Unionsrättsliga ersättningsanspråk mot staten

— iakttagelser från Justitiekanslerns rättegångar

Av specialistföredraganden Erik Mårild och verksjuristen Klas Granlund[1]

Artikeln redogör för tre av Justitiekanslerns rättegångar där stora ersättningsanspråk har riktats mot staten med hänvisning till unionsrättsliga regler. Rättsfallen belyser både olika processuella frågor som uppstår när unionsrätt ska tillämpas i en nationell kontext och förutsättningarna för statens ersättningsansvar på unionsrättslig grund. I en avslutande diskussion ställs särskilt fokus på bevisbördan i denna typ av mål.

1 Inledning

En av Justitiekanslerns huvuduppgifter är att företräda staten i skadeståndsmål och andra rättegångar. De senaste åren har antalet rättegångar mot staten ökat.[2] Det har även skett en utveckling mot alltmer stora och komplicerade rättegångar samtidigt som Justitiekanslern inte längre engagerar externa ombud för att sköta rättegångarna. Uppgiften att företräda staten i domstol har som en följd av detta kommit att bli mer framträdande.

I den här artikeln lyfter vi tre unionsrättsligt grundade rättegångar som har varit utmärkande för den utvecklingen. Även om rättstvisterna som kommenteras i artikeln står för en liten del av Justitiekanslerns samlade målstock så utgör de några av de största och mest komplicerade skadeståndsmålen som myndigheten har hanterat. De har krävt en ökad professionalisering av Justitiekanslerns processverksamhet i flera avseenden.

Syftet med artikeln är att redogöra för dessa processer och belysa ett par av de frågor som rättsfallen aktualiserar. I det följande avsnittet redogörs för Nordea Bank AB:s (numera Nordea Bank Abp, filial i Sverige, nedan Nordea) talan om återbetalning av mervärdesskatt som påförts i strid med unionsrätten. Därefter behandlas Fortum Sweden AB:s (Fortum) och Videoslots Ltd:s (Videoslots) talan om skadestånd på unionsrättslig grund. Sist i artikeln ger vi några avslutande reflektioner med anledning av rättsfallen som lyfts i artikeln.

[1] Författarna är verksamma hos Justitiekanslern och har varit ombud i de kommenterade rättsfallen. Synpunkterna är artikelförfattarnas egna.

[2] I dag företräder Justitiekanslern staten i runda tal i 100 rättegångar. Som jämförelse kan det noteras att det år 2008 förekom omkring 80 rättegångar hos myndigheten (se Göran Lambertz, Tankar om Justitiekanslern, Festskrift till Johan Hirschfeldt, 2008, s. 211).

2 Nordea ./. staten; talan om ”återbetalning” av skatt (2014–2025)

2.1 Inledning

År 2014 väckte Nordea talan mot staten vid Stockholms tingsrätt. I målet begärde banken att staten skulle förpliktas att betala drygt 500 miljoner kr avseende mervärdeskatt som banken under tio års tid hade betalat till bolag inom Postenkoncernen (vilka i sin tur hade varit skyldiga att betala mervärdesskatten till staten). Enligt banken hade mervärdesskatten tagits ut i strid med unionsrätten. Nordea gjorde i första hand gällande att staten var återbetalningsskyldig för mervärdesskatten enligt principen att skatt som har tagits ut i strid med unionsrätten ska återbetalas. I andra hand begärde Nordea ersättning av staten i form av skadestånd.

Staten bestred käromålet och begärde att Nordeas talan skulle avvisas i den del den avsåg återbetalning av skatt på unionsrättslig grund eftersom allmän domstol inte var behörig att pröva det anspråket. Enligt staten skulle i stället den delen av anspråket prövas av Skatteverket som första instans.

Banken bestred avvisningsyrkandet och frågan uppkom därmed vilken domstol som var behörig att pröva Nordeas anspråk om återbetalning av skatt.

2.2 Frågan om allmän domstols behörighet att pröva talan om ”återbetalning” av skatt

Parterna förde vitt skilda argumentationslinjer i forumfrågan. Enligt Nordeas synsätt var behörighetsfrågan förhållandevis enkel. Svaret på frågan följde av 10 kap. 17 § rättegångsbalken som anger att allmän domstol inte är behörig att uppta tvist, som ska upptas av annan myndighet än en domstol eller av särskild domstol (exempelvis förvaltningsdomstol). I avsaknad av författningsstöd som utpekade någon myndighet eller förvaltningsdomstol som ensam behörig att pröva anspråket så var, enligt banken, således allmän domstol behörig.

Staten menade att behörighetsfrågan var mer komplicerad än så. Bestämmelsen i 10 kap. 17 § rättegångsbalken angav enligt staten endast när allmän domstols behörighet var *utesluten*, men kunde inte läsas som att allmän domstol alltid skulle vara behörig så snart det saknades ett uttryckligt bemyndigande för en myndighet eller förvaltningsdomstol att ta upp saken till prövning. En sådan ordning, menade staten, skulle leda till den orimliga konsekvensen att varje talan som grundade sig direkt på unionsrätten där det saknades förfaranderegler skulle föras i allmän domstol oavsett vad talan syftade till och oavsett dess egentliga innebörd.

Enligt staten behövde kompetensfördelningen mellan allmän domstol och förvaltningsdomstol i stället bedömas utifrån ett bredare perspektiv där man bland annat beaktade om det var lämpligt att allmän domstol prövade kravet och vilka konsekvenser en sådan ordning skulle få. Med ett sådant bredare angreppssätt så borde, enligt staten,

kravet prövas i förvaltningsrättslig ordning eftersom kravet var av offentligrättslig karaktär.[3]

Tingsrätten och hovrätten avslog statens avvisningsyrkande. Även Högsta domstolen gick på Nordeas linje (”Banken och Posten” NJA 2017 s. 589).[4] Högsta domstolen tog sin utgångspunkt i 10 kap. 17 § rättegångsbalken och angav att bestämmelsen gav uttryck för principen att allmän domstol var behörig att pröva en tvist om den inte uttryckligen har undantagits från domstolens kompetens (p. 7). Högsta domstolen konstaterade sedan att reglerna om omprövning i skatteförfarandelagen inte var tillämpliga på Nordeas krav på ”återbetalning” av mervärdesskatt (p. 11). Den aktuella tvisten hade alltså inte anförtrotts åt någon annan än allmän domstol att allsidigt och slutligt pröva. Därmed var saken klar enligt Högsta domstolen. Något utrymme att göra en mer allmän bedömning av var tvisten lämpligen skulle hanteras fanns inte i en sådan situation (p. 15). Allmän domstol var därför behörig att pröva Nordeas talan om kompensation för mervärdesskatt som påförts i strid med unionsrätten.

Högsta domstolens förhållandevis legalistiska angreppssätt på forumfrågan måste sägas ha starka skäl för sig. Trots att det nog fanns fog för flera av statens ändamålsargument så framstår det som vanskligt att, med iakttagande av berättigade krav på rättssäkerhet och förutsebarhet, genom rättstillämpning skräddarsy en prövningsordning av ett unionsrättsligt anspråk utifrån vad som kan tyckas vara lämpligast.

Även om utfallet av Högsta domstolens prövning därmed inte ifrågasätts så blev följden av ”Banken och Posten” att en talan med tydliga skatterättsliga inslag skulle prövas i allmän domstol på ett sätt som framstår som främmande för den traditionella svenska kompetensfördelningen mellan allmän domstol och förvaltningsdomstol. Rättsfallet kan på så sätt ses som ett exempel på spänningsförhållandet som kan uppstå mellan materiell unionsrättslig reglering och den nationella processrättsliga klassificeringen av ett unionsrättsligt anspråk.

Spänningsförhållandet är en följd av medlemsstaternas processuella autonomi.[5] Med det följer både en behörighet för medlemsstaterna att själva processuellt reglera fall där unionsrätt är tillämplig i sakfrågan och en skyldighet att göra detta på ett sätt som garanterar unionsrättens genomslag. Hur unionsrättsliga rättigheter ska utövas och klassi-

[3] Staten lyfte i detta sammanhang fram bl.a. NJA 1994 s. 657 där Högsta domstolen angav att starka sakliga skäl talade för att en talan om återbetalning av jordbruksstöd borde anförtros förvaltningsdomstol.

