

Förhandsavgöranden av EU-domstolen

Utvecklingen av svenska domstolars
hållning och praxis 2010-2015



Ulf Bernitz

Ulf Bernitz

Förhandsavgöranden av EU-domstolen

Utvecklingen av svenska domstolars hållning och
praxis 2010–2015

– Sieps 2016:9 –

Rapport nr. 9
September 2016

Utgives av Svenska institutet för europapolitiska studier

Rapporten finns tillgänglig på www.sieps.se
Författaren svarar själv för innehåll och slutsatser i
rapporten.

Omslag: LuxLucid
Tryck: EO Grafiska AB

Stockholm, september 2016

ISSN 1651-8942
ISBN 978-91-86107-66-6

Förord

Under Sveriges 20 år i EU har en successiv EU-anpassning pågått inom många verksamhetsområden. De svenska domstolarna tillhör de verksamheter som påverkas på ett ytterst konkret sätt av EU-medlemskapet eftersom de ska tolka och tillämpa EU:s totala regelmassa i varje dom där den är aktuell. Om någonting som berör EU:s regler är oklart och som kan påverka utgången i målet kan domstolarna begära ett så kallat förhandsavgörande från EU-domstolen. Svenska domstolar som dömer i sista instans är i princip skyldiga att göra så när rättsläget är oklart.

Kopplingen till den svenska "EU-anpassningen" följer av att det (i princip) är upp till domstolarna själva att avgöra när de ska begära ett förhandsbesked från EU-domstolen för att få EU-rätten klargjord. Om de däremot systematiskt avstår från att begära förhandsavgöranden kan detta uppmärksammas av kommissionen som då kan inleda ett överträdelseärende mot hela staten Sverige. Detta inträffade 2004, men kommissionen lade av skäl som går att läsa om i rapporten senare ner sitt ärende.

Domstolarnas "val" att begära eller inte begära förhandsavgöranden öppnar upp för möjligheten att de inte begär sådant i mål där ett klargörande om hur EU-rätten ska tolkas kan komma att ändra ett önskvärt nationellt rättsläge. Men domstolarna kan också avstå från att begära för att de helt enkelt inte har lärt sig att använda förhandsavgörandet ordentligt. Det går också att finna ytterligare skäl. I en tidigare Sieps rapport från 2010 ges några förklaringar till varför svenska domstolar då var restriktiva i sin syn på förhandsavgörandet. Med hjälp av denna rapport är det möjligt att säga någonting nytt om de svenska domstolarnas "EU-anpassning".

Det är min förhoppning att rapporten ska bidra till diskussionen om hur förhandsavgörandet bäst används för att å ena sidan tillgodose EU-rättens krav, inbegripet enskildas rätt till ett klarlagt rättsläge, och å andra sidan svenska nationella intressen.

Eva Sjögren
Direktör

Om författaren

Ulf Bernitz är professor i europeisk integrationsrätt vid Stockholms universitet. Han är även med stöd av Torsten Söderbergs Stiftelse verksam vid the Institute of European and Comparative Law at the University of Oxford och Senior Research Fellow vid St Hilda's College, Oxford. Han är författare bland annat till böckerna *Europarättens genomslag*, 2012 och (tillsammans med Anders Kjellgren) *Europarättens grunder*, 5 uppl., 2014. Han är även ordförande i styrelsen och redaktionsrådet för *Europarättslig Tidskrift*.

Ulf Bernitz ägnar sig i sin forskning särskilt åt unionsrättens förhållande till nationell rätt. Han har för Sieps räkning tidigare författat rapporterna *Företagsförvärv inom EU – rättsliga problem för stora företag med liten hemmamarknad* (2003:16) och *Förhandsavgöranden av EU-domstolen. Svenska domstolars hållning och praxis* (2010:2).

Innehåll

Förkortningar	8
Sammanfattning	9
1 Inledning och problemställningar	14
1.1 Bakgrunden till rapporten	14
1.2 Utgångspunkter och frågeställningar	15
1.3 Disposition	17
2 Systemet med förhandsavgöranden av EU-domstolen: en översikt	19
2.1 Bestämmelserna om förhandsavgörande	19
2.2 Förhållandet till nationell domstol	21
2.3 Rätten att begära förhandsavgörande	24
2.4 Processen i EU-domstolen	27
3 Skyldigheten för sista nationella instans att begära förhandsavgörande	29
3.1 Vad utgör sista nationella instans?	29
3.2 CILFIT-kriterierna	30
3.3 Skadeståndsansvar	32
4 Skyldigheten för nationell domstol att motivera varför den inte begär förhandsavgörande	34
4.1 Inledning	34
4.2 Europadomstolens krav på motivering	34
4.3 Kraven på motiveringens innehåll	37
4.4 Det svenska överträdelseärendet och vår lagregel om motiveringsskyldighet	38
5 Iakttar svenska domstolar i sista instans skyldigheten att motivera varför förhandsavgörande inte har begärts?	43
5.1 Fall där prövningstillstånd inte har meddelats	43
5.2 Refererade HD-avgöranden rörande unionsrätt där förhandsavgörande inte har inhämtats	44
5.3 Refererade HFD-avgöranden rörande unionsrätt där förhandsavgörande inte har inhämtats	47
5.4 Slutsatser	50

6	Förhandsavgörandet Åkerberg Fransson och dess betydelse	51
7	Lägre instans rätt att självständigt begära förhandsavgörande.....	56
7.1	Högre instans får inte hindra lägre instans att begära förhandsavgörande	56
7.2	Lägre instans begäran om förhandsavgörande i parallellt mål.....	59
7.3	Slutsatser.....	62
8	Svenska domstolars hållning till att begära förhandsavgörande – aktuell utveckling	63
8.1	Antalet domar i mål från Sverige	63
8.2	Fördelningen mellan olika svenska domstolsinstanser	64
8.3	Jämförelse med andra medlemsstater	65
9	Ämnesmässig studie av de mål där förhandsavgörande har meddelats.....	68
9.1	Inledande ord	68
9.2	Konstitutionell unionsrätt.....	68
	Unionsrättens företrädesrätt och genomslag.....	68
	Rättsakters ogiltighet.....	69
	Rättighetsstadgan.....	70
	Fördragsstridiga svenska bestämmelser	71
	Begreppet domstol.....	71
9.3	Allmänna rättsprinciper.....	72
	Proportionalitetsprincipen.....	72
	Åldersdiskriminering	73
9.4	EU:s internationella avtal	73
9.5	Inre marknaden	74
	Tullrätt	74
	Fri rörlighet för varor och tjänster samt tekniska föreskrifter.....	74
	Svenska legala monopol	76
	Arbetsrätt	77
	Socialförsäkringsrätt.....	78
	Migrationsrätt	78
	Upphovsrätt.....	79
	Marknadsföringsrätt.....	80
	Miljörätt	81
9.6	Konkurrensrätt.....	81

9.7 Skatterätt	82
Skattemål om fri rörlighet.....	82
Skattemål om skyldighet att betala moms	84
9.8 Rättsliga och inrikes frågor (RIF-området)	85
Internationell privat- och processrätt	85
PPU-förfarandet.....	86
 10 Slutsatser.....	 87
10.1 Har förhandsavgörandena rört centrala rättsfrågor?	87
10.2 Har det skett förändringar av måltyperna?	90
10.3 Förekommer rättsområden där förhandsavgörande inte alls eller endast sällan inhämtas?	91
10.4 Hur iakttar svenska domstolar i sista instans motiveringsskyldigheten?	96
10.5 Reflektioner kring målet Åkerberg Fransson	97
10.6 Skulle ett nytt överträdelseärende riktat mot Sverige kunna vara befogat?	99
10.7 Har det skett en mognadsprocess och attitydförändring i svenska domstolars hållning till unionsrätten?	100
10.8 Finns det behov av ett ökat antal förhandsavgöranden från svenska domstolar?	103
 Bilaga 1	 107
Kronologisk översikt över alla mål där EU-domstolen meddelat förhandsavgörande på begäran av svensk domstol åren 2010 till och med 2015	107
 Bilaga 2	 116
Anhängiga mål i EU-domstolen per den 31 december 2015, angående förhandsavgörande på begäran av svensk domstol	116
 Summary in English.....	 118

Förkortningar

AD	Arbetsdomstolen
C	Curia (EU-domstolen)
EEG	Europeiska ekonomiska gemenskapen
EES	Europeiska ekonomiska samarbetsområdet
EG	Europeiska gemenskapen
EKMR	Europakonventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna
ERT	Europarättslig tidskrift
EU	Europeiska unionen
FEU	Fördraget om Europeiska unionen (unionsfördraget)
FEUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
HD	Högsta domstolen
HFD	Högsta förvaltningsdomstolen
JFT	Tidskrift utg. av Juridiska Föreningen i Finland
JT	Juridisk Tidskrift
MB	Miljöbalken
MBL	Medbestämmandelagen
MD	Marknadsdomstolen
NJA	Nytt juridiskt arkiv avd. I
RB	Rättegångsbalken
RF	Regeringsformen
RÅ	Regeringsrättens årsbok
SOU	Statens offentliga utredningar
T	Tribunalen (vid EU-domstolen)
TfR	Tidsskrift for Rettsvitenskap (Oslo)
UfR	Ugeskrift for Retsvæsen (Köpenhamn)

Sammanfattning

Rapporten utgör en uppföljning och vidareutveckling av den rapport som författaren lade fram 2010 med titeln *Förhandsavgöranden av EU-domstolen. Svenska domstolars hållning och praxis* (Sieps 2010:2).¹ Den byggde på en genomgång och bedömning av de 67 förhandsavgöranden, som EU-domstolen meddelat på begäran av svensk domstol under perioden 1995 t.o.m. 2009. Denna nya rapport behandlar tidsperioden 2010 t.o.m. 2015, dvs. de senaste sex åren. Under denna tid har EU-domstolen meddelat förhandsavgörande i 35 fall på begäran av svensk domstol.

Rapporten bygger på en närmare genomgång av samtliga 35 förhandsavgöranden. Den bildar basen för en granskning ämnesvis av vilka rättsfrågor som behandlats och vilka bedömningar som har gjorts. Materialet har gjort det möjligt att studera inom vilka områden förhandsavgöranden har inhämtats och att undersöka om det finns från unionsrättslig synpunkt viktiga områden där svenska domstolar inte har inhämtat sådana avgöranden. Det är en på många sätt intressant rättsutveckling som träder fram. En kronologiskt uppställd förteckning över fallen med kortfattade data om vad de avsett återfinns i en bilaga sist i rapporten.

Syftet med den nya rapporten har framför allt varit att utröna om de slutsatser som kunde dras i den förra rapporten fortfarande står sig eller om det har skett en vidareutveckling och attitydförändring när det gäller de svenska domstolarnas hållning och i så fall i vilka avseenden. Av den förra rapporten framgick att de svenska domstolarna visade en påtaglig återhållsamhet med att begära förhandsavgörande, och att man i vissa fall kunde spåra en obenägenhet att vända sig till EU-domstolen. Det har framstått som en rimlig hypotes att de svenska domstolarna blivit mer vana vid att hantera unionsrättsliga problem och fått större förståelse för betydelsen av att föra en dialog med EU-domstolen. Det har också varit av intresse att söka utröna vilka förändringar som kan ha skett när det gäller fallens inriktning.

Rapporten inleds med en kortare översikt över systemet med förhandsavgöranden och skyldigheten för sista nationella instans att begära förhandsavgörande (kap. 2 och 3). Därefter följer tre specialstudier som har gjorts inom ramen för rapporten.

Den första studien avser skyldigheten för svensk domstol att motivera varför den inte begär förhandsavgörande mot bakgrund av den praxis om

¹ Benämns i det följande rapporten 2010.

motiveringsskyldighet som nu har utvecklats vid Europadomstolen i Strasbourg. Detta följs upp med en genomgång av hur motiveringsskyldigheten faktiskt har behandlats i refererade avgöranden från Högsta domstolen och Högsta förvaltningsdomstolen i mål som rört unionsrätt men där inget förhandsavgörande har inhämtats. I rapporten framförs kritik mot hur motiveringsskyldigheten hanteras i Sverige. Sålunda motiverar de högsta domstolarna ofta inte i de nyssnämnda målen varför förhandsavgörande inte har begärts (kap. 4 och 5 samt 10.4). De skärpta krav på sådana motiveringar som Europadomstolens praxis numera ställer har knappast slagit igenom. Det ter sig också välbefogat att svenska domstolar i lägre instans går ifrån nuvarande praxis att endast skriva att de inte "finner skäl" att begära förhandsavgörande eller något liknande och övergår till att ge domskäl, som tydligt motiverar varför de inte har funnit det påkallat att inhämta ett förhandsavgörande.

Den andra studien avser förhandsavgörandet i målet Åkerberg Fransson, som otvivelaktigt utgör det allmänt sett viktigaste förhandsavgörandet under tidsperioden på begäran av svensk domstol, sett ur både unionsrättslig och svensk rätts synvinkel. I rapporten framförs allvarlig kritik mot den svenska rättsutveckling som ledde fram till EU-domstolens dom i Åkerberg Fransson och som föranledde de markeringar som denna domstol fann anledning att göra i domen (kap. 6 och 10.5).

Den tredje studien, som också berör handläggningen av målet Åkerberg Fransson, avser rätten för lägre instans att självständigt besluta om att begära förhandsavgörande. Högre instans får inom ramen för ett överklagande inte besluta att hindra detta. Att högre instans har funnit ett förhandsavgörande obehövligt hindrar heller inte lägre instans från att inta motsatt ståndpunkt i ett parallellt fall. Flera svenska mål under perioden har aktualiserat frågan. Slutsatsen i rapporten är att lägre instansers oberoende behörighet att begära förhandsavgörande fungerar som en betydelsefull ventil (kap. 7).

Härefter behandlar rapporten i kap. 8 utvecklingen under tidsperioden när det gäller svenska domstolars hållning till att begära förhandsavgörande. Antalet avgöranden har ökat något (kap. 8.1). Under tidsperioden 1995 t.o.m. 2009 meddelade EU-domstolen på begäran av svensk domstol knappt fem avgöranden per år. Under perioden 2010 t.o.m. 2015 meddelade EU-domstolen knappt sex sådana avgöranden per år. Resultatet av undersökningen är alltså att en viss ökning har skett, men den är relativt liten och kan delvis ha sin förklaring i svängningar mellan åren.

Undersökningen visar vidare att tyngdpunkten när det gäller att begära förhandsavgörande har förskjutits från slutinstanserna till de lägre domstolsinstanserna (kap. 8.2). Detta är i linje med förhållandet i de flesta andra medlemsländer. En jämförelse mellan antalet mål från allmän domstol respektive allmän förvaltningsdomstol visar att det väger relativt jämnt,

dock med viss övervikt för de allmänna domstolarna och klar undervikt för förvaltningsrätterna.

En jämförelse har gjorts med antalet förhandsavgöranden som härrör från andra medlemsstater (kap. 8.3). Kulturen när det gäller att begära förhandsavgörande växlar högst väsentligt mellan medlemsstaterna. Relativt sett fler fall härrör från de äldre medlemsstaterna, framför allt grundarstaterna. Sverige har, sett i relation till landets storlek, inte anmärkningsvärt få förhandsavgöranden vid en jämförelse som omfattar alla medlemsstater eller jämfört med Danmark och Finland. Antalet fall ligger dock i underkant jämfört med de västliga industriländerna utanför Norden och särskilt jämfört med Tyskland, Nederländerna, Belgien och Österrike. Statistiken ger underlag för slutsatsen att även om Sverige relativt sett inte har anmärkningsvärt få hänvändelser från domstolarnas sida till EU-domstolen, finns det å andra sidan fortfarande utrymme för en betydande ökning av antalet svenska fall utan att detta skulle kunna ge anledning till kritik för att svenska domstolar skulle överbelasta EU-domstolen.

Kap. 9 innehåller en ämnesmässig genomgång av vilka rättsliga problem som har varit uppe i de 35 mål som EU-domstolen bedömt. Slutsatserna redovisas i kap. 10.1 – 10.3. Målen har i stort sett haft god spridning över unionsrättens olika delar och många olika rättsområden är representerade, utan att det finns någon tydlig slagsida åt något visst håll. En intressant frågeställning som studerats är om det har skett förändringar av måltyperna. I 10.1 ställs frågan om avgörandena har rört centrala rättsfrågor eller speciella situationer av begränsat intresse. Bedömningen är att det överlag har varit välbefogat att begära förhandsavgörande i de mål som har kommit från svensk domstol. Målen har rört väl preciserade och på sina områden viktiga frågor och praktiskt taget varje dom från EU-domstolen har tillfört värdefulla rättsliga aspekter.

I kap. 10.2 ställs frågan om det har skett förändringar av måltyperna jämfört med tidigare. En viktig förändring är att ett flertal av förhandsavgörandena har aktualiserat konstitutionella rättsfrågor, inbegripet konstitutionellt förankrade allmänna rättsprinciper och EU:s internationella avtal. Avgörandet Åkerberg Fransson står i en särställning genom att EU-domstolen här gjorde viktiga klarlägganden om rättighetsstadgans tillämpningsområde. Intressant är att svensk domstol för första gången har frågat EU-domstolen om giltigheten av en rättsakt; i fallet en antidumpningsförordning. Ett annat fall har aktualiserat i vad mån en del av EU-direktivet om elcertifikat skulle anses ogiltigt. Högsta domstolen har låtit EU-domstolen pröva räckvidden av unionsrättens allmänna proportionalitetsprincip i fråga om utdömande av en hög sanktionsavgift.

I kap. 10.3 ställs frågan om det förekommer rättsområden där förhandsavgörande inte alls eller endast sällan inhämtas. Undersökningen visar att det fortfarande finns sådana områden. Ett särskilt påtagligt exempel är upphandlingsrätten, där svensk domstol ännu aldrig har begärt förhandsavgörande i något

upphandlingsmål, trots att sådana mål är högfrekventa i Sverige och rättsområdet i huvudsak bygger på EU-direktiv. Man noterar också den mycket låga frekvensen av förhandsavgöranden från svenska domstolar rörande rättsliga och inrikes frågor (RIF-området). Inget avgjort fall har sålunda avsett den unionsrättsliga lagstiftningen på straffrättens område. Först år 2015 har Sverige fått sitt första och hittills enda fall där EU-domstolen tillämpat förfarandet för brådskande mål (PPU-förfarandet). Det gällde en vårdnadstvist.

Kap. 10.4 om motiveringsskyldigheten för domstolar i sista instans och kap. 10.5, Reflexioner kring målet Åkerberg Fransson, har berörts ovan. Frågan ställs i kap. 10.6 om det skulle kunna vara befogat att EU-kommissionen riktar ett nytt överträdelseärende mot Sverige på grund av svenska domstolars obenägenhet att begära förhandsavgörande. Slutsatsen är att detta skulle vara obefogat.

I kap. 10.7 behandlas frågan om det har skett en mognadsprocess och attitydförändring i svenska domstolars hållning till unionsrätten. Domstolarnas hållning till att begära förhandsavgöranden och karaktären av de mål där så sker, eller inte sker, är väl ägnad att belysa frågan. Den besvaras jakande. Här kan hänvisas till karaktären av de förhandsavgöranden som har härrört från svensk domstol; de har i allmänhet rört centrala frågor och behandlat ett stort antal viktiga måltyper, inbegripet rättsfrågor av konstitutionell karaktär. Att en klar attitydförändring är på väg framgår även av att de svenska domstolarna i första och andra instans nu själva vänder sig till EU-domstolen i väsentligt större utsträckning än tidigare. Man kan också iaktta att de svenska domstolarna mer än tidigare går närmare in på egna unionsrättsliga bedömningar mot bakgrund av EU-domstolens praxis inom ramen för sina domsmotiveringar. Andra undersökningar som berörs pekar i samma riktning. Detta besvarar dock inte frågan om det rör sig om en mognadsprocess som är pågående eller redan avslutad. Flera förhållanden pekar på att processen ännu inte är avslutad. Det finns fortfarande viktiga områden inom unionsrätten, där svenska domstolar inte alls eller endast i ringa utsträckning har inhämtat något förhandsavgörande. Vad som behandlats om bristfälliga motiveringar och återhållsamheten från svenska domstolars sida när det gäller att begära förhandsavgöranden pekar i samma riktning.

Avslutningsvis diskuteras i kap. 10.8 frågan om det finns behov av ett ökat antal förhandsavgöranden från svenska domstolar. Man kan som nämnt fortfarande märka en viss återhållsamhet från svenska domstolars sida med att begära förhandsavgöranden. Några förklaringar härtill synes värda att lyftas fram, såsom den svenska rättskulturen och svenska domstolars benägenhet att själva avgöra unionsrättsliga frågor.

Det framstår emellertid inte som helt tillfredsställande att Sverige sett till folkmängden endast knappt når upp till genomsnittet för samtliga medlemsländer när det gäller att inhämta förhandsavgöranden. Begränsar man jämförelsen till

de ekonomiskt välutvecklade västeuropeiska medlemsstaterna blir statistiken när det gäller att inhämta förhandsavgöranden betydligt mindre fördelaktig för Sveriges del (kap. 8.3). Den slutsats som drogs i rapporten 2010, nämligen att det finns utrymme för en klar ökning av antalet förhandsavgöranden på begäran av svensk domstol, har fortfarande starka skäl för sig.

Det grundläggande skälet för detta är av rättssäkerhetskaraktär. Unionsrätten är ett svårt rättsområde i snabb utveckling och med en från svensk rätt delvis avvikande rättskällelära, något som många gånger påverkar möjligheterna att med rimlig säkerhet förutse utgången av en prövning i EU-domstolen. I samma riktning talar att prövningen ofta avser rättsakter som inte har varit gällande särskilt länge och som aktualiserar olika slags nationella förhållanden. Erfarenhetsmässigt förändrar många gånger EU-domstolens svar på de frågor som ställts i ett förhandsavgörande i grunden förutsättningarna för den fortsatta svenska processen och målets slutliga utgång. De svenska domstolarna är inte bara Sveriges domstolar utan även den nationella armen i systemet som ska säkerställa unionsrättens korrekta tillämpning. Det förefaller ännu vara en bit kvar innan de fullt ut uppfyller den rollen.

EU-domstolens avgöranden har också stor betydelse som katalysator när det gäller europarättens genomslag i svensk rätt. De spelar stor roll för att öka kännedomen om och förståelsen för unionsrätten i det svenska juristsamhället. Det torde i sin tur vara ägnat att påverka den rättsliga argumentationen och dömandet också i mål där förfarandet stannar vid ett nationellt avgörande. Den svenska hållningen till att begära förhandsavgöranden har emellertid betydelse också för möjligheterna att vinna kännedom och förståelse inom EU för svensk rättskultur och därpå byggda rättsliga uppfattningar och värderingar. Unionsrätten befinner sig i ständig utveckling under inflytande av en dialog mellan Unionsdomstolen och de nationella domstolarna, särskilt slutinstanserna. I denna dialog kring den europeiska rättsutvecklingen synes de svenska domstolarna vid en samlad bedömning hittills ha spelat en alltför tillbakaskjuten roll.

1 Inledning och problemställningar

1.1 Bakgrunden till rapporten

År 2010 lade jag på uppdrag av Sieps fram en rapport med titeln *Förhandsavgöranden av EU-domstolen. Svenska domstolars hållning och praxis* (2010:2). Syftet med rapporten var att belysa svensk domstolspraxis och hållning när det gäller att begära förhandsavgörande av EU-domstolen. Rapporten byggde i första hand på en genomgång och bedömning av de totalt 67 förhandsavgöranden som EU-domstolen hade meddelat på begäran av svensk domstol under de första femton åren, dvs. perioden 1995 t.o.m. 2009, i genomsnitt knappt fem fall per år.²

Denna rapport utgör en uppföljning och vidareutveckling av rapporten från 2010. Den behandlar tidsperioden 2010 t.o.m. 2015, dvs. de senaste sex åren. Under sexårsperioden 2010 t.o.m. 2015 har EU-domstolen meddelat förhandsavgörande i totalt 35 fall på begäran av svensk domstol, i genomsnitt knappt sex fall per år.

Syftet med den nya rapporten har framför allt varit att utröna om de slutsatser som kunde dras i den förra rapporten fortfarande står sig eller om det har skett en vidareutveckling och attitydförändring och i så fall i vilka avseenden. Av den förra rapporten framgick att de svenska domstolarna visade en påtaglig återhållsamhet med att begära förhandsavgörande och att man i vissa fall kunde spåra en obenägenhet att vända sig till EU-domstolen. För att ge underlag för bedömningen gjordes i den tidigare rapporten en statistisk jämförelse med övriga medlemsstater när det gällde domstolarnas benägenhet att begära förhandsavgörande. Den statistiken har jag följt upp i syfte att se om det har skett några förskjutningar av intresse.

Det har dock framstått som en rimlig hypotes att de svenska domstolarna har blivit mer vana vid att hantera unionsrättsliga problem och har fått större förståelse för betydelsen av dialog med EU-domstolen.³ En intressant fråga är härvid om svenska domstolar har blivit mer benägna än tidigare att föra mer principiella eller på annat sätt allmänintressanta rättsfrågor till EU-domstolen. I den föregående rapporten kunde t.ex. konstateras att det inte fanns något fall där svensk domstol hade frågat EU-domstolen om en rättsakts giltighet. Som kommer att framgå har det här skett en vidareutveckling.

² Rapporten har även inarbetats i min bok *Europarättens genomslag*, 2012 s. 110 ff. Rapporten har utgjort det främsta underlaget för min artikel *Preliminary References and Swedish Courts: What Explains the Continuing Restrictive Attitude?* i *Constitutionalising the EU Judicial System. Essays in Honour of Pernilla Lindh*, 2012 s. 177 ff. (Hart Publishing, Oxford).

³ I denna skrift används växelvis termerna EU-rätten och unionsrätten respektive EU-domstolen och Unionsdomstolen utan någon saklig skillnad.

Som underlag för rapporten har jag gjort en närmare genomgång av samtliga fall under den gångna sexårsperioden, där EU-domstolen har meddelat förhandsavgörande på begäran av svensk domstol. I en bilaga till rapporten redovisas en kronologiskt uppställd förteckning över fallen, som också ger kortfattade data om fallen och besked om vad målen har avsett och vad som blivit utgången. På grundval av dessa uppgifter redovisas i rapporten en närmare genomgång ämnesvis av vilka rättsfrågor som har behandlats. Det är en på många sätt intressant rättsutveckling som träder fram.

1.2 Utgångspunkter och frågeställningar

En utgångspunkt för rapporten har varit att söka utröna i vad mån det har skett förändringar i svenska domstolars hållning och praxis när det gäller att begära förhandsavgöranden. En viktig fråga att ställa har varit om det har skett förskjutningar i karaktären av de mål som svenska domstolar för till EU-domstolen.

En annan fråga av intresse har varit i vad mån det har skett någon förändring bland svenska domstolar i första och andra instans när det gäller hållningen till att begära förhandsavgörande. Den tidigare rapporten visade på en klart iakttagbar obenägenhet hos svenska domstolar i lägre instans att vända sig till EU-domstolen. Av intresse är också att se om det föreligger skillnader i aktivitet mellan allmänna domstolar, förvaltningsdomstolar och specialdomstolar.

Kärnan i rapporten utgörs av en översikt av de mål där förhandsavgörande har begärts. Den bildar basen för en genomgång av de måltyper i vilka det har förekommit förhandsavgörande. Materialet har även gjort det möjligt att studera inom vilka områden förhandsavgöranden har inhämtats och att undersöka om det finns från unionsrättslig synpunkt viktiga områden där svenska domstolar inte har inhämtat sådana avgöranden. Det har t.ex. varit av intresse att se om det har förekommit förhandsavgöranden från Sverige inom rättsområdet frihet, säkerhet och rättvisa som ju befinner sig i snabb utveckling. Sammantaget har det varit möjligt att göra en hel del intressanta iakttagelser.

En viktig utgångspunkt för den tidigare rapporten var det internationellt uppmärksammade överträdelseärende som EU-kommissionen inledde mot Sverige år 2004 enligt reglerna om fördragsbrottstalan med anledning av att svenska domstolar intog en alltför återhållsam inställning till att begära förhandsavgörande. I sak riktade sig kritiken särskilt mot Högsta domstolen.⁴ Ärendet är fortfarande unikt i sitt slag. Det gick aldrig till EU-domstolen utan löstes genom att riksdagen år 2006 genomförde en lagändring som ålade de högsta domstolsinstanserna en skyldighet att motivera sina beslut att inte meddela prövningstillstånd i mål som rör unionsrätt och där det har väckts fråga om att inhämta förhandsavgörande. Kommissionen lade därefter ner ärendet. Av särskilt intresse har varit att undersöka i vad mån man mot denna bakgrund

⁴ Se närmare 4.4 nedan.

kan iakttä att det har skett förändringar i Högsta domstolens och Högsta förvaltningsdomstolens hållning.

Rapporten inrymmer tre specialstudier. Den första avser skyldigheten för svensk domstol att motivera varför den inte begär förhandsavgörande. I rapporten från 2010 behandlades hur den motiveringsskyldighet som infördes 2006 fungerade i svensk rättspraxis under de första åren. Det kunde konstateras att de lämnade motiveringarna inte sällan var knapphändiga och rätt innehållslösa. En viktig förändring i rättsläget har härefter skett genom att Europadomstolen i Strasbourg i ett flertal avgöranden klargjort att en motiveringsskyldighet i denna typ av situation följer av de krav på motivering som rätten till en rättvis rättegång ställer enligt artikel 6 första stycket Europakonventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna, EKMR. I denna nya rapport behandlas vilka krav på motiveringsskyldighet som numera följer av såväl unionsrätten som konventionsrätten och hur pass väl svensk praxis uppfyller dessa krav.

Ett alldeles särskilt viktigt mål under tidsperioden har varit Åkerberg Fransson, där Unionsdomstolen meddelade förhandsavgörande 2013 på begäran av Haparanda tingsrätt. Fallet behandlas i en specialstudie. Avgörandet har haft mycket stor betydelse för svensk rätts förändrade syn på rättsprincipen *ne bis in idem* och dess tillämpning på dubbla förfaranden och dubbelbestraffning i samband med skattetillägg och åtal för skattebrott. Också centrala frågor om skyldigheten för högsta instans att begära förhandsavgörande och förhållandet mellan svensk rätt och Europakonventionen aktualiserades i samband med fallet.

Den tredje specialstudien gäller rätten för lägre instans att självständigt besluta om att inhämta förhandsavgörande utan att högre instans kan hindra detta inom ramen för ett överklagande. Detta sattes på sin spets i målet Åkerberg Fransson. Att högre instans funnit ett förhandsavgörande obehövligt hindrar heller inte lägre instans från att inta motsatt ståndpunkt i ett parallellt fall.

I korthet behandlar således denna rapport vilka förändringar som kan ha skett från 2010 och framåt i svenska domstolars hållning och praxis när det gäller att begära förhandsavgörande av EU-domstolen. Det har varit av särskilt intresse att söka utröna vilka förändringar som kan ha skett i fallens inriktning och i attityden till unionsrätten.

Mot denna bakgrund diskuterar rapporten i det avslutande kapitlet *Slutsatser* följande frågeställningar:

- Har förhandsavgörandena rört centrala frågor?
- Har det skett förändringar i måltyperna?
- Förekommer rättsområden där förhandsavgöranden inte alls eller endast sällan har inhämtats?
- Hur iakttar svenska domstolar motiveringsskyldigheten?

Reflektioner kring målet Åkerberg Fransson.
Skulle ett nytt överträdelseärende mot Sverige kunna vara befogat?
Har det skett en mognadsprocess och attitydförändring i svenska domstolars hållning till unionsrätten? Och slutligen:
Finns det behov av ett ökat antal förhandsavgöranden från svenska domstolar?

1.3 Disposition

I korthet är rapporten disponerad på följande sätt. Kap. 2 ger en kortfattad översikt över huvudpunkterna i systemet med förhandsavgöranden av EU-domstolen och förhållandet mellan den och nationell domstol som begär förhandsavgörande. Kap. 3 ger en liknande översikt över vad som gäller om skyldigheten för nationell domstol i sista instans att begära förhandsavgörande.

Framställningen behandlar härfter specialstudien om skyldighet att motivera varför förhandsavgörande inte begärs. I kap. 4 redovisas den viktiga rättsutveckling angående motiveringsskyldighet som nyligen skett i rättspraxis vid Europadomstolen i Strasbourg samt den svenska lagregleringen. Härfter behandlas i kap. 5 frågan om och på vilket sätt som svenska domstolar i sista instans iakttar skyldigheten att motivera varför förhandsavgörande inte har begärts. Framställningen bygger på en genomgång av refererade avgöranden under perioden 2010 t. o. m. 2015 från Högsta domstolen och Högsta förvaltningsdomstolen.

Kap. 6 och 7 innehåller de två andra specialstudierna. I kap. 6 behandlas förhandsavgörandet Åkerberg Fransson och dess betydelse. Kap. 7 belyser lägre instans rätt att självständigt begära förhandsavgörande; en fråga som har varit aktuell i flera fall under tidsperioden.

Kap. 8 behandlar den för rapporten centrala frågan om vilken utveckling som skett under den undersökta tidsperioden 2010 t. o. m. 2015 när det gäller svenska domstolars hållning till att begära förhandsavgörande. Vidare redovisas målens fördelning mellan olika svenska domstolsinstanser. En jämförelse görs med frekvensen av förhandsavgöranden som begärs av domstolar i andra medlemsstater. Detta bildar underlag för en bedömning.

Kap. 9 utgör en ämnesmässig studie av vilka rättsfrågor som har varit uppe till avgörande i de sammanlagt 35 mål, där förhandsavgörande meddelats på begäran av svensk domstol under den aktuella tidsperioden 2010 t.o.m. 2015. Samtliga avgöranden belyses i korthet i sitt rättssystematiska sammanhang. Framställningen börjar med mål som har avsett konstitutionell unionsrätt, allmänna rättsprinciper och EU:s internationella avtal. Därefter behandlas mål som rört olika ämnesområden inom ramen för den inre marknaden såsom fri rörlighet för varor och tjänster, arbetsrätt, socialförsäkringsrätt, migrationsrätt, upphovsrätt, marknadsföringsrätt och miljörätt. Härfter tar framställningen

upp mål som har rört konkurrensrätt, skatterätt samt rättsliga och inrikes frågor.

Det avslutande kap. 10 redovisar slutsatser baserade på vad som har kommit fram i de föregående kapitlen. Kapitlet behandlar de frågeställningar som särskilt angetts ovan.

För detaljuppgifter om de mål som behandlas i rapporten hänvisas till den kronologiska översikten i rapportens bilaga. Där återfinns bl. a. uppgifter om parternas namn, målnummer och datum för EU-domstolens dom, hänvisning till den elektroniska rättsfallsamlingen, uppgift om vilken svensk domstol som har begärt förhandsavgörandet samt uppgift om efterföljande, refererat svenskt avgörande av målet där sådan uppgift föreligger. Där ges också kortfattade uppgifter om vad varje mål har avsett.

2 Systemet med förhandsavgöranden av EU-domstolen: en översikt

2.1 Bestämmelserna om förhandsavgörande

Som bakgrund till det följande ska i detta kapitel ges en kortfattad översikt av de viktigaste reglerna som rör förhandsavgöranden. Framställningen har begränsats till att behandla viktiga huvudpunkter.

Unionsrätten är fortfarande ett relativt ungt rättsområde som befinner sig i snabb vidareutveckling. Här uppkommer ofta frågor där befintlig lagstiftning och rättspraxis inte kan ge ett klart svar. Det finns också en uppenbar risk för att rättsläget tolkas olikartat genom att unionsrätten ska tillämpas av nationella domstolar i alla medlemsstater. Det finns alltså ett påtagligt behov av en ordning som gör det möjligt att få auktoritativa tolkningsbesked av EU-domstolen. Detta fyller framför allt två centrala syften, nämligen dels att ge EU-domstolen huvudansvaret för att lägga fast rättsläget enligt unionsrätten och utveckla detsamma, dels att söka säkra en enhetlig tolkning och tillämpning av unionsrätten på det nationella planet och hindra att det utbildas avvikande nationell praxis. Vidare är det endast Unionsdomstolen som är behörig att pröva unionsrättsliga rättsreglers giltighet. Sett ur de nationella domstolarnas synvinkel har ordningen med förhandsavgöranden den fördelen att dessa kan få ett besked om rättsläget enligt unionsrätten, som är utformat för att kunna vara omedelbart användbart vid avgörandet av det aktuella målet.

Den grundläggande bestämmelsen om förhandsavgöranden är artikel 267 i EU:s funktionsfördrag, FEUF (tidigare artikel 234 EG-fördraget, före 1999 artikel 177). Bestämmelsen har i huvudsak gällt oförändrad alltsedan Romfördragets tillkomst 1957 och gör så även efter ikraftträdandet av Lissabonfördraget 2009. De knapphändiga reglerna i fördraget kompletteras av vad som framgår av EU-domstolens stadga och dess rättegångsregler samt särskilda informationsmeddelanden.⁵

⁵ Domstolens stadga, rättegångsregler och informationsmeddelanden återfinns på domstolens hemsida, www.curia.europa.eu. EU-domstolen har antagit nya rättegångsregler 2012. Till dessa ansluter domstolens Rekommendationer till nationella domstolar om begäran om förhandsavgörande av 2012. Se vidare för en översikt U. Bernitz – A. Kjellgren, *Europarättens grunder*, 5 uppl., 2014 s. 87 ff., 181 ff., 222 ff., C. F. Bergström – J. Hettne, *Introduktion till EU-rätten*, 2014 s. 363 ff., J. Hettne m. fl., *EU-rättslig metod*, 2 uppl. 2011 s. 285 ff. En omfattande monografi i ämnet är M. Broberg – N. Fenger, *Preliminary References to the European Court of Justice*, 2 ed., Oxford 2014. Se även K. Lenaerts – I. Maselis – K. Gutman, *EU Procedural Law*, Oxford 2014 kap. 3, 6, 10 och 24.

Artikel 267 FEUF föreskriver:

Europeiska unionens domstol ska vara behörig att meddela förhandsavgöranden angående

- a. tolkningen av fördragen,
- b. giltigheten och tolkningen av rättsakter som beslutas av unionens institutioner, organ eller byråer.

När en sådan fråga uppkommer vid en domstol i en medlemsstat får den domstolen, om den anser att ett beslut i frågan är nödvändigt för att döma i saken, begära att domstolen meddelar ett förhandsavgörande.

När en sådan fråga uppkommer i ett ärende vid en domstol i en medlemsstat, mot vars avgöranden det inte finns något rättsmedel enligt nationell lagstiftning, ska den nationella domstolen föra frågan vidare till domstolen.

Om en sådan fråga uppkommer i ett ärende vid en domstol i en medlemsstat i fråga om en frihetsberövad person, ska domstolen meddela sitt avgörande så snart som möjligt.

Som framgår föreskriver artikel 267 FEUF att om det uppkommer en fråga vid en nationell domstol om tolkningen av EU-fördraget eller EU:s rättsakter (främst förordningar och direktiv) får den nationella domstolen begära att EU-domstolen meddelar ett förhandsavgörande, om den anser att ett beslut i frågan är nödvändigt för att döma i saken. Det krävs alltså endast att den nationella domstolen finner att det föreligger en unionsrättslig fråga i fallet och att domstolen finner behov av ett tolkningsbesked från EU-domstolen. Uppkommer frågan i en nationell domstol, mot vars avgörande det inte finns något rättsmedel enligt nationell lagstiftning, *ska* emellertid den nationella domstolen enligt artikel 267.3 FEUF föra frågan vidare till EU-domstolen. Här har dock vissa begränsningar preciserats i rättspraxis, härom närmare i kap. 3.2.

En förutsättning för att EU-domstolen ska besvara en begäran om förhandsavgörande är att de ställda frågorna rör unionsrätt. Om rent inhemska situationer har reglerats enligt bestämmelser eller begrepp som hämtats från unionsrätten, s. k. överskjutande implementering, anser sig emellertid EU-domstolen behörig att meddela förhandsavgörande också i sådana fall. Skälet till detta är önskvärdheten av att ha en enhetlig praxis.⁶

⁶ Se närmare min rapport från 2010, kap. 8 Förhandsavgörande vid överskjutande implementering av EU-rätt, s. 54 ff. Ett belysande avgörande är dom Maxima Latvija, C-345/14, EU:C:2015:784 p. 11-14 angående lettiska konkurrenslagen.

Såsom Unionsdomstolen många gånger har uttalat utgör den beskrivna ordningen ett led i samarbetet mellan de nationella domstolarna – som ska tillämpa unionsrätten – och EU-domstolen för att säkerställa att unionsrätten tillämpas korrekt och tolkas enhetligt i alla medlemsstater. Skyldigheten för högsta instans att begära förhandsavgörande har till uppgift att förhindra att det i någon medlemsstat tillämpas en rättspraxis som inte står i överensstämmelse med unionsrätten.

