



Villkorsmekanismen – sista halmstrået för EU:s rättsstatsprincip?

Anna Södersten*

Sammanfattning

I december 2020 antog EU en så kallad villkorsmekanism. Denna mekanism är det senaste i raden av verktyg som EU kan ta till mot medlemsstater som inte respekterar EU:s rättsstatsprincip. Genom villkorsmekanismen kan EU stoppa utbetalningar från unionsbudgeten om en medlemsstat inte efterlever rättsstatsprincipen: utbetalningar från EU ska villkoras.

Vägen till villkorsmekanismen har dock kantats av svårigheter. Europeiska rådet har gjort uttalanden som på flera sätt i praktiken ändrar mekanismens funktion, trots att Europeiska rådet inte har någon sådan roll enligt EU:s fördrag. Ändringarna kan vidare sägas ha accepterats av Europeiska kommissionen och Europaparlamentet. Förfarandet innebär att Europeiska rådet överskrider sin befogenhet och därmed rubbas den institutionella balansen. Risker är att förfarandet permanentas, det vill säga att det blir till det normala sättet för EU att hantera svåra situationer på.

Trots att villkorsmekanismen nu är på plats är det dessutom högst osäkert när den kan börja tillämpas och om den kommer att fungera. När EU:s befintliga verktyg för att skydda rättsstatsprincipen inte har visat sig fungera har EU:s strategi fram tills nu varit att skapa nya verktyg. Frågan är dock om EU nu har nått vägs ände. Allt hopp står till villkorsmekanismen – det är EU:s sista halmstrå.

* Anna Södersten är forskare i juridik vid Sieps.

1. Inledning

EU har sina rötter i den optimism som präglade Europa efter andra världskriget. Tanken var att ett enat Europa skulle leda till både fred och ekonomisk utveckling. Men det tycks inte längre finnas konsensus kring en av demokratins grundprinciper: under snart ett decennium har EU försökt komma till rätta med de medlemsstater som inte respekterar EU:s rättsstatsprincip. Men det har visat sig svårt, trots att alla EU:s medlemsstater har förbundit sig att respektera rättsstatsprincipen, då den finns med i artikel 2 i EU-fördraget.

Kortfattat innebär rättsstatsprincipen att den offentliga makten ska vara bunden och begränsad av rättsregler. Domstolsväsendet ska vara oberoende och opartiskt i förhållande till den styrande makten. Vidare ska det finnas möjlighet till effektiv rättslig prövning, rättslig förutsebarhet och förbud mot godtycklighet: all offentlig makt ska utövas under lagarna.

EU:s institutioner (framför allt Europeiska kommissionen och Europaparlamentet, men även EU:s domstol) anser att Polen och Ungern bryter mot rättsstatsprincipen eftersom dessa medlemsstater bland annat har vidtagit åtgärder som innebär hot mot domstolarnas oberoende. De har till exempel genomfört en pensionsreform för domare och åklagare som i praktiken innebär att mer regimkritiska domare och åklagare byts ut mot mer regimvänliga. De har även genomfört reformer som hotar EU:s värden i ett vidare perspektiv (men som inte *direkt* handlar om rättsstatsprincipen): det handlar bland annat om universitetens och mediernas oberoende och frihet, och om mänskliga rättigheter, till exempel skyddet för HBTQI-personer.¹ Det är därför inte bara rättsstaten, utan även demokratin i stort, som anses vara i fara.

Situationen är allvarlig eftersom rättsstatsprincipen på flera sätt är avgörande för EU-samarbetet. En stor del av EU:s lagstiftning, däribland den inre marknaden, bygger på ömsesidigt förtroende mellan medlemsstaterna. Det handlar också om att kunna garantera systemet för domstolssamarbete mellan EU-domstolen och nationella domstolar.² Det handlar vidare om EU:s möjligheter att sprida idén om rättsstaten internationellt. Detta arbete som "normexportör" blir inte trovärdigt om EU:s egna medlemsstater inte respekterar rättsstaten. På ett mer övergripande plan handlar det om EU:s identitet: rättsstatsprincipen är en princip som EU-samarbetet grundar sig på. Det är med andra ord en existentiell fråga.³

"Situationen är allvarlig eftersom rättsstatsprincipen på flera sätt är avgörande för EU-samarbetet. En stor del av EU:s lagstiftning [...] bygger på ömsesidigt förtroende mellan medlemsstaterna."

EU har en rad olika instrument för att "stävja" medlemsstater som inte respekterar rättsstatsprincipen. I artikel 7 i EU-fördraget (FEU) finns det så kallade "förebyggande förfarandet" som innebär att en medlemsstat kan bli officiellt utpekad i ministerrådet. Förfarandet har inletts i två fall: kommissionen har aktiverat det mot Polen (december 2017) och Europaparlamentet har aktiverat förfarandet mot Ungern (december 2018).⁴

Men rådet har ännu inte kommit att rösta i frågan. Orsaken till att man inte har kommit vidare sägs bland annat vara en alltför omfattande respekt mellan EU:s stats- och regeringschefer

¹ Se Europaparlamentets svar på denna utveckling: Europaparlamentets resolution av den 11 mars 2021 om förklaringen om EU som en frihetszon för HBTQI-personer, (2021/2557(RSP)).

² Detta kommer till uttryck i möjligheten för nationella domstolar att begära så kallat förhandsavgörande av EU-domstolen. Se mål C-272/19, Land Hessen, EU:C:2020:535, punkt 45; samt mål C-896/19, Republika, EU:C:2021:311, punkt 51.

³ Se t.ex. Anna Södersten, "EU och hoten mot rättsstaten," Sieps 2017:11epa.

⁴ Det handlar här egentligen om en risk för att åsidosätta EU:s värden, däribland rättsstatsprincipen. Se förslag till rådets beslut om fastslående av att det finns en klar risk för att Republiken Polen allvarligt åsidosätter rättsstatsprincipen, COM(2017)835 final; Europaparlamentet resolution av den 12 september 2018 om ett förslag med en begäran till rådet att enligt artikel 7.1 i fördraget om Europeiska unionen fastställa huruvida det finns en klar risk för att Ungern allvarligt åsidosätter unionens värden, EUT C 433, 23.12.2019, s. 66.

som undviker att i största möjliga mån öppet kritisera varandra.⁵ I artikel 7 finns även ”sanktionsförfarandet” som till exempel kan resultera i att en medlemsstat förlorar rösträtten i rådet. Detta förfarande kräver dock *enhällighet* i Europeiska rådet och har aldrig tillämpats eftersom Polen och Ungern förväntas backa upp varandra.

Ytterligare ett verktyg som EU har till förfogande är att Europeiska kommissionen inleder ett så kallat överträdelseförfarande mot en medlemsstat (artikel 258 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, FEUF). Det kan leda till att kommissionen drar frågan vidare till EU-domstolen. En rad sådana rättsprocesser har ägt rum och Polen har blivit fälld vid ett par tillfällen.⁶ Men av olika skäl har inte heller detta visat sig vara en framkomlig väg för att komma till rätta med situationen.

Ingenting tycks alltså riktigt fungera. Samtidigt går utvecklingen snabbt utför: enligt den politiskt oberoende organisationen Freedom House kan Ungern inte längre klassificeras som en demokrati⁷ och Polen är på väg åt samma håll.⁸ Även de senaste rapporterna från forskningsinstitutet V-Dem vid Göteborgs universitet och World Justice Project vittnar om en oroväckande utveckling i dessa länder.⁹ I detta

sammanhang kan också nämnas kommissionens årliga rättsstatsrapport där situationen i Polen och Ungern pekas ut som särskilt allvarlig (även om rapporten också har kritiserats för att inte i tillräcklig utsträckning betona problemen i dessa medlemsstater).¹⁰

”Ingenting tycks alltså riktigt fungera. Samtidigt går utvecklingen snabbt utför: enligt den politiskt oberoende organisationen Freedom House kan Ungern inte längre klassificeras som en demokrati och Polen är på väg åt samma håll.”

Då de befintliga verktygen inte tycks fungera har EU skapat nya verktyg. Det senaste tillskottet är förordningen om villkorlighetsordningen (denna analys använder kortformen ”villkorsmekanismen”)¹¹ som antogs i december 2020. Genom denna mekanism kan EU stoppa utbetalningar från EU om en medlemsstat inte efterlever rättsstatsprincipen: utbetalningar från EU ska villkoras.

⁵ Kim Lane Scheppele och R. Daniel Kelemen, ”Defending Democracy in EU Member States: Beyond Article 7 TEU” i Francesca Bignami (red.), *The EU at a Crossroads: From Technocracy to High Politics?* (Oxford University Press, 2019).

⁶ Se Mål C-619/18, Kommissionen mot Polen, EU:C:2019:531; och mål C-192/18, Kommissionen mot Polen, EU:C:2019:924.

⁷ Se publikationen Nations in Transit från 2020, <https://freedomhouse.org/report/nations-transit/2020/dropping-democratic-facade>.

⁸ Se Europaparlamentets resolution av den 16 januari 2020 om de pågående utfrågningarna inom ramen för artikel 7.1 i EU-fördraget: Polen och Ungern (2020/2513(RSP), där parlamentet uttalar att situationen har förvärrats sedan artikel 7 FEU aktiverades.

