

Avgöranden från EG-domstolen — första halvåret 2008

AV IDA OTKEN ERIKSSON, GUNNAR PERSSON, FREDRIK SCHALIN OCH ULF ÖBERG

Här redovisas i sammanfattning ett urval av de domar som EG-domstolen har meddelat under första halvåret 2008.¹

Refererade avgöranden:

1. Dom av den 15 april 2008 i mål C-268/06, *Impact*. Förhållandet mellan EU-rätten och nationell rätt.
2. Dom av den 17 juli 2008 i mål C-152/07–C-154/07, *Arcor m.fl.* Förhållandet mellan EU-rätten och nationell rätt. Direkt effekt och triangulära förhållanden. Kostnadsorienteringsprincipen på telekomområdet.
3. Dom av den 1 juli 2008 i mål C-39/05 P och C-52/05 P, *Sverige och Turco mot rådet*. Tillämpningen av förordning nr 1049/2001. Allmänhetens tillgång till yttranden från institutionerna.
4. Dom av den 1 april 2008 i mål C-212/06, *Gouvernement de la Communauté française och Gouvernement wallon*. Fråga om fri rörlighet i en federal stat.
5. Dom av den 25 juli 2008 i mål C-127/08, *Metock m.fl.*. Rätt för make till unionsmedborgare att följa med eller ansluta sig till unionsmedborgaren när denne utnyttjar den fria rörligheten.
6. Dom av den 1 april 2008 i mål C-267/06, *Maruko*. Diskriminering på grund av sexuell läggning
7. Dom av den 8 april 2008 i mål C-167/05, *kommissionen mot Sverige*. Den svenska beskattningen av vin och öl.
8. Dom av den 24 juni 2008 i mål C-188/07, *Commune de Mesquer*. Skador på miljön som orsakats av tankfartyget *Erika*. Definitionen av avfall och principen om att förorenaren betalar.
9. Dom av den 3 juni 2008 i mål C-308/06, *Intertanko m.fl.*. Frågan om EG-direktivs giltighet i förhållande till internationella konventioner.
10. Dom av den 29 januari 2008 i mål C-275/06, *Promusicae*. Förhållandet mellan skydd för immaterialrätter och integritetsskydd vid civilrättsliga mål.

¹ Tidigare sammanställningar har varit införda i SvJT 2004 s. 949 ff., 2005 s. 291 ff., 2005 s. 973 ff., 2006 s. 273 ff, 2006 s. 724 ff, 2007 s. 367 ff, 2007 s. 735 ff samt 2008 s. 184 ff. Referaten avser den första delen av domstolens verksamhetsår. I den mån hänvisningar förekommer till referat i SvJT av domar från EG-domstolen och förstainstansrätten som avkunnats under åren 1997–2003, avses rättschefen Olle Abrahamssons sammanställningar i denna tidskrift.

11. Dom av den 12 februari 2008 i mål C-199/06 CELF och ministre de la Culture et de la Communication. Återkrävande av statligt stöd.
12. Dom av den 1 juli 2008 i de förenade målen C-341/06 P och C-342/06 P, Chronopost och La Poste mot UFEX m.fl. Fråga om stöd vid s.k. avknoppning av det franska postmonopolet till dotterbolag utgjorde statligt stöd enligt EG-fördraget.
13. Dom av den 17 juli 2008 i mål C-66/08, Kozłowski. Fråga om innebörden av begreppen "bosatt i" och "uppehåller sig i" i den europeiska arresteringsordern.
14. Dom av den 8 april 2008 i mål C-337/05, kommissionen mot Italien. Fråga om det italienska försvarets beställning av helikoptrar omfattades av EU:s upphandlingsdirektiv.

1. Dom av den 15 april 2008 i mål C-268/06, Impact

Rådets direktiv 1999/70/EG om ramavtalet om visstidsarbete² fortsätter att ge anledning till intressanta domar rörande förhållandet mellan EU-rätten och nationell rätt.

Direktivet, som har till syfte att hindra diskriminering mellan visstidsanställda och tillsvidareanställda, införlivades med två års försening i Irland. Fackföreningen Impact gjorde gällande att 91 av dess medlemmar hade behandlats i strid med bestämmelserna i direktivet, dels i perioden innan direktivet införlivades, dels efter införlivandet. Vid införlivandet infördes även en speciell procedur för klagomål avseende överträdelse av lagstiftningen (klagomål till en s.k. Rights Commissioner). En första fråga i målet var om den vid införlivandet etablerade speciella proceduren för överklagande också kunde användas med avseende på den påstådda diskrimineringen som ägt rum efter den tidpunkt då fristen för att införliva direktivet löpt ut, men före den tidpunkt då lagen om införlivande (som gjorde den aktuella domstolen behörig att pröva kraven) trädde i kraft.

Domstolen konstaterade att ett yrkande som grundar sig direkt på ett icke-införlivat direktiv och ett yrkande som grundar sig på ett senare felaktigt införlivande av samma direktiv skall betraktas som en och samma talan. Domstolen fann att effektivitetsprincipen kräver att kärande kan väcka båda kraven vid specialdomstolen, om skyldigheten för käranden att samtidigt väcka en separat talan vid allmän domstol som direkt grundar sig på själva direktivet, skulle ge upphov till "processuella olägenheter" (t.ex. med avseende på kostnader, varaktighet och bestämmelser om ombud) vilka kan göra det orimligt svårt att utöva de rättigheter som käranden har enligt EU-rätten. Domstolen betonade att det ankom på den nationella domstolen att undersöka om så är fallet.

Domstolen konstaterade därefter att ramavtalet om visstidsarbete som förhandlats fram mellan arbetsmarknadens parter på gemen-

² Rådets direktiv 1999/70/EG av den 28 juni 1999 om ramavtalet om visstidsarbete undertecknat av EFS, UNICE och CEEP, EGT L 175, s. 43.

skapsnivå och som genomförts i enlighet med artikel 139.1 EG genom att bifogas till direktiv 1999/70, utgör en integrerad del av direktivet och därmed kan ha direkt effekt om villkoren för detta är uppfyllda. Domstolen fann således att förbudet mot att behandla visstidsanställda mindre fördelaktigt än jämförbara tillsvidareanställda var ovillkorligt och tillräckligt precist för att kunna åberopas av enskilda inför en nationell domstol. Däremot fann domstolen att en klausul innehållande en skyldighet för medlemsstaterna att förhindra missbruk inte kunde antas ha sådan direkt effekt, eftersom bestämmelsen i fråga föreskrev att medlemsstaterna kunde välja mellan flera möjliga tillvägagångssätt. Denna slutsats hindrade dock inte domstolen från att konstatera att bestämmelsen ändå innehöll ett tydligt förbud mot missbruk och att en myndighet i en medlemsstat, som agerar i egenskap av offentlig arbetsgivare, därför inte har rätt att förnya vissa visstidsanställningar för ovanligt långa perioder, under perioden från det att införlivandefristen för direktivet löpt ut till ikraftträdandet av den lag genom vilken direktivet införlivades.

Slutligen ställde den nationella domstolen en fråga rörande omfattningen av den EG-rättsliga skyldigheten till direktivkonform tolkning. Den nationella domstolen undrade om den var skyldig att tolka de nationella bestämmelser som hade antagits i syfte att införliva direktivet på så sätt att de hade retroaktiv verkan från det datum då direktivet skulle ha införlivats när 1) den nationella bestämmelsens lydelse inte uttryckligen uteslöt en sådan tolkning, men 2) en nationell bestämmelse som reglerade tolkningen av lagar uteslöt en sådan retroaktiv tillämpning om inte motsatsen angavs klart och tydligt.

EG-domstolen konstaterade här att när den nationella rätten innehåller en regel om att en lag inte kan tillämpas retroaktivt, om det inte klart och tydligt anges i lagen att detta är tillåtet, ankommer det på den nationella domstolen att undersöka huruvida den aktuella nationella lagen innehåller en bestämmelse av sådant slag att nämnda lag kan tillämpas retroaktivt. Saknas en sådan bestämmelse, kan gemenskapsrätten, i synnerhet kravet på direktivkonform tolkning, inte tolkas så, att det ålägger den nationella domstolen att tillerkänna lagen retroaktiv verkan från det att införlivandefristen löpte ut. Detta skulle nämligen innebära att den nationella domstolen skulle vara tvungen att tolka den nationella rätten *contra legem*.

Domstolen begränsar genom den här domen skyldigheten till direktivkonform tolkning, vars omfattning har diskuterats mycket sedan formuleringarna i *Pfeiffer*-domen.³ Området är fortfarande under utveckling, men en preliminär slutsats av *Pfeiffer*- och *Impact*-domarna måste bli att nationella domstolar inte genom skyldigheten till direktivkonform tolkning har skyldighet att åsidosätta fasta nationella

³ Dom av den 5 oktober 2004 i mål C-397/01–C-403/01, *Pfeiffer* m.fl., REG 2004, s. I-8835, SvJT 2005 s. 292 f.

”tolkningsregler”, men å andra sidan, vid val mellan flera likställbara tolkningsmetoder, skall välja den som är mest direktivkonform.

2. Dom av den 17 juli 2008 i mål C-152/07—C-154/07, Arcor m.fl.

I denna dom tillämpade EG-domstolen sin rättspraxis om direkt effekt av direktivbestämmelser i triangulära situationer på telekomområdet.

