella identitet" i artikel 6.3 EU.[46] Denna aspekt har tydliggjorts i fördraget om en konstitution för Europa och det efterföljande Lissabonfördraget, där bestämmelserna om nationell identitet har utvecklats.

Det är mot denna bakgrund som de s.k. triangulära situationerna (*CIA Security-domen* m.fl.) skall förstås. Principen om EG-rättens effektiva genomslag kolliderar här inte med någon omedelbar rättighet eller skyldighet för enskilda individer, utan medför endast s.k. "negativa återverkningar". Det blir här fråga om en intresseavvägning där intresset av att EG-rätten tillämpas väger tyngre än enskilda individers intressen.

Detsamma gäller för den s.k. nationella processuella autonomin. EG-domstolen har värnat om medlemsstaternas självbestämmanderätt på det processuella området och accepterat att EG-rätten i vissa fall inte får åsyftat genomslag på grund av nationella processuella begränsningar. Detta är inte förvånande om man beaktar att processuella villkor, t.ex. talerättskriterier, är grunden för en rättssäker och förutsebar rättsordning. Om man enbart ser till EG-rättens effektivitet skulle den bästa lösningen vara att kräva att enskilda individer skall ha ett rättsmedel, oavsett under vilka villkor en EG-rättslig bestämmelse åberopas. En sådan generell talerätt, *actio popularis*, är emellertid varken förenlig med medlemsstaternas gemensamma rättstraditioner eller EG-rätten som den hittills har utvecklats. Däremot följer av såväl Europakonventionen som EG-rätten att en "rättighet" förutsätter ett rättsmedel. Denna tanke har sin grund i den romerska rättens föresats *ubi jus ibi remedium*.[47] En enskild individ som gör gällande ett anspråk grundat på EG-rätten bör sålunda tillerkännas en processuell möjlighet att föra talan. Talefrister kan naturligtvis uppställas men de får inte leda till att det blir i praktiken omöjligt eller orimligt svårt att föra talan.

45. Se t.ex. dom av den 14 oktober 2004 i mål C-36/02, Omega, REG 2004, s. I-9609.

46. Till denna kategori kan den irländska abortlagstiftningen och den svenska offentlighetslagstiftningen eventuellt höra. Samtidigt kan antas att EG-domstolen kommer att vara restriktiv i sin tolkning av begreppet "nationell identitet" och enbart acceptera att EG-rätten får stå tillbaka om det föreligger ett genuint skyddsvärt intresse som inte inverkar mer på EG-rättens effektiva genomslag än som är nödvändigt för att tillgodose det syfte som skyddas i den nationella lagstiftningen.

47. Se Reichel, J., *God förvaltning i EU och i Sverige*, a.a., s. 127.

Det sagda innebär en viktig inskränkning i det utvidgade direkt effekt-begreppet som framkommit i senare rättspraxis. I de mål som hittills har aktualiserats har den enskilde redan förfogat över ett rättsmedel enligt nationell rätt. Den fråga EG-domstolen har tagit ställning till är om den enskilde, som alltså redan har talerätt, får göra gällande en EG-rättslig bestämmelse som är precis och ovillkorlig. Detta betyder inte att en enskild, som inte förfogar över ett nationellt rättsmedel, kan grunda sin talerätt direkt på en precis och ovillkorlig bestämmelse i EG-rätten. Enligt rådande europeisk rättsuppfattning krävs att den enskilde har en "rättighet" för att förfoga över ett rättsmedel (*ubi jus ibi remedium*). Rättighetsbegreppets definition och omfattning är sålunda fortfarande mycket viktigt för att avgöra om en enskild individ kan väcka en talan grundad på EG-rätten. Detta är av särskilt stort intresse på miljöområdet, eftersom Europakoventionens definition av "civila rättigheter" inte passar in i detta sammanhang.[48]

Den övergripande slutsats som kan dras är att EG-rättens genomslag och gränserna härför, i själva verket är en fråga om intresseavvägning, där såväl EG-rättens effektivitet som enskilda individers rättighetsskydd och andra berättigade intressen vägs in. EG-rätten skall tillämpas så länge inte andra berättigade intressen gör sig gällande. EU:s allmänna rättsprinciper är vägledande för vilka intressen som kan väga tyngre än EG-rättens krav på genomslag.

8.6 Kodifiering av EU:s allmänna rättsprinciper

En kodifiering av EG-domstolens rättspraxis och EU:s allmänna rättsprinciper pågår kontinuerligt i EU:s sekundärrätt. Som exempel kan nämnas de förordningar som har utarbetats på konkurrensområdet,[49] statsstödsområdet,[50] antidumpningsområdet[51] och i fråga om varumärkesregistre-

48. Se punkterna 138 ff. i generaladvokat Kokotts förslag till avgörande i mål C-127/02, Waddenzee, REG 2004, s. 7405.

49. Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget, EGT L 1, s. 1 och kommissionens förordning (EG) nr 773/2004 av den 7 april 2004 om kommissionens förfaranden enligt artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget, EUT L 123, s. 18.

50. Rådets förordning (EG) nr 659/1999 av den 22 mars 1999 om tillämpningsföreskrifter för artikel 93 i EG-fördraget, EGT L 83, s. 1.

51. Rådets förordning (EG) nr 384/96 av den 22 december 1995 om skydd mot dumpad import från länder som inte är medlemmar i Europeiska gemenskapen, EGT L 56, s. 1.

ring.[52] Kodifieringen sker sålunda på enskilda områden och i begränsade sammanhang. När det blir fråga om att ta ett helhetsgrepp, stöter emellertid kodifieringsarbetet ofta på svårigheter. Detta kan förefalla märkligt ur juridisk synvinkel. Att rätten kodifieras innebär att gällande rätt bekräftas och synliggörs. Det är fråga om en generalisering av principer som redan existerar och kan härledas ur individuella rättsfall, dvs. inte i egentlig mening något nytt. Det innebär också att makt överförs från domstolarna till lagstiftaren. Att domskäl omvandlas till rekvisit i en lagtext, får till följd att rättsutvecklingen inte kan drivas lika fritt som tidigare av domstolarna. Man kan emellertid inte bortse från den politiska dimensionen av kodifieringsproblematiken, dvs. vad som utgör politiska realiteter. Det som i ett juridiskt perspektiv kan förefalla gammalt och etablerat, kan i den politiska processen bli nytt och kontroversiellt. I EU:s lagstiftningsprocess stöts många skilda intressen mot varande. Det är inte givet att de politiska aktörerna grundar sin analys på samma fakta, eller närmare bestämt, har samma kunskaper om rådande förhållanden och i synnerhet om rättsläget inom EU. EU:s sedvanliga lagstiftningsprocess, inbegripet förfarandet för fördragsändringar, utgör därför ofta ett olämpligt medel för mer övergripande kodifieringsprojekt.

Som framgått tidigare i denna framställning uppställer rättsprinciperna begränsningar där det EG-rättsliga regelverket i övrigt saknar eller enbart ger vaga anvisningar. Genom de allmänna rättsprinciperna begränsas medlemsstaternas, EU-institutionernas och inte minst EG-domstolens utrymme för skönsmässiga bedömningar. Om principerna kodifieras förstärks denna begränsande effekt. Domstolarna tvingas då att mer konsekvent och systematiskt ta de nedskrivna rättsprinciperna i beaktande. Detta kan bidra till att rättsutvecklingen blir mer förutsebar. Samtidigt måste rättsprinciperna formuleras med stor eftertanke. Just den ökade förutsebarheten och tydligare systematiken minskar utrymmet för flexibilitet i rättstillämpningen. En rättsprincip är sällan undantagslös. En kodifiering av en rättsprincip kan därför resultera i en komplex lagstiftningssystematik där flera bestämmelser samverkar.

Särskilda svårigheter uppstår när man i den politiska processen inte skiljer mellan kodifiering och vanliga lagstiftningsinitiativ, vilket hittills varit fallet inom EU. Detta har lett till flera misslyckanden.

Tjänstedirektivet är ett exempel på hur det kan bli när kommissionen, i sin iver i att lägga fram ett heltäckande lagförslag, blandar kodifiering av gäl-

52. Rådets förordning (EG) nr 40/94 av den 20 december 1993 om gemenskapsvarumärken, EGT L 11, s. 1. och kommissionens förordning (EG) nr 2868/95 av den 13 december 1995 om genomförande av rådets förordning (EG) nr 40/94 om gemenskapsvarumärken, EGT L 303, s. 1.

lande rätt med reella nyheter, utan att kommunicera upplägget på rätt sätt i berörda kretsar, dvs. nationella politiker, intresseorganisationer och andra opinionsbildare. I den allmänna debatten uppfattades därmed kodifieringen av redan gällande rättspraxis som kontroversiell, eftersom rättsläget sannolikt inte var helt känt i dessa kretsar. Kodifieringssträvandena orsakade därför i stor utsträckning ogrundad oro för vad ett tjänstedirektiv kunde leda till.

Det har fungerat bättre när kodifieringen har initierats vid sidan av det traditionella EU-maskineriet, som t.ex. kodexen om god förvaltning och stadgan om grundläggande rättigheter. Av avgörande betydelse är också att både kodexen och stadgan är icke bindande. Det är först om dessa rättsakter blir bindande som man kan tala om en framgångsrik kodifiering. För detta krävs dock att stadgan och kodexen upphöjs till gemenskapsrätt, vilket torde innebära att de passerar den föreskrivna lagstiftningsgången. När det gäller rättighetsstadgan krävs godkännande vid en regeringskonferens med efterföljande ratifikation (som pågår till följd av Lissabonfördraget) och när det gäller kodexen är det oklart om det finns en adekvat rättslig grund i EG-fördraget i dess aktuella lydelse (även här skulle ett tydligare stöd införas genom Lissabonfördraget). Än så länge är framgången sålunda inte ett faktum. Det bör vidare noteras att varken stadgan eller kodexen är några renodlade kodifieringsarbeten. Etablerade principer och rättigheter har blandats med hittills oprövade principer och rättigheter i EG-rättslig praxis. Det kan inte uteslutas att dessa rättsakter i bindande form kan rubba den rättighetsbalans som i dag gäller även om det sannolikt skulle handla om marginella förändringar.

Om dessa rättsakter blir bindande innebär det emellertid stora fördelar för EU:s rättsordning. Stadgan ger, genom sin fokus på individuella rättigheter, sannolikt ökad moralisk och politisk legitimitet för EU-projektet som sådant. Detta har EG-domstolens rättspraxis och de övergripande deklarationerna i fördragen inte förmått göra. Stadgan innebär en konkretisering av de grundläggande rättigheterna och ger dessa rättigheter en ökad grad av synlighet. Syftet med stadgan är att skapa ökat förtroende hos EU-medborgarna för hela EU-projektet. Det är mot denna bakgrund särskilt beklagligt att såväl Storbritannien som Polen, genom ett särskilt protokoll till Lissabonfördraget, har funnit det nödvändigt att försäkra sig mot en befarad tillämpning av stadgan inom ramen för deras egna rättssystem. På motsvarande sätt skulle en bindande förvaltningslag för EU bidra till en mer enhetlig EG-rättslig tillämpning i medlemsstaterna. Den utveckling som för närvarande pågår och som innebär att förvaltningsrättsliga och processuella regler införs i rättsakter på skilda områden, som t.ex. i direktiven om unionsmedborgare och yrkeskvalifikationer samt i tjänstedirektivet, innebär nack-

delar från rättssystematisk utgångspunkt. Den fläckvisa harmoniseringen är ett störande inslag i ett nationellt perspektiv, eftersom den söndrar den annars autonoma förvaltnings- och processrätten. Principen om nationell processuell autonomi blir på detta sätt allt mer innehållslös, eftersom den begränsas såväl genom EG-domstolens rättspraxis som genom enskilda direktiv. Det är naturligt att den europeiska förvaltningsrätten inledningsvis utvecklas på detta sätt. Det framstår emellertid i dagsläget som mer effektivt att gemenskapslagstiftaren tar steget fullt ut och medger att den EG-rättsliga tillämpningen är i behov av en allmänt tillämplig gemenskapsrättslig förvaltningsrätt, som är bindande för såväl EU:s institutioner som medlemsstaterna, när dessa tillämpar gemenskapsrätten. En sådan övergripande lagstiftning, som huvudsakligen skulle begränsas till en kodifiering av rättspraxis, skulle bringa klarhet i den nu oklara situationen och säkerställa att gemenskapsrätten tillämpas mer likformigt i medlemsstaterna. En sådan lagstiftning skulle dessutom sannolikt innebära en förstärkning av enskilda individers rättigheter inför offentliga myndigheter och organ i flertalet medlemsländer, bl.a. i Sverige.

Förslaget till europeisk konstitution och, om än i något mindre utsträckning, Lissabonfördraget, utgör det största och viktigaste kodifieringsarbetet i EU:s historia. Att nya fördrag som tydliggör vad EU är och står för upprättas är en logisk konsekvens av såväl den politiska som judiciella utvecklingen inom EU. Den nya fördragskonstruktionen är ett naturligt steg när EU utvecklas från ekonomisk gemenskap till politisk union.