2.2 Förhållandet till nationell domstol

EU saknar som bekant ett domstolssystem av federal typ. EU-domstolen är inte högsta instans i ett federalt system, dit en part kan klaga från domstolar i medlemsländerna. Tanken på att inrätta underordnade regionala EU-domstolar har diskuterats många gånger men alltid avvisats. Förhållandet mellan EU-domstolen och de nationella domstolarna är alltså inte baserat på en hierarkisk ordning utan på judiciellt samarbete som grundtanke. Genom de nationella domstolarnas möjlighet att begära förhandsavgörande har man skapat en direkt kanal mellan dessa domstolar och EU-domstolen, helt frikopplad från det politiska planet. Begäran om förhandsavgörande vilar, som EU-domstolen ofta uttryckt det, på en dialog mellan domstolar, där det uteslutande är den nationella domstolen som handlägger målet som bedömer relevansen och behovet av en sådan begäran.⁷ Ordningen bygger på en ömsesidig respekt för respektive domstols funktionsansvar. Det är i linje härmed som förfarandet är utformat som en prejudiciell prövning, där Unionsdomstolen inte avgör den nationella tvisten utan endast ger svar på de frågor som den nationella domstolen ställt om hur tillämplig unionsrätt ska tolkas.

Detta tolkningsbesked är bindande för den nationella domstolen när den återupptar målet efter det att detta har varit vilande under tiden för handläggningen vid Unionsdomstolen. I Sverige har Högsta domstolen i linje härmed uttryckligen slagit fast att svenska domstolar och myndigheter är förhindrade att tolka en bestämmelse som har beslutats på unionsnivå på ett sätt som ändrar dess innehåll eller effekt och att de är bundna av EU-domstolens tolkning av EU-rätten.⁸ Att tillämpa unionsrätten på de faktiska omständigheterna i målet är däremot en uppgift för den nationella domstolen. EU-domstolen är således inte behörig att göra en egen bedömning av sakomständigheterna i målet vid den nationella domstolen.

Domstolarna i medlemsländerna har alltså ansvaret för unionsrättens korrekta tillämpning på det nationella planet. Detta kommer numera till fördragsmässigt uttryck i art. 19.1 andra stycket FEU. Där anges att medlemsstaterna ska

⁷ Dom Kempster, C-2/06, EU:C:2008:78, p. 41 – 42. Om dialog mellan nationell domstol som begär förhandsavgörande och EU-domstolen, se även 7.1 nedan om dom Cartesio, C-210/06, EU:C:2008:723.

⁸ HD:s dom i NJA 2014 s. 79, Billerud p. 15.

tillhandahålla de rättsmedel som behövs för att säkerställa ett effektivt domstolsskydd inom de områden som omfattas av unionsrätten.⁹

När en nationell domstol prövar mål på grundval av unionsrättsliga bestämmelser sker det normalt med tillämpning av den nationella processrätten. Man brukar tala om principen om nationell processuell autonomi.¹⁰ Denna autonomi är dock inte obegränsad. Den nationella domstolen måste iakttä likvärdighetsprincipen, som innebär att de nationella processuella reglerna inte får missgynna unionsrätten, och effektivitetsprincipen, som innebär att nationella processuella regler inte får göra det i praktiken omöjligt eller orimligt svårt att utöva de rättigheter som följer av unionsrätten.¹¹

Det är även den nationella domstolens skyldighet att lojalt tillämpa de unionsrättsliga regler som EU-domstolen har tolkat i sitt förhandsavgörande vid sin efterföljande bedömning av situationen i det aktuella målet.¹² Lojalitetsplikten är numera fördragsmässigt förankrad i artikel 4.3 första stycket FEU som stadgar: ”Enligt principen om lojalt samarbete ska unionen och medlemsstaterna respektera och bistå varandra när de fullgör de uppgifter som följer av fördragen”. Denna grundsats omfattar även medlemsstaternas organ som utövar statsmakten, såsom domstolarna.¹³ Enligt artikelns andra stycke ska de nationella domstolarna vidta alla lämpliga åtgärder för att säkerställa att de skyldigheter fullgörs som följer av fördragen eller unionens institutioners akter.

EU-domstolen har uttalat följande om innebörden av artikel 4.3 FEU:

Det åligger ... de nationella domstolarna ... att säkerställa att unionsrätten tillämpas till fullo i samtliga medlemsstater och att säkerställa domstolsskyddet för enskildas rättigheter enligt denna rättsordning. En nationell domstol fullgör nämligen, i samverkan med [EU-]domstolen, en uppgift som tillerkänts dem gemensamt för att säkra respekten för rättsordningen vid tolkningen och tillämpningen av fördragen.¹⁴

Det sagda innebär att den nationella domstolen med hänsyn till unionsrättens företrädare kan vara tvungen att avstå från att tillämpa den i ett mål aktuella nationella rättsregeln eller ge denna en ändrad, fördrags- eller direktivkonform

⁹ På engelska. ”Member States shall provide remedies sufficient to ensure legal protection in the fields covered by Union law”. Den svenska fördragstexten, som talar om att fastställa möjligheter till överklagande, har fått en föga tillfredsställande utformning. Det framgår inte tillräckligt tydligt att det ska finnas tillgång till rättsmedel.

¹⁰ Så HD i NJA 2013 s. 42, SAS-piloter p. 4.

¹¹ Dom Asturcom, C-40/08, EU:C:2009:615 p. 38 och HD i NJA 2013 s. 42, SAS-piloter p. 4 och 5, NJA 2015 s. 438, Systembolaget p. 21.

¹² Se bl.a. HD:s uttalanden i domen i NJA 2013 s. 1162, Kiinteistö p. 17 och 18.

¹³ Se t.ex. J. Schwarze, EU-Kommentar, 3 Aufl., Baden-Baden 2012 p. 24.

¹⁴ EU-domstolens yttrande 1/09 (plenum) ang. inrättande av en särskild europeisk patentdomstol, EU:C:2011:123 p. 666 – 67, se även dom Unibet, C-432/05, EU:C:2007:163 p. 38

tolkning. Det kan t ex innebära att tillämpningsområdet för den nationella bestämmelsen begränsas. Det kan också exempelvis gälla skyldighet att tillämpa direktivbestämmelser som inte genomförts i tid eller på ett felaktigt sätt.¹⁵ Som EU-domstolen uttalade redan 1978 i avgörandet *Simmenthal*, är de nationella domstolarna skyldiga att inom ramen för sin behörighet säkerställa unionsrättens fulla genomslag och när det behövs åsidosätta motstridig nationell lagstiftning.¹⁶ Denna skyldighet att utöva vad som lämpligen kan benämnas *europarättslig lagprövning* har ställt de svenska domstolarna inför en i huvudsak ny uppgift jämfört med läget före EU-inträdet. Om man sätter en svensk rättsregel åt sidan på grund av unionsrättens företräde utövas en stark lagprövning; om en svensk rättsregel (om)tolkas unionsrättskonformt kan man tala om en svag lagprövning.¹⁷

Förfarandet vid förhandsavgöranden grundar sig som framgått på en funktionsfördelning mellan de nationella domstolarna och EU-domstolen. Medan det är de nationella domstolarna som ska bedöma omständigheterna i målet, behovet av ett förhandsavgörande och utformningen av de frågor som ställs till EU-domstolen, ska den senare såsom den uttalat – i en anda av samarbete med de nationella domstolarna – lämna dessa samtliga uppgifter som den anser vara nödvändiga.¹⁸ Det varierar dock hur pass konkret EU-domstolen är i sina uttalanden. Gränsen mellan tolkning och tillämpning blir härigenom inte alltid så tydlig. I vissa förhandsavgöranden indikerar EU-domstolen rätt tydligt vad den anser borde bli den slutliga utgången i målet, medan den i andra fall undviker att gå in i någon konkret bedömning. Ett exempel på det förstnämnda är EU-domstolens avgörande i brottmålet mot Otto Sjöberg och Anders Gerdin angående publicering av oddsen för utländska hasardspel i tidningarna *Expressen* och *Aftonbladet*. Enligt svensk lagstiftning gällde strängare påföljder för främjande av hasardspel anordnat i annat medlemsland än vad som gällde för främjande av hasardspel i Sverige. När EU-domstolen i sitt förhandsavgörande i målet uttalade att en sådan lagregel var diskriminerande och stred mot artikel 49 FEUF om etableringsfrihet, avgjorde EU-domstolen i realiteten också själva målet i sak.¹⁹

Högsta domstolen har framhållit att det är den nationella domstolen som är behörig att bedöma de faktiska omständigheterna i ett mål. EU-domstolen är inte behörig att göra en bedömning av sakomständigheterna och bevisningen i målet vid den nationella domstolen eller att på nationella åtgärder tillämpa

¹⁵ Se t.ex. HD:s uttalande i NJA 2013 s. 1162 p. 18.

¹⁶ Dom *Simmenthal*, C-106/77, EU:C:1978:49 p. 24.

¹⁷ T. Andersson, *Lagprövning vid "euroinvändning" i svensk straffprocess*, Festskrift till Ulf Bernitz, ERT 2001 s. 13 ff., särskilt s. 16.

¹⁸ Detta har EU-domstolen framhållit bl.a. i dom *Mickelsson och Roos*, C-142/05, EU:C:2009:336 p. 41, se även t.ex. dom *Ascafor*, C-484/10, EU:C:2012:113 p. 32 – 34.

¹⁹ Dom *Sjöberg och Gerdin*, C-447/08 och C-448/08, EU:C:2010:415, senare avgjort av HD där *Sjöberg och Gerdin* frikändes, se NJA 2012 s. 1073 och 9.5 nedan under rubriken Svenska legala monopol. Se även kap. 7.2.

de unionsrättsliga bestämmelser vars innebörd den tolkat. Dessa uppgifter ankommer i stället på de nationella domstolarna.²⁰

I realiteten kan dock förhållandet mellan de nationella domstolarna och EU-domstolen inte beskrivas enbart som en dialog, ett samarbete eller ett partnerskap. För EU är det av fundamental betydelse att unionsrätten fullt ut respekteras i medlemsländerna och tillämpas enhetligt. För att garantera detta måste kontrollen över unionsrättens tolkning och utveckling förbli i Unionsdomstolens hand. Domstolen ser det som centralt att genom sin rättskipning upprätthålla unionsrättens effektiva genomslag; många av dess domar är att förstå mot den bakgrunden. Det är också en ständigt aktuell uppgift för EU-domstolen att i praktiken söka säkerställa full och korrekt tillämpning av unionsrätten på det nationella planet i medlemsländerna och att söka förhindra att det i någon medlemsstat uppstår eller bibehålls en inhemsk rättspraxis som inte står i överensstämmelse med de unionsrättsliga reglerna.

I linje med det sagda undviker EU-domstolen att uttryckligen uttala sig om tolkningen av nationella lagbestämmelser och i frågan om huruvida nationella rättsregler är förenliga med unionsrätten. Domstolen väljer att uttrycka saken på så sätt att den eller de i saken aktuella unionsrättsliga reglerna under de förhållanden som föreligger i målet utgör hinder mot tillämpning av därmed oförenlig nationell reglering eller praxis.²¹ Med tanke på att den unionsrättsliga regeln har företräde i normhierarkin, kan som nämnts det faktiska resultatet bli att nationell rätt måste sättas åt sidan eller ges en tolkning konform med unionsrätten.

För att EU-domstolen ska kunna fullgöra denna uppgift är den emellertid beroende av att de nationella domstolarna handlar lojalt också när det gäller att begära förhandsavgöranden. Denna lojalitetsplikt är som nämnt ett utflöde av den allmänna lojalitetsplikt i förhållandet mellan unionen och medlemsstaterna som är fastlagd i artikel 4.3 FEU. Högsta domstolen har nyligen uttryckligen erinrat om denna lojalitetsplikt.²² De svenska domstolarna utgör unionsrättens nationella arm och bär i denna egenskap ett självständigt ansvar för att den gemensamma europeiska rätten blir korrekt tillämpad på det nationella planet.

2.3 Rätten att begära förhandsavgörande

Rätten att begära förhandsavgörande tillkommer alla nationella domstolar i medlemsstaterna och får inte inskränkas genom nationell lagstiftning.²³ Begreppet domstol ges i rättspraxis en vidsträckt innebörd. Hit räknas alla

²⁰ NJA 2013 s. 1162, Kiinteistö Mäkisalmela p. 17. HD hänvisade till dom Fornasar m.fl., C-318/98 p. 31 och 32 med vidare hänv.

²¹ Ett belysande exempel ger dom Placanica, C-338/04, C-359/04 och C-360/04, EU:C:2007:133 p. 36 samt domslutet.

²² NJA 2015 s. 438, Systembolaget p. 23. Fallet berörs i kap. 5.2.

²³ Dom Küçükdeveci, C-555/07, EU:C:2010:21 p. 54 och 55.

svenska allmänna domstolar och förvaltningsdomstolar jämte särskilda domstolar och specialdomstolar såsom Arbetsdomstolen, mark- och miljödomstolarna, migrationsdomstolarna och de nya patent- och marknadsdomstolarna. Det är emellertid inte benämningen ”domstol” som är avgörande utan organens faktiska funktioner och befogenheter.

Förhandsavgörande kan också begäras av domstolsliknande organ som har en oberoende ställning och som är varaktiga samt arbetar opartiskt i former som huvudsakligen motsvarar en domstol. För Sveriges del har sålunda Överklagandenämnden för högskolan ansetts behörig att begära förhandsavgörande,²⁴ däremot inte Skatterättsnämnden²⁵ som inte har till uppgift att avgöra en tvist. Avgörande är att förfarandet har rättskipningskaraktär; det krävs dock inte att det är kontradiktoriskt, dvs. en process mellan två parter.²⁶ En viktig begränsning är att privata skiljenämnder som har upprättats enligt t. ex. den svenska skiljeförordelagen inte kan begära förhandsavgörande.²⁷ Det kan däremot hovrätten göra om en skiljedom har överklagats eller klandrats till hovrätt.²⁸ Som framgått kan statliga myndigheter, t ex Konkurrensverket, Migrationsverket eller Naturvårdsverket, inte begära förhandsavgörande eftersom de inte utgör domstolar.

Det sistnämnda har aktualiserats i Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2015 ref. 79, Nordulv angående vargjakt. Genom en ändring i jaktförordningen hade föreskrivits att Naturvårdsverkets beslut om licensjakt på bland annat varg inte fick överklagas. Vargstammen omfattas av EU:s livsmiljödirektiv, även benämnt art- och habitatdirektivet (92/43/EEG). Miljöskyddsorganisationer har talerätt enligt direktivet. HFD fann med hänvisning till rättighetsstadgan och EU:s allmänna rättsprinciper om effektivt domstolsskydd att överklagandeförbudet stred mot unionsrätten och inte kunde upprätthållas. HFD fann alltså att Föreningen Nordulv hade rätt att överklaga Naturvårdsverkets beslut i allmän förvaltningsdomstol. Domstolen påpekade

²⁴ Dom Abrahamsson och Anderson, C-407/98, EU:C:2000:367, dom Lyyski, C-40/05, EU:C:2007:10.

²⁵ Dom Victoria Film, C-134/97, EU:C:1998:535. Om unionsrättens vida domstolsbegrepp H. Matz, Begreppet domstol i EU-rätten, 2010. Se även dens., EU-domstolen belyser domstolarnas oberoende, ERT 2015 s. 885 ff., dens., Rättskipningens särdrag – några intryck från EU-rätten, SvJT 2015 s. 467 ff. Se även T.M. Johansen – S. Wejedal, Mot ett funktionellt domstolsbegrepp, SvJT 2016 s. 100 ff., 209 ff.

²⁶ Dom Cartesio, C-210/06, EU:C:2008:723, p. 54 – 63 med hänvisningar till äldre avgöranden. Se vidare t ex M. Broberg, Preliminary References by Public Administrative Bodies, European Public Law 2009 s 207 ff.

²⁷ Dom Nordsee 102/81, EU:C:1982:107, mål C-126/97, Eco Swiss China Time mot Benetton International, EU:C:1999:269.

²⁸ Målet NJA 2015 s. 438, Systembolaget, rörande en konkurrensrättslig skiljedom där HD inte funnit förhandsavgörande påkallat, berörs i kap. 5.2.

såsom ett ytterligare argument för en rätt att överklaga att Naturvårdsverket såsom myndighet saknade möjlighet att begära förhandsavgörande.²⁹

Det är den nationella domstolen som handlägger ett mål som på eget initiativ (*ex officio*) har att ta ställning till om förhandsavgörande ska begäras och hur frågorna ska formuleras.³⁰ Detta ligger inom ramen för domstolens uppgift att utreda och fastställa rättsläget enligt principen *jura novit curia* (domstolen känner lagen). EU-domstolen yttrar sig endast över sådana frågor som den nationella domstolen har ställt. Den har understrukit att varje nationell domstol har en självständig rätt att vända sig till EU-domstolen och ensam avgör form och innehåll i en begäran om förhandsavgörande.³¹

Parternas uppfattning i frågan om förhandsavgörande bör inhämtas men är inte styrande. Tvärtom, som Högsta domstolen har formulerat det, saknar parternas inställning i frågan om förhandsavgörande i princip betydelse.³² Den nationella domstolen är alltså fri att begära förhandsavgörande även om parterna motsätter sig detta. Dock torde det vara praxis i vårt land att parterna bereds tillfälle att yttra sig över domstolens förslag till frågor att ställa till EU-domstolen. EU-domstolen har uttalat:

Även om det står den nationella domstolen fritt att uppmana parterna i den tvist som anhängiggjorts vid den att föreslå formuleringar som kan användas för tolkningsfrågorna, ankommer det ändå till slut på nämnda domstol att på egen hand besluta om såväl formen för tolkningsfrågorna som om deras innehåll.³³

Det grundläggande rättsfallet i EU-domstolen när det gäller att klarlägga att den nationella domstolen står självständig är *Salonia*.³⁴ EU-domstolen gav här klart besked och yttrade i punkt 7:

²⁹ Om målets bakgrund J. Darpö – Y. Epstein, *Thrown to the wolves – Sweden once again flouts EU standards on species protection and access to justice*, *Nordic Environmental Law Journal*, 2015 s. 7 ff. Se även kap. 5.3.

³⁰ EU-domstolen har på sin webbplats www.curia.europa.eu publicerat Rekommendationer till nationella domstolar om begäran om förhandsavgörande, som ger konkret information om hur begäran om förhandsavgörande bör utformas m. m.

³¹ Lägre instans rätt att självständigt begära förhandsavgörande behandlas närmare i kap. 7 nedan.

³² NJA 2004 s 735, Luftfartsverket (på s 741). HD gjorde här vissa uttalanden om hur den resonerar angående inhämtande av förhandsavgörande. Fallet är dock speciellt eftersom uttalandena gjordes i ett ärende om resning och domvilla, föranlett av att HD tidigare inte hade beviljat prövningstillstånd i målet. Parternas möjligheter att påverka tillkomsten och utformningen av begäran om förhandsavgörande har särskilt diskuterats av M. Broberg, *Privates håndhævelse af EU-retten gennem præjudicielle forelæggelser*, TfR 2015 s. 455 ff.

³³ Dom Consiglio, C-136/12, EU:C:2013:489 p. 30.

³⁴ Dom *Salonia*, 126/80, EU:C:1981:136. Rättsfallet ingår bland de vägledande domar som i efterhand översatts till svenska. EU-domstolen har hänvisat till sitt uttalande i många senare domar, bl. a. dom *Fédération Cynologique Internationale*, C-561/11, EU:C:2013:91 p. 30, ett varumärkesmål. Se vidare M. Broberg – N. Fenger, *Preliminary References to the European Court of Justice*, 2 ed. s 280.

För det första hindrar inte den omständigheten att parterna i målet vid den nationella domstolen inte har väckt en gemenskapsrättslig fråga inför den nationella domstolen, att den nationella domstolen anhängiggör saken vid EG-domstolen. Andra och tredje styckena i artikel 177 i fördraget,³⁵ enligt vilka en begäran om förhandsavgörande får lämnas till domstolen när en ”fråga uppkommer vid en domstol i en medlemsstat”, avser inte att begränsa detta förfarande till att endast omfatta en fråga om tolkningen eller giltigheten av gemenskapsrätten som har uppkommit på initiativ av den ena eller andra av parterna i målet vid den nationella domstolen, utan omfattar även det fall där den nationella domstolen själv har väckt en sådan fråga, och anser att ett beslut i frågan från EG-domstolen ”är nödvändigt för att döma i saken”.

Det är givetvis högst lämpligt, innan beslut fattas angående begäran om förhandsavgörande, att målet är tillräckligt berett och att sakfrågor och rent nationella rättsfrågor har klarlagts, så att frågorna till EU-domstolen kan formuleras på ett genomtänkt och täckande sätt. Det förekommer, även om det är mindre vanligt, att EU-domstolen vägrar att besvara de frågor som har ställts i en begäran om förhandsavgöranden därför att domstolen finner frågorna oklara eller oprecisa eller ger otillräcklig information om vad saken gäller.³⁶

Det bör slutligen påpekas att om en nationell domstol är tveksam till frågan om en i målet aktuell unionsrättslig rättsakt är giltig, är domstolen skyldig att begära förhandsavgörande, eftersom endast EU-domstolen är behörig att ta ställning till unionsrättsliga rättsakters giltighet. Efter det avgörande, där detta rättsläge slogs fast, talar man om Foto-Frost-principen.³⁷ I dessa fall är alltså redan nationell domstol i första instans skyldig att begära förhandsavgörande. Det finns ett svenskt mål där detta har aktualiserats under tidsperioden, det 2015 avgjorda målet Bricmate mot Tullverket, där Förvaltningsrätten i Malmö frågade EU-domstolen om giltigheten av en EU-förordning om antidumpningstull (se kap. 9.2).

2.4 Processen i EU-domstolen

Vid formulering av frågor till EU-domstolen bör en svensk domstol tänka på att EU-domstolen inte har någon närmare kännedom om specifikt nationella förhållanden, faktiska eller rättsliga. Här kan olika omständigheter behöva klargöras. EU-domstolen anser sig fri att tolka och omformulera ställda frågor (och gör så ofta) och att själv lyfta fram relevanta omständigheter ur fallet.³⁸ Domstolen väljer många gånger att besvara frågorna i en annan ordningsföljd än de har ställts. Ibland finner den sig inte behöva besvara samtliga frågor.

³⁵ Nu artikel 267 FEUF, den citerade texten är oförändrad.

³⁶ Se t.ex. dom Striani, C-299/15, EU:C:2015:519.

³⁷ Dom Foto-Frost, 314/85, EU:C:1987:452.

³⁸ Se t.ex. K. Voss, But that's not what I asked! The reformulation of questions asked in preliminary rulings, ERT 2015 s. 939 ff.

Den kan också ta upp en underförstådd fråga eller unionsbestämmelser som den nationella domstolen inte har hänvisat till. Domstolen brukar motivera detta med behovet av att ge den nationella domstolen ett användbart svar.³⁹ EU-domstolen kan enligt sina rättegångsregler inhämta förtydliganden från den nationella domstolen om den anser detta nödvändigt, något som sker i viss utsträckning.⁴⁰

Proceduren i EU-domstolen är relativt tung, bland annat därför att medlemsstaterna bereds möjlighet att intervensera i målen genom att lämna yttranden (engelska: observations).⁴¹ Så sker i rätt stor utsträckning, främst i mål som uppfattas som viktiga från nationell synpunkt. Kommissionen bereds alltid tillfälle att yttra sig. När förhandsavgörande begärs av svensk domstol är processspråket svenska. Det interna språket i domstolen är emellertid franska, och handlingarna i målen översätts inför handläggningen till detta språk. Genomsnittstiden i domstolen för handläggning av mål om förhandsavgörande har kunnat pressas ner avsevärt på senare tid och utgör nu ca 16 månader.

EU-domstolen kan tillämpa ett förenklat förfarande och avgöra en begäran om förhandsavgörande genom beslut i stället för dom, om den fråga som begäran avser är identisk med en fråga som domstolen redan har avgjort eller om svaret klart kan utläsas av rättspraxis eller eljest inte ger utrymme för rimligt tvivel.⁴² Två svenska mål, där förhandsavgörande hade begärts, har under tidsperioden 2010 t.o.m. 2015 avgjorts genom beslut i stället för dom. Det gäller en begäran från Högsta domstolen angående talerätten för miljövårdsorganisationer, där omständigheterna låg nära ett redan avgjort liknande fall, och en begäran av Mora kommun, Miljö- och hälsovårdsnämnden, som helt uppenbart inte var taleberättigad.⁴³

Det finns även sedan 2008 ett särskilt förfarande, det s.k. PPU-förfarandet,⁴⁴ för att inhämta förhandsavgörande av Unionsdomstolen i brådskande mål som avser området för frihet, säkerhet och rättvisa.⁴⁵ Hit hör bland annat mål som rör häktade personer eller brådskande vårdnadsfrågor. Förfarandet för brådskande mål, som innebär en förenklad handläggning, är avsett att tillämpas återhållsamt. Avsikten är att PPU-mål ska kunna handläggas och avslutas inom ca sex – åtta veckor. Ett första svenskt PPU-mål har förts till EU-domstolen av Varbergs tingsrätt under 2015 och behandlas i kap. 9.8. Det gällde en vårdnadstvist.

³⁹ Se t.ex. dom *Bonnier Audio*, C-461/10, EU:C:2012:219 p. 47 – 51.

⁴⁰ Artikel 101 i domstolens rättegångsregler.

⁴¹ Se härom bl.a. P. Cramér m.fl., *See you in Luxembourg? EU Governments' Observations under the Preliminary Reference Procedure*, Sieps 2016:6.

⁴² P. 99 i EU-domstolens rättegångsregler.

⁴³ Målen *Djurgården-Lilla Värtans Miljöskyddsförening*, 2010 och *Dan Bengtsson*, 2011, se kap. 9.5.

⁴⁴ PPU är förkortningen för den franska termen *procédure préjudicielle d'urgence*, se artiklarna 107-114 i EU-domstolens rättegångsregler och t.ex. M. Schmauch, *EU-domstolens förfarande för brådskande mål (PPU) – tillämpning och praktiska frågor*, *Svensk Juristtidning* 2012 s. 116 ff.

⁴⁵ Se artikel 267.4 FEUF angående frihetsberövade och artikel 104 b i EU-domstolens rättegångsregler och domstolens informationsmeddelande om förfarandet för brådskande mål.

3 Skyldigheten för sista nationella instans att begära förhandsavgörande

3.1 Vad utgör sista nationella instans?

Som behandlats i kap. 2 är svenska domstolar, mot vars avgöranden det inte finns något rättsmedel, i princip skyldiga att begära förhandsavgörande i mål som rör unionsrättens tolkning och giltighet. Det finns som nämnts en särskild fördragsregel om detta i artikel 267.3 FEUF som i sak har gällt oförändrad alltsedan Romfördragets tillkomst 1957. Skyldigheten är dock villkorad av att det föreligger en fråga i målet som rör tolkningen av fördragen eller unionens rättsakter, det vill säga unionsrätten. Är så fallet, anger fördragstexten som nämnt att den nationella domstolen *skall* föra frågor om tolkningen till EU-domstolen.

Skyldigheten att begära förhandsavgörande gäller för domstolar ”mot vars avgöranden det inte finns något rättsmedel enligt nationell lagstiftning”, för att citera fördragstexten. Förstås med detta endast en domstol som utgör högsta möjliga instans i det ifrågavarande målet (i Sverige normalt Högsta domstolen eller Högsta förvaltningsdomstolen) eller även en domstol (typiskt hovrätt eller kammarrätt) vars dom endast kan bli överprövad i den mån prövningstillstånd meddelas enligt snäva kriterier? Frågan avgjordes 2002 i Lyckeskogmålet.⁴⁶

I Lyckeskog, som avsåg ett åtal för varusmuggling, begärde Hovrätten för Västra Sverige förhandsavgörande av EU-domstolen och ställde bland annat frågan om hovrätten var att anse som sista instans. EU-domstolen fann att den omständigheten, att det krävs prövningstillstånd för att den högsta domstolsinstansen ska ta upp överklaganden till prövning, inte medförde att parterna inte förfogade över något rättsmedel.⁴⁷ Domstolen fann alltså att hovrätt och kammarrätt inte är sista instans, förutsatt att domen kan överklagas. Domstolen påpekade även i domsmotiveringen att om en fråga om tolkningen eller giltigheten av en unionsrättslig regel uppkommer i den högsta domstolsinstansen, är denna skyldig att begära förhandsavgörande antingen när den prövar frågan huruvida prövningstillstånd ska meddelas eller vid ett senare tillfälle.⁴⁸

⁴⁶ Dom Lyckeskog, C-99/00, EU:C:2002:329.

⁴⁷ P. 16-17 i domen.

⁴⁸ P. 18 i domen.

Det fordras dock att den enskilde förfogar över ett rättsmedel i form av en rätt att överklaga och därigenom en möjlighet att uppnå att den högre instansen begär ett förhandsavgörande.⁴⁹ I den mån det inte finns något ordinärt rättsmedel mot en hovrätts eller kammarrätts avgörande, är de alltså sista instans enligt artikel 267.3 FEUF. Hit torde även höra sådana fall, där det endast är Mark- och miljööverdomstolen eller den nya Patent- och marknadsöverdomstolen som själv har möjlighet att släppa fram ett mål för prövning i Högsta domstolen genom en s.k. ventil, under det att parterna saknar rätt att överklaga. Motsvarande gäller förbudet att överklaga hovrättens avgörande när talan förs mot en skiljedom (43 § andra stycket skiljeförfarandelagen). Existensen av en ventil torde inte ändra att de nämnda domstolarna utgör sista instans enligt unionsrätten, eftersom parterna inte kan överklaga.

Det kan nämnas att Högsta domstolen i NJA 2014 s. 79, Billerud begärde förhandsavgörande som led i prövningen av en resningsansökan mot en dom i dåvarande Miljööverdomstolen som inte fick överklagas.⁵⁰

3.2 CILFIT-kriterierna

EU-domstolen har dock i sin rättspraxis i viss mån modifierat skyldigheten att begära förhandsavgörande. Den beslöt redan 1963 i fallet *Da Costa* att det inte finns någon skyldighet att begära förhandsavgörande när rättsfrågan är likartad en fråga som redan har avgjorts av EU-domstolen, på franska *acte éclairé*.⁵¹ I det grundläggande avgörandet CILFIT 1982 slog domstolen fast att det inte heller finns någon skyldighet för sista instans att begära förhandsavgörande när rättsläget enligt unionsrätten är klart, *acte clair*.⁵² Det ankommer på den nationella domstolen i sista instans att på eget ansvar göra en oberoende bedömning av huruvida det är fråga om *acte clair*.⁵³ För att täcka både *acte clair* och *acte éclairé* talar man på svenska ofta om att rättsläget är klart eller klarlagt.

I CILFIT-avgörandet 1982 gav EU-domstolen en snäv definition av vad *acte clair* innebär, de s.k. CILFIT-kriterierna. Den förklarade bland annat att den korrekta tillämpningen av unionsrätten ska vara så uppenbar att det inte finns utrymme för något rimligt tvivel om hur frågan ska avgöras. Domstolen tillade att den nationella domstolen även måste vara övertygad om att saken är lika uppenbar för domstolarna i de övriga medlemsstaterna och för EU-domstolen. Vid denna bedömning måste den nationella domstolen beakta EU-rättens särdrag, att de olika språkversionerna är lika giltiga, att unionsrätten använder

⁴⁹ M. Broberg – N. Fenger, Preliminary references to the European Court of Justice, 2 ed. 2014 s. 228.

⁵⁰ Dom Billerud, C-203/12, EU:C:2013:664, se 9.3 nedan.

⁵¹ Dom *Da Costa en Schaake*, 28-30/62, EU:C:1963:6.

⁵² Dom CILFIT, 283/81, EU:C:1982:335. Se vidare bl a U. Bernitz – A. Kjellgren, Europarättens grunder, 5 uppl. 2014 s 231 ff., C.F. Bergström – J. Hettne, Introduktion till EU-rätten, 2014 s. 376 ff., M. Broberg – N. Fenger, EU-domstolens *Acte Clair* doktrin – i teori og praksis, ERT 2010 s. 488 ff.

⁵³ Dom *van Dijk*, C-72/14 och C-197/14, EU:C:2015:319 p. 59.

en egen terminologi och att varje unionsrättslig bestämmelse måste sättas in i sitt sammanhang och tolkas mot bakgrund av unionsrätten som helhet.

CILFIT-kriterierna har diskuterats kritiskt i många sammanhang och sannolikt har de inte tillämpats strikt av högsta instanser i något medlemsland.⁵⁴ Generaladvokat Nils Wahl har t.ex. hävdats att skyldigheten att begära förhandsavgörande med tiden har mjukats upp.⁵⁵ Kritiken verkar dock inte ha lett till att EU-domstolen har ändrat inställning. Det framgår av åtskilliga senare domar⁵⁶ och har bland annat bekräftats i ett avgörande i september 2015 i målet *Ferreira da Silva e Brito*.⁵⁷ I det avgörandet sammanfattade EU-domstolen kraven sålunda i punkterna 38 och 39:

Vad gäller omfattningen av den skyldigheten [dvs. att begära förhandsavgörande] följer det av fast rättspraxis sedan domen *Cilfit* ... meddelades att när en unionsrättslig fråga uppkommer vid en domstol mot vars avgöranden det inte finns något rättsmedel enligt nationell lagstiftning, ska den domstolen fullgöra sin skyldighet att hänskjuta frågan till EU-domstolen, om den inte funnit att den uppkomna frågan saknar relevans, att den aktuella unionsbestämmelsen redan har tolkats av EU-domstolen, eller att den korrekta tolkningen av unionsrätten är så uppenbar att det inte finns utrymme för något rimligt tvivel.

EU-domstolen har dessutom slagit fast att huruvida så är fallet ska bedömas med beaktande av unionsrättens särdrag, de särskilda svårigheter som dess tolkning medför samt risken för skillnader i rättspraxis inom unionen.

Målet *Ferreira da Silva e Brito* gällde tolkningen av det s.k. överlåtelsedirektivet 2001/23/EG om arbetstagares ställning när verksamhet övergår på ny arbetsgivare. EU-domstolen uppmärksammade att det funnits motstridiga meningar om vad som utgör en verksamhetsöverlåtelse både nationellt och mellan medlemsstater. Domstolen uttalade att i en sådan situation är nationell domstol i sista instans skyldig att begära förhandsavgörande. Detta kan ses som en viss precisering och skärpning av CILFIT-kriterierna när det gäller vikten av att beakta att rättspraxis inte divergerar medlemsstaterna emellan.

EU-domstolen har alltså gjort klart att den inte är benägen att ge upp CILFIT-kriterierna; tvärtom verkar domstolen besluten att slå vakt om sin kontroll över

⁵⁴ Se om denna kritik bl a generaladvokat Nils Wahls yttrande i förenade målen *van Dijk*, C-72/14 och C-197/14, EU:C:2015:564.

⁵⁵ Anförda yttrande p. 59.

⁵⁶ EU-domstolen hänförde sig uttryckligen till CILFIT-kriterierna i sin i kap. 6 behandlade dom i målet *Åkerberg-Fransson*, i detta fall med indirekt kritik av HD:s ställningstagande i NJA 2011 s. 444.

⁵⁷ Dom *Ferreira da Silva e Brito*, C-160/14, EU:C:2015:565. I domen ges hänvisningar till tidigare avgöranden som rört frågan.

unionsrättens tolkning och tillämpning. Inte minst är EU-domstolen angelägen om att upprätthålla en enhetlig rättspraxis och motverka att tolkningen av unionsrätten utvecklas oenhetligt i medlemsstaterna. Som framgår är kriterierna så snävt utformade att de lämnar föga bedömningsutrymme för medlemsstaternas nationella domstolar i sista instans.

Man bör observera att om det finns språkliga skillnader mellan olika versioner av en rättsakt gäller enligt fast praxis i EU-domstolen att den formulering som används i en av språkversionerna, t.ex. den svenska, inte ensam kan läggas till grund för tolkningen av bestämmelsen eller ges företräde framför övriga språkversioner. Unionsbestämmelserna ska nämligen tolkas och tillämpas på ett enhetligt sätt. Föreligger det bristande överensstämmelse mellan olika språkversioner ska bestämmelsen tolkas med hänsyn till systematiken i och ändamålet med de föreskrifter i vilka den ingår. Ett rättsfall, där detta tydligt har uttalats och tillämpats är brottmålet mot Lars Ivansson m.fl., det s.k. hönsbursmålet.⁵⁸

Man bör också observera att rättsläget inte kan anses klart eller klarlagt om den eller de unionsrättsliga regler som saken gäller har tolkats olikartat i nationella domstolar i olika medlemsländer. Detta är något som det kan finnas anledning för processande parter att särskilt ge akt på.

Det finns ingen skyldighet att begära förhandsavgörande innan beslut fattas att gälla tills vidare (interimistiskt), förutsatt att parterna har möjlighet att senare få en materiell prövning av den aktuella frågan i målet och förhandsavgörande då kan inhämtas.⁵⁹ Skälet är att saken normalt är brådskande. Att rättsläget förhåller sig så har Högsta domstolen också slagit fast i NJA 1995 s. 635, *Saturnus*, ett varumärkesmål.

3.3 Skadeståndsansvar

Alltsedan EU-domstolens avgörande 2003 i målet *Köbler*⁶⁰ står det klart att medlemsstaterna kan ådra sig skadeståndsansvar på unionsrättslig grund för nationella domstolars överträdelse av unionsrätten och att detta även gäller nationella domstolar som dömer i sista instans, förutsatt att felet är tillräckligt klart. EU-domstolen bekräftade 2015 att ett sådant skadeståndsansvar gäller i det i 3.2 behandlade målet *Ferreira da Silva e Brito*.

Högsta domstolen och Högsta förvaltningsdomstolen arbetar alltså likt andra domstolar under skadeståndsansvar när de bedömer mål enligt unionsrätten. Om en unionsrättslig bestämmelse eller EU-domstolens praxis förbises eller

⁵⁸ Dom Ivansson, C-307/13, EU:C:2014:2058, p. 39 – 40. Se även kap. 7.2 och 9.5 samt U. Bernitz, Hönsbursmålet om skyldighet att anmäla tekniska föreskrifter, ERT 2016 h. 3.

⁵⁹ Dom Hoffmann-La Roche, mål 107/76, EU:C:1977:89 punkt 6.

⁶⁰ Dom Köbler, C-224/01, EU:C:2003:513.

missförstås i ett väsentligt hänseende och detta leder till skada för enskild, kan det ge anledning att rikta skadeståndsanspråk mot staten. EU-domstolens motivering i Köbler markerar dock att man i fråga om domar i nationell högsta instans ska iaktta försiktighet och ta hänsyn till den dömande verksamhetens särdrag. Det kan påpekas att det unionsrättsliga skadeståndsansvaret anses följa direkt av EU-rätten. De särskilda begränsningar av de högsta domstolarnas skadeståndsansvar, som är lagfästa i 3:7 skadeståndslagen, är därför inte tillämpliga.⁶¹

⁶¹ Att skadeståndslagens utformning inte stämmer med EU-rätten i detta hänseende och ger en skev bild av rättsläget uppmärksammades redan 1997 i betänkandet Det allmännas skadeståndsansvar vid överträdelse av EG-regler, SOU 1997:194. Någon lagändring har dock fortfarande inte genomförts.

4 Skyldigheten för nationell domstol att motivera varför den inte begär förhandsavgörande

4.1 Inledning

Svenska domstolar motiverar oftast inte varför de har avslagit ett yrkande av en part i en rättegång om att inhämta ett förhandsavgörande från EU-domstolen. Ofta har domstolen endast uttalat att den ”inte finner skäl”, ”inte finner behov”, ”inte finner nödvändigt” eller något liknande uttryck, utan att tydliggöra vad som har varit skälet eller skälen. Under trycket av det överträdelseärende som kommissionen initierade mot Sverige ålades dock de högsta instanserna genom en lagändring 2006 att ange skälen till sina beslut att inte begära förhandsavgörande. Detta berörs nedan i 4.4. Härefter behandlas läget i aktuell svensk rättspraxis när det gäller motiveringar i kap. 5.

Först ska dock den rättsutveckling som har ägt rum genom avgöranden i Europadomstolen i Strasbourg under den senaste femårsperioden behandlas. Den har nämligen utifrån ett rättighetsperspektiv skärpt kraven på motivering. I dagens läge utgör denna nya rättspraxis utgångspunkten när det gäller motiveringsskyldigheten.⁶²

4.2 Europadomstolens krav på motivering

Rättsläget när det gäller motiveringsskyldighet har Europadomstolen i Strasbourg utvecklat med tillämpning av artikel 6.1 i EKMR om rätt till en rättvis rättegång (konventionsrätten) och Europadomstolens därpå grundade praxis angående krav på domskäl. Europadomstolen har funnit att konventionsrätten kräver att åtminstone domstolar som dömer i sista instans lämnar en verklig motivering till varför de har beslutat att inte inhämta förhandsavgörande.

Ett grundläggande avgörande är *Ullens de Schooten och Rezabek mot Belgien* där Europadomstolen meddelade dom 2011.⁶³ Fallet avsåg skattebrott m.m.

⁶² Författaren vill rikta ett särskilt tack till Dr Magnus Schmauch för värdefulla synpunkter på kap. 4.