⁹ V-Dem Institute, ”Autocratization Turns Viral,” Democracy Report 2021, Göteborgs universitet; och WJP Rule of Law Index 2020. Det finns även omfattande litteratur om hur demokratin och rättsstaten håller på att nedmonteras i Polen och Ungern. Se t.ex. Laurent Pech och Kim Lane Scheppele, ”Illiberalism within: Rule of Law Backsliding in the EU” (2017) 19 *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, s. 3–47; Wojciech Sadurski, *Poland’s Constitutional Breakdown* (Oxford: Oxford university Press, 2019); och Armin von Bogdandy och Pál Sonnevend (red.) *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area: Theory, Law and Politics in Hungary and Romania* (Oxford: Hart Publishing, 2015).

¹⁰ Se t.ex. Laurent Pech, ”Doing more harm than good? A critical assessment of the European Commission’s rule of law report,” RECONNECT Blog, den 9 december 2020, <https://reconnect-europe.eu/blog/doing-more-harm-than-good-a-critical-assessment-of-the-european-commissions-first-rule-of-law-report/>.

¹¹ Europaparlamentets och rådets förordning (EU, Euratom) 2020/2092 av den 16 december 2020 om en generell villkorlighetsordning för skydd av unionsbudgeten, EUT L 433I, 22.12.2020, s. 1–10.

Polen och Ungern hade starka invändningar mot villkorsmekanismen och hotade att stoppa både EU:s långtidsbudget och återhämtningspaketet efter coronakrisen. I syfte att uppnå en kompromiss antog Europeiska rådet slutsatser i december 2020 som på flera sätt i praktiken ändrar förordningen om villkorlighetsordningen. Dessa ändringar kan sägas ha accepterats av kommissionen och i viss mån även av Europaparlamentet. Europeiska rådet har dock inte någon sådan roll enligt EU:s fördrag: det saknar lagstiftande makt. Europeiska rådet överskrider därmed sin befogenhet och kan därför hota den institutionella balansen. Än mer allvarligt är kanske risken för att Europeiska rådet även framledes intar denna roll i svåra situationer, det vill säga att förfarandet permanentas. Och lika allvarligt är det att ändringarna kan medföra att villkorsmekanismen inte kommer att fungera som så många hoppas på.

"Europeiska rådet överskrider därmed sin befogenhet och kan därför hota den institutionella balansen."

När EU:s befintliga verktyg för att skydda rättsstatsprincipen inte har visat sig fungera har EU:s strategi fram tills nu varit att skapa nya verktyg. Men EU kan nu ha nått vägs ände. Allt hopp står därför till villkorsmekanismen – det är EU:s sista halmstrå.

Syftet med denna analys är således att beskriva villkorsmekanismen samt att förklara på vilka sätt den ändras av Europeiska rådets slutsatser. Syftet är också att förklara varför slutsatserna är problematiska för EU samt att diskutera den kritik som har framförts i den akademiska och politiska debatten.

I avsnitt 2 presenteras bakgrunden till villkorsmekanismens tillkomst. I avsnitt 3 beskrivs innehållet i villkorsmekanismen. I avsnitt 4 följer en analys av Europeiska rådets slutsatser, som på

flera sätt i praktiken ändrar mekanismen. Detta avsnitt förklarar också varför Europeiska rådets slutsatser är problematiska. I avsnitt 5 diskuteras Europaparlamentets svar på dessa problem. I avsnitt 6 presenteras slutsatser.

2. Villkorsmekanismen under utarbetande

Europeiska kommissionen lade fram ett förslag till en förordning om en rättsstatsmekanism redan under 2018.¹² Utgångspunkten var att EU:s medel inte kan skyddas om inte rättsstatsprincipen respekteras i alla medlemsstater. Ett system för villkorade utbetalningar skulle därför inrättas (så kallad konditionalitet).

Enligt kommissionens förslag skulle EU kunna stoppa utbetalningar av EU:s medel till en medlemsstat som uppvisar "generella brister när det gäller rättsstatens principer." Frågan om att ställa villkor på hur medlemsstater använder medel från EU:s budget var dock inte ny. Det har även tidigare gått att ställa villkor.¹³ Men det var först nu som det föreslogs en tydlig koppling mellan hur EU:s budget används av medlemsstaterna och rättsstatsprincipen. Tidigare var det nämligen inte helt klart att villkor kunde ställas i form av respekt för rättsstatsprincipen.

Enligt förslaget skulle artikel 322.1 a FEUF utgöra den rättsliga grunden för förordningen. Denna fördragsartikel handlar om att Europaparlamentet och rådet ska anta finansiella regler om budgetens uppställning och genomförande och om redovisning och revision. Den används vanligen för att upprätta EU:s budgetförordningar¹⁴ och indikerar att det övergripande syftet är att säkerställa en sund förvaltning av EU:s budget (artikel 317 FEUF). Det handlar alltså inte primärt om att skydda rättsstatsprincipen. Vi återkommer till denna diskussion i avsnittet nedan.

Kommissionens förslag (samt Europaparlamentets ändringar till detta förslag) kritiserades dock

¹² Förslag till Europaparlamentets och rådets förordning om skydd av unionens budget vid generella brister när det gäller rättsstatens principer i medlemsstaterna, COM(2018) 324 final.

¹³ Se Viorica Vita, "Revisiting the Dominant Discourse on Conditionality in the EU: The Case of EU Spending Conditionality," *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* (2017) 19, s. 116–143.

¹⁴ Se Europaparlamentets och rådets förordning (EU, Euratom) 2018/1046 av den 18 juli 2018 om finansiella regler för unionens allmänna budget, EUT L 193, 30.7.2018, s. 1–222.

ingående från flera håll.¹⁵ Förslaget ansågs bland annat innehålla en alltför bred definition av de situationer där EU kan "sanktionera" en medlemsstat (begreppet "generella brister" ansågs ottydligt). Det ansågs också vara ottydligt vilka åtgärder som skulle sättas in mot en medlemsstat som inte respekterar rättsstatsprincipen. Det fanns vidare tveksamheter kring förslaget att så kallad *omvänd kvalificerad majoritet* skulle gälla i ministerrådet då EU antog åtgärder mot en medlemsstat. Det innebär att åtgärder skulle sättas in såvida inte ministerrådet beslutade att de *inte* skulle gälla. Det fanns likaså tveksamheter kring frågan om en medlemsstat skulle riskera att förlora EU-medel permanent samt kring rättsskyddet för mottagare av EU-medel.

Frågan om villkorsmekanismen väcktes inför toppmötet i juli 2020 bland annat av "de fyra sparsamma" (Sverige, Nederländerna, Danmark och Österrike) efter indikationer om att EU:s medel kunde ha bidragit till att upprätthålla regimer som inte respekterar EU:s rättsstatsprincip (som Polen och Ungern).¹⁶ "De fyra sparsamma" krävde att Europeiska rådet skulle uttala i sina slutsatser att det finns en koppling mellan rättsstatsprincipen och EU:s budget. Polen och Ungern motsatte sig dock ett sådant uttalande. De ville dessutom förhandla om kommissionens förslag vid toppmötet eftersom de annars senare riskerade att bli nedröstade i ministerrådet. Men att öppna sådana förhandlingar vid ett toppmöte är naturligtvis inte rättsligt möjligt: Europeiska rådet har ingen roll i EU:s lagstiftningsarbete (se vidare diskussionen nedan). Trots det kom Europeiska rådet att göra vissa uttalanden i sina slutsatser som i praktiken innebar att ändringar skulle göras i kommissionens förslag.¹⁷

I sina slutsatser betonade Europeiska rådet vikten av att EU:s ekonomiska intressen skyddas samt att rättsstatsprincipen respekteras. Europeiska

rådet nämnde även att en villkorsmekanism skulle upprättas¹⁸ och uttalade sig om innehållet i denna villkorsmekanism. Vidare förklarade Europeiska rådet att då ministerrådet antar åtgärder mot en medlemsstat (som inte respekterar rättsstatsprincipen) ska dessa åtgärder antas med kvalificerad majoritet. Därmed förkastades den konstruktion som kommissionen hade förslagit om "omvänd kvalificerad majoritet." Slutligen framhöll Europeiska rådet lite kryptiskt att det "kommer att återkomma till frågan inom kort." Frågan skulle alltså diskuteras på nytt på stats- och regeringschefsnivå – men syftet med en sådan diskussion framgick inte.

"Dessa uttalanden var dock djupt problematiska eftersom [...] Europeiska rådet inte har någon roll i lagstiftningsarbetet enligt EU:s fördrag."

Dessa uttalanden var dock djupt problematiska eftersom, som nämnts (och som kommer att diskuteras vidare nedan), Europeiska rådet inte har någon roll i lagstiftningsarbetet enligt EU:s fördrag. Europeiska rådet överskred därmed inte bara sina befogenheter, utan satte även den institutionella balansen ur spel. Och i samband med att villkorsmekanismen slutligen upprättades skulle Europeiska rådet återigen komma att göra uttalanden som innebar att det överskred sina befogenheter och rubbade den institutionella balansen.

