



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Jonas Söderstjerna

Subsidiaritetsprincipen
– en studie kring kompetensfördelning och
användandet av kompetens i relationen
EU/medlemsstat

Examensarbete
20 poäng

Professor Hans-Heinrich Vogel

EG-rätt

HT 2003

Innehåll

SAMMANFATTNING	1
FÖRORD	2
FÖRKORTNINGAR	3
1 INLEDNING	4
1.1 Bakgrund	4
1.2 Syfte	4
1.3 Problemformuleringar	5
1.4 Avgränsningar	5
1.5 Metod och material	5
1.6 Disposition	5
2 KOMPETENSFÖRDELNING	7
2.1 Olika former av kompetens	7
2.1.1 Exklusiv kompetens	7
2.1.2 Delad kompetens	10
2.1.3 Medlemsstaternas restkompetens och EG: s implied powers	11
2.2 Kompetenskatalog eller ej?	12
2.3 Kommentarer	12
3 SUBSIDIARITETSPRINCIPENS HISTORIK	14
3.1 Principens uppkomst	14
3.2 Subsidiaritet i moderna konstitutioner	15
3.3 Principen i den EG-rättsliga debatten	16
3.3.1 Principen som ett tidigt fenomen	16
3.3.2 Tindemans vision	17
3.3.3 Fördragsförslaget om ett upprättande av en europeisk union	18
3.3.4 Från Enhetsakten till Maastricht	19
3.3.4.1 Enhetsakten	19
3.3.4.2 Delors och de tyska länderna	19
3.3.4.3 Giscard d'Estaings rapport	20
3.3.4.4 Förhandlingsarbetet inför Maastricht	21
3.3.5 Varför kom principen att introduceras?	23

4	SUBSIDIARITETSPRINCIPEN	24
4.1	En allmän EG-rättslig princip?	24
4.2	Principen i artikel 5 (2) EG	26
4.2.1	Endast inom de områden där EG inte är ensamt behörig	27
4.2.2	Målen för den planerade åtgärden	27
4.2.3	Ett handlande måste vara berättigat	28
4.3	Tillämpningsföreskrifterna i Amsterdamprotokollet	29
4.3.1	Introducerande kommentarer - Varför protokollet?	29
4.3.2	Vilka institutioner är skyldiga att implementera principen?	30
4.3.3	Påverkar principen gemenskapens konstitutionella ordning?	31
4.3.4	Hur skall principen definieras?	32
4.3.5	Hur skall principen implementeras?	32
4.3.5.1	Materiell subsidiaritet	33
4.3.5.2	Processuell subsidiaritet	35
5	EG-DOMSTOLENS PRAXIS	41
5.1	Bör EG-domstolen beakta principen då den tolkar fördragsartiklarna?	41
5.2	Mål C-84/94	42
5.2.1	Bakgrund	42
5.2.2	Storbritanniens argumentation	43
5.2.3	EG-domstolens bedömning	44
5.2.4	Kommentarer	45
5.3	Mål C-233/94	46
5.3.1	Bakgrund	46
5.3.2	Tysklands argumentation	47
5.3.3	EG-domstolens bedömning	48
5.3.4	Kommentarer	49
5.4	Mål C-491/01	50
5.4.1	Bakgrund	50
5.4.2	Klagandenas argumentation och övriga yttranden	50
5.4.3	EG-domstolens bedömning	51
5.4.4	Kommentarer	51
6	KONVENTETS KONSTITUTIONSUTKAST	53
6.1	Kompetensfördelning	53
6.2	Subsidiaritetsprincipen	55
7	AVSLUTANDE KOMMENTARER	59
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	61
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	64

Sammanfattning

I detta arbete ges en introduktion till kompetensfördelningsproblematiken. Begreppet exklusiv kommer härvid att ges mest utrymme. Vidare kommer subsidiaritetsprincipen att presenteras ingående. Både dess historiska och nuvarande, men även dess möjliga framtida tillämpning kommer att redovisas.

Frågan om hur kompetenser skall fördelas, och hur fördelade kompetenser skall användas är, och har alltid varit, högtintressant inom den europeiska integrationsprocessen. Att fastställa vem som innehar kompetens inom ett visst område, och huruvida denna kompetens är exklusiv eller möjligen delad mellan gemenskapen och medlemsländerna, är inte en enkel och lättlost uppgift. I dagens fördrag finns ingen lista som klart allokerar kompetenserna. Förslag på en sådan lista finns på agendan inför regeringskonferensen 2004, och har utarbetats inom ramen för Framtidskonventet. Huruvida förslaget kommer att antas av medlemsstaterna, återstår att se. I dagsläget får vi falla tillbaka på de olika åsikter som presenterats i doktrin samt i gemenskapsinstitutionernas och medlemsländernas yttrande och praxis. Vissa hävdar en omfattande EG-exklusiv kompetens, medan andra hävdar det motsatta. EG-domstolen har endast i ett fåtal fall tilldelat EG exklusiv kompetens, så rättsläget är i allt väsentligt fortfarande öppet.

Anledningen, till varför fastslåendet av huruvida EG inom ett visst område innehar exklusiv kompetens eller inte är så intressant, är den att subsidiaritetsprincipen endast blir aktuell i de fall då kompetensen inte är exklusiv. Subsidiaritetsprincipen rör inte frågan om tilldelandet av kompetenser, utan endast användandet av dessa. Principen söker således lösa frågan om berättigat handlande.

Till Amsterdamfördraget fogades ett protokoll, i vilket principens tillämpning preciserades ytterligare. EG-domstolen har även i ett fåtal fall givit sin syn på principens användning som ett instrument för prövning av gemenskapslagstiftnings lagenlighet.

Förord

Med detta examensarbete avslutar jag denna den inledande fasen av mina studier vid juridiska fakulteten i Lund. Jag tar nu steget vidare och påbörjar inom kort mina studier inom Master of European Affairs programmet vid Lunds universitet. Arbetet med att förkovra mig inom EG-rätten har således endast påbörjats. Förhoppningsvis skall det, inom en inte allt för avlägsen framtid, leda mig ut i Europa och till ett jobb inom någon av unionens institutioner

Jag vill rikta ett stort tack till mina föräldrar, min bror samt övrig släkt och vänner för allt det stöd och all den uppmuntran jag åtnjutit under min långa studietid.

Jag vill även rikta ett tack till min handledare, professor Hans-Heinrich Vogel, för hans stöd och hjälp under författandet av detta arbete.

Landskrona i juli 2003.

