

Anna Wetter

Ett möte mellan svenska lagstiftningsideal och europeisk praktik – och om bättre samverkan dem emellan

1 Inledning

Det sägs att EU:s trovärdighet är föremål för fortsatt utmaning och prövning. I den ekonomiska krisens kölvatten växer populistiska och främlingsfientliga partier fram i majoriteten av EU:s medlemsländer och i den allmänna debatten i media hörs från många håll att EU befinner sig i en förtroendekris. Detta kan möjligen jämföras med tiden då Sverige gick med i EU för tjugo år sedan, då det generellt sett fanns en stark framtidsstro till projektet EU. Genom Maastrichtfördragets tillkomst fördjupades samarbetet, och även om fördraget mötte motstånd när det skulle undertecknas genom att det inte fick folkligt stöd i flera folkomröstningar, antogs fördraget och EU tog därmed ett ytterligare steg i den ”konstitutionellrättsliga” integrationen. Santer-kommissionen hade då inte hunnit avslöjas för sina tillkortakommanden, och inga terroristattentat som direkt påverkade EU hade ännu hunnit inträffa. Men samtidigt saknades ett rättsligt bindande skydd för mänskliga rättigheter inom EU, EU:s lagstiftning antogs fortfarande genom förhandlingar som liknade de ordinarie mellanstatliga förbindelserna och Europaparlamentet saknade fortfarande någon reell makt över lagstiftningen.

Eventuellt förlorar EU ytterligare förtroende bland unionsinvånarna i skrivande stund då regeringsföreträdarna håller toppmöte om hur den ökande migrationen till EU ska hanteras. Solidariteten mellan medlemsstaterna ställs på sin spets när ländernas regeringar varken kan komma

överens om flyktingkvoter eller om vilka vägar som ska användas för flyktingar och migranter som försöker komma in i EU. Det finns med största sannolikhet olika skäl till varför var och en som anser det, tycker att EU saknar trovärdighet, men de olika förklaringarna som var och en har lyser ofta med sin frånvaro i väljarbarometrarna. Istället framställs opinionens uppfattning i ljuset av hur många som är för eller emot EU. Denna typ av generaliserad bild fördjupar troligtvis förtroendekrisen och sätter fingret på en av EU:s yttersta utmaningar, nämligen att skapa en plattform för en allmän diskussion om EU:s politik och framtid som inte utgår från de enskilda medlemsstaternas intressen och som också når fram till EU-medborgarna. I tider då de inhemska problemen är stora, som exempelvis under och efter finansiella kriser, blir de nationella intressena särskilt tydliga. De pågående diskussionerna i Europeiska rådet om hur frågan om migrationen ska lösas är bara ett exempel.

I detta kapitel förs en delvis rättspolitisk diskussion om EU:s lagstiftningsprocess sedd i ljuset av svenska öppenhets- och lagstiftningsideal. Kopplingen mellan den påstådda förtroendekris som EU ser ut att befinna sig i och det valda ämnet är hur ett land bör tänka och agera i tider då det finns särskilda skäl att hitta vägar för hur EU:s politik ska kunna bedrivas närmare medborgarna, samtidigt som den bedrivs inom ramarna för EU:s befogenheter och i ljuset av skyddet för bland annat mänskliga rättigheter som ges genom unionsrätten. Respekten för dessa ramar är viktig för att förtroendet för både den egna nationella politiken och för EU:s ska kunna upprätthållas. Tesen för bidraget är att den regering som vill vara framgångsrik i sitt EU-samarbete inte bör verka i EU, uteslutande enligt de egna rättstraditionerna utan bör istället använda sig av alla de rättsliga medel som står till buds genom EU:s autonoma konstitutionella system. Utöver denna diskussion ges några förslag *de lege ferenda* på hur EU kan förändras för att öka möjligheterna att ställa EU till svars när det finns skäl att tro att EU-lagstiftarna har överträtt sina befogenheter.

Kapitlet inleds med en diskussion som kretsar kring påståendet att den svenska parlamentariska modellen i vissa delar inte är anpassad till EU:s konstitutionella system. Detta diskuteras i det följande avsnittet med hjälp av två exempel på rättsakter från EU. Det ena (datalagringsdirektivet) visade sig stå i strid med EU:s fördrag varför rättsakten ogiltigförklarades av EU-domstolen medan den andra (sanktionsdirektivet) med stor sannolikhet skulle ha blivit ogiltigförklarad av EU-domstolen om den hade fått chansen att granska den. Vidare ställs frågan om EU, respektive

ett medlemsland som Sverige, kan göra något annorlunda för att bidra till att kvalitetssäkra EU:s lagstiftning. Kapitlet knyts avslutningsvis ihop med hjälp av fyra rekommendationer som alla tar sikte på hur EU:s trovärdighet kan stärkas genom en ökad kontroll av EU:s handlande, men som samtidigt respekterar att lagstiftare måste ha ett visst skönsmässigt utrymme för att EU-samarbetet ska kunna fungera effektivt.

2 Ett svenskt lagstiftningsideal?

Den svenska lagstiftningsmodellen med sin tydliga förhandskontroll (*ex ante*) av lagstiftningen, har ett internationellt rykte om sig att vara noggrann.¹ Man förväntar sig i Sverige att utredningsväsendet, jämte framförallt remissförfarandet, utskottsbehandlingen och Lagrådets kontroll i vissa frågor leder till god lagstiftning som också är väl politiskt förankrad. Kvalitetssäkringen av lagstiftningen sker med andra ord genom att många aktörer, bestående av politiker, intressenter av den föreslagna lagen, jurister, journalister och ytterst (i bästa fall) medborgarna själva deltar i processen att förbereda lagstiftningen. Ett system som bidrar till att skapa en hög grad av diskussion innan lagstiftningen antas sägs också bidra till att demokratin stärks genom att processen genererar debatt om förslaget. På så sätt förhåller sig systemet också lojalt till regeringsformens portalparagraf som stadgar att ”all offentlig makt utgår från folket”.

Även om det saknas indikationer på att det svenska utredningsväsendets goda rykte behöver omprövas när det är fråga om ”helsvensk” lagstiftning och även om det i en svensk kontext är enkelt att hålla med om att det bör vara politikerna som bestämmer innehållet i lagarna – och inte juristerna – finns skäl att i Sverige se över det förhållningssätt man har till det system för lagprövning som står till buds genom EU:s konstitutionella system. Forskare i rättsvetenskap har exempelvis riktat kritik mot att Sverige inte oftare vänder sig till EU-domstolen för att få giltigheten av EU:s rättsakter prövad. De svenska tjänstemännen har då svarat att Sverige ofta vänder sig till EU-domstolen för att där pröva mål som rör tillämpningen av EU:s ”öppenhetsregler”.² Just det faktum

¹ Se t.ex. Cameron, I., *Competing Rights*, in de Vires, Bernitz, U. and Weatherill, S. *The Protection of fundamental rights in the EU after Lisbon*, s. 183.

² Se framförallt en artikel på europaportalen.se den 3 februari 2014 där professor Carl Fredrik Bergström uttrycker att det är ”anmärkningsvärt att Alliansregeringen hittills inte har tagit upp någon fråga i EU-domstolen”. Anna Falk – biträdande enhetschef på Utri-

att detta svar ges är en indikation på att Sverige också i sitt EU-arbete lutar sig mot idealet att lagstiftningen uppnår legitimitet genom en öppen och transparent lagstiftningsprocess. Det är visserligen positivt att Sverige fortsätter att ställa krav på ökad öppenhet inom EU, men efter att förhandlingarna om EU:s nya förordning för tillgång till allmänna handlingar från EU:s institutioner har stått stilla sedan 2008 på grund av att kommissionen och rådet inte kan acceptera Europaparlamentets 67 krav på ändringar av liggande förslag börjar man ifrågasätta om det är rimligt att Sverige fortsätter att förlita sig på att öppenheten i EU kommer att öka.³ Anledningen till att förhandlingarna har så gott som havererat är bland annat att rådet och kommissionen inte vill kodifiera den praxis som EU:s domstolar har utvecklat sedan förordningen trädde i kraft 2001. Domstolarnas praxis har inneburit en ökad tillgång till bland annat handlingar som rör EU:s lagstiftning.

