

# Avgöranden från EG-domstolen — andra halvåret 2003

Av rättschefen OLLE ABRAHAMSSON

Här redovisas i sammanfattning ett urval av EG-domstolens och första instansrättens domar under andra halvåret 2003.<sup>1</sup>

## Refererade avgöranden:

1. *Aquaculture*. Skydd för äganderätten. Europakonventionen. Ersättningsskyldighet för medlemsstaterna.
2. *Kik*. Gemenskapsvarumärkesmyndigheten. Språkregler. Icke-diskriminering.
3. *Mara Messina*. (Även *Co-Frutta*). Allmänhetens tillgång till institutionernas handlingar när dessa härrör från medlemsstaterna.
4. *Kommissionen mot UK*. Direktivs tillämplighet på Gibraltar.
5. *Ospelt*. Fri rörlighet för kapital. Krav på förhandstillstånd. Villkor vid förvärv av jordbruksfastighet.
6. *Köbler*. Medlemsstaternas skadeståndsansvar. Nationella domstolars överträdelse av gemenskapsrätten. Arbetskraftens fria rörlighet. Indirekt diskriminering.
7. *Atlantic Container Line*. Konkurrensrätt. Europadomstolens jurisdiktion.
8. *Avello*. Unionsmedborgarskap. Ändring av efternamn.
9. *Bodil Lindqvist*. Skydd för personuppgifter. Dataskyddsdirektivet. Uppgifter på Internet. Skyddet för yttrandefriheten. Proportionalitetsprincipen.
10. *Gambelli*. Frihet att tillhandahålla tjänster. Statliga spelmonopol.
11. *Kommissionen mot Spanien*. Vitesföreläggande för medlemsstat. Beräkningsmetod. Badvattendirektivet.
12. *Kommissionen mot Finland*. Punktskatt. Användning av brännolja som drivmedel.
13. *Kommissionen mot Italien*. (Även *Kommissionen mot Frankrike*). Återbetalning av skatt. Medlemsstaternas ansvar för fördragsstridig tolkning av nationell rätt i högsta instans. Genomförande av direktiv utan särskilda lagstiftningsåtgärder.
14. *DocMorris*. Fri rörlighet för varor. Försäljning av läkemedel via Internet. Detaljhandelsmonopol.

<sup>1</sup>Med föreliggande översikt avslutar författaren sin bevakning i denna tidskrift av EG-domstolens avgöranden. Liksom tidigare har kanslirådet Åsa Webber varit behjälplig med urval och färdigställande av referaten. I SvJT 2003 s. 1090 återfinns sidhänvisningar till tidigare översikter. Författaren har förtalats att SvJT även framgent regelbundet kommer att förse läsekretsen med krönikor över rättsutvecklingen vid EG-domstolarna.

### **1.Förenade målen Booker Aquaculture Ltd och Hydro Seafood GSP Ltd (dom 2003-07-10, målen C-20/00 och C-64/00; plenum)**

Dessa mål rörde, i likhet med det en månad tidigare avgjorda och principiellt betydelsefulla målet *Schmidberger* (se SvJT 2003 s. 1122 ff.), den annars sällan förekommande frågan om avvägningen mellan å ena sidan de gemenskapsrättsliga principerna om skydd för grundläggande rättigheter, i detta fall särskilt äganderätten, och å andra sidan gemenskapsregler syftande till att förverkliga den inre marknaden.<sup>2</sup>

Två skotska fiskodlingsföretag drabbades under 1990-talet av fisk-sjukdomarna infektiös laxanemi respektive viral hemorragisk septikemi. Vid utbrott av bland annat dessa sjukdomar krävs enligt direktiv 93/53/EEG under vissa omständigheter att all fisk vid drabbade anläggningar avlivs och destrueras. Under förutsättning att vissa villkor är uppfyllda, gäller detta krav inte för fisk som har nått kommersiell storlek och som inte uppvisar några kliniska tecken på sjukdom. Sådan fisk får saluföras för mänsklig konsumtion efter att den avlivats och rensats. Varken direktivet eller den brittiska genomförandelagstiftningen ger de fiskodlare som drabbas av de nämnda betungandena någon rätt till ersättning. I förevarande fall ålades de båda företagen att destruera fisk som inte hade nått kommersiell storlek och att i förtid och i rensat skick saluföra fisk av mindre storlek. Sedan företagen förvägrats ersättning av skotska myndigheter och vänt sig till domstol ställde Court of Session ett antal frågor till EG-domstolen huruvida skyddet för äganderätten kräver att ersättning betalas ut till fiskodlare som ålagts att destruera fisk i enlighet med direktivet.

EG-domstolen konstaterade att äganderätten ingår bland de grundläggande rättigheter som skyddas av domstolen och som numera garanteras i artikel 6.2 i EU-fördraget, där det föreskrivs att unionen som allmänna principer för gemenskapsrätten skall respektera de grundläggande rättigheterna, såsom de garanteras i Europakonventionen och såsom de följer av medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner. Domstolen framhöll samtidigt att dessa rättigheter inte är absoluta och att de kan inskränkas, särskilt inom ramen för en gemensam organisation av marknaden, under förutsättning att dessa inskränkningar faktiskt svarar mot mål av allmänintresse som eftersträvas av gemenskapen och att de, med beaktande av det eftersträvalda målet, inte utgör ett orimligt och oacceptabelt ingripande som påverkar själva innehållet i dessa rättigheter. Efter att noggrant ha gått igenom syftet med de olika bestämmelserna i direktivet och huruvida de aktuella inskränkningarna i fiskodlarnas rättigheter var orimligt och oacceptabelt ingripande och påverkade själva innehållet i äganderätten framhöll EG-domstolen att gemenskapslagstiftaren visserligen ”inom ramen för sitt stora utrymme för skönsässig bedöm-

<sup>2</sup>En prövning av *nationell* rätt i förhållande till grundläggande rättigheter är mer vanligt förekommande i EG-domstolens rättstillämpning.

ning på jordbruksområdet” (p. 85) kan anse att det är lämpligt att helt eller delvis ersätta ägarna till anläggningar på vilka djur har destruerats eller avlivats men att av detta förhållande inte följer att det i gemenskapsrätten finns en allmän princip om att ersättning skall betalas ut under alla omständigheter. Detta resonemang ledde EG-domstolen fram till slutsatsen att de minimiåtgärder avseende omedelbar destruering och avlivning som föreskrivs i direktivet inte, trots avsaknaden av rätt till ersättning till de drabbade ägarna, utgör ett orimligt och oacceptabelt ingripande som påverkar äganderättens själva innehåll.

Inte heller när det gällde den nationella tillämpningen fann EG-domstolen anledning till kritik. Domstolen erinrade om sin fasta praxis enligt vilken medlemsstaterna, då de genomför gemenskapsrättsliga bestämmelser, även är bundna av de krav som följer av kraven på skydd för grundläggande rättigheter i gemenskapens rättsordning, samt menade att myndigheternas ålägganden i det aktuella fallet — som var identiska med de minimiåtgärder som gemenskapen har föreskrivit för de ifrågakvarande sjukdomarna — inte framstod som vare sig orimliga eller oacceptabla, trots att ingen föreskrift hade meddelats om utbetalning av ersättning.

Den moderata hållning beträffande skyddet för äganderätten som EG-domstolen intog i detta mål har knappast väckt förvåning men bör naturligtvis ändå ha hälsats med tillfredsställelse av medlemsstaterna och då inte bara av de länder som yttrade sig i målet (Storbritannien, Frankrike, Italien och Nederländerna; även Norge ingav ett yttrande). Domen bekräftar att medlemsstaterna vid en konflikt mellan gemenskapsrättsliga regler rörande marknaden och skyddet för den likaledes gemenskapsrättsliga principen om skydd för äganderätten har stor frihet att själva bedöma i vad mån ersättning skall eller inte skall utgå till en skadedrabbad.

Det kan noteras att EG-domstolen inte heller i detta mål ansåg det påkallat att referera till EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna, som annars i artikel 17 föreskriver att ”[i]ngen får berövas sin egendom utom då samhällsnyttan kräver det, i de fall och under de förutsättningar som föreskrivs i lag och mot rättmätig ersättning för sin förlust i rätt tid”. Å andra sidan kan det nog hävdas att redan EG-domstolens egen praxis går längre i tillvaratagandet av skyddet för den enskildes rättigheter än stadgans i detta avseende för medlemsstaterna ganska oförbindande formulering. Det förhållandet att medlemsstaterna skall beakta grundläggande rättigheter vid genomförandet av EG-rätten är dessutom något som har haft inflytande på utformningen av de i stadgan intagna slutbestämmelserna. Stadgan är som bekant ett juridiskt icke-bindande instrument, vars eventuella framtida fördragsstatus diskuteras inom ramen för EU:s ännu pågående regeringskonferens.

**2. Christina Kik mot Byrån för harmonisering inom den inre marknaden (varumärken, mönster och modeller) (dom 2003-09-09, mål C-361/01 P; *plenum*)**

I detta mål avtog EG-domstolen ett överklagande som gällde de språkrav som fastställts för gemenskapsvarumyndigheten i Alicante (byrån). Domstolen bekräftade förstainstansrättens uppfattning att det inte finns någon gemenskapsrättslig princip om icke-diskriminering av EU:s officiella språk men inlät sig samtidigt på tolkningar beträffande krav på översättning som torde komma att medföra en väsentligt ökad arbetsbörda för det i Luxemburg belägna översättningscentrumet för Europeiska unionens organ.

Rådets förordning nr 40/94 föreskriver i artikel 115 att ansökan om registrering av gemenskapsvarumärken skall ges in på något av EU:s officiella språk men att sökanden också skall ange ett andra språk, som skall vara något av byråns språk, nämligen engelska, franska, italienska, spanska och tyska. En holländsk numera avlidne advokat, Christina Kik, ansökte vid byrån om att få sitt efternamn registrerat som varumärke. Ansökan var avfattad på holländska och avlogs på formell grund, eftersom sökanden hade angivit holländska också som andra språk. Sökanden hävdade vid förstainstansrätten att beslutet stred mot icke-diskrimineringsprincipen i artikel 12 i EG-fördraget. Sökandens talan fick stöd av Grekland medan rådet och Spanien intervenerade till stöd för byrån.

Förstainstansrätten slog i dom den 12 juli 2001, mål T-120/99 (se SvJT 2002 s. 164 ff.), inledningsvis fast att byrån, såsom denna själv hade konstaterat, inte har någon behörighet att underlåta att tillämpa de språkföreskrifter som gäller för den enligt tillämpliga EG-förordningar. Ett sådant beslut skulle nämligen stå i strid mot förordningarnas klara ordalydelse och mot principen om presumtion för lagenlighet, enligt vilken gemenskapsreglerna fortsätter att vara fullt tillämpliga om inte behörig domstol har fastslagit att de är rättsstridiga.

Förstainstansrätten tog härefter upp frågan huruvida det finns en princip i gemenskapsrätten som förbjuder diskriminering av de officiella språken, varvid rätten konstaterade att medlemsstaterna inte har fastställt språkregler på fördragsnivå för gemenskapens institutioner och organ, utan — i artikel 290 i EG-fördraget — givit rådet rätt att enhälligt fastställa sådana regler. Härav följde att språkregler i sekundärrätten som införts med stöd av artikel 290 inte kan likställas med en gemenskapsrättslig princip, vilket enligt förstainstansrätten i sin tur innebar att den aktuella förordningsbestämmelsen inte är rättsstridig. Inte heller ansåg förstainstansrätten att skyldigheten att som andra språk ange något av byråns fem språk stred mot icke-diskrimineringsprincipen. Andraspråket kommer till användning som handläggningsspråk först om en sökande på grund av ett invändnings-, upphävande- eller ogiltighetsförfarande inte längre är ensam part. Förstainstansrätten konstaterade att denna regel har antagits i det be-

rättigade syftet att lösa språkproblemen i fall där parterna i ett sådant förfarande inte föredrar samma språk och inte på egen hand kan enas om handläggningsspråk. I ett sådant förfarande har parterna också möjlighet att enas om vilket som helst av de officiella språken som handläggningsspråk. Genom att begränsa valmöjligheten till de språk som är vanligast förekommande i Europeiska gemenskapen och genom att därigenom undvika att handläggningsspråket ligger alltför långt från den andra partens språkkunskaper hade rådet enligt förstainstansrätten — som härvid hänvisade till bland annat *Kreil* (se SvJT 2000 s. 608 f.) — hållit sig inom gränserna för vad som är nödvändigt för att uppnå det eftersträvade målet.

Förstainstansrätten uppmärksammade också att artikel 21 i EG-fördraget, i dess genom Amsterdamfördraget ändrade lydelse, ger varje unionsmedborgare rätt att vända sig till EU:s fem institutioner — Europaparlamentet, rådet, kommissionen, EG-domstolen och Revisionsrätten — liksom till Ekonomiska och sociala kommittén, Regionkommittén och ombudsmannen på vilket som helst av de officiella språken och få svar på samma språk. Det kunde alltså konstateras att byrån inte ingick bland dessa institutioner och organ.

Domen överklagades till EG-domstolen, varvid klaganden hävdade såväl att förstainstansrätten gjort en felaktig tolkning av artikel 115 som att den felaktigt underlåtit att slå fast att artikeln är fördragsstridig, särskilt med avseende på diskrimineringsförbudet i artikel 12 i EG-fördraget.

