

Förhandsavgöranden av EU-domstolen 1995–2020

Genomslag och betydelse i Sverige



Ulf Bernitz



Ulf Bernitz

**Förhandsavgöranden av
EU-domstolen 1995–2020**

Genomslag och betydelse i Sverige

– Sieps 2021:2 –

Rapport nr. 2
September 2021

Utges 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 2021

ISSN 1651-8942
ISBN 978-91-86107-96-3

Förord

Sverige hade den 1 januari 2020 varit medlem av Europeiska unionen i 25 år. Effekterna av medlemskapet har varit genomgripande, såväl politiskt och ekonomiskt som rättsligt. De samhälleliga konsekvenserna har genom åren studerats ur flera akademiska discipliners perspektiv och täckt EU:s olika politikområden, institutionella utveckling och funktionssätt, liksom Sveriges inflytande och ställning i unionen.

Inför Sveriges kvartssekkellånga medlemskap i EU initierade Sieps en förstudie som identifierade politikområden och institutionella aspekter där det ännu i stor utsträckning saknas forskning. Studien visade att det fortfarande fanns behov av kunskap, bland annat om effekterna av reglerna för utstationering av arbetstagare och om utvecklingen inom politikområdena jordbruk, fiskeri och miljö. Hur svensk förvaltning och domstolsväsende har utvecklats under EU-medlemskapet samt Sveriges relation till euron visade sig vara ytterligare tre områden där det finns behov av forskning och kunskap.

I denna rapport undersöker Ulf Bernitz, sedan länge verksam som professor i europeisk integrationsrätt, EU-rättens ställning i Sverige sedan 1995. Utgångspunkten är svenska domstolars hållning till förfarandet för förhandsavgöranden, det vill säga när de vänder sig till EU-domstolen för att inhämta besked om hur unionsrätten ska tolkas. Med nedslag i konkreta fall visar han att svenska domstolar erkänner EU-rätten fullt ut men samtidigt är återhållsamma med att begära förhandsavgöranden. En förklaring kan spåras till kulturkrocken mellan två väsentligt olika rättssystem. Slutsatsen är dock att svenska domstolar har utrymme att vända sig till EU-domstolen oftare, vilket skulle ge dem större möjlighet att påverka EU-rättens utveckling.

Med detta avslutande bidrag i serien om Sverige efter 25 år i EU är det Sieps förhoppning att öka kunskapen om EU-medlemskapets betydelse för det svenska rättssystemet.

Göran von Sydow
Direktör

Om författaren

Ulf Bernitz är professor emeritus 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, 6 uppl., 2018, samt Introduktion till EU, 7 uppl. 2021. Han är även ordförande i styrelsen och redaktionsrådet för Europarättslig Tidskrift och föreståndare för europarättsavdelningen vid Centre for Commercial Law vid Stockholms universitet.

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), Förhandsavgöranden av EU-domstolen. Svenska domstolars hållning och praxis (2010:2) och Förhandsavgöranden av EU-domstolen. Utvecklingen av svenska domstolars hållning och praxis 2010–2015 (2016:9).

Innehåll

Sammanfattning	9
1 Inledning och problemställningar	14
1.1 Bakgrunden till rapporten	14
1.2 Utgångspunkter och frågeställningar	16
1.3 Disposition	17
2 Systemet med förhandsavgöranden av EU-domstolen: en översikt	18
2.1 Bestämmelserna om förhandsavgörande	18
2.2 Förhållandet nationell domstol/EU-domstolen	21
2.3 Rätten att begära förhandsavgörande	23
2.4 Processen i EU-domstolen	26
3 Skyldigheten att begära förhandsavgörande	28
3.1 Är rättsläget klart eller klarlagt?	28
3.2 Vilka domstolar utgör sista nationella instans?	31
3.3 Domstolarnas skyldighet att motivera varför förhandsavgörande inte har inhämtats	32
4 Huvudpunkter i utvecklingen: sex viktiga fall	34
4.1 Överträdelseärendet angående bristen på svenska förhandsavgöranden	34
4.2 De svenska alkoholmålen i EU-domstolen: Franzén, Rosengren och Gourmet	36
4.3 Målen om fackliga stridsåtgärder: Laval, Viking Line och Fonnship	38
4.4 Åkerberg Fransson om dubbla förfaranden och dubbelbestraffning vid skattebrott	41
4.5 Tele 2 Sverige mot Post- och telestyrelsen angående datalagring av telefontrafik	44
4.6 Garantipension: effekterna av målet Boguslawa Zaniewicz-Dybeck mot Pensionsmyndigheten	46

5	Svenska domstolars hållning till att begära förhandsavgörande	49
5.1	Antalet mål om förhandsavgörande från Sverige	49
5.2	Fördelningen mellan olika svenska domstolsinstanser	50
5.3	Fördelningen på ämnesområden	52
5.4	En jämförelse med andra medlemsstater	53
5.5	Slutsatser av jämförelsen	55
6	Ämnesmässig studie av de mål där förhandsavgörande har meddelats under perioden 2016–2020	57
6.1	Inledande ord	57
6.2	Konstitutionell unionsrätt	57
6.2.1	Unionsrättens företrädare och genomslag	57
6.2.2	Rättighetsstadgan	59
6.2.3	Rättsakters ogiltighet	61
6.2.4	Proportionalitetsprincipen	63
6.3	Fri rörlighet på den inre marknaden	63
6.3.1	Utvecklingen	63
6.3.2	Fri rörlighet för varor	64
6.3.3	Tullrätt	65
6.3.4	Fri rörlighet för kapital	65
6.3.5	Offentlig upphandling	66
6.4	Det civilrättsliga området	67
6.4.1	Den övergripande bilden	67
6.4.2	Försäkringsrätt	68
6.4.3	Arbetsrätt	68
6.4.4	Immaterialrätt och marknadsrätt	68
6.4.5	Flygpassagerarförordningen	72
6.5	Andra rättsområden	73
6.5.1	Miljö- och klimaträtt	73
6.5.2	Skatterätt	75
6.5.3	Socialförsäkringsrätt	77
6.5.4	Rättsliga och inrikes frågor (RIF-området)	77

7	Samlad bedömning av svenska domstolars hållning till förhandsavgöranden	82
7.1	Utgångspunkter	82
7.2	Behandling av centrala ämnen.....	83
7.3	Förändringar över tid.....	85
7.4	Kategorier av mål där förhandsavgöranden saknas.....	86
7.5	Synen på unionsrättens företrädare	88
7.6	Utformningen av frågor till EU-domstolen	90
7.7	Diskussionen om nationella domstolar som grindvakter	91
8	Det svenska deltagandet – utrymme för ökad medverkan	94
8.1	Utgångspunkter	94
8.2	Förklaringar till den svenska återhållsamheten med att begära förhandsavgörande	95
8.3	Betydelsen av ett väsentligt ökat antal förhandsavgöranden	98
	Bilaga 1: Kronologisk översikt över alla mål där EU-domstolen meddelat förhandsavgörande på begäran av svensk domstol, 2016–2020	100
	Bilaga 2: Anhängiga mål i EU-domstolen per den 31 december 2020 angående förhandsavgörande på begäran av svensk domstol	109
	Executive summary	112

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
EU	Europeiska unionen
FEU	Fördraget om Europeiska unionen (unionsfördraget)
FEUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
HD	Högsta domstolen
HFD	Högsta förvaltningsdomstolen
MB	Miljöbalken
MBL	Medbestämmandelagen
MD	Marknadsdomstolen
MigÖD	Migrationsöverdomstolen
NJA	Nytt juridiskt arkiv avd. I
PMD	Patent- och marknadsdomstolen
PMÖD	Patent- och marknadsöverdomstolen
PRV	Patent- och registreringsverket
RB	Rättegångsbalken
RF	Regeringsformen
SOU	Statens offentliga utredningar
T	Tribunalen (vid EU-domstolen)

Sammanfattning

Sverige kan nu se tillbaka på drygt 25 år av medlemskap i Europeiska unionen. Genom medlemskapet blev unionens rättsordning en integrerad del av den i Sverige gällande rätten. Det blev en uppgift för de svenska domstolarna att korrekt tillämpa EU-rätten eller med en annan term unionsrätten på svensk botten och fungera som unionsrättens nationella arm. När rättsläget är oklart kan de begära ett förhandsavgörande från EU-domstolen om vad unionsrätten innebär, ofta kallat tolkningsbesked. Våra högsta domstolar är skyldiga att begära förhandsavgörande, såvida rättsläget inte är klart eller klarlagt.

Syftet med rapporten är att med förhandsavgörandena i fokus belysa den utveckling som har skett när det gäller unionsrättens ställning och genomslag i Sverige och mot denna bakgrund bedöma var vi står i dagens läge. De svenska domstolarna har tidigare visat en påtaglig återhållsamhet med att begära förhandsavgörande och man har i vissa fall kunnat spåra en obenägenhet att vända sig till EU-domstolen. Det framstår som en rimlig hypotes att de svenska domstolarna med tiden har blivit mer vana vid att hantera unionsrättsliga problem och fått större förståelse för betydelsen av en dialog med EU-domstolen. En intressant fråga att undersöka har därför varit om svenska domstolar blivit mer benägna att begära förhandsavgörande och att föra mer principiella eller på annat sätt allmänintressanta rättsfrågor till EU-domstolen för avgörande.

Rapporten har som utgångspunkt vilken betydelse som förhandsavgörandena har och har haft från svensk synpunkt mot bakgrund av utvecklingen under hela 25-årsperioden av svenskt EU-medlemskap. Samtidigt har rapporten kunnat bygga på de två tidigare rapporter i ämnet som jag har utarbetat på Sieps uppdrag. Sieps publicerade 2010 min rapport *Förhandsavgöranden av EU-domstolen. Svenska domstolars hållning och praxis* (Sieps 2010:2), i fortsättningen omtalad som *rapporten från 2010*. En uppföljning och vidareutveckling av denna publicerades 2016, *Förhandsavgöranden av EU-domstolen. Utvecklingen av svenska domstolars hållning och praxis 2010–2015* (Sieps 2016:9), fortsättningsvis benämnd *rapporten från 2016*. De två tidigare rapporterna utgör ett viktigt underlag och där har också vissa frågor behandlats mera ingående.

I den rapport som publiceras nu har jag följt upp de tidigare rapporterna genom en motsvarande behandling av de förhandsavgöranden som kommit till under femårsperioden 2016 till och med 2020, totalt 28 nya fall. I korthet berörs också sex fall, som var ineliggande vid årsskiftet 2020/2021 och som avgjorts av EU-domstolen under januari–april 2021. I rapporten görs en närmare genomgång av denna nya praxis. Det är en på många sätt intressant rättsutveckling som träder fram. Tillsammans redovisar de tre rapporterna alla mål i vilka EU-domstolen har meddelat förhandsavgörande på begäran av svensk domstol under åren 1995

till och med 2020, totalt 130 avgöranden under 26 år, det vill säga i snitt jämnt fem fall per år. Det rör sig om en i sitt slag unik sammanställning. I bilagor till rapporterna förtecknas kronologiskt samtliga dessa avgöranden med kortfattade data om målen och vad de har avsett och vad som har blivit den efterföljande utgången av målen i svensk domstol.

Rapporten ger i kapitel 2 en kortfattad översikt över huvudpunkterna i systemet med förhandsavgöranden och förhållandet mellan EU-domstolen och nationell domstol som begär förhandsavgörande. Kapitel 3 ger en liknande översikt över vad som gäller om skyldigheten för nationell domstol i sista instans att begära förhandsavgörande. De krav som unionsrätten ställer på denna punkt har skärpts genom färsk rättspraxis.

Kapitel 4 belyser huvudpunkter i utvecklingen under 25-årsperioden genom sex konkreta nedslag i särskilt betydelsefulla skeenden eller avgöranden. Först behandlas det överträdelseärende mot Sverige angående brist på förhandsavgöranden som kommissionen initierade år 2004 och som ledde till en uppgörelse. Vidare behandlas fem förhandsavgöranden eller grupper av sådana som hör till dem som har haft störst betydelse, nämligen de tre alkoholmålen i EU-domstolen (Franzén, Gourmet och Rosengren), målen om fackliga stridsåtgärder, främst bojkotter (Laval, Viking Line och Fonnship), målet Åkerberg Fransson om dubbla förfaranden och dubbelbestraffning vid skattebrott, målet Tele 2 mot Post- och telestyrelsen (PTS) angående datalagring av telefontrafik och målet Boguslawa Zaniewicz-Dybeck mot Pensionsmyndigheten om beräkning av garantipension. Avgörandena har alla fått stort genomslag och påtagliga effekter på rättsläget i Sverige.

Kapitel 5 behandlar mot bakgrund av de tidigare rapporterna utvecklingen från 2016 till och med 2020 när det gäller svenska domstolars hållning till att begära förhandsavgörande. Här redovisas antalet sådana mål och dessas fördelning mellan olika svenska domstolsinstanser och på olika ämnesområden. Det finns en viss dominans för mål som rör den inre marknaden och skattefrågor. Det kan konstateras att den trend som tidigare har funnits mot ett ökat antal förhandsavgöranden på begäran av domstolar i underinstans påtagligt brutits. Det har under de senaste fem åren endast förekommit ett fåtal mål där förhandsavgöranden har begärts av domstolar i första och andra instans som inte har särskilt ansvar för vissa målkategorier. Speciellt i förvaltningsdomstolarna verkar det ha utvecklats en kultur att de inte själva vänder sig till EU-domstolen utan att detta får ankomma på Högsta förvaltningsdomstolen som sista instans att ta ställning till.

Kapitel 6 går vidare till en ämnesmässigt upplagd studie av de mål där förhandsavgörande har meddelats under perioden 2016 till och med 2020, med inriktning på vilka problem som har behandlats. Den inleds med fall som rör konstitutionell unionsrätt och fortsätter med fall som rör bland annat fri

rörlighet på den inre marknaden, det civilrättsliga området, miljö rätt, skatterätt och migrationsrätt. Framställningen belyser vad målen har behandlat och vad som uppnåtts. Här berörs också vad som saknas i materialet.

I kapitel 7 görs en samlad bedömning av svenska domstolars hållning till förhandsavgöranden. En viktig aspekt är om de förhandsavgöranden som begärts har behandlat centrala ämnen till skillnad från mera speciella, rättstekniska frågor. Här blir slutsatsen att kvaliteten på de fall som svenska domstolar för fram till EU-domstolen för avgörande är hög. De frågor som ställts synes överlag ha varit väl motiverade och avse väsentligheter inom ramen för respektive ämnesområde. Svenska domstolar begär knappast förhandsavgörande i frågor av endast begränsad betydelse eller i fall där det framstår som tämligen klart att den svenska lagstiftningen inte stämmer överens med unionsrättens krav. Det kan emellertid konstateras att det finns viktiga kategorier av mål där svenska domstolar inte eller endast i liten utsträckning har begärt förhandsavgörande. Rapporten pekar ut ett antal sådana områden.

I kapitel 7 behandlas vidare de svenska domstolarnas syn på unionsrättens företräde. Det konstateras att de fullt ut erkänner och respekterar unionsrättens bindande karaktär och företräde i förhållande till svensk rätt. Svenska domstolar är beredda att när så krävs säkerställa detta genom att företa europarättslig lagprövning och sätta åt sidan svenska lagregler och andra bestämmelser som är oförenliga med unionsrätten, antingen uttryckligen (stark lagprövning) eller genom unionsrättskonform (om)tolkning (svag lagprövning). Sverige är också berett att när så erfordras ändra svensk lagstiftning och andra bestämmelser som strider mot unionsrätten. Överhuvud har Sverige agerat lojalt även när EU-domstolens ställningstaganden i förhandsavgöranden har krävt omfattande anpassningar. Frågan ställs om svenska domstolar utnyttjar redogörelserna i begäran om förhandsavgörande till att söka påverka EU-domstolens bedömning. Svaret blir nekande. Mot bakgrund av europeisk akademisk debatt ställs även frågan om svenska domstolar fungerar som grindvakter, det vill säga som väktare av nationella intressen i förhållande till vad unionsrätten kräver. Svaret blir att den internationella diskussionen om de nationella domstolarna som medvetna grindvakter inte är tillämplig på de svenska domstolarna, även om rapporten påvisar en tydlig återhållsamhet med att begära förhandsavgörande.

Det avslutande kapitel 8 har rubriken Det svenska deltagandet – utrymme för ökad medverkan. Texten reflekterar över vad som är förklaringen till den svenska återhållsamheten med att begära förhandsavgörande och ställer frågan om den nuvarande situationen är tillfredsställande eller om det är dags för en förändring. För att förstå och förklara återhållsamheten bör man gå tillbaka till läget vid Sveriges inträde i EU den 1 januari 1995. Det svenska rättsväsendet ställdes då inför ett helt nytt läge och en stor utmaning; inte endast på det sättet att ett mycket omfattande nytt rättssystem nu skulle tillämpas utan också på ett djupare plan. Framför allt stod svenska domare och jurister överhuvud främmande inför den

europarättsliga juridiska metoden. De hade sällan sysslat med konstitutionella frågor och lagprövning mot överordnade normer. Unionsrätten är ett rättssystem av väsentligt annan karaktär än det svenska med en fast grundstruktur, inre logik och en tydlig normhierarki. Den kräver att domstolarna tar på sig en självständig roll och kritiskt prövar om svensk rätt överensstämmer med europarätten. Den traditionella svenska rättskulturen ställdes här inför en kulturkrock. Anpassningen har försvarats av att rättskulturen präglas av en inneboende stelhet och har skett successivt, i mycket präglat av principen *festina lente* (skynda långsamt).

Samtidigt står det klart att svensk rättskultur sedan gammalt präglas av respekt för lagstiftningen och dess korrekta och opartiska tillämpning av rättsväsendet. Väl i linje med detta har Sveriges domstolar agerat lojalt också i förhållande till unionsrätten och EU-domstolens ställningstaganden i förhandsavgöranden, även när detta har krävt omfattande anpassningar.

Den rättsliga kulturkrocken torde i dagens läge delvis vara bemästrad. Medvetenhet om europarätten kännetecknar domstolarna och särskilt de högsta instanserna och specialiserade domstolar på ett helt annat sätt än i början av EU-medlemskapet. Det har dock inte resulterat i en ökad frekvens av fall där förhandsavgörande begärs. Rapporten ställer frågan om den nuvarande situationen är tillfredsställande eller om det är dags för en förändring? Det framstår som otillfredsställande att fortfarande endast 5–6 av de totalt 600–700 förhandsavgöranden som EU-domstolen meddelar per år emanerar från Sverige. Rimligen finns det många fler fall där det unionsrättsliga rättsläget och dess förhållande till det svenska framstår som oklart. Det pekar på att de svenska domstolarna och deras tillämpning av unionsrätten faktiskt ännu inte är så väl integrerad i det europeiska systemet.

Det finns andra faktorer som talar i samma riktning. Antalet förhandsavgöranden som begärs av svenska domstolar i lägre instanser, som inte har anförtrots särskilt ansvar för vissa måltyper, är lågt och har dessutom gått ner väsentligt under den senaste femårsperioden. Det framgår vidare av rapporten och dess behandling av olika ämnesområden att det finns klara luckor i den svenska tillämpningen när det gäller att begära förhandsavgörande på områden där unionsrätten är betydelsefull. Rapporten ger olika exempel på detta. Luckor av detta slag kan tyda på brister i rättsområdets europeiska integrering. Det framhålls i rapporten att EU-domstolen till stor del får sin information om rättsläget i medlemsstaterna genom de mål den handlägger, och att nationella domstolar i viss mån kan påverka den europeiska rättsutvecklingen genom de mål som de hänskjuter dit och den information som de därvid ger om det nationella rättsläget och dess viktiga principer. Det är dock svårt att finna några belägg för att detta slag av överväganden skulle förekomma i Sverige i anslutning till att domstolarna tar ställning till om de ska begära ett förhandsavgörande.

Sammantaget framstår de svenska domstolarna i sin relation till EU-domstolen och unionsrätten som lojala men återhållsamma och inte drivande eller anticiperande. Läget framstår som inte helt tillfredsställande. Efter drygt 25 års medlemskap i EU saknas anledning att iaktta en avvaktande och återhållsam hållning till att begära förhandsavgörande. Det finns utrymme för en betydande ökning av antalet förhandsavgöranden från svenska domstolar utan att detta skulle kunna ge anledning till någon kritik för att EU-domstolen skulle bli överbelastad. En fördubbling av det genomsnittliga antalet förhandsavgöranden per år som begärs av svenska domstolar, från fem till tio, torde kunna vara ett lämpligt men fortfarande försiktigt satt riktmärke. En sådan utveckling skulle bidra till att säkerställa att unionsrätten verkligen iakttas i Sverige och samtidigt förstärka den svenska rösten i Europasamarbetet. Det är viktigt att de svenska domstolarna deltar i den fortsatta europeiska rättsutvecklingen.

1 Inledning och problemställningar

1.1 Bakgrunden till rapporten

Sverige kunde år 2020 se tillbaka på 25 år av medlemskap i Europeiska unionen. Genom medlemskapet blev unionens rättsordning en integrerad del av den i Sverige gällande rätten, med krav på företräde. Det blev en uppgift för de svenska domstolarna att korrekt tillämpa EU-rätten eller med en annan term unionsrätten på svensk botten.¹ De fick härigenom en ny roll, som i stort sett saknade någon tidigare motsvarighet (bortsett från Sveriges medlemskap i EES under året 1994). Rollen innebär att de fungerar som unionsrättens nationella arm med ansvar för att den gemensamma europeiska rätten tillämpas korrekt på det nationella planet. De svenska domstolarna ställs i sin verksamhet ofta inför rättsfrågor som aktualiserar en tillämpning av unionsrätten, antingen såsom direkt gällande eller som grundläggande för utformningen av svenska rättsregler.

EU-domstolen har spelat och spelar fortfarande en helt grundläggande roll för utvecklingen av unionsrätten. En central uppgift för EU-domstolen är att söka säkerställa en enhetlig tillämpning av unionsrätten i medlemsstaterna. Den mekanism som skapats för att ge de nationella domstolarna besked om EU-rättens innebörd är ordningen med förhandsavgörande av EU-domstolen. Den innebär att svenska domstolar, när de har att ta ställning i ett mål till vad EU-rätten innebär, har möjlighet att vända sig till EU-domstolen och ställa frågor till denna om EU-rättens innebörd. Domstolar som dömer i sista instans är skyldiga att begära förhandsavgörande, såvida inte rättsfrågan är klar eller klarlagd. När en nationell domstol, till exempel en svensk, begär ett förhandsavgörande vidtar ”en process inom processen”. Målet vilandeförklaras medan EU-domstolen handlägger målet på grundval av de frågor om rättsläget som den svenska domstolen ställt. Sedan EU-domstolens dom i målet kommit återupptas målet i den svenska domstolen och avgörs då på grundval av det svar (”tolkningsbesked”) som man har fått. Majoriteten av de mål som EU-domstolen avgör är förhandsavgöranden och dessa spelar en särskilt central roll för rättsutvecklingen.

Som redan denna korta introduktion visar har förhandsavgörandena av EU-domstolen en nyckelställning när det gäller att säkerställa unionsrättens genomslag och korrekta tillämpning på nationell botten. De utgör en form för europarättslig prövning av frågor om huruvida vår lagstiftning stämmer

¹ Termerna EU-rätten och unionsrätten respektive EU-domstolen och unionsdomstolen används växelvis utan någon saklig skillnad.

med unionsrätten. Förhandsavgörandena fungerar som katalysatorer för unionsrättens genomslag i den svenska rättsordningen. De svenska domstolarnas praxis när det gäller att begära förhandsavgörande är därför av största betydelse för unionsrättens ställning i Sverige och gör det naturligt att särskilt studera detta. Efter drygt 25 års medlemskap finns det omfattande erfarenheter av tillämpningen av ordningen med förhandsavgöranden.

Vid utarbetandet av denna rapport har jag kunnat utgå från de två tidigare rapporter i ämnet som jag har utarbetat på Sieps uppdrag. Den första är *Förhandsavgöranden av EU-domstolen. Svenska domstolars hållning och praxis* (Sieps 2010:2),² i fortsättningen omtalad som *rapporten från 2010*. Den 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, det vill säga perioden 1995 till och med 2009. En uppföljning och vidareutveckling av denna publicerades 2016, *Förhandsavgöranden av EU-domstolen. Utvecklingen av svenska domstolars hållning och praxis 2010–2015* (Sieps 2016:9), fortsättningsvis benämnd *rapporten från 2016*.³ Under denna sexårsperiod hade EU-domstolen meddelat förhandsavgöranden i ytterligare 35 fall. De två tidigare rapporterna utgör ett viktigt underlag till vilka jag ger en generell hänvisning.

Inom ramen för denna rapport har jag följt upp de tidigare undersökningarna genom en motsvarande behandling av de förhandsavgöranden som kommit till under femårsperioden 2016 till och med 2020, totalt 28 nya fall. I korthet berörs även sex avgöranden i fall som var ineliggande i EU-domstolen vid årsskiftet 2020/2021 och där dom kommit under perioden januari–april 2021. Totalt behandlas alltså 34 fall. I en bilaga till rapporten redovisas en kronologiskt uppställd förteckning över dessa fall med kortfattade data om vad målen har avsett och vad som har blivit utgången. I rapporten görs en närmare genomgång ämnesvis av denna nya praxis. Det är en på många sätt intressant rättsutveckling som träder fram. Tillsammans redovisar de tre rapporterna samtliga mål i vilka EU-domstolen har meddelat förhandsavgörande på begäran av svensk domstol under åren 1995 till och med 2020, totalt 130 avgöranden under 26 år, det vill säga i snitt jämnt fem fall per år. Härtill kommer de sex avgörandena från januari–april 2021. Det rör sig om en i sitt slag unik sammanställning.

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 Publ., Oxford).

³ Rapporten har utgjort det främsta underlaget för min artikel *Preliminary Rulings to the CJEU and the Swedish Judiciary: Current Developments* i *The Court of Justice of the European Union: Multidisciplinary Perspectives* (red. M. Derlén och J. Lindholm), *Swedish Studies in European Law* Vol. 10, 2018 s. 17 ff. (Hart Publ., Oxford).

I arbetet med denna rapport har jag haft glädje av en doktorsavhandling i statsvetenskap framlagd 2018 vid Uppsala universitet av Karin Leijon, *National Courts as Gatekeepers in European Integration. Examining the Choices National Courts Make in the Preliminary Ruling Procedure*. Där redovisas bland annat en intervjuundersökning av svenska domare som har begärt förhandsavgörande.⁴

1.2 Utgångspunkter och frågeställningar

Den rapport som nu läggs fram tar som nämnts sin utgångspunkt att Sverige har varit medlem i EU i drygt 25 år. Det övergripande syftet är att med förhandsavgörandena i fokus ge en bild av den utveckling som har skett när det gäller unionsrättens ställning och genomslag i Sverige och mot denna bakgrund bedöma var vi står i dagens läge och belysa vissa kvarstående problem på området. I detta syfte gör jag i rapporten nedslag i ett urval av betydelsefulla och betydande skeenden under tidsperioden. Behandlingen av den praxis som kommit till under den senaste femårsperioden kompletteras av en närmare ämnesvis genomgång av rättsfrågor som har behandlats eller som saknas i materialet. Underlaget är här samtliga förhandsavgöranden som EU-domstolen har meddelat under tidsperioden på begäran av svensk domstol. Rapporten är inriktad på att bedöma nuläget mot bakgrund av utvecklingen under hela tidsperioden. De två tidigare rapporterna utgör som nämnts ett viktigt underlag till vilka jag vill ge en generell hänvisning. Där har också vissa frågor behandlats mer detaljerat.

Rapporten har som utgångspunkt vissa övergripande frågeställningar. Av den första rapporten från 2010 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 med tiden har blivit mera vana vid att hantera unionsrättsliga problem och fått större förståelse för betydelsen av dialog med EU-domstolen. En intressant fråga som kommer att diskuteras är om de fall som förevarit indikerar att svenska domstolar har blivit mer benägna att föra mera principiella eller på annat sätt allmänintressanta rättsfrågor till EU-domstolen.

Mot denna bakgrund ger rapporten i det näst sista kapitlet en *Samlad bedömning av svenska domstolars hållning till förhandsavgöranden*: om svenska domstolars hållning till att begära förhandsavgörande har förändrats, om förhandsavgörandena behandlar centrala ämnen och om något förändrats eller saknas, om unionsrättens företrädare respekteras fullt ut, om de svenska domstolarna söker påverka EU-domstolens bedömning och om de kan sägas fungera som grindvakter. I den avslutande kapitlet diskuteras *Det svenska deltagandet – utrymme för ökad medverkan*.

⁴ Se 7.6 och 7.7. Se även K. Leijon, Nationella domstolar: en balanserande kraft mellan europeisk integration och nationell suveränitet, Europapolitisk analys, Sieps 2020:3epa och K. Leijon – C. Karlsson, Nationella domstolar som politiska aktörer. Främjare av rättslig integration eller försvarare av nationella intressen? *Statsvetenskaplig Tidskrift* 2013 s. 5 ff.

1.3 Disposition

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

Kapitel 4 tar upp ett urval av huvudpunkter i utvecklingen till närmare behandling. Det inleds med det överträdelseärende angående brist på förhandsavgöranden från Sverige som kommissionen initierade. Vidare behandlas fem förhandsavgöranden eller grupper av sådana som hör till dem som har haft störst betydelse, nämligen de tre alkoholmålen i EU-domstolen (Franzén, Gourmet och Rosengren), målen om fackliga stridsåtgärder (Laval, Viking Line och Fonnship), målet Åkerberg Fransson om dubbla förfaranden och dubbelbestraffning vid skattebrott, målet Tele 2 mot Post- och telestyrelsen (PTS) angående datalagring och målet Boguslaw Zaniwicz-Dybeck mot Pensionsmyndigheten om garantipension. Avgörandena har alla haft stort genomslag och påtagliga effekter på rättslaget i Sverige. Sammantaget gör de viktiga nedslag i utvecklingen under 25-årsperioden.

Kapitel 5 behandlar mot bakgrund av de tidigare rapporterna utvecklingen från 2016 till och med 2020 när det gäller svenska domstolars hållning till att begära förhandsavgörande. Här görs även en jämförelse med andra medlemsländer. Kapitel 6 innehåller en ämnesmässigt upplagd studie av de mål där förhandsavgörande har meddelats under perioden 2016 till och med 2020 med inriktning på vilka problem som har behandlats. Kapitel 7 ger en samlad bedömning av svenska domstolars hållning till förhandsavgöranden. Där ställs också frågorna om svenska domstolar söker påverka EU-domstolens bedömning och om de fungerar som grindvakter. Kapitel 8 diskuterar det svenska deltagandet i utvecklingen av EU-rätten och utrymmet för mer aktiv medverkan genom att förhandsavgörande begärs i ökad omfattning. För detaljuppgifter om de mål där svensk domstol har begärt förhandsavgörande *hänvisas till den kronologiska översikten i rapportens bilaga 1 för tiden 2016 till och med 2020 jämte uppgifter om inneliggande mål vid årsskiftet 2020–2021 (bilaga 2)*.

Motsvarande uppgifter för tidigare år finns i mina ovannämnda rapporter från 2010 respektive 2016. Där finns bland annat 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. I översikterna 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 lämnas här en kortfattad översikt av systemet med förhandsavgöranden. Framställningen har begränsats till att behandla viktiga huvudpunkter.

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

Den grundläggande bestämmelsen om förhandsavgörande är artikel 267 FEUF (EU:s funktionsfördrag, tidigare artikel 234 EG-fördraget, före 1999 artikel 177). Bestämmelsen har i huvudsak gällt oförändrad alltsedan Romfördragets tillkomst 1957. De knapphändiga reglerna i fördraget kompletteras av regler och anvisningar som framgår av EU-domstolens stadga och rättegångsregler samt särskilda informationsmeddelanden.⁵

⁵ Domstolens stadga, rättegångsregler och informationsmeddelanden återfinns på domstolens hemsida, www.curia.europa.eu. Rättegångsreglerna har senast ändrats 2019. Till dessa ansluter domstolens Rekommendationer till nationella domstolar om begäran om förhandsavgörande, senast ändrade 2019. Se vidare för en översikt U. Bernitz – A. Kjellgren, *Europarättens grunder*, 6 uppl., 2018 s. 88 ff., 187 ff., 240 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., M. Schmauch, En enhetlig unionsrättslig prejudikatbildning i våra domstolar, *Svensk Juristtidning* 2018 s. 658 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 meddela 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 stadgar 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 meddela 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 det finns behov av ett tolkningsbesked från EU-domstolen. Kommer frågan upp i en nationell domstol som är sista instans *ska* emellertid den nationella domstolen enligt artikel 267.3 FEUF föra tolkningsfrågan vidare till EU-domstolen. Här har dock viktiga begränsningar preciserats i rättspraxis (se 3.1 och 3.2).

EU-domstolen har generell kompetens och prövar alltså alla måltyper, oavsett om de härrör från allmän domstol eller förvaltningsdomstol eller från specialdomstolar för till exempel miljö- eller migrationsmål. 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 har hämtats från unionsrätten, så kallad överskjutande implementering, anser sig emellertid EU-domstolen behörig att meddela förhandsavgörande också i sådana fall. Det kan till exempel handla om konkurrensrätt eller upphandlingsrätt. Skälet till detta är att man anser det önskvärt att utveckla en enhetlig praxis.⁶

⁶ Se närmare rapporten från 2010, kap. 8, Förhandsavgörande vid överskjutande implementering av EU-rätt, s. 54 ff.

Det är fullt möjligt för den nationella domstolen att ställa flera frågor till EU-domstolen i samma mål, till exempel följdfrågor som aktualiseras för det fall EU-domstolen väljer att ge ett visst svar på den första frågan. Engelska domstolar (som från och med 2021 inte längre kan vända sig till EU-domstolen) var kända för att många gånger ställa ett helt batteri av följdfrågor för att ringa in problematiken. Svenska domstolar förfar normalt inte på detta sätt. Det vanligaste är att de rätt kortfattat formulerar en eller några få raka frågor.⁷ EU-domstolen utgår från att de frågor som den nationella domstolen har ställt är relevanta och ska besvaras.⁸ EU-domstolen tar däremot inte upp frågor som parter i det nationella målet själva söker ställa inför domstolen.

Nyligen har förekommit ett ovanligt fall där den svenska regeringen agerade på ett egendomligt sätt.⁹ Migrationsdomstolen vid Förvaltningsrätten i Malmö begärde förhandsavgörande i ett migrationsrättsligt mål i frågan om en tredjelandsmedborgare som befinner sig i Sverige måste kunna styrka sin identitet vid ansökan om uppehållstillstånd. Svenska regeringen yttrade sig i målet och hävdade att EU-domstolen inte skulle ta upp målet till prövning eftersom den svenska domstolens redogörelse för den faktiska och rättsliga bakgrunden var oklar. EU-domstolen prövade emellertid målet och framhöll i domen att förfarandet bygger på ett samarbete mellan nationella domstolar och EU-domstolen, att denna i princip är skyldig att meddela förhandsavgörande när de frågor som den nationella domstolen ställer rör unionsrätten och att nationella domstolars frågor om tolkningen av unionsrätten förutsätts vara relevanta. EU-domstolen hävdade alltså den nationella domstolens integritet.

EU-domstolen avgör ofta mål som avser förhandsavgörande med fem domare. Ett mindre antal mål, som bedöms som speciellt viktiga, avgörs i stor kammare, normalt med deltagande av 13 eller 14 domare. Två av de mål som härrört från Sverige har avgjorts i stor kammare under tidsperioden 2016–2020, nämligen fallet C-155/15, *George Karim mot Migrationsverket* angående ansvaret för prövning av asylansökningar enligt Dublinförordningen och mål C-203/15, *Tele 2 Sverige mot Post- och telestyrelsen* angående datalagring av telefontrafik i brottsbekämpande syfte.

⁷ Se dock mål C-180/15, *Borealis AB m.fl. mot Naturvårdsverket*, där Nacka tingsrätt, Mark- och miljödomstolen ställde sexton frågor till EU-domstolen, se 6.2.3. Se även 6.5.4 under Civilrättsligt samarbete ang. mål C-198/18, *CeDe Group* och HD:s efterföljande avgörande NJA 2020 s. 487. EU-domstolens svar på HD:s fråga gav HD anledning att i sin efterföljande dom, NJA 2020 s. 487, ingående utveckla tolkningen i ett visst hänseende av Rom I-förordningen. Om det senare hade HD inte ställt någon följdfråga till EU-domstolen. De svenska domstolarnas utformning av frågor till EU-domstolen diskuteras närmare i 7.6.

⁸ Se t.ex. mål C-617/10, *Åkerberg Fransson* punkt 40.

⁹ Mål C-193/19, *A mot Migrationsverket*, dom den 4 mars 2021 (målet var inneliggande vid årsskiftet 2020/2021). Se om fallet i 6.5.4.

2.2 Förhållandet nationell domstol/EU-domstolen

EU saknar ett domstolssystem av federal typ. Förhållandet mellan EU-domstolen och de nationella domstolarna är inte baserat på en hierarkisk ordning utan på en grundtanke om samarbete mellan domstolarna. Genom att bereda de nationella domstolarna möjlighet att begära förhandsavgörande har man gett dessa en direkt kanal till EU-domstolen. Begäran om förhandsavgörande vilar, som EU-domstolen ofta uttryckt det, på en dialog mellan domstolar, där det är den nationella domstolen som handlägger målet som bedömer relevansen och behovet av en sådan begäran.¹⁰ Ordningen bygger på en ömsesidig respekt för respektive domstols funktionsansvar. I linje med detta är förfarandet utformat som en rättslig 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. Ordningen kan dock i realiteten inte enbart beskrivas som en dialog. 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. Den värnar därför om reglerna om skyldighet att begära förhandsavgörande.