Jonas Söderstjerna

Förkortningar

EEG	Europeiska Ekonomiska Gemenskapen
EG	Europeiska Gemenskapen
EGT	Europeiska Gemenskapernas Tidning
EU	Europeiska Unionen
RF	Regeringsformen
SOU	Statens Offentliga Utredningar

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Frågan om hur kompetenser skall fördelas, och hur fördelade kompetenser skall användas är, och har alltid varit, högtintressant inom den europeiska integrationsprocessen. Att fastställa vem som innehar kompetens inom ett visst område, och huruvida denna kompetens är exklusiv eller möjligen delad mellan gemenskapen och medlemsländerna, är inte en enkel och lättlost uppgift. I dagens fördrag finns ingen lista som klart allokerar kompetenserna. Förslag på en sådan lista finns på agendan inför regeringskonferensen 2004, och har utarbetats inom ramen för Framtidskonventet. Huruvida förslaget kommer att antas av medlemsstaterna, återstår att se. I dagsläget får vi falla tillbaka på de olika åsikter som presenterats i doktrin samt i gemenskapsinstitutionernas och medlemsländernas yttrande och praxis. Vissa hävdar en omfattande EG-exklusiv kompetens, medan andra hävdar det motsatta. EG-domstolen har endast i ett fåtal fall tilldelat EG exklusiv kompetens, så rättsläget är i allt väsentligt fortfarande öppet.

Anledningen, till varför fastslåendet av huruvida EG inom ett visst område innehar exklusiv kompetens eller inte är så intressant, är den att subsidiaritetsprincipen endast blir aktuell i de fall då kompetensen inte är exklusiv. Subsidiaritetsprincipen rör inte frågan om tilldelandet av kompetenser, utan endast användandet av dessa. Principen söker således lösa frågan om berättigat handlande.

Till Amsterdamfördraget fogades ett protokoll, i vilket principens tillämpning preciserades ytterligare. EG-domstolen har även i ett fåtal fall givit sin syn på principens användning som ett instrument för prövning av gemenskapslagstiftnings lagenlighet.

1.2 Syfte

Arbetets syfte är att undersöka subsidiaritetsprincipens framväxt och dess tillämpning inom gemenskapen. De krav och riktlinjer för hur, när och av vilka principen skall eller bör tillämpas (vilka framkommer ur fördragsartiklar, protokoll och EG-domstolens praxis) som i dagsläget står till buds, ger upphov till en del problem. Dessa problem ämnar jag presentera och diskutera.

1.3 Problemformuleringar

Vilka olika kompetensfördelningsformer existerar i relationen EG/medlemsstat? Inom vilka områden har EG exklusiv kompetens? När, hur och av vilka skall/bör subsidiaritetsprincipen appliceras? Vilka problem finns i dagsläget? Vad gäller enligt det förslag som presenterats av konventet?

1.4 Avgränsningar

Beträffande kompetensfördelningsfrågan har jag endast förhållandevis kortfattat redogjort för de olika kompetensformerna. Att ingående behandla alla de olika former som existerar hade varit alltför tid- och platskrävande. Ett omfattande arbete, vilket kan utgöra stommen av ett självständigt examensarbete. Då frågan likvisst är av intresse för förevarande arbete, har den givits visst utrymme.

Av EG-domstolens praxis har jag endast valt att presentera de för arbetets vidkommande viktigaste rättsfallen. Det samma gäller angående de dokument som diskuteras inom ramen för kapitel 6 – Konventets konstitutionsutkast. Ett stort antal dokument har presenterats och ventilerats i gemenskapsdebatten. Jag har endast valt att presentera det färdiga utkastet med tillhörande kommentarer.

1.5 Metod och material

Vid författandet av föreliggande examensarbete har jag använt mig av den traditionella juridiska metoden. Litteratur- och rättsfallsstudier bildar stommen för den aktuella framställningen.

Ett antal böcker har använts, men den huvudsakliga litteraturkällan har varit tidskriftsartiklar. Offentligt tryck, både från nationsnivå och från EU-nivå, har också nyttjats. Även Internet, och då framförallt Europeiska unionens hemsida, har kommit till användning.

1.6 Disposition

Efter detta inledande kapitel kommer jag att i kapitel 2 diskutera olika kompetens kategorier. Huruvida en kompetens katalog kommer att introduceras eller ej, kommer även kortfattat att ventileras. I kapitel 3 infinner sig en genomgång av principens historik. Principens uppkomst och utveckling kommer att avhandlas. Fokuseringen kommer att ligga på dess uppträdande och utveckling inom EG-rätten. I kapitel 4 kommer principens rättsliga reglering, i fördragen och i Amsterdamprotokollet, att avhandlas. Jag kommer även att inom ramen för kapitlet undersöka huruvida subsidiaritetsprincipen bör räknas till de allmänna EG-rättsliga principerna.

I kapitel 5 kommer jag inledningsvis att kort undersöka huruvida EG-domstolen bör uppmärksamma principen då den företar tolkning av de öppet formulerade fördragsbestämmelserna. Kapitlet kommer till sin huvuddel att tas upp av en praxisgenomgång. Tre fall, i vilka EG-domstolen har behandlat principen, kommer ingående att penetreras. I kapitel 6 kommer jag att företa en granskning av subsidiaritetsprincipen som den kommer till uttryck i konventets konstitutionsförslag. I kapitel 7, vilket avslutar alstret, kommer jag sammanfattningsvis att presentera mina egna åsikter och synpunkter kring ämnet.

2 Kompetensfördelning

Viktigt att lägga på minnet, och utgångspunkten för den fortsatta diskussionen, är att gemenskapens kompetens vilar på de befogenheter den tilldelats av medlemsstaterna. Principen om tilldelade kompetenser, vilken fördragsfästs i artikel 5 (1) EG, är därför av yttersta betydelse. Varje bindande beslut som en av gemenskapens institutioner fattar måste vara baserat på någon enskild bestämmelse i något av fördragen. Fördragsstödet måste vidare anges eller på annat sätt tydligt framgå av varje enskild rättsakt.¹

2.1 Olika former av kompetens

Det finns olika typer av kompetenser. Om vi schematiskt skall försöka redogöra för kompetensfördelningen mellan EG och medlemsstaterna kan följande anses vara gällande:

- 1 Det finns områden där endast EG har befogenhet att handla, vilka således ligger utom medlemsstaternas jurisdiktion (EG: s exklusiva kompetens).
- 2 Det finns stora områden där både EG och medlemsstaterna har kompetens (delad kompetens).
- 3 Det finns även områden där EG inte alls innehar kompetens, där medlemstaterna således har all kompetens (medlemsstaternas restkompetens/kvarvarande kompetens).

Jag kommer nu att behandla de olika kompetensformerna var för sig. Inom ramen för medlemsstaternas restkompetens/kvarvarande kompetens kommer även doktrinen om implied powers² att behandlas.

2.1.1 Exklusiv kompetens

Inom vissa områden har EG exklusiv kompetens. Inom dessa saknar medlemsstaterna i stort befogenhet att införa regler eller fatta beslut. Frågan huruvida EG innehar en exklusiv kompetens eller ej är av central betydelse i arbetet, eftersom subsidiaritetsprincipen i art 5 (2) EG, vilken arbetet huvudsakligen avser att behandla, enligt ordalydelsen endast är tillämplig i de fall när EG inte har exklusiv kompetens. Inom vilka områden EG kan anses äga exklusiv kompetens är inte helt lätt att fastställa. Det framgår inte av EG-fördraget eller någon annan fördragstext, utan har i stort utmejslats av EG-domstolen i dess praxis. Olika förslag och tolkningar har dessutom presenterats i doktrin, varav det här endast kommer att redogöras för ett urval för att peka på problematiken.

