

Anna Wetter*

Subsidiaritetskontroll i nationella parlament och EU-domstolens ansvar för att kontrollen fungerar

Sammanfattning

Sedan Lissabonfördraget trädde i kraft har de nationella parlamenten fått en ny roll i EU:s lagstiftningsprocess, genom möjligheten att yttra sig i frågan om huruvida EU-kommissionens förslag till lagstiftning bör antas på EU-nivå eller om de hanteras bättre på nationell nivå. Nyttan med de så kallade subsidiaritetsprövningar som görs av de nationella parlamenten inom ramen för systemet för tidig varning är dock inte alltid helt enkel att se.¹ Det beror bland annat på att parlamenten, även om de genom Lissabonfördraget har getts större utrymme att yttra sig över huruvida kommissionens förslag till lagstiftning är förenliga med subsidiaritetsprincipen, saknar möjlighet att stoppa förslag som de anser strider mot principen. Det reser i sin tur frågan om de nationella parlamenten egentligen har en så viktig roll i EU:s lagstiftningsprocess. En anslutande fråga är om de nationella parlamenten får tillräckligt med underlag för att på kort tid kunna sätta sig in i kommissionens förslag och göra relevanta subsidiaritetsprövningar. Den senare är i den här analysen utgångspunkten för en diskussion om vilken roll EU-domstolen bör ha för att de nationella parlamenten ska vara framgångsrika i sin subsidiaritetsprövning.

1 Inledning

EU-domstolens huvudsakliga uppgift när det gäller subsidiaritetsprincipen – också efter det att Lissabonfördraget har trätt ikraft – bedöms bli att övervaka att de processuella formföreskrifterna har respekterats av kommissionen och av EU:s lagstiftande organ. Med processuella formföreskrifter avses regler som styr formen för antagandet av EU:s rättsakter. Ett exempel är att kommissionen ska motivera varför dess lagförslag är förenliga med subsidiaritetsprincipen. Bristande respekt för formföreskrifter av det slaget kan ge EU-domstolen skäl att ogiltigförklara rättsakter, eftersom de inte har tillkommit på laglig väg. I den här analysen

diskuteras därför om lagförslag som innehåller uppenbara brister i högre utsträckning bör ogiltigförklaras av EU-domstolen, mot bakgrund av de nationella parlamentens nya roll i lagstiftningsprocessen. Syftet med analysen är sammanfattningsvis dels att diskutera vad som innefattas i begreppet ”processuella formföreskrifter”, dels att redogöra för på vilket sätt ett upprätthållande av sådana formföreskrifter är viktigt för att de nationella parlamenten ska ges så goda förutsättningar som möjligt att yttra sig i subsidiaritetsfrågan.

Inledningsvis diskuteras vad subsidiaritetsprincipen innebär och vilket syfte den är tänkt att ha i EU:s

* Anna Wetter är forskare i juridik vid Sieps.

¹ Systemet för tidig varning innebär att de nationella parlamenten i EU:s medlemsstater, i enlighet med artikel 3 i protokollet till Lissabonfördraget om tillämpning av subsidiaritets- och proportionalitetsprinciperna, till Europaparlamentets, rådets och kommissionens ordförande lämnar ett motiverat yttrande om huruvida ett utkast till lagstiftningsakt är förenligt med subsidiaritetsprincipen. Parlamenten har åtta veckor på sig att inkomma med ett sådant yttrande.

lagstiftningsprocess. Denna bakgrundsbild behövs för att förklara vilka frågor de nationella parlamenten står inför när de ska bedöma om ett visst lagstiftningsförslag följer subsidiaritetsprincipen.

Enligt artikel 5.3 FEU ska unionen på de områden där den inte har ensam befogenhet att anta lagstiftning vidta en åtgärd endast om den inte i tillräcklig utsträckning kan uppnås av medlemsstaterna. EU får alltså befogenheten om den planerade åtgärdens omfattning eller verkningar bättre anses kunna uppnås på unionsnivå. I samma artikel hänvisas också till protokollet om tillämpning av subsidiaritets- och proportionalitetsprinciperna där formföreskrifterna som styr hur subsidiaritetsprövningarna ska göras och vem som ska beakta subsidiaritetsprincipen anges.

Ett annat sätt att definiera subsidiaritetsprincipen (än att konstatera vad den innebär), är att konstatera vad principen *inte* omfattar. Principen omfattar exempelvis inte en bedömning av lagstiftarens uppsåt med det eftersträlvade målet och inte heller en bedömning om det är rimligt att målet kan uppnås med åtgärden. Den senare bedömningen bör istället göras inom ramen för proportionalitetsprincipen, som också den ska beaktas av EU:s institutioner men däremot inte av de nationella parlamenten. Det innebär som redan nämnts att kontrollen av subsidiaritetsprincipen ska röra huruvida åtgärden bör vidtas av EU eller av medlemsländerna. Om bedömningen leder till att det går att anse att åtgärden bättre uppnås på medlemsstatsnivå, kan man också beskriva det som att det saknas grund för att ge EU befogenhet att lagstifta om den. Den beskrivningen stämmer väl överens med den delade kompetensen, som innebär att EU delar befogenhet med medlemsländerna så länge det inte är nödvändigt att vidta åtgärder på EU-nivå.

Subsidiaritetsprincipen ska bedömas självständigt av å ena sidan EU-kommissionen, och å andra sidan av de lagstiftande institutionerna och de nationella parlamenten. Skälen till varför principen anses ha iakttagits, alternativt varför den inte har det, ska redovisas av samtliga av EU:s institutioner innan EU i sin egenskap av lagstiftare bestämmer sig för att använda sin befogenhet inom ett område. EU-domstolen kan bedöma samma fråga först efter det att lagstiftningen har antagits och någon av de taleberättigade institutionerna eller

medlemsstaterna har ifrågasatt rättsaktens förenlighet med subsidiaritetsprincipen.

I EU:s egen beskrivning av syftet med subsidiaritetsprincipen ges ofta en bild av att principen stärker demokratin i EU.² I den statsvetenskapliga beskrivningen av principen nämns oftare att principen återspeglar den mer politisk-filosofiska idén om självbestämmande.³ Ett demokratiideal inryms möjligen genom att principen motverkar att åtgärder som lika väl kan antas av den lagstiftande församling som står folket närmast, med andra ord de nationella parlamenten, antas av EU. Genom att endast ge EU befogenhet att agera som en sista utväg, det vill säga då det inte går att uppnå motsvarande mål på medlemsstatsnivå, anses det möjligt att tillförsäkra EU-medborgarna så mycket direkt inflytande som möjligt över lagstiftningen. Med direkt inflytande åsyftas här det inflytande som ges i de nationella parlamenten, eftersom det är genom de parlamenten som EU-medborgarna är mest vana att agera.