Beträffande den första av dessa grunder påtalade klaganden att byrån handlägger ärenden rörande en ansökan om registrering av ett gemenskapsvarumärke nästan helt och hållet på det andra språk som sökanden har angivit. Byrån försvarade denna ordning och menade att alla handlingar i ett beslutsärende inte nödvändigtvis måste upprättas på handläggningsspråket. EG-domstolen anmärkte, med hänvisning till artikel 115.4 i rådsförordningen, att handläggningsspråket vid byrån skall vara det språk på vilket ansökan om registrering har givits in, och att det andra språk som sökanden har valt kan användas när byrån sänder "skriftliga meddelanden" till denne. Möjligheten att använda det andra språket i skriftliga meddelanden utgör följaktligen ett undantag från principen att handläggningsspråket skall användas och uttrycket skriftliga meddelanden skall därför tolkas restriktivt. Det kan exempelvis inte omfatta handlingar som krävs eller föreskrivs i gemenskapslagstiftningen för handläggningen av en ansökan om registrering av ett gemenskapsvarumärke och inte heller de handlingar som erfordras under handläggningen, vare sig det rör sig om under rättelser, begäran om rättelse, begäran om upplysningar eller andra handlingar. I motsats till vad byrån hade hävdad fann EG-domstolen att alla dessa handlingar skall upprättas av byrån på det språk på vilket ansökan har givits in. Denna tolkning av artikel 115.4 hindrade emellertid inte EG-domstolen från att finna att det var korrekt av förstain-

stansrätten att dra slutsatsen att förordningen inte på något sätt kan medföra särbehandling på grund av språk, eftersom förordningen just säkerställer att handläggningsspråket skall vara det språk på vilket ansökan har givits in.

I frågan om förordningens förenlighet med kravet på icke-diskriminering konstaterade EG-domstolen lika med förstainstansrätten att det inte finns någon gemenskapsrättslig princip om att språken är jämlika och kom efter ett ingående resonemang fram till att ”språkreglerna för ett organ som byrån är resultatet av en strävan att uppnå erforderlig jämvikt mellan de ekonomiska aktörernas intressen och samhällets intressen vad gäller handläggningskostnaderna, men även jämvikt mellan intressen för dem som ansöker om registrering av gemenskapsvarumärken och andra ekonomiska aktörers intresse av att få tillgång till översättningar av de handlingar genom vilka rättigheter beviljas eller av förfaranden som involverar flera ekonomiska aktörer, såsom de invändnings-, upphävande- och ogiltighetsförfaranden som avses i [förordningen]” (p. 92). EG-domstolen delade således förstainstansrättens bedömning att ”rådet gjorde ett lämpligt och proportionerligt val när det begränsade de språk som kan användas till de språk som är vanligast förekommande i Europeiska gemenskapen, även om rådet därigenom behandlade de officiella språken olika” (p. 94).

Vid en jämförelse med exempelvis det nedan refererade målet *Avello*, där icke-diskrimineringsprincipen gavs ett mycket långtgående innehåll i förhållande till nationell rätt, kan utgången av det aktuella målet ge intryck av att EG-domstolen är benägen att tillämpa denna princip mindre strikt när dess innebörd skall tolkas i förhållande till unionen och dess institutioner än i förhållande till medlemsstaternas rättsordningar.

Om EG-domstolen, som avgjorde målet i den ovanliga sammansättningen av samtliga 15 domare, hade kommit till slutsatsen att den föreskrivna ordningen med fem arbetspråk vid varumärkesmyndigheten var fördragsstridig hade det fått dramatiska konsekvenser, särskilt i beaktande av att antalet officiella EU-språk (inklusive maltesiska men exklusive turkiska) utökas med tio den 1 maj 2004. Emellertid bör redan den tolkning som domstolen gav åt de gällande reglerna innebära en mycket kraftig ökning av antalet handlingar som måste översättas till sökandens förstaspråk. Det bör dock observeras att denna tolkning gäller huvudsakligen för ansökningar om registrering av varumärken — cirka 50000 sådana ansökningar inkom under år 2003 — och inte för exempelvis de särskilda förfarandena för invändningar eller för ansökningar om upphävande eller ogiltighet.

EG-domstolen har även ett eget intresse i lösningen av unionens språkfrågor i det att språkreglerna för domstolen är en avgörande faktor när det gäller att effektivisera arbetet och förkorta de långa handläggningstiderna. Om EG-domstolen hade konstaterat fördrags-

stridighet i det aktuella målet skulle det ha fått konsekvenser också för detta slag av reformarbete vid domstolen själv. Det blir en grannlaga uppgift för gemenskapslagstiftaren att i detta avseende finna en balans mellan effektivitet och legitimitet i den utvidgade unionen. För svenskt vidkommande bör det bland annat bli fråga om att i detta som i andra sammanhang noga bevaka att svenska språket inte blir föremål för särbehandling i förhållande till andra jämförbara EU-språk, såsom holländska, portugisiska och grekiska.

### **3.Mara Messina mot kommissionen (dom 2003-09-17, mål T-76/02)**

Målet gällde tillgång till handlingar som härrör från medlemsstaterna och frågan huruvida kommissionen korrekt hade tillämpat en särskild undantagsregel beträffande sådana handlingar vilken intagits i artikel 4.5 i förordning (EG) nr 1049/2001 om allmänhetens tillgång till Europaparlamentets, rådets och kommissionens handlingar.

En italiensk lärare begärde hos kommissionen att få tillgång till vissa handlingar i ett ärende rörande statsstöd, däribland korrespondens mellan italienska myndigheter och kommissionen. Ansökan beviljades med avseende på de handlingar som kommissionen själv hade upprättat men avslogs vad gällde de handlingar som ingivits till kommissionen av italienska myndigheter. Avslaget motiverades med att de italienska myndigheterna på förfrågan hade förklarat att de inte önskade handlingarna utlämnade. I den delen hänvisade kommissionen sökanden att i stället rikta sin begäran direkt till de italienska myndigheterna.

Den aktuella förordningen, som förhandlades fram under svenskt ordförandeskap våren 2001,<sup>3</sup> omfattar enligt artikel 2.3 "alla handlingar som finns hos en institution, det vill säga handlingar som upprättats eller mottagits och som innehas av institutionen, inom samtliga Europeiska unionens verksamhetsområden". Denna generella bestämmelse kompletteras av artikel 4.5 vari anges att "[e]n medlemsstat får begära att institutionen inte skall lämna ut en handling som härrör från denna medlemsstat utan att medlemsstaten dessförinnan har lämnat sitt medgivande". Av intresse — beroende på det sätt varpå förstainstansrätten skulle komma att formulera sin domsmotivering — är också skäl nr 16 i förordningens ingress som har följande lydelse: "Denna förordning har varken till syfte eller effekt att ändra nationell lagstiftning om tillgång till handlingar; på grund av principen om lojalt samarbete mellan institutionerna och medlemsstaterna, är det dock uppenbart att medlemsstaterna bör se till att inte hindra en korrekt tillämpning av denna förordning och respektera institutionernas säkerhetsbestämmelser".

Förstainstansrätten konstaterade att förordningen omfattar samtliga handlingar som finns hos institutionerna, att dessa följaktligen kan

<sup>3</sup>En utförlig redogörelse för förhandlingsarbetet finns i regeringens skrivelse 2001/02:110.

vara tvingade att offentliggöra handlingar som härrör från tredje part samt att en medlemsstat definitionsmässigt utgör tredje part. Förstainstansrätten uppmärksammade vidare att medlemsstaterna härvidlag intar en särställning såtillvida som de enligt artikel 4.5 i förordningen givits rätt att begära att kommissionen eller rådet inte lämnar ut en handling med ursprung i den staten utan att medlemsstaten dessförinnan lämnat sitt medgivande. "Såsom kommissionen vid förhandlingen med rätta har påpekat beror denna rätt - - - på att sagda förordning varken har till syfte eller effekt att ändra nationell lagstiftning om tillgång till handlingar" (p. 41). Med avseende på det aktuella fallet konstaterade förstainstansrätten härefter endast att de italienska myndigheterna hade motsatt sig ett utlämnande av handlingar som härrörde från dem och fastslog att kommissionens avslagsbeslut därför måste "anses vara lagligen befogat" (p. 56). Sökandens talan ogillades alltså.

Enligt den uppfattning som Sverige och andra medlemsstater hade under det förhandlingsarbete som ledde fram till antagandet av förordningen ger den ingressbestämmelse, som anger att förordningen varken har till syfte eller effekt att ändra nationell lagstiftning, ingalunda uttryck för någon princip om att medlemsstaterna skall ha kontroll över bland annat kommissionens hantering av från dem ingivna handlingar. Däremot förhöll det sig så att en minoritet av medlemsstaterna, med Frankrike som främsta företrädare, samt rådets och kommissionens respektive rättstjänster, argumenterade för en sådan princip. Vad ingresspunkten faktiskt ger uttryck för och som också framgår av dess ordalydelse är endast att medlemsstaterna, inom ramen för sin allmänna lojalitetsplikt, är fria att upprätthålla en lagstiftning som innebär att myndigheterna kan lämna ut handlingar som härrör från institutionerna och från andra medlemsstater även utan dessas medgivande. Enligt den uppfattning som Sverige företrädde under förhandlingsarbetet får institutionerna inte med hänvisning till artikel 4.5 i förordningen nöja sig med att konstatera att en berörd medlemsstat motsatt sig ett utlämnande, utan måste även i ett sådant fall kunna motivera ett avslagsbeslut med någon av de specifika sekretessgrunder som anges i förordningen. En annan sak är att, i fall då en berörd medlemsstat åberopar en sådan specifik sekretessgrund, det — mot bakgrund av medlemsstaternas prerogativ i artikel 4.5 — praktiskt taget aldrig lär kunna finnas anledning att ifrågasätta att denna sekretessgrund utgör hinder för ett utlämnande.

Som framgått anslöt sig förstainstansrätten, närmast som en självklarhet, till den av bland annat rättstjänsterna och Frankrike under förhandlingsarbetet intagna ståndpunkten att medlemsstaterna vidbliver en ovillkorlig dispositionsrätt beträffande de handlingar de ger in till kommissionen, och detta med en diskutabel för att inte säga missledande hänvisning till ingressbestämmelsen om lagstiftningen i medlemsstaterna. Dessvärre är det emellertid inte första gången som



förstainstansrätten har tolkat reglerna om handlingsoffentlighet på ett alltför inskränkande sätt. I målet *Mattila* (se SvJT 2002 s. 176 ff. och den kritik som där framförs mot förstainstansrättens resomang) gjorde sig förstainstansrätten exempelvis skyldig till en sökanden alltför oförmånlig tolkning av bestämmelserna om partiellt utlämnande, vilket nyligen föranledde EG-domstolen att efter överklagande ogiltigförklara domen (dom 2004-01-22, mål C-353/01 P).

Också i ett mål som avgjordes den 16 oktober 2003, *Co-Frutta, T-47/01*, hade förstainstansrätten att ta ställning till om kommissionen förfarit lagligt när den vägrat lämna ut handlingar med motivering att dessa härrörde från tredje man, ett begrepp som i detta fall innefattade även medlemsstaterna. Förstainstansrätten bedömde att handlingarna inte kunde lämnas ut eftersom de hade ingivits till kommissionen av tredje man. Bedömningen ändrades inte av att det i några fall gällde handlingar som kommissionen hade sammanställt på grundval av uppgifter som hade givits in av medlemsstaterna. Målet avgjordes enligt de äldre bestämmelser som gällde före ikraftträdandet av förordningen 1049/2001. Problematiken i målet var emellertid snarlik den som kan uppkomma rörande frågan om vilken grad av bearbetning som krävs för att en handling enligt de nya reglerna skall anses vara upprättad av en institution och inte av en medlemsstat.

#### **4. Kommissionen mot Förenade konungariket (dom 2003-09-23, mål C-30/01; *plenum*)**

Målet gällde i vad mån Storbritannien var skyldigt att med avseende på kronkolonin Gibraltar genomföra ett antal direktiv med anknytning till den fria rörligheten för varor.

Enligt artikel 299.4 i EG-fördraget skall fördraget tillämpas på de europeiska territorier vilkas utrikes angelägenheter omhändertas av en medlemsstat, något som är fallet beträffande Gibraltar som stått under brittisk överhöghet sedan år 1713. Anslutningsakten för Danmark, Irland och Förenade konungariket anger emellertid att vissa bestämmelser i fördraget inte skall tillämpas på Gibraltar, vilket bland annat innebär att Gibraltar inte omfattas av gemenskapens tullområde.

Kommissionen förde med stöd av Spanien talan om fördragsbrott mot Storbritannien för underlåtenhet att även på Gibraltar genomföra 14 direktiv som på olika sätt syftade till att undanröja hinder för handeln med varor mellan medlemsstaterna. EG-domstolen slog fast att varor med ursprung i Gibraltar inte är varor med ursprung i gemenskapen och inte heller varor som kommer från tredje land och som är i fri omsättning i medlemsstaterna — på vilka varor bestämmelserna om fri rörlighet skall tillämpas enligt artikel 23.2 i EG-fördraget — samt att varor med ursprung i Gibraltar eller som har importerats dit följaktligen inte omfattas av bestämmelserna avseende den fria rörligheten för varor i fördraget och i synnerhet inte av be-

stämmelserna i artikel 28 i fördraget enligt vilka kvantitativa restriktioner är förbjudna mellan medlemsstaterna. Den omständigheten att Gibraltar inte omfattas av gemenskapens tullområde medförde därför att bestämmelserna i fördraget avseende fri rörlighet för varor inte skulle tillämpas på Gibraltar. Detsamma gällde enligt EG-domstolen de bestämmelser i gemenskapens sekundärrätt som, med avseende på den fria rörligheten för varor, har till syfte att säkerställa en tillnärmning av lagar och andra författningar i medlemsstaterna. EG-domstolen tillade att icke-tillämpningen i Gibraltar av de ifrågavarande direktiven förvisso kunde äventyra kongruensen inom andra områden av gemenskapens politik såsom miljöskyddsområdet, när ett sidosyfte med direktiven avsåg denna politik. Emellertid ansåg sig EG-domstolen i detta avseende bunden av de gränser för direktivens geografiska tillämpningsområde som domstolen fann vara uppdragna i EG-fördraget och i den aktuella anslutningsakten.