I sak gällde målet fastställandet av avgifter för samtrafik på telekomområdet i Tyskland, som enligt tillämpliga EG-direktiv 90/388 och 97/33⁴ ska följa principerna om öppenhet och kostnadsorientering. Målen vid den nationella domstolen som begärt ett förhandsavgörande rörde ett beslut som den tyska regleringsmyndigheten fattat om att bevilja den dominerande aktören Deutsche Telekom tillstånd att ta ut en anslutningsavgift om 0,004 euro per minut utöver samtalspriset från Arcor AG & Co. KG, Communication Services TELE2 GmbH och Firma 01051 Telekom GmbH. Denna avgift avsåg kostnader för tillhandahållande av förbindelser från Deutsche Telekomns nationella telefonnät till en samtrafikerande nätoperatör verksam inom anslutning av lokala samtal. Vart och ett av de tre företag som berördes av betalningen av tilläggsbeloppen överklagade det förvaltningsbeslut i vilket beloppen fastställdes.

Direktivbestämmelser kan som huvudregel åberopas av enskilda mot staten (s.k. vertikal direkt effekt), men de kan inte tillämpas i omvänd riktning av staten i förhållande till enskilda (s.k. avsaknad av omvänd vertikal direkt effekt).⁵ Enligt fast rättspraxis är det inte heller möjligt att åberopa en bestämmelse i ett direktiv i en tvist mellan enskilda (avsaknad av s.k. horisontell effekt).⁶ Den rättsteoretiska grunden för detta resonemang är att om principen om direktivens direkta effekt utvidgas till förhållanden mellan enskilda, skulle det innebära att gemenskapslagstiftaren skulle erhålla en rätt att föreskriva skyldigheter för medborgarna genom direktiv, vilket den endast är behörig att göra genom att anta förordningar eller beslut.⁷

Enligt domstolens rättspraxis kan en enskild därför inte åberopa ett direktiv gentemot en medlemsstat, när det rör sig om en statlig skyldighet som har ett *direkt samband* med verkställandet av en annan

⁴ Kommissionens direktiv 90/388/EEG av den 28 juni 1990 om konkurrens på marknaderna för teletjänster (EGT L 192, s. 10; svensk specialutgåva, område 13, volym 19, s. 221), i dess lydelse enligt kommissionens direktiv 96/19/EG av den 13 mars 1996 (EGT L 74, s. 13) och Europaparlamentets och rådets direktiv 97/33/EG av den 30 juni 1997 om samtrafik inom telekommunikation i syfte att säkerställa samhällsomfattande tjänster och samverkan genom tillämpning av principerna om tillhandahållande av öppna nät (EGT L 199, s. 32), i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 98/61/EG av den 24 september 1998 (EGT L 268, s. 37).

⁵ Dom av den 12 december 1996 i de förenade målen C-74/95 och C-129/95, Brottmål mot X, REG 1996, s. I-6609.

⁶ Dom av den 14 juli 1994 i mål C-C-91/92, Faccini Dori, REG 1994, s. I-3225; svensk specialutgåva, volym 16, s. I-1.

⁷ Dom av den 7 mars 1996 i mål C-194/94, El Corte Inglés, REG 1996, s. I-1281.

skyldighet som enligt detta direktiv åligger tredje man. *Negativa återverkningar* för tredje mans rättigheter kan däremot inte i sig motivera att enskilda förvägras rätten att åberopa bestämmelserna i ett direktiv gentemot den berörda medlemsstaten, även om det är säkert att sådana återverkningar uppstår.⁸

Med tillämpning av denna praxis konstaterade domstolen i den refererade domen att artikel 4c i direktiv 90/388 och artikel 12.7 i direktiv 97/33 har direkt effekt och kan åberopas direkt av Arcor, TELE2 och Firma 01051 Telekom vid nationell domstol för att angripa ett beslut från den nationella regleringsmyndigheten. Deutsche Telekom ansågs ha ställning av tredje man i förhållande till den tvist som den nationella domstolen hade att pröva. Enligt EG-domstolen kan Deutsche Telekom förvisso drabbas av ”negativa återverkningar” på grund av att bolaget erhållit en avgift och att det, om denna avgift avskaffades, skulle bli tvunget att höja sina egna kundavgifter. Ett sådant indragande av förmåner kan enligt domstolen emellertid inte anses utgöra en ”skyldighet som åligger tredje man” enligt de direktiv som åberopats av klagandena i målen vid den nationella domstolen.

Som redan konstaterades vid referatet av domstolens dom i målet *Wells*,⁹ har domstolen genom att bekräfta sin rättspraxis om direkt effekt av direktivbestämmelser i triangulära situationer ytterligare stärkt genomslaget av direktiv i medlemsstaterna.

3. Dom av den 1 juli 2008 i förenade målen C-39/05P och C-52/05P, Sverige och Turco mot rådet

Genom den här domen har EG-domstolen utvecklat synen på EG:s öppenhetsförordning nr 1049/2001.¹⁰ Domstolen har därvid underkänt förstainstansrättens ursprungliga bedömningar.

I sak handlade målet om tillgång till ett yttrande från rådets rättstjänst rörande ett förslag till direktiv från rådet om minimistandarder för mottagande av asylsökande i medlemsstaterna. Frågan avser tolkningen av den undantagsbestämmelse som återfinns i artikel 4.2 i förordning nr 1049/2001, som medger undantag om ett utlämnande skulle undergräva skyddet för rättsliga förfaranden och juridisk rådgivning, om det inte föreligger ett övervägande allmänintresse av utlämnandet.

I förstainstansrättens domskäl¹¹ konstaterades att ett utlämnande av handlingen skulle kunna undergräva förtroendet för EG:s lagstiftningsprocesser, varvid sagda undantagsbestämmelse var tillämplig. Ett

⁸ Se dom av den 7 januari 2004 i mål C-201/02, *Wells*, REG 2004, s. I-723, punkt 56 och 57 och där angiven rättspraxis, SvJT 2004 s. 950 f.

⁹ Dom av den 7 januari 2004 i mål C-201/02, *Wells*, REG 2004, s. I-723, SvJT 2004 s. 950 f.

¹⁰ Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1049/2001 av den 30 maj 2001 om allmänhetens tillgång till Europaparlamentets, rådets och kommissionens handlingar (EGT L145, s. 43).

¹¹ Dom av den 23 november 2004 i mål T-84/03, *Turco mot rådet*, REG 2004, s. II-4061, p. 53 ff.

övervägande allmänintresse, det vill säga ett undantag från undantaget, hade ej visats föreligga. Översatt till traditionell svensk offentlighetsterminologi menade förstainstansrätten att den nu ifrågavarande typen av dokument omfattades av ett omvänt skaderekvisit, det vill säga en presumtion för sekretess.

Enligt EG-domstolen är riskbedömningen en annan. Istället för att presumera att denna typ av handlingar omfattas av sekretess tillämpar domstolen — för att återigen använda svensk terminologi — ett rakt skaderekvisit. Domstolen betonade fördelarna med offentlighet i lagstiftningsprocessen och menade att en ökad offentlighet kan ge ökad legitimitet åt EG:s lagstiftning. Man går till och med så långt att man menar att det är avsaknaden av öppenhet som är den egentliga risken.¹²

Med detta grundläggande synsätt på möjlig skada respektive nytta av ett utlämnande har EG-domstolen förändrat perspektiven radikalt i förhållande till förstainstansrätten. Det grundläggande allmänintresse som förordning nr 1049/2001 ytterst bygger på blir då avgörande. Det är inte ett utlämnande som måste motiveras utan istället — i förekommande fall — beslutet att inte lämna ut handlingen. Vad som krävs för ett sådant avslagsbeslut är enligt domstolen att det rör ett yttrande av särskilt känslig art eller har en särskilt stor räckvidd som går längre än det aktuella lagstiftningsförfarandet. Den berörda institutionen är i ett sådant fall skyldig att lämna en utförlig motivering till beslutet att inte lämna ut yttrandet i fråga”.¹³

4. Dom av den 1 april 2008 i mål C-212/06, Gouvernement de la Communauté française och Gouvernement wallon

I denna dom preciserar EG-domstolen huruvida personer som rör sig inom en federal stat omfattas av begreppet ”rent interna situationer” eller kan åberopa rätten till fri rörlighet enligt EG-fördraget.

Bakgrunden för domen var en tvist mellan de olika delstaterna i Belgien. Den franskspråkiga gemenskapens regering och den vallonska regeringen ansåg att ett vårdförsäkringssystem infört av den flamändska gemenskapen var i strid med gemenskapsrätten. Systemet omfattade endast personer som var bosatta inom den nederländskspråkiga regionen, medan personer som arbetade i regionen, men var bosatta i de franskspråkiga eller de tyskspråkiga regionerna, uteslöts.

EG-domstolen inledde med att konstatera att det utgör ett rent internt förhållande som inte omfattas av EG-fördraget, om ett vårdförsäkringssystem utesluter belgiska medborgare som arbetar inom den nederländskspråkiga regionen, men som är bosatta i den franskspråkiga eller den tyskspråkiga regionen och som aldrig har utövat sin rätt till fri rörlighet i gemenskapen. Domstolen ansåg inte att unionsmedborgarskapet i artikel 17 EG kunde anföras som invändning mot den-

¹² Se domen, punkt 59-61.