Låt oss säga att det åtminstone teoretiskt sett är möjligt att en viss åtgärd kan uppnås lika bra av medlemsländerna som av EU. Ska då subsidiaritetsprövningen per automatik leda till att åtgärden ska vidtas av medlemsländerna istället för av EU? Det enkla svaret får nog anses bli jakande, men i praktiken kommer problemet med största sannolikhet inte att uppstå. En anledning är att frågan som unionslagstiftaren definierar i samband med subsidiaritetsprövningen tenderar att styra bort från en konflikt av det slaget. Davies beskriver fenomenet på följande sätt: *"The fact that the Community's competence tend to be defined in terms of objectives to be achieved, rather than areas to be regulated, is at the heart of the mismatch... Whereas the Member States often look at a measure in terms of its effects on an area of activity – which corresponds to the degree to which it invades their powers – the Community, and the Court assess it primarily in terms of the degree to which it achieves Community goals. There is a failure to agree on the subject of conversation"*.⁴ För att utveckla sin poäng diskuterar Davies området hälsa, vilket är ett exempel på ett område som primärt faller under medlemsstaternas befogenhet. Han menar att när unionslagstiftaren ändå väljer att vidta åtgärder inom området, ger man inte som skäl att syftet med lagstiftningen är att reglera hälsoområdet. I stället beskrivs syftet vara att motverka hinder för den

² Se exempelvis http://europa.eu/lisbon_treaty/glance/democracy/index_sv.htm

³ Se Føllesdal, A., Subsidiarity [1998] 6 Journal of Political Philosophy 190.

⁴ Davies, G., Subsidiarity: The Wrong Idea, in the Wrong Place, at the Wrong Time (2006) 43 Common Market Law Review 63, s. 72-4.

fria rörligheten eller att motverka en snedvridning av konkurrensen. På så sätt blir det i princip omöjligt att motsätta sig att frågan bättre hanteras av unionslagstiftaren än av medlemsstaten, eftersom medlemsländerna inte på egen hand kan åstadkomma den harmonisering som är nödvändig för att motverka detta.⁵

Låt mig till ovan nämnda exempel lägga omständigheten att det under lagstiftningsprocessen med all tydlighet har framgått att vissa medlemsländer inte kommer att medverka till att vidta en viss åtgärd om den inte vidtas genom lagstiftning på EU-nivå, då det saknas politiska incitament på nationell nivå. Kan man se den omständigheten som det avgörande skälet till att subsidiaritetskravet faktiskt är uppfyllt och att åtgärden ska vidtas på EU nivå? Genom tankeexperimentet går det att undersöka om subsidiaritetsprincipen även inrymmer en effektivitetsdimension av den typ som man exempelvis hittar i artikel 72.2 i den tyska grundlagen. I den tyska artikeln stadgas att de federala myndigheterna har rätt att lagstifta när federal lag är nödvändig och frågan inte på ett effektivt sätt (med hjälp av lagstiftning) kan lösas av Länderna själva.⁶ Chalmers skriver att samma logik inryms i artikel 5.3 FEU och att också den enligt honom inbegriper en fråga om huruvida målet på ett mer effektivt sätt uppnås av EU.⁷ Effektivitetsaspekten går inte att bortse från eftersom den – i ljuset av en pågående politisk förhandlingsprocess – ter sig oskiljaktig från demokrati-, legitimitets-, och lämplighetsaspekten. Faktum är att ett val av en mindre effektiv åtgärd kan riskera att urvattna legitimiteten i ett politiskt system, då det exempelvis kan leda till merkostnader. Det finns också fall då EU-kommissionen har hävdat att en åtgärd har varit förenlig med subsidiaritetsprincipen eftersom det redan har visat sig att en mindre ingripande åtgärd inte varit tillräckligt effektiv för att uppnå målet.⁸

Mot bakgrund av att det är diskutabelt om exempelvis effektivitetshänsyn ingår i subsidiaritetsbedömningen,

kan vi konstatera att subsidiaritetsprincipen är svår att få grepp om. Den har inte definierats av EU-domstolen på det sätt som man har gjort med framför allt proportionalitetsprincipen.⁹

De frågor som fortsatt är föremål för diskussion i samband med de nationella parlamentens roll när det gäller subsidiaritetsprövningen handlar därför bland annat om hur invändningarna ska formuleras för att röra enbart subsidiaritetsprincipen. Ytterligare en fråga gäller vilka interna förfaranden som de nationella parlamenten bör tillämpa på medlemsstatsnivå när de beslutar om huruvida de ska invända mot lagförslag eller inte.¹⁰ Mot den bakgrunden är det relevant att diskutera vilka förutsättningar som måste vara uppfyllda för att de nationella parlamenten över huvud taget ska få en chans att utöva inflytande genom subsidiaritetsprövningen i EU:s lagstiftningsprocess. I de följande avsnitten diskuteras parlamentens roll samt de villkor som uppställs i protokollet för att de ska ges möjlighet att spela denna roll. Därefter utvärderas den hållning som EU-domstolen har intagit för att tillförsäkra att de nationella parlamenten ges den tänkta rollen. Domstolens vägval kommer att problematiseras i en avslutande diskussion.

2 Systemet för tidig varning – politisk eller rättslig prövning?

Systemet för tidig varning innebär att de nationella parlamenten i EU:s medlemsstater – i enlighet med artikel 6 i protokollet om tillämpningen av subsidiaritets- och proportionalitetsprincipen – får lämna ett motiverat yttrande där de anger skälen till varför de anser att ett aktuellt utkast inte är förenligt med subsidiaritetsprincipen. I artikel 7 framgår hur många röster varje parlament har respektive hur många parlament som ska yttra sig negativt för att EU-kommissionen ska behöva ompröva sitt utkast. Som tidigare nämnts är kommissionen inte tvingad att dra tillbaka sitt lagstiftningsförslag. Man måste däremot ompröva förslaget och lämna en motivering om man trots

⁵ Davies, G., se fotnot 4.

⁶ Tyskland består av 16 förbundsländer som även kallas delstater.

⁷ Chalmers, D., *European Union Law*, s. 395, Cambridge University Press, tredje upplagan.

⁸ Ett exempel är kommissionens rekommendation 87/63/EEG av den 22 december 1986 om införande av system för inlåningsskydd i gemenskapen (EGT L 33, 1978, s. 16) och Europadomstolens och rådets direktiv 94/19/EG av den 30 maj om system för garanti av insättningar, EGT L 135, 31 maj 1994, s. 5-14.

⁹ Se exempelvis domstolens dom den 13 november 1990, *the Queen mot Fedesa m.fl.*, mål C-331/88, EU:1990:391. Proportionalitetsprincipen kontrollerar att unionslagstiftaren inte vidtar åtgärder som går längre än vad som är nödvändigt för att uppnå målen med fördraget.

¹⁰ Enligt artikel 6 i protokollet om tillämpning av subsidiaritets- och proportionalitetsprinciperna ska de nationella parlamentens yttranden röra subsidiaritetsprincipen vilket bland annat utesluter proportionalitetsprincipen. Svårigheten för parlamenten att avgränsa sig till subsidiaritetsprincipen har exempelvis varit uppe för diskussion vid ett seminarium i Uppsala den 4-5 september 2014. *Seminar on National Parliaments and the EU Legislative Procedure post-Lisbon: A Comparative Analysis of the Early Warning Mechanism*, som hölls av Uppsala Forum för fred, rättvisa och demokrati.

de nationella parlamentens kritik ändå väljer att gå vidare med förslaget.