[4] Rättsfallet har kommenterats av bl.a. Karin Wistrand i Statens utomobligatoriska skadeståndsansvar — några utvecklingslinjer, SvJT 2019, s. 120 f.

[5] Enligt artikel 19.1 i Fördraget om Europeiska unionen (FEU) och artikel 47 i EU:s rättighetsstadga åligger det medlemsstaterna att tillhandahålla effektiva rättsmedel och domstolsskydd för enskilda på de områden som omfattas av unionsrätten. I avsaknad av unionsrättsliga processregler innebär det att det ankommer på nationell rätt att ange vilka domstolar som är behöriga och att fastställa de processuella regler som gäller för en unionsrättslig talan. Den nationella rätten måste respektera effektivitets- och likvärdighetsprincipen. Se EU-domstolens dom *Metallgesellschaft*, C-397/98 och C-410/98, EU:C:2000:431, p. 84–85.

ficeras nationellt är alltså som utgångspunkt en fråga för medlemsstaterna. En följd av det är att unionsrättsligt grundade remedier, såsom exempelvis återbetalning av skatt, inte nödvändigtvis är utformade med hänsyn till hur rättigheterna kommer att utövas och klassificeras i den nationella rättsordningen. Ett unionsrättsligt grundat anspråk kan som en följd av det komma att skära igenom den traditionella nationella uppdelningen mellan civilrätt, offentlig rätt och processrätt.[6] När unionsrättigheter åberopas i nationell domstol kan det därmed uppstå oförutsebara konsekvenser, till exempel att allmän domstol blir behörig att pröva skatterättsliga anspråk.

2.3 Krav på kompensation för mervärdesskatt som påstås ha tagits ut i strid med unionsrätten

I sak gällde alltså Nordeas talan mot staten ett krav på återbetalning av mervärdesskatt som banken menade hade tagits ut i strid med unionsrätten. Grunden för bankens talan var den unionsrättsliga principen om återbetalning av skatt som har etablerats i EU-domstolens fasta praxis.[7] Enligt den är medlemsstaterna i princip skyldiga att återbetala skatter och avgifter som har tagits ut i strid med unionsrätten. Till skillnad från vad som gäller vid skadestånd krävs det för återbetalning av skatt inte någon klar överträdelse av unionsrätten.

Reglerna för mervärdesskatt är i stor utsträckning harmoniserade inom EU och finns huvudsakligen i mervärdesskattedirektivet.[8] Enligt direktivet är de tjänster som Nordea säljer inte mervärdesskattepliktiga, vilket innebär att banken inte heller får dra av ingående mervärdesskatt.[9] Den mervärdesskatt som banken betalar, till exempel vid köp av posttjänster, blir därmed en kostnad för banken.

Sedan 1970-talet har det i mervärdesskattedirektiven funnits ett undantag från mervärdesskatt för tjänster som tillhandahålls av det offentliga postväsendet.[10] Undantaget har sitt ursprung i en tid när posten i varje medlemsland utgjordes av statliga monopol, men gäller även i dag.

I Sverige avreglerades postmarknaden redan 1993. Postverkets monopolställning avskaffades och bolaget Posten AB, numera Postnord AB (Postnord), bildades. Meningen var att Postnord så långt som möjligt skulle verka under samma förutsättningar som andra aktiebolag.[11] I och med avregleringen ansåg Sverige att det inte längre fanns något offentligt postväsende i Sverige. När Sverige två år senare gick med i

[6] Jfr Ulf Bernitz, Europarättens genomslag i svensk rätt — var står vi idag?, JT 2009–10, s. 482 f.
[7] EU-domstolens dom *Danfoss*, C-94/10, EU:C:2011:674, p. 20.
[8] Rådets direktiv 2006/112/EG av den 28 november 2006 om ett gemensamt system för mervärdesskatt.
[9] Artikel 135 i mervärdesskattedirektivet undantar stora delar av bank- och försäkringsverksamhet från mervärdesskatteplikt.
[10] Artikel 132.1 a) i mervärdesskattedirektivet. Motsvarande bestämmelse fanns t.ex. i artikel 13 A.1 a i det äldre sjätte mervärdesskattedirektivet (77/388/EEG).
[11] Prop. 1993/94:38, s. 128.

EU och var tvunget att anpassa mervärdesskattelagstiftningen till EU:s direktiv fanns det därför, enligt Sverige, ingen anledning att undanta några posttjänster från mervärdesskatt. Mellan 1995 och 2016 fanns det i Sverige inte något undantag från mervärdesskatt på posttjänster.[12]

Kommissionen väckte under 2014 en fördragsbrottstalan mot Sverige för bristande implementering av mervärdesskattedirektivet. EU-domstolen kom 2015 fram till att Sverige hade underlåtit att uppfylla sina unionsrättsliga skyldigheter genom att inte undanta posttjänster från mervärdesskatt i enlighet med mervärdesskattedirektivet.[13] Genom domen blev det också klarlagt att Postnord skulle anses utgöra ett offentligt postväsende, eftersom bolaget tillhandahöll samhällsomfattande posttjänster.[14]

Under 2014 väckte även Nordea sin talan mot staten. I målet anförde Nordea att staten hade överträtt unionsrätten redan genom att inte införa något undantag för mervärdesskatt på posttjänster över huvud taget. Under alla förhållanden var, enligt banken, inte Nordeas köp av posttjänster mervärdesskattepliktiga. Banken hade därför rätt till återbetalning av mervärdesskatten.

Staten bestred käromålet i första hand på den grunden att de tjänster Nordea köpt av Postnord var individuellt förhandlade. Posttjänster för vilka villkoren har förhandlats individuellt omfattas nämligen enligt EU-domstolens dom i *TNT Post UK* inte av undantaget från skatteplikt.[15] Eftersom avtalen för bankens alla köp av posttjänster hade förhandlats individuellt hade, enligt staten, Nordea inte betalat mervärdesskatt i strid med unionsrätten och var därför inte berättigat till kompensation för betald mervärdesskatt.

Nordea motsatte sig att tjänsterna var individuellt förhandlade. Postnord hade till följd av sin egenskap av tillhandahållare av den samhällsomfattande posttjänsten och som dominerande aktör på marknaden att följa konkurrenslagstiftning, postlagstiftning och tillståndsvillkor. Det var, menade banken, därför inte möjligt för Postnord att förhandla om priser och andra villkor.

Tingsrätten höll huvudförhandling under våren 2022. Den åberopade bevisningen var omfattande och huvudförhandlingen pågick i 15 dagar. Nordea åberopade fyra vittnen och på statens begäran hördes sex vittnen samt en sakkunnig.

[12] Den 1 april 2016 infördes ett undantag från mervärdesskatteplikt för vissa posttjänster. Undantaget finns i dag i 10 kap. 4 § mervärdesskattelagen.

[13] EU-domstolens dom *Kommissionen mot Sverige*, C-114/14, EU:C:2015:249. I samband med domen väcktes frågan om återbetalning av felaktigt uttagen mervärdesskatt på olika håll, se t.ex. Eleonor Kristoffersson, Återbetalning av mervärdesskatt till följd av EU-domstolens postmomsdom, Svensk skattetidning 2015, s. 494.

[14] EU har antagit postdirektiv i syfte att garantera tillgången till samhällsomfattande posttjänster, se t.ex. direktiv 97/67/EG och direktiv 2008/6/EG. Postdirektiven har enligt EU-domstolen betydelse för tolkningen av begreppen i undantagsbestämmelsen i mervärdesskattedirektivet.

[15] EU-domstolens dom *TNT Post UK*, C-357/07, EU:C:2009:248, p. 43–47.

Tingsrätten ogillade Nordeas talan.[16] Med facit i hand kan man konstatera att målet blev ett rent bevismål. Avgörande för tingsrättens prövning blev nämligen frågan om de aktuella posttjänsterna hade förhandlats individuellt eller inte. Enligt tingsrätten var det uppenbart att de posttjänster som målet handlade om var individuellt förhandlade och att tjänsterna därmed inte omfattades av mervärdesskatteundantaget. Nordea hade alltså inte betalat mervärdesskatt i strid med unionsrätten.