¹³ Se domen, punkt 69.

na slutsats, eftersom syftet med unionsmedborgarskapet inte är att utvidga det materiella tillämpningsområdet för fördraget.

Domstolen tillade emellertid att en tolkning av de gemenskapsrättsliga bestämmelserna likväl skulle kunna vara användbar för den nationella domstolen i två situationer. En tolkning av bestämmelserna skulle kunna vara av betydelse om den nationella domstolen enligt nationell rätt skulle vilja hindra s.k. omvänd diskriminering. Vidare skulle en gemenskapsrättslig tolkning vara av intresse ifall gemenskapsrätten ändå skulle vara direkt tillämplig, dvs. i fall vårdförsäkringssystemet skulle utesluta antingen en belgisk medborgare som redan har utövat sin rätt till fri rörlighet, eller i fall fråga skulle vara om en medborgare i en annan medlemsstat som skulle kunna arbeta i den nederländskspråkiga regionen, men vara bosatt i en annan del av det nationella territoriet.

Med avseende på dessa situationer fortsatte EG-domstolen sin analys och konstaterade att det aktuella sjukvårdssystemet skulle kunna hindra utövandet av de rättigheter som följer av artiklarna 39 EG och 43 EG. Enligt EG-domstolen skulle de berörda anställda eller egenföretagarna antingen gå miste om vårdförsäkringen eller ha begränsad möjlighet att välja sin hemvist. EG-domstolen godtog inte heller argumentet att verkningarna av den aktuella lagstiftningen skulle vara alltför slumpmässiga eller indirekta för att den skulle kunna anses vara ett hinder för den fria rörligheten. Domstolen påpekade här att bestämmelserna om fri rörlighet utgör grundläggande bestämmelser och att varje hinder, även av mindre omfattning, för dessa friheter är förbjudet.

Domstolen fann slutligen att det inte hade framkommit några omständigheter som kunde rättfärdiga hindret för den fria rörligheten. Att den flamländska gemenskapen enligt belgisk rätt inte skulle ha någon som helst behörighet avseende vårdförsäkringar i fråga om personer som är bosatta inom territorierna för andra språkgemenskaper i Belgien, avfärdade domstolen med hänvisning till den rättspraxis enligt vilken en medlemsstat inte kan åberopa bestämmelser, praxis eller förhållanden i sin interna rättsordning som grund för att underlåta att iaktta skyldigheter som föreskrivs i gemenskapsrätten.

Med domen tydliggör domstolen att gemenskapsrätten inte omfattar federala enheters behandling av inhemska medborgare från andra federala enheter. Domstolen är dock mycket noggrann med att betona att lagstiftningen i alla fall kan komma att påverka gemenskapsrätten och att den i så fall skall underkännas. Nästa kniviga fråga blir hur litet eller hur mycket som krävs för att en belgisk medborgare skall anses "ha utnyttjat sin rätt till fri rörlighet". Domen kan få ganska omfattande verkningar om det t.ex. är tillräckligt att man har kontakt med andra medlemsstater i sitt arbete.

5. Dom av den 25 juli 2008 i mål C-127/08, Metock m.fl.

I detta mål, som handlagts av EG-domstolen med förtur, har domstolen ändrat och klargjort sin rättspraxis när det gäller rätten för tredjelandsmedborgare — som är familjemedlemmar till unionsmedborgare — att bosätta sig i en medlemsstat i Europeiska unionen.

Blaise Baheten Metock och flera andra tredjelandsmedborgarna var gifta med unionsmedborgare som hade utnyttjat sin fria rörlighet och bosatt sig i Irland. Omständigheterna i de olika fallen var inte helt identiska. I några av fallen hade tredjelandsmedborgaren ”anslutit sig” till unionsmedborgaren som vistades i Irland. I ett par fall vistades tredjelandsmedborgaren redan i Irland när unionsmedborgaren anlände dit. I samtliga fall hade paren gift sig i Irland.

I begäran om förhandsavgörande ställde High Court, Irland, två frågor angående tolkningen av direktiv 2004/38 om unionsmedborgares och deras familjemedlemmars rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier.¹⁴

Den första frågan var huruvida en tredjelandsmedborgare, som är make till en unionsmedborgare som uppehåller sig i en medlemsstat utan att vara medborgare där, redan ska ha uppehållit sig lagligen i en annan medlemsstat före ankomsten till den mottagande medlemsstaten för att kunna utnyttja bestämmelserna i direktivet.

För det första konstaterade EG-domstolen att det inte finns någon bestämmelse i direktiv 2004/38 enligt vilken direktivet ska tillämpas på en unionsmedborgares familjemedlemmar enbart om de redan har uppehållit sig lagligen i en medlemsstat. Domstolen tillade att denna tolkning stöddes av domstolens rättspraxis avseende de sekundärrättsakter på området för fri rörlighet för personer som antogs före direktiv 2004/38.¹⁵ Domstolen medgav att den visserligen hade slagit fast, i domen i målet *Akrich*,¹⁶ att det, för att kunna komma i åtnjutande av de rättigheter som följde av dessa sekundärrättsakter, krävdes att en tredjelandsmedborgare som är make till en unionsmedborgare uppehåller sig lagligen i en medlemsstat när han flyttar till en annan medlemsstat dit unionsmedborgaren flyttar eller har

¹⁴ Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/38/EG av den 29 april 2004 om unionsmedborgares och deras familjemedlemmars rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier och om ändring av förordning (EEG) nr 1612/68 och om upphävande av direktiven 64/221/EEG, 68/360/EEG, 72/194/EEG, 73/148/EEG, 75/34/EEG, 75/35/EEG, 90/364/EEG, 90/365/EEG och 93/96/EEG (EUT L 158, s. 77, och — rättelser — EUT L 229, 2004, s. 35, EUT L 197, 2005, s. 34, och EUT L 204, 2007, s. 28).

¹⁵ Domar av den 11 juli 2002 i mål C-60/00, *Carpenter*, REG 2002, s. I-6279, punkt 38, av den 25 juli 2002 i mål C-459/99, *MRAĀ*, REG 2002, s. I-6591, punkt 53, av den 14 april 2005 i mål C-157/03, kommissionen mot Spanien, REG 2005, s. I-2911, punkt 26, av den 31 januari 2006 i mål C-503/03, kommissionen mot Spanien, REG 2006, s. I-1097, punkt 41, SvJT 2006, s. 279 f, av den 27 april 2006 i mål C-441/02, kommissionen mot Tyskland, REG 2006, s. I-3449, punkt 109, och av den 11 december 2007 i mål C-291/05, *Eind*, REG 2007, s. I-10719, punkt 44, SvJT 2008, s. 201 f.

¹⁶ Dom av den 23 september 2003 i mål C-109/01, *Akrich*, REG 2003, s. I-9607, punkt 50-51.

flyttat. Domstolen konstaterade emellertid att denna slutsats borde omprövas.

För det andra ansåg EG-domstolen att den angivna tolkningen av direktiv 2004/38 var förenlig med kompetensfördelningen mellan medlemsstaterna och gemenskapen. Om medlemsstaterna medgavs exklusiv behörighet att bevilja eller neka rätt till inresa och uppehåll på sina territorier för tredjelandsmedborgare som är familjemedlemmar till unionsmedborgare och som inte redan har uppehållit sig lagligen i en annan medlemsstat, skulle unionsmedborgarnas fria rörlighet i en annan medlemsstat än den där de själva är medborgare dessutom komma att skilja sig åt mellan medlemsstaterna beroende på den nationella utlänningslagstiftningen. Ett sådant resultat vore oförenligt med den inre marknaden.

Det i *Akrich* uppställda kravet skulle dessutom ge upphov till det paradoxala resultatet att tredjelandsmedborgare gifta med andra tredjelandsmedborgare skulle ha en mer omfattande rätt att resa in och uppehålla sig i en medlemsstat med stöd av direktiv 2003/86 om rätt till familjeåterförening¹⁷ än tredjelandsmedborgare gifta med unionsmedborgare enligt direktiv 2004/38.

Domstolen besvarade den första frågan på så sätt att direktiv 2004/38 utgör hinder för lagstiftning i en medlemsstat, enligt vilken det krävs att en tredjelandsmedborgare, som är make till en unionsmedborgare som uppehåller sig i nämnda medlemsstat utan att vara medborgare där, redan har uppehållit sig lagligen i en annan medlemsstat före ankomsten till den mottagande medlemsstaten för att kunna utnyttja bestämmelserna i direktivet.

Genom sin andra fråga ville den hänskjutande domstolen få klarhet i huruvida en make till en unionsmedborgare, som hade utövat sin rätt till fri rörlighet genom att etablera sig i en annan medlemsstat, kunde utnyttja bestämmelserna i detta direktiv oberoende av när och var giftermålet ägt rum och oberoende av när och under vilka omständigheter maken reste in i den mottagande medlemsstaten.

Domstolen erinrade om att det av direktivet följer att familjemedlemmar som "följer med" eller "ansluter sig till" unionsmedborgaren i den mottagande medlemsstaten åtnjuter uppehållsrätt där. EG-domstolen uttalade att det saknade betydelse om unionsmedborgaren bildat familj redan vid flytten till den mottagande medlemsstaten och om tredjelandsmedborgaren rest in i den mottagande medlemsstaten före eller efter det att han eller hon blivit familjemedlem till unionsmedborgaren.