⁶³ App. Nos. 3989/07 och 38353/07, dom 20 sept. 2011, M. Schmauch, Europadomstolen ställer krav på motiverade beslut när förhandsavgörande inte inhämtas från EU-domstolen, ERT 2012 s. 333 ff., dens., The preliminary ruling procedure and the right to a fair trial: Strasbourg demands reasoned decisions from national courts when they refuse to refer a case to the ECJ, European Law Reporter 2011 s. 362 ff. Se till det följande M. Broberg – N. Fenger, Præjudicielle forelæggelser for EU-Domstolen og retten til retfærdig rettergang i EMRK artikel 6, UfR 2015, des., Preliminary References to the Court of Justice of the EU and the Right to a Fair Trial under Article 6 ECHR, European Law Review 2016 s. 599 ff., C. Lacchi, Multilevel Judicial Protection in the EU and Preliminary References, Common Market Law Review 2016 s. 698 ff.

och klagan gällde en dom av belgisk högsta instans (Cour de Cassation). De klagande hävdade att belgisk lagstiftning på olika punkter stred mot EU-rätten och att Cour de Cassation åsidosatt artikel 6.1 i Europakonventionen genom att inte begära förhandsavgörande av EU-domstolen. Europadomstolen fann att den belgiska högsta domstolen varit skyldig att motivera varför den inte hade begärt förhandsavgörande, men att sådan motivering hade lämnats i detta fall.

Europadomstolen uttalade i domen att artikel 6.1 ”imposes ... an obligation on domestic courts to give reasons, in the light of applicable law, for any decisions in which they refuse to refer a preliminary question, especially where the applicable law allows for such a refusal only on an exceptional basis”. Domstolen fortsatte:

In the specific context of [Article 267.3 TFEU], this means that national courts against whose decisions there is no remedy under national law, which refuse to refer to the Court of Justice a preliminary question on the interpretation of Community law that has been raised before them, are obliged to give reasons for their refusal in the light of the exceptions provided for in the case-law of the Court of Justice. They will thus be required, in accordance with the above mentioned *Cilfit* case-law, to indicate the reasons why they have found that the question is irrelevant, that the European Union law provision in question has already been interpreted by the Court of Justice, or that the correct application of Community law is so obvious as to leave no scope for any reasonable doubt.⁶⁴

Europadomstolen tillade att en motsvarande motiveringsskyldighet kunde gälla också för domstolar som inte dömer i sista instans och uttalade:

the [Court] does not rule out the possibility that, where a preliminary reference mechanism exists, refusal by a domestic court to grant a request for such a referral may, in certain circumstances, infringe the fairness of proceedings – even if that court is not ruling in the last instance... The same is true where the refusal proves arbitrary ... that is to say where there has been a refusal even though the applicable rules allow no exception to the principle of preliminary reference or no alternative thereto, where the refusal is based on reasons other than those provided for by the rules, and where the refusal has not been duly reasoned in accordance with those rules.⁶⁵

Bland Europadomstolens senare avgöranden märks särskilt målet *Dhabi mot Italien*, avgjort 2014,⁶⁶ där domstolen gick ett steg längre och fann att den

⁶⁴ P. 60 och 62 i domskälen.

⁶⁵ P. 59 i domskälen.

⁶⁶ App. No. 17120/09, dom 8 april 2014.

italienska högsta domstolen hade överträtt artikel 6.1 i EKMR genom att utan motivering underlåta att begära förhandsavgörande av EU-domstolen.

Dhabi var en tunisisk medborgare som lagligen bodde i Italien och gjorde gällande att han hade rätt till familjebidrag, grundat på associeringsavtalet mellan EU och Tunisien. Han begärde under den italienska domstolsprocessen att förhandsavgörande om tolkningen av avtalet skulle inhämtas från EU-domstolen. Europadomstolen konstaterade att italienska högsta domstolens avgörande helt saknade motivering i detta hänseende. Den yttrade bland annat:

It is therefore not clear from the reasoning of the impugned judgment whether that question was considered not to be relevant or to relate to a provision which was clear or had already been interpreted by the CJEU⁶⁷, or whether it was simply ignored... The Court observes in this connection that the reasoning of the Court of Cassation contains no reference to the case-law of the CJEU. That finding is sufficient for the Court to conclude that there has been a violation of Article 6 § 1 of the Convention.⁶⁸

Vad som här har sagts om Europadomstolens praxis stöds även av andra domar därifrån.⁶⁹ Här kan citeras vad Europadomstolen har uttalat i ett Grand Chamber-avgörande i maj 2016, *Avotins*:

The Court observes that, in a different context, it has held that national courts against whose decisions no judicial remedy exists in national law are obliged to give reasons for refusing to refer a question to the CJEU for a preliminary ruling, in the light of the exceptions provided for by the case-law of the CJEU. The national courts must therefore state the reasons why they consider it unnecessary to seek a preliminary ruling (see *Ullens de Schooten and Rezabek v. Belgium*, nos. 3989/07 and 38353/07, § 62, 20 September 2011 and *Dhahbi v. Italy*, no. 17120/09, §§ 31-34, 8 April 2014). The Court emphasizes that the purpose of the review it conducts in this regard is to ascertain whether the refusal to refer a question for a preliminary ruling constituted in itself a violation of Article 6 § 1 of the Convention; in so doing, it takes into account the approach already established by the case-law of the CJEU.⁷⁰

Det strider alltså mot artikel 6.1 i Europakonventionen om rätt till en rättvis rättegång om svensk domstol som är sista instans underlåter utan att lämna en

⁶⁷ Förkortning för Court of Justice of the European Union.

⁶⁸ P. 33 – 34 i domskälen.

⁶⁹ Här märks App. No. 38369/09, *Schipani m fl mot Italien*, dom 21 juli 2015. Även detta fall rörde italienska högsta domstolen som inte motiverat varför den inte beaktade en parts begäran om inhämtande av förhandsavgörande från Unionsdomstolen. Europadomstolen följde sitt resonemang i målet Dhabi.

⁷⁰ App. No. 17502/07, *Avotins mot Lettland*, dom 23 maj 2016 p. 110.

motivering att begära förhandsavgörande av EU-domstolen enligt artikel 267.3 FEUF när en part har yrkat detta.

Artikel 6.1 i Europakonventionen omfattar i och för sig inte allt som innefattas i unionsrätten, eftersom den bara är tillämplig i brottmål och mål som rör enskildas civila rättigheter och skyldigheter, något som dock tolkas vidsträckt i praxis. Här är dock att märka att artikel 47 i EU:s rättighetsstadga bygger på artikel 6.1 EKMR och där utvecklade bedömningsprinciper och är avsedd att tolkas på motsvarande sätt. Artikel 47 i rättighetsstadgan omfattar unionsrätten i dess helhet. Med all sannolikhet följer det även av artikel 47 i stadgan att nationell domstol i sista instans är skyldig att motivera varför den inte begär förhandsavgörande när detta har yrkats. Det innebär att unionsrätten i sin helhet torde omfattas av motiveringsskyldigheten som den lagts fast av Europadomstolen.

Vad Europadomstolen har utvecklat i de nämnda målen om skyldighet att motivera varför förhandsavgörande inte har begärts torde inte bara gälla domstolar i sista instans utan äga en bredare tillämplighet på domstolars motiveringsskyldighet. Här saknas dock än så länge klargörande praxis när det gäller domstolar i lägre instans; det förefaller dock ganska troligt att domstolens ovan citerade uttalande i Ullens de Schooten-avgörandet om en mera generell motiveringsskyldighet kan komma att konkretiseras i kommande avgöranden.⁷¹

4.3 Kraven på motiveringens innehåll

Europadomstolens uttalanden ger ledning för de krav som ställs på den motivering som ska lämnas av domstolar i sista instans. Som framgår av det ovan citerade uttalandet av domstolen i målet Ullens de Schooten m. fl. fall fordras att motiveringen knyter an till de kriterier som EU-domstolen enligt CILFIT-domen godtar som skäl för att inte begära förhandsavgörande. Dessa kriterier är som framgått av kap. 3.2:

- (1) att frågan saknar relevans eftersom den inte rör unionsrätten,
- (2) att den aktuella unionsbestämmelsen redan har tolkats av EU-domstolen (*acte éclairée*) eller
- (3) att den korrekta tolkningen av unionsrätten är så uppenbar att det inte finns utrymme för något rimligt tvivel (*acte clair*).

Det krävs alltså att den nationella domstolen motiverar hur den har prövat ett yrkande om inhämtande av förhandsavgörande genom att anknyta till och tillämpa dessa kriterier. Finner domstolen att unionsrätten är tillämplig, måste domstolen motivera varför den finner att det unionsrättsliga regelverket tillhandahåller ett klart svar genom de unionsrättsliga bestämmelser som är

⁷¹ Se allmänt om domstolars motiveringsskyldighet enligt Europakonventionen H Danelius, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, 5 uppl., 2015 s. 313 ff. (under rubriken Krav på domskäl).

tillämpliga eller genom att rättsläget har blivit klarlagt genom EU-domstolens avgöranden. Härvid gäller som nämnts att den korrekta tillämpningen av unionsrätten ska vara så uppenbar att det inte finns utrymme för något rimligt tvivel om hur frågan bör lösas. Vad detta innebär har behandlats i kap. 3.2.

Europadomstolen har också uttalat sig om kraven på motiveringens innehåll. I domen i Dhabí-målet uttalade den att domstolarna måste:

indicate the reasons why they have found that the question is irrelevant, that the European Union law provision in question has already been interpreted by the [Court of Justice of the European Union], or that the correct application of EU law is so obvious as to leave no scope for any reasonable doubt.⁷²

Det torde alltså inte räcka med att den nationella domstolen uttalar att den t ex finner det aktuella rättsläget i fråga vara *acte clair*, det fordras också att domstolen anger *varför* den finner så vara fallet. Det torde krävas att domstolen härvid hänvisar till de författningsbestämmelser och/eller rättsfall som den har funnit tillhandahålla ett klargörande svar. En förutsättning torde dock vara att en part har fört fram ett preciserat och motiverat yrkande om inhämtande av ett förhandsavgörande.⁷³

Man bör hålla i minnet att motiveringsskyldigheten i detta sammanhang begränsar sig till själva frågan om inhämtande av förhandsavgörande.

4.4 Det svenska överträdelseärendet och vår lagregel om motiveringsskyldighet

Mot bakgrund av denna översikt av det nya europarättsliga rättsläget finns det anledning att se närmare på svensk rätt. Som nämnts i kap. 1 – och närmare behandlades i min rapport 2010⁷⁴ – ingrep EU-kommissionen mot vad den

⁷² Domskäl i Dhabí p. 31, se även motsvarande uttalanden i domskälen i Schipani p. 69 och i Ullens de Schooten & Rezabek p. 62.

⁷³ Överensstämmande uppfattning M. Broberg – N. Fenger, Preliminary References to the Court of Justice of the EU and the Right to a Fair Trial under Article 6 ECHR, European Law Review 2016 s. 606. I RÅ 2009 not. 190 fann HFD i ett resningsärende att skyldighet att motivera varför ett förhandsavgörande från EU-domstolen inte hade begärts inte förelåg, när ett yrkande om sådant avgörande hade framställts hos kammarrätten men inte hos HFD. Lagregeln av 2006 återopades, EKMR berördes ej.

⁷⁴ Rapporten 2010 s. 31 ff. Se även U. Bernitz, Samarbetet mellan EG-domstolen och nationella domstolar, ERT 2009 s. 454 ff., dens., The Duty of Supreme Courts to Refer Cases to the ECJ: The Commission's Action Against Sweden, Swedish Studies in European Law 1, Hart Publishing Oxford 2006 s. 37 ff., dens., Preliminary References and Swedish Courts: What Explains the Continuing Restrictive Attitude? i Constitutionalising the EU Judicial System: Essays in Honour of Pernilla Lindh, P. Cardonnel, A. Rosas & N. Wahl eds., Hart Publishing, Oxford 2012 s. 177 ff., dens., HD och EG-domstolen – om vikten av förhandsavgöranden och HD-domar som inte bör ses som prejudikat, JT 2001-02 s. 955 ff., M. Schmauch, Lack of preliminary rulings as an infringement of Art. 234 EC?, European Law Reporter 2005 s. 445 ff., dens., SFS 2006:502: Sweden introduces national measures to protect the expectations of individuals regarding the application of Article 234 EC, European Law Reporter 2006 s. 425 ff.

uppfattade som de svenska högsta domstolarnas obenägenhet att begära förhandsavgörande av EU-domstolen. Kommissionen tillställde Sverige år 2004 ett motiverat yttrande i ärendet; sista steget i det formella förfarandet innan kommissionen anhängiggör en fördragsbrottstalan mot en medlemsstat.⁷⁵ Kommissionen anmärkte bl. a. på att de högsta domstolarna inte hade beviljat prövningstillstånd i olika fall där EU-rätten aktualiserades, utan att därvid ange hur domstolen hade bedömt frågan om behovet av förhandsavgörande. Detta gjorde det svårt för kommissionen att bedöma vilka överväganden som hade gjorts. Ingripandet är unikt i sitt slag och har varit internationellt uppmärksammat.

Saken löstes genom att Sverige år 2006 införde en särskild lag (2006:502) om skyldighet för de högsta instanserna att motivera varför man hade beslutat att inte begära förhandsavgörande. Det föranledde kommissionen att avsluta ärendet. Även om de avgöranden av Europadomstolen som har refererats ovan har kommit till senare, är det något anmärkningsvärt att frågan om att en motiveringsskyldighet kunde följa av Europakonventionens artikel 6.1 inte alls observerades i lagstiftningsärendet eller i de högsta domstolarnas remissvar.

Den svenska lagtexten (1 § första stycket i lagen) lyder:⁷⁶

Om en part i ett mål eller ärende vid en domstol eller myndighet, som omfattas av skyldigheten att inhämta förhandsavgörande från EG-domstolen, har yrkat att ett förhandsavgörande skall inhämtas eller på annat sätt väckt frågan om en sådan åtgärd, skall domstolen eller myndigheten, i de fall den beslutar att inte inhämta ett förhandsavgörande, i sitt beslut ange skälen till detta.

Stadgandets andra stycke klargör att skyldigheten inte omfattar ärenden om resning, klagan över domvilla och återställande av försutten tid. I den efterföljande 2 § i 2006 års lag och ett därtill knutet tillkännagivande av regeringen behandlas inhämtande av förhandsavgörande rörande tolkningen av bestämmelser i sådana internationella överenskommelser som Sverige har ingått inom ramen för samarbetet i EU. Den uppräkningslista som där görs ter sig något egendomlig mot bakgrund av att motiveringsskyldigheten för högsta instans gäller generellt när unionsrätten är tillämplig.

Som framgår av remissvaren i lagstiftningsärendet mottogs lagändringen utan entusiasm av berörda domstolar. Lagrådet yttrade om motiveringarnas utformning, att i fall där det är tydligt att EU-domstolen inte ska höras, får man räkna med att domstolarna nöjer sig med att lämna stereotypa motiveringar.⁷⁷

⁷⁵ Kommissionens ärende nr 2003/2161, C(2004) 3899, 13 okt. 2004.

⁷⁶ 1 § första stycket i lagen med vissa bestämmelser om förhandsavgörande från EG-domstolen (2006:502).

⁷⁷ Prop. 2005/06:157 s 46 f.

Det är tydligt att den svenska lagregeln tillkom närmast motvilligt och för att undvika risken att kommissionen skulle gå vidare med ett överträdelseärende mot Sverige inför EU-domstolen.

Lagtexten behandlar endast situationen att en part i målet eller ärendet ”väckt frågan” om att inhämta förhandsavgörande. Det är dock som har påpekats i kap. 2.3 ovan domstolen som ska känna lagen och varje svensk domstol har ett ansvar för att unionsrätten tillämpas korrekt. Frågor om tolkning av unionsrätt är rättsfrågor, som inte parterna kan förfoga över ens i mål där domstolen är bunden av de grunder parterna har åberopat (rent dispositiva mål).⁷⁸ Frågan om att inhämta förhandsavgörande ska som nämnts prövas på eget initiativ (*ex officio*) av svensk domstol. Den svenska lagtexten kan också lätt ge upphov till missförståndet att parterna skulle förfoga över frågan om huruvida förhandsavgörande ska inhämtas. Så är inte fallet. Om svensk domstol känner behov av att begära förhandsavgörande för att kunna avgöra målet är den i sin fulla rätt att göra så även om parterna motsätter sig detta.⁷⁹

Anmärkningsvärd är också lagtextens formulering ”*eller myndighet*”. Som nämnts i 2.3 kan förvaltningsmyndigheter inte begära förhandsavgörande. Vad som avses här är sådana domstolsliknande organ som enligt EU-domstolens praxis jämföras med domstolar när det gäller rätt att begära förhandsavgörande. De innefattas emellertid i det EU-rättsliga domstolsbegreppet och hade knappast behövt nämnas särskilt i lagtexten. Den svenska lagregeln leder lätt till missförstånd.

Utformningen av den svenska lagtexten om motiveringsskyldighet förtjänar enligt min mening kritik. Numera ligger dock detta lagstiftningsärende och dess förarbeten ca tio år bakåt i tiden och måste anses överspelade av rättsutvecklingen. Vad som har hänt under mellantiden är som framgått att Europadomstolen i Strasbourg har utvecklat mer preciserade krav på motiveringsskyldighet och motiveringars utformning när det gäller ställningstaganden av nationella domstolar i sista instans till att begära förhandsavgörande av EU-domstolen. Framför allt märks avgörandet i målet *Dhabi mot Italien*. I dagens läge är det i första hand den nya praxis som Europadomstolen har utvecklat som utgör utgångspunkten för vad som krävs av de svenska domstolarna i sista instans i fråga om motiveringsskyldighet.

För de svenska högsta instanserna finns det anledning att skilja på situationen när domstolen beslutar att inte meddela prövningstillstånd och situationen när prövningstillstånd har meddelats. Det framgår både av det svenska lagstiftningsärendet och av vad EU-domstolen uttalade i målet *Lyckeskog*⁸⁰ att om en part begär att förhandsavgörande ska inhämtas i samband med att ett

⁷⁸ Detta framhölls i remissvaret från Juridiska fakulteten i Uppsala.

⁷⁹ Se kap. 2.3 ovan.

⁸⁰ Se kap. 3.1.

mål överklagas till svensk domstol i sista instans, måste domstolen pröva detta antingen när den prövar frågan om prövningstillstånd ska meddelas eller vid senare tillfälle. Överväger domstolen att inte meddela prövningstillstånd ska alltså frågan om inhämtande av förhandsavgörande prövas i det sammanhanget. Om domstolen däremot beslutar att meddela prövningstillstånd, kan ställningstagandet till frågan om huruvida förhandsavgörande ska begäras skjutas upp i väntan på att målet har beretts för avgörande.

I den förra situationen – att domstolen beslutar att inte meddela prövningstillstånd – gäller i det fall målet inte rör unionsrätt att parterna enligt svensk praxis i regel endast får ett i sak omotiverat beslut som säger att domstolen inte finner skäl att meddela prövningstillstånd. Före lagändringen 2006 var så fallet också när målet rörde unionsrätt. Här är rättsläget som framgått numera ändrat, något som följer inte bara av lagändringen utan även av Europadomstolens praxis. Det uppkommer emellertid en svårighet för domstolarna med tanke på att de mål som rör unionsrätt i regel också rör tillämpning av svensk rätt. Beslutet att inte ge prövningstillstånd måste särskilt motiveras i den unionsrättsliga delen med iakttagande av de ovan nämnda CILFIT-kriterierna, medan man enligt fast praxis inte ger någon motivering i övrigt. Detta är dock en konsekvens som följer av själva systemet med inhämtande av förhandsavgörande.

I den senare situationen, alltså sådana mål där prövningstillstånd har meddelats men domstolen sedan i anslutning till sitt avgörande av målet finner att förhandsavgörande inte ska inhämtas, borde det vara mindre problematiskt att motivera detta beslut. De svenska högsta instanserna skriver normalt relativt fylliga domar och beslut, och det är naturligt att domstolen då redovisar i sin motivering i vad mån den har funnit unionsrätten vara relevant i målet och vad den i så fall funnit utgöra rättsläget enligt unionsrätten. Ställningstagandet till behovet av förhandsavgörande borde då naturligt kunna knyta an till domstolens bedömning i domskälen av rättsläget i övrigt. Så sker dock många gånger inte i Högsta domstolens och Högsta förvaltningsdomstolens praxis. Detta ska belysas närmare i kap. 5.

I första instans (tingsrätt/förvaltningsrätt) och även i överrätt (hovrätt/kammarrätt) finns som framgått i nuläget ingen skyldighet att tydligt motivera varför domstolen avslår en begäran från en part om inhämtande av förhandsavgörande. Intetsägande motiveringar att domstolen ”inte finner skäl” eller ”att det saknas behov” att göra detta eller något liknande förefaller vanliga. I Svea hovrätts avgöranden synes följande motivering inte vara ovanlig:

Hovrätten är inte skyldig att begära förhandsavgörande från EU-domstolen men får göra det. Hovrätten finner dock inte att det finns skäl att i detta fall begära ett sådant avgörande.

En rättsutveckling i Europadomstolen, som skärper kraven också för domstolar i lägre instanser, kan som nämnt vara på väg. Oavsett hur det blir med detta, ter det sig väl befogat att kräva även av domstolar i lägre instans att de tydligt motiverar varför de har bedömt att inhämtande av förhandsavgörande inte har varit påkallat. Ett från rättssäkerhetssynpunkt viktigt argument för en sådan ordning är att en motivering är nödvändig för att göra det möjligt för parterna att i samband med ett överklagande bemöta domstolens skäl för att inte begära ett förhandsavgörande.

5 Iakttar svenska domstolar i sista instans skyldigheten att motivera varför förhandsavgörande inte har begärts?

5.1 Fall där prövningstillstånd inte har meddelats

Frågan kan ställas hur väl svenska domstolar i sista instans iakttar de krav på motiveringsskyldighet som följer både av den svenska lagändringen 2006 och numera framför allt av konventionsrätten. Den frågan ska nu belysas mot bakgrund av aktuell praxis från Högsta domstolen och Högsta förvaltningsdomstolen. Först ska något sägas om situationen i sådana fall där prövningstillstånd inte har meddelats.

En kritisk artikel byggd på en studie av ett större antal avgöranden från sista instans publicerades 2009 i Europarättslig tidskrift.⁸¹ Den visade att Högsta domstolen och Högsta förvaltningsdomstolen i fall, där prövningstillstånd inte hade meddelats, då fortfarande brukade nöja sig med standardiserade fraser som saknade reell motivering. Själv har jag även under de senaste åren stött på ett betydande antal beslut av svenska domstolar i sista instans där man inte har meddelat prövningstillstånd i mål som rört unionsrätt och som får sägas ha varit av denna art. Den part som begärt förhandsavgörande har, med något varierande uttryckssätt, i sak endast fått beskedet att domstolen "inte funnit skäl" att inhämta ett förhandsavgörande. Det har dock inte varit möjligt att inom ramen för denna rapport göra någon ingående undersökning av saken, något som skulle ha fordrat en närmare genomgång av ett stort antal orefererade rättsfall.

Att som motivering i sak endast anföra att domstolen inte har funnit skäl att begära ett förhandsavgörande är som framgått av kap. 4 alltför knapphändigt för att kunna anses förenligt med vare sig Europakonventionen, unionsrätten eller den svenska lagbestämmelsen. Det torde normalt fordras att domstolen i motiveringen gör hänvisningar till de bestämmelser i EU:s primär- eller sekundärrätt och/eller de domar av EU-domstolen som domstolen har funnit

⁸¹ M. Johansson – S. Ahmed, De högsta domstolsinstansernas motiveringsskyldighet vid beslut att inhämta förhandsavgörande från EG-domstolen – en papperstiger? ERT 2009 s. 769 ff.

vara tillräckligt klarläggande. Det kan således starkt ifrågasättas hur väl det nya rättsläget angående motiveringsskyldighet har trängt igenom i domstolarnas praxis.

5.2 Refererade HD-avgöranden rörande unionsrätt där förhandsavgörande inte har inhämtats

För att få ett visst underlag till belysning av motiveringsskyldigheten har jag gjort en genomgång av ett begränsat rättsfallsmaterial, nämligen de avgöranden under åren 2010 t.o.m. 2015 som rört unionsrätt och där Högsta domstolen har beviljat prövningstillstånd, avgjort målet utan att inhämta förhandsavgörande och därefter refererat avgörandet. En liknande undersökning av avgöranden från Högsta förvaltningsdomstolen behandlas i nästföljande kapitel.⁸²

Det rör sig alltså om mål som har refererats i NJA och där förhandsavgörande inte har begärts.⁸³ De fyra refererade mål, där Högsta domstolen har begärt förhandsavgörande under perioden, behandlas inte här utan i sitt sammanhang i den ämnesmässiga genomgången i kap. 9.⁸⁴ Med bortseende från de mål som har rört frågan om *ne bis in idem* i samband med skattetillägg/åtal för skattebrott och som behandlas för sig i kap. 6 nedan,⁸⁵ har jag noterat 17 avgöranden.⁸⁶ De listas här kronologiskt. I samtliga fall har Högsta domstolen i domskälen gått in på ingående bedömningar om vad unionsrätten har inneburit när det gäller de i målen aktuella rättsfrågorna utan att begära förhandsavgörande.⁸⁷ Den här ställda frågan är om HD har motiverat varför förhandsavgörande inte har begärts i dessa fall.

⁸² Någon liknande undersökning gjordes inte i min Rapport 2010.

⁸³ Även ett avgörande som endast publicerats som notis har tagits med.

⁸⁴ Dessa fall är NJA 2012 s. 975, Bonnier Audio, NJA 2012 s. 1073, Sjöberg och Gerdin, NJA 2014 s. 79, Billerud och NJA 2015 s. 1097, C More Entertainment.

⁸⁵ NJA 2011 s. 444, där HD efter omröstning beslöt att inte inhämta förhandsavgörande, och NJA 2013 s. 402, där HD i plenum omprövade rättsläget på grundval av EU-domstolens dom i Åkerberg Fransson. I NJA 2010 s. 168 prövades svensk rätt endast i förhållande till Europakonventionen.

⁸⁶ Härutöver märks två mål som rört resning; NJA 2010 notis 30 angående resning av Arbetsdomstolens slutliga dom i Laval-målet och NJA 2013 s. 42 angående resning i ett avgörande angående åldersdiskriminering av SAS-piloter med hänvisning till ny praxis i EU-domstolen. Frågan om inhämtande av förhandsavgörande berördes inte i dessa beslut. Resningsmål är dock av annan art; i dessa fall har ju HD endast haft att ta ställning till om rättstillämpningen varit uppenbart lagstridig. Angående SAS-piloterna, se även kap. 9.5 under Arbetsrätt om Arbetsdomstolens dom 2011 nr 37, Diskrimineringsombudsmannen mot Flygarbetsgivarna och SAS. HD:s nya avgörande 2016 i anledning av resningsansökan av Krister Linnér avseende spelannonsering berörs i kap. 7.2.

⁸⁷ Att europarättsliga bedömningar kommit att få ökat utrymme i Högsta domstolens praxis framhålls av K. Calissendorff, Europarätten 1995 – 2014 i Högsta domstolen, ERT 2015 s. 21 ff., se vidare kap. 10.7.

Det rör sig om följande mål:

NJA 2011 s. 499, vårdnadstvist, Bryssel II-förordningen, fråga om svensk domsrätt, hemvist saknas i Sverige.

NJA 2012, s. 281, åtal för artskyddsbrott, EU:s artskyddsförordning, förbud mot försäljning av exemplar av utrotningshotade djurarter, otillåten försäljning av uppstoppad duvhök.

NJA 2012 s. 483, Fotograf M. E., Luganokonventionen och Bryssel I-förordningen, immaterialrättsligt skadestånd, fråga om svensk domsrätt.

NJA 2012 s. 921, Tagen Vindpark, EU-direktivet om krav på miljökonsekvensbeskrivning, talerätt för miljöskyddsorganisationer.

NJA 2013 s. 22, Kinovox-Benum, EU:s insolvensförordning, tillämpning av EES-avtalet, återvinningstalan, svensk domsrätt.

NJA 2013 s. 524, Ekstrand & Son, EU:s konsumentköpsdirektiv av 1999, konsumentköp av skadad dörr, bevisbördebedömning.

NJA 2013 s. 613, Nordkalk, EU:s art- och habitatdirektiv, tillståndsprövning av kalkstensbrytning på Gotland, innehållet i unionsrätten ”klart eller klarlagt på de punkter som är aktuella i målet” (domen punkt 27).

NJA 2013 s. 762, Fidelia, offentlig upphandling, EU:s rättsmedelsdirektiv, skadeståndskrav. Bedömning av omfattningen av skadeståndsskyldighet.

NJA 2013 s. 987, åtal för otillbörlig marknadspåverkan, EU:s direktiv om insiderhandel och otillbörlig marknadspåverkan (marknadsmisbruk) och kompletterande genomförandedirektiv, lagen om marknadsmisbruk.

NJA 2013 s. 1162, Kiinteistö Mäkisalmela, skadeståndstalan mot staten, EU:s punktskattedirektiv (cirkulationsdirektivet), privatimport av finsk röd olja, ej skadeståndsskyldighet för staten. HD fann det ej nödvändigt inhämta förhandsavgörande: ”Innehållet i unionsrätten är klart eller klarlagt i de frågor som är aktuella i målet. Tillämpningen ankommer på de nationella domstolarna” (domen punkt 25).⁸⁸

⁸⁸ Vissa rättsfrågor som anknyt till målet hade prövats av EU-domstolen i dom Granberg, C-330/05, EU:C:2007:679.

NJA 2013 not 36, Betsson AB mot JK, skadeståndstalan mot staten, bakomliggande underlåtenhet att informera kommissionen om ändrad teknisk föreskrift, spelanordning i form av lyckohjul, staten ej skadeståndsskyldig.⁸⁹

NJA 2014 s. 415, EU:s rörlighetsdirektiv, fråga om utvisning av EES-medborgare som begått stölder.

NJA 2014 s. 580, Layher mot MonZon, EU:s varumärkesdirektiv, ingående redovisning av EU-domstolens praxis, varumärkesintrång föreligger ej. I målet hade Svea hovrätt avslagit en parts begäran om inhämtande av förhandsavgörande med det lakoniska att det "saknades skäl" för detta. HD berörde inte frågan om att begära förhandsavgörande i sin dom men gjorde en annan rättslig bedömning i sak, vilket innebar att målet fick motsatt utgång i HD jämfört med i hovrätten. Man kan mot denna bakgrund fråga sig om rättsläget verkligen var klart eller klarlagt.

NJA 2014 s. 737, åtal för förseelse mot förordningen om kör- och vilotider samt färdskrivare, EU-förordningar om färdskrivare och kör- och vilotider, tolkning av begreppet "körtid", åtalet ogillat. Med hänsyn till att målet rör omfattningen av det straffbara området enligt förordningen mot bakgrund av de undantag som görs fann HD det inte nödvändigt att inhämta förhandsavgörande för att döma i saken (domen punkt 20).

NJA 2015 s. 438, Systembolaget mot V&S Vin & Sprit AB angående ogiltigförklaring, alternativt klander av skiljedom.⁹⁰ Överklagande till HD medgivet av Svea hovrätt. I skiljedomen hade skiljenämnden funnit att Systembolaget missbrukat sin dominerande ställning (detaljhandelsmonopolet) genom att delvis avstänga V&S från leveranser till Systembolagets butiker. I skiljedomen hade Systembolaget med tillämpning av artikel 102 FEUF och den svenska konkurrenslagen förpliktats att betala ett större skadestånd till V&S. HD beslöt att inte begära förhandsavgörande, upprätthöll skiljedomen och gjorde ingående uttalanden om möjligheterna att avgöra konkurrensrättsliga tvister genom skiljedom. Efter att ha erinrat bland annat om CILFIT-principerna, EU-domstolens dom i målet Eco Swiss⁹¹ och domstolens lojalitetsplikt enligt artikel 4.3 FEUF anförde HD (domen punkt 25):

Det kan inte anses vara klarlagt huruvida det finns en skyldighet att inhämta förhandsavgörande, när det framstår som osäkert om en skiljedom står i strid mot den tvingande unionsrättsliga konkurrensrätten. De s.k. Cilfitkriterierna ... innebär emellertid att det inte finns någon

⁸⁹ Målet anknyter till det tidigare målet Lindberg, C-267/03, EU:C:2005:246, där HD hade begärt förhandsavgörande och därefter i NJA 2006 s. 246 frikänt Lindberg, eftersom vidtagna lagändringar angående spelautomater inte hade anmälts till EU-kommissionen.

⁹⁰ L. Henriksson, Konkurrensrättens skiljedomsmässighet, JT 2015-16 s. 679 ff., U. Bernitz, Konkurrensrätt och skiljedom – var går gränserna för domstols prövning?, JT 2015 – 16 s. 883 ff.

⁹¹ Dom Eco Swiss, C-126/97, EU:C:1999:269.

skyldighet att inhämta förhandsbesked, om det är uppenbart att en ifrågasatt skiljedom inte strider mot unionsrättens konkurrensregler.

Högsta domstolen tog därefter fasta på att Systembolaget gjorde gällande att det av skiljenämnden utdömda skadeståndet utgjorde en otillåten övertillämpning av konkurrensrätten. Domstolen fann att även om skiljenämnden härvidlag gjort fel skulle detta inte föranleda att skiljedomen blev ogiltig. Domstolen konkluderade (punkt 29):

Bedömningen framstår som uppenbar. Det är därmed inte nödvändigt att inhämta förhandsavgörande för att kunna ta ställning till om skiljedomen är ogiltig på denna grund.

NJA 2015 s. 605, Coty, påstående om varumärkesintrång, begäran om informationsföreläggande, bedömning mot bakgrund av det immaterialrättsliga sanktionsdirektivet (IPRED) av förutsättningarna för att meddela informationsföreläggande, partiellt bifall. HD lämnade i detta fall en närmare motivering i punkterna 38 – 39 till varför yrkandet om inhämtande av förhandsavgörande skulle avslås och preciserade varför ett förhandsavgörande inte skulle vara av relevans för de i målet aktuella frågorna.

NJA 2015 s. 798, Vivamondo, varumärkesintrång, svensk domsrätt föreligger enligt angiven artikel i EU:s varumärkesförordning. Bryssel I-förordningen ej tillämplig.

Det kan konstateras att HD i det stora flertalet av de 17 fallen överhuvudtaget inte har berört frågan om huruvida förhandsavgörande borde inhämtas i domsmotiveringarna. Endast i fem av målen har HD berört frågan om inhämtande av förhandsavgörande i domsmotiveringen; i tre av dem, som framgått, dock helt kortfattat. I NJA 2013 s 613 uttalade HD att innehållet i unionsrätten var klart eller klarlagt på de punkter som var aktuella och ett motsvarande uttalande gjordes i NJA 2013 s. 1162. I NJA 2014 s. 737 yttrade HD att domstolen fann att det inte var nödvändigt att inhämta förhandsavgörande.

Endast i två mål, båda från 2015, har Högsta domstolen resonerat närmare i domsmotiveringen om skälen till att domstolen inte anser sig behöva inhämta något förhandsavgörande. Här märks framför allt NJA 2015 s. 438, Systembolaget, där domstolen ingående behandlade hur den bedömde unionsrättens syn på skiljedom i konkurrensrättsliga tvister. En närmare motivering gavs även i NJA 2015 s. 605, Coty angående varumärkesintrång.

5.3 Refererade HFD-avgöranden rörande unionsrätt där förhandsavgörande inte har inhämtats

Ett liknande läge framträder vid ett studium av domsmotiveringarna i refererade avgöranden från Högsta förvaltningsdomstolen. Utan att göra anspråk på

fullständighet kan följande refererade avgöranden, där unionsrätten har tillämpats av domstolen under tidsperioden 2010 – 2015, lyftas fram.

RÅ 2010 ref. 52. Ersättning för närståendevård. Domstolen fann att ersättning för sådan vård kan utges även vid vård i andra EU-länder. Tillämpning av förordning 1408/71 om system för social trygghet. Angående förhandsavgörande anfördes i motiveringen:

Av regleringen i förordning 1408/71 och EU-domstolens praxis följer att H. R. inte kan vägras närståendesjukpenning på den grunden att vården inte har utgetts i Sverige utan i Storbritannien. Något behov av att inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen föreligger inte.

RÅ 2010 ref. 92, Yamaha. Bestämmelser om uttagsbeskattning vid överföring av norsk filial från ett svenskt till ett tyskt företag ansågs strida mot etableringsfriheten enligt EU-rätten och EES-avtalet. Frågan om inhämtande av förhandsavgörande berördes inte i domsmotiveringen.

RÅ 2010 ref. 122, IKEA. Bestämmelser om skatteavdrag m.m. enligt SINK för kostnadsersättningar betalade till personer bosatta utomlands jämfört med personer bosatta i Sverige befanns innefatta olikabehandling för den enskilde och kostnadsökning för arbetsgivaren i strid med den fria rörligheten. EU-rätten tillämpades. Frågan om inhämtande av förhandsavgörande berördes inte.

HFD 2013 ref. 25 I och II, SKF International respektive Svenska Cellulosa Aktiebolaget SCA. Omfattande bedömning av den sk slussningsregeln för avdrag för moms inom koncerner. Regeln gällde endast mellan svenska moderbolag och deras helägda svenska dotterbolag och ej i förhållande till deras utländska dotterbolag. Slussningsregeln bedömdes vara oförenlig med momsdirektivet, men HFD fann att den ändå skulle tillämpas så länge den är en del av svensk lagstiftning. Härvid fann HFD att bestämmelserna i artiklarna 49 och 54 FEUF om etableringsfrihet måste respekteras. Den förmånliga skattebehandling som gäller enligt slussningsregeln fann HFD måste utvidgas till att också omfatta koncernföretag i andra medlemsstater. Frågan om inhämtande av förhandsavgörande berördes inte i domsmotiveringen.

HFD 2014 ref. 53, L.H. Målet avsåg kraven för att få bevis om specialistkompetens som tandläkare för en person med examen från annat EU-land. EU:s yrkeskvalifikationsdirektiv 2005/36/EG lades till grund för tillämpningen. Personen fick tillgodoräkna sig tidigare praktik som tandläkare i annat EU-land. Frågan om inhämtande av förhandsavgörande berördes inte i domsmotiveringen.

HFD 2014 ref. 64, I.L. Målet gällde utbetalning av barnbidrag till en lettisk kvinna som hade flyttat till Sverige med ett barn. Med tillämpning av förordning 883/2004 om samordning av de sociala trygghetssystemen och EU-domstolens

praxis satte HFD en bestämmelse i 4:5 socialförsäkringsbalken åt sidan och beslöt att kompletterande barnbidrag skulle utbetalas motsvarande skillnaden mellan lettiskt och svenskt barnbidrag. Frågan om inhämtande av förhandsavgörande berördes inte.

HFD 2014 ref. 82, C.O. Målet är liknande HFD 2014 ref. 53. Det gällde kompetensbedömning av läkare från annat medlemsland (Danmark) som hade genomgått specialistutbildning. Yrkeskvalifikationsdirektivet 2005/36/EG lades till grund för tillämpningen, svenska bestämmelser tillämpades EU-konformt. Frågan om inhämtande av förhandsavgörande berördes inte.

HFD 2015 ref. 22, DNB Bank. Fakturering inom en momsgrupp av en bank med filialer inom EES. EU-domstolens avgörande i mål C-7/13, Skandia America Corp. (USA), filial i Sverige mot Skatteverket kunde särskilt anföras som motivering och läggas till grund för domen. I detta fall hade Förvaltningsrätten i Stockholm begärt förhandsavgörande (se kap. 9.7).

HFD 2015 ref. 60, den franska kvinnan A. Beskattning av personaloptioner. Målet avsåg en fransk kvinna (A) som tidigare hade bott och arbetat i Frankrike men nu bodde och arbetade i Sverige. HFD fann det strida mot artikel 45 FEUF att med tillämpning av inkomstskattelagen beskatta henne i Sverige för personaloptioner intjänade i Frankrike. Frågan om inhämtande av förhandsavgörande berördes inte.

HFD:s 2015 ref. 79, Nordulv ang. vargjakt. HFD fann att ett i jaktförordningen nyligen infört förbud mot att överklaga Naturvårdsverkets beslut om licensjakt på varg stred mot unionsrätten, såväl dess allmänna rättsprinciper som artikel 4.3 FEU och artikel 47.1 i rättighetsstadgan.⁹² Överklagandeförbudet skulle därför inte beaktas av domstolarna. HFD redovisade ingående det unionsrättsliga rättsläget och tillämpade europarättslig lagprövning. HFD avlog ett yrkande om inhämtande av förhandsavgörande med motiveringen att den ansåg att målet kunde ”avgöras med ledning av befintlig praxis”.

Som framgår har Högsta förvaltningsdomstolen aktivt tillämpat unionsrätten i samtliga här behandlade fall utan att begära något förhandsavgörande. Motstridande svenska bestämmelser har satts åt sidan eller tolkats konformt med unionsrätten. HFD har dock i endast tre av fallen motiverat varför den inte har begärt något förhandsavgörande. Det har skett utförligt i avgörandet om vargjakt och helt kortfattat i de båda övriga.