När EU-domstolen prövar en begäran om förhandsavgörande utgår den från de frågor som den nationella domstolen har ställt. Frågorna bör utformas tillräckligt täckande med beaktande av att EU-domstolen inte är närmare informerad om den nationella rätten. EU-domstolen tar emellertid fasta på att dess uppgift är att ge den nationella domstolen ett användbart svar. I detta syfte kan EU-domstolen besvara frågorna i en annan ordning än de har ställts eller välja att formulera om dessa. Domstolen kan också ta hänsyn till unionsbestämmelser som den nationella domstolen inte har hänvisat till för att ge denna uppgifter som är användbara vid det efterföljande avgörandet av det nationella målet.¹¹ Det ankommer på EU-domstolen att avgöra vilka delar av unionsrätten som behöver tolkas med hänsyn till saken i målet.¹² EU-domstolens tolkningsbesked är bindande för den nationella domstolen när den återupptar målet efter att det har varit vilande under tiden för handläggningen vid unionsdomstolen.

Svenska domstolar är alltså bundna av EU-domstolens tolkning av unionsrätten och förhindrade att tolka en bestämmelse som har beslutats på unionsnivå på ett sätt som ändrar dess innehåll eller effekt.¹³ Att tillämpa vad EU-domstolen har funnit gälla enligt unionsrätten på omständigheterna och bevisningen i målet är däremot en uppgift för den nationella domstolen. Man tillämpar alltså en funktionsfördelning. EU-domstolens behörighet omfattar inte att göra en

¹⁰ Se t.ex. mål C-2/06, *Kempter*, punkt 41–42.

¹¹ Se för ett exempel mål C-180/15, *Borealis m.fl.*, punkt 32. I målet hade Nacka tingsrätt, Mark- och miljödomstolen ställt ett stort antal frågor om giltigheten och tillämpningen av kommissionsbeslut grundade på direktivet 2003/87/EG om utsläppsrätter för växthusgaser.

¹² Se t.ex. mål C-549/15, *E.ON Biofor Sverige* mot Statens energimyndighet punkt 72.

¹³ Detta har HD slagit fast i NJA 2014 s. 79, *Billerud* punkt 15.

bedömning av de faktiska omständigheterna i målet vid den nationella domstolen eller att tillämpa de unionsrättsliga bestämmelser som domstolen har tolkat på nationella åtgärder eller situationer. Dessa frågor faller i stället inom ramen för den nationella domstolens exklusiva behörighet.¹⁴ Den nationella domstolen kan sägas fungera som unionsrättens nationella arm.

När den nationella domstolen 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.¹⁵ Det innebär att den nationella domstolen får som utgångspunkt tillämpa nationella processuella bestämmelser vid prövning av en talan som grundas på unionsrättsliga regler. Denna autonomi är dock inte obegränsad. Den nationella domstolen måste iaktta likvärdighetsprincipen, som innebär att de nationella processuella reglerna inte får missgynna unionsrätten genom att tillämpa mindre förmånliga regler, 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.¹⁶

Förfarandet vid förhandsavgöranden grundar sig som sagt 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 denna lämna samtliga uppgifter som den anser vara nödvändiga.¹⁷ Det varierar dock med målens karaktär hur pass konkret EU-domstolen är i sina uttalanden. 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 2020 i ett mål där Högsta domstolen hade begärt förhandsavgörande. Målet gällde frågan om biluthyrningsföretag, som hyr ut bilar utrustade med radio till privatkunder för kortare tid, var skyldiga att betala ersättning till upphovsrättshavare för musik som spelas i bilarna när dessa används. EU-domstolen konstaterade i domen att biluthyrningen inte innebar någon överföring av skyddade verk till allmänheten. Härmed stod det klart att det inte förelåg någon betalningsskyldighet för biluthyrningsföretagen och upphovsrätsorganisationerna återkallade målet i Högsta domstolen.¹⁸

¹⁴ NJA 2020 s. 147, Unionen mot Almega punkt 14–15. HD hänvisade till mål C-318/98, Fornasar m.fl., punkt 31 och 32. Se närmare om fallet kap. 6.2.1 nedan. Se även NJA 2013 s. 1162, Kiinteistö Mäkisalmela punkt 17.

¹⁵ Så HD i NJA 2013 s. 42, SAS-piloter punkt 4 och NJA 2015 s. 438, Systembolaget punkt 21. I mål C-30/19, Diskrimineringsombudsmannen (DO) mot Braathens Regional Aviation angående diskrimineringsersättning har EU-domstolen funnit rättighetsstadgan ta över svenska processuella principer, se 6.2.2 och 6.5.4.

¹⁶ Se bl.a. mål C-40/08, Asturcom punkt 38 och mål C-676/17, Călin punkt 34 ff.

¹⁷ Detta har EU-domstolen framhållit bl.a. i mål C-142/05, Mickelsson och Roos, punkt 41, se även t.ex. mål C-484/10, Ascafor, punkt 32–34.

¹⁸ Mål C-753/18, Stim och SAMI mot Fleetmanager Sweden och Nordisk Biluthyrning, se 6.4.4.

För att EU-domstolen ska kunna fullgöra sin uppgift är den beroende av att de nationella domstolarna handlar lojalt både när det gäller att begära förhandsavgöranden och att lägga dessa till grund för sin efterföljande bedömning av situationen i det aktuella målet. Denna lojalitetsplikt är ett utflöde av den allmänna lojalitetsplikt i förhållandet mellan unionen och medlemsstaterna som är fastlagd i unionsfördraget (artikel 4.3 FEU).

Det sagda innebär att den nationella domstolen med hänsyn till unionsrättens företräde kan vara tvungen att avstå från att tillämpa den i ett mål aktuella nationella rättsregeln eller ge denna en ändrad, fördrags- eller direktivkonform tolkning. Det kan till exempel innebära att tillämpningsområdet för den nationella bestämmelsen begränsas. Den nationella domstolen kan också vara skyldig att tillämpa direktivbestämmelser som inte genomförts i den nationella rätten i tid eller på ett felaktigt sätt.¹⁹ Som unionsdomstolen 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.²⁰ 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.²¹

Ett viktigt avgörande, där stark europarättslig lagprövning tillämpats, är domen av Kammarrätten i Stockholm i målet *Tele 2 Sverige* mot Post- och telestyrelsen angående tillåtligheten av datalagring av trafik via mobiltelefon m.m. i brottsbekämpande syfte. Efter att ha inhämtat förhandsavgörande fann Kammarrätten att den svenska lagstiftningen stred mot unionsrätten och inte kunde tillämpas. Ett annat sådant fall är målet *Åkerberg Fransson* om dubbla förfaranden och dubbelbestraffning vid skattebrott, där EU-domstolens ställningstagande bland annat ledde till resning av redan meddelade svenska brottmålsdomar (se vidare 4.4, 4.5 och 6.2.1).

2.3 Rätten att begära förhandsavgörande

Rätten att begära förhandsavgörande tillkommer alla nationella domstolar i medlemsstaterna och får inte inskränkas genom nationell lagstiftning.²² En sådan begäran kan göras när helst den nationella domstolen finner det lämpligt under förfarandet.²³ Hit räknas alla svenska allmänna domstolar och förvaltningsdomstolar jämte särskilda domstolar och specialdomstolar såsom

¹⁹ Se t.ex. HD:s uttalande i NJA 2013 s. 1162, *Kiinteistö Mäkisalmela* punkt 18.

²⁰ Mål C-106/77, *Simmenthal*, punkt 24.

²¹ T. Andersson, *Lagprövning vid "euroinvändning"* i svensk straffprocess, *Festskrift till Ulf Bernitz*, ERT-delen 2001 s. 13 ff., särskilt s. 16.

²² Mål C-555/07, *Küçükdeveci*, punkt 54 och 55.

²³ Se t.ex. mål C-173/09, *Elchinov* punkt 26.

Arbetsdomstolen, mark- och miljödomstolarna, migrationsdomstolarna och patent- och marknadsdomstolarna. Begreppet domstol har i rättspraxis getts en vidsträckt innebörd. Det är inte benämningen ”domstol” som ansetts avgörande utan organens faktiska funktioner och befogenheter. Artikel 19.1 i unionsfördraget kräver dock att medlemsstaterna säkerställer ett effektivt domstolskydd och artikel 47 i rättighetsstadgan kräver att en domstol ska vara oavhängig och opartisk och att en rättegång ska vara rättvis och offentlig.

Ett förhandsavgörande kan också begäras av domstolsliknande organ som har en oberoende ställning och som är varaktiga och 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, det vill säga en process mellan två parter.²⁶ En viktig begränsning är att privata skiljenämnder som har upprättats enligt till exempel den svenska skiljeförfarandelagen inte kan begära förhandsavgörande.²⁷ Det kan däremot hovrätten eller Högsta domstolen göra om en skiljedom har klandrats i domstol.²⁸ Statliga myndigheter, såsom Konkurrensverket, Migrationsverket eller Naturvårdsverket, kan inte begära förhandsavgörande eftersom de inte utgör domstolar.

Det är den nationella domstolen som handlägger ett mål som på eget initiativ (*ex officio*) har att ta ställning till om ett förhandsavgörande ska begäras och hur frågorna ska formuleras.²⁹ Det ligger inom ramen för domstolens uppgift att utreda och fastställa rättsläget enligt principen *jura novit curia* (domstolen känner lagen). Domstolen är alltså fri att begära förhandsavgörande även om parterna skulle motsätta sig detta. Det är dock praxis i Sverige att parterna ges tillfälle att yttra sig över domstolens förslag till frågor att ställa till EU-domstolen. Den har understrukit att varje nationell domstol har en självständig

²⁴ Mål C-407/98, Abrahamsson och Anderson, mål C-40/05, Lyyski.

²⁵ Mål C-134/97, Victoria Film. Om unionsrättens vida domstolsbegrepp H. Matz, *Begreppet domstol i EU-rätten*, 2010. Se även dens., EU-domstolen belyser domstolarnas oberoende, *Europarättslig Tidskrift* 2015 s. 885 ff., dens., Rättskipningens särdrag – några intryck från EU-rätten, *Svensk Juristtidning* 2015 s. 467 ff.

²⁶ Mål C-210/06, Cartesio, punkt 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. Det kan dock sättas i fråga hur väl EU-domstolens traditionellt vida domstolsbegrepp står sig i ljuset av EU-domstolens aktuella strävanden att precisera kraven på vad som utgör en domstol i en rättsstat och domares och domstolars oavhängighet, se bl. a. mål C-192/18, kommissionen mot Polen och mål C-896/19, Repubblika punkt 51 ff.

²⁷ Mål 102/81, Nordsee, mål C-126/97, Eco Swiss China Time mot Benetton International.

²⁸ Ett viktigt sådant mål där HD begärt förhandsavgörande är f.n. under handläggning i EU-domstolen, mål C-109/20, PL Holdings.

²⁹ EU-domstolen har på sin webbplats www.curia.europa.eu publicerat Rekommendationer till nationella domstolar om begäran om förhandsavgörande (2019/C-380/01), som ger konkret information om hur en begäran om förhandsavgörande bör utformas m.m.

rätt att vända sig till EU-domstolen när den anser det ”nödvändigt för att döma i saken”.³⁰ Det innebär att en domstol i högre instans inte får hindra en domstol i lägre instans från att begära förhandsavgörande genom att till exempel bifalla ett överklagande av beslutet att inhämta ett förhandsavgörande.³¹

Innan en domstol fattar beslut att begära ett förhandsavgörande är det givetvis högst lämpligt 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. EU-domstolen tillämpar ingen ordning med prövningstillstånd eller liknande. Det förekommer dock, även om det är mindre vanligt, att EU-domstolen vägrar att besvara de frågor som har ställts i en begäran om förhandsavgörande därför att domstolen finner frågorna oklara eller oprecisa eller ger otillräcklig information om vad saken gäller.³² Det krävs att de frågor som ställs är motiverade av behovet av att faktiskt kunna lösa en tvist. EU-domstolen besvarar inte frågeställningar som är hypotetiska eller har karaktär av rådgivande yttrande.³³

Om en nationell domstol är tveksam till frågan huruvida en i målet aktuell unionsrättslig rättsakt är giltig, är domstolen skyldig att begära förhandsavgörande. Det är nämligen endast EU-domstolen som är behörig att ta ställning till unionsrättsliga rättsakters giltighet och att ogiltigförklara sådana, i deras helhet eller i något särskilt hänseende. En ogiltigförklaring har verkan för hela EU (se artikel 263 och 264 FEUF). Efter det avgörande där detta rättsläge slogs fast talar man ofta om Foto-Frost-principen.³⁴ Det innebär att om det kommer upp en fråga i nationell domstol om ogiltigheten av en rättsakt, eller en viss bestämmelse i en sådan, är även domstolar i första instans skyldiga att begära förhandsavgörande av EU-domstolen. I avsnitt 6.2.3 behandlas två sådana fall, där svensk domstol i första instans har begärt förhandsavgörande i mål som bland annat gällt frågan om bestämmelser i unionsrättsliga rättsakter har varit ogiltiga. Det ingår i EU:s konstitutionella system att nationella domstolar faktiskt prövar att sekundärrättsliga bestämmelser håller sig inom EU:s kompetensgränser och har blivit antagna med tillämpning av korrekt beslutsförfarande när de finner anledning att göra detta.³⁵

³⁰ EU-domstolen har uttalat sig om den nationella domstolens ställning bl.a. i mål 126/80, *Salonia* och mål C-136/12, *Consiglio*, punkt 30.

³¹ Rätten för lägre instans att självständigt begära förhandsavgörande behandlas i 4.4 ang. målet *Åkerberg Fransson*. Se vidare rapporten från 2016 kap. 7.

³² Se t.ex. mål C-299/15, *Striani*. Jag har inte kunnat påträffa något fall där en svensk domstol har ställts inför detta.

³³ Se t.ex. EU-domstolens svar till HFD i mål C-787/18, *Skatteverket mot Sögård Fastigheter* punkterna 77 och 81.

³⁴ Mål 314/85, *Foto-Frost*.

³⁵ Om ogiltighetstalan se t.ex. U. Bernitz – A. Kjellgren, *Europarättens grunder*, 6 uppl., 2018 s. 224 ff.

2.4 Processen i EU-domstolen

När en nationell domstol hänskjuter rättsfrågor i ett mål till EU-domstolen genom att begära förhandsavgörande lämnar den en översikt av målet som redovisar relevanta omständigheter, parternas argument och nationella regler på området. Den nationella domstolen bör tänka på att EU-domstolen inte har någon närmare kännedom om specifika nationella förhållanden, faktiska eller rättsliga. Olika bakomliggande omständigheter och rättsregler kan därför 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 för att, som den ofta uttrycker det, kunna ge den nationella domstolen ett användbart svar.³⁶ EU-domstolen väljer många gånger att besvara frågorna i en annan ordningsföljd än de har ställts. Ibland bedömer domstolen att den inte behöver besvara samtliga frågor. Den kan också ta upp en underförstådd fråga eller unionsbestämmelser som den nationella domstolen inte har hänvisat till. Det brukar likaledes motiveras med behovet av att ge den nationella domstolen ett användbart svar.³⁷ EU-domstolen kan enligt sina rättegångsregler inhämta förtydliganden från den nationella domstolen om den anser det nödvändigt, något som sker i viss utsträckning.³⁸

Proceduren i EU-domstolen är relativt tung, bland annat därför att medlemsstaterna ges möjlighet att medverka i målen genom att lämna yttranden (engelska: observations).³⁹ Så sker i rätt stor utsträckning, främst i mål som uppfattas som viktiga från nationell synpunkt. Kommissionen får alltid tillfälle att yttra sig. När ett förhandsavgörande begärs av en svensk domstol är processspråket svenska. Det interna språket i domstolen är emellertid franska, och handlingarna i målen översätts till franska. Genomsnittstiden i domstolen för handläggning av mål om förhandsavgörande har kunnat pressas ner avsevärt på senare tid och kan numera i normalfall utgöra cirka 16 månader. Komplicerade mål kräver ofta längre tid.

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 av annan anledning inte ger utrymme för rimligt tvivel.⁴⁰ Som exempel kan nämnas en begäran från Högsta domstolen

³⁶ Så t.ex. mål C-180/15, *Borealis mot Naturvårdsverket* punkt 32. Se t.ex. K. Voss, *But that's not what I asked! The reformulation of questions asked in preliminary rulings*, *Europarättslig Tidskrift* 2015 s. 939 ff.

³⁷ Se t.ex. mål C-461/10, *Bonnier Audio*, punkt 47–51. Se även mål C-263/18, *Nederlands Uitgeversbond*, punkt 31–32.

³⁸ Artikel 101 i domstolens rättegångsregler.

³⁹ Se härom bl.a. P. Cramér m.fl., *See you in Luxembourg? EU Governments' Observations under the Preliminary Reference Procedure*, *Sieps* 2016:6.

⁴⁰ Punkt 99 i domstolens rättegångsregler.

angående talerätten för miljövårdsorganisationer, där omständigheterna låg nära ett redan avgjort liknande fall.⁴¹

Det finns sedan 2008 ett särskilt förfarande, det så kallade PPU-förfarandet,⁴² för att inhämta förhandsavgörande av unionsdomstolen i brådskande mål som avser området för frihet, säkerhet och rättvisa (RIF-området, se 6.5.4).⁴³ 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 sex till åtta veckor. Hittills har svensk domstol bara begärt förhandsavgörande i ett PPU-mål.⁴⁴

⁴¹ Mål C-24/09, Djurgården-Lilla Värtans Miljöskyddsförening, se NJA 2010 s. 419 och rapporten från 2016 s. 81.

⁴² 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.

⁴³ Se artikel 267.4 FEUF angående frihetsberövade och artikel 105 i EU-domstolens rättegångsregler.

⁴⁴ Fallet gällde en vårdnadstvist där Varbergs tingsrätt begärde förhandsavgörande, mål C-455/15 PPU, P mot Q, se rapporten från 2016 s. 86.

3 Skyldigheten att begära förhandsavgörande

3.1 Är rättsläget klart eller klarlagt?

Som behandlats i kapitel 2 är svenska domstolar, som dömer såsom sista instans, i princip skyldiga att begära förhandsavgörande i mål som rör unionsrättens tolkning. Det finns som nämnts en särskild fördragsregel om detta i artikel 267.3 FEUF. Finns det en fråga i målet som rör unionsrätten anger fördragstexten att den nationella domstolen *skall* föra frågor om tolkningen till EU-domstolen. Det krävs att frågan har relevans, det vill säga att svaret på frågan kan få betydelse för målets utgång.

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 EU-domstolen redan har uttalat sig i samma eller en snarlik fråga, på franska *acte éclairé*.⁴⁵ I det grundläggande avgörandet CILFIT 1982 slog domstolen fast att det inte heller finns någon skyldighet för sista instans att begära förhandsavgörande när den korrekta tillämpningen av unionsrätten är uppenbar, *acte clair*.⁴⁶ Det ankommer på den nationella domstolen i sista instans att på eget ansvar göra en oberoende bedömning av frågan huruvida en rättsfråga som saken gäller är *acte clair*.⁴⁷ 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 så kallade 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 unionsrättens särdrag, att de olika språkversionerna är lika giltiga, att unionsrätten använder en egen terminologi och att varje unionsrättslig bestämmelse måste sättas in i sitt sammanhang och tolkas mot bakgrund av unionsrätten som helhet. Sammantaget utgör detta mycket strikta krav.

⁴⁵ Mål 28–30/62, *Da Costa* en Schaake.

⁴⁶ Mål 283/81, CILFIT. Se HD:s uttryckssätt i NJA 2015 s. 438, Systembolaget punkt 24, vidare bl.a. U. Bernitz – A. Kjellgren, *Europarättens grunder*, 6 uppl. 2018 s 240 ff., C.F. Bergström – J. Hettne, *Introduktion till EU-rätten*, 2014 s. 376 ff., M. Schmauch, En enhetlig unionsrättslig prejudikatbildning i våra domstolar, *Svensk Juristtidning* 2018 s. 658 ff.

⁴⁷ Mål C-72/14 och C-197/14, van Dijk.

CILFIT-kriterierna har diskuterats kritiskt i många sammanhang och sannolikt har de inte tillämpats fullt ut av högsta instanser i något medlemsland.⁴⁸ Kritiken har dock inte lett till att EU-domstolen ändrat inställning. Det framgår av åtskilliga senare domar⁴⁹ och har bland annat bekräftats 2015 i målet *Ferreira da Silva e Brito*,⁵⁰ där EU-domstolen sammanfattade kraven 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 så kallade överlåtelsedirektivet (2001/23/EG) om arbetstagares ställning när verksamhet övergår på ny arbetsgivare. EU-domstolen uppmärksammade att det hade 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. Det 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 skärpt sin hållning ytterligare i ett avgörande 2018, kommissionen mot Frankrike.⁵¹ Kommissionen drev här ett överträdelseärende mot Frankrike. EU-domstolen slog fast att Frankrike hade begått fördragsbrott genom att Conseil d'État (Högsta förvaltningsdomstolen) inte hade begärt förhandsavgörande i ett mål om tolkningen av bestämmelser rörande beskattning av utdelning från utländska dotterbolag. EU-domstolen hänvisade främst till CILFIT-kriterierna och framhöll att den tolkning av de aktuella bestämmelserna i unionsrätten som Conseil d'État hade gjort inte var så uppenbar att den inte lämnade utrymme för rimligt tvivel.

⁴⁸ Se om denna kritik bl.a. generaladvokat Nils Wahls yttrande i förenade målen *van Dijk*, C-72/14 och C-197/14.

⁴⁹ EU-domstolen hänförde sig uttryckligen till CILFIT-kriterierna i sin dom i målet *Åkerberg-Fransson* (domen behandlas nedan i 4.4), i detta fall med indirekt kritik av HD:s ställningstagande i NJA 2011 s. 444.

⁵⁰ Mål C-160/14, *Ferreira da Silva e Brito*. I domen ges hänvisningar till tidigare avgöranden som har rört frågan. Se även C-379/15, *Association France Nature Environnement* punkt 49–50.

⁵¹ Mål C-416/17, *Kommissionen mot Frankrike*.

EU-domstolen har alltså gjort klart att CILFIT-kriterierna fortsatt gäller och att det utgör ett fördragsbrott om sista domstolsinstans i medlemsländerna inte iakttar detta. Som framgår är kriterierna ("inte lämna utrymme för något rimligt tvivel") så snävt utformade att de ger föga bedömningsutrymme. Den bakomliggande förklaringen till EU-domstolens strikta hållning torde vara att den är angelägen att slå vakt om sin egen kontroll över unionsrättens tolkning och tillämpning och att upprätthålla en enhetlig rättspraxis så att inte tolkningen av unionsrätten utvecklas oenhetligt i medlemsstaterna.

Finns det språkliga skillnader mellan olika versioner av en rättsakt gäller enligt fast praxis i EU-domstolen att den formulering som används i en av språkversionerna, till exempel den svenska, inte ensam kan läggas till grund för tolkningen av bestämmelsen eller ges företräde framför övriga språkversioner. Unionsbestämmelser ska tolkas och tillämpas på ett enhetligt sätt som står självständigt i förhållande till hur motsvarande begrepp förstås i medlemsstaternas rättsordningar, så kallad autonom tolkning. Föreligger det bristande överensstämmelse mellan olika språkversioner ska bestämmelsen tolkas med hänsyn till systematiken i och ändamålet med de föreskrifter i vilka den ingår.⁵²

Rättsläget kan som framgått inte anses klart eller klarlagt om den eller de unionsrättsliga regler som saken gäller har tolkats olikartat i medlemsstaternas nationella domstolar. Detta är något som det kan finnas anledning för processande parter att särskilt ge akt på.⁵³

Det kan tilläggas att EU-domstolen i sitt avgörande i *Ferreira da Silva e Brito* erinrade om att en medlemsstat kan ådra sig skadeståndsansvar om en domstol som dömer i sista instans åsidosätter skyldigheten att begära förhandsavgörande. Domstolen hänvisade till sin dom i det grundläggande fallet *Köbler* som rörde Österrikes högsta förvaltningsdomstol.⁵⁴ Det krävs dock som nämnts att överträdelsen är tillräckligt klar.

⁵² Se bl.a. mål C-476/19, Allmänna ombudet hos Tullverket mot *Combinova* punkt 31. Ett annat rättsfall, där detta tydligt har uttalats och tillämpats, är brottmålet mot *Lars Ivansson m.fl.*, det s.k. hönsbursmålet, C-307/13, punkt 39 – 40. Se U. Bernitz, Hönsbursmålet om skyldighet att anmäla tekniska föreskrifter, *Europarättslig Tidskrift* 2016 s. 491 ff.

⁵³ Det finns dock 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 och förhandsavgörande då kan inhämtas, mål 107/76, *Hoffmann-La Roche*, punkt 6. Skälet är att saken normalt är brådsakande. Att rättsläget förhåller sig så har Högsta domstolen också slagit fast i NJA 1995 s. 635, *Saturnus*, ett varumärkesmål.

⁵⁴ C-224/01, *Bernhard Köbler* mot Österrike. Se bl.a. U. Bernitz, Skadeståndsansvar enligt unionsrätten, *Juridisk Tidskrift* 2020–21 s. 813 ff.

3.2 Vilka domstolar utgör sista nationella instans?

Skyldigheten att begära förhandsavgörande gäller för domstolar ”mot vars avgöranden det inte finns något rättsmedel enligt nationell lagstiftning”, för att citera fördragstexten. Hit hör i Sverige i vart fall Högsta domstolen, Högsta förvaltningsdomstolen, Arbetsdomstolen, Migrationsöverdomstolen (som är en del av Kammarrätten i Stockholm) och Kammarrätten i Stockholm när det gäller mål enligt lagen om elektronisk kommunikation (LEK). Man har ställt frågan om hit också hör en domstol (hovrätt eller kammarrätt) vars dom endast kan bli överprövad i den mån prövningstillstånd meddelas enligt snäva kriterier. Frågan avgjordes 2002 i Lyckeskogmålet.⁵⁵

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 medför att parterna inte förfogar över något rättsmedel.⁵⁶ Domstolen fann alltså att hovrätt och kammarrätt inte är sista instans, förutsatt att parterna kan överklaga domen. Domstolen påpekade även i domsmotiveringen att om en fråga om tolkningen eller giltigheten av en unionsrättslig regel uppkommer i den högsta domstolsinstansen, är den skyldig att ta ställning till om förhandsavgörande ska inhämtas antingen när den prövar frågan huruvida prövningstillstånd ska meddelas eller vid ett senare tillfälle under målets handläggning.⁵⁷

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.⁵⁸ Saknas detta är domstolen sista instans enligt artikel 267.3 FEUF. Hit torde höra sådana fall där det endast är domstolen själv som kan besluta att släppa fram ett mål för prövning i Högsta domstolen genom en så kallad ventil, under det att parterna saknar rätt att överklaga. Hit hör i regel Patent- och marknadsöverdomstolen⁵⁹ och Mark- och miljööverdomstolen. Motsvarande gäller förbudet att överklaga hovrättens avgörande när talan förs mot en skiljedom (43 § andra stycket skiljeförfarandelagen). Existensen av en ventil av detta slag ändrar alltså inte att de nämnda domstolarna utgör sista instans enligt unionsrätten och har att iaktta CILFIT-kriterierna.⁶⁰

⁵⁵ Mål C-99/00, Lyckeskog.

⁵⁶ Punkterna 16 och 17 i domen.

⁵⁷ Punkt 18 i domen.

⁵⁸ M. Broberg – N. Fenger, *Preliminary references to the European Court of Justice*, 2 ed., Oxford 2014 s. 228.

⁵⁹ Se vidare 6.4.4 under rubriken Immaterialrätt och marknadsrätt.

⁶⁰ Närmare härom M. Schmauch i *Svensk Juristtidning* 2018 s. 667 ff. Möjligheten att söka resning i HD eller HFD räknas inte som ett rättsmedel enligt artikel 267 FEUF. Det kan nämnas att HD i NJA 2014 s. 79, Billerud beviljat resning och därefter begärt förhandsavgörande i ett mål där Miljööverdomstolen hade meddelat en dom som inte fick överklagas, se mål C-203/12, Billerud.

3.3 Domstolarnas skyldighet att motivera varför förhandsavgörande inte har inhämtats

Domstolar som dömer i sista instans är skyldiga att lämna en verklig motivering till varför de har beslutat att inte inhämta förhandsavgörande i ett visst fall. Skyldigheten att lämna en sådan motivering har slagits fast i ett flertal avgöranden av Europadomstolen i Strasbourg med stöd av rätten till en rättvis rättegång enligt artikel 6.1 i Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna. Det har skett bland annat i ett avgörande 2020 i målet *Sanofi Pasteur mot Frankrike*. Det krävs att motiveringen knyter an till de bedömningskriterier som EU-domstolen har lagt fast i CILFIT-målet.⁶¹ Att det gäller en sådan motiveringsskyldighet torde även följa av artikel 47.1 i EU:s rättighetsstadga om rätten till ett effektivt rättsmedel. Stadgan ska ju ges en innebörd och räckvidd som motsvarar Europakonventionen (artikel 52.3 i stadgan).

I Sverige är domstolar i sista instans också enligt svensk nationell rätt skyldiga att motivera varför de har beslutat att inte inhämta ett förhandsavgörande från EU-domstolen om en part har väckt frågan om att inhämta ett sådant. Det framgår av en särskild lag i ämnet från 2006 (2006:502). Lagen har sin bakgrund i överträdelseärendet mot Sverige angående bristen på förhandsavgöranden (se 4.1).

Den svenska lagändringen och dess utformning har diskuterats kritiskt i rapporten från 2016 avsnitt 4.4. Jag gjorde där en specialstudie av frågan i vad mån svenska domstolar i sista instans iakttar skyldigheten att motivera varför förhandsavgörande inte har inhämtats när en part har påkallat detta. När det gäller fall där prövningstillstånd inte har meddelats visade studien att domstolarna ofta nöjt sig med en intetsägande motivering att domstolen ”inte funnit skäl” att inhämta ett förhandsavgörande eller någon annan liknande formulering utan innehåll som visar hur domstolen har resonerat. Detta torde inte uppfylla de krav på motiveringsskyldighet som europarätten ställer.⁶² I domsmotiveringarna behandlades emellertid unionsrättsliga frågor, i vissa fall ingående, varför man får utgå från att domstolarna hade funnit rättsläget klart eller klarlagt.

⁶¹ Europadomstolens avgörande *Sanofi Pasteur mot Frankrike*, dom 13 feb. 2020, application no 25137/16. Ett tidigare grundläggande avgörande i frågan är *Ullens de Schooten och Rezabek mot Belgien*, dom 20 sept. 2011, application no 3989/07 och 38353/07. Ämnet behandlas närmare i rapporten från 2016 kap. 4 med vidare hänv., se även M. Schmauch, Europadomstolen ställer krav på motiverade beslut när förhandsavgörande inte inhämtas från EU-domstolen, *Europarättslig Tidskrift* 2012 s. 333 ff., M. Broberg och 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. 599 ff.

⁶² Se även M. Johansson – S. Ahmed, De högsta domstolsinstansernas motiveringsskyldighet vid beslut att inhämta förhandsavgörande från EG-domstolen – en papperstiger?, *Europarättslig Tidskrift* 2009 s. 769 ff.

Läget förefaller, såvitt framgår av de fall som jag har haft tillfälle att se, knappast ha ändrats under de senaste åren när det gäller motivering till varför förhandsavgörande inte har inhämtats. De skärpta krav på motiveringsskyldighet, som har utvecklats i Europadomstolens praxis när domstol i sista instans inte begär förhandsavgörande i mål som rör unionsrätten, förefaller ännu inte riktigt ha slagit igenom i Sverige. Fortfarande förekommer motiveringar, som knappast ger någon information i sak om varför domstolen har funnit att ett förhandsavgörande inte ska inhämtas.⁶³

⁶³ Som exempel kan nämnas följande formulering som verkar återkomma rätt oförändrad: "Högsta förvaltningsdomstolen finner att den unionsrättsliga reglering som aktualiseras redan har tolkats av EU-domstolen och att det finns tillräcklig vägledning för att ta ställning till frågan om prövningstillstånd. Yrkandet om att förhandsavgörande från EU-domstolen ska inhämtas ska därför avslås." Här hämtad från HFD:s beslut i mål 189-21 angående fri rörlighet för sjukvård, där prövningstillstånd inte beviljades.

4 Huvudpunkter i utvecklingen: sex viktiga fall

I syfte att ge ett utvecklingsperspektiv behandlas i detta kapitel ett urval fall och bedömningar av förhandsavgöranden som har gällt Sverige, som har varit särskilt observerade över åren och som har fått viktiga konsekvenser, bland annat i form av lagändringar. Det rör sig om nedslag i sex betydelsefulla skeenden eller avgöranden under 25-årsperioden.

4.1 Överträdelseärendet angående bristen på svenska förhandsavgöranden

Det första nedslaget gäller det överträdelseärende som kommissionen initierade mot Sverige år 2004, alltså efter nio års medlemskap i EU. Kommissionen agerade här i sin roll som unionsrättens väktare och gjorde gällande i ett motiverat yttrande som tillställdes den svenska regeringen att bristen på fall där svenska domstolar hade begärt förhandsavgörande av EU-domstolen innebar ett fördragsbrott.⁶⁴ Ett motiverat yttrande är det sista steget i det formella förfarandet innan kommissionen anhängiggör fördragsbrottstalan i EU-domstolen mot en medlemsstat och får bara avges om kommissionen anser att det föreligger ett fördragsbrott (se numera artikel 258 FEUF).

I yttrandet fann kommissionen det ”anmärkningsvärt” att Högsta domstolen under tiden från 1995 fram till utgången av 2001 endast hade begärt förhandsavgörande i två fall och under 2002 endast i ett fall, det vill säga totalt tre fall under de första åtta åren av svenskt medlemskap i EU. Vidare framhöll kommissionen att det faktum att Högsta domstolen och Regeringsrätten (nu Högsta förvaltningsdomstolen) inte motiverade sina beslut att inte ge prövningstillstånd i ett mål medförde att kommissionen inte kunde kontrollera efterlevnaden av skyldigheten att begära förhandsavgörande enligt de i 3.1

⁶⁴ Kommissionens ärende nr 2003/2161, C(2004) 3899, 13 okt. 2004. Se mer ingående U. Bernitz, Kommissionen ingriper mot svenska sistainstansers obenägenhet att begära förhandsavgöranden, *Europarättslig Tidskrift* 2005 s. 109 ff., dens., Europarättens genomslag i svensk rätt: Begäran om förhandsavgöranden av EG-domstolen som katalysator, *Juridiska fakulteten i Stockholm 100 år. En minnesskrift*, 2007 s. 78 ff. och dens., The Duty of Supreme Courts to Refer Cases to the ECJ: The Commission's Action Against Sweden i *Swedish Studies in European Law*, Vol. 1, 2006 s. 37 ff. Se även M. Schmauch, Lack of preliminary rulings as an infringement of Art 234 EC?, Commission case COM 2003/2161, Procedure against the Kingdom of Sweden, *European Law Reporter*, Luxemburg, 2005 s. 445 ff.

behandlade CILFIT-kriterierna om klart eller klarlagt rättsläge genom att ta del av de överväganden som gjorts.⁶⁵

Regeringen bestred i sitt svar till kommissionen att det skulle föreligga något fördragsbrott från svensk sida.⁶⁶ Den valde dock att inte ta strid om saken. Man införde genom en lagändring den skyldighet för domstolar i sista instans att motivera varför de har beslutat att inte inhämta ett förhandsavgörande från EU-domstolen som har berörts ovan i 3.3.⁶⁷ Sedan lagändringen hade genomförts avslutade kommissionen överträdelseärendet.

Även om kommissionens agerande mot Sverige var påtagligt kraftfullt kan det dock knappast avfärdas såsom oberättigat i sak. Det står klart att underlåtenhet av högsta nationella domstolsinstans att begära förhandsavgörande kan utgöra ett fördragsbrott och även medföra skadeståndsansvar för medlemsstaten.⁶⁸ Något som kan noteras när man i dag ser tillbaka på fallet är att ingen av de berörda parterna behandlade frågan om det förelåg en skyldighet enligt artikel 6.1 i Europakonventionen för domstol i sista instans att motivera varför förhandsavgörande inte har inhämtats när ett mål rör unionsrätt. Som nämnts i 3.3 är det numera fastlagt på grundval av senare tillkommen praxis från Europadomstolen i Strasbourg att det föreligger en sådan skyldighet.

Det svenska överträdelseärendet är numera inte unikt. Såsom behandlats i 3.1 har EU-domstolen i ett avgörande 2018 fällt Frankrike för fördragsbrott därför att den franska högsta förvaltningsdomstolen, Conseil d'État, inte hade begärt förhandsavgörande i ett skatterättsligt mål där rättsläget inte kunde anses klart.⁶⁹ Kommissionen inledde 2018 också en undersökning av de finska skattedomstolarnas praxis, särskilt finska Högsta förvaltningsdomstolen, där kommissionen anförde att det fanns systematiska brister när det gällde att begära förhandsavgörande. Undersökningen avslutades genom en uppgörelse med den finska regeringen.⁷⁰

⁶⁵ Det som kommissionen lade svenska staten till last, och som angav ramen för en eventuell kommande fördragsbrottstalan vid EU-domstolen, var att staten inte hade uppfyllt sina fördragsenliga skyldigheter: "genom att inte ha vidtagit åtgärder mot den praxis som tillämpas av den högsta domstolsinstansen att inte begära förhandsbesked vid EG-domstolen i samband med att den prövar frågan om prövningstillstånd i de fall fråga uppkommit om tolkningen eller giltigheten av en gemenskapsrättslig regel, och genom att inte ålägga dessa domstolar en skyldighet att i sådana fall begära förhandsbesked vid EG-domstolen och kräva att beslut om avslag på prövningstillstånd i sådana fall skall motiveras."