Nordea överklagade till Svea hovrätt, som i maj 2024 fastställde tingsrättens dom.[17] Hovrätten kom till slutsatsen att oavsett om en viss tjänst i och för sig kan ingå i den samhällsomfattande posttjänsten är den mervärdesskattepliktig om villkoren för tjänsten har förhandlats individuellt. Hovrätten ansåg också, med hänvisningar till *TNT Post UK*, att undantaget för individuellt förhandlade villkor inte fick tolkas för snävt och inte hade den innebörd som Nordea hade gjort gällande. I likhet med tingsrätten refererade hovrätten i stor utsträckning till framför allt den muntliga bevisningen i målet. Hovrätten ansåg att det stod klart att det funnits ett kommersiellt förhandlingsutrymme. Både Nordea och Postnord kunde på olika sätt påverka slutpriset konstaterade hovrätten, vilket måste beskrivas som resultatet av förhandlingar mellan Postnord och Nordea. Hovrätten kom därför i likhet med tingsrätten fram till slutsatsen att Nordea inte hade betalat mervärdesskatt i strid med unionsrätten.

I januari 2025 beslutade Högsta domstolen att inte bevilja prövningstillstånd. En drygt tio år lång rättsprocess fick därmed sitt slut.

3 Fortum ./. staten; skadeståndsanspråk med anledning av Högsta förvaltningsdomstolens beslut i ett skattemål (2018–2024)

En av de största domstolsprocesserna som Justitiekanslern har hanterat är Fortums talan mot staten. Målet pågick under åren 2018–2024 och Fortum begärde drygt en miljard kr i skadestånd med hänvisning till att bolaget i strid med unionsrättens regel om fri etablering (artikel 49 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, FEUF) hade nekats avdrag för ränteutgifter.

Bakgrunden till tvisten var en skatteprocess där Fortum hade nekats avdrag för räntor som bolaget hade betalat till ett annat Fortumbolag baserat i Belgien. Skatteverket och förvaltningsdomstolarna hade i processen nekat Fortum avdrag med stöd av regler som antogs 2009 för att begränsa avdragsrätten för räntor (2009 års ränteavdragsbegränsningsregler).[18] Skatteprocessen fick sitt slut i mars 2018 när Högsta förvaltningsdomstolen nekade Fortum prövningstillstånd och avslog bolagets begäran om att inhämta ett förhandsavgörande från EU-domstolen.

[16] Stockholms tingsrätts dom den 16 juni 2022 i mål nr T 8426-14.
[17] Svea hovrätts dom den 3 maj 2024 i mål nr T 8928-22.
[18] SFS 2008:1343. 2009 års regler fanns i 24 kap. 10 a–e §§ inkomstskattelagen.

De aktuella avdragsreglerna föreskrev att ränteutgifter till ett bolag inom samma intressegemenskap (t.ex. en bolagskoncern), med anledning av koncerninterna förvärv av aktier, som utgångspunkt inte var avdragsgilla. Denna huvudregel var förenad med två undantag. Enligt den så kallade tioprocentsregeln fick avdrag ändå medges om det långivande bolaget beskattades med minst tio procent. Den så kallade ventilen föreskrev vidare att avdrag fick medges — oavsett beskattningsnivån på ränteinkomsterna — om lånet och förvärvet huvudsakligen var affärsmässigt motiverat (snarare än skattedrivet).

Frågan om reglerna var förenliga med unionsrätten var omdiskuterad redan från start. Reglerna var formellt tillämpliga på samma sätt vid inhemska och gränsöverskridande situationer, men eftersom bolagsskatten i Sverige överstiger tio procent träffade begränsningen i avdragsrätten i praktiken inte räntebetalningar mellan två konventionellt beskattade aktiebolag i Sverige. Reglerna kunde däremot träffa betalningar till en lågbeskattad koncernintern långivare med hemvist i en annan medlemsstat inom EU. Mot den bakgrunden invände flera remissinstanser vid remitteringen av lagförslaget att reglerna i praktiken innebar en negativ särbehandling av långivare etablerade i en annan medlemsstat än Sverige.[19]

År 2011 bedömde Högsta förvaltningsdomstolen att 2009 års regler var förenliga med unionsrätten (HFD 2011 ref. 90 II).[20] Avgörandet blev snabbt föremål för kritik.[21]

I december 2018 stämde Fortum staten vid Stockholms tingsrätt. Bolaget begärde skadestånd motsvarande den ökade skattekostnaden som det nekade avdraget inneburit. Till stöd för talan gjorde Fortum gällande att staten genom antagandet och tillämpningen av 2009 års regler hade klart överträtt den unionsrättsliga etableringsfriheten. Fortum menade att reglerna missgynnade svenska kommersiella bolag som lånade kapital från koncerninterna långivare hemmahörande i andra medlemsstater där det effektiva skatteuttaget underskred tio procent och att detta utgjorde en inskränkning av etableringsfriheten som inte kunde rättfärdigas.

Staten bestred käromålet och gjorde gällande att avdragsreglerna var neutralt utformade och även kunde tillämpas i inhemska fall. Därmed missgynnades inte gränsöverskridande situationer menade staten. Det var därför inte fråga om någon inskränkning i etableringsfriheten. Enligt staten förelåg det under alla förhållanden inte en sådan tillräckligt klar överträdelse som krävs för att skadestånd ska utgå på unionsrättslig grund.

[19] Prop. 2008/09:65, s. 72 ff.
[20] Enligt Högsta förvaltningsdomstolen var särskilt EU-domstolens domar *Oy AA*, C-231/05, EU:C:2007:439, och *Schempp*, C-403/03, EU:C:2005:446, av intresse för frågan om reglernas förenlighet med unionsrätten.
[21] Se bl.a. Thomas Andersson och Christian Carneborn, HFD:s domar den 30 november 2011 avseende ränteavdragsbegränsningsreglerna — en kommentar, Svensk skattetidning 2012, s. 69 och Fredrik Ohlsson, Även solen har sina fläckar — EU-rättsliga frågetecken kring flera svenska skatteregler, Skattenytt 2013, s. 102.

Ytterst så vilade Fortums talan på påståendet att Högsta förvaltningsdomstolens beslut att inte bevilja prövningstillstånd i bolagets skatteprocess stred mot unionsrätten. Den centrala skadeståndsrättsliga frågan i målet var alltså om Högsta förvaltningsdomstolen på det här sättet hade agerat skadeståndsgrundande.

Utgångspunkten för prövningen av den frågan var EU-domstolens avgörande i målet *Köbler* från 2003.[22] Av *Köbler* följer att — till skillnad från vad som gäller enligt svensk skadeståndsrätt — det inte finns något taleförbud avseende de högsta domstolsinstanserna när en enskild för talan om skadestånd på unionsrättlig grund.[23]

I *Köbler* uttalade EU-domstolen att skadeståndsansvar på grund av överträdelse av unionsrätten genom ett domstolsavgörande i högsta instans endast i undantagsfall kan förekomma och att det ska vara fråga om att domstolen på ett uppenbart sätt har åsidosatt gällande rätt.[24] Vid den bedömningen ska man enligt *Köbler* ta särskild hänsyn till den överträdda regelns grad av klarhet och precision, överträdelsens avsiktliga karaktär, den ursäktliga eller oursäktliga karaktären av villfarelsen, den ståndpunkt som en EU-institution kan ha intagit och eventuell underlåtenhet att begära ett förhandsavgörande.[25]

I juli 2021 ogillade tingsrätten Fortums talan.[26] Tingsrätten kom fram till att ränteavdragsbegränsningsreglerna i och för sig hade inneburit en inskränkning i Fortums etableringsfrihet. I den bedömningen fäste tingsrätten avgörande vikt vid det ostridiga förhållandet att bolaget hade behandlats sämre (det vill säga nekades ränteavdrag) som ett resultat av att det långivande koncernbolaget var etablerat i Belgien. Hade det långivande bolaget funnits i Sverige skulle Fortum fått göra avdrag. Den effekten utgjorde enligt tingsrätten en otillåten skillnad i behandling som inte kunde rättfärdigas.[27] Enligt tingsrätten hade därmed staten genom att neka Fortum ränteavdrag överträtt unionsrättens regel om fri etablering. Vid en sammantagen bedömning av de kriterier som ställdes upp i *Köbler* och med beaktande av ”främst det mycket stora utrymme som finns för domstolars skönsmässiga bedömning” stannade dock tingsrätten vid att Högsta förvaltningsdomstolens rättstillämpning inte utgjorde en sådan uppenbar överträdelse av unionsrätten som krävdes för att utlösa skadeståndsansvar för staten.