Efter toppmötet förklarade alla sidor sig som vinnare: det fanns de som hävdade att länken mellan EU:s medel och rättsstaten hade stärkts och andra som hävdade att försök till att stärka denna länk hade blockerats.¹⁹ Enligt läckta dokument framgick det dock att Ungern helst hade sett att

¹⁵ Se t.ex. Armin von Bogdandy and Justyna Łacny, Suspension of EU funds for breaching the rule of law – a dose of tough love needed? Sieps 2020:7epa.

¹⁶ R. Daniel Kelemen, "The European Union's authoritarian equilibrium", *Journal of European Public Policy* (2020) 27, s. 481–499.

¹⁷ Europeiska rådets slutsatser, 17–21 juli 2020, punkt A24, s. 22–23.

¹⁸ Det uppstod då viss förvirring om huruvida kommissionen skulle lägga fram ett nytt förslag eller om det tidigare förslaget skulle revideras.

¹⁹ Daniel Hegedüs, "What EU leaders really decided on rule of law", Politico, 21 juli 2020. <https://www.politico.eu/article/what-eu-leaders-really-decided-on-rule-of-law-budget-mff/>

länken mellan rättsstaten och EU:s medel helt hade tagits bort.²⁰ Samtidigt framfördes kritik redan i detta skede mot att EU hade vikt sig för Polen och Ungern.²¹

Under hösten 2020 inleddes förhandlingar mellan Europaparlamentet och rådet (så kallade trilögmöten). Förhandlingarna var komplicerade eftersom institutionerna hade diametralt skilda uppfattningar kring en rad frågor. Det gällde bland annat förordningens syfte och hur själva förfarandet skulle gå till (hur åtgärder mot en medlemsstat skulle antas). De kom slutligen överens i början av november 2020.²²

”Ungern och Polen kunde därmed hota med att stoppa budgeten och återhämtningspaketet såvida förordningen om villkorsmekanismen inte gjordes om.”

Polens och Ungerns regeringar var dock missnöjda. I ett gemensamt uttalande hävdade de att utgången av förhandlingarna mellan institutionerna inte motsvarade vad de ansåg att medlemsstaterna hade kommit överens om i Europeiska rådet.²³ De hotade därför med att använda sin vetorätt. För att anta förordningen krävdes visserligen endast kvalificerad majoritet i rådet (vilket som bekant innebär att vissa medlemsstater kan bli överröstade). Men förordningen hade kopplats till den fleråriga budgetramen och återhämtningspaketet ”Next Generation EU”

(efter coronakrisen)²⁴ – och antagandet av dessa båda instrument krävde *enhällighet* i ministerrådet. Ungern och Polen kunde därmed hota med att stoppa budgeten och återhämtningspaketet såvida förordningen om villkorsmekanismen inte gjordes om.

Länge tycktes situationen låst men under det tyska ordförandeskapet under hösten 2020 kom förhandlingarna igång på nytt. Vid toppmötet i Europeiska rådet i december 2020 kom EU:s ledare slutligen överens. Europeiska rådet antog en förklaring som hade utformats av det tyska ordförandeskapet i nära kontakt med Ungern och Polen. De båda medlemsstaterna övertalades att inte använda vetorätten och därmed kunde också villkorsmekanismen antas av EU. Men priset som EU fick betala kan möjligen anses vara högt. Vi återkommer till det och till Europeiska rådets slutsatser nedan. Men först följer en beskrivning av förordningen om villkorsmekanismen.

3. Förordningen om villkorsmekanismen

Förordningen om en villkorlighetsordning antogs av Europaparlamentet och rådet i december 2020. Den handlar om att fastställa ”de regler som är nödvändiga för att skydda unionsbudgeten vid överträdelser av rättsstatens principer i medlemsstaterna” (artikel 1). Förordningen utgör därmed ett instrument som syftar till att skydda EU:s medel (finansier) – och alltså inte uttryckligen att skydda rättsstatsprincipen. Förklaringen till det är att förordningen grundar sig på tidigare nämnda artikel 322.1 a FEUF, som handlar om att EU ska anta finansiella regler om budgetens uppställning och genomförande och om redovisning och

²⁰ <https://www.politico.eu/wp-content/uploads/2020/07/Hungary-text.jpg>

²¹ Se hänvisningar i John Morijn, Op-Ed: ”The July 2020 Special European Council, the EU budget(s) and the rule of law: Reading the European Council Conclusions in their legal and policy context”, <https://eulawlive.com/op-ed-the-july-2020-special-european-council-the-eu-budgets-and-the-rule-of-law-reading-the-european-council-conclusions-in-their-legal-and-policy-context-by-john-morijn/>

²² Meddelande från kommissionen till Europaparlamentet enligt artikel 294.6 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt om rådets ståndpunkt inför antagandet av Europaparlamentets och rådets förordning om en generell villkorlighetsordning för skydd av unionsbudgeten, COM(2020)843 final.

²³ Uttalandet finns tillgängligt på den polska regeringens hemsida: <https://www.gov.pl/web/eu/joint-declaration-of-the-prime-minister-of-poland-and-the-prime-minister-of-hungary>

²⁴ Det har dock hävdats att det överhuvudtaget inte var nödvändigt att Europeiska rådet tog i frågan, se R. Daniel Kelemen, ”Time to call Hungary and Poland’s bluff”, Politico, 19 november 2020, www.politico.eu/article/time-to-call-hungary-and-polands-bluff/.

revision. Men det går inte att bortse ifrån att förordningen ändå också *ytterst* kan sägas handla om att komma till rätta med medlemsstater som inte respekterar rättsstatsprincipen, även om EU:s finanser därigenom också skyddas.

Det kan tilläggas att syftet diskuterades ingående av Europaparlamentet och rådet under förhandlingarna (vid den så kallade trilog).²⁵ Enligt Europaparlamentet borde förordningen handla om att *skydda rättsstatsprincipen* genom EU:s budget. Rådet menade däremot att den borde handla om att *skydda EU:s budget* genom rättsstatsprincipen. Enligt rådets rättsavdelning kunde nämligen inte mekanismen ha *samma* syfte som i det ovan kort beskrivna förfarandet i artikel 7 FEU. Europaparlamentet hävdade däremot att artikel 7 *inte utesluter* att även andra instrument kan tillämpas: artikel 7 och de överträdelseförfaranden som har inletts i EU:s domstol överlappar nämligen i detta hänseende. Förordningen kom slutligen att inkludera båda elementen, även om det i förordningen betonas att det övergripande syftet är att skydda budgeten.

3.1 Krav för tillämpning

I EU:s fördrag räknas rättsstatsprincipen upp som ett av EU:s värden, som både EU och dess medlemsstater måste respektera (artikel 2 FEU). Men det saknas en definition av vad principen innebär. EU:s institutioner har istället formulerat rättsstatsprincipen med hjälp av rättspraxis från EU-domstolen och Europadomstolen, och av dokument upprättade av Venedigkommissionen (som är en del av Europarådet, ej att förväxla med Europeiska rådet som är en av EU:s institutioner).²⁶ I den nya förordningen finns däremot en definition av rättsstatsprincipen. Det alltså första gången som den definieras i EU:s lagstiftning.

Enligt definitionen, som dock inte är uttömmande utan endast ger *exempel* på vad rättsstaten kan innebära, inkluderar rättsstaten "principerna om lagenlighet, som förutsätter en öppen,

redovisningsskyldig, demokratisk och pluralistisk lagstiftningsprocess, rättssäkerhet, förbud mot godtyckligt utövande av exekutiva befogenheter, effektivt rättsligt skydd, inklusive tillgång till rättslig prövning, av oberoende och opartiska domstolar, även vad gäller grundläggande rättigheter, maktindelning, icke-diskriminering och likhet inför lagen." Denna definition motsvarar i stort den definition som EU:s institutioner tidigare har använt sig av. Skillnaden är att den nya definitionen därmed kan anses ha större demokratisk legitimitet eftersom EU:s lagstiftande institutioner har kommit överens om den (och eftersom den därmed kan anses ligga närmare "folkviljan").

"Skillnaden är att den nya definitionen därmed kan anses ha större demokratisk legitimitet eftersom EU:s lagstiftande institutioner har kommit överens om den [...]"

Förordningen beskriver vidare *allmänt* vad som kan utgöra en överträdelse av rättsstatens principer (artikel 3 i förordningen). Det kan handla om att äventyra rättsväsendets oberoende, att inte förhindra, rätta till eller tillgripa sanktioner mot godtyckliga eller rättsstridiga beslut från offentliga myndigheter eller att begränsa tillgången till rättsmedel och deras effektivitet. Men inte heller här är det fråga om en uttömmande reglering, utan det är endast exempel som räknas upp. Andra typer av ageranden kan därför också komma ifråga och anses som överträdelser.

För att EU ska kunna aktivera villkorsmekanismen (det vill säga anta åtgärder mot en medlemsstat) krävs att det "har fastställts att överträdelser av rättsstatens principer i en medlemsstat påverkar eller *riskerar att allvarligt påverka* den sunda ekonomiska förvaltningen av unionsbudgeten

²⁵ Aleksejs Dimitrovs och Hubertus Droste, "Conditionality Mechanism: What's In It?," VerfBlog, 30 december 2020, <https://verfassungsblog.de/conditionality-mechanism-whats-in-it/>.