Den europeiska konstitutionen innehöll sakligt sett inte några omvälvande förändringar av gemenskapsrättens konstitutionella innehåll. De nya förändringarna var att kompetensfördelningen mellan EU:s institutioner och medlemsstater samt förhållandet mellan unionsrätten och nationell rätt klargjordes i ett fördrag som skulle godkännas av medlemsländerna i demokratisk ordning. Förslaget till konstitution utgjorde ett försök från EU:s medlemsstater att återta initiativet när det gäller den konstitutionella utvecklingen av EG-rätten. Den konstitutionella EG-rätten är för närvarande i hög grad baserad på oskriven rätt i form av rättspraxis och allmänna rättsprinciper. Syftet med en konstitution var därför att åstadkomma ett skifte från oskriven till skriven rätt, på samma sätt som en kodifieringsreform innebär inom *Common law*. Att kodifiera EG-domstolens rättspraxis och konsolidera de nuvarande fördragen är inte lätt. Det innebär att dagens EU måste kläs i konstitutionella termer, vilket förutsätter en enighet om vad EU är och står för. Något som för närvarande tycks saknas.

Att kodifieringen kan vara en komplex operation illustreras av införandet av företrädesprincipen i konstitutionen. Detta har i själva verket inneburit en

avvägning mellan EG-rättens effektivitet och medlemsländernas politiskt betingade krav på spärrar mot att EG-rätten får oförutsedda konsekvenser i medlemsländernas rättsordningar. I förslaget till europeisk konstitution var en uttrycklig förutsättning för att unionsrätten skulle ha företräde att den respekterade legalitets-, subsidiaritets- och proportionalitetsprincipen, att den inte kränkte grundläggande fri- och rättigheter samt att den respekterade medlemsstaternas nationella identitet. Dessa uttryckliga spärrar kvarstår i Lissabonfördraget, trots att företrädesprincipen inte återfinns i detta fördrag.

Det kan sålunda hävdas att förhållandet mellan EU-rättens krav på genomslag och de spärrar eller garantier som därvid måste uppfyllas, håller på att förskjutas till förmån för en tydligare begränsning av EU-rättens genomslag och konsekvenser. Att företrädet inte blir fördragsfäst är naturligtvis en brist i ett klarhets- och transparensperspektiv, men är både rimligt och begripligt från andra utgångspunkter. Utvecklingen påminner något om debatten kring den s.k. plattläggningsparagrafen inför det svenska inträdet i EU. Det var då fråga om att införa en uttrycklig företrädesprincip för EG-rätten i den svenska grundlagen.[53] Förslaget framfördes av tydlighetsskäl, men offrades till förmån för en betydligt vagare lösning i grundlagen, som sannolikt underlättade Sveriges inträde i EU. I stället för att klarlägga medlemskapets konsekvenser, infördes en svensk EU-klausul som fokuserade på EG-rättens begränsningar (RF 10 kap. 5 §). Det kan antas att frånvaron av företrädesklausul i Lissabonfördraget på liknande sätt kan underlätta ratificeringsprocessen, åtminstone i några medlemsländer. Det blir då enklare för enskilda medlemsstater att hävda att det (fortfarande) finns orubbliga principer i den nationella konstitutionen eller grundlagen som de inte tänker ge avkall på, även om de skulle kollidera med EU:s bestämmelser. Kodifiering är alltså, i synnerhet i ett EU-perspektiv, i vissa fall en mycket känslig och grannlaga övning som innefattar andra dimensioner än den juridiska.

Ett annat exempel är den invecklade, men ändå inte uttömmande, kompetenskatalogen som infördes i den europeiska konstitutionen och sedermera i Lissabonfördraget. Denna avser, trots sin detaljrikedom, att återspegla vad som redan gäller och ersätter heller inte den mer precisa kompetensfördelningen som framkommer vid en genomgång av de enskilda rättsgrunderna i fördragen.

---

53. Se SOU 1993:14, *EG och våra grundlagar*, s. 95. För att tillgodose de krav som ett medlemskap ställer föreslog utredningen att det sist i första kapitlet i Regeringsformen skulle införas ett nytt stadgande av följande lydelse: "Har överenskommelse träffats om Sveriges anslutning till [Europeiska gemenskaperna] och riksdagen beslutat att överlåta beslutsbefogenheter till [gemenskaperna], gäller de förpliktelser som följer av anslutningen utan hinder av vad som föreskrivs i grundlag eller annan lag."

Den europeiska konstitutionen och Lissabonfördraget utgör emellertid långt ifrån ett renodlat konsoliderings- och kodifieringsprojekt. Många nyheter lanseras tillsammans med de bestämmelser som är avsedda att förtydliga vad som redan gäller. Till de verkliga nyheterna hör att EU skall få kompetens på det straffrättsliga området samt i fråga om polis- och åklagarsamarbete, att Europeiska rådet skall få en vald ordförande, att unionen skall få en hög respresentat med befogenheter på det utrikespolitiska området, att kommissionen skall effektiviseras och att nya omröstningsregler skall införas för kvalificerade majoritetsbeslut. Gammalt blandades alltså med nytt. Det skall understrykas att detta bidrog till stundtals förvirrade diskussioner om vad den europeiska konstitutionen innebar. Konstitutionen presenterades som en helhet och det var svårt att urskilja vad som var gammal och vad som var nytt. Följden blev att det uppstod vitt skilda tolkningar om fördragets innehåll. Väljarna blev osäkra och fann det säkrast att säga nej.

En slutsats som kan dras är att det kan vara en fördel att hålla isär kodifieringsarbetet och den vanliga lagstiftningen (de egentliga nyheterna). Kanske finns det anledning att lära av Common law-systemet. Att kodifiera rättspraxis inom detta system är främst en uppgift för den juridiska expertisen. Eftersom rättsläget inte skall ändras, ankommer det enbart på den demokratiskt valde lagstiftaren att ta ställning till frågan om en kodifiering/konsolidering är önskvärd. Lagstiftaren måste då beakta att en kodifiering av rättspraxis alltid får vissa juridiska konsekvenser. Själva uppdraget (att utforma lagstiftningen) är dock ett beställningsarbete som kan läggas i händerna på de som bäst behärskar tekniken. Detta är något som man ännu inte har försökt sig på inom EU.

Lissabonfördraget avser på samma sätt som förslaget till europeisk konstitution att klargöra och förtydliga vad EU innebär. Fördraget är dock ett ändringsfördrag, viket gör det lättare att urskilja vilka nyheter som egentligen lanseras. I de omfattande ändringarna finns dock många som enbart avser att omorganisera och omstrukturera de gamla fördragen och kodifiera sådant som redan gäller. Det är således fortfarande en blandning av gammalt och nytt. Anledningen till att Lissabonfördraget bedömdes ha större chans att ratificeras än dess föregångare var att det fanns en ny jämförelsepunkt, den nu havererade och övergivna europeiska konstitutionen. Detta skapade en ny infallsvinkel för ratificeringsprocessen, vilket förstärktes av den politiska retoriken, nämligen att Lissabonfördraget är harmlöst i jämförelse med konstitutionen. Detta talade för att Lissabonfördraget hade betydligt större chans att överleva ratificeringsprocessen än vad den europeiska konstitutionen hade. I skrivande stund har emellertid det irländska folket röstat nej till Lissabonfördraget i en folkomröstning. Detta är naturligtvis ett allvarligt

hinder för ratificering. Enligt artikel 48 EU måste samtliga medlemsstater godkänna och ratificera fördraget för att det skall kunna träda i kraft. Denna gång har dock många medlemsstater redan ratificerat fördraget och det är därför mer sannolikt att en politisk uppgörelse nås som i slutändan möjliggör att Lissabonfördraget träder i kraft. En sådan uppgörelse kan mycket väl innebära att Irland får vissa specialundantag som kan motivera en ny folkomröstning.

8.7 Tillämpning av allmänna rättsprinciper i Sverige

I svensk rätt spelar allmänna rättsprinciper en betydligt mer undanskymd roll än i EG-rätten. Lagstiftningen är mer precis och fullständig och tolkas i hög grad mot bakgrund av förarbeten. Behovet av att använda rättsprinciper är därför förhållandevis litet. Det framgår emellertid av rättspraxis från framför allt Regeringsrätten att denna domstol har anammat ett tydligare princip- och rättighetstänkande i mål med EG-rättsliga implikationer. *Ulf Bernitz* anser t.ex. att det numera står klart, framför allt genom ett flertal avgöranden från Regeringsrätten, att proportionalitetsprincipen blivit accepterad i Sverige som en allmän rättsprincip. Han hänvisar särskilt till avgörandet i *Barsebäck*.[54]

Ett ökat princip- och rättighetstänkande medför också att skyddet för enskildas rättssäkerhet väger tyngre än det resultat som följer av en strikt tolkning av de positivrättsliga reglerna. Det bästa exemplet på detta är troligtvis fortfarande det s.k. *Lassagårdsmålet*[55] där Regeringsrätten med hänvisning till EG-rätten och Europakonventionen åsidosatte ett fullföljdsförbud i förordningen (1994:1715) om EG:s förordningar om jordbruksprodukter. *Joakim Nergelius* har i en artikel uttalat att Regeringsrättens avgörande utan överdrift kan betecknas som ett av de viktigaste konstitutionella och förvaltningsrättsliga avgörandena i modern tid. Han menar att domen visar hur europarätten i allmänhet och EG-rätten i synnerhet bidrar till att omforma den svenska rättsordningen.[56]

I allmänhet kan dock inte svenska jurister sägas ha anammat den EG-rättsliga metoden i särskilt stor utsträckning. Medlemskapet i EU innebär

54. RÅ 1999 ref. 76. Se Bernitz, U., *Sverige och Europarätten*, a.a., s. 41–42. Se även Schäder, G., *General Principles of Law in Swedish Law*, a.a., s. 214 ff.

55. RÅ 1997, ref. 65.

56. Nergelius, J., *Lassagårdsmålet: Viktigt avgörande om domstolars rätt att överpröva administrativa beslut*, a.a., s. 1162. Se även Schäder, G., *General Principles of Law in Swedish Law*, a.a., s. 214 ff.

förvisso inte att svenska jurister måste göra sig av med sin inlärda juridiska metod, men när EG-rätten tillämpas i Sverige måste den EG-rättsliga metoden användas om resultatet skall bli riktigt. EG-rättsliga bestämmelser måste sålunda, även om de återfinns i svenska lagar, förordningar och föreskrifter, tolkas och tillämpas i enlighet med den juridiska metod som EG-domstolen har utvecklat. Bland svenska jurister i allmänhet tycks finnas ett motstånd mot att använda en annan juridisk metod än den svenska. Ett motstånd som antagligen kan förklaras med att en kulturkrock uppstår i mötet med EG-rätten, dvs. två rättskulturer kolliderar.[57] Mot denna bakgrund har svenska jurister generellt sett en benägenhet att i möjligaste mån grunda sina avgörande i EG-rättsliga mål på svensk rätt, vilket yttrar sig i att de dels undviker att lyfta fram EG-rättsliga grundbestämmelser och principer,[58] dels undviker att begära förhandsavgöranden från EG-domstolen.[59] Den kritik som har riktats mot svenska domstolar av bl.a. Europeiska kommissionen i ett överträdelseärende mot Sverige kan sannolikt förklaras mot bakgrund av dessa förhållanden.[60] Om de nationella domstolarna inte tydligt redovisar hur de tillämpar EG-rätten, uppstår misstankar om att de inte har tillämpat den korrekt eller har försökt kringgå den. Särskilt om de nationella domstolarna och slutinstanserna inte begär förhandsavgörande från EG-domstolen, kan frågan lätt uppstå om deras bedömning verkligen överensstämmer med EG-rätten.

En förklaring till denna obenägenhet att använda sig av en EG-rättslig metod kan vara att den EG-rättsliga metoden bygger på andra tolkningsprinciper och grundar sig på en annan rättskällelära än den svenska juridiska

57. Den juridiska metoden i det svenska rättssamhället är generellt sett mer präglad av rättspositivismen än i flertalet andra medlemsländer, jfr t.ex. Hellner, J., *Positivism och metod inom rättsvetenskapen*, a.a., Strömberg, H., *En aktivare domarroll?*, a.a., s. 464–472 och Schäder, G., *General Principles of Law in Swedish Law*, a.a., s. 214 ff. För en intressant rättsvetenskaplig diskussion ang. rättsprincipers ställning i detta avseende, se Tuori, K., *Critical Legal Positivism*, a.a., särskilt s. 177 ff.

58. I det s.k. *Olivoljemålet* (RÅ 2004 ref. 8) gav regeringsrätten en vid definition av beslut, som väl överensstämmer med EG-domstolens rättighetspräglade syn på frågan om vad som är överklagbart. I målet var den centrala materiella frågan att principen om fri rörlighet för varor hade överträtts. Trots detta saknas helt hänvisningar till EG-rättsliga principer och bestämmelser. Regeringsrätten grundar sig uteslutande på svensk rätt. I det s.k. *Pfizermålet* (RÅ 2006 ref. 9) utvidgade regeringsrätten på motsvarande sätt definitionen av den krets som kan överklaga ett beslut enligt 22 § förvaltningslagen. Även här var det en tydligt EG-rättslig kontext, men regeringsrätten utnyttjar inte EG-rätten som grund för sitt resonemang.

