



LUND UNIVERSITY

Allmänna rättsprinciper i EU:s domstol – Från styrmedel till toppstyrning?

Hettne, Jörgen

Published in:
Ulf 85

2021

Document Version:
Förlagets slutgiltiga version

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Hettne, J. (2021). Allmänna rättsprinciper i EU:s domstol – Från styrmedel till toppstyrning? I H. Andersson, & J. Paju (Red.), *Ulf 85 : Då och nu; om avhandlingars beständighet* (s. 133-145). Jure.

Total number of authors:
1

General rights

Unless other specific re-use rights are stated the following general rights apply:

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Read more about Creative commons licenses: <https://creativecommons.org/licenses/>

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

LUND UNIVERSITY

PO Box 117
221 00 Lund
+46 46-222 00 00

Särtryck ur

Ulf 85

Då och nu;
om avhandlingars beständighet

Allmänna rättsprinciper i EU:s domstol
– Från styrmedel till toppstyrning?

JÖRGEN HETTNE

Jure Förlag 2021

Allmänna rättsprinciper i EU:s domstol – Från styrmedel till toppstyrning?

JÖRGEN HETTNE*

1. Inledning

År 2008 försvarade jag min avhandling "Rättsprinciper som styrmedel – Allmänna rättsprinciper i EU:s domstol".¹ Ett särskilt tack riktades till min handledare Ulf för sitt osvikliga stöd och förtroende samt kloka råd och synpunkter under hela arbetets gång.

En viktig utgångspunkt för avhandlingen var att EU-domstolen (då EG-domstolen) i hög grad utvecklat EU-rätten med stöd av allmänna rättsprinciper som erkänns av medlemsländerna. Som titeln på avhandlingen angav var det min uppfattning att EU-domstolen hade använt de allmänna rättsprinciperna som styrmedel. Domstolen hade härigenom tagit på sig ett stort ansvar för att EU-rätten utvecklades på ett konsekvent och sammanhängande sätt. Jag framhöll dock att det var viktigt för EU-domstolen, och därmed hela det EU-rättsliga systemet, att EU-rätten uppfattas som legitim i medlemsländerna.

Hur EU-domstolen gått till väga och lyckats med denna principbaserade utveckling var ämnet för min avhandling.² Jag har nu fått möjlighet att hedra min handledare med en kort uppföljning av denna avhandling. En annan undertitel har valts: "Från styrmedel till toppstyrning?" som antyder att något har förändrats under de 12 år som gått. I det följande kommer jag att visa att legitimitetsgrunden för rättsprinciperna har ändrats. Från att vara oskrivna allmänna rättsprinciper som i huvudsak hämtar sin legitimitet ur medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner (jfr artikel 6.3 FEU) har de i stor utsträckning omvandlats till autonoma unionsrättsliga principer som anges i EU:s primärrätt, nämligen rättighetsstadgan (jfr artikel 6.1 FEU). Jag kommer också att diskutera huruvida det

* Professor i handelsrätt, Lunds universitet.

¹ Hettne, J., Rättsprinciper som styrmedel – Allmänna rättsprinciper i EU:s domstol, Norstedts juridik 2008.

² Ibid., s. 28.

finns en risk att detta legitimitetsskifte i förlängningen undergräver EU-projektets legitimitet.

2. Allmänna rättsprinciper och EU:s rättighetsstadga

EU-domstolen har traditionellt härlett de allmänna rättsprinciperna ur olika ursprungskällor. I huvudsak handlar det om tre kategorier: principer som är gemensamma för medlemsstaterna,³ principer som härleds från själva fördragen och principer som rör internationella åtaganden som redan är bindande för medlemsstaterna, till exempel de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.⁴ Inget hindrar att flera härledningsgrunder är parallellt tillämpliga. Så är till exempel normalt fallet med grundläggande fri- och rättigheter som ofta finns både i Europakonventionen och medlemsstaternas grundlagar (och numera i EU:s rättighetsstadga). EU-domstolen har inte heller anammat något konsekvent och transparent angreppssätt när den utvecklat allmänna rättsprinciper. Det handlar i grunden om en rättsutveckling som gynnar EU:s integrationsmålsättningar. När det gäller förhållandet till medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner uttryckte den tidigare domaren i EU-domstolen Kutscher följande år 1976:

”There is complete agreement that when the Court interprets or supplements Community law on a comparative-law basis it is not obliged to take the minimum which the national solutions have in common, or their arithmetical mean or the solution produced by a majority of the legal systems as the basis of its decision. The Court has to weigh up and evaluate the particular problem and search for the ‘best’ and ‘most appropriate’ solution. The best possible solution is the one which meets the specific objectives and basic principles of the Community [...] the most satisfactory way.”⁵

I min avhandling angav jag att rättighetsstadgan (stadgan) innebär en konkretisering av de grundläggande rättigheterna och att härigenom ges dessa rättigheter en ökad grad av synlighet (transparens). Syftet med stadgan menade jag var att skapa ökat förtroende hos EU-medborgarna för hela EU-projektet.⁶ Det var, mot denna bakgrund, särskilt beklagligt att såväl Storbritannien som Polen, genom ett särskilt

³ I artikel 340 FEU som gäller unionens utomobligatoriska skadeståndsansvar anges att: ”i enlighet med de allmänna principer som är gemensamma för medlemsstaternas rättsordningar” och i artikel 6.3 FEU anges numera: De grundläggande rättigheterna, såsom de garanteras i europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, och såsom de följer av medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner, ska ingå i unionsrätten som allmänna principer.