Frågan om vilka av gemenskapens regler som skall tillämpas på unionens perifera områden styrs av ett snårigt regelkomplex och är särskilt laddad beträffande Gibraltar, som från spansk synpunkt mer eller mindre betraktas som ett ockuperat territorium. Den omständigheten att varje medlemsstat avgör det egna territoriets omfattning samt de kryptiska skrivningarna i artikel 299 i EG-fördraget gör det minst sagt svårt att överblicka vilka delar av gemenskapsrätten som är tillämplig för respektive område eller territorium, något som bekräftas av att kommissionen väckte talan i detta mål och att EG-domstolen inte utan resonemang drog slutsatser om rättsläget i förhållande till Gibraltar. Den rättsliga situationen kompliceras än mer om domstolen, som tycks ha varit fallet i detta mål (jfr p. 62 i domen), inte utesluter att den skulle ha kommit till en annan slutsats rörande den geografiska tillämpningen om det hade varit fråga om andra direktiv än de nu aktuella.

Mindre än en månad efter det nu refererade avgörandet fälldes Storbritannien för att inte för Gibraltar i rätt tid ha genomfört direktiv 97/9/EG om system för ersättning till investerare (*dom 2003-10-16, mål C-489/01*). I det målet hade Storbritannien medgivit att direktivet var tillämpligt även i Gibraltar. Detsamma var fallet i ett den 29 januari 2004 avgjort mål, *C-218/02*, i vilket Storbritannien befanns ha underlåtit att i Gibraltar ha genomfört direktiv 96/29/Euratom om fastställande av grundläggande säkerhetsnormer för skydd av arbetstagarnas och allmänhetens hälsa mot de faror som uppstår till följd av joniserande strålning.

### **5. Margarethe Ospelt mot Schlössle Weissenberg Familienstiftung (dom 2003-09-23, mål C-452/01; plenum)**

I detta mål nyanserade EG-domstolen sin praxis i fråga om krav på förhandstillstånd vid förvärv av fast egendom.

En liechtensteinsk medborgare ägde och var bosatt på ett drygt fyra hektar stort landområde med tillhörande slottsbyggnad i delstaten Vorarlberg, belägen längst västerut i Österrike. På grundval av ett avtal enligt vilket hela egendomen överläts till en stiftelse i Liechtenstein begärdes sådant förhandstillstånd som enligt den delstatliga lagstiftningen generellt krävs för förvärv av jord- och skogsbruksfastigheter. De österrikiska underinstanserna vägrade tillstånd, bland annat med motivering att stiftelsen i likhet med överlåtaren varken bedrev eller hade för avsikt att bedriva någon jordbruksverksamhet och att transaktionen stred mot ett i lagstiftningen tillgodosett allmänintresse av att bibehålla och skapa ekonomiskt hållbara små och medelstora jordbruk. Verwaltungsgerichtshof vände sig till EG-domstolen med begäran om besked huruvida bestämmelserna i EG-fördraget om fri rörlighet för kapital utgjorde hinder för det aktuella delstatliga förfarandet med förhandstillstånd i fråga om transaktioner med jordbruksfastigheter.

EG-domstolen erinrade, med hänvisning till *Konle* (se SvJT 1999 s. 787 ff.) och *Salzmann* (se SvJT 2003 s. 1115 ff.), att sådana åtgärder som redan på grund av sitt föremål innebär att den fria rörligheten för kapital begränsas ändå kan godtas om det mål som eftersträvas är av allmänintresse, åtgärden inte är diskriminerande och proportionalitetsprincipen iakttas. När fråga är om beviljande av förhandstillstånd måste dessutom objektiva kriterier iakttas som är kända i förväg och som gör det möjligt för alla som berörs att få sin sak överprövad. Mot bakgrund av att EG-domstolen tidigare vid flera tillfällen underkänt krav på förhandstillstånd såsom alltför ingripande i den fria rörligheten när en kontroll i efterhand i stället kunnat väljas förklarade domstolen nu — efter att ha gått igenom de jordbruksändamålsenliga och sociala skäl som bar upp den österrikiska lagstiftningen — att själva grundtanken bakom ett system med förhandstillstånd på detta område inte kan kritiseras.

I det aktuella fallet fann EG-domstolen att lagstiftningen kunde godtas, dock inte i den mån lagstiftningen tolkades så att beviljande av tillstånd under alla omständigheter förutsatte att förvärvaren själv måste bedriva jordbruk på fastigheten och även vara bosatt på densamma. Ett sådant villkor skulle innebära att exempelvis den som endast avsåg att arrendera ut marken till jordbrukare liksom juridiska personer alltid utestängdes från möjligheten att förvärva egendomen, vilket skulle gå utöver det berättigade syftet med lagstiftningen. ”Villkoret utgör således hinder för planerade överlåtelser som inte i sig på något vis innebär att en fastighets användning för jordbruk och det kontinuerliga bedrivandet av jordbruk på fastigheten genom jordbrukare eller juridiska personer, såsom jordbrukarföreningar, äventyras” (p. 51). EG-domstolen tillade att andra åtgärder, som begränsar de fria kapitalrörelserna i mindre utsträckning, skulle kunna tjäna samma syfte att bibehålla hållbara förhållanden för jordbruksbefolkning-

en: ”En överlåtelse av en jordbruksfastighet till en juridisk person skulle exempelvis kunna förenas med särskilda skyldigheter, såsom att fastigheten måste arrenderas ut långsiktigt. Man skulle också kunna tänka sig ett system med förköpsrätt för arrendatorer som gör det möjligt för ägare som inte är jordbrukare och som förpliktar sig att se till att jordbruk även fortsatt bedrivs på fastigheten att förvärva den, för det fall arrendatorerna inte vill köpa.” (p. 52).

Utöver Österrike och Liechtenstein ingav även Norge yttrande i målet. Norge, som i vissa avseenden har en sträng förvärvslagstiftning med krav på brukar- och boplikt, menade att om de österrikiska förvärvskraven skulle anses strida mot gemenskapsrätten skulle det ge penningstarka investerare möjlighet att köpa upp stora jordbruksarealer för att sedan arrendera ut marken till andra, vilket skulle innebära ett oönskat steg i riktning mot ett feodalsystem. EG-domstolens kompromisslösning blev som framgått att tillåta en obligatorisk förhandsprövning av förvärv av jordbruksfastigheter men att underkänna villkor som med automatik utestänger förvärvare som inte avser att själva bo på och bruka fastigheten. Utgången är, inte minst inför EU:s förestående utvidgning, ett viktigt bidrag till frågan om hur långt medlemsstaterna kan gå i att upprätthålla ett förvärvsskydd för annan fast egendom än fritidsbostäder (beträffande denna kategori av fastigheter, se ovannämnda *Konle* och *Salzmann* samt *Reisch*, SvJT 2002 s. 713 ff.).

EG-domstolens ställningstagande måste nog uppfattas som en praxisförändring i för medlemsstaterna tillåtande riktning, ett intryck som förstärks av att målet avgjordes i stort plenum med samtliga 15 domare. Visserligen sägs det ingenstans i domen att den innebär en förändrad syn på rättsläget. Emellertid förekommer det praktiskt taget aldrig att EG-domstolen öppet medger att den ändrar sin praxis. Som sentida exempel på icke tillståndade förändringar av domstolens rättstillämpning kan anges målen *Belgien mot Spanien (Rioja)* och *Olazabal* (se SvJT 2000 s. 629 f. resp. 2003 s. 363 ff.).

För svenskt vidkommande gör domen tydligt att det krav som i Sverige gäller på tillstånd till förvärv av jord- och skogsbruksmark i glesbygd i och för sig är förenligt med EG-fördraget.<sup>4</sup> Däremot framstår det som tveksamt om det är möjligt att upprätthålla föreskriften i 10 § jordförvärvslagen att förvärvaren kan föreläggas att bosätta sig på fastigheten och därefter bo på den i minst fem år, och detta särskilt som det för EG-domstolen tycks vara likvärdigt från skyddssynpunkt om det är ägaren själv eller någon annan som brukar jorden.

<sup>4</sup>I anslutning till kommentarerna till målen *Konle* och *Reisch* ifrågasatte författaren, om än i försiktiga ordalag, detta förhållande.

**6. Gerhard Köbler mot Österrike (dom 2003-09-30, mål C-224/01; plenum)**

Genom domen i detta mål tillfördes ännu en beståndsdel till den lära som EG-domstolen med början 1991 i målet Francovich har utvecklat rörande medlemsstaternas skadeståndsansvar gentemot enskilda. Avgörandet har relevans bland annat för den i Sverige aktualiserade frågan<sup>5</sup> om möjligheterna att begränsa det allmännas skadeståndsansvar vid fel begångna av Riksdagen, Regeringen, Högsta domstolen och Regeringsrätten, och refereras därför här relativt utförligt.

En man som i tio år arbetat som professor vid universitetet i Innsbruck ansökte om ett sådant särskilt tjänsteårstillägg som enligt österrikisk lag bara kan tilldelas personer som tjänstgjort i femton år vid inhemska universitet. Om han hade fått tillgodoräkna sig även tjänstgöring vid andra universitet inom EU hade han varit berättigad till tillägget. Professorn gjorde gällande att lagstiftningen innefattade en oskälig indirekt diskriminering enligt gemenskapsrätten. I den tvist som hans krav gav upphov till begärde Österrikes högsta förvaltningsdomstol, Verwaltungsgerichtshof, förhandsavgörande av EG-domstolen. Under målets handläggning där infordrade Verwaltungsgerichtshof yttrande från parterna i det nationella målet med förklaring att ett liknande mål avgjorts i EG-domstolen (*Schöning-Kougebetopoulou*, C-15/96) och angav preliminärt att den aktuella rättsfrågan därvid hade avgjorts till professors fördel. Efter det att begäran om förhandsavgörande mot denna bakgrund hade återkallats meddelade Verwaltungsgerichtshof dom, vari domstolen emellertid gjorde en annan tolkning av det nyssnämnda avgörandet och i stället kom till slutsatsen att det särskilda tjänsteårstillägget utgjorde en lojalitetspremie som objektivt sett motiverade ett undantag från gemenskapsbestämmelserna om fri rörlighet för arbetstagare. Professorn, vars talan på grund härav ogillades, väckte då talan om skadestånd mot österrikiska staten under anförande att Verwaltungsgerichtshofs dom stred mot direkt tillämpliga gemenskapsrättsliga bestämmelser såsom dessa tolkats av EG-domstolen. Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien hänsköt skadeståndsfrågan till EG-domstolen. Jämte Österrike bestred Frankrike och Storbritannien att fel begångna i medlemsstaternas rättskipning kunde grunda skadeståndsansvar enligt gemenskapsrätten medan Tyskland och Nederländerna ansåg att detta ansvar skulle vara begränsat och underkastat olika restriktiva villkor utöver dem som redan hade uppställts i EG-domstolens dittillsvarande praxis. Sverige valde att inte yttra sig i målet.

EG-domstolen, i sammansättning av alla 15 domarna, erinrade först om att den redan slagit fast att EG-fördragets system innebär en skyldighet för medlemsstaterna att ersätta skada som har vållats enskilda genom att medlemsstaterna har överträtt gemenskapsrätten och att

<sup>5</sup>Se bl.a. SOU 1997:194 Det allmännas skadeståndsansvar vid överträdelse av EG-regler.

denna princip gäller oavsett vilket organ i medlemsstaten som har orsakat skadan. Med hänsyn till den väsentliga funktion som den dömande makten fyller för att skydda de rättigheter som enskilda åtnjuter enligt gemenskapsbestämmelserna skulle den fulla verkan av dessa bestämmelser äventyras och skyddet för de rättigheter som följer av dessa försvagas om de enskilda inte skulle ha möjlighet att få ersättning när skadan beror på ett avgörande av en domstol som dömer i sista instans i en medlemsstat. ”Eftersom ett åsidosättande av dessa rättigheter genom ett lagakraftvunnet avgörande av en sådan domstol normalt inte längre kan avhjälpas, kan de enskilda inte framtas möjligheten att hålla staten skadeståndsansvarig för att på så sätt erhålla ett rättsligt skydd för sina rättigheter. Det är för övrigt för att förhindra att de rättigheter som enskilda åtnjuter enligt gemenskapsrätten åsidosätts som det i artikel 234 tredje stycket [i EG-fördraget] föreskrivs att en domstol mot vars avgöranden det inte finns något rättsmedel enligt nationell lagstiftning är skyldig att föra frågan vidare till domstolen”. (p. 34–35).<sup>6</sup>

EG-domstolen bemötte vidare de invändningar som gjorts av den franska och brittiska regeringen om att avgöranden av nationella domstolar i sista instans inte kan få grunda skadeståndsansvar med hänsyn till bland annat principen om lagakraftvunna avgörandens rättskraft samt domarens oberoende ställning och auktoritet. EG-domstolen påpekade härvid, med hänvisning till *Eco Swiss* (se SvJT 1999 s. 785 f.), att det inte råder något tvivel om betydelsen av principen om lagakraftvunna avgörandens rättskraft, samt fortsatte: ”För att säkerställa såväl en stabil rättsordning och stabila rättsförhållanden som en god rättskipning är det viktigt att domstolsavgöranden som vunnit laga kraft efter det att tillgängliga rättsmedel har uttömts eller fristerna för dessa har löpt ut inte längre kan angripas. Erkännandet av principen att staten kan hållas skadeståndsansvarig till följd av ett avgörande av en domstol som dömer i sista instans medför dock inte i sig att rättskraften hos ett sådan lagakraftvunnet avgörande påverkas. - - - Principen om statens skadeståndsansvar utgör under alla omständigheter en väsentligt del av gemenskapens rättsordning och fordrar att [ersättning] utgår, men det krävs inte att det sker en ändring av det domstolsavgörande som vållat skadan. - - - När det gäller domarens oberoende ställning skall det klargöras att den aktuella principen om skadeståndsansvar inte avser domarens personliga ansvar, utan statens ansvar. - - - Beträffande argumentet att det finns en risk för att auktoriteten hos en domstol som dömer i sista instans påverkas av att dess lagakraftvunna avgöranden kan komma att indirekt angripas genom ett förfarande som gör det möjligt att hålla staten ska-

<sup>6</sup>Uttrycket ”lagakraftvunnet avgörande” i den svenska språkversionen synes ge ett felaktigt intryck av att de högsta instanserna kan meddela ett avgörande som inte omedelbart vinner laga kraft. Uttrycket förekommer heller inte i övriga språkversioner, där det i stället talas om att avgörandet är ”final”, ”endelig”, etc.

deståndsansvarig för dessa avgöranden, konstaterar domstolen att förekomsten av rättsmedel som på vissa villkor gör det möjligt att avhjälpa de skadliga följderna av ett felaktigt domstolsavgörande även kan anses höja kvaliteten på rättsordningen och i slutändan även öka den dömande maktens auktoritet.” (p. 38–39, 42–43).