59. Se om detta förhållande i bl.a. Bernitz, U., *Sverige och Europarätten*, a.a., s. 128 ff. Kritiken är fortfarande statistiskt berättigad. År 2006 hade total 63 mål om förhandsavgörande anhängiggjorts vid EG-domstolen efter begäran från svenska domstolar. Detta innebär ett genomsnitt av ca fem mål per år. Högsta domstolen hade begärt förhandsavgörande i åtta fall, regeringsrätten i 19 fall och Marknadsdomstolen i tre fall. Övriga domstolar stod för resterande 33 ärenden.

60. Se Fritz, M. och Hettne, J., *Sverige inför rätta – Kontrollen av medlemsstaterna i Europeiska unionen*, a.a., s. 55 ff.

metoden. Den svenska juridiska metoden skiljer sig mer från den EG-rättsliga metoden i jämförelse med flertalet andra medlemsländer. EG-domstolen använder en förhållandevis fri och starkt ändamålsorienterad tolkningsmetod.[61] EG-rättsliga bestämmelser måste i särskilt hög grad tolkas mot bakgrund av sitt sammanhang (systematisk tolkning) och syfte (teleologisk tolkning). EG-domstolen tolkar sålunda inte en bestämmelse enbart utifrån dess lydelse.

Detta är i sig inte främmande för den svenska rättstraditionen, där man i hög grad beaktar bestämmelsernas ändamål. I Sverige har dock i regel *lagförarbeten* utgjort utgångspunkten i detta avseende, vilket inte kan sägas vara fallet i EG-rätten.[62] Domstolen fann förvisso tidigt att gemenskapsrättens behov av enhetlig tillämpning, och därmed enhetlig tolkning, kräver att EG-rättsliga texter tolkas i förhållande till *upphovsmannens verkliga vilja och till det av honom eftersträvade syftet*.[63] Den påpekade dock att i avsaknad av förarbeten, som klart ger uttryck för avsikten hos en bestämmelses upphovsman, kunde den endast grunda sig på en texts räckvidd som sådan och ge den en betydelse grundad på en språklig och logisk tolkning.[64] Det har därför bara förekommit ett fåtal fall där EG-domstolen har hänvisat till förarbeten.[65] Den har i regel nöjt sig med att beakta den oförbindande ingressen till de rättsakter vars bestämmelser den tolkar.[66]

EG-domstolen tillämpar också en annan *prejudikatlära* än svenska domstolar. EG-domstolen tillämpar i själva verket en mångkulturell prejudikatlära som inte helt överensstämmer med någon av medlemsländernas traditioner.[67] Det är allmänt känt att EG-rätten i början påverkades starkt av fransk rätt och att den fortfarande står under ett kraftigt franskt inflytande. Franskan är fortfarande ett av EU:s viktigaste arbetsspråk och det enda

61. Se Due, O., *EF-domstolens retspraxis som integrationsfremmende faktor*, a.a., 412.

62. Utvecklingen mot ökad handlingsoffentlighet samt mot fler och mer lättillgängliga förarbeten inom EG-rätten innebär emellertid att förarbetenas betydelse som vägledande rättskälla ökar. Man kan därför förvänta sig att EG-domstolen framöver oftare kommer att beakta förarbeten när den försöker utröna en viss bestämmelses ändamålsenliga betydelse. Förarbetenas relativa betydelse inom gemenskapsrätten kommer dock knappast att få den betydelse som förarbeten av tradition har tillmätts i den svenska rättskälleläran, eftersom en sådan utveckling inte skulle vara förenlig med den alleuropeiska rättstradition som gemenskapsdomstolarna är skyldiga att respektera. Se Hettne, J. och Otken Eriksson, I. (red.), *EU-rättslig metod – Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, a.a., s. 66 ff. och 169 f.

63. Se dom av den 12 november 1969 i mål 29/69, Stauder mot Ulm, REG 1969, s. 419, punkt 2, svensk specialutgåva, volym 1, s. 421 samt dom av den 7 juli 1988 i mål 55/87, Moksal, REG 1988, s. 3845, punkt 49.

64. Dom av den 1 juni 1961 i mål 15/60, Simon mot domstolen, REG 1961, s. 225.

65. Se t.ex. Öberg, U., *Några anteckningar om användningen av förarbeten inom gemenskapsrätten*, a.a., s. 492 ff.

66. Se Bernitz, U., *Sverige och Europarätten*, a.a., s. 35.

67. Se Hettne, J. och Otken Eriksson, I. (red.), *EU-rättslig metod – Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, a.a., s. 30 ff.

arbetsspråket i EG-domstolen. EG-rätten är dock utformad på ett sätt som gör att den angloamerikanska *Common law*-metoden många gånger fungerar bättre som arbetsmodell än den kontinentaleuropeiska metoden. EG-rätten är ju nämligen domarskapt i större omfattning än som är vanligt i kontinentaleuropeiska stater och består också i övrigt i hög grad av oskriven rätt. Inom Common law har som bekant rättspraxis en särskilt stark ställning som rättskälla. Prejudikatläran inom Common law är därför av naturliga skäl väl utvecklad och har i många avseenden fungerat som förebild för gemenskapsdomstolarnas verksamhet.

Att förstå hur EG-domstolen utvecklar sin rättspraxis är också avgörande för hur man tolkar enskilda domar från EG-domstolen. Svenska jurister har en tendens att fästa för stor vikt vid enskilda formuleringar i domskälen. EG-domstolens domar måste förstås mot bakgrund av både tidigare och, i förekommande fall, senare avgöranden med anknytning till de aktuella frågeställningarna. Varje nytt fall utgör en länk i en kedja av fall som inte enbart bör studeras var och ett för sig utan som den helhet de sammantaget utgör.

EG-domstolen har alltså en annorlunda tolkningsmetod och prejudikatlära än svenska domstolar, men det som mest skiljer EG-domstolens metod från den svenska juridiska metoden är sannolikt förhållningssättet till allmänna rättsprinciper. EG-domstolen har en annan syn på regler än vad den svenska juristen i allmänhet har. Enligt EG-domstolen är reglerna ofta uttryck för mer grundläggande principer som kan förklara reglernas innehåll och plats i det större systemet. Det viktigaste är då inte regelns ordalydelse utan dess syfte i ett vidare sammanhang.[68] För att utröna en regels innehåll prövar EG-domstolen ofta hur bakomliggande principer har tillämpats på andra rättsområden och tillämpar sedan den aktuella bestämmelsen med vägledning av dessa principer. Det rör sig alltså om en specialform av analogisk tolkning där allmänna rättsprinciper fungerar som broar mellan olika EG-rättsliga områden.[69] De allmänna rättsprinciperna är på detta sätt ständigt närvarande i den EG-rättsliga tillämpningen. Det räcker därför inte att veta vilka EG-rättsliga principer som finns och var de härrör från. När det är EG-rättsliga bestämmelser som skall tillämpas, måste den nationella rättstillämparen förhålla sig till rättsprinciperna på samma sätt som EG-domstolen.

Av största vikt för en korrekt tillämpning av EG-rätten i Sverige är alltså att svenska domare och andra rättstillämpare accepterar att EG-rätten i stor

68. I Sverige har principerna större betydelse under lagstiftningsförfarandet än i rättstillämpningen, se Schäder, G., *General Principles of Law in Swedish Law*, a.a., s. 214 ff.

69. Jfr Hettne, J. och Otken Eriksson, I. (red.), *EU-rättslig metod – Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, a.a., s. 85 ff.

utsträckning består av rättspraxis och oskrivna allmänna rättsprinciper samt lär sig att, mot denna bakgrund, hantera de tolknings- och tillämpningsproblem som uppstår. Sådana problem kan inte lösas enligt traditionell svensk juridisk metod, utan måste lösas enligt EG-rättslig metod, dvs. enligt EG-domstolens metodik och tolkningsmetoder.

English summary

The European Court of Justice has based its development of EC law very largely on general principles of law that are recognised by the Member States. To put it a little more incisively, one may say that the ECJ has used general legal principles as a policy instrument. It has thereby assumed great responsibility for ensuring that EC law develops in a consistent and coherent way. The manner in which the ECJ has gone about the matter, and has succeeded in this development based on principles, forms the subject of this book.

1. EC law and the methodology of the ECJ

One explanation for the fact that general principles of law have achieved such an impact in the case-law of the ECJ is that EC law does not constitute a complete legal system. The objective of the EU and EC treaties is to solve trans-frontier problems. In EC law there is, for example, no binding list of fundamental rights or general administrative law. It is therefore not surprising that in the application of the law there sometimes arise disputes for which the written EC law lacks an evident solution. It is in these situations that the ECJ needs the general principles of law. They have a general and unifying significance in EC law and can be said to function as bridges between different branches of jurisprudence.

The methodology of the ECJ and its interpretive methods invite recourse to general legal principles. The EC-law method differs from national juridical method, since it is characterised by different legal traditions and is practised in an international and multicultural context, in which general principles of law can readily be utilised.

The general principles have a strong standing among the legal sources of EC law. By filling lacunae in the incomplete EC legal system they also complement primary EU law, i.e. the founding treaties, and shape their content. The sources from which the ECJ derives the general principles of law are therefore of great importance. When developing legal principles the Court makes effort to find support in pan-European principles and legal traditions. It seeks guidance in international treaties on fundamental rights to which the

Member States have subscribed, such as, for example, the European Convention on Human Rights. If the Member States have acceded to such treaties the ECJ can assume that their content is in accordance with the Member States' legal systems and can allow the relevant provisions in the treaties serve as guidance for the development of EC law. Reference to the European Convention and other international treaties that are binding on Member States provides legitimate support for this legal development.

When there is no guidance to be obtained from the treaty text or from international treties the ECJ resorts to a comparative method which aims to ascertain what principles can be regarded as recognised by at least the great majority of Member States. In using this comparative method the ECJ must be very careful to develop principles that are indeed in accord with the ruling legal values in the Member States. The basic idea is that the principles derived in this way must correspond with the common constitutional traditions of the Member States.

2. Limitations on the ECJ's scope for interpretation

The consequence is that general legal principles limit the ECJ's scope for interpretation. Where gaps in EC law exist, they cannot be filled by just any rules at all. The ECJ has a reputation for exploiting its teleological method of interpretation in order to develop EC law rather freely, but even that interpretive method is limited by general principles of law. The Court's interpretations must not lead to an outcome that diverges from the principles that lie at the foundations of the national legal systems of the Member States. The ECJ nevertheless often justifies its decisions in very brief terms and it is sometimes accused of judicial activism. An effective way of meeting this criticism would seem to be to give fuller explanations of how a given solution relates to the legal systems of the Member States. If the ECJ can show that a solution is based in the legal traditions of the majority of Member States, it is probable that it will achieve greater acceptance.

3. Administrative procedures

General legal principles have provided guidance for the development of EC law as regards what rules are to be observed within the framework of admin-

istrative procedures. These procedures are relevant when the Commission is dealing with matters in, for example, the competition and state aids sector and also when action has been entrusted to particular EU authority, such as, for instance, the Office for Harmonisation of the Internal Market (OHIM), the competent body for registration of the Community Trademark. One reason why general principles of law have been particularly important in this context is that EC law lacks a general administrative law such as the Swedish Administrative Act and Administrative Procedure Act.

Within the EU general legal principles of an administrative law nature have thus been developed, such as the principles of good administration and of the right of defence, as well as the duty of care and the obligation to state reasons. These principles are nevertheless invoked in contexts that differ from Swedish conditions. Their importance must be understood against the background of the legal control exercised by the EC Courts, which is legalistic and concentrated on procedural issues. That is particularly evident when the Courts test decisions that involve complex assessments of, for example, a economic and technical nature. The authority taking the decision is then given significant scope for discretionary assessment and the subsequent legal control is limited correspondingly. This limited examination of the subject matter is nevertheless complemented by a thorough scrutiny of whether the decision-making authority has dealt with the case properly and has observed the relevant principles of administrative law.

4. The right of appeal

The general principles of law also influence the criteria governing the right to bring actions before the EC Courts. Parties who have engaged in an administrative procedure within the EU have the opportunity to seek a Court judgment if they believe that their procedural rights have been infringed. The principle of the right of defence is most important here. It means that those persons who are materially affected by a decision by an authority must have the opportunity to present their views in a meaningful way. A person who in the course of an administrative process has exercised his right to defence is regarded as having been sufficiently affected to have the right subsequently to appeal against the decision if it goes against him.

5. Free movement

On the basis of the EU's general principles of law the ECJ has also created a European administrative law. That is not surprising because the ECJ has needed such rules in order to resolve disputes and other questions arising in daily activities. But the general principles of administrative law have importance not only in connection with administrative processes. The ECJ has also invoked general legal principles of an administrative law nature in order to define the meaning of the four freedoms, i.e. free movements of goods, services, persons and capital. The principles of administrative law limit the scope for Member States to erect barriers to free movement, as is also the case with other general legal principles within EC law. It is therefore permissible to speak of an *administrative law dimension of free movement*.