I juni 2023 fastställde hovrätten tingsrättens dom.[28] Enligt hovrätten var det svårt att bedöma om 2009 års regler var förenliga med unionsrätten eller inte. Hovrätten stannade dock vid slutsatsen att reglerna

[22] EU-domstolens dom *Köbler*, C-224/01, EU:C:2003:207.
[23] Jfr taleförbudet i 3 kap. 7 § skadeståndslagen.
[24] *Köbler*, p. 53.
[25] *Köbler*, p. 55. Se vidare bl.a. Takis Tridimas, The General Principles of EU Law, 2006, s. 521–533 och Koen Lenaerts m.fl, European Union Law, 2011, s. 767–770.
[26] Stockholms tingsrätts dom den 16 juli 2021 i mål nr T 17795-18.
[27] Tingsrätten byggde sina resonemang framför allt på EU-domstolens domar *Lankhorst-Hohorst*, C-324/00, EU:C:2002:749, *Thin Cap*, C-524/04, EU:C:2007:161, och *Lexel*, C-484/19, EU:C:2021:34.
[28] Svea hovrätts dom den 15 juni 2023 i mål nr T 9992-21.

inte utgjorde en inskränkning i etableringsfriheten. Vid den bedömningen tog hovrätten rygg på Högsta förvaltningsdomstolens resonemang i HFD 2011 ref. 90 II. Enligt hovrätten utgjorde nämligen den skattemässiga nackdel som Fortum hade drabbats av — till följd av att tioprocentsregeln inte kunde tillämpas i bolagets fall — inte en diskriminering, utan var i stället en effekt av olikheter i medlemsländernas skattelagstiftning.[29] Hovrätten ställde alltså upp ett annat, högre, krav för att inhemska skatteregler ska anses utgöra en inskränkning av etableringsfriheten än vad tingsrätten gjorde. Enligt hovrättens bedömning räckte det alltså inte med att konstatera en skattemässig nackdel mellan jämförbara inhemska och gränsöverskridande situationer. I stället krävdes det att de ifrågasatta reglerna genom sin *utformning* diskriminerade i jämförbara situationer.[30]

Hovrätten ansåg vidare att det var ”tydligt” att — även vid en annan bedömning av skattefrågan — förutsättningarna för skadeståndsansvar enligt *Köbler* under alla förhållanden inte var uppfyllda.

Även om hovrätten och tingsrätten kom till samma slut så gjorde de skilda bedömningar i flera viktiga avseenden.

En skillnad gällde betydelsen av att Högsta förvaltningsdomstolen inte hade inhämtat ett förhandsavgörande. Hovrätten menade, till skillnad från tingsrätten, att det inte fanns skäl att ifrågasätta Högsta förvaltningsdomstolens beslut i frågan om förhandsavgörande och tycks över huvud taget ha fäst mindre vikt vid den saken vid sin sammantagna bedömning av om en eventuell överträdelse kunde anses ursäktlig eller inte.[31]

En annan skillnad gällde frågan om i vilken utsträckning kritiken mot 2013 års ränteavdragsbegränsningsregler var av relevans för prövningen av 2009 års regler. Från 2013 stramades nämligen reglerna åt, och det infördes en ytterligare möjlighet att neka avdrag. I den delen gick hovrätten på statens linje och ansåg att det från unionsrättsligt perspektiv fanns flera avgörande skillnader mellan dessa regelverk. Dessa skillnader medförde, enligt hovrätten, att det förhållandet att EU-domstolen i fallet *Lexel* hade underkänt 2013 års regler inte kunde tas till intäkt för att Högsta förvaltningsdomstolens nu aktuella beslut avseende 2009 års regler utgjorde en klar överträdelse.

[29] Jfr för ett liknande resonemang Peter J. Wattel m.fl., European Tax Law, 2018, s. 95–96.

[30] Se vidare Niels Bammens, The Principle of Non-Discrimination in International and European Tax Law, 2012, s. 569–570 och Peter J. Wattel m.fl., European Tax Law, 2018, s. 86–94 om hur EU-domstolen prövar mål om överträdelser av unionsrättsliga friheter på området direkt beskattning. Se även Jesper Johansson, EU-domstolens restriktionsprövning i mål om de grundläggande friheterna och direkta skatter, 2016.

[31] Hovrätten ansåg även att en underlåtenhet att inhämta ett förhandsavgörande från EU-domstolen inte i sig kunde grunda skadeståndsansvar för staten enligt de principer som utvecklats i *Köbler*. Se vidare om den frågan i Morten Broberg, National Courts of Last Instance Failing to Make a Preliminary Reference: The (Possible) Consequences Flowing Therefrom, European Public Law 2022, nr 2, s. 249 f.

Hovrätten och tingsrätten förefaller dock ha varit överens om en sak, nämligen att en högsta domstol måste ha ett betydande utrymme att göra skönsmässiga bedömningar. Med hänvisning till ”den dömande verksamhetens särdrag och berättigade krav på rättssäkerhet” underströk hovrätten således att staten endast i undantagsfall och vid uppenbara överträdelser av unionsrätten kunde ådra sig skadeståndsansvar på grund av en högsta domstols felaktiga rättstillämpning av unionsrätten. Både hovrätten och tingsrätten kan därmed sägas ha gett uttryck för uppfattningen att tröskeln för skadestånd i dessa fall är ”hög men inte omöjlig”.

Högsta domstolen beslutade 2024 att inte meddela Fortum prövningstillstånd.

Fortums talan mot staten är såvitt vi känner till det första målet i svensk domstol som gäller förutsättningarna för statens unionsrättsliga skadeståndsansvar för den högsta domstolsinstansens rättstillämpning. Över huvud taget förefaller de principer som EU-domstolen slog fast i rättsfallet *Köbler* ha fått ett begränsat genomslag på det nationella planet.[32] Inte minst utifrån behovet av praxis framstår det därför som klokt att hovrätten, trots bedömningen att det inte förelåg någon överträdelse av unionsrätten, ändå gick vidare i sin prövning och tog ställning till frågan om förutsättningarna för statens skadeståndsansvar vid en högsta domstols påstått felaktiga rättstillämpning.

4 Videoslots ./. staten; skadeståndsanspråk med anledning av pandemirestriktioner på spelområdet (2020–2024)

4.1 Inledning

I början av 2020 drabbade som bekant coronapandemin Sverige. Som en följd av det meddelades ett stort antal restriktioner för att begränsa smittspridningen. I flera fall lämnade pandemibekämpningen tydliga ekonomiska avtryck och gav upphov till skadeståndskrav mot staten. Videoslots talan mot staten är ett sådant exempel.

Videoslots är ett maltesiskt spelbolag med spellicens i Sverige. I augusti 2020 väckte bolaget talan mot staten och gjorde gällande att förordningen om tillfälliga spelansvarsåtgärder med anledning av spridningen av sjukdomen covid-19 stred mot unionsrättens regel om fri rörlighet för tjänster. Förordningen, som antogs i juli 2020, syftade till att motverka de ökade risker för spelproblem som regeringen befarade skulle följa i spåren av pandemin och var därmed en form av pandemirestriktion på spelområdet. Genom förordningen infördes tillfälligt skärpta regler om inloggningstid, insättningsgräns och bonuserbjudanden för onlinekasino. Den kanske mest kännbara begränsningen för spelbolagen var insättningsgränsen som innebar att spelbolag med licens i Sverige skulle säkerställa att spelkonsumenter inte kunde sätta in mer än 5 000 kr per vecka på sitt spelkonto hos ett spelbolag.

[32] Zsofia Varga, The Effectiveness of the Köbler Liability in National Courts, s. 215.

I sak yrkade Videoslots skadestånd av staten med knappt 90 miljoner kr med stöd av den så kallade *Francovich*-doktrinen.[33] Enligt doktrinen är en medlemsstat skadeståndsskyldig under förutsättning att staten har överträtt en unionsrättslig regel som är avsedd att skapa rättigheter för enskilda, överträdelsen är tillräckligt allvarlig (klar) och det finns ett direkt orsakssamband mellan överträdelsen och den angivna skadan.