⁹² Arten varg åtnjuter skydd i naturen enligt direktiv 92/43/EEG om bevarande av livsmiljöer samt vilda djur och växter (livsmiljödirektivet, även kallar art- och habitatdirektivet). Avgörandet har även berörts i kap. 2.3.

5.4 Slutsatser

Av de behandlade avgörandena från såväl Högsta domstolen som Högsta förvaltningsdomstolen framgår att dessa domstolar ofta själva avgör mål med tillämpning av unionsrätten, utan att finna behov av att begära ett förhandsavgörande. Domarna innehåller i många fall en ingående behandling av det unionsrättsliga rättsläget med redovisning av EU-domstolens praxis. I domsluten har i ett flertal fall europarättslig lagprövning tillämpats och svenska bestämmelser satts åt sidan såsom stridande mot unionsrätten eller har tolkats EU-konformt. Våra högsta domstolar har i dessa fall uppenbarligen funnit det unionsrättsliga rättsläget enligt domstolens bedömning vara så klart eller klarlagt att något förhandsavgörande inte har behövts. De tycks anse att parterna i dessa fall indirekt får besked genom domsmotiveringen i övrigt och att domstolen funnit rättsläget vara sådant, att domstolen inte har haft någon skyldighet eller något behov att inhämta förhandsavgörande.

Den praxis inom Högsta domstolen och Högsta förvaltningsdomstolen som här berörts visar vidare att båda domstolarna i sina domar ofta inte motiverar varför de har beslutat att inte inhämta förhandsavgörande i mål där bedömningen till stor del är baserad på rättsläget enligt unionsrätten. Den svenska situationen skiljer sig i och för sig väsentligt från läget i Europadomstolens dom i målet Dhab i mot Italien, där den italienska högsta domstolen i sitt avgörande överhuvud inte hade berört EU-domstolens praxis i domsmotiveringen. Men även om man utgår från att domstolarna gjort en i sak riktig bedömning verkar läget inte fullt tillfredsställande. Utgångspunkten är som framgått av det föregående att om unionsrätten har bedömts vara tillämplig och relevant föreligger i princip en skyldighet för högsta instans att begära förhandsavgörande. Undantaget är om en liknande rättsfråga redan har avgjorts av EU-domstolen eller den korrekta tolkningen av unionsrätten framstår som så uppenbar att det inte finns utrymme för något rimligt tvivel.

Mot bakgrund särskilt av den praxis som Europadomstolen har utvecklat förefaller det mest korrekt att högsta instans, när den inte inhämtar förhandsavgörande och finner att målet rör unionsrätt, alltid anger i domsmotiveringen skälen till att domstolen har funnit det unionsrättsliga rättsläget så klart eller klarlagt att det saknas utrymme för rimligt tvivel. På denna punkt borde våra högsta instanser ändra sin praxis. I några färskas avgöranden från 2015, NJA 2015 s. 438, Systembolaget om klander av skiljedom, NJA 2015 s. 605, Coty om varumärkesintrång och HFD 2015 ref. 79, Nordulv om vargjakt, har dock domstolarna tydligt motiverat varför inhämtande av förhandsavgörande inte ansetts behövligt. Förhoppningsvis markerar detta att en praxisändring är på väg. Motiveringen till varför förhandsavgörande inte har begärts torde dock kunna göras rätt kortfattad, när domsmotiveringen i övrigt klargör hur domstolen har resonerat vid sin tillämpning av unionsrätten.

6 Förhandsavgörandet Åkerberg Fransson och dess betydelse

Det förhandsavgörande av EU-domstolen under perioden 2010–2015, avgjort på begäran av svensk domstol, som har haft den största betydelsen är utan varje tvekan Åkerberg Fransson, alltså målet Åklagarkammaren i Umeå mot Hans Torsten Åkerberg Fransson, avgjort 2013.⁹³ Det gäller från såväl unionsrättslig som svensk synpunkt. Avgörandet och dess konsekvenser motiverar en specialstudie inom ramen för denna rapport.

Målets betydelse visar sig dock på olika sätt beroende av om man anlägger ett unionsrättsligt eller ett svenskt perspektiv. För unionsrätten utgör EU-domstolens dom i Åkerberg Fransson ett av de senaste årens allra mest grundläggande avgöranden i rättighetsfrågor genom att det, jämte det samma dag avgjorda fallet Melloni,⁹⁴ har stakat ut de tidigare inte särskilt tydliga gränserna för räckvidden för EU:s rättighetsstadga. För svensk rätts del är avgörandet grundläggande genom att det klargjorde att den etablerade svenska ordningen – tillämpning av skilda förfaranden för beslut om skattetillägg och åtal för skattebrott grundade på samma oriktiga uppgifter från den skattskyldiga – stred mot principen *ne bis in idem*, d.v.s. rätten att inte bli utsatt för dubbla förfaranden eller dubbla straff för samma brott. EU-domstolens dom i Åkerberg Fransson fick även närmast dramatiska efterverkningar i Sverige genom att den föranledde Högsta domstolen att genom ett snabbt avgörande i plenum (NJA 2013 s. 502) frångå den tidigare rättstillämpningen och öppna för resning av tidigare meddelade domar.

Åkerberg Fransson-målet är också av särskilt intresse för denna rapport genom omständigheterna kring tillkomsten av den svenska begäran om

⁹³ Dom Åkerberg Fransson, C-617/10, EU:C:2013:280. För en närmare behandling kan bland annat hänvisas till mina artiklar Åkerberg Fransson-domen: Om förklaringen till HD:s tvärvändning i frågan om kombinationen skattetillägg/åtal för skattebrott, Skattenytt 2013 s. 584 ff. och The Scope of the Charter and its Impact on the Application of the ECHR. The Åkerberg Fransson Case on Ne Bis in Idem in Perspective, in S. de Vries, U. Bernitz & S. Weatherill, The EU Charter of Fundamental Rights as a Binding Instrument. Five Years Old and Growing, Oxford 2015 s. 155 ff. Se vidare bland annat K. Fast, Tusen skäl att förekomma i stället för att förekommas – en kommentar till dubbelbestraffningsmålen i EU-domstolen och Högsta domstolen, JT 2013-14 s. 24 ff., M. Gulliksson, Klart till halvklat – om ne bis in idem och skattetilläggen, Svensk Juristtidning 2013 s. 645 ff., D. Ritleng, Lärdomar av EU-domstolens parallella domar i målen Åkerberg Fransson och Melloni, Svensk Juristtidning 2014 s. 36 ff., D. Sarmiento, Who's Afraid of the Charter?, Common Market Law Review 2013 s. 1267 ff.

⁹⁴ Dom Melloni, C-399/11, EU:C:2013:107. I Melloni, som gällde den europeiska arresteringsordern, slog EU-domstolen fast att denna skulle ha företräde även i förhållande till nationella, i detta fall spanska, konstitutionella bestämmelser.

förhandsavgörande. Högsta domstolen hade nämligen i ett i huvudsak parallellt mål beslutat att inte begära förhandsavgörande (NJA 2011 s. 444). Det beslutet fattades efter omröstning i domstolen, där både majoriteten (tre ledamöter) och minoriteten (två ledamöter) åberopade fylliga motiveringar. Saken berörs närmare i det följande. Beslutet att begära förhandsavgörande i målet Åkerberg Fransson hade träffats av en domare i Haparanda tingsrätt. Åklagaren försökte utan framgång stoppa att målet behandlades genom att vända sig till hovrätten. Denna viktiga aspekt på målet behandlas för sig i kap. 7.1 nedan under rubriken *Högre instans får inte hindra lägre instans att begära förhandsavgörande*.

Åkerberg Fransson var en fiskare med enskild firma. Skatteverket hade vid en granskning funnit brister i bokföringen av inkomsterna från hans löjromsfiske. Skatteverket hade beslutat att höja den av Åkerberg Fransson för åren 2004 och 2005 taxerade inkomsten och redovisade moms. Den inkomst för vilken Åkerberg Fransson skulle betala skatt höjdes med cirka 500 000 kr och den moms han skulle betala med cirka 150 000 kr. Skatteverket beslutade också att ta ut skattetillägg. Skattebeslutet överklagades inte av Åkerberg Fransson och vid tiden för domen i EU-domstolen var skattetillägget inbetalat. Åkerberg Fransson åtalades emellertid vid Haparanda tingsrätt för grovt skattebrott. Sedan hans offentliga försvarare yrkat att målet skulle avvisas enligt principen *ne bis in idem* med hänvisning till att Åkerberg Fransson redan hade ålagts att betala skattetillägg, beslöt tingsrätten i december 2010 att vilandeförklara målet och inhämta ett förhandsavgörande i frågan om huruvida den svenska ordningen med dubbla förfaranden och sanktioner kunde anses förenlig med förbudet mot *ne bis in idem* i artikel 50 i EU:s rättighetsstadga. Stadgan hade trätt i kraft som bindande unionsrätt 1 december 2009 med samma status som själva EU-fördragen, alltså på högsta rättsliga nivå. Tingsrätten erinrade särskilt om att skattetillägget delvis avsåg oredovisad moms.

Artikel 50 i rättighetsstadgan har i huvudsak samma lydelse som artikel 4 i sjunde tilläggsprotokollet till Europakonventionen och är avsedd att tolkas på samma sätt. Artikel 50 har rubriken *Rätt att inte bli dömd eller straffad två gånger för samma brott* och lyder:

Ingen får lagföras eller straffas på nytt för en lagöverträdelse för vilken han eller hon redan har blivit frikänd eller dömd i unionen genom en lagakraftvunnen brottmålsdom i enlighet med lagen.

Som framgår innehåller artikeln två led; dels en rättighet att inte bli lagförd två gånger för samma lagöverträdelse och dels en rätt att inte bli straffad två gånger för samma lagöverträdelse. Det svenska systemet med dubbla påföljder (skattetillägg och åtal för skattebrott) har tidigare motiverats med att påföljderna skulle vara av olika art. Redan 2002 slog dock Europadomstolen i två domar fast att den svenska ordningen med skattetillägg var av straffrättslig karaktär. I en dom

i februari 2009 i målet Zolotukhin mot Ryssland⁹⁵ preciserade Europadomstolen innebörden av förbudet mot *ne bis in idem* och klargjorde att artikeln förhindrar ny lagföring och dom i den mån detta brott härrör från identiska fakta eller fakta som i allt väsentligt är desamma som beträffande det första brottet. Gärningsidentiteten befanns alltså vara avgörande.⁹⁶ Efter detta avgörande hade emellertid Högsta domstolen i fallet NJA 2010 s. 168 stannat för uppfattningen att Zolotukhin-avgörandet inte gav ”klart stöd” för att anse den svenska ordningen strida mot Europakonventionen. Högsta domstolens majoritet stod fast vid denna uppfattning även i det nedan närmare berörda avgörandet NJA 2011 s. 444. Högsta förvaltningsdomstolen hade tagit motsvarande ståndpunkt i RÅ 2009 ref. 94 och RÅ 2010 ref. 117.

EU-domstolen avgjorde Åkerberg Fransson-målet i stora avdelningen (elva domare). Den hade i första hand att ta ställning till om fallet låg inom ramen för unionsrättens tillämpningsområde med hänsyn till att Åkerberg Franssons ekonomiska verksamhet praktiskt taget helt hade bedrivits inom Sverige. Domstolen konstaterade att tillämpningsområdet för rättighetsstadgan sammanfaller med tillämpningsområdet för unionsrätten i övrigt. Domstolen tog fasta på att skattetillägget och åtalet i detta fall delvis avsåg underlåtenhet att uppfylla skyldigheten att deklarerar moms. Domstolen påpekade att det framgår av sjätte mervärdeskattedirektivet, att varje medlemsstat är skyldig att vidta de lagstiftningsåtgärder och administrativa åtgärder som krävs för att moms inom dess territorium ska kunna uppbäras i sin helhet samt för att bekämpa skatteundandragande. Den fann att de svenska reglerna om sanktioner mot underlåten skyldighet att deklarerar moms utgjorde en tillämpning av momsdirektivets regler, som föreskriver en skyldighet för medlemsstaterna att ha effektiva sanktioner på området. EU-domstolen fann alltså att unionsrätten var tillämplig och att de aktuella svenska reglerna följaktligen föll under rättighetsstadgans förbud mot *ne bis in idem*. När det gällde frågan om skattetilläggen var av straffrättslig karaktär hänvisade EU-domstolen till sitt eget tidigare avgörande Bonda⁹⁷ som i sin tur hänvisade till Europadomstolens praxis.

Mot bakgrund av Högsta domstolens tidigare praxis hade Haparanda tingsrätt explicit frågat om det fordrades att en oförenlighet mellan nationell rätt och rättighetsstadgan hade ”klart stöd” för att den nationella bestämmelsen skulle kunna åsidosättas. Frågan besvarades nekande av EU-domstolen (punkt 48 i domskälen), som framhöll att nationella domstolar är skyldiga att säkerställa att stadgans bestämmelser ges full verkan genom att, med stöd av sin egen behörighet, underlåta att tillämpa varje motstridande bestämmelse i nationell

⁹⁵ App. 14939/03, Zolotukhin mot Ryssland, avgörande i Grand Chamber 10 februari 2009.

⁹⁶ Tidigare hade Europadomstolen i App. 60619/00, Rosenquist mot Sverige, dom 14 september 2004 godtagit det svenska parallella systemet med skattetillägg och åtal för skattebrott på den grunden att det var fråga om överträdelse som innehöll olika väsentliga element.

⁹⁷ Dom Bonda, C-489/10, EU:C:2012:319.

lagstiftning, även senare tillkommen sådan. Ett krav på ”klart stöd” skulle enligt EU-domstolen förvägra den nationella domstolen möjligheten att, eventuellt i samarbete med EU-domstolen, göra en fullständig bedömning av en nationell bestämmelses förenlighet med stadgan. EU-domstolen klargjorde alltså att stadgan inte tillåter nationella domstolar någon bedömningsmarginal att fortsätta att upprätthålla den nationella lagstiftningen i tveksamma fall.

Högsta domstolen agerade snabbt efter EU-domstolens avgörande i Åkerberg Fransson och fann enhälligt i ett avgörande i plenum i juni 2013 (NJA 2013 s. 502, åklagaren mot Per-Magnus Persson) att skattetilläggen var av straffrättslig karaktär och att den tidigare svenska ordningen med dubbla förfaranden och dubbelbestraffning inte kunde upprätthållas. Med hänsyn till vikten av rättssystemets enhetlighet måste detta enligt domstolens bedömning gälla inte endast sanktioner för oredovisad moms utan även på inkomstskatteområdet. Detta fann Högsta domstolen skola gälla även retroaktivt fr. o. m. dagen för Europadomstolens avgörande i Zolotukhin-målet (10 februari 2009). Högsta domstolen har herefter beviljat resning i ett större antal fall där personer efter denna tidpunkt har fällts för skattebrott trots att de har ålagts betala skattetillägg för samma oredovisade skatt. Se särskilt det refererade avgörandet NJA 2013 s. 746.⁹⁸ Högsta förvaltningsdomstolen har anslutit sig till motsvarande synsätt när det gäller skyldighet för personer som har åtalats för skattebrott att betala skattetillägg grundade på samma oriktiga uppgifter som åtalet (HFD 2013 ref. 71).⁹⁹

Som i korthet nämnts ovan hade Högsta domstolen, medan Åkerberg Fransson-målet var under handläggning i EU-domstolen, i ett likartat mål som rörde dubbla förfaranden och dubbelbestraffning (skattetillägg/åtal för skattebrott) särskilt uppe frågan om huruvida förhandsavgörande skulle inhämtas. Fallet är refererat, NJA 2011 s. 444, åklagaren mot Per Hammer. Högsta domstolen beslöt i detta fall med tre röster mot två att inte begära förhandsavgörande. Majoriteten ansåg att den i Sverige tillämpade ordningen inte berörde unionsrätten och att rättighetsstadgan därför överhuvudtaget inte var tillämplig. De två skiljaktiga justitieråden ansåg däremot att rättslaget inte var klart i detta hänseende, att ett förhandsavgörande borde begäras och utvecklade utförligt varför de var av annan mening. EU-domstolen, som var informerad om detta ställningstagande, fann sig föranlåten att i domskälen i Åkerberg Fransson-domen (punkt 47) särskilt påpeka nationella domstolars skyldighet att iakttä artikel 267 FEUF och hänvisade härvid uttryckligen till CILFIT-avgörandet. Påpekandets adressat var rimligen i första hand svenska Högsta domstolen. Redan det faktum att två

⁹⁸ Om resningsproblematiken E. Edwardsson, Rättsfallskommentar till RÅ 2010 ref. 61. Begäran om resning i mål med EU-rättslig anknytning, Svensk Skattetidning 2011 s. 453 ff.

⁹⁹ När målet åklagaren mot Åkerberg Fransson återupptogs i Haparanda tingsrätt och man hade tillgång både till EU-domstolens dom och HD:s pleniavgörande återkallade åklagaren talan vad gällde åtalet för skattebrott. Åkerberg Fransson dömdes dock i tingsrätten och senare i hovrätten för bokföringsbrott.

justitieråd av fem på noga redovisade grunder fann rättsfrågan oklar, visar att det inte förelåg någon *acte clair*-situation; något som ju utgången i målet också tydligt bestyrkte. HD:s ställningstagande att i denna situation anordna omröstning och välja att inte begära förhandsavgörande framstår som anmärkningsvärt, i synnerhet som EU-domstolen vid denna tidpunkt ännu inte hade tagit ställning till rättighetsstadgans räckvidd.¹⁰⁰

Det bör tilläggas att Europadomstolen i ett senare avgörande, *Lucky Dev mot Sverige*, dom 27 nov. 2014,¹⁰¹ med tillämpning av artikel 4 i sjunde tilläggsprotokollet till Europakonventionen funnit att det svenska skattetillägget är av straffrättslig karaktär och att den svenska ordningen med dubbla förfaranden och dubbelbestraffning stred mot Europakonventionen. Avgörandet bekräftar den rättsutveckling som har skett genom EU-domstolen och Högsta domstolens omprövning av rättsläget. Nu föreligger omsider en svensk lagändring som utgår från det nya rättsläget.¹⁰²

Som framgått sökte Högsta domstolen vidmakthålla den tidigare svenska ordningen med dubbla förfaranden och dubbelbestraffning trots den europarättsliga *ne bis in idem*-regeln både i rättighetsstadgan och Europakonventionen genom att besluta att inte begära förhandsavgörande och på svaga grunder hävda att det inte förelåg ”klart stöd” för att den svenska ordningen skulle vara konventionsstridig. Det gäller även Högsta förvaltningsdomstolen som anlade ett likartat synsätt. Det var en tingsrätts självständiga, klarsynta men inte på alla håll väl sedda agerande att begära förhandsavgörande och peka på att ordningen för deklaration och debitering av moms bygger på ett EU-direktiv som kom att lösa den omstridda frågan. Även om unionsrätten endast reglerade moms kom som framgått genom Högsta domstolens ställningstagande unionsrättens rättighetsskydd att få genomslag och verka styrande också på inkomstskattens område.

I slutsatskapitlet behandlas reflektioner kring målet Åkerberg Fransson (kap. 10.5).

¹⁰⁰ Själva det faktum att lägre instans redan hade begärt ett förhandsavgörande angående samma frågeställning medförde dock inte att HD var skyldigt att själv begära förhandsavgörande eller att invänta EU-domstolens svar. Detta har numera klarlagts genom EU-domstolens avgörande i dom van Dijk, C-72/14 och C-197/14, EU:C:2015:564 p. 61. Ett annat fall, där det förekommit omröstning i domstol i frågan om förhandsavgörande borde inhämtas, är det socialförsäkringsrättsliga målet MIG 2011:19, Lewandrowska om tolkningen av begreppet socialt bistånd i rörlighetsdirektivets mening. I målet ville en skiljaktig domare inhämta förhandsavgörande. Ett något senare avgörande av EU-domstolen stöder den skiljaktiges uppfattning om rättsläget. Fallet behandlas i J. Paju, *Suveränitetserosion?*, 2015 s. 362 f.

¹⁰¹ App. No 7356/10.

¹⁰² Proposition 2014/15:131.

7 Lägre instans rätt att självständigt begära förhandsavgörande

7.1 Högre instans får inte hindra lägre instans att begära förhandsavgörande

Flera svenska fall under tidsperioden, där lägre instans har begärt förhandsavgörande, rör den viktiga principen att lägre instans är självständig i sitt beslutsfattande när det gäller att ta ställning till om förhandsavgörande ska begäras. Det är inte tillåtet för högre instans att "tysta" den lägre genom att stoppa en sådan begäran som har överklagats. Detta har slagits fast av Unionsdomstolen i målet *Cartesio*;¹⁰³ den s.k. *Cartesioprincipen*, och har även tillämpats av danska Højesteret. Det finns också skäl att observera situationen att lägre instans begär förhandsavgörande i ett parallellt mål efter det att högre instans inte har funnit förhandsavgörande vara behövligt. I de fall som här behandlas har svensk lägre instans visat självständighet när det gällt att besluta om förhandsavgörande. Saken motiverar en särskild studie inom ramen för denna rapport.

Det mest observerade fallet är som redan nämnts det i kap. 6 behandlade Åkerberg Fransson-målet. Haparanda tingsrätt beslutade den 23 december 2010 att inhämta förhandsavgörande av EU-domstolen i frågan om den svenska ordningen att kombinera skattetillägg och straff för skattebrott är förenlig med artikel 50 i EU:s rättighetsstadga om rätten att inte bli dömd eller straffad två gånger för samma brott (*ne bis in idem*).¹⁰⁴ Tingsrätten vilandeförklarade målet medan det behandlades av EU-domstolen.

Samma frågeställning kom som nämnt i kap. 6 något senare under Högsta domstolens bedömning i målet åklagaren mot Per Hammer. HD beslöt den 29 juni 2011 att inte begära förhandsavgörande och inte bevilja prövningstillstånd.¹⁰⁵ Åklagaren i Haparanda-målet hade redan dessförinnan överklagat tingsrättens beslut om vilandeförklaring till hovrätten och yrkat att hovrätten skulle undanröja vilandeförklaringen, vilket Åkerberg Fransson motsatte sig. Åklagaren hävdade, med hänvisning till RB 49:7, att målet försenades i onödan.

¹⁰³ Dom *Cartesio*, C-210/06, EU:C:2008:723.

¹⁰⁴ Mål B-550-09 i Haparanda tingsrätt.

¹⁰⁵ NJA 2011 s. 444.

Hovrätten för Övre Norrland avslag åklagarens begäran¹⁰⁶ med följande motivering:

Artikel 267 EUF ger varje nationell domstol rätt att begära ett förhandsavgörande från Europeiska gemenskapernas domstol i frågor som rör tolkning eller giltigheten av en gemenskapsrättslig regel. Det torde inte ankomma på hovrätten, eller någon annan nationell domstol, att undanröja en begäran om förhandsavgörande och förelägga den domstol som beslutat att inhämta förhandsavgörande att återuppta det förfarande som vilandeförklarats enligt nationell rätt, då ett sådant beslut skulle inskränka möjligheten som enligt artikel 267 EUF tillkommer den domstol som begärt förhandsavgörandet (se domstolens dom (stora avdelningen) den 16 december 2008 i mål C-210/06, punkterna 95-98).¹⁰⁷

I förevarande fall har åklagaren inte överklagat beslutet att inhämta ett förhandsavgörande utan endast beslutet att, med anledning av beslutet om förhandsavgörande, vilandeförklara målet. Då tingsrätten har en oinskränkt rätt att inhämta ett förhandsavgörande bör hovrätten därför inte begränsa tingsrättens möjlighet att vilandeförklara målet i avvaktan på förhandsavgörandet, då ett sådant beslut i praktiken skulle begränsa den rätt som enligt artikel 267 EUF tillkommer tingsrätten. Detta bör i vart fall gälla i det mål i vilket förhandsavgörandet inhämtas. Således delar hovrätten tingsrättens uppfattning att målet bör förklaras vilande i avvaktan på det begärda förhandsbeskedet. Hovrätten avslår därför överklagandet.

Hovrätten tillade att dess beslut i frågan om vilandeförklaring enligt 54 kap. 8 § RB inte fick överklagas.

Hovrättens ställningstagande byggde som framgått på EU-domstolens avgörande i *Cartesiomålet*. Detta mål från ungersk domstol rörde i första hand den intressanta men här inte relevanta frågan om möjligheterna att flytta ett bolags säte till annat EU-land. Vad gäller den aktuella processuella frågan, noterade EU-domstolen att det enligt nationell ungersk rätt var möjligt att överklaga särskilt ett domstolsbeslut att begära förhandsavgörande av EU-domstolen. Den högre domstolen hade därvid möjlighet att ändra underinstansens beslut, undanröja begäran om förhandsavgörande och förelägga domstolen i lägre instans att återuppta förfarandet. EU-domstolen fann denna ordning otillåten enligt unionsrätten, eftersom den inskränkte den möjlighet för den lägre instansen att vända sig till EU-domstolen, som är fastslagen i artikel 267 FEUF. EU-domstolen konstaterade att det endast är den nationella domstol som har beslutat att begära

¹⁰⁶ Mål Ö 496-11, slutligt beslut 1 september 2011.

¹⁰⁷ Dvs. det ovan berörda målet Cartesio, C-210/06, EU:C:2008:723.

förhandsavgörande som kan upphäva eller ändra detta beslut.¹⁰⁸ EU-domstolen påpekade vidare att den själv har mycket begränsade möjligheter att avvisa en begäran om förhandsavgörande.¹⁰⁹

Vad gäller skälen för detta ställningstagande framhöll EU-domstolen att nationell domstol har mycket vittgående möjlighet att hänskjuta en fråga till EU-domstolen och att systemet med förhandsavgörande innebär att det inrättats ett direkt samarbete mellan EU-domstolen och de nationella domstolarna. Detta system vilar på en dialog mellan domstolar, en dialog som kommer till stånd uteslutande genom att den nationella domstolen bedömer relevansen och behovet av att en begäran om förhandsavgörande hänskjuts till EU-domstolen.¹¹⁰

Domen och dess motivering utvisar tydligt att EU-domstolen finner det viktigt att varje nationell domstol har möjlighet att självständigt och oberoende ta ställning till om den finner behov av att inhämta ett förhandsavgörande från EU-domstolen. Allan Rosas har uttryckt saken så att EU-domstolen anser att varje nationell domstol har en "oberoende behörighet" att begära förhandsavgörande.¹¹¹ Efter Cartesio-domen står det klart att unionsrätten inte godtar att nationella domstolar i högre instans inom ramen för ställningstagande till överklagande utövar något slags "censur" av beslut av lägre domstolsinstans att inhämta förhandsavgörande. Det gäller även om den högre instansen skulle anse den lägre instansens beslut att begära sådant avgörande vara obefogat eller medföra omotiverad försening.

Före Cartesio-domen torde rättsläget i Sverige i allmänhet antagits ha inneburit att det varit möjligt att överklaga ett beslut av underinstans att begära förhandsavgörande med hänvisning till att målet försenas i onödan genom vilandeförklaringen (RB 49:7); helt i linje med vad åklagaren gjorde med tingsrättens beslut i Åkerberg Fransson.¹¹² Uppfattningen har också haft visst stöd i EU-domstolens äldre rättspraxis. Det står klart att rättsläget har ändrats.

¹⁰⁸ Punkterna 92-98 i domen. Av punkt 93 framgår att EU-domstolen undvek att uttala att ett beslut att begära förhandsavgörande inte får överklagas; detta torde ha setts som en fråga för nationell rätt att reglera. EU-domstolen slog emellertid fast i punkt 93 att utgången av ett sådant överklagande inte får begränsa den lägre instansens behörighet att begära förhandsavgörande. Se vidare M. Broberg – N. Fenger, Preliminary References to the European Court of Justice, 2 ed., 2014 s. 328 ff., som bedömer att överinstansens beslut i en sådan situation bara kan ses som ett råd ("mere advice") till den lägre instansen. Se även K. Lenaerts – I. Maselis – K. Gutman, EU Procedural Law, Oxford 2014 s. 81 f., A. Wallerman, Överklagande av beslut att begära förhandsavgörande, ERT 2013 s. 312 ff.

¹⁰⁹ Punkt 67 i domen.

¹¹⁰ Punkterna 90 och 91 i domen.

¹¹¹ A. Rosas i Komparativ konstitutionell rätt (red. Anna Jonsson Cornell), 2 uppl., 2015 s. 48.

¹¹² H. Matz, Arbetsdomstolen undanröjer tingsrätts beslut om förhandsavgörande, ERT 2002 s. 313 ff, med hänvisning till AD 2001 nr 67. Se även AD 1997 nr 69 angående skadestånd p g a könsdiskriminering i samband med tillsättande av en svensk domare i EU-domstolen.

Ett annat fall gäller Södertörns tingsrätts begäran om förhandsavgörande i mål C-141/11, Torsten Hörnfeldt mot Posten Meddelande angående åldersdiskriminering. Fallet behandlas i kap. 9.5 under Arbetsrätt. I detta fall överklagade Posten tingsrättens beslut att begära förhandsavgörande till Arbetsdomstolen och hävdade att målet försenades i onödan. Arbetsdomstolen avslog överklagandet (beslut nr 3/12). Arbetsdomstolen hänvisade särskilt till EU-domstolens ovan behandlade ställningstagande i *Cartesio*.

Det föreligger också ett relativt färskt avgörande i frågan från danska Højesteret. I Danmark har det tidigare varit etablerad praxis att högre rätt efter överklagande har kunnat överpröva lägre rätts beslut att inhämta förhandsavgörande och besluta att ett sådant avgörande har varit obehövligt. I målet *Lady & Kid*, avgjort 2010,¹¹³ har Højesteret frångått sin tidigare praxis under hänvisning till *Cartesio*-domen. Det rörde sig om ett skatterättsligt mål, där det yrkades restitution av skatt som skulle ha tagits ut av företag i strid mot unionsrättsliga regler. Østre Landsret hade vilandeförklarat målet och begärt förhandsavgörande av EU-domstolen. Detta beslut hade överklagats av skattemyndigheten till Højesteret, bland annat med motivering att det stod klart att skattskyldighet förelåg. Højesteret fann med hänvisning till EU-domstolens avgörande i *Cartesio* att den inte var kompetent att sätta åt sidan Østre Landsrets beslut att inhämta förhandsavgörande.¹¹⁴

7.2 Lägre instans begäran om förhandsavgörande i parallellt mål

En relativt närliggande situation är att samma rättsfråga är uppe i parallella mål som rör unionsrätt, men som gäller olika parter och ofta handläggs av olika domstolar. Här kan den situationen uppkomma att högsta instans avgör ett av dessa mål genom att inte meddela prövningstillstånd och samtidigt finner att det EU-rättsliga rättsläget är klart eller klarlagt och att det därför inte är behövligt att inhämta något förhandsavgörande. Det står klart att detta beslut inte har rättskraft som gör att det skulle vara bindande för en domstol i lägre instans, som har att avgöra ett annat mål av parallell karaktär där samma rättsfråga är under bedömning. Den faktiska styrande effekten är dock en annan fråga och måste normalt antas vara hög. Här är det dock intressant att konstatera att två av de förhandsavgöranden på begäran av lägre instans, som har avgjorts under tidsperioden, är av här aktuell typ. I båda fallen hade begäran om förhandsavgörande föregåtts av att Högsta domstolen i ett parallellt mål inte hade funnit behov av förhandsavgörande och inte hade meddelat prövningstillstånd.

Det ena fallet rörde en särskild aspekt av det svenska spelmonopolet och prövades av EU-domstolen 2010 i *brottmålet mot Otto Sjöberg och Anders*

¹¹³ Ugeskrift for Retsvæsen (UfR) 2010 s 1389 H.

¹¹⁴ Se vidare M. Broberg – N. Fenger, Preliminary References as a Right: But for Whom? The extent to which Preliminary Reference Decisions can be Subject to Appeal, *European Law Review* 2011 s. 276 ff.

Gerdin på begäran av Svea hovrätt. Sjöberg var ansvarig utgivare för tidningen *Expressen* och *Gerdin* för *Aftonbladet*. Båda tidningarna hade infört annonser för utländska spelbolag som visade oddsen för vissa spel. Frågan i målet inför EU-domstolen gällde om det var diskriminerande att påföljderna för främjande av otillåtet hasardspel var annorlunda utformade beroende på om anordnaren var utländsk eller svensk. Enligt 54 § lotterilagen var främjande av svenskt deltagande i utländskt lotteri straffsanktionerat, medan olovligt främjande av svenskt lotteri enligt 52 § lotterilagen endast var vitessanktionerat. EU-domstolen fann det utgöra en otillåten diskriminering att tillämpa strängare påföljder för främjande av hasardspel anordnat i annan medlemsstat än i det egna landet och återopade artikel 49 FEUF om etableringsfrihet. Mot bakgrund av detta avgörande prövades brottmålen slutligen av Högsta domstolen. Sjöberg och *Gerdin* frikändes, eftersom den svenska lagregleringen bedömdes stå i strid med artikel 49 FEUF, se NJA 2012 s. 1073.

I ett likartat mål hade Göta hovrätt år 2005 dömt chefredaktören för *Nerikes Allehanda Krister Linnér* till dagsböter för brott mot 54 § lotterilagen. Sedan den domen hade överklagats till Högsta domstolen beslöt denna 2006 att inte begära förhandsavgörande och att inte meddela prövningstillstånd. Domstolen hänvisade bland annat till att de aktuella unionsrättsliga reglerna redan hade tolkats av EU-domstolen. När Svea hovrätt begärde förhandsavgörande i målet mot Sjöberg och *Gerdin* förelåg alltså redan Högsta domstolens ställningstagande i det likartade målet mot *Linnér*.¹¹⁵

Det kan tilläggas att *Linnér* senare har sökt resning. Nu föreligger Högsta domstolens beslut i resningsärendet av den 27 april 2016.¹¹⁶ Domstolen konstaterar att med tillämpning av den bedömning som domstolen gjort i NJA 2012 s. 1073 var *Linnér*s handlande straffritt. Domstolen kom dock fram till att resning inte skulle beviljas med hänsyn särskilt till principen om domens rättskraft. Domstolen prövade ingående om målet kunde återupptas av det skälet att den inte hade hämtat in ett förhandsavgörande från EU-domstolen men stannade för att så inte skulle ske. Domstolen behandlade härvid vad som skilde målet från situationen i NJA 2013 s. 746 och ett större antal andra fall, där domstolen har beviljat resning i kölvattnet av avgörandet Åkerberg Fransson

¹¹⁵ Situationen var dock speciell. Svea hovrätt hade vägrat prövningstillstånd i målet. Sedan detta beslut hade överklagats till HD beslöt HD att meddela prövningstillstånd med en utförlig motivering och lät referera detta avgörande i NJA, se NJA 2008 s. 92. I beslutsmotiveringen anförde HD bl. a. att EU-kommissionen hade hävdat i ett motiverat yttrande riktat till Sveriges regering att lotterilagens aktuella utformning inte var förenlig med artikel 49 i fördraget. HD fann att det behövdes vägledning av högre rätt i frågan om lotterilagens utformning var förenlig med unionsrätten. Med hänsyn till att målet i HD bara gällde frågan om tillstånd till målets prövning i hovrätten fann HD det dock inte nödvändigt att HD inhämtade ett förhandsavgörande. Motiveringen får dock uppfattas som en stark indikation på att HD fann det lämpligt att hovrätten skulle inhämta förhandsavgörande när målet återupptogs där för ny prövning.

¹¹⁶ Mål Ö 2481-15, ännu ej refererat i NJA.

(se kap. 6). Skillnaden som motiverade en annorlunda bedömning verkar ha att göra med vilken tyngd som den bakomliggande materiella unionsrättsliga regeln har och om det handlar om en allvarlig kränkning av en enskilds rättigheter.¹¹⁷

Det andra fallet, där lägre instans har begärt förhandsavgörande i parallellt mål, är Helsingborgs tingsrätts ställningstagande i *brottmålet mot Lars Ivansson m.fl.*, ”hönsbursmålet”.¹¹⁸ Bakgrunden var här en mångårig serie av rättstvister som rört frågan om kraven på utformningen av hönsburar för äggproduktion. Ivansson m.fl. var åtalade för att deras burar inte uppfyllde i Sverige införda regler om att hönsburar ska ha viss utformning som uppfyller hönsens behov av rede, sittpinne och sandbad. Målet gällde i första hand den rättstekniska frågan om betydelsen av att Sverige hade tidigare lagt genomförandet av nya djurskyddsbestämmelser på området utan att iakttä föreskrivna unionsbestämmelser om skyldighet att anmäla ändringar i tekniska föreskrifter enligt direktiv 98/34/EG. I målet uppkom frågan om kravet på att ändringen ska vara väsentlig för att anmälningsskyldighet ska föreligga endast gällde ändringar i den tekniska föreskriftens tillämpningsområde eller även i två andra, i bestämmelsen nämnda typfall, nämligen att den tekniska föreskriftens genomförandetid förkortas eller att specifikationer eller andra krav läggs till eller skärps.

Helsingborgs tingsrätt ogillade åtalet mot Ivansson m.fl. i en dom 2009 utan att ha begärt förhandsavgörande. Åklagaren överklagade domen. Sedan ett parallellt mål från Ystads tingsrätt överklagats och nått Högsta domstolen, beslöt denna att inte begära förhandsavgörande i det målet och inte heller meddela prövningstillstånd.¹¹⁹ I beslutsmotiveringen i det fallet, där äggproducenterna fälldes, uttalade Högsta domstolen att det framgick av ordalydelsen att väsentlighetskravet hänförde sig till vart och ett av de tre typfallen. Målet mot Ivansson m.fl., som under mellantiden hade avvaktat i hovrätten, återförvisades därefter till Helsingborgs tingsrätt för ny prövning. Tingsrätten beslöt i det läget att själv inhämta förhandsavgörande angående bestämmelsens tolkning.

I sitt avgörande 2014¹²⁰ fann EU-domstolen att det fanns språkliga skillnader i utformningen av väsentlighetskravet i de olika språkversionerna. Domstolen fann, mot bakgrund av bestämmelsens systematik och ändamål, att väsentlighetskravet omfattade alla tre typfallen. EU-domstolen kom alltså fram till samma bedömning som Högsta domstolen hade gjort. När målet återkom från EU-domstolen till tingsrätten för slutlig prövning, ogillade emellertid denna åtalet på annan grund, nämligen konstitutionella brister i de svenska

¹¹⁷ Se särskilt p. 23 och 24 i beslutet. Tidigare resningsärenden i HD, som rört tillämpning av unionsrätt, har berörts ovan i kap. 2.3 (NJA 2004 s. 735, Luftfartsverket) och i kap. 5.2 och 9.5 under Arbetsrätt (NJA 2013 s. 42, SAS-piloter).

¹¹⁸ U. Bernitz, Hönsbursmålet om skyldighet att anmäla tekniska föreskrifter; särskilt om språklig tolkning och begreppet teknisk föreskrift, ERT 2016 h. 3.

¹¹⁹ HD:s beslut 21 dec. 2010 i mål B 3784-09.

¹²⁰ Dom Ivansson, C-307/13, EU:C:2014:2058.

myndighetsbestämmelser som preciserade den straffsanktionerade bestämmelsen i djurskyddsförordningen.¹²¹ Domen har vunnit laga kraft.

7.3 Slutsatser

De avgöranden som har behandlats i detta kapitel leder fram till slutsatsen att lägre instansers oberoende behörighet att självständigt besluta om att begära förhandsavgörande fungerar som en betydelsefull ventil. De behandlade fallen kännetecknas av självständigt beslutsfattande av svenska domstolar i lägre instans. Särskilt handläggningen och utvecklingen av målet Åkerberg Fransson visar betydelsen av att högre instans inte kan besluta inom ramen för ett överklagande att hindra den lägre instansen från att vända sig till EU-domstolen. Lägre instans är också oförhindrad att föra ett mål till EU-domstolen, trots att högsta instans har intagit en annan ståndpunkt i ett likartat mål. Det framgår av utvecklingen av spelannonsmålen och hönsbursmålen att om domstolar söker undvika att begära förhandsavgörande i en viss typ av rättsfråga, hindrar inte detta andra domstolar från att senare föra ett annat mål som också rör rättsfrågan till EU-domstolen. Detta försvårar eventuella försök att undvika att en rättsfråga som uppfattas som känslig förs upp till EU-domstolen för ställningstagande.

Avslutningsvis bör dock tilläggas att vad som har behandlats i detta kapitel har gällt möjligheterna för lägre instans att självständigt besluta att inhämta ett förhandsavgörande. Beslutar däremot en underinstans att avslå en parts begäran att inhämta förhandsavgörande, kan detta beslut inte överklagas särskilt enligt svensk rätt utan endast i samband med överklagande sedan målet har avgjorts (RB 49:3, 34 § förvaltningsprocesslagen).¹²² I praktiken är detta en mycket vanligare processuell situation.

¹²¹ Tingsrättens dom 22 dec. 2015 i mål nr B 3520-11 m. fl.

¹²² Rättsläget synes här vara annorlunda i dansk rätt, se UfR 2010 s 2125 H, Pro Display v HK Danmark.