I ett antal fall har Sverige deltagit aktivt framförallt under rådsförhandlingar genom att bestrida den föreslagna rättsaktens laglighet. Statistik som avser åren 1995–2010 visar att Sverige hör till de tre medlemsländer som oftast röstar emot eller lägger ner sin röst i rådet medan Sverige kommer bland de sista medlemsländerna vad gäller att väcka en ogiltighetstalan mot EU:s lagstiftning i EU-domstolen.⁴ De mål som Sverige driver i EU-domstolen handlar som tidigare nämnts framförallt om enskildas rätt att få tillgång till EU:s handlingar.

Det vore givetvis orimligt att bestrida all lagstiftning som antas mot den egna statens vilja, eller att ens bestrida särskilt många rättsakter, men att i princip aldrig låta pröva rättsakternas laglighet i den domstol som har uppdraget att övervaka EU:s fördrag är heller inte rimligt. Ett förslag

kesdepartementet svarar att hon inte anser att Sverige har varit för passivt och hänvisar till flera mål som Sverige yttrat sig i som rör EU:s öppenhetsförordning.

³ Europas och rådets förordning (EG) nr 1049/2001 av den 30 maj 2001 om allmänhetens tillgång till Europaparlamentets, rådets och kommissionens handlingar, EUT L145/43, 31 maj 2001. Det ursprungliga förslaget till en omarbetning av förordningen antog kommissionen den 30 april 2008, KOM(2008) 229. Sedan det stod klart för kommissionen att Europaparlamentet inte tänkte anta en ståndpunkt p.g.a. de många ändringar institutionen ville göra har kommissionen lagt fram ett nytt förslag, KOM(2001) 137.

⁴ Se Van Aken, W., *Voting in the Council of the European Union Contested Decision-Making in the EU Council of Ministers (1995–2010)*, s. 43. I 4,4 % av lagstiftningsärendena röstar Sverige emot i rådet, medan man i 1,7 % av fallen lägger ner sin röst. Tyskland och Storbritannien ligger över Sverige i statistiken med Tyskland på 4,5 % ”mot”-röster respektive 3,2 % nedlagda röster Storbritannien på 3,9 % ”mot-röster” respektive 3,6 % nedlagda röster.

är därför att söka efter en bättre balans mellan politisk och judiciell makt i EU. Som kommer att vidareutvecklas nedan skulle en avvägning kunna vara att låta den politiska makten få fortsätta att bestämma över sakinnehållet, men att samtidigt låta EU-domstolen i större utsträckning få kontrollera att de formella kraven i lagstiftningskedet blir respekterade.

3 När den abstrakta lagprövningen av EU:s rättsakter "fungerar" respektive inte fungerar

Turerna kring det så kallade datalagringsdirektivet är inte ett klockrent exempel på när Sverige borde ha bett EU-domstolen att pröva direktivets giltighet enligt fördraget.⁵ Skälet är att direktivet antogs i mars 2006 och förhandlades av den socialdemokratiska regeringen, som också röstade för direktivet.⁶ Den då sittande regeringen saknade med andra ord skäl att be EU-domstolen pröva direktivets giltighet. Men redan i september 2006 bytte Sverige regering till en borgerlig och det var först då som giltigheten av bestämmelserna i direktivet aktualiserades på allvar i Sverige. Poängen med att diskutera exemplet här är att det illustrerar begränsningarna i systemet med ogiltighetstalan i EU:s konstitutionella system. Turerna kring datalagringsdirektivet är också ett klockrent exempel på när det kan vara aktuellt att låta en domstol pröva om politikernas beslut står sig i en EU-rättslig kontext, något som Sverige sällan bidrar till att åstadkomma. Detta givet premissen att man accepterar att den judiciella makten ges rätten att granska och ogiltigförklara den politiska maktens beslut.

Datalagringsdirektivet förklarades ogiltigt av EU-domstolen i maj 2014. Domen innebär att det stod klart att EU:s lagstiftare hade antagit en rättsakt i strid med fördragen. Turerna kring granskningen av direktivet är ett exempel på hur olika situationer kan samverka för att få till stånd en prövning och följaktligen också en ogiltigförklaring av ett från början omstritt direktiv. Datalagringsdirektivet kom att kosta de svenska skattebetalarna en rejäl summa pengar som sedan i och för sig blev åter-

⁵ Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/24/EG av den 15 mars 2006 om lagring av uppgifter som genererats eller behandlats i samband med tillhandahållande av allmänt tillgängliga elektroniska kommunikationstjänster eller allmänna kommunikationsnät och om ändring av direktiv 2002/58/EG, EUT L105/54, 13 april 2006.

⁶ Se 2005/0182(COD) – 21/02/2006 Act adopted by Council after Parliament's 1st reading. Irland och Slovakien röstade emot förslaget.

betalade. Detta var dock inte tack vare svenskt agerande. Men vi tar det från början.

Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/24/EG om lagring av trafikdata antogs som nämnts ovan i mars 2006. Det finns ett direkt samband mellan direktivets tillkomst och terrorattentaten i Madrid den 25 mars 2004 genom att Europeiska rådet gav rådet i uppgift att undersöka åtgärder om fastställande av regler för lagring av trafikuppgifter från kommunikation hos tjänsteoperatörer. Sambandet styrks också i den svenska utredningen som direkt hänvisar till terrorattentaten. Givetvis står det lagstiftaren fritt att avgöra om det krävs olika åtgärder för att komma till stånd med olika problem som EU står inför – under förutsättning att åtgärderna inte överskrider EU:s kompetens, kränker subsidiaritets- eller proportionalitetsprincipen eller inkräktar på skyddet för mänskliga rättigheter. Sverige var som också nämnts ovan med och röstade fram EU-direktivet. Detta gjordes under ledning av den före detta justitieministern Thomas Bodström. Men i samband med att direktivet skulle genomföras inleddes en stor debatt i både media och inom akademien om huruvida direktivet var proportionerligt i förhållande till de mål som lagstiftningen avsåg att uppnå. Utgångspunkten för debatten var att direktivet i alltför stor utsträckning inkräktade på den personliga integriteten.