The basis for this legal development is that the ECJ considers it important that individuals and enterprises affected by a state regulation should have an insight into the way in which the regulation functions. This can, for example, apply to national licensing systems or state monopolies. If individuals are given the opportunity to appeal against decisions that disadvantage them, it exposes any factual conditions that might perhaps be in conflict with EC law. For the right of appeal to function it is further required that the reasons for decisions should be stated. Supervisory authorities and Courts can then check that the regulation is consistent with EC law. Requirements for transparency, statement of reasons and legal remedy are thus important components of the administrative law dimension of free movement. These requirements are derived by the ECJ from the principle of equality of treatment and they can therefore be termed structural guarantees for equality of treatment.

Nevertheless, equality of treatment does not suffice to enable the internal market to function. This principle presupposes, as is well-known, only that like cases should be dealt with alike. Trade barriers could thus be permissible provided they present the same barriers to trade for everybody. Against that background the structural guarantees for equality of treatment are complemented by the principle of proportionality. The ECJ has recourse to the principle of proportionality to ensure that barriers to trade that are grounded in legitimate objectives, i.e. compelling social considerations, do not entail unnecessarily far-reaching disruptions to trade within the EU.

The administrative law dimension of free movement has made a particularly important impact in the field of healthcare services. On the basis of the provisions in Article 49 of the EC Treaty, on the free movement of services, the ECJ has introduced a list of requirements as regards national licensing

systems that are comparable with rules of administrative law in a Member State. Furthermore, the judgments of the ECJ about the Swedish Alcohol and Pharmacy Monopolies have been characterised by a similar attitude. The administrative law dimension is also relevant for the assessment of the Swedish Gaming Monopoly.

6. Limitations to the effectiveness of EC law

As stated above, the general principles of law limit both the ECJ's scope for interpretation and the scope for discretionary judgment by EU institutions and Member States. They also put limits on the effective impact of EC law in the Member States, since they constitute conditions for its application.

The principles regarding the direct effect and precedence of EC law have over time developed into a broader principle about the effectiveness of EC law in the legal systems of Member States. In brief, its meaning is that EC law must have full effect or impact at the national level. The requirements established by the ECJ as regards both the content of national procedural and administrative law, and national rules about provisional protection (interim measures), must be understood against this background.

There has, however, always existed a counterweight to the effectiveness of EC law and its supremacy over national law. An early example of this is the ECJ's unyielding position as regards any refusal to accept the direct effect of the provisions of Directives in the relationship between two individuals, known as 'horizontal direct effect'. This position is based on the idea that a provision of a Directive that has not been implemented must not be applied to the disadvantage of one of the parties in a private law relationship, since one individual party should not be made subject to new obligations that do not derive from the national legislation applicable in the case. This attitude gives expression to the Community law principle regarding protection of legitimate expectations.

There are further examples of such reasoning in the case-law of the ECJ and it is a general condition in the application of EC law in the Member States that fundamental rights must be respected. It can thus be observed that in certain cases respect for general principles of law is of greater weight than the objective of achieving effective impact for EC law.

The impact of EC law is limited when the objective of effectiveness collides with general principles of law that are recognised in the Member States. That does not, however, mean that the protection of rights needs to be formulated in similar terms in all Member States. The ECJ respects the distinc-

tive features of Member States and there is therefore scope for distinctive national solutions. In the end it is a matter of striking a balance between interests, taking into account both the effectiveness of EC law and protection for the rights of individuals and other legitimate interests. EC law must be applied unless other legitimate interests have been established. The EU's general principles of law provide guidance on which interests may weigh more heavily than the requirement for effectiveness of EC law.

7. Codification

The development of EC law by the ECJ, based on principles, has in certain sectors led to very detailed judgments that call legislation to mind. However, because EC law must function in 27 countries, the standard of clarity and predictability demanded is necessarily high. Legal development through case-law often leads to well-considered and equitable solutions in individual cases but does not always create an adequate degree of predictability and therefore does not fully satisfy the demand for legal certainty. One measure that could be taken to improve the situation is to codify the principles and case-law in legal texts, which for the EU's part can be done either through treaties or through directives, regulations and decisions. The unwritten law consisting of legal principles and case-law will then be manifested in writing. As stated above, the principles of law set limitations where the EU legal framework in general is missing or merely gives vague indications. If the principles are codified, this limiting effect is strengthened. The Courts will then be obliged to take the written legal principles and considerations into account in a more consistent and systematic way. That will lead to greater predictability and legal certainty.

The codification of case-law and principles is a continuous process in EC law. A clear example is the competition sector where case-law and legal principles were codified in the new procedural regulation of 2003 (Council Regulation 1/2003). When it is a matter of more wide-ranging projects, the work of codification nonetheless customarily encounters difficulties. This may seem strange, because no new law, in the proper meaning of the phrase, is being created. What may in a legal perspective seem old and established may nevertheless in the political process be considered as both new and controversial. Moreover, it is common for the old to be mixed with the new, i.e. that certain provisions constitute codification of existing case-law and principles, while other provisions are new and intended to change the legal situation.

This has led to several failures. For example, the Commission's original proposal for a Services Directive met strong opposition and was ultimately replaced by a significantly less ambitious text. Much of what was removed from the original proposal was in fact intended to codify case-law. This was also the case with provisions on healthcare services and posted workers, in which the legal development is now being carried forward through decisions in the ECJ. Another example is the constitutional treaty and the subsequent Lisbon Treaty which shows the difficulties of codifying the EU's overall principles on the supremacy of EC law and the attribution of competence.

It may be noted that more extensive codification projects have been successful when it has been a matter of work carried forward outside the EU's usual legislative process and resulting in texts that are not legally binding. That is the case with the Code of Good Administrative Behaviour and the Charter of Fundamental Rights.

A conclusion that may be drawn is that it may be an advantage to keep separate the work of codification on the one hand, and ordinary legislation on the other. Legislation is a political process, while codification is a task that can more readily be entrusted to legal experts. It is important for the development of EC law for codification to come about in certain areas. It is to be hoped that the Code of Good Administrative Behaviour has cleared the way for a binding administrative law for the EU and also that the Charter of Fundamental Rights will in the end become binding. Nor does it appear excluded that the overall codification of EC constitutional law, for which the Lisbon Treaty forms a basis, will in the end become a reality.

8. General principles of law in Sweden

Membership of the EU entails Europeanisation of the Swedish legal tradition and legal methods. This development nonetheless goes slowly and in general Swedish lawyers cannot be said to have adopted the EU legal method to any great extent. An EC law provision must be interpreted and applied in accordance with the method developed by the ECJ, even if it is to be found in Swedish laws, ordinances and regulations. An important difference between Swedish legal method and EC legal method is the attitude to general principles of law. The ECJ often considers rules as expressions of general principles of law. The principles can explain the content of the rules and their place in the larger system, as well as providing guidance on the way in which they must be interpreted. The general principles of law are in that way constantly present in EC law.

It is of the greatest importance for correct application of EC law in Sweden that Swedish lawyers accept that EC law to a considerable extent consists of case-law and unwritten legal principles, as well as learning to manage the problems of interpretation and application that arise. Such problems cannot be solved in accordance with traditional Swedish judicial method, but rather with EC legal method, that is to say with the methodology and working methods of the ECJ.

Källförteckning

Offentligt tryck

EUT – Europeiska unionens officiella tidning, tidigare EGT

Citerade fördrag och andra grundtexter

Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, proklamerad i Nice den 7 december 2000, EGT C 364, s. 1

Fördraget om upprättande av en konstitution för Europa, EUT 2004, C 310, s. 1

Lissabonfördraget om ändring av fördraget om Europeiska unionen och fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen, undertecknat i Lissabon den 13 december 2007, EUT 2007, C 306, s. 1

Citerade förordningar

Rådets förordning (EEG) nr 1191/69 av den 26 juni 1969 om medlemsstaternas åtgärder i fråga om allmän trafikplikt på järnväg, väg och inre vattenvägar, EGT L 156, s. 1, svensk specialutgåva, område 7, volym 1, s. 64

Rådets förordning (EEG) nr 1408/71 av den 14 juni 1971 om tillämpningen av systemen för social trygghet när anställda, egenföretagare eller deras familjer flyttar inom gemenskapen, EGT L 149, s. 2, svensk specialutgåva, område 5, volym 1, s. 57

Rådets förordning (EEG) nr 1893/91 av den 20 juni 1991 om ändring i förordning (EEG) nr 1191/69 om medlemsstaternas åtgärder i fråga om allmän trafikplikt på järnväg, väg och inre vattenvägar, EGT L 169, s. 1, svensk specialutgåva, område 7, volym 4, s. 17

Rådets förordning (EG) nr 40/94 om gemenskapsvarumärken EGT L 11, s. 1 (1994), svensk specialutgåva, område 17, volym 2, s. 3

Kommissionens förordning (EG) nr 2868/95 av den 13 december 1995 om genomförande av rådets förordning (EG) nr 40/94 om gemenskapsvarumärken, EGT L 303, s. 1

Rådets förordning (EG) nr 384/96 av den 22 december 1995 om skydd mot dumpad import från länder som inte är medlemmar i Europeiska gemenskapen, EGT L 56, s. 1

Rådets förordning (EG) nr 659/1999 av den 22 mars 1999 om tillämpningsföreskrifter för artikel 93 i EG-fördraget, EGT L 83, s. 1

Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget, EGT L 1, s. 1

Kommissionens förordning (EG) nr 773/2004 av den 7 april 2004 om kommissionens förfaranden enligt artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget, EUT L 123, s. 18

Citerade direktiv

Rådets direktiv 85/337/EEG av den 27 juni 1985 om miljökonsekvensbeskrivningar, EGT L 175, s. 40, svensk specialutgåva, område 15, volym 6, s. 226

Rådets direktiv 93/37/EEC av den 14 juni 1993 concerning the coordination of procedures for the award of public works contracts, OJ L 199, s. 54 (svensk version ej tillgänglig)

Europaparlamentets och rådets direktiv 96/71/EG av den 16 december 1996 om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster, EGT L 18, s. 1

Europaparlamentets och rådets direktiv 98/5/EG av den 16 februari 1998 om underlättande av stadigvarande utövande av advokatyrket i en annan medlemsstat än den i vilken auktorisationen erhölls, EGT L 77, s. 36

Europaparlamentets och rådets direktiv 98/34/EG av den 22 juni 1998 om ett informationsförfarande beträffande tekniska standarder och föreskrifter, EGT L 204, s. 37

Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/38/EG av den 29 april 2004 om unionsmedborgares och deras familjemedlemmars rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier och om ändring av förordning (EEG) nr 1612/68 och om upphävande av direktiven 64/221/EEG, 68/360/EEG, 72/194/EEG, 73/148/EEG, 75/34/EEG, 75/35/EEG, 90/364/EEG, 90/365/EEG och 93/96/EEG, EUT L 158, s. 77

Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/36/EG av den 7 september 2005 om erkännande av yrkeskvalifikationer, EUT L 255, s. 22

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

Citerade beslut

Rådets beslut 93/350/Euratom, EKSG, EEG av den 8 juni 1993 om ändring av rådets beslut 88/591/EKSG, EEG, Euratom, om upprättande av Europeiska gemenskapernas förstainstansrätt, EGT L 144, s. 21
Rådets beslut av den 2 november 2004 om upprättande av Europeiska unionens personaldomstol, 2004/752/EG, Euratom, EUT L 333, s. 7
Kommissionens beslut 94/810/EKSG, EG av den 12 december 1994 om kompetensområdet för förhörsombudet vid kommissionens behandling av konkurrensärenden, EGT L 330, s. 67

Övrigt

Meddelande av den 23 januari 1997 om interna förfaranderegler för behandling av förfrågningar om tillgång till handlingar enligt artiklarna 85 och 86 i EG-fördraget, artiklarna 65 och 66 i Parisfördraget och rådets förordning (EEG) nr 4064/89, EGT C 23, s. 3

Svenska propositioner, betänkanden, utredningar m.m.