8 Svenska domstolars hållning till att begära förhandsavgörande – aktuell utveckling

8.1 Antalet domar i mål från Sverige

De svenska domstolarnas hållning till att begära förhandsavgörande är en problemställning som står i centrum för denna rapport. När min tidigare rapport publicerades 2010 låg det av EU-kommissionen initierade överträdelseärendet mot Sverige och lagändringen avgående de högsta instansernas motiveringsskyldighet nära i tiden (se kap. 4.4). I rapporten kunde slutsatsen dras att Sverige hörde till de medlemsstater som begärde förhandsavgörande i förhållandevis liten utsträckning. Under åren 1995 t.o.m. 2009 meddelade EU-domstolen totalt 67 förhandsavgöranden på begäran av svensk domstol, d.v.s. i genomsnitt knappt fem fall per år.¹²³ En viktig fråga att behandla är som nämnts om det har skett någon förskjutning i de svenska domstolarnas hållning under den sexårsperiod 2010 t.o.m. 2015 som nu har förflutit.

Det är emellertid inte endast själva statistiken som är av intresse. Vål så väsentligt är att se närmare på de vad de mål om förhandsavgörande som har initierats från svensk sida har behandlat. Kan man iakttä en utveckling när det gäller svenska domstolars hållning till unionsrätten och tillämpning av densamma? En svårighet i sammanhanget är dock att det i huvudsak saknas avgöranden av Högsta domstolen eller Högsta förvaltningsdomstolen, där någon av dessa högsta instanser tydligt utvecklat hur den närmare resonerar när det gäller inhämtande av förhandsavgörande och vilka överväganden och principer som därvid betraktas som vägledande (se kap. 5).

Totalt handlägger EU-domstolen numera drygt 400 mål per år där nationell domstol i ett medlemsland har begärt förhandsavgörande. Antalet sådana mål har länge varit i stigande och under år 2015 inkom 436 stycken till domstolen. De utgör numera ungefär två tredjedelar av det totala antal mål som EU-domstolen avgör. Av statistiken framgår att svenska domstolar visat och fortfarande visar en viss återhållsamhet när det gäller att begära förhandsavgörande.¹²⁴ Under femtonårsperioden 1995–2009 begärde svenska domstolar enligt EU-domstolens

¹²³ Rapporten 2010 s. 41 ff.

¹²⁴ Texten bygger på EU-domstolens verksamhetsstatistik som återfinns i domstolens årliga verksamhetsberättelse på dess webbplats www.curia.europa.eu, Annual Report 2015. Judicial Activity. Domstolsverkets fortlöpande Nyhetsbrev om EU-rätt ger information bland annat om avgjorda och pågående svenska mål om förhandsavgörande, se www.domstol.se

statistik förhandsavgörande i 81 fall, dvs. i genomsnitt 5,4 fall per år.¹²⁵ Under sexårsperioden 2010 – 2015 har svenska domstolar enligt domstolens statistik begärt förhandsavgörande i 40 fall, dvs. i genomsnitt 6,7 fall per år.

Antalet meddelade domar (eller någon gång beslut) från EU-domstolen i mål, i vilka svensk domstol har begärt förhandsavgörande, är dock något lägre. Det kan bero på att en meddelad dom avser två eller flera mål som förts samman och blivit föremål för en gemensam dom eller på att ett mål har avskrivits av EU-domstolen sedan det återkallats.¹²⁶ Totalt hade EU-domstolen under de femton första åren av svenskt medlemskap, 1995–2009, meddelat 67 domar (inbegripet ett beslut) där svensk domstol hade begärt förhandsavgörande, dvs. knappt fem avgöranden per år. Under sexårsperioden 2010 t.o.m. 2015 har EU-domstolen meddelat 35 domar (inbegripet två beslut), där begäran om förhandsavgörande kommit från svensk domstol. Det innebär i genomsnitt knappt sex avgöranden per år.

Resultatet av undersökningen är alltså att det skett en viss ökning av antalet avgöranden, från knappt fem per år till knappt sex per år. Ökningen är dock relativt liten och kan delvis ha sin förklaring i svängningar mellan åren.¹²⁷

8.2 Fördelningen mellan olika svenska domstolsinstanser

Undersökningen av avgjorda förhandsavgöranden ger också en bild av fördelningen mellan olika svenska domstolsinstanser när det har gällt att begära förhandsavgörande. De 35 mål, i vilka EU-domstolen har meddelat förhandsavgörande under åren 2010 t.o.m. 2015 på begäran av svenska domstolar och som alla presenteras i denna rapport, fördelade sig på följande sätt:

Högsta domstolen	4 fall
Högsta förvaltningsdomstolen	7 fall
Marknadsdomstolen	1 fall
Arbetsdomstolen	1 fall
Hovrätt	5 fall
Tingsrätt	9 fall
Kammarrätt	3 fall
Förvaltningsrätt	4 fall
Övriga	1 fall ¹²⁸

¹²⁵ Se för en närmare redovisning min rapport från 2010.

¹²⁶ Här märks målet Brännström mot Ryan Air Holdings, C-150/12, angående rätt till ersättning vid flygförsening. Det var ett pilotmål där KO förde talan i HD på ett antal konsumenters vägnar och HD hade begärt förhandsavgörande. Målet avskrevs på ett mycket sent stadium sedan Ryan Air förlikts med kärandena.

¹²⁷ År 2010 4 fall, år 2011 6 fall, år 2012 5 fall, år 2013 5 fall, år 2014 7 fall och år 2015 8 fall.

¹²⁸ Detta är ett udda fall där Mora kommun – som givetvis inte är en domstol – begärde förhandsavgörande. EU-domstolen fann att kommunen inte var behörig sökande.

Ser man på målens fördelning mellan olika typer av domstolar är huvudbilden att fallen är relativt väl fördelade mellan domstolar av olika slag. Här framträder en intressant förändring jämfört med den bild som kom fram i rapporten från 2010. Den visade en mindre övervikt för fall där svensk domstol i sista instans hade begärt förhandsavgörande. 34 fall härrörde från domstol i sista instans medan 28 härrörde från allmän domstol och allmän förvaltningsdomstol i första och andra instans.¹²⁹ Nu finns däremot en klar övervikt för fall som härrör från första och andra instans. Antalet fall från domstolar i sista instans är 13, antalet fall från lägre instanser 21. Inte minst har tingsrätterna blivit mer aktiva. Antalet fall från förvaltningsrätterna är dock fortfarande lågt.

Man kan också jämföra antalet mål som härrör från allmän domstol respektive allmän förvaltningsdomstol. Här väger det relativt jämnt, om än med viss övervikt för de allmänna domstolarna. Antalet mål från tingsrätt och hovrätt jämte Högsta domstolen har varit 18 stycken, från förvaltningsrätt och kammarrätt samt Högsta förvaltningsdomstolen 14 stycken. Det kan nämnas att tre av de sistnämnda fallen har härrört från Kammarrätten i Stockholm i dess roll som Migrationsöverdomstol. Av de sju målen från Högsta förvaltningsdomstolen har fyra rört mervärdesskatt. Vilka rättsområden som har varit aktuella i de mål där svensk domstol har begärt förhandsavgörande behandlas nedan i kap. 9. Frågan om det finns från unionsrättens synpunkt viktiga områden som inte har täckts in av de fall där man från svensk sida har begärt förhandsavgörande diskuteras i kap. 10.3.

I EU-domstolens verksamhetsstatistik ingår en tabell som utvisar hur antalet från medlemsstaterna inkomna mål om förhandsavgörande fördelat sig mellan olika typer av domstolar. Statistiken utvisar att i de flesta av EU:s medlemsländer härrör det stora flertalet sådana mål inte från de högsta domstolarna utan från domstolar i lägre instanser.

Resultatet av undersökningen visar att det har skett en utveckling i Sverige, där tyngdpunkten när det gäller att begära förhandsavgörande har förskjutits från slutinstanserna till de lägre domstolsinstanserna. Detta är i linje med läget i de flesta andra medlemsländer. En jämförelse mellan antalet mål från allmän domstol respektive allmän förvaltningsdomstol visar att det väger relativt jämnt, dock med viss övervikt för de allmänna domstolarna.

8.3 Jämförelse med andra medlemsstater

Det är av särskilt intresse att göra en jämförelse med hållningen i andra medlemsstaters domstolar när det gäller att begära förhandsavgörande. Följande tabell visar antalet mål med begäran om förhandsavgörande som har kommit in

¹²⁹ Rapporten 2010 s. 44.

från de olika medlemsstaterna under sexårsperioden 2010 t.o.m. 2015.¹³⁰ För att underlätta en jämförelse länderna emellan när det gäller målfrekvensen anger tabellen i högerspalten antalet invånare i de olika länderna.

Tabell 1 Antalet inkomna mål om förhandsavgörande från medlemsstaternas domstolar 2010 – 2015		
	<i>Totalt antal fall 2010 – 2015</i>	<i>Invånarantal i miljoner</i>
Belgien	180	11,3
Bulgarien	74	7,2
Cypern	5	1,2
Danmark	47	5,6
Estland	11	1,3
Finland	37	5,5
Frankrike	148	66,6
Grekland	27	10,8
Irland	34	4,9
Italien	319	61,9
Lettland	39	2,0
Litauen	29	2,9
Luxemburg	26	0,6
Malta	1	0,4
Nederländerna	206	16,9
Polen	65	38,6
Portugal	65	10,8
Rumänien	107	21,7
Slovakien	29	5,4
Slovenien	12	2,0
Spanien	168	48,1
Storbritannien	133	64,1
Sverige	40	9,8
Tjeckien	36	10,6
Tyskland	485	80,9
Ungern	94	9,9
Österrike	122	8,7

¹³⁰ Källa: EU-domstolens Annual Report 2016. Judicial Activity s. 95 f. Kroatien som blev medlem i EU först 2013 har inte tagits med. Se vidare M. Broberg – N. Fenger, Förhandsavgöranden från svenska domstolar, ERT 2015 s. 757 ff.

Statistiken påvisar mycket intressanta skillnader, som ansluter nära till motsvarande statistik i rapporten 2010. Helt naturligt genererar de stora medlemsstaterna normalt fler referenser till EU-domstolen än vad de mindre gör. Antalet förhandsavgöranden har emellertid ingen tydlig korrelation till ländernas befolkningsstorlek. I och för sig tenderar antalet anhängiga mål vid domstol generellt sett att vara större i länder med stor befolkning, men den nationella rättsordningens omfattning och komplikationsgrad behöver i och för sig knappast vara mindre därför att landets befolkningsstorlek är lägre. Statistiken visar att det primärt är kulturen när det gäller att begära förhandsavgörande som växlar högst väsentligt mellan medlemsstaterna. Det är sålunda relativt sett fler fall som härrör från de äldre medlemsstaterna, framför allt de sex grundarstaterna (Tyskland, Italien, Nederländerna, Belgien, Frankrike och Luxemburg). Antalet referenser från de nya medlemsstater som har tillkommit 2005 och 2007 är i allmänhet rätt begränsat men bilden är inte enhetlig; Rumänien, Ungern och Bulgarien har relativt många fall.

En intressant jämförelse kan nu som tidigare göras mellan Sverige och Österrike. Med en befolkning något mindre än Sveriges har Österrike tre gånger fler mål i vilket förhandsavgörande begärts. Det tyder på att den österrikiska domarkåren intar en annan hållning än den svenska i detta hänseende. Österrike gick som bekant med i EU samtidigt som Sverige.

Statistiken ger inte något entydigt svar på frågan huruvida det antal förhandsavgöranden som emanerar från Sverige ska bedömas som rimligt eller litet. Jämför man Sverige med Danmark och Finland och även Tjeckien och Grekland är skillnaderna i antalet fall inte särskilt påtagliga. Jämför man däremot Sverige med Nederländerna, Belgien och Österrike blir bilden en annan.

Resultatet av jämförelsen med antalet förhandsavgöranden som härrör från andra medlemsstater visar att kulturen när det gäller att begära förhandsavgörande växlar högst väsentligt mellan medlemsstaterna. Relativt sett fler fall härrör från de äldre medlemsstaterna, framför allt grundarstaterna. Sverige har emellertid, sett i relation till landets storlek, inte anmärkningsvärt få förhandsavgöranden vid en jämförelse som omfattar alla medlemsstater eller jämfört med Danmark och Finland.¹³¹ Antalet fall ligger dock i underkant jämfört med de västeuropeiska industriländerna utanför Norden, och särskilt jämfört med Tyskland, Nederländerna, Belgien och Österrike. Statistiken ger underlag för slutsatsen att även om Sverige relativt sett inte har anmärkningsvärt få hänvändelser från domstolarnas sida till EU-domstolen, finns det fortfarande utrymme för en betydande ökning av antalet förhandsavgöranden från svenska domstolar utan att detta skulle kunna ge anledning till kritik för att dessa skulle överbelasta EU-domstolen. Frågan om det finns ett behov att ett ökat antal förhandsavgöranden från svenska domstolar diskuteras i det följande i kap. 10.8.

¹³¹ Detta är också resultatet av Broberg och Fengers undersökning nämnd i föregående not, se ERT 2015 s. 790.

9 Ämnesmässig studie av de mål där förhandsavgörande har meddelats

9.1 Inledande ord

En högtintressant fråga är vilka rättsliga problem som har varit uppe i de 35 mål där EU-domstolen meddelat förhandsavgörande på begäran av svensk domstol under tidsperioden 2010 t.o.m. 2015. Den behandlas i detta kapitel på grundval av en ämnesmässig genomgång av fallen. Dispositionen är i huvudsak densamma som i min rapport från 2010. Översikten söker också belysa arten och betydelsen hos de förhandsavgöranden som emanerat från Sverige. Vilka slutsatser som kan dras av denna genomgång av måltyper behandlas härafter i kap. 10.

För detaljuppgifter om de behandlade målen hänvisas till den kronologiska översikten i bokens bilaga. Där återfinns som nämnts i kap. 1 bland annat uppgifter om parternas namn, målnummer och datum för EU-domstolens dom, hänvisning till den elektroniska rättsfallsamlingen, vilken svensk domstol som har begärt förhandsavgörandet och uppgift om efterföljande, refererat svenskt domstolsavgörande där sådan uppgift föreligger. Där ges också kortfattade uppgifter om vad varje mål har avsett.

9.2 Konstitutionell unionsrätt

Unionsrättens företrädesrätt och genomslag

Unionsrättens företrädesrätt i förhållande till svensk rätt har inte varit någon kontroversiell fråga i svensk rättspraxis, till skillnad från läget i vissa andra medlemsländer där man ibland har kunnat notera ett visst motstånd.¹³² Det är dock intressant att notera att Högsta domstolen, sedan EU-domstolen meddelat förhandsavgörande i målet *Billerud mot Naturvårdsverket*, tydligt uttalade sig i frågan i sin slutliga dom 2014 i målet. HD, som i sin dom följde EU-domstolens bedömning, yttrade:

Principen om unionsrättens företräde innebär att svenska domstolar och myndigheter är förhindrade att tolka en bestämmelse som har beslutats på EU-nivå på ett sätt som ändrar dess innehåll eller effekt och att de är bundna av EU-domstolens tolkning av EU-rätten...

¹³² U.Bernitz – A. Kjellgren, *Europarättens grunder*, 5 uppl. s 110 ff., C. F. Bergström – J. Hettne, *Introduktion till EU-rätten*, 2014 s. 116 ff.

En svensk domstol kan frånga vad som följer av EU-domstolens tolkning av en EU-bestämmelse endast om tillämpningen i det enskilda fallet annars skulle utgöra en allvarlig och otvetydig kränkning av Europakonventionen. Det betyder att det faktiska utrymmet för en sådan avvikelse är ytterst begränsat.¹³³

Unionsrättens företrädesrätt har tydligt kommit till uttryck i Arbetsdomstolens dom 2015 i målet *Fonnship mot Svenska Transportarbetareförbundet och Seko, Service- och kommunikationsfacket* på grundval av EU-domstolens förhandsavgörande i målet 2014.¹³⁴ Det var slutpunkten på en mycket långdragen rättsprocess. Arbetsdomstolen fann att Fonnship hade påtvingats kollektivavtal genom stridsåtgärder riktade mot lastning och lossning av Fonnships fartyg, vilket åtminstone i fråga om lönevillkoren gick utöver vad som enligt EU-rättens fördragsregler om fri rörlighet för tjänster fick krävas. Arbetsdomstolen fann lönevillkoren oskäligen i belysning av EU-rätten och kom fram till att kollektivavtalen i sin helhet skulle lämnas utan avseende såsom oskäligen enligt 36 § avtalslagen. Arbetsdomstolen fann även fackförbunden skyldiga att betala skadestånd till Fonnship för den ekonomiska förlust som hade drabbat Fonnship till följd av de olovliga stridsåtgärderna. Arbetsdomstolen återopade särskilt 41 och 42 §§ MBL angående olovliga stridsåtgärder och 54 och 55 §§ MBL angående rätt till skadestånd. Avgörandet kan i viss mån ses som en uppföljare till Arbetsdomstolens dom i Laval-målet, där fackförbund också förpliktades att betala skadestånd.¹³⁵ Fallet berörs ytterligare nedan i kap. 9.4 och 9.5.

Rättsakters ogiltighet

I rapporten från 2010 kunde konstateras att det inte fanns något mål där svensk domstol hade begärt förhandsavgörande på den grunden att en sekundärrättslig rättsakt kunde antas vara ogiltig enligt artikel 263 FEUF såsom stridande mot primärrätten. Endast EU-domstolen är som har nämnts i kap. 2.3 behörig att ogiltigförklara en unionsrättslig rättsakt. Kommer en sådan fråga upp i nationell domstol är därför även domstol i första instans skyldig att begära förhandsavgörande av EU-domstolen, i linje med den s.k. Foto Frost-principen.¹³⁶

Det är intressant att notera att vi nu har ett sådant avgörande som har emanerat från svensk första instans. Det rör sig om det 2015 avgjorda målet *Bricmate mot Tullverket*, där Förvaltningsrätten i Malmö frågade EU-domstolen om giltigheten av en av rådet beslutad genomförandeförordning om införande av antidumpningstull på keramiska plattor från Kina. Bricmate importerade sådana plattor. Bricmate försökte först självt föra talan mot rådet vid Tribunalen om ogiltigförklaring av den aktuella förordningen. Tribunalen ansåg dock inte

¹³³ HD:s dom i NJA 2014 s. 79 p. 15 och 17.

¹³⁴ Arbetsdomstolens dom 2015 nr 70.

¹³⁵ Dom Laval un Partneri, C-341/05, EU:C:2007:809, AD 2009 nr 89.

¹³⁶ Principen slogs fast i dom Foto-Frost, 314/85, EU:C:1987:452.

att Bricmate uppfyllde unionsrättens krav på att vara personligen berört och kom därför fram till att Bricmate saknade talerätt (artikel 263.4 FEUF).¹³⁷ Bricmates talan avvisades därför. Sedan Tullverket hade påfört Bricmate antidumpningstull, överklagade Bricmate detta beslut till förvaltningsrätten och gjorde gällande att förordningen var ogiltig. Bricmate hävdade att förordningen grundade sig på felaktig statistik och att det hade förekommit handläggningsfel. Förvaltningsrätten frågade EU-domstolen om förordningen var ogiltig på grund av uppenbara sakfel, bedömningsfel eller handläggningsfel. EU-domstolen fann dock att det inte hade kommit fram några omständigheter som påverkade genomförandeförordningens giltighet.

Frågan om huruvida bestämmelser i en sekundärrättslig rättsakt är ogiltiga har även prövats i målet Ålands Vindkraft mot Energimyndigheten, som EU-domstolen avgjorde i stor sammansättning 2014 (femton domare). Fallet gällde det elcertifikatsystem som är knutet till produktion av grön el, dvs. el från förnybara energikällor. Endast svenska (och genom en särskild överenskommelse norska) elproducenter kunde vara med i systemet, vilket gav svenska producenter av grön el en direkt ekonomisk fördel jämfört med producenter i andra medlemsstater. När Ålands Vindkraft ansökte i Sverige om tilldelning av elcertifikat avslogs ansökan av Energimyndigheten, eftersom elen producerades i Finland. Efter det att Ålands Vindkraft hade överklagat beslutet, frågade Förvaltningsrätten i Linköping i sin begäran om förhandsavgörande om systemet var förenligt med den fria rörligheten för varor, dvs. förbudet mot importrestriktioner i artikel 34 FEUF. Generaladvokaten fann artikel 34 vara tillämplig och att den förbjöd att producenter i andra medlemsstater var uteslagna från systemet. I linje därmed fann generaladvokaten att direktivet om elcertifikat, 2009/28/EG, var ogiltigt till den del det uteslöt från stödsystemet anläggningar för produktion av grön el i annan medlemsstat. EU-domstolen gick dock på en annan linje. Den fann, liksom generaladvokaten, att artikel 34 FEUF var tillämplig men att den nationella begränsningen av stödsystemet för grön el var motiverad av allmänintresset i form av sådana tvingande hänsyn som är godtagbara enligt artikel 36 FEUF. Domstolen pekade bland annat på miljöskyddsskäl och stödsystemets utformning.¹³⁸

Rättighetsstadgan

Rätten att inte bli dömd eller straffad två gånger för samma brott (*ne bis in idem*), fastlagd i artikel 50 i rättighetsstadgan, har prövats i det i kap. 6 närmare behandlade målet Åklagaren mot Hans Åkerberg Fransson, 2013. Såsom där framgått gällde fallet det svenska systemet att tillämpa dubbla förfaranden och dubbla påföljder (skattetillägg och åtal för skattebrott) bland annat vid felaktigt deklarerad moms. EU-domstolens dom i målet föranledde såsom behandlats i

¹³⁷ Dom Bricmate, T-596/11, EU:T:2014:53. Angående talerätt se t.ex. U. Bernitz – A. Kjellgren, Europarättens grunder, 5 uppl. 2014 s. 210 ff.

¹³⁸ Domen har analyserats i en rättsfallskommentar av M. Szydło i *Common Market Law Review* 2015 s. 489 ff.

kap. 6 Högsta domstolen att i en dom i plenum (NJA 2013 s. 502) frångå sin tidigare rättspraxis.

Fördragsstridiga svenska bestämmelser

I *brottmål mot Otto Sjöberg och Anders Gerdin* 2010 har EU-domstolen funnit en svensk lagbestämmelse fördragsstridig. Domstolen ansåg det strida mot artikel 49 FEUF om etableringsfrihet att främjande av svenskt deltagande i utländskt lotteri var straffsanktionerat, medan olovligt främjande av svenskt lotteri endast var vitessanktionerat. Fallet, som rörde chefredaktörerna för tidningarna Expressen och Aftonbladet, berörs närmare nedan i kap. 9.5 under rubriken Svenska legala monopol.¹³⁹

EU-domstolen har även funnit en svensk lagbestämmelse vara fördragsstridig i målet *Ulf Kazimierz Radziewski mot Kronofogdemyndigheten i Stockholm*, 2012, där Stockholms tingsrätt hade begärt förhandsavgörande. Saken gällde 4 § skuldsaneringslagen som föreskrev: "Skuldsanering får beviljas en gäldenär med hemvist i Sverige (kursiverat här) som är fysisk person" (under i paragrafen närmare angivna förutsättningar). Radziewski var svensk medborgare men bodde och arbetade i Belgien. Hans begäran om skuldsanering hade avslagits av Kronofogdemyndigheten eftersom han inte hade hemvist i Sverige. EU-domstolen prövade målet mot bakgrund av den i artikel 45 FEUF fastlagda principen om fri rörlighet för arbetstagare inom unionen. Domstolen fann att kravet på hemvist i Sverige stred mot artikel 45 FEUF och att det svenska hemvistkravet inte var motiverat av något tvingande allmänintresse. Domstolen fann alltså en svensk lagregel stridande mot fördragsregeln i artikel 45 FEUF om arbetstagares rätt till fri rörlighet.

Den svenska regleringen av vattenskotrar har under perioden ånyo prövats i *brottmålet mot Lars Sandström*, 2010. I detta fall upprätthöll EU-domstolen med åberopande av artikel 36 FEUF ett grundläggande förbud mot användning av vattenskotrar utanför allmänna farleder, förutsatt att myndigheterna faktiskt hade anvisat sådana vattenområden där vattenskotrar fick användas. Fallet berörs närmare i 9.5 under rubriken Fri rörlighet för varor och tjänster samt tekniska föreskrifter.

Begreppet domstol

Såsom behandlats i kap. 2.3 är det endast en domstol i en medlemsstat som kan begära förhandsavgörande av EU-domstolen enligt artikel 267 FEUF. I korthet kan nämnas att EU-domstolen i målet *Dan Bengtsson i Mora*, 2011 fann att Mora kommun och Miljö- och hälsoskyddsnämnden i kommunen inte var behörig att begära förhandsavgörande. Utgången i fallet var självklar.

¹³⁹ Se även kap. 7.2, som även behandlar resningsansökan av Krister Linnér som föranletts av utgången i målet mot Sjöberg och Gerdin.

9.3 Allmänna rättsprinciper

Proportionalitetsprincipen

Unionsrättens allmänna rättsprinciper har kommit under bedömning i ett flertal mål. Av särskilt intresse är målet *Billerud mot Naturvårdsverket*, 2013 där möjligheterna att tillämpa proportionalitetsprincipen i samband med en långtgående tillämpning av sanktionsavgifter mot företag sattes på sin spets.

Målet gällde den svenska lagen om handel med utsläppsrätter avseende koldioxid. Billerud hade inte på utsatt tid år 2007 överlämnat utsläppsrätter motsvarande bolagens utsläpp under 2006. Naturvårdsverket påförde därför Billerud en utsläppsavgift som totalt uppgick till närmare 20 miljoner kronor. Billerud hävdade att de hade utsläppsrätterna tillgängliga men att dessa inte hade överlämnats inom utsatt tid på grund av ett administrativt misstag. Billeruds överklagande avslogs av Miljööverdomstolen. Sedan Billerud hade ansökt om resning begärde Högsta domstolen ett förhandsavgörande. EU-domstolen fann att bolagen kunde befrias från avgiftsskyldighet om det förelåg omständigheter av force majeure-karaktär. Däremot kunde avgiftsbeloppet inte justeras av nationell domstol med stöd av proportionalitetsprincipen. EU-domstolen hänvisade bland annat till det bakomliggande syftet att komma till rätta med allvarliga miljöproblem och betydelsen av effektiv tillämpning av rättsakten. Det stod också medlemsstaterna fritt att inrätta ett system med påminnelser eller liknande (något som Sverige dock inte utnyttjade).

I sitt efterföljande avgörande slog HD fast att de nationella domstolarna var bundna av EU-domstolens tolkning av unionsrätten. HD dömde ut hela avgiften, men erinrade om att en proportionalitetsbedömning skulle kunna göras enligt Europakonventionen om det skulle föreligga en otvetydig och allvarlig kränkning av konventionen.¹⁴⁰ Någon sådan situation fann dock HD att det inte förelåg i detta fall (se citatet ur HD:s dom ovan i kap. 9.2). Det kan noteras att EU-domstolen här har stannat för en påtagligt snäv tillämpning av proportionalitetsprincipen när det gäller sanktionsavgifter riktade mot företag.

Också i målet Ålands Vindkraft mot Energimyndigheten, 2014 gjorde EU-domstolen en ingående prövning av proportionalitetsprincipens tillämplighet. Målet har behandlats ovan i 9.2 under rubriken *Konstitutionell unionsrätt*. Som framgått var kärnan i målet att den åländska elproducenten inte kunde tilldelas elcertifikat för grön el, eftersom produktionen inte skedde i Sverige. EU-domstolen fann unionsrätten på nuvarande stadium tillåta en sådan territoriell begränsning med hänsyn till bakomliggande miljöintressen och stödssystem (se även 9.5 nedan under rubriken *Fri rörlighet för varor och tjänster*). Domstolen gick därefter in i en bedömning av frågan huruvida stödssystemets närmare utformning uppfyllde de krav som följer av proportionalitetsprincipen

¹⁴⁰ HD:s dom i NJA 2014 s. 79, Billerud p. 17.

(p. 105 – 119 i domen). Domstolen fann på grundval av ett ingående resonemang den tillämpade ordningen förenlig med proportionalitetsprincipen, varvid man särskilt pekade på att Sverige hade skapat en konkurrensutsatt marknad för handel med gröna elcertifikat.

EU-domstolen har vidare framhållit att proportionalitetsprincipen ska iakttas i det nedan i 9.5 under Upphovsrätt behandlade målet *Bonnier Audio*. Fallet gällde åläggande att lämna ut personuppgifter om en enskild som torde ha begått upphovsrättsintrång genom olovlig spridning av ljudböcker på internet.

Åldersdiskriminering

EU-domstolen har prövat frågan om åldersdiskriminering i målet *Torsten Hörnfeldt mot Posten Meddelande*, 2012. Hörnfeldt tilläts inte fortsätta att arbeta vid Posten efter det att han uppnått pensionsåldern 67 år. EU-domstolen bedömde frågan direkt på grundval av direktiv 2000/78 om inrättande av en allmän ram för likabehandling i arbetslivet; någon åldersdiskriminering ansågs inte föreligga. Målet berörs även nedan i 9.5 under rubriken Arbetsrätt, se även 7.1.

9.4 EU:s internationella avtal

EU-domstolen har i tre mål, där svensk domstol begärt förhandsavgörande, bedömt frågor om innebörd och räckvidd av internationella avtal som EU har ingått. Två av målen har sjörättslig inriktning.

Målet *Fonnship mot Svenska Transportarbetareförbundet och SEKO*, 2014 avsåg ett norskt fraktfartyg, som var registrerat i Panama, förde panamansk flagg och hade en besättning som delvis bestod av tredjelandsmedborgare.¹⁴¹ Vid två tillfällen, när fartyget låg i svensk hamn, hade Transportarbetareförbundet respektive fackförbundet SEKO vidtagit stridsåtgärder i form av vägran att utföra lastning och lossning med hänvisning till att besättningen fick oskäligt låga löner. I målet ställde Arbetsdomstolen frågan om Fonnship kunde åberopa friheten att tillhandahålla tjänster. EU-domstolen fann EES-avtalet tillämpligt och att detta hade integrerat förordning (EEG) 4055/86 om tillämpning av principen om frihet att tillhandahålla tjänster på sjötransportområdet mellan medlemsstater samt mellan medlemsstater och tredje land. Förutsatt att Fonnship kunde kvalificeras som tillhandahållare av fartygets tjänster, fann EU-domstolen den nämnda förordningen tillämplig när som här tjänsterna tillhandahölls i ett annat EU/EES-land (dvs. Sverige). Det innebar att fördragsreglerna om frihet att tillhandahålla tjänster och därtill relaterad rättspraxis var tillämpliga. Domstolen hänvisade bland annat till domen i Laval-målet angående frågan om fackliga stridsåtgärders förenlighet med den primärrättsliga friheten att tillhandahålla tjänster. Som framgått ovan (se 9.2) har Arbetsdomstolen i sin efterföljande dom funnit de vidtagna stridsåtgärderna åtminstone delvis EU-rättsligt otillåtna och ansåg det kollektivavtal som hade tvingats fram såsom oskäligt enligt

¹⁴¹ Fallet behandlas även i 9.2 under rubriken *Unionsrättens företrädesrätt och genomslag*.

36 § avtalslagen. Arbetsdomstolen fann också fackförbunden skyldiga att betala skadestånd till Fonnship.¹⁴²

Brottmålet mot Ove Ahlström m. fl. 2014 har avsett avtalet om fiskepartnerskap mellan EG och Marocko. Två svenska fiskare hade åtalats för att de bedrev fiske i marockanska fiskezoner. Fartygen hade fört svensk flagg och bedömdes därigenom som gemenskapsfartyg. Fartygen hade hyrts ut genom ”bareboat charter” (totalbefraktning) till marockanska fiskeföretag med marockansk fiskelicens. Frågan i målet gällde i huvudsak tolkningen av fiskeavtalet EU/Marocko och anslutande unionsförordning 3317/94/EG om allmänna bestämmelser om tillstånd att bedriva fiske i tredje lands vatten. EU-domstolen fann fiskeavtalet innebära att det var otillåtet för gemenskapsfartyg att medverka till fiske i marockanska fiskevatten med stöd av marockanska licenser utan föregående medverkan av unionens behöriga myndigheter.

I det socialförsäkringsrättsliga målet *Försäkringskassan mot Elisabeth Bergström*, 2011 har EU-domstolen bedömt avtalet mellan EU och dess medlemsstater å ena sidan och Schweiz å andra sidan om fri rörlighet för personer. Fallet behandlas i 9.5 nedan under rubriken *Socialförsäkringsrätt*.

9.5 Inre marknaden

Tullrätt

Det första tullrättsliga mål, där svensk domstol begärt förhandsavgörande, har nu avgjorts, *Bricmate mot Tullverket*, 2015. Målet gällde i första hand ogiltighetsprövning av en genomförandeförordning om uttagande av antidumpningstull på import av keramiska plattor från Kina och har därför behandlats ovan under rubriken *Konstitutionell unionsrätt* (9.2).

Fri rörlighet för varor och tjänster samt tekniska föreskrifter

Möjligheterna att godta kvantitativa importrestriktioner med hänvisning till tvingande hänsyn (artikel 36 FEUF) har prövats i ett nytt vattenskotermål, *brottmålet mot Lars Sandström*, 2010. Målet gällde otillåtet framförande av vattenskoter i strid mot den svenska vattenskoterförordningen och utgjorde i huvudfrågan en fortsättning på det i min rapport från 2010 behandlade brottmålet mot Mickelsson och Roos som EU-domstolen avgjorde 2009.¹⁴³ Domstolen fann där att ett allmänt förbud mot användning av vattenskotrar utanför allmänna farleder utgjorde ett användningsförbud som träffas av förbudet mot kvantitativa importrestriktioner i artikel 34 FEUF, men att förbudet var godtagbart enligt artikel 36 FEUF till den del det tillämpades inom ramen för

¹⁴² Arbetsdomstolens dom 2015 nr 70. Det föreligger stora paralleller mellan Fonnship-avgörandet och EFTA-domstolens efterföljande dom i mål E-14/15, Holship Norge mot Norsk Transportarbeiderforbund, avgjort 19 april 2016.

¹⁴³ Dom Mickelsson och Roos, C-142/05, EU:C:2009:336, se s. 63 i Rapporten 2010. Rättsfallskommentar av A. Kruse i ERT 2009 s. 477 ff.

proportionerliga genomförandeåtgärder. När domstolen avgjorde Mickelsson och Roos hade det inte vidtagits åtgärder för att anvisa vattenområden i Sverige utanför allmänna farleder där vattenskotrar fick användas. Så hade dock skett när Sandström-målet avgjordes. EU-domstolen upprätthöll i detta fall med stöd av artikel 36 FEUF förbudet mot användning av vattenskotrar utanför allmän farled, förutsatt att myndigheterna faktiskt hade anvisat sådana vattenområden utanför allmänna farleder där vattenskotrar fick användas.

Sandström-målet har även belyst reglerna om skyldighet att anmäla *tekniska föreskrifter* och ändringar i dessa till kommissionen. Beslut som medlemsstaterna fattar om införande eller ändringar i tekniska föreskrifter ska anmälas (notifieras) i särskild ordning till EU-kommissionen, som har tre månader på sig att pröva om föreskrifterna är godtagbara utifrån regelverket för den inre marknaden. Det har varit fråga om tillämpning av direktiv 98/34/EG, numera ersatt av en uppdaterad version, (EU) 2015/1535. Den svenska regeringen hade inte anmält ändringar i vattenskotterförordningen till kommissionen. EU-domstolen fann emellertid detta godtagbart, eftersom det inte föreligger någon skyldighet att anmäla sådana ändringar som endast innebär en uppmjukning av villkoren.

Bestämmelserna om tekniska föreskrifter stod även i centrum i *brottmålet mot Lars Ivansson m.fl.*, det s.k. hönsbursmålet, 2014. Målet är av särskilt intresse genom att Helsingborgs tingsrätt begärde förhandsavgörande i en fråga om tolkningen av direktivet, där Högsta domstolen dessförinnan i ett parallellt mål hade funnit att det inte fanns skäl att begära förhandsavgörande. Målet har utifrån denna aspekt behandlats ovan i 7.2. I sak prövade EU-domstolen i vad mån kravet på att också ändringar i tekniska föreskrifter ska anmälas till kommissionen endast omfattar väsentliga ändringar. Domstolen uttalade sig härvid om tolkningen av en bestämmelse där det förelåg olikheter mellan skilda språkversioner. EU-domstolen erinrade om att underlåtenhet att göra föreskriven anmälan av nationell teknisk föreskrift enligt fast praxis medför att bestämmelsen inte får tillämpas och därmed inte kan göras gällande gentemot enskilda.¹⁴⁴

I målet Ålands Vindkraft mot Energiverket, 2014, där Förvaltningsrätten i Linköping hade begärt förhandsavgörande, fann EU-domstolen att elcertifikatsystemet för grön el stred mot artikel 34 FEUF på grund av dess territoriella begränsning till Sverige, men att miljöskyddsskäl i förening med stödsystemets utformning utgjorde tvingande hänsyn som medförde att systemet var godtagbart enligt artikel 36 FEUF. Generaladvokaten hade dock gjort en annan bedömning av systemets unionsrättsliga giltighet, se närmare om avgörandet ovan i 9.2 under rubriken *Konstitutionell unionsrätt*. Fallet har även behandlats i 9.3 under rubriken *Proportionalitetsprincipen*.

Skattemål om fri rörlighet behandlas nedan i 9.7.

¹⁴⁴ U. Bernitz, Hönsbursmålet om skyldighet att anmäla tekniska föreskrifter; särskilt om språklig tolkning och begreppet teknisk föreskrift, ERT 2016 h. 3.

Svenska legala monopol

Det svenska spelmonopolets förenlighet med unionsrätten har aldrig satts på sin spets i EU-domstolen. Som nämndes i rapporten från 2010 tog Regeringsrätten i målet RÅ 2004 ref. 95, Wermdö Krog, på grundval av en ingående motivering ställning för slutsatsen att det svenska spelmonopolet vid en bedömning totalt sett var förenligt med EU-rätten och beslöt att inte begära förhandsavgörande. Avgörandet har varit omdiskuterat.¹⁴⁵ En särskild aspekt på spelmonopolet har emellertid prövats av EU-domstolen 2010 i *brottmålet mot Otto Sjöberg och Anders Gerdin*, där Svea hovrätt begärde förhandsavgörande.

Sjöberg var ansvarig utgivare för tidningen Expressen och Gerdin för Aftonbladet. Båda tidningarna hade infört annonser för utländska spelbolag som visade oddsen för vissa spel. Frågan i målet inför EU-domstolen gällde om det var diskriminerande att påföljderna för främjande av otillåtet hasardspel var annorlunda utformade beroende på om anordnaren var utländsk eller svensk. Enligt 54 § lotterilagen var främjande av svenskt deltagande i utländskt lotteri straffsanktionerat, medan olovligt främjande av svenskt lotteri enligt 52 § lotterilagen endast var vitessanktionerat. EU-domstolen fann det utgöra en otillåten diskriminering att tillämpa strängare påföljder för främjande av hasardspel anordnat i annan medlemsstat än i det egna landet och återopade artikel 49 FEUF om etableringsfrihet. Mot bakgrund av detta avgörande prövades brottmålen slutligen av Högsta domstolen. Sjöberg och Gerdin frikändes, eftersom den svenska lagregleringen bedömdes stå i strid med artikel 49 FEUF, se NJA 2012 s. 1073.

Målet har även behandlats ovan i 7.2 utifrån den aspekten att Högsta domstolen några år tidigare hade tagit ställning i ett parallellt mål, där ansvarige utgivaren för Nerikes Allehanda Krister Linnér var åtalad för att ha infört liknande annonser. Linnér blev bötfälld av Göta hovrätt och Högsta domstolen vägrade prövningstillstånd. Linnér begärde resning, men i ett utförligt motiverat avgörande avlog Högsta domstolen 2016 denna begäran, se kap. 7.2.

Vid handläggningen av målet i Sverige mot Sjöberg och Gerdin var även frågan om förbudet mot att trycka uppgifter i tidningarna om utländska spelbolags odds stred mot tryckfrihetsförordningen uppe. Den frågan behövde Högsta domstolen inte pröva. Högsta förvaltningsdomstolen har dock i HFD 2011 ref. 46 prövat den närliggande frågan om huruvida förbud mot att i idrottsevenemang sända i TV visa utländska spelbolags logotyp och oddsuppgifter stod i strid med yttrandefrihetsgrundlagen. Högsta förvaltningsdomstolen fann att så var fallet.

¹⁴⁵ N. Wahl, Vad är oddsen för att det svenska spelmonopolet är förenligt med EG-rätten? – Regeringsrättens dom i Wermdö Krog, ERT 2005 s. 119 ff. Nu pågår en offentlig utredning om omreglering av spelmarknaden med sikte på ett licenssystem, se kommittédirektiv 2015:95.