Det är ungefär här som problemet med EU:s legitimitet uppstår för svenskt vidbekommande. Den dåvarande justitieministern Beatrice Ask, var skeptisk mot sin företrädares uppfattning att datalagring på denna nivå krävdes för ett effektivt brottsbekämpande. När direktivet skulle genomföras i svensk rätt ansåg regeringen att de redan gällande svenska reglerna fyllde behovet av datalagring för att uppnå en effektiv brottsbekämpning, varför man beslöt att inte lägga fram ett förslag till hur direktivet skulle genomföras. Också riksdagen ansåg att Sverige skulle avvakta med att genomföra direktivet och beslöt att bordlägga genomförandet av direktivet. Till följd av dessa beslut anmälde EU-kommissionen Sverige till EU-domstolen för att direktivet inte hade genomförts i svensk rätt. Sverige förlorade mot kommissionen i EU-domstolen och fick böta med ca 3 miljoner kronor.⁷

Med anledning av två mål som aktualiserade tolkningen av datalagringsdirektivet i irländska High Court och i österrikiska Verfassungsgerichtshof begärdes förhandsavgöranden av EU-domstolen. De två hänskjutande domstolarna ställde en rad frågor som av EU-domstolen kokades ner till

⁷ Mål C-185/09, kommissionen mot Sverige, ECLI:EU:C:2010:59.

en: Ska datalagringsdirektivet ogiltigförklaras på grund av att det strider mot rättigheterna i artiklarna 7, 8 och 11 i EU:s stadga om skydd för mänskliga rättigheter? EU-domstolen konstaterade att unionslagstiftaren hade överskridit de gränser som proportionalitetsprincipen uppställer mot bakgrund av artiklarna 7, 8 och 52.1 i stadgan och ogiltigförklarade därmed direktivet.⁸

I Sverige föranledde ogiltigförklaringen att en utredning skulle bedöma om den svenska lagen stod i strid med EU:s regler eller om Sverige kunde behålla sina regler. Sten Heckschers utredning ledde till att de svenska reglerna inte bedömdes stå i strid med rättighetsstadgan då bland annat lagringstiden för hur länge uppgifterna ska lagras var avgränsad till sex månader.⁹ Vidare ansåg Heckscher m.fl. att det fanns tillräckliga regler i svensk rätt om villkoren för att lämna ut lagrade uppgifter – till skillnad från vad som stod i direktivet. Utredning gjorde att regeringen beslöt att ha kvar de svenska reglerna som är avsedda att genomföra det nu ogiltigförklarade datalagringsdirektivet. Men det tar inte slut här utan i april i år beslöt kammarrätten i Stockholm att begära ett förhandsavgörande från EU-domstolen i ett mål mellan Tele2 Sverige och Post- och Telestyrelsen (PTS). Kammarrätten vill veta om det faktum att datalagringsdirektivet har ogiltigförklarats gör att de svenska bestämmelserna istället ska bedömas mot det äldre direktivet 2002/57/EG om integritet och elektronisk information jämte rättighetsstadgan.¹⁰ Frågan om de svenska bestämmelserna om datalagring är förenliga med EU-rätten verkar med andra ord rulla på och förbli obesvarad ett tag till.

Turerna kring datalagringsdirektivet är väl kända i Sverige, inte minst tack vare en intensiv mediabevakning. Det faktum att det var den socialdemokratiska regeringen som röstade för direktivet i rådet, men den borgerliga regeringen som ifrågasatte direktivets giltighet gjorde att en prövning i EU-domstolen på Sveriges initiativ aldrig kunde aktualiseras. Tvåmånaders fristen för när en talan om ogiltighet senast måste väckas enligt artikel 263 i fördraget om europeiska unionens funktionssätt FEUF hade helt enkelt gått ut när den borgerliga regeringen tog över makten i september 2006.

⁸ Målen C-293/12 och C-594/12, Digital Rights Ireland och Seitlinger m.fl., ECLI:EU:C:2014:238.

⁹ Datalagring, EU-rätten och svensk rätt, Departementsserie 2014:23 överlämnad till regeringen i juni 2014.

¹⁰ Se pressmeddelande från kammarrätten i Stockholm, inklusive Migrationsöverdomstolen den 29 april 2015.

Mitt andra exempel som gav Sverige en reell chans att begära en laglighetsprövning av en rättsakt från EU enligt artikel 263 FEUF rör ett direktiv om minimistandarder för sanktioner och åtgärder mot arbetsgivare för tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i EU.¹¹ Direktivet antogs i maj 2009, det vill säga ett halvår innan Lissabonfördraget trädde ikraft. Syftet med direktivet är att motverka illegal invandring genom att minska incitamenten för invandrare att ta sig till EU. Detta uppfylls, enligt lagstiftaren, genom att arbetsgivare till invandrare under ett straffrättsligt ansvar ska säkerställa att deras anställda vistas legalt inom EU. I direktivet anges att medlemsstaterna ska vidta nödvändiga åtgärder för att säkerställa att fysiska personer som begår brott ska straffas med effektiva, proportionella och avskräckande *straffrättsliga* sanktioner. Den som känner till att EU saknade befogenhet att anta straffrättslig lagstiftning inom ramen för den tidigare första pelaren förstår också att det fanns anledning att bestrida den rättsliga grunden som direktivet vilade på. Sverige påpekade (med rätta) under förhandlingarna att artikel 63 i dåvarande EG-fördraget inte kunde användas för att anta direktivet eftersom artikeln tog sikte på att bekämpa illegal invandring, men omfattande däremot ingen befogenhet att anta lagstiftning som ålade medlemsstaterna en skyldighet att anta straffrättsliga sanktioner. Samma slutsats drog även rådets rättstjänst i sitt utlåtande även om detta utlåtande inte blev officiellt förrän efter direktivet hade trätt i kraft.¹² Trots att Sverige under förhandlingsprocessen bestred den rättsliga grunden som direktivet vilar på gick regeringen aldrig vidare med ärendet till EU-domstolen. Denna gång kan förklaring inte sökas i att landet bytte regering och därför missade chansen att låta EU-domstolen bedöma rättsaktens laglighet.

¹¹ Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/52/EG av den 18 juni 2009 om minimistandarder för sanktioner och åtgärder mot arbetsgivare för tredjelandsmedborgare som vistas olagligt, publicerad i EUT, L 168/24 den 30 juni 2009.

¹² Doc. 14655/07, 5 november 2007, Yttrande från juridiska avdelningen angående rättslig grund och behörighet att anta straffrättsliga påföljder.

4 Vad driver EU:s politik och hur går processen till?

4.1 Kommissionens roll

Om EU ska kunna betraktas som ett demokratiskt system i ljuset av dess institutionella konstruktion så är det av skäl som är helt olika de som definierar nationalstaterna som demokratier. Nationalstaten styrs av regeringar som kontinuerligt omvärderar sina mål i ljuset av dess medborgares krav och önskemål medan EU styrs av de intressen som medlemsstaternas regeringar har utformat vid vägs början, det vill säga med utgångspunkt i fördragen. De nationella regeringarna är helt enkelt beroende av väljarnas förtroende medan kommissionen, som styr EU, endast indirekt är beroende av EU-medborgarnas förtroende. Däremot är kommissionen (på ett informellt plan) starkt beroende av regeringarnas förtroende, eftersom den behöver stöd för sin politik, vilket skapar en kedja av ömsesidiga beroenden. Detta leder också till att nationalstaters legitimitet bedöms annorlunda i förhållande till EU:s. EU:s legitimitet värderas ofta i termer av *output/input* legitimitet. Med *output* menas den legitimitet som uppnås genom att EU:s politik, det vill säga de mål som slås fast i fördragen, får ett effektivt genomslag, medan *input* anspelar på legitimitet som uppnås genom att EU svarar på medborgarnas krav sett i ljuset av deras mer direkta representation i EU.

Kommissionen har fått rollen som EU:s motor. Bakgrunden till varför det är kommissionen som har, i princip, ensamrätt att föreslå EU-lagstiftning är den erfarenhet Jean Monnet hade av de bilaterala fransk-brittiska relationerna under 1940-talet. I ljuset av de svårigheter som mötte honom när de nationella intressena lades till grund för samarbetet, fick Monnet idén att låta en institution som var, formellt sett, oberoende staternas regeringar få företräda de europeiska intressena. Det faktum att det är kommissionen som ensam föreslår lagstiftning gör att inte ens ett enhälligt råd kan "förvanska" kommissionens förslag till lagstiftning. Systemet sägs också gynna de stater som är i minoritet eftersom rådet inte kan driva igenom ett majoritetsbeslut utan kommissionens samtycke.