⁶⁶ Regeringen bifogade i sitt svar till kommissionen ett flertal färiska beslut från HD, där HD hade motiverat sitt ställningstagande till frågan om begäran om förhandsavgörande i samband med att HD hade fattat beslut om att inte meddela prövningstillstånd. Besluten markerade en snabb genomförd praxisändring i HD.

⁶⁷ Prop. 2005/06:157.

⁶⁸ Att så är fallet hade EU-domstolen som nämnts i 3.1 klargjort året innan i sin dom i målet Köbler, C-224/01, Bernhard Köbler mot Österrike.

⁶⁹ Mål C-416/17, Kommissionen mot Frankrike.

⁷⁰ S. Miertinen, Duties to Refer Duties: The Commission Investigates Whether Finnish Supreme Courts Failed to Refer Tax Cases to the Court of Justice, *Europarättslig Tidskrift* 2019 s. 245 ff.

Frågan om svenska domstolar har blivit mer benägna att inhämta förhandsavgörande återkommer i det följande.

4.2 De svenska alkoholmålen i EU-domstolen: Franzén, Rosengren och Gourmet

Det svenska alkoholmonopolet har varit föremål för tre betydelsefulla förhandsavgöranden i EU-domstolen som alla har medfört viktiga förändringar och en väsentlig liberalisering av alkohollagstiftningen. Det kan påpekas att Sverige saknar något förhandlingsundantag på alkoholområdet till skillnad från vad som är fallet när det gäller snus.

Grundläggande är det kända målet *Franzén*.⁷¹ Denna livsmedelshandlare utmanade monopolet genom att med start på nyårsdagen 1995 – det svenska EU-medlemskapets första dag – börja sälja alkohol i sin butik för att provocera fram ett åtal och en prövning av frågan om Systembolagets monopol var förenligt med EU-rätten. Sedan han åtalats begärde Landskrona tingsrätt förhandsavgörande. Grundläggande för EU-domstolens bedömning var i första hand [numera] artikel 37 FEUF som föreskriver att handelsmonopol måste anpassas på sådant sätt att det inte föreligger någon diskriminering med avseende på anskaffnings- och saluföringsvillkor mellan medlemsstaternas medborgare. Domstolen kom fram till att Systembolagets detaljhandelsmonopol kunde anses tillåtet mot bakgrund av att bolagets metoder för urval, organisation och marknadsföring varken rättsligt eller faktiskt befanns missgynna alkoholdrycker som importeras från andra medlemsstater. Domstolen beaktade också allmänintresset bakom Systembolaget, det vill säga att skydda folkhälsan mot alkoholens skadeverkningar. Däremot gjorde EU-domstolen en kritisk bedömning av den dåvarande svenska ordningen när det gällde import- och parthandelsverksamhet med alkoholdrycker och då på basen av [numera] artiklarna 34 och 36 FEUF om tillåtligheten av handelshinder. Domen medförde att kvarstående svenska hinder för import och parthandel med alkohol avvecklades, även distributionen till restauranger. Det var alltså bara själva detaljhandelsmonopolet som klarade prövningen i EU-domstolen. Att Systembolagets behandlar sina leverantörer icke-diskriminerande följs fortfarande upp löpande av Konkurrensverket genom rapportering varje halvår till kommissionen.

En särskild aspekt på detaljhandelsmonopolets räckvidd bedömdes av EU-domstolen i det efterföljande målet *Rosengren*.⁷² Ett antal personer, däribland Klas Rosengren, hade åtalats för att de som privatpersoner hade köpt sprit, vin och starköl direkt från annat EU-land via internet för hemleverans till bostaden och privat konsumtion. HD begärde förhandsavgörande. EU-domstolen gick emot svenska regeringens uppfattning och fann att denna form av privatimport genom

⁷¹ Mål C-189/95, Allmänna åklagaren mot Harry Franzén.

⁷² Mål C-170/04, Klas Rosengren mot Riksåklagaren. Parallellt förde kommissionen en fördragsbrottstalan mot Sverige, mål C-186/05.

särskild transportör inte omfattades av Systembolagets detaljhandelsmonopol eller kunde förbjudas enligt svenska bestämmelser om partihandel. Ett förbud mot sådan privatimport bedömdes som en kvantitativ importrestriktion enligt artikel 34 FEUF och oproportionerligt långtgående som skydd för folkhälsan vid en prövning enligt artikel 36 FEUF. HD ogillade härefter åtalen (NJA 2007 s. 941). Rättsläget är även idag att privatimport från annat EU-land av i målet aktuell typ är tillåten.

Det tredje avgörandet, *Gourmet*, gällde det dåvarande svenska förbudet mot reklam för alkoholdrycker riktad till konsumenter. Konsumentombudsmannen (KO) förde talan mot tidskriften *Gourmet* för att den hade alkoholreklam i en särskild utgåva av tidskriften som i och för sig riktade sig mot näringsidkare, främst i restaurangbranschen, men som i viss mån även nådde konsumenter. Stockholms tingsrätt begärde förhandsavgörande och frågade EU-domstolen om det var förenligt med EU-rätten att Sverige tillämpade ett totalförbud för alkoholreklam i tidningar och tidskrifter riktade till konsument. I avgörandet tog EU-domstolen fasta på att ett reklamförbud kan försvåra marknadstillträdet mer för varor som importeras från andra medlemsländer än för svenska varor, som kan ha bättre tillgång till andra marknadsföringskanaler och som konsumenterna kan antas vara mer förtrogna med. EU-domstolen framhöll även att det måste prövas om det handelshinder som ett totalförbud utgör är en proportionerlig åtgärd för att skydda folkhälsan. Vid den efterföljande bedömningen i Marknadsdomstolen gjorde denna en ingående proportionalitetsprövning och kom fram till att annonsförbudet i sin dåvarande utformning var oproportionerligt i förhållande till sitt syfte och därigenom inte förenligt med EU-rätten. KO:s talan mot *Gourmet* ogillades.⁷³ Marknadsdomstolen antydde dock i domskälen att det kunde finnas skäl att göra skillnad på vin- och spritreklam.

Domen ledde till en snabb lagändring som innebär att kommersiell annonsering i tidningar och tidskrifter numera är tillåten i viss utsträckning för öl och vin som innehåller högst 15 volymprocent alkohol men inte för starkare drycker. I praktiken går gränsen ungefär mellan bordsvin och starkvin. Det krävs dock att reklamen uppfyller ett krav på särskild måttfullhet. I princip får sådana annonser enligt hittillsvarande praxis endast visa enstaka förpackningar av varan jämte varumärket och ska innehålla särskild varningstext.⁷⁴

Sammanfattningsvis kan konstaterats att Systembolagets detaljhandelsmonopol visserligen har kunnat klara den grundläggande prövningen i EU-domstolen, men att de tre domarna om svensk alkohollagstiftning har haft en djupgående påverkan på denna i liberaliserande riktning.

⁷³ Mål C-405/98, Marknadsdomstolens dom 2003:5, *Gourmet*.

⁷⁴ Se t.ex. U. Bernitz, *Marknadsföringsrätten*, 2 uppl., 2020 s. 161 ff.

4.3 Målen om fackliga stridsåtgärder: Laval, Viking Line och Fonnship

Det i Sverige mest kända och uppmärksammade förhandsavgörandet på begäran av svensk domstol torde utan tvekan vara Lavalmålet som EU-domstolen avgjorde i stor kammare 2007.⁷⁵ Här behandlas endast vissa huvudpunkter.⁷⁶

Utgångspunkten för *Lavalmålet* var den fria rörligheten inom EU för tjänster och för arbetstagare samt möjligheterna för företag att utstationera arbetstagare från andra medlemsländer till Sverige vid utförande av tjänster. För att motverka att utstationering leder till social dumpning genom utnyttjande av lågbetald arbetskraft hade EU infört ett särskilt utstationeringsdirektiv som genomförts i Sverige, om än försiktigt. Lavalmålet belyser konflikten mellan fri rörlighet för företag som utstationerar arbetskraft från medlemsstater i Central- och Östeuropa med klart lägre lönenivå och etablerade fackliga intressen i de äldre medlemsstaterna, men också kollisionen mellan skyddade grundrättigheter, nämligen mellan rätten till fackliga stridsåtgärder och rätten till fri rörlighet inom EU för arbetstagare och tjänster.

I det aktuella fallet vidtog Byggnadsarbetareförbundet (Byggettan) med stöd av Elektrikerförbundet stridsåtgärder i form av blockad mot det lettiska företaget Laval un Partneri sedan företaget hade vägrat att träffa kollektivavtal med Byggnads rörande arbeten på en skolbyggnad i Vaxholm. Blockaden hindrade att arbetet kunde slutföras. Laval, som hade ett lettiskt kollektivavtal med de anställda, hävdade i Arbetsdomstolen att stridsåtgärderna var otillåtna. Arbetsdomstolen begärde förhandsavgörande av EU-domstolen.

I domskälen konstaterade EU-domstolen att EU:s rättighetsstadga (artikel 28 under huvudrubriken Solidaritet) skyddar förhandlingsrätten på arbetsmarknaden och rätten till kollektiva stridsåtgärder. Domstolen konstaterade även att dessa är grundlagsskyddade rättigheter i Sverige: enligt [numera] 2 kap. 14 § regeringsformen har arbetstagarorganisationer samt arbetsgivare och arbetsgivarorganisationer rätt att vidta fackliga stridsåtgärder, om inte annat följer av lag eller avtal. EU-domstolen fann emellertid att det faktum att rätten att vidta fackliga stridsåtgärder utgör en grundläggande rättighet och en integrerad del av de allmänna principerna för unionsrätten inte hindrar att det kan gälla begränsningar för rättighetens utövande. Dessa begränsningar följer enligt domstolen av att rätten att vidta fackliga stridsåtgärder inte faller utanför fördragets tillämpningsområde. Härigenom kom EU-domstolen in på att bedöma rättigheten mot bakgrund av skyldigheten i [numera] artikel 56 FEUF att avskaffa inskränkningar i rätten att tillhandahålla

⁷⁵ Mål C-341/05, Laval un Partneri mot Svenska Byggnadsarbetareförbundet m.fl.

⁷⁶ I serien Sverige 25 år i EU har Sieps publicerat en särskild skrift om utstationering av arbetstagare som till stor del behandlar Lavalmålet och dess efterverkningar: E. Sjödin & E. Wadensjö, *25 år med utstationering av arbetstagare till och från Sverige – Reglering, omfattning och arbetsmarknadseffekter*, Sieps 2020:8.

tjänster i annan medlemsstat. Den noterade att friheten att tillhandahålla tjänster är en av EU:s grundläggande principer och att en inskränkning i denna frihet endast kan godtas om inskränkningen har ett legitimt ändamål som är förenligt med fördraget och motiverad av tvingande hänsyn till allmänintresset. Unionsdomstolen företog härefter en avvägning av berörda intressen, med beaktande av hur utstationeringsdirektivet hade genomförts i Sverige och den grundläggande principen om proportionalitet, och fann i sak att stridsåtgärderna utgjorde otillåtna hinder för rörligheten.

Arbetsdomstolen utgick i sin efterföljande dom från de bedömningar som EU-domstolen hade gjort och dömde de fackliga organisationerna att betala skadestånd till Laval med 550 000 kronor (AD 2009 nr 89). Lavaldomen har lett till vissa lagändringar, främst ett huvudsakligt förbud mot stridsåtgärder i strid mot utstationeringslagen. Genom en senare lagändring 2017 har man vidgat rätten till svenska kollektivavtal för utstationerade arbetstagare.

Ett liknande resonemang förde EU-domstolen i det ungefär samtidigt avgjorda målet *Viking Line* om Internationella transportarbetareförbundets blockadåtgärder mot utflaggning av det åländska rederiet Viking Lines färja Rosella från Finland till Estland i syfte att sänka lönekostnader.⁷⁷ I detta fall begärde en engelsk domstol förhandsavgörande. Vikingfallet gällde alltså inte direkt svenska förhållanden eller domstolar men bör ändå nämnas, eftersom det utgör ett systeravgörande till Laval och avgjordes en vecka tidigare, likaledes i stor kammare. Domstolen fann här att föreningsrätten och rätten att vidta fackliga stridsåtgärder utgör grundläggande rättigheter, som dock måste utövas inom ramen för fördraget och dess regler om etableringsfrihet och fri tjänsterörlighet. Också här mynnade EU-domstolens bedömning ut i behovet av en avvägning mellan de fackliga rättigheterna och skyddet för etableringsfriheten och rätten att driva ekonomisk aktivitet. Domstolen erinrade också om betydelsen av att iakttä den övergripande proportionalitetsprincipen. Domen torde få uppfattas så att domstolen ansåg de vidtagna blockadåtgärderna oproportionerliga.

Lavalmålet har följts av ett ytterligare avgörande, *Fonnskip*, där EU-domstolen prövat svenska arbetsmarknadsförhållanden mot unionsrätten. Målet *Fonnskip* mot Svenska Transportarbetareförbundet och SEKO⁷⁸ avsåg ett norskt fraktfartyg, som var registrerat i Panama och som förde panamansk flagg och hade en besättning som delvis bestod av tredjelandsmedborgare. 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 av fartyget med hänvisning till att besättningen fick oskäligt låga löner. I målet ställde Arbetsdomstolen frågan om *Fonnskip* kunde åberopa

⁷⁷ Mål C-438/05, International Transport Worker's Federation och Finnish Seamen's Union mot Viking Line och Viking Line Eesti.

⁷⁸ Mål C-83/13, *Fonnskip A/S* mot Svenska Transportarbetareförbundet och Facket för Service och Kommunikation (SEKO).

friheten att tillhandahålla tjänster. EU-domstolen fann att situationen föll under EES-avtalet mellan EU och Norge. EU-förordningen 4055/86 om tillämpning av principen om frihet att tillhandahålla tjänster på sjötransportområdet mellan medlemsstater samt mellan medlemsstater och tredjeland var emellertid tillämplig. Förutsatt att Fonnship kunde kvalificeras som tillhandahållare av fartygets tjänster, fann EU-domstolen den nämnda EU-förordningen tillämplig när som här tjänsterna tillhandahölls i ett annat EU/EES-land (det vill säga 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.

Arbetsdomstolen fann i sin efterföljande dom (AD 2015 nr 70) 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 bedömde lönevillkoren oskäliga i belysning av EU-rätten och kom fram till att kollektivavtalen i sin helhet skulle lämnas utan avseende såsom oskäliga (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.

Domarna i främst Laval- och Viking-målen har blivit mycket omdiskuterade. Av central betydelse är att EU-domstolen visserligen betraktar rätten till fackliga stridsåtgärder såsom en grundläggande rättighet men att denna inte är absolut. Den måste i princip utövas i samklang med övriga av fördragen skyddade friheter, främst den fria rörligheten för företag och arbetstagare, samt principen om proportionalitet. Rätten till fackliga stridsåtgärder kan alltså underkastas begränsningar. Avgörande för bedömningarna har som framgått varit intresseavvägningar, där det arbetsrättsliga normsystemet inte betraktas som något fristående utan som inordnat i unionens allmänna rättssystem. Detta står i viss motsättning till den traditionella svenska synen på en vidsträckt avtalsfrihet för den svenska arbetsmarknadens parter. Man får konstatera att EU-medlemskapet har medfört en förändring som sätter gränser för vad som tillåts i fråga om fackliga stridsåtgärder, såsom blockader. Det är överhuvud ett karakteristiskt drag för EU-rätten att den inte väjer för känsliga avvägningar mellan motstående grundläggande rättigheter, i sista hand genom avgörande i EU-domstolen.

Det kan tilläggas att det från den senaste femårsperioden finns ett fjärde arbetsrättsligt mål som är intressant i ett unionsrättsligt perspektiv, *Unionen mot Almega m.fl.* angående direktivet om arbetstagares rättigheter vid företagsöverlåtelser.⁷⁹ Sedan Arbetsdomstolen begärt förhandsavgörande och

⁷⁹ Mål C-336/15, AD 2018 nr 35, NJA 2020 s. 147.

på grundval av detta meddelat dom i målet sökte Unionen resning i Högsta domstolen och gjorde gällande att Arbetsdomstolen tillämpat EU-domstolens förhandsavgörande felaktigt. Det gav Högsta domstolen anledning att närmare utveckla hur långt en dom av EU-domstolen binder svensk domstol (se vidare i 6.2.1).

4.4 Åkerberg Fransson om dubbla förfaranden och dubbelbestraffning vid skattebrott

Ett mycket betydelsefullt förhandsavgörande, som inte saknar dramatiska inslag och som har lett till en viktig svensk lagändring, är Åkerberg Fransson, mål C-617/10, *Åklagarkammaren i Umeå mot H. T. Åkerberg Fransson*, avgjort av EU-domstolen 2013 på begäran av Haparanda tingsrätt.⁸⁰ Avgörandet har lett till en ändrad syn på rättsprincipen *ne bis in idem* (inte två gånger om samma sak) och dess tillämpning på dubbla förfaranden och dubbelbestraffning i samband med påförande av skattetillägg och åtal för skattebrott. Utgångspunkten har varit Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna (artikel 4 i sjunde tilläggsprotokollet) och EU:s rättighetsstadga (artikel 50) som båda innehåller likartade förbud mot *ne bis in idem*. Den sistnämnda 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.

Åkerberg Fransson var yrkesfiskare med enskild firma som bland annat fiskade siklöjor i Bottenviken vid Kalixälvens mynning och hade inkomster på försäljning av Kalix löjrom. Skatteverket fann brister i hans bokföring och höjde hans taxerade inkomst och redovisade moms samt beslöt att ta ut skattetillägg, vilket betalades. Han åtalades även vid Haparanda tingsrätt för grovt skattebrott. Hans offentliga försvarare yrkade att målet skulle avvisas med hänvisning till principen *ne bis in idem* eftersom Åkerberg Fransson redan hade ålagts att betala skattetillägg.

Sverige hade sedan länge tillämpat en ordning med dubbla påföljder vid odeklarerade inkomster i form av påförande av skattetillägg i förening med åtal för skattebrott. Det hade tidigare motiverats med att påföljderna skulle vara av olika art. Europadomstolen för de mänskliga rättigheterna slog emellertid fast 2002 att den svenska ordningen med skattetillägg var av straffrättslig natur. Det medförde dock ingen ändring i svensk lagstiftning eller rättspraxis, eftersom man hävdade att skattetillägg och dom för skattebrott var av olika karaktär. I en

⁸⁰ Fallet är närmare behandlat i rapporten från 2016 kap. 6 och i U. Bernitz, Rättighetsstadgans genomslag i svensk rätt. Europarättslig lagprövning och lärdomar av Åkerberg Fransson, *Juridisk Tidskrift* 2016–17 s. 789 ff. Se även t.ex. K. Fast, Tusen skäl att förekomma i stället för att förekommas – en kommentar till dubbelbestraffningsfallen i EU-domstolen och Högsta domstolen 2013, *Juridisk Tidskrift* 2013–14 s. 24 ff.

dom 2009 (Zolotukhin) preciserade emellertid Europadomstolen innebörden av förbudet mot *ne bis in idem* och klargjorde att ny lagföring och dom står i strid med Europakonventionen i den mån det är fråga om brott som härrör från identiska fakta eller fakta som i allt väsentligt är desamma. Gärningsidentiteten befanns alltså vara avgörande. Det blev i detta läge en uppmärksammas fråga om Högsta domstolen skulle ändra praxis. En djupt oenig Högsta domstol kom dock fram till att Europadomstolens praxis inte gav ”klart stöd” för att den svenska ordningen stred mot Europakonventionens förbud mot *ne bis in idem* (NJA 2010 s. 168).

I ett efterföljande avgörande 2011 (NJA 2011 s. 444), som bland annat gällde oredovisad moms och därigenom även berörde unionsrätten, beslöt domstolens majoritet (tre justitieråd) att inte inhämta förhandsavgörande av EU-domstolen och stå fast vid ståndpunkten att kombinationen skattetillägg/åtal för skattebrott var tillåten. Två justitieråd var emellertid skiljaktiga och hävdade med stöd av en mycket ingående motivering att rättsfrågan inte var klar och att ett förhandsavgörande av EU-domstolen skulle inhämtas.

Mot bakgrund av vad som gäller om skyldigheten för högsta domstolsinstans att inhämta förhandsavgörande när en unionsrättslig rättsfråga inte är klar eller klarlagd (se 3.1), torde redan det faktum att två justitieråd av fem på utförligt redovisade grunder finner en rättsfråga vara oklar tydligt visa att rättsläget inte rimligen kan vara klart. HD-majoritetens ställningstagande att i denna situation välja att inte begära förhandsavgörande och hävda att unionsrätten inte var tillämplig framstår som anmärkningsvärt, i synnerhet som EU-domstolen vid denna tidpunkt ännu inte hade tagit ställning till rättighetsstadgans räckvidd. Möjligen räknade HD-majoriteten med ett ingripande från lagstiftarens sida men så blev inte fallet.

Den domare som handlade åtalet vid Haparanda tingsrätt mot Åkerberg Fransson hade emellertid då redan beslutat att begära förhandsavgörande av EU-domstolen i frågan huruvida den svenska ordningen med dubbla förfaranden och sanktioner vid skattebrott kunde anses förenlig med förbudet mot *ne bis in idem* i rättighetsstadgan. Tingsrätten erinrade särskilt om att skattetillägget delvis avsåg oredovisad moms. Som förut nämnts står möjligheten att begära förhandsavgörande öppen för varje svensk domstol om ett mål rör unionsrätten och rättsläget inte kan anses klart eller klarlagt. Det är värt att notera att Haparanda tingsrätts beslut hade föregåtts av starka reaktioner mot Högsta domstolens bedömning bland svenska jurister.

EU-domstolen avgjorde Åkerberg Fransson-målet i stor sammansättning. Den fann att unionsrätten var tillämplig. Visserligen bedrev Åkerberg Fransson sin ekonomiska verksamhet praktiskt taget helt inom Sverige, men skyldigheten att deklarerar moms bygger på EU:s sjätte mervärdesskattedirektiv som föreskriver att medlemsstaterna ska ha effektiva sanktioner på området. De

aktuella svenska reglerna om sanktioner vid oredovisad moms föll följaktligen under unionsrätten och därmed rättighetsstadgans förbud mot *ne bis in idem*. Skattetilläggen bedömde EU-domstolen med hänvisning till Europadomstolens praxis vara av straffrättslig karaktär. EU-domstolen fann att rättighetsstadgans artikel 50 var tillämplig och inte tillät någon nationell bedömningsmarginal. Den svenska ordningen med dubbla förfaranden och dubbelbestraffning stred alltså mot stadgan såvitt gällde moms. Däremot prövade inte EU-domstolen motsvarande fråga såvitt gällde inkomstbeskattning, eftersom denna inte täcktes av unionsrätten.

Högsta domstolen agerade snabbt efter EU-domstolens avgörande i Åkerberg Fransson och ändrade sin praxis. HD fann enhälligt i ett avgörande i plenum (NJA 2013 s. 502) i ett likartat mål att skattetilläggen var av straffrättslig karaktär och att den tidigare svenska ordningen med dubbla förfaranden och dubbelbestraffning inte längre kunde upprätthållas. Med hänsyn till vikten av rättssystemets enhetlighet gällde detta enligt HD:s bedömning inte endast sanktioner för oredovisad moms utan även på inkomstskatteområdet. HD fann vidare att omläggningen av praxis skulle tillämpas retroaktivt från och med dagen för Europadomstolens ovannämnda avgörande i Zolotukhin-målet 2009. Högsta domstolen beviljade härefter resning i cirka 400 mål, där personer efter denna tidpunkt hade fallits för skattebrott trots att de hade ålagts betala skattetillägg för samma oredovisade skatt (se särskilt NJA 2013 s. 746) och hade i en rad andra avgöranden att ta ställning till olika aspekter på det nya rättsläget rörande *ne bis in idem*.⁸¹ Högsta förvaltningsdomstolen anslöt sig till motsvarande synsätt när det gäller skyldighet för personer som hade åtalats för skattebrott att betala skattetillägg grundade på samma oriktiga uppgifter som åtalet (HFD 2013 ref. 71).⁸² Sammantaget hade HD:s pleniavgörande mycket omfattande efterverkningar, som bland annat innebar frigivning av ett antal personer som avtjänade pågående fängelsestraff för skattebrott och även hade betalat skattetillägg.

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

Det kan nämnas att åklagaren utan framgång försökte hindra Haparanda tingsrätts begäran om förhandsavgörande från att behandlas i EU-domstolen, genom att vända sig till hovrätten och yrka att hovrätten skulle återkalla begäran om förhandsavgörande med hänvisning till att målet försenades i onödan.

⁸¹ G. Toijer, *Högsta domstolen och ne bis in idem*, Festskrift till Stefan Lindskog, 2018 s. 719 ff.

⁸² H. Jäderblom, *Ne bis in idem i förfaranden om skattetillägg och skattebrott*, Vänbok till Mats Melin, 2018 s. 231 ff.

Hovrätten för Övre Norrland avslag dock åklagarens begäran. Hovrätten hänvisade till att varje nationell domstol har rätt att begära förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF. Hovrätten erinrade härvid om EU-domstolens dom i målet C-210/06, *Cartesio*, där det slagits fast att en överinstans inte får ändra ett beslut av en underinstans att begära förhandsavgörande.⁸³

Avgörandet Åkerberg Fransson är i första hand betydelsefullt genom att det medförde en omlagd praxis på ett viktigt område som berör många. Det ledde också till lagändring. Åtalas en person för skattebrott ska numera frågan om påförande av skattetillegg prövas av domstolen samtidigt med skattebrottet, och inte som tidigare separat av skattemyndigheten. Fallet belyser också mycket tydligt unionsrättens företräde. Domen i EU-domstolen ledde till att Högsta domstolen och Högsta förvaltningsdomstolen fick utöva stark europarättslig lagprövning (se 2.2) och sätta åt sidan tydliga svenska lagbestämmelser därför att dessa hade befunnits strida mot en regel i unionens rättighetsstadga. Vidare visar omständigheterna i Åkerberg Fransson-fallet betydelsen av att svenska domstolar i första instans har tillgång till en öppen direktkanal till EU-domstolen genom att de själva kan fatta beslut att begära förhandsavgörande som högre instans inte får återkalla.

4.5 Tele 2 Sverige mot Post- och telestyrelsen angående datalagring av telefontrafik

Det förhandsavgörande med svensk bakgrund som framstår som mest observerat under den senaste femårsperioden torde vara EU-domstolens avgörande om datalagring av trafik via mobiltelefon m.m. i brottsbekämpande syfte, *Tele 2 Sverige mot Post- och telestyrelsen*, C-203/15, avgjort 2016. EU-domstolen gav här prioritet åt skyddet för personlig integritet på ett sätt som gjorde att den svenska lagstiftningen på området inte längre kunde tillämpas och som pressade fram en ny svensk lagstiftning på området med delvis snävare räckvidd.

Bakgrunden har varit det direktiv (2006/24/EG) om datalagring under viss tid av uppgifter hämtade från allmänna kommunikationsnät som EU antog 2006. Det genomfördes i Sverige med betydande fördröjning inom ramen för lagen om elektronisk kommunikation (LEK).⁸⁴ Lagringen avsåg trafik- och lokaliseringssuppgifter samt nödvändiga uppgifter för identifikation, men den innefattade inte kommunikationens innehåll. Det var fråga om uppgifter om från vilket telefonnummer ett visst annat nummer hade blivit uppringt, om samtalet hade blivit besvarat, när samtalet hade ägt rum, hur länge det hade varat och från vilka platser samtalen hade skett. Det handlade med andra ord om så kallade metadata som kan knytas till individers handlande. Datalagringen

⁸³ Detta har behandlats närmare i rapporten från 2016 kap. 7 med rubriken Lägre instans rätt att självständigt begära förhandsavgörande.

⁸⁴ EU-domstolens avgörande i *Tele 2*-målet har en märklig förhistoria. Sverige dröjde av politiska skäl med att genomföra datalagringsdirektivet och fälldes på talan av kommissionen för fördragsbrott. Förhållandet till rättighetsstadgan prövades inte i det målet.

legitimerades av dess brottsbekämpande syfte. Enligt en särskild lag om inhämtning av uppgifter om elektronisk kommunikation i de brottsbekämpande myndigheternas underrättelseverksamhet (inhämtningslagen) kunde dessa i hemlighet hämta in uppgifter.

EU:s rättighetsstadga innehåller två särskilda artiklar om integritetsskydd. Enligt artikel 7 i stadgan har var och en rätt till respekt för sitt privatliv och familjeliv, sin bostad och sina kommunikationer, och enligt artikel 8 i stadgan har var och en rätt till skydd för sina personuppgifter. Dessa får dock behandlas lagenligt för bestämda ändamål på grundval av samtycke eller annan legitim och lagenligt grund. EU-domstolen tog 2014 i det uppmärksammade avgörandet *Digital Rights Ireland*⁸⁵ det kraftfulla steget att i sin helhet ogiltigförklara det ovan nämnda datalagringsdirektivet av 2006. Domstolen fann att datalagring visserligen spelar en viktig roll i brottsbekämpande syfte, inte minst när det gäller bekämpandet av terrorism, men att direktivet hade en alltför generell utformning och saknade tillräckliga avgränsningar för att kunna tillgodose stadgans krav på integritetsskydd och därigenom stred mot proportionalitetsprincipen.⁸⁶ EU-domstolens aktiva tillämpning av stadgan behandlas vidare i avsnitt 6.2.2.

Sverige valde i detta läge att bibehålla de svenska lagbestämmelserna, trots att direktivet hade blivit ogiltigförklarat såsom stridande mot rättighetsstadgan och alltså hade slutat att gälla.⁸⁷ Företaget Tele 2 upphörde dock med sin datalagring med hänvisning till att direktivet inte längre existerade. Det föranledde bland annat Rikspolisstyrelsen att agera. Post- och telestyrelsen (PTS) beslöt att förelägga Tele 2 att återuppta datalagringen av trafikuppgifter och lokaliseringssuppgifter avseende företagets abonnenter och användare under hänvisning till den svenska lagen. Sedan Tele 2 hade överklagat detta beslut beslöt Kammarrätten i Stockholm att inhämta ett förhandsavgörande av EU-domstolen om de svenska lagringskravens förenlighet med unionsrätten.⁸⁸

Målet rönt stort intresse. Det avgjordes i EU-domstolen i stor kammare med tretton domare. Tolv medlemsländers regeringar agerade i målet genom att avge yttranden. EU-domstolen fann den svenska lagstiftningens utformning strida mot rättighetsstadgan och direktivet 2002/58 om integritet och elektronisk kommunikation och därigenom mot unionsrätten. EU-domstolen framhöll bland annat att den svenska lagstiftningen krävde en generell och odifferentierad

⁸⁵ Förenade målen C-293/12 och C-594/12, *Digital Rights Ireland* (stor kammare).

⁸⁶ I Sverige ger i princip 2 kap. 6 § första stycket regeringsformen skydd mot hemlig avlyssning eller upptagning av telefonsamtal, men skyddet kan enligt 2 kap. 20 och 21 §§ regeringsformen begränsas, bl.a. för att tillgodose ändamål som är godtagbara i ett demokratiskt samhälle.

⁸⁷ Regeringen tillsatte en särskild utredning under ledning av Sten Heckscher som kom fram till att den svenska lagstiftningen var förenlig med både EU-rätten och Europakonventionen, Ds 2014:23, *Datalagring*, EU-rätten och svensk rätt.

⁸⁸ Förenade målen C-203/15, *Tele 2 mot Post- och telestyrelsen m.fl.* Målet avgjordes gemensamt med ett liknande mål från engelsk domstol, C-698/15, *Secretary of State for the Home Department mot Tom Watson m.fl.*

lagning av samtliga trafikuppgifter och att det saknades en oberoende förhandskontroll. Domstolen fann att lagstiftningen inte kunde vara motiverad i ett demokratiskt samhälle och att den överskred vad som var strängt nödvändigt. Domstolen uttalade att det krävs för att sådan lagring ska vara tillåten att den är begränsad till åtgärder som syftar till att bekämpa grov brottslighet och som är underkastad förhandskontroll av en domstol eller oberoende förvaltningsmyndighet. Det krävs även att uppgifterna lagras inom unionen. I sin efterföljande dom utövade Kammarrätten europarättslig lagprövning och fann att den svenska lagstiftningen stod i strid med unionsrätten och upphävde PTS beslut.⁸⁹ Kammarrättens avgöranden enligt LEK kan inte överklagas. Mot denna bakgrund kunde operatörerna inte längre åläggas att lagra uppgifter för brottsbekämpande ändamål.

Den uppkomna situationen uppfattades som starkt otillfredsställande, särskilt från polismyndigheternas sida. En ny lagstiftning på området har införts som trädde i kraft den 1 oktober 2019.⁹⁰ I denna har lagringsskyldighetens omfattning begränsats i vissa hänseenden jämfört med det tidigare rättsläget. Det är dock omdiskuterat om de relativt måttliga lagändringarna är tillräckliga för att tillgodose unionsrättens krav, något som kan komma att leda till förnyad domstolsprövning.⁹¹ Mot kravet på integritetsskydd står polismaktens behov av att kunna spåra terrorister och kriminella nätverk via telefontrafik. I nuläget framförs krav på utökade möjligheter till polisiär avlyssning av mobiltelefontrafik, särskilt med inriktning på bekämpning av allvarlig gängkriminalitet. Man kan notera att svensk grundlag eller annan lagstiftning saknar tydlig motsvarighet till de generella stadganden om skydd för personlig integritet som ingår i EU:s rättighetsstadga. De grundläggande rättsliga utgångspunkterna när det gäller integritetsskydd skiljer sig alltså mellan unionsrätten och svensk rätt.⁹²

4.6 Garantipension: effekterna av målet Boguslawa Zaniewicz-Dybeck mot Pensionsmyndigheten

En dom av EU-domstolen som haft mycket omfattande faktiska effekter som berör många människor är ett förhandsavgörande om beräkning av garantipension, mål C-189/16, avgjort 2017. Avgörandet har bland annat lett till att Sverige har fått gå över till en ny metod för beräkning av sådan pension för cirka 65 000 personer.

⁸⁹ Dom av Kammarrätten i Stockholm den 7 mars 2017 i mål nr 7380-14, refererat såsom RK 2017:1. Rättsfallskommentar av I. Cameron i *Common Market Law Review* 2017 s. 1467 ff. och av R. Ollila i *Europarättslig Tidskrift* 2017 s. 615 ff. Se vidare 6.2.2.

⁹⁰ Prop. 2018/19:86, Datalagring vid brottsbekämpning – anpassningar till EU-rätten. Ändringarna gäller LEK och inhämtningslagen.

⁹¹ Se bl.a. K. Fuhrman, Den svenska datalagringen i ljuset av Tele 2-domen. Att balansera personlig integritet mot effektiv brottsbekämpning, *Europarättslig Tidskrift* 2021 s. 115 ff.

⁹² Tele 2-domen har följts upp i ett nytt avgörande av EU-domstolen om lagring av uppgifter i telefontrafik för polisiära ändamål, mål C- 746/18, H.K. mot Prokuratuur, dom 2 mars 2021 (stor kammare). Se vidare bl.a. J. Chamberlain, *Integritet och skadestånd*, 2021 s. 236 ff.

Garantipension är en form av pension som fungerar som ett grundskydd för personer som har haft låga eller inga inkomster (se 65–67 kap. socialförsäkringsbalken). Garantipensionen minskas gradvis med hänsyn till bland annat inkomstpension och tilläggspension och faller bort helt om övriga pensioner överstiger en viss nivå. Garantipensionen är bosättningsbaserad, vilket innebär att den utgår på grundval av bosättning i Sverige. Pensionstagaren måste ha varit bosatt i Sverige i minst tre år. Vid kortare bosättningstid i landet än 40 år minskas pensionen med 1/40 per år.

När garantipension beräknas ska den minskas inte bara med svensk inkomstgrundad ålderspension utan också med motsvarande ålderspension enligt utländsk lagstiftning. När det gäller personer som flyttat till Sverige från annat EU-land tillämpade Sverige under många år, enligt ett rättsligt ställningstagande av Försäkringskassan, en schablon som innebär att man utgick från att den utländska ålderspensionen motsvarade den svenska. Det innebär att den ålderspension som pensionstagaren skulle anses ha fått från den andra medlemsstaten beräknades med utgångspunkt i den svenska inkomstgrundade pensionen.

Boguslawa Zaniewicz-Dybeck, född 1940, hade flyttat till Sverige 1980. Hon hade då arbetat i Polen under många år. Pensionsmyndigheten avlog hennes ansökan om garantipension och tillämpade därvid den nyssnämnda schablonen. Sedan hon hade överklagat och målet nått Högsta förvaltningsdomstolen, begärde denna förhandsavgörande i frågan om den svenska beräkningsmetoden var förenlig med unionsrätten, närmare bestämt den grundläggande EU-förordningen 1408/71 (EEG) om tillämpningen av systemen för social trygghet. Det framgår att den beräkningsmetod som hade tillämpats, där den svenska inkomstgrundade pensionen lagts till grund för beräkningen av pension grundad på hennes polska arbetsår, hade lett till ett för högt belopp för att garantipension skulle kunna utgå. Hennes polska arbetsinkomst hade gett en lägre pension än den pension som man utgick från vid schablonberäkningen. Den svenska beräkningsmetoden var alltså oförmånlig för personer som flyttat till Sverige från ett annat medlemsland där de hade arbetat men haft en lägre inkomstnivå.