I Sverige har vi en ordning som innebär att riksdagen enligt 9:20 i riksdagsordningen (RO) ska pröva om ett utkast till en lagstiftningsakt strider mot subsidiaritetsprincipen. Riksdagens utskott ska pröva samtliga lagstiftningsakter. Det rör sig i första hand om en lämplighetsprövning.¹¹ Enligt förarbetena ska kammaren hänvisa det aktuella lagförslaget till det utskott som är mest insatt i den fråga lagstiftningsakten gäller.¹² Om minst fem ledamöter i utskottet begär det ska ett motiverat yttrande lämnas till kammaren enligt RO 10:3 st. 3, vilket får ses som ett minoritetsskydd. Konstitutionsutskottet (KU) har en speciell roll genom att man vid behov kan bistå det utskott som har frågan på sitt bord.

Regeringen är enligt RO 9:22 skyldig att lämna sin syn på vissa EU-dokument som har lämnats till riksdagen och som anses vara av särskild betydelse. Den ordningen skapar en dialog mellan regering och riksdag och kan bidra till att riksdagen är mer förberedd i de sakfrågor som ska utredas i samband med subsidiaritetsprövningen. Riksdagen kan också genom tillkännagivanden uppmana regeringen att vid EU-domstolen väcka en fråga som rör subsidiaritetsprincipen. Initiativ till sådana tillkännagivanden kan tas antingen genom en motion eller genom ett så kallat utskottsinitiativ.

De nationella parlamentens yttranden om huruvida ett lagförslag är förenligt med subsidiaritetsprincipen skiljer sig åt både till innehåll och förfarande, men frågan är om det utifrån ett EU-rättsligt perspektiv är ett problem. Frågan ställs dels för att en avgränsning ska kunna göras, dels för att förtydliga syftet med denna analys som har

sin rättsliga utgångspunkt i EU-fördragen. Det som sker på medlemsstatsnivå inom ramen för systemet för tidig varning är utan tvekan intressant, eftersom det är där den politiska processen kring subsidiaritetsfrågan inleds. Utan att dra för stora växlar på jämförelsen kan man föreställa sig ett brädspel där varje spelare (nationella parlament) har att beakta hur långt fram man kan flytta sina pjäser utan att gå för långt. Går ett parlaments yttrande utöver vad som ska bedömas, riskerar man att förlora sin roll i spelet. Men samtidigt som subsidiaritetsprövningen innehåller en hög grad av politiskt spel finns det tydliga spelregler i protokollet. I förlängningen innebär det att det är fördragets uttolkare, det vill säga EU-domstolen, som i slutändan avgör om de yttranden som ges av de nationella parlamenten rör subsidiaritet eller någonting annat. I praktiken är det dock inte domstolen som avgör detta eftersom det är EU-kommissionen som är mottagare av subsidiaritetsyttrandena. EU-domstolen kommer in i bilden först när talan är väckt för att få prövat om en antagen rättsakt strider mot subsidiaritetsprincipen.¹³ Kommissionen verkar dock vara förhållandevis öppen för att ta del av hela innehållet i de nationella parlamentens yttranden, alltså även sådant som inte direkt rör subsidiaritetsprincipen.¹⁴ Men även om de nationella parlamenten kan uppskatta att bli lyssnade på också i frågor man inte direkt har befogenhet att uttala sig i, finns det en risk att det uppstår en gråzon när det gäller vad subsidiaritetsprövningen faktiskt ska handla om. I förlängningen kan det leda till att EU-domstolen väljer att ge EU-lagstiftaren ett ännu större utrymme att bedöma principen. Skulle det inträffa ligger det knappast längre i de nationella parlamentens intresse att de får uttrycka vad de vill i sina yttranden, eftersom EU-domstolens efterhandsgranskning av principen då riskerar att försvagas.¹⁵

¹¹ Bet. 2009/10:KU2.

¹² Bet. 2009/10:KU2.

¹³ Möjligheten för de nationella parlamenten att initiera en laglighetsprövning av en rättsakts förenlighet med subsidiaritetsprincipen framgår av artikel 8 i protokollet.

¹⁴ Ett tydligt exempel på att kommissionen har lyssnat på kritiska invändningar från de nationella parlamenten ifråga om saker som inte har rört subsidiaritetsprincipen är fallet med den s.k. Monti II förordningen. Syftet med förslaget var att förtydliga samspelet mellan å ena sidan utövandet av sociala rättigheter och utövandet av den fördragsfästa etableringsfriheten och å andra sidan friheten att tillhandahålla tjänster. Förslaget antogs efter EU-domstolens avgörande i målen Viking Line och Laval (Vaxholmsmålet). De nationella parlamenten kritiserade i första hand att kommissionen hade föreslagit artikel 352 FEUF som rättslig grund för förordningen. I sin årliga rapport 2013 skriver kommissionen att den inte kan se hur förslaget strider mot subsidiaritetsprincipen, men att den ändå väljer att dra tillbaka förslaget p.g.a. att man insett att förslaget sannolikt inte skulle få det politiska stöd som krävs för antagande i Europaparlamentet och rådet. Se kommissionens årsrapport 2012 om subsidiaritet och proportionalitet, s. 8.

¹⁵ Se Hettne, J., Making Sense of Subsidiarity and the Early Warning Mechanism – A Constitutional Dialogue?, 2014:9epa, Sieps, som för ett resonemang om risken att EU-domstolens roll försvagas (i Hettnes fall att uttala sig om den europeiska åklagarbyrån) om de nationella parlamentens yttranden var tvungna att respekteras fullt ut.

Mot den bakgrunden framstår det som viktigt att det finns tydliga regler kring omfattningen av subsidiaritetsprövningen och att de formföreskrifter som styr förfarandet när de nationella parlamenten ska yttra sig respekteras av samtliga inblandade. Som redan nämnts drivs i den här analysen en tes som går ut på att spelet med subsidiaritetsprövningen sätts av regler och att upprätthållandet av dessa regler bör bli föremål för EU-domstolens granskning.

Som också redan har nämnts diskuteras de nationella parlamentens roll i EU:s lagstiftningsprocess ibland i ljuset av förstärkt demokrati. Detta är särskilt tydligt när den övergripande diskussionen handlar om kritiken mot EU:s demokratiska underskott. Underskottet har särskilt tagit sig uttryck genom en bristande folklig representativitet i EU:s viktigaste politiska institutioner; rådet, kommissionen och Europaparlamentet, i kombination med ett över tid relativt svagt inflytande för Europaparlamentet i den lagstiftande processen.¹⁶ Sedan införandet av systemet för tidig varning kan man säga att ”förloraren” av befogenheten (de nationella parlamenten) kompenseras genom att man ges mer inflytande i beslutet att minska sin befogenhet. Förhoppningen är att också EU:s legitimitet stärks i takt med att EU-medborgarna får ökat direkt inflytande i beslut om huruvida lagstiftning ska antas på EU-nivå.