EG-domstolen övergick härefter till att bemöta en av flera medlemsstater framförd invändning om att det är svårt att utse en nationell domstol som är behörig att pröva anspråk på grund av felaktig rättstillämpning i högsta instans: ” - - - ankommer det på medlemsstaterna att ge de berörda möjlighet att återropa [principen om statens skadeståndsansvar] genom att tillhandahålla adekvata rättsmedel. Genomförandet av denna princip kan inte äventyras på grund av att behörig domstol saknas. I avsaknad av gemenskapsrättsliga föreskrifter skall det, enligt fast rättspraxis, i varje medlemsstats rättsordning anges vilka domstolar som är behöriga och vilka förfaranden för att väcka talan vid domstol som är avsedda att säkerställa ett fullständigt skydd för de rättigheter som för enskilda följer av gemenskapsrätten. Bortsett från förbehållet att medlemsstaterna i varje enskilt fall skall tillförsäkra ett effektivt skydd för de individuella rättigheter som följer av gemenskapens rättsordning, ankommer det inte på EG-domstolen att ingripa i lösningen av behörighetsproblem som — inom den nationella domstolsorganisationen — kan uppstå till följd av hur vissa rättsliga situationer som grundas på gemenskapsrätten betecknas.<sup>7</sup> - - - Det skall dessutom tilläggas att även om överväganden som avser principen om lagakraftvunna avgörandens rättskraft eller domarnas oberoende ställning ibland har föranlett långtgående begränsningar i de nationella rättsordningarna av möjligheten att hålla staten ansvarig för skador som vållats genom felaktiga domstolsavgöranden, har sådana överväganden inte medfört att en sådan möjlighet helt och hållet uteslutits. Som generaladvokaten har påpekat - - - har nämligen flertalet medlemsstater i en eller annan form godtagit att staten kan hållas skadeståndsansvarig för domstolsavgöranden, även om villkoren härför är restriktiva och olikartade. Det kan även påpekas att det enligt [Europakonventionen, särskilt artikel 41] är möjligt för [Europadomstolen] att förplikta en stat som har kränkt en grundläggande rättighet att ersätta de skador som agerandet har medfört för den drabbade personen. Det följer av rättspraxis från [Europadomstolen] att en sådan ersättning även kan utgå när kränkningen beror på innehållet i ett avgörande som fattats av en nationell domstol som dömer i sista instans.”<sup>8,9</sup> (p. 45–49).

<sup>7</sup>EG-domstolen hänvisade härvid till bl.a. *Dorsch Consult* (se SvJT 1998 s. 348 f.).

<sup>8</sup>EG-domstolen hänvisade härvid till Europadomstolens dom den 21 mars 2000 i målet *Dulaurans mot Frankrike* (se Danelius i SvJT 2000 s. 381 f.).

<sup>9</sup>Med EG-domstolens synsätt torde ett sådant skadeståndsansvar kunna aktualiseras även i fall då det är förstainstansrättens dömande verksamhet som ifrågasätts. Jfr *Baustahlgewebe* (se SvJT 1999 s. 361 f.), där förstainstansrätten konstaterades ha gjort sig skyldig till överträdelse av artikel 6 i Europakonventionen. Jfr även *Berga-*

När det sedan gällde de specifika villkor som skall vara för handen för att statens skadeståndsansvar skall aktualiseras genom ett avgörande varigenom en högsta rättsinstans har överträtt en gemenskapsrättsregel lyfte EG-domstolen särskilt fram kravet, att den regel som har överträtts skall ha varit tillräckligt klar, och menade — i likhet med de medlemsstater som inkommit med yttranden — att vid tillämpningen av det kravet hänsyn måste tas till den dömande verksamhetens särdrag och de berättigade kraven på rättssäkerhet. ”Staten kan ådra sig skadeståndsansvar på grund av en överträdelse av gemenskapsrätten genom ett sådant avgörande endast i undantagsfall, då den nationella domstolen på ett uppenbart sätt har åsidosatt gällande rätt. Vid bedömningen av huruvida denna förutsättning är uppfylld skall en nationell domstol, vid vilken en skadeståndstalan har väckts, ta hänsyn till alla omständigheter som kännetecknar situationen i fråga. Till dessa omständigheter hör särskilt den överträdde regelns grad av klarhet och precision, överträdelsens avsiktliga karaktär, den ursäktliga eller ousäktliga karaktären av rättsvillfarelsen, den ståndpunkt som en gemenskapsinstitution i förekommande fall intagit och den aktuella domstolens underlåtenhet att fullgöra sin skyldighet att begära ett förhandsavgörande - - - En överträdelse av gemenskapsrätten är i vilket fall som helst tillräckligt klar då avgörandet i fråga uppenbart har fattats i strid mot domstolens rättspraxis på området - - -” (p. 53–56). EG-domstolen tillade i denna del att det är inom ramen för den nationella skadeståndsrätten som staten skall ersätta följderna av den vållade skadan, förutsatt att de villkor som fastställs i nationell skadeståndslagstiftning inte är mindre förmånliga än de som avser liknande ersättningsanspråk grundade på nationella förhållanden eller är utformade på ett sådant sätt att det i praktiken blir omöjligt eller orimligt svårt att få skadestånd.

EG-domstolen gick härfter över till frågan huruvida gemenskapsrättens bestämmelser om arbetskraftens fria rörlighet utgjorde hinder för Verwaltungsgerichtshofs tolkning att den nationella lagstiftningen om beviljande av det särskilda tjänsteårstillägget för professorer som tjänstgjort i femton år vid österrikiska universitet var förenlig med gemenskapsrätten, eftersom — enligt Verwaltungsgerichtshof — tillägget endast utgjorde en lojalitetspremie. Domstolen påpekade att det hinder för den fria rörligheten som en sådan lojalitetspremie innebär måste kunna motiveras av tvingande hänsyn till allmänintresset samt framhöll att den inte tidigare hade haft tillfälle att ta ställning till denna fråga. När domstolen nu således för första gången gjorde just

*derm* (se SvJT 2001 s. 136), vari EG-domstolen uttalade att ”förutsättningarna för statens ansvar för skada som har vållats enskilda på grund av överträdelse av gemenskapsrätten — såvida det inte finns något särskilt skäl för detta — inte får skilja sig från de förutsättningar som under jämförbara förhållanden gäller för gemenskapens ansvar.” På sikt torde man kunna förvänta sig ett motsvarande förenhetligande genom EG-domstolens rättspraxis av förutsättningarna för skadestånd p.g.a. fel begångna av de högsta rättsinstanserna i unionen resp. medlemsstaterna.



detta framhöll den följande: ”Det kan visserligen inte uteslutas att syftet att öka arbetstagarnas lojalitet gentemot sina arbetsgivare inom ramen för en politik för forskning eller universitetsundervisning kan utgöra ett tvingande hänsyn till allmänintresset, men ett sådant syfte kan inte motivera det hinder som den bestämmelse som är i fråga i det förevarande fallet medför, med tanke på vad som särskilt kännetecknar denna bestämmelse. Även om samtliga professorer vid offentliga universitet i Österrike har en enda arbetsgivare, nämligen den österrikiska staten, har de sin tjänstplacering på olika universitet. På arbetsmarknaden för universitetsprofessorer konkurrerar de olika österrikiska universiteten inte bara med universitet i andra medlemsstater och i tredje land, utan även sinsemellan. Beträffande denna andra form av konkurrens kan det konstateras att den åtgärd som är i fråga i det förevarande fallet inte är ägnad att främja en professors lojalitet gentemot det österrikiska universitet där han tjänstgör. Även om det särskilda tjänsteårstillägget syftar till att belöna arbetstagarnas lojalitet gentemot sin arbetsgivare, får det även till följd att österrikiska universitetsprofessorer som fortsätter att utöva sitt yrke i Österrike belönas. Tillägget kan således påverka dessa professorers val mellan en anställning vid ett österrikiskt universitet och en anställning vid ett universitet i en annan medlemsstat. Det särskilda tjänsteårstillägg som är i fråga i det förevarande fallet innebär följaktligen inte bara att arbetstagarens lojalitet gentemot sin arbetsgivare belönas. Det medför även en avskärmning av arbetsmarknaden för universitetsprofessorer i Österrike och strider mot själva principen om fri rörlighet för arbetstagare.” (p. 83–86).

När det slutligen gällde frågan huruvida österrikiska staten hade ådragit sig skadeståndsansvar enligt gemenskapsrätten förklarade EG-domstolen att det visserligen i princip är de nationella domstolarna som skall pröva om kriterierna för ansvar föreligger. I det aktuella fallet ansåg sig emellertid EG-domstolen ha tillgång till alla de uppgifter som behövdes för att själv kunna utföra denna prövning. Domstolen slog fast att den i det ovannämnda målet *Schöning-Kougebetopoulou* inte uttalade sig i frågan huruvida, och på vilka villkor, det hinder för den fria rörligheten för arbetstagare som en lojalitetspremie medför, kunde anses motiverat. De överväganden som Verwaltungsgerichtshof utläste ur domen i det målet grundade sig således på en felaktig tolkning av domen. Verwaltungsgerichtshof borde följaktligen ha vidhållit sin begäran om förhandsavgörande för att undvika att meddela en dom i strid mot gemenskapsrätten. Emellertid ansåg EG-domstolen att en överträdelse av de aktuella gemenskapsbestämmelserna inte i sig kunde betecknas som uppenbar. Gemenskapsrätten reglerar nämligen inte uttryckligen frågan huruvida en åtgärd för att öka en arbetstagares lojalitet gentemot sin arbetsgivare, exempelvis i form av en lojalitetspremie som innefattar ett hinder för den fria rörligheten, kan anses motiverad och således vara förenlig med gemenskapsrätten.

Frågan hade inte heller besvarats i domstolens rättspraxis. Svaret på frågan var enligt EG-domstolen inte heller självklart. Vidare påverkades inte slutsatsen, att överträdelsen inte var uppenbar, av den omständigheten att den nationella domstolen borde ha vidhållit sin begäran om förhandsavgörande.<sup>10</sup> Verwaltungsgerichtshof beslutade nämligen att återkalla begäran om förhandsavgörande på grund av att den ansåg att den fråga rörande gemenskapsrätten som skulle avgöras redan hade besvarats genom domen i målet *Schöning-Kougebetopoulou*. Det var således på grund av en felaktig tolkning av denna dom som Verwaltungsgerichtshof ansåg att det inte längre var nödvändigt att hänskjuta tolkningsfrågan till domstolen. Med hänvisning till bland annat dessa förhållanden fann EG-domstolen att den konstaterade överträdelsen inte kunde anses som uppenbar, varför det heller inte var fråga om en tillräckligt klar överträdelse.

För svenskt vidkommande föreslog Utredningen om det allmännas skadeståndsansvar vid överträdelse av EG-rätten redan år 1998 ett upphävande av 3 kap. 7 § skadeståndslagen, som föreskriver att talan om ersättning enligt lagen inte får föras med anledning av beslut av Högsta domstolen eller Regeringsrätten om inte beslutet upphävts eller ändrats, samt att forumregeln i 3 kap. 10 § samma lag skulle göras uttryckligen tillämplig också beträffande talan om ersättning på grund av överträdelse av EG-regler (se SOU 1997:194). Förslagen har inte lett till lagstiftning.

Genom EG-domstolens här refererade avgörande har under alla förhållanden inte bara rättsläget blivit klarlagt när det gäller fel begångna av de högsta rättsinstanserna utan även tillhörande rättsfrågor blivit belysta på ett sätt som torde komma att visa sig användbart såväl för lagstiftaren som för den praktiska rättstillämpningen i medlemsstaterna. Vad som samtidigt kan konstateras är att EG-domstolen utformat kriterierna för skadeståndsansvar på sådant sätt att ansvar kan ifrågakomma endast i ett mycket litet antal fall. Från den enskildes perspektiv skulle domstolens slutsats — att skadeståndstalan kan föras även vid fel begångna av en nationell domstol — kunna ses som en bekräftelse på vad domstolen tidigare har konstaterat, nämligen att den enskilde har valfrihet mellan att åberopa EG-rätten direkt, när så är möjligt, och att driva en skadeståndprocess. Detta förhållande innebär emellertid knappast någon reell lättnad för den enskilde eftersom det i båda fallen synes krävas skäl som ungefär motsvarar dem som måste föreligga för att resning skall beviljas.

<sup>10</sup>Indirekt erinrar EG-domstolen här, närmast som i förbigående, om att de s.k. CILFIT-kriterierna fortfarande gäller.