Arbetsrätt

Målet *Fonnship mot Svenska Transportarbetareförbundet och SEKO*, 2014 gällde stridsåtgärder som svenska fackförbund vidtagit mot ett norskt och Panamaregistrerat lastfartyg. Fackförbunden ansåg Fonnship tillämpa oskäligt låga löner för besättningen. Fallet, där Arbetsdomstolen begärde förhandsavgörande, har behandlats ovan under rubriken *Konstitutionell unionsrätt* samt under rubriken *EU:s internationella avtal* (9.2 och 9.4). Som framgått fann Arbetsdomstolen i sin efterföljande dom AD 2015 nr 70 de vidtagna stridsåtgärderna åtminstone delvis EU-rättsligt otillåtna. Arbetsdomstolen satte åt sidan det kollektivavtal som framtvingats såsom oskäligt enligt 36 § avtalslagen. Arbetsdomstolen förpliktade även fackförbunden att betala skadestånd till Fonnship.

Fonnship är det enda förhandsavgörande, som har avgjorts under perioden 2010 t. o. m. 2015, där Arbetsdomstolen har begärt förhandsavgörande. Det kan nämnas att Arbetsdomstolen utan att begära förhandsavgörande i AD 2011 nr 37, *Diskrimineringsombudsmannen mot Flygarbetsgivarna och SAS* fann det utgöra otillåten åldersdiskriminering att tillämpa en ordning för uppsägning av piloter inom SAS på grund av arbetsbrist. Ordningen innebar att i första hand piloter som hade fyllt 60 år sades upp och inte piloter med kortaste anställningstid. Arbetsdomstolen redovisade ingående EU-domstolens praxis, bland annat mål C-499/08, Andersen. Samma frågeställning kom under Högsta domstolens prövning i resningsärendet NJA 2013 s. 42, som avsåg ett något äldre, lagakraftvunnet tingsrättsavgörande angående uppsagda SAS-piloter (fallet nämnt i kap. 5.2). HD fann att senare tillkomna domar från EU-domstolen inte utgjorde nya omständigheter eller bevis i resningshänseende (58:1 RB).

EU-domstolen har prövat en fråga om åldersdiskriminering i målet *Torsten Hörnfeldt mot Posten Meddelande*, 2012. Hörnfeldt hade varit anställd vid Posten under många år. Anställningen upphörde när han fyllde 67 år och han fick därefter ålderspension. Södertörns tingsrätt frågade EU-domstolen om 67-årsregeln kunde utgöra otillåten åldersdiskriminering; Hörnfeldt ville arbeta kvar för att senare uppnå högre pensionsbelopp. EU-domstolen prövade målet med utgångspunkt i artikel 6.1 a i direktiv 2000/78 om inrättande av en allmän ram för likabehandling i arbetslivet. Den fann det helt förenligt med unionsrätten att en arbetsgivare har rätt att avsluta en arbetstagares anställning av det enda skälet att han eller hon har fyllt 67 år, oavsett nivån på den pension som den enskilde kan erhålla. Såsom behandlats i kap. 7.1 överklagade Posten tingsrättens beslut att begära förhandsavgörande till Arbetsdomstolen som avvisade överklagandet (AD:s beslut 2012 nr 3).

Direktivet om lönegaranti var aktuellt i målet *Lotta Andersson mot Staten genom Kronofogdemyndigheten i Jönköping, Tillsynsmyndigheten*, 2011. Lotta Andersson var hälftenägare i och anställd vid Linköpings Ridskola AB som försattes i konkurs. Enligt svensk rätt hade hon inte rätt till lönegaranti, eftersom hon senare än sex månader före konkursansökan hade ägt en väsentlig del av företaget

och därmed haft ett betydande inflytande över dess verksamhet. EU-domstolen fann denna begränsning av lönegarantin förenlig med direktivet som har en liknande bestämmelse. EU-domstolen påpekade att en arbetstagare som är i den nämnda situationen kan vara delvis ansvarig för företagets insolvens. Det kan påpekas att fallet skiljer sig från situationen i EU-domstolens tidigare kända avgörande om den svenska lönegarantilagen i målet Gharehveran 2001¹⁴⁶ på så sätt att de anställda, som där befanns vara berättigade till lönegaranti, visserligen var närstående till företagets ägare men inte själva ägare.

Det finns ett fall om EU:s färdskrivarförordning, *brottmål mot Daniel Lundberg*, 2014. Fallet är rätt speciellt. EU-domstolen fann att det inte förelåg någon skyldighet att använda färdskrivare när en transport utfördes av enskild inom ramen för dennes hobbyverksamhet som amatörrallyförare.

Målet *Ulf Kazimierz Radziewski mot Kronofogdemyndigheten i Stockholm*, 2012 gällde rätt till skuldsanering för en svensk medborgare som arbetade i Belgien. Enligt skuldsaneringslagen fordrades att han hade hemvist i Sverige. EU-domstolen fann kravet strida mot artikel 45 FEUF om arbetstagares rätt till fri rörlighet. Fallet har berörts i 9.2 under rubriken *Konstitutionell unionsrätt*.

Socialförsäkringsrätt

Rätten till sociala förmåner för den som arbetat i Schweiz prövades i målet *Försäkringskassan mot Elisabeth Bergström*, 2011, där Högsta förvaltningsdomstolen hade begärt förhandsbesked. Efter att ha arbetat i Schweiz i ett antal år flyttade Elisabeth Bergström tillbaka till Sverige med sin man och nyfödda dotter. Frågan i målet var om hon hade rätt till föräldrapenning på sjukpenningnivå, dvs. beräknad på grundval av hennes tidigare arbete. EU-domstolen tillämpade avtalet mellan EU och dess medlemsstater och Schweiz och fann att förordning 1408/71 om social trygghet när arbetstagare m. fl. flyttar inom EU skulle tillämpas. EU-domstolen fann att den tid som Elisabeth Bergström hade varit anställd i Schweiz skulle tillgodoräknas. Beloppets storlek skulle beräknas med utgångspunkt i vad som varit jämförbar inkomst i Sverige för motsvarande arbete. Högsta förvaltningsdomstolen fann i sin efterföljande dom att Elisabeth Bergström fullgjort hela den erforderliga kvalifikationstiden i Schweiz.¹⁴⁷ Hon fick alltså föräldrapenning motsvarande vad hon skulle ha fått om hon i stället hade arbetat i Sverige.

Migrationsrätt

Målet *Flora May Reyes mot Migrationsverket*, 2014 gällde uppehållsrätt i Sverige för tredjelandsmedborgare. Flora May Reyes var en filippinska i tjugoårsåldern, vars mor, som blivit unionsmedborgare, numera var bosatt i Sverige. Modern

¹⁴⁶ Dom Gharehveran, C-441/99, EU:C:2001:551. Se HD:s efterföljande dom i NJA 2002 s. 75 och min rapport 2010 s. 67.

¹⁴⁷ HFD 2012 ref. 44 I, rättsfallskommentar av J. Paju i ERT 2013 s. 89 ff.

hade regelbundet bidragit till hennes försörjning. Flora May Reyes var utbildad inom sjukvården men saknade arbete i Filippinerna. EU-domstolen bedömde att hon enligt direktiv 2004/38/EG om unionsmedborgares fria rörlighet var en släkting i rakt nedstigande led som var beroende av en unionsmedborgare för sin försörjning och därför omfattades av direktivet. Det faktum att hon kunde bedömas ha goda möjligheter att få eget arbete fann EU-domstolen sakna betydelse. Mot bakgrund av detta besked fann Migrationsöverdomstolen i sin efterföljande dom att hon hade uppehållsrätt i Sverige (MIG 2014:8).

Målet *Migrationsverket mot Nuriye Kastrati m. fl.*, 2012 avsåg Dublinförordningen (343/2003/EG) om kriterier för prövning av asylansökan. Familjen Kastrati från Kosovo hade först kommit till Frankrike men fortsatt till Sverige och sökt asyl här. De återkallade senare sin asylansökan innan ärendet hade behandlats. EU-domstolen fann att Dublinförordningen inte var tillämplig i detta läge.

Upphovsrätt

EU-domstolen har haft att bedöma tre olika mål om upphovsrätt, där svensk domstol begärt förhandsavgörande. De har alla gällt spridning av upphovsrättsligt skyddade verk över internet.

Målet *Bonnier Audio förlag mot Perfect Communication Sweden* (kallat ePhone), 2012 behandlade upphovsrättsintrång i form av otillåtet tillgängliggörande av ljudböcker genom överföring av filer mellan datorer via internet. Bonnier Audio m.fl. hade ansökt om informationsläggande och yrkat att namn och adress skulle lämnas ut till den som hade registrerats som användare av den IP-adress varifrån de aktuella filerna antogs ha överförts under viss angiven tidsrymd. Saken gällde bland annat tillämpning av EU:s s.k. Infosocdirektiv, 2001/29/EG, om immaterialrättsliga sanktioner. EU fann detta vara möjligt men framhöll att en avvägning ska göras mellan de motstående intressen som föreligger med beaktande av omständigheterna i det enskilda fallet och med tillbörlig hänsyn till de krav som följer av proportionalitetsprincipen. Högsta domstolen, som hade begärt förhandsavgörandet, fann vid sin efterföljande prövning att intrånget var omfattande och vägde tyngre än intresset av integritetsskydd. Högsta domstolen beslöt därför att information om e-Phones IP-adress skulle tillhandahållas kärändena och beslutade om ett informationsläggande vid vite.¹⁴⁸

Målet *Nils Svensson m.fl. mot Retriever Sverige*, 2014 gällde gränserna för det upphovsrättsliga skyddet. Tidningsartiklar som hade varit publicerade i Göteborgs-Posten fanns fritt tillgängliga på Göteborgs-Postens webbplats. Retriever drev en webbplats där kunderna enligt önskemål tillhandahölls listor på klickbara länkar till artiklar som hade publicerats på andra webbplatser. EU-domstolen hade även här att bedöma innebörden av Infosoc-direktivet, 2001/29/EG. Domstolen fann att förfarandet i detta fall inte innebar att verken

¹⁴⁸ NJA 2012 s. 975.

överfördes till en ”ny publik” och därför inte utgjorde överföring till allmänheten. Avgörandet, som har blivit omdiskuterat i upphovsrättskretsar,¹⁴⁹ ledde till att målet återkallades i den svenska domstolen (Svea hovrätt).

Även det tredje upphovsrättsmålet rör Infosoc-direktivet, *C More Entertainment mot Linus Sandberg*, 2015. C More Entertainment är en betal-TV-kanal som på sin webbplats bl.a. direktsänder ishockeymatcher mot betalning. Linus Sandberg hade på sin webbplats lagt upp länkar som gjorde det möjligt att kringgå den betalvägg som hade satts upp av C More Entertainment för att skydda sändningarna. På så sätt kunde internetanvändare utan att betala få tillgång till några av C Mores direktsändningar av matcher. Linus Sandberg var på grund av sitt handlande åtalad för brott mot upphovsrättslagen. Högsta domstolen begärde förhandsavgörande. Den här ovan nämnda domen i målet Nils Svensson mot Retriever medförde dock att alla frågor utom en som HD hade ställt återkallades. På den återstående frågan gav EU-domstolen svaret att Infosoc-direktivet endast åsyftar en partiell harmonisering av upphovsrätt och närstående rättigheter och inte hindrar medlemsstaterna att ge radio- och TV-företag en mer omfattande ensamrätt till överföringar till allmänheten av idrottsevenemang på internet. HD fann i sitt efterföljande avgörande, NJA 2015 s. 1097, att de sända ishockeymatcherna inte var upphovsrättsligt skyddade på grund av bristande verkshöjd men att återgivningen utgjorde intrång i C Mores närstående rättigheter.

Marknadsföringsrätt

Direktiv 2005/29/EG om otillbörliga affärsmetoder rör marknadsföring mot konsument och bygger på fullharmonisering. Direktivet ligger till grund för utformningen av marknadsföringslagen av 2008 och styr till stor del dess tillämpning. I *Konsumentombudsmannen mot Ving*, 2011 ställde Marknadsdomstolen ett flertal frågor om direktivets tolkning. Fallet gällde en annons där Ving utannonserade flygresor med hotell till New York med angivande av ett frånpris. EU-domstolen fann annonsen utgöra ett köperbudande som gjorde det möjligt för konsumenten att fatta ett affärsbeslut. EU-domstolen gick emot vad Konsumentombudsmannen hävdade och fann det tillräckligt att annonsen endast angav ett frånpris och hänvisade till Vings webbplats för närmare information om priser och villkor för resan. Mot bakgrund av EU-domstolens bedömning ogillade Marknadsdomstolen Konsumentombudsmannens talan.¹⁵⁰

Målen *Abcur mot Apoteket Farmaci och Apoteket AB*, 2015 gällde marknadsföring och försäljning av läkemedel, närmare bestämt om det var tillåtet för de två sistnämnda att sälja vissa angivna läkemedel på det sätt som skett. Såsom framgår av de frågor Stockholms tingsrätt ställde i sin begäran om förhandsavgörande,

¹⁴⁹ J. Rosén, Unionsdomstolen på kollisionskurs med internationell upphovsrätt, NIR 2014 s. 660 ff.

¹⁵⁰ MD 2011:30, Ving, U. Bernitz, Ving-målet – om korrigering via EU-domstolen av ett olyckligt förarbetsuttalande om prisangivelser, JT 2012 – 13 s. 128 ff.

var de faktiska förhållandena i målet ganska komplicerade. EU-domstolen bedömde bland annat förhållandet mellan direktiv 2005/29/EG om otillbörliga affärsmetoder och direktiv 2001/83/EG om humanläkemedel som i Sverige har genomförts genom läkemedelslagen. EU-domstolen fann att båda direktiven var tillämpliga och kompletterar varandra, men att reglerna om läkemedelsreklam i direktiv 2001/83/EG utgör en specialreglering och därför ska ges företräde.

Miljörätt

Målet *Djurgården – Lilla Värtans Miljöskyddsförening mot Fortum Värme samägt med Stockholms stad*, 2010 utgör en ren uppföljning av EU-domstolens avgörande 2009 i ett mål med samma kärande mot Stockholms kommun¹⁵¹ och avgjordes av EU-domstolen genom beslut i stället för dom. Domstolen fann liksom i det tidigare avgörandet att det dåvarande stadgandet i MB 16:13 att miljövårdsföreningar hade talerätt i domstol endast om de hade minst 2 000 medlemmar stred mot EU-direktiv (här direktivet 2003/35/EG). Högsta domstolen fann i linje härmed i sitt efterföljande beslut att kravet på minst 2 000 medlemmar inte kunde upprätthållas.¹⁵² Kravet har senare genom lagändring satts ner till 100 medlemmar (MB 16:13).

I brottmålet *mot Lars Sandström*, 2010 ansåg EU-domstolen miljöskyddsaspekter utgöra tvingande hänsyn enligt artikel 36 FEUF, som gjorde det godtagbart med förbud mot att använda vattenskotrar utanför allmän farled och andra särskilt anvisade vattenområden (se om fallet ovan 9.5 under *Fri rörlighet för varor och tjänster*).

I målet *Billerud mot Naturvårdsverket*, 2013 anförde EU-domstolen vikten av effektivt miljöskydd som skäl mot att mildra den stränga sanktion som påförts bolagen, därför att man hade förbisett att inom föreskriven tid redovisa sina utsläppsrätter. Målet har behandlats ovan i kap. 9.3 under *Proportionalitetsprincipen*.

9.6 Konkurrensrätt

EU:s konkurrensrätt, grundad på artiklarna 101 och 102 FEUF samt koncentrationsförordningen, är direkt tillämplig i Sverige. Den svenska konkurrenslagen speglar unionsrätten, särskilt när det gäller de materiella bestämmelserna. Det finns dock på detta område endast ett mål under perioden där svensk domstol (Stockholms tingsrätt) har begärt förhandsavgörande, fallet *Konkurrensverket mot Telia Sonera*, 2011.

Målet gällde missbruk av dominerande ställning i strid med artikel 102 FEUF, i första hand genom det sätt på vilket Telia Sonera hade utnyttjat sitt

¹⁵¹ Dom *Djurgården – Lilla Värtans Miljöskyddsförening*, C-263/08, EU:C:2009:631.

Rättsfallskommentar av J. Darpö i ERT 2010 s. 129 ff.

¹⁵² HD har senare i NJA 2012 s. 921, där förhandsavgörande inte begärdes, prövat räckvidden enligt unionsrätten av de uppmjukade talerättsreglerna ("Århusreglerna").

dåvarande monopol på det rikstäckande telefonnätet till marginalpress gentemot konkurrenten Tele2, som behövde utnyttja nätet för internetanslutningar. EU-domstolen utvecklade principer för bedömningen av marginalpress som blivit grundläggande även i senare avgöranden. På grundval av vad EU-domstolen uttalat fälldes Telia Sonera slutligen i Marknadsdomstolen för missbruk av dominerande ställning och ålades betala konkurrensskadeavgift (MD 2013:5).

Högsta domstolen har beslutat 2015 (NJA 2015 s. 438) att inte begära förhandsavgörande i den överklagade skiljedomen *Systembolaget mot V&S* angående konkurrensrättsligt skadestånd på grund av missbruk av dominerande ställning. Avgörandet har berörts ovan i kap. 5.2.

9.7 Skatterätt

Skattemål om fri rörlighet

I rapporten 2010 redovisades inte mindre än sju svenska skattemål som rörde frågor som hängde samman med EU:s primärrättsliga regler om fri rörlighet för tjänster och kapital. Gemensamt för alla dessa fall var att de i en eller annan form handlade om situationer, där personer eller företag med hemvist eller verksamhet i annat EU-land särbehandlades skatterättsligt i förhållande till personer eller företag bosatta eller verksamma i Sverige. Gemensamt för fallen var även att EU-domstolen fann de svenska lagregler som innebar skatterättslig olikabehandling vara oförenliga med unionsrätten.

Man kan notera att inget fall där EU-domstolen funnit en sådan situation föreligga har varit uppe under den här behandlade sexårsperioden. Högsta förvaltningsdomstolen har emellertid själv avgjort ett antal sådana mål med tillämpning av unionsrätten utan att begära förhandsavgörande. Detta har behandlats ovan i kap. 5.3. I doktrinen har detta kritiserats av Mattias Dahlberg som hävdar att svenska skattedomstolar i större utsträckning borde begära förhandsavgörande i frågor som rör förhållandet mellan svensk skattelagstiftning och den fria rörligheten, särskilt etableringsfriheten.¹⁵³

Ett skattemål, som har aktualiserat den fria rörligheten för personer enligt artikel 21 FEUF, har varit under bedömning, *Skatteverket mot Hilkka Hirvonen*, 2015. Hon hade efter att i många år bott och arbetat i Sverige flyttat permanent till Finland. Hon uppbar hela sin inkomst från Sverige i form av pension, livränta och sjukersättning. Hon beskattades i Sverige enligt SINK (lagen om särskild inkomstskatt för utomlands bosatta) i form av en definitiv källskatt med en skattesats på 25 procent. Vid beskattning enligt SINK medges inte avdrag för låneräntor. EU-domstolen prövade om detta innebar en enligt unionsrätten otillåten diskriminering med hänsyn till att avdrag för låneräntor medges vid

¹⁵³ M. Dahlberg, Om EU-rättens inflytande på skatterätten i teori och praktik, De lege Årsbok 2015 s. 93 ff., bl.a. s. 100 och 107.

inkomstbeskattningen av i Sverige bosatta personer. Domstolen fann att det inte förelåg någon diskriminering, eftersom den enskilde kunde välja mellan att beskattas enligt det ordinarie systemet för inkomstbeskattning och ordningen enligt SINK, som innebar att den enskilde erhöll en särskilt fördelaktig skattesats. Domstolen fann det därför förenligt med unionsrätten att avdrag för lånekostnader inte medges när inkomstbeskattning sker enligt SINK. EU-domstolen godtog därmed den lagändring om införande av valrätt mellan beskattning enligt SINK och det ordinarie inkomstskattesystemet, som Sverige hade genomfört såsom konsekvens av domstolens tidigare dom i mål C-169/03, Wallentin.¹⁵⁴ Högsta förvaltningsdomstolen fann i sin efterföljande dom att Hirvonen (i HFD:s dom benämnd AA) inte var berättigad till avdrag.¹⁵⁵

Målet *X AB mot Skatteverket*, 2015 gällde frågan om avdragsrätt för valutakursförlust i samband med försäljning av andelar i aktiebolag i annat medlemsland där svenskt bolag hade bestämmande inflytande. EU-domstolen fann att frågan skulle avgöras enligt fördragsreglerna om etableringsfrihet i artikel 49 FEUF och inte reglerna om fria kapitalrörelser i artikel 63 FEUF, eftersom andelsinnehavet gav ett bestämmande inflytande och inte hade förvärvats i placeringssyfte. EU-domstolen fann härefter att artikel 49 FEUF inte var tillämplig, eftersom Sverige tillämpar samma regler avseende investeringar i näringsbetingade andelar i annan medlemsstat som i Sverige. I ingetdera fallet beskattar Sverige kapitalvinster på näringsbetingade andelar vid försäljning och det medges heller ingen avdragsrätt för sådana andelar vid försäljning, inte heller när kapitalförlusten har orsakats av en valutakursförlust. EU-domstolen fann alltså att investeringar i näringsbetingade andelar som sker i annan medlemsstat inte behandlas mindre förmånligt än liknande investeringar som sker i Sverige. Det förelåg alltså ingen diskriminering. Högsta förvaltningsdomstolen följde detta och fann i sin efterföljande dom att valutakursförlust inte skulle dras av.¹⁵⁶

Målet *OKG mot Skatteverket*, 2015 rörde den svenska beskattningen av termisk effekt i kärnkraftreaktorer. Med termisk effekt förstås en kärnkraftreaktors värmeproduktionsförmåga. OKG driver Oskarshamns kärnkraftverk. EU-domstolen fann att denna skatt på termisk effekt inte låg inom ramen för vare sig EU-direktivet om beskattning av energiprodukter och elektricitet eller direktivet om punktbeskattning. Det rörde sig om en rent svensk beskattning. Unionsrätten var alltså inte tillämplig.

¹⁵⁴ Dom Wallentin, C-169/03, EU:C:2004:403, RÅ 2004 ref. 111.

¹⁵⁵ HFD:s dom 19 maj 2016.

¹⁵⁶ HFD 2016 ref. 14 I. Samma dag avgjorde HFD ett annat mål om avdragsrätt för valutakursförändringar, där förhandsavgörande inte hade inhämtats. I detta fall kom HFD med utförlig motivering till motsatt slut och fann det strida mot artikel 63 FEUF att tillämpa avdragsförbud för kapitalförluster vid avyttring av fordringar mellan företag i intressegemenskap som berott på en ändrad växelkurs mellan euro och svenska kronor. HFD fann alltså kapitalförlust som beror på ändrad växelkurs mellan euro och svenska kronor vara avdragsgill, HFD 2016 ref. 14 II.

Skattemål om skyldighet att betala moms

Det finns ett relativt stort antal avgöranden där EU-domstolen tagit ställning till frågor som har rört skyldighet att betala moms.¹⁵⁷ I ett flertal fall är det Högsta förvaltningsdomstolen som har begärt förhandsavgörande.

Målet *X mot Skatteverket 2010* gällde frågan var moms skulle erläggas för en segelbåt som en person hade köpt i Storbritannien och därefter seglat till Sverige för användning här. EU-domstolen fann att det skulle göras en helhetsbedömning och att det särskilt skulle beaktas var den slutliga användningen var avsedd att äga rum. I sin efterföljande dom fann HFD att beskattning skulle ske i Sverige (HFD 2011 ref. 28).¹⁵⁸

Målet *Skandinaviska Enskilda Banken Momsgrupp mot Skatteverket*, 2011 gällde en emissionsgaranti som SEB mot provision tillhandahöll emitterande bolag vid aktieemission på kapitalmarknaden. EU-domstolen fann emissionsgarantin undantagen från momsplikt. HFD satte ner den utgående skatten i linje härmed (HFD 2011 ref. 38).

Målen *Daimler och Widex mot Skatteverket*, 2012 gällde företag som endast bedrev testverksamhet avseende nya bilmodeller respektive forskningsverksamhet angående hörapparater i Sverige utan att utföra några beskattningsbara transaktioner. EU-domstolen fann att det förelåg en rätt till återbetalning av moms.

Målet *Skatteverket mot PFC Clinic*, 2013 gällde omfattningen av undantagen från momsplikt för tjänster som utgör sjukvård eller sjukvårdande behandling. EU-domstolen fann att estetiska operationer och behandlingar kunde omfattas av undantaget. Det var av betydelse för bedömningen om behandlingen skedde under medverkan av kvalificerad sjukvårdspersonal. HFD fann i sin efterföljande dom att PFC Clinic fick göra avdrag för ingående moms som hänförde sig till bolagets verksamhet med estetiska operationer och behandlingar i den mån åtgärderna inte hade utförts för att åtgärda sjukdomar eller hälsoproblem (HFD 2013 ref. 67).

Målet *Skandia America Corp. (USA) filial Sverige mot Skatteverket*, 2014 gällde internfakturerings inom en momsgrupp. EU-domstolen fann att tjänster, som en huvudetablering i tredje land tillhandahåller sin filial i en medlemsstat, är beskattningsbara och att momsgruppen är betalningsskyldig för momsen.¹⁵⁹

¹⁵⁷ Genom att mervärdesskatten i så hög grad styrs av EU-direktiv finns stort behov av förhandsavgöranden på detta område, K. Ståhl m.fl., EU-skatterätt, 3 uppl. 2011 s. 30.

¹⁵⁸ Rättsfallskommentar av S. Olsson i Skattenytt 2011 s. 59 ff.

¹⁵⁹ Förhandsavgörandet i Skandia America hade begärts av Förvaltningsrätten i Stockholm. Avgörandet åberopades särskilt av HFD i ett liknande fall, HFD 2015 ref. 22, DNB Bank.

Målet *Skatteverket mot David Hedqvist*, 2015, där Högsta förvaltningsdomstolen begärde förhandsavgörande, gällde en bedömning från momssynpunkt av den virtuella valutan bitcoin. Hedqvist hade för avsikt att via ett företag tillhandahålla tjänster bestående av växling av traditionella valutor till bitcoin och omvänt. Frågan i fallet var om denna typ av växlingstjänst var undantagen från skatteplikt för moms. EU-domstolen fann utrett att den virtuella valutan bitcoin inte har några andra syften än att utgöra betalningsmedel och att den accepteras som sådant av vissa aktörer. EU-domstolen drog slutsatsen att tjänster som består av växling av traditionell valuta till bitcoin och omvänt är att se som betalningar mellan de aktörer som accepterar det och är undantagna från momsplikt.¹⁶⁰

Målet åklagaren mot Åkerberg Fransson, 2013 gällde som framgått *ne bis in idem* och hade som utgångspunkt att Åkerberg Fransson, en enskild näringsidkare, hade åtalats för skattebrott trots att han redan hade ålagts att betala skattetillägg i samband med att han blivit upptaxerad för oredovisad moms. Se vidare om fallet kap. 6 och 7 ovan.

9.8 Rättsliga och inrikes frågor (RIF-området)

Med RIF-området förstås området med frihet, säkerhet och rättvisa, dvs. de rättsområden som ligger inom ramen för avdelning V i EU:s funktionsfördrag.

Internationell privat- och processrätt

Det finns ett svensk fall under tidsperioden om tolkningen av Bryssel I-förordningen som har bedömts av EU-domstolen, målet *ÖFAB, Östergötlands Fastigheter mot Frank Koot och Evergreen Investments*, 2013, där Hovrätten för Nedre Norrland begärde förhandsavgörande. Bakgrunden till tvisten i målet var uppförandet av hotellet Copperhill i Åre, som vid den aktuella tidpunkten i huvudsak ägdes av det nederländska bolaget Evergreen Investments, där den i Nederländerna bosatte Koot var styrelseledamot. Käranden innehade överlåtna fordringar mot Evergreen Investments som härrörde från delvis obetalda entreprenadarbeten under hotellbygget. I fråga om Koot rörde det sig om ett personligt skadeståndskrav mot honom grundat på hans roll som styrelseledamot, varvid käranden byggde sin talan på aktiebolagsrättens regler om ansvarsgenombrott. EU-domstolen fann att det rörde sig om talan om skadestånd utanför avtalsförhållanden enligt artikel 5.3 i Bryssel I-förordningen och att målet därför kunde prövas vid domstolen i den ort där skadan hade inträffat. Svensk domstol var alltså behörig. Det faktum att fordringen hade överlåtit från den ursprungliga fordringsägaren till någon annan fann EU-domstolen i detta fall sakna betydelse.¹⁶¹

¹⁶⁰ HFD har anslutit sig till denna bedömning, HFD 2016 ref. 6.

¹⁶¹ Om avgörandet, särskilt i relation till tidigare liknande ställningstaganden i svensk domstol, M. Bogdan, Svensk och EU-domstolens rättspraxis i internationell privat- och processrätt 2013 – 2014, SvJT 2015 s. 598 ff.

Som framgått av kap. 5.2 har Högsta domstolen under tidsperioden avgjort och refererat flera internationellt privaträttsliga mål, som gällt unionsrätt, utan att begära förhandsavgörande.

PPU-förfarandet

Det har kommit ett familjerättsligt avgörande i ett vårdnadsmål med tillämpning av Bryssel II-förordningen, där svensk domstol begärt förhandsavgörande, *P mot Q*, 2015. Målet är av särskilt intresse genom att det är det första förhandsavgörandet från svensk domstol som har handlagts enligt förfarandet för brådsakande mål, det s. k. PPU-förfarandet.¹⁶² Målet rörde en tvist mellan f.d. makar om vårdnaden av ett sexårigt barn, där fadern P var bosatt i Sverige och modern Q i Litauen. Barnet, som tidigare hade bott i Sverige, hade utan faderns samtycke förts av modern till Litauen. Litauisk domstol hade herefter beslutat att barnet skulle bo hos modern i Litauen. EU-domstolen fann med tillämpning av Bryssel II-förordningen att svensk domstol inte kunde vägra att erkänna den litauiska domen och att det inte förelåg någon situation som stred mot rättsordningens grunder (*ordre public*).

¹⁶² Se om PPU-förfarandet kap. 2.4.

10 Slutsatser

10.1 Har förhandsavgörandena rört centrala rättsfrågor?

Som framgått av kap. 8 har antalet förhandsavgöranden av EU-domstolen på begäran av svenska domstolar ökat något, från i snitt knappt fem fall per år under perioden 1995–2009 till knappt sex avgöranden per år under perioden 2010–2015. Ökningen är dock obetydlig och kan eventuellt vara ett resultat av svängningar mellan enskilda år. Det är emellertid inte bara antalet fall som är av intresse, utan väl så mycket hur det förhåller sig med målens kvalitet och allmänna betydelse. En viktig frågeställning är:

Har fallen rört centrala rättsfrågor eller speciella situationer av begränsat intresse?

I min tidigare rapport från 2010 var det Laval-målet, där EU-domstolens dom kom 2007, som stod ut som det klart mest uppmärksammade och allmänt sett betydelsefullaste bland de svenska förhandsavgörandena. Lika tydligt intar när det gäller den här behandlade tidsperioden målet Åkerberg Fransson, avgjort 2013, denna position. Fallet, där förhandsavgörande som nämnts begärdes av Haparanda tingsrätt, har specialbehandlats ovan i kap. 6 och vad gäller den särskilda frågan om rätten för domstol i lägre instans att vända sig till EU-domstolen för ett förhandsavgörande i kap. 7.1.

Fallets centrala betydelse i ett unionsrättsligt perspektiv ligger som framgått framför allt däri att det klargjorde rättighetsstadgans tillämpningsområde i ett viktigt hänseende. I ett svenskt perspektiv klargjorde fallet, i förening med viktiga avgöranden av Europadomstolen, att det system med dubbla förfaranden och dubbelbestraffning genom kombinationen skattetillägg/åtal för skattebrott – som de svenska högsta domstolarna i flera avgöranden sökt slå vakt om oaktat att Europadomstolen hade skärpt sin bedömning – inte längre gick att upprätthålla mot bakgrund av rättighetsstadgans förbud mot *ne bis in idem*.

Även i övrigt har konstitutionella aspekter på unionsrätten uppmärksammats mer än tidigare i de förhandsavgöranden som har begärts från svenskt håll. Detta berörs närmare nedan.

Några avgöranden av särskild vikt som behandlades i min rapport 2010 var de som rörde *svenska legala monopol*.¹⁶³ Här märktes Franzén-målet, avgjort 1997, om Systembolagets detaljhandelsmonopol och det efterföljande Rosengren-målet, avgjort 2007, om tillåtlighet av privatimport från utlandet av alkohol via köp på internet. När det gäller det numera avskaffade apoteksmonopolet märktes Hannermålet, avgjort 2005, där EU-domstolen fann att Apoteket AB, som vid

¹⁶³ Rapporten 2010 s. 60 f.

denna tid hade detaljhandelsmonopol, i strid med unionsrätten saknade ett system för produkturval, upphandling och överprövning av beslut. När det gäller spelmonopolet valde dock dåvarande Regeringsrätten att själv pröva monolets förenlighet med EU-rätten utan att begära förhandsavgörande. I RÅ 2004 ref. 95, Wermdö Krog, tog Regeringsrätten på grundval av en ingående motivering ställning till förmån för att det svenska spelmonopolet vid en ”bedömning totalt sett” var förenligt med EU-rätten.

Under den nu behandlade tidsperioden har det kommit ett viktigt förhandsavgörande om *spelmonopolet*, brottmålet mot Expressens och Aftonbladets chefredaktörer Otto Sjöberg och Anders Gerdin, avgjort 2010. Tidningarna hade publicerat odds på internetbaserade spel arrangerade av spelbolag baserade i annat EU-land. Den centrala frågan i målet var huruvida det var diskriminerande att påföljden för främjande av otillåtet hasardspel var straff, när det gällde främjande av utländskt spel, men endast vitesförbud om spelet var anordnat i Sverige. Föga förvånande fann EU-domstolen det utgöra en enligt artikel 49 FEUF otillåten diskriminering att tillämpa strängare påföljder för främjande av hasardspel anordnat i annan medlemsstat än i det egna landet. Mot denna bakgrund frikändes slutligen de båda chefredaktörerna av Högsta domstolen.¹⁶⁴ Fallet belyser svårigheterna att upprätthålla ett nationellt spelmonopol på en marknad som blivit alltmer internetbaserad. En statlig utredning har nu fått i uppdrag att överväga att lämna den i praktiken haltande principen om spelmonopol till förmån för ett licenssystem där ett flertal olika aktörer är licensierade.¹⁶⁵

Bland andra avgöranden som har initierats av svensk domstol under tidsperioden finns det ur ett bredare europeiskt perspektiv skäl att peka på ett avgörande, som i för sig kan te sig speciellt, nämligen målet om bedömningen av den virtuella valutan *bitcoin*, Skatteverket mot David Hedqvist, 2015, där Högsta förvaltningsdomstolen hade begärt förhandsavgörande. Såvitt framgår hade bitcoins rättsliga karaktär inte tidigare varit uppe i EU-domstolen och avgörandet torde därför ha ett generellt internationellt intresse. Saken kom upp som en fråga om eventuell skyldighet att betala moms. EU-domstolen klargjorde att den virtuella valutan *bitcoin* utgör ett direkt betalningsmedel mellan de aktörer som accepterar *bitcoin* och inte har något annat syfte än att utgöra betalningsmedel. Det var alltså inte fråga om en vara eller växlingstjänst och det förelåg därför ingen skyldighet att betala moms på betalningstransaktioner som genomförs med *bitcoin*.

På arbetsrättens område har Laval-målet i viss mån fått en efterföljare genom EU-domstolens avgörande i målet Fonnship mot Svenska Transportarbetareförbundet och SEKO 2014. Också här har EU-domstolen markerat gränser för *fackförbunds*

¹⁶⁴ Om de bakomliggande turerna se kap. 72.

¹⁶⁵ Omreglering av spelmarknaden, kommittédirektiv 2015:95.

tillämpning av kollektivavtal. Vidtagna stridsåtgärder befanns strida mot unionsrättsliga bestämmelser. Arbetsdomstolen fann i sin efterföljande dom att det framtvingade kollektivavtalet var oskäligt i sin helhet enligt 36 § avtalslagen och alltså inte kunde tillämpas. Arbetsdomstolen dömde även fackförbunden skyldiga att betala skadestånd till Fonnship eftersom stridsåtgärderna hade varit olovliga (se kap. 9.2, 9.4 och 9.5).

Man kan vidare särskilt notera att tre allmänintressanta upphovsrättsliga mål förts till EU-domstolen av svensk domstol. Alla har gällt frågor om gränserna för tillåtet utnyttjande av *upphovsrättskyddat material på internet* (se kap. 9.5).

Överhuvud framgår av den ämnesmässiga studien i kap. 9 av de mål där svensk domstol begärt förhandsavgörande att fallen har behandlat många väsentliga rättsfrågor.

Slutsatsen blir sålunda att de mål som svenska domstolar har fört till EU-domstolen under tidsperioden i regel har rört centrala rättsfrågor. Endast några få fall kan möjligen sägas ha berört mer speciella situationer av begränsat intresse.

En annan fråga att ställa är om de förhandsavgöranden som har begärts av svenska domstolar har varit välbefogade eller om de i vissa fall har gällt rättsfrågor, där EU-domstolens svar angående rättsläget varit tämligen givet.

I den tidigare rapporten för tidsperioden 1995 – 2009 förekom mål som behandlade svensk speciallagstiftning för särskilda slag av varor och tjänster, där frågan i första hand var om denna lagstiftning var förenlig med den fria rörligheten för varor och tjänster. I vissa fall framstod det som tämligen givet att den svenska lagstiftningen inte uppfyllde unionsrättens krav, t.ex. på grund av inslag som innebar en särbehandling på grundval av nationalitet. Det fanns här anledning att anta att den svenska domstolen hade valt att föra fallet till EU-domstolen och låta denna ”hålla i yxan” i stället för att själv åsidosätta den svenska lagregeln såsom EU-rättsstridig.¹⁶⁶

Här är det intressant att konstatera att man knappast finner några sådana fall under den nu behandlade tidsperioden. Det tyder på att läget mognat när det gäller svenska domstolars tillämpning av unionsrätten.

Den övergripande slutsatsen är således att det enligt min bedömning överlag varit välbefogat att begära förhandsavgörande i de mål som kommit från svensk domstol. Målen har rört väl preciserade och på sina områden viktiga frågor och praktiskt taget varje dom från EU-domstolen har tillfört rättsliga aspekter av betydande värde. Det främsta svenska bidraget till unionsrättens utveckling under den behandlade tidsperioden är otvivelaktigt målet Åkerberg Fransson.

¹⁶⁶ Rapporten 2010 s. 77 f.

10.2 Har det skett förändringar av måltyperna?

De måltyper i vilka svenska domstolar har begärt förhandsavgörande under perioden 2010 – 2015 har behandlats ämnesmässigt och systematiskt i kap. 9. En intressant fråga, som aktualiseras av den ämnesmässiga genomgången av de 35 förhandsavgöranden som tillkommit under tidsperioden, är om det skett förändringar jämfört med tidigare i de typer av mål som har varit under prövning.

Den *slutsatsen* kan dras av den ämnesmässiga genomgången av fallen i kap. 9 att målen har haft en god spridning över unionsrättens olika delar. Många olika rättsområden är representerade. Det är också så att det inte finns någon tydlig slagsida åt något visst håll. Den största enskilda gruppen är målen om skyldighet att betala moms med sex fall.

En viktig förändring i sammansättningen av måltyper framträder emellertid tydligt. I min tidigare rapport, som gällde tiden fram t.o.m. 2009, kunde konstateras att de förhandsavgöranden som hade begärts av svenska domstolar knappast hade aktualiserat *konstitutionella rättsfrågor*, bortsett från principen om unionsrättens företräde och det grundläggande förbudet mot diskriminering på grund av nationalitet. Här är det intressant att notera att det har skett en tydlig förändring. Ett flertal av de förhandsavgöranden som har begärts från svenskt håll under den nu studerade sexårsperioden avser nämligen konstitutionella frågor, inbegripet konstitutionellt förankrade allmänna rättsprinciper och EU:s internationella avtal.

Det ovan i kap. 6 och 7 särskilt behandlade fallet Åkerberg Fransson, 2013 står som redan nämnts i en särställning. Här gjorde EU-domstolen viktiga klarlägganden om rättighetsstadgans tillämpningsområde, som medför att domen i målet tillhör EU-domstolens mest centrala avgöranden från senare tid. I ett svenskt perspektiv har domen i målet i hög grad bidragit till att ge rättsprincipen *ne bis in idem* ett tydligare innehåll och en fastare förankring i svensk rätt. EU-domstolen gjorde också helt klart att unionsrättens fulla genomslag i nationell rätt inte kan begränsas genom att man i nationell rätt tillämpar resonemang om krav på ”klart stöd” eller liknande, något som i realiteten skulle ge nationell rätt ett visst försteg vid normkollisioner.