Det faktum att det är de nationella parlamenten som har fått i uppgift att pröva subsidiaritetsprincipen inom ramen för systemet för tidig varning, talar sitt tydliga språk om att det rör sig om en politisk prövning och inte om en rättslig. Men analysen kan göras bredare. Att EU-domstolen ännu inte har kommit med en tydlig rättslig definition av subsidiaritetsprincipen – och inte heller har ogiltigförklarat någon åtgärd för att den har konstaterats stå i strid med subsidiaritetsprincipen – talar i sig för att det rör sig om en politisk prövning. Dessutom inbegriper själva prövningen av principen en

politisk snarare än en rättslig diskussion, vilket framgår av de subsidiaritetsinvändningar som görs. Något som i praktiken dock talar för att subsidiaritetsprincipen är en rättslig princip är det faktum att EU-domstolen fortfarande har möjlighet att närmare definiera principen. Det finns således starka skäl att dra slutsatsen att systemet för tidig varning i första hand ska betraktas som en politisk prövning av en i första hand politisk princip. Systemet är för övrigt inte helt olik den svenska modellen för förhandskontroll av lagstiftning. Konstitutionsutskottet (som inte heller det är ett juridiskt organ) har en granskande roll i den svenska lagstiftningsmodellen, men också den handlar om en politisk förhandsgranskning likt den som de nationella parlamenten utför inom ramen för systemet för tidig varning. Därtill har vi även en judiciell förhandskontroll av frågor som ligger på Lagrådets bord.¹⁷ En motsvarande judiciell prövning görs inte av EU.¹⁸ Den stora skillnaden mellan de nationella parlamentens subsidiaritetsprövningar och den svenska politiska förhandsgranskningen är att den förra är strikt begränsad till att handla om subsidiaritetsfrågan.

Diskussionen om huruvida prövningen är rättslig eller politisk får dock inte upphöra här. För när det gäller EU-domstolen återstår den viktiga uppgift som handlar om att kontrollera att själva förfarandet kring subsidiaritetsprövningen har gått till på rätt sätt – ytterst en rättslig prövning vars vikt inte bör underskattas.

3 Processuell subsidiaritetsprövning – EU-domstolens viktigaste uppgift?

Inledningsvis vill jag förtydliga vad jag menar med en processuell subsidiaritetsprövning. En sådan tar sikte på att pröva de förutsättningar som ska vara uppfyllda för ett giltigt förfarande avseende den materiella subsidiaritetsprövningen. Ett exempel kan ges med utgångspunkt i artikel 2 i protokollet. Bestämmelsen slår fast att innan kommissionen föreslår en lagstiftningsakt ska den hålla omfattande samråd. Endast i mycket

¹⁶ Jonsson, A., EU:s lagstiftningsprocess och subsidiaritetsprövningen: Nya möjligheter för nationellt inflytande?, SvJT 2011 s. 413.

¹⁷ Enligt den svenska lagstiftningsmodellen hörs i vissa frågor Lagrådet angående frågan om hur lagförslag förhåller sig till grundlagarna, rättsordningen i övrigt och kravet på rättssäkerhet. Detta framgår av Regeringsformen (RF) 8:20-22. Lagrådsgranskningen innebär att det i Sverige sker en judiciell förhandsgranskning i vissa fall.

¹⁸ Ett undantag föreligger i samband med EU:s möjlighet att ingå internationella avtal. Enligt artikel 218.11 FEUF får en medlemsstat, Europaparlamentet, rådet eller kommissionen inhämta domstolens yttrande om huruvida ett planerat avtal är förenligt med fördragen. Om domstolen finner att så inte är fallet, kan avtalet inte träda i kraft. Denna prövning kan betraktas som en judiciell förhandsgranskning även om den inte är obligatorisk. Artikel 218.11 FEUF är just nu synnerligen aktuell mot bakgrund av att EU-domstolen den 18 december 2014 underkände EU:s förslag på hur EU ska kunna ansluta sig till Europakonventionen (EKMR). Yttrande 2/13. Yttrandet från EU-domstolen begärdes in med stöd av artikel 218.11 FEUF.

brådskande fall kan kommissionen underlåta att hålla samråd, men då ska beslutet motiveras. Regeln anger alltså en huvudregel som inbegriper ett villkor (rättsfaktum) som ska vara uppfyllt för att förfarandet ska vara giltigt. Huvudregeln är att samråd ska hållas. Har samråd inte hållits är rättsfaktumet som regel inte uppfyllt. I det fallet finns ett undantag i bestämmelsen som anger att samråd inte behöver hållas i brådskande fall. Om samråd inte har hållits kan alltså regeln fortfarande ha iakttagits, men bara om det har motiverats varför så inte har skett. Mot den bakgrunden är det tydligt att om kommissionen inte har samrått och inte heller har motiverat varför samråd inte har hållits är förfarandet inte giltigt. Om man tolkar regeln bokstavligt bör det faktum att samråd inte har hållits och frånvaron av motivering varför så inte har skett leda till att lagstiftningsakten kan förklaras ogiltig av EU-domstolen. I det här avsnittet ska diskuteras om det är en rimlig slutsats.

Ett skäl till att det är viktigt att diskutera formföreskrifter i samband med systemet för tidig varning är att tiden som de nationella parlamenten har på sig att göra subsidiaritetsprövningar är knapp (åtta veckor). Den korta tiden gör det nödvändigt att förutsättningarna för subsidiaritetsprincipen optimeras. Formföreskrifterna som anges i protokollet syftar till att ge de nationella parlamenten så goda förutsättningar som möjligt för att lämna yttranden inom tidsramen. Om man bortser från de tydliga regler som finns för hur kommissionen ska skicka sina lagförslag till de nationella parlamenten samtidigt som den skickar dem till Europaparlamentet och rådet, finns det många andra processuella regler som kan diskuteras här. Vilken skulle exempelvis rättsföljden bli om kommissionen ”glömde” att översända sina samrådsdokument (grönböcker, vitböcker och meddelanden) till de nationella parlamenten? Det bör noteras att artikel 1 i protokollet, i vilken föreskrivs att sådana dokument ska skickas till de nationella parlamenten, är tvingande. Skulle EU-domstolen tillämpa artikeln strikt och ogiltigförklara en rättsakt mot bakgrund av att stadgandet är avsett att tillgodose att de nationella parlamenten på ett tidigt stadium kommer in i lagstiftningsprocessen? Även med EU-domstolens mest vanliga tolkningsmetod, ändamålstolkningen, skulle dess bedömning mycket väl kunna bli att rättsakten ska ogiltigförklaras eftersom bestämmelsen syftar till att optimera möjligheterna för parlamenten att ta ställning

i subsidiaritetsfrågan. Om EU-domstolen inte beaktar bestämmelsens tvingande karaktär riskerar de nationella parlamenten att få försämrade möjligheter att utföra sina subsidiaritetsinvändningar.

Ett mål från 1980 bekräftar resonemanget. I Isoglucose-målet ogiltigförklarade EU-domstolen en rättsakt på grund av att Europaparlamentet inte hade hörts. Befogenheten för Europaparlamentet att yttra sig ansågs utgöra en väsentlig formföreskrift som om den inte respekterades kunde medföra att rättsakten blev ogiltig.¹⁹ Skälet till det var att Europaparlamentet enligt dåvarande artikel 43.2 i EEGF medgavs en rätt att effektivt delta i gemenskapens lagstiftningsförfarande. Den befogenheten ansågs vara väsentlig för den institutionella jämvikt som åsyftades redan i fördraget. Befogenheten återspeglade på gemenskapsnivå, om än i begränsad omfattning, en grundläggande demokratisk princip enligt vilken folken deltar i maktutövandet genom en representativ församling. Rättsfallet är visserligen gammalt och den institutionella maktbalansen kan möjligen beskrivas som mindre sårbar idag, då Europaparlamentet har fått ökat inflytande. Men principen borde ändå kunna gälla, eftersom de nationella parlamenten är nya aktörer i EU:s lagstiftningsprocess och deras deltagande motiveras med ökad demokratisk legitimitet för EU-projektet.