¹ Melin och Schäder, s. 29.

² Underförstådd kompetens/kompetens liggande i sakens natur. Jag har dock inte funnit ett bra svenskt begrepp, och har därför valt att i framställningen använda det engelska.

Enligt Nergelius föreligger en för EG exklusiv kompetens inom områdena; gemensam utrikeshandel – i enlighet med artikel 133 EG -, fiske- och jordbrukspolitiken, konkurrensområdet, huvuddelen av transportpolitiken, betydande delar av den inre marknadens genomförande samt EMU.³

Enligt Lenaerts och van Nuffel har EG exklusiv kompetens inom två av EG-domstolen fastställda områden: gemensam utrikeshandel, artikel 133 EG, och kompetensen under artikel 102 Anslutningslagen, vilken ger EG rätten att bestämma villkoren för fiske, för att på så sätt säkerställa skydd för fiskeområden och havets biologiska mångfald. Vidare menar författarna att en form av exklusiv kompetens även föreligger inom området för den inre marknadens genomförande.⁴

Melin och Schäder för följande resonemang. På vissa områden föreskriver fördragen att en gemensam politik skall utformas. Det är inom dessa områden som EG har exklusiv kompetens. Vilka de gemensamma politikområdena är står att finna i artikel 3 EG. Deras definition av begreppet exklusiv kompetens sammanfaller i stort med Nergelius definition. De menar dock att EG även innehar en exklusiv traktatkompetens, vilket de rättfärdigar genom att säga att i de fall då EG har exklusiv kompetens internt, så har den också exklusiv traktatkompetens externt.⁵

Enligt Toth, som intar en position som ger begreppet exklusiv kompetens för EG en vid innebörd, har EG exklusiv kompetens på alla områden som faller inom det ursprungliga EEG-fördraget, eftersom (1) artikel 5 (2) EG enligt dess ordalydelse ej är tillämplig på de områden vilka faller inom EG:s exklusiva kompetenssfär; (2) EEG fördraget inte skiljer på exklusiva och delade kompetenser; och (3) enligt EG-domstolens praxis så är EG:s kompetens nödvändigtvis exklusiv över alla områden som rör de gemensamma målen. Han drar därför slutsatsen att subsidiaritetsprincipen inte är tillämplig då kompetensfrågan gäller ett område vilket faller under EEG-fördraget.⁶

Den vidd som Toth ger åt begreppet sammanfaller inte helt med någon av de ovan redovisade. Han har blivit kritiserad av andra inom doktrinen. Schilling är en av de författare som starkt kritiserat hans breda syn på begreppet. Enligt honom är det orimligt att se alla EG:s kompetenser som varande exklusiva. Endast i de fall, och då inte ens i alla dessa fall, då fördragstexten klart uttalar en skyldighet för EG att agera, och inte endast en möjlighet, föreligger för EG exklusiv kompetens.⁷

³ Nergelius, s. 97.

⁴ Lenaerts, s. 97 f.

⁵ Melin och Schäder, s. 29-31.

⁶ Toth, s. 1091.

⁷ Schilling, s. 227 f.

Enligt kommissionen⁸ innefattar begreppet EG- exklusiv kompetens en hel del. Då EG har en skyldighet att handla, och har givits ansvaret inom ett särskilt område, har EG även exklusiv kompetens inom detta område. De fyra friheterna, vilka är kärnan i den inre marknaden, samt den gemensamma handelspolitiken, jordbrukspolitiken, konkurrenspolitiken, transportpolitiken och fiskepolitiken faller således inom EG: s exklusiva kompetens. Denna vida tolkning av begreppet från kommissionen, kan enligt de Búrca⁹ tolkas som ett försök från EU: s sida att skydda stora delar av den gemensamma policyn ifrån subsidiaritetsinspirerade utmaningar.

De Búrca går sedan vidare i sin kritik av kommissionens vida tolkning, samtidigt som hon ger sin egen syn på problematiken. Hon menar att det är tydligt att de områden vilka enligt kommissionen tillhör EG: s exklusiva kompetenssfär inte helt kan anses ligga utom medlemsstaternas kompetens. Hon ger som exempel regleringen av bankväsendet. Regleringen av bankväsendet är av central betydelse för säkerställandet av den fria rörligheten av tjänster och etableringar inom EU, men är likväl är ett område inom vilket medlemsstaterna och EG delar kompetens. Det samma kan sägas om flera andra områden tillhörande den inre marknads kärna. Hon argumenterar att tanken på exklusiva kompetenser, både för medlemsstaterna och för EG, är förvirrande och tämligen osäker och är inte heller till hjälp när man söker förstå meningen med, eller skall använda sig av, subsidiaritetsprincipen. Man kan självfallet hävda att ju närmare en fråga ligger ett område vilket traditionellt sett faller under nationalstatens kompetens, och vilket ligger långt bortom gemenskapens ursprungliga och uttalade mål, eller ju närmare det är kärnan av den gemensamma marknaden, desto mindre utrymme ges för utdragen subsidiaritetsdiskussion. Att kategorisera och fördela breda frågor, grupper av frågor, eller mer generella policyområden som tillhörande antingen medlemsstaternas eller EG: s exklusiva kompetens är i grunden fel och hindrar de frågor som i vissa fall måste ställas, om det bästa och mest relevanta forumet för ett visst aktuellt beslut. Man måste bedöma varje fråga för sig, efter dess egna meriter, för att på så sätt få fram var det ger bäst resultat att ett beslut fattas, på medlemsstatsnivån eller på EG-nivån.¹⁰

Enligt Estella skall subsidiaritetsprincipen tillämpas i alla de fall då EG lagstiftar, med undantag för de fall då EG-domstolen i sin praxis klart uttalat att det på det aktuella området föreligger en exklusiv EG-kompetens. Förfarandet kan synas strida mot artikel 5 (2) EG, men viktigt här är att inte endast titta på artikelns ordalydelse, utan även på dess underliggande mening. Subsidiaritetsprincipen reglerar inte frågan om huruvida EG har kompetens eller ej, frågan om huruvida kompetens föreligger regleras istället av artikel 5 (1) EG, utan det är snarare frågan om en reglering av hur kompetenser skall användas. Subsidiariteten är således ett andra filter vars syfte är att fastställa huruvida EG- handling på ett visst område är att

⁸ Kommissionens rapport till rådet och Europaparlamentet i okt. 1992.

⁹ de Búrca (1999), s. 17.