**7.Förenade målen Atlantic Container Line AB m.fl. mot kommissionen (dom 2003-09-30, mål T-191/98, T-212/98, T-213/98 och T-214/98)**

Dessa mål handlade om huruvida det hade förekommit missbruk av dominerande ställning i fråga om sjötransporter mellan Europa och USA, särskilt inom containertrafiken.

Kommissionen beslutade år 1999 om böter för 15 företag i rederibranschen, däribland Atlantic Container Line med säte i Göteborg och Senator Lines med säte i Bremen, på sammanlagt nära 273 miljoner ecu för överträdelse av gemenskapens konkurrensregler, det högsta belopp som hittills hade förekommit i ett sådant sammanhang. I sin mycket omfattande dom fann förstainstansrätten visst fog för kommissionens anklagelser men ogiltigförklarade bötesbeslutet med hänvisning dels till avsaknad av bevis och till att företagets rätt till försvar inte helt hade respekterats, dels till att företagen var ursäktade till följd av den omfattning i vilken de hade hållit kommissionen underbyggd om relevanta omständigheter.

Förstainstansrättens dom har vunnit laga kraft.

Av särskilt intresse är att Senator Lines parallellt med kommissionsförfarandet och rättegången i förstainstansrätten drev ett mål vid Europadomstolen med påstående att EU:s institutioner förvägrat bolaget de rättigheter som det varit tillförsäkrat enligt Europakonventionen, främst genom att tvinga bolaget att ställa en omedelbart verkställbar bankgaranti för böterna, vilket i sin tur äventyrat bolagets fortsatta existens. Enligt Senator Lines stod detta i strid mot konventionen på grund av avsaknaden av möjlighet till slutlig prövning i sak före verkställighet av bötesbeslutet. Eftersom varken EG eller EU som organisation är ansluten till konventionen stämde Senator Lines samtliga femton medlemsstater inför Europadomstolen. Bland medlemsstaterna har förmärkts en oro för att Europadomstolen kommer att ta sig domsrätt och hålla dem ansvariga för beslut och förfaranden som enligt det gemenskapsrättsliga systemet ligger inom kommissionens och EG-domstolarnas exklusiva behörighet och som dessa institutioner utför på självständigt ansvar. Vad medlemsstaterna har velat förhindra är således i klartext att Europadomstolen genom att finna sig vara behörig domstol tvingar fram en anslutning *de facto* av EG/EU till konventionen.<sup>11</sup>

I vad mån förstainstansrättens dom förändrar situationen i det pågående förfarandet vid Europadomstolen återstår att se. Det kan i varje fall noteras att domen föranledde att en under hösten 2003 planerad förhandling i Strasbourg ställdes in.<sup>12</sup>

<sup>11</sup>Se närmare SyJT 2002 s. 363 ff. Frågan om EU:s anslutning till Europakonventionen behandlades av det s.k. framtidskonventet 2003 och står på dagordningen för EU:s pågående regeringskonferens.

<sup>12</sup>Europadomstolen (Grand Chamber) beslutade den 10 mars 2004 enhälligt att förklara bolagets talan "inadmissible".

### **8. Carlos Garcia Avello mot Belgien (dom 2003-10-02, mål C-148/02; plenum)**

Målet gällde betydelsen av unionsmedborgarskapet i förbindelse med möjligheten att få ändra efternamn.

Två makar, en spanjor och en belgiska, var bosatta i Belgien och fick där två barn, som kom att inneha såväl spanskt som belgiskt medborgarskap. De fick efter fadern sina efternamn registrerade som Garcia Avello. Föräldrarna ansökte att barnens efternamn i enlighet med spansk lagstiftning och tradition skulle ändras till Garcia Weber, varigenom de skulle få sitt första efternamn efter fadern och det andra efter modern. Sökandena fick avslag på sin begäran samt en förklaring från det belgiska justitieministeriet av innebörd att alla ansökningar om att lägga till moderns efternamn till faderns för att bilda ett barns efternamn normalt avslås med motivering att barn i Belgien bär faderns efternamn. Conseil d'État begärde förhandsavgörande. Den danska och den holländska regeringen instämde med den belgiska i att spörsmålet inte omfattades av gemenskapsrättens tillämpningsområde.

EG-domstolen slog fast att utformandet av regler avseende personnamn visserligen ankommer på medlemsstaterna men att dessa vid utövandet av denna behörighet likafullt måste beakta gemenskapsrätten och detta särskilt vad avser EG-fördragets bestämmelser om rätten för samtliga medborgare i unionen att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier. Domstolen framhöll vidare att det unionsmedborgarskap som föreskrivs i artikel 17 i EG-fördraget inte syftar till att utvidga fördragets materiella tillämpningsområde till att även avse interna förhållanden som inte har någon anknytning till gemenskapsrätten men att det dock föreligger en sådan anknytning beträffande personer, som likt barnen i det aktuella fallet, är medborgare i en medlemsstat och vistas lagligt i en annan. Denna slutsats påverkades inte av att de ifrågavarande barnen även var medborgare i den medlemsstat där de hade vistas sedan sin födsel eller av att myndigheterna i denna stat, det vill säga Belgien, ansåg att medlemsstaten endast skall erkänna detta medborgarskap. ”En medlemsstat har nämligen inte rätt att genom sin lagstiftning inskränka verkningarna av att en person har erhållit medborgarskap i en annan medlemsstat genom att ställa ytterligare villkor för att detta medborgarskap skall erkännas när det gäller utövandet av de grundläggande friheter som föreskrivs i fördraget” (p. 28). De med dubbla EU-medborgarskap försedda barnen fick därför, enligt artikel 12 i EG-fördraget, inte utsättas för diskriminering på grund av nationalitet när det gällde reglerna för deras efternamn.

EG-domstolen gick sedan in på frågan om de nämnda artiklarna 12 och 17 utgjorde hinder för Belgien att avslå ansökan om namnändring i det aktuella fallet. Belgien försvarade sig med att principen att efternamn är oföränderliga utgör en grund för samhällsordningen

och att den belgiska kungen endast under mycket exceptionella förutsättningar kan bevilja en ändring av efternamn. Med instämmande av Nederländerna menade Belgien att skadan i det aktuella fallet var begränsad, eftersom barnen i vilket fall när som helst kunde göra gällande sitt spanska medborgarskap liksom sitt efternamn, bildat enligt spansk rätt, i alla andra medlemsstater än Belgien. I tillägg menade Danmark att det gynnade integreringen i Belgien av personer med dubbelt medborgarskap om de behandlades på samma sätt som personer som enbart innehade belgiskt medborgarskap. EG-domstolen underkände hela detta resonemang: "När det gäller principen att efternamn är oföränderliga, sedd som ett instrument för att undvika risk för förvirring beträffande berörda personers identitet eller släktskap, konstaterar domstolen att även om denna princip utan tvekan gör det lättare att identifiera en person eller förstå dennes släktförhållanden är principen dock inte så oumbärlig att den inte kan få ge vika för en praxis att låta barn som är medborgare i två medlemsstater bära ett efternamn som innehåller andra beståndsdelar än vad som föreskrivs i den ena av de två medlemsstaterna och som för övrigt figurerar i ett officiellt register i den andra av de två medlemsstaterna. Det står dessutom klart, bland annat på grund av de omfattande migrationsflödena inom unionen, att flera olika nationella system för att skapa efternamn samexisterar inom en och samma medlemsstat, vilket innebär att det inte nödvändigtvis går att fastställa släktskap i samhällslivet i en medlemsstat endast med hjälp av ett enda system som är tillämpligt på medborgarna i denna stat. Härtill kommer att ett system som gör det möjligt att föra vidare delar av båda föräldrarnas efternamn i stället för att skapa förvirring beträffande barnens släktskapsförhållanden tvärtom kan bidra till att göra släktbandet till båda föräldrarna tydligare igenkännbart. När det gäller integrations-syftet med den ifrågasatta praxisen räcker det med att erinra om att mot bakgrund av samexistensen i medlemsstaterna av olika system för tilldelning av efternamn som är tillämpliga på personer bosatta i landet är en sådan praxis som den ifrågavarande varken nödvändig eller lämplig för att gynna integreringen av andra medlemsstaters medborgare i Belgien." (p. 42–43).

EG-domstolens svar blev således att bestämmelserna i EG-fördraget om icke-diskriminering och unionsmedborgarskap utgör hinder för en medlemsstat att avslå en ansökan om namnbyte under sådana omständigheter som förelåg i det aktuella fallet. Domen ansluter till de tidigare avgörandena *Baumbast* och *D'Hoop* (se SvJT 2003 s. 352 ff.), i vilka EG-domstolen fann att medlemsstaternas medborgare har en direkt tillämplig, på unionsmedborgarskapet grundad rätt att fritt röra och uppehålla sig inom unionen, trots att denna rätt enligt EG-fördraget uttryckligen är underkastad de begränsningar som i övrigt beslutats. Genom domen i detta nya fall har EG-domstolen givit ytterligare substans åt unionsmedborgarskapet på ett sätt som medlemssta-

terna knappast kan ha föreställt sig när de genom EU-fördraget år 1991 antog bestämmelser härom och som för övrigt inte heller lär ha föresvävat den svenska riksdagen vid beslutet år 1994 om anslutningen till EU.

Vill man kritisera domen för att vara alltför expansiv skulle man kunna säga att domstolens inledande erinran om att artikel 17 i EG-fördraget (om unionsmedborgarskap) inte syftar till att utvidga fördragets materiella tillämpningsområde motsägs av de slutsatser som domstolen senare själv drar, särskilt slutsatsen att medlemsstaterna med hänsyn till diskrimineringsförbudet i artikel 12 inte får inskränka verkningarna av ett *nationellt* medborgarskap genom att ställa ”ytterligare villkor” när det gäller utövandet av de grundläggande friheter som föreskrivs i EG-fördraget. Man kan fråga sig vad som vid detta resonemang hindrar enskilda från att också i varje annat sammanhang åberopa diskrimineringsförbudet för att komma i åtnjutande av sådana rättigheter. I vilket fall som helst innebär domen att medlemsstaternas skyldighet att beakta gemenskapsrätten numera är en realitet också på ett så utpräglat nationellt rättsområde som namnlagstiftningen.<sup>13</sup>

Kommissionen bad i en skrivelse i december 2003 regeringen att yttra sig rörande svensk lagstiftning om registrering av efternamn. Regeringen har svarat att det inte finns anledning att ändra de svenska reglerna med anledning av den aktuella domen.

### **9. Bodil Lindqvist (dom 2003-11-06, mål C-101/01; *plenum*)**

EG-domstolen tog i detta mål för andra gången (jfr *Rundfunk*, se SvJT 2003 s. 1118 ff.) ställning till frågor om tolkningen av direktiv 95/46/EG om skydd för enskilda personer med avseende på behandlingen av personuppgifter och om det fria flödet av sådana uppgifter (dataskyddsdirektivet). Domen har väckt uppseende särskilt genom att domstolen valde att tolka begreppet ”överföring av uppgifter till tredje land” såsom över huvud taget icke innefattande publicering på Internet.

Bodil Lindqvist arbetade som handledare för konfirmander i Alse-  
da pastorat. På hennes begäran lades på Svenska kyrkans hemsida ut en länk till en av henne skapad hemsida, som innehöll uppgifter om arton av hennes arbetskamrater inklusive deras namn. På hemsidan beskrevs ”i lätt skämtsamma ordalag” (p. 13) arbetskamraternas arbetsuppgifter och fritidsvanor. I flera fall nämndes även familjeförhållanden och telefonnummer. I ett fall angavs att en kvinnlig arbetskamrat hade skadat foten och var halvt sjukskriven. Bodil Lindqvist hade inte informerat de berörda personerna om innehållet på hem-

<sup>13</sup>I SvJT 2003 s. 1057 ff. har *Bogdan* kommenterat domen och där bl.a. hävdat att de rättigheter som EG-domstolen garanterade individer med dubbla (nationella) medborgarskap kan utsträckas till att gälla också för individer med enkelt medborgarskap. En så långtgående utvidgning av domens tillämplighet torde dock vara beroende av någon form av nationellt val.

sidan och än mindre inhämtat deras samtycke. Så snart hon fick vetskap om att vissa av hennes kolleger inte uppskattade hemsidan tog hon bort den. Sedan Bodil Lindqvist åtalats för brott mot personuppgiftslagen i flera avseenden, bland annat för att utan att det varit tillåtet ha behandlat känsliga personuppgifter (13 §) och ha fört över personuppgifter till tredje land (33 §), dömdes hon av Eksjö tingsrätt till 40 dagsböter. Domen överklagades till Göta hovrätt som underställde EG-domstolen ett antal frågor rörande tolkningen av dataskyddsdirektivet.

En fråga gällde huruvida redan själva omnämmandet av en person med namn eller på annat sätt på en hemsida utgör en ”behandling av personuppgifter som helt eller delvis företas på automatisk väg”, i den mening som avses i artikel 3.1 i direktivet. I motsats till vad Bodil Lindqvist hade anfört men i enlighet med Sveriges och kommissionens uppfattning besvarade EG-domstolen denna fråga jakande.

I anslutning härtill förklarade EG-domstolen att den aktuella behandlingen av personuppgifter inte heller omfattades av något av de undantag som nämns i artikel 3.2 i direktivet, vilka undantag är tillämpliga dels för sådan behandling som utgör led i en verksamhet som inte omfattas av gemenskapsrätten — i fråga om anledningen till att detta undantag inte var tillämpligt hänvisade domstolen till sina överväganden i ovannämnda målet *Rundfunk* — dels när behandlingen görs av en fysisk person som ett led i verksamhet av rent privat natur eller som har samband med hans hushåll. Beträffande det sistnämnda undantaget påpekade EG-domstolen att direktivet nämner korrespondens eller förande av adressregister som exempel på en fysisk persons behandling av uppgifter uteslutande för personliga ändamål eller för hemmabruk samt tillade: ”Detta undantag skall således tolkas så, att det endast avser verksamhet som utgör en del av enskildas privat- eller familjeliv, vilket uppenbarligen inte är fallet i fråga om sådan behandling av personuppgifter som består i att de offentliggörs på Internet för att dessa uppgifter skall bli tillgängliga för ett obestämt antal personer” (p. 47).