Så sent som i juli i år avgjordes ett kontroversiellt mål av EU-domstolen som handlar om kommissionens rätt att ensam "äga" frågan om vad

som krävs för att uppnå ett effektivt genomslag av EU:s mål.¹³ Domen är så intressant att den förtjänar ett visst utrymme i detta kapitel. Målet rör förhandlingarna om EU:s så kallade makroekonomiska stöd som har till syfte att öka effektiviteten i besluten om vilka tredjeländer som kan erhålla stöd om de har kortsiktiga problem med betalningsbalansen. Kommissionen hade lagt fram ett förslag till en ny ramförordning som syftade till att ersätta det tidigare förfarandet genom vilket rådet fattat beslut om bistånd i fall till fall med ett mer effektivt beslutsförfarande. Kommissionens plan var att den själv skulle ha befogenhet att anta genomförandelagstiftning vid antagandet av beslut om beviljande av makroekonomiskt stöd, men rådet och parlamentet beslöt istället att det ordinarie lagstiftningsförfarandet skulle gälla vid beviljande av sådana beslut. Rådet och Europaparlamentets beslut fattades inom ramen för den så kallade triloggen vilken innebär att rådet och EU-parlamentet förhandlar bakom stängda dörrar med kommissionen som ”medlare”. Kommissionen beslutade sig den 8 maj 2013 för att dra tillbaka sitt förslag till en ny ramförordning då institutionen inte längre stod bakom lagförslaget. Frågan i målet rörde ytterst om kommissionen har rätt att dra tillbaka ett förslag till lagstiftning efter det att EU-lagstiftarna har kommit överens om rättsaktens innehåll.

Tvisten i EU-domstolen är en konsekvens av att rådet väckte talan mot kommissionen och bad domstolen att ogiltigförklara kommissionens beslut att dra tillbaka lagförslaget. Rådet (och de på rådets sida elva intervernerande medlemsländerna varav Sverige utgjorde ett) angav tre grunder för sitt överklagande av kommissionens beslut. För det första ska varje institution handla inom ramen för de befogenheter som den tilldelats. För det andra ska institutionerna samarbeta lojalt med varandra. För det tredje ska unionens rättsakter motiveras.

EU-domstolen påminner inledningsvis om artikel 13.2 i EU-fördraget (FEU) som anger att varje institution ska handla inom ramen för de befogenheter och förfaranden som den har tilldelats genom fördragen. Enligt domstolen utgör artikeln ett uttryck för principen om den institutionella jämvikten som är karakteristisk för den institutionella uppbyggnaden.¹⁴ Domstolen påminner även om att institutionerna enligt samma artikel ska samarbeta lojalt med varandra och om att det finns en motiverings-

¹³ Mål C-409/13, Europeiska unionens råd mot Europeiska kommissionen, ECLI:EU:C:2015:217.

¹⁴ Mål C-409/13, para 64 (not 13).

skyldighet enligt artikel 296 i funktionsfördraget (FEUF). Avgörande för domstolen är sedan artiklarna 17.2 FEU och 289 FEUF som aktualiserar kommissionens initiativrätt. Enligt domstolen har kommissionen inte bara rätt att lägga fram ett förslag till lagstiftning och därefter främja kontakter och söka närma parlamentets och rådets ståndpunkter utan det tillkommer också kommissionen en rätt att, så länge som inte rådet har fattat något beslut, ändra sitt förslag eller vid behov dra tillbaka det. Däremot har kommissionen, liksom rådet hade påpekat, inte någon vetorätt under lagstiftningsprocessen då förekomsten av en sådan skulle strida mot principerna om tilldelade befogenheter och om den institutionella jämvikten. I målet har rådet inte bestridit kommissionens rätt att återkalla lagförslag, men däremot har det bestridit *tidpunkten* för när förslaget återkallades då rådet ansåg att lagstiftarna redan var överens om rättsaktens innehåll.

Anledningen till att det är värt att uppehålla sig kring vilken roll kommissionen spelar och vilken makt den har i EU är att målet väl illustrerar den maktbalans som gäller inom EU. Kommissionen får ofta ta emot kritik för att dess lagförslag brister i kvalitet, men det är rätt sällan som EU:s lagstiftare kritiserats för sitt arbete under lagstiftningsprocessen. I ljuset av den svenska parlamentariska ordningen kan kritik mot själva lagstiftaren tyckas opassande, men i EU:s konstitutionella system råder ordningen att det går att låta den judiciella makten kontrollera lagstiftarens beslut. Kanske bör ett sådant ifrågasättande heller inte uttryckas eller uppfattas som "kritik"? EU-domstolens ogiltigförklaring av datalagringsdirektivet är bara ett exempel på när den judiciella makten åsidosätter det politiska beslutet. Exempelen växer dock inte på träd eftersom EU-domstolen hittills har tenderat att inte ogiltigförklara lagstiftning när den inte ansett att den stått i uppenbar strid med fördragen. EU-domstolen har exempelvis aldrig ogiltigförklarat en rättsakt för att den bedömts stå i strid med subsidiaritetsprincipen trots att en mängd försök till att få rättsakter ogiltigförklarade på den grunden har gjorts genom åren. Detta är nog ett klokt tillvägagångssätt av EU-domstolen då EU:s politiska system skulle bli ineffektivt om EU-domstolen satte i system att ogiltigförklara lagstiftarnas beslut. Men detta innebär inte att EU-domstolen inte ibland bör få pröva rättsakternas giltighet för att på så sätt bidra till att lagstiftarna tar ansvar för att rättsakterna är genomtänkta och håller god kvalitet.

4.2 EU:s förändringsarbete av lagstiftningsprocessen över tid

Kommissionen har gjort ett flertal försök till att förbättra EU:s lagstiftningsprocess. Efter Santer-kommissionens avgång 1999 ställdes institutionen inför en svår prövotid som innebar att man skulle hitta former för att motverka det som Santer-kommissionen hade anklagats för, vilket bland annat inbegrep korruption, nepotism och allmän misskötsel. I början av 2000-talet gjordes de första riktigt substantiella försöken till att få till stånd en förbättrad lagstiftningsprocess även om tidigare initiativ hade bidragit med att subsidiaritets- och proportionalitetsprinciperna skulle beaktas i lagstiftningskedet.¹⁵ Men i samband med att kommissionen lanserade sin vitbok om styrelseformerna i EU (på engelska White Paper on Better Governance), började det märkas på ”marken” att lagstiftningsprocessen var mitt i ett förändringsarbete.¹⁶ När Jean Claude Juncker tillträdde som kommissionens ordförande under hösten 2014 kom den senaste uppdateringen vad gäller kommissionens arbete med att förbättra lagstiftningen. I Junckers arbetsprogram nämns att kommissionens planer syftar till att komma till rätta med det missnöje som framkom under EU-valet 2014, det vill säga att EU-medborgarna anser att EU är med och styr för mycket över vardagen.¹⁷ Kommissionen bemöter kritiken, dels genom att nämna att kritiken bygger på missförstånd om vad EU faktiskt gör, men den nämner också att man tar till sig av kritiken och ska ompröva sina strategier för hur EU ska drivas. Mot denna bakgrund tog Juncker fram en agenda med bättre lagstiftning som mål och har utsett vice ordförande, Frans Timmerman, till att ta ansvar för frågan i den nya kommissionen. I sina politiska riktlinjer säger Juncker att han vill ha *”ett EU som är större och mer målmedvetet i stora frågor och mindre och mer anspråkslöst i små frågor”*.¹⁸ Vad detta innebär är fortsatt ganska oklart eftersom den nya kommissionen endast har haft ett år på sig att

¹⁵ Se exempelvis Europeiska rådets slutsatser i Edinburgh 1992.

¹⁶ Europeiska kommissionen, Vitboken om styrelseformerna i EU, KOM(2001)727, från 25 juli 2001.