Till säkerställande av skadeståndsyrkandet framställde bolaget även ett interimistiskt yrkande som behandlas närmare i det följande avsnittet.

4.2 Videoslots interimistiska yrkande

Videoslots interimistiska yrkande gick ut på att domstolen skulle förbjuda staten att, ”helt eller delvis, gentemot Videoslots tillämpa bestämmelserna” i förordningen. Frågan uppkom om ett sådant yrkande var tillåtet.

Staten invände att den begärda säkerhetsåtgärden stred mot förbudet mot abstrakt normprövning i svensk rätt och därför skulle avvisas. Förbudet mot abstrakt normprövning innebär att en domstol är förhindrad att pröva en talan som enbart går ut på att en domstol, utan anknytning till ett konkret tillämpningsfall, ska pröva om en författning står i strid med en överordnad bestämmelse.[34]

Videoslots bestred att det interimistiska förbudsyrkandet innebar en abstrakt normprövning och anförde att yrkandet under alla förhållanden måste tillåtas för att säkerställa ett effektivt rättskydd för Videoslots unionsrättsligt grundade rättigheter. Om det interimistiska yrkandet inte tilläts skulle det, enligt Videoslots, innebära att svenska domstolar i praktiken saknade möjligheter att tillförsäkra bolaget ett interimistiskt rättsskydd med stöd av svensk processrätt. Att förordna om kvarstad var nämligen inte något egentligt alternativ enligt bolaget, eftersom det inte kunde förhindra att Videoslots led ytterligare skada genom tillämpningen av förordningen och då någon undandraganderisk inte förelåg från statens sida.

Tingsrätten och hovrätten avvisade den begärda säkerhetsåtgärden med hänvisning till förbudet mot abstrakt normprövning. I november 2020 beviljade Högsta domstolen prövningstillstånd.

Frågan i Högsta domstolen blev om det svenska förbudet mot abstrakt normprövning var tillämpligt på ett intermistiskt yrkande som framställts i anslutning till ett i och för sig godtagbart yrkande om skadestånd och, om så var fallet, om unionsrättens krav på tillgång till

[33] EU-domstolens domar *Francovich m.fl.*, C-6/90 och C-9/90, EU:C:1991:428, p. 40–41 och *Brasserie du Pêcheur och Factortame*, C-46/93 och C-48/93, EU:C:1996:79, p. 51. Se vidare om *Francovich*-doktrinens tillämpning i svensk praxis i Ulf Bernitz, Skadeståndsansvar enligt unionsrätten, JT 2021–22, s. 824 ff. och Karin Wistrand i Statens utomobligatoriska skadeståndsansvar — några utvecklingslinjer, SvJT 2019, s. 107 f.

[34] Magnus Isberg och Marianne Eliason, Grundlagarna, JUNO, den 3 juli 2019, kommentaren till 11 kap. 14 § regeringsformen.

rättsskydd och effektiva nationella rättsmedel krävde att yrkandet ändå skulle tillåtas.

Frågan som Högsta domstolen ställdes inför var inte ny. En liknande fråga var föremål för prövning i ”Unibet II” NJA 2007 s. 718, där ett förhandsavgörande inhämtades från EU-domstolen.[35] I det målet gjorde två spelbolag i Unibetkoncernen gällande att förbudet i 1995 års lotterilag för utländska spelbolag att marknadsföra spel i Sverige (främjandeförbudet) stod i strid med unionsrätten samt yrkade att domstolen skulle fastställa statens skadeståndsansvar och fastställa att bolagen hade rätt att marknadsföra sina speltjänster i Sverige utan hinder av lotterilagens främjandeförbud. Unibetbolagen påkallade även ett intermistiskt beslut om att främjandeförbudet skulle sättas åt sidan.

I *Unibet* uttalade EU-domstolen att unionsrätten inte krävde att medlemsstaternas rättsordning tillhandahöll en möjlighet att väcka en fristående talan där själva saken utgjorde ett yrkande om att den nationella domstolen skulle pröva om nationella bestämmelser stred mot unionsrätt, under förutsättning att den enskilde inom ramen för andra former av effektiva förfaranden kunde få till stånd en prejudiciell prövning i domstol av om så är fallet.[36] På grundval av EU-domstolens förhandsavgörande angav Högsta domstolen i ”Unibet II” att en sådan prejudiciell prövning i svensk rätt kunde komma till stånd exempelvis genom en skadeståndstalan mot staten. I klartext innebar således 2007 års avgörande från Högsta domstolen att det svenska förbudet mot abstrakt normprövning ansågs förenligt med unionsrättens krav på effektivt rättskydd.

Beträffande interimistiska åtgärder angav EU-domstolen i *Unibet* att en nationell domstol, inom ramen för en talan som kan tas upp till sakprövning, måste kunna bevilja intermistiska åtgärder om det är nödvändigt för att säkerställa den fulla verkan av domstolens avgörande.[37] Det fanns dock enligt EU-domstolen inte någon unionsrättslig skyldighet att tillskapa interimistiskt rättsskydd för en talan i sak som *inte* var tillåten nationellt (exempelvis på grund av förbudet mot abstrakt normprövning).[38] Med detta som utgångspunkt bedömde Högsta domstolen i ”Unibet II” att det inte förelåg någon unionsrättligt grundad rätt till interimistiskt rättskydd eftersom den av Unibetbolagen framställda säkerhetsåtgärden om att främjandeförbudet omedelbart skulle sättas åt sidan inte ansågs kunna säkerställa bolagens fastställelsetalan avseende skadeståndsskyldighet.

[35] ”Unibet I” NJA 2005 s. 764 och EU-domstolens dom *Unibet*, C-432/05, EU:C:2007:163.
[36] *Unibet*, p. 65. Rättsfallet har kommenterats av Karin Wistrand i Ett effektivt rättsskydd för unionsrättsliga anspråk — hur går det för teorin i praktiken?, Europarättslig tidskrift 2010, s. 308 och av Kenneth Nordback i Interimistiska åtgärder i EG-rättsliga mål — om gemenskapsrättens inverkan på det provisoriska rättsskyddet i svensk civil och förvaltningsprocess, 2005, s. 51 f.
[37] *Unibet*, p. 72.
[38] *Unibet*, p. 73.

Med hänvisning till avgörandet i *Unibet* angav Högsta domstolen i ”Videoslots” NJA 2021 s. 147 att en nationell rättsordning inte måste tillhandahålla en möjlighet för enskilda att föra en fristående talan där själva saken är ett yrkande om att domstolen ska pröva om nationella bestämmelser strider mot unionsrätten, under förutsättning att den enskilde inom ramen för något annat effektivt rättsligt förfarande kan få en prejudiciell prövning i domstol av om så är fallet (p. 12). Högsta domstolen konstaterade att Videoslots interimistiska yrkande innebar att en domstol skulle sätta förordningen åt sidan i förhållande till bolaget, generellt på förhand, och inte genom rättstillämpning i en uppkommen konkret situation (p. 18). Även om yrkandet hade framställts interimistiskt så gick yrkandet ut på att få till en abstrakt normkontroll i strid med förbudet mot abstrakt normprövning. Yrkandet var således inte tillåtet enligt svensk rätt. Högsta domstolen fann därtill att inte heller unionsrätten krävde att det skulle finnas tillgång till en sådan interimistisk prövning som Videoslots begärt eftersom det yrkade förbudet inte kunde sägas trygga säkerställandet av en kommande dom på skadestånd (p. 17–19). Det fanns alltså inte en tillräcklig koppling mellan den interimistiskt begärda åtgärden och bolagets yrkande i sak. Högsta domstolen avslog därför Videoslots överklagande.

Mot bakgrund av utfallet i ”Videoslots” har det ifrågasatts om svensk rätt uppfyller unionsrättens krav på tillgång till effektiva rättsmedel.[39] Kritiken har gått ut på att det i många situationer kan finnas ett behov av att föra en sådan fristående talan som Videoslots nekades och det har framhållits att det inte kan anses vara en acceptabel lösning att enskilda i stället ska behöva utsätta sig för åtal eller krav på administrativa sanktioner för att tvinga fram en unionsrättslig prövning av åtgärder som på goda grunder kan hävdas inskränker den fria rörligheten inom EU.