Prop. 1991/92:170, Europeiska Ekonomiska Samarbetsområdet
Prop. 1993/94:136 om riktlinjer för ett nytt system för import, export, tillverkning och partihandel med alkoholdrycker
Prop. 1994/95:19, Sveriges medlemskapi Europeiska unionen
Prop. 1994/95:89, Förslag till alkohollag
SOU 1993:14, EG och våra grundlagar
SOU 2008:4, Omreglering av apoteksmarknaden
SOU 2008:33, Detaljhandel med vissa receptfria läkemedel
Betänkande 2003/04:KUU1 angående Europeiska konventet om EU:s framtid
Statskontorets rapport *Principles of Good Administration in the Member States of the European Union* (2005:4)
Statskontorets rapport *Förvaltning för fri rörlighet* (2006:16)

Citerad litteratur

Abrahamsson, O., *Handlar normprövningsdebatten om rätt saker*, SvJT 2007, s. 779
Autexier, C., *Introduction au droit public allemand*, Presses universitaires de France, 1997

Barents, R., *The Internal Market Unlimited: Some Observations on the Legal Basis of Community Legislation*, CML Rev. nr 30 (1993), s. 85

Barrington, D., *Observations on the More Ancient Statutes ... with Appendix being a proposal for new modeling the statutes* (1766), 3:e uppl., London 1769

Bengoetxea, J., *Is Direct Effect a General Principle of European Law?* i General Principles of EC Law in a Process of Development, (red.) Bernitz, U., Nergelius, J. och Cardner, C., Kluwer 2008, s. 3

Bergström, C.F. och Hettne, J., *Lissabonfördraget – Hur ändras EU?*, ERT 2008, s. 32

Bergström, M., *Lagligheten av de svenska alkoholinförselreglerna*, ERT 2004, s. 618

Bernitz, U.,

- *Sverige och Europarätten*, Norstedts juridik 2002
- *Missbruk av dominerande ställning i form av prisdiskriminering – restitution och betalningsbefrielse*, ERT 2003, s. 382.
- *Gourmet-målet: Marknadsdomstolen finner annonseringsförbudet för alkohol otillåtet enligt EG-rätten*, ERT 2003, s. 572
- *Nationella spelmonopol i ljuset av Gambellimålet*, ERT 2004, s. 451

Bernitz, U. och Nergelius, J. (red.), *General Principles of European Community Law*, Kluwer 2000

Bernitz, U., Karnell, K., Pehrson, L. och Sandgren, C., *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*, 9:e uppl., Jure 2006

Bernitz, U., Nergelius, J. och Cardner, C. (red.), *General Principles of EC Law in a Process of Development*, Kluwer 2008

Bradley, K., *The European Court and the Legal Basis of Community Legislation*, CML Rev. nr 13 (1988), s. 379

Buendia Sierra, J.L., *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law*, Oxford University Press 1999

Bywater, A. och Hettne, J., *European Court Litigation in EU trademark cases – how is the system faring?*, Trademark Word nr 149, 2002

Calleros, C. R., *Legal Method and Writing*, Little, Brown and Company 1990

Cappelletti, M., *The Law Making Power of the Judge and its Limits: A Comparative Study*, (1981) 8 Monash LR 21–22

Craig, P., *EU Administrative Law*, Oxford University Press 2006

Cramér, P., *Does the Codification of the Principle of Supremacy Matter?*, Cambridge Yearbook of European Legal Studies, vol. 7, 2004–2005, s. 58

de Búrca, G. och Aschenbrenner, J.B., *European Constitutionalism and the Charter* i the EU Charter of Fundamental Rights, Politics, Law and Policy, Peers and Ward (red.), Hart Publishing 2004

Dony, M., Bribosia, E. (red.), *Commentaire de la Constitution de l'Union européenne*, Editions de l'Université de Bruxelles 2005

Due, O.,

- *EF-domstolens retspraxis som integrationsfremmende fakor*, JT 1991–92, s. 407
- *Understanding the Reasoning of the Court of Justice*, i Festskrift för Fernand Shockweiler, Nomos 1999, s. 74

Douglas-Scott, S., *Constitutional Law of the European Union*, Pearson-Longman 2002

Dworkin, R, *Taking Rights Seriously*, Duckworth 1977

Edward, D., *Direct Effect, the Separation of Powers and the Judicial Enforcement of Obligations* i Festskrift för Giuseppe Federico Mancini, II, Diritto dell' Unione Europea (1998), s. 423

Edwardsson, E., *Fri rörlighet för välfärd? – Rättsutvecklingen gällande den fria rörligheten för sjukvårdstjänster*, Sieps 2007:5

Emiliou, N., *Opening Pandora's Box: the Legal Basis of Community Measures before the Court of Justice*, EL Rev. nr 19 (1994), s. 488

Fritz, M., *Franzéndomen*, Ny Juridik nr 4:97

Fritz, M., Hettne, J. och Rundegren, H., *När tar EG-rätten över; EG-rätten och dess inverkan på den svenska rättsordningen*, andra utgåvan, Industrilitteratur 2001

Fritz, M. och Hettne, J., *Sverige inför rätta – Kontrollen av medlemsstaterna i Europeiska unionen*, Sieps 2006:3

Galligan, D. J., *Due Process and Fair Procedures*, Claredon Press, Oxford, 1996

Grimm, D., *Does Europe Need a Constitution?* 1 European Law Journal (1995), s. 282

Groussot, X.,

- *Creation, Development and Impact of the General Principles of Community Law: Towards a jus commune europaeum* (Lund, 2005)
- *General Principles of Community Law*, Europa Law Publications Netherlands 2006

Groussot, X. och Lidgard, H.H., *Are There General Principles of Community Law Affecting Private Law* i General Principles of EC Law in a Process of Development, (red.) Bernitz, U., Nergelius, J. och Cardner, C., Kluwer 2008, s. 155

Hallström, P., *Nationella avsteg från EU:s stadga om grundläggande rättigheter*, SvJT 2002, s. 753

Hartley, T.,
- *Constitutional Problems of the European Union*, Hart Publishing 1999
- *The Foundations of European Community Law*, 5:e uppl., Hart publishing 2003

Hellner, J.,
- *Rättsteori*, Norstedts juridik 1994
- *Positivism och metod inom rättsvetenskapen* i Festskrift för Strömholm, del I, Iustus 1997, s. 351

Herdegen, M., *General Principles of EU Law – the Methodological Challenge* i General Principles of EC Law in a Process of Development, (red.) Bernitz, U., Nergelius, J. och Cardner, C., Kluwer 2008, s. 343

Hettne, J.,
- *Gemenskapsdomstolarnas rättskontroll och allmänna förvaltningsrättsliga principer*, ERT 2002, s. 238
- *EG:s talerättskriterier i gungning?*, Ny Juridik nr 3:2002, s. 42
- *EU:s konkurrensrätt och företagens rättsskydd*, Ny Juridik nr 2:2003, s. 70
- *Subsidiaritetsprincipen: Politisk granskning eller juridisk kontroll?*, Sieps 2003:4
- *EU, monopolen och försvaret av den rådande ordning*, ERT 2004, s. 589
- *Apoteksdomen – Monopolet på fallrepet?*, ERT 2005, s. 562
- *Apoteksdomens konsekvenser – inre marknaden i fara?*, Ny Juridik nr 3:05
- *Tjänstedirektivet på frammarsch*, Sieps nyhetsbrev, mars 2006
- *Gammalt blir nytt – Svårigheten att kodifiera rättspraxis och återspegla rättsläget*, i Vad hände(r) med den konstitutionella krisen i EU?, Sieps 2006:6
- *Fritt fram för nätsprit – Har EG-domstolen bytt fot?*, Ny Juridik nr 3:2007

Hettne, J. och Langdal, F., *Vad innebär reformfördraget?*, European Policy Analysis 4:2007 (Sieps)

Hettne, J. och Otken Eriksson, I., (red.), *EU-rättslig metod – Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, Norstedts juridik 2005

Hettne, J. och Paulander, H., *Förfarandet för registrering av gemenskapsvarumärket*, Ny Juridik nr 2:2000, s. 7

Hettne, J. och Öberg, U.,
- *Domstolarna i Europeiska unionens konstitution*, Sieps 2003:15
- *Fritt skön och domstolskontroll vid offentlig upphandling*, SvJT 2005, s. 192

Iglesias, R., *Reflections on the General Principles of Community Law*, CJLS 1999, s. 1

Jacobs, F., *Access to justice as a fundamental right in European Law*, Festskrift för Fernand Schockweiler, Nomos 1999, s. 197

Johansson, M., *Rosengren – a "Franzén light"?*, ERT 2007, s. 608

Koopmans, T., *General Principles of Law in European and National Systems of Law: A comparative view*, i General Principles of European Community Law, (red.) Bernitz, U. och Nergelius, J., Kluwer 2000, s. 34

Lackhoff, K. och Nyssens, H., *Direct Effects of Directives in Triangular Situations*, 23 ELRev (1998), s. 397.

Lehrberg, B., *Praktisk juridisk metod*, 5:e uppl., Jure 2007

Lenaerts, K.,

- *The legal protection of private parties under the EC Treaty: a coherent and complete system of judicial review?*, Festskrift för Giuseppe Federico Mancini, Vol. II, Giuffrè (1998), s. 591
- *Le droit comparé dans le travail du juge communantaire*, RTD eur. 37 (3), 2001, s. 487
- *Inter-locking legal orders in the European Union and comparative law* (2003) ICLQ, s. 873

Lenaerts, K. och Arts, D., Bray, R., *Procedural Law of the European Union*, Sweet & Maxwell 1999

Lenaerts, K. och Van Nuffel, P., *Constitutional Law of the European Union*, 2:a uppl., Sweet & Maxwell 2005

Lenz, M., *Horizontal what? Back to Basics*, 25 ELRev (2000), s. 509

Sir Leslie Scarman, *A 'Code of English Law?'* i Zander, M., The Law-Making Process, Weidenfeld and Nicolsson 1980, s. 282

Lieberman, D., *Legislation in Common Law Context*, University of California, Paper 23, 2004

Lokrantz Bernitz, H., *Unionsmedborgarskapet och dess inverkan på den fria rörligheten för personer*, Sieps 2006:7

Maduro, M. P., *We the Court : The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Hart Publishing 1998

Mancini, G.F., *The role of the supreme courts at the national and international level: a case study of the Court of Justice of the European Communities* i The Role of the Supreme Courts at the National and International Level, Yessiou-Faltsi P. (red.), Sakkoulas 1998, s. 421

McLeod, I, *Legal Method*, 4:e uppl., Palgrave 2002

Melin, M. och Schäder, G., *EU:s konstitution*, 6:e uppl., Norstedts juridik 2004

Meyrowitsch, A., Allroth, E. och Hettne, J., *EU och svenska monopol – teori, verklighet och framtid*, Sieps 2005:6

Moitinho de Almeida, *Le recours en annulation des particuliers (article 173, deuxième alinéa, du traité CE): nouvelles réflexions sur l'expression 'la concer-*

nent ... individuellement', Festskrift för Ulrich Everling, Vol. I, Nomos 1995, s. 849

Nehl, H. P., *Administrative Procedure in EC law*, Hart Publishing 1999

Nergelius, J.,

- *Lassagårdsmålet: Viktigt avgörande om domstolars rätt att överpröva administrativa beslut*, JT 1997–98, s. 1162
- *Amsterdamfördraget och EU:s institutionella maktbalans*, Norstedts juridik 1998

O'Neill, A., *Decisions of the European Court of Justice and their National Implications*, Butterworths 1994

Otken Eriksson, I.,

- *Marknadsdomstolens dom i Gourmet-målet: resonemang kring proportionalitet*, ERT 2003, s. 585
- *Medlemsstaternas skadeståndsansvar för nationella domstolars överträdelser av gemenskapsrätten: björnen sover ...*, ERT 2004, s. 199
- *Är vi mogna för ursprungslandsprincipen?*, ERT 2004, s. 539
- *Slagskepp eller kanonbåt? EG-rättslig utvärdering av tjänstedirektivet*, i Lissabonstrategin i halvtid, Europaperspektiv 2005, Gustavsson, Oxelheim och Wahl (red.), Santérus förslag 2005, s. 212

Palm, E., *Rättspraxis och tolkningsmetoder i Europadomstolen för de mänskliga rättigheterna*, JT 2003–04, s. 739

Peczenik, A., med Arnio, A. och Bergholtz, G., *Juridisk argumentation – en lärobok i allmän rättslära*, Studentlitteratur 1990

Peczenik, A., *Vad är rätt?* Fritzes 1995

Pennera, C., *The Court of Justice and its Role as a Driving Force in European Integration*, Journal of European History, no 1, 1995, s. 111

Pehrson, L. och Wahl, N., *Systembolaget*, JT 1998–99, s. 834

Piris, J-C., *The Constitution for Europe – A Legal Analysis*, Cambridge University Press 2006

Prechal, S., *Does Direct Effect Still Matter?*, 37 CMLRev (2000), s. 1047

Pålsson, S. och Quitzow, C., M., *EG-rätten – Ny rättskälla i Sverige*, Publica 1993

Ragnemalm, H., *Confiance légitime et délai raisonnable: Quelques remarques sur le thème du retrait des actes administratifs favorables en droit communautaire*, i Festskrift för Schockweiler, Nomos 1999

Raitio, J., *The Principle of Legal Certainty as a General Principle of EU Law* i General Principles of EC Law in a Process of Development, (red.) Bernitz, U., Nergelius, J. och Cardner, C., Kluwer 2008, s. 47