⁴ Se närmare Koopmans, T., ”General Principles of Law in European and National System of Law” i *General Principles of European Community Law* (red.) Bernitz U. och Nergelius J., Kluwer Law International 2000, s. 25-34, s. 32. Se även Herdegen, M., ”General Principle of EU Law – the Methodological Challenge” i (red.) Bernitz, U., Nergelius, J. och Cardner, C., *General Principles of EC Law in a Process of Development*, Wolter Kluwer 2008, s. 343-355, s. 347.

⁵ Kutscher, H., ”Methods of Interpretation as Seen by a Judge at the Court of Justice” in *Reports of a Judicial and Academic Conference held in Luxemburg on 27-28 September 1976*, tillgänglig via: <http://aei.pitt.edu/41812/1/A5955.pdf>.

⁶ Hettne, Rättsprinciper som styrmedel, a.a., s. 276.

protokoll till Lissabonfördraget, hade funnit det nödvändigt att försäkra sig mot en befarad tillämpning av stadgan inom ramen för deras egna rättssystem.⁷

EU:s rättighetsstadga kan betraktas som en katalog över EU:s allmänna rättsprinciper. Om man är nogga med vad som utgör allmänna rättsprinciper är emellertid denna beskrivning av stadgan inte helt korrekt. Det bör noteras att stadgan, utöver etablerade allmänna rättsprinciper, innehåller *principer* som främst är att betrakta som politiska målsättningar, det vill säga skyldigheter som inte motsvaras av åberopbara rättigheter.⁸ I artikel 52.5 i stadgan föreskrivs följande:

”De bestämmelser i denna stadga som innehåller principer får genomföras genom lagstiftningsakter och verkställighetsakter som beslutas av unionens institutioner, organ och byråer och genom medlemsstaternas akter när de vid utövandet av sina respektive befogenheter genomför unionsrätten. De får prövas i domstol endast när det är fråga om tolkningen av sådana akter och prövningen av deras laglighet.”

Det framgår dock inte vilka artiklar i stadgan som uttrycker en princip respektive rättighet. Exempel på bestämmelser i stadgan som utgör principer och alltså inte har rättsliga verkningar anges enligt förklaringarna till stadgan vara de mer policybetonade målen som rättigheter för äldre, funktionshindrade och skyddet för den yttre miljön (artiklarna 25, 26 och 37) och i förklaringarna anges vidare att artiklarna 23 (jämsköldhet mellan män och kvinnor), 33 (familjeliv och yrkesliv) och 34 (social trygghet och socialt stöd) kan innehålla både rättigheter och principer.⁹

När jag diskuterade stadgans potentiella betydelse i min avhandling syftade jag främst på de bestämmelser som kan anses utgöra rättigheter, eftersom det är främst dessa bestämmelser som kan anses kodifiera allmänna rättsprinciper. I några avseenden underskattade jag dock rättighetsstadgans framtida betydelse. Att stadgan blev bindande har inte bara inneburit att EU:s grundläggande fri- och rättigheter har blivit synligare, utan också att EU-domstolen anammat en annan arbetsmetod. Stadgebestämmelserna utgör numera i sig själva en metodologisk utgångspunkt istället för att bekräfta innehållet i EU:s allmänna rättsprinciper.¹⁰ Att stadgan har samma rättsliga värde som fördragen enligt artikel 6.1 FEU, vilket innebär att rättsprinciperna uttrycks i en primärrättslig författningstext, har dessutom inneburit en successiv förändring av de bakomliggande principernas karaktär, eller närmare bestämt deras legitimitetsgrund, vilket ska utvecklas i det följande.

⁷ Protokoll nr 30 om Polens och Förenade kungarikets tillämpning av Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna till Lissabonfördraget.

⁸ Se Look, T., *Rights and Principles in the EU Charter of Fundamental Rights*, CML Rev. 2019, s. 1201-1226, s. 1226.

⁹ Förklaringarna till stadgan ska enligt artikel 6.1 tredje stycket FEU och artikel 52.7 i stadgan, beaktas vid tolkningen av densamma.

¹⁰ Se Skouris, V., ”The Court of Justice of the European Union: A Judiciary in a Constant State of Transformation” i (red.) Cardonnel, P., Rosas, A. & Wahl, N., *Constitutionalising the EU Judicial system – Essays in Honour of Pernilla Lindh*, Hart Publishing 2012, s. 7 f.

3. Förändrad legitimitetsgrund för allmänna rättsprinciper

I avhandlingen diskuterade jag kortfattat rättsprincipernas legitimitetsgrund. Jag anförde bland annat att EU-domstolens teleologiska tolkningsmetod begränsades av allmänna rättsprinciper, vilka därmed har stor betydelse som tolkningsbakgrund. Den teleologiska tolkningen får inte, menade jag, leda till ett resultat som skiljer sig från de principer som är förankrade i medlemsstaternas nationella rättssystem, vilket ger legitimitet åt de tolkningar som EU-domstolen väljer.¹¹ Ett effektivt sätt för EU-domstolen att bemöta den stundtals skarpa kritiken mot judiciell aktivism var, anförde jag, att i utförliga motiveringar förklara hur en viss lösning förhåller sig till medlemsstaternas rättsordningar. Om en lösning är förankrad i flertalet av medlemsstaternas rättstraditioner, är det troligare att den vinner ökad acceptans. Att motivera viktiga avgöranden med hänvisning till principer som är gemensamma för de nationella rättsordningarna är därför legitimitetsfrämjande. Domstolen visar därmed att det skönsmässiga utrymme den förfogar över när det gäller att fylla luckor i unionsrätten ingalunda är oinskränkt. Det begränsas av medlemsstaternas rättstraditioner och grundläggande principer då åtminstone gemensamma drag i de nationella rättskulturerna respekteras.¹² Jag påpekade att det emellertid kunde bli svårare att finna stöd i gemensamma rättstraditioner när kretsen av medlemsstater växer.¹³