²⁶ Se t.ex. Meddelande från kommissionen till Europaparlamentet och rådet, En ny EU-ram för att stärka rättsstatsprincipen, KOM/2014/158 slutlig. En definition finns också med i kommissionens första årsrapport om rättsstatssituationen i EU, COM(2020) 580 final. Venedigkommissionen (formellt Europeiska kommissionen för demokrati genom lag), har upprättat en så kallad checklista för rättsstater som ska uppdateras i takt med den rättsliga utvecklingen (Rule of Law Checklist, Strasbourg, 18 March 2016, Study No. 711/2013).

eller skyddet av unionens ekonomiska intressen på ett *tillräckligt direkt sätt*.” (artikel 4, kursivering tillagd) Tröskeln för tillämpning är alltså relativt låg: det räcker med att det finns en *risk* för att EU:s medel påverkas. Samma låga tröskel fanns med i kommissionens förslag från 2018. Däremot har formuleringen om att effekterna ska påverka eller riskera att *allvarligt* påverka på ett *tillräckligt direkt sätt* tillkommit efter att ministerrådet insisterade på det. Formuleringen innebär att kommissionen måste lägga fram starkare bevis än vad den tidigare formuleringen krävde.

”Tröskeln för tillämpning är alltså relativt låg: det räcker med att det finns en *risk* för att EU:s medel påverkas.”

Men för att anta åtgärder mot en medlemsstat krävs också att en eller flera av några specifikt uppräknade aspekter berörs (artikel 4). Det handlar till exempel om att myndigheterna fungerar väl när det gäller genomförandet av EU:s budget och utredning av och åtal för bedrägerier och korruption. Det kan också handla om oberoende domstolars effektiva rättsliga prövning av myndigheternas åtgärder, om återbetalning av belopp som betalats ut på felaktiga grunder och om effektivt samarbete med EU:s byrå för bedrägeribekämpning (Olaf) samt med Europeiska åklagarmyndigheten (Eppo).

Listan med relativt *specifika* situationer och ågeranden fanns inte med i kommissionens förslag från 2018 utan där ställdes det istället endast krav på ”generella brister”.²⁷ Farhågan var dock (som ovan nämnts) att termen ”generella brister” var otydlig och att den inte motsvarade de allmänna kraven på rättslig precision. Genom att byta ut denna term mot en lista kunde man åstadkomma mer precision och säkerhet. Men inte heller denna lista är uttömmande utan ger endast *exempel* på överträdelser av rättsstatsprincipen. Det kan nämligen också handla om ”andra situationer eller ågeranden från myndigheternas sida som är av betydelse för den sunda ekonomiska förvaltningen av unionsbudgeten eller skyddet av unionens ekonomiska intressen” (artikel 4). Men enligt

Europeiska rådets slutsatser från december 2020 ska listan trots denna formulering – som vi ska se nedan – ändå anses som sluten.

3.2 Hur sätts åtgärder in mot en medlemsstat?

Förordningen innehåller vidare en lista på åtgärder som kan komma att antas mot en medlemsstat (artikel 5). Det kan till exempel handla om att EU håller inne med utbetalningar, att betalningarna hävs helt eller att förfinansiering till medlemsstaten minskas. Denna lista är mer precis än vad som var fallet i kommissionens förslag. Åtgärderna måste – liksom vid all EU-lagstiftning – vara proportionella och ska fastställas mot bakgrund av ”den faktiska eller potentiella inverkan som överträdelserna av rättsstatens principer har på unionsbudgetens sunda ekonomiska förvaltning eller på unionens ekonomiska intressen”. EU måste även (i nästa steg) beakta överträdelsernas art samt hur allvarliga och omfattande de är. Det framgår också att åtgärderna ska ”i så stor utsträckning som möjligt inriktas på de unionsåtgärder som påverkas av överträdelserna.”

Om åtgärder sätts in mot en medlemsstat ska inte medlemsstatens skyldigheter påverkas. En medlemsstat har till exempel fortfarande skyldighet att genomföra de program som berörs. Den har också skyldigheter gentemot dem som ytterst tar emot medlen: det är medlemsstaterna som ska ställas till ansvar – men de slutliga mottagarna ska alltså inte drabbas. Kommissionen ska därför informera mottagarna om medlemsstaternas fortsatta skyldigheter och den ska även inhämta information om överträdelser av dessa skyldigheter. Kommissionen ska ”göra sitt yttersta” för att säkerställa att de utlovade beloppen till mottagarna verkligen betalas ut.

Som tidigare nämnts är kravet på att aktivera villkorsmekanismen relativt lågt ställt: det räcker med att det är fråga om en *risk* för att allvarligt påverka den sunda ekonomiska förvaltningen av unionsbudgeten eller skyddet av unionens ekonomiska intressen på ett tillräckligt direkt sätt. Det krävs vidare att kommissionen har *rimliga skäl* att anse att villkoren för tillämpning är uppfyllda (artikel 6). Kommissionen måste dock också

²⁷ Förslag till Europaparlamentets och rådets förordning om skydd av unionens budget vid generella brister när det gäller rättsstatens principer i medlemsstaterna, COM(2018)324 final.

undersöka om det finns *andra* förfaranden som kan skydda EU:s budget på ett effektivare sätt. Vid bedömningen ska kommissionen ta hänsyn till en rad olika källor såsom beslut, slutsatser och rekommendationer från EU:s institutioner och andra relevanta internationella organisationer och institutioner, såsom Venedigkommissionen.

Om villkorsmekanismen aktiveras ska kommissionen underrätta den berörda medlemsstaten samt Europaparlamentet och rådet. Medlemsstaten är sedan skyldig att lämna ”alla nödvändiga uppgifter” till kommissionen. Medlemsstaten har möjlighet att komma med synpunkter och kan också ge förslag på hur den ska komma till rätta med problemen, så kallade korrigeringar. Om kommissionen sedan kommer fram till att medlemsstaten bör omfattas av åtgärder, har medlemsstaten på nytt möjlighet att lämna synpunkter. Kommissionen ska därefter lägga fram ett förslag för ministerrådet om att anta lämpliga åtgärder. Rådet fattar beslut med kvalificerad majoritet.²⁸ Som tidigare nämnts hade ju kommissionen här föreslagit att så kallad omvänd kvalificerad majoritet skulle gälla, men så blev alltså inte fallet.

Det är ett tämligen långt förfarande som säkerligen kan ta från några månader till ett år att genomföra. Varje institution och den berörda medlemsstaten får nämligen en tidsfrist som oftast är en månad för varje steg (och som dessutom kan förlängas under vissa omständigheter). Och som vi ska se nedan så har förfarandet förlängts ytterligare genom Europeiska rådets slutsatser från december 2020. Förfarandet har också *fördröjts* genom slutsatserna. Formellt sett trädde förordningen i kraft den 1 januari 2021 (artikel 10). Men slutsatserna ändrar alltså tidpunkten då förordningen ska börja tillämpas.

För att en åtgärd som EU har antagit mot en medlemsstat sedan ska kunna *upphävas* krävs det att medlemsstaten inkommer med bevis om att den har åtgärdat situationen (artikel 7). Kommissionen ska då göra en ny bedömning (inom ett år). Den ska beakta de inkomna bevisen samt lämpligheten av medlemsstatens ändringar. Om kommissionen anser att ändringarna är tillfredsställande ska den lägga fram ett förslag för rådet om att upphäva åtgärderna. Om kommissionen däremot anser att medlemsstaten *endast delvis* har åtgärdat situationen så kan istället en ”anpassning” av EU:s åtgärder mot en medlemsstat komma att ske.

”För att en åtgärd som EU har antagit mot en medlemsstat sedan ska kunna *upphävas* krävs det att medlemsstaten inkommer med bevis om att den har åtgärdat situationen [...]”

Det kan slutligen nämnas att kommissionen ska informera Europaparlamentet om alla åtgärder som föreslås, antas eller upphävs (artikel 8) och även rapportera senast januari 2024 till Europaparlamentet och rådet om hur förordningen har tillämpats och om de antagna åtgärderna har varit effektiva (enligt artikel 9).