Rasmussen, H.,

- *On Law and Policy in the European Court of Justice*, Nijhoff 1986

– *The European Court of Justice*, GadJura 1998
Reichel, J.,
– *God förvaltning i EU och Sverige*, Jure 2006
– *A New Proposal for a Regulation on Mutal Recognition of Goods – Towards a Harmonized Administrative Order?* European Policy Analysis 3:2007 (Sieps)
Rideau, J., *Droit institutionnel de l'union et des communautés européennes*, 2:a uppl., L.G.D.J 1996
Ruffert, M., *Rights and Remedies in European Community Law: A Comparative view*, 34 CMLRev. (1997) s. 307
Schermers, H. G. och Waelbroeck, D. F., *Judicial Protection in the European Union*, 6e uppl, Kluwer 2001
Schilling, T., *The Autonomy of the Community Legal Order – An Analysis of Possible Foundations*, Harvard International Law Journal 37 (1996), s. 389
Schockweiler, *L'accès à la justice dans l'ordre juridique communautaire*, Journal des tribunaux, Droit européen, nr 25, 1996, s. 1
Schwartze, J., *European Administrative Law*, Sweet & Maxwell 1992, reviderad utgåva 2006
Schäder, G., *General Principles of Law in Swedish Law*, i Bernitz, U. och Nergelius, J. (red.), General Principles of European Community Law, Kluwer 2000, s. 214
Schønberg, S., *Legitimate Expectations in Administrative Law*, Oxford University Press 2000
Shapiro, B. J., *Codifications of the Laws in Seventeeth-Century England*, Wisconsin Law Review 1974, s. 428
Smith, A., *The Wealth of Nations* (1776)
Sonelli, S., *Appeal on Points of Law in the Community System – a Review*, CMLre 1998 35 (4): 871-900
Strömberg, H., *En aktivare domarroll?*, SvJT 1997, s. 464–472
Ståhl, K., *Skatterna och den fria rörligheten inom EU: Svensk skatterätt i förändring*, Sieps 2006:8
Temple Lang, J., *Article 10 – The Most Important "General Principle" of Community Law* i General Principles of EC Law in a Process of Development, (red.) Bernitz, U., Nergelius, J. och Cardner, C., Kluwer 2008, s. 75
Tridimas, T., *The General Principles of EU Law*, 2:a uppl., Oxford University Press 2005
Tuori, K., *Critical Legal Positivism*, Ashgate 2002
Usher, J., *General Principles of European Community Law*, Longman 1998

Vesterdorf, B., *Certain Reflections on Recent Judgments Reviewing Commission Merger Control Decisions*, i Hoskins, M. och Robinson, W. (red.), A True European, Essays for Judge David Edward, Hart publishing 2003, kap. 10

Wahl, N., *Vad är oddsen för att det svenska spelmonopolet är förenligt med EG-rätten? – Regeringsrättens dom i Wermdö Krog*, ERT 2005, s. 119

Ward, A., *A Critical Introduction to European Law*, Sweet & Maxwell 1996

Warnling-Nerep, W.,

- *Gourmet-målet än en gång: Folkhälsoskälen var inte tillräckliga*, ERT 2003, s. 435
- *En introduktion till förvaltningsrätten*, sjunde uppl., Norstedts juridik 2004

Wiklund, O., *EG-domstolens tolkningsutrymme*, Norstedts juridik 1997

Wiklund, O. och Bengoetxea, J., *General Constitutional Principles of Community Law*, i General Principles of European Community Law, (red.) Bernitz, U. och Nergelius, J., Kluwer 2000

Wiklund, O. och Bergman, H., *Europeiseringstendenser och domstolskritik i svensk rätt – Regeringsrättens domar i spelmålen*, ERT 2005, s. 713

Zetterquist, O., *Esse, non videri – företrädesprincipens vara eller icke vara*, Europapolitisk analys 2008:6 (Sieps)

Öberg, U.

- *Några anteckningar om användningen av förarbeten inom gemenskapsrätten*, JT 2000–2001, s. 492
- *Tre lösa trådar: mer om förarbeten, statens processföring vid EG-domstolen och det gemenskapsrättsliga uppenbarhetsrekvisitet*, SvJT 2003, s. 505
- *Principen om ömsesidigt erkännande och ursprungslandsprincipen i gemenskapsrätten* (TemaNord 2003:534, rapport av Nordiska ministerrådet)

Citerade rättsfall

EG-domstolen

1956

7/56 och 3–7/57, Algera m.fl., REG 1957, s. 12 (fransk utgåva), engelsk specialutgåva 1957–1958, s. 39 **59, 219, 240**

1959

16–18/59, Geitling, Mausegatt and Präsident mot Höga myndigheten, REG 1960, s. 47 (fransk utgåva) **76**

42/59 och 49/59, Snupat mot Höga myndigheten, REG 1961, s. 99, svensk specialutgåva, volym 5, s. 95 **241**

1960

15/60, Simon mot domstolen, REG 1961, s. 225 **32, 315**

1961

14/61, Hoogovens mot Höga myndigheten, REG 1962, s. 485 (fransk utgåva), engelsk specialutgåva 1962, s. 253 **53, 241**

1962

25/62, Plaumann mot kommissionen, REG 1963, s. 199, svensk specialutgåva, volym 1, s. 181 **108**

26/62, Van Gend en Loos, REG 1963, s. 3, svensk specialutgåva, volym 1, s. 161 **200**

1964

6/64, Costa mot Enel, REG 1964, s. 1141, svensk specialutgåva, volym 1, s. 211 **213, 256**

1965

61/65, Vaassen-Göbbels, REG 1966, s. 377, s. 395, svensk specialutgåva, volym 1, s. 263 **131**

1969

29/69, Stauder mot Ulm, REG 1969, s. 419, svensk specialutgåva, volym 1, s. 421 **32, 315**

1970

11/70, Internationale Handelsgesellschaft, REG 1970, s. 1125, svensk specialutgåva, volym 1, s. 503 **214, 268 f.**

22/70, kommissionen mot rådet, REG 1971, s. 263, svensk specialutgåva, volym 1, s. 551 **259**

1973

4/73, Nold, REG 1974, s. 491, svensk specialutgåva, volym 2, s. 291 **50**

1974

17/74, Transocean Marine Paint Association mot kommissionen, REG 1974, s. 1063, svensk specialutgåva, volym 2, s. 357 **74, 241**
34/74, Roquette frères, REG 1974, s. 1217 **57**
100/74, Société CAM SA mot kommissionen, REG 1975, s. 1393 **108**

1975

43/75, Defrenne, REG 1976, s. 455, svensk specialutgåva, volym 3, s. 59 **201**
59/75, Manghera m.fl., REG 1976, s. 91, svensk specialutgåva, volym 3, s. 9 **145, 148**
91/75, Miritz, REG 1976, s. 217 **168**
130/75, Prais mot rådet, REG 1976, s. 1589, svensk specialutgåva, volym 3, s. 201 **50**

1976

26/76, Metro mot kommissionen, REG 1977, s. 1875, svensk specialutgåva, volym 3, s. 431 **111**
33/76, Rewe, REG 1976, s. 1989, svensk specialutgåva, volym 3, s. 261 **216**
51/76, Verbond van Nederlandse Ondernemingen, REG 1977, s. 113 **210 f., 221, 304**
65/76, Marcel Derycke, REG 1977, s. 29 **57**

1977

54/77, Herpels mot kommissionen, REG 1978, s. 585 **219**

1978

91/78, Hansen, REG 1979, s. 935 **168**
120/78, Rewe-Zentral, kallad Cassis de Dijon, REG 1979, s. 649, svensk specialutgåva, volym 4, s. 377 **168**
152/78, kommissionen mot Frankrike, REG 1980, s. 2299 **163**

1979

34/79, Henn och Darby, REG 1979, s. 3795, svensk specialutgåva, volym 4, s. 637 **163**
136/79, National Panasonic mot kommissionen, REG 1980, s. 2033, svensk specialutgåva, volym 5, s. 253 **50, 90**
155/79, AM & S mot kommissionen, REG 1982, s. 1575, svensk specialutgåva, volym 6, s. 405 **52, 54, 75, 240**
730/79, Philip Morris Holland, REG 1980, s. 2671, svensk specialutgåva, volym 5, s. 303 **99**

1980

195/80, Michel mot parlamentet, REG 1981, s. 2861 **91**

1981

8/81, Becker, REG 1982, s. 53, svensk specialutgåva, volym 6, s. 285 **202**
14/81, Alpha Steel mot kommissionen, REG 1982, s. 749 **219, 241**
283/81, CILFIT, REG 1982, s. 3415, svensk specialutgåva, volym 6, s. 513 **56**

1982

96, 102, 104, 105, 108 och 110/82, IAZ mot kommissionen, REG 1983, s. 3369 **76**
237/82, Jongeneel Kaas, REG 1984, s. 483, svensk specialutgåva, volym 7, s. 489 **260**
239 och 275/82, Allied Corporation mot kommissionen, REG 1984, s. 1005, svensk specialutgåva, volym 7, s. 519 **112**
264/82, Timex mot rådet och kommissionen, REG 1985, s. 849, svensk specialutgåva, volym 8, s. 117 **112**
292/82, Merck, REG 1983, s. 3781 **56**
323/82, Intermills mot kommissionen, REG 1984, s. 3809, svensk specialutgåva, volym 7, s. 685 **112**
337/82, St. Nikolaus Brennerei, REG 1984, s. 1051 **56**

1983

14/83, von Colson, REG 1984, s. 1891, svensk specialutgåva, volym 7, s. 577 **204**

59/83, SA Biovilac, REG 1984, s. 4057, svensk specialutgåva, volym 7, s. 701 **100**
294/83, Parti écologiste "Les Verts" mot Europaparlamentet, REG 1986, s. 1339, svensk specialutgåva, volym 8, s. 529 **57, 108, 232, 257**

1984

29/84, kommissionen mot Tyskland, REG 1985, s. 1661, svensk specialutgåva, volym 8, s. 221 **128**
75/84, Metro, REG 1986, s. 3021 **111**
142 och 156/84, BAT och Reynolds industrier mot kommissionen, REG 1987, s. 4487, svensk specialutgåva, volym 9, s. 247 **83**
152/84, Marshall, REG 1986, s. 723, svensk specialutgåva, volym 8, s. 457 **202 f.**
178/84, kommissionen mot Tyskland, REG 1987, s. 1227 **129**
205/84, kommissionen mot Tyskland, REG 1986, s. 3755, svensk specialutgåva, volym 8, s. 741 **48, 231**
222/84, Johnston, REG 1986, s. 1651, svensk specialutgåva, volym 8, s. 597 **51, 242**

1985

15/85, Consorzio Cooperative d'Abruzzo mot kommissionen, REG 1987, s. 1005, svensk specialutgåva, volym 9, s. 29 **219, 241**
67/85, 68/85 och 70/85, Van der Kooy mot kommissionen, REG 1988, s. 219, svensk specialutgåva, volym 9, s. 305 **110**
89, 104, 114, 116–117 och 125–129/85, Ahlström mot kommissionen, REG 1988, s. 5193, svensk specialutgåva, volym 9, s. 651 **49**
201/85 och 202/85, Klensch, REG 1986, s. 3477, svensk specialutgåva, volym 8, s. 729 **58**
203/85, Nicolet Instrument, REG 1986, s. 2049 **103**
338/85, Pardini, REG 1988, s. 2041 **131**
363/85, kommissionen mot Italien, REG 1987, s. 1733 **128**

1986

14/86, Pretore di Salò mot X, REG 1987, s. 2545, svensk specialutgåva, volym 9, s. 111 **131**
31 och 35/86, LAISA mot rådet, REG 1988, s. 2285 **44**
45/86, kommissionen mot rådet, REG 1987, s. 1493, svensk specialutgåva, volym 9, s. 55 **78**

80/86, Kolpinghuis Nijmegen, REG 1987, s. 3969, svensk specialutgåva, volym 9, s. 213 **205, 222, 304**
222/86, Heylens, REG 1987, s. 4097, svensk specialutgåva, volym 9, s. 223 **129**

1987

46/87 och 227/88, Hoechst mot kommissionen, REG 1989, s. 2859, svensk specialutgåva, volym 10, s. 133 **50, 81**
55/87, Moksal, REG 1988, s. 3845 **32, 315**
85/87, Dow Benelux mot kommissionen, REG 1989, s. 3137 **75, 90**
374/87, Orkem mot kommissionen, REG 1989, s. 3283, svensk specialutgåva, volym 10, s. 217 **75, 80**

1988

C-18/88, GB-Inno, REG 1991, s. 5941, svensk specialutgåva, volym 11, s. 519 **129**
C-70/88, Europaparlamentet mot rådet, REG 1990 s. I-2041, svensk specialutgåva, volym 10, s. 425 **45**
103/88 Fratelli Costanzo, REG 1989, s. 1839, svensk specialutgåva, volym 10, s. 83 **202**
C-143/88 och C-92/89, Zuckerfabrik Süderdithmarschen och Zuckerfabrik Soest, REG 1991, s. I-415, svensk specialutgåva, volym 11, s. I-19 **82**
C-331/88, Fedesa m.fl., REG 1990, s. I-4023 **82, 173**
C-350/88, Société française des Biscuits Delacre mot kommissionen, REG 1990, s. I-395 **79, 129, 242**