Intressant är även att en svensk domstol för första gången har begärt ett förhandsavgörande om en EU-rättsakts giltighet. Som framgått har Förvaltningsrätten i Malmö i målet *Bricmate mot Tullverket*, 2015 frågat EU-domstolen om giltigheten av en av rådet beslutad genomförandeförordning om införande av antidumpningstull på keramiska plattor från Kina (se kap. 9.2). Det följer som nämnt i kap. 2.3 av den s.k. Foto Frost-principen att redan första domstolsinstans är skyldig att föra frågor om rättsakters ogiltighet till EU-domstolen för prövning genom att begära förhandsavgörande, eftersom endast EU-domstolen är behörig att pröva rättsakters giltighet. EU-domstolen kom dock i detta fall fram till att förordningen var giltig.

Frågan om en rättsakts ogiltighet var också uppe till prövning i målet *Ålands Vindkraft mot Energimyndigheten*, 2014, vilket EU-domstolen, liksom Åkerberg Fransson-målet, avgjorde i stor sammansättning (se 9.2). Förhandsavgörandet hade begärts av Förvaltningsrätten i Linköping. Generaladvokaten hävdade i Ålands Vindkraft att EU-direktivet om elcertifikat var ogiltigt till den del det uteslöt anläggningar för produktion av grön el i annan medlemsstat från certifikatsystemet. EU-domstolen gick dock på en annan linje och fann begränsningen godtagbar med hänvisning särskilt till tvingande miljöskyddshänsyn och stödordningens utformning.

Möjligheterna att åberopa proportionalitetsprincipen och begränsningarna härvidlag har tydliggjorts av EU-domstolens dom i målet *Billerud mot Naturvårdsverket*, 2013, som gällde utdömande av en hög sanktionsavgift. EU-domstolen fann inte principen tillämplig och fäste avgörande vikt vid betydelsen av effektiv tillämpning och effektiva sanktioner. Högsta domstolen följde EU-domstolen i sin efterföljande dom i Billerudmålet, NJA 2014 s. 79 och uttalade sig med särskild tydlighet om unionsrättens företrädesrätt och iakttagande av lojalitetsprincipen. Samtidigt markerade emellertid Högsta domstolen att en proportionalitetsbedömning kunde göras enligt Europakonventionen om det annars skulle föreligga en otvetydig och allvarlig kränkning av konventionen. Domstolen kan här ha antytt en begränsning av principen om unionsrättens företrädesrätt, som kan uppfattas som en indirekt hänvisning till 10:6 regeringsformen.

Av stort intresse från konstitutionell synpunkt är det vid EU-domstolen anhängiga men i nuläget inte avgjorda målet *Tele2 Sverige mot Post- och telestyrelsen*, där Kammarrätten i Stockholm begärt förhandsavgörande.¹⁶⁷ Målet rör bland annat rättighetsstadgan, kraven på integritetsskydd och förhållandet mellan det ogiltigförklarade datalagringsdirektivet och den gällande svenska lagstiftningen om omfattande skyldighet att lagra teletrafikuppgifter.

Den *slutsatsen* kan alltså dras att svenska domstolar nu mer än tidigare uppmärksammar unionsrättens konstitutionella aspekter och begär förhandsavgöranden som ifrågasätter unionsrättsliga rättsakters giltighet eller aktualiserar konstitutionellt förankrade allmänna rättsprinciper.

10.3 Förekommer rättsområden där förhandsavgörande inte alls eller endast sällan inhämtas?

Även om det förekommer en god spridning av måltyper bland de fall där svensk domstol begärt förhandsavgörande, är det intressant att undersöka i vilken utsträckning det finns måltyper där unionsrätten spelar en väsentlig roll men där förhandsavgöranden på begäran av svensk domstol fortfarande saknas, helt eller huvudsak. Här är det också av intresse om man kan urskilja en förändring i

¹⁶⁷ Mål C-203/15. I målet lämnade generaladvokaten yttrande den 19 juli 2016.

förhållande till det läge som redovisades i min tidigare rapport. Några sådana, för unionsrätten viktiga områden, där förhandsavgöranden som härrör från Sverige fortfarande helt eller i huvudsak saknas, kan tydligt identifieras.

Upphandlingsmål är ett område av synnerligen stor ekonomisk betydelse. I den tidigare rapporten kunde konstateras att inget förhandsavgörande hade begärts av svensk domstol inom detta rättsområde. Det är med viss förvåning man konstaterar att läget fortfarande är detsamma. Den svenska upphandlingslagstiftningen bygger praktiskt taget helt på bakomliggande EU-direktiv, och dessa direktiv är i sin tur till stor del baserade på EU-domstolens praxis. Denna praxis utvecklas fortlöpande genom förhandsavgöranden som begärts av domstolar i andra medlemsstater.

Upphandlingsmål, framför allt mål där det begärs överprövning, är högfrekventa i svenska förvaltningsdomstolar. I viss mån når dessa mål hela vägen upp till Högsta förvaltningsdomstolen, som också refererat vissa av dessa avgöranden i sin Årsbok. Vidare har Högsta domstolen utvecklat en praxis när det gäller rätt till skadestånd för näringsidkare som lidit skada genom felaktigt genomförda upphandlingar. Denna praxis har byggts ut under perioden med några nya avgöranden. Det är mot den bakgrunden svårt att se varför det inte skulle finnas något behov av svenska förhandsavgöranden på upphandlingsområdet. För min del har jag svårt att finna någon god förklaring. Har det manne utvecklats något slags tyst praxis att man inte frågar EU-domstolen på detta område och i så fall varför?¹⁶⁸ Det nya omfattande regelverk på upphandlingsrättens område som nu genomförs rymmer betydande oklarheter, såsom inte minst Lagrådet anför, och behöver kompletteras av klargörande domstolsavgöranden.¹⁶⁹

När det gäller *konkurrensmål* finns endast ett fall under perioden där svensk domstol begärt förhandsavgörande, nämligen Stockholms tingsrätts begäran i målet Konkurrensverket mot Telia Sonera 2011 om missbruk av dominerande ställning i form av s.k. marginalklämning. Av rapporten från 2010 framgick att det under de femton åren 1995 – 2009 endast var ett konkurrensrättsligt mål som gick till EU-domstolen, fallet Kanal 5 och TV 4 mot STIM, 2008. Mot bakgrund av att EU:s konkurrensrätt är direkt tillämplig i Sverige och den svenska konkurrenslagens materiella regler till allra största delen utgör en spegelbild av unionsrätten, ter det sig förvånande att så litet har hänt i det hänseendet.¹⁷⁰

¹⁶⁸ En förstående inställning till HFD:s praxis redovisas av E. Olsson och M. Bogg, Ska man fråga för frågandets skull – om att begära förhandsavgöranden i upphandlingsmål, ERT 2014 s. 581 ff., 779 ff. En kritisk inställning till svenska domstolars underlåtenhet att begära förhandsavgörande i upphandlingsmål redovisas i H. Rosén Andersson m.fl., Lagen om offentlig upphandling. En kommentar 2013 s. 38 f.

¹⁶⁹ Prop. 2015/16:195 Nytt regelverk om upphandling, bl. a. s. 301 ff.

¹⁷⁰ Ett intressant fall på ett tämligen oprövat område, där Marknadsdomstolen valde att inte begära förhandsavgörande, är MD 2012:16, Svenska Bilsportförbundet som gällde frågan om konkurrenslagens tillämplighet på idrottsarrangemang, i detta fall bilsporttävlingar. Se även kap. 5.2 ovan om HD:s beslut att inte begära förhandsavgörande angående den konkurrensrättsliga skiljedomen i NJA 2015 s. 438, Systembolaget mot V&S.

Inget mål om *statsstöd* har gått från Sverige till EU-domstolen, varken tidigare eller under den nu aktuella perioden. Statsstödsfrågor är inte så vanliga i svenska domstolar men ofta komplicerade när de kommer upp. Förbuds- och skadeståndsmål på området ligger under allmän domstols jurisdiktion.¹⁷¹

Konsumenträttsliga mål av förmögenhetsrättslig karaktär är ett annat område där svenska domstolar inte fört några fall till EU-domstolen. Det gäller både för den tidigare femtonårsperioden och för de i denna rapport behandlade sex åren. Inom konsumenträtten finns ett betydande antal grundläggande EU-direktiv som bland annat rör oskäligen avtalsvillkor, konsumentkrediter, internet-, hem- och telefonförsäljning, garantier m.m. vid konsumentköp, paketresor och produktskador. Det har på senare tid inte minst kommit många avgöranden från EU-domstolen som rör olika former av oskäligen avtalsvillkor, ofta med krediträttslig bakgrund, där domstolar i andra medlemsstater begärt förhandsavgörande. Man kan dock notera att det under tidsperioden (2010 – 2015) har förekommit två mål från svensk domstol som rört marknadsföringslagen.

Vad gäller *arbetsrätten* kan konstateras att Arbetsdomstolen har förblivit återhållsam med att begära förhandsavgöranden. Under tiden 1995 – 2009 begärde den endast förhandsavgörande i två fall (ett jämställdhetsmål om lönediskriminering och det kända Laval-målet)¹⁷² och under den här behandlade sexårsperioden har så endast skett i två mål. Här märks det observerade fallet som gällt stridsåtgärder riktade mot ett norskt och Panamaregistrerat lastfartyg, Fonnship mot Svenska Transportarbetareförbundet och SEKO, 2014. Som berörts ovan i kap. 9.2 och 9.4 har Arbetsdomstolen, liksom i Laval-målet, i sin efterföljande dom i Fonnship gett EU-domstolens ställningstaganden fullt civilrättslig genomslag och dömt fackförbunden att betala skadestånd till det norska rederiet eftersom stridsåtgärderna var olovliga. Avgörandet kan ses som en uppföljare till Laval-målet och utgör liksom det ett kraftfullt ställningstagande. Ett nytt mål från AD om arbetstagares rättigheter vid företagsöverlåtelser, som kom in till EU-domstolen under 2015, är ännu inte avgjort.

Miljörätten normeras i mycket stor utsträckning på grundvalen av EU-direktiv. Mot denna bakgrund framstår det som förvånande att Miljööverdomstolen ännu aldrig har funnit anledning att begära förhandsavgörande i något mål. Man noterar dock att Miljödomesten vid Nacka tingsrätt år 2015 har begärt

¹⁷¹ NJA 2009 s. 625, Nya destination Stockholm.

¹⁷² Om Arbetsdomstolens syn på förhandsavgöranden under den första tioårsperioden av EU-medlemskapet N. Bruun – J. Malmberg, Finska och svenska domstolar som arbetsrättsliga gemenskapsdomstolar, Liber Amicorum Reinhold Fahlbeck, 2005 s. 76 ff. Se även om praxis i svenska arbetsrättsliga mål, där frågan om förhandsavgörande varit aktuell, A. Inghammar i Empowering National Courts in EU Law, Sieps-Rapport 2009:3 s. 54 ff.

förhandsavgörande i ett ännu inte avgjort mål som rör handeln med utsläppsrätter för växthusgaser.¹⁷³

I den föregående rapporten kunde redovisas inte mindre än fem mål där svenska domstolar hade begärt förhandsavgörande som avsåg olika, inbördes skilda aspekter på *EU:s jordbruksreglering*. Det kan konstateras att under den här behandlade tidsperioden har inget från svenskt håll inhämtat förhandsavgörande avsett frågor som rört jordbruksregleringen eller därtill anknytande ämnen. Ett mål har dock avsett EU:s fiskeavtal med Marocko, brottmål mot Ove Ahlström m.fl., 2014.

De rättsområden som ligger inom ramen för avdelning V i EU:s funktionsfördrag och som avser *området med frihet, säkerhet och rättvisa*, ofta benämnt RIF-området (rättsliga och inrikes frågor) har i allmänhet kommit till relativt sent men är i snabbt växande vad gäller omfattning och betydelse. Samarbetet på området har i hög grad en juridisk inriktning.

Till RIF-området hör *det straffrättsliga samarbetet*. Här kan konstateras att det under tidsperioden inte har begärts något enda förhandsavgörande från svensk domstol inom denna sektor. Det finns t.ex. inget avgjort fall som kommit från svensk domstol som rör den europeiska arresteringsordern, ett i praktiken ofta aktuellt område.¹⁷⁴ Det finns heller inget svenskt fall som har gått till EU-domstolen som har rört själva *Schengen-samarbetet* och därtill knutna, nu högaktuella gränskontrollfrågor *eller polisrättsliga frågor*. Migrationsöverdomstolen har dock frågat EU-domstolen i ett fall rörande rätt till asyl, Migrationsverket mot Nuriye Kastrati m.fl., 2012. Det bör nämnas att för svensk del har under hela tidsperioden alla svenska domstolar varit behöriga att begära förhandsavgörande.¹⁷⁵

Till RIF-området hör även EU:s långt utvecklade *internationella privat- och processrätt*, särskilt Bryssel I-förordningen om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av privaträttsliga domar, Bryssel II-förordningen om motsvarande i äktenskaps- och föräldraansvarsmål samt Rom I-förordningen om tillämplig lag för avtalsförpliktelser och Rom II-förordningen om tillämplig lag för utomobligatoriska förpliktelser. Dessa är samtliga direkt tillämpliga i Sverige och numera helt centrala inom den internationella privaträtten. Sedan Lissabonfördraget trädde i kraft 2009 har alla svenska domstolar varit behöriga

¹⁷³ HD har under perioden låtit referera tre miljörättsliga mål i NJA, där HD utan att begära förhandsavgörande ingående tillämpat unionsrätten vid sitt avgörande av fallen. Det rör sig om NJA 2012 s. 921 angående krav på miljökonsekvensbeskrivning och talerätt för miljöorganisationer, NJA 2012 s. 281, EU:s artskyddsförordning, försäljning av uppstoppad duvhök och NJA 2013 s. 613, EU:s art- och habitatdirektiv, kalkstensbrytning på Gotland.

¹⁷⁴ Förhandsavgörande begärdes ej i NJA 2007 s. 168 angående europeisk arresteringsorder, se t ex A. Suominen, Grundläggande rättigheter och straffrättsligt samarbete, JFT 2014 s. 22 ff. HD har emellertid begärt ett förhandsavgörande i början av 2016 angående arresteringsorder.

¹⁷⁵ Sverige har avgett förklaring om detta enligt artikel 35 i det tidigare EU-fördraget.

att begära förhandsavgörande rörande tolkning och tillämpning av de nämnda förordningarna. Man får konstatera att endast två mål från svensk domstol angående förhandsavgörande som rört internationell privaträtt kommit till under tidsperioden, en fordrings- och skadeståndstvist från Hovrätten för Nedre Norrland angående Bryssel I-förordningen, ÖFA mot Frank Knott m.fl., 2013 och ett vårdnadsfall från Varbergs tingsrätt angående Bryssel II-förordningen, P mot Q, 2015. I det sistnämnda fallet tillämpades förfarandet för brådsakande mål (PPU).¹⁷⁶ Bristen på avgöranden har kritiserats i doktrinen av Marie Linton, som på grundval av en genomgång av ett större antal domar inom området hävdar att svenska domstolar inte beaktar unionsrätten tillräckligt och att vissa fall inte verkar vara korrekt avgjorda. Svenska domstolar bör därför begära förhandsavgörande i högre utsträckning.¹⁷⁷

Exekutionsrättslig lagstiftning inom ramen för EU:s omfattande rättssamarbete på RIF-området har inte föranlett någon svensk begäran om förhandsavgörande under perioden. Så hade heller inte skett före 2010. Det finns sålunda inget sådant svenskt fall som har rört tolkningen av EU:s förordning om insolvensförfaranden.¹⁷⁸ Exekutionsrättsliga rättsfrågor i vidare bemärkelse har dock prövas i ett fall angående undantag från lönegaranti (Lotta Andersson mot Kronofogdemyndigheten, 2011) och ett fall om skuldsanering på begäran av en svensk medborgare bosatt i annat unionsland (Ulf Kazimierz Radziejewski mot Kronofogdemyndigheten 2012).

Inom området med frihet, säkerhet och rättvisa finns sedan 2008 ett särskilt förfarande för *brådsakande mål*, det s.k. *PPU-förfarandet*. Målen kan t.ex. röra frihetsberövade personer, vårdnadsfrågor eller bortförda barn. Intill nyligen fanns inget mål där svensk domstol hade begärt förhandsavgörande med tillämpning av detta förfarande. Som nämnt har emellertid Varbergs tingsrätt för första gången gjort bruk i ett mål 2015 av förfarandet för svensk del (P mot Q, 2015). Fallet gällde ett vårdnadsfall angående tillämpning av Bryssel II-förordningen. EU-domstolen fann att tingsrätten saknade rätt att vägra erkänna den litauiska vårdnadsdom som förelåg i fallet.

Sammanfattningsvis får konstateras att svenska domstolar med enstaka undantag avstått under perioden från att begära något förhandsavgörande som rör

¹⁷⁶ HD har utan att begära förhandsavgörande gjort egna ingående unionsrättsliga bedömningar i NJA 2011 s. 499 angående Bryssel II-förordningen, NJA 2012 s. 483 angående Bryssel I-förordningen och NJA 2013 s. 22 angående EU:s insolvensförordning.

¹⁷⁷ M Linton, EU:s internationella privat- och processrätt – vilket inflytande har den i svensk rättstillämpning i gränsöverskridande civilrättsliga tvister, De lege Årsbok 2015 s. 169 ff. Det kan nämnas att två hovrättsavgöranden, i vilka hovrätt utan att begära förhandsavgörande har tolkat Bryssel I-förordningen, har refererats i Rättsfall från hovrätterna under den undersökta perioden, RH 2010:23 och RH 2012:64.

¹⁷⁸ Förordning 1346/2000/EG. HD har tillämpat insolvensförordningen utan att begära förhandsavgörande i NJA 2013 s. 22. Se även M. Berglund, Cross-Border Enforcement of Claims in the EU. History, Present Time and Future, 2 ed., 2014 (WoltersKluwer Int.).

rättssamarbetet på fördragsområdet för frihet, säkerhet och rättvisa. Svensk domstol har till helt nyligen aldrig begärt förhandsavgörande rörande något fall som avsett unionsrättslig lagstiftning på straffrättens område. Frågan måste ställas om det europeiska rättssamarbetet på detta område, som ju har utvecklats mer i närtid än t. ex. inre marknadsrätten, ännu fullt ut har förmått nå fram till svenska domstolar och advokater.

Slutsatsen blir att det ännu förekommer viktiga områden inom unionsrätten, där svenska domstolar fortfarande inte alls eller endast i ringa utsträckning har inhämtat något förhandsavgörande. Detta är alldeles särskilt påtagligt inom upphandlingsrätten, där som framgått svensk domstol ännu aldrig har begärt förhandsavgörande i något upphandlingsmål, trots att sådana mål är högfrekventa i Sverige och rättsområdet i huvudsak bygger på EU-direktiv. Man noterar också den mycket låga frekvensen av förhandsavgöranden från svenska domstolar rörande rättsliga och inrikes frågor (RIF-området). Inget avgjort fall har sålunda avsett den unionsrättsliga lagstiftningen på straffrättens område. Först år 2015 fick Sverige sitt första och hittills enda fall där PPU-förfarandet har tillämpats. Det finns alltså utrymme att hänskjuta ytterligare typer av mål från svenska domstolar till förhandsavgörande av EU-domstolen.

10.4 Hur iakttar svenska domstolar i sista instans motiveringsskyldigheten?

Skyldigheten för svenska domstolar, i första hand i sista instans, att motivera sitt ställningstagande till frågan om att inhämta förhandsavgörande har särskilt behandlats i kap. 4 och 5. Den försiktigt utformade lagändring om motiveringsskyldighet, som genomfördes 2006, har diskuterats kritiskt i 4.4 och har fått begränsat genomslag i rättspraxis. Mest centralt i dagens läge är emellertid den viktiga rättsutveckling som har skett inom ramen för Europadomstolens tillämpning av Europakonventionen, framför allt genom Europadomstolens grundläggande domar i målen Ullens de Schooten och Dhabbi mot Italien, avgjorda 2011 respektive 2014 (se 4.2). Genom dessa får lagändringen 2006 anses delvis vara passerad av rättsutvecklingen.

Som framgått krävs enligt Europadomstolens praxis att den nationella domstolen motiverar hur den har prövat en begäran om inhämtande av förhandsavgörande med tillämpning av CILFIT-kriterierna (se 3.2). Finner domstolen att de rättsfrågor som ska prövas inte rör unionsrätten utan endast nationell rätt ska detta framgå och motiveras. Finner domstolen att unionsrätten är tillämplig, måste domstolen motivera huruvida den finner att det unionsrättsliga regelverket tillhandahåller ett klart svar genom de unionsrättsliga bestämmelser som är tillämpliga eller genom att rättsläget blivit klarlagt genom EU-domstolens avgöranden ("klart eller klarlagt"). Enligt CILFIT-kriterierna gäller som nämnts att den korrekta tillämpningen av unionsrätten ska vara så uppenbar att det inte finns utrymme för något rimligt tvivel om hur frågan bör lösas, och att man härvid också ska beakta om rättstillämpningen är enhetlig i medlemsländerna.

Frågan om denna skärpta europarättsliga praxis vad gäller motiveringsskyldighet ännu har trängt igenom i de svenska högsta domstolarnas praxis har behandlats i kap. 5. En mindre studie har där gjorts i 5.2 och 5.3 av Högsta domstolens och Högsta förvaltningsdomstolens domsmotiveringar i refererade mål under tidsperioden 2010 t.o.m. 2015 som rört unionsrätt. Studien visar att frågan om inhämtande av förhandsavgörande i det stora flertal fall överhuvud inte har berörts i domsmotiveringen. I det fåtal fall där så skett har motiveringen vanligen varit helt kortfattad. I vissa fall har dock Högsta domstolen och Högsta förvaltningsdomstolen lämnat en närmare redovisning av unionsrättens innehåll inom ramen för sin domsmotivering i övrigt utan att frågan om inhämtande av förhandsavgörande berörts. Här kan man hävda att det framgår indirekt att domstolen inte har funnit något förhandsavgörande behövligt, men tydligheten brister och motiveringsskyldigheten enligt CILFIT-avgörandet kvarstår.

Ett par färska avgöranden skiljer emellertid ut sig genom att redovisa en mer ingående motivering till varför inhämtande av förhandsavgörande inte har ansetts behövligt, nämligen NJA 2015 s. 438, Systembolaget om klander av skiljedom, NJA 2015 s. 605, Coty om varumärkesintrång och HFD 2015 ref. 79, Nordulv om vargjakt. Kan dessa peka på att en praxisändring är på väg under intryck av Europadomstolens ställningstaganden?

Någon egen studie av de många mål som rör unionsrätten, där de högsta domstolarna inte har meddelat prövningstillstånd, har inte gjorts inom ramen för denna rapport. Intrycket av det material som funnits tillgängligt är dock som nämnts i 5.1 att dessa domstolar i allmänhet inte lämnar någon reell motivering när prövningstillstånd vägras utan nöjer sig med att konstatera med litet växlande uttryckssätt att man inte har funnit skäl att begära förhandsavgörande.

Rapporten leder fram till *slutsatsen* att det fortfarande brister när det gäller det sätt på vilket Högsta domstolen och Högsta förvaltningsdomstolen iakttar kraven enligt CILFIT-kriterierna på att motivera varför förhandsavgörande inte begärs i mål som rör unionsrätten. De skärpta krav på sådana motiveringar som Europadomstolens praxis numera ställer har knappast slagit igenom. Färsk rättspraxis kan dock peka på att de högsta domstolarna är på väg att anpassa sin praxis till det nya europarättsliga läget. Det framstår som angeläget att så sker.

Det ter sig också välbefogat att svenska domstolar i lägre instans går ifrån nuvarande praxis att endast skriva att de inte ”finner skäl” att begära förhandsavgörande eller något liknande och övergår till att ge domskäl, som tydligt motiverar varför de inte har funnit det påkallat att inhämta ett förhandsavgörande. Detta är viktigt från rättssäkerhetssynpunkt, inte minst i samband med att parterna tar ställning till om en dom ska överklagas.

10.5 Reflektioner kring målet Åkerberg Fransson

Som framgått är målet Åkerberg Fransson om dubbla förfaranden och

dubbelbestraffning i fråga om skattetillägg/åtal för skattebrott tveklöst det betydelsefullaste av de förhandsavgöranden på begäran av svensk domstol som har förekommit under den period som rapporten avser. Målet har varit föremål för en specialstudie i kap. 6 och 7. Som framgått var det Haparanda tingsrätts självständiga och klarsynta, men inte på alla håll väl sedda agerande att begära förhandsavgörande och peka på att ordningen för deklaration och debitering av moms bygger på ett EU-direktiv som kom att lösa den omstridda rättsfrågan. Ur unionsrättslig synvinkel ligger betydelsen framför allt däri att avgörandet på viktiga punkter klargjorde rättighetsstadgans räckvidd. Ett allvarligt frågetecken måste emellertid sättas för de överväganden från Högsta domstolens och Högsta förvaltningsdomstolens sida som föregick tillkomsten av EU-domstolens dom.

Som i hög grad tveksamt från EU-rättslig synpunkt framstår HD:s ställningstagande 2011 – efter det att rättighetsstadgan hade trätt i kraft – att hålla omröstning i frågan om huruvida förhandsavgörande skulle inhämtas och att med tre röster mot två besluta att något förhandsavgörande inte skulle begäras (NJA 2013 s. 502). Om två justitieråd med ingående motiveringar kommer fram till att rättsläget är oklart och finner behov av att inhämta förhandsavgörande, är det föga övertygande att tre justitieråd finner att den korrekta tolkningen av unionsrätten är så uppenbar att det inte finns utrymme för något rimligt tvivel. Saken gällde ju dessutom av EU-domstolen vid denna tid oprövade och från konstitutionell synpunkt mycket väsentliga frågor om rättighetsstadgans tillämpningsområde och räckvidd och dess närmare relation till Europakonventionen. Även om man förstår att den reella bakgrunden var att de högsta domstolarna – förgäves – väntade på att ett ingripande skulle ske från den svenska lagstiftarens sida i *ne bis in idem*-frågan, framstår agerandet som föga förenligt med vad som gäller om skyldigheten för högsta nationella domstolsinstans om inhämtande av förhandsavgörande. EU-domstolen fann som nämnt anledning att särskilt påpeka i domsmotiveringen i Åkerberg Fransson-målet att CILFIT-principen ska iakttas – uppenbarligen med adress till Högsta domstolen.

Här finns anledning att rikta allvarlig kritik utifrån utgångspunkten att svenska domstolar är skyldiga att tillämpa EU-rätten lojalt. Man får hoppas att det rört sig om en engångsföreteelse. Nu räddades saken genom att Haparanda tingsrätt utnyttjade möjligheten för lägre domstolar att självständigt avgöra behovet av att begära förhandsavgörande och härvid valde ut målet Åkerberg Fransson, där de dubbla förfarandena delvis avsåg odeklarerad moms från en enskild näringsidkares sida, som ett lämpligt mål att föra till EU-domstolen. Denna viktiga ventil har särskilt behandlats i 7.1 ovan.

Här bör också erinras om EU-domstolens klara avståndstagande i domsmotiveringen i Åkerberg Fransson från den praxis som Högsta domstolen hade utvecklat vad gäller relationen mellan svensk rätt och Europakonventionen, nämligen att svensk rätt kunde tillämpas så länge det inte fanns ”klart stöd” för

att tillämpningen är oförenlig med konventionen (se kap. 6). EU-domstolen uttalade att nationell domstol är skyldig att säkerställa såvitt gäller unionsrätten att unionsbestämmelser ges full verkan genom att underlåta varje motstridande bestämmelse i nationell lagstiftning, även senare tillkommen sådan.¹⁷⁹ Det går alltså inte att upprätthålla något krav på att det ska finnas "klart stöd" för att svenska lagbestämmelser strider mot rättighetsstadgan som förutsättning för att svensk domstols skyldighet att sätta den nationella bestämmelsen åt sidan. Också här har Åkerberg Fransson-domen i EU-domstolen tydliggjort rättsläget.

Som framgått ingrep Högsta domstolen kraftfullt för att korrigera det svenska rättsläget sedan EU-domstolens dom i Åkerberg Fransson meddelats genom sitt avgörande i plenum i juni 2013, NJA 2013 s. 502. Mot bakgrund inte minst av den lojalitetsprincip som Sverige och svenska domstolar är bunden av i förhållande till EU och unionsrätten, var detta snabba agerande i hög grad berättigat.

Händelseutvecklingen kring Åkerberg Fransson illustrerar med ovanlig tydlighet att svenska domstolar har ett självständigt ansvar för att unionsrätten tillämpas korrekt och har att agera därefter. *Slutsatsen* blir att de inte kan fortsätta att upprätthålla en sannolikt felaktig rättstillämpning i avbidan på att den svenska lagstiftaren kan komma att genomföra en lagändring. Iakttagas detta fortsättningsvis har Åkerberg Fransson bidragit väsentligt till den mognadsprocess som behandlas närmare nedan i 10.7.

10.6 Skulle ett nytt överträdelseärende riktat mot Sverige kunna vara befogat?

Utvärderar man de svenska domstolarnas hållning till att begära förhandsavgörande med utgångspunkt från denna studie av sexårsperioden 2010 – 2015 är det naturligt att utgå från det överträdelseärende som EU-kommissionen initierade år 2004 och den lagändring om motiveringsskyldighet för de högsta svenska domstolsinstanserna som infördes 2006.¹⁸⁰ Frågan skulle kunna ställas om ett nytt liknande ingripande från kommissionens sida vore befogat.

Svaret måste vara nekande om man ser till antalet förhandsavgöranden som årligen kommer till EU-domstolen från svenska domstolar och även det slags frågor som ställs i dessa fall. Antalet förhandsavgöranden per år, i snitt knappt 6 fall under perioden, är visserligen inte stort men knappast under genomsnittet för medlemsstater av Sveriges storlek. Som framgått av denna studie är de svenska förhandsavgörandena tämligen väl fördelade mellan olika typer av domstolar och rättsfrågor. Intrycket är också att de frågor som ställts från svenska domstolars sida överlag har varit väl befogade och bearbetade. Åtskilliga av de förhandsavgöranden som har begärts av svenska domstolar har inrymt principiella frågor av vikt. EU-

¹⁷⁹ Punkterna 45 och 48 i Åkerberg Fransson-domen.

¹⁸⁰ Se närmare kap. 4 ovan.

domstolen får, möjligen med något udda undantag, inte frågor från svenska domstolar som låter ana en viss bakomliggande okunskap om unionsrätten eller där svaret är tämligen uppenbart. De bedömningar från de högsta instansernas sida som ledde fram till Åkerberg Fransson-målet har kritiserats i det föregående. Ser man till helheten i det material som har behandlats inom ramen för denna rapport, har dock inget framkommit som skulle göra det befogat att initiera ett nytt överträdelseärende från kommissionens sida.

Slutsatsen blir att ett nytt överträdelseärende riktat mot Sverige skulle vara obefogat.

10.7 Har det skett en mognadsprocess och attitydförändring i svenska domstolars hållning till unionsrätten?

Sverige har nu varit medlem i EU i över 20 år. Det har inneburit en mycket stor rättslig förändring. EU-inträdet innebar att Sverige blev del av en ny juridisk miljö, kännetecknad inte minst av domstolarnas viktiga och självständiga roll för rättsbildningen. Det är naturligt att anta att kunskapen om unionsrätten, vad den innebär, hur den tolkas och tillämpas och hur den relaterar till nationell rätt, successivt har ökat och fördjupats bland svenska domare och andra jurister under de år som förflutit. Det tar dock helt naturligt rätt lång tid innan en sådan förändring verkligen tränger igenom fullt ut. Det är mot denna bakgrund befogat att ställa frågan i vad mån det har skett en mognadsprocess och attitydförändring i svenska domstolars hållning till unionsrätten. Denna fråga kan givetvis inte belysas i sin fulla vidd inom ramen för denna rapport. Förhandsavgörandena spelar dock en central roll för tillämpningen och vidareutvecklingen av EU-rätten. De svenska domstolarnas hållning till att begära förhandsavgöranden och karaktären av de mål där så sker, eller inte sker, är därför väl ägnad att belysa frågan om mognadsprocess och attitydförändring.

Det förekom under EU-medlemskapets första decennium många tecken på att svenska domstolar intog en reserverad hållning till EU-rätten. Det fanns många gånger en tendens att om möjligt undvika att tillämpa den. Detta låg bakom det överträdelseärende som kommissionen initierade år 2004 och har belysts i min rapport 2010.¹⁸¹ Marianne Lundius har i en nyligen publicerad artikel uttalat:

During the first decade of the Swedish membership, a hesitation and reluctance in relation to Community law could be observed. This is shown by the small number of references for preliminary rulings during this period. The remittances for a preliminary ruling from the Supreme Court were remarkably few, only seven, during this period.¹⁸²

¹⁸¹ Se även U. Bernitz, Sverige och europarätten, 2002 s. 122 ff., dens., Europarättens genomslag, 2012 s. 25 ff. med vidare hänvisningar. Se även J. Engströms ännu tyvärr opublicerade doktorsavhandling *The Europeanisation of Remedies and Procedures through Judge-made Law – Can a Trojan Horse Achieve Effectiveness? Experiences of the Swedish Judiciary*, part two, EUI, Florence 2009.

¹⁸² M. Lundius, *The Changing Role of National Courts*, ERT 2015 s. 761. Lundius var vid tidpunkten Högsta domstolens ordförande.

Lundius framhåller emellertid att Högsta domstolens hållning har förändrats väsentligt. Hon nämner bl. a. att medan Högsta domstolen under det första decenniet efter Sveriges inträde i EU refererade till EU-rätt endast i 23 av de avgöranden som publicerades i NJA var motsvarande siffra under det senaste decenniet 100 avgöranden. Antalet begäran från Högsta domstolen om förhandsavgörande hade mer än fördubblats, om än från en mycket låg nivå.¹⁸³ Här kan även refereras till en färsk artikel av justitierådet Kerstin Calissendorff som uttalar: ”Det är överlag mitt intryck att europarätten på ett helt annat sätt genomsyrar dömandet i de allmänna domstolarna idag än i början av 20-årsperioden; den har kommit att bli en allestädes närvarande del i dömandets vardag och den behöver då inte särskilt pekas på i domarna.”¹⁸⁴ Hon nämner även att Högsta domstolens ställningstagande att från och med 2010 börja numrera domskälen har inspirerats av europarätten.¹⁸⁵ Här är det dock värt att påpeka att det ännu i huvudsak saknas avgöranden av Högsta domstolen eller Högsta förvaltningsdomstolen, där någon av dessa högsta instanser tydligt utvecklat hur den närmare resonerar när det gäller inhämtande av förhandsavgörande och vilka överväganden och principer som därvid betraktas som vägledande (se kap. 5).

Det har nyligen lagts fram en databasbaserad undersökning med rubriken *Festina lente* – Europarättens genomslag i svensk rättspraxis 1995 – 2015.¹⁸⁶ Undersökningen är i första hand statistisk och bygger på Domstolsverkets databas Vägledande avgöranden. Europarättsforskarna Mattias Derlén och Johan Lindholm vid Umeå universitet har undersökt europarättens genomslag i svenska domstolsavgöranden genom att studera förekomsten av explicita hänvisningar till europarätt och europarättsligt material i praxis. Materialet har innefattat både unionsrätten och den av Europadomstolen tillämpade konventionsrätten. Undersökningen visar att förekomsten av europarättsliga inslag i svenska domstolsavgöranden följt en stadig uppåtgående utveckling från cirka 5 procent år 2000 till omkring 7,5 procent år 2006 till ungefär 13 procent år 2013.¹⁸⁷ En närmare studie över hur dessa inslag fördelar sig på olika rättsområden visar att internationell privaträtt ligger i topp, därefter kommer i nämnd ordning migrationsrätt, skatterätt, marknadsrätt och immaterialrätt.¹⁸⁸ Författarna drar slutsatsen att de svenska domstolarna iakttagit principen *festina lente* – skynda långsamt. Det dröjde cirka tio år innan unionsrätten blev en naturlig del av mål inför svenska högre domstolar. Författarna framhåller att förekomsten av europarättsliga inslag har stadigt ökat under de senaste åren och att det finns få indikationer på avmattning. Författarnas slutsats är att europarätten ännu inte har nått sin fulla mognad och sitt fulla genomslag, och

¹⁸³ M. Lundius a.a. s. 763.

¹⁸⁴ K. Calissendorff, Europarätten 1995 – 2014 i Högsta domstolen, ERT 2015 s. 25.

¹⁸⁵ A.a. s. 24.

¹⁸⁶ M. Derlén – J. Lindholm, *Festina lente* – europarättens genomslag i svensk rättspraxis 1995 – 2015, ERT 2015 s. 151 ff.

¹⁸⁷ A. a. s. 158.

¹⁸⁸ A.a. s. 162.

att de svenska prejudikatinstanserna alltså befinner sig i en mognadsperiod vad gäller förhållandet till europarätten.¹⁸⁹

Samma forskare har dock i en annan studie, som gällt Högsta domstolens utveckling mot att verka som en mera aktivt prejudikatbildande instans, inte funnit något direkt samband mellan denna utveckling och europarättens ökade inflytande. De påpekar att referenser till unionsrättslig och konventionsrättslig praxis i stort sett endast förekommer i Högsta domstolens praxis sedan år 2005 och står för en förhållandevis liten del av domstolens referenser. Det europarättsliga inslaget i Högsta domstolens domsmotiveringar är enligt studien fortfarande rätt begränsat.¹⁹⁰ För egen del ställer jag mig något tveksam till resultatet. Det förefaller rimligt att den nära kontakten med unionsrätten och Europadomstolens praxis skulle leda till en mer öppen och reflekterande syn på svenska lagregler och förarbetsuttalanden. Det bör t. ex. kunna förutsättas att högsta instans beaktar hur dess ställningstaganden förhåller sig till Europakonventionens krav även i situationer där det saknas anledning att lämna en referens.

Det kan nämnas att Karen Dyekjær nyligen pekat på en pågående rättsutveckling i Danmark, kännetecknad av att Højesteret i markant ökad omfattning tillämpar unionsrätten och begär förhandsavgörande.¹⁹¹

Det finns grundläggande skillnader i uppläggnings av de nämnda, datoriserade och statistiska studierna av Derlén och Lindholm och min rapport. De förra vilar på ett stort material, medan min rapport bygger på en ingående genomgång av de 35 fall där EU-domstolen meddelat förhandsavgörande på begäran från svensk domstol under den senaste sexårsperioden. Det framgår emellertid även av min rapport, särskilt om man jämför med min tidigare rapport avseende perioden 1995–2009, att det förefaller ha ägt rum en mognadsprocess och attitydförändring när det gäller de svenska domstolarnas hantering av unionsrätten och särskilt bedömningen av behovet av förhandsavgörande från EU-domstolen. Här kan hänvisas till vad som sagts ovan i kap. 10.1 och 10.2 om karaktären av förhandsavgörandena som härrört från svensk domstol; de har i allmänhet rört centrala frågor och behandlat ett stort antal viktiga måltyper, däribland även rättsfrågor av konstitutionell karaktär. Att processen är på god väg synes även bestyrkas av att som framgått de svenska domstolarna i första och andra instans nu själva vänder sig till EU-domstolen i väsentligt högre utsträckning än tidigare.

Det sagda visar sig också däri att man kan se att de svenska domstolarna mer än tidigare går närmare in på egna unionsrättsliga bedömningar mot bakgrund

¹⁸⁹ Op. cit. s. 176 f.

¹⁹⁰ M. Derlén – J. Lindholm, *Judiciell aktivism eller prejudikatbildning? En empirisk granskning av Högsta domstolen*, SvJT 2016 s. 143 ff., särskilt s. 145, 153.

¹⁹¹ K. Dyekjær, *Om EU-rettens integrering i den danske retsorden – et paradigmeskift?*, del I och II, ERT 2015 s. 577 ff., 867 ff.

av EU-domstolens praxis inom ramen för sina domsmotiveringar. Det har bland annat framgått av redovisningen i kap. 5 av Högsta domstolens och Högsta förvaltningsdomstolens refererade praxis under åren 2010 t.o.m. 2015. Iakttagelsen bekräftas i den ovan citerade artikeln av Marianne Lundius.

Slutsatsen är sålunda att det verkar ha skett en mognadsprocess och attitydförändring i de svenska domstolarnas hållning till unionsrätten. Detta besvarar dock inte frågan om det rör sig om en fortsatt pågående process. Det torde dock vara fråga om en mognadsprocess bland svenska jurister som sannolikt ännu inte är avslutad. Något som pekar på att så torde vara fallet är att det, såsom behandlats i 10.3, fortfarande finns viktiga områden inom unionsrätten, där svenska domstolar inte alls eller endast i ringa utsträckning har inhämtat något förhandsavgörande. Också vad som behandlats i 10.4 om bristfälliga motiveringar pekar mot att utvecklingsprocessen inte är avslutad. I samma riktning pekar återhållsamheten från svenska domstolars sida när det gäller att begära förhandsavgöranden.