EU-domstolen godtog inte den schablonmetod för pensionsberäkning som Sverige sedan länge hade tillämpat. Vid beräkningen av garantipension ska enligt domen hänsyn tas till samtliga pensionsinkomster som den försäkrade är berättigad till i EU:s medlemsstater. EU-domstolen bedömde även att svensk garantipension var att bedöma som en social minimiförmån enligt artikel 50 i den nämnda förordningen och inte – som man hade utgått från i Sverige – en pension som omfattas av EU:s förordning om samordning av trygghetssystemen. Högsta förvaltningsdomstolen fann på grundval av EU-domstolens avgörande att Boguslawa Zaniewicz-Dybecks garantipension skulle beräknas på nytt och att därvid den faktiska utländska ålderspensionen skulle ingå i beräkningsunderlaget

och alltså inte den tidigare schablonen, se HFD 2018 ref. 38. Det ska tilläggas att artikel 50 i förordning 1408/71 numera har ersatts av artikel 58 i förordning 883/2004, vilket dock inte innebär någon saklig förändring.⁹³

Avgörandet har som nämnts påkallat omräkning av rätten till garantipension för cirka 65 000 personer som har bosatt sig i Sverige efter att tidigare ha arbetat i annat EU-land jämte EES-länderna och Schweiz. Den största betydelsen av avgörandet ligger dock i dess potentiella effekter för personer som har flyttat från Sverige till annat EU/EES-land jämte Schweiz och som uppbär garantipension. Det rör sig om över 40 000 personer, av vilka bortåt hälften är finländare som efter att ha arbetat i Sverige åter har bosatt sig i Finland. Det beror på att EU-domstolen som nämnts slog fast att garantipension är en social minimiförmån och inte en pension i egentlig mening. Den är därigenom bosättningsbaserad och ska som sådan bara betalas ut till personer som är bosatta i Sverige. Detta förefaller ha varit ett domstolsutslag som överraskade de svenska myndigheterna. Att garantipensionerna skulle upphöra för den stora grupp pensionärer som har flyttat till annat EU-land har man i Sverige sett som ett problem, inte minst för att det till stor del rör sig om personer som haft låga inkomster för vilka garantipensionen är väsentlig. Tills vidare har regelverket om garantipension förlängts som ett provisorium att gälla till och med 2021. Ett framlagt utredningsförslag om att ersätta den nuvarande ordningen med en ny, benämnd grundpension, har mött betydande remisskritik som går ut på att den föreslagna grundpensionen kan möta samma problem i förhållande till unionsrätten som garantipensionen.⁹⁴

⁹³ Domen och dess bakgrund och konsekvenser behandlas utförligt i SOU 2019:53, Grundpension. Se även SOU 2020:32, Grundpension – några anslutande frågor.

⁹⁴ SOU 2019:53, Grundpension. Se även T. Erhag, *Lagstiftarens dilemma vid tolkningen av ett rättsfall – retroaktiv undantagslagstiftning med anledning av en dom om garantipension*, Vänbok till Sverker Scheutz, 2020 s. 173 ff.

5 Svenska domstolars hållning till att begära förhandsavgörande

5.1 Antalet mål om förhandsavgörande från Sverige

De svenska domstolarnas hållning till att begära förhandsavgörande är en problemställning som står i centrum för denna rapport. En intressant fråga är som framgått om det har skett någon förändring under femårsperioden 2016 till och med 2020.⁹⁵

När den första rapporten publicerades 2010 låg det av EU-kommissionen initierade överträdelseärendet mot Sverige och lagändringen avgående de högsta instansernas motiveringsskyldighet nära i tiden (se 4.1). I rapporten kunde slutsatsen dras att Sverige hörde till de medlemsstater som begärde förhandsavgörande i förhållandevis liten utsträckning. Under åren 1995 till och med 2009 meddelade EU-domstolen totalt 67 förhandsavgöranden på begäran av svensk domstol, det vill säga i genomsnitt knappt fem fall per år.⁹⁶ I rapporten från 2016 kunde det konstateras att EU-domstolen under sexårsperioden 2010 till och med 2015 meddelade 35 domar (inbegripet två beslut), där begäran om förhandsavgörande hade kommit från svensk domstol. Det innebär i genomsnitt knappt sex avgöranden per år, det vill säga en knapp ökning. Under den femårsperiod som behandlas i denna rapport, från 2016 till och med 2020, har EU-domstolen meddelat förhandsavgörande i 28 mål på begäran av svensk domstol. Det ger ett genomsnitt av cirka 5,5 mål per år, vilket innebär en liten minskning. Trenden mot ett något ökande antal fall per år har alltså brutits. Det samlade resultatet är att det inte har skett någon förändring av betydelse över tid av det antal fall där svenska domstolar begär förhandsavgörande.

Resultatet av undersökningen i de tre rapporterna är alltså att under en tidsrymd av 26 år, från 1995 till och med 2020, meddelade EU-domstolen totalt 130 förhandsavgöranden på begäran av svensk domstol. Antalet fall per år har hållit sig tämligen konstant över tid, i snitt fem avgöranden per år.

Hur man från olika synpunkter kan se på detta behandlas i det följande. Det är emellertid inte endast själva statistiken som är av intresse. Väl så väsentligt är att se närmare på de vad de mål om förhandsavgörande som har initierats från svensk sida har behandlat och bedöma deras betydelse. Kan man iakttä en utveckling

⁹⁵ Domstolsverkets fortlöpande *Nyhetsbrev om EU-rätt* ger information bland annat om avgjorda och pågående svenska mål om förhandsavgörande, se www.domstol.se.

⁹⁶ Rapporten från 2010 s. 41 ff.

när det gäller svenska domstolars hållning till unionsrätten och tillämpning av densamma? Hur förhåller sig svensk praxis till läget i andra medlemsländer? Det behandlas också i det följande.

En svårighet i sammanhanget är 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.

Vid ett studium av statistiken bör man observera att alla inkomna mål inte leder till ett motsvarande avgörande av EU-domstolen. Det kan bero på att en meddelad dom avser två eller flera mål som har förts samman och blivit föremål för en gemensam dom, eller på att ett mål har avskrivits av EU-domstolen sedan det återkallats. Det kan till exempel röra sig om ett tvistemål som har lett till förlikning eller ett brottmål där en tilltalad har avlidit. Antalet meddelade domar (eller någon gång beslut) från EU-domstolen i mål i vilka svensk domstol har begärt förhandsavgörande är alltså något lägre än antalet inkomna mål. Det är de fall där EU-domstolen har meddelat ett avgörande som behandlas i mina rapporter.

5.2 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 28 mål, i vilka EU-domstolen har meddelat förhandsavgörande under de fem åren 2016 till och med 2020 på begäran av svenska domstolar och som alla behandlas närmare i kapitel 6 i denna rapport, fördelade sig på följande sätt:

Tabell 1 Målens fördelning på domstolar

Högsta domstolen	6 fall
Högsta förvaltningsdomstolen	7 fall
Arbetsdomstolen	1 fall
Migrationsöverdomstolen	2 fall
Hovrätt (inbegripet 4 fall från PMÖD)	5 fall
Kammarrätt (exklusive MigÖD)	2 fall
Tingsrätt	2 fall
Förvaltningsrätt	3 fall

Anm. Migrationsöverdomstolen (MigÖD) är en del av Kammarrätten i Stockholm men är slutinstans. Patent- och marknadsöverdomstolen (PMÖD) är en del av Svea hovrätt och normalt slutinstans (se 6.4.4).

Ser man på målens fördelning mellan olika typer av domstolar är det intressant att jämföra antalet mål som härrör från allmän domstol respektive förvaltningsdomstol. Här väger det jämnt. Antalet mål från tingsrätt och hovrätt

jämte Högsta domstolen har varit 14, från förvaltningsrätt och kammarrätt samt Högsta förvaltningsdomstolen också 14. Detta stämmer väl med de tidigare rapporterna. Fördelningen mellan allmän domstol och förvaltningsdomstol när det gäller att begära förhandsavgörande har alltsedan 1995 varit tämligen jämn.

Det är vidare intressant att se på hur fallen fördelar sig mellan svenska domstolar som dömer i sista instans och i lägre instanser. Rapporten från 2010 visade en mindre övervikt för fall där svensk domstol i sista instans hade begärt förhandsavgörande. 34 fall härrörde från domstol i sista instans medan 29 härrörde från allmän domstol och allmän förvaltningsdomstol i första och andra instans.⁹⁷ Rapporten från 2016 visade däremot en klar övervikt för fall som härrörde från första och andra instans. Antalet fall från domstolar i sista instans var 13, antalet fall från lägre instanser 21. Det var främst tingsrätterna som då hade blivit mer aktiva.⁹⁸ Den nya rapporten för 2016 till och med 2020 visar emellertid en klar återgång till en övervikt för domstolar i sista instans. Antalet fall från sista instans är 17 och antalet fall från lägre instanser är 11. Denna övervikt blir än tydligare om man väljer att se Patent- och marknadsöverdomstolen (PMÖD) som sista instans. Vi får då 21 mål från sista instans och bara 7 från lägre instanser. PMÖD fungerar som sista instans (bortsett från brottmål) såvida domstolen inte själv ger ventil för prövning av ett mål i HD, något som rätt sällan sker.⁹⁹ Härtill kommer att 2 av de 7 mål som härrörde från lägre instans rymde frågor om giltigheten av unionsrättsliga rättsakter. När det gäller att bedöma rättsakters giltighet är som nämnts i 2.3 redan domstolar i första instans skyldiga att inhämta förhandsavgörande.

Det är framför allt antalet förhandsavgöranden på begäran av tingsrätt som har sjunkit mycket kraftigt jämfört med tidigare. Man kan även notera att de två fallen från tingsrätt under den aktuella tidsperioden båda härrörde från domstolar med speciella uppgifter, i det ena fallet en mark- och miljödomstol och i det andra den för hela landet gemensamma Patent- och marknadsdomstolen (PMD) vid Stockholms tingsrätt. Ser man på målen från förvaltningsdomstolar härrörde ett av fallen från handläggningen av tullmål vid Kammarrätten i Göteborg och ett från Migrationsdomstolen vid Förvaltningsrätten i Malmö; också specialiserade domstolar.

Slutsatsen blir att det under de senaste fem åren endast förekommit ett fåtal mål där förhandsavgöranden har begärts av domstolar i första och andra instans som inte har varit anförtrödda vissa särskilda målkategorier. Det kan delvis förklaras av att immaterialrättsmål, migrationsmål och miljömål, där vi har specialiserade domstolar, alla avser rättsområden där unionsrätten har stor betydelse. Det

⁹⁷ Rapporten från 2010 s. 44.

⁹⁸ Rapporten från 2016 s. 64 f.

⁹⁹ En motsvarande ventil finns för avgöranden av Mark- och miljööverdomstolen som inte avser mål enligt miljöbalken, 5 kap. 5 § lagen om mark- och miljödomstolar.

kan dock inte vara hela förklaringen. I EU-domstolens verksamhetsstatistik ingår en tabell som utvisar hur antalet från medlemsstaterna inkomna mål om förhandsavgörande har fördelat sig mellan olika typer av domstolar. Statistiken utvisar att i de flesta av EU:s medlemsländer har över tid det stora flertalet sådana mål inte härrört från de högsta domstolarna utan från domstolar i lägre instanser. Den allmänna tendensen inom EU är dock att de högsta instanserna nu är mer aktiva än tidigare när det gäller att begära förhandsavgöranden.¹⁰⁰

Något som kan noteras är att ingen förvaltningsrätt eller kammarrätt har funnit anledning under femårsperioden att begära förhandsavgörande i något enda skattemål eller upphandlingsmål, medan Högsta förvaltningsdomstolen under perioden frågat EU-domstolen i fem skattemål och ett upphandlingsmål. Har det utvecklats en kultur i förvaltningsdomstolarna att man inte gärna själv vänder sig till EU-domstolen utan att detta får ankomma på sista instans att ta ställning till?

Vilka rättsområden som har varit aktuella i de mål där svensk domstol har begärt förhandsavgörande behandlas nedan i kapitel 6. I det följande observeras också frågan om det från unionsrättens synpunkt finns viktiga områden som inte har täckts in av de fall där man från svensk sida har begärt förhandsavgörande.

5.3 Fördelningen på ämnesområden

Det är av intresse att se på hur de totalt 130 förhandsavgöranden som EU-domstolen har meddelat på begäran av svensk domstol under tidsperioden 1995 till och med 2020 fördelar sig mellan olika ämnesområden. Det ger information om var tyngdpunkterna har legat, men också om i vad mån det finns ämnesområden där svenska domstolar inte eller endast sällan har begärt förhandsavgörande. Klassificeringen av målen har gjorts med särskilt beaktande av unionsrättens utformning och uppläggningsen av de ämnesmässiga avsnitten i rapporterna. Varje mål har endast räknats en gång efter en bedömning av vad som varit huvudfrågan. Det ter sig berättigat med hänsyn till att syftet är att visa huvudtendensen när det gäller målens inriktning. Man får med dessa utgångspunkter fram följande, se tabell 2 på nästa sida.

Som framgår täcker de förhandsavgöranden som begärts av svenska domstolar ett brett spektrum, även om det finns en viss dominans för mål som rör den inre marknaden samt skattemål. Olika aspekter på fördelningen av ämnesområden kommenteras i kapitel 6 i anslutning till den ämnesmässiga studien. Det gäller bland annat frågan om vissa områden verkar vara underrepresenterade eller saknas. Rapporten behandlar också frågan om det kan finnas behov av fler svenska förhandsavgöranden på vissa områden och de lägre domstolsinstansernas hållning.

¹⁰⁰ Dyeve m. fl., Who refers most? Institutional incentives and judicial participation in the preliminary ruling system, *Journal of European Public Policy* 2020 s. 912 ff.

Tabell 2 Målens fördelning på ämnesområden

Konstitutionell unionsrätt (inbegripet företräde, rättsakters ogiltighet, rättighetsstadgan och rätten att begära förhandsavgörande)	7 fall
EU:s internationella avtal	1 fall
Inre marknaden (fri rörlighet för varor, tjänster och kapital, inbegripet monopol, etableringsfrihet, offentlig upphandling och tullrätt)	27 fall
Arbetsrätt	10 fall
Central civilrätt, försäkringsrätt och konsumenträtt	2 fall
Immaterialrätt	14 fall
Konkurrensrätt och marknadsföringsrätt	7 fall
Miljörätt	9 fall
Migrationsrätt	7 fall
Skatterätt	31 fall
Socialförsäkringsrätt	6 fall
Rättsliga och inrikes frågor (RIF-området), inbegripet internationell privaträtt	9 fall

5.4 En jämförelse med andra medlemsstater

Totalt handlägger EU-domstolen numera omkring 600 mål per år där nationell domstol i ett medlemsland har begärt förhandsavgörande och under år 2020 inkom 556 stycken till domstolen. För tio år sedan var antalet cirka 300 mål per år. Antalet förhandsavgöranden per år har alltså i grova drag fördubblats under tio år och synes fortsatt vara i stigande, även om antalet var lätt sjunkande under år 2020.¹⁰¹ De utgjorde under 2020 ungefär tre fjärdedelar av det totala antal mål som EU-domstolen avgör.

Det är av särskilt intresse att göra en jämförelse med hållningen i andra medlemsstaters domstolar när det gäller benägenhet att begära förhandsavgörande. Tabell 3 visar antalet mål med begäran om förhandsavgörande som har kommit in från de olika medlemsstaterna under femårsperioden 2016 till och med 2020.¹⁰² För att underlätta en jämförelse mellan länderna när det gäller målfrekvensen anger tabellen i högerspalten invånarantalet i de olika länderna.

¹⁰¹ Det är inte osannolikt att denna minskning har ett samband med domstolarnas försämrade arbetssituation under pandemin.

¹⁰² Texten bygger på EU-domstolens verksamhetsstatistik som återfinns i domstolens årliga verksamhetsberättelse, *Annual Report 2020*. Judicial Activity s. 211, se www.curia.europa.eu. Motsvarande tabeller finns i rapporten från 2010 s. 42 och rapporten från 2016 s. 66. Statistik över antalet förhandsavgöranden från olika medlemsstater m.m. finns även i K. Leijon, *National Courts as Gatekeepers in European Integration*, 2018. Se vidare 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. 488 ff.

Tabell 3 Antalet inkomna mål om förhandsavgörande från medlemsstaternas domstolar 2016–2020

	<i>Totalt antal fall 2016–2020</i>	<i>Invånarantal i miljoner</i>
Belgien	161	11,8
Bulgarien	106	6,9
Cypern	2	1,2
Danmark	30	5,8
Estland	16	1,3
Finland	40	5,5
Frankrike	142	67,5
Grekland	120	10,4
Irland	45	4,9
Italien	301	60,5
Kroatien	22	4,1
Lettland	48	1,9
Litauen	38	2,7
Luxemburg	15	0,6
Malta	2	0,4
Nederländerna	145	17,1
Polen	149	37,6
Portugal	88	10,2
Rumänien	122	19,2
Slovakien	34	5,5
Slovenien	15	2,1
Spanien	231	46,8
Storbritannien	83	67,9
Sverige	37	10,1
Tjeckien	35	10,7
Tyskland	564	83,5
Ungern	104	9,7
Österrike	173	9,0

Statistiken visar på mycket intressanta skillnader, som nära ansluter till motsvarande statistik i rapporterna från 2010 och 2016. 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 de rättsliga problem som rör unionsrätten behöver i och för sig knappast vara färre

därför att landet har en mindre befolkning. Statistiken visar som tidigare 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 senare är i allmänhet rätt begränsat men bilden är inte enhetlig; Polen, Rumänien och Ungern 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 fyra-fem gånger fler mål i vilka 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. En likartad jämförelse vad gäller antalet mål kan göras med Belgien.

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

5.5 Slutsatser av jämförelsen

Jämförelsen med antalet förhandsavgöranden som härrör från andra medlemsstater visar som nämnts 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, 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 fortsatt markant i underkant jämfört med de västeuropeiska industriländerna utanför Norden, och särskilt jämfört med Tyskland, Italien, Nederländerna, Belgien och Österrike. Att antalet meddelade förhandsavgöranden på begäran av svensk domstol ligger ganska konstant på fem avgöranden per år bör också ses mot bakgrund av att EU-domstolen i dag handlägger ungefär dubbelt så många mål per år än fallet var för tio år sedan. Relativt sett har antalet förhandsavgöranden som härrör från svensk domstol alltså minskat väsentligt. 5 fall av 300 utgör 1,67 procent, 5 fall av 600 utgör däremot endast 0,84 procent.

Statistiken ger alltså underlag för slutsatsen att Sverige inte har anmärkningsvärt få hänvändelser från domstolarnas sida till EU-domstolen, jämfört med medlemsländerna som helhet, men att svenska domstolar relativt sett har visat och fortfarande visar en påtaglig återhållsamhet när det gäller att begära förhandsavgörande. Det finns utrymme för en betydande ökning av antalet

förhandsavgöranden från svenska domstolar utan att detta skulle kunna ge anledning till någon kritik för att dessa överbelastar EU-domstolen. Frågan om det finns ett behov att ett ökat antal förhandsavgöranden från svenska domstolar och om den svenska hållningen mot denna bakgrund framstår som alltför restriktiv diskuteras i kapitel 7 och 8. I det sammanhanget diskuteras också frågorna om behov av svenska förhandsavgöranden på vissa områden och de lägre domstolsinstansernas återhållsamma hållning.

6 Ämnesmässig studie av de mål där förhandsavgörande har meddelats under perioden 2016–2020

6.1 Inledande ord

Vilka är de rättsliga problem som har varit uppe i de 28 mål i vilka EU-domstolen har meddelat förhandsavgörande på begäran av svensk domstol under tidsperioden 2016 till och med 2020? Det behandlas i detta kapitel på grundval av en ämnesmässig genomgång av fallen. Här berörs också de sex mål som var ineliggande vid årsskiftet 2020/2021 och där EU-domstolen meddelat dom under januari–april 2021. Dispositionen är i huvudsak densamma som i rapporterna från 2010 och 2016 och syftar till att vidareföra utvecklingen. Översikten söker också belysa arten och betydelsen av de förhandsavgöranden som emanerat från Sverige. Det blir även anledning att återknyta till de tidigare rapporterna. Uppdelningen på ämnesområden anknyter till den som använts i tabellen i avsnitt 5.3 och ligger nära den som använts i de tidigare rapporterna.

För detaljuppgifter om de här behandlade målen hänvisas till den kronologiska översikten i bokens två bilagor. Där återfinns som nämnts i kapitel 1 bland annat uppgifter om parternas namn, målnummer och datum för EU-domstolens dom, hänvisning till den elektroniska rättsfallssamlingen, 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.

6.2 Konstitutionell unionsrätt

6.2.1 Unionsrättens företrädare och genomslag

Unionsrättens företrädare och genomslag har tydligt belysts av de fem mål som behandlats närmare i kapitel 4 i syfte att belysa rättsutvecklingen över åren. Som framgått av 4.3 slutade det ytterst kontroversiella Laval-målet med att Arbetsdomstolen dömde de fackliga organisationerna att betala skadestånd till det lettiska företaget Laval, sedan EU-domstolen i sin dom från 2007 hade funnit att de vidtagna bojkottåtgärderna stred mot den fördragsfästa fria rörligheten för tjänster. Sverige genomförde också vissa lagändringar. Också det i 4.3 behandlade målet Fonnship slutade med att Arbetsdomstolen dömde de fackföreningar som vidtagit blockadåtgärder mot lossning av fartyget att betala skadestånd sedan EU-domstolen funnit blockaden strida mot unionsrätten.

En liknande bild framträder i de andra fall som särskilt behandlats i kapitel 4. Utgången i målet Åkerberg Fransson (avgjort 2013) ledde till snabb omläggning av svensk rättspraxis och lagändring, där Högsta domstolen utövade europarättslig lagprövning.¹⁰³ Hit har numera fogats fallet Tele 2 mot Post- och telestyrelsen, avgjort 2016, som gällde de omfattande krav som svensk lagstiftning ställde på telefonoperatörer att lagra uppgifter om telefontrafik och som Tele 2 vägrade att följa. Bakgrunden var här att EU:s rättighetsstadga ställer klart högre krav på integritetsskydd än svensk intern rätt och att EU-domstolen mot denna bakgrund hade ogiltigförklarat EU:s datalagringsdirektiv. Målet behandlades liksom Åkerberg Fransson av EU-domstolen i stor sammansättning och regeringarna i tolv medlemsländer lämnade yttranden. EU-domstolen fann att den svenska datalagringskyldigheten var alltför omfattande för att vara förenlig med rättighetsstadgan. Den svenska domstolen utövade i detta läge europarättslig lagprövning och satte den svenska lagstiftningen åt sidan samt upphävde Post- och telestyrelsens förelägganden mot Tele 2. Det har herefter skett en lagändring som i viss mån begränsar den svenska lagstiftningens räckvidd. Ämnet är fortsatt omstritt.

Som framgått av 4.6 har effekterna av det fall om garantipension, där Högsta förvaltningsdomstolen begärde förhandsavgörande, varit mycket omfattande (målet Zaniewicz-Dybeck mot Pensionsmyndigheten, avgjort 2017). EU-domstolen fann att man i Sverige hade använt fel metod för att beräkna garantipension för personer som bosatt sig i Sverige efter att tidigare ha arbetat i annat EU-land. Utgången i målet har medfört att Pensionsmyndigheten haft att räkna om pensionen för cirka 65 000 personer. De långsiktiga effekterna av att EU-domstolen fann att garantipensionen inte utgjorde en pension i egentlig mening utan en social minimiförmån för personer bosatta i Sverige är ännu inte färdigbehandlade. Tidigare ordning har provisoriskt förlängts att gälla under 2021.

Högsta domstolen har haft tillfälle att utveckla hur långt bundenheten vid vad EU-domstolen har uttalat i ett begärt förhandsavgörande egentligen sträcker sig i det i 4.3 kort nämnda arbetsrättsliga målet C-336/15, Unionen mot Almega m.fl. angående direktivet om arbetstagares rättigheter vid företagsöverlåtelser.¹⁰⁴ Målet gällde frågan om några arbetstagare, som hade sagts upp på grund av arbetsbrist, kunde tillgodoräkna sig förlängd uppsägningstid genom att räkna in arbetstid hos en tidigare arbetsgivare. Anställningarna hade övergått till den nya arbetsgivaren på grund av verksamhetsövergång. Stadgandet om detta i 6 b § LAS (lagen om anställningsskydd) bygger på EU-direktivet 2001/23/EG om arbetstagares rättigheter vid överlåtelse av företag m.m. Arbetsdomstolen begärde förhandsavgörande av EU-domstolen om vissa frågor om beräkningen av förlängd uppsägningstid, vilka EU-domstolen besvarade i sin dom. När Arbetsdomstolen

¹⁰³ Se rapporten från 2016 s. 51 ff. Förhållandet nationell domstol/EU-domstolen behandlas i 2.2.

¹⁰⁴ Mål C-336/15, Unionen mot Almega Tjänsteförbunden, ISS Facility Services, AD 2018 nr 35, NJA 2020 s. 147.

därefter avgjorde målet, fann dock domstolen att ett senare förhandlat kollektivavtal skulle tillämpas, varför verksamhetsövergången inte skulle beaktas. Unionen begärde resning av domen i Högsta domstolen och hävdade att den var uppenbart lagstridig och att Arbetsdomstolen hade tillämpat EU-domstolens dom felaktigt. Det framgår dock att Arbetsdomstolen vid sin slutliga prövning hade gjort en delvis annan bedömning av de faktiska förhållandena än vad som hade legat till grund för dess begäran om förhandsavgörande. Högsta domstolen beviljade inte resningsansökan.

Högsta domstolen fick emellertid tillfälle att göra klagörande uttalanden om relationen mellan EU-domstolen och nationell domstol när förhandsavgörande begärts, och att närmare utveckla hur långt en dom av EU-domstolen binder nationell domstol. Högsta domstolen konstaterade att en dom, i vilken EU-domstolen har meddelat ett förhandsavgörande, innebär att ett rättskraftigt avgörande har träffats angående en eller flera unionsrättsliga frågor som är bindande för den nationella domstolen vid dess avgörande av målet. Det följer emellertid av den funktionsfördelning som artikel 267 FEUF grundar sig på att EU-domstolens behörighet inte omfattar att göra en bedömning av de faktiska omständigheterna i målet vid den nationella domstolen eller att tillämpa de unionsrättsliga bestämmelser som domstolen har tolkat på nationella åtgärder eller situationer. Dessa frågor faller i stället inom ramen för den nationella domstolens exklusiva behörighet.

Högsta domstolen framhöll vidare att den nationella domstolen däremot är bunden av förhandsavgörandet såvitt gäller den unionsrättsliga rättsfrågan. Den av EU-domstolen antagna rättsgrundsatsen är styrande för den nationella domstol som har begärt avgörandet såvitt gäller unionsrätten, på samma sätt som en lagregel är styrande i fråga om nationell rätt. Dock påpekade Högsta domstolen att det förekommer att EU-domstolen uttalar sig kring den faktiska tillämpningen av rättsreglerna på det fall som är aktuellt i den nationella domstolen. I den delen är förhandsavgörandet inte bindande för den nationella domstolen.

EU-domstolen utgår vid sitt ställningstagande i ett förhandsavgörande från den information som den har fått om förhållandena i det aktuella målet, även om det förekommer i viss begränsad utsträckning att EU-domstolen begär kompletterande information. Det här aktuella fallet visar betydelsen av att EU-domstolen får korrekt information om relevanta förhållanden i målet. Den svenska domstolen riskerar att annars få ett svar från Luxemburg som utgår från delvis felaktiga förutsättningar.

6.2.2 Rättighetsstadgan

EU:s rättighetsstadga har spelat en helt grundläggande roll vid EU-domstolens bedömning både av målet Åkerberg Fransson (se 4.4, avgjort 2013) och av den svenska lagstiftningen om datalagring av telefontrafik i brottsbekämpande syfte

i målet C-203/15, Tele 2 mot Post- och telestyrelsen (se 4.5, avgjort 2016). Som där nämnts gav EU-domstolen prioritet åt skyddet för personlig integritet på ett sätt som gjorde att den svenska lagstiftningen på området inte längre kunde tillämpas och pressade fram en ny svensk lagstiftning på området med delvis snävare räckvidd.

EU-domstolens prövning i Tele 2-målet tog i första hand sin utgångspunkt i frågan hur omfattande datalagring som kunde tillåtas enligt direktiv 2002/58/EG om behandling av personuppgifter och integritetsskydd inom sektorn för elektronisk kommunikation. Denna fråga prövade domstolen framför allt mot bakgrund av rättighetsstadgans artiklar om integritetsskydd. Som nämnts har enligt artikel 7 i stadgan var och en rätt till respekt för sitt privatliv och familjeliv, sin bostad och sina kommunikationer, och enligt artikel 8 i stadgan har var och en rätt till skydd för sina personuppgifter. Dessa uppgifter får dock behandlas för bestämda ändamål på grundval av samtycke eller annan lagenlig grund. Domstolen gick också in på artikel 11 i stadgan om skyddet för yttrandefriheten. Efter att ha noterat att den svenska ordningen för datalagring gjorde det möjligt att dra mycket precisa slutsatser om berörda personers vanor, uppehållsort, sociala relationer m.m. anförde EU-domstolen i domen, punkt 100:

Det ingrepp som en sådan lagstiftning utgör i de grundläggande rättigheter som är stadfästa i artiklarna 7 och 8 i stadgan är långtgående och måste betraktas som synnerligen allvarligt. Den omständigheten att lagringen av uppgifterna och den senare användningen av dem sker utan att abonnenten eller den registrerade användaren är underrättad om detta kan ge de berörda personerna en känsla av att deras privatliv står under ständig övervakning.

Domstolen fann vidare i punkt 101 i domen att även om lagringen inte omfattade innehållet i en kommunikation kunde datalagringen inverka på användningen av de elektroniska kommunikationsmedlen och följaktligen på användarnas utövande av yttrandefrihet, vilken garanteras i artikel 11 i stadgan.

Domstolen fann att med hänsyn till det allvarliga ingrepp i de berörda grundläggande rättigheterna som den svenska lagstiftningen innebar, kunde endast bekämpning av grov brottslighet motivera densamma. Den svenska lagstiftningen fann domstolen överskrida gränserna för vad som är strängt nödvändigt och kunde inte anses motiverad i ett demokratiskt samhälle (punkterna 102 och 107).

Sammanfattningsvis tolkade alltså EU-domstolen vad som utgör tillåten tillämpning av direktivet om behandling av personuppgifter och integritetsskydd inom sektorn för elektronisk kommunikation mot bakgrund av rättighetsstadgans artiklar om integritetsskydd. Därmed underkände domstolen den svenska lagstiftningen på området såsom oförenlig med stadgans krav. Avgörandet klargör rättighetsstadgans starka faktiska genomslag, se vidare 4.5.

Rättighetsstadgans artiklar om diskriminering och rätt till ett effektivt rättsmedel har spelat en grundläggande roll för EU-domstolens avgörande i ett mål om diskriminering, som hade varit under handläggning under lång tid i domstolen vid årsskiftet 2020/2021 men som avgjordes först i början av 2021, mål C-30/19, Diskrimineringsombudsmannen (DO) mot Braathens Regional Aviation. Fallet gällde en flygpassagerare med chilenskt ursprung, bosatt i Sverige, som på en inrikes flygresa hade tagits ut för en extra säkerhetskontroll. DO hävdade i målet att flygbolaget utsatt passageraren för diskriminering på grund av etniskt ursprung och yrkade att flygbolaget skulle betala diskrimineringsersättning (det vill säga skadestånd) till personen med 10 000 kronor. Flygbolaget medgav att betala beloppet men bestred att det förekommit diskriminering. Tingsrätt och hovrätt ansåg sig av processuella skäl inte kunna pröva detta när beloppet var medgivet (se 6.5.4 nedan). HD begärde förhandsavgörande. EU-domstolen framhöll att diskriminering på grund av etniskt ursprung är förbjuden enligt artikel 21.1 i rättighetsstadgan och direktiv 2000/43, i Sverige genomfört genom diskrimineringslagen. Domstolen fann att det strider mot direktivet att en domstol inte har möjlighet att pröva i sak huruvida det har skett en diskriminering därför att motparten medger att betala ersättningen utan att bekräfta att någon diskriminering ägt rum. Domstolen hänvisade också till rättighetsstadgans bestämmelse om rätten till ett effektivt rättsmedel (artikel 47.1). Domen innebär att en nationell processuell bestämmelse som hindrar att frågan om diskriminering skett prövas i sak inte får tillämpas.

EU-domstolen har alltså funnit att rättighetsstadgan i detta fall kräver att nationella processuella bestämmelser som begränsar en domstols möjligheter till sakprövning i ett dispositiv tvistemål sätts åt sidan.

6.2.3 Rättsaktens ogiltighet

När unionsrätten tillämpas kommer det många gånger upp frågor om rättsakters giltighet, i sin helhet eller i fråga om vissa bestämmelser. Det kan röra sig om lagstiftning som har antagits av rådet och i regel även Europaparlamentet, men även om rättsakter som kommissionen har utfärdat på delegation. Gränserna för den lagstiftningskompetens som gäller i olika hänseenden för EU och dess olika institutioner är komplicerade. Det ankommer på EU-domstolen att granska lagenligheten av antagna rättsakter. Såsom behandlats i 2.3 är det endast EU-domstolen som är behörig att ogiltigförklara en rättsakt eller del av en sådan (se artikel 264 FEUF). Kommer det upp en fråga i nationell domstol om ogiltigheten av en rättsakt eller en viss bestämmelse är även domstolar i första instans skyldiga att begära förhandsavgörande av EU-domstolen. Det ingår i EU:s konstitutionella system att också nationella domstolar ska överväga om sekundärrättsliga bestämmelser håller sig inom EU:s kompetensgränser och om de har antagits med tillämpning av korrekt beslutsförfarande, när de finner anledning till detta. Ett beslut om ogiltighetsförklaring gäller för hela unionen och har i princip även retroaktiv verkan. EU-domstolen kan dock besluta att vissa verkningar av den ogiltigförklarade rättsakten ska betraktas som bestående.

För svenska domstolar har detta varit en ny och tidigare obekant uppgift, särskilt som de saknar motsvarande möjlighet att ogiltigförklara svenska författningsbestämmelser. I rapporten från 2010 kunde det konstateras att det inte fanns något mål där svensk domstol hade begärt förhandsavgörande på den grunden att en sekundärrättslig rättsakt kunde antas vara ogiltig (s. 69). I rapporten från 2016 (s. 69 f.) behandlades ett mål (C-569/13, Bricmate AB mot Tullverket) där en svensk domstol hade frågat om giltigheten av rådets genomförandeförordning om införande av en antidumpningstull på keramiska plattor från Kina. EU-domstolen kom dock fram till att förordningen var giltig.

Man kan nu konstatera att läget har ändrats. Här föreligger två avgöranden under tidsperioden, där svensk domstol i första instans har begärt förhandsavgörande av EU-domstolen i mål som delvis gällt frågor om sekundärrättsliga bestämmelser ogiltighet. Ett av fallen ledde till att EU-domstolen ogiltigförklarade ett genomförandebeslut av kommissionen i ett visst hänseende.

Det ena fallet gällde kommissionsbeslut om övergångsåtgärder och genomförandebeslut avseende direktivet 2003/87/EG om systemet för handel med utsläppsrätter för växthusgaser, mål C-180/15, Borealis AB m.fl. mot Naturvårdsverket. Åtta större företag var kärande i målet. Här begärde Nacka tingsrätt, Mark- och miljödomstolen ett förhandsavgörande, bland annat om frågan huruvida ett genomförandebeslut av kommissionen i vissa hänseenden stod i strid med bestämmelser i direktivet och därför var ogiltigt. Frågorna gällde bland annat formerna för beräkning av gratistilldelning av utsläppsrätter för växthusgaser till företag. Sammantaget ställde tingsrätten 16 olika frågor till EU-domstolen.

EU-domstolen framhöll i domen, som en utgångspunkt för sin bedömning av frågan om kommissionsbeslutets giltighet, att kommissionen förfogade över ett stort utrymme för skönsmässig bedömning. Kommissionen hade att göra val samt komplicerade tekniska och ekonomiska bedömningar. Följaktligen kunde en åtgärd på detta område endast förklaras ogiltig om den var uppenbart olämplig (punkt 45 i domen). EU-domstolen fann på en särskild punkt att ett av kommissionen fattat beslut var ogiltigt men beslöt att ogiltighetsförklaringen inte skulle träda i kraft förrän tio månader efter det att domen vunnit laga kraft för att möjliggöra för kommissionen att vidta nödvändiga åtgärder (punkterna 51–54 i domen). I övrigt gav EU-domstolen besked i domen i ett större antal tolkningsfrågor.

Ogiltighetsprövning har även varit aktuell i mål C-549/15, E.ON Biofor Sverige mot Statens energimyndighet. E.ON Biofor importerade hållbar biogas från ett systerbolag i Tyskland. I detta mål frågade Förvaltningsrätten i Linköping EU-domstolen om en viss artikel i direktiv 2009/28/EG om främjande av användningen av energi från förnybara energikällor (förnybartdirektivet) var förenlig med förbudet mot kvantitativa importrestriktioner i artikel 34 FEUF med hänsyn till att bestämmelsen medförde handelshindrande effekter. EU-

domstolen gjorde en närmare bedömning av ogiltighetsfrågan men fann att direktivbestämmelsen var giltig och framhöll bland annat att unionslagstiftaren måste ges vidsträckt utrymme när det gäller komplexa bedömningar och att saken avsåg miljöskydd (punkterna 50 och 70 i domen). I målet bedömdes även frågan om huruvida ett föreläggande från Energimyndigheten utgjorde ett otillåtet handelshinder (se avsnitt 6.3.2).