När det gällde frågan huruvida utläggande av personuppgifter på en hemsida på Internet i sig utgör en överföring av uppgifter till tredje land — och därmed enligt artikel 25 i direktivet är tillåtet endast om ifrågavarande tredje land har säkerställt en adekvat skyddsnivå — försvarade kommissionen och den svenska regeringen gemensamt uppfattningen att detta är fallet, med hänvisning till att uppgifterna genom utläggandet obestriddligen görs åtkomliga för medborgare i tredje land. Enligt kommissionen och regeringen skulle svaret ha blivit detsamma även om ingen från något tredje land rent faktiskt tagit del av uppgifterna. EG-domstolen kom däremot, efter att ha gått igenom vad en internetöverföring är i teknisk mening och efter att ha beaktat systematiken i kapitel IV i direktivet som avser just överföring av personuppgifter till tredje land, fram till den motsatta ståndpunk-

ten. Domstolen fäste sig särskilt vid att kapitel IV över huvud taget inte innehåller några bestämmelser om internetanvändning och menade att det med hänsyn ”till det stadium på vilket Internets utveckling befann sig vid den tidpunkt då direktiv 95/46 utarbetades - - - [inte kan] presumeras att gemenskapslagstiftaren hade för avsikt att med tanke på framtiden låta inskrivning av en person i Bodil Lindqvists situation av uppgifter på en hemsida på Internet omfattas av begreppet överföring av uppgifter till tredje land, även om dessa på detta sätt blir åtkomliga för sådana personer i tredje land som har de tekniska möjligheterna att få tillgång till hemsidan” (p. 68). EG-domstolen tillade att den tolkning som kommissionen och Sveriges regering förespråkade skulle ha inneburit att specialbestämmelserna i kapitel IV i direktivet med nödvändighet skulle bli generellt tillämpliga och transaktioner på Internet avseende personuppgifter otillåtna så snart det fanns ett enda tredje land som inte uppfyllde en adekvat skyddsnivå.

En annan betydelsefull fråga som förelades EG-domstolen gällde huruvida skyddsbestämmelserna i direktivet i ett fall som det förevarande kunde anses stå i strid mot principen om yttrandefrihet eller andra fri- och rättigheter som gäller inom unionen och som har en motsvarighet i Europakonventionen. EG-domstolen erkände att direktivet härvidlag rymmer ett motsatsförhållande men framhöll att direktivet självt innehåller mekanismer avsedda att hantera denna situation. Domstolen konstaterade att bestämmelserna i direktivet gjorts relativt allmänna med hänsyn till att de skall tillämpas på ett stort antal mycket olikartade situationer och att det var med rätta som direktivet innehåller regler som karaktäriseras av en viss tänjbarhet och som det i direktivet i många fall överläts till medlemsstaterna att fastställa detaljerna eller att välja bland de möjligheter som finns. Även om medlemsstaterna således har ett betydande handlingsutrymme när de skall införliva direktivet fanns det ingenting som medförde att bestämmelserna brast i förutsebarhet eller att bestämmelserna som sådana stred mot de grundläggande rättigheter som skyddas genom gemenskapens rättsordning, något som Bodil Lindqvist hade gjort gällande. Enligt EG-domstolen var det snarare på det stadium när de införlivade bestämmelserna skulle tillämpas i enskilda fall som en rättvis avvägning skulle göras mellan motstående rättigheter och intressen. ”I detta sammanhang har de grundläggande rättigheterna en särskild betydelse, såsom visas av målet vid den nationella domstolen, där det sammanfattningsvis måste göras en avvägning mellan å ena sidan Bodil Lindqvists yttrandefrihet i sitt arbete som handledare för konfirmander samt friheten att utöva verksamhet som bidrar till det religiösa livet, och å andra sidan skyddet av privatlivet för de personer om vilka Bodil Lindqvist har lagt ut uppgifter på sin webbplats på Internet. Följaktligen ankommer det på myndigheterna och domstolarna i medlemsstaten inte bara att tolka sin nationella rätt på ett sätt



som står i överensstämmelse med [direktivet], utan även att se till att inte grunda sig på en tolkning av detta direktiv som skulle stå i strid med de grundläggande rättigheter som skyddas genom gemenskapens rättsordning eller med andra allmänna gemenskapsrättsliga principer, såsom bland annat proportionalitetsprincipen. Visserligen kräver skyddet av privatlivet att effektiva sanktionsåtgärder tillämpas gentemot personer som behandlar personuppgifter på ett sätt som inte överensstämmer med [direktivet], men sådana sanktionsåtgärder måste alltid stå i överensstämmelse med proportionalitetsprincipen. Detta gäller i desto högre grad som det är uppenbart att tillämpningsområdet för [direktivet] är mycket vidsträckt och att skyldigheterna för personer som behandlar personuppgifter är många och betydande. Det<sup>14</sup> tillkommer den forelæggende ret i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet at tage hensyn til alle omstændighederne i den sag, som er forelagt den, herunder varigheden af overtrædelsen af bestemmelserne til gennemførelse af direktiv 95/46, samt betydningen for de berørte personer af beskyttelse af de offentliggjorte oplysninger” (p. 86–89).

I den svenska debatten med anledning av det rättsliga förfarandet gentemot Bodil Lindqvist har kritik riktats mot såväl Datainspektionen och regeringen som mot personuppgiftslagen med påstående att det är orimligt att betrakta så harmlösa uppgifter som blotta omnämnandet av en person eller av en uppgift om en person, exempelvis att någon har skadat en fot, som en automatiserad behandling av personuppgifter. I detta avseende visar emellertid domen att den mer direktivtrogna tolkningen haft fog för sig. Däremot har knappast alls tidigare i Sverige diskuterats den möjligheten att en publicering över Internet helt skulle falla utanför vad som i direktivet avses med begreppet överföring till tredje land. EG-domstolens i detta fall anmärkningsvärt djärva tolkning av direktivet synes innebära att det vid tillämpning av dataskyddsdirektivet inte längre behöver tas samma hänsyn som tidigare till de ganska svårmotiverade särskilda restriktioner som hitintills antagits gälla för utläggande av personuppgifter på hemsidor. Även EG-domstolens uttalanden om det betydande handlingsutrymme som medlemsstaterna har vid genomförandet av direktivet och om att det ankommer på nationella myndigheter och domstolar att göra en proportionalitetsbedömning vid intressekonflikter som direktivet ger upphov till, särskilt med avseende på yttrandefriheten, synes öppna möjligheter för ytterligare flexibilitet vid tillämpningen av personuppgiftslagen och eventuellt också för ännu mer vittgående nationella anpassningar från lagstiftarens sida, frågor som nyligen har övervägts av en särskild utredare och redovisats i betänkandet Översyn av personuppgiftslagen (SOU 2004:6).

<sup>14</sup>Denna mening återges från domens danska version, eftersom den svenska versionen här är ofullständig.

I betänkandet (s. 234) görs bland annat följande försiktiga reflektion med anledning av EG-domstolens dom: "Utredningen vill slutligen peka på att, eftersom det nu fastslagits att inte varje åtgärd som leder till Internetpublicering utgör en överföring av uppgifter till tredje land i EG-direktivets och personuppgiftslagens mening, det i förarbetena finns flera uttalanden av bl.a. regeringen, Lagrådet och konstitutionsutskottet som uppenbarligen bygger på delvis felaktiga förutsättningar, nämligen att varje åtgärd som leder till öppen publicering av uppgifter på Internet innebär att dessa förs över till tredje land. Det är emellertid svårt att göra något åt i efterhand." Härtill skulle kunna läggas att även exempelvis Högsta domstolens dom i det så kallade Ramsbromålet (NJA 2001 s. 409) bygger på denna felaktiga föreställning om direktivets och personuppgiftslagens räckvidd.<sup>15</sup>

#### **10. Piergiorgio Gambelli m.fl. (dom 2003-11-06, mål C-243/01; *plenum*)**

Målet gällde tillåtligheten av statliga spelmonopol.

Ett hundratal spelombud hade åtalats och deras dataöverföringsutrustning beslagtogs för att de i Italien förmedlat vadhållningstjänster från engelska bookmakers, en verksamhet som enligt italiensk lag är förbehållen staten eller av staten bemyndigade koncessionshavare. Frågan om denna ordning utgör en otillåten inskränkning i etableringsfriheten och i friheten att tillhandahålla tjänster underställdes EG-domstolen, varvid ett flertal medlemsstater yttrade sig. Sverige menade att den omständigheten att ett monopol tjänar fiskala intressen inte innebär att det strider mot gemenskapsrätten, så länge inskränkningarna är proportionerliga och inte diskriminerar vissa aktörer. Sverige och andra medlemsstater åberopade därvid bland annat utgången av målet *Läärä* (se SvJT 2000 s. 167 ff.), där EG-domstolen gjorde en välvillig bedömning av finska statens monopol på spel på pokermaskiner, samt av ett tidigare mål om det italienska spelmonopolet, *Zenatti* (se SvJT 2000 s. 173 f.).

EG-domstolen konstaterade först att den italienska lagstiftningen utgör en inskränkning i etableringsfriheten, i friheten att tillhandahålla tjänster och i friheten att mottaga eller dra fördel av tjänster som ett tjänsteföretag tillhandahåller. Härefter avfärdade domstolen kategoriskt argumentet att inskränkningar i anordnandet av hasardspel och vadhållning kan vara motiverade med hänsyn till statens skatteintäkter, något som hade gjorts gällande av bland andra Grekland och Portugal. EG-domstolen medgav att den i tidigare avgöranden funnit att inskränkningar kan vara berättigade på grund av tvingande hänsyn av allmänintresse, såsom skyddet av konsumenter och för att förhindra bedrägerier och spelmissbruk. Inskränkningar som grundas

<sup>15</sup>Ramsbro led likväl ingen rättsförlust eftersom HD ogillade åtalet mot honom med hänvisning till det undantag från straffansvar som i personuppgiftslagen är stadgat för journalistiska ändamål.

på sådana hänsyn, och på nödvändigheten av att upprätthålla ordningen i samhället, måste emellertid ”vara ägnade att säkerställa förverkligandet av dessa målsättningar på så sätt att dessa inskränkningar skall bidra till att begränsa vadhållningsverksamheten på ett sammanhängande och systematiskt sätt” (p. 67). I det aktuella fallet hade den italienska domstolen påpekat att den italienska staten bedriver en politik som innebär en kraftig ökning av spel och vadhållning i syfte att erhålla intäkter till staten samtidigt som den skyddar sina koncessionshavare. I direkt anslutning till denna upplysning påpekade EG-domstolen: ”I den mån myndigheterna i en medlemsstat lockar och uppmuntrar konsumenter att delta i lotterier, hasardspel eller vadhållning i syfte att stärka statskassan, kan myndigheterna i denna medlemsstat inte åberopa att hänsyn till den allmänna samhällsordningen gör det nödvändigt att begränsa spelmöjligheterna, för att motivera de åtgärder som domstolen i det nationella målet har att ta ställning till” (p. 69). Vidare framhöll EG-domstolen att de inskränkningar som var föreskrivna beträffande anbudsförfarandet måste tillämpas utan åtskillnad, det vill säga på samma sätt och med samma kriterier på de operatörer som var etablerade i Italien som på dem som befann sig i andra medlemsstater, samt att inskränkningarna var otillåtet diskriminerande om de i praktiken lättare kunde uppfyllas av italienska aktörer än av utländska, något som det ankom på den nationella domstolen att bedöma. Den nationella domstolen måste sedan bedöma om en straffrättslig påföljd som ådöms en person som från sitt hemvist i Italien deltar i vadhållning via Internet som organiseras av en bookmaker i en annan medlemsstat inte utgör en oproportionerlig påföljd, särskilt med hänsyn till att deltagandet i vadhållning uppmuntras av staten. Slutligen ankom det på den nationella domstolen att bedöma huruvida de straffrättsliga påföljder som drabbar de förmedlare som underlättar för en bookmaker som är etablerad i en annan medlemsstat att tillhandahålla sina tjänster, utgör inskränkningar som inte är proportionerliga i förhållande till syftet att bekämpa bedrägeri.

EG-domstolens tolkningsbesked ger till synes inte den italienska domstolen annat val än att underkänna det italienska spelmonopolet i den del det var angripet. Vad den italienska domstolen faktiskt kommer fram till är en annan sak.

Ytterligare två avgöranden om statliga spelmonopol har meddelats av EG-domstolen hösten 2003, nämligen den 11 september i det portugiska målet *Anomar*, C-6/01, där domstolen fann omständigheterna vara snarlika de i det ovannämnda målet *Läärä*, samt den 13 november i det finländska målet *Lindman*, C-42-02. Det senare målet härrörde från Ålands förvaltningsdomstol och rörde beskattningen av en svensk lotterivinst enligt finländsk lagstiftning. EG-domstolen underkände härvid den finländska ordningen med motivering att EG-fördragets bestämmelser om friheten att tillhandahålla tjänster ”utgör

hinder mot att en medlemsstat tillämpar regler enligt vilka lotterivinsterna från lotterier som anordnats i andra medlemsstater vid inkomstbeskattningen räknas som skattepliktig inkomst för vinnaren samtidigt som lotterivinsterna från lotterier som anordnats i ifrågavarande medlemsstat är skattefria vid inkomstbeskattningen”.