När det gäller denna utveckling kan emellertid ett skifte urskiljas i EU-domstolens argumentation och domskäl. Denna utveckling påbörjades redan innan stadgan blev bindande men får sägas ha accentuerats efter att stadgan blev en del av EU:s primärrätt. En central fråga i detta avseende är vilken effekt de allmänna rättsprinciperna kan tillerkännas inom ramen för de nationella rättsordningarna. Kan de ha motsvarande effekt som klara, tydliga och ovillkorliga fördragsbestämmelser, det vill säga direkt effekt och företräde? Hur klara, ovillkorliga och förutsebara är egentligen allmänna rättsprinciper? Som Generaladvokat Mazák har uttalat:

”Det ligger dock i de allmänna rättsprincipernas natur, vilka snarare står att finna i en juridisk idealvärld än i doktrinen, att både deras existens och materiella innehåll kännetecknas av osäkerhet.”¹⁴

EU-domstolen har emellertid klarlagt att *vissa rättsprinciper* kan ha samma rättsliga verkan som fördragsbestämmelser. Ett mål där denna fråga ställdes på sin spets är EU-domstolens dom i *Mangold* som rörde tillämpningen av principen om likabehandling på grund av ålder.¹⁵ Här hade ett förbud mot åldersdiskriminering formulerats i ett direktiv som skulle genomföras i medlemsstaterna: rådets direktiv 2000/78/EG om inrättande av en allmän ram för likabehandling i arbetslivet.¹⁶ Trots att fristen för att genomföra detta direktiv inte hade löpt ut ansågs förbudet

¹¹ Hettne, Rättsprinciper som styrmedel, a.a., s. 67.

¹² Ibid, s. 67-68.

¹³ Ibid., s. 68.

¹⁴ Mål C-411/05, Palacios de la Villa, EU:C:2007:106, punkt 86.

¹⁵ Se mål C-144/04, Mangold, EU:C:2005:709, punkt 64.

¹⁶ Rådets direktiv 2000/78/EG av den 27 november 2000 om inrättande av en allmän ram för likabehandling i arbetslivet, EGT L 303, s. 16, och rättelse i EGT L 2, 2001, s. 42.

vara tillämpligt då det vilade på en allmän rättsprincip som skulle iakttas oberoende av direktivet (principen om förbud mot åldersdiskriminering som följer av kravet på likabehandling).

Denna utveckling var dock långt ifrån okontroversiell.

I Tyskland reagerade vissa kommentatorer mycket negativt då de menade att EU-domstolen saknade stöd för en sådan rättsutveckling i medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner, vilket här får representeras av Herzog och Gerken:

”This ‘general principle of community law’ was a fabrication. In only two of the then 25 member states namely Finland and Portugal is there any reference to a ban on age discrimination, and in not one international treaty is there any mention at all of there being such a ban, contrary to the terse allegation of the ECJ. Consequently, it is not difficult to see why the ECJ dispensed with any degree of specification or any proof of its allegation. To put it bluntly, with this construction which the ECJ more or less pulled out of a hat, they were acting not as part of the judicial power but as the legislature.”¹⁷

Argument har alltså anförts mot rättsprincipernas direkta tillämpning och effekt för brist på klarhet, rättssäkerhet och förankring i medlemsstaternas konstitutionella traditioner.¹⁸ En annan aspekt, som också antytts, är att en sådan effekt av principerna kan rubba balansen mellan den lagstiftande och den dömande makten.¹⁹ Detta argument utvecklades av generaladvokat Mazák i *Palacios de la Villa*, där han påpekade att denna maktbalansfråga blir särskilt tydlig när principen både finns i direktivtexten och ges självständig verkan.²⁰ Han påpekade också att rådet enligt artikel 13 EG (nu artikel 19.1 FEUF) uttryckligen förbehålls rätten att vidta lämpliga åtgärder för att bekämpa diskriminering på grund av bland annat ålder – vilket det har valt att göra genom ett direktiv.

Motsvarande synpunkter har framförts av generaladvokaten Trstenjak i *Audiolux m.fl.*²¹ där han framhöll att EU-domstolen, som enligt nuvarande artikel 19.1 FEU ska säkerställa att lag och rätt följs vid tolkning och tillämpning av fördragen, har en skyldighet att respektera rådets och parlamentets behörighet beträffande lagstiftningsåtgärder. Detta inbegriper att den bör vara återhållsam när det gäller utvecklingen av allmänna unionsrättsliga principer som under vissa omständighe-

¹⁷ Herzog, R. och Gerken, L., [Comment] Stop the European Court of Justice’ (2008) <https://euobserver.com/opinion/26714>. Se närmare Martinico, G., Exploring the Platonic Heaven of Law: General Principles of EU Law from a Comparative Perspective, vol. 3 no. 1 (2020): Nordic Journal of European Law, s. 1, s. 14 ff.

¹⁸ För ytterligare kritik, se Tridimas, T., ”Horizontal Effect of General Principles: Bold Rulings and Fine Distinctions” i (red.) Bernitz, U., Groussot, X. & Schulyok, F., General Principles of EU Law and European Private Law, Kluwer Law International 2013, s. 213-232, s. 232. Se även t.ex. de Mol, M. Kucukdeveci: Mangold Revisited – Horizontal Direct Effect of a General Principle of EU Law Case Note, European Constitutional Law Review 2010, s. 293-308, s. 308.

¹⁹ Se Fritz, M., Förbudet mot rättsmissbruk i EU-rätten – En förändrad avvägning mellan rättssäkerhet och rättvisa i den svenska skatterätten?, Lunds universitet 2020, s. 106.

²⁰ Se förslaget till avgörande i mål C-411/05, *Palacios de la Villa*, EU:C:2007:106, punkterna 137-138. Se också Herdegen, General Principles of EU Law – the Methodological Challenge, a.a. s. 344 och Prechal, S., Competence Creep and General Principles of Law, Review of European Administrative Law 2010, s. 5-22.