1989

C-59/89, kommissionen mot Tyskland, REG 1991, s. I-2607 **128**
C-106/89, Marleasing, REG 1990, s. I-4135, svensk specialutgåva, volym 10, s. 575 **204, 206**
C-188/89, Foster m.fl. mot British Gas, REG 1990, s. I-3313, svensk specialutgåva, volym 10, s. 479 **204**
C-213/89, Factortame, REG 1990, s. I-2433, svensk specialutgåva, volym 10, s. 435 **53, 61**
C-248/89, Cargill mot kommissionen, REG 1991, s. I-2987 **241**
C-309/89, Codorníu SA mot rådet, REG 1994, s. I-1853, svensk specialutgåva, volym 15, s. I-141 **108, 110**
C-314/89, Rauh, REG 1991, s. I-1647 **58**

C-340/89, Vlassopoulou, REG 1991, s. I-2357, svensk specialutgåva, volym 11, s. I-189 **130**
C-358/89, Extramet Industrie mot rådet, REG 1991, s. I-2501 **110**
C-365/89, Cargill, REG 1991, s. I-3045 **241**

1990

C-1/90 och C-176/90, Aragonesa de Publicidad Exterior och Publivía, REG 1991, s. I-4151, svensk specialutgåva, volym 11, s. I-373 **163**
C-6/90 och C-9/90, Francovich m.fl., REG 1991, s. I-5357, svensk specialutgåva, volym 11, s. 435 **211**
C-16/90, Nölle, REG 1991, s. I-5163 **76, 241**
269/90, Technische Universität München, REG 1991, s. I-5469, svensk specialutgåva, volym 11, s. I-453 **29, 76, 89, 101, 241**

1991

C-198/91, Cook mot kommissionen, REG 1993, s. I-2487, svensk specialutgåva, volym 14, s. 201 **112**
C-225/91, Matra mot kommissionen, REG 1993 s. I-3203, svensk specialutgåva, volym 14, s. 213 **112**

1992

C-24/92, Corbiau, REG 1993, s. I-1277, svensk specialutgåva, volym 14, s. 105 **131**
C-51/92 P, Hercules Chemicals mot kommissionen, REG 1999, s. I-4235 **75, 84 f.**
C-91/92, Faccini Dori, REG 1994, s. I-3325, svensk specialutgåva, volym 16, s. I-1 **202**
C-135/92, Fiskano mot kommissionen, REG 1994, s. I-2885 **74**
C-188/92, TWD Textilwerke Deggendorf, REG 1994, s. I-833, svensk specialutgåva, volym 15, s. I-59 **107**
C-275/92, Schindler, REG 1994, s. I-1039, svensk specialutgåva, tillägg, s. 119 **175, 191, 296**
C-334/92, Wagner Miret, REG 1993, s. I-6911, svensk specialutgåva, volym 14, s. I-477 **204**
C-404/92 P, X. mot kommissionen, REG 1994, s. I-4737 **50**
C-432/92, Anastasiou m.fl., REG 1994, s. I-3087 **49**

1993

C-46/93 och C-48/93, Brasserie du Pêcheur och Factortame m.fl., REG 1996, s. I-1029 **62, 211**
C-312/93, Peterbroeck, REG 1995, s. I-4599 **215**
C-387/93, Banchero, REG 1995, s. I-4663 **159, 168**
C-415/93, Bosman, REG 1995, s. I-4921 **50**
C-430/93, Van Schijndel, REG 1995, s. I-4705 **215 f.**

1994

C-5/94, Hedley Lomas, REG 1996, s. I-2553 **212**
C-13/94, P mot S och Cornwall County Council, REG 1996, s. I-2143 **122**
C-58/94, Nederländerna mot rådet, REG 1996, s. I-2169 **58**
C-87/94, kommissionen mot Belgien, REG 1996, s. I-2043 **124**
C-157/94, kommissionen mot Nederländerna, REG 1997, s. I-5699 **159**
C-158/94, kommissionen mot Italien, REG 1997, s. I-5789 **159**
C-159/94, kommissionen mot Frankrike, REG 1997, s. I-5815 **160**
C-194/94, CIA Security, REG 1996, s. I-2201 **207**
C-233/94, Tyskland mot Europaparlamentet och rådet, REG 1997, s. I-2405 **82, 173**

1995

C-72/95, Kraaijeveld, REG 1996, s. I-5403 **209, 221, 303**
C-90/95 P, De Compte mot Europaparlamentet, REG 1997, s. I-1999 **219, 240**
C-120/95, Decker, REG 1998, s. I-1831 **138**
C-168/95, Arcaro, REG 1996, s. I-4705 **205, 222, 304**
C-185/95 P, Baustahlgewebe mot kommissionen, REG 1998, s. I-8417 **36, 75, 84, 241**
C-189/95, Franzén, REG 1997, s. I-5909 **144, 146, 168**
C-236/95, kommissionen mot Grekland, REG 1996, s. I-4459 **128**
C-321/95 P, Stichting Greenpeace Council (Greenpeace International) m.fl. mot kommissionen, REG 1998, s. I-1651 **109**
C-337/95, Parfums Christian Dior, REG 1997, s. I-6013 **31**
C-368/95, Familiapress, REG 1997, s. I-3689 **50**

1996

C-54/96, Dorsch Consult, REG 1997, s. I-4961 **131**

C-85/96, Martínez Sala, REG 1998, s. I-2691 **60**
C-118/96, Safir, REG 1998, s. I-1897 **266**
C-129/96, Inter-Environnement Wallonie, REG 1997, s. I-7411 **202**
C-158/96, Kohll, REG 1998, s. I-1931 **138**
C-162/96, Racke mot Hauptzollamt Mainz, REG 1998, s. I-3655 **49**
C-200/96, Metronome Musik, REG 1998, s. I-1953 **51, 82**
C-249/96, Grant mot South-West Trains Ltd, REG 1998, s. I-621 **54**

1997

C-9/97 och C-118/97, Jokela och Pitkäranta, REG 1998, s. I-6267 **131**
C-103/97, Köllensperger och Atzwanger, REG 1999, s. I-551 **131**
C-124/97, Läärä m.fl., REG 1999, s. I-6067 **133, 175, 191, 296**
C-162/97, Nilsson m.fl. (Belgian blue), REG 1998, s. I-7477 **61, 231**
C-226/97, Lemmens, REG 1998, s. I-3711 **209**
C-435/97, WWF m.fl., REG 1999, s. I-5613 **211, 221, 304**

1998

C-67/98, Zenatti, REG 1999, s. I-7289 **175 f., 181, 191, 296**
C-240/98–C-244/98, Océano m.fl., REG 2000, s. I-4941 **204**
C-281/98, Angonese, REG 2000, s. I-4139 **201**
C-287/98, Linster, REG 2000, s. I-6917 **211, 221, 304**
C-310/98 och C-406/98, Hauptzollamt Neubrandenburg, REG 2000, s. I-1797 **56**
C-324/98, Telaustria och Telefonadress, REG 2000, s. I-10745 **124**
C-352/98 P, Bergaderm och Goupil mot kommissionen, REG 2000, s. I-5291 **30, 99**
C-368/98, Vanbraekel m.fl., REG 2001, s. I-5363 **138**
C-376/98, Tyskland mot Europaparlamentet och rådet, REG 2000, s. I-8419 **258**
C-405/98, Gourmet International Products, REG 2001, s. I-1795 **152, 163**
C-407/98, Abrahamsson och Anderson, REG 2000, s. I-5539 **131**
C-443/98, Unilever Italia SpA mot Central Food SpA, REG 2000, s. I-7535 **209**
C-462/98 P, Mediocurso mot kommissionen, REG 2000, s. I-7183 **74**
C-466/98, kommissionen mot Förenade kungariket, REG 2002, s. I-9427 **259**

1999

C-54/99, Association Eglise de Scientologie de Paris, REG 2000, s. I-1335 **127**
C-74/99, Imperial Tobacco m.fl., REG 2000, s. I-8599 **258**
C-199/99 P, Corus UK mot kommissionen, REG 2003, s. I-11177 **90**
C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P–C-252/99 P och C-254/99 P, Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mot kommissionen, REG 2002, s. I-8375 **76, 80, 85 ff., 132**
C-385/99, Müller-Fauré, REG 2003, s. I-4509 **139, 142, 236, 291**
C-413/99, Baumbast, REG 2002, s. I-7091 **60**
C-483/99, kommissionen mot Frankrike, REG 2002, s. I-4781 **127, 133**
C-503/99, kommissionen mot Belgien, REG 2002, s. I-4809 **136**
C-516/99, Schmid, REG 2002, s. I-4573 **131**

2000

C-17/00, De Coster, REG 2001, s. I-9445 **131**
C-24/00, kommissionen mot Frankrike, REG 2004, s. I-1277 **136**
C-50/00 P, UPA mot rådet, REG 2002, s. I-6677 **57, 61, 110, 231**
C-60/00, Carpenter, REG 2002, s. I-6279 **50, 58**
C-62/00, Marks & Spencer, REG 2002, s. I-6325 **204**
C-92/00, HI, REG 2002, s. I-5553 **124**
C-94/00, Roquette Frères, REG 2002, s. I-9011 **75, 82, 89 f.**
C-112/00, Schmidberger, REG 2003, s. I-5659 **50, 135, 250**
C-127/00, Hässle, REG 2003, s. I-14781 **79, 129, 242**
C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P och C-219/00 P, Aalborg Portland m.fl., REG 2004, s. I-123 **84, 86**
C-280/00, Altmark, REG 2003, s. I-7747 **125, 128, 143, 292**
C-312/00 P, kommissionen mot Camar, REG 2002, s. I-11355 **110**
C-453/00, Kühne & Heitz, REG 2004, s. I-837 **214 f., 218**

2001

C-56/01, Inizan, REG 2003, s. I-12403 **140, 142, 292**
C-117/01, K. B. mot National Health Service Pensions Agency och Secretary of State for Health, REG 2004, s. I-541 **61**
C-198/01, Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF) mot Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, REG 2003 s. I-8055, s. 53 **214**
C-224/01, Köbler, REG 2003, s. I-10239 **62, 67, 212 f., 284**
C-241/01, National Farmers' Union, REG 2002, s. I-9079 **107**

C-243/01, Gambelli, REG 2003, s. I-13031 **144, 177, 179 ff., 185, 192, 194, 297, 299**
C-322/01, Deutscher Apothekerverband, REG 2003, s. I-14887 **169**
C-397/01–C-403/01, Pfeiffer m.fl., REG 2004, s. I-8835 **204**

2002

C-36/02, Omega, REG 2004, s. I-9609 **135, 223, 250, 269, 306**
C-42/02, Lindman, REG 2003, s. I-13519 **182**
C-127/02, Waddenzee, REG 2004, s. 7405 **211, 221, 304**
C-138/02, Collins, REG 2004, s. I-2703 **60**
C-141/02 P, kommissionen mot T-Mobile Austria, tidigare max.mobil Telekommunikations Service, REG 2005, s. I-1283 **113**
C-157/02, Rieser Internationale Transporte, REG 2004, s. 1477 **204**
C-170/02 P, Schlüsselverlag J.S. Moser mot kommissionen, REG 2003, s. I-9889 **241**
C-201/02, Delena Wells, REG 2004, s. I-723 **203, 214, 221, 303**
C-262/02, kommissionen mot Frankrike, REG 2004, s. I-6569 **176**
C-371/02, Björnekulla, REG 2004, s. I-5791 **205**
C-387/02, C-391/02 och C-403/02, Berlusconi, REG 2005, s. I-3565 **205**
C-429/02, Bacardi, REG 2004, s. I-6613 **176**
C-438/02, Hanner, REG 2005, s. I-4551 **144, 154**

2003

Yttrande 1/03 om ingående av ny Luganokonvention, REG 2006, s. I-1145 **260**
C-12/03 P, Tetra Laval, REG 2005, s. I-987 **105**
C-173/03, Traghetti del Mediterraneo, REG 2006, s. I-5177 **213**

2004

C-144/04, Mangold, REG 2005, s. I-9981 **62**
C-170/04, Rosengren, REG 2007, s. I-4071 **133, 152, 166, 168, 190, 295**
C-234/04, Kapferer, REG 2006, s. I-2585 **215, 218**
C-338/04, C-359/04 och C-360/04, Placanica, REG 2007, s. I-1891 **181, 194, 299**
C-372/04, Watts, REG 2006, s. I-4325 **138, 140, 142, 236, 292**
C-434/04, Ahokainen och Leppik, REG 2006, s. I-9171 **170**
C-506/04, Wilson, REG 2006, s. I-8613 **130**

2005

C-119/05, Lucchini, REG 2007, s. I-6199 **220**
C-186/05, kommissionen mot Sverige, REG 2007, s. I-129 **152, 174**
C-341/05, Laval, ej ännu publicerad i rättsfallssamlingen **126, 236, 247, 250**
C-411/05, Palacios de la Villa, REG 2007, s. I-8531 **62**
C-432/05, Unibet, REG 2007, s. I-2271 **184**
C-438/05, Viking Line, ej ännu publicerad i rättsfallssamlingen **134, 250**

Förstainstansrätten

1989

T-7/89, Hercules Chemicals mot kommissionen, REG 1991, s. II-1711 **75, 84**
T-51/89, Tetra Pak mot kommissionen, REG 1990, s. II-309 **44**