I Sverige innehåller lotterilagen förbud för anordnande och förmedling av lotterier och vadhållningstjänster som påminner om de som var föremål för prövning i nu refererade målet Gambelli. Utgången av målet föranledde också genast flera utländska spelbolag, bland andra brittiska Ladbrokes och Unibet, liksom det svenska företaget Boss Media, som tillverkar plattformar för internetspel, och de stenbeckskontrollerade Cherryföretagen till förnyade ansträngningar att etablera sig på den svenska spelmarknaden. Vad som också kan få betydelse för det svenska spelmonopolet, så som det tillämpas, är att vinstandelen ligger så lågt som kring 50 procent och att av spelöverskottet på inemot 4,7 miljarder kronor huvuddelen går direkt in i statskassan medan en mindre andel — en knapp femtedel — tillfaller folkrörelserna, främst idrotten, och endast 14 miljoner kronor avsätts till åtgärder mot spelmissbruk, något som skulle kunna tolkas som att det fiskala syftet är helt dominerande.<sup>16</sup> Regeringen har emellertid uppfattningen att monopolet är berättigat på grund av tvingande hänsyn av allmänintresse och är beredd att ta strid för dess upprätthållande, en synbarligen krävande uppgift mot bakgrund av EG-domstolens tidigare citerade uttalanden.

### **11. Kommissionen mot Spanien (dom 2003-11-25, mål C-278/01; *plenum*)**

I detta mål dömde EG-domstolen för andra gången en medlemsstat att betala vite på grund av underlåtenhet att rätta sig efter en tidigare dom av EG-domstolen, i vilken det fastställdes att medlemsstaten gjort sig skyldig till fördragsbrott (jfr *Kommissionen mot Grekland*, se SvJT 2001 s. 132 ff.).

Artikel 228 i EG-fördraget föreskriver att kommissionen, om den anser att en medlemsstat inte har vidtagit de åtgärder som krävs för att följa en dom från EG-domstolen, först skall ge staten i fråga tillfälle att framföra sina synpunkter. Härefter skall kommissionen avge ett så kallat motiverat yttrande i vilket anklagelserna mot medlemsstaten närmare preciseras. I sista hand skall kommissionen på nytt väcka talan vid EG-domstolen. Fördraget innehåller inte några bestämmelser om hur vitesbeloppet skall beräknas eller hur lång tid medlemsstaterna har till sitt förfogande för att vidta rättelse.

EG-domstolen hade år 1998 funnit att Spanien inte iakttagit de gränsvärden som fastställdes i det så kallade badvattendirektivet. Kommissionen ansåg att Spanien inte hade fullföljt förpliktelserna i domen och väckte därför år 2001 talan vid EG-domstolen med yrkande

<sup>16</sup>Sifferuppgifterna avser år 2002.

att vite skulle utdömas med 45600 euro per dag så länge rättelse inte skedde. EG-domstolen fastställde i den nya domen att rättelse inte skett trots att när talan väcktes tre badsäsonger hade förflutit sedan den tidigare domen. Domstolen gjorde olika överväganden om hur vitet skall fastställas med hänsyn till när och i vilken mån uppfyllelse kan förväntas ske, bland annat såtillvida att vitet inte skall påföras per dag utan per år när medlemsstaten har lagt fram sin årliga rapport om genomförandet av direktivet. När det gällde storleken av vitet kom EG-domstolen fram till att ett visst grundbelopp skulle multipliceras med en koefficient baserad på dels Spaniens bruttonationalinkomst, dels på antalet röster som landet har i rådet. Enligt EG-domstolen var denna beräkningsmetod adekvat för att återspegla landets betalningsförmåga samtidigt som en rimlig spännvidd mellan de olika medlemsstaterna behölls. Metoden ledde fram till att Spanien ålades att betala 624150 euro per år under vilket landet inte levde upp till sina förpliktelser, det vill säga ett väsentligt lindrigare åläggande än vad kommissionen yrkat.

EG-domstolens innovation att vitet skall stå i proportion till antalet röster i rådet — och inte till exempelvis medlemsstaternas befolkningstal — är intressant bland annat i förbindelse med de diskussioner om en ändrad röstviktning som för närvarande förs inom ramen för EU:s regeringskonferens. Spanien har i konferensen strävat efter att kunna behålla det jämförelsevis höga röstvärde som landet uppnådde i Nice år 2000, medan förslaget från det så kallade framtidskonventet går ut på att de befolkningsmässigt allra största medlemsstaterna skall få ökad vikt vid röstning i rådet.

Det i målet aktuella direktivet är detsamma som det Sverige befanns inte ha efterlevt i det första mål i vilket EG-domstolen konstaterade att Sverige gjort sig skyldigt till fördragsbrott (se SvJT 2001 s. 702 ff.). De hänsyn som domstolen i det aktuella målet tog till tidpunkten för när graden av uppfyllelse av förpliktelserna kunde mätas — och som innebar att bedömningen skall ske när uppgifterna om respektive badsäsong finns tillgängliga på årsbasis snarare än på dagsbasis såsom i det nämnda målet *Kommissionen mot Grekland* — skulle kunna ha betydelse för svensk del för det fall att Sverige på nytt dras inför EG-domstolen för bristande uppfyllelse av badvattendirektivet.

### **12. Kommissionen mot Finland (dom 2003-11-27, mål C-185/00)**

Finland fälldes för fördragsbrott i detta mål, som rörde den segdragna tvisten mellan Sverige och Finland om så kallad röd dieselsolja. Bakgrunden var att det länge har förekommit en omfattande införsel till Sverige av lågt beskattad finsk eldningsolja som här använts som drivmedel, något som är mycket svårt att beivra för de svenska myndigheterna.

Kommissionen gjorde vid EG-domstolen gällande att Finland inte uppfyllt sina skyldigheter enligt direktiv 92/81/EEG om harmonise-

ring av strukturerna för punktskatter på mineraloljor och direktiv 92/82/EEG om tillnärmning av punktskattesatser för mineraloljor. Underlåtenheten angavs bestå i att Finland tillåtit dels att lågbeskattad eldningsolja använts som bränsle i motorfordon, dels att sådan olja sålts utan erforderlig skattekontroll. Sverige tilläts intervensera till stöd för kommissionens talan, trots att Finland på formella grunder hade motsatt sig detta.

EG-domstolen konstaterade att de finska bestämmelserna om användning av dieselbrännolja som motorbränsle utgår från två huvudmoment. För det första är motorfordonsägare som avser att använda eldningsolja som motorbränsle skyldiga att i förväg underrätta skattemyndigheterna härom och att erlagga tilläggsskatt och/eller en bränsleavgift. För det andra skall myndigheterna säkerställa att dessa föreskrifter respekteras genom att utföra vägkontroller och ta ut sanktionsavgifter. Domstolen slog fast att tilläggsskatt och bränsleskatt inte kan jämföras med punktskatt och anslöt sig därmed till den uppfattning som även Sverige intog och som utgick från att tilläggsavgiften inte var baserad på förbrukningen av varan utan var knuten till olika tidsperioder. Härefter gick EG-domstolen över till frågan om det finska systemet tillämpas på sådant sätt att det ändå uppfyller gemenskapsbestämmelsernas effektivitetskrav: "Bristen på restriktioner och kontroller på distributionsnivå för eldningsolja, vilken säljs fritt på bensinstationer, skapar ofrånkomligen en gynnsam situation för olika typer av fusk. - - - [Det] framgår emellertid att de kontroller som vidtas av polis- och tullmyndigheterna i konsumtionsledet för att förebygga missbruk inte räcker till med tanke på den stora risk för missbruk som försäljningen av eldningsolja på bensinstationer ger upphov till. Domstolen erinrar om att den finska regeringen i exemplifierande syfte uppgivit att landets myndigheter år 1999 utförde 3923 kontroller. Under samma period var sammanlagt 755377 dieseldrivna fordon och traktorer registrerade i Finland. Till dessa kommer de utlandsregistrerade dieseldrivna fordon som används i Finland. Enligt den finska regeringen uppgår antalet vägkontroller i Finland till 3000–5000 per år. Bristerna i det kontrollsystem som införts genom finsk lag bekräftas för övrigt av det omfattande skattefusket i Sverige." (p. 102–104). Slutligen fann EG-domstolen sig inte kunna godta vad Finland anfört om att ett straffsanktionerat förbud mot att använda eldningsolja som motorbränsle inte skulle vara effektivare än det system som tillämpades i landet. Domstolen anförde härvid att det borde vara möjligt att kombinera ett sådant förbud med administrativa sanktionsåtgärder.

EG-domstolen biföll således kommissionens talan, vilket synes innebära att Finland måste antingen införa ett förbud mot användning-

en av röd olja i fordon eller börja tillämpa ett system med punktskatt liknande det som förekommer i Sverige och andra medlemsstater.<sup>17</sup>

Som framgått härrörde det svenska intresset i målet från det förhållandet att det finska systemet i praktiken hade betydelse för gränshandel med en viss typ av lågbeskattad olja på ett för Sverige ogynnsamt sätt. Eftersom en medlemsstat inte ensidigt kan vidta åtgärder mot en annan medlemsstat som den förstnämnda staten anser bryter mot gemenskapsrätten, hade Sverige i detta fall till och med tvingats dra tillbaka vissa regler som hade antagits i kompenserande syfte. Den praktiska möjlighet som då återstod för regeringen var att intervensera till stöd för kommissionen, snarare än att på egen hand väcka talan mot Finland.<sup>18</sup>

Den omständigheten att EG-domstolen avslog den finska regeringens invändning mot Sveriges interventionsansökan är knappast förvånande mot bakgrund av domstolens generösa inställning i liknande fall, en inställning som kom till uttryck bland annat när Norge tilläts intervensera i målet *Nederländerna mot Europaparlamentet och rådet* (se SvJT 2002 s. 168 ff.).

### **13. Kommissionen mot Italien (dom 2003-12-09, mål C-129/00; *plenum*)**

EG-domstolen fann i detta mål att Italien hade gjort sig skyldigt till fördragsbrott genom att inte ändra en lagbestämmelse som av italienska domstolar, inklusive kassationsdomstolen, tolkats och tillämpats i strid mot gemenskapsrätten.

Kommissionen erinrade vid EG-domstolen om att domstolen redan den 14 januari 1997 i italienska målen *Comateb* (se SvJT 1998 s. 342) hade förklarat att vad gäller indirekta skatter kan en presumtion, enligt vilken en skattskyldig har övervältrat en ingående skatt längre fram i försäljningsledet, inte godtas då detta medför en skyldighet för den skattskyldige att visa att så inte är fallet om han önskar återbetalning av en sådan skatt. Kommissionen anförde vidare att rättspraxis från Corte suprema di cassazione emellertid leder till en sådan presumtion till nackdel för en skattskyldig som begär återbetalning av skatter som strider mot gemenskapsrätten och som avses i en viss italiensk lagbestämmelse från år 1990. Dessutom framhöll kommissionen att, även om inte alla italienska domstolar tillämpade lagbestämmelsen på samma fördragsstridiga sätt som kassationsdomstolen och även om vissa skattskyldiga efter en utdragen och långsam process hade vunnit framgång gentemot de nationella myndigheterna, så hade Italien inte efterlevt effektivitetsprincipens krav på att det inte får vara i

<sup>17</sup>Enligt en artikel i DN den 8 mars 2004 kostar dock alltjämt den finska oljan 3.50–4.00 kr i Finland mot 9 kr för motsvarande drivmedel i Sverige, varför smuggling ännu fortgår i stor skala, särskilt vintertid då isen på gränsvägar är körbar.

<sup>18</sup>Att en medlemsstat väcker talan mot en annan medlemsstat för fördragsbrott är mycket ovanligt, jfr dock målet *Belgien mot Spanien (Rioja)*, se SvJT 2000 s. 629 f.

praktiken omöjligt eller orimligt svårt för enskilda att utöva sina rättigheter enligt gemenskapsrätten.

EG-domstolen erinrade om att fördragsbrott av en medlemsstat i princip kan föreligga oavsett vilket statsorgan som genom sitt handlande eller sin underlåtenhet givit upphov till fördragsbrottet samt att räckvidden av nationella bestämmelser skall bedömas med beaktande av de nationella domstolarnas tolkning av desamma. I det aktuella fallet konstaterade EG-domstolen att den omtvistade nationella bestämmelsen i sig var neutral i förhållande till gemenskapsrätten och att bestämmelsens räckvidd därför skulle fastställas med hänsyn till de nationella domstolarnas tolkning av den. ”Enstaka domstolsavgöranden eller domstolsavgöranden som utgör en minoritet i ett sammanhang med rättspraxis som präglas av ett annat synsätt, liksom en tolkning som dementeras av den högsta nationella domstolen, kan härvid inte beaktas. Det förhåller sig annorlunda med en signifikant tolkning i rättspraxis som inte dementeras utan som kanske till och med bekräftats av nämnda högsta domstol. När en nationell lagstiftning är föremål för skilda tolkningar i rättspraxis som kan tas i beaktande — där vissa tolkningar leder till en tillämpning av nämnda lagstiftning som är förenlig med gemenskapsrätten och andra tolkningar till en tillämpning som inte är förenlig härmed — skall det konstateras att denna lagstiftning åtminstone inte är tillräckligt tydlig för att säkerställa en tillämpning som är förenlig med gemenskapsrätten.” (p. 32–33). I sak godtog EG-domstolen väsentligen kommissionens bedömning och konkluderade — efter att beträffande återbetalningsproblematiken ha hänvisat även till sin dom den 2 oktober 2003 i målet *Weber, C-147/01* — att Italien hade åsidosatt sina skyldigheter enligt fördraget genom att inte ändra den aktuella lagbestämmelsen, ”vilken tolkas och tillämpas av myndigheterna och en betydande del av domstolarna, inklusive [kassationsdomstolen], på ett sådant sätt att utövandet av rätten till återbetalning av skatt som påförts i strid med gemenskapsrättsliga bestämmelser görs orimligt svårt för den skattskyldige”.