Mot den bakgrunden är det svårt att se så många skäl som talar emot att EU-domstolen skulle ogiltigförklara en rättsakt som har antagits i strid med formföreskrifterna för subsidiaritetsprövningen. Det skulle möjligen vara att det ur EU-domstolens synvinkel kan bli en drastisk åtgärd att ogiltigförklara en hel rättsakt och att det är omotiverat med hänsyn till att EU-samarbetet är i behov av att viss effektivitet upprätthålls. Det är dock inte så troligt att EU-domstolen skulle göra en sådan bedömning eller uttrycka sig på det sättet. Skälet är – vilket Isoglucose-målet visar – att EU-domstolen har slagit fast att det är viktigt att alla som enligt fördraget ska få komma till tals i en lagstiftningsprocess också får möjlighet att göra det. Ett mål som rör åsidosättande av formföreskrifter i samband med subsidiaritetsprincipen förtjänar särskild uppmärksamhet i den här analysen. Målet avser en begäran om förhandsavgörande från High Court of Justice (England och Wales) och rörde teleoperatörernas villkor på den europeiska telemarknaden. Domen, som avgjordes av stora avdelningen i EU-domstolen, kom

¹⁹ Domstolens dom den 29 oktober 1980. SA Roquette Frères mot Europeiska gemenskapens råd, mål C-138/79, EU:C:1980:249.

2010.²⁰ Huvudfrågan i målet rörde huruvida EU hade rätt att reglera priser med stöd av artikel 114 FEUF (dåvarande artikel 95 EGF) och i så fall i vilken omfattning och på vilka villkor. En av de frågor som ställdes av den nationella domstolen rörde subsidiaritetsprincipen. Klaganden i den nationella domstolen (bl.a. Vodafone Ltd) menade att EU saknade befogenhet att anta förordningar som innehåller ändringar i det gemensamma regelverket och fastslår högsta tillåtna priser för s.k. roaming i hela EU.²¹ Generaladvokat Maduro framhöll i sitt yttrande att när EU agerar med stöd av artikel 114 FEUF ska omsorg visas den balans som måste upprätthållas när man å ena sidan ser till vikten av att artikel 114 FEUF ska kunna ge EU befogenhet att vidta åtgärder för att säkerställa att den inre marknaden fungerar väl, och å andra sidan inte får gå utöver vad som är nödvändigt så att staterna ska kunna behålla den politiska friheten att välja från ett utbud av olika handlingsvägar vad gäller hur marknaden ska regleras.²² I sitt yttrande klargör generaladvokat Maduro att han ser subsidiaritetsprincipen som en politisk prövning. Han menar att det för att utreda subsidiariteten varken är intressant att studera lagstiftarens syfte eller hur syftet formuleras i själva lagstiftningen. Det är i stället, enligt Maduro, domstolens roll att uppmana lagstiftaren att se subsidiaritetsprincipen som en viktig fråga.²³

I den delen av sitt yttrande kommer Maduro med kritik mot att EU-lagstiftaren i fallet med roamingförordningen inte på ett tillräckligt tydligt sätt hade framfört argument till stöd för att det var nödvändigt att harmonisera pristaken på EU-nivå. Eftersom analysen saknades i de förberedande dokumenten gjorde han det till sin egen uppgift att utvärdera om det funnits skäl att harmonisera priserna. Han konstaterar att det hade funnits visst stöd för argumentet att det var nödvändigt att snarast införa maximipriser, varför han inte rekommenderade att förordningen skulle ogiltigförklaras på grund av att den stred mot subsidiaritetsprincipen.²⁴ Av hans yttrande kan man utläsa att förordningen inte brast vad gäller

subsidiariteten, men att det enligt honom måste ställas krav på att lagstiftaren ska visa varför lagstiftningen inte strider mot subsidiaritetsprincipen. Även om subsidiaritetsprincipen enligt Maduro inte är av rättslig art måste således formföreskrifterna kring principen respekteras.

I Vodafone-målet gick EU-domstolen inte på generaladvokatens linje och roamingförordningen ogiltigförklarades inte. Det är emellertid intressant att notera att EU-domstolen använde sig av kommissionens konsekvensanalys för att utvärdera om det fanns stöd för den uppfattning unionslagstiftaren hade när man antog lagstiftningen.²⁵ Det är ett uttryck för att EU-domstolen gör en slags bevisprövning av de argument som lagstiftaren använder till stöd för sitt beslut att anta lagstiftningen.

I ett annat, betydligt äldre mål från 1997 yrkade Tyskland bland annat på att en rättsakt skulle ogiltigförklaras därför att lagstiftaren hade underlåtit att motivera på vilket sätt lagstiftningen stod i överensstämmelse med subsidiaritetsprincipen.²⁶ Det intressanta i det målet är att den tyska regeringen inte gjorde gällande att direktivet i fråga stred mot principen, utan endast klandrade unionslagstiftaren för att inte ha angett några skäl till varför dennes handlande var förenligt med principen. I det målet konstaterade domstolen att det räckte att det i skälen till rättsakten indirekt framgick att lagstiftaren hade beaktat huruvida det var nödvändigt att vidta åtgärderna på EU-nivå. EU-domstolen anförde också att det inte kan krävas att principen uttryckligen nämns.²⁷

I ytterligare ett mål från 2001, illustreras en annan typ av utvärdering av EU-domstolen i samband med subsidiaritetsprincipen.²⁸ Också i det målet (som handlade om huruvida Tobaksdirektivet skulle ogiltigförklaras) hade domstolen att bedöma om unionslagstiftaren hade iakttagit subsidiaritetsprincipen. I stället för att granska

²⁰ Domstolens dom den 8 juni 2010. Vodafone m.fl. mot Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform, mål C-58/08, EU:C:2010:321.

²¹ Roamingtjänsten innebär att mobiltelefonoperatörer gör det möjligt för deras kunder att använda sina tjänster när de befinner sig utomlands, exempelvis genom att ta emot och ringa samtal på telefoninäten i andra medlemsstater.

²² Förslag till avgörande av generaladvokat Maduro, föredraget den 1 oktober 2009 i målet Vodafone m.fl., EU:C:2009:596.

²³ Se fotnot 22. Generaladvokat Maduros yttrande, punkt 30.

²⁴ Se fotnot 22. Generaladvokat Maduros yttrande, punkt 36.

²⁵ Se fotnot 20. Se exempelvis punkt 45 i domstolens dom i mål C-58/08.

²⁶ Domstolens dom den 13 maj 1997. Förbundsrepubliken Tyskland mot Europaparlamentet och Europeiska unionens råd, mål C-233/94, EU:C:1997:231.

²⁷ Se fotnot 26. Mål C-233/94, punkt 28.

²⁸ Domstolen dom den 10 december 2002, The Queen mot Secretary of State for Health, ex parte British Tobacco, mål C-491/01, EU:C:2002:741.

huruvida unionslagstiftaren själv hade tagit ställning till åtgärdens förenlighet med subsidiaritetsprincipen gjorde EU-domstolen en egen subsidiaritetsprövning, helt oberoende av lagstiftarens. Det är i och för sig inte ovanligt att EU-domstolen gör en egen bedömning av subsidiaritetsprincipen, men i målet hade parterna yrkat på att lagstiftaren hade underlåtit att ta ställning till principen. Det gör att domstolens utvärdering i det målet skiljer sig i förhållande till de två första.