²¹ Mål C-101/08, *Audiolux, m.fl.*, EU:C:2009:410, punkt 107.

ter skulle kunna stå i strid med lagstiftarens mål. Domstolen kan visserligen tillämpa allmänna principer för att med hänsyn till fördragets mål hitta lämpliga lösningar till de tolkningsproblem som uppkommer i de fall som den ska avgöra. Den kan emellertid inte lagstifta i unionslagstiftarens ställe om luckor i lagstiftningen kan fyllas av den sistnämnda.²²

Mangoldmålet avgjordes innan rättighetsstadgan blev bindande och bekräftades strax efter stadgans ikraftträdande med en i princip identisk motivering i *Kücükdeveci*.²³ EU-domstolen har dock i senare mål på ett tydligare sätt utgått från stadgebestämmelserna som sådana och i flera fall tolkat stadgans bestämmelser på motsvarande sätt som den har tolkat fördragsbestämmelser i allmänhet. Den har därvid hänvisat till stadgebestämmelsernas lydelse och inte till de bakomliggande rättsprinciperna. I *Max-Planck* och *Bauer* talas om "rätten" till årlig betald semester, som både finns i arbetstidsdirektivet²⁴ och i artikel 31.2 i EU:s rättighetsstadga²⁵ och i *Egenberger* "förbudet" mot diskriminering på grund av religion eller övertygelse som återfinns i likabehandlingsdirektivet²⁶ och i artikel 21.1 i rättighetsstadgan.²⁷ Stadgans inträde tycks alltså innebära något mer än en simpel kodifiering. Stadgebestämmelserna blir något "utöver" allmänna rättsprinciper. Vissa bestämmelser i stadgan tycks enligt EU-domstolen utgöra autonoma konstitutionella rättigheter och kopplingen till medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner framstår som alltmer otydlig.

4. Motreaktioner i nationella domstolar

Det finns dock nationella domstolar som har svårt att acceptera denna konstitutionalisering av EU:s allmänna rättsprinciper. Den motreaktion som i detta sammanhang framstår som den mest signifikanta, åtminstone vad gäller nordiska

²² Se också generaladvokat Geelhoeds förslag till avgörande i mål C-13/05, *Chacón Navas*, EU:C:2006:184, punkterna 53-56.

²³ Se mål C-555/07 *Kücükdeveci*, EU:C:2010:21: "Principen om förbud mot diskriminering på grund av ålder".

²⁴ Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/88/EG av den 4 november 2003 om arbetstidens förläggning i vissa avseenden, EUT L 299, s. 9.

²⁵ Se målen C-684/16, *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften*, EU:C:2018:874 och C-569/16, *Bauer*, EU:C:2018:871. Noteras kan att generaladvokat Trstenjak i mål C-282/10, *Dominguez*, EU:C:2011:559, uttalade att "[f]ör att en allmän princip som ger en arbetstagare rätt till årlig semester gentemot arbetsgivaren ska vara direkt tillämplig måste domstolen genom tolkning ge den ett tillräckligt precist normativt innehåll. Med hänsyn till den stora mängden nödvändiga regler skulle domstolen härvid emellertid utöva behörigheter som traditionellt är reserverade för unionslagstiftaren. Eftersom detta inte är tillåtet av ovannämnda skäl kan det utgå från att denna allmänna princip i vart fall i sin rena form inte kan betraktas som ovillkorlig utan i stället måste utformas av lagstiftaren (punkt 141). Jfr också Bengoetxea J., "General Legal Principles Navigating Space and Time" i (red.) Bernitz, U., Groussot, X. och Schulyok, F., *General Principles of EU Law and European Private Law*, Kluwer Law International 2013, s. 45-64, s. 55.

²⁶ Rådets direktiv 2000/78/EG av den 27 november 2000 om inrättande av en allmän ram för likabehandling i arbetslivet.

²⁷ Mål C-414/16, *Egenberger*, EU:C:2018:257, punkt 76.

förhållanden,²⁸ är danska högsta domstolens dom i det så kallade *Ajos-målet*.²⁹ Målet rörde tolkning av vissa bestämmelser i den danska lagen om rättsförhållandet mellan arbetsgivare och privatanställda tjänstemän (funktionærloven). Frågan var hur dessa bestämmelser förhöll sig till rådets direktiv 2000/78/EG om inrättande av en allmän ram för likabehandling i arbetslivet, samt den allmänna principen om förbud mot diskriminering på grund av ålder (det vill säga samma rättskällor som i Mangold-målet). EU-domstolen gav ett mycket klart besked angående hur förbudet mot åldersdiskriminering skulle tolkas, vilket innebar att den i Danmark diltillsvarande tillämpningen av lagen skulle ändras med hänsyn till EU-rätten. EU-domstolen hänvisade både till skyldigheten för nationella domstolar att tolka den nationella lagstiftningen EU-konformt (i enlighet med direktiv 2000/78/EG) och till den direktverkande principen om förbud mot åldersdiskriminering. Højesteret menade dock att det EU-rättsliga förbudet mot åldersdiskriminering – som inte kommer till uttryck i EU:s grundfördrag – saknade självständiga rättsverkningar mellan två enskilda parter (s.k. horisontell direkt effekt). Att förbudet numera återges i EU:s rättighetsstadga förändrade inte detta förhållande. Højesteret ansåg att en EU-regel endast kunde tillämpas direkt i Danmark om det fanns grund för detta i lagen om Danmarks anslutning till EU (tiltrædelsesloven). Den konflikt mellan EU-rätt och dansk rätt som konstaterades föreligga i målet kunde därför *bara lösas av den danska lagstiftaren*.³⁰ Domen från Danmarks Högsta domstol har väckt uppmärksamhet. Den tidigare finländske domaren vid EU-domstolen, Rosas, har till exempel i ett akademiskt sammanhang kallat Højesterets uttalande för ”a quite remarkable statement” och ”a blow to the very core of the EU constitutional order.”³¹