1990

T-24/90, Automec mot kommissionen, REG 1992, s. II-2223, svensk specialutgåva, volym 8, s. II-61 **88, 99**

1991

T-30/91, Solvay mot kommissionen, REG 1995, s. II-1775 **75, 85 f.**
T-90/91 och T-62/92, De Compte mot parlamentet, REGP 1995, s. I-A-1 och II-1 **219**

1992

T-7/92, Asia Motor France mot kommissionen, REG 1993, s. II-669, svensk specialutgåva, volym 14, s. II-81 **89 f.**

1993

T-450/93, Lisrestal mot kommissionen, REG 1994, s. II-II77 **74**

1994

T-115/94, Opel Austria mot rådet, REG 1997, s. II-39 **46, 72**
T-167/94, Nölle mot rådet och kommissionen, REG 1995, s. II-2589 **77**

T-305/94–T-307/94, T-313/94–T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 och T-335/94, Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mot kommissionen, REG 1999, s. II-931 **80**
T-371/94 och T-394/94, British Airways m.fl. och British Midland Airways mot kommissionen, REG 1998, s. II-2405 **72**
T-374/94, T-375/94, T-384/94 och T-388/94, European Night Services, REG 1998, s. II-3141 **104, 117, 287**

1995

T-19/95, Adia interim mot kommissionen, REG 1996, s. II-321 **95**

1996

T-102/96, Gencor mot kommissionen, REG 1999, s. II-753 **49**
T-158/96, Bolzano mot kommissionen, REG 1999, s. II-3927 **72**
T-203/96, Embassy Limousines & Services mot Europaparlamentet, REG 1998, s. II-4239 **30, 95**

1997

T-231/97, New Europe Consulting och Brown mot kommissionen, REG 1999, s. 2403 **96**

1998

T-14/98, Hautala mot rådet, REG 1999, s. II-2489 **58**
T-112/98, Mannesmannröhren-Werke AG mot kommissionen, REG 2001, s. II-729 **76, 80**
T-145/98, ADT Projekt mot kommissionen, REG 2000, s. II-387 **95**

1999

T-54/99, max.mobil Telekommunikations Service mot kommissionen, REG 2002, s. II-313 **113**
T-122/99, Procter & Gamble mot Harmoniseringsbyrån, REG 2000, s. II-265 **93**
T-128/99, Signal Communications mot Harmoniseringsbyrån, REG 2001, s. II-3273 **94**
T-139/99, AICS mot parlamentet, REG 2000, s. II-2849 **95**

T-197/99, Gooch mot kommissionen, REGP 2000, s. I-A-271 och s. II-1247 **219**
T-342/99, Airtours, REG 2002, s. II-2585 **104, 118, 287**

2000

T-34/00, Eurocool Logistik, REG 2002, s. II-683 **93**
T-79/00, Rewe Zentral, REG 2002, s. II-705 **93**
T-183/00, Strabag Benelux mot rådet, REG 2003, s. II-135 **95**
T-210/00, Biret och Cie mot rådet, REG 2002, s. II-47 **30, 99**
T-388/00, Institut für Lernsysteme mot Harmoniseringsbyrån, REG 2002, s. II-4301 **94**

2001

T-4/01, Renco mot rådet, REG 2003, s. II-171 **95, 105**
T-36/01, Glaverbel, REG 2002, s. II-3887 **93**
T-63/01, Procter & Gamble mot Harmoniseringsbyrån, REG 2002, s. II-5255 **94**
T-177/01, Jégo Quéré et Cie SA mot kommissionen, REG 2002, s. II-2365 **109**
T-310/01, Schneider Electric SA mot kommissionen, REG 2002, s. II-407 **83**

2002

T-5/02, Tetra Laval, REG 2002, s. II-4381 **104, 118, 287**
T-211/02, Tideland Signal mot kommissionen, REG 2002, s. II-3781 **95**

Europadomstolen

Europadomstolens dom av den 28 juni 1984 i målet Campbell och Fell mot Förenade kungariket, serie A nr 80 **131**
Europadomstolens dom av den 26 oktober 1984 i mål De Cubber mot Belgien, serie A nr 86 **131**
Europadomstolens dom av den 9 juni 1998 i mål Incal mot Turkiet, Recueil des arrêts et décisions, 1998-IV, s. 1547 **132**

Svenska avgöranden

RÅ 1997 ref. 65, Lassagård **68, 313**
RÅ 1999 ref. 76, Barsebäck **31, 68, 313**
RÅ 2004 ref. 8, Olivolja (Salov) **30, 314**
RÅ 2004 ref. 95, Wermdö Krog **31, 178, 192, 297**
RÅ 2006 ref. 9, Pfizer **30, 314**
MD 2003:5, Gourmet **152, 164**
Hovrätten över Västra Sverige, mål T 33/00 **31**
Stockholms tingsrätt, mål T 8-1111-97, Gourmet **164**

Sakregister

Airtours 104, 106
Aktinsyn 75, 84, 86, 91
Algera 240
Altmark 125, 128
AM & S 52 ff.
Analogisk tolkning 34
Apoteket 154 ff.
Asia Motor France II 90
Automec 88, 99

Barsebäck 31, 68
Bentham 228
Berlusconi 205
Berättigade förväntningar 23, 27, 202, 240, 244
Blandade avtal 44
Bokstavstrogen tolkning 56
Brasserie du Pêcheur 62

Cementmålen 86
Chernobyl 45 f., 231 f.
CIA Security 207, 209
CIF 214
Codorníu 108
Common law 33, 42, 47, 74, 226 f., 230
Comprehensive review 100
Cook 112
Costa mot ENEL 213

De Compte 240 f.
Decker 138
Delad befogenhet 264
Direkt effekt 23, 53, 200, 202 f., 209, 224
Direktivkonform tolkning 204, 206
Domstolsprövning 130 f.

EG-rättslig metod 25, 30, 32, 34 f.
ERTA 259
EU:s stadga om grundläggande rättigheter 25, 71, 112, 246, 253, 273
Europadomstolen 81, 114
Europakonventionen 16, 20, 50 f., 59, 61, 68, 114 f., 129, 215, 224, 246, 256, 269, 270, 272 f.
Europeiska konstitutionen 16, 252 ff.
Europeiska ombudsmannen 243, 245, 247
Exklusiv kompetens 258 f.
Exklusiva befogenheter 264

Factortame 53, 61
Fiskano 74
Flexibilitetsklausul 266
Framtidskonventet 16, 254 f.
Francovich 211
Franzén 146, 148 f., 151, 153 f., 161 f., 172, 186
Fri rörlighet 21 f., 37, 121
Förarbeten 32, 42
Företräde 24, 44, 46, 53 f., 213 f., 267 ff., 272 ff.

Förutsebarhet 24, 126 f., 137, 143, 275
Förvaltningsrättsliga principer 29, 73, 244

Gambelli 177, 192
GB-Inno 129
Gemenskapsvarumärken 91
God förvaltning 21, 25, 29, 113, 137
Golden share 127, 133, 136
Gourmet 152, 162
Grant 54
Greenpeace 109

Hanner 154, 161 f., 172, 186, 189
Heylens 129
Horisontell direkt effekt 23, 201

Institutionell jämvikt 46
Insyn 22, 121, 124, 126 f., 161
Internationale Handels-gesellschaft 214, 268
Internationella avtal 42, 45 f., 50, 201

Jégo Quéré 109, 115
Judiciell aktivism 20, 28, 59 f.

Kapferer 219 f.
Kodifiering 24, 27, 37, 230, 232 f.
Kohll 138
Komparativ metod 20, 51, 53 f., 239
Kompetenskatalog 258, 263
Kompetens-kompetens 261
Konstitutionella fördraget 16, 24, 252 ff.
Kraaijeveld 209, 211
Kühne & Heitz 214, 218, 220
Köbler 62

Laekenförklaringen 254 f.
Lassagård 68
Laval 126, 236, 250
Legal privilege 75
Legalitetsprincipen 202, 257, 262
Lemmens 209
Les Verts 57, 59, 231 f., 256
Likabehandling 22, 50, 122 ff., 138, 171, 186
Likabehandling av kön 55
Likabehandling av transexuella 61
Lissabonfördraget 16, 17, 24 f., 114 f., 243, 248 f., 251 f., 263, 265 ff., 269, 271, 273 f., 278 f.
Lojalt samarbete 110, 218, 220, 268
Läärä 133

Manghera 145, 148
Marginal review 100
Marleasing 206
Marshall 203
Matra 112
Max.mobil 112
Mediocurso 74
Metro 111
Metro II 111
Motiveringsskyldighet 21 f., 29, 89 f., 94, 96 f., 111, 129, 187, 238

Nationell identitet 223, 269 ff.
New Europe Consulting och Brown 96 f.
Non bis in idem 127
Nölle 76 f.

Omega 269
Omsorgsprincipen 76, 87

Orkem 75, 80

P mot County Council 122
Peterbroeck 215, 217 f.
Pfeiffer 204
Placanica 181, 183 f.
Plaumann 108
Preemption 260, 265
Prejudikatlära 33 f.
Prejudikatvärde 35
Procter & Gamble 93
Proportionalitet 22, 132 f., 134 f., 138 f., 150, 162, 171 f., 174 f., 178 ff., 182 f., 190 f., 244, 262
PVC II 80, 87

Red Bull 136
Renco 97, 105
Res judicata 220
Restkompetens 260
Retroaktivitet 27
Rosengren 133, 135, 152, 166, 172 f., 175, 180, 190 f.
Rätten till försvar 21, 29, 73 f., 79 ff., 84, 87, 93, 96, 111, 113, 244
Rättskontroll 29, 37, 98, 130, 187
Rättskraft 220
Rättsmedel 22, 51, 59, 113, 115, 121, 128, 130, 137, 161, 187, 224, 238
Rättssäkerhet 24, 27, 121, 127 f., 205, 212 ff., 218 f., 240, 244

Schindler 175
Schneider Electric 83
Sjukvårdstjänster 22, 235
Solvay 85
Spelmonopol 175 f., 178, 180
Spärrverkan 260, 265
Subsidiaritetsprincipen 262 f.
Svensk juridisk metod 25, 32, 34 f., 313 ff.
Svenska Spel 178, 183, 185 f.
Systembolaget 149 ff., 160, 166 ff., 174

Talerätt 21, 107 f., 110, 113, 115, 224
Technische Universität München 101, 103
TELEEYE 94
Teleologisk tolkningsmetod 20, 56 ff.
Tetra Laval 104, 106
Tilldelade befogenheter 257, 259, 262, 270
Tjänstedirektivet 24, 143, 233, 235, 237
Tjänster av allmänt ekonomiskt intresse 124 f., 147
Tolkningsmetod 19, 32, 34, 39, 48, 56, 62, 68, 205
Transocean Marine Paint Association 74
Transparens 126 f., 161, 238
Triangulära situationer 207
Tystnadsplikt 87

Underförstådda befogenheter 259, 264
Unibet 184
Unilever Italia 209
UPA 110
Upphandling 95, 124
Utredningsskyldighet 21, 29, 76, 87, 94, 96, 111

Van Gend en Loos 200
Van Schijndel 216 ff.

Vertikal direkt effekt 201
Viking Line 134, 250
Vittna mot sig själv 80 f.
Vlassopoulu 130
Watts 236
Wells 210 f., 214
Wermdö Krog 31, 178, 184 f., 192
Wilson 130 ff.

Rättsprinciper som styrmedel

JÖRGEN HETTNE

EG-domstolen har i hög grad utvecklat EG-rätten med stöd av allmänna rättsprinciper som erkänns av medlemsländerna. Man kan lite tillspetsat säga att EG-domstolen har använt rättsprinciperna som styrmedel. I denna bok analyseras EG-domstolens användning av allmänna rättsprinciper i en mängd olika situationer. Vilken betydelse har t.ex. rättsprinciperna i kommissionens konkurrensutredningar och EG-domstolens prövningar av de svenska monopolen?

Syftet med boken är att visa, förklara och diskutera hur dessa principer påverkar EG-domstolens arbetssätt och juridiska metod. En annan fråga som belyses är om de allmänna rättsprinciperna bör kodifieras för att EG-rättens innehåll skall bli mer förutsebart. Boken är ett hjälpmedel för alla svenska jurister som vill skaffa sig en djupare kunskap om EU:s allmänna rättsprinciper och den EG-rättsliga metoden. En sådan kunskap och förståelse är nödvändig för att tillämpa EG-rätten korrekt i Sverige.

Jörgen Hettne är forskare i juridik vid Svenska institutet för europapolitiska studier (Sieps). Han har tidigare varit sakkunnig i EG-rätt vid utrikesdepartementet och rättsekreterare vid EU:s förstainstansrätt. Boken är en akademisk avhandling som läggs fram vid Stockholms universitet.

ISBN 978-91-39-01410-2

9 789139 014102

Norstedts Juridik
ett Wolters Kluwer-företag

Beställningar:
Norstedts Juridik AB Kundservice
106 47 Stockholm Tel 08-690 91 90
Fax 08-690 91 91 Vx 08-690 91 00
e-post: kundservice@nj.se www.nj.se