Eftersom den gemensamma uppfattningen i doktrinen verkar vara att EU-domstolen inte vill ta i subsidiaritetsprincipen för att definiera den på motsvarande sätt som har gjorts med till exempel proportionalitetsprincipen, går det att se ett behov av att EU-domstolen gör det ännu tydligare att det ställs krav på att formföreskrifterna i samband med subsidiaritetsprövningen respekteras. Det gjorde domstolen i de två första målen, men däremot inte i det sista då den istället på egen hand utvärderade huruvida rättsakten var förenlig med subsidiaritetsprincipen. Om EU-domstolen väljer att göra egna bedömningar framför att ogiltigförklara en rättsakt på grund av att unionslagstiftaren har underlåtit att ange skälen till varför rättsakten är förenlig med subsidiaritetsprincipen, finns risk att de nationella parlamentens möjligheter att göra invändningar mot rättsakten begränsas. Som redan nämnts är tiden för de nationella parlamentens prövningar knapp, varför de behöver ha ett bra underlag när de granskar förslagen till lagstiftning.

4 Krav på god lagstiftning – ökat fokus på förarbeten inom EU

Som nämnts ovan godkände EU-domstolen i det gamla rättsfallet från 1997 att det räcker att skälen för varför rättsakten är förenlig med subsidiaritetsprincipen framgår indirekt. Sedan införandet av systemet för tidig varning kan det diskuteras om det är tillräckligt. De nationella parlamenten har mindre insyn i de bakomliggande diskussioner som leder till ett lagstiftningsförslag än vad EU:s egna institutioner har. Eftersom parlamentens primära roll är att hantera nationell lagstiftning är detta rimligt, men ska systemet för tidig varning kunna fungera

effektivt får nog kommissionen ta på sig uppgiften att tydligt kommunicera skälen för varför ett lagstiftningsförslag är förenligt med subsidiaritetsprincipen och inte nöja sig med att det framgår indirekt. I Vodafone-målet visade EU-domstolen att den är på väg i den riktningen genom att den beaktade kommissionens konsekvensanalys och i den sökte bevis för att rättsakten var förenlig med subsidiaritetsprincipen. Man kan utgå från att vad domstolen letade efter var något slags tecken på vad unionslagstiftaren ansåg om saken, även om konsekvensanalysen hade formulerats av kommissionen.

Det har länge saknats en kontroll av att EU:s lagförberedande dokument och analyser håller god kvalitet. I början av 2000-talet påbörjade kommissionen ett arbete med att förbättra sin egen lagstiftningsprocess och i en vitbok presenterades några åtgärder som man sammanfattar i fem punkter: ökad öppenhet, ökat deltagande, tydligare ansvarsutkrävande, ökad effektivitet och mer samstämmighet.²⁹ Den vitboken har följts av ett flertal andra som också har haft en interinstitutionell karaktär. Liksom vad gäller den svenska lagstiftningsprocessen saknas dock ett tydligt regelverk för vad som gäller vid lagstiftningen. I Sverige har vi ett utbyggt utredningsväsende, men det finns endast några få bestämmelser i regeringsformen och i riksdagsordningen som styr när regeringen måste begagna sig av utredningar. Kommittédirektiven har regeringen också stor makt över. Det gör att regeringen fattar beslut om vilken lagstiftningsprocess som krävs med utgångspunkt framför allt i behovet av legitimitet för sina lagstiftningsförslag. Samma utgångspunkt gäller för kommissionens beslut att använda sig av exempelvis sådana konsekvensanalyser som beaktades av EU-domstolen i Vodafone-målet.

Om EU-domstolen accepterar att lagstiftaren avstår från att uttryckligen ange skälen i sina lagstiftningsförslag för att i stället pröva subsidiaritetsprincipen på egen hand (och som hittills alltid komma till slutsatsen att rättsakten inte kan ogiltigförklaras med hänsyn till lagstiftarens skönsmässiga utrymme), riskerar systemet för tidig varning att bli verkningslöst. Mot den bakgrunden är det en rimlig kompromiss att en striktare

²⁹ Europeiska kommissionens vitbok om styrelseformerna i EU, antagen den 25 juli 2001, ej publicerad i EU:s officiella tidning.

granskning av formföreskrifterna görs för att systemet ska kunna bli en effektiv förhandsgranskning.³⁰ På så sätt krävs ingen förändring i EU-domstolens inställning till subsidiaritetsprincipen, vilket ligger i linje med vad generaladvokat Maduro anser i sitt yttrande i Vodafone-målet.³¹ Slutsatsen kräver dock att det ställs krav på att det underlag som skickas till de nationella parlamenten och EU:s institutioner håller god kvalitet. Möjligen kan principen om god administration i artikel 298 TFEU tjäna som utgångspunkt för EU-domstolen om den vill följa den föreslagna vägen. I principen om god administration ingår ett krav på en öppen, effektiv och oberoende administration i alla delar som rör EU:s institutioners fullgörande av uppgifter. Respekt för den principen är en viktig utgångspunkt för att systemet med ansvarsutkrävande ska fungera effektivt. Som det svenska konstitutionellt rättsliga exemplet tydligt visar kräver dock en sammanblandning av politiskt och juridiskt ansvarsutkrävande vissa kompromisser. I det svenska exemplet rör det sig om att den judiciella makten får stå tillbaka till förmån för den politiska – eftersom Sverige saknar en abstrakt lagprövning efter det att lagstiftningen har antagits – för att istället tillåta att juridisk granskning sker innan lagstiftningen har trätt ikraft. I fråga om subsidiaritetsprincipen ter sig den EU-rättsliga modellen lik den svenska trots att EU:s huvudregel är efterhandskontroll (det vill säga en starkare judiciell makt än i det svenska fallet).

Vidare finns rätten till god förvaltning i artikel 41 i EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna. Artikeln har på ett sätt hittills tolkats snävt av EU-domstolen.³² Den definieras som en rätt till god förvaltning till

förmån för varje rättssubjekt som berörs av en vidtagen åtgärd.³³ Marcusson har definierat begreppet om god förvaltning i en europeisk kontext som en övergripande benämning för vad individer ska ha rätt att förvänta sig av förvaltningen.³⁴ En annan föreslagen definition ges genom att principen beskrivs bestå av rättssäkerhet, transparens och förutsebarhet.³⁵ De allmänna rättsprinciperna saknar ofta rättsföljd i ett konkret fall, men läggs till grund för tolkningen av den konkreta bestämmelsen.³⁶ Samtidigt sägs ofta att de allmänna rättsprinciperna har en stark ställning inom det EU-rättsliga systemet och att de har ett lika högt värde som EU:s primärrätt. EU-domstolen har vid ett flertal tillfällen hänvisat till principen om god förvaltning och har aktivt bidragit till ett förtydligande av principens innebörd. Bland annat har EU-domstolen uttryckt att principen innefattar rätten till tillgång till information, rätten att höras, omsorgsprincipen och motiveringsskyldigheten.³⁷

Av det sagda följer tydligt att principen om god förvaltning rör enskildas rätt i enskilda ärenden. Själva ordet ”förvaltning” torde utesluta en tolkning som inbegriper nationella parlaments rätt till öppenhet och motivering i lagstiftningsprocessen. Det vore i dagsläget orimligt att göra anspråk på en bredare tolkning av principen om god förvaltning för att låta den omfatta även ett krav på god lagstiftning. Det är däremot inte orimligt att göra en jämförelse mellan utvecklingen av enskildas rätt till god förvaltning och nationella parlaments rätt till hög kvalitet i de underlag som presenteras för dem. Liksom enskilda saknade direkta rättigheter i EU:s tidiga fördrag har utvecklingen mot ett ökat inflytande från de nationella parlamenten skett stegvis.