EG-domstolen besvarade den andra frågan på så sätt att en tredjelandsmedborgare, som är make till en unionsmedborgare som uppehåller sig i en annan medlemsstat, kan utnyttja bestämmelserna i direktiv 2004/38 oberoende av var och när deras giftermål ägde rum

¹⁷ Rådets direktiv 2003/86/EG av den 22 september 2003 om rätt till familjeåterförening, EUT L 251, s. 12.

samt på vilket sätt tredjelandsmedborgaren reste in i den mottagande medlemsstaten.

Betydelsen av EG-domstolens dom i detta mål kan knappat överskattas. En betydande osäkerhet har under lång tid rått när det gäller rätten för tredjelandsmedborgare att följa med eller ansluta sig till en familjemedlem som är unionsmedborgare och som har utnyttjat sin rätt till fri rörlighet. Det har framförallt rått osäkerhet om innebörden och räckvidden av det krav som EG-domstolen ställde upp i *Akrich* om att en tredjelandsmedborgare som är make till en unionsmedborgare, för att komma i åtnjutande av de rättigheter som följer av den fria rörligheten, ”lagligen skall uppehålla sig i en medlemsstat”. I den efterföljande domen i *Jia*¹⁸ begränsade EG-domstolen räckvidden av domen i *Akrich* utan att för den skull klargöra rättsläget. Desto mer klargörande är däremot den nu refererade domen. Det är endast vid mycket sällsynta tillfällen som EG-domstolen öppet medger att den genomför en ändring av rättspraxis.¹⁹ Genom sitt svar på den andra frågan lämnar dessutom EG-domstolen tydliga riktlinjer för hur de i direktivet angivna kraven på att familjemedlemmen ”ska ansluta sig till” eller ”följa med” ska tillämpas. Domstolens uttalanden ger vid handen att uttrycken skall ges en mycket vid tolkning som utgår ifrån att den enskilde EU-medborgarens fria rörlighet — enligt EG-fördraget — inte skall hindras.

6. Dom av den 1 april 2008 i mål C-267/06, Maruko

I denna dom företar EG-domstolen en relativt vidsträckt tolkning av direktiv 2000/78/EG om inrättande av en allmän ram för likabehandling i arbetslivet.²⁰ EG-domstolen konstaterar att nationella bestämmelser, som föreskriver att endast efterlevande make men inte efterlevande partner i ett registrerat partnerskap kan tilldelas efterlevandepension, strider mot direktivet i den mån efterlevande make och efterlevande partner kan anses befinna sig i en jämförbar situation.

År 2001 ingick Tadao Maruko registrerat partnerskap med en designer av scenkläder. När partnern avled 2005 nekade pensionskassan för tyska teatrar, Vddb, Maruko efterlevandeförmån i form av änkepension. Enligt pensionskassans stadgar kunde endast efterlevande makar uppnå en sådan förmån. Maruko överklagade avslaget med hänvisning bl.a. till direktiv 2000/78. Bayerisches Verwaltungsgericht München beslutade att vilandeförklara målet och att ställa en rad tolkningsfrågor till EG-domstolen. Huvudfrågan var om den aktuella pensionen från Vddb kunde betecknas som lön och därmed omfattas av direktivets tillämpningsområde, eller om pensionen var att anse

¹⁸ Dom av den 9 januari 2007 i mål C-1/05, *Jia*, REG 2007, s. I-1, SyJT 2007, s. 744 f.

¹⁹ Se bl.a. dom av den 24 november 1993 i mål C-267/91 och C-268/91, *Keck och Mithouard*, REG 1993, s. I-6097, punkt 14.

²⁰ Rådets direktiv 2000/78/EG av den 27 november 2000 om inrättande av en allmän ram för likabehandling, EGT L 303, s. 16.

som en utbetalning från ett offentligt system för social trygghet, vilket faller utanför direktivets tillämpningsområde.

Domstolen har i en omfattande praxis tagit ställning till vad som kan anses vara lön enligt artikel 141 EG. Den har bl.a. medgett att begreppet omfattar efterlevandepensioner som utbetalas enligt ett yrkesbaserat pensionssystem som har upprättats genom kollektivavtal, och att det enda avgörande kriteriet för att göra åtskillnad mellan lön och sociala trygghetssystem är huruvida pensionen utbetalas till arbetstagare på grund av anställningsförhållandet mellan honom och hans tidigare arbetsgivare. Även om pensioner som utbetalas enligt ett lagstadgat system för social trygghet också kan vara knutna till erhållen lön, kan sådana omständigheter inte ges företräde, om pensionen endast är av intresse för en särskild kategori anställda, om den står i direkt relation till antalet tjänsteår och om beloppet beräknas på grundval av tjänstemannens senaste lön.

Domstolen fann att dessa villkor var uppfyllda i det föreliggande fallet. Den hänvisade bl.a. till att den omtvistade pensionen hade sitt ursprung i ett arbetsrelaterat kollektivavtal som enligt uppgift från den nationella domstolen hade till syfte att komplettera de sociala förmåner som utbetalas enligt de allmänt tillämpliga nationella bestämmelserna. Domstolen hänvisade även till att systemet finansierades uteslutande av berörda arbetstagare och arbetsgivare utan statliga bidrag och till att de anslutna personerna utgjorde en viss kategori arbetstagare, nämligen den konstnärliga personalen vid teatrar i Tyskland.

Domstolen kom följaktligen fram till att den aktuella efterlevandeförmånen skulle betraktas som lön enligt artikel 141 EG och därmed omfattades av direktiv 2000/78. Denna slutsats ansågs inte påverkas av att det i skäl 22 i direktiv 2000/78 anges att direktivet inte påverkar tillämpningen av nationell lagstiftning som gäller civilstånd och de förmåner som är avhängiga därav.

Domstolen tog därefter ställning till huruvida direktivets förbud mot direkt och indirekt diskriminering i arbetslivet, däribland diskriminering på grund av sexuell läggning, utgjorde hinder för de omtvistade bestämmelserna enligt vilka endast makar kunde tilldelas efterlevandepension. Domstolen konstaterade i detta avseende, att om den nationella domstolen skulle anse att efterlevande makar och efterlevande partner befinner sig i en jämförbar situation med avseende på den aktuella efterlevandeförmånen, måste de omtvistade bestämmelserna anses innebära en direkt diskriminering på grund av sexuell läggning i den mening som avses i direktivet. Slutligen fann inte domstolen det nödvändigt att begränsa domens verkningar i tiden.

EG-domstolens dom i det här målet illustrerar en pågående rättsutveckling som sker parallellt på europeisk och nationell nivå. Både på lagstiftningsområdet och inom rättspraxis jämföras i allt högre utsträckning heterosexuella och homosexuella relationer. Förbudet

mot diskriminering gäller inte längre bara förhållandet mellan könen eller diskriminering på grund av nationalitet. Förutom förbud mot diskriminering på grund av sexuell läggning omfattar den europeiska lagstiftningen numera även förbud mot diskriminering på grund av ras, etnisk tillhörighet, religion, övertygelse, ålder och funktionshinder.²¹

7. Dom av den 8 april 2008 i mål C-167/05, kommissionen mot Sverige

I detta mål fann EG-domstolen att den mer förmånliga beskattningen av öl i förhållande till vin i Sverige inte stred mot artikel 90, andra stycket, EG som förbjuder interna skatter som är av sådan art att de skyddar inhemska varor från konkurrerande importerade varor.

Kommissionen och den svenska regeringen var eniga på ett stort antal punkter när det gällde förhållandet mellan öl och vin på den svenska marknaden. De var således överens om att öl var en huvudsakligen inhemsk vara och vin huvudsakligen en importvara. De var också överens om att de billigaste viner som är föremål för den största konsumtionen kunde anses konkurrera med öl i den mening som avses i artikel 90 andra stycket EG. Parterna var även överens om att det fanns en skillnad i volymbeskattningen av öl och vin som kunde anses inverka på konsumenternas beteende. Sverige ansåg emellertid att öl och vin endast i viss mån konkurrerade med varandra och att beskattningen bara utgjorde en av de faktorer som kunde påverka konsumenternas beteende.

Domstolen uttalade inledningsvis att syftet med artikel 90 andra stycket EG är att avskaffa alla former av indirekt skattemässig protektionism i förhållande till importerade varor som, utan att vara liknande varor i förhållande till de inhemska varorna i den mening som avses i första stycket, icke desto mindre delvis, indirekt eller potentiellt konkurrerar med vissa av dessa varor.²²

EG-domstolen fann att det billigare vin som konkurrerade med starköl beskattades högre än starköl. Den fråga som EG-domstolen ställde sig var emellertid huruvida den högre skatten på vin i förhållande till skatten på öl kunde påverka den aktuella marknaden så, att den potentiella konsumtionen av de importerade varorna minskade till förmån för de inhemska konkurrerande varorna.²³ EG-domstolen uttalade att hänsyn skulle tas till såväl skillnaden mellan de aktuella varornas försäljningspriser som den inverkan denna skillnad hade på

²¹ När det gäller förbudet mot diskriminering på grund av ras eller etniskt ursprung, se rådets direktiv 2000/43/EG av den 29 juni 2000 om genomförandet av principen om likabehandling av personer oavsett deras ras eller etniska ursprung, EGT L 180, s. 22.