¹⁰ Ibid., s. 17-19.

föredra eller ej. Principen reglerar således inte frågan om kompetens, utan istället frågan om tillfälle, vilket får till följd att distinktionen mellan exklusiva och delade kompetenser förlorar sin mening när det gäller att tillämpa principen. Det faktum att en viss kompetens är att se som exklusiv innebär inte att det är lämpligt, eller ens att föredra, att EG handlar när något faller inom ramen för den kompetensen. Estella menar att om man anser denna förklaring som sund, så är lösningen, att tillämpa principen på *alla* frågor, den som kommer närmast syftet bakom principen.¹¹

Inom de områden där EG har exklusiv kompetens har medlemsstaterna i princip avstått all sin egen normgivningsbefogenhet. Vad som återstår för medlemsstaterna är i princip att medverka till att den gemensamma politiken kan genomföras och till att den blir effektiv. Det är närmast fråga om en tillämpning av lojalitetsprincipen i artikel 10 EG. Medlemsstaterna kan således utfärda tillämpningsföreskrifter, de kan t.ex. straffsanktionera brott mot de EG-rättsliga normerna. Därutöver finns ett visst utrymme för nationella regler i den mån det på ett område för exklusiv EG-kompetens saknas EG-rättsliga regler. Det faktum att det saknas EG-regler inom ett sådant område innebär dock inte att kompetensen återgår till medlemsstaterna. Kompetensen ligger alltså kvar hos EG. Om en medlemsstat agerar blir det att se som ett agerande, i enlighet med lojalitetsprincipen, för EG: s räkning. Sådana regler kan instiftas i väntan på EG-rättslig lagstiftning. De nationella reglerna får naturligtvis inte strida mot andra EG-rättsliga regler. I vissa fall kan det även krävas att kommissionens samtycke inhämtas innan nationell lag stiftas.¹²

Det faktum att en viss kompetens exklusivt tillhör EG innebär inte att EG är förhindrad att delegera vissa delar av sådan kompetens till medlemsstaterna. När EG delegerar kompetens ses medlemsstaten som gemenskapens agent och anses handla i dess ställe, eftersom specifik tillåtelse till detta handlande anses föreligga. EG fastställer då på vilket sätt och i enlighet med vilken procedur medlemsstaten har att handla.¹³

2.1.2 Delad kompetens

Inom de områden där EG inte har exklusiv kompetens, men innehar kompetens, föreligger vad som brukar benämnas för delad eller konkurrerande kompetens. Delad kompetens innebär att medlemsstaterna har behörighet att utfärda nya regler så länge inget ännu beslutats i ämnet, men endast EG har kompetens att agera från det ögonblick då gemenskapsrättsliga regler införts. EG: s kompetens tar då över och tränger ut medlemsstaternas, vilket i doktrinen brukar beskrivas som EG-rättens spärrverkan. När en kompetens tagits i anspråk av EG upphör den att vara delad. Begreppet delade kompetenser innefattar således egentligen bara,

¹¹ Estella, s. 91.

¹² Melin och Schäder, s. 32.

¹³ Lenaerts, s. 98.

eller är bara ett annat namn för kompetenser vilka ännu inte hunnit bli exklusiva.¹⁴

Inom området för delad kompetens har EG och medlemsstaterna således samtidig kompetens. Gemenskapen utnyttjar sedan i takt med att rättsakter beslutas successivt den givna kompetensen. Därav följer att i samma takt upphör den tidigare samtidiga medlemsstatskompetensen. Man brukar härvid tala om lagstiftningsutrymmets upptagenhet. I den utsträckning som gemensamma normer beslutas blir utrymmet för nationell lagstiftning upptaget eller in-tecknat. Tankemönstret är inte helt olik den i svensk konstitutionell doktrin bekanta formella lagkraftens princip. Om riksdagen har lagstiftat i ett ämne blir detta ämne i motsvarande mån upptaget för t.ex. regeringsförordningar även om ämnet som sådant skulle höra till regeringens normgivningsbefogenhet (8 kap 17 § RF).¹⁵ Det finns ett klart samband mellan doktrinen om EG-rättens spärrverkan och principen om EG-rättens företräde framför nationell rätt. När EG-rättsliga regler väl antagits på ett område där gemenskapen är behörig, vore det ju oförenligt med läran om EG-rättens företräde om medlemsstaterna vore behöriga att anta regler på samma område.¹⁶

2.1.3 Medlemsstaternas restkompetens och EG: s implied powers

Trots vad som sagts ovan finns det ändå anledning att något uppehålla sig vid frågan om medlemsstaterna kan tänkas besitta några, och i så fall vilka, kvarvarande kompetenser. Utgångspunkten är att EG - enligt artikel 5 (1) EG - endast kan handla inom ramen för de befogenheter som tilldelats gemenskapen, och för att uppnå de mål som anges i EG- fördraget. I princip tillkommer därför alla övriga kompetenser medlemsländerna.¹⁷ Värt att observera i sammanhanget är dock artikel 308 EG enligt vilken EG i vissa fall anses ha implied powers för att nå ett visst mål. Denna artikel ger dock inte EG någon Kompetenz-Kompetenz,¹⁸ utan man kan istället tala om att den tilldelar EG den kompetens som krävs för att vidta de åtgärder som krävs för att uppnå fördragets mål, även om denna kompetens inte uttryckligen tillerkänts gemenskapen. Tillämpningsområdet för artikeln begränsas dock av att den endast får användas som sista utväg, när annan rättslig bas saknas, samt på kravet om enhällighet i rådet och på kravet om rådets motiveringsskyldighet enligt artikel 253 EG. Rådet måste visa på åtgärdens nödvändighet, samt på att andra vägar inte funnits.¹⁹

¹⁴ Nergelius, s. 97 f.

¹⁵ Melin och Schäder, s. 34.

¹⁶ Nergelius, s. 98 f.

¹⁷ Ibid., s. 101.

¹⁸ Begreppet betyder att unionen inte har den kompetens som krävs för att själv bestämma om kompetensfördelningen mellan unionen och medlemsstaterna. Staterna är fortfarande att se som fördragets herrar.

¹⁹ Nergelius, s. 101 f.

2.2 Kompetenskatalog eller ej?

En dynamisk tolkning av EG-rättens kompetensgränser hade givetvis varit svårare att göra om dessa gränser varit mera fixerade i något konstitutionellt dokument. Att *klart* reglera kompetenser i en kompetenskatalog skulle dock innebära att tillerkänna EU en mer statsliknade karaktär (de federala dragen skulle bli allt tydligare), något som flertalet medlemsstater nog inte är beredda att göra. Flera av medlemsstaterna skulle även kunna tänkas beklaga den förlust av flexibilitet i relationen EU/medlemsstat som en sådan åtgärd sannolikt skulle medföra.²⁰

Såsom tidigare nämnts gjorde kommissionen 1992²¹ ett försök att definiera området för EG: s exklusiva kompetens. Det är knappast ägnat att förvåna att medlemsstaterna vid Europeiska rådets möte i Edinburgh samma år avstod från att ta ställning till frågan. Staterna är naturligtvis angelägna om att inte teckna in en sfär inom vilken de saknar befogenhet att lagstifta.²²

Framtidskonventet har presenterat ett konstitutionsutkast där kompetensfrågorna reglerats något tydligare än vad som är fallet för närvarande. Mer om detta utkast följer i kapitel 6.