De båda domarna har anknytning också till ett annat under hösten 2003 avgjort mål, *Kommissionen mot Frankrike, C-296/01 (dom 2003-11-20)*, där EG-domstolen utvecklade sitt resonemang om i vilka fall medlemsstaterna kan anses ha genomfört direktivbestämmelser utan att ha företagit specifika lagstiftningsåtgärder, och det på ett sätt som väcker associationer till målet *Kommissionen mot Sverige* (se SvJT 2002 s. 720 ff.) om införlivande av direktivet om oskäligen avtalsvillkor: ”Även om det därför är nödvändigt att det rättsläge som följer av de nationella införlivandebestämmelserna är tillräckligt precist och klart för att göra det möjligt för berörda enskilda att känna till omfattningen av sina rättigheter och skyldigheter, har medlemsstaterna icke desto mindre, enligt artikel 249 tredje stycket [i EG-fördraget], möjlighet att välja den form och det tillvägagångssätt för genomförandet av di-



rektiv som på bästa sätt säkerställer att det resultat som eftersträvas med direktiven uppnås. Det framgår av denna bestämmelse att det inte nödvändigtvis krävs en lagstiftningsåtgärd i varje enskild medlemsstat för att införliva ett direktiv. Domstolen har vid upprepade tillfällen uttalat att ett formellt återgivande av ett direktivs föreskrifter i en uttrycklig och specifik lagbestämmelse inte alltid är nödvändigt, eftersom det för genomförandet av ett direktiv, beroende på dess innehåll, kan vara tillräckligt att det finns en allmän rättslig ram. Särskilt kan förekomsten av allmänna principer i statsrätt eller förvaltningsrätt göra att ett införlivande genom särskilda lagstiftningsåtgärder är överflödigt. Detta förutsätter emellertid att dessa principer utgör en effektiv garanti för att nationella myndigheter faktiskt tillämpar direktivet fullt ut och att, i sådana fall då direktivet syftar till att skapa rättigheter för enskilda, den rättsliga situation som följer av dessa principer är tillräckligt klar och precis samt att de personer som berörs ges möjlighet att få full kännedom om sina rättigheter och, i förekommande fall, ges möjlighet att göra dem gällande vid de nationella domstolarna” (p. 55).

Avgörandet i det här först refererade målet *Kommissionen mot Italien* har av somliga bedömare satts i förbindelse med unionens förestående utvidgning med tio nya medlemsstater och hävdats vara epokgörande såtillvida som kommissionen med stöd av EG-domstolens dom får en ny möjlighet att inskrida mot medlemsstaternas högsta domstolars tillämpningar av den nationella lagstiftningen. I fall då de nationella domstolarna i högsta instans har en valmöjlighet men ändå väljer ett fördragsstridigt tolkningsalternativ kan kommissionen nu fordra att medlemsstaten ändrar sin lagstiftning, även om denna objektivt sett inte strider mot gemenskapsrätten. Under alla förhållanden kan avgörandet förmodas utlösa ett antal klagomål till kommissionen från enskilda med begäran om åtgärder mot en medlemsstat. Om kommissionen drar medlemsstaten inför rätta och EG-domstolen dömer i kommissionens favör kan ett sådant utslag få konsekvenser dels för den berörda medlemsstaten, som måste ändra sin lagstiftning så att den i fortsättningen utesluter en tolkning i strid mot gemenskapsrätten, dels för enskilda som lättare får möjlighet att med stöd av EG-domstolens dom väcka talan vid en nationell domstol om gottgörelse, i ett fall såsom det förevarande i form av återbetalning av skatt som uppburits i strid mot gemenskapsrätten.

#### **14. Deutscher Apothekerverband eV mot 0800 DocMorris NV och Jacques Waterval (dom 2003-12-11, mål C-322/01; plenum)**

Målet gällde tillåtligheten av förbud mot försäljning av läkemedel via Internet.

Apothekerverband är en intresseförening som företräder merparten av de 21600 apoteken i Tyskland medan DocMorris är ett holländskt företag, som sedan juni 2000 via Internet utbjudit såväl re-

ceptbelagda som receptfria läkemedel till tyska konsumenter. Läkemedlen hade i samtliga fall varit godkända endera i Holland eller Tyskland. Konsumenterna hade på företagets hemsida haft möjlighet att söka rådgivning i hälsofrågor av ett ”expertutskott”. De hade också beretts möjlighet att kontakta företaget via ett gratistelefonnummer eller per brev. För varje läkemedel hade på hemsidan funnits en beskrivning av innehållet i förpackningen och priset angivet i euro. En beställningsruta hade funnits invid det fält där det i förekommande fall angivits att läkemedlet varit receptbelagt. Ytterligare upplysningar om produkterna hade varit lätt tillgänglig på hemsidan. Företaget hade klassificerat ett läkemedel som receptbelagt när det varit receptbelagt antingen i Holland eller Tyskland och i sådant fall levererat endast efter företeende av recept i original. Leveranserna hade kunnat ombesörjas på olika sätt, bland annat genom avhämtning på företagets apotek i en holländsk gränstad eller, utan extra kostnad, genom anlitan­de av kurir.

Den tyska lagstiftningen innebar vid tillfället för domen ett förbud mot kommersiell import av läkemedel som i Tyskland endast får säljas på apotek, och detta även när importen sker genom distansförsäljning från godkända apotek i andra medlemsstater baserat på individuella beställningar som konsumenterna gjort på Internet.

EG-domstolen slog först fast att det tyska förbudet, när det gäller läkemedel som inte är godkända i Tyskland, motsvaras av liknande förbud på gemenskapsnivå, som innebär att ett läkemedel för att få saluföras i en medlemsstat måste ha godkänts antingen av ansvariga myndigheter i den medlemsstaten eller enligt gemenskapssystemet. Principen om fri rörlighet för varor i artiklarna 28 och 30 i EG-fördraget kunde därför inte åberopas för att kringgå det tyska nationella systemet för godkännande av läkemedel.

När det gällde den mer komplicerade frågan huruvida det nationella förbudet mot distansförsäljning av godkända läkemedel utgjorde en sådan restriktion som i princip inte är tillåten enligt artikel 28 i EG-fördraget fick Tyskland stöd av Frankrike, Österrike och Grekland i sitt försvar av den egna lagstiftningen.<sup>19</sup> EG-domstolen fäste emellertid, under åberopande av bland annat de svenska målen *de Agostini* och *Gourmet* (se SvJT 1998 s. 344 f. respektive 2001 s. 686 ff.), vikt vid att det tyska förbudet innebar att verksamheten försvårades mer för apotek utanför Tyskland än för apotek i Tyskland. ”Det står visserligen klart att detta förbud innebär att de tyska apoteken berövas ett ytterligare eller alternativt medel att nå den tyska slutkundsmarknaden för läkemedel. För dessa apotek kvarstår emellertid möjligheten att sälja läkemedlen i apotekslokalerna. För de apotek som inte är etablerade i Tyskland skulle Internet däremot bli ett viktigare medel att direkt nå denna marknad. Ett förbud som slår hårdare mot apotek utanför Tyskland skulle kunna medföra att marknadsstillträdet för va-

<sup>19</sup>Sverige valde att inte yttra sig i målet.

ror från andra medlemsstater försvåras i större utsträckning än vad som är fallet för inhemska varor. Det nämnda förbudet påverkar således inte avsättningen av nationella läkemedel och avsättningen av läkemedel från andra medlemsstater på samma sätt.” (p. 74–75). EG-domstolen fann följaktligen att ett nationellt förbud mot distansförsäljning av läkemedel som endast får säljas på apotek i den berörda medlemsstaten är en sådan för den fria rörligheten för varor begränsande åtgärd som i princip är otillåten enligt artikel 28 i EG-fördraget.

Det tredje bedömningstemat för EG-domstolen utgjordes av frågan om det tyska förbudet ändå var motiverat, något som domstolen fann vara fallet beträffande receptbelagda läkemedel. EG-domstolen motiverade sin bedömning med att det krävs en strängare kontroll av receptbelagda läkemedel och instämde i vad Irland i målet hade anfört om att risken för missbruk och oriktig användning av läkarrecept kan öka kraftigt om man tillåter att receptbelagda läkemedel lämnas ut efter mottagning av ett recept utan att det sker någon ytterligare kontroll. Förbudet mot distansförsäljning kan däremot inte, menade EG-domstolen som härvid erinrade om tidigare avgöranden som gällt de sociala trygghetssystemen,<sup>20</sup> motiveras med hänsyn till den ekonomiska balansen i socialförsäkringssystemet eller till behovet av att det tyska hälsovårdssystemet hålls intakt.

Annorlunda utföll bedömningen när det gällde receptfria läkemedel. EG-domstolen underkände de argument till försvar för nationella förbud mot distansförsäljning som framförts i målet. Domstolen framhöll att det till och med finns fördelar för kunderna med att köpa via Internet, exempelvis möjligheten att göra beställningar från hemmet eller arbetet utan att behöva förflytta sig samt att i lugn och ro kunna formulera sina frågor till apotekaren. Dessutom var det, med avseende på risken för missbruk, enligt domstolen inte uppenbart att det är svårare för dem som missbrukar receptfria läkemedel att inhandla sådana på traditionella apotek än att köpa dem via Internet. Ett förbud mot distansförsäljning av receptfria läkemedel kunde heller inte försvaras av andra skäl. EG-domstolens slutsats blev därför att undantagsregeln i artikel 30 i EG-fördraget inte kan åberopas för att motivera ett absolut förbud mot distansförsäljning av läkemedel som är receptfria i den berörda medlemsstaten.

I linje med dessa bedömningar fann EG-domstolen slutligen att de gemenskapsrättsliga bestämmelserna tillåter nationella förbud mot reklam för distansförsäljning av icke godkända läkemedel och av receptbelagda läkemedel — det vill säga sådana läkemedel som medlemsstaterna enligt domen har rätt att reservera för försäljning på apotek — medan däremot nationella reklamförbud avseende icke receptbelagda läkemedel befanns vara oförenliga med gemenskapsrätten.

<sup>20</sup> *Kohll* (se SvJT 1998 s. 674 f.), *Smits* och *Peerbooms* samt *Vanbraekel* (samtliga se SvJT 2002 s. 158 ff.) och *Müller-Fauré* (se SvJT 2003 s. 1113 ff.).

I Tyskland tillåter lagstiftningen sedan den 1 januari 2004 försäljning av icke receptbelagda läkemedel via Internet. I Sverige har Läkemedelsverket i uttalanden till medierna tagit fasta på den del av domslutet som avser receptbelagda läkemedel och förklarat att utslaget innebär ett stort framsteg som kommer att underlätta för myndigheten att ”röja upp bland mindre seriösa företag”.<sup>21</sup> När det gäller de icke receptbelagda läkemedlen synes man emellertid från svenskt officiellt håll inte ha dragit slutsatsen att apoteksmonopolet är överspelat till följd av EG-domstolens avgörande. Således har regeringen nyligen vid muntlig förhandling i mål *C-438/02 Åklagaren mot Krister Hanner*<sup>22</sup> försvarat Apotekets ensamrätt att till konsumenterna få sälja nikotintuggummin, bland annat med argumentet att monopolet säkerställer en rikstäckande läkemedelsförsörjning till enhetliga priser för hela befolkningen och med hänvisning till att EG-domstolen i målet *Franzen* (se SvJT 1998 s. 350 f.) accepterade det svenska detaljhandelsmonopolet för alkoholdrycker.

I detta sammanhang må slutligen noteras att det är en vanlig missuppfattning att svensk lag ”gäller” till dess lagens förenlighet med gemenskapsrätten blivit slutligt prövad.<sup>23</sup> Vare sig det är fråga om nationella förbud mot alkoholreklam, odling av industrihampa, publicering av personuppgifter på Internet eller privat vadhållningsverksamhet för att nämna några aktuella exempel utöver detaljhandelsmonopolet för läkemedel, är det inte alls så att mot gemenskapsrätten stridande nationella bestämmelser rättsligt sett gäller intill dess att motstridigheten har blivit fastställd på ett auktoritativt vis. En annan sak är att domstolar och myndigheter i den praktiska rättstillämpningen naturligtvis som regel utgår från att svensk lagstiftning är förenlig med gemenskapsrätten, men detta betyder som sagt inte att den nationella rätten i ett oklart läge skulle ha företräde gentemot gemenskapsrätten till dess oklarheten blivit undanröjd.

<sup>21</sup>SvD den 12 december 2003.

<sup>22</sup>Generaladvokaten har i yttrande den 25 maj 2004 uttalat att gemenskapsrätten ”utgör hinder för en nationell bestämmelse som innebär att ett företag sådant som Apoteket AB ges ensamrätt till detaljhandel med läkemedel i syfte att säkerställa en adekvat försörjning av läkemedel till enhetliga priser i hela den berörda medlemsstaten”.

<sup>23</sup>I SvD den 30 december 2003 kunde exempelvis under rubriken ”Corazza Bildt utmanar lagen — erbjuder vin för hemleverans på Internet” läsas bl.a.: ”Efter besked från EU-kommissionen i oktober att Sverige måste tillåta privatimport förbereder verksamheten sin återkomst. Och trots att frågan kan avgöras först under våren och verksamheten fortfarande är olaglig har vissa redan öppnat sina butiker. - - - Rättsläget är oklart och ska redas ut av Högsta domstolen, men tills detta klarlagts gäller svensk lag”. I sammanhanget kan också nämnas att finansministern i en radiointervju den 28 maj 2004 riktade kritik mot att Stockholmsbörsen tillät inledning av Unibet (jfr *Gambelli* ovan) trots att detta företags ”affärsidé är att bryta mot svensk lagstiftning”.