4. Europeiska rådets slutsatser

Mot bakgrund av Polens och Ungerns påtryckningar (det vill säga deras hot om att lägga in sina veton mot budgeten och återhämtningspaketet) förklarade Europeiska rådet efter toppmötet i december 2020 hur förordningen om villkorsmekanismen ska förstås och tillämpas. Slutsatserna utgör enligt Europeiska rådet ”en lämplig och hållbar reaktion på de farhågor som

²⁸ Detta framgår inte direkt av förordningen men kan utläsas av artikel 16.3 FEU där det stadgas att ”Rådet ska besluta med kvalificerad majoritet om inte annat föreskrivs i fördragen.” Huvudregeln är med andra ord att rådet beslutar med kvalificerad majoritet om det inte framgår att beslut ska fattas på annat sätt.

uttrycks”.²⁹ Slutsatserna har dock fått utstå skarp kritik, främst från akademiskt håll.³⁰

En övergripande kritik handlar om att slutsatserna utgör en kompromiss kring frågor om rättsstatsprincipen.³¹ Kompromissen framkommer bland annat av Europeiska rådets formulering att ”förordningen ska tillämpas med full respekt för artikel 4.2 i EU-fördraget, särskilt medlemsstaternas nationella identitet, som kommer till uttryck i deras politiska och konstitutionella grundstrukturer” (punkt 2 i slutsatserna). Det handlar om att ”ta itu med de farhågor som uttryckts med avseende på utkastet till förordning[en]”. Kritik har här riktats mot att slutsatserna ger Polen och Ungern ett skimmer av trovärdighet och att de anammar Polens och Ungerns perspektiv.³² Det kan också tyckas olyckligt att betoningen på den ”nationella identiteten” får det att framstå som att det inte finns någon konsensus kring rättsstatsprincipens innebörd (men som vi såg ovan innehåller förordningen en definition av rättsstaten).³³

Kompromissen tar sig också uttryck i att det ”egentliga” syftet – att skydda rättsstatsprincipen – har tonats ner. Istället betonar Europeiska rådet att syftet med förordningen är att ”skydda unionens budget ... samt unionens ekonomiska intressen” (punkt 2 a) samt att ”skydda unionens budget ... effektivt” (punkt 2 d).

En annan formulering i Europeiska rådets slutsatser som också kan tyckas märklig är att tillämpningen av villkorsmekanismen kommer att vara ”objektiv,

rättvis, opartisk och faktabaserad” (punkt 2 b). Denna formulering är inte bara överflödigt – man kan även få intrycket att detta annars *inte* skulle gälla då EU:s lagstiftning tillämpas.

”Men en kanske ännu allvarligare kritik är att slutsatserna på flera sätt ändrar i förordningen.”

Men en kanske ännu allvarligare kritik är att slutsatserna på flera sätt ändrar i förordningen. Enligt den tyska förbundskanslern Angela Merkel behövde alla sidor göra eftergifter.³⁴ Men frågan är om inte Europeiska rådet har gått för långt. För som vi ska se nedan är dessa ändringar problematiska av flera skäl.

4.1 Ändringar i förordningen

En av Europeiska rådets ändringar är att det anger att ”kommissionen har för avsikt att utarbeta och anta *riktlinjer* för hur den kommer att tillämpa förordningen, inbegripet en metod för genomförandet av bedömningen” (punkt 2 c, kursivering tillagd). Det anger också att dessa riktlinjer kommer att utarbetas ”i nära samråd med medlemsstaterna.” I själva förordningen framgår dock varken att sådana riktlinjer ska upprättas eller att en sådan dialog ska äga rum: det här är istället fråga om ett nytt element som Europeiska rådet introducerar.

Slutsatserna anger vidare att om en talan om ogiltigförklaring av förordningen väcks i EU:s domstol (Polen och Ungern hade indikerat att de

²⁹ Europeiska rådet, slutsatser, 11 december 2020.

³⁰ Se bland annat Alberto Alemanno och Merijn Chamon, ”To Save the Rule of Law you Must Apparently Break it,” Verfblog, 11 december 2020, <https://verfassungsblog.de/to-save-the-rule-of-law-you-must-apparently-break-it/> och Kim Lane Scheppele, Laurent Pech och Sébastien Platon, ”Compromising the Rule of Law while Compromising on the Rule of Law,” Verfblog, 13 december 2020, <https://verfassungsblog.de/compromising-the-rule-of-law-while-compromising-on-the-rule-of-law/>; Justyna Łacny, ”The Rule of Law Conditionality Under Regulation No 2092/2020—Is it all About the Money?” 13 *Hague Journal on the Rule of Law*, s. 79–105 (2021).

³¹ Scheppele, Pech och Platon, fotnot 30 ovan.

³² Ibid.

³³ För ett liknande resonemang, se R. Daniel Kelemen och Laurent Pech, ”Why autocrats love constitutional identity and constitutional pluralism: Lessons from Hungary and Poland,” Working Paper, RECONNECT, 16 oktober 2018.

³⁴ Hans von der Burchard, ”Merkel says ‘all sides’ must make compromises to break budget deadlock,” Politico, 30 november 2020, <https://www.politico.eu/article/angela-merkel-all-sides-must-make-compromises-to-break-budget-deadlock-over-rule-of-law/>

skulle väcka en sådan talan), så kommer riktlinjerna att färdigställas först *efter* domstolens dom. Förordningen ska med andra ord inte tillämpas förrän EU-domstolen har gett grönt ljus. Inte heller denna konstruktion finns med i förordningen. Och det är till och med så att den *strider* mot EU:s fördrag: om en fråga om ogiltighet väcks av en medlemsstat så ska förordningen nämligen fortsätta att tillämpas (artikel 278 FEUF). Det är nämligen *endast domstolen* som kan förordna om uppskov med verkställigheten ("om den anser att omständigheterna så kräver"). Det är alltså ingenting som Europeiska rådet kan besluta om.

"Förordningen är med andra ord i kraft, men den kommer i praktiken inte att tillämpas förrän riktlinjer har upprättats och EU-domstolen har fått säga sitt."

I *praktiken* innebar dessa ändringar (att riktlinjer ska dras upp och att domstolen måste ge grönt ljus) att villkorsmekanismen inte kunde börja tillämpas den 1 januari 2021, vilket är det datum som anges som "startdatum" i förordningen. Och det är tydligt att detta startdatum inte längre gäller – kommissionen har nämligen uttalat att den nu håller på att utarbeta riktlinjer.³⁵ Men enligt ett (tidigare) yttrande från rådets rättsavdelning³⁶ utgör ett sådant startdatum en *väsentlig del* av lagstiftningen. Startdatumet är därför något som *endast* EU:s lagstiftare kan fatta beslut om, det vill säga varken Europeiska rådet eller kommissionen, utan endast Europaparlamentet tillsammans med ministerrådet.³⁷ Förordningen är med andra ord i kraft, men den kommer i praktiken inte att

tillämpas förrän riktlinjer har upprättats och EU-domstolen har fått säga sitt.

Ett annat exempel på hur förordningen ändras är att slutsatserna slår fast att en "djupgående dialog" ska ske mellan medlemsstaten och kommissionen innan ett förfarande inleds mot en medlemsstat (punkt 2 g i slutsatserna). Det handlar således om att ge den berörda medlemsstaten möjlighet att åtgärda situationen. Någon sådan möjlighet ges dock inte i förordningen. Som tidigare nämnts måste kommissionen enligt förordningen underrätta den berörda medlemsstaten (artikel 6 i förordningen). Medlemsstaten har därvid skyldighet att lämna alla nödvändiga uppgifter och har möjlighet till att lämna synpunkter.³⁸ Men någon "djupgående dialog" är det inte fråga om. Den djupgående dialog som Europeiska rådet har infört är istället ett helt nytt element.

Europeiska rådets slutsatser formaliserar även en så kallad "nödbroms" (punkt 2 j). Den ger en medlemsstat möjlighet att begära att Europeiska rådet för upp ärendet på agendan. Kommissionen "bör" inte fatta beslut om att införa sanktioner förrän Europeiska rådet har diskuterat ärendet. Europaparlamentet var dock starkt emot att en sådan nödbroms skulle införas. Den kom därför att placeras i förordningens ingress (skäl 26) istället för i själva förordningen.³⁹ Och ingresser anses i regel inte ha samma rättsliga värde och betydelse som själva artiklarna i förordningen – att så är fallet kan utläsas av att ingressen använder sig av skrivningen "bör" och inte det mer rättsligt föreskrivande "ska".⁴⁰ I Europeiska rådets slutsatser "formaliserades" dock nödbromsen genom att starkare formuleringar användes: Europeiska rådet "kommer" vid en begäran från en medlemsstat att föra upp frågan på dagordningen. Europeiska rådet lyfter därmed upp

³⁵ Se t.ex. debatten organiserad av Central European University, <https://www.ceu.edu/article/2021-01-26/democracy-institute-event-offers-debate-rule-law-europe>.

³⁶ Opinion of the Legal Service, 8970/11, Brussels 11 April 2011, punkt 7 samt mål C-363/14, Europaparlamentet mot rådet, EU:C:2015:579, punkt 46–47.

³⁷ Det ska tilläggas att slutsatserna är motsägelsefulla här: i punkt 2 k i upprepas nämligen att förordningen ska börja tillämpas från den 1 januari 2021.

³⁸ Den enda dialog som föreskrivs i förordningen är att Europaparlamentet har möjlighet till att bjuda in kommissionen till en strukturerad dialog om sina slutsatser (artikel 6 i förordningen).

³⁹ Nödbromsen placerades också i ingressen därför att Europeiska rådet inte är någon lagstiftande institution (artikel 15.1 FEU) och därför inte kan ersätta en omröstning i rådet, utan endast skjuta upp den i tre månader.