²² Domarna i det ovannämnda målet kommissionen mot Belgien, punkt 7, och av den 11 augusti 1995 i de förenade målen C-367/93–C-377/93, Roders m.fl., REG 1995, s. I-2229, punkt 38.

²³ Se domarna i de ovannämnda målen kommissionen mot Belgien, punkt 15, och Roders m.fl., punkt 39.

konsumenternas val och till hur konsumtionen av dessa varor utvecklades. För att kunna göra denna bedömning skulle en jämförelsemetod tillämpas som de två parterna slutligen godtagit, vilken avsåg en liter öl och en liter vin. Jämförelsen av förhållandet mellan försäljningspriset på en liter starköl och en liter vin som konkurrerade med ölet visade att prisskillnaden mellan dessa två varor var nästintill densamma före och efter beskattningen. På grund härav fann EG-domstolen att den skillnad i försäljningspris som påvisats i förevarande mål inte var ägnad att påverka konsumenternas beteende och därigenom indirekt kunna skydda det svenska ölet i den mening som avses i artikel 90 andra stycket EG. Kommissionens talan ogillades därför.

Genom den här domen skriver EG-domstolen ett nytt kapitel i sin — relativt ålderstigna — rättspraxis avseende medlemsstaternas interna skatter på öl respektive vin.²⁴ Trots en klart högre beskattning av vin än av öl fann EG-domstolen — i motsats till generaladvokat Mengozzi²⁵ — att denna beskattning endast medförde en mycket begränsad prisskillnad som inte ansågs påverka konsumenternas beteende och därigenom skydda den inhemska produktionen. Det är inte första gången som EG-domstolen ogillar en fördragsbrottstalan enligt artikel 90 andra stycket EG. Om kommissionen sällan har några svårigheter att visa att interna skatter ”på varor från andra medlemsstater” är ”högre än de skatter eller avgifter som direkt eller indirekt läggs på liknande inhemska varor” enligt artikel 90 första stycket EG, är det betydligt svårare att visa att ”interna skatter” är av sådan art att de ”indirekt skyddar andra varor” enligt de kriterier som EG-domstolen ställt upp i sin rättspraxis.

8. Dom av den 24 juni 2008 i mål C-188/07, *Commune de Mesquer*

Genom detta pleniavgörande klargjorde EG-domstolen innebörden av begreppet avfall och av principen förorenaren betalar, som ligger till grund för principen om producentansvar enligt EG:s avfallslagstiftning.²⁶

Målet vid den nationella domstol som begärt förhandsavgörande gäller en tvist mellan *Commune de Mesquer* i Frankrike, å ena sidan, och *Total France SA* och *Total International Ltd* (härefter *Totalbolagen*), å andra sidan, avseende ersättning för den skada som orsakades

²⁴ Se bl.a. domar av den 27 februari 1980 i målet 168/78, kommissionen mot Frankrike, REG 1980 s. 347, av den 27 februari 1980 och den 12 juli 1983 i målet 170/78, kommissionen mot Förenade kungariket, REG 1980, s. 417 och REG 1983 s. 2265, samt av den 9 juli 1987 i mål C-356/85, kommissionen mot Belgien, REG s. 3299; svensk specialutgåva s. 147.

²⁵ Förslag till avgörande av generaladvokat Mengozzi föredraget den 18 juli 2007.

²⁶ Frågan gällde tolkningen av artiklarna 1 och 15 i rådets direktiv 75/442/EEG av den 15 juli 1975 om avfall (EGT L 194, s. 39; svensk specialutgåva, område 15, volym 1, s. 238), i dess lydelse enligt kommissionens beslut 96/350/EG av den 24 maj 1996 (EGT L 135, s. 32) (nedan kallat direktiv 75/442), samt av bilaga I till direktivet. Direktiv 75/442 har upphävts genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/12/EG av den 5 april 2006 om avfall, EUT L 114, s. 9.

av den olja som spreds i kommunen efter den maltesiskflaggade oljetankerns Erika förlisning utanför den franska Atlantkusten den 12 december 1999. Commune de Mesquer väckte talan mot Totalbolagen vid fransk domstol och yrkade bland annat att denna domstol skulle fastställa att Totalbolagen bar ansvaret för de skador som orsakats av det avfall som spillts ut i kommunen, samt att Totalbolagen skulle förpliktas att solidariskt ersätta kommunens kostnader för rengöring och sanering, vilka uppgick till 69 232, 42 euro.

De huvudsakliga EG-rättsliga frågor som aktualiserades i den refererade domen är för det första huruvida tung eldningsolja som oavsiktligt har spillts ut i havet efter en fartygsförlisning ska klassificeras som avfall. För det andra uppstod frågan om producenten av den tunga eldningsoljan som spillts ut i havet, och/eller säljaren och befraktaren som transporterade eldningsoljan, kunde hållas ansvariga för kostnaden för bortskaffande av det avfall som uppkommit, även om ämnet som spillts ut i havet transporterades av tredje man.

När det gäller avfallsdefinitionen fann EG-domstolen, med stöd av sin tidigare rättspraxis,²⁷ att kolväten som oavsiktligt har spillts ut i havet efter en förlisning, och som blandats med vatten och sediment, och som drivit längs en medlemsstats kust till dess de sköljs upp på kusten, utgör avfall i den mening som avses i artikel 1 a i avfallsdirektivet 75/442, då det inte längre kan användas eller saluföras utan föregående bearbetning.

Det är emellertid främst i fråga om producentansvaret och tolkningen av den EG-rättsliga principen att förorenaren betalar som den refererade domen bryter ny mark. Domstolen fann att tillämpningen av principen förorenaren betalar skulle äventyras, om personer från vilka avfallet härrör undslapp det ekonomiska ansvar som föreskrivs i direktivet, trots att det är klart utrett varifrån de kolväten härrör som, förvisso oavsiktligt, spillts ut i havet och som förorenade kusten i en medlemsstat. Domstolen slog vidare fast att avfallsdirektivet inte utesluter att kostnaden för bortskaffande av avfall i vissa fall ska belasta en eller flera tidigare innehavare. Med stöd av principen om konform tolkning,²⁸ som uppgraderats till en "tvingande skyldighet", fann EG-domstolen att nationell lagstiftning måste medge att kostnaden bärs av producenten av den produkt från vilken avfallet härrör. I enlighet med principen förorenaren betalar kan emellertid denne producent enligt domstolen endast belastas kostnaden om han genom sina

²⁷ Se bl.a. domar av den 15 juni 2000 i de förenade målen C-418/97 och C-419/97, ARCO Chemie Nederland m.fl., REG 2000, s. I-4475, av den 18 april 2002 i mål C-9/00, Palin Granit, REG 2002, s. I-3533, beslut av den 15 januari 2004 i mål C-235/02, Saetti och Frediani, REG 2004, s. I-1005 och dom av den 7 september 2004 i mål C-1/03, Van de Walle m.fl., REG 2004, s. I-7613.

²⁸ Domar av den 13 november 1990 i mål C-106/89, Marleasing, REG 1990, s. I-4135, svensk specialutgåva, volym 10, s. 575, och av den 18 december 1997 i mål C-129/96, Inter-Environnement Wallonie, REG 1997, s. I-7411.

handlingar har medverkat till risken för den förorening som orsakades av förlisningen.

Domen i målet *Commune de Mesquer* bör läsas i ljuset av generaladvokatens yttrande, i vilket generaladvokat Kokott ansåg det vara förenligt med EG:s avfallsdirektiv att begränsa ansvaret för producenten av tung eldningsolja och/eller säljaren och befraktaren i enlighet med internationella åtaganden enligt folkrätten.²⁹ Det är uppenbart att EG-domstolen genom en teleologisk tolkning av avfallsdirektivet i stället har privilegerat möjligheten att föra en autonom skadeståndstalan på EG-rättslig grund. Frågan är dock hur länge det går att upprätthålla den ovan under målet Arcor redovisade principen enligt vilken bestämmelser i ett direktiv inte kan tillämpas i omvänd riktning av staten i förhållande till enskilda (s.k. avsaknad av omvänd vertikal direkt effekt).

9. Dom av den 3 juni 2008 i mål C-308/06, The International Association of Independent Tankowners m.fl. (Intertanko).

Genom den här domen har EG-domstolen i sak enbart upprätthållit giltigheten av direktiv 2005/35 om föroreningar förorsakade av fartyg och införandet av sanktioner för överträdelser.³⁰

Trots att domen sålunda inte kan sägas innebära någon ändring av gällande EG-rätt, behandlar den komplicerade normhierarkiska frågeställningar och centrala energi/miljöfrågor, varför synen på EG-rättens normhierarki förtjänar att belysas.

Domen besvarar en begäran om förhandsavgörande från High Court of Justice (England & Wales) vid vilken International Association of Independent Tanker Owners (Intertanko), International Association of Dry Cargo Shipowners (Intercargo), Greek Shipping Cooperation Committee, Lloyds Register och International Salvage Union väckt talan.