Det är ingen tvekan om att Højesterets dom går på tvärs med sedan länge etablerade tolkningsprinciper i EU-rätten (direktivkonform tolkning)³² och fullständigt ignorerar förbudet mot åldersdiskriminering som en självständig allmän rättsprin-

²⁸ Ett färskt och omdiskuterat fall är annars tyska författningsdomstolens avgörande i Weiss-målet där den underkände en rättsakt från Europeiska centralbanken trots att EU-domstolen i en tidigare dom förklarat den giltig (BVerfG, Judgment of the Second Senate of 05 May 2020, 2 BvR 859/15, 2 BvR 1651/15, 2 BvR 2006/15, 2 BvR980/16). Se Engel, A., Nowag, J. & Groussot, X., *Is this Completely M.A.D.? Three Views on the Ruling of the German FCC on 5th May 2020*, vol. 3 no. 1 (2020): *Nordic Journal of European Law*, s. 128 (M.A.D = Mutually Assured Destruction).

²⁹ Se EU-domstolens dom i mål C-441/14, DI (Ajos), EU:C:2016:278, och Højesterets dom den 6 december 2016 (Sag 15/2014).

³⁰ Se Fritz, M., *Förbudet mot rättsmissbruk i EU-rätten*, a.a., s. 111.

³¹ Se Rosas, A. och Armati, L., *EU Constitutional Law: An Introduction* (3:e u, Hart 2018) avsnitt 5:III, e-bok, loc 2949 (Bloomsbury, kindle edition). Målet har kommenterats av flera författare, se bl.a. Neergaard, U. och Engsig Sørensen, K., *Activist Infighting among Courts and Breakdown of Mutual Trust? The Danish Supreme Court, the CJEU, and the Ajos Case*, *Yearbook of European Law*, vol. 36, 2017, s. 275–313 och Holdgaard, R., Elkan, D. and Krohn Schaldemose, C., *From Cooperation to Collision: The ECJ's Ajos Ruling and the Danish Supreme Court's Refusal to comply*, *CML Rev.*, 2018, s. 17–54, Nielsen, R. & Tvarnø, C. D., *Danish Supreme Court infringes the EU Treaties by its Ruling in the Ajos Case*, *ERT* 2017, s. 303–326 och Šadl, U. and Mair, S., *Mutual Disempowerment: Case C-441/14 Dansk Industri, acting on behalf of Ajos A/S v Estate of Karsten Eigil Rasmussen and Case no. 15/2014 Dansk Industri (DI) acting for Ajos A/S v The estate left by A*, *European Constitutional Law Review* 2017, 13(2), s. 347–368.

³² Se mål C-14/83, Von Colson och Kamann mot Land Nordrhein-Westfalen, EU:C:1984:153, punkt 26.

cip i EU-rätten³³ Domen illustrerar samtidigt vilka svårigheter en nationell högsta instans i vissa fall kan uppleva när det gäller att lojalt acceptera EU-domstolens rättsutveckling som innebär att de allmänna rättsprinciper ges ett alltmer självständigt innehåll i förhållande medlemsstaternas konstitutionella ordningar och i förlängningen rubbar balansen mellan den dömande och lagstiftande makten i medlemsstaterna. Den danska lagstiftaren ingrep för övrigt slutligen och rättade till diskrepansen mellan dansk rätt och EU-rätten lagstiftningsvägen.³⁴

5. Ett svenskt perspektiv

I Sverige har vi i grunden samma syn på förhållandet mellan den lagstiftande och dömande makten som i Danmark. Några starka reaktioner likt den danska högsta domstolens dom i *Ajos-målet* har dock inte märkts av i Sverige. Snarare har svenska domstolar visat sig följsamma och därmed förhållit sig lojala till EU-domstolens rättsutveckling även i potentiellt kontroversiella fall. Till de tydligare exemplen får här räknas *Laval-målet*,³⁵ där Byggnads och Elektrikerförbundet blev skyldiga att utge allmänt skadestånd till Laval med anledning av att de stridsåtgärder som vidtagits var oförenliga med EU-rätten³⁶ samt *Åkerberg Fransson*,³⁷ där Högsta domstolen (HD) efter ett avgörande från EU-domstolen ändrade den tidigare etablerade synen på huruvida skattetillägg och åtal för skattebrott för samma gärning var tillåtet (principen *ne bis in idem* – artikel 50 i rättighetsstadgan).³⁸ Ett i skrivande stund pågående fall som också är kontroversiellt i ett svenskt rättskulturellt perspektiv är *Diskrimineringsombudsmannen mot flygbolaget BRA*.³⁹ Det förtjänar en utförligare kommentar.

En tvist har uppstått på grund av att en passagerare har avvisats från ett flygplan för att genomgå en extra säkerhetskontroll, vilket enligt Diskrimineringsombudsmannen (DO) har inneburit diskriminering på grund av etniskt ursprung. DO har därför yrkat diskrimineringsersättning om 10 000 kr vid Stockholms tingsrätt.⁴⁰ Flygbolaget ansåg inte att diskriminering hade förekommit, men medgav yrkan-

³³ Som framgått är principen om förbud mot åldersdiskriminering stadfäst i artikel 21 i rättighetsstadgan och ska anses som en allmän unionsrättslig princip med självständiga rättsverkningar (se mål C-144/04, Mangold, EU:C:2005:709, punkt 75, och C-555/07, Küçükdeveci, EU:C:2010:21, punkt 21).