6.2.4 Proportionalitetsprincipen

Proportionalitetsprincipen tillhör unionsrättens grundläggande allmänna principer och är därmed en del av primärrätten. Den är lagfäst i artikel 5.4 FEU och även i artikel 52.1 rättighetsstadgan. Den innebär i korthet att även om ett visst offentligt ingrepp mot enskilda rättssubjekt har laga stöd får ingreppet inte gå längre än vad som klart behövs för att uppfylla det bakomliggande syftet.

EU-domstolen återopade principen i mål C-549/15, E.ON Biofor Sverige mot Statens energimyndighet, som stöd för bedömningen att en av Energimyndigheten utfärdad föreskrift hade handelshindrande effekter och var otillräckligt motiverad (se vidare 6.3.2).

6.3 Fri rörlighet på den inre marknaden

6.3.1 Utvecklingen

Ett särskilt centralt område inom EU är den fria rörligheten på den inre marknaden. Det är också det område där svenska domstolar över åren har begärt det näst största antalet förhandsavgöranden, 26 stycken. Området normeras i första hand av primärrättsliga fördragsregler, såsom artiklarna 34 och 36 FEUF om den fria rörligheten för varor, artikel 49 FEUF m.fl. om etableringsfriheten, artikel 56 FEUF m.fl. om den fria rörligheten för tjänster och artikel 63 FEUF m.fl. om den fria rörligheten för kapital. Inom hela detta område spelar den ovannämnda proportionalitetsprincipen en viktig roll såsom en grundläggande allmän rättsprincip.

I rapporten från 2010 (s. 62 ff.) behandlades ett ganska stort antal mål där svenska domstolar hade begärt förhandsavgörande som vanligen rörde olika inskränkningar i den fria rörligheten genom svenska detaljbestämmelser för det ifrågavarande området. Det var under de första 10–15 åren av svenskt EU-medlemskap den mest frekventa typen av fall som emanerade från svenska domstolar. Utgången i de allra flesta av dessa mål blev att de svenska lagregler som prövades av EU-domstolen bedömdes strida mot unionsrätten, helt eller i väsentliga delar. I rapporten från 2010 anfördes att det i åtskilliga av fallen var tydligt att den aktuella svenska lagregeln var oförenlig med unionsrätten och att målen påvisade brister i den svenska implementeringen.

Ett studium av rättsfallen på området från 2010 och framåt ger en väsentligt annorlunda bild. I rapporten från 2016 (s. 74 f.) redovisades bara tre fall som avsåg hinder för den fria rörligheten och som alla innefattade komplicerade

bedömningar. I den här rapporten (som avser åren 2016–2020) redovisas fyra fall, av vilka i vart fall tre har innefattat komplicerade bedömningar. Det är tydligt att det har skett en viktig förändring när det gäller hinder för den fria rörligheten för varor och tjänster och etablering av ekonomisk verksamhet, både i fråga om förekomst och karaktär. De många mål om tydliga svenska handelshinder, som förekom i EU-domstolen under de första 10–15 åren av det svenska medlemskapet, har numera ingen motsvarighet. Här har det skett en utveckling som pekar på att Sverige har avvecklat tydliga handelshinder av det slag som figurerade i de äldre rättsfallen på området.

6.3.2 Fri rörlighet för varor

Artikel 34 FEUF förbjuder kvantitativa importrestriktioner inom EU och åtgärder med motsvarande verkan. Stadgandet ges en bred tolkning i praxis. Bestämmelser och åtgärder som är förbjudna enligt artikel 34 FEUF kan emellertid tillåtas enligt artikel 36 FEUF om de är motiverade av tvingande hänsyn, förutsatt att de inte utgör ett medel för godtycklig diskriminering eller förtäckt begränsning av handeln mellan medlemsstaterna. Behov av miljö- eller klimatskydd kan nämnas som en i praxis erkänd typ av godtagbart tvingande hänsyn, förutsatt att åtgärden är proportionerlig.

I ett av fallen (C-549/15, E.ON Biofor Sverige mot Statens energimyndighet) fann EU-domstolen att det svenska systemet för kontroll av import av biogas inom ramen för sammankopplade system inte var tillräckligt berättigat och i strid med artikel 34 FEUF. Målet innefattade emellertid i första hand en ogiltighetsprövning (se härom 6.2.3 ovan).

Det föreligger ett intressant avgörande, mål C-472/14, Canadian Oil Company Sweden och Anders Rantén mot Riksåklagaren, där Högsta domstolen begärde förhandsavgörande och som sedan följdes av en omfattande dom i HD, NJA 2016 s. 1093. Canadian Oils vd var åtalad för att företaget hade importerat kemiska produkter till Sverige utan att ha anmält detta till Kemikalieinspektionens produktregister. Åklagaren yrkade även att Canadian Oil skulle betala en företagsbot. Canadian Oil och dess vd hävdade att Kemikalieinspektionen fick information om importen på annat sätt och att anmälningsskyldigheten (som var förenad med en skyldighet att betala avgift) utgjorde en importrestriktion som var otillåten enligt artikel 34 FEUF.

EU-domstolen tog utgångspunkt i EU:s omfattande förordning 1907/2006 om registrering, godkännande m.m. av kemikalier (Reachförordningen) och dess registreringsystem och fann att den nationella svenska registreringsordningen utgjorde ett importhinder (kvantitativ restriktion) som föll under artikel 34 FEUF. Domstolen fann dock med tillämpning av artikel 36 FEUF att det svenska registreringskravet var motiverat av tvingande miljöskyddskrav. Högsta domstolen gjorde härefter en ingående egen bedömning av förutsättningarna för straffbarhet och dömde företagets vd till 60 dagsböter och företaget till att betala

200 000 kronor i företagsbot. I målet övervägde Högsta domstolen även den straffrättsliga legalitetsprincipens tillämpning när det gäller blankettstraffstadganden.

Det fjärde målet, C-454/18, Baltic Cable AB mot Energimarknadsinspektionen gällde vissa frågor knutna till direktivet 714/2009/EG om villkor för tillträde till nät för gränsöverskridande elhandel (elhandelsdirektivet). Baltic Cable tillhandahåller en gränsöverskridande högspänningsledning som länkar samman de svenska och de tyska överföringssystemen. Målet gällde frågor om hur Baltic Cable kunde använda sina intäkter från tilldelning av sammanlänkningskapacitet. EU-domstolen fann bland annat att företaget kunde använda dessa för att täcka kostnader för drift och underhåll och att överföringssystemet kunde drivas på affärsmässiga villkor, inbegripet att göra en rimlig vinst. Domstolen framhöll även att företaget inte fick diskrimineras.

6.3.3 Tullrätt

Ett tullrättsligt mål har avgjorts under tidsperioden, mål C-476/19, Allmänna ombudet hos Tullverket mot Combinova. Det är det första fall där svensk domstol har vänt sig till EU-domstolen för tolkning av bestämmelser i EU:s tullkodex (EU-förordning 952/2013).

Målet gällde import till EU av icke-unionsvaror för tillåten bearbetning, så kallad aktiv förädling, och efterföljande återexport från unionen till tredjeland. Sådana varor omfattas inte av importtull förutsatt att de inte släpps ut på marknaden inom EU. I det aktuella fallet hade företaget Combinova lämnat in avräkningsnota till Tullverket något för sent. Tullverket debiterade företaget tull och moms med ett mindre belopp. Tullverkets allmänna ombud överklagade beslutet till förmån för företaget vid Kammarrätten i Göteborg och hävdade att tullskulden hade upphört. Kammarrätten begärde förhandsavgörande för att få rättsläget klarlagt.

EU-domstolen tolkade tullkodex och kom fram till att vid återexport efter aktiv förädling omfattar inte betalningsskyldigheten icke-unionsvaror som används för vidareförädling inom ramen för de förädlingsprocesser som tullmyndigheterna har gett tillstånd till. Det ändras inte genom att en avräkningsnota har getts in för sent.

6.3.4 Fri rörlighet för kapital

EU-domstolen har funnit att en viss svensk skattebestämmelse verkar diskriminerande mot företag med hemvist i annat EU-land och strider mot artikel 63.1 FEUF om fri rörlighet för kapital. Målet, C-252/14, Pensioenfonds Metaal en Techniek, där Högsta förvaltningsdomstolen hade begärt förhandsavgörande, gällde en holländsk pensionsfond.

I avgörandet godtog EU-domstolen att pensionsfonder utan hemvist i Sverige beskattas enligt en annan metod än svenska. Det ansågs förenligt med unionsrätten att ta ut kupongskatt på utdelning från svenska aktiebolag till en utländsk pensionsfond samtidigt som motsvarande svenska pensionsfonder är

skyldiga att betala avkastningsskatt (en schablonskatt), det vill säga en annan form av skatt. Det senare bedömdes över tid motsvara beskattningen i Sverige av pensionsfonder med hemvist i annat EU-land. Däremot fann EU-domstolen att det enligt artikel 63.1 FEUF var otillåtet att tillämpa olikbehandling mellan pensionsfonder med hemvist i Sverige respektive annat EU-land när det gällde den i sammanhanget mindre delfrågan om möjligheterna att beakta kostnader för intäkternas förvärvande vid beskattningen.

Högsta förvaltningsdomstolen fann i sin efterföljande dom, HFD 2017 ref. 9, denna olikbehandling utgöra diskriminering i strid med artikel 63.1 FEUF om fria kapitalrörelser.

EU-domstolen har funnit skatterättslig lagstiftning riktad mot ränteavdrag inom koncerner med verksamhet i flera unionsländer strida mot artikel 49 FEUF om etableringsfrihet, se 6.5.2.

Det saknas något fall där svensk domstol begärt förhandsavgörande rörande finansmarknadsrättsliga frågor, till exempel rörande tillämpningen av EU:s marknadsmissbruksförordning eller lagstiftningen om penningtvätt.

6.3.5 Offentlig upphandling

Regelverket kring offentlig upphandling betraktas som en del av den inre marknaden och etableringsfriheten, även om det också har nära samband med konkurrensrätten. Det styrs sedan länge av omfattande direktiv.

I rapporten från 2016 konstaterades med viss förvåning att inget förhandsavgörande så långt hade begärts inom detta område från svenskt håll, trots att området är ingående normerat genom direktiv på EU-nivå och det föreligger ett mycket stort antal upphandlingstvister vid svenska förvaltningsdomstolar och även tvister vid allmän domstol om skadeståndsfrågor. Nu kan man dock konstatera att det finns ett första upphandlingsrättsligt förhandsavgörande på begäran av svensk domstol, mål C-388/17, Konkurrensverket mot SJ.

Marknaden för järnvägstransporter är numera i huvudsak avreglerad. Trafikverket är den myndighet som förvaltar infrastrukturen. Målet gällde frågan om SJ, helägt av svenska staten, var skyldigt att följa upphandlingslagstiftningen när företaget ingår kontrakt om städning av tåg. Konkurrensverket, som är tillsynsmyndighet på området, hävdade att så var fallet, medan SJ hade motsatt uppfattning. Konkurrensverket drev ett mål mot SJ och yrkade att SJ skulle betala en sanktionsavgift (upphandlingsskadeavgift) därför att företaget inte hade upphandlat tågstädning. Högsta förvaltningsdomstolen begärde förhandsavgörande. Unionsdomstolen fann att SJ var upphandlingsskyldigt. Den tog som utgångspunkt att Transportstyrelsen förvaltar infrastrukturen och tar ställning till järnvägsföretagens ansökningar om infrastrukturkapacitet. Transportstyrelsen var därför att se som tillhandahållare av nät och SJ:s

verksamhet som drift av nät. Med dessa utgångspunkter bedömdes SJ som upphandlingsskyldigt enligt direktiv 2004/17/EG om upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF), en tidigare version av det så kallade försörjningsdirektivet.

6.4 Det civilrättsliga området

6.4.1 Den övergripande bilden

Det i vid mening civilrättsliga området normeras inte på något övergripande sätt på EU-nivå. Den nationella lagstiftningen kan i vissa situationer aktualisera den fria rörligheten för varor, tjänster, arbetstagare och kapital enligt EU:s primärrätt. På vissa områden är unionsrättsliga rättsakter, främst direktiv, vanligt förekommande och dessa ger upphov till olika tolkningsfrågor och kan initiera att nationell domstol begär ett förhandsavgörande. De planer som funnits på att söka införa någon form av gemensam europeisk civillag, i vart fall inom konsumenträtten, är inte längre aktuella.

Den övergripande bilden är att det på den största delen av det civilrättsliga området saknas några fall, där svensk domstol har begärt förhandsavgörande. De två mål som noterats i tabellen i 5.3 under central civilrätt och konsumenträtt rör båda försäkringsrätt. EU:s bolagsrättsliga direktiv har till exempel överhuvud inte lett till någon begäran om förhandsavgörande från svensk domstol. Arbetsrätt och immaterialrätt m.m., där bilden dock är en annan, behandlas nedan.

Med viss förvåning kan man notera att det fortfarande inte finns något avgjort fall där svensk domstol har begärt förhandsavgörande i ett mål om konsumenträttsliga avtal, bortsett från flygpassagerarförordningen (se 6.4.5). Det finns en omfattande unionsrättslig konsumenträtt som Sverige har genomfört och som bland annat gäller oskäligen avtalsvillkor, konsumentkrediter, distansavtal (e-handel), garantier m.m. vid konsumentköp, paketresor, skadeståndsrättsligt produktansvar m.m. Att målen i allmänhet rör begränsade värden i det enskilda fallet och brukar stanna i lägre instans är knappast en tillräcklig förklaring, eftersom det finns åtskilliga avgöranden på området i EU-domstolen på grundval av förhandsavgöranden som har begärts från domstolar på annat håll inom EU. Rättsfrågorna på området är dessutom ofta betydelsefulla genom att de berör många människor i en liknande situation.

Det sagda gäller inte minst direktivet om oskäligen villkor i konsumentavtal (93/13/EEG), genomfört i Sverige genom lagen om avtalsvillkor i konsumentförhållanden (avtalsvillkorlagen), som omfattar alla slag av konsumentavtal. Här har på senare tid vuxit fram en omfattande rättspraxis på grundval av förhandsavgöranden som begärts av domstolar i olika medlemsländer. Det finns dock inget enda fall som härrör från svensk eller nordisk domstol.¹⁰⁵

¹⁰⁵ U. Bernitz, Oklarhetsregeln och oskäligen avtalsvillkor: ny rättsutveckling för konsumentavtal, *Svensk Juristtidning* 2019 s. 679 ff.

6.4.2 Försäkringsrätt

EU-domstolen har avgjort ett mål om vad som utgör försäkringsförmedling enligt direktiv 2002/92/EG och motsvarande svenska lagstiftning, C-542/16, Länsförsäkringar Sak Försäkringsaktiebolag. Högsta domstolen begärde förhandsavgörande i två fall som båda avsåg förlust av belopp som hade investerats i produkter inom ramen för kapitalförsäkringar som hade tecknats med försäkringsförmedlingsföretag, vilka i sin tur hade tecknat ansvarsförsäkringar hos Länsförsäkringar.

EU-domstolen betonade att direktivet har ett kundskyddande syfte och gav begreppet försäkringsförmedling en bred räckvidd. Domstolen fann att ekonomisk rådgivning rörande kapitalplacering i samband med ingående av försäkringsavtal utgör försäkringsförmedling, liksom förberedande arbete inför ingåendet av försäkringsavtal. Högsta domstolen fann härefter i sin dom i NJA 2019 s. 638 att Länsförsäkringar var betalningsskyldigt i båda fallen.

6.4.3 Arbetsrätt

De stora målen om fackliga stridsåtgärder, Laval och parallellmålet Viking Line och det senare fallet Fonnship har behandlats i 4.3. Målen avgjordes före den tidsperiod som behandlas här.¹⁰⁶ Under tidsperioden 2016 till och med 2020 har endast ett arbetsrättsligt mål bedömts av EU-domstolen, målet C-336/15, Unionen mot Almega m.fl. angående direktivet om arbetstagares rättigheter vid företagsöverlåtelser. Målet har behandlats ovan i 6.2.1 och mer kortfattat i 4.3. Det avslutades som framgått med ett resningsärende i Högsta domstolen som gav anledning till klargörande uttalanden om hur långt den bindande effekten av ett förhandsavgörande sträcker sig när en nationell domstol därefter ska avgöra själva rättstvisten (NJA 2020 s. 147).

EU-domstolen har bedömt SAS ersättningsskyldigt enligt flygpassagerarförordningen för inställda flygningar till följd av en mycket omfattande pilotstrejk. Domstolen bedömde inte strejken som en extraordinär omständighet med hänvisning till att den var laglig, se 6.4.5.

6.4.4 Immaterialrätt och marknadsrätt

Med start den 1 september 2016 fick Sverige en ny processordning inom immaterialrätten och marknadsrätten. De tidigare specialdomstolarna Marknadsdomstolen och Patentbesvärsrätten upphörde. Mål om immaterialrätt och marknadsrätt centraliserades för hela landet till två särskilda domstolar inom ramen för de allmänna domstolarna, Patent- och marknadsdomstolen (PMD) vid Stockholms tingsrätt och Patent- och marknadsöverdomstolen (PMÖD) vid Svea hovrätt. Det fordras (bortsett från brottmål) så kallad ventil från PMÖD för att kunna söka prövningstillstånd till HD, något som meddelas sparsamt. Eftersom det inte är möjligt för en part att själv överklaga PMÖD:s domar och

¹⁰⁶ Den tidigare bristande svenska anpassningen till EU:s lönegarantidirektiv berörs i 7.5.

beslut till HD, torde PMÖD vara att betrakta som sista instans enligt artikel 267 FEUF och därigenom skyldig att särskilt motivera varför förhandsavgörande inte begärs i mål där det är aktuellt att tillämpa unionsrätten (se 3.2 ovan).

Intresset för att begära förhandsavgörande har varit ovanligt stort när det gäller immaterialrätten, jämfört med andra rättsområden. Av de totalt 28 avgöranden av EU-domstolen, som behandlas i denna rapport, avser inte mindre än sju fall immaterialrätt och ett marknadsföringsrätt. Det finns inget nytt fall rörande konkurrensrätt. Fyra av de immaterialrättsliga fallen avser upphovsrätt (varav två även innefattar varumärkesrätt) och tre fall varumärkesrätt. HD har begärt förhandsavgörande i tre mål, PMÖD i fyra mål och PMD i ett mål. Det finns inget fall som rör patenträtt, vilket säkerligen hänger samman med att det förekommer få direktiv på det området. Det i princip beslutade europeiska enhetspatentet har stött på olika svårigheter och har ännu inte kunnat förverkligas. Det finns heller inget fall angående mönsterrätt.

De åtta förhandsavgörandena inom immaterial- och marknadsrätten kännetecknas av att EU-domstolen tillfrågats om konkreta tolkningsfrågor knuta till EU-förordningar och direktiv inom området. De svenska domstolarna har här aktivt sökt tolkningsbesked av EU-domstolen på ett sätt och i en utsträckning som man i regel inte ser motsvarighet till på andra rättsområden. Det kan förklaras av att rättsområdet i stor utsträckning är harmoniserat. Det kan tilläggas att PMD och PMÖD överhuvud är domstolar som särskilt tydligt tillämpar unionsrätten, bland annat inom ramen för direktivkonform tolkning.

Upphovsrätt

Mål C-572/17, brottmål mot Imrad Syed, gällde direktiv 2001/29/EG om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället, det så kallade Infosoc-direktivet. Syed sålde kläder med upphovsrättsligt skyddade motiv i en butik utan tillstånd från innehavaren av upphovsrätten. Frågan var om butikens lagerhållning av sådana kläder på annat håll i staden också gjorde intrång i upphovsrätt. Så bedömde EU-domstolen vara fallet om lagerhållningen skedde i kommersiellt syfte och kläderna var avsedda för försäljning. HD fann herefter att verksamheten gjorde intrång i rättsinnehavarens ensamrätt till spridning. Försäljningen av kläderna innefattade även varumärkesintrång, NJA 2019 s. 423, Rocktown.

I mål C-753/18 förde två upphovsrättsorganisationer, Stim och SAMI, talan mot Fleetmanager och Nordisk Biluthyrning rörande musik i bilradio. Frågan gällde huruvida kommersiell uthyrning av bilar för korttidsuthyrning, som är standardutrustade med bilradio, medför upphovsrättsligt ansvar för den musik som spelas i radio när bilarna används. HD begärde förhandsavgörande med hänvisning till det ovannämnda Infosoc-direktivet och direktiv 2006/115/EG om uthyrnings- och utlåningsrättigheter avseende upphovsrätts-

ligt skyddade verk och om upphovsrätten närstående rättigheter. EU-domstolen svarade att uthyrning av bilar med radiomottagare inte innebar någon överföring till allmänheten eller återgivning till allmänheten av skyddade verk. Biluthyrningsföretagen ansågs endast tillhandahålla de fysiska förutsättningarna för att möjliggöra en överföring. Efter detta för upphovsrätsorganisationerna negativa besked återkallades målet i HD.¹⁰⁷

PMÖD ställde i mål C-637/19, BY mot CX, frågor om bedömningen av upphovsrättsskyddat material som ges in elektroniskt till en domstol som bevisning i ett mål, även det mot bakgrund av Infosoc-direktivet. I det aktuella fallet hade ena parten i en tvist gett in ett fotografi från klagandens webbplats till domstol som bevis. Motparten hävdade att fotografiet var upphovsrättsligt skyddat och att förfarandet utgjorde upphovsrättsintrång. EU-domstolen fann att elektroniskt ingivande av ett upphovsrättsligt skyddat verk till en domstol som bevisning i ett mål mellan privatpersoner inte utgör någon överföring till allmänheten. Domstolen framhöll även att rätten till ett effektivt rättsmedel skulle allvarligt äventyras om en rättighetshavare kunde motsätta sig att en viss bevisning ges in till en domstol enbart av den anledningen att bevisningen innehåller ett upphovsrättsligt skyddat alster. PMÖD fann i enlighet med detta i sin efterföljande dom att det inte förelåg något upphovsrättsintrång i fallet. Det hade inte skett någon överföring till allmänheten och inte heller någon otillåten exemplarframställning. Man kan tillägga att motsatt utgång skulle ha medfört betydande problem för rättsväsendet.¹⁰⁸

Varumärkesrätt

Som nämnts har inte mindre än fem förhandsavgöranden under tidsperioden rört varumärkesrätt.

I ett av fallen hävdade Länsförsäkringar att ett annat företag, Matek, gjorde varumärkesintrång genom att använda ett förväxlingsbart figurvarumärke, registrerat som EU-varumärke. Matek invände att Länsförsäkringar inte hade gjort verkligt bruk av varumärket under de senaste fem åren. HD begärde förhandsavgörande av EU-domstolen angående rättsläget enligt EU:s varumärkesförordning 207/2009, mål C-654/15, Länsförsäkringar mot Matek. EU-domstolen svarade att det inte krävs att ett registrerat EU-varumärke har varit i aktivt bruk under de första fem åren efter registreringen för att kunna ingripa mot en annan näringsidkares bruk av ett förväxlingsbart varumärke. Vid den efterföljande prövningen i HD tappade dock Länsförsäkringar målet på en annan grund. HD fann att varumärkena inte var förväxlingsbara, NJA 2017 s. 905, Länsförsäkringars EU-varumärke.

¹⁰⁷ Se för en kommentar J. Åberg, Med hyrbil kör EU-domstolen över det svenska överföringsbegreppet, *NIR Nordiskt Immaterialt Rättsskydd* 2021 s. 100 ff.

¹⁰⁸ Ett ytterligare upphovsrättsmål, som endast rörde rätt till rättegångskostnader enligt småmålsförordningen, berörs i 6.5.4.

Mål C-21/18, *Textilis och Ozgur Keskin mot Svenskt Tenn* gällde ett annat registrerat EU-varumärke, figurvarumärket *Manhattan* i färg. Märket återgav ett textilmönster, inspirerat av kartor över stadsdelen *Manhattan* i New York. Mönstret hade formgivits av Josef Frank för Svenskt Tenns räkning och var upphovsrättsligt skyddat. *Textilis*, som var baserat i Storbritannien och marknadsförde efterbildningar av Svensk Tenns produkter, hävdade att märket inte var registreringsbart och att registreringen skulle ogiltigförklaras. PMÖD frågade EU-domstolen om ett kännetecken som består av tvådimensionella dekorativa mönster, som kan anbringas på till exempel tyg eller papper, kan registreras som varumärke eller är att anse endast som en form som ger varan ett betydande värde. EU-domstolen svarade att kännetecknet inte kunde anses bestå endast av en form. PMÖD fann i sin efterföljande dom att det inte förelåg något registreringshinder, att varumärket var skyddat och att det förelåg varumärkesintrång (och även upphovsrättsintrång).

Mål C-705/17, *Patent- och registreringsverket (PRV) mot Mats Hansson* gällde en svensk varumärkesregistrering och bedömning mot bakgrund av EU:s varumärkesdirektiv 2008/95/EG. PRV hade registrerat ord- och figurvarumärket *Roslags Punch* för alkoholhaltiga drycker med en så kallad disclaimer för *Roslags* som bedömdes vara geografiskt beskrivande. Disclaimern innebar att ”*Roslags*” såsom beskrivning var uttryckligen undantaget från varumärkesskyddet (2 kap. 12 § varumärkeslagen). Sedan Mats Hansson sökt varumärkesregistrering av *Roslagsöl* uppkom tvekan om betydelsen av denna disclaimer mot bakgrund av varumärkesdirektivet och PMÖD begärde förhandsavgörande. EU-domstolen gick i sin dom emot PRV:s tidigare praxis angående disclaimer och slog fast att det vid bedömningen av förväxlingsbarhet av sammansatta varumärken ska ske en helhetsbedömning. Man ska alltså inte genom disclaimer bortse från vissa beståndsdelar av ett registrerat varumärke vid bedömningen. PMÖD bortsåg i sin efterföljande dom från disclaimern och fann att varumärket *Roslags Punsch* på grund av varumärkeslikhet hindrade registrering av det liknande varumärket *Roslagsöl*.

Mål C-456/19, *Östgötatrafiken* mot PRV, gällde också en fråga om svensk varumärkesregistrering mot bakgrund av varumärkesdirektivet. *Östgötatrafiken* ansökte om registrering av figurvarumärken i form av ellipser i färg som var avsedda att placeras över stora delar av utsidan på företagets bussar och tåg. PRV fann figurerna endast vara dekorativa och sakna känneteckenskaraktär och vägrade därför registrering. Frågan i målet var om märkena hade tillräcklig särskiljningsförmåga för att kunna fungera som varumärken eller endast var av dekorativ karaktär. EU-domstolen svarade att avgörande för om denna typ av kännetecken har tillräcklig särskiljningsförmåga är vad omsättningskretsen (konsumenterna) uppfattar. PMÖD fann i sin efterföljande dom att figurerna kunde registreras som varumärken. Gemensamt för detta och föregående mål är att PMÖD funnit skäl att ifrågasätta PRV:s registreringspraxis i ljuset av praxis enligt unionsrätten.

I mål C-572/17, brottmål mot Imrad Syed, bedömdes lagerhållning för kommande butiksförsäljning av kläder med varumärkesrättsligt skyddade motiv utan tillstånd av rättighetshavaren utgöra varumärkesintrång, oavsett att lagret fanns på annan plats. Det förelåg även upphovsrättsintrång, se ovan under Upphovsrätt.

Marknadsföringsrätt

Det finns ett förhandsavgörande angående marknadsföringslagstiftningen, mål C-363/19, Konsumentombudsmannen (KO) mot Mezina. KO hävdade i målet att Mezina bedrev otillåten marknadsföring genom att föra fram påståenden om positiva effekter för hälsan av olika hälsovårdspreparat utan tillräcklig bevisning om påståendenas riktighet, till exempel effekter av ingefära, nypon, blåbär m.m. som kosttillskott. I målet begärde PMD förhandsavgörande om förhållandet mellan EU:s livsmedelsförordning nr 1924/2006/EG, som innehåller särskilda bestämmelser om närings- och hälsopåståenden, och direktivet 2005/29/EG om otillbörliga affärsmetoder. EU-domstolen svarade att livsmedelsförordningen såsom speciallagstiftning har företräde framför direktivet om otillbörliga affärsmetoder, i Sverige genomfört genom marknadsföringslagen. Domstolen framhöll att hälsopåståenden ska kunna motiveras med stöd av allmänt vedertagen vetenskaplig dokumentation och grunda sig på objektiva uppgifter om vilka det råder tillräcklig vetenskaplig enighet. PMD har herefter förbjudit Mezina vid vite att marknadsföra preparaten med olika obestyrkta uppgifter om positiva hälsoeffekter. Domen är överklagad.

Konkurrensrätt

Svenska domstolar har inte begärt förhandsavgörande i något konkurrensrättsligt mål under tidsperioden. Det kan noteras att svensk domstol aldrig har begärt förhandsavgörande i något mål angående statsstöd.

6.4.5 Flygpassagerarförordningen

EU-domstolen avgjorde i början av 2021 ett betydelsefullt, vid årsskiftet inneliggande mål angående kompensation enligt flygpassagerarförordningen som gällde SAS, mål C-28/20, Airhelp mot SAS. Flygpassagerare har enligt tvingande regler i flygpassagerarförordningen rätt till ersättning vid nekad ombordstigning på grund av överbokning och vid inställda eller kraftigt försenade flygningar.¹⁰⁹ Här preciseras direkt i unionsrätten vilka schabloniserade ersättningsbelopp som passagerare har rätt till i olika situationer. Reglerna är omedelbart gällande i Sverige eftersom de har förordningsform.

¹⁰⁹ Förordning 261/2004/EG om fastställande av gemensamma regler om kompensation och assistans till passagerare vid nekad ombordstigning och inställda eller kraftigt försenade flygningar.

Fallets bakgrund var att det vid SAS under våren 2019 pågick en mycket omfattande pilotstrejk under sju dagar som nödgade SAS att ställa in mer än 4 000 flygavgångar och påverkade cirka 380 000 passagerare. En av dessa var privatpersonen S, som hade bokat plats på en svensk inrikesflygning som ställdes in samma dag som den skulle ha ägt rum på grund av strejken. Airhelp företrädde S. och begärde kompensation enligt flygpassagerarförordningen med standardbeloppet 250 euro. SAS bestred betalningsskyldighet och hävdade att strejken utgjorde en extraordinär omständighet. Attunda tingsrätt begärde förhandsavgörande. Generaladvokaten gick på SAS linje och ansåg att extraordinära omständigheter förelåg med hänvisning till strejkens mycket stora omfattning och nämnde att kostnaden för SAS skulle bli cirka 117 miljoner euro om alla berörda passagerare fick standardiserad ersättning enligt förordningen. EU-domstolen avgjorde målet i stor kammare (15 domare) och fann att det inte förelåg någon extraordinär omständighet i förordningens mening och att SAS alltså var ersättningsskyldigt. Domstolen framhöll att det varit fråga om en laglig strejk som hade genomförts med iakttagande av gällande tidsfrister för varsel. Den framhöll även att förordningen har till syfte att skydda konsumenterna och hänvisade härvid till artikel 38 i rättighetsstadgan om konsumentskydd.

Det kan nämnas att Högsta domstolen i NJA 2018 s. 127, flyget till Antalya tagit ställning till vad som utgör skälig tid för reklamation när en passagerare begär ersättning av ett flygbolag enligt flygpassagerarförordningen vid försenad flygning. HD fann skälig reklamationstid för att begära ersättning vara två månader eller något mer. HD begärde ej förhandsavgörande och fann regler om reklamation ligga inom ramen för den nationella processuella autonomi. En tvåmånadersfrist för reklamation fann HD förenlig med unionsrättens effektivitetsprincip.¹¹⁰

6.5 Andra rättsområden

6.5.1 Miljö- och klimaträtt

Under perioden 2016 till och med 2020 märks tre miljö- och klimaträttsliga förhandsavgöranden.¹¹¹ De har alla behandlats i det föregående. Målet C-472/14, Canadian Oil Company Sweden och Anders Rantén mot Riksåklagaren, gällde skyldighet att anmäla import av kemiska produkter till Kemikalieinspektionen. Målet prövades enligt fördragsreglerna om handelshinder och har behandlats ovan under Fri rörlighet för varor, se 6.3.2.

¹¹⁰ Rättsfallet har kommenterats mot bakgrund av att norska Høyesterett senare har tagit motsatt ståndpunkt i ett liknande fall till krav på särskild reklamation, M. Rødvei Aagaard, Om att (inte) uppställa reklamationsregler på okodifierat område och om nordisk rätts(o)likhet, *Juridisk Tidskrift* 2021 s. 711 ff.

¹¹¹ De tolv miljörättsliga mål, i vilka svensk domstol begärde förhandsavgörande under perioden 1995–2015 har behandlats av S. Bogojević, Judicial Dialogue Unpacked: Twenty years of Preliminary References on Environmental Matters by the Swedish Judiciary, *Journal of Environmental Law* 2017 s. 263 ff.

Målet C-180/15, Borealis AB m.fl. mot Naturvårdsverket, gällde direktivet om systemet för handel med utsläppsrätter för växthusgaser. EU-domstolens prövning i målet gällde i första hand huruvida ett genomförandebeslut som kommissionen hade träffat stod i strid med direktivet i vissa hänseenden och därför var ogiltigt. Fallet har behandlats ovan under Rättsaktens ogiltighet, se 6.2.3.

Målet C-549/15, E.ON Biofor Sverige mot Statens Energimyndighet, avsåg direktivet om främjande av användningen av energi från förnybara energikällor, det så kallade förnybartdirektivet. I fallet var det fråga om import till Sverige av biogas från ett systerbolag i Tyskland inom ramen för sammankopplade system. Även i detta mål gjordes en ogiltighetsprövning, se Rättsaktens ogiltighet 6.2.3 ovan. Utformningen av det svenska systemet för kontroll av importen bedömde EU-domstolen utgöra ett otillåtet handelshinder, se 6.3.2 ovan under Fri rörlighet för varor.

Ett intressant mål om förhållandet mellan krav på skydd för hotade arters livsmiljö och slutavverkning (kalhugning) av skog, som anhängiggjordes i EU-domstolen 2019, har avgjorts först i början av 2021. Fallet gällde en förestående avverkning av delar av Yngsjöskogen nära Landvetters flygplats inför planerad omfattande exploatering med bebyggelse. Talan fördes i Mark- och miljödomstolen vid Vänersborgs tingsrätt av tre naturskyddsorganisationer (Föreningen Skydda Skogen, Naturskyddsföreningen i Härryda och Göteborgs Ornitologiska Förening) mot beslutet av Länsstyrelsen i Västra Götalands län att inte vidta några tillsynsåtgärder med anledning av en avverkningsanmälan avseende skogsområdet (mål C-473/19 och C-474/19). Målet gällde tolkningen av EU:s livsmiljödirektiv (direktiv 92/43/EEG om bevarande av livsmiljöer samt vilda djur och växter) och fågeldirektiv (direktiv 2009/147/EG om bevarande av vilda fåglar).

En huvudfråga i målet var om skyddet endast gäller arter som är hotade eller har en generell räckvidd. EU-domstolen framhöll att unionens miljöpolitik syftar till en hög skyddsnivå och grundar sig på försiktighetsprincipen, och att miljöförstöring företrädesvis bör hejdas vid källan. Domstolen fann att fågeldirektivet skyddar samtliga fågelarter inom medlemsstaternas europeiska territorium och inte endast hotade arter. Den fann även att livsmiljödirektivet omfattar vilda djur och växter med gynnsam bevarandestatus. Domstolen fann att direktiven utgör hinder för tillämpning av en nationell praxis som endast griper in och ger skydd om en berörd arts bevarandestatus riskerar att försämras.

Mark- och miljödomstolens ställningstagande föreligger ännu inte men det är tydligt att domen kan medföra konsekvenser för svenskt skogsbruk.¹¹² Avgörandet kan särskilt få betydelse för möjligheterna till skogsavverkning genom kalhugning i områden med rikt djur- och växtliv.

¹¹² Om problematiken kring artskyddet i skogen J. Darpö, Konsulenten och knäroten, Om Skogsstyrelsens handläggning av artskyddsärenden, *Förvaltningsrättslig Tidskrift* 2021 s. 101 ff.

6.5.2 Skatterätt

Skattemålen är den måltyp där antalet förhandsavgöranden på begäran av svensk domstol över åren har varit störst, totalt 31 fall. En vanlig kategori av sådana mål är fall som i en eller annan form har rört situationer där enskilda personer, företag eller investeringar, knutna till hemvist eller verksamhet i annat EU-land, har särbehandlats i förhållande till personer eller företag bosatta eller verksamma i Sverige, med andra ord skattemässig diskriminering. Gemensamt för dessa fall har varit att EU-domstolen funnit att svenska lagregler som inneburit olikbehandling är oförenliga med unionsrätten. Problematiken har varit uppe till bedömning också under den här aktuella tidsperioden.

Koncernbeskattning

Det föreligger två samtidigt avgjorda mål om förlustavdrag inom ramen för en koncern med svenskt moderbolag och dotterbolag i annat medlemsland. Högsta förvaltningsdomstolen begärde förhandsavgörande i båda fallen, mål C-607/17, Skatteverket mot Memira Holding AB, och C-608/17, Skatteverket mot Holmen AB. Båda hade sin bakgrund i de begränsningar av möjligheterna till förlustavdrag inom sådana gränsöverskridande koncerner som EU-domstolen hade lagt fast främst i det kända avgörandet C-446/03, Marks & Spencer. Fallet Memira gällde möjligheterna att göra förlustavdrag när ett dotterbolag i annat medlemsland absorberas av moderbolaget genom fusion. EU-domstolen fann att sådan möjlighet endast föreligger om moderbolaget kan visa att förlusterna inte efter överlåtelse kan utnyttjas av utomstående part. Fallet Holmen gällde ett flertal frågor angående möjligheterna att skattemässigt utnyttja förluster i dotterdotterbolag i annat medlemsland för förlustavdrag. I målen bedömdes vad som utgör slutlig förlust.