¹⁷ Se Europeiska kommissionens faktablad, frågor och svar om kommissionens agenda för bättre lagstiftning, Strasbourg 19 maj 2015.

¹⁸ En ny start för EU: Mitt program för sysselsättning, tillväxt, rättvisa och demokratisk förändring. Öppningsanförande vid Europaparlamentets plenarssammanträde, Strasbourg den 15 juli 2014. Observera att riktlinjerna presenterades innan Juncker valdes formellt till kommissionens ordförande.

arbeta med sin agenda, men redan nu märks en minskning i antalet initiativ till lagstiftning (från ca 30 till 23). Det språk som kommissionen använder när den diskuterar bättre lagstiftning riktar dock framförallt in sig på att kommissionen ska driva sin politik på ett mer effektivt sätt, bland annat genom mindre lagstiftning för att uppnå en rad prioriterade målsättningar.

De som oroar sig för kvaliteten i EU:s lagstiftningsprocess, snarare än för omfattningen av EU:s lagstiftning (ja, förutsatt att de går att separera) har framförallt den nya tillsynskontrollnämnden att hoppas på. I ett pressmeddelande i december i fjol lät kommissionen meddela att den gamla konsekvensbedömningsnämnden skulle ombildas.¹⁹ Precis som den gamla nämnden ska den nya endast bedöma kommissionens konsekvensbedömningar, det vill säga den ska inte beakta politiska förslag eller lagförslag. Den nya nämnden ska bestå av sex ledamöter, varav tre ska vara kommissionärer och tre tjänstemän vid kommissionen. Tillsättningen av ledamöter ska ske genom ett öppet förfarande. Intressant nog uppmanar kommissionen också EU:s lagstiftare att arbeta för bättre konsekvensbedömningar. I ett utkast till ett interinstitutionellt avtal föreslår kommissionen att parlamentet och rådet själva ska granska på vilket sätt betydande ändringar i kommissionens lagstiftningsförslag påverkar tillämpningen av lagarna i EU-länderna och de administrativa bördor som uppstår vid tillämpningen.²⁰ I samma utkast föreslås också att en expertpanel ska utses som ska granska ändringarna som görs under lagstiftningsprocessen. Kommissionens initiativ bygger på en uttalad oro för att kvaliteten i lagstiftningen påverkas av att stora ändringar av kommissionens lagförslag görs utan att de görs föremål för den ordinarie konsekvensbedömningen. En expertpanel skulle enligt kommissionen kunna kompensera för denna brist genom att beakta de ändringar som görs och arbeta för att den slutgiltiga lagstiftningen blir tydlig, lättförståelig och inte orsakar oproportionerligt höga kostnader. Panelen skulle därför också behöva ta hänsyn till hur bedömningarna i kommissionens konsekvensbedömningar påverkas av lagändringarna som föreslås under lagstiftningsprocessen.

¹⁹ European Commission – Press release, President Juncker appoints Dr Edmund Stoiber Advisor for Better Regulation; First Vice-President Timmermans announces reform of the Impact Assessment Board, 18 december 2014.

²⁰ Meddelande från kommissionen till Europaparlamentet och rådet med förslag till interinstitutionellt avtal om bättre lagstiftning, KOM (2015)216.

5 Vad kan göras för att öka EU:s legitimitet?

5.1 Vad kan EU göra?

De frågetecken som finns kring EU:s legitimitet och som orsakas av frågetecken kring EU:s lagstiftningsprocess kan omöjligt besvaras med hjälp av en lösning. Det finns helt enkelt inte ett recept som passar alla smaker. Men om man ser på det i ett rättsligt perspektiv finns det redan en rad olika rättsliga medel och principer inom EU, alltifrån talerätsregler till rättsliga principer, som skulle kunna utnyttjas bättre i strävan att uppnå ökad trovärdighet för EU. Detta avsnitt tar sikte på två sådana exempel. Dels diskuteras möjligheten att begära ut handlingar från EU:s institutioner och dels möjligheten att ställa krav på att EU:s institutioner motiverar sina beslut.

5.1.1 *Öppenhetens roll i EU:s lagstiftningsarbete*

Enligt EU-fördragets första artikel ska EU:s ”beslut fattas så öppet som möjligt”. Den förordning som antogs 2001 efter påtryckningar av bland annat Danmark, Sverige och Finland inleds på motsvarande sätt genom att slå fast att syftet med förordningen är att garantera största möjliga tillgång till handlingar (artikel 1.a). Mot denna bakgrund är det tydligt att både den svenska och EU:s så kallade ”offentlighetsprincip” avser samma sak. Öppenhetsförordningen inbegriper två möjligheter till hur man kan få del av institutionernas handlingar varav en är att man själv söker fram informationen i EU:s officiella tidning eller från EU institutionernas egna hemsidor och den andra är att man begär ut handlingarna från EU:s institutioner.²¹ Medborgarnas tillgång till information i olika handlingar förutsätter att informationen finns i handlingar som är *allmänna*. Det finns med andra ord några krav som måste vara uppfyllda för att informationen ska vara tillgänglig. Tillgång till EU:s handlingar följer samma principer som gäller för tillgång till handlingar i Sverige. Det innebär att medborgare har rätt att ta del av alla handlingar som institutionerna innehar som är upprättade där med undantag för dem som omfattas av de i förordningen nämnda sekretessundantagen. Däremot bör nämnas redan nu att även om principen om tillgång till handlingar i möjligaste

²¹ Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1049/2001 av den 30 maj 2001 om allmänhetens tillgång till Europaparlamentets och kommissionens handlingar.

mån gäller också inom EU är utfallet av principen olika. Detta beror på att uttolkningen av principen av förklarliga skäl skiljer sig stort åt.

Ett pinfärskt mål som avgjordes i tribunalen i september i år får illustrera hur EU:s regler för allmänhetens rätt att ta del av EU:s handlingar kan bidra till att öka EU:s legitimitet.²² Tribunalen slog i sin dom ett slag för huvudregeln om så stor öppenhet som möjligt i ärenden som gäller lagstiftning. I målet hade en enskild klagat på ett beslut från rådet i vilket han nekats tillgång till en handling som sammanfattade ett utlåtande från rådets rättstjänst om lagligheten av kommissionens förslag till ett direktiv om marknadsmissbruk.²³ Sverige och Estland intervenerade på klagandens sida. Rådet hade nekat sökandens tillgång till handlingen med stöd av artiklarna 4(2) och 4(3) första strecksatsen i öppenhetsförordningen. Enligt de två vägransgrunderna får institutionerna avvika från huvudregeln att handlingar ska lämnas ut om det är nödvändigt för att skydda rättsutlåtanden respektive om det krävs för att skydda beslutsprocessen. Rådet gjorde gällande att det var nödvändigt att skydda beslutsprocessen eftersom lagförslaget gällde ett område (straffrätten och mer specifikt svåra bedömningar avseende principen om förbudet mot dubbelbestraffning) som ofta betraktas som särskilt känsligt.

Tribunalen inleder domen genom att konstatera att tidigare rättspraxis slår fast att handlingar som avser beslutsprocessen ska ges så stor offentlighet som möjligt. Detta framgår även av skäl 6 i förordningen. Detta är huvudregeln eftersom insyn i beslutsprocessen är en nödvändighet för demokrati och ett effektivt ansvarsutkrävande av institutionernas verksamhet. Tribunalen övergår därefter till att bedöma om de alternativa vägransgrunder som finns enligt artiklarna 4(2) och 4(3) är tillämpliga i målet. Sökandens huvudsakliga invändning mot rådets beslut var att rådet har underlåtit att ge en godtagbar förklaring till varför undantagen i öppenhetsförordningen tillämpats. En av rådets invändningar löd att ett offentliggörande av handlingen riskerar att försvåra för rådet om det skulle behöva försvara sin uppfattning i en framtida domstolsprocess. Tribunalen avfärdade argumentet efter att ha konstaterat att rådet endast hänvisat till en hypotetisk domstolsprocess. Domstolen gav därför

²² Mål T-395/13, Samuli Miettinen mot Europeiska unionens råd, ECLI:EU:T:2015:648.