Till saken hör att "Intertanko" vid millenieskiftet drev en framgångsrik process i USA som resulterade i att U.S. Supreme Court ogiltigförklarade delstaten Washingtons lagstiftning beträffande förebyggande av oljeutsläpp.³¹ Detta med motiveringen att den befintliga federala lagstiftningen utslöt skärpande delstatlig lagstiftning på detta område. Det nu aktuella målet har starka beröringspunkter av såväl principiell som materiell natur med målet i USA, men någon närmare jämförelse tillåter inte utrymmet. Det ska dock konstateras att medan

²⁹ Internationella konventionen av den 29 november 1969 om ansvarighet för skada orsakad av förorening genom olja, i dess lydelse enligt 1992 års protokoll, och 1971 års internationella konvention om upprättandet av en internationell fond för ersättning av skada orsakad av förorening genom olja, i dess lydelse enligt 1992 års protokoll.

³⁰ Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/35/EG av den 7 september 2005 om föroreningar förorsakade av fartyg och införandet av sanktioner för överträdelser, EUT L 255, s. 11, samt ändringar i EUT L 33, 2006, s. 87, och EUT L 105, 2006, s. 65.

³¹ U.S. Supreme Court, *United States v. Locke*, 529 U.S. 89 (2000).

”Intertanko” hade framgång i USA, så var resultatet i EG-domstolen det motsatta.

Argumenten för att en rad straffrättsliga moment i direktivet skulle underkännas fördes efter i huvudsak två linjer:

I) Internationella konventioner, i förevarande fall Förenta nationernas havsrättskonvention från 1982 (Montego Bay-konventionen) och den internationella konventionen till förhindrande av förorening från fartyg, undertecknad i London den 2 november 1973, sådan den kompletterats med protokollet av den 17 februari 1978 (MARPOL 73/78) har företrädare framför EG-rätten.

II) Det EG-rättsliga regelverket är alltför otydligt.

Vad som här är av särskilt intresse är det första argumentet men frågan är om inte EG-domstolens bedömning av denna fråga paradoxalt nog i sig aktualiserar fråga II). Den internationella havsrätten är redan sedan tidigare ett synnerligen svårnavigerat område. Hur den materiella rätten egentligen ser ut, är i beaktande av hur många nivåer lagstiftningen befinner sig på (föreskrifter, förordningar, lagar, rambeslut, direktiv, internationella konventioner som EG inte är bundet av och slutligen internationella konventioner som EG är bundet av) ofta oklart.

EG-domstolen grundar sina resonemang på principer som lades fast redan 1972 i målet *International Fruit Company*.³² I denna tidiga dom konstaterades i punkterna sju och åtta att om en gemenskapsrättsakts oförenlighet med en folkrättslig bestämmelse skall kunna påverka denna rättsakts giltighet, måste gemenskapen först och främst vara bunden av bestämmelsen ifråga. Om rättsaktens ogiltighet görs gällande inför en nationell domstol, krävs dessutom att bestämmelsen ifråga ger upphov till en rätt för gemenskapens enskilda rättssubjekt att åberopa densamma inför domstol.

Det är sålunda genom en mycket restriktiv tolkning av de ovan nämnda konventionerna domstolen når fram till att det ifrågasatta direktivet inte påverkas. I det ena fallet, MARPOL 73/78, är EG inte bundet av det, i det andra fallet, Montego Bay-konventionen, har det ”fel” innehåll då den inte uppfattas ge enskilda rättssubjekt rättigheter eller friheter i tillräckligt hög grad. EG-domstolen löser helt enkelt frågan på formella grunder.

Direktiv 2005/35 har som uttalat syfte att få till stånd en såväl mer enhetlig som skarp tillämpning av dessa konventioner — direktivet är alltså i sig ursprungligen antaget i ljuset av dessa. Såväl konventionerna som direktivet har vidare egentligen samma adressat — de nationella lagstiftarna. Dessa är nu i princip bundna av dels internationella konventioner, dels EG-rätt. Det finns mycket goda skäl för att utgå ifrån att det verkligen finns materiella skillnader mellan å ena sidan konventionerna och å andra sidan direktivet, varvid direktivet går

³² Dom av den 12 december 1972 i de förenade målen 21/72-24/72, *International Fruit Company m.fl.*, REG 1972, s 1219; svensk specialutgåva, volym 2, s 51.

längre när det gäller att föreskriva ansvar på nationell nivå. Genom att inte konfrontera direktivets materiella regler med konventionerna har således domstolen inte givit någon egentlig vägledning. Man tvingas här konstatera att EG-domstolens nu tillämpade tolkningsprincip istället riskerar att skapa oreda.

10. Dom av den 29 januari 2008 i mål C-275/06, Promusicae

Domen aktualiserar en rad frågor som ligger latent i såväl den faktiska utvecklingen av IT-tekniken som den rättsliga regleringen av densamma.

Talan i det nationella mål, i vilket begäran om förhandsavgörande framställdes, väcktes av den spanska föreningen Promusicae, vars medlemmar är producenter och utgivare av musikinspelningar och ljud- och bildupptagningar. I november 2005 begärde de att spansk domstol skulle besluta om förberedande åtgärder gentemot Telefónica, ett bolag som bland annat tillhandahåller internet-abonnemang. Den yrkade åtgärden bestod i att Telefónica skulle föreläggas att förete uppgifter om identitet och hemvist för vissa personer som detta bolag förser med internetuppkoppling i de fall Telefónica kände till deras IP-adress, samt datum och klockslag för uppkopplingen. Enligt Promusicae använde dessa personer ett fildelningsprogram (peer to peer eller P2P) med namnet KaZaA för att från sin egen persondator göra ljudupptagningar som Promusicaes medlemmar äger rättigheterna till tillgängliga för andra användare.

Den spanska domstolen kom därvid att ställa en omfattande tolkningsfråga till EG-domstolen beträffande tolkningen av artiklarna 15.2 och 18 i direktiv 2001/31 om elektronisk handel,³³ artikel 8.1 och 8.2 i direktiv 2001/29 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter,³⁴ artikel 8 i direktiv 2004/48 om säkerställande av skyddet för immateriella rättigheter³⁵ samt artiklarna 17.2 och 47 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna.³⁶ Frågan var om det var tillåtet för medlemsstaterna att inskränka skyldigheten för operatörer inom telekomsektorn att lagra och lämna ut uppgifter vid uppkoppling och trafikuppgifter till att endast gälla i samband med en förundersökning i brottmål eller för att säkerställa den allmänna säkerheten och det nationella försvaret, och således inte i tvistemål.

³³ Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/31/EG av den 8 juni 2000 om vissa rättsliga aspekter på informationssamhällets tjänster, särskilt elektronisk handel, på den inre marknaden (direktiv om elektronisk handel), EGT L 178, s. 1.

³⁴ Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället, EGT L 167, s. 10.

³⁵ Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/48/EG av den 29 april 2004 om säkerställande av skyddet för immateriella rättigheter, EUT L 157, s. 45, rättelse EUT L 195, s. 16.

³⁶ Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, proklamerad i Nice den 7 december 2000, EGT C 364, s. 1.

Grundfrågan handlar således om medlemsstaternas föreskrifter om skyldighet att lämna ut personuppgifter i ett tvistemål, i syfte att skapa ett effektivt skydd för upphovsrätten, men den bör egentligen delas upp i två separata frågor. Har medlemsstaterna en skyldighet att tillhandahålla sådana regler? Har medlemsstaterna en möjlighet att tillhandahålla sådana regler? Enligt domstolen föreligger å ena sidan ingen skyldighet på EG-rättslig grund att tillhandahålla sådana regler. Domstolen utesluter å andra sidan på intet vis möjligheterna att ha sådana regler. Domstolen ger i själva verket förhållandevis fria tyglar till medlemsstaterna själva att lösa denna ekvation.³⁷

Den fråga EG-domstolen här haft att bedöma, avvägningen mellan ett effektivt skydd för immateriella rättigheter och integritetsskyddet återfinns i en mängd lagstiftningsakter.³⁸ Dessa är av både immaterialrättslig karaktär och inriktade på skyddet för den personliga integriteten och privatlivet. Man kan i detta sammanhang lätt konstatera att det idag inte är möjligt att ha båda saker samtidigt. Ett effektivt skydd för det ena ger ett sämre skydd för det andra. EG-domstolens dom måste självfallet ses i ljuset av detta. Det kan förvisso uppfattas som defensivt att domstolen inte ger några entydiga svar om vad som ska ha företräde. Genom att EG-domstolen underlät att lägga fast absoluta regler är dock detta alltså en fråga där nationella lagstiftare och domstolar tillåts mejsla ut rättens funktioner, varefter en tydligare sammanhållen egentlig EG-lagstiftning kan tillskapas.

11. Dom av den 12 februari 2008 i mål C-199/06 CELF och ministre de la Culture et de la Communication

I denna dom preciserar EG-domstolen villkoren för återbetalning av olagligt verkställt statsstöd när kommissionen i ett senare beslut finner att stödet är förenligt med den gemensamma marknaden.

CELF är ett franskt exportombud som sammanställer små beställningar av böcker till utländska kunder. Från år 1980 till år 2002 erhöll CELF ett driftsbidrag från den franska staten. En konkurrent anmälde bidraget till kommissionen som olagligt statsstöd. Kommissionen fann i två på varandra följande beslut att även om stödet inte, som krävs i artikel 88.3 EG, hade anmälts i förväg till kommissionen, så kunde stödet anses vara förenligt med den gemensamma marknaden. Båda besluten ogiltigförklarades dock av förstainstansrätten. Parallellt med de två gemenskapsförfarandena yrkade CELF's konkurrent vid de franska domstolarna att utbetalningen av det påstådda stödet skulle upphöra och att det redan utbetalade stödet skulle återbetalas. Conseil d'État valde att vilandeförklara målet och ställa två frågor till EG-

³⁷ Se domen, punkt 70.