Ett betydelsefullt mål, C-484/19, Lexel AB mot Skatteverket, om rätt till ränteavdrag för ränteutgifter som har betalats till ett bolag inom samma koncern i annan medlemsstat, avgjordes i januari 2021, det vill säga kort efter den tidsperiod som den här rapporten omfattar. Lexel är ett svenskt dotterbolag som ingår i den franska koncernen Schneider Electric. Målet avsåg den särskilda lagstiftning som hade införts i Sverige 2012 i syfte att motverka så kallade räntesnurrar inom koncerner genom att mellan koncernföretag i olika unionsländer kvitta ränteinkomster mot underskott och därigenom underlätta skatteundandragande. Lagstiftningens förenlighet med unionsrätten har från början varit ifrågasatt genom att den inneburit en negativ särbehandling av gränsöverskridande transaktioner inom EU jämfört med interna svenska transaktioner. Högsta förvaltningsdomstolen begärde dock först år 2019 förhandsavgörande i ett sådant fall och frågade bland annat om lagstiftningen var godtagbar på grund av det övergripande syftet att förhindra aggressiv skatteplanering genom ränteavdrag. Lagstiftningen hade då delvis redan ändrats 2017. Unionsdomstolen fann det otillåtet enligt artikel 49 FEUF om etableringsfrihet att vägra rätt till ränteavdrag för ränteutgifter som har betalats

till ett bolag inom samma koncern i en annan medlemsstat (Frankrike) när en sådan avdragsrätt föreligger mellan koncernföretag inom Sverige, det vill säga företag verksamma inom samma medlemsstat. Domstolen godtog inte att ränteavdragsbegränsningen kunde motiveras av behovet av att bekämpa skatteundandragande. Den fann att transaktionerna hade genomförts på marknadsmässiga villkor och inte utgjorde rent fiktiva upplägg i syfte att undvika skatt. Högsta förvaltningsdomstolen har härefter mot bakgrund av unionsdomstolens ställningstagande med en kortfattad motivering beviljat Lexel avdrag för ränteutgifterna.¹¹³ HFD tillämpade europarättslig lagprövning. Utgången i målet torde vara tillämplig på ett större antal likartade fall.

Pensionsfonder

Målet C-252/14, Pensioenfonds Metaal en Techniek, där Högsta förvaltningsdomstolen hade begärt förhandsavgörande, gällde en holländsk pensionsfond. Fallet har behandlats ovan under Fri rörlighet för kapital, se 6.3.4. Som där nämnts godtog EU-domstolen att pensionsfonder utan hemvist i Sverige beskattas enligt en annan metod än svenska pensionsfonder. Det ansågs förenligt med unionsrätten att ta ut kupongskatt på utdelning från svenska aktiebolag till en utländsk pensionsfond samtidigt som motsvarande svenska pensionsfonder är skyldiga att betala avkastningsskatt (en schablonskatt). Det senare bedömdes nämligen över tid motsvara beskattningen i Sverige av pensionsfonder med hemvist i annat EU-land. Däremot godtog EU-domstolen inte olikbehandling mellan pensionsfonder med hemvist i Sverige respektive annat EU-land när det gällde möjligheterna att vid beskattning beakta kostnader för intäkternas förvärvande.

Moms

Det har över åren funnits ett relativt stort antal mål där EU-domstolen tagit ställning till frågor som rört skyldighet att betala moms och beräkning av sådan. Det är i regel Högsta förvaltningsdomstolen som har begärt förhandsavgörande. Under den nu aktuella tidsperioden har EU-domstolen på begäran av Högsta förvaltningsdomstolen tagit ställning i två fall till tolkningsfrågor rörande tillämpningen av momsdirektivet (2006/112/EG).

Mål C-647/17, Skatteverket mot Srf konsulterna AB, gällde beräkning av moms när ett svenskt företag ordnar pedagogiska evenemang utomlands för svenska deltagare. Konkret gällde saken kurser i redovisning. EU-domstolen fann att platsen för genomförandet var avgörande för skattskyldigheten. Högsta förvaltningsdomstolen fann härefter i sin dom att utbildningen hade ägt rum utomlands och att svensk moms därför inte skulle påföras.

¹¹³ HFD:s dom den 22 mars 2021 not. 10. Rättsfallskommentar av M. Dahlberg, Sveriges ränteavdragsbegränsningar och EU-domstolens avgörande i mål C-484/19, Lexel AB mot Skatteverket, *Skattenytt* 2021 s. 279 ff.

Mål nr C-787/18, Skatteverket mot Sögård Fastigheter AB, gällde en situation där ett företag först hade hyrt ut en fastighet, vilket gjorde det möjligt att göra avdrag för ingående moms, och därefter sålt fastigheten till privatpersoner som inte skulle använda den för skattepliktiga transaktioner. EU-domstolen tog här ställning till skyldigheten att justera avdrag för ingående moms.

Ett ytterligare momsmål, som var ineliggande i EU-domstolen vid årsskiftet 2020/2021, avgjordes i mars 2021, mål C-812/19, Danske Bank A/S, Danmark, Sverige Filial mot Skatteverket. Målet gällde filialens ställning i momshänseende. Filialen ingick inte i samma mervärdesskattegrupp som den danska huvudetableringen. Kostnaderna för de tjänster som huvudetableringen tillhandahöll filialen allokerades till denna. EU-domstolen fann mot denna bakgrund att filialen var en egen beskattningsbar person i momshänseende.

Något fall angående punktskatt har inte förekommit under tidsperioden.

6.5.3 Socialförsäkringsrätt

På detta område föreligger ett viktigt avgörande under den aktuella tidsperioden, mål C-189/16, Bogusława Zaniewicz-Dybeck mot Pensionsmyndigheten, följt av HFD 2018 ref. 38 angående garantipension. (Fallet har behandlats närmare ovan i 4.6.) Det rörde beräkning av garantipension för personer som bosatt sig i Sverige efter att ha varit bosatta i annat EU-land. EU-domstolen fann att man vid beräkning av den pensionsgrundande inkomsten ska utgå från den faktiska inkomst som dessa personer har haft när de var bosatta i annat medlemsland och inte, som man tidigare har gjort i Sverige, från en schablon beräknad utifrån de svenska inkomsterna. I sin efterföljande dom gjorde Högsta förvaltningsdomstolen en sådan omräkning. EU-domstolen fann vidare att svensk garantipension ska ses som en social minimiförmån enligt unionsrätten och inte som en pension. Avgörandet har fått stor praktisk betydelse och konsekvenser för många berörda personer (se 4.6).

6.5.4 Rättsliga och inrikes frågor (RIF-området)

Med RIF-området förstås området med frihet, säkerhet och rättvisa, det vill säga de rättsområden som ligger inom avdelning V i EU:s funktionsfördrag. Det fick sin nuvarande struktur genom Lissabonfördraget 2009. Detta omfattande regelkomplex sonderfaller i fördraget i fyra olika delar: gränskontroll, asyl och invandring, civilrättsligt samarbete samt straffrättsligt samarbete och polissamarbete.

Gränskontroll, asyl och invandring

EU-domstolen har under 2016–2020 meddelat förhandsavgörande i tre migrationsrättsliga mål, två på begäran av Migrationsöverdomstolen och ett på begäran av Migrationsdomstolen vid Förvaltningsrätten i Malmö. De har alla gällt asylsökande.

Här märks målet C-155/15, George Karim mot Migrationsverket, som gällde överföring av en asylsökande enligt Dublinförordningen (nr 604/2013/EU, Dublin III-förordningen). Fallet avgjordes av EU-domstolen i stor kammare med 15 domare. Fem länder lämnade yttrande i målet. Karim, som var syrisk medborgare, ansökte om asyl i Sverige. Kontroll i databasen Eurodac visade att han hade tidigare sökt asyl i Slovenien. Migrationsverket hade beslutat överföra honom till Slovenien, som var berett att återta honom. Karim anförde att han, sedan den första asylansökan gjordes, hade varit utanför EU under mer än tre månader innan han gjorde den nya asylansökan i Sverige. EU-domstolen fann att detta skulle betraktas som en ny ansökan som ger upphov till ett nytt förfarande för fastställande av ansvarig medlemsstat. Karim var alltså berättigad till en ny asylprövning.

Mål C-60/16, Mohammad Khir Amayry mot Migrationsverket, gällde också Dublin III-förordningen. Khir Amayry reste in i Italien i december 2014 och kort därefter till Danmark och så till Sverige. Migrationsverket tog honom i förvar och överförde honom till Italien, men han återkom efter kort tid till Sverige och sökte asyl här, där han på nytt togs i förvar. Migrationsöverdomstolen begärde förhandsavgörande angående de i Dublin III-förordningen givna begränsningarna för möjligheterna att behålla personer i förvar. EU-domstolen gav i domen närmare besked om dessa tidsgränser för hållande i förvar.

Mål C-404/17, A mot Migrationsverket, gällde en serbisk medborgare som år 2017 lämnade in en ansökan om asyl och uppehållstillstånd i Sverige. Han uppgav att han hade varit utsatt för allvarliga hot, även dödshot, i Serbien. Migrationsverket bedömde att hans ansökan var uppenbart ogrundad och beslutade att han skulle avvisas med omedelbar verkställighet. Migrationsdomstolen vid Förvaltningsrätten i Malmö beslöt efter överklagande att vilandeförklara målet och begära förhandsavgörande i frågan om ansökan skulle anses uppenbart ogrundad enligt direktiv 2013/32/EU om gemensamma förfaranden för att bevilja och återkalla internationellt skydd när landinformation ger stöd för att det finns ett godtagbart myndighetsskydd i ursprungslandet.

Målet fick en måhända oväntad utgång i EU-domstolen. Det nämnda direktivet har särskilda bestämmelser om säkert ursprungsland. Har en medlemsstat fastställt att ett tredjeland är säkert ursprungsland innebär det enligt direktivet en presumtion som det ankommer på den sökande att motbevisa. EU-domstolen kunde emellertid konstatera att Sverige inte hade antagit några bestämmelser om säkert ursprungsland och fann mot denna bakgrund att Sverige därför inte kunde behandla en ansökan om internationellt skydd som ogrundad på grundval av landinformation om godtagbart skydd i ursprungslandet. Utgången i målet har begränsat Migrationsverkets möjligheter att hantera uppenbart

ogrundade ansökningar och har lett till en svensk lagändring som innebär att Sverige fastställer säkra ursprungsländer.¹¹⁴

EU-domstolen har den 4 mars 2021 avgjort det vid årsskiftet 2020/2021 inneliggande målet C-193/19, A. mot Migrationsverket. Den fann i korthet att det inte ställs krav på att en tredjelandsmedborgare ska kunna styrka sin identitet som förutsättning för att beviljas uppehållstillstånd och rätt till familjeåterförening m.m. när personen redan befinner sig i landet. Frågan prövades i första hand mot bakgrund av Schengensystemet. I fallet hade Migrationsdomstolen vid Förvaltningsrätten i Malmö begärt förhandsavgörande. Den svenska regeringen hävdade i ett yttrande utan framgång att EU-domstolen inte skulle avgöra målet, se härom i 2.2.

Civilrättsligt samarbete

Inom detta område föreligger under tidsperioden ett intressant avgörande som rör internationell privaträtt och ett som rör förordningen om insolvensförfaranden.

Målet, C-198/18, CeDeGroup AB mot KAN sp.o.o. i konkurs, rörde en köprättslig tvist. Ett polskt företag, som hade gått i konkurs, begärde ersättning för varor som hade levererats till det svenska företaget CeDeGroup. Det senare gjorde gällande kvittningsgilla motfordringar på högre belopp för uteblivna leveranser och fel i levererade varor. I målet var det tvistigt vilket lands lag som skulle tillämpas på CeDe:s kvittningsinvändning. Högsta domstolen beslöt att inhämta förhandsavgörande och frågade om lagvalet skulle avgöras enligt artikel 4 i förordningen 1346/2000 om insolvensförfaranden. EU-domstolen fann att artikeln inte var tillämplig men stannade vid detta konstaterande, eftersom Högsta domstolen inte hade ställt någon tydlig följdfråga till EU-domstolen om vilka regler som i så fall skulle tillämpas.

Detta kom därför att prövas av Högsta domstolen utan tillgång till förhandsavgörande i den delen. Domstolen utarbetade en omfattande dom med särskild inriktning på rättsfrågor rörande tillämpning av bestämmelser i Rom I-förordningen om tillämplig lag för avtalsförpliktelser och förhållandet till konventionen om internationella köp av varor (CISG), som ju gäller som svensk lag. Högsta domstolen kom fram till att svensk lag skulle tillämpas (NJA 2020 s. 485). Det är svårt att bedöma varför domstolens frågor till EU-domstolen inte tydligt innefattade situationen hur tvistefrågan skulle bedömas för det fall denna skulle finna att bestämmelsen i insolvensförordningen inte var tillämplig.

¹¹⁴ Prop. 2020/21:71, Uppenbart oggrundade ansökningar och fastställande av säkra ursprungsländer. Lagändringen har trätt i kraft den 1 maj 2021 sedan riksdagen i huvudsak bifallit propositionen.

Av Högsta domstolens dom framgår att rättsläget inte var lättbedömt. Å andra sidan gjorde EU-domstolen en snäv avgränsning av de ställda frågorna.¹¹⁵

Det föreligger ett förhandsavgörande angående småmålsförordningen, förordning 861/2007 (EG) om inrättande av ett europeiskt småmålsförfarande, som rör förenklat förfarande för tvister om mindre värden i gränsöverskridande mål.

Målet, C-554/17, Rebecka Jonsson mot det franska företaget Société du Journal L'Est Républicain, rörde en tvist om ersättning för intrång i upphovsrätt. L'Est Républicain hade utan tillstånd lagt ut en film respektive bild som visade en viss dramatisk episod som Rebecka Jonsson hade filmat. Hon förde talan om ersättning som upphovsman vid svensk tingsrätt som dömde ut ersättning, men med lägre belopp än hon hade yrkat och bestämde att vardera parten skulle stå sin rättegångskostnad. Rebecka Jonsson överklagade domen till hovrätten endast såvitt gällde rättegångskostnaderna. Svea hovrätt begärde förhandsavgörande i frågan hur rättegångskostnaderna borde fördelas enligt förordningen. EU-domstolen fann att frågan inte var reglerad i förordningen och skulle avgöras enligt nationell rätt, som dock hade att beakta de grundläggande unionsrättsliga effektivitets- och likvärdighetsprinciperna (se 2.2).

Man kan notera att det under tidsperioden inte har förekommit något förhandsavgörande som gällt det så kallade PPU-förfarandet, det vill säga ordningen för att inhämta förhandsavgörande i brådskande mål inom området för frihet, säkerhet och rättvisa. Hit kan till exempel höra vårdnadsfrågor.

Det i 6.2.2 berörda målet om diskrimineringsersättning, mål C-30/19, Diskrimineringsombudsmannen (DO) mot Braathens Regional Aviation, har behandlat en viktig civilprocessuell princip. De svenska domstolarna ansåg sig inte kunna pröva om det förekommit diskriminering när motparten hade medgett att betala begärd ersättning utan att vitsorda att det hade skett en diskriminering. Detta var baserat på stadgandet i 42 kap. 18 § punkt 3 rättegångsbalken, enligt vilken dom i ett dispositiv tvistemål grundas direkt på svarandens medgivande utan att rätten gör någon prövning av riktigheten av karendens sakuppgifter. EU-domstolen fann en sådan rättstillämpning i den här aktuella situationen strida mot artikel 47.1 i rättighetsstadgan om rätt till ett effektivt rättsmedel och slog fast att nationella processuella bestämmelser som hindrar en prövning av frågan om diskriminering förekommit ska sättas åt sidan. Principen om nationell processuell autonomi (se 2.2) fick alltså vika.

¹¹⁵ Rättsfallskommentar av H. Renman, Lagvalet vid kvittning i konkurs. CeDe:s kvittningsinvändning och EU-domstolens förhandsavgörande, *Juridisk Tidskrift* 2020–21 s. 961 ff.

Straffrättsligt och straffprocessuellt samarbete

Här finns inget fall att notera. Det är i och för sig inget nytt. Inte heller rapporterna från 2010 och 2016 hade något fall relaterat till det straffrättsliga och straffprocessuella samarbetet att redovisa. Mot bakgrund av att det finns många rättsakter med straffrättsligt och straffprocessuellt innehåll, både direkt gällande EU-förordningar och rambeslut och direktiv som Sverige har genomfört, är detta litet anmärkningsvärt.¹¹⁶

Det kan nämnas att Högsta domstolen (NJA 2020 s. 430) utan att begära förhandsavgörande har tagit ställning till frågan om en person skulle överlämnas till Rumänien för straffverkställighet i enlighet med en europeisk arresteringsorder och 2003 års lag om överlämnande från Sverige enligt en sådan. Högsta domstolen gjorde här en ingående bedömning av riskerna mot bakgrund av fängelseförhållandena i Rumänien för att personen skulle utsättas för omänsklig och förnedrande behandling i rumänskt fängelse i den mening som avses i artikel 3 i Europakonventionen och artikel 4 i EU:s rättighetsstadga. Högsta domstolen erinrade om den grundläggande principen om förtroende mellan EU:s medlemsstater och avgjorde att personen skulle överlämnas för straffverkställighet i Rumänien.¹¹⁷

Det finns heller inget svenskt förhandsavgörande som rör europeisk utredningsorder på det straffrättsliga området eller annan lagstiftning om europeiskt polis- eller åklagarsamarbete. Det saknas även något förhandsavgörande på begäran av svensk domstol som speglar oro för domstolarnas objektivitet och rättsstatsprincipens tillämpning i främst Polen och Ungern.¹¹⁸

Målet Åkerberg Fransson, som unionsdomstolen avgjorde 2013, gällde som har framgått förbudet mot dubbelbestraffning (*ne bis in idem*) i rättighetsstadgan (se 4.4).

¹¹⁶ Se t.ex. U. Wallentheim – J. Zetterstedt, Europeiska unionens straffrätt i allmän domstol I och II, *Svensk Juristidning* 2021 s. 104 ff., 179 ff.

¹¹⁷ HD beslöt i NJA 2017 s. 300 att överlämna en person dömd till fängelse till Polen för straffverkställighet enligt 2015 års lag om erkännande och verkställighet av frihetsberövande påföljder inom EU.

¹¹⁸ A. Södersten, Villkorsmekanismen – sista halmsträet för EU:s rättsstatsprincip? Sieps Europapolitisk analys, juni 2021:9epa. EU-domstolen har preciserat kraven på vad som utgör en domstol i en rättsstat och domares och domstolars oavhängighet i bl.a. mål C-192/18, kommissionen mot Polen och mål C-896/19, Republika punkt 51 ff.

7 Samlad bedömning av svenska domstolars hållning till förhandsavgöranden

7.1 Utgångspunkter

Under de drygt 25 år som gått sedan Sverige blev medlem i EU har landets medverkan i EU utvecklats och mognat i många avseenden. Hur har detta påverkat de svenska domstolarnas syn på förhandsavgöranden? Som nämndes inledningsvis i 1.2 framgick det av rapporten från 2010 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 framstår som en rimlig hypotes att de svenska domstolarna med tiden har blivit mer vana vid att hantera unionsrättsliga problem och fått en större förståelse för betydelsen av dialog med EU-domstolen. Frågan är om och hur detta har påverkat de svenska domstolarnas hållning till att medverka genom att begära förhandsavgörande.

En viktig utgångspunkt är den skärpning av EU-domstolens praxis som har skett på senare tid när det gäller skyldigheten för domstolar i sista instans att begära förhandsavgörande såvida rättsläget inte är klart eller klarlagt. Såsom behandlats i 3.1 har Frankrike fällts i EU-domstolen 2018 därför att högsta förvaltningsdomstolen (Conseil d'État) inte hade begärt förhandsavgörande i ett skatterettsligt mål där rättsläget inte kunde bedömas vara klart. Europadomstolen i Strasbourg har som behandlats i 3.3 slagit fast att det strider mot artikel 6.1 i Europakonventionen (rätten till en rättvis rättegång) om domstolar i sista instans inte motiverar varför förhandsavgörande inte begärs i mål som rör unionsrätten. Det krävs att motiveringen knyter an till kriterierna i CILFIT-målet (se 3.1). Motsvarande skyldighet torde följa av artikel 47.1 i EU:s rättighetsstadga om rätten till ett effektivt rättsmedel. Som nämnts i 4.1 inledde kommissionen 2018 en undersökning av de finska skattedomstolarnas praxis, särskilt Högsta förvaltningsdomstolen, där kommissionen anförde att det fanns systematiska brister när det gällde att begära förhandsavgörande. Undersökningen avslutades genom en uppgörelse med finska regeringen. Sammanfattningsvis framträder kraven på att domstolar i sista instans iakttar vad unionsrätten kräver, när det gäller skyldighet att begära förhandsavgörande och att motivera varför man i ett visst fall inte gör detta, väsentligt tydligare i dagens läge än vad som tidigare har varit fallet.

Antalet förhandsavgöranden som kommer från svenska domstolar och hur de fördelar sig har studerats i kapitel 5. Man kan konstatera att hypotesen att antalet

sådana mål på sikt skulle öka vartefter domstolarna blivit mer bekanta med systemet inte visat sig hålla. Som nämnts i 5.1 framgår det av undersökningen att antalet av EU-domstolen meddelade förhandsavgöranden på begäran av svensk domstol över tid har legat ganska konstant på 5–6 avgöranden per år. Fallens fördelning mellan allmänna domstolar och förvaltningsdomstolar visar heller inga påtagliga förändringar över tid (se 5.3). Intressant är att skillnaderna i kultur mellan domstolarna i olika medlemsstater när det gäller att begära förhandsavgörande heller inte visar några större förändringar. Framför allt är domstolarna i de gamla medlemsstaterna – Tyskland, Frankrike, Italien, Nederländerna och Belgien (och även Österrike) – väsentligt mer benägna att begära förhandsavgörande än de svenska domstolarna, också med hänsyn tagen till skillnader i befolkningsstorlek. Däremot ligger danska och finska domstolars hållning nära den svenska. I relation till landets storlek har Sverige inte heller anmärkningsvärt få förhandsavgöranden vid en jämförelse som omfattar alla medlemsstater. Även om antalet fall ligger starkt i underkant jämfört med de västeuropeiska industriländerna utanför Norden ger alltså statistiken inte något entydigt svar på frågan huruvida det antal förhandsavgöranden som emanerar från Sverige ska bedömas som rimligt eller alltför litet.

Kan läget förklaras av att en hel del av de juridiska problem i förhållande till unionsrätten som mötte svenska domstolar i början av EU-medlemskapet numera har fått sin lösning? Till viss del torde detta vara riktigt och hänga samman med att svensk lagstiftning successivt har kommit att bli bättre anpassad till vad unionsrätten kräver. Å andra sidan har unionsrätten utvecklats mycket starkt under de 25 år som gått. Helt nya rättsområden har kommit till och antalet förordningar och direktiv har ökat högst väsentligt och ofta blivit mer omfattande. Domstolarna ställs alltså successivt inför nya problem och det finns ingen grund för att göra gällande att de svenska domstolarna skulle stå inför problem i mindre omfattning än tidigare när det gäller förhållandet mellan unionsrätt och svensk rätt.

En ämnesmässig studie av de mål där förhandsavgörande har meddelats på begäran av svensk domstol under perioden 2016 till och med 2020 har redovisats i kapitel 6. Sex avgöranden som tillkommit januari–april 2021 har också berörts. Studien ger besked om i vilka typer av mål som svensk domstol numera begär förhandsavgörande. Den belyser i vad mån avgörandena behandlar viktiga och centrala ämnen. Den visar även i vad mån det finns ämnesområden där unionsrätten utgör en viktig del av den i Sverige gällande rätten men som inte alls eller endast i mindre mån täcks in av de förhandsavgöranden som förekommit.

7.2 Behandling av centrala ämnen

En viktig aspekt är som framgått om de förhandsavgöranden som har begärts av svenska domstolar vid en övergripande bedömning har behandlat centrala ämnen till skillnad från mera speciella, rättstekniska frågor av begränsad betydelse.

Svaret ligger delvis i den svit av fall som har behandlats mera ingående i kapitel 4. Det rör sig om de svenska alkoholmålen i EU-domstolen: Franzén, Rosengren och Gourmet (4.2), målen om fackliga stridsåtgärder: Laval och Fonnship (4.3), Åkerberg Fransson om dubbla förfaranden och dubbelbestraffning vid skattebrott (4.4), Tele 2 Sverige mot Post- och telestyrelsen angående datalagring av telefontrafik (4.5) och Garantipension: effekterna av målet Boguslaw Zaniwicz-Dybeck mot Pensionsmyndigheten (4.6). Som framgått har dessa mål alla rört väsentliga frågor i samhället och fått ett stort genomslag. Alkoholmålen har lett till viktiga, bestående ändringar i den svenska alkohollagstiftningen i liberaliserande riktning. Laval- och Fonnship-målen slutade med att de berörda fackföreningarna som hade vidtagit blockadåtgärder dömdes att betala skadestånd och visade att arbetsmarknaden och dess stridsåtgärder inte ligger utanför vad som täcks av EU-rätten. Avgörandet i Åkerberg Fransson ledde till en snabb omläggning av svensk praxis för handläggning av skattebrott och efterföljande lagändringar som berörde många personer. Tele 2-avgörandet ledde till svensk lagändring om datalagring för polisiära ändamål i inskränkande riktning och avgörandet om garantipension har medfört att ett mycket stort antal personer som tidigare bott och arbetat i annat medlemsland har fått sina pensioner omräknade.

EU-domstolens avgöranden i Åkerberg Fransson och Tele 2 är centrala också av det skälet att de har varit primärt baserade på artiklar i EU:s rättighetsstadga, som ju gäller på fördragsnivå, och som genom förhandsavgörandena har fått ett direkt och väsentligt genomslag i svensk rätt. Det har gällt artikel 50 i stadgan om förbud mot dubbel förfarande och dubbelbestraffning (*ne bis in idem*) och artiklarna 7 och 8 om respekt för privatlivet och skydd för personuppgifter. I båda fallen saknar rättigheterna tydliga motsvarigheter i intern svensk rätt.

Man kan vidare peka på bedömningen av rättsakters giltighet. Det ingår i EU:s konstitutionella system att nationella domstolar ska överväga om sekundärrättsliga bestämmelser håller sig inom EU:s kompetensgränser och har antagits med tillämpning av korrekt beslutsförfarande när de finner anledning till detta. Eftersom endast EU-domstolen kan ogiltigförklara unionsrättsliga bestämmelser (vilket får verkan för hela EU) ska även nationella domstolar i första instans begära förhandsavgörande om ogiltighetsprövning är aktuell. I rapporten från 2010 kunde det konstateras att det då inte fanns något svenskt fall där ogiltighetsprövning hade begärts. I rapporten från 2016 noterades ett sådant fall rörande antidumpningstull. Nu föreligger emellertid två avgöranden där svensk domstol på närmare anförda grunder begärt förhandsavgörande och fört fram frågor om ogiltighetsprövning (se 6.2.3). I ett av fallen ogiltigförklarade EU-domstolen ett genomförandebeslut av kommissionen i ett visst hänseende. Båda fallen, som avgjordes 2016 respektive 2017, gällde bestämmelser av miljörättslig karaktär. Att svenska domstolar numera ställer frågor till EU-domstolen om rättsakters eventuella ogiltighet uttrycker mognad från domstolarnas sida när det gäller den processuella hanteringen av unionsrätten.

Svenska domstolar har, som framgår av de tidigare rapporterna, vid ett ganska stort antal tillfällen begärt förhandsavgöranden i mål som gällt frågor där det har kunnat sättas i fråga att svensk skattelagstiftning innehållit regler som särbehandlat företag och enskilda verksamma i annat EU-land, på ett sätt som stått i strid med fördragets regler om fri rörlighet för varor, tjänster och kapital och principen om icke-diskriminering. Det har bland annat gällt koncernbidragsregler och beskattningen av livförsäkringar och pensionsförsäkringar.¹¹⁹ I denna rapport behandlas ytterligare några sådana fall som avsett pensionsfonder respektive möjligheterna till förlustavdrag respektive ränteavdrag inom koncerner med dotterbolag i annat medlemsland (se 6.5.2). Bakom dessa fall finner man en medvetenhet om vikten av att Sverige lever upp till sina åtaganden.

Ytterligare exempel skulle kunna nämnas. Vid en samlad bedömning framstår kvaliteten på de fall som svenska domstolar för fram till EU-domstolen för avgörande som hög. De frågor som ställts synes överlag ha varit väl motiverade och avse väsentligheter inom ramen för respektive ämnesområde. Svenska domstolar begär knappast förhandsavgörande i frågor av endast begränsad betydelse.

De förhandsavgöranden som begärs av svenska domstolar kännetecknas alltså av att de i regel behandlar centrala ämnen.

7.3 Förändringar över tid

Det är tydligt att det har skett vissa förändringar över åren i de typer av mål där svenska domstolar begär förhandsavgörande. I rapporten från 2010 (s. 77 f.) kunde det konstateras att en del av fallen hade gällt situationer där det torde ha framstått som tämligen klart att den svenska lagstiftningen inte stämde överens med EU-rättens krav. Fallen rörde i allmänhet svensk lagstiftning för särskilda slag av varor och tjänster som stred mot unionsrättsliga regler och därigenom försvårade den fria rörligheten. I rapporten förmodades att de svenska domstolarna i åtminstone vissa av dessa fall hade föredragit att hänskjuta målet till EU-domstolen i stället för att själv låta bli att tillämpa en svensk lagregel såsom EU-rättsstridig, trots att så rätt tydligt var fallet. Man hade så att säga låtit det ankomma på EU-domstolen att hålla i yxan och fälla den svenska lagregeln.¹²⁰

Några fall av denna karaktär har jag inte kunnat finna när det gäller de förhandsavgöranden som behandlas i denna rapport och som ju avser tidsperioden 2016 till och med 2020. Frågeställningarna i dessa fall framstår i allmänhet som tämligen komplexa. Svenska domstolar synes ha blivit mer benägna att föra principiella eller på annat sätt allmänintressanta rättsfrågor till EU-domstolen.

¹¹⁹ Se rapporten från 2010 s. 64 ff. och 76 f. och rapporten från 2016 s. 82 f.

¹²⁰ Det sagda stöds av Karin Leijons intervjuundersökning, där domare i några fall talar om att skylla på EU-domstolen som syndabock (scapegoat), K. Leijon, *National Courts as Gatekeepers in European Integration*, 2018 s. 142.

Man kan konstatera att det har skett en vidareutveckling i de svenska domstolarnas tillämpning av unionsrätten och inriktning på de förhandsavgöranden som begärs som ytterst torde hänga samman med en högre kunskapsnivå och förståelse för unionsrätten.

Det sagda kan exemplifieras med de sex mål som var ineliggande vid årsskiftet 2020/2021 och som har avgjorts under tiden januari–april 2021 och berörs i den ämnesmässiga studien i kapitel 6.¹²¹ Här märks ett fall om ersättning för diskriminering på etnisk grund där Högsta domstolen begärt förhandsavgörande. Här fann EU-domstolen med hänvisning till artikel 21 i rättighetsstadgan att frågan om huruvida diskriminering skett måste prövas i sak trots att svaranden hade medgivit att betala begärt skadestånd. Den normalt tillämpade principen om nationell processuell autonomi sattes här åt sidan (se 6.2.2). Vidare märks ett mål från Högsta förvaltningsdomstolen om rätt till ränteavdrag för ränteutgifter som har betalats till ett bolag inom samma koncern (Lexel) i annan medlemsstat (så kallade räntesnurror). EU-domstolen fann det otillåtet enligt artikel 49 FEUF om etableringsfrihet att vägra rätt till ränteavdrag för ränteutgifter som har betalats till ett bolag inom samma koncern i en annan medlemsstat, när en sådan avdragsrätt föreligger mellan koncernföretag verksamma inom samma medlemsstat (se 6.5.2). Två sammanförda mål från en mark- och miljödomstol har behandlat vilka miljöhänsyn som ska tas till flora och fauna vid slutavverkning av skog (se 6.5.1), ett mål har gällt frågan om det krävs att tredjelandsmedborgare måste kunna styrka sin identitet för att beviljas uppehållstillstånd när de redan befinner sig i Sverige (se 6.5.4) och ett annat om SAS varit skyldigt att betala ut schablonersättning för inställt flyg i samband med en mycket omfattande pilotstrejk (se 6.4.5). Ett ännu ineliggande mål gäller frågor om en skiljedom som är baserad på ett internationellt skiljeavtal som EU-domstolen funnit stå i strid med unionsrätten ska bedömas vara ogiltig (P L Holdings mot Republiken Polen).

De aktuella målen rör som framgår alla viktiga frågor med betydande räckvidd.

7.4 Kategorier av mål där förhandsavgöranden saknas

Unionsrätten är i dag tillämplig inom de allra flesta rättsområden, låt vara i växlande utsträckning och med olika intensitet. I anslutning till de ämnesmässiga studierna i rapporterna av de mål där förhandsavgöranden har meddelats kan frågan ställas i vad mån det förekommer rättsområden, för vilka unionsrätten är betydelsefull men där svenska domstolar inte alls eller endast i liten utsträckning har begärt förhandsavgöranden. Både i rapporten från 2010 och i den från 2016 kunde det konstateras att det inte hade förekommit något förhandsavgörande som avsett upphandlingsrätt, statsstöd eller konsumentavtalsrätt och att det fanns litet praxis avseende RIF-området (rättsliga och inrikes frågor). Det fanns sålunda inget fall som rörde det straffrättsliga och straffprocessuella samarbetet.

¹²¹ Se även bilaga 2.

Här har läget ändrats i viss utsträckning, men såsom framgår av denna rapport endast delvis. Högsta förvaltningsdomstolen begärde 2017 för första gången förhandsavgörande i ett upphandlingsmål (angående frågan om SJ är skyldigt att upphandla tågstädning) och förhandsavgörande i ett ytterligare sådant mål anhängiggjordes 2020. Det finns fortfarande inget fall rörande statsstöd eller EU-straffrätt. Det finns heller inget förhandsavgörande som rör tillämpningen av de unionsrättsliga direktiven om konsumentavtal. Det finns endast ett fall rörande europeisk konkurs- och insolvensrätt (se 6.5.4).

När det gäller RIF-området har det tillkommit tre intressanta migrationsrättsliga avgöranden som rör asyl och Dublin III-förordningen. Det finns dock ännu inget förhandsavgörande på begäran av svensk domstol som avser det straffrättsliga och straffprocessuella samarbetet, till exempel angående europeisk arresteringsorder eller utredningsorder. Vidare saknas något fall där svensk domstol begärt förhandsavgörande rörande finansmarknadsrättsliga frågor, till exempel rörande tillämpningen av EU:s marknadsmissbruksförordning eller lagstiftningen om penningtvätt. Det är ett rättsområde där normgivningen snabbt ökat i omfattning och betydelse och där stränga sanktioner tillämpas. Man kan också notera att det finns endast ett fall där svensk domstol har begärt tillämpning av den särskilda ordningen för förhandsavgörande i brådskande mål, det så kallade PPU-förfarandet (fallet gällde en vårdnadstvist).

Man kan alltså konstatera att det finns klara luckor i den svenska tillämpningen när det gäller att begära förhandsavgörande.

Vilken betydelse kan detta ha? Det kan vara en indikation på att domstolarna på dessa områden inte fullt ut sett sambandet mellan unionsrätten och den nationella rätten, men det kan också indikera att domstolarna rent passivt inrättar sig efter vad man uppfattar som unionsrättens regler i stället för att pröva var gränserna går genom att begära ett förhandsavgörande. Det kan nämnas i sammanhanget att EU-domstolen till stor del får sin information om rättsläget i medlemsstaterna och de problem som domstolarna möter genom de mål som de handlägger. Nationella domstolar kan i viss mån påverka den europeiska rättsutvecklingen genom de mål som de hänskjuter dit och den information som EU-domstolen härigenom får om det nationella rättsläget. Det är dock svårt att finna några belägg för att detta slag av överväganden skulle förekomma i Sverige.

Som exempel kan nämnas direktivet om oskäligen villkor i konsumentavtal (93/13/EEG) som genomförts i Sverige genom lagen om avtalsvillkor i konsumentförhållanden (avtalsvillkorlagen). Här har det på senare tid vuxit fram en omfattande rättspraxis på grundval av förhandsavgöranden som begärts av domstolar i olika medlemsländer. Enligt den praxis som EU-domstolen har utvecklat är oskäligen villkor i konsumentavtal ogiltiga. De kan inte som i svensk och nordisk rätt hittills har varit fallet jämkas så att villkoret blir skäligt, vilket i många fall kan vara en mera flexibel rättsföljd. Sverige får här anpassa

sig till ett ändrat rättsläge. Frågan kan ställas om Sverige hade kunnat påverka denna rättsutveckling i en annan riktning om svenska domstolar i tid hade begärt förhandsavgöranden och därvid ställt frågor om avtalsvillkorsdirektivets tolkning och fört in den svenska (och nordiska) synen på avtalsjämkning i EU-domstolens referensram.¹²²

7.5 Synen på unionsrättens företrädare

En övergripande, central frågeställning är hur svenska domstolar ser på relationen till EU-domstolen och om de respekterar unionsrättens företrädare. Det är välkänt att det inom EU har förekommit och förekommer konflikter mellan unionsdomstolen och nationella domstolar i sista instans, särskilt författningsdomstolar, där de senare inte är villiga att erkänna unionsrättens företrädare fullt ut. Det har bland annat vid flera tillfällen gällt i förhållandet mellan EU-domstolen och den tyska författningsdomstolen (Bundesverfassungsgericht). Nyligen har det förekommit en sådan konflikt i förhållande till danska Højesteret i ett arbetsrättsligt mål.¹²³ Det kan emellertid klart konstateras att det inte har förekommit någon sådan konflikt i förhållande till svenska domstolar.