²³ Klaganden i målet, Samuli Miettinen, är doktor i juridik vilket möjligen säger något om att det inte är vem som helst av EU:s medborgare som begär ut handlingar från EU, nekats tillgång och därefter överklagar beslut till Tribunalen.

sökanden rätt i denna sak och ogiltigförklarade rådets beslut med följden att handlingen blev offentliggjord.

5.1.2 EU:s skyldighet att motivera beslut

Skyldigheten att motivera beslut finns reglerad i artikel 296 FEUF. Skyldigheten omfattar både dem som arbetar med förvaltning och dem som deltar i den politiska beslutsprocessen. EU-domstolen har framförallt på senare år tolkat kravet som processuellt, vilket innebär att den har låtit ogiltigförklara beslut och rättsakter som inte har motiverats samtidigt som den i de flesta fall underlåter att göra någon djupare substantiell tolkning av motiveringens innehåll.²⁴

I ett av de första målen som behandlade motiveringsskyldigheten (i dåvarande artikel 190 i EG-fördraget) klagade Tyskland på att kommissionen hade underkänt ett förfarande för kontroll av en förordning som reglerade mjölkprodukter.²⁵ Kommissionen ansåg att beslutet inte behövde motiveras då det stod klart för de tyska myndigheterna varför kommissionen hade fattat sitt beslut. Att så var fallet bestreds aldrig av Tyskland. EU-domstolen gjorde en klassisk teleologisk tolkning genom att beakta omständigheterna i målet och dra slutsatsen att en motivering inte krävdes *i detta fall* eftersom Tyskland redan kände till skälen som ledde fram till kommissionens beslut. Det går dock att föreställa sig att fler än Tyskland hade varit berörda av kommissionens beslut (även om jag inte har stöd för att det var så i just det här fallet). Det finns därför anledning att försöka driva målen i EU-domstolen på ett sätt som innebär att man ställer krav både på att det formella kravet om att motivering ska ges är uppfyllt och att det substantiella kravet på att motiveringen är någorlunda rimlig är uppfyllt.

I Vodaphone-målet avges ett intressant yttrande av generaladvokat Maduro som förtjänar viss uppmärksamhet här.²⁶ Målet handlar om huruvida EU haft rätt att reglera priser med stöd av artikel 114 FEUF och i så fall i vilken omfattning och på vilka villkor. I samband med att subsidiaritetsprincipen diskuteras framhåller generaladvokaten att lagstiftaren inte på ett tillräckligt tydligt sätt hade motiverat varför det varit nödvändigt att harmonisera pristaken för roaminguppgifter. Han ansåg därmed

²⁴ Se bland annat mål 819/79 som beskrivs nedan (not 25).

²⁵ Mål 819/79, Tyskland mot kommissionen, ECLI:EU:C:1981:2.

²⁶ Förslag till avgörande av generaladvokat Maduro i mål C-58/08, ECLI:EU:C:2009:596.

att roamingförordningen skulle ogiltigförklaras. I sitt yttrande uppmanar Maduro lagstiftaren att se subsidiaritetsprincipen som en viktig fråga. En tolkning av yttrandet är att Maduro slår ett slag för vikten av att motivera på vilket sätt EU:s lagstiftning står i överensstämmelse med fördragen. EU-domstolen gick inte på generaladvokatens linje utan lät roamingförordningen överleva laglighetsprövningen. Däremot hänvisar domstolen till kommissionens konsekvensbedömning när den gör bedömningen om unionslagstiftaren haft skäl att anse att lagstiftningen är förenlig med subsidiaritetsprincipen.²⁷ Detta är ett tecken på att EU-domstolen söker klarhet i om lagstiftaren har beaktat principerna som ska ingå i prövningen av EU:s befogenhet.

Tyskland har fört en del ytterligare processer i EU-domstolen som är intressanta med anledning av motiveringsskyldigheten. I ett mål från 1997 yrkade Tyskland bland annat på att en rättsakt skulle ogiltigförklaras därför att lagstiftaren hade underlåtit att motivera på vilket sätt lagstiftningen stod i överensstämmelse med subsidiaritetsprincipen. Det intressanta i målet är att den tyska regeringen inte gjorde gällande att direktivet i fråga stred mot principen, utan endast klandrade unionslagstiftaren för att inte ha angivit några skäl till varför dennes handlande var förenligt med principen. Domstolen konstaterade dock att det räckte att det i skälen till rättsakten indirekt framgick att lagstiftaren hade beaktat huruvida det var nödvändigt att vidta åtgärder på EU-nivå. Domstolen ansåg heller inte att det krävdes att principen uttryckligen nämndes av lagstiftaren. Det ska dock tilläggas att Vodafone-målet kom efter 1997 års mål.

5.2 Vad kan Sverige göra?

Från svenskt håll finns anledning att göra en översyn av hur EU:s lagstiftning förbereds på hemmaplan. När det kommer till den svenska implementeringen av EU-rätten är också den skickligaste utredaren bakbunden till att följa de ramar som redan har satts genom att regeringen har förhandlat fram EU-rättsakten. I en Sieps rapport från 2012 skriver två författare att det finns behov av att anpassa och ändra rutinerna för den svenska lagstiftningsprocessen för att bättre anpassa den till EU-samarbe-

²⁷ Se bl.a. mål C-58/08, Vodafone m.fl. mot Secretary of State for Business, Enterprise and regulatory Reform, ECLI:EU:C:2009:596, para 55.

tet.²⁸ Deras reflektioner utgår från behovet av att skapa ett mer effektivt genomförande av EU-lagstiftningen genom bland annat en bättre samordning för arbetet som sker i förhandlingsfasen respektive i genomförandefasen. De anser att genomförandefasen i mindre utsträckning bör betraktas som ett självständigt lagstiftningsarbete och istället bör vissa politiska vägval redan ha gjorts inom ramen för det första ledet, nämligen förhandlingsfasen. De anser också att det svenska remissväsendet kan utnyttjas bättre än hur det i dagsläget utnyttjas. Genom att många direktiv är väldigt precisa anser de att remissinstanserna i princip inte kan påverka på det sätt som är avsikten enligt det svenska konstitutionella systemet. En möjlighet som de lyfter fram är att låta remissväsendet fylla en funktion på ett tidigare stadium för att möjliggöra en dialog mellan förvaltningsmyndigheter, kommuner och privata intressenter i syfte att förankra EU:s politik på ett nationellt och regionalt plan. Nyligen skickade regeringen kommissionens meddelande om en strategi för en digital marknad på remiss till 91 remissinstanser.²⁹ I ljuset av det sagda får utvecklingen ses som positiv även om det vore orimligt om alla kommissionens tankar och idéer skall remissbehandlas på så tidigt stadium. När nya, till viss del kontroversiella idéer, som förslag på harmonisering av EU:s digitala marknad lanseras är remissbehandlingen dock positiv, då den kan bidra till att öka legitimiteten för regeringens förhandlingsarbete i EU. Indirekt skulle då även legitimiteten av EU-rätten på sikt kunna förbättras.