³⁸ Direktiv 2001/29, 2001/31 och 2004/48 samt Europaparlamentets och rådets direktiv 95/46/EG av den 24 oktober 1995 om skydd för enskilda personer med avseende på behandling av personuppgifter och om det fria flödet av sådana uppgifter (EGT L 281, s. 31).

domstolen rörande omfattningen av skyldigheten att återbetala stödet.

Domstolen konstaterade att det i princip ankommer på de nationella domstolarna att bifalla ett yrkande om återbetalning av stöd som tillhandahållits i strid med artikel 88.3 EG. Kommissionens slutgiltiga beslut — även om detta är positivt — innebär nämligen inte att rättsakterna om genomförande av stödet — blir giltiga i efterhand. Den nationella domstolen skall därför i situationen där en begäran om återbetalning har prövats efter att kommissionen har fattat ett positivt beslut, avgöra giltigheten av de åtgärder som vidtagits för verkställande och återkrav av beviljade finansiella stöd, oberoende av om det ifrågavarande stödet har konstaterats vara förenligt med den gemensamma marknaden.

Domstolen förtydligade att syftet med artikel 88.3 EG är att säkerställa att ett oförenligt stöd aldrig skall verkställas, utan att endast förenliga stöd skall verkställas. Ett olagligt verkställt stöd innebär risk för att stödet är oförenligt och stödmottagarens konkurrenter får i konkurrenshänseende känna verkningarna av stödet tidigare än vad som annars skulle ha varit fallet. För stödmottagarens del kommer den otillbörliga fördelen att ha bestått dels i att han inte behöver lägga den ränta som han skulle ha erlagt om han hade tvingats låna beloppet på marknaden i väntan på kommissionens beslut, dels i hans förbättrade konkurrenssituation gentemot andra aktörer på marknaden under den tid rättsstridigheten varar.

Domstolen kom mot denna bakgrund fram till, att i den situation där ett olagligt verkställt stöd senare förklaras vara förenligt med den gemensamma marknaden, skall den nationella domstolen med tillämpning av gemenskapsrätten ålägga stödmottagaren att betala ränta för den period som stödet varit rättsstridigt verkställt. Domstolen tillade att den nationella domstolen även inom ramen för sin nationella rätt i förekommande fall kan förordna om återkrav av det rättsstridiga stödet, utan att detta inverkar på medlemsstatens rätt att vid en senare tidpunkt ånyo verkställa stödet. Nämnda domstol kan också inom ramen för den nationella rätten nödgas bifalla en talan om ersättning för skada som orsakats av att stödet är rättsstridigt verkställt.

Domstolen preciserade vidare att skyldigheten enligt artikel 88.3 EG att åtgärda verkningarna av att ett stöd är rättsstridigt, omfattar även den period som förflutit mellan ett beslut av kommissionen, i vilket den slår fast att detta stöd är förenligt med den gemensamma marknaden, och gemenskapsdomstolens ogiltigförklaring av detta beslut. Stödmottagaren kan inte göra gällande några berättigade förväntningar så länge fristen för att väcka talan mot kommissionens beslut inte har löpt ut.

EG-domstolen kan med sitt svar på den första frågan och kravet att stödmottagaren enligt EG-rätten endast skall betala ränta för det olagligt verkställda stödet (i stället för att återbetala detta), anses inta en

något återhållsam inställning. Generaladvokat Mazák fann däremot i sitt förslag till avgörande att kravet på ränta inte på ett tillräckligt övertygande sätt skulle avskräcka medlemsstaterna från att åsidosätta anmälningsskyldigheten och skulle kunna beröva konkurrenterna incitamentet att väcka talan vid nationella domstolar mot olagligt verkställt statsstöd.³⁹

12. Dom av den 1 juli 2008 i de förenade målen C-341/06 P och C-342/06 P, Chronopost och La Poste mot UFEX m.fl.

Genom den här domen har EG-domstolen prövat om avknoppningen av en del av det franska postmonopolet till ett dotterbolag, som bedrev expresspostverksamhet, skulle anses utgöra statligt stöd i EG-fördragets mening.

Den franska posten (La Poste), som är ett lagstadgat monopol verksamt inom sektorn för normal postbefordran, utgjorde en del av den franska administrationen fram till slutet av år 1990. Från och med 1991 omorganiserades La Poste till en offentligrättslig juridisk person och tilläts bedriva viss konkurrensutsatt verksamhet, bl.a. leverans av expresspost. La Poste bildade, tillsammans med ett bolag, ett privaträttsligt dotterbolag som fick i uppgift att sköta La Postes expressverksamhet (SFMI-Chronopost).

Den branschorganisation, som omfattar nästan alla företag som erbjuder expressposttjänster i konkurrens med SFMI-Chronopost ingav ett klagomål till den Europeiska kommissionen i vilken organisationen gjorde gällande bl.a. att det "logistik- och försäljningsstöd" som La Poste tillhandahållit dotterbolaget utgjorde statligt stöd. I klagomålet påtalades framförallt att den ersättning som dotterbolaget betalat för det av La Poste tillhandahållna stödet inte motsvarade en ersättning enligt normala marknadsvillkor. Branschorganisationen väckte även talan mot La Poste och dotterbolaget vid fransk domstol. Den franska domstolen ställde i begäran om förhandsavgörande till EG-domstolen ett antal frågor rörande tolkningen av artiklarna 87 EG och 88 EG. I dom av den 11 juli 1996 i mål C-39/94, SFEI m.fl.⁴⁰ fann EG-domstolen att "en offentlig verksamhets tillhandahållande av logistiska och kommersiella tjänster till sina privaträttsliga dotterbolag [...] kan utgöra statligt stöd [...] om den ersättning som utges för dessa tjänster är lägre än den som skulle utgått enligt normala marknadsvillkor"⁴¹.

Kommissionen fann i beslut av den 1 oktober 1997⁴² att de interna priser till vilka man utbyter produkter och tjänster mellan företag i samma koncern inte medförde några ekonomiska fördelar om de var

³⁹ Se Generaladvokat Mazáks förslag till avgörande i mål C-199/06, föredraget den 24 maj 2007, punkterna 30-37.

⁴⁰ REG 1996, s. I-3547.

⁴¹ Punkt 62.

⁴² Europeiska kommissionens beslut 98/365/EG av den 1 oktober 1997 om stöd som Frankrike påstås ha beviljat SFMI-Chronopost, EGT L 164, 1998, s. 37.

beräknade på grundval av fullständig kostnadstäckning. Enligt kommissionen hade något statligt stöd inte utgått i det konkreta fallet. Branschorganisationen (som hade bytt namn till UFEX) väckte talan om ogiltigförklaring av kommissionens beslut vid förstainstansrätten. Genom sin biföll förstainstansrätten i viss utsträckning kärandenas talan.⁴³ Förstainstansrättens dom överklagades av Chronopost, La Poste och Frankrike. I sin dom av den 3 juli 2003 i mål C-94/01 P, Chronopost m.fl. mot UFEX m.fl.⁴⁴ fann EG-domstolen att förstainstansrätten hade gjort sig skyldig till en felaktig rättstillämpning genom att inte ta hänsyn till att ett företag som La Poste befinner sig i en situation som skiljer sig mycket från situationen för ett privat företag som bedriver sin verksamhet på normala marknadsvillkor. På grund härav upphävde EG-domstolen den överklagade domen och återförvisade målet till förstainstansrätten.

Vid den förnyade prövningen fann förstainstansrätten ånyo att kommissionens beslut skulle ogiltigförklaras. Chronopost och La Poste överklagade ännu en gång förstainstansrättens dom till EG-domstolen som pånytt upphävde den överklagade domen. Istället för att återförvisa målet beslutade EG-domstolen denna gång själv slutligt avgöra målet. Med hänsyn till att det rörde sig om en komplicerad ekonomisk bedömning fastslog domstolen att prövningen endast skulle avse en kontroll av att reglerna för handläggning och motivering hade följts, att de faktiska omständigheterna som lagts till grund för kommissionens beslut var materiellt riktiga, att bedömningen av dessa omständigheter inte var uppenbart oriktig och att det inte hade förekommit maktmissbruk.⁴⁵ Vid denna begränsade prövning fann inte EG-domstolen att det fanns skäl att ändra det överklagade beslutet.

Efter två rättsliga prövningar av såväl förstainstansrätten som EG-domstolen och efter ett förhandsavgörande har EG-domstolen slutligen satt punkt för den mycket långdragna europeiska rättsliga prövningen av det stöd som lämnats i samband med den s.k. avknoppningen av La Postes expressverksamhet. EU-domstolarnas skiftande bedömning av det ifrågavarande stödet illustrerar svårigheterna att göra en bedömning av det särskilda förhållandet mellan en offentlig-rättslig juridisk person i monopolställning och dess privaträttsliga dotterbolag. Av särskilt intresse är EG-domstolens slutsats att förstainstansrätten utgått ifrån en felaktig premis genom att antyda att expressverksamheten hade privatiserats utan något som helst vederlag.⁴⁶ EG-domstolen menade att det inte kunde uteslutas att själva delägnandet i dotterbolaget, i vart fall till en del, innefattade värdet av de överförda materiella och immateriella tillgångarna. EG-domstolen erinra-

⁴³ Förstainstansrättens dom av den 14 december 2000 i mål T-613/97, UFEX m.fl., REG 2000, s. II-4055.