10.8 Finns det behov av ett ökat antal förhandsavgöranden från svenska domstolar?

Som framgått kan man fortfarande märka en viss återhållsamhet från svenska domstolars sida när det gäller att begära förhandsavgöranden. Sådana rättsområden där förhandsavgöranden inte alls eller endast sällan inhämtats har behandlats i 10.3. Som där har visats kan man peka på viktiga områden inom unionsrätten, som rätt ofta kommer upp i svenska domstolar, men där det helt eller i huvudsak saknas fall där svensk domstol har begärt förhandsavgörande. Stora och tydliga områden där så är fallet är upphandlingsrätten och hela RIF-området (rättsområdet frihet, säkerhet och rättvisa), där bland annat den europeiska straffrätten, den internationella privat- och processrätten samt exekutionsrätten ingår.

Det har dock skett en utveckling mot att svenska domstolar i första och andra instans blivit mer aktiva när det gäller att begära förhandsavgörande (se uppgifterna lämnade i kap. 8.2). Av de 35 mål som rapporten omfattar har 21 kommit från första eller andra instans, en tydlig ökning jämfört med det tidigare läget. Rapporten 2010 visade en mindre övervikt för fall där svensk domstol i sista instans hade begärt förhandsavgörande. Det borde dock finnas utrymme för en fortsatt utveckling mot ytterligare aktivitet från svenska domstolar i första och andra instans när det gäller att inhämta förhandsavgörande; i de flesta av EU:s medlemsländer härrör det stora flertalet förhandsavgöranden från lägre instanser.

Kan man påvisa några förklaringar till den relativa svenska återhållsamheten med att begära förhandsavgöranden? Till en början kan sägas att förklaringen knappast kan ligga i landets ekonomiska eller befolkningsmässiga struktur. Sverige är ekonomiskt och socialt välutvecklat och ekonomin är starkt inriktad på import och export. Landet har på senare år haft en omfattande migration.

Det förfogar också över en omfattande och aktiv lagstiftningsapparat. Allt detta talar för att unionsrättsliga frågor aktualiseras i samma utsträckning i Sverige som i andra medlemsstater på hög ekonomisk nivå.

Några förklaringar till det relativt begränsade antalet förhandsavgöranden från svenska domstolar synes värda att lyfta fram. De har att göra med vår rättskultur. Sverige saknar en författningsdomstol och det finns inte någon tradition på det nationella planet att processa i frågor av konstitutionell art, som rör huruvida lagbestämmelser eller andra föreskrifter kan sättas åt sidan därför att de inte är förenliga med normer som är överordnade i normhierarkin. Detta hänger samman med vad som traditionellt har varit den allmänna synen i Sverige på domstolarnas roll i det konstitutionella systemet. Det kan medföra att många, även svenska jurister, ännu står rätt främmande för att föra motsvarande frågor om förhållandet mellan nationella bestämmelser och unionsrätt till rättslig prövning.¹⁹² Å andra sidan är denna rättskultur under förändring. Såsom framgått av 9.2 har svenska domstolar hänfört sig till konstitutionell unionsrätt i ett flertal fall där man begärt förhandsavgörande. Svenska domstolar står heller inte främmande för att utöva europarättslig lagprövning. Utvecklingen har också gått mot en aktiv tillämpning av Europakonventionen i svenska domstolar och uppenbarhetsrekvisitet för lagprövning i nationell rätt enligt RF 11:14 har slopats.

En annan förklaring som gäller rättskulturen torde vara att Sverige knappast är ett land där processbenägenheten är särskilt hög och där man på det civilrättsliga området ofta är benägen att söka nå en förlikning.¹⁹³ Härtill kommer att kommersiella tvister i hög grad avgörs genom skiljedom och att det som nämnt i kap. 2.3 inte är möjligt för skiljemännen i en process enligt skiljeförfarandelagen att begära förhandsavgörande.

Till rättskulturen hör även förmågan bland advokater och andra processförande jurister att klargöra varför ett förhandsavgörande skulle vara behövligt. Även om det är den nationella domstolen som ska pröva behovet av ett förhandsavgörande på eget initiativ, ligger i praktiken ett ansvar för att förhandsavgörande inhämtas när det behövs också i hög grad på parterna och deras advokater. En välmotiverad begäran om förhandsavgörande från parts sida bör klargöra varför och hur unionsrätten är relevant för avgörandet och i vilket eller vilka hänseenden det unionsrättsliga rättsläget framstår som oklart. Finns det tendenser till divergerande praxis i olika medlemsländer på ett harmoniserat område, är detta ett viktigt skäl för ett förhandsavgörande som en advokat som önskar ett sådant särskilt bör lyfta fram. Hur väl man på advokatsidan i allmänhet förmår

¹⁹² Denna aspekt har lyfts fram av Marlene Wind, *The Nordics, the EU and the Reluctance Towards Supranational Judicial Review*, *Journal of Common Market Studies* 2010 s. 1039 ff.

¹⁹³ Data som synes bestyrka det sagda har lagts fram av M. Broberg – N. Fenger, *Variations in Member States' Preliminary References to the Court of Justice – Are Structural Factors (Part of) the Explanation?*, *European Law Journal* 2013 s. 487 ff. på s. 493 ff.

motivera framförda yrkanden om att förhandsavgörande ska inhämtas har dock inte studerats i denna rapport.

En ytterligare förklaring till det relativt begränsade antalet förhandsavgöranden från svenska domstolar torde emellertid vara att dessa i stor utsträckning anser sig kunna själva avgöra unionsrättsliga frågor på grundval av den rikhaltiga praxis som många gånger föreligger från EU-domstolen. Detta framgår av den genomgång som gjorts i kap. 5 av färskare refererade avgöranden i Högsta domstolen och Högsta förvaltningsdomstolen, där dessa själva har tillämpat unionsrätten och närmare redovisat sina resonemang härvidlag i domsmotiveringen. Avgörandena har i vissa fall inneburit att svenska bestämmelser har satts åt sidan såsom stridande mot unionsrätten eller har getts en EU-konform tolkning.

Det framstår emellertid enligt min mening inte som helt tillfredsställande att Sverige endast någorlunda ligger i genomsnittet bland alla medlemsländerna sett till folkmängden när det gäller att inhämta förhandsavgöranden. Begränsar man jämförelsen till de ekonomiskt välutvecklade västeuropeiska industristaterna blir statistiken när det gäller att inhämta förhandsavgöranden betydligt mindre fördelaktig för Sveriges del (se kap. 8.3). Den slutsats som drogs i rapporten 2010, nämligen att det finns utrymme för en betydande ökning av antalet förhandsavgöranden på begäran av svensk domstol, har fortfarande starka skäl för sig.

Det grundläggande skälet för detta är av rättssäkerhetskaraktär. Unionsrätten är ett svårt rättsområde i snabb utveckling och med en från svensk rätt delvis avvikande rättskällelära, något som många gånger påverkar möjligheterna att med rimlig säkerhet förutse utgången av en prövning i EU-domstolen. Härtill kommer att prövningen ofta avser rättsakter som inte har varit gällande särskilt länge och som aktualiserar olika slags nationella förhållanden. Erfarenhetsmässigt förändrar många gånger EU-domstolens svar på de ställda frågorna i grunden förutsättningarna för den fortsatta svenska processen och målets slutliga avgörande.

Det finns även skäl att peka på två övergripande aspekter som talar för lämpligheten av ett ökat engagemang från svenska domstolars sida när det gäller att inhämta förhandsavgöranden. Som framgått bland annat av denna rapport och dess föregångare har åtskilliga förhandsavgöranden av EU-domstolen haft stor betydelse som katalysator när det gällt europarättens genomslag i svensk rätt. De har spelat stor roll för att öka kännedomen om och förståelsen för unionsrätten i det svenska juristsamhället. Detta torde i sin tur ha varit ägnat att påverka den rättsliga argumentationen och dömandet också i mål där förfarandet har stannat vid ett nationellt avgörande.

Den svenska hållningen till att begära förhandsavgörande har betydelse också för möjligheterna att vinna kännedom och förståelse inom EU för svensk rättskultur

och därpå byggda rättsliga uppfattningar och värderingar. Unionsrätten befinner sig i ständig utveckling under inflytande av en dialog mellan Unionsdomstolen och de nationella domstolarna, särskilt slutinstanserna. Det är de nationella domstolarna som genom att begära förhandsavgörande till stor del bestämmer agendan vid EU-domstolen. Den får i första hand sin information om nationell rätt och de problem som möter i medlemsstaterna vid unionsrättens tillämpning genom dessa mål. Denna information påverkar givetvis rättsbildningen i domstolen, något som i sin tur bildar en viktig utgångspunkt för lagstiftningsarbetet i EU genom rådet och Europaparlamentet. I denna dialog kring den europeiska rättsutvecklingen synes de svenska domstolarna hittills vid en samlad bedömning ha spelat en tillbakaskjuten roll. För att ge ett exempel är det inte osannolikt att EU-domstolen hade vidareutvecklat synen på förhållandet mellan konkurrensrätt och skiljedom, om Högsta domstolen hade begärt förhandsavgörande i det i 5.2 behandlade målet NJA 2015 s. 438, Systembolaget.¹⁹⁴

De svenska domstolarna är inte bara Sveriges domstolar utan även den nationella armen i det europeiska system som ska säkerställa unionsrättens korrekta tillämpning. Det förefaller ännu vara en bit kvar innan de fullt ut uppfyller den rollen.

¹⁹⁴ U. Bernitz, Konkurrensrätt och skiljedom – var går gränserna för domstols prövning?, JT 2015-16 s. 883 ff.

Bilaga 1

Kronologisk översikt över alla mål där EU-domstolen meddelat förhandsavgörande på begäran av svensk domstol åren 2010 till och med 2015

Översikten är kronologiskt uppställd. Utgångspunkten är publiceringen i EU-domstolens numera elektroniska rättsfallssamling. För varje avgörande anges parternas namn, målnummer, dag för EU-domstolens dom med rättsfallshänvisning och vilken svensk domstol som begärt avgörandet. Vidare anges i korthet vilket eller vilka rättsområden och vilken lagstiftning som målet har rört och vad målet främst behandlat. Hänvisning ges även till efterföljande, refererat avgörande i saken av svensk domstol i de fall ett sådant finns.

Översikten omfattar endast förhandsavgöranden, inte t.ex. mål som överklagats från Tribunalen av svensk part eller mål om fördragsbrottstalan mot Sverige. Fall som eventuellt avskrivits av EU-domstolen är inte medtagna.

Totalt omfattar översikten 35 avgjorda mål. Sist i översikten förtecknas de mål där svensk domstol hade begärt förhandsavgörande och som var anhängiga vid EU-domstolen per 31 december 2015 men då ännu inte hade hunnit bli avgjorda.

År 2010

Djurgården – Lilla Värtans Miljöskyddsförening mot AB Fortum Värme samägt med Stockholms stad

Mål nr C-24/09, beslut 11 mars 2010, EU:C:2010:138

Begäran av Högsta domstolen, efterföljande avgörande se NJA 2010 s. 419

Talerätt för miljöskyddsorganisationer.

Svensk lagstiftning som endast ger talerätt till miljöskyddsorganisationer med minst 2000 medlemmar har bedömts strida mot ett flertal miljöskyddsdirektiv.

Brottmål mot Lars Sandström

Mål nr C-433/05, dom 15 april 2010, EU:C:2010:184

Begäran av Handens tingsrätt

Hinder för fri rörlighet för varor, svenskt förbud mot användning av vattenskotrar utanför allmänna farleder. Skyldigheten att i förväg anmäla ändringar i tekniska standarder och föreskrifter till kommissionen.

Tillåtet att nationell lagstiftning av miljöskyddshänsyn förbjuder användning av vattenskotrar utanför anvisade vattenområden. Det krävs dock att tillåtna vattenområden anvisas utanför allmänna farleder.

Uppmjukningar av tekniska föreskrifter behöver inte notifieras till kommissionen.

Brottmål mot Otto Sjöberg och Anders Gerdin

Mål nr C-447/08 och C-448/08, dom 8 juli 2010, EU:C:2010:415

Begäran av Svea hovrätt, efterföljande avgörande av HD se NJA 2012 s. 1073, se även NJA 2008 s. 92.

Hinder för fri rörlighet för tjänster, förbud i lotterilagen mot främjande av hasardspel anordnat i annan medlemsstat via internet, annonsering för sådana hasardspel i tidningarna Expressen och Aftonbladet, åtal mot tidningarnas ansvariga utgivare.

Tillåtet att nationell lagstiftning förbjuder reklam för hasardspel anordnat i annan medlemsstat i vinstsyfte.

Otillåtet att tillämpa nationell lagstiftning som har strängare påföljder för främjande av hasardspel som anordnas i annat medlemsland än vad som gäller för främjande av hasardspel i det egna landet.

X mot Skatteverket

Mål nr C-84/09, dom 18 november 2010, EU:C:2010:693

Begäran av Regeringsrätten, efterföljande avgörande se HFD 2011 ref. 28 Skatterätt. Mervärdeskattedirektivet 2006/112/EG. Transport till Sverige av en ny segelbåt som en privatperson har förvärvat i Storbritannien.

Bedömning av frågan om transaktionen är gemenskapsintern. Avgörande tidpunkt är när säljaren levererar varan. Skattskyldighet för moms i Sverige.

År 2011

Lotta Andersson mot Staten genom Kronofogdemyndigheten i Jönköping, Tillsynsmyndigheten

Mål nr C-30/10, dom 10 februari 2011, EU:C:2011:66

Begäran av Linköpings tingsrätt

Arbetsrätt, direktiv 80/987/EEG om skydd för arbetstagare vid arbetsgivarens insolvens (lönegaranti), svenska lönegarantilagen.

Direktivet medger att personer undantas från lönegaranti som senare än sex månader före konkursansökan har ägt en väsentlig andel av det företag i vilket de är anställda och som haft ett betydande inflytande över dess verksamhet.

Konkurrensverket mot Telia Sonera Sverige

Mål nr C-52/09, dom 17 februari 2011, EU:C:2011:83

Begäran av Stockholms tingsrätt, efterföljande avgörande se MD 2013:5

Konkurrensrätt, missbruk av dominerande ställning, artikel 102 FEUF.

Bedömning av Telia Soneras prissättning, leverans av återförsäljarprodukter för ADSL, bredbandsanslutning. Otillåten marginalpress gentemot konkurrenter.

Skandinaviska Enskilda Banken AB Momsgrupp mot Skatteverket

Mål nr C-540/09, dom 10 mars 2011, EU:C:2011:137

Begäran av Regeringsrätten, efterföljande avgörande se HFD 2011 ref. 38

Skatterätt, sjätte mervärdeskattedirektivet 77/388/EEG artikel 13 B

Emissionsgaranti som ett kreditmarknadsföretag tillhandahåller emitterande

bolag vid en aktieemission på kapitalmarknaden.
Undantaget från mervärdesskatteplikt.

Dan Bengtsson

Mål nr C-344/09, beslut 24 mars 2011, EU:C:2011:174

Begäran av Mora kommun, Miljö- och hälsoskyddsnämnden

Processrätt

Kommunen och Miljö- och hälsoskyddsnämnden är inte att betrakta som en domstol. EU-domstolen saknar behörighet att pröva saken.

Konsumentombudsmannen mot Ving Sverige AB

Mål nr C-122/10, dom 12 maj 2011, EU:C:2011: 299

Begäran av Marknadsdomstolen, efterföljande avgörande se MD 2011:30.

Marknadsföringsrätt, direktiv 2005/29/EG om otillbörliga affärsmetoder.

Kommersiell dagstidningsannons för resor.

Innebörden av begreppet köperbudande. Kraven på information som ska lämnas i ett köperbudande till konsument. Möjlighet att hänvisa till webbplats.

Innebörden av termen frånpris.

Försäkringskassan mot Elisabeth Bergström

Mål nr C-257/10, dom 15 december 2011, EU:C:2011:839

Begäran av Högsta förvaltningsdomstolen, efterföljande avgörande se HFD 2012 ref. 44 I.

EU:s internationella avtal, socialförsäkringsrätt, fri rörlighet för personer.

EU-förordning 1408/71/EEG om tillämpningen av systemen för social trygghet när anställda, egenföretagare eller deras familjemedlemmar flyttar inom gemenskapen, avtalet EU – Schweiz om fri rörlighet för personer.

EU-medborgare som arbetat i Schweiz och därefter återvänt till hemlandet.

Anställningsperiod i Schweiz ska medräknas vid beräkning av rätt till familjeförmån.

År 2012

Bonnier Audio AB m. fl. mot Perfect Communication Sweden AB

Mål nr C-461/10, dom 19 april 2012, EU:C:2012:219

Begäran av Högsta domstolen, efterföljande avgörande se NJA 2012 s. 975.

Immaterialrätt; upphovsrätt och närstående rättigheter.

Direktiv 2006/24/EG om lagring av uppgifter (datalagring), direktiv 2004/48/EG om säkerställande av skyddet för immateriella rättigheter.

Ljudböcker som gjorts tillgängliga på internet genom en FTP-server med hjälp av IP-adresser som tillhandahållits av internetoperatören.

Förfarandet utgör intrång i ensamrätt. Föreläggande för internetleverantören att lämna ut namn och adress till den som använt en viss IP-adress.

Migrationsverket mot Nuriye Kastrati m. fl.

Mål nr C-620/10, dom 3 maj 2012, EU:C:2012:265

Begäran av Kammarrätten i Stockholm, Migrationsöverdomstolen, efterföljande avgörande se MIG 2012:16.

Migrationsrätt; begäran om asyl, Dublinförordningen 343/2003/EG.

Ingivande av asylansökan i annan medlemsstat än den som enligt förordningen har ansvaret. Efterföljande återkallelse av asylansökan innan den ansvariga medlemsstaten har samtyckt till att överta den asylsökande. Förordningen kan i det läget inte längre tillämpas.

Torsten Hörnfeldt mot Posten Meddelande AB

Mål nr C-141/11, dom 5 juli 2012, EU:C:2012:421

Begäran av Södertörns tingsrätt.

Postens överklagande av tingsrättens beslut att begära förhandsavgörande avslaget av AD, se AD nr 3/12.

Arbetsrätt. Direktiv 2000/78/EG om likabehandling i arbetslivet.

Fråga om åldersdiskriminering.

Tillåtet att tillämpa en fast pensionsgräns vid 67 år, oberoende av nivån på den enskilde arbetstagarens pension.

Daimler AG och Widex A/S mot Skatteverket

Mål C-318/11 och C-319/11, dom 25 oktober 2012, EU:C:2012:666

Begäran av Förvaltningsrätten i Falun.

Skatterätt. Återbetalning av mervärdesskatt.

Mervärdesskattedirektivet 2006/112/EG, åttonde mervärdesskattedirektivet 2008/9/EG.

Företag i annat medlemsland som endast bedriver test- eller forskningsverksamhet i Sverige utan att utföra beskattningsbara transaktioner.

Företagen ska inte anses ha fast etableringsställe i Sverige.

Ulf Kazimierz Radziejewski mot Kronofogdemyndigheten i Stockholm

Mål nr C-461/11, dom 8 november 2012, EU:C:2012:704

Begäran av Stockholms tingsrätt.

Exekutionsrätt, inre marknadsrätt, fri rörlighet för arbetstagare, tillämpning av artikel 45 FEUF.

Svensk medborgare, som bor och arbetar i annat EU-land, har vägrats skuldsanering enligt 4 § skuldsaneringslagen eftersom han saknar hemvist i Sverige.

Hemvistkravet strider i princip mot artikel 45 FEUF och går utöver vad som är motiverat.

År 2013

Skatteverket mot PFC Clinic

Mål C-91/12, dom 21 mars 2013, EU:C:2013:198

Begäran av Högsta förvaltningsdomstolen, efterföljande avgörande se HFD 2013 ref. 67.

Skatterätt, mervärdesskattedirektivet 2006/112/EG artikel 132.

Fråga om undantaget från skatteplikt för sjukvård och sjukvårdande behandling omfattar plastikkirurgi och liknande estetiskt motiverade behandlingar.

Skatteundantaget omfattar estetiska operationer och behandlingar när dessa utförs i syfte att diagnosticera, vårda eller bota sjukdomar eller hälsoproblem.

Åklagarkammaren i Umeå mot Hans Torsten Åkerberg Fransson

Mål C-617/10, dom 7 maj 2013 (stora avdelningen), EU:C:2013:280

Begäran av Haparanda tingsrätt, se efterföljande avgöranden i liknande fall NJA 2013 s. 502 och HFD 2013 ref. 71.

Grundläggande rättigheter, skatterätt; rättighetsstadgan artiklarna 50 och 51, mervärdesskattedirektivet 2006/112/EG.

Det svenska skatterättsliga systemet med två separata förfaranden, ett administrativt och ett straffrättsligt, för att beivra ett och samma otillåtna handlande (beslut om skattetillägg och åtal för skattebrott).

Rättighetsstadgan artikel 51 tillämplig på svensk lagstiftning som bygger på mervärdesskattedirektivet och syftar till att säkerställa dess efterlevnad.

Tillämpning av artikel 50 rättighetsstadgan om förbud mot förfaranden som strider mot principen om *ne bis in idem*.

ÖFAB, Östergötlands Fastigheter AB mot Frank Knott, Evergreen Investments BV

Mål C-147/12, dom 18 juli 2013, EU:C:2013:490

Begäran av Hovrätten för Nedre Norrland.

Internationell privaträtt; Bryssel I-förordningen (förordning 44/2001/EG) artikel 5.

Ett företag, som har fordringar grundade på utförda arbeten i samband med uppförandet av hotell Copperhill i Åre, som ej blivit fullt betalade till följd av att Copperhill blivit insolvent och föremål för företagsrekonstruktion, för skadeståndstalan grundad på ansvarsgenombrott mot styrelseledamot och ägare i Copperhill.

Begreppet talan som avser skadestånd utanför ansvarsförhållanden i artikel 5 Bryssel I-förordningen innefattar talan av nämnt slag.

Brottmål mot Daniel Lundberg

C-317/12, dom 3 oktober 2013, EU:C:2013:631

Begäran av Svea hovrätt.

Transporträtt, förordning 561/2006/EG om harmonisering av viss sociallagstiftning på vägtransportområdet.

Fråga om skyldighet ha färdskrivare på en lastbil med släpvagn som framförs av en amatörrallyförare och som transporterar dennes tävlingsbil.

Färdskrivare krävs inte om det är fråga om hobbyverksamhet.

Billerud Karlsborg AB och Billerud Skärblacka AB mot Naturvårdsverket

Mål C-203/12, dom 17 oktober 2013, EU:C:2013:664

Begäran av Högsta domstolen i anledning av ansökan om resning och klagan över domvilla, se efterföljande avgörande NJA 2014 s. 79.

Proportionalitetsprincipen, miljö rätt, direktiv 2003/87/EG om ett system för handel med utsläppsrätter för växthusgaser inom EU.

Billerud hade på angiven sista dag inte överlämnat tillräckligt antal utsläppsrätter. Fråga om skyldighet betala föreskriven sanktionsavgift trots att det varit fråga om ett administrativt misstag.

Skyldighet föreligger att betala föreskriven avgift, med undantag för en force majeure-situation.

Avgiftsbeloppet kunde inte justeras av den nationella domstolen med stöd av proportionalitetsprincipen med hänsyn till betydelsen av miljöskyddsreglernas effektiva genomslag.

År 2014

Flora May Reyes mot Migrationsverket

Mål C-423/12, dom 16 januari 2014, EU:C:2014:16

Begäran av Kammarrätten i Stockholm – Migrationsöverdomstolen, se efterföljande avgörande MIG 2014:8.

Migrationsrätt, direktiv 2004/38/EG om unionsmedborgares och deras familjemedlemmars rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier (rörelsedirektivet).

En filippinska i tjuguaarsaldern önskade få uppehållstillstånd i Sverige, där hennes mor (numera unionsmedborgare) var bosatt. Fråga om hon var ”beroende för sin försörjning” av modern.

Hon bedömdes ha goda möjligheter få arbete i Sverige, rekvisitet ”beroende för sin försörjning” saknade betydelse vid bedömningen.

Nils Svensson m.fl. mot Retriever Sverige AB

C-466/12, dom 13 februari 2014, EU:C:2014:76

Begäran av Svea hovrätt, målet senare avskrivet av hovrätten efter återkallelse.

Immaterialrätt, upphovsrätt, direktiv 2001/29/EG om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället (infosocdirektivet).

Retriever har på sin webbplats tillhandahållit klickbara länkar (”hyperlänkar”) till upphovsrättsligt skyddade tidningsartiklar.

Fråga om det föreligger ”överföring till allmänheten”.

Så är inte fallet när överföringen inte riktar sig till en ny publik.

Ålands Vindkraft AB mot Energimyndigheten

Mål C-573/12, dom 1 juli 2014 (stora avdelningen), EU:C:2014:2037

Begäran av Förvaltningsrätten i Linköping.

Inremarknadsrätt, miljö rätt; artiklarna 34 och 36 FEUF, direktiv 2009/28/EG om främjande av användningen av energi från förnybara energikällor, elcertifikatsystemet.

Fråga om vindkraft som produceras på Åland och säljs i Sverige berättigar till tilldelning av gröna elcertifikat. Svensk rätt begränsar denna möjlighet till anläggningar belägna i Sverige.

Artikel 34 FEUF förbjuder i princip denna territoriella begränsning men den är

godtagbar enligt artikel 36 FEUF av miljöskyddsskäl och inte oproportionerlig. Direktivet tillåter att elcertifikat endast tilldelas el producerad inom medlemsstatens territorium.

Skandia America Corp. (USA), filial i Sverige mot Skatteverket

Mål C-7/13, dom 17 september 2014, EU:C:2014:2225

Begäran av Förvaltningsrätten i Stockholm.

Skatterätt, mervärdeskattedirektivet 2006/112/EG.

Fråga om skattskyldighet när en huvudetablering i tredje land tillhandahåller tjänster åt sin filial i ett EU-land.

Ingår filialen i en medlemsstat i en mervärdeskattegrupp är denna grupp betalningsskyldig för moms.

Fonnship A/S mot Svenska Transportarbetareförbundet och Facket för Service och Kommunikation (Seko) och Svenska Transportarbetareförbundet mot Fonnship A/S
Mål C-83/13, dom 8 juli 2014 (stora avdelningen), EU:C:2014:2053

Begäran av Arbetsdomstolen, efterföljande avgörande se AD 2015:70.

Arbetsrätt, sjörrätt, EES-avtalet; förordning 4055/86/EEG om tillämpning av principen om frihet att tillhandahålla tjänster på sjötransportområdet mellan medlemsstater samt mellan medlemsstater och tredje land.

Norskt rederi utför sjötransporttjänster med fartyg flaggat i Panama och besättning som delvis är tredjelandsmedborgare. Fackliga stridsåtgärder i form av hinder mot lastning och lossning har vidtagits när fartyget ligger i svenska hamnar.

EES-avtalet tillämpligt och har med sig integrerat den nämnda förordningen. Förutsatt att det är det norska rederiet som tillhandahåller tjänsten omfattas lastning och lossning i Sverige av friheten att tillhandahålla tjänster enligt den nämnda förordningen.

Brottmål mot Lars Ivansson m.fl.

Mål C-307/13, dom 19 juli 2014, EU:C:2014:2058

Begäran av Helsingborgs tingsrätt.

Inremarknadsrätt, direktiv 98/34/EG om informationsförfarande beträffande tekniska standarder och föreskrifter.

Svenska föreskrifter om utformning och inredning av hönsburar.

Tidigareläggning av tidpunkten för ikraftträdande av tekniska föreskrifter. Förkortad genomförandetid kan utgöra en väsentlig ändring som inte får genomföras utan föregående anmälan.

Det ankommer på nationell domstol att pröva om ändringen varit väsentlig; i så fall får bestämmelsen inte tillämpas och göras gällande mot enskilda.

Brottmål mot Ove Ahlström m.fl.

Mål nr C-565/13, dom 9 oktober 2014, EU:C:2014:2273

Begäran av Hovrätten för Västra Sverige.

Avtalet om fiskepartnerskap mellan EG och Marocko.

Svenska fiskare har medverkat till fiske i marockanskt fiskevatten med

svenskflaggade fartyg uthyrda genom bareboat charter till marockanska företag med marockansk fiskelicens.

Fiskeavtalet EU/Marocko innebär att gemenskapsfartyg helt saknar möjlighet bedriva fiske i marockanska fiskezoner utan föregående medverkan av EU:s behöriga myndigheter.

År 2015

C More Entertainment mot Linus Sandberg

Mål C-279/13, dom 26 mars 2015, EU:C:2015:199

Begäran av Högsta domstolen, efterföljande avgörande se NJA 2015 s. 1097.

Upphovsrätt, skydd för närstående rättigheter.

Utsändning av betal-TV-kanal av direktsända ishockeymatcher mot betalning.

Utläggning av länkar på webbplats som gör det möjligt att kringgå betalvägg och se sändningarna utan betalning.

Infosocdirektivet innebär endast partiell harmonisering. Lagstiftningen i en medlemsstat får bereda mer omfattande skydd för detta slags sändningar.

X AB mot Skatteverket

Mål C-686/13, dom 10 juni 2015, EU:C:2015:375

Begäran av Högsta förvaltningsdomstolen, efterföljande avgörande se HFD 2016 ref. 14 I.

Etableringsfrihet, skatterätt, fråga om avdragsrätt för valutakursförluster.

EU-domstolen tillämpade reglerna om etableringsfrihet. Den fann att Sverige tillämpar samma regler avseende investeringar i näringsbetingade andelar i annan medlemsstat som i Sverige. I ingetdera fallet beskattas kapitalvinster eller medges avdrag för kapitalförluster, ej heller när kapitalförlusten orsakats av en valutakursförlust. De svenska reglerna bedömdes förenliga med unionsrätten.

Abcur AB mot Apoteket Farmaci AB och Abcur AB mot Apoteket AB

Mål C-544/13 och C-545/13, dom 16 juli 2015, EU:C:2015:481

Begäran av Stockholms tingsrätt.

Läkemedelsrätt, otillbörliga affärsmetoder enligt marknadsföringslagen.

Fråga om det var förbjudet att sälja vissa läkemedel på det sätt som skett.

Förhållandet mellan läkemedelsdirektivet och direktivet om otillbörliga affärsmetoder. De är möjliga att tillämpa parallellt.

Bricmate AB mot Tullverket

Mål C-569/13, dom 10 september 2015, EU:C:2015:572

Begäran av Förvaltningsrätten i Malmö.

Fråga om ogiltighet av en av rådet beslutad genomförandeförordning om införande av antidumpningstull på keramiska plattor från Kina.

Av EU-domstolen genomförd ogiltighetsprövning på begäran av svensk första instans. Frågorna rörde ev. förekomst av sakfel, bedömningsfel eller handläggningsfel.

EU-domstolen fann att antidumpningsförordningen var giltig.

OKG AB mot Skatteverket

Mål C-606/13, dom 1 oktober 2015, EU:C:2015:636

Begäran av Kammarrätten i Sundsvall.

Skatterätt, beskattning av termisk effekt i kärnkraftsreaktorer. Skatten bedöms vara rent svensk och inte ligga inom ramen för EU-direktiven om beskattning av energiprodukter och elektricitet respektive punktbeskattning. Unionsrätten ej tillämplig.

Skatteverket mot David Hedqvist

Mål C-264/14, dom 22 oktober 2015, EU:C:2015:718

Begäran av Högsta förvaltningsdomstolen, efterföljande avgörande se HFD 2016 ref. 6.

Moms, beskattning av bitcoin vid valutaväxling.

EU-domstolen fann att den virtuella valutan bitcoin utgör ett betalningsmedel. Tjänster som består av växling av traditionell valuta till bitcoin och omvänt är undantagna från plikten att betala moms.

P mot Q

Mål nr C-455/15 PPU, dom 19 november 2015, EU:C:2015:763

Begäran av Varbergs tingsrätt.

Förfarandet för brådskaende mål (PPU). Civilrättsligt samarbete inom RIF-området. Tvist mellan f.d. makar om vårdnaden av barn. Fadern P bosatt i Sverige och modern Q i Litauen.

Tillämpning av Bryssel II-förordningen (2201/2003/EG). Erkännande av dom i annan medlemsstat om vårdnaden av barn.

Varbergs tingsrätt saknade rätt vägra erkänna den litauiska vårdnadsdomen.

Skatteverket mot Hilikka Hirvonen

Mål nr C-632/13, dom 19 november 2015, EU:C:2015:765

Begäran av Högsta förvaltningsdomstolen, efterföljande avgörande av HFD 19 maj 2016.

Källskatt på arbetsinkomster som utomlands bosatta personer förvärvat genom verksamhet i Sverige. Lagen om särskild inkomstskatt för utomlands bosatta (SINK).

Fråga om person som betalar definitiv källskatt enligt SINK får göra avdrag för låneräntor. Betydelsen av att det införts valrätt mellan beskattning enligt SINK och det ordinarie inkomstskattesystemet.

Valrätten vid tillämpning av SINK medför att det inte utgör diskriminering att avdrag för låneräntor inte medges.

Bilaga 2

Anhängiga mål i EU-domstolen per den 31 december 2015, angående förhandsavgörande på begäran av svensk domstol

Här förtecknas de mål där svensk domstol begärt förhandsavgörande och som var anhängiga vid EU-domstolen per 31 december 2015 men då ännu inte hade blivit avgjorda.

Pensioenfonds Metaal en Technie mot Skatteverket

Mål C-252/14, dom 2 juni 2016, EU:C:2016:402

Begäran av Högsta förvaltningsdomstolen.

Skatterätt, inre marknadsrätt, beskattning av utdelning från pensionsfond i annan medlemsstat. Tillåtligt att tillämpa olika beskattningstekniker beroende på om mottagaren har hemvist i Sverige eller i annat land.

Olikabehandling ej tillåten när det gäller möjligheter att beakta kostnader för intäkternas förvärvande.

Canadian Oil Company Sweden AB och Anders Roland Rantén mot Riksåklagaren

Mål C-472/14, dom 17 mars 2016, EU:C:2016:171

Begäran av Högsta domstolen.

Inre marknadsrätt, anmälningsskyldighet vid import av kemiska produkter.

Strider det mot Reachförordningen (1907/2006/EG) eller artikel 34 och 36 FEUF att den som yrkesmässigt importerar kemisk produkt till Sverige, som är registreringsskyldig enligt Reach, ska anmäla det till Kemikalieinspektionen för registrering?

Bestämmelsen om skyldighet registrera viss import av kemiska produkter bedömdes utgöra importhinder enligt artikel 34 FEUF men vara godtagbar enligt artikel 36 FEUF.

George Karim mot Migrationsverket

Mål C-155/15, begäran av Kammarrätten i Stockholm – Migrationsöverdomstolen
Migrationsrätt, asylsökande, förutsättningarna för överföring till annan medlemsstat enligt Dublinförordningen.

Borealis AB m.fl. mot Naturvårdsverket

Mål C-180/15, begäran av Nacka tingsrätt – Mark- och miljödomstolen

Systemet för handel med utsläppsrätter för växthusgaser (direktiv 2003/87/EG).
Frågor bl. a. om tilldelning av gratis utsläppsrätter och om vissa beslut av kommissionen med stöd av direktivet om utsläppshandel är ogiltiga.

Tele2 Sverige AB mot Post- och telestyrelsen

Mål C-203/15, begäran av Kammarrätten i Stockholm

Omfattningen av skyldighet att lagra trafikuppgifter elektroniskt. Betydelsen av att lagringsskyldigheten är generell. Direktivet om integritet och ekonomisk integration (direktivet 2002/58/EG), artiklarna 7, 8 och 52.1 rättighetsstadgan, svensk lag om skydd för personuppgifter.

Unionen mot Almega Tjänsteförbunden, ISS Facility Services AB

Mål C-336/15, begäran av Arbetsdomstolen, se AD:s beslut nr 69/14.

Direktivet om arbetstagares rättigheter vid företagsöverlåtelser (2001/23/EG).

Omfattningen av skyldigheten att beakta tidigare anställningstid hos överlåtaren.

E.ON Biofor Sverige AB mot Statens energimyndighet

Mål C-549/15, begäran av Förvaltningsrätten i Linköping

Länsförsäkringar mot Matek

Begäran av Högsta domstolen, 3 december 2015

Förordningen om gemenskapsvarumärken. Krav på verkligt bruk.

Har det någon betydelse för innehavarens ensamrätt att han under en tid som ligger inom fem år från registreringen inte har gjort verkligt bruk av gemenskapsmärket i unionen för varor eller tjänster som registreringen omfattar?

Summary in English

As illustrated in the SIEPS report 2010:2 *Preliminary Rulings by the EU Court of Justice – The Attitude and Practice of Swedish Courts*, by the same author, it takes time for national courts to adjust to membership in the EU. In the report from 2010, it was shown that Sweden was amongst those states that, statistically, have made the lowest number of requests for preliminary rulings (accompanied by Denmark, Finland, Ireland and Portugal). It was concluded that there was scope for a substantial increase in the number of requests from Swedish courts, without cause for criticism that such requests would overburden the European Court of Justice (ECJ).

This conclusion was supported by the fact that the European Commission brought an infringement proceeding against Sweden in 2004, arguing that Swedish courts had been too restrictive in their application of the preliminary ruling procedure, and thus, Sweden had failed to fulfil its Treaty obligations. When Sweden agreed to change its national law to ensure that the supreme courts would provide the reasons why requests for preliminary rulings are not made, the Commission dropped the case. The revised Swedish law was expected to help the Commission by enabling it to review the reasons why requests are not made.

The current report attempts to analyse the developments since the last report by studying the 35 preliminary rulings that have been decided on the request by national Swedish courts in the period between 2010 and 2015 (the previous report covered the years between 1995 and 2009). In the first period, less than five requests per year were made, while in the second, it is possible to see a slight increase in the number of referrals from Swedish courts. Approximately six referrals per year were made between 2010 and 2015.

The main purpose of the present report is to determine whether or not Swedish courts are still keeping a low profile in referring cases to the ECJ or whether a shift in attitude has taken place. The report draws upon the 35 preliminary rulings, identifying which legal questions and which legal areas have been subject to preliminary rulings by Swedish courts. By organising the material into legal areas, the report is additionally able to identify which legal areas are not brought to the attention of the ECJ through requests for preliminary rulings by Swedish courts.

Using this method, the material has additionally enabled the consideration of a few additional aspects relating to the status of the preliminary ruling mechanism in Sweden. First, the author has used the material to study whether Swedish courts give reasons for not referring cases to the ECJ with reference to the case

law from the European Court of Human Rights (ECHR). The latter court has stressed that national courts of last resorts must provide reasons if they decide not to refer a case to the ECJ.

Second, the author provides a thorough review of the case, Åkerberg Fransson (Case C-617/10), arguing that it is the most important preliminary ruling requested by a Swedish court during the investigated period. This is largely because the preliminary ruling helped to clarify the scope of the EU Charter.

Third, using the material, the extent to which lower courts refer cases to the ECJ despite the presence of an opinion from a higher court that a reference is not needed is analysed. It is argued that the Åkerberg Fransson case stresses the need for a lower court to independently refer cases to the ECJ, regardless of the position of a higher court.

The conclusions drawn in the report include the following:

1. A comparison of the first period (1995-2009) with the second period (2010-2015) reveals that more referrals have originated from the lower courts than from the supreme courts. This conclusion is in line with the tendencies in other Member States.
2. There is no clear difference in the amount of referrals made by general courts and administrative courts, respectively, although general courts make a few more requests per year.
3. A larger number of the more recent cases referred by Swedish courts concern general principles and constitutional law. This indicates that Swedish courts have improved in their ability to identify central legal questions. The author further notes that, for the first time, a Swedish court has asked the ECJ for an opinion of the validity of an EU legal act.
4. A few legal areas have rarely or never been subject to a request for a preliminary ruling from Swedish courts. These include the areas of Public Procurement and Justice and Home Affairs. Only once has a Swedish court used the urgent preliminary ruling proceeding. Although no definite conclusions may be drawn, the author suspects that there is a silent practice not to refer cases to the ECJ that cover these legal areas, at least in the area of public procurement.
5. The report criticises the habit of the Swedish supreme courts of not elaborating the reasons why a preliminary reference was not requested in their rulings. Furthermore, it welcomes the practice of the lower courts, which tend to elaborate more often on the reasons in the grounds for their decisions.
6. Swedish courts have undergone a process of gestation in their relation to the preliminary ruling mechanism. This is reflected in the more frequent use of the preliminary ruling procedure, but also by the fact

that more recent cases have dealt with central questions spanning a wide range of legal issues, including those having a high degree of constitutional value. Nonetheless, the author stresses that the process of gestation is not yet finished, implying that there is still room for progress.

7. Finally, the author argues that although Sweden is within the category of states whose courts make an average number of requests for preliminary rulings, this is not good enough for a welfare state like Sweden. This finding is based on the argument that preliminary rulings from the ECJ often fundamentally change the legal proceedings in the national courts. Since many court proceedings involving EU law are difficult to foresee, it is argued that drawing on the preliminary reference proceedings will help to maintain the principle of legal certainty.

“Det framstår emellertid inte som helt tillfredsställande att Sverige sett till folkmängden endast knappt når upp till genomsnittet för samtliga medlemsländer när det gäller att inhämta förhandsavgöranden.”

Ulf Bernitz



Sieps är en statlig myndighet som tar fram forskningsbaserade analyser i europapolitiska frågor. Målgruppen är i första hand svenska beslutsfattare på olika nivåer. Arbetet sker i samarbete med svenska och internationella forskare.