Det finns fler indikationer på att Sveriges system för att förbereda EU:s lagstiftning bör ses över. Advokatvärlden ger regelbundet uttryck för en oro för hur rättssäkerhets- och integritetsfrågor urvattnas genom att frågorna görs föremål för mellanstatliga samarbeten. I denna kritik ryms även oron för att riksdagen blir fränkopplad ansvar för att besluta i frågor som rör skyddet för mänskliga rättigheter. Ett annat exempel är Lagrådets synpunkter på dess begränsade möjligheter att påverka lagstiftningen när den är en konsekvens av internationella avtal. I december 2014 yttrade sig exempelvis Lagrådet över regeringens lagrådsremiss avseende FACTA. FACTA är en förkortning av den amerikanska lagstiftningen Foreign Tax Account Compliance Act som har till syfte att ge den amerikanska federala skattemyndigheten möjlighet att ta del av amerikanska medborgares

²⁸ Hettne, J., Reichel, J., Att göra rätt och i tid – Behövs nya metoder för att genomföra EU-rätt i Sverige?, Sieps 2012:4.

²⁹ Se UD2015/267/FIM för remisslistan, publicerad 18 juni 2015.

tillgångar och kapitalinkomster som behandlas av finansiella institut utanför USA. Lagrådets yttrande är ovanligt explicit vad gäller att betona gränsen för vad Lagrådet kan yttra sig om i ett fall där lagstiftningen har sina rötter i internationella avtal. Lagrådet sammanfattar genom att konstatera att:

”Bundenheten till avtalet har påverkat Lagrådets granskning. Det finns bara ett begränsat utrymme för Lagrådet att ifrågasätta det sakliga innehållet i lagförslagen. Det kan sättas i fråga om den föreslagna regleringen lever upp till de krav på överskådlighet och tydlighet som normalt ställs på lagstiftning. Det ligger också i öppen dag att det kommer att uppstå oklarheter för dem som ska tillämpa reglerna.”³⁰

Det ska tilläggas att även om Lagrådets utlåtande tar site på ett internationellt avtal mellan Sverige och USA är Lagrådet bakbundet på motsvarande sätt när den ska beakta lagligheten av EU:s rättsakter.

Som en sista punkt för vad Sverige kan göra för att bidra till att EU:s trovärdighet ökar återkommer jag till det svenska användandet av EU-domstolen. Som poängterats ovan tillhör Sverige bland de mer aktiva länderna när det gäller att problematisera EU:s lagförslag under förhandlingsprocessen i rådet. Men även i de fall då Sverige under förhandlingarna har bestridit lagligheten med den lagstiftning som antas av EU saknas indikationer på att Sverige har rutiner för att överväga om lagstiftningen ska hänvisas till EU-domstolen för en laglighetsprövning. Som också nämnts ovan är majoriteten av mål som Sverige driver i EU-domstolen öppenhetsmål vilket ger stöd för tesen. Frågan är dock om öppenhetskortet är det enda som Sverige bör driva. Man kan även ifrågasätta den ängslighet som ibland uppvisas bland svenska tjänstemän som oroar sig över att rättsprocesser i EU-domstolen riskerar att skada den svenska trovärdigheten. Detta antagande bygger troligtvis på att lagprövningsinstitutet är någorlunda främmande och därför förhållandevis radikalt i svensk kontext och att utgångspunkten för Sverige därför är att lagligheten av EU:s rättsakter inte ska prövas av den judiciella makten. Detta tyder på att Sverige tillämpar den strikt svenska parlamentariska modellen också i sitt EU-samarbete trots att EU snarare utgör ett konstitutionellt system som inbegriper en efterhandskontroll av domstolen när det finns fog att miss-

³⁰ Utdrag ur protokoll vid sammanträde 2014-12-10 med anledning av Genomförande av avtal mellan Sveriges regering och Amerikas förenta staters regering för att förbättra internationell efterlevnad av skatteregler och för att genomföra FACTA, s. 4–5.

tänka att lagstiftaren eller annan har brutit mot fördragen. Juristernas roll i Sverige är, som också nämnts tidigare, begränsad till att uttala sig om lagförslagets laglighet och deras förenlighet med annan lagstiftning, men inom EU saknas denna typ av förhandskontroll, med undantag för vad som görs internt vid institutionernas respektive rättstjänster. Det är dock inte alltid som deras utlåtanden är öppna för allmänheten även om EU-domstolen genom ett antal domar har ökat trycket på att deras utlåtanden ska vara tillgängliga för allmänheten. Det är bland annat i denna fråga som rådet och kommissionen är oense med Europaparlamentet, det vill säga om den nya öppenhetsförordningen ska kodifiera denna praxis eller möjliggöra för ökad sekretess av rättstjänsternas utlåtanden. Sammanfattningsvis är förhandsgranskningen av lagligheten av EU:s rättsakter begränsad till det arbete som sker av kommissionen och lagstiftarna (inbegripet medlemsländerna) själva. Deras respektive incitament till att göra rätt är förvisso starkt då kommissionen å sin sida vill få stöd för sina lagförslag och lagstiftarna själva å sin sida oftast inte vill ge EU mer makt än den som tilldelats genom fördragen.

Men det finns de som fortsatt oroar sig för att en illegal överföring av makt till EU sker utan medborgarnas insyn.³¹ De som känner så upplever därtill att EU lägger näsan i blöt i det mesta, att EU lagstiftningen är så omfattande att den inte går att övervaka och att EU:s lagstiftningsprocess är slarvig. Oaktat om denna ståndpunkt får medhåll eller inte så utgör dess blotta existens en utmaning för EU:s trovärdighet och legitimitet.

6 Rekommendationer och sammanfattning

Om man nu ska tillåta sig att utvärdera Sveriges tjugo år i EU i ljuset av de framgångar man haft med att få stöd för sin ståndpunkt i lagstiftningsprocessen kan man lite diplomatiskt inleda genom att konstatera att det finns mycket som Sverige har lyckats med. Sverige har nått framgång med att landa många för landet viktiga ståndpunkter och kommer högt upp i olika mätningar.³² Men det finns anledning att omvärdera den syn man har på hur man bör agera för att nå framgång i EU-samarbetet. De fyra rekommendationer som avslutningsvis ges tar alla sikte på vad som

³¹ Se t.ex. Öberg, J., *Union regulatory criminal law competence*, Sieps 2015:4.

³² Se t.ex. Naurin, D., och Lindahl, R., *Nätverkskapital och inflytande i EU:s ministerråd – hur går det för Sverige efter Eurokrisen?*, i *EU efter krisen – perspektiv på demokrati och inflytande i ett förändrat EU*, red. Von Sydow, G., s. 62.

kan göras för att öka EU:s trovärdighet. Det rör sig om både förändringar som EU kan genomföra (rekommendation ett, två och fyra) samt om vad Sverige kan göra för att bidra till detta mål (rekommendation tre).

För det första bör EU:s lagstiftare ta ett större eget ansvar för kvaliteten av EU:s lagstiftning. Denna slutsats bygger på antagandet att kommissionen endast upp till en viss nivå kommer att försöka åstadkomma god lagstiftning. För att hådra det hela något kan man beskriva det som att kommissionens incitament till att få till stånd ett effektivt genomslag för EU:s politik är mycket starkt medan dess incitament till att få till stånd god lagstiftning (som bland annat innebär att den ska gå att genomföra i de nationella rättsordningarna på ett effektivt sätt) är betydligt lägre. Ansvaret för att EU:s lagstiftning möter kraven på god lagstiftning bör därför bäras gemensamt av EU:s institutioner och inte minst bör medlemsländernas regeringar vara väl förberedda inför rådsförhandlingarna. Givetvis bör kommissionen fortsätta sitt arbete med att förbättra kvaliteten i bland annat konsekvensbedömningarna och i lagförslagen, men detta arbete kan aldrig betraktas som ett substitut för EU-lagstiftarens egen kvalitetssäkring. Det faktum att EU-domstolen vid ett fåtal tillfällen har beaktat kommissionens konsekvensbedömningar i sin granskning stöder också uppfattningen att EU lagstiftaren bör ta ett större ansvar för lagligheten av EU:s rättsakter.³³ Som påpekas ovan är det först nu som kommissionen har föreslagit att en expertpanel ska utses som ska säkerställa att "förarbetena" uppdateras i takt med att kommissionens lagförslag ändras i lagstiftningsprocessen. Detta skulle kunna innebära att EU-domstolen i Vodafone-målet kan ha beaktat "förarbeten" som inte haft så mycket med den faktiska lagstiftningen att göra. Också detta tyder på att EU-lagstiftaren bör ta ett större ansvar för att den respekterar åtminstone principen om tilldelade befogenheter, subsidiaritets- och proportionalitetsprincipen samt att EU:s lagstiftning inte kränker EU:s stadga om skyddet för mänskliga rättigheter. Detta innebär också att EU-lagstiftaren tydligt bör visa EU-medborgaren hur den har kommit fram till slutsatsen att lagstiftningen eller beslutet är lagligt. På så sätt knyts kravet på motiveringsskyldighet ihop med kravet på en öppen beslutsprocess.