³⁴ Lov nr 52 af 27/01/2015 – Lov om ændring af lov om retsforholdet mellem arbejdsgivere og funktionærer. Se också Krunke, H. och Klinge, S., *The Danish Ajos Case: The Missing Case from Maastrecht and Lisbon*, *European Papers* 2018, nr 3, s. 157-181.

³⁵ Mål C-341/05, EU:C:2007:809.

³⁶ Arbetsdomstolens dom 2009-12-02 i mål A 268-04. Se också prövning av resning i målet, NJA 2010 notis 30.

³⁷ Mål C-617/10, EU:C:2013:280.

³⁸ Se NJA 2011 s. 444, där HD efter omröstning beslöt att inte inhämta förhandsavgörande i denna fråga, och NJA 2013 s. 402, där HD i plenum omprövade rättsläget på grundval av EU-domstolens dom i *Åkerberg Fransson*. Se närmare Bernitz, U., *Förhandsavgöranden av EU-domstolen – Utvecklingen av svenska domstolars hållning och praxis 2010-2015*, *Sieps* 2016:9, s. 50 ff.

³⁹ Mål nr Ö 2343-18 mellan Diskrimineringsombudsmannen och flygbolaget BRA (Braathens Regional Aviation). HD beslutade den 18 december 2018 att begära förhandsavgörande och målet har vid EU-domstolen fått målnummer C-30/19. Jag har tidigare fört fram mina åsikter angående tvisten mellan DO och BRA i ett rättsutlåtande (2017-09-15) som författades på begäran av svaranden och lämnades in under processen vid tingsrätten.

⁴⁰ Målet handläggs som ett förenklat tvistemål enligt 18 kap. 8 a § och 1 kap. 3 d § RB.

det om ersättning (10 000 kr) som goodwillersättning. DO anser emellertid att ett sådant medgivande – som inte innefattar ett erkännande av att diskriminering har förekommit – inte befriar tingsrätten från sin skyldighet att pröva målet i sak. Målet aktualiserar därmed en grundläggande princip i svensk processrätt om att svaranden, när förlikning om saken är tillåten (dispositiva tvistemål), har rätt att avsluta målet genom att medge karendens yrkande (se 42 kap. 7 § rättegångsbalken, RB). Enligt 17 kap. 3 § RB är domstolen bunden av svarandens inställning. Domstolen ska då, utan någon egentlig egen bedömning av sakförhållanden eller rättsfrågan, meddela dom på grund av medgivandet (se 42 kap. 18 § RB). Detta är en aspekt av den s.k. *dispositionsprincipen*, det vill säga att parterna styr över tvisten i dispositiva tvistemål. Tingsrätten och sedermera Svea hovrätt fann med anledning av svarandens medgivande att det saknades anledning att pröva målet i sak. DO överklagade emellertid till HD, som har beviljat prövningstillstånd och begärt förhandsavgörande från EU-domstolen.

I ett EU-rättsligt perspektiv handlar målet om det svenska införlivandet och tillämpningen av direktiv 2000/43/EG⁴¹ om likabehandling av personer oavsett deras ras eller etniska ursprung samt EU:s rättighetsstadga och Europakonventionen. I artikel 7.1 i direktiv 2000/43 anges att "[m]edlemsstaterna skall säkerställa att alla som anser sig förfördelade på grund av att principen om likabehandling inte har tillämpats på dem har tillgång till rättsliga och/eller administrativa förfaranden, inbegripet, när de anser det lämpligt, förlikningsförfaranden, för att säkerställa efterlevnaden av skyldigheterna enligt detta direktiv, även efter det att den situation i vilken diskrimineringen uppges ha förekommit har upphört." Enligt artikel 15 i samma direktiv ska medlemsstaterna bestämma vilka sanktioner som ska tillämpas på överträdelse av de nationella bestämmelser som antas i enlighet med direktivet. Dessa, som uttryckligen kan bestå av skadestånd till den utsatta personen, ska vara effektiva, proportionerliga och avskräckande. Direktivet har genomförts i svensk rätt genom diskrimineringslagen (2008:567). Den som bryter mot förbudet mot diskriminering i 2 kap. 12 § i den lagen ska betala diskrimineringserättning för den kränkning som överträdelsen innebär.

Den danska generaladvokaten Henrik Saugmandsgaard Øe lämnade sitt förslag till avgörande i målet den 14 maj 2020.⁴² Enligt generaladvokaten måste det finnas en nära koppling mellan den sanktion som åläggs och förekomsten av diskriminering.⁴³ Om det inte finns någon sådan koppling menar han att den avskräckande funktionen hos sanktionen undergrävs. Generaladvokaten har svårt att se hur erläggandet av ett penningbelopp skulle kunna få en tillräckligt stark avskräckande verkan på svaranden då denne i så fall inte ges ett tillräckligt incitament att inte upprepa sitt diskriminerande beteende. Han hänvisar här till rättspraxis från Europadomstolen som antyder att den som anser sig "ha utsatts för en kränkning" i den mening som avses i artikel 34 i Europakonventionen inte bara kan kompenseras genom ersättning. Det krävs också att de nationella myndigheterna vitsordar den

⁴¹ Rådets direktiv 2000/43/EG av den 29 juni 2000 om genomförandet av principen om likabehandling av personer oavsett deras ras eller etniska ursprung, EGT L 180, s. 22.

⁴² Förslag till avgörande i mål C-30/19, Braathens Regional Aviation, EU:C:2020:374.