2.3 Kommentarer

De Búrca och Estella har i sina tolkningar av begreppet exklusiv kompetens fört fram ett flertal intressanta argument. Tid och kraft läggs i dagsläget på att försöka fastställa huruvida EG innehar en exklusiv kompetens inom ett område eller inte, och sålunda huruvida en subsidiaritetsbedömning därför skall utföras eller ej. Istället borde en subsidiaritetsbedömning utföras i alla frågor, vilka inte av EG-domstolen klart angivits falla inom ett område där EG innehar exklusiv kompetens, för att utröna på vilken nivå ett visst beslut bör fattas. Det måste klart framgå att exklusiv kompetens verkligen föreligger, om en subsidiaritetsbedömning skall underlåtas. Om gemenskapsinstitutionerna utför en extensiv tolkning av domstolens domar, och därmed av reglerna för EG: s exklusiva kompetens, är institutionernas förfarande i grunden ohållbart och legitimitetsfrämmande.

Artikel 308 EG kommer sannolikt att bli allt svårare att använda i framtiden. Medlemskretsen kommer inom kort att utökas, och artikelns krav på enighet i rådet kvarstår. Att lista kompetenser i ett dokument medför inte i sig att kompetensproblemet löses. Som jurist vet man att åtminstone ett problem till viss grad kommer att kvarstå, det språkliga. Inom Unionen har vi ett flertal olika språk, vilka alla skall äga lika giltighet. Det finns även en viss vaghet och öppenhet i språket i dagens fördrag. Denna kommer sannolikt till viss grad att finnas kvar om man ger sig i kast med att försöka lista

²⁰ Ibid., s.104.

²¹ Kommissionens rapport till rådet och Europaparlamentet i okt. 1992.

²² Melin och Schäder, s. 30.

kompetenserna. Problematiken faller bl.a. tillbaka på det faktum att Unionens olika medlemsstater har olika rättstradition och olika nationella politiska preferenser och agendor. Att försöka jämka samman dessa kommer onekligen att leda till problem. Ett problem som inte kommer att bli mindre i och med den stundande utvidgningen. Kompetensfördelningsfrågan är en av de frågor som skall diskuteras under regeringskonferensen våren 2004. Kanske borde man se till att skapa legitimitet och förtroende för de beslut som fattas innan man börjar diskutera frågan om en listning av kompetenser.

Kompetensfördelningsproblematiken kommer att diskuteras vidare i kapitel 6, där Framtidskonventets konstitutionsförslag och en del av de nyheter som däri presenteras kommer att granskas. En nyhet är ett försök till en kompetenslistning.

3 Subsidiaritetsprincipens historik

3.1 Principens uppkomst

Subsidiaritetstanken är en typisk europeisk eller snarare västerländsk tanke med sina rötter i Aristoteles och Thomas Aquinas läror. Det är viktigt att i detta sammanhang även ägna Johannes Althusius (1557- 1638) en tanke, eftersom han räknas som den första förespråkaren för subsidiaritet och federalism. Hans namn kommer upprepande gånger upp när man diskuterar principens ursprung. Hans världsåskådning passar nästan perfekt med subsidiaritet: en presumtion av olika men samarbetande grupper av individer, en support för det lokala självstyret inom ett vidare federalt ramverk, en kontraktsserie med historiska rötter vilken leder fram till formationen av universell tillhörighet, etc. Hos Althusius finner vi prov på båda subsidiaritetsprincipens strömningar, negativ och positiv subsidiaritet, dvs. både betydelsen av lokala enheters självstyre och betydelsen av ett större ramverk.²³ Ett kännetecknande drag hos 1800-tals liberalerna var annars att de tog till sig begreppet negativ subsidiaritet för att rättfärdiga ett statligt icke-ingripande.²⁴

De socialt medvetna katolikerna började tillämpa subsidiaritetstanken under 1800-talet och kom sedan att vara ledande i subsidiaritetsdiskussionen.²⁵ De blev varse de sociala problem, intensifierade av den industriella revolutionen, vilka uppkom i samhället. För att råda bot med dessa problem manade de samhällets toppskikt till att assistera samhällets svaga. Man propagerade således för positiv subsidiaritet. I maj 1891 utfärdade påven Leo XIII encyklikan, "Rerum Novarum" (Nya saker) vilken officiellt anförtrodde kyrkan uppgiften att genomföra sociala reformer samt tillät att staten agerade på den sociala arena. Han upprepade åtskilliga gånger behovet av statlig intervention för arbetarnas favör, eftersom de inte ansågs ha några egna resurser att falla tillbaka på och därför hade att förlita sig på statens assistans.²⁶

Principen fick sin första explicit uttalade formel 1931, när påven Pius XI utfärdade encyklikan "Quadragesimo Anno" (På det fyrtionde året). Syftet förefaller ha varit att i en orolig tid med totalitära nazistiska och kommunistiska regimer finna gränser för statens roll i människors liv och försöka etablera en rätt ordning.²⁷ Här nedan följer ett utdrag av principen:

²³ Endo, s. 9-11.

²⁴ Cass, s. 1111.

²⁵ Endo, s. 14.

²⁶ Endo, s. 16-17.

²⁷ SOU 1994:12, s. 117.

” På samma sätt som det är fel att ta ifrån en individ och överlämna till en grupp det som privat företagsamhet och industri kan utföra, är det orättfärdigt, av ondo och störande av den rätta ordningen om en större eller överordnad samfällighet tillväler sig de funktioner som kan utföras effektivt av mindre och lägre sällskap. Detta är en grundläggande, orubbad och orubblig princip för social filosofi. På grund av dess själva natur skall all social handlings sanna mål vara att hjälpa medlemmarna i samhällskroppen och aldrig försöka att förgöra eller införliva dem.”²⁸

Principen i encyklikan kan räknas som födelsen av subsidiaritetsprincipen. Om man iakttar denna formel kan högre organisationer inte tilldelas uppgifter vilka likväl kan utföras av mindre enheter, precis som samhället inte kan ta från individen vad han eller hon själv kan utföra. Med begränsningen av den högre organisationens aktiviteter kan man säga att subsidiaritetsprincipen var av negativ karaktär. Man skall dock inte underskatta de positiva element vilka likväl är närvarande, dvs. betoningen av statens skyldighet att i vissa fall intervensera. Pius XI var av samma åsikt som Leo XIII, vilka båda menade att staten hade skyldigheter beträffande genomförandet av sociala reformer.²⁹

3.2 Subsidiaritet i moderna konstitutioner

Principen, eller åtminstone något som i mångt och mycket påminner om den, finns representerad i ett flertal länders konstitutionella dokument. I den amerikanska konstitutionen begränsas de federala befogenheterna på ett sätt som ibland brukar tolkas som en subsidiaritetsprincip:

”Befogenheter vilka inte har delegerats till de Förenta staterna genom konstitutionen och vilka konstitutionen inte heller har fråntagit delstaterna är förbehållna respektive delstat eller folket.”³⁰

Subsidiaritetsprincipen kan även sägas ha präglat den tyska författningen från år 1949, trots att begreppet subsidiaritet inte uttryckligen nämns. Fördelningen av kompetens mellan den tyska förbunds nivå och länderna är sådan att all lagstiftningsmakt tillkommer länderna, om det inte särskilt föreskrivits att kompetensen ligger på förbunds nivå. Lagstiftningen på förbunds nivå är emellertid överordnad ländernas rättsregler. I den tyska grundlagen finns en uppräknings lista av exklusiva kompetenser på förbunds nivå, liksom de områden där det finns potentiell kompetens mellan förbunds nivå och länderna. Så länge förbunds nivå inte har använt sin kompetens står det länderna fritt att lagstifta inom dessa potentiella områden.³¹

²⁸ Ibid., s. 118.