Kravet på unionsrättens företrädare har inneburit att de svenska domstolarna har ställts inför uppgifter av ett i huvudsak nytt slag när det gäller att göra en självständig prövning mot bakgrund av unionsrätten av den nationella lagstiftningens legala grundval. Det har bland annat betytt att de när så krävts har varit skyldiga att säkerställa unionsrättens fulla genomslag genom att sätta åt sidan motstridig nationell lagstiftning eller etablerad rättspraxis. Detta har här benämnts europarättslig lagprövning (se 2.2).

Högsta domstolen uttalade sig tydligt i frågan i en dom från 2014, i ett mål där den hade inhämtat ett förhandsavgörande. HD yttrade:

Principen om unionsrättens företrädare 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. ...

¹²² Se närmare U. Bernitz, Oklarhetsregeln och oskäligen avtalsvillkor: ny rättsutveckling för konsumentavtal, *Svensk Juristidning* 2019 s. 679 ff.

¹²³ Se bl.a. A. Wetter Ryde, EU-rättens företrädare utesluter inte rätten att kontrollera EU, *Sieps Perspektiv* april 2021, särskilt rörande den tyska författningsdomstolen. Det har varit mycket uppmärksammat att danska Højesteret har vägrat att följa vad EU-domstolen har kommit fram till i ett arbetsrättsligt mål angående åldersdiskriminering och rätt till avgångsvederlag i anslutning till pensionering, i vilket Højesteret själv hade begärt förhandsavgörande, C-441/14, känt som Ajos-fallet. Højesteret hävdade, sedan den fått EU-domstolens dom, att endast lagstiftaren kunde ändra rättsläget. Se t.ex. R. Nielsen – C.D. Tvarnø, Danish Supreme Court infringes the EU Treaties by its Ruling in the Ajos Case, *Europarättslig Tidskrift* 2017 s. 303 ff. En lagändring har dock gjorts.

En svensk domstol kan frågå 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.¹²⁴

Det finns ett antal viktiga exempel på det sagda som har behandlats i rapporterna. Ett tidigt exempel rörde den bristande svenska anpassningen till EU:s lönegarantidirektiv av rätten till lönegaranti när företag går i konkurs. Den svenska lagstiftningen undantog, sannolikt av kostnadsskäl, anställda som var närstående till ett företags ägare från lönegarantin. Sedan EU-domstolen hade funnit i ett avgörande 2001 att det svenska undantaget stred mot direktivet, beslöt Högsta domstolen 2002 att tillerkänna berörda personer ersättning enligt lönegarantin ”med bortseende från den mot gemenskapsrätten stridande undantagsregeln”.¹²⁵ Här tillämpade Högsta domstolen den unionsrättsliga principen om vertikal direkt effekt gentemot det allmänna av en felaktigt genomförd direktivbestämmelse med syfte att säkerställa rättsskydd för den enskilde och utövade europarättslig lagprövning. Härefter genomförde regering och riksdag en lagändring som avskaffade det tidigare undantaget.

I målet Åkerberg Fransson om dubbla förfaranden och dubbelbestraffning vid skattebrott fann EU-domstolen som behandlats i 4.4 att den svenska ordningen stred mot förbudet mot *ne bis in idem* (inte två gånger om samma sak) i artikel 50 i EU:s rättighetsstadga. Sedan väl detta hade klarlagts var Högsta domstolen dock inte sen att ändra det svenska rättsläget genom en prejudicerande dom i plenum som innefattade europarättslig lagprövning. Därefter beviljade Högsta domstolen resning i ett stort antal mål där olika personer hade fällt för skattebrott enligt de tidigare reglerna.¹²⁶ Överhuvud tog det svenska rättsväsendet på sig att göra både lagändringar och omfattande korrigeringar av träffade beslut på grundval av den utgång som målet fick i EU-domstolen. Som nämnts i 7.2 gäller det också bland annat de andra mål som behandlats i kapitel 4.

Mot bakgrund av det sagda blir den övergripande slutsatsen att svensk rätt fullt ut erkänner och respekterar unionsrättens bindande karaktär och företräde i förhållande till svensk rätt. Svenska domstolar är beredda att när så krävs säkerställa detta genom att företa europarättslig lagprövning och sätta åt sidan svenska lagregler och andra bestämmelser som är oförenliga med unionsrätten,

¹²⁴ HD:s dom i NJA 2014 s. 79 punkt 15 och 17. Förhandsavgörandet var mål C-203/12, Billerud mot Naturvårdsverket, se rapporten från 2016 s. 68 f. HD:s uttalanden om hur långt bundenheten av ett förhandsavgörande sträcker sig i NJA 2020 s. 147 i anledning av förhandsavgörandet i mål C-336/16. Unionen mot Almega har behandlats i 6.2.1 under rubriken Unionsrättens företräde.

¹²⁵ Mål C-441/99, Riksskatteverket mot Soghra Gharehveran, NJA 2002 s. 75. Se rapporten från 2010 s. 79 f.

¹²⁶ Mål C-617/10, Åklagarkammaren i Umeå mot H. T. Åkerberg Fransson, NJA 2013 s. 502, NJA 2013 s. 746, rapporten från 2016 s. 51 ff. och denna rapport, avsnitt 4.4.

antingen uttryckligen (stark lagprövning) eller genom unionsrättskonform (om) tolkning (svag lagprövning). Sverige är också berett att när så erfordras ändra svensk lagstiftning och andra bestämmelser som strider mot unionsrätten. Överhuvud har Sverige agerat lojalt även när EU-domstolens ställningstaganden i förhandsavgöranden har krävt omfattande anpassningar.¹²⁷ Svenska domstolar respekterar kort sagt unionsrättens företrädare.

7.6 Utformningen av frågor till EU-domstolen

Förhållandet mellan EU-domstolen och de nationella domstolarna, särskilt de högsta instanserna i medlemsländerna, ägnas stor uppmärksamhet i akademisk debatt. Här kan bland annat hänvisas till Karin Leijons avhandling 2018, *National Courts as Gatekeepers in European Integration*. En frågeställning som är central i detta sammanhang är i vad mån de nationella domstolarna söker påverka EU-domstolens bedömning genom det sätt på vilket de utformar sina frågor till domstolen när de begär förhandsavgörande och vilken information som då skickas med.¹²⁸

En utgångspunkt är här vad EU-domstolen har uttalat i sina rekommendationer till nationella domstolar om begäran om förhandsavgörande.¹²⁹ Enligt punkt 15 i dessa ska den nationella domstolens redogörelse för fallet innehålla de skäl som fått domstolen att undra över tolkningen eller giltigheten av de aktuella unionsrättsliga bestämmelserna, och för det samband som den har funnit föreligga mellan de unionsrättsliga bestämmelserna och den nationella lagstiftning som är tillämplig i det nationella målet. Vidare står i punkt 18 att den hänskjutande domstolen även får kortfattat redogöra för hur den anser att de frågor som hänskjuts för förhandsavgörande ska besvaras. Det tilläggs att en sådan redogörelse är till hjälp för EU-domstolen.

Det synes vara vanligt förekommande i vissa medlemsländer att domstolarna utnyttjar denna möjlighet att uttrycka sin egen uppfattning om rättsläget. Frågan är om detta förekommer i Sverige. Anna Wallerman har gjort en ingående undersökning om saken, baserad på alla de förhandsavgöranden som har begärts av Högsta domstolen och Högsta förvaltningsdomstolen mellan den 1 januari 1995 och den 30 juni 2016, totalt 40 mål.¹³⁰ I åtskilliga av dessa fall har domstolarna stannat vid en ren beskrivning av det faktiska läget och svenska rättsregler, i andra har de även redovisat vissa överväganden om vad EU-rätten

¹²⁷ J. Hettne har samma uppfattning, se dens. Allmänna rättsprinciper i EU:s domstol – Från styrmiddel till toppstyrning?, i boken *Ulf 85. Då och nu; om avhandlingars beständighet*, 2021 s. 140.

¹²⁸ Saken behandlas närmare av K. Leijon, *National Courts as Gatekeepers in European Integration*, Uppsala universitet 2018 s. 97 ff., 169.

¹²⁹ Europeiska unionens officiella tidning (EUT) C:2019:380.

¹³⁰ A. Wallerman, Referring Court Influence in the Preliminary Ruling Procedure. The Swedish Example, *The Court of Justice of the European Union. Multidisciplinary Perspectives. Swedish Studies in European Law* Vol. 10, Oxford 2018 s. 153 ff.

innehåller på det aktuella området och vad domstolen har funnit oklart. Det är emellertid endast i ett av dessa 40 fall som Wallerman har funnit att den svenska domstolen har antytt en egen position om hur rättsfrågan i målet bör lösas. Frågan i målet var om moms skulle betalas i Sverige eller ej i en ganska speciell situation.¹³¹ Undersökningen visar alltså att svenska domstolar inte utnyttjar möjligheten att redovisa en egen uppfattning om hur den eller de rättsfrågor som hänskjuts till EU-domstolen ska besvaras. Annorlunda uttryckt försöker de inte styra hur de anser att EU-domstolen bör döma utan formulerar sig neutralt.

Enligt min mening är resultatet av undersökningen helt i enlighet med vad man hade kunnat förvänta sig. Även om det är domstolen som formulerar frågan eller frågorna till EU-domstolen är det praxis i Sverige att den dessförinnan kommunicerar sitt förslag med parterna samt bereder dessa tillfälle att yttra sig och redovisa sin syn på frågornas utformning. I och för sig visar redan det faktum att den svenska domstolen begär förhandsavgörande om en viss fråga att den finner rättsläget enligt unionsrätten vara relevant för målets avgörande samt oklart, något som kan gå emot en part i målet som hävdar att unionsrätten saknar relevans eller att rättsläget är klart. Det är dock något annat än att domstolen formulerar en egen uppfattning om rättsläget när den begär förhandsavgörandet. Sedan EU-domstolen har meddelat sitt förhandsavgörande återupptar den svenska domstolen målet; parterna ges då tillfälle att utveckla vad som är deras ståndpunkt mot bakgrund av det svar som EU-domstolen har lämnat i sin dom. Det vore egendomligt om den svenska domstolen i det läget redan hade klargjort var den själv står. Tvärtom är domstolarna angelägna att agera opartiskt till dess målet är färdigberett för ett avgörande. De svenska domstolarnas försiktighet framstår alltså som välmotiverad.

7.7 Diskussionen om nationella domstolar som grindvakter

En annan uppmärksammas fråga i europeisk akademisk debatt, främst statsvetenskaplig, är i vad mån de nationella domstolarna fungerar som grindvakter (gatekeepers) i förhållande till EU-domstolen. Man utgår härvid från att domstolarna tar på sig en rättspolitisk roll, endera som främjare av europeisk integration genom beredvillighet att begära förhandsavgörande av EU-domstolen eller som väktare av nationella intressen och den nationella rättsordningen genom återhållsamhet med att koppla in EU-domstolen och begära förhandsavgörande. I debatten räknar man ofta med att de nationella domstolarna i första hand är inriktade på det sistnämnda. Det skulle särskilt gälla de högsta instanserna, som man antar är benägna att slå vakt om det nationella reviret, medan domstolar i lägre instans skulle vara mer benägna att ifrågasätta

¹³¹ Målet, C-84/09, X mot Skatteverket, gällde frågan var moms skulle betalas för en segelbåt som en person hade köpt i Storbritannien och därefter själv seglat hem till Sverige för användning här. Sedan EU-domstolen funnit att det särskilt skulle beaktas var den slutliga användningen ägde rum fann Högsta förvaltningsdomstolen att moms skulle betalas i Sverige (HFD 2011 ref. 28).

den nationella rätten genom att begära förhandsavgörande. De resonemang som förs om detta har många anknytningspunkter med vad som har sagts i 7.5 om synen på erkännande av unionsrättens företrädare, där det likaledes ofta är en utgångspunkt i debatten att nationella högsta instanser skulle vara benägna att söka hålla emot.

Karin Leijon har ingående redovisat denna akademiska debatt i sin ovannämnda avhandling. Hon når emellertid slutsatsen, främst baserad på hennes intervjuer med svenska domare, att de hypoteser och förklaringsmodeller som brukar föras fram inte passar på svenska domares syn på förhandsavgöranden. Hon finner att de svenska domarnas resonemang koncentrerar sig kring vad som utifrån deras professionella skyldigheter utgör det lämpligaste tillvägagångssättet med beaktande av hur deras val kan påverka förhandsavgörandeprocessens funktion.¹³²

Denna slutsats stämmer väl med vad jag har kommit fram till vid mitt studium av samtliga fall där svensk domstol har begärt förhandsavgörande. De svenska domstolarna bygger sina bedömningar på professionella juridiska överväganden och inte på rättspolitiska preferenser för eller emot unionsrättens genomslag eller liknande. Man kan som exempel peka på att de fem fallen som diskuterades närmare i kapitel 4, och där förhandsavgörande begärdes, alla gällde problemställningar som på olika sätt var politiskt känsliga.

Såsom behandlats i 7.6 intar svenska domstolar en neutral hållning när de formulerar frågorna i samband med att de begär förhandsavgörande. De avstår från att uttrycka någon egen uppfattning om hur fallet bör avgöras. Det finns vad jag har funnit inte heller några belägg för att svenska domstolar skulle ta på sig att driva någon särskild agenda när de begär förhandsavgörande och formulerar frågorna till EU-domstolen, till exempel att de skulle vara för eller emot integration, eller att de skulle sträva efter att åstadkomma en omläggning av EU-domstolens praxis i något visst hänseende.

Svårare att besvara är frågan i vad mån det skulle förekomma fall där svenska domstolar söker skydda den nationella rättsordningen genom att inte begära förhandsavgörande i situationer där det framstår som klart tveksamt om rättsläget överensstämmer med unionsrätten. Ett fall av denna karaktär som behandlats i rapporten är ställningstagandet av Högsta domstolens majoritet i NJA 2011 s. 444 angående dubbelbestraffning av skattebrott (se ovan 4.4 angående Åkerberg Fransson). Här löstes problemet genom att en tingsrätt utnyttjade

¹³² Den avslutande texten i avhandlingens abstract lyder: "Moreover, a case study of the Swedish judiciary shows that Swedish judges are not reasoning as expected by the dominant theoretical outlook in the judicial politics literature, meaning that they are not primarily guided by the logic of consequentialism and selfregarding considerations when making decisions in the preliminary ruling procedure. Instead, the judges' mode of reason centers on what constitutes the appropriate course of action given their professional obligations and how their choices may impact the functioning of the preliminary ruling procedure."

sin rätt att självständigt ta ställning och begära ett förhandsavgörande i saken i ett likartat mål. Man kan emellertid notera att det ibland tar lång tid innan frågan om huruvida utformningen av svensk rätt i ett visst hänseende är förenlig med unionsrätten verkligen blir föremål för ett förhandsavgörande. Här kan nämnas den i 4.6 behandlade frågan om utformning av svensk garantipension varit förenlig med unionsrätten och skattemålet Lexel om tillåtligheten av så kallade räntesnurror för att kvitta ränteinkomster mot underskott inom ramen för koncerner med verksamhet i olika EU-länder (se 6.5.2). Högsta förvaltningsdomstolen begärde förhandsavgörande först år 2019 trots att lagstiftningens förenlighet med unionsrättens principer om etableringsfrihet hade varit omdiskuterad alltsedan dess tillkomst 2012. Det låter sig dock knappast göras att närmare undersöka den eventuella förekomsten av medvetna avståenden.

Enligt min bedömning är den internationella, i första hand statsvetenskapliga, diskussionen om de nationella domstolarna som medvetna grindvakter inte tillämplig på de svenska domstolarna, även om rapporten påvisar en tydlig återhållsamhet med att begära förhandsavgörande.

8 Det svenska deltagandet – utrymme för ökad medverkan

8.1 Utgångspunkter

Den rapport som här har lagts fram har som utgångspunkt att Sverige har varit medlem i Europeiska unionen i drygt 25 år. Det övergripande syftet har varit att med förhandsavgörandena i fokus ge en bild av utvecklingen när det gäller unionsrättens ställning och genomslag i Sverige, bedöma var vi står i dagens läge och belysa vissa kvarstående problem på området. Mot bakgrund av mina tidigare rapporter har tyngdpunkten legat på utvecklingen sedan 2016. Som framgått av undersökningen ligger antalet av EU-domstolen meddelade förhandsavgöranden på begäran av svensk domstol sett över tid ganska konstant på 5–6 avgöranden per år och fortsätter att göra detta. De förhandsavgöranden som begärs av svenska domstolar kännetecknas emellertid av att de i regel behandlar centrala ämnen. De frågor som ställs synes överlag vara väl motiverade och avse väsentligheter inom ramen för respektive ämnesområde. De gäller ofta spörsmål av stor praktisk eller principiell betydelse. Vid en samlad bedömning framstår alltså kvaliteten på de fall som svenska domstolar för fram till EU-domstolen för avgörande som hög. Svenska domstolar begär knappast förhandsavgörande i frågor av endast begränsat intresse.

Såsom behandlats i 4.1 startade EU-kommissionen år 2004 ett överträdelseärende mot Sverige och påtalade bristen på svenska förhandsavgöranden. Fallet var länge unikt i sitt slag men löstes i godo sedan Sverige genomfört en mindre lagändring om skyldighet för domstolar i sista instans att motivera varför de har beslutat att inte inhämta ett förhandsavgörande om en part har begärt ett sådant. I rapporten från 2016 ställdes frågan om ett nytt överträdelseärende riktat mot Sverige skulle kunna vara befogat (s. 99 f.). Svaret var nekande. Den utveckling som skett därefter ändrar inte den bedömningen. Fortfarande gäller att de mål om förhandsavgörande som kommer från Sverige är befogade och tämligen väl fördelade mellan olika domstolar och rättsområden. Det står också klart att svenska domstolar respekterar unionsrättens företräde och agerar lojalt även när EU-domstolens avgöranden kräver omfattande anpassningar.

Det är dock tydligt att de svenska domstolarna fortsätter att tillämpa en hållning som tidigt utvecklades, nämligen att begära förhandsavgörande med stor varsamhet, och att man kan i vissa fall spåra en viss obenägenhet att vända sig till EU-domstolen. Av de 600–700 mål om förhandsavgörande som numera handläggs av EU-domstolen per år härrör mindre än en procent av fallen från svenska domstolar. Som framgått av det statistiska materialet i

kapitel 5 kommer fortfarande den helt övervägande delen av målen från de ursprungliga västeuropeiska medlemsstaterna (Tyskland, Frankrike, Italien och Benelux-länderna) samt Österrike. Här förekommer en form av fortgående dialog mellan de nationella domstolarna och unionsdomstolen om innebörden av rättsläget och den pågående rättsutvecklingen. Detta föranleder ofta att nya förhandsavgöranden inhämtas som är ägnade att förtydliga rättsläget eller föra rättsutvecklingen vidare. Även om det relativa fåtal förhandsavgöranden som härrör från svensk domstol aktualiserar befogade och viktiga frågor deltar inte de svenska domstolarna i denna europeiska dialog annat än marginellt.¹³³

Detta ger anledning att avslutningsvis reflektera över två centrala spörsmål:

Vad förklarar de svenska domstolarnas påtagliga återhållsamhet med att begära förhandsavgörande? Är den nuvarande situationen tillfredsställande eller är det dags för en förändring?

8.2 Förklaringar till den svenska återhållsamheten med att begära förhandsavgörande

För att förstå och förklara återhållsamheten bör man gå tillbaka till läget vid Sveriges inträde i EU den 1 januari 1995. EU:s rättssystem var i huvudsak fullt utvecklat redan då, framför allt genom EU-domstolens rättspraxis. Vad som kommit till senare är framför allt rättighetsstadgan, som blev bindande 2009 med konstitutionell status. Sverige hade stått helt utanför hela detta rättssystem fram till inträdet, bortsett från medlemskapet i EES under år 1994.

Sverige hade heller inte införlivat Europakonventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna med svensk rätt. Det var länge politiskt kontroversiellt om så borde ske, även om Högsta domstolen i slutet av 1980-talet började tolka svensk rätt i ljuset av konventionen. Europakonventionen införlivades samtidigt med EU-inträdet och gäller sedan 1 januari 1995 som svensk lag. Detta var nödvändigt eftersom Europakonventionen utgör en del av EU-rätten såsom uttryck för allmänna rättsprinciper (artikel 6 FEU).

Det svenska rättsväsendet ställdes år 1995 inför ett helt nytt läge; inte endast på det sättet att ett mycket omfattande nytt rättssystem nu skulle tillämpas utan också på ett djupare plan. Svenska domstolar hade tidigare endast sällan haft anledning att tillämpa något annat rättssystem än det rent svenska. Framför allt stod emellertid svenska domare och jurister överhuvud främmande inför den europarättsliga juridiska metoden. Svenska domstolar sysslade mycket sällan

¹³³ Denna generella bedömning ska inte undanskymma att det också på andra håll inom EU kan finnas växlande inställning till behovet av förhandsavgöranden bland nationella domare, A. Wallerman, Who is the National Judge? A Typology of Judicial Attitudes and Behaviours Regarding Preliminary References, *The Eurosceptic Challenge. National Implementation and Interpretation of EU Law*, 2019 (red. C. Rauegger och A. Wallerman) s. 155 ff. (Hart Publ., Oxford).

med konstitutionella frågor, bortsett från tryck- och yttrandefrihetsområdet, och lagprövning mot överordnade konstitutionella normer förekom knappast. Lagstiftningen kompletterades i regel av omfattande lagförarbeten, vars detaljerade riktlinjer för lagtillämpningen i regel följdes av domstolarna även om förarbetsuttalandena inte ansågs bindande. Allmänna rättsprinciper tillämpades försiktigt i den mån det förekom. Överhuvud präglades domstolarnas rättstillämpning av stor kontinuitet och följsamhet mot lagstiftningen inom ramen för ett väl sammanhållet och homogent rättssystem.

Unionsrätten är ett rättssystem av väsentligt annan karaktär. Det är ett öppnare rättssystem än det svenska, som fortsatt är i dynamisk utveckling och många gånger har luckor. Det har emellertid en fast grundstruktur med stark inre logik. Det utgår från en tydlig normhierarki mellan primärrätten (fördragen jämte den allt betydelsefullare rättighetsstadgan) och sekundärrätten (främst förordningar och direktiv). Det fäster också stor vikt vid allmänna rättsprinciper, till exempel om proportionalitet, effektivt genomslag och likabehandling oberoende av nationalitet. Vad som sägs i ingresserna till förordningar och direktiv om lagstiftningens syften har stor betydelse vid lagtolkning; detaljerade förarbetsuttalanden spelar däremot i allmänhet mindre roll i den mån de förekommer. Det är inte ovanligt att EU-domstolen prövar om en rättsakt är helt eller delvis ogiltig därför att den tillkommit i felaktig konstitutionell ordning.

Det sagda kan illustreras med några av de rättsfall som behandlats i rapporten. I Laval-målet (se 4.3) hade man i de svenska bedömningar som föregick EU-domstolens dom i allmänhet utgått från det sekundärrättsliga utstationeringsdirektivet, medan EU-domstolen i sin dom utgick från fördragsrättigheterna att tillhandahålla tjänster och arbeta i annat medlemsland och vara skyddad mot diskriminering på grundval av nationalitet. Domstolen gjorde en proportionalitetsavvägning mellan dessa grundläggande rättigheter och den likaledes grundläggande rättigheten att vidta kollektiva stridsåtgärder och fann som känt att de åtgärder som i detta fall hade vidtagits utgjorde otillåtna stridsåtgärder. Den konstitutionellt inriktade metod och analys som EU-domstolen tillämpade i Laval skiljer sig starkt från traditionell svensk juridisk metod.

Man kan också erinra om att EU-domstolen avgjorde frågan om tillåtligheten av dubbla förfaranden och sanktioner vid skattebrott i målet Åkerberg Fransson (se 4.4) genom analys och tillämpning av bestämmelsen angående *ne bis in idem* i rättighetsstadgan och Europakonventionen. Frågan om tillåten datalagring av telefontrafik i målet Tele 2 mot Post- och telestyrelsen (se 4.5 och 6.2.2) bedömde EU-domstolen med utgångspunkt i rättighetsstadgans artiklar om integritetsskydd snarare än datalagringsdirektivet. Ett ytterligare exempel ger det färskaste avgörandet Lexel (se 6.5.2), där EU-domstolen fann det strida mot den fördragsfästa etableringsfriheten enligt artikel 49 FEUF att tillämpa skilda regler för rätt till ränteavdrag vid beskattning inom en koncern i samband med

så kallade räntesnurror beroende på om koncernföretagen är verksamma enbart inom Sverige eller i annan medlemsstat.

Som dessa exempel visar har medlemskapet i EU ställt det svenska rättssystemet och svenska jurister inför en mycket stor utmaning. De har att förhålla sig till och tillämpa ett rättssystem med väsentligt annan struktur än det svenska. Skillnaden ligger som framgått särskilt däri att de svenska domstolarna när de ska tillämpa unionsrätt många gånger har att självständigt tillämpa överordnade konstitutionella regler i fördragen och rättighetsstadgan eller allmänna rättsprinciper. Det kräver att domstolarna tar på sig en självständig roll och är beredda att kritiskt pröva om den svenska lagstiftningen stämmer överens med vad som följer av unionsrätten och Europakonventionen. Det är också en i huvudsak ny uppgift för domstolarna att pröva om en viss lagstiftning ska betraktas som ogiltig därför att den har antagits utan tillräcklig lagstiftningskompetens eller på fel beslutsnivå (se 6.2.3). Europeiseringen har stärkt de svenska domstolarnas ställning sett i relation till lagstiftare och regering.¹³⁴ Den traditionella svenska rättskulturen har ställts inför en kulturkrock vid mötet med europarätten.

Anpassningen har emellertid försvårats av att rättskulturen i Sverige liksom på många andra håll präglas av en inneboende stelhet som motverkar snabba förändringar. Svenska jurister har under lång tid fortsatt att i huvudsak endast tillämpa den välkända svenska rättsliga metoden. Generellt bedömt har man så långt möjligt sökt grunda sina bedömningar på svensk rätt och har framför allt varit försiktig med att lyfta fram EU-rättens grundläggande, primärrättsliga bestämmelser och allmänna rättsprinciper.¹³⁵ Den svenska rättskulturens anpassning till unionsrätten har skett successivt och i mycket präglats av principen *festina lente* (skynda långsamt).¹³⁶ Samtidigt står det klart att den sedan gammalt präglas av respekt för lagstiftningen och dess korrekta och opartiska tillämpning av rättsväsendet. Väl i linje med detta har Sveriges domstolar agerat lojalt också i förhållande till unionsrätten och EU-domstolens ställningstaganden i förhandsavgöranden, även när detta har krävt omfattande anpassningar.

De faktorer som här har behandlats torde utgöra den grundläggande förklaringen till den kvarstående svenska återhållsamheten med att begära förhandsavgöranden men också respekterandet av unionsrätten och de förhandsavgöranden som EU-domstolen meddelar.

¹³⁴ Se bl.a. J. Reichel – K. Åhman, *Tjugofem år av Europarätt i Sverige*, Sieps 2020:5 s. 63 ff.

¹³⁵ U. Bernitz, *Sverige och europarätten*, 2002, bl. a. s. 128 ff., dens., *Europarättens genomslag*, 2012 s. 25 ff., J. Hettne, *Rättsprinciper som styrmedel*, 2008 s. 313 ff.

¹³⁶ Se t.ex. om rättskulturen J. Hettne – I. Otken Eriksson, *EU-rättslig metod*, 2 uppl. 2011, om *festina lente* M. Derlén – J. Lindholm, *Festina lente – europarättens genomslag i svensk rättspraxis 1995–2015*, *Europarättslig Tidskrift* 2015 s. 151 ff., se även U. Bernitz – A. Kjellgren, *Europarättens grunder*, 6 uppl. 2018 s. 210 ff. och rapporten från 2016 s. 100 ff.

8.3 Betydelsen av ett väsentligt ökat antal förhandsavgöranden

Den rättsliga kulturkrock som var tydlig under EU-medlemskapets första skede torde i dagens läge delvis vara övervunnen. Antalet explicita hänvisningar till europarätt och europarättsligt material i svensk domstolspraxis har ökat väsentligt¹³⁷ och särskilt i de högsta instanserna torde medvetenhet om europarätten känneteckna verksamheten på ett helt annat sätt än i början av EU-medlemskapet.¹³⁸ Det sagda har dock som framgått inte resulterat i en ökad frekvens av fall där förhandsavgörande begärs. Är den nuvarande situationen tillfredsställande eller är det dags för en förändring? Sverige har nu bakom sig mer än 25 års medlemskap i EU som har resulterat i en allt fastare integration. Det är en vedertagen uppgift för domstolarna att självständigt pröva att svensk lagstiftning och dess tillämpning stämmer överens med de krav som unionsrätten ställer. Det ingår som en naturlig del i fullgörandet av denna uppgift att begära förhandsavgörande av EU-domstolen när en domstol finner att rättsläget inte är klart eller klarlagt. Mot denna bakgrund framstår det som otillfredsställande att fortfarande endast 5–6 av de totalt 600–700 förhandsavgöranden som EU-domstolen meddelar per år emanerar från Sverige. Rimligen finns det många fler fall där det unionsrättsliga rättsläget och dess förhållande till det svenska framstår som oklart. Det pekar på att de svenska domstolarna och deras tillämpning av unionsrätten faktiskt ännu inte är så väl integrerade i det europeiska systemet.

Det finns andra faktorer som pekar i samma riktning. Antalet förhandsavgöranden som begärs av svenska domstolar i lägre instanser, som inte har anförtrots särskilt ansvar för vissa måltyper, är som framgått lågt och har dessutom gått ner väsentligt under den senaste femårsperioden (se 5.2). Systemet med förhandsavgöranden bygger emellertid på medverkan av alla slags domstolar och en stor del av de förhandsavgöranden som EU-domstolen handlägger härrör från domstolar i lägre instans i andra medlemsländer. Är rättsläget oklart i förhållande till EU-rätten är det svårt att se vad domstolar och processande parter kan vinna på att vänta med att begära förhandsavgörande tills målet eventuellt efter överklagande och prövningstillstånd når högsta instans.

Det framgår vidare av rapporten och dess behandling av olika ämnesområden i kapitel 6 och avsnitt 7.4 att det finns klara luckor i den svenska tillämpningen när det gäller att begära förhandsavgörande på områden där unionsrätten är betydelsefull. Det finns sålunda inget förhandsavgörande på begäran av svensk domstol som avser det straffrättsliga och straffprocessuella samarbetet, till exempel angående europeisk arresteringsorder eller utredningsorder. Det finns heller inget förhandsavgörande som rör tillämpningen av de unionsrättsliga direktiven

¹³⁷ M. Derlén – J. Lindholm, Från Champagne till Ramlösa: EU-domstolens rättspraxis i svenska underinstanser, *Europarättslig Tidskrift* 2017 s. 695 ff.

¹³⁸ K. Calissendorff, Europarätten 1995–2014 i Högsta domstolen, *Europarättslig Tidskrift* 2015 s. 21 ff.

om konsumentavtal, såsom direktivet om oskäligen villkor i konsumentavtal där utvecklingen tagit en för svensk rätt främmande riktning (se 7.4). Först nyligen har ett förhandsavgörande för första gången begärts i en rättsfråga angående offentlig upphandling; ett viktigt område styrt av EU-direktiv som länge helt saknats i detta sammanhang. Vidare finns det inget fall som rör tillåtligheten av statsstöd och heller inget fall som rör finansmarknadsrätt. Svensk domstol har endast en gång begärt att den särskilda ordningen för förhandsavgörande i brådskande mål ska tillämpas. Fler exempel kan ges. Det är osannolikt att det unionsrättsliga rättsläget som svenska domstolar ställts inför på alla dessa områden alltid skulle vara klart eller klarlagt. Luckor av det nämnda slaget kan därför tyda på brister i rättsområdets europarättsliga integrering.

Det har framhållits i rapporten att EU-domstolen till stor del får sin information om rättsläget i medlemsstaterna genom de mål som den handlägger och att nationella domstolar i viss mån kan påverka den europeiska rättsutvecklingen genom de mål som de hänskjuter dit och den information som de därvid ger om det nationella rättsläget och dess viktiga principer. Det är svårt att finna några belägg för att detta slag av överväganden skulle förekomma i Sverige i anslutning till att domstolarna tar ställning till om de ska begära ett förhandsavgörande (se 7.6). Även om de svenska domstolarna är angelägna att agera neutralt när de utformar en begäran om förhandsavgörande kan emellertid den information som de lämnar om det svenska rättsläget ge EU-domstolen värdefulla upplysningar och impulser som kan påverka rättsutvecklingen.¹³⁹

Sammantaget framstår de svenska domstolarna i sin relation till EU-domstolen och unionsrätten som lojala men återhållsamma och inte drivande eller anticiperande. Mot bakgrund av de faktorer som här har behandlats ter sig läget enligt min bedömning inte helt tillfredsställande. Efter drygt 25 års medlemskap i EU saknas anledning att iakttä en avvaktande och återhållsam hållning till att begära förhandsavgörande. Det finns utrymme för en betydande ökning av antalet förhandsavgöranden från svenska domstolar utan att detta skulle kunna ge anledning till någon kritik för att EU-domstolen skulle bli överbelastad. En fördubbling av det genomsnittliga antalet förhandsavgöranden per år som begärs av svenska domstolar, från fem till tio, torde kunna vara ett lämpligt men fortfarande försiktigt satt riktmärke. En sådan utveckling skulle bidra till att säkerställa att unionsrätten verkligen iakttas i Sverige och samtidigt förstärka den svenska rösten i Europasamarbetet. Det är viktigt att de svenska domstolarna deltar i formandet av den europeiska rättsutvecklingen. Som framgått kan en begäran om förhandsavgörande av EU-domstolen och de svar som ges fungera som en katalysator för reaktioner som är betydelsefulla för rättsutvecklingen.

¹³⁹ Se S. Bogojević, *Judicial Dialogue Unpacked: Twenty Years of Preliminary References on Environmental Matters Initiated by the Swedish Judiciary*, *Journal of Environmental Law* 2017 s. 263 ff.

Bilaga 1: Kronologisk översikt över alla mål där EU-domstolen meddelat förhandsavgörande på begäran av svensk domstol, 2016–2020

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

Översikten omfattar endast förhandsavgöranden, inte till exempel mål som överklagats från Tribunalen av svensk part eller mål om fördragsbrottstalan mot Sverige. Fall som avskrivits av EU-domstolen sedan en begäran om förhandsavgörande har återkallats har inte tagits med.

Totalt omfattar översikten 28 avgjorda mål, det vill säga 5–6 mål per år.

I **bilaga 2** förtecknas de mål där svensk domstol begärt förhandsavgörande och som var anhängiga vid EU-domstolen vid årsskiftet 2020/21 men som då ännu inte hade hunnit bli avgjorda.

År 2016

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, efterföljande avgörande se NJA 2016 s. 1093.

Inre marknadsrätt, registreringsskyldighet vid import av kemiska produkter.

Tillämpning av art. 34 och art. 36 FEUF om fri rörlighet för varor.

Tillämpning av Reachförordningen (1907/2006/EG)

Strider det mot artikel 34 och 36 FEUF att den som yrkesmässigt importerar kemiska produkter till Sverige och som är registreringsskyldig enligt Reachförordningen även är skyldig att anmäla importen till Kemikalieinspektionen för registrering i det svenska produktregistret?

Bestämmelsen om skyldighet att registrera viss import av kemiska produkter även i ett svenskt register bedömdes utgöra importhinder enligt artikel 34 FEUF men ansågs av miljöskyddsskäl vara godtagbar enligt artikel 36 FEUF.

HD:s dom innehåller även en närmare prövning av frågan om den svenska straffbestämmelsen på området stod i överensstämmelse med legalitetsprincipen.

Pensioenfonds Metaal en Technie mot Skatteverket

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

Begäran av Högsta förvaltningsdomstolen, efterföljande avgörande se HFD 2017 ref. 9.

Skatterätt, inre marknadsrätt, beskattning i Sverige av utdelning från pensionsfond med hemvist i annan medlemsstat.

Tillämpning av artikel 63.1 FEUF om fri rörlighet av kapital.

Det ansågs förenligt med unionsrätten att ta ut kupongskatt på utdelning från svenska aktiebolag till en utländsk pensionsfond samtidigt som motsvarande svenska pensionsfonder är skyldiga att betala avkastningsskatt (en schablonskatt). Det senare bedömdes över tid motsvara beskattningen i Sverige av pensionsfonder med hemvist i annat EU-land.

Det bedömdes däremot vara otillåtet enligt artikel 63.1 FEUF att tillämpa olikbehandling mellan pensionsfonder med hemvist i Sverige respektive annat EU-land när det gäller möjligheter att vid beskattning beakta kostnader för intäkternas förvärvande.

HFD fann i sin efterföljande dom denna olikbehandling utgöra diskriminering i strid med unionsrätten.

George Karim mot Migrationsverket

Mål C-155/15, dom 7 juni 2016, EU:C:2016:410

Avgjort i stor kammare, fem länders regeringar lämnade yttrande.