⁴³ Se punkterna 79-80 och 96 i förslaget till avgörande.

påstådda överträdelsen av Europakonventionen.⁴⁴ Han tillägger att svaranden inte bör kunna ”köpa sig fri” från sitt diskriminerande beteende, då detta varken vitsordas eller konstateras.⁴⁵

Generaladvokaten föreslår därför att EU-domstolen ska slå fast att det måste finnas en koppling mellan sanktionen och förekomsten av diskriminering – antingen i form av att den som har gjort sig skyldig till diskriminering vitsordar detta eller i form av att en domstol eller administrativ myndighet konstaterar att diskriminering har skett. I annat fall menar han att sanktionen inte fullt ut kan fylla sin kompensande och sin avskräckande funktion i enlighet med artiklarna 7 och 15 i direktiv 2000/43.⁴⁶

Den springande punkten är emellertid hur dispositionsprincipen förhåller sig till detta resonemang.⁴⁷ Enligt generaladvokaten ska den dispositionsprincip som gäller enligt 42 kap 7 § RB tillämpas med beaktande av de rättigheter som direktiv 2000/43 medför. När en person som anser sig förfördelad, såsom passageraren, begär att någon ska utge diskrimineringsersättning och vitsorda att diskriminering har skett, kan en uppgörelse i godo inte komma i fråga såvida inte den andra parten åtminstone godtar båda delarna av begäran. Det kan inte – utan att syftet med direktiv 2000/43 undergrävs – anses att föremålet för begäran inskränker sig till betalning av ersättningen. Generaladvokaten hänvisar här till artikel 47 i rättighetsstadgan om effektiva rättsmedel, och menar att det handlar om det väsentliga innehållet i den rättighet som ska skyddas. En inskränkning av denna rätt till domstolsprövning strider därför enligt generaladvokaten mot ett av kraven enligt artikel 52.1 i stadgan.⁴⁸

I likhet med vad som har tagits upp ovan är det vidare viktigt huruvida den diskrepans mellan EU-rätten och svensk rätt som generaladvokaten menar föreligger bör korrigeras av en svensk domstol eller om det snarare är något som i så fall får ankomma på den svenska lagstiftaren.

⁴⁴ Noteras bör dock att artikel 34 i Europakonventionen är en behörighetsregel som reglerar talerätt. Enligt denna bestämmelse får Europadomstolen ta emot klagomål från enskilda personer som påstår sig ha utsatts, av någon av de höga fördragsslutande parterna, för en kränkning av någon av de i konventionen eller i protokollen till denna angivna rättigheterna. Att möjligheten att klaga kan kvarstå trots att den klagande redan erhållit kompensation framgår bl.a. av Europadomstolens beslut av den 25 november 2004, *Nardone mot Italien* (CE:ECHR:2004:1125DEC003436802, § 1, se under domstolens bedömning), och Europadomstolens dom av den 7 juni 2012, *Centro Europa 7 S.R.L och Di Stefano mot Italien* (CE:ECHR:2012:0607JUD003843309, § 81 och där angiven rättspraxis samt §§ 87 och 88).

⁴⁵ Se punkterna 84-85 och 100 i förslaget till avgörande. Jfr här Zotéeva, A. och Linder, O., *Diskrimineringskyddet i praktiken – mer än bara pengar?*, SvJT 2020, s. 212-224.

⁴⁶ Se punkt 102 i generaladvokatens förslag till avgörande.

⁴⁷ Ang. dispositionsprincipen i EU-rätten se t.ex. mål C-511/17, *Lintner*, EU:C:2020:188, punkterna 30-32, och förslaget till avgörande av generaladvokat Evgeni Tanchev i samma mål, EU:C:2019:1141, punkt 43, där dispositionsprincipen uttrycks som ett förbud att gå utanför parternas yrkanden (ne ultra petita).

⁴⁸ Se punkterna 127-129 i förslaget till avgörande. Artikel 52.1 lyder: Varje begränsning i utövandet av de rättigheter och friheter som erkänns i denna stadga ska vara föreskriven i lag och förenlig med det väsentliga innehållet i dessa rättigheter och friheter. Begränsningar får, med beaktande av proportionalitetsprincipen, endast göras om de är nödvändiga och faktiskt svarar mot mål av allmänt samhällsintresse som erkänns av unionen eller behovet av skydd för andra människors rättigheter och friheter.

Direktivet har kanske inte införlivats på ett tillfredsställande sätt i Sverige givet det ökade fokus som nu finns på individuella rättigheter och kravet på att få tillstånd en materiell rättslig prövning. Frågan är dock om det är rimligt att det ska få till följd att de nuvarande civilprocessuella ramarna i Sverige rubbas. HD kan inte ändra på lagstiftningen, varken diskrimineringslagen eller RB. Att som generaladvokaten föreslår, vilket framhärddas av DO, införa en domarskapt regel i svensk processrätt om att då svaranden inte medger diskriminering – och bara i det fallet – ska domstolen pröva målet i sak, framstår inte som genomtänkt. Den incitamentsstruktur som generaladvokaten är så mån om att framhålla, blir då något märklig.⁴⁹ Det företag som anklagas för diskriminering blir i praktiken dömt på förhand, åtminstone om det saknar resurser eller saknar anledning att prioritera de ekonomiska utgifter som krävs för att försvara sig. Risken är stor att den kritiserade goodwillersättningen omvandlas till falska medgivanden. Vad hindrar ett företag att ta sig ur en diskrimineringstvist till priset av 10.000 kr genom att i domstol fullt ut medge käromålet, såväl ersättningens belopp som den påstådda diskrimineringen, och sedan förklara att det tyvärr var det enda affärsmässigt rimliga sättet att handla, men att det självfallet inte anser att det var fråga om diskriminering? Ett alternativ är naturligtvis att några medgivanden inte får förekomma i diskrimineringstvister (eller överhuvudtaget i fall där grundläggande fri- och rättigheter kan göras gällande), vilket bland annat innefattar en stor mängd arbetsrättsliga tvister. En sådan ordning skulle, förutom att vara samhällsekonomisk kostsam, utsläcka alla möjligheter till förlikning, när väl en tvist har hamnat i domstol. En sådan ordning kan förvisso upplevas som att den genererar ett starkt rättighetsskydd för alla som känner sig kränkta av någon anledning, men innebär också att motparten tvingas ge sin version av vad som förekommit. Som bekant finns ofta olika verklighetsuppfattningar i en tvist och det är inte säkert att den som känner sig kränkt mår så mycket bättre av att motparten i försvarssyfte offentliggör sin bild av verkligheten. Rättegångskostnaderna lär också skjuta i höjden och en förlust kan bli kostsam för båda parterna. Här tycks en mer omfattande utredning och konsekvensanalys behöva genomföras, vilket är en uppgift för lagstiftaren och inte för rättstillämpningen.