Kritiken mot ”Videoslots” förbigår att enskilda i Sverige inte behöver på det här sättet utsätta sig för straffrättsliga eller administrativa sanktioner för att få till en unionsrättslig prövning av ett anspråk. Exempelvis kan enskilda genom en skadeståndstalan få till en prejudiciell prövning av ett unionsrättsligt anspråk utan att först behöva initiera en otillåten överträdelse av svenska bestämmelser.[40] Av ”Unibet II” följer vidare att en skadeståndstalan som utgångspunkt är ett effektivt rättsmedel för prövningen av enskildas unionsrättigheter, vilket avgörandet i ”Videoslots” även bekräftar.

4.3 Prövningen av Videoslots skadeståndstalan

Sedan Högsta domstolen hade avvisat Videoslots interimistiska yrkande fortsatte handläggningen i tingsrätten av bolagets begäran om skadestånd.

[39] Ulf Bernitz, Unionsrättsligt grundad talerätt i svensk domstol, JT 2021–22, s. 674–685.
[40] *Unibet*, p. 64.

I sak gjorde Videoslots alltså gällande att förordningen utgjorde en otillåten inskränkning i rätten till fri rörlighet för tjänster (artikel 56 FEUF).

Enligt EU-domstolens praxis får den fria rörligheten på den inre marknaden inom EU inskränkas om de vidtagna åtgärderna är icke-diskriminerande och kan motiveras av tvingande hänsyn till allmänintresset. Därutöver krävs det att vidtagna åtgärder är proportionerliga. Med detta avses att åtgärderna är ägnade att säkerställa förverkligandet av den målsättning som eftersträvas och inte går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå denna målsättning.[41] Åtgärderna är endast ägnade att säkerställa förverkligandet av det åberopade målet om de verkligen på ett sammanhängande och systematiskt sätt tillgodoser behovet av att uppnå målet.[42]

Videoslots menade att dessa krav inte var uppfyllda. Pandemin hade nämligen, enligt bolaget, inte medfört några ökade spelproblem på onlinekasino och det hade inte heller vid tiden för införandet och förlängningarna av förordningen funnits någon befogad anledning att befara att spelproblemen i samhället skulle öka under pandemin. Åtgärderna kunde därför inte motiveras av ett tvingande allmänt intresse och det var vid tiden för antagandet inte rimligt att anta att åtgärderna skulle få avsedd effekt. Enligt Videoslots kunde därtill de av regeringen befarade riskerna för spelproblem motverkas med mindre ingripande åtgärder.

Staten bestred ansvar och gjorde gällande att det — med utgångspunkt i förhållanden som rådde när förordningen antogs i juli 2020 — hade varit befogat att införa förordningen som en förebyggande skyddsåtgärd för folkhälsan med hänsyn till de risker som då hade identifierats och den osäkerhet som hade funnits beträffande pandemins effekter på spelandet i Sverige. Det potentiellt riskfyllda läget på spelmarknaden motiverade alltså spelarskyddsåtgärder och bidrog till att göra dem proportionerliga. Staten menade även att det med utgångspunkt i hur pandemin sedan utvecklade sig hade varit befogat att förlänga förordningen fram till november 2021.

Centralt i statens försvar av förordningen var den unionsrättsliga försiktighetsprincipen. Det är en allmän unionsrättslig princip som, på ett övergripande plan, kan sägas innebära att medlemsstaterna vid ett osäkert läge för exempelvis miljön eller människors hälsa får vidta förebyggande skyddsåtgärder utan att behöva vänta på att det fullt ut visas att riskerna faktiskt förekommer eller att det visas hur allvarliga de är.[43] Principen inverkar på proportionalitetsbedömningen genom att

[41] EU-domstolens dom *Gebhard*, C-55/94, EU:C:1995:411, p. 37.
[42] Se bl.a. EU-domstolens dom *Liga Portugesa de Futebol Profissional och Bwin International*, C-42/07, EU:C:2009:519, p. 61.
[43] Se bl.a. EU-domstolens dom *Förenade kungariket mot kommissionen*, C-180/96, EU:C:1998:192, p. 99.

ge medlemsstaterna ett större skönsmässigt utrymme.[44] Det innebär att försiktighetsåtgärder som vidtas till skydd för exempelvis miljön eller folkhälsan kan anses förenliga med unionsrätten även om det senare skulle visa sig att mindre restriktiva åtgärder hade uppnått samma mål.[45]

I januari 2024 prövade Stockholms tingsrätt statens skadeståndsansvar med anledning av förordningen.[46] Den centrala frågan i målet var om förordningen utgjorde en oproportionerlig inskränkning av den fria rörligheten för tjänster.

En utgångspunkt för tingsrättens proportionalitetsbedömning var EU-domstolens omfattande praxis på spelområdet. Tingsrätten sammanfattade den praxisen med att medlemsstaterna på spelområdet hade getts ett stort utrymme att bestämma skyddsnivån för folkhälsan och välja de medel som bedöms lämpliga för att uppnå den eftersträvade nivån.[47] Det var alltså, noterade tingsrätten, ett politikområde där EU-domstolen har godtagit långtgående inskränkningar av den fria rörligheten för tjänster.

Tingsrätten fäste också särskild vikt vid försiktighetsprincipens betydelse i sammanhanget. Med hänvisning till EU-domstolens avgörande *BV Nordic Info* angav tingsrätten att försiktighetsprincipen innebar att medlemsstaterna hade möjlighet att, när det rådde ovisshet om riskerna för människors hälsa, med stöd av försiktighetsprincipen vidta skyddsåtgärder utan att behöva invänta att det till fullo bevisas att dessa risker faktiskt föreligger.[48] Tingsrätten framhöll dock att riskbedömningen inte fick grundas på rent hypotetiska antaganden. I stället konstaterade tingsrätten att medlemsstater också vid införandet av försiktighetsåtgärder måste kunna lägga fram utredning som stödjer åtgärdernas proportionalitet, men att kraven på medlemsstaterna ”i viss mån sänks” när omständigheterna är sådana att de tillåter en tillämpning av försiktighetsprincipen. *BV Nordic Info* gällde prövningen av ett inreseförbud som Belgien hade infört 2020 (i förhållande till bland annat Sverige) i syfte att begränsa spridningen av sjukdomen covid-19. Enligt tingsrätten hade dock försiktighetsprincipen även bäring i en helt annan pandemirelaterad kontext, nämligen regleringen av onlinekasino.

Med detta som utgångspunkt prövade tingsrätten om de ifrågasatta spelansvarsåtgärderna var proportionerliga. Enligt tingsrätten gav utredningen stöd för att flera kända riskfaktorer för att utveckla spelproblem hade ökat under pandemin. Exempelvis hade den psykiska ohälsan och befolkningens ekonomi försämrats under pandemin. Dessa omständigheter tillsammans med den osäkerhet som präglade

[44] Tor-Inge Harbo, The Function of Proportionality Analysis in European Law, 2015, s. 208.
[45] Tor-Inge Harbo, The Function of Proportionality Analysis in European Law, 2015, s. 15 och 29 ff.
[46] Stockholms tingsrätts dom den 11 januari 2024 i mål nr T 12704-20.
[47] Tingsrätten hänvisade till bl.a. *Liga Portugesa de Futebol Profissiona och Bwin Internationall*, p. 59.
[48] EU-domstolens dom *BV Nordic Info*, C-128/22, EU:C:2023:951, p. 79.

det vetenskapliga underlaget vid tidpunkten för antagandet av förordningen medförde enligt tingsrätten att det hade funnits anledning för regeringen att vidta skyddsåtgärder i förebyggande syfte. Förordningen hade alltså gällt under en situation där försiktighetsprincipen var tillämplig, vilket enligt tingsrätten medverkade till att göra åtgärderna proportionerliga.

Av betydelse för proportionaliteten var enligt tingsrätten även att de tillfälliga spelansvarsåtgärderna, i linje med hur försiktighetsprincipen skulle tillämpas, hade utvärderats löpande och upphört att gälla så snart coronapandemin avtog.[49] Mot den bakgrunden bedömde tingsrätten att de vidtagna åtgärderna hade varit proportionerliga utifrån de omständigheter och det kunskapsläge som förelåg vid antagandet och förlängningarna av förordningen. Videoslots talan ogillades därför. Bolaget valde att inte överklaga.