³⁰ En annan viktig anledning till varför skälen måste anges är att de ska kunna bli föremål för EU-domstolens kontroll. Generaladvokat Geelhoed skriver i ett yttrande avseende artikel 296 TFEU bl.a. ”[...] *this provision is an instance of a provision in the Treaty having a bearing on transparency as well as one intended to allow the Union courts to be able to exercise judicial review* [...]”, Förslag till avgörande av generaladvokat Geelhoed den 3 oktober 2002 i mål C-378/00, Europeiska kommissionen mot Europaparlamentet och Europeiska unionens råd, punkt 42, EU:C:2003:42.

³¹ Se ovan.

³² Med detta menas att EU-domstolen har preciserat vad som ingår i begreppet:

1) alla beslut av EU:s institutioner ska vara korrekt motiverade, 2) alla som berörs av beslutet ska kunna höras, 3) all relevant information ska beaktas och läggas till grund för beslutet och 4) berörda parter har rätt att ta del av informationen som lagts till grund för beslutet. Se <http://www.statskontoret.se/upload/Publikationer/2004/200406.pdf>

³³ I domstolens dom den 21 december 2011, N.S. mot Secretary of State for the Home Department, Mål C-411/10, EU:C:2011:865, slår domstolen fast att artikel 41 i EU:s stadga om de grundläggande fri- och rättigheterna inte vänder sig till medlemsstaterna utan endast till EU:s institutioner och byråer.

³⁴ Marcusson, L. (red.), God förvaltning - Ideal och praktik, s. 17, Iustus förlag, 2006.

³⁵ Se bl.a. Millett, L., The Right to Good Administration in European Law, Public Law, summer 2002, 2. 309-322.

³⁶ Se bl.a. Hettne, J., Rättsprinciper som styrmedel, s. 282, Norstedts Juridik, 2008.

³⁷ Se exempelvis domstolens dom den 2 april 1998, Kommissionen mot Chambre syndicale nationale des entreprises de transport de fonds et valeurs (Sytravel) och Bring's France SARL, mål C-367/95 P. EU:C:1998:154.

Nationella parlament har liksom enskilda rätt att få del av handlingar, men bestämmelserna återfinns i protokollen och inte som i de enskildas fall i sekundärrättslagstiftningen.³⁸ Enligt artikel 5 i protokollet om de nationella parlamentens roll i beslutsprocessen ska dessa få tillgång till resultaten av rådets möten, inklusive protokollen, från de möten då rådet diskuterar utkast till lagstiftningsakter. Här torde det finnas en gråzon av dokument från rådet som är av det lite känsligare slaget och som därför inte kan delges de nationella parlamenten eftersom det med stor sannolikhet skulle leda till problem i rådet under förhandlingarna. I den ena vågskålen får man därför placera behovet av att skydda lagstiftningsprocessen och i den andra de nationella parlamentens behov av tillräcklig insyn i lagstiftningsärendet för att de ska kunna ge ett initierat och meningsfullt yttrande angående subsidiaritetsprincipen. Eftersom det torde stå klart att principen om god förvaltning inte sträcker sig till denna typ av ärenden, står domstolen utan vägledning i fördragen om hur den ska avgöra om det underlag som de nationella parlamenten har fått del av är tillräckligt för att de ska kunna göra en adekvat bedömning av subsidiaritetsprincipen. Som tidigare nämnts har domstolen en viktig roll i att bevaka att formföreskrifterna i samband med subsidiaritetsprövningen respekteras under lagstiftningsprocessen. Av protokollen utläser jag att formföreskrifterna syftar till att ge de nationella parlamenten ett bra underlag i god tid så att de kan optimera sina möjligheter att lämna yttranden i subsidiaritetsfrågan.

För att förtydliga den ståndpunkten ska ett konkret exempel ges på när kommissionens lagstiftningsförslag innehöll sådana brister att det helt enkelt skulle ha undanröjt de nationella parlamentens möjlighet att göra subsidiaritetsinvändningar om systemet för tidig varning hade tillämpats. Kommissionen lade i december 2006 fram ett förslag till en ny förordning om upprättande av en gemenskapsordning för kontroll av export av produkter och teknik med dubbla användningsområden.³⁹

Kommissionen föreslog i sitt utkast att förordningen skulle antas med dåvarande artikel 133 EGF som rättslig grund. Enligt den föreslagna artikeln 18 skulle alla medlemsstater fastställa straffrättsliga påföljder, åtminstone för allvarliga överträdelser av bestämmelserna i fördraget. Av förslaget framgick även att subsidiaritetsprincipen inte var tillämplig eftersom lagstiftningen gällde ett område där gemenskapen var ensam behörig. Förvisso är det ostridigt att dåvarande artikel 133 EGF hör till EU:s exklusiva befogenhet, men i kommissionens utkast föreslogs även straffrättsliga bestämmelser och dessa föll inte heller vid tidpunkten för förslaget under EU:s exklusiva befogenhet.⁴⁰ Vid tidpunkten för förslaget fanns inte ens en rättslig grund i fördraget som gav EU befogenhet inom straffrättens område. Det ska dock poängteras att de straffrättsliga påföljderna inte heller antogs eftersom förslaget väckte stark kritik i rådet.

En invändning mot att exemplet kan användas för att visa att kommissionen i bland inte ger en korrekt bild av rättsläget i de förslag till lagstiftning den skickar till de nationella parlamenten, är att förslaget är från tiden innan Lissabonfördraget hade trätt ikraft. Genom Lissabonfördraget ställs större krav på att en rättslig grund ska anges och det finns även en tydligare ”befogenhetskatalog”. En sak som dock talar för att samma situation fortfarande skulle kunna uppkomma är att det saknas bestämmelser om vad kommissionen ska redovisa i sina lagstiftningsförslag. EU:s institutioner är vana vid kommissionens förslag och har rutiner för hur de ska förhålla sig till kommissionens motiveringar, men frågan är om de nationella parlamenten är det. Den fördjupade diskussionen om innehållet i förslagen påbörjas inte förrän tidsfristen för parlamentens subsidiaritetsprövningar har gått ut.

Till diskussionen ska också läggas att i de årliga rapporter från kommissionen som avser efterlevnaden av subsidiaritets- och proportionalitetsprincipen redovisar kommissionen exempelvis för 2009 att den

³⁸ Se huvudsakligen Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1049/2001 av den 30 maj 2001 om allmänhetens tillgång till Europaparlamentets, rådets och kommissionens handlingar, EGT L 145, 31 maj 2001, s. 43-45.