6. Slutord

Mot bakgrund av DO/BRA-målet finns anledning att återvända till den principiella frågan om vilken legitimitetsgrund som ligger bakom det förstärkta processuella skydd mot diskriminering som EU-domstolens generaladvokat utläser ur artikel 47 i EU:s rättighetsstadga, det vill säga den allmänna rättsprincipen om rätt till domstolsprövning och effektiva rättsmedel som funnits länge i EU-rätten, men numera finns kodifierad i stadgan. Det antyds inte i generaladvokatens förslag till avgörande hur andra medlemstater hanterar den potentiella spänningen mellan materiellt rättsskydd i diskrimineringstvister och de processekonomiska aspekter som bär upp dispositionsprincipen. Som framgått saknas inte heller rättsmedel i den svenska rättsliga kontexten. Domstolsprövning har ägt rum och kändanden har erhållit den

⁴⁹ Denna diskussion utvecklar jag i en kommande artikel: EU-rätten, dispositionsprincipen och den svenska rättegångsbalken (2021).

begärde diskrimineringsersättningen. Generaladvokatens krav på materiell prövning av själva diskrimineringsfrågan härleds som framgått ur artikel 47 i rättighetsstadgan och artiklarna 6 och 13 i Europakonventionen. Motsvarande krav på effektiva rättsmedel gäller också i Sverige (och övriga medlemsstater). Generaladvokaten tar dock inte hänsyn till detta förhållande samt den eventuella konstitutionella samsyn eller alternativt rättskulturella skillnader som finns i länderna.

I sammanhanget kan noteras att den österrikiska författningsdomstolen i ett avgörande år 2012 uttalade följande, med anledning av artikel 47 i rättighetsstadgan:

”In light of the fact that Article 47(2) CFR recognises a fundamental right which is derived not only from the ECHR but also from constitutional traditions common to the Member States, it must be heeded also when interpreting the constitutionally guaranteed right to effective legal protection (as an emanation of the duty of interpreting national law in line with Union law and of avoiding situations that discriminate nationals). Conversely, the interpretation of Article 47(2) CFR must heed the constitutional traditions of the Member States and therefore the distinct characteristics of the rule of law in the Member States. This avoids discrepancies in the interpretation of constitutionally guaranteed rights and of the corresponding Charter rights.”⁵⁰

EU:s rättighetsstadga kan alltså enligt den österrikiska författningsdomstolen inte betraktas som något isolerat från medlemsstaternas motsvarande konstitutionella ordningar. Detta väcker i sin tur frågan om europaintegrationen bör innefatta en processrättslig harmonisering av det slag som föreslås på ett område som på grund av sin socialpolitiska ambition i vart fall inte kan anses tillhöra EU:s kärna av befogenheter. Det aktuella direktivet är ett minimidirektiv och det ankommer på medlemsstaterna att utan närmare precision föreskriva effektiva, proportionella och avskräckande påföljder, som uttryckligen ”kan bestå av skadestånd till den utsatta personen”.⁵¹ Frågor kring etnisk diskriminering är naturligtvis viktiga, men är det rimligt att det beslutas på EU-nivån, via en dom från EU-domstolen, att en traditionell skadeståndsrättslig sanktion (diskrimineringsersättning) inte är effektiv nog? Som nämdes under föregående avsnitt tillkommer därutöver frågan om det är rimligt att en domstol (i det aktuella fallet svenska HD), genom en omtolkning av rättegångsbalken ska åstadkomma ett sådant resultat i en enskild tvist. I många av EU:s medlemsländer betraktas troligen detta som en fråga för den lagstiftande och inte den dömande makten. Den häftiga kritik som EU-domstolens dom i Mangold genererade och den protest som danska HD levererade riskerar därmed att upprepas.

Mitt slutord blir därför att EU:s allmänna rättsprinciper, kodifierade eller ej, fortfarande är ett viktigt styrmedel i EU-rätten, men att EU-domstolen måste visa respekt för medlemsstaternas konstitutionella ordningar och eventuella skillnader i deras rättskulturer. Att rättsprinciperna numera i huvudsak har ersatts av en rättighetsstadga bör inte få till följd att legitimitetsgrunden förändras. Stadgan är

⁵⁰ U 466/11-18, U 1836/11-13 14.03.2012, punkt 59. Tillgänglig i engelsk version via: https://www.vfgh.gv.at/downloads/VfGH_U_466-11_U_1836-11_Grundrechtecharta_english.pdf.

⁵¹ Se skäl 25 och 26 i ingressen samt artikel 7 och 15 i direktiv 2000/43.

inte jämförbar med annan primärrätt, såsom de fyra friheterna och konkurrensbestämmelserna. Det finns en mycket tydligare koppling till medlemsstaternas konstitutionella ordningar och ett större behov av lyhördhet och ömsesidig tillit. Europaintegrationen gynnas inte långsiktigt av att EU-domstolen övergår från en användning av de allmänna rättsprinciperna som styrmedel till att utnyttja dem som instrument för toppstyrning. En sådan utveckling kan undergräva EU-projektets legitimitet.