⁴⁴ REG 2003, s. I-6993.

⁴⁵ EG-domstolen hänvisade till ett liknande resonemang i domarna av den 29 februari 1996 i mål C-56/93, Belgien mot kommissionen REG 1996, s. I-723, punkt 11.

⁴⁶ Se punkterna 124 ff i domen.

de även om att alla villkor enligt artikel 87.1 EG skall vara uppfyllda för att ett statligt stöd skall föreligga.⁴⁷ Domstolen påpekade att det inte är säkert att en privatisering av en del av verksamheten ändrar strukturen på marknaden och således uppfyller villkoret att ett stöd skall snedvrída konkurrensen. Domstolens avgörande kan antas få betydelse vid bedömningen av s.k. avknoppningar i Sverige och andra medlemsstater.

13. Dom av den 17 juli 2008 i mål C-66/08, Kozłowski

Domen handlar om rambeslut 2002/584/RIF,⁴⁸ det vill säga den europeiska arresteringsordern, och dess artikel 4.6. Frågorna berör hur uttrycken "är bosatt i" och "uppehåller sig i" ska tolkas.

Artikel 4.6 stadgar i huvudsak att den verkställande rättsliga myndigheten får vägra att verkställa en europeisk arresteringsorder om den har utfärdats för verkställighet av en frihetsberövande åtgärd och den eftersökte "uppehåller sig i, är medborgare eller bosatt i den verkställande medlemsstaten och denna stat åtar sig att själv verkställa detta straff eller denna åtgärd enligt denna medlemsstats lagstiftning".

I det tyska införlivandet av rambeslutet stadgas: "Beviljande av utlämning av utlämning som stadigvarande uppehåller sig i Tyskland, kan även vägras om [...] vid utlämning för verkställighet av ett frihetsstraff när den som begärs utlämnad, efter att ha getts vederbörliga upplysningar, inte ger sitt samtycke, vilket skrivits in i domstolsprotokollet, och dennes skyddsvärda intresse av att straffet verkställs i Tyskland väger tyngst,..."

I korthet handlar målet om den polske medborgaren Kozłowski, som av polsk domstol i maj 2002 dömdes till fem månaders fängelse. Domen hade inte verkställts. Sedan maj 2006 avtjänade Kozłowski fängelsstraff i Tyskland: tre år och sex månader på grund av 61 fall av bedrägerier i Tyskland. I april 2007 utfärdades från Polens sida en arresteringsorder, beträffande överlämnande av Kozłowski, för verkställighet av domen från 2002. I juni 2007 förklarade Kozłowski inför tysk domstol att han inte samtyckte till att överlämnas.

I framställningen om förhandsavgörande är huvudfrågan vad som krävs av en persons vistelse i ett land, för att artikel 4.6 skall vara tillämplig. Renodlat kan frågan i detta specifika fall sägas handla om vad en person som i princip befunnit sig i ett land för att huvudsakligen begå brott och sedan avtjänar ett fängelsestraff i detta land, ska ha för skydd. Men domstolen uttalar sig så pass generellt om begreppen i artikel 4.6 att domen har allmänt värde. Domstolen menar att bedömningen av om en person uppehåller sig i den verkställande staten ska

⁴⁷ Dom av den 23 mars 2006 i mål C-237/04, Enirisorse, REG 2006, s. I-2843, punkt 50.

⁴⁸ Rådets rambeslut 2002/584/RIF av den 13 juni 2002 om en europeisk arresteringsorder och överlämnande mellan medlemsstaterna (EGT L 190, s. 1).

ske i form av en helhetsbedömning. Den ska sålunda grunda sig på flera objektiva omständigheter som kännetecknar personens situation. Bland annat ska varaktigheten och arten av den eftersökta personens vistelse och villkoren för denna bedömas, samt vilka familjeband och ekonomiska band personen har till den verkställande medlemsstaten.”

Att detta svårligen torde leda till att den tyska domstolen — som i detta fall gavs utrymme för ett *in-casu* avgörande — skulle bedöma det så att Kozłowski ”uppehållit sig i” Tyskland i den mening som nu avses i den europeiska arresteringsordern, får sägas vara tydligt. Att han i praktiken inte gärna kan sägas ”befinna sig” någon annanstans än där han faktiskt är frihetsberövad och avtjänar ett flerårigt fängelsestraff, det vill säga i ett tyskt fängelse, väger i detta begreppsmässiga sammanhang lätt.

14. Dom av den 8 april 2008 i mål C-337/05, kommissionen mot Italien

EG-domstolen undersökte i denna dom huruvida den italienska statens direktupphandling, av helikoptrar av märkena Agusta och Agusta Bell för att tillgodose behov hos såväl militära förband som civila statliga myndigheter stod i överensstämmelse med EU:s upphandlingsdirektiv.

Italien bestred kommissionens talan på tre olika grunder. Till att börja med anförde Italien att den italienska statens förbindelser med Agusta kunde analyseras såsom ”interna” relationer i den mening som avses i domen i *Teckal*.⁴⁹ EG-domstolen konstaterade att två villkor skall vara uppfyllda för att en sådan intern relation skall föreligga. Den myndighet som är upphandlande myndighet ska utöva en kontroll över det fristående organet motsvarande den kontroll som den utövar över sin egen förvaltning, och detta organ ska bedriva huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar det.⁵⁰ Vad gällde det första villkoret avseende myndighetens kontroll, så konstaterade domstolen att den omständigheten att ett privat företag ingick som delägare, om än i minoritetsställning, i ett bolag som även till viss del ägdes av den upphandlande myndigheten i alla händelser uteslöt att denna upphandlande myndighet kunde utöva kontroll över bolaget som motsvarade den som den utövar över sin egen förvaltning.⁵¹ Eftersom Agustas kapital till en del även var öppet för privat ägande fann EG-domstolen att Italiens påstående att det förelåg en ”intern” relation mellan bolaget och den italienska staten inte kunde godtas.

Italien gjorde vidare gällande att de varor som var avsedda för den italienska statens militära förband omfattades av undantagen i artikel

⁴⁹ Dom av den 18 november 1999 i mål C-107/98, *Teckal*, REG 1999, s. I-8121.

⁵⁰ Se domarna i det ovannämnda målet *Teckal*, punkt 50, och av den 11 januari 2005 i mål C-26/03, *Stadt Halle och RPL Lochau*, REG 2005, s. I-1, punkt 49.

⁵¹ Se domen i det ovannämnda målet *Stadt Halle och RPL Lochau*, punkt 49.

296 EG. Enligt Italien var dessa bestämmelser tillämpliga, eftersom de aktuella helikoptrarna hade ”dubbla användningsområden”, det vill säga de kunde användas för såväl civila som militära ändamål. För att motivera att Agusta tilldelades kontrakt enligt det förhandlade förfarandet har denna medlemsstat vidare gjort gällande att de uppgifter som erhålls för Agustas tillverkning av helikoptrarna är hemliga.⁵² Domstolen konstaterade att de undantag i fördraget som är tillämpliga på situationer som kan äventyra den allmänna säkerheten, bland annat i artikel 296 EG, avser exceptionella och väl avgränsade fall. Enligt EG-domstolen måste den medlemsstat som avser att tillämpa undantagen bevisa att befrielsen inte går utöver gränserna för sagda exceptionella förhållanden. EG-domstolen fann det vara utrett att de aktuella helikoptrarna skulle användas för civila ändamål medan de endast eventuellt kunde komma att användas militärt. Följaktligen kunde Italien inte med framgång åberopa artikel 296 EG. Domstolen ansåg inte heller att Italien kunde åberopa sekretessen för de uppgifter som tillhandahålls för Agustas tillverkning av helikoptrar.

Med hänvisning till helikoptrarnas tekniskt sett specifika karaktär gjorde Italien slutligen även gällande att tillverkningen av dessa endast kunde anförtros Agusta.⁵³ Domstolen fann emellertid att Republiken Italien inte i tillräcklig utsträckning hade visat varför endast helikoptrar tillverkade av Agusta har de särskilda tekniska egenskaper som krävdes. Kommissionens talan bifölls således.

Domstolens stora avdelning har i det här målet prövat förutsättningarna för att medge undantag från EU:s upphandlingsdirektiv med hänvisning till de undantagsregler som anges i direktiven. EG-domstolen har varit mån om att betona de mycket strikta förutsättningar som skall föreligga för att undantag från upphandlingsreglerna skall medges. Trots att det är kommissionen som har bevisbördan i mål om fördragsbrott har EG-domstolen klart angett att det är den enskilda medlemsstaten som skall visa att förutsättningarna är uppfyllda i det enskilda fallet.

⁵² Italien åberopade artikel 2.1 b i rådets direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor, EGT L 199, s. 1.

⁵³ Artikel 6.3 c och e i direktiv 93/36.