⁴⁰ Tadas Klimas och Jūrate Vaitiukait, "The Law of Recitals in European Community Legislation", *ILSA Journal of International & Comparative Law* (2008) 15(1).

nödbromsen till ett obligatoriskt moment. Det bör dock redan här påpekas att nödbromsen inte kan stoppa åtgärder mot en medlemsstat – utan endast försena dem upp till tre månader.

Vidare höjer Europeiska rådet tröskeln för tillämpning. I förordningen stadgas det som nämnts att åtgärder ska vidtas mot en medlemsstat om det har fastställts att överträdelser av rättsstatens principer ”påverkar eller *riskerar* att allvarligt påverka den sunda ekonomiska förvaltningen av unionsbudgeten eller skyddet av unionens ekonomiska intressen på ett tillräckligt direkt sätt” (artikel 4, kursivering tillagd). Det räcker alltså med en *risk* (även om påverkan måste vara direkt). Men enligt Europeiska rådets slutsatser krävs det istället att ”orsakssambandet mellan sådana åsidosättanden och de negativa konsekvenserna för unionens ekonomiska intressen måste vara *tillräckligt* direkt och vederbörligen fastställt” (punkt 2 e; kursivering tillagd). Det ställs alltså – till skillnad från ordalydelsen i förordningen – krav på konkreta överträdelser. Det betonas även att ”Enbart ett konstaterande av att rättsstatsprincipen har åsidosatts räcker inte för att utlösa mekanismen.”

”Ytterligare ett exempel på hur förordningen ändras är att Europeiska rådet förklarar att den lista som finns i förordningen över situationer och ageranden från en medlemsstats sida som kan medföra sanktioner ska anses vara uttömmande.”

Ytterligare ett exempel på hur förordningen ändras är att Europeiska rådet förklarar att den lista som finns i förordningen över situationer och ageranden från en medlemsstats sida som kan medföra sanktioner ska anses vara uttömmande. Enligt Europeiska rådets slutsatser (punkt 2 f) ska förordningen ”tolkas och tillämpas som en uttömmande förteckning över homogena inslag och inte vara öppna för faktorer eller händelser av annat slag”. Denna formulering strider dock mot förordningens direkta ordalydelse: det står

nämligen *uttryckligen* att den kan tillämpas även vid ”*andra* situationer eller ageranden från myndigheternas sida” (artikel 4.2). Enligt förordningen ska alltså listan ses som öppen. Men frågan är vilken betydelse som Europeiska rådets slutsatser har i detta avseende – till syvende och sist är det EU-domstolen som kan avgöra om listan ska anses som öppen eller sluten, och förordningen – inte slutsatserna – måste därvid anses ha det överordnade värdet.

4.2 Varför ändringarna är problematiska

Som vi har sett ovan innebär Europeiska rådets slutsatser att förordningen i praktiken ändras på flera sätt. Detta är problematiskt av flera (rätt sammanbundna) skäl. För det första kan man hävda att Europeiska rådet har överskridit sin befogenhet. Formellt sett utgör Europeiska rådets slutsatser ett dokument av *politisk* natur, det vill säga icke-bindande. Trots det verkar slutsatserna få *rättsliga* konsekvenser. Europeiska rådet talar nämligen om hur förordningen ska tolkas och tillämpas. Och det är svårt att se hur det skulle finnas utrymme för de övriga institutionerna (framför allt kommissionen) att agera på annat sätt än vad Europeiska rådet föreskriver i sina slutsatser.

Problemet är att Europeiska rådet inte har befogenhet att upprätta slutsatser som är rättsligt bindande: EU:s fördrag stadgar nämligen tydligt att Europeiska rådet *inte* ska ha någon *lagstiftande* funktion (artikel 15.1 FEU). Det betyder att Europeiska rådet inte har möjlighet att upprätta (eller ändra i) lagstiftning såsom direktiv och förordningar: det är endast Europaparlamentet och rådet som har sådana funktioner (artikel 14.1 och 16.1 FEU). Det kan också tilläggas att förordningen har antagits med det så kallade ordinarie lagstiftningsförfarandet och att Europeiska rådet inte har någon roll enligt detta förfarande (vilket föreskrivs i artikel 322.1 a FEUF, som är den rättsliga grunden). EU:s fördrag anger dessutom att varje institution, inklusive Europeiska rådet, ska ”handla inom ramen för de befogenheter som den har tilldelats genom fördragen, i enlighet med de förfaranden, villkor och mål som anges där” (artikel 13 FEU).

Det ligger också nära till hands att hävda att Europeiska rådets slutsatser rubbar den

institutionella balansen.⁴¹ Det gäller framför allt kommissionens roll. Europeiska rådet anger att det välkomnar ”kommissionens avsikt att anta ett uttalande” där den ”kommer att uttrycka sitt åtagande” att tillämpa förordningen på de sätt som Europeiska rådet föreskriver (punkt 3). Kommissionen blev därmed i princip bunden till att anta ett sådant uttalande.⁴²

Som nämnts anger Europeiska rådet också att kommissionen har för avsikt att utarbeta och anta *riktlinjer* för hur förordningen ska tillämpas. Och som nämnts blir kommissionen därmed i princip bunden att upprätta sådana riktlinjer (och den håller nu på att upprätta sådana riktlinjer). Ett annat exempel på hur den institutionella balansen rubbas är den tidigare nämnda nödbromsen, som innebär att en berörd medlemsstat kan begära att Europeiska rådet tar upp en fråga om åtgärder (det vill säga ”sanktioner”). Frågan är nämligen vilka möjligheter kommissionen har att agera på annat sätt i de fall där Europeiska rådet kommer fram till att en åtgärd mot en medlemsstat *inte* är motiverad.

Genom dessa formuleringar inkräktar Europeiska rådet således på kommissionens ansvarsområde. Europeiska rådet kan visserligen ge ”allmänna politiska riktlinjer” (artikel 15.1). Enligt etablerad praxis kan Europeiska rådet också bjuda in kommissionen att ta initiativ. Men EU:s domstol har uttalat (i ett annat sammanhang) att sådan praxis inte kan stå över fördragets bestämmelser.⁴³ Europeiska rådet får därför *inte* ge instruktioner såsom nu har skett. Kommissionen ska nämligen vara helt oberoende (artikel 17.3 FEU) och inte ge efter för politiska påtryckningar (eller ”instruktioner”) från någon aktör, vare sig från Europeiska rådet eller EU:s medlemsstater. Men genom Europeiska rådets slutsatser blir det svårt för kommissionen att tillämpa förordningen enligt dess ordalydelse och därmed utöva sin roll som ”fördragets väktare.”

Även EU-domstolens ansvarsområde ”naggas i kanten”. Ungern och Polen hotade i ett tidigt skede att inleda en talan om ogiltighetsförklaring i EU:s domstol (de har nu väckt en sådan talan, se nedan).

Europeiska rådet har därför, som tidigare nämnts, uttalat att förordningen inte ska tillämpas förrän EU-domstolen har gett grönt ljus. Men som också nämnts är det *endast* domstolen som kan förorda om uppskov med verkställighet – det är alltså ingenting som Europeiska rådet kan besluta om. Europeiska rådets slutsatser strider därmed mot fördragets bestämmelser om att domstolen ska vara självständig.

”Man kan [...] inte förvänta sig att medlemsstater ska respektera EU:s rättssystem om inte EU:s institutioner gör det själva.”

Varför är det då så allvarligt att Europeiska rådet överskrider sin befogenhet och rubbar den institutionella balansen? Ytterst kan man säga att det handlar om att upprätthålla förtroendet för EU:s rättssystem. Man kan bland annat inte förvänta sig att medlemsstater ska respektera EU:s rättssystem om inte EU:s institutioner gör det själva. Risker är också att Europeiska rådet även framledes vid svåra situationer kommer att ta sig an denna roll. Då förfarandet permanentas kan det innebära stora förändringar för EU och medlemsstaterna – det blir till ett nytt rättssystem med nya balanser som inte framgår av EU:s fördrag.

Det bör också framhållas att betydande förseningar uppkommer som en följd av Europeiska rådets slutsatser. Enligt slutsatserna ska som nämnts förordningen inte tillämpas förrän riktlinjer har upprättats och EU-domstolen har sagt sitt (där processen som bekant kan vara långdragen). Som också nämnts har Europeiska rådet infört ett nytt element som innebär att kommissionen måste föra en ”djupgående dialog” med en berörd medlemsstat innan ett förfarande inleds (vilket också kan anses tveksamt eftersom dialog ändå inte har visat sig fungera tidigare) samt förstärkt den så kallade nödbromsen (som kan innebära att förfarandet försenas upp till tre månader).

⁴¹ Merijn Chamon, ”The institutional balance, an ill-fated principle of EU law?” *European Public Law*, (2015) 21(2), s. 371–392.

⁴² Se 2018/0136 (COD), Bryssel den 14 december 2020.

⁴³ Se t.ex. mål C-687/15, Kommissionen mot rådet, EU:C:2017:803, punkt 42.

Att förseningar uppstår är allvarligt, eftersom det tidigare har visat sig avgörande att åtgärder sätts in i tid för att komma till rätta med problemen. Förseningarna kan också innebära att de fonder – som mekanismen syftar till att skydda – redan kommer att ha fördelats (och spenderats) innan villkorsmekanismen kan tillämpas.⁴⁴

"Det finns kritiker som till och med hävdar att slutsatserna underminerar villkorsmekanismens funktion till den grad att den blir obrukbar."