²⁹ Endo, s. 19.

³⁰ US Constitution 10th Amendment, 1791 (min översättning).

³¹ SOU 1994:12, s. 120 samt Endo, s. 22.

I artikel 72 i den tyska grundlagen framhålls att förbunds nivån skall ha rätt att lagstifta i den utsträckning det är nödvändigt p.g.a. att a) ett problem inte kan lösas effektivt av enskilda delstater, b) en delstats åtgärder skulle kunna inverka negativt på andra delstater eller på förbundet som helhet eller c) upprättandet av rättslig eller ekonomisk enhetlighet kräver det.

I praktiken, trots stadgandet i grundlagen om att lagstiftningsmakten ligger hos länderna om annat inte föreskrivits, har det emellertid skett en maktförskjutning från delstaterna till förbunds nivån.³²

Även i de schweiziska, australiensiska och österrikiska konstitutionerna går det att urskilja subsidiaritetstankar, även om någon klar princip sällan uttryckligen finns med.³³

3.3 Principen i den EG-rättsliga debatten

3.3.1 Principen som ett tidigt fenomen

Det är omstritt när subsidiaritetsidén fick fäste i den europeiska integrationsprocessen. Det har framförts ett flertal olika åsikter vilka alla kan sägas peka på en subsidiaritetstanke. En uppfattning är att idén indirekt redan står att finna i ett antal artiklar i det ursprungliga Romfördraget. Här fanns bestämmelser motsvarande nuvarande artikel 3 EG om tillnärmning av ländernas nationella lagstiftning i den utsträckning som den gemensamma marknadens funktion kräver, artikel 95 EG om förutsättningarna för sådan harmonisering, samt även artikel 308 EG om implied powers.³⁴ Som ytterligare exempel har även givits användandet av direktivet som rättsakt. Direktiv anger de resultat som skall uppnås, men lämnar det upp till medlemsstaterna att välja formen för hur dessa skall uppnås.³⁵ Att användandet av direktivet som rättsakt skulle peka på en subsidiaritetstanke har dock kritiserats som tvivelaktigt då Romfördraget, i relation till subsidiaritetsprincipen, kan sägas handla om ett breddande och en fördjupning av gemenskapskompetensen.³⁶ Ytterligare en uppfattning är den att subsidiaritetsprincipen gjorde sitt insteg i EG i samband med den s.k. Luxemburg-kompromissen år 1966, när det slöts en s.k. ”Gentlemen’s Agreement” om att en medlemsstat i EG hade rätt att begära att en omröstning (i fall av majoritetsbeslut) inte skulle ske i frågor som kunde anses påverka medlemsstatens vitala nationella intressen, och att medlemsstaten själv skulle avgöra huruvida dessa intressen var hotade.³⁷

³² Ibid., s. 121.

³³ Ibid., s. 120.

³⁴ Ibid., s. 122 samt Santer, s. 22.

³⁵ Delors, s. 12.

³⁶ SOU 1994:12, s. 122.

³⁷ Ibid.

3.3.2 Tindemans vision

Första gången som principen tydligt framträder inom gemenskapskontexten var 1975, och då i kommissionens rapport om den ekonomiska gemenskapen. Denna rapport var en del av den s.k. Tindemans-rapporten,³⁸ en rapport baserad på tre andra rapporter från kommissionen, parlamentet och EG- domstolen, vilka upprättades efter ett beslut av rådet under regeringskonferensen i Paris 1974. Kommissionens rapport förespråkade att gemenskapens kompetenser skulle utökas. Denna ökning behövde regleras. Enligt kommissionen skulle upprättandet av en europeisk union kräva ett utsuddande av de dåvarande gränserna samt ett tillförande av nya kompetenser till gemenskapsinstitutionerna. Det skulle dock endast vara de uppgifter vilka medlemsstaterna inte själva kunde utföra, som skulle tillfalla unionen.³⁹

Tindemans vision av en europeisk union var inte lika ambitiös som kommissionens. Han var en stark motståndare till upprättandet av en europeisk konstitution, trots att han var en stark förespråkare för europeisk federalism. Han menade dock att stora steg framåt skulle komma att krävas. Han förespråkade bl.a. steg mot en gemensam utrikespolitik, arbete för en ekonomisk och monetär union, förbättringar inom området för skyddet för grundläggande och fundamentala rättigheter, en ökning av Europaparlamentets makt, en utvidgning av användandet av majoritetsröstning i rådet samt en utökad roll för EG- domstolen. Trots att principen inte explicit nämns, är den underliggande tonen i rapporten besläktad med likartade teman.⁴⁰

Sammanfattningsvis kan sägas att principen gavs följande grunddrag:

- 1 Ett behov av gemenskapshandling då medlemstaternas kapacitet var begränsad, vann erkännande.
- 2 Medlemstaterna och gemenskapen var olika lämpade att utföra olika uppgifter, och uppgifterna skulle därför lösas av den som var mest lämpad.
- 3 Medlemstatshandling och gemenskapshandling kompletterande varandra i strävan att bäst åstadkomma EG: s mål.
- 4 Delegation av kompetenser till de nationella myndigheterna på den administrativa och exekutiva nivån skulle vara i linje med att bäst nå EG: s mål.

Enligt vissa bedömare skulle detta förfarande leda till en ökning av EG: s kompetens, medan andra menade att medlemsstaternas kontroll skulle öka. Subsidiaritetsprincipen kom inom denna fas att visa på några av de komplexa problem, vilka ligger inbäddade i dess innersta väsen.⁴¹

³⁸ Leo Tindemans var vid tillfället Belgiens premiärminister.

³⁹ Cass, s. 1113 samt Endo, s. 23.

⁴⁰ Cass, s. 1113.

⁴¹ Ibid., s. 1115 f.

3.3.3 Fördragsförslaget om ett upprättande av en europeisk union

Tindemans rapport betraktades inte som det kvalitativa framsteg han hade hoppats på. Subsidiaritetstanken fick återigen luft under vingarna 1984, när Europaparlamentet lade fram ett förslag till fördragsförslag rörande upprättandet av en europeisk union. Förslaget hade arbetats fram efter det första direktvalet till Europaparlamentet 1979 av en kommitté under ledning av den italienske förgrundsgestalten i Europas enande, Alterio Spinelli. Spinelli hade även varit den drivande kraften i kommissionens bidrag till Tindemans-rapporten. Han var således en av de ledande förespråkarna för europeisk federalism.⁴²

I fördragsförslaget nämns subsidiaritetsprincipen för första gången vid namn i övervägandenas nionde paragraf, vilken lyder:

”Med avsikten att anförtro gemenskapens institutioner, enligt subsidiaritetsprincipen, endast med de kompetenser vilka anses som nödvändiga för att de fullgott skall kunna fullgöra de uppgifter vilka de kan utföra med en större tillfredsställelse än staterna själva då dessa handlar självständigt.”⁴³