Tillämpningen av försiktighetsprincipen är, enligt vår mening, en intressant aspekt av målet.[50] I en unionsrättslig kontext har försiktighetsprincipen hittills varit särskilt framträdande inom miljöområdet, där den uttryckligen nämns i artikel 191.2 FEUF. Det är även tydligt att principen är tillämplig när EU eller medlemsstaterna vidtar skyddsåtgärder till skydd för människors hälsa.[51] Principen aktualiserades exempelvis vid prövningen av lagenligheten av de exportrestriktioner som infördes inom EU med anledning av utbrottet av galna ko-sjukan på 1990-talet.[52] Som framgått har alltså försiktighetsprincipen också blivit föremål för analys i rättsfall som har gällt lagenligheten av smittskyddsåtgärder som infördes under coronapandemin, till exempel vaccinationsintyg och inresebegränsningar.[53] Domen från Stockholms tingsrätt visar att försiktighetsprincipen även kan vara tillämplig på pandemirestriktioner av ett annat slag, dvs. åtgärder som syftade till att begränsa de negativa sociala konsekvenserna som eventuellt kunde komma att utvecklas som en följd av de smittskyddsåtgärder som vidtogs under pandemin.

5 Avslutande synpunkter

De kommenterade rättsfallen ger upphov till en rad funderingar när det gäller prövningen av unionsrättsliga anspråk. Exempelvis. Hur sköter egentligen Justitiekanslern sitt uppdrag som statens ”advokat”?[54] Är det en bra ordning att sakfrågor som normalt sett hör hemma i

[49] Tingsrätten hänvisade i denna del till EU-tribunalens dom *Robert Roos m.fl. mot Europaparlamentet*, T-710/21, EU:T:2022:262.
[50] Rättsfallet är, såvitt vi känner till, ett av de första skadeståndsmålen i svensk praxis som aktualiserar den unionsrättsliga försiktighetsprincipen.
[51] Se bl.a. EU-domstolens dom *CBD*, C-663/18, EU:C:2020:938.
[52] EU-domstolens dom *Förenade kungariket mot kommissionen*, p. 99–100.
[53] Se exempelvis *Robert Roos m.fl. mot Europaparlamentet* och *BV Nordic Info*.
[54] Justitiekanslerns uppdrag att företräda staten i domstol har bl.a. diskuterats av Anne Ramberg, Göran Lambertz och Anna Skarhed i antologin Justitiekanslern 300 år, 2013, s. 179 f., 182 f., 235 ff. och 284 ff. Se även Göran Lambertz, Tankar om Justitiekanslern, Festskrift till Johan Hirschfeldt, 2008, s. 212 ff.

förvaltningsdomstol (t.ex. skatt) på det här sättet prövas av allmän domstol?[55] Varför tycks rättighetsargumentationen inte vara lika vanligt förekommande i unionsrättsliga mål som i konventionsrättsligt grundade anspråk mot staten?[56] Dessa frågor av mer principiellt slag förtjänar ytterligare diskussion som vi av utrymmesskäl inte kan inleda här.

I stället har vi valt att i detta sammanhang lyfta en annan, ofta återkommande, fråga av stor praktisk betydelse för prövningen av unionsrättsliga anspråk. Frågan om avgränsningen mellan bevisfrågor och rättsfrågor i mål som gäller påstådda överträdelser av unionsrätten. Kort sagt, ankommer det på staten att bevisa att de ifrågasatta åtgärderna är förenliga med unionsrätten eller är det en rättsfråga som domstolen råder över?

Frågan har i litteraturen särskilt uppmärksammats när det gäller prövningen av mål om undantag från de unionsrättsliga reglerna om fri rörlighet.[57] Som framgått ankommer det på de nationella domstolarna i sådana mål att göra en proportionalitetskontroll av den ifrågasatta nationella begränsningen av den fria rörligheten. Frågan i dessa mål blir då om prövningen av en åtgärds proportionalitet är en rättsfråga, som det ankommer på domstolen att självständigt ta ställning till, eller en bevisfråga.

Eftersom det handlar om att jämföra två rättsregler — exempelvis unionsrättens regler om fri rörlighet och en nationell begränsning av densamma — kan det från ett svenskt processrättsligt perspektiv tyckas självklart att behandla frågan om nationell rätt står i strid med unionsrätten, i likhet med andra potentiella lagkonflikter, som en rättsfråga som det ankommer på domstolen att självständigt ta ställning till.[58] Domstolen känner ju lagen och i det brukar man säga ingår att bestämma vilken rättsregel som är tillämplig i den aktuella tvisten, innebörden av den regeln och vilken tillämplighet som regeln har i det konkreta fallet.

Till saken hör dock att EU-domstolen i flera fall har uttalat att nationella myndigheter ska *visa* att nationella inskränkningar i unionsrättens fria rörlighet eller etableringsfrihet är nödvändiga och proportionerliga. I förhandsavgörandet *ATRAL* angav således EU-domstolen

[55] Se Stig von Bahr, Skadestånd på grund av oriktiga beslut om skatt, Svensk skattetidning, 2007, s. 289 ff., som pekar på några problem som han menar kan uppkomma när beslut om skatt angrips skadeståndsvägen.

[56] Se Ulf Bernitz, Rättighetsskyddets genomslag i svensk rätt — konventionsrättsligt och unionsrättsligt, JT 2009–10, s. 821, som anger att rättighetsargumentationen i svensk praxis hittills har haft en rätt ensidig inriktning på konventionsrätten. Se även Johanna Engström, Unionsrättens tillämpning i svenska domstolar — en analys av mål rörande artikel 47 i EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna och mål rörande den allmänna unionsrättsliga principen om rätten till ett effektivt rättsskydd, Europarättslig tidskrift 2022, s. 558 f., som anger att svenska domstolar har varit obenägna att tillämpa unionsrättens allmänna rättsprinciper i sin praxis.

[57] Se bl.a. Kenneth Nordback, ”Bevisbörda” i mål om undantag från gemenskapsreglerna om fri rörlighet, SvJT 2007, s. 421 ff.

[58] Se Kenneth Nordback, Interimistiska åtgärder i EG-rättsliga mål — om gemenskapsrättens inverkan på det provisoriska rättsskyddet i svensk civil och förvaltningsprocess, 2005, s. 269 ff.

att det vid inskränkningar i regleringen om fri rörlighet för varor ankom på medlemsstaten att ”på ett konkret sätt styrka” att anförda skäl för en begränsning av den fria rörligheten var förenliga med allmänintresset och proportionerliga.[59] I spelmålet *Sporting Odds* angav EU-domstolen att det ankom på medlemsstaten som genomfört en inskränkande lagstiftning att föra bevisning om att åtgärden har varit nödvändig och proportionerlig samt uttalade att den nationella domstolen, om så inte skedde, ”måste dra de nödvändiga konsekvenserna av en sådan brist”.[60] Utifrån EU-domstolens tal om ”bevisning” kan det hävdas att staten har en bevisbörda för åtgärdernas proportionalitet.[61]

Den här relativt enkla och klara bilden av rättsläget kompliceras dock av det förhållandet att EU-domstolen även har uttryckt det som att den nationella domstolen ska ”undersöka” eller ”kontrollera” de faktiska och rättsliga omständigheterna som ligger till grund för proportionalitetsbedömningen.[62] Uttryckssätt som öppnar upp för att det ankommer på domstolen att självständigt pröva proportionalitetsfrågan.