Men slutsatserna innebär inte bara att förseningar uppkommer. Det finns kritiker som till och med hävdar att slutsatserna underminerar villkorsmekanismens funktion till den grad att den blir obrukbar.⁴⁵ Det har därvid också hävdats att överenskommelsen mellan Europeiska rådet och Polen och Ungern kan komma att ses som en "quick fix" snarare än (som Europeiska rådet uttryckte det) en "lämplig och hållbar reaktion på de farhågor som uttryckts".⁴⁶

Det bör slutligen påpekas att enligt rådets rättsavdelning utgör Europeiska rådets slutsatser endast *klargöranden*.⁴⁷ Enligt rådets rättsavdelning står slutsatserna inte i konflikt med förordningen och ändrar inte och lägger inte till något till den. Rättsavdelningen hävdar också att innehållet och syftet med förordningen respekteras. Även kommissionens ordförande Ursula von der Leyen har avvisat påståenden om att kommissionens oberoende skulle vara hotat, eller att förordningens

tillämpning skulle försenas.⁴⁸ Men i ljuset av det som har framförts ovan är det svårt att se att deras argument håller.

5. Europaparlamentets svar

Ovan diskuteras hur Europeiska rådets slutsatser ändrar i förordningen samt hur och varför dessa ändringar är problematiska. Den kritik som har lyfts fram ovan mot slutsatserna har främst kommit från akademiskt håll. Men kritik har inte heller låtit vänta på sig från politiskt håll: i december 2020 antog Europaparlamentet en resolution som innehöll ingående kritik mot Europeiska rådets slutsatser.⁴⁹ Parlamentet framhöll att tillämpningen av förordningen inte är beroende av att riktlinjer upprättas (vilket föreskrivs i Europeiska rådets slutsatser), eftersom ordalydelsen redan är tillräckligt klar. Parlamentet betonade också att det inte heller framgår av förordningen att riktlinjer ska upprättas.

I samma resolution uttalar parlamentet vidare att det förväntar sig att kommissionen – i egenskap av fördragens väktare – ska se till att förordningen börjar tillämpas från den 1 januari 2021, det vill säga från det datum som föreskrivs i förordningen. Parlamentet meddelar också att det (annars) är redo att väcka en underlåtelsetalan mot kommissionen i EU-domstolen (artikel 265 FEUF). En sådan talan kan väckas om någon institution *underlåter* att vidta åtgärder som den är skyldig till att vidta enligt EU:s fördrag. Argumentet är att kommissionen är fördragens väktare och därför har en skyldighet att tillämpa förordningen enligt dess ordalydelse. Om *inte* kommissionen följer förordningens ordalydelse – utan istället följer Europeiska rådets slutsatser – skulle därmed Europaparlamentet kunna väcka en sådan talan i domstolen.

⁴⁴ Scheppele, Pech och Platon, fotnot 30 ovan; Adam Bodnar och Paweł Filipek, "Time Is of the Essence: The European approach towards the rule of law in Poland should not only focus on budgetary discussions", VerfBlog, 30 november 2020, <https://verfassungsblog.de/time-is-of-the-essence/>.

⁴⁵ Scheppele, Pech och Platon, fotnot 32 ovan.

⁴⁶ Christophe Hillion, editorial, *Common Market Law Review*, april 2021.

⁴⁷ Utdrag från rättsavdelningens utlåtande publicerades på Politicos hemsida: <https://www.politico.eu/article/live-blog-eu-leaders-talk-coronavirus-climate-and-budget/#1284842>

⁴⁸ Speech by President von der Leyen at the European Parliament Plenary on the conclusions of the European Council meeting of 10–11 December 2020, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/speech_20_2442

⁴⁹ Europaparlamentets resolution av den 17 december 2020 om den fleråriga budgetramen 2021–2027, det interinstitutionella avtalet, EU:s återhämtningsinstrument och förordningen om rättsstatsprincipen (2020/2923(RSP)).

Nu verkar det som om parlamentets hot kan bli verklighet. Den 25 mars 2021 antog Europaparlamentet ytterligare en resolution⁵⁰ där det återigen betonar att tillämpningen av förordningen ”inte kan bli föremål för antagande av riktlinjer” och noterar att kommissionen har börjat utarbeta sådana riktlinjer. Europaparlamentet framhåller att om kommissionen anser att sådana riktlinjer ändå är nödvändiga så får kommissionen fram till den 1 juni 2021 på sig att presentera dem. Om så inte sker kommer Europaparlamentet att väcka en underlåtelsealan mot kommissionen.⁵¹ Europaparlamentets resolution är dock vag och det står inte helt klart exakt vad som parlamentet anser att kommissionen har underlåtit: att anta riktlinjer *eller* att inleda undersökningar mot Polen och Ungern (och vad tyder i sådant fall på att undersökningar *inte* har inletts – och när ska undersökningar egentligen anses ha inletts?). Utan rättslig precision blir det svårt för parlamentet att nå framgång i EU-domstolen. Det bör tilläggas att trycket på kommissionen också har ökat från annat håll: även medlemsstater har möjlighet att väcka underlåtelsealan mot kommissionen (artikel 265 FEUF). Indikationer finns nu att en sådan talan skulle kunna väckas av Nederländerna.⁵²

”Utan rättslig precision blir det svårt för parlamentet att nå framgång i EU-domstolen.”

Det kan vidare noteras att Europaparlamentet insisterar på att det ska höras innan riktlinjerna antas. I Europeiska rådets slutsatser tilldelades inte Europaparlamentet någon sådan roll, utan riktlinjerna skulle endast tas fram av kommissionen. Det är förståeligt att Europaparlamentet vill få möjlighet att yttra sig över riktlinjerna, men det skulle förmodligen

i sin tur innebära ytterligare förseningar innan förordningen kan börja tillämpas. Och frågan är också vad som händer om kommissionen inte vill ge Europaparlamentet den möjligheten. Det är kanske därför som parlamentet i resolutionen från mars 2021 påminner om att eventuella riktlinjer inte får undergräva ”medlagstiftarnas” (det vill säga Europaparlamentets) avsikt.

Det bör också uppmärksammas att Europaparlamentet i sin resolution från december 2020 framhöll att om en *medlemsstat* väcker talan i EU-domstolen om att ogiltighetsförklara *förordningen* (artikel 263 FEUF) så kommer Europaparlamentet att försvara förordningens giltighet. Parlamentet uttalar också att det förväntar sig att kommissionen i sådant fall ger sitt stöd. I mars 2021 väckte Polen och Ungern en sådan talan i domstolen.⁵³ De hävdar bland annat att förordningen saknar giltig rättslig grund. Men det återstår att se hur kommissionen kommer att agera i denna fråga. Det kan tilläggas att sådana mål kan ta mycket lång tid, men att processen kan snabbas upp om domstolen tillämpar ”skyndsam handläggning” (i skrivande stund är det oklart om någon av parterna – framför allt Europaparlamentet och rådet – kommer att begära skyndsam handläggning eller om domstolen kommer att tillämpa ett sådant förfarande på eget initiativ).⁵⁴

En möjlighet som också har diskuterats är att Europaparlamentet skulle kunna väcka en talan i EU:s domstol om att ogiltighetsförklara *Europeiska rådets slutsatser* (artikel 263 FEUF). Det krävs dock att slutsatserna utgör en sådan akt som EU-domstolen har möjlighet att granska. Enligt EU:s fördrag kan domstolen granska lagenligheten av rättsakter som antas av Europeiska rådet ”som ska ha rättsverkan i förhållande till tredje man”. Och enligt tidigare rättspraxis från EU-domstolen

⁵⁰ Europaparlamentets resolution av den 25 mars 2021 om tillämpning av förordning (EU, Euratom) 2020/2092, den till rättsstaten kopplade villkorlighetsmekanismen (2021/2582(RSP)).

⁵¹ Enligt artikel 265 får en sådan talan tas upp om den institution som berörs dessförinnan anmodats att vidta åtgärder. Om institutionen inte har tagit ställning efter en sådan anmodan får talan väckas inom ytterligare frist av två månader – det betyder att Europaparlamentet kan väcka talan först i augusti.

⁵² Det nederländska parlamentet (socialliberala och kristdemokratiska partiet) har (den 24 mars 2021) ställt en förfrågan till regeringen att den ska kräva av kommissionen att aktivera villkorsordningen mot Polen. Bakgrunden till det är den senaste förföljelsen av domare i Polen.

⁵³ Ungern mot Parlamentet och rådet (C-156/21) och Polen mot Parlamentet och rådet (C-157/21) (pågående).