³⁹ KOM (2006) 829 slutgiltig, förslag till rådets förordning om upprättande av en gemenskapsordning för kontroll av produkter och teknik med dubbla användningsområden.

⁴⁰ Tvärtom var det vid tidpunkten för lagstiftningsförslaget mycket tveksamt om EU hade behörighet inom straffrättens område. I brist på en rättslig grund i fördragen lade kommissionen en dom från EU-domstolen till grund för sitt förslag, mål C-176/03, kommissionen mot rådet, EU:C:2005:542.

så kallade konsekvensbedömningsnämnden⁴¹ i 27 av 79 konsekvensbedömningar (d.v.s. i 34 % av fallen) gav rekommendationer om förbättrade motiveringar rörande subsidiaritets- och proportionalitetsprinciperna. 2010 föreslog nämnden förbättringar i mer än hälften av de granskade förslagen och gav då även explicita förslag på förbättringar. Den för analysen mest relevanta är rekommendationen att kommissionen ska fördjupa sin subsidiaritetsanalys.⁴² 2011 förekom anmärkningar från nämnden i något färre fall (43 %), varav de flesta anmärkningarna rörde rekommendationer om bättre motiveringar till varför EU borde vidta åtgärder.⁴³ 2012 låg antalet rekommendationer om förbättrad subsidiaritetsanalys på 33 % av nämndens yttranden.⁴⁴ Slutligen låg 2013 antalet på 34 %.⁴⁵ Konstitutionsutskottet har granskat kommissionens rapport och konstaterat att utan subsidiaritetsmotiveringar i kommissionens lagförslag blir det omöjligt för riksdagen att fullgöra sin skyldighet att följa hur subsidiaritetsprincipen används.⁴⁶ Även om det får anses vara ett steg i rätt riktning att kommissionen ger ut rapporterna och därtill underkastar sig en granskning av de egna lagförslagen, är det av föga tröst för de nationella parlamenten att konsekvensbedömningsnämnden i efterhand kritiserar kommissionen för att ha gett otillräckliga skäl för sin subsidiaritetsprövning. Förvisso kan parlamenten enligt artikel 8 i protokollet kräva en laglighetsprövning av den antagna lagstiftningen i enlighet med artikel 263 FEUF, men den talerätten ska inte överdrivas då den endast är ett förtydligande av någonting som gällde också innan Lissabonfördraget trädde i kraft.⁴⁷

Sammanfattningsvis är det nödvändigt att kommissionen arbetar för att fördjupa subsidiaritetsanalyserna i utkasten till lagstiftningsförslagen för att de nationella parlamenten ska kunna göra adekvata prövningar av subsidiariteten. Det är också rimligt att EU-domstolen funderar över om dess tidigare bedömningar ifråga

om subsidiaritetsprincipen står sig med anledning av införandet av systemet för tidig varning.

5 Slutord

I den här analysen har bland annat diskuterats om den kontroll av subsidiaritetsprincipen som de nationella parlamenten gör har någon praktisk betydelse mot bakgrund av att parlamenten inte har så mycket insyn i de skäl som ligger till grund för EU:s föreslagna åtgärder. Mot bakgrund av den funktion som subsidiaritetsprincipen har i lagstiftningsprocessen är det begripligt att EU-domstolen har intagit en restriktiv hållning i sitt förhållande till subsidiaritetsprincipen. Hur ska en domstol kunna avgöra om en åtgärd bättre kan uppnås på EU-nivå om bedömningen inbegriper ett brett spektra av politiska hänsyn som ska tas? Det finns dock de som vänder på myntet och menar att det inte är domstolens fel att den ännu inte har ogiltigförklarat en rättsakt på grund av bristande respekt för subsidiaritetsprincipen. Istället menar de att den ännu inte har getts en chans att ta ställning i frågan, eftersom de yrkanden som har gjorts inte har formulerats på ett sätt som har gjort det möjligt för domstolen att göra en juridisk prövning av principens innebörd. Det argumentet kan vara något för de nationella parlamenten som enligt art. 8 i protokollet getts möjlighet att väcka talan vid EU-domstolen att ta fasta på, för att få till stånd en laglighetsprövning av en rättsakts förenlighet med subsidiaritetsprincipen.

Eftersom systemet för tidig varning ofta används i EU-institutionernas retorik som argument för att EU har fått en ökad legitimitet efter Lissabonfördragets ikraftträdande kan det framstå som problematiskt om det inte går att göra adekvata subsidiaritetsbedömningar, exempelvis på grund av att EU-domstolen verkar acceptera att endast indirekta motiveringar ges i lagstiftningsförslagen. Det är med andra ord av yttersta vikt att de nationella parlamenten har de faktiska möjligheterna att delta om systemet för

⁴¹ Konsekvensbedömningsnämnden (Impact Assessment Board på engelska) har varit verksam sedan 2006. Nämnden består av högt uppsatta tjänstemän inom kommissionen som representerar olika rättsområden. På nämndens hemsida står det att alla kommissionens lagstiftningsutkast i princip får nämndens godkännande innan kommissionen antar förslaget och skickar det vidare till de nationella parlamenten och EU:s institutioner.

⁴² Report from the Commission on Subsidiarity and Proportionality (18th report on Better Lawmaking covering the year 2011), s. 3.

⁴³ Report from the Commission on Subsidiarity and Proportionality (18th report on Better Lawmaking covering the year 2010), s. 3.

⁴⁴ Report from the Commission on Subsidiarity and Proportionality (18th report on Better Lawmaking covering the year 2012), s. 2.

⁴⁵ Report from the Commission on Subsidiarity and Proportionality (18th report on Better Lawmaking covering the year 2013), s. 2.

⁴⁶ Konstitutionsutskottets utlåtande, 2010/11:KU 26, Rapport från kommissionen om subsidiaritet och proportionalitet.

⁴⁷ Se t.ex. EU Law After Lisbon, red. Biondi, A., Eeckhout, P., och Ripley, S., s. 221.

tidig varning ska kunna ge den önskade effekten av ökad demokratisk legitimitet i EU:s lagstiftningsprocess. I den här analysen har paralleller gjorts mellan vikten av att de förslag som presenteras för de nationella parlamenten ska hålla en hög kvalitet och den princip som kallas principen om god förvaltning och som tar sikte på att EU:s institutioner bland annat måste motivera beslut i enskildas ärenden. För att de nationella parlamenten ska kunna göra adekvata subsidiaritetsprövningar är det rimligt att EU:s institutioner lyder under en motsvarande princip i samband med den förberedande lagstiftningsprocessen. Ytterst bör EU-domstolen ta ansvar för att de processuella

formföreskrifterna respekteras i samband med systemet för tidig varning, men de nationella parlamenten måste också bevaka sin roll genom att kontrollera att man får bra underlag. Hur de nationella parlamenten organiserar sig på hemmaplan är ingenting som EU kan styra över, men det ligger i EU:s intresse att ansvar tas för att optimera parlamentens möjligheter att påverka. Om sedan parlamenten själva vill påverka är en annan sak och ligger bortom EU:s kontroll. Att Sveriges riksdag vid åtskilliga tillfällen har efterlyst både bättre underlag och bättre motiveringar från kommissionen i subsidiaritetsfrågan är i det perspektivet mycket positivt.