Det är också så som man i svensk praxis i allmänhet har sett på den här frågan.[63] I exempelvis rättsfallet ”Whiskybilderna” NJA 2021 s. 1124 angav Högsta domstolen att den nationella domstolen ska kontrollera om den ifrågasatta nationella begränsningen av den fria rörligheten rimligen kunde anses proportionerlig och motiverad och att detta skulle göras ”med utgångspunkt i de skäl som anförts för åtgärden och vad som i övrigt framkommer genom utredningen” (p. 20). Högsta domstolen tycks alltså inte ha behandlat frågan om den nationella åtgärden kunde anses proportionerlig som en bevisfråga utan — mer i linje med svensk rättstradition — gjort en självständig bedömning i sak på grundval av den i målet tillgängliga utredningen. Inte heller lutade sig Marknadsdomstolen mot något bevisbörderesonemang i det så kallade Gourmet-målet som gällde frågan om det dåvarande svenska annonseringsförbudet för alkohol var förenligt med unionsrättens regel om fri rörlighet för varor.[64] I stället avgjorde Marknadsdomstolen den i målet centrala frågan om annonseringsförbudets effektivitet på grundval av den samlade utredningen i målet. Domstolen gick därmed inte på Gourmets linje om att Konsumentombudsmannen hade bevisbördan för att det aktuella förbudet var proportionerligt. Samma angreppssätt har tillämpats i rättsfall som gällt frågan om lotterilagen var förenlig med unionsrättens regler om fri rörlighet för tjänster.[65]

[59] EU-domstolens dom *ATRAL*, C-14/02, EU:C:2003:265, p. 69.
[60] EU-domstolens dom *Sporting Odds*, C-3/17, EU:C:2018:130, p. 60.
[61] Jfr SOU 2017:30, s. 208.
[62] EU-domstolens domar *Gourmet International Products*, C-405/98, EU:C:2001:135, p. 21 och *Zenatti*, C-67/98, EU:C:1999:514, p. 37.
[63] Nordback, SvJT 2007 s. 441 f.
[64] MD 2003:5. Se vidare Ulf Bernitz, Gourmet-målet: Marknadsdomstolen finner annonseringsförbud för alkohol otillåtet enligt EG-rätten, Europarättslig tidskrift 2003, s. 572 ff.
[65] RÅ 2004 ref. 95 och Göta hovrätts dom den 9 oktober 2001 i mål nr B 715-00.

Invändningen om att staten har bevisbördan för åtgärdernas förenlighet med unionsrätten har framförts i samtliga kommenterade rättsfall. Inte i något av dessa fall har domstolarna dock tillämpat något renodlat bevisbörderesonemang.

I Nordeamålet godtog domstolarna inte bankens invändning om att det ankom på staten att bevisa att villkoren för de aktuella posttjänsterna var individuellt förhandlade i unionsrättslig mening. I det fallet avgjorde domstolarna i stället frågan utifrån den samlade utredningen i målet.

I Videoslotsmålet angav visserligen Stockholms tingsrätt, med hänvisning till EU-domstolens dom i målet *The Scotch Whisky Association*, att det ankom på staten att ”lägga fram skäl och bevisning” för att de ifrågasatta inskränkningarna i den fria rörligheten var motiverade utifrån hänsyn till allmänintresset och i övrigt proportionerliga.[66] Även om uttrycket ”bevisning” används så tycks tingsrätten ha avstått från att lägga någon formenlig bevisbörda på staten. I stället förefaller tingsrätten ha gjort proportionalitetsbedömningen utifrån en bedömning av faktaunderlaget som helhet.

I Fortummålet uttryckte Svea hovrätt det som att det ankom på staten att föra fram ”tillräckliga *skäl* för att inskränkningen” i etableringsfriheten kunde anses motiverad (vår kursivering). Snarare än att tillämpa ett renodlat bevisbörderesonemang så tycks hovrätten ha sett frågan om avdragsreglerna kunde rättfärdigas som en rättsfråga som fick avgöras med ledning av EU-domstolens praxis på området. Således prövade hovrätten de aktuella avdragsbegränsningsreglerna mot uttalanden i EU-domstolens praxis och kom därefter fram till att man inte med erforderlig grad av säkerhet kunde slå fast att ett nekat ränteavdrag hade varit rättfärdigat i Fortums fall.

Detta är, enligt vår mening, ett korrekt sätt att pröva en påstådd normkonflikt i mål om undantag från unionsrättens regler om fri rörlighet och fri etablering. EU-domstolens uttryckssätt bör således inte läsas som att staten har att styrka åtgärdernas proportionalitet. EU-domstolens tal om bevisbörda är över huvud taget svårt att pressa in i den svenska processrättsliga begreppsapparaten.

Begreppet åberopsbörda (17 kap. 3 § och 30 kap. 3 § rättegångsbalken) fångar enligt vår mening inte riktigt EU-domstolens krav på att staten ska lägga fram ”skäl och bevisning” i frågan. I likhet med det svenska begreppet ”åberopsbörda” tycks visserligen EU-domstolen mena att medlemsstaten har ett ansvar att åberopa de skäl av tvingande allmänintresse som har motiverat den aktuella åtgärden och som ska underställas domstolens proportionalitetskontroll.[67] EU-domstolen

[66] Tingsrätten hänvisade till EU-domstolens dom *The Scotch Whisky Association*, C-333/14, EU:C:2015:845. I *The Scotch Whisky Association*, p. 53, uttalade EU-domstolen att det ankom på nationella myndigheter att visa att den ifrågasatta nationella lagstiftningen överensstämde med proportionalitetsprincipen.

[67] Se om åberopsbörda i Alexander Hardenberger, Åberopsbörda i dispositiva tvistemål, 2023, s. 56 f.

tycks dock inte nöja sig med att staten på ett abstrakt plan hänvisar till sådana skäl som godtagits i EU-domstolens praxis, utan det förutsätts att staten även verkar för att domstolen får ett tillräckligt beslutsunderlag om det faktiska saksammanhanget.

Att se det som en bevisbörda enligt svensk processrättslig terminologi leder däremot tanken fel enligt vår mening. Bevisbörda är ju ett sätt att beskriva risken som en part bär av att ett visst rättsfaktum inte kan bevisas på ett tillförlitligt sätt och som därför inte kan läggas till grund för domen. En sådan bevisbörda av traditionellt slag passar dock in mindre väl i unionsrättsliga mål. Detta kan illustreras med ett exempel.

Vid prövningen av om en spelreglering är förenlig med principen om fri rörlighet för tjänster kan en domstol behöva ta ställning till en mängd faktiska förhållanden, till exempel omfattningen av spelberoende i landet och om staten använder sina intäkter från spelandet till annat än de godtagbara ändamålen. I ett sådant fall ankommer det, enligt vår mening, på staten att ange skäl för varför den fria rörligheten av speltjänster har begränsats och lägga fram underlag för domstolens proportionalitetskontroll. Däremot saknas det i svensk praxis stöd för att osäkerheten om åtgärdernas effekt utan vidare skulle gå ut över staten i processen på så sätt som reglerna om bevisbörda skulle förutsätta. I stället kan man tänka sig att risken för utredningsbrister i vart fall i praktiken kommer att falla ut olika beroende på vilket politikområde det gäller. På områden där den nationella lagstiftaren har ett stort skönsmässigt utrymme ligger det nära till hands att anta att en domstol skulle låta bristen i utredningen falla tillbaka på den part som invänder mot åtgärdernas proportionalitet, medan utgången kan bli den omvända på ett område där medlemsstaten inte har något eller endast ett begränsat utrymme för skönsmässiga bedömningar.[68]

Hur bör man då förstå EU-domstolens tal om bevisbörda? Det som EU-domstolen förefaller vilja åstadkomma är enligt vår mening någon form av ”förklaringsbörda” (eller motiveringsbörda) för medlemsstaten när den inskränker den fria rörligheten; staten ska ange skälen för varför den fria rörligheten har inskränkts och i förekommande fall lägga fram underlag om det faktiska saksammanhanget.[69] Däremot har staten inte någon bevisbörda i formenlig mening och normkonflikten kan således inte avgöras med ett bevisbörderesonemang. Frågan om det föreligger en normkonflikt mellan svensk rätt och unionsrättens regler om fri rörlighet är i stället en rättsfråga som det ankommer på

[68] Se RÅ 2004 ref. 95 och HFD 2017 ref. 7, och jfr NJA 2007 s. 941 och EU-domstolens dom *Rosengren*, C-170/04, EU:C:2007:313, p. 57, angående det tidigare förbudet mot privatimport av alkohol. Se även Kenneth Nordback, ”Bevisbörda” i mål om undantag från gemenskapsreglerna om fri rörlighet, SvJT 2007 s. 432 med vidare hänvisning till praxis.

[69] Jfr Kenneth Nordback, ”Bevisbörda” i mål om undantag från gemenskapsreglerna om fri rörlighet, SvJT 2007, s. 422 och 441 f.

domstolen att pröva självständigt utifrån den i målet presenterade utredningen.