⁵⁴ Artikel 133 i Rättegångsregler för domstolen, EUT L 265, 29.9.2012, s. 1–42.

räcker det med att rättsakten i fråga är *avsedd* att ha rättslig effekt.⁵⁵ Enligt diskussionen ovan verkar det onekligen vara så att Europeiska rådets slutsatser är avsedda att ha sådan effekt: den syftar nämligen till att ändra i förordningen (det vill säga hur den tillämpas). Risken är dock att en talan om ogiltighet skulle avvisas med hänvisning till att Europeiska rådets slutsatser är politiska till sin natur.⁵⁶ Men även om domstolen i detta fall skulle slå fast att Europeiska rådets slutsatser utgör ett politiskt instrument och därmed inte är bindande skulle de ändå enligt rättspraxis fortfarande kunna vara föremål för prövning (och därmed kunna ogiltigförklaras).⁵⁷

Europaparlamentets rättsavdelning har dock avrått Europaparlamentet från att väcka en ogiltighetstalan.⁵⁸ Argumentet är att det vore högst troligt att EU-domstolen skulle avvisa en sådan talan. Och om domstolen *inte* skulle avvisa talan så finns det ingen garanti för att Europaparlamentet skulle nå framgång, det vill säga att domstolen skulle ogiltigförklara slutsatserna. Kritik har dock riktats mot att rättsavdelningen endast tycks hänvisa till politiska argument och att de rättsliga möjligheterna märkligt nog inte diskuteras.⁵⁹

Hur det än går med den saken står här klart att Europeiska rådet inte har studerats tillräckligt – i synnerhet inte betydelsen av Europeiska rådets slutsatser. Men i ljuset av den betydelse som slutsatserna verkar tillmätas i detta fall kommer säkerligen mer fokus att riktas mot vad Europeiska rådet gör.

6. Slutdiskussion

Det är naturligtvis en stor framgång för EU att villkorsmekanismen nu är på plats. Men ännu

har den inte börjat tillämpas. Som förklarats ovan kunde förordningen om en villkorsmekanism endast antas efter det att Europeiska rådet hade ingått en överenskommelse med Polen och Ungern i samband med toppmötet i december 2020: Europeiska rådet förklarade i sina slutsatser hur förordningen ska förstås och tillämpas. Nästa steg är att kommissionen upprättar riktlinjer i samarbete med medlemsstaterna. Själva förordningen nämner dock inte att sådana riktlinjer ska upprättas utan det är Europeiska rådet som har instruerat kommissionen att utarbeta dem. Eventuellt kommer även Europaparlamentet att få möjlighet att uttala sig om riktlinjerna – vilket naturligtvis kan leda till ytterligare förseningar. Men innan riktlinjerna blir klara kommer domstolen att uttala sig, eftersom Polen och Ungern har väckt en talan om ogiltighetsförklaring mot förordningen om en villkorsmekanism.

Denna analys har diskuterat kritik som har framförts mot Europeiska rådets slutsatser. Som förklarats ovan ändrar slutsatserna i praktiken förordningen, vilket också verkar ha accepterats av kommissionen och till viss del även av Europaparlamentet. Detta är allvarligt, eftersom det innebär att Europeiska rådet därmed överskrider sin befogenhet och att den institutionella balansen rubbas. Och det kan få stora konsekvenser, för risken är att förfarandet blir det normala sättet för EU att hantera svåra situationer på. Frågan är också om villkorsmekanismen överhuvudtaget kommer att fungera. Den kritik som har lagts fram kan således inte sägas handla om alltför högt ställda förväntningar på villkorsmekanismen,⁶⁰ utan snarare om att EU-rätten "tänjs ut" och till och med överskrids.

Trots alla svårigheter bör det ändå betonas att många medlemsstater sätter stort hopp till

⁵⁵ Mål 22/70, Kommissionen mot rådet, EU:C:1971:32 ("ERTA"), punkt 39 och 42 samt C-425/13, Kommissionen mot rådet EU:C:2015:483, punkt 26 och där angiven rättspraxis.

⁵⁶ Se Förenade målen C-643/15 and C-647/15, Slovakien och Ungern mot Rådet, EU:C:2017:631, punkt 144–145.

⁵⁷ I målet C-233/02, Frankrike mot kommissionen, EU:C:2004:173, punkt 40.

⁵⁸ Opinion of the Legal Service, SJ 2021-000690.

⁵⁹ Alberto Alemanno, "The EU Parliament's Abdication on the Rule of Law (Regulation)," VerfBlog, 25 februari 2021, <https://verfassungsblog.de/the-eu-parliaments-abdication-on-the-rule-of-law-regulation/>.

⁶⁰ Jämför dock Daniel Gros, "The European Council's compromise on the Rule of Law Regulation," CEPS, 17 december 2020, <https://www.ceps.eu/the-european-councils-compromise-on-the-rule-of-law-regulation-capitulation-to-the-forces-of-evil-or-misplaced-expectations/>. Se också Dimitrovs och Droste, fotnot 25 ovan: "Brussels apparently obtained what it is best at: it reached a compromise that makes everyone equally unhappy."

villkorsmekanismen. Som nämnts har EU numera ett batteri av verktyg att ta till mot medlemsstater som inte respekterar EU:s rättsstatsprincip. Men som också nämnts verkar inget av dessa verktyg riktigt fungera, även om tonen ibland verkar skärpas från EU:s håll. EU-domstolen etablerade till exempel i april 2021 en princip om att en medlemsstat inte kan ändra sin lagstiftning på ett sådant sätt att skyddet av rättsstatsprincipen sänks.⁶¹ Men på det stora hela går det inte att blunda för att situationen i vissa medlemsstater har förvärrats under senare år.

Tidigare har EU:s strategi därför varit att upprätta nya verktyg. Ett exempel (förutom villkorsmekanismen, som är det allra senaste) är kommissionens årliga rättsstatsrapport som nämndes i inledningen till denna analys. Men det kommer naturligtvis en tid (om den inte redan har kommit) då det snarare stjälpmer än hjälper att ta fram nya verktyg: det urvattnar EU:s trovärdighet om nya verktyg hela tiden tas fram som sedan inte visar sig fungera. Vissa forskare hävdar därför att det skulle vara bättre om EU istället ägnade större kraft till att använda de befintliga verktygen för att komma till rätta med de medlemsstater som inte respekterar rättsstatsprincipen.⁶²

Vad är annars alternativet? Vissa hävdar att det kan leda till allvarliga säkerhetspolitiska komplikationer om Polen och Ungern straffas genom den nya villkorsmekanismen.⁶³ Men detta synsätt bygger på missuppfattningar om rättsstatsprincipen och dess betydelse för EU. I inledningen till denna analys förklarades det varför det är så viktigt att medlemsstaterna respekterar rättsstatsprincipen: att det ytterst handlar om EU:s existens. EU kan därför inte blunda för de medlemsstater som inte respekterar rättsstatsprincipen.

Ett annat alternativ skulle kunna vara att utesluta de medlemsstater som inte respekterar

rättsstatsprincipen: genom sitt agerande skulle dessa medlemsstater anses ha "anmält sin avsikt till Europeiska rådet" att utträda ur EU (vilket krävs enligt artikel 50 FEU).⁶⁴ Samtidigt kan EU också anses ha ett ansvar gentemot befolkningarna i dessa medlemsstater – och hur kommer utvecklingen att gå i dessa stater då de inte längre är medlemmar i EU? Ett annat alternativ är att övriga medlemsstater går vidare själva utan Polen och Ungern och inleder så kallade fördjupade samarbeten (inom ramen för EU:s fördrag) inom en rad frågor. Det alternativet skulle dock vara ytterst komplicerat och långdraget, för det är svårt att tänka sig vilka frågor som egentligen *inte* påverkas av att medlemsstaterna respekterar rättsstatsprincipen.

"På ett sätt står därför allt hopp nu till villkorsmekanismen."

På ett sätt står därför allt hopp nu till villkorsmekanismen. Samtidigt bör det understrykas att även om den skulle visa sig fungera, så är den inte optimal ur ett principiellt perspektiv. Det kan nämligen anses tveksamt att tillåta medlemsstater att "köpa sig fria" från att respektera rättsstaten. Detsamma skulle dock kunna sägas om överträdelseförfarandet, som också kan utmynna i ekonomiska sanktioner. I båda fallen skulle sanktioner visserligen utgå tills rättelse sker – det handlar således inte om någon "engångsavgift". Trots det får det anses mer tveksamt att "köpa sig fri" från EU:s grundläggande värderingar än i fall där överträdelseförfarandet ofta aktiveras och som till exempel rör frågor om att medlemsstater inte har implementerat ett direktiv i rätt tid. Men som vi har sett står inte så många andra alternativ till buds. Och i ett val mellan pest och kolera måste EU göra det som är minst smärtsamt.

⁶¹ Mål C-896/19, Republika mot Il Prim Ministru, EU:C:2021:311, paragraf 63. Se även Förenade målen C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19, C-397/19, EU:C:2021:393.

⁶² Laurent Pech, "The Rule of Law in the EU: The Evolution of the Treaty Framework and Rule of Law Toolbox," RECONNECT, Working Paper No. 7, mars 2020.

⁶³ Lotta Engzell-Larsson, "EU bör hålla Polen och Ungern nära," Dagens Industri, 10 december 2020.

⁶⁴ Christophe Hillion, "Poland and Hungary are withdrawing from the EU," VerfBlog, 27 april 2020, <https://verfassungsblog.de/poland-and-hungary-are-withdrawing-from-the-eu/>.