Det är dock i förslagets olika artiklar som principen börjar nå sin slutliga form. Artikel 12 (2) lyder:

”Unionen skall endast handla för att fullgöra de uppgifter vilka kan utföras mer effektivt gemensamt än av medlemsstaterna då dessa handlar självständigt, särskilt i de fall då uppgifterna kräver att unionen handlar då dess dimension eller effekt når bortom nationsgränserna.”⁴⁴

Här är den första klara benämningen av subsidiaritetsprincipen och ett försök att deklarerat dess innehåll. Förutom att kompetensen ges till den som mest effektivt kan handha den, så anges hur denna effektivitet skall bestämmas. Unionen kan anses vara förpliktad att handla, d.v.s. det anses som mest effektivt att unionen handlar, då handlingens dimension eller effekt sträcker sig över nationsgränserna. Hänvisningar till principen förekommer även på andra stället i fördragsförslaget.⁴⁵

Sammanfattningsvis kan sägas att subsidiaritetsprincipen gavs följande drag:

⁴² Cass, s. 1116 samt Endo, s. 23.

⁴³ Min översättning från engelska.

⁴⁴ Min översättning från engelska.

⁴⁵ Cass, s. 1117.

- 1 Det konstaterades att effektivitet borde vara det kriterium som skulle bestämma kompetensfördelningen.
- 2 Två bedömningsgrunder, enligt vilka effektiviteten skulle bedömmas, inkluderades, om handlingen hade transnationell dimension eller effekt.
- 3 Principens mål var att finna en balans mellan genenskapsnivån och den nationella nivån vid kompetensanvändningen.

I denna fas fortsätter principen att uppvisa både centraliserande och decentraliserande drag.⁴⁶

3.3.4 Från Enhetsakten till Maastricht

3.3.4.1 Enhetsakten

Denna fas av principens utveckling inom EG-rätten inleds med att principen blir direkt tillämplig på ett specifikt område av EG: s kompetens, nämligen miljöområdet. Enhetsakten, vilken trädde ikraft 1987, medförde en del ändringar. Bl.a. infördes i fördraget en ny artikel 130r (4) vilken gavs följande lydelse:

”Gemenskapen skall vidta åtgärder rörande miljön i den utsträckning som de syften som anges bättre kan uppnås på gemenskapsnivå än på de enskilda medlemsstaternas nivå.”

3.3.4.2 Delors och de tyska länderna

Av allt att döma kom emellertid principens verkliga genombrott i EG efter ett möte i Bonn 1988 mellan EG kommissionens dåvarande president, Jacques Delors, och ministerpresidenterna i de tyska länderna.⁴⁷ Det var de tyska länderna som var en av de starkast drivande krafterna för ett subsidiaritetstänkande i den europeiska kompetensfördelningsdebatten. Anledningen till att de tyska länderna var drivande var bl.a. att de hyste oro för att en utökad EG- kompetens skulle komma att beröra områden, t.ex. kultur och utbildning, vilka enligt den tyska konstitutionen föll under deras exklusiva kompetens, och följaktligen än mer urholka deras suveränitet. Enligt länderna ansågs en utökad och fördjupad europeisk integration betyda en begränsning av deras kompetens. Genom att använda sig av subsidiaritetskonceptet sökte de byta medbestämmande mot självbestämmande. De sökte bevara sin konstitutionellt garanterade självständighet. När EG ämnade lagstifta på ett område som befann sig inom ländernas kompetenssfär, skulle länderna få möjlighet att medverka i lagstiftningsprocessen. På så sätt skulle de som var närmast gräsrotsnivån vara garanterade en plats, vilket ansågs vara i linje med principen.⁴⁸

⁴⁶ Ibid., s. 1119.

⁴⁷ Cass, s. 1120 samt SOU 1994:12, s. 123.

⁴⁸ Gretschnann, s. 53 f.

Jacques Delors var en av de starka förespråkarna för subsidiaritet under det sena 80-talet. När han i sitt invigningstal 1985 satte 1992 som datum för skapandet av en europeisk union, nämnde han subsidiaritetsprincipen. När han satt som ordförande i centralbankchefernas kommitté, vars rapport senare kom att kallas Delors-rapporten om EMU, så nämnde han än en gång uttryckligen principen.⁴⁹ Ytterligare ett exempel kan ges då Delors i sitt öppningsanförande av det akademiska året 1989 vid Europauniversitetet i Brugge, bl.a. med följande ord beskrev principens vikt:

”ett sätt att jämka det som för många ses som omöjligt: framväxten av ett enat Europa, men med en bevarad lojalitet mot hemlandet; behovet av en stark europeisk makt kapabel att tackla vår samtids alla problem, samt den absoluta nödvändigheten av att värna våra rötter i formen av våra nationer och regioner.”⁵⁰

Enligt Delors var subsidiaritetsprincipen integrationens främsta verktyg. Han ansåg tiden vara mogen för ett gemensamt utövande av suveränitet, men samtidigt att skillnader skulle respekteras. Han ville bl.a. undvika att kommissionen blev, som han kallade det, berusad av sin egen makt. Subsidiaritetsprincipen var en central del i Delors vision av ett enat Europa.⁵¹

3.3.4.3 Giscard d'Estaings rapport

År 1990 presenterade Giscard d'Estaing en rapport för Europaparlamentet, i vilken bl.a. subsidiaritetsprincipen behandlades. Denna rapport kom att antas⁵² av parlamentet som därför gav ett av sina främsta bidrag till principens utveckling. Rapporten har sagts innehålla fyra starka punkter⁵³:

- 1 Den noterar att subsidiaritetsprincipen redan, både implicit och explicit, finns representerad i fördragen.
- 2 Den konstaterar att principen inte endast bör användas för att definiera vem som bör ha kompetensen inom ett visst område, EG eller medlemsstaterna, utan också för att fastställa hur EG skall handla inom området för delade kompetenser.
- 3 Den finner att medlemsstaterna bör behålla långtgående kompetenser i enlighet med subsidiaritetsprincipen, samtidigt som EG:s exklusiva kompetens bör begränsas, och att systemet med att allokera kompetenser måste ta hänsyn till medborgarnas intresse och till regionernas särskilda natur.

⁴⁹ Endo, s. 24.

⁵⁰ Min översättning från engelska. Citatet finns publicerat i Santer, s. 22.

⁵¹ Cass, s. 1121.

⁵² Resolution of the European parliament A 3-163/90. Resolutionen kom senare att inkorporeras i parlamentets regeringskonferensresolution gällande dess strategi för den Europeiska Unionen, och vilken antogs den 22 november 1990.

⁵³ Santer, s. 23 f.

- 4 Den betonar det viktiga i att ge både politiska och juridiska garantier för att garantera att både EG: s och medlemsstaternas kompetenser respekteras.

Rapporten fick dock utstå viss kritik⁵⁴, bl.a. på grund av det faktum att den talar om två sätt att förverkliga principen på, vilka i grunden är ojämförbara. Det ena lägger vikten vid effektivitet och det andra vid nödvändighet av handlande. Att det är effektivt att EG handlar innebär inte på samma gång att det är nödvändigt att EG handlar.