För det andra bör EU:s egna domstolar överväga om principerna om öppenhet och motiveringsskyldigheten får ett konsekvent genomslag i deras respektive domar. Om målsättningarna som anges i fördragen och

³³ Bland annat i Vodafone-målet, se not 27.

som slår fast att EU-medborgarna ska kunna delta i EU:s beslutsprocess ska kunna realiseras, krävs att domstolarna tar principerna på allvar och betraktar reglerna som processuella villkor för rättsakernas giltighet. Den tradition av stor respekt för EU:s lagstiftare som domstolarna trots allt har (och i någon utsträckning också *bör* ha) innebär i många fall att domstolarna släpper igenom lagstiftning som har antagits i strid med de processuella kraven, om de kan visa att bristen på respekt för de processuella kraven inte har påverkat beslutet. Domstolarna skulle öka incitamentet för lagstiftarna att göra ”rätt” om de istället tog de processuella kraven på fullt allvar. Det är dessutom svårt att göra hypotetiska antaganden om huruvida parterna hade agerat annorlunda om lagen hade följts. Därtill vore det önskvärt att praxis förtydligades vad gäller i synnerhet motive-ringsskyldigheten. Kravet på motivering är också det minst ingripande av de alternativ som står till buds för att öka legitimiteten av EU:s lagstiftning då det inte egentligen blandar sig i det politiska beslutet utan endast ställer krav på att det finns legitima skäl för det fattade beslutet.

För det tredje bör Sverige överväga om det finns ytterligare roller att spela för att bidra till EU:s legitimitet, än de som nu intas. På ett generellt plan kan sägas att Sverige bidrar aktivt i rådsförhandlingarna samtidigt som man försöker öka öppenheten i EU:s lagstiftningsprocess (och förvaltning). Som nämnts ovan mäts EU:s legitimitet ofta i input och output. Om EU:s ”output legitimitet” ska kunna öka krävs att alla aktörer som deltar i EU-samarbetet aktivt arbetar för att medborgarna ska känna sig delaktiga i samarbetet. Mot denna bakgrund är det välkommet att regeringen har tillsatt en utredning om deltagande i EU.³⁴ Utöver strävan efter ett ökat deltagande i EU-frågor bör Sverige noggrant överväga om det inte går att använda sig av EU-domstolen i fler fall än vad som nu görs för att säkerställa att EU håller sig inom sina befogenheter samt respekterar principerna om subsidiaritet och proportionalitet och säkerställer att EU:s stadga inte kränks. Vad gäller den svenska tjänstemannakulturen som enligt hypotesen för detta bidrag utgår från att EU-domstolen inte ska användas för att pröva politiska beslut bör detta antagande utredas genom förslagsvis empiriska studier för att kontrollera om det stämmer. Skälet är helt enkelt att det kostar EU för mycket legitimitet att utgå från att den konstitutionella modell som samarbetet bygger på, inte ska användas därför att det finns en rädsla för att ett land ska förlora

³⁴ Se kommittédirektiv, Dir. 2014:112, Delaktighet i EU, beslut vid regeringssammanträde den 17 juli 2014. Utredningen ska redovisa sina slutsatser senast i januari 2016.

trovärdighet om den används. Bland annat är Tyskland ett exempel på ett land som är aktivt i både förhandlingsskedet (och som relativt ofta röstar emot lagstiftning i rådet) och som driver mål angående EU-rättsakternas giltighet i EU-domstolen utan att till synes ta skada av detta.³⁵

Den fjärde rekommendationen är utan tvekan den mest kontroversiella. Jag föreslår en utvidgning i EU:s talerätsregler så att också enskilda ska kunna kräva en laglighetsprövning av EU:s rättsakter utan krav på att de ska beröras av dem. Det rör sig alltså om en abstrakt laglighetsprövning i likhet med den som ges genom den tyska konstitutionen. I ljuset av bristande resurser i EU:s domstolar och allmänna finanskriser i EU:s medlemsländer bör de enskildas laglighetsprövningar dock givetvis begränsas. En modell är att talerätten följer det så kallade medborgarinitiativet som ger minst en miljon EU-medborgare från minst sju medlemsländer rätten att anmoda kommissionen att lägga fram ett lagförslag.³⁶ För att detta ska fungera måste dock tidsfristen för att väcka talan i artikel 263 FEUF dock förlängas från två månader till minst 1 år – vilket också är tiden man har på sig för att samla in namnunderskrifter för att kommissionen ska anmodas att beakta ett förslag till lagstiftning. Anledningen till att medborgare bör ha en möjlighet att begära abstrakt laglighetsprövning ska illustreras genom ett exempel. Låt oss anta att exempelvis förhandlingarna till EU:s öppenhetsförordning leder till det som Europaparlamentet befarar, nämligen att skyddet för att exempelvis få ta del av EU:s lagstiftningshandlingar urvattnas. Detta skulle man kunna påstå strider mot EU-fördragen som slår fast vikten av en öppen beslutsprocess. Enligt de talerätsregler som idag gäller krävs att någon av EU:s institutioner eller medlemsstater väcker talan om rättsaktens giltighet. Det är dock svårt att se att institutionerna skulle vilja överklaga sin egen rättsakt i det här fallet (om nu de över huvud taget kommer att komma överens till slut) vilket gör att enskilda som vill få del av EU:s handlingar endast kan göra det genom att begära tillgång till handlingarna, och vid nekande överklaga beslutet till Tribunalen genom ett artikel 263-förfarande. Men öppenhetsförordningens giltighet kommer inte att kunna prövas genom ett sådant förfarande och det är svårt att se hur dess giltighet skulle kunna prövas inom ramen för en begäran om förhandsavgörande, i vart fall för de handlingar som endast finns hos EU:s egna institutioner.

³⁵ Se Van Aken, W., not 4.

³⁶ Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 211/2011 av den 16 februari 2011 om medborgarinitiativet, EUT L65/1, 3 november 2011.

Avslutningsvis bör sägas att det givetvis är farligt att tro att de utmaningar som EU står inför vad gäller trovärdighet och legitimitet går att lösa på ett enkelt sätt. Det går heller inte att föreställa sig att EU-domstolen är lösningen på allt. Tvärtom är det värt att påminna om att EU-domstolen är en bidragande orsak till att EU ofta får kritik för att gå både för fort fram och för långt. Diskussionen i kapitlet har handlat om vilka vägar man kan ta för att öka EU-medborgarnas deltagande i beslutsfattandet för att genom dem bidra till att stärka EU:s legitimitet. Det kanske kan te sig som ett udda angreppssätt att uppmuntra till ökad användning av den judiciella makten för att få till stånd ett ökat medborgerligt inflytande, men det är åtminstone ett konkret förslag.