Begäran av Kammarrätten i Stockholm, Migrationsöverdomstolen.

Migrationsrätt, asylsökande, förutsättningarna för överföring till annan medlemsstat enligt Dublinförordningen (Dublin III), det vill säga förordning (EU) 604/2013 om kriterier och mekanismer för att avgöra vilken medlemsstat som är ansvarig för att pröva en ansökan om internationellt skydd som en tredjelandsmedborgare eller en statslös person har lämnat in i någon medlemsstat. En syrier, som först hade sökt asyl i annat EU-land (Slovenien), uppehöll sig därefter utanför EU under mer än tre månader och sökte sedan asyl i Sverige. Målet gällde förutsättningarna för att avvisa den svenska ansökan och överföra den sökande till Slovenien. EU-domstolen fann att Sverige var skyldigt att närmare pröva den nya asylansökan och de rättsliga förutsättningarna för en överföring.

Borealis AB m.fl. mot Naturvårdsverket

Mål C-180/15, dom 8 september 2016, EU:C:2016:647

Begäran av Nacka tingsrätt – Mark- och miljödomstolen.

Systemet för handel med utsläppsrätter för växthusgaser (direktiv 2003/87/EG).

Miljörätt. I målet hade åtta svenska industriföretag överklagat Naturvårdsverkets beslut om tilldelning av utsläppsrätter för växthusgaser. Mark- och miljödomstolen ställde ett stort antal frågor om giltigheten av kommissionens bakomliggande beslut med stöd av direktivet om utsläppshandel och om Naturvårdsverkets tillämpning av regelverket i det aktuella målet.

EU-domstolen fann frågorna om giltigheten av kommissionens beslut i huvudsak redan hade besvarats genom dess dom några månader tidigare i mål C-191/14 m.fl., Borealis Polyolefine m.fl., EU:C:2016:311. EU-domstolen fann att kommissionen har ett stort utrymme för skönsmässig bedömning vid den närmare tillämpningen. EU-domstolen besvarade ett antal konkreta frågor om tillämpningen av kommissionens beslut 2011/278/EU om bestämmelser för harmoniserad gratis tilldelning av utsläppsrätter.

Tele2 Sverige AB mot Post- och telestyrelsen

Mål C-203/15, dom 21 december 2016, EU:C:2016:970

Begäran av Kammarrätten i Stockholm. Efterföljande dom den 7 mars 2017 i mål nr 7380-14.

EU-domstolen förenade målet med mål C-698/15, Secretary of State for the Home Department mot Tom Watson m.fl. Gemensam dom i målen.

Avgjort i stor kammare, tretton medlemsländers regeringar lämnade yttranden. Integritetsskydd. 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, 11 och 52.1 rättighetsstadgan, svensk lag om skydd för personuppgifter.

EU-domstolen fann att nationell lagstiftning som i brottsförebyggande syfte föreskriver en generell och odifferentierad lagring av trafikuppgifter och lokaliseringsuppgifter och som saknar en oberoende förhandskontroll strider mot direktivet och rättighetsstadgan.

Kammarrätten i Stockholm fann i sin efterföljande dom (RK 2017:1) att operatörerna inte kunde åläggas att lagra uppgifter enligt föreskriven ordning vilket medförde att datalagringen upphörde. Domen kunde inte överklagas.

Länsförsäkringar mot Matek

Mål nr C-654/15, dom 21 december 2016, EU:C:2016:998

Begäran av Högsta domstolen, efterföljande dom se NJA 2017 s. 905, Länsförsäkringars EU-varumärke.

Varumärkesrätt. Förordningen om EU-varumärken (207/2009).

Registreringen av ett EU-varumärke ger skydd mot registrering av förväxlingsbart varumärke för varor eller tjänster av liknande slag utan något krav på verkligt bruk av varumärket inom de fem första åren efter registreringen.

HD fann i sin efterföljande dom att varumärkena inte var förväxlingsbara.

År 2017

Unionen mot Almega Tjänsteförbunden, ISS Facility Services AB

Mål C-336/15, dom 6 april 2017, EU:C:2017:276

Begäran av Arbetsdomstolen, se AD:s beslut nr 69/14.

Efterföljande dom i Arbetsdomstolen 2018 nr 35, därefter begäran om resning i Högsta domstolen, se NJA 2020 s. 147.

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

Omfattningen av skyldigheten att beakta tidigare anställningstid hos överlåtaren. EU-domstolen fann att utifrån i målet aktuella omständigheter skulle arbetstagares tidigare anställningstid hos överlåtaren beaktas vid beräkning av den uppsägningstid som arbetstagare har rätt till.

AD fann i efterföljande dom (AD 2018 nr 35) att arbetstagarnas tidigare anställningstid hos överlåtaren inte skulle beaktas. Olika meningar i AD om hur EU-domstolens dom skulle uppfattas.

Resningsansökan av Unionen avslagen av Högsta domstolen.

Principuttalanden av HD om förhållandet mellan förhandsavgöranden av EU-domstolen och efterföljande nationell rättstillämpning.

E.ON Biofor Sverige AB mot Statens energimyndighet

Mål C-549/15, dom 22 juni 2017, EU:C:2017:490

Begäran av Förvaltningsrätten i Linköping.

Direktivet 2009/28/EG om främjande av användningen av energi från förnybara energikällor (förnybartdirektivet).

Tillämpning av artikel 34 FEUF om fri rörlighet för varor.

Inremarknadsrätt. Import till Sverige av biogas från systerbolag i Tyskland via det tyska och danska gasnätet.

Enligt ett föreläggande från Energimyndigheten kunde den importerade biogasen inte ingå i det svenska företags kontrollsystem för massbalans eftersom gasnätet inte utgjorde ”en plats med tydlig gräns”.

EU-domstolen fann att det nämnda direktivet inte införde någon skyldighet för medlemsstaterna att godkänna import av hållbar biogas via sina sammankopplade nationella gasnät.

EU-domstolen fann Energimyndighetens föreläggande strida mot artikel 34 FEUF om fri rörlighet för varor. Den framhöll att Energimyndigheten tillåter ett massbalanssystem för hållbar biogas som transporteras i det nationella gasnätet.

Mohammad Khir Amayry mot Migrationsverket

Mål nr C-60/16, dom 13 september 2017, EU:C:2017:675

Begäran av Kammarrätten i Stockholm, Migrationsöverdomstolen.

Migrationsrätt. Dublin III-förordningen (604/2013).

Överföring till Italien av asylsökande från tredje land som först sökte asyl i Italien och sedan i Sverige.

Längsta tid under vilken den sökande kan hållas i förvar.

Boguslawa Zaniewicz-Dybeck mot Pensionsmyndigheten

Mål nr C-189/16, dom 7 december 2017, EU:C:2017:946

Begäran av Högsta förvaltningsdomstolen, efterföljande avgörande se HFD 2018 ref. 38.

Socialförsäkringsrätt, förordning 1408/71 om system för social trygghet.

Beräkning av svensk garantipension för personer som tidigare arbetat i annat medlemsland.

Beräkningsunderlaget ska inte beräknas enligt schablon utan på grundval av den faktiska utländska ålderspensionen.

Garantipension är en social minimiförmån och ej en pension i egentlig mening.

Högsta förvaltningsdomstolen fann att pensionen skulle räknas om.

År 2018

Länsförsäkringar Sak Försäkringsaktiebolag mot Dödsboet efter Ingvar Mattsson och Jan-Erik Strobel m.fl. mot Länsförsäkringar Sak Försäkringsaktiebolag

Mål nr C-542/16, dom 31 maj 2018, EU:C:2018:369

Begäran av Högsta domstolen, efterföljande avgörande se NJA 2019 s. 638.

Försäkringsrätt. Försäkringsförmedling, tolkning av direktiv 2002/92/EG om försäkringsförmedling.

Ekonomisk rådgivning rörande kapitalplacering i samband med ingående av försäkringsavtal utgör försäkringsförmedling, likaledes förberedande arbete inför ingåendet av försäkringsavtal.

A mot Migrationsverket

Mål nr C-404/17, dom 25 juli 2018, EU:C:2018:588

Begäran av Migrationsdomstolen vid Förvaltningsrätten i Malmö.

Migrationsrätt, direktiv 2013/32 om beviljande och återkallande av internationellt skydd.

Serbisk medborgare sökte asyl i Sverige och uppgav att han var utsatt för illegala dödshot.

Fråga i målet om Serbien är "säkert ursprungsland".

EU-domstolen fann att svensk domstol inte kan åberopa direktivets bestämmelser om "säkert ursprungsland" eftersom Sverige inte hade antagit några bestämmelser för att genomföra begreppet. Avgörandet har medfört en lagändring.

Riksåklagaren mot Imran Syed

Mål nr C-572/17, dom 19 december 2018, EU:C:2018:1033

Begäran av Högsta domstolen, efterföljande avgörande se NJA 2019 s. 423, Rocktown.

Upphovsrätt, direktiv 2001/29 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället (Infosoc-direktivet).

Sayed sålde varor (kläder) i butiken Rocktown. Försäljningen utgjorde upphovsrätts- och varumärkesintrång.

Lagerhållning av sådana varor på annan plats i staden avsedda för försäljning i butiken utgjorde likaledes upphovsrättsintrång och varumärkesintrång.

År 2019

Rebecka Jonsson mot Société du Journal L'Est Républicain

Mål nr C-554/17, dom 14 februari 2019, EU:C:2019:124

Begäran av Svea hovrätt.

Processrätt, förordning 861/2007 om europeiskt småmålsförfarande.

Målet gällde ersättning för upphovsrättsintrång.

Fördelningen av rättegångskostnader när käranden endast delvis vinner framgång.

Saken ska avgöras enligt nationell rätt, förutsatt att likvärdighetsprincipen och effektivitetsprincipen iaktas.

Konkurrensverket mot SJ AB

Mål nr C-388/17, dom 28 februari 2019, EU:C:2019:161

Begäran av Högsta förvaltningsdomstolen, efterföljande avgörande se HFD 2019 ref. 31.

Upphandlingsrätt, direktiv 2004/17 om upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (försörjningsdirektivet).

Omfattningen av upphandlingsskyldighet. Kontrakt som SJ har ingått angående städning av företagets tåg.

EU-domstolen fann SJ:s verksamhet utgöra drift av järnvägsnät.

HFD fann att SJ:s verksamhet omfattas av upphandlingslagstiftningen (inbegripet tågstädning).

Skatteverket mot Srf konsulterna AB

Mål nr C-647/17, dom 13 mars 2019, EU:C:2019:195

Begäran av Högsta förvaltningsdomstolen, efterföljande avgörande se HFD 2019 ref. 22.

Mervärdesskatt, direktiv 2006/112/EG om ett gemensamt system för mervärdesskatt.

Platsen för mervärdesbeskattning av pedagogiska evenemang såsom seminarier, som anordnas i annat medlemsland, är platsen där evenemangen faktiskt äger rum.

HFD fann att utbildningen hade ägt rum utomlands och att svensk moms därför inte skulle påföras.

Textilis Ltd och Ozgur Keskin mot Svenskt Tenn AB

Mål nr C-21/18, dom 14 mars 2019, EU:C:2019:199

Begäran av Svea hovrätt, Patent- och marknadsöverdomstolen (PMÖD). Efterföljande dom av PMÖD 16 mars 2020, mål nr PMT 3491-16.

Varumärkesrätt, även upphovsrätt, varumärkesförordningen nr 207/2009, ändrad nr 2015/2424.

EUIPO registrerade år 2012 figurvarumärket Manhattan i färg. Märket återgav ett textilmönster. Käranden yrkade att registreringen skulle ogiltigförklaras. EU-domstolen fann att det inte förelåg registreringshinder.

PMÖD upprätthöll i efterföljande dom registreringen och fann att det förelåg varumärkesintrång och även upphovsrättsintrång.

CeDeGroup AB mot KAN sp.z.o.o. i konkurs

Mål nr C-198/18, dom 21 november 2019, EU:C:2019:335

Begäran av Högsta domstolen, efterföljande dom se NJA 2020 s. 487.

Konkurs- och insolvensrätt. Förordningen 1346/2000 om insolvensförfaranden. Förordningen är inte tillämplig på kvittningsinvändning som grundas på en avtalsfordran som uppkommit före konkursen.

Ingående bedömning av tillämpningen av Rom I-förordningen om tillämplig lag för avtalsförpliktelser i HD:s efterföljande dom.

Patent- och registreringsverket mot Mats Hansson

Mål nr C-705/17, dom 12 juni 2019, EU:C:2019: 481

Begäran av Svea hovrätt, Patent- och marknadsöverdomstolen (PMÖD). Efterföljande dom av PMÖD 16 mars 2020, mål nr PMÖÄ 9778-16.

Varumärkesrätt, direktiv 2008/95/EG om tillnärmningen av medlemsstaternas varumärkeslagar.

Betydelsen av att ett svenskt ord- och figurvarumärke (Roslags Punsch) hade registrerats med en disclaimer som innebar att registreringen ej gav ensamrätt till den geografiska benämningen Roslags.

Varumärkesdirektivet utgör hinder för disclaimers som innebär att vissa beståndsdelar i ett registrerat varumärke inte ska ingå i bedömningen av risken för förväxling med annat varumärke.

PMÖD bortsåg i efterföljande dom från disclaimern och fann att varumärket Roslags Punsch hindrade registrering av det liknande varumärket Roslagsöl.

Skatteverket mot Memira Holding AB

Mål nr C-607/17, dom 19 juni 2019, EU:C:2019:510

Begäran av Högsta förvaltningsdomstolen.

Skatterätt, koncernbeskattning.

Möjligheterna för svenskt moderbolag att göra avdrag för förluster i dotterbolag i annat medlemsland.

Bedömning av vad som utgör slutlig förlust.

Skatteverket mot Holmen AB

Mål nr C-608/17, dom 19 juni 2019, EU:C:2019:511

Begäran av Högsta förvaltningsdomstolen.

Skatterätt, koncernbeskattning.

Bedömt samtidigt och i samma domarsammansättning som mål nr C-607/17.

Möjligheterna för svenskt moderbolag att göra avdrag för förluster i dotterbolag i annat medlemsland.

Bedömning av vad som utgör slutlig förlust. Möjligheterna till avdrag för förluster i dotterdotterbolag i annat medlemsland.

År 2020

Baltic Cable AB mot Energimarknadsinspektionen

Mål nr C-454/18, dom 11 mars 2020, EU:C:2020:189

Begäran av Förvaltningsrätten i Linköping.

Inre marknadsrätt. Gränsöverskridande elhandel. Förordning (EG) 714/2009 om villkor för tillträde till nät för gränsöverskridande elhandel och direktiv 2009/72/EG om gemensamma regler för den inre marknaden för el.

Baltic Cable äger och driver en högspänningsledning som kopplar samman de svenska och tyska elnäten. Verksamheten utgör gränsöverskridande sammanlänkning. Nationella tillsynsmyndigheter ska göra det möjligt för ett sådant företag att driva verksamheten på affärsmässiga villkor utan diskriminering.

Föreningen Svenska Tonsättares Internationella Musikbyrå (STIM) och Svenska artisters och musikers intresseorganisation (SAMI) mot Fleetmanager Sweden AB och Nordisk Biluthyrning AB

Mål nr C-753/18, dom 2 april 2020, EU:C:2020:268

Begäran av Högsta domstolen, målet återkallat i HD efter EU-domstolens dom. Upphovsrätt. Direktiv 2001/29/EG om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället (Infosoc-direktivet) och direktiv 2006/115/EG om uthyrnings- och utlåningsrättigheter avseende upphovsrättsligt skyddade verk och om upphovsrätten närstående rättigheter.

Kommersiell uthyrning av bilar som är standardutrustade för radiomottagare. Uthyrningsverksamheten innefattar inte någon överföring till allmänheten av upphovsrättsligt skyddad musik som spelas i bilarna.

Konsumentombudsmannen mot Mezina AB

Mål nr C-363/19, dom 10 september 2020, EU:C:2020:693

Begäran av Stockholms tingsrätt, Patent- och marknadsdomstolen (PMD), efterföljande dom av PMD 29 april 2021, mål nr PMT 11229-17.

Livsmedelsrätt. Marknadsföringsrätt. Förordning (EG) 1924/2006 om näringspåståenden och hälsopåståenden om livsmedel, direktiv 2005/29/EG om otillbörliga affärsmetoder.

Marknadsföring av naturläkemedel och kosttillskott. Hälsopåståenden ska kunna motiveras med stöd av allmänt vedertagen vetenskaplig dokumentation och grunda sig på objektiva uppgifter om vilka det råder tillräcklig vetenskaplig enighet. Specialreglering för livsmedel har företrädare framför allmänna bestämmelser om otillbörliga affärsmetoder.

PMD har i efterföljande dom förbjudit Mezina vid vite att marknadsföra kosttillskott med olika obestyrkta uppgifter om positiva hälsoeffekter. Domen är överklagad.

Allmänna ombudet hos Tullverket mot Combinova AB

Mål nr C-476/19, dom 8 oktober 2020, EU:C:2020:802

Begäran av Kammarrätten i Göteborg.

Tullrätt. Tolkning av bestämmelser i EU:s tullkodex (EU-förordning 952/2013). Import till EU av varor för tillåten bearbetning och efterföljande återexport från unionen. Sådana varor omfattas inte av importtull förutsatt att de inte släpps ut på marknaden. Detta ändras inte genom att avräkningsnota har getts in för sent. Tolkning av unionsbestämmelse när olika språkversioner använder skilda uttryck. Bestämmelsen ska tolkas med hänsyn till systematiken i och ändamålet med de föreskrifter i vilka den ingår.

AB Östgötatrafiken mot Patent- och registreringsverket

Mål nr C-456/19, dom 8 oktober 2020, EU:C:2020:813

Begäran av Svea hovrätt, Patent- och marknadsöverdomstolen (PMÖD). Efterföljande dom av PMÖD 1 mars 2021, mål nr PMÖÄ 3878-18.

Varumärkesrätt. Direktiv 2008/95/EG om tillnärmning av medlemsstaternas varumärkeslagar. Registreringsansökan avseende ellipser i färg avsedda för placering på utsidan av bussar och tåg. Bedömning av om kännetecknen har tillräcklig särskiljningsförmåga. Avgörande är hur omsättningskretsen uppfattar kännetecknet.

PMÖD fann i efterföljande dom att figurerna kunde registreras som varumärken.

BY mot CX

Mål nr C-637/19, dom 28 oktober 2020, EU:C:2020:863

Begäran av Svea hovrätt, Patent- och marknadsöverdomstolen (PMÖD). Efterföljande dom av PMÖD 13 april 2021, mål nr PMFT 12151-17.

Upphovsrätt. Direktiv 2001/29/EG om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället (Infosoc-direktivet).

Ett upphovsrättsligt skyddat fotografi har skickats in elektroniskt till domstol som bevisning i en pågående rättegång. Detta utgör inte överföring till allmänheten och är upphovsrättsligt tillåtet.

Rätten till immateriell egendom är inte absolut utan ska vägas mot andra grundläggande rättigheter såsom rätten till ett effektivt rättsmedel.

PMÖD fann i efterföljande dom att förfarandet var upphovsrättsligt tillåtet.

Skatteverket mot Sögård Fastigheter AB

Mål nr C-787/18, dom 26 november 2020, EU:C:2020:964

Begäran av Högsta förvaltningsdomstolen.

Mervärdesskatt. Mervärdesskattedirektivet 2006/112/EG.

Ett bolag, som är frivilligt skattskyldigt för moms för uthyrning av en fastighet har sålt denna till privatpersoner som inte är skattepliktiga. Det ska ske justering av avdrag för ingående moms.

Uttalande om att EU-domstolen inte lämnar rådgivande yttrande angående en hypotetiskt ställd fråga.

Bilaga 2: Anhängiga mål i EU-domstolen per den 31 december 2020 angående förhandsavgörande på begäran av svensk domstol

Här förtecknas de mål där svensk domstol har begärt förhandsavgörande och som var anhängiga vid EU-domstolen per den 31 december 2020 men som då ännu inte hade blivit avgjorda. Uppgift lämnas om senare avgörande av EU-domstolen till och med juni månad 2021.

Diskrimineringsombudsmannen mot Braathens Regional Aviation AB

Mål C-30/19, dom 15 april 2021, EU:C:2021:269

Begäran av Högsta domstolen.

Diskrimineringslagen. Fråga om diskriminering av en person på grund av etniskt ursprung. Tvist om möjligheten att få diskriminering konstaterad vid domstolsprövning när motparten har medgett att betala begärd ersättning utan att vitsorda att diskriminering förekommit.

EU-domstolen fann med hänvisning till artikel 27 i rättighetsstadgan att processuella bestämmelser som på grund av svarandens medgivande hindrar domstol från att pröva om diskriminering förekommit ska sättas åt sidan.

A. mot Migrationsverket

Mål C-193/19, dom 4 mars 2021, EU:C:2021:168

Begäran av Migrationsdomstolen vid Förvaltningsrätten i Malmö.

Direktiv 2003/86/EG om rätt till familjeåterförening. Spärllistan i Schengens informationssystem m.m.

Bedömning enligt Schengenavtalet. Det ställs inte krav på att tredjelandsmedborgare ska kunna styrka sin identitet som förutsättning för att beviljas uppehållstillstånd och rätt till familjeåterförening m.m. när personen redan befinner sig i landet.

Målet behandlat i 2.2 avseende svenska regeringens begäran att målet inte skulle tas upp till prövning.

Föreningen Skydda Skogen, Naturskyddsföreningen i Härryda och Göteborgs Ornitologiska Förening mot Länsstyrelsen i Västra Götalands län samt B.A.B. och U.T.B.

Mål C-473/19 och mål C-474/19, dom 4 mars 2021, EU:C:2021:166

Begäran av Vänersborgs tingsrätt, Mark- och miljödomstolen

EU:s livsmiljödirektiv (direktiv 92/43/EEG om bevarande av livsmiljöer samt vilda djur och växter) och fågeldirektiv (direktiv 2009/147/EG om bevarande av vilda fåglar). Direktivens räckvidd och förhållande till slutavverkning (kalhuggning) av skog.

Domstolen fann att båda direktiven även omfattar arter med gynnsam bevarandestatus och inte endast hotade arter. Domstolen fann att en nationell praxis som endast griper in om en berörd arts bevarandestatus riskerar att försämrats strider mot direktivet.

Lexel AB mot Skatteverket

Mål C-484/19, dom 20 januari 2021, EU:C:2021:34

Begäran av Högsta förvaltningsdomstolen.

Tolkning av artikel 49 FEUF angående etableringsfrihet.

Inkomstskattelagen. Tvist om det föreligger rätt till ränteavdrag för ränteutgifter som har betalats till ett bolag inom samma koncern i en annan medlemsstat (så kallade räntesnurror). Domstolen fann det otillåtet enligt artikel 49 FEUF att vägra rätt till ränteavdrag för ränteutgifter som har betalats till ett bolag inom samma koncern i en annan medlemsstat när en sådan avdragsrätt föreligger mellan koncernföretag verksamma inom samma medlemsstat.

Högsta förvaltningsdomstolen har i efterföljande dom 22 mars 2021, HFD 2021 not. 10 beviljat Lexel avdrag för ränteutgifterna.

Danske Bank A/S Danmark, Sverige Filial mot Skatteverket

Mål C-812/19, dom 11 mars 2021, EU:C:2021:196

Begäran av Högsta förvaltningsdomstolen.

Mervärdesskatt. Beskattning av filial.

Danske Banks svenska filial ingår inte i samma mervärdesskattegrupp som den danska huvudetableringen. Huvudetableringen tillhandahåller filialen tjänster vars kostnader allokeras till filialen. Filialen är då en egen beskattningsbar person i momshänseende.

Airhelp Ltd mot Scandinavian Airlines System SAS

Mål C-28/20, dom 23 mars 2021, EU:C:2021:226

Begäran av Attunda tingsrätt.

EU-förordning 261/2004 om rätt till ersättning för flygpassagerare vid nekad ombordstigning på grund av överbokning och vid inställda eller kraftigt försenade flygningar.

Tvist om rätt till stadgad schablonersättning vid inställt flyg. EU-domstolen fann att en mycket omfattande, men laglig flygpilotstrejk vid SAS inte utgör en sådan extraordinär omständighet som befriar flygbolaget från ersättningsskyldighet enligt förordningen.

Attunda tingsrätt har 23 maj 2021 bifallit ersättningsyrkandet sedan detta medgivits av SAS.

PL Holdings mot Republiken Polen

Mål C-109/20, begäran av Högsta domstolen

Skiljedomsrätt. Fråga om ogiltighet avseende en skiljedom som är baserad på ett internationellt investeringsavtal som EU-domstolen har funnit stå i strid med unionsrätten.

Skelefeå Industrier AB mot Skatteverket

Mål C-248/20, begäran av Högsta förvaltningsdomstolen, beslut 18 maj 2021, EU:C:2021:394

Mervärdesskatt. Tvist om återbetalningsskyldighet för ingående moms vid uppförande av byggnad för uthyrning när byggprojektet i fråga har avbrutits.

Svaret på tolkningsfrågan kan klart utläsas ur rättspraxis.

Det föreligger inte återbetalningsskyldighet men skatten kan justeras enligt nationella bestämmelser.

Advania Sverige mot Kammarkollegiet

Mål C-461/20, begäran av Högsta förvaltningsdomstolen

Upphandlingsrätt. En ny leverantör har övertagit den ursprungliga leverantörens rättigheter och skyldigheter sedan denna gått i konkurs. Har den nya leverantören trätt i den ursprungliga leverantörens ställe?

DSAB Destination Stockholm AB mot Skatteverket

Mål C-637/20, begäran av Högsta förvaltningsdomstolen

Mervärdesskatt. Målet rör ett så kallat City Card för inköp av varor och tjänster. Följer detta momsreglerna för voucher och flerfunktionsvoucher?

MCM

Mål C-638/20, begäran av Överklagandenämnden för studiestöd

Begäran om studiestöd för studier i annat EU-land. Betydelsen av krav på bosättning och hemlandsanknytning.

Executive summary

Sweden has now been a member of the European Union since 1 January 1995. It is possible to look back into somewhat more than 25 years of Swedish membership. The entrance into the EU caused a great change in the law of the country, as Union law became an integrated part of the law applicable in Sweden. Since then, it has been an important task for the Swedish courts to apply Union law within Sweden and to act as the national branch of the EU legal system. When the court finds the state of that law unclear, the court can request the European Court of Justice (CJEU) to give a preliminary ruling concerning the interpretation of the EU law. When any such question is raised in a case pending before a court or tribunal of last resort, the court shall bring the matter before the CJEU, unless the state of Union law is obvious or clarified.

The aim of this report is to study the development that has taken place and the current status with regard to the position and impact of Union law in Sweden, focusing on the role of the preliminary rulings. In the early days of Swedish membership, Swedish courts requested preliminary rulings with much restraint, and in some cases a reluctance to turn to the CJEU was visible. It should be a reasonable hypothesis that the Swedish courts have become more used to handling problems of Union law in the course of time and now better understand the importance of having a dialogue with the CJEU. Thus, it is of interest to explore whether or not Swedish courts have become more willing to request preliminary rulings and, in particular, to take legal issues of principle and general interest to the CJEU for decision.

The report takes as its point of departure the relation between the Swedish judiciary and the CJEU during the entire 25-year period of Swedish EU membership. I have been able to base this report on my two previous reports on the topic prepared for Sieps. In 2010, Sieps published my report *Preliminary Rulings by the EU Court of Justice: The Attitude and Practice of the Swedish Courts* (Sieps 2010:2), referred to as the 2010 Report. In 2016, Sieps published a new report as a follow-up and elaboration, *Preliminary Rulings by the EU Court of Justice: Developments in the Attitude and Practice of Swedish Courts 2010–2015* (Sieps 2016:9), referred to as the 2016 Report. The two previous reports constitute an important basis, and certain issues have been treated more extensively in the previous reports.

In this new report, the previous reports are followed up by studying in a similar manner the preliminary rulings requested by Swedish courts during the five-year period 2016 to 2020, inclusive, in total 28 new cases. The report also includes six cases which were pending at the turn of year 2020–2021 and decided by the CJEU during the period January–April 2021. The study of this new case

law reveals interesting legal developments. Altogether the three reports give an account of all cases in which a Swedish court has requested a preliminary ruling from the CJEU from 1995 to 2020, inclusive, totally 130 decisions during 26 years, i.e., on average exactly five cases per year. This survey of the case law is unique in its kind. All the decisions are annotated chronologically in appendices to the reports together with concise data about the cases, what they have concerned, the judgment by the CJEU, and what has been the subsequent outcome of the cases in Swedish courts.

In Chapter 1 the scope and purposes of the report are presented. Chapter 2 gives an overview of the preliminary ruling system and the relation between the CJEU and referring national courts. Chapter 3 deals with the scope of the duty of national courts of last resort to refer cases to the CJEU for a preliminary ruling. On this point, recent case law of the CJEU indicates more strict requirements than before.

The aim of Chapter 4 is to illustrate major events during the 25-year period in the relation between Swedish courts and the CJEU by discussing six concrete legal developments of particular importance. The first of these is the case the Commission initiated against Sweden accusing the supreme courts of neglecting to refer cases to the CJEU. The case was initiated in 2004 and solved by negotiated agreement. Sweden made a legislative change requiring the supreme courts to state reasons for their decisions so as not to refer a case to the CJEU. The other developments deal with preliminary rulings in five cases or groups of cases in which the position taken by the CJEU has had a particular impact within Sweden. These are in chronological order the three cases related to legislative restrictions on the sale or marketing of alcoholic products (the cases *Franzén* (C-189/95), *Gourmet* (C-405/98), and *Rosengren* (C-170/04); the three cases on the admissibility of union actions, primarily boycotts (the particularly important *Laval* case (C-341/05), the *Viking Line* case (C-438/05), and the *Fonship* case (C-83/13); the case *Åkerberg Fransson* (C-617/10) on the application of the *ne bis in idem* principle to legislation involving two separate sets of proceedings, administrative and criminal, to punish the same wrongful conduct (tax fraud); the case *Tele 2 v. PTS* (the Post and Telecommunications Board) (C-203/15, decided jointly with the British case C-698/15) on the protection of privacy in relation to retention of telephone traffic and location data; and finally the case *Bogusława Zaniewicz-Dybeck v. the Swedish Pensions Office* (*Pensionsmyndigheten*) (C-189/16), about the correct calculation of guaranteed pension as provided for under the Swedish state retirement scheme. The decisions by the CJEU in all these cases have had a great impact in Sweden and caused important changes in the national legislation or application.

Chapter 5 discusses the developments related to the attitude of Swedish courts towards requesting preliminary rulings during the period 2016 to 2020, inclusive, using the previous reports as a background. The text gives an account

of the number of such cases and how they are distributed among different Swedish court instances and different topics. There is a certain dominance of cases related to the internal market and matters of tax law. It is of interest to find that the previous trend towards an increase in the number of preliminary rulings requested by lower courts is no longer there. During the last five years there have been only a few cases in which preliminary rulings have been requested by other courts of first or second instance, as opposed to those that carry a particular responsibility for special categories of cases, i.e., intellectual property law, migration law, and environmental law. Particularly in the administrative courts there seems to have developed a culture not to turn to the CJEU but to let the decision whether or not to refer a case be left to the Supreme Administrative Court as the court of last instance.

Chapter 6 presents a study by topic of the current legal problems in the cases referred from Swedish courts to the CJEU during the period 2016–2020. It starts with cases concerning constitutional Union law and continues with cases dealing with, i.a., free movement law, general private law including consumer law, intellectual property law and competition law, environmental law, tax law, and migration law. The text describes what has been the legal problems and results in the different cases decided by the CJEU. The text also delineates in what areas there are no preliminary rulings initiated by Swedish courts.

Chapter 7 presents an integrated assessment of the attitude of Swedish courts towards referring cases to the CJEU. The study assesses to what extent the referred cases have dealt with legal issues of general interest as opposed to more specific issues of a more technical character or else of limited interest. I reach the conclusion that the cases brought to the CJEU by Swedish courts are of high quality. The legal questions posed by the courts in the cases seem to be well justified and deal with essential matters within their specific field of law. Swedish courts rarely request preliminary rulings related to issues of only limited importance or to cases where it is rather obvious the Swedish legislation is not consistent with Union law. However, as stated in the report, there are important legal topics within Union law in which Swedish courts have not at all or only to a very limited extent asked for a preliminary ruling. Several such areas are pointed out in the report.

Chapter 7 also discusses the view taken by the Swedish courts on the supremacy of Union law. It concludes that the Swedish courts fully acknowledge and respect the binding force of Union law and its supremacy in relation to Swedish law. It follows from the decisions taken that Swedish courts, when needed, are prepared to secure the supremacy by setting aside Swedish rules and regulations incompatible with Union law, either directly or indirectly via constructive interpretation of the Swedish law. The Swedish Parliament and government are also prepared, when needed, to change Swedish law and regulations in order to bring them in line with Union law. Thus, Sweden has been acting loyally also in

situations where positions taken by the CJEU in preliminary ruling judgments have made extensive adjustments of Swedish law necessary.

The report poses the question of whether Swedish courts are using the descriptions of the case and the relevant law in their submissions to the CJEU as a way to try to influence the decisions taken by the CJEU. The answer is negative. Swedish courts are not suggesting a legal solution and are keen to keep full neutrality in their relation to the parties until judgment is given. Against the backdrop of current European academic debate, the report also poses the question of whether or not Swedish courts act as gatekeepers, i.e., as guardians of national interest in relation to the CJEU and the requirements of Union law. The report gives the answer that the international discussion about the national courts acting as conscious gatekeepers does not seem applicable to Swedish conditions, although the report points at a restrained attitude towards requesting preliminary rulings.

The heading of Chapter 8, the final chapter, is Swedish Participation: Scope for Increased Involvement. The text discusses what would be the explanation of the Swedish restrained attitude towards requesting preliminary rulings and poses the question of whether or not the present situation can be regarded as satisfactory or if there is scope for a change. An explanation requires going back to the state of the law in 1995 when Sweden became a member of the EU. At that point, the Swedish judiciary was confronted with a completely new legal environment, constituting a great challenge. This was so not only because the courts now had to apply a new and very comprehensive legal system but also in a more profound sense. The Swedish judges and lawyers in general were at that time not acquainted with the European legal method. They had only to a quite limited extent been applying constitutional law in practice and were not very familiar with problems connected to the application of legal hierarchy and colliding legal norms. Union law, with its comprehensive constitutional basis, firm logical structure, and clear hierarchy of norms, is in many ways different from Swedish law. This means Swedish courts have to adopt a new role when applying Union law, which includes critical assessment of the relation to Swedish legal norms. Thus, the introduction of Union law has involved a collision between legal cultures. A legal culture is normally characterized by an inherent rigidity which makes the adaptation to a new legal order a successive and rather slow process. The Swedish adaptation can be characterized by the Latin maxim *festina lente* (haste slowly).

On the other hand, Swedish legal culture has always been characterized by respect for the rule of law and its correct and impartial application by the judiciary. Fully in line with this tradition, Swedish courts have been loyal to the legal system also in their application of Union law and the positions taken by the CJEU in its judgments. As mentioned, this is so also in cases where the decisions have required comprehensive adjustment of the application of Swedish law.

This collision of legal culture seems today to be a thing of the past, at least partially. Nowadays, the Swedish judiciary is conscious about European law, in particular the courts of last instance and the specialized courts, e.g., the courts working with intellectual property law. However, this has not resulted in an increased frequency of cases in which preliminary rulings are requested. Still, the frequency remains unchanged. The report poses the question of whether or not this situation can be considered to be satisfactory or if it should be time for a change. I find it unsatisfactory that still only five or six cases of the total of 600–700 preliminary rulings which the CJEU receives per year from national courts are emanating from Sweden, i.e., less than 1 percent of the cases. In all likelihood, there are many more Swedish cases in which the state of Union law and its relation to Swedish law is to be regarded as not obvious. Still, the Swedish judiciary and its application of Union law does not seem to be so well integrated into the European legal system.

There are other factors that point in the same direction. The number of preliminary rulings requested by Swedish courts of first and second instance not entrusted with particular types of cases is low and has been decreasing considerably during the last five-year period. In addition, the study by topic in the report (see Chapter 6) demonstrates that there are important gaps in the requests for preliminary rulings. There are a number of areas in which Union law is of importance but where Swedish courts have never or only very rarely brought a case to the CJEU. Consumer law, financial market law and criminal law can be mentioned as examples. Lacunae of this kind may point to shortcomings in the European integration of these fields of law. As emphasized in the report, the CJEU receives much of its information about legal problems in the Member States via the cases which are referred to it. The member states' courts can to a certain extent influence the European legal development via the cases referred to the CJEU and the information these cases contain about the state of the law. However, Swedish court practice does not seem to support considerations of this kind.

All in all, Swedish courts can be described as loyal in their relation to Union law and the CJEU but cautious and not anticipatory. This situation cannot be described as fully satisfactory. Having been part of the EU for somewhat more than 25 years, there is no reason the Swedish courts should maintain a reluctant and restrictive attitude towards referring cases for preliminary ruling. There is scope for a considerable increase in the number of references from Swedish courts without risking any critique for overburdening the CJEU. A doubling of the average number of references per year from five cases to ten would be an appropriate but still cautiously measured target. Such a development would contribute to safeguarding Union law as properly applied in Sweden and would at the same time strengthen the Swedish voice in the continuing development of European law.

”Efter drygt 25 års medlemskap i EU saknas anledning att iaktta en avvaktande och återhållsam hållning till att begära förhandsavgörande. [...] Det är viktigt att de svenska domstolarna deltar i den fortsatta europeiska rättsutvecklingen.”

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.