3.3.4.4 Förhandlingsarbetet inför Maastricht

I förhandlingarna inför unionsfördraget kom subsidiaritetsprincipen att bli en av de viktigaste frågorna. Kommissionen, med president Delors i spetsen, lanserade sin syn på principen i sitt yttrande om en politisk union i oktober 1990. Kommissionen såg principen inte bara som ett verktyg för att lämna tillbaka kompetens till medlemsstaterna, utan även som ett verktyg vilket kunde möjliggöra en utveckling av EG: s exklusiva kompetens. Vad gällde den inre marknadens reglerande hävdade dock Delors, att det inte kunde bli fråga om ett återlämnande av kompetens till den nationella nivån.⁵⁵

Storbritannien och Tyskland gjorde införandet av en subsidiaritetsartikel i fördraget till en förutsättning för att de skulle ställa sig bakom ett utvidgande av EG: s behörighetsområde. Principen skulle vara en garanti för att gemenskapen inte skulle kunna handla fritt och ohindrat inom sin behörighetsfär.⁵⁶ Intressant att observera i sammanhanget är att Storbritanniens regering inte riktigt levde upp till denna ståndpunkt på hemmaplan. Samtidigt som landet argumenterade för ett införande av en subsidiaritetsartikel i fördraget, för att så mycket som möjligt skulle beslutas på nationsnivå, så tillämpade man motsatsen internt och tog upp stora delar av utbildningssektorn från regionerna till Westminster.⁵⁷

Medlemsstaterna lyckades bevisligen bestämma sig för att införa en subsidiaritetsprincip i fördraget. Stora diskussioner uppstod dock om var principen skulle placeras. Att principen bl.a. kom att placeras i själva EG-fördraget (nuvarande artikel 5 (2) EG) berodde mycket på att Tyskland och Storbritannien ville ge EG- domstolen en starkare ställning vid dess övervakande av principens tillämpning. Den tyska regeringen, som slog vakt om de tyska ländernas lagstiftningsmakt, var angelägen om att unionen skulle befrias från all onödig lagstiftning och att EG skulle koncentrera sig på stora och övergripande uppgifter. Tysklands förslag gick därmed ut på att regioner, genom Regionala kommittén, skulle få direkt tillgång till EG-domstolen då en EG-rättslig regel, som föll inom området för en regions kompetens, antagits i strid med principen.

⁵⁴ Lord Mackenzie-Stuart, s. 39.

⁵⁵ SOU 1994:12, s. 123 f.

⁵⁶ Ibid., s. 124.

⁵⁷ Lord Mackenzie-Stuart, s. 39.

Storbritannien gick än längre. Enligt landets förslag skulle ett medlemsland, inför EG-domstolen, kunna angripa en EG- rättslig rättsakt med subsidiaritetsargument redan innan den trätt i kraft. De övriga medlemsstaterna, vilka uteslutande såg principen som en politisk princip, ville endast att den skulle placeras i fördragets ingress. EG-domstolen skulle således, enligt dem, inte vara behörig att kontrollera principens tillämpning. Kontrollen skulle således vara uteslutande politisk och bestå i t.ex. en medlemsstats möjlighet att föra upp en viss fråga för behandling i rådet.⁵⁸

Även frågan hur principen skulle formuleras delade gemenskapens medlemsstater i två läger. Tysklands och Storbritanniens åsikter var även i detta avseende olika de andras. Enligt dem borde principen ha en negativ formulering, d.v.s. EG skulle endast handla i de fall när den aktuella målsättningen inte kunde uppnås på medlemsstatsnivå; vidare ansåg de att alla EG: s kompetensområde, även de exklusiva, skulle vara underkastade principen, samt att EG skulle handla endast i de fall när ett problem måste lösas med hjälp av gränsöverskridande insatser.

De andra medlemsstaterna ansåg att dessa förslag var för långtgående. De kritiserade kravet på gränsöverskridande effekt, men även kravet på att principen skulle vara tillämplig inom EG: s alla kompetensområden. Även principens negativa formulering kritiserades, eftersom denna i allt för hög grad skulle flytta över bevisbördan på gemenskapen. EG skulle således få leda i bevis att en viss åtgärd inte kunde genomföras tillräckligt väl av medlemsstaterna själva. De subsidiaritetskritiska staterna önskade därför en positiv formulering, som att EG skulle handla på de områden där ändamålet mest effektivt kunde tillvaratas av EG eller där de gränsöverskridande effekterna så skulle kräva det.⁵⁹

Efterhand som förhandlingarna framskred försköts tyngdpunkten alltmer i riktning mot den tysk-brittiska ståndpunkten. Resultatet följde den linje som Tyskland och Storbritannien förordade i så måtto att principen fördes in i själva EG-fördraget. Vidare valdes den negativa formuleringen av principen, med bevisbördan hos EG⁶⁰. Däremot accepterades inte Storbritanniens krav på möjligheten av en förhandskontroll av EG: s rättsakter. Inte heller Tysklands förslag att Regionala kommittén skulle ha möjlighet att föra upp subsidiaritetsfrågor till EG-domstolen vann acceptans.

Förespråkarna för den mjukare linjen fick bort begränsningen om kravet på gränsöverskridande effekter för att EG skulle vara behörigt att handla.⁶¹ Inte heller kravet på att principen skulle vara tillämplig inom EG: s alla kompetensområden anammades.

⁵⁸ SOU 1994:12, s. 124.

⁵⁹ Ibid., s. 124 f.

⁶⁰ Vad som krävs av EG för att bevisbördan skall anses vara uppfylld, är och har länge varit en het potatis i subsidiaritetsdebatten. Detta krav kommer att undersökas närmare i kapitel 5, om EG-domstolens praxis.

⁶¹ SOU 1994:12, s. 125 f.

Principen kom att placeras både i EU-fördraget och i EG-fördraget. I nuvarande artikel 1 EU anges att besluten skall fattas så nära medborgarna som möjligt. Bestämmelsen i artikel 1 EU är en politisk och mer övergripande bestämmelse, om rätt beslutsnivå. Dess innebörd kommer att behandlas närmare längre fram i arbetet. I nuvarande artikel 5 (2) EG finner vi den rättsliga principen, vilken eftersom den är placerad i EG-fördraget står under EG-domstolens kontroll. Denna artikel kommer ingående att behandlas i arbetets senare kapitel.

3.3.5 Varför kom principen att introduceras?

Om vi går tillbaka till tiden innan Enhetsakten ser vi att medlemsstaterna alltid hade en möjlighet att opponera sig mot och kunde i viss mån dessutom undandra sig effekterna av EG: s agerande i en viss fråga. De spelade antingen en avgörande roll vid beslutet om, och i så fall hur, EG skulle agera, eller också hade de möjligheten att undandra sig verkningarna av EG: s handlande. Denna balans mellan EG och medlemsstaterna kom först att bli rubbad genom Enhetsakten. Den enskilda medlemsstatens tyngd kom att minskas i och med det utökade användandet av majoritetsröstning i rådet.

De nya bestämmelserna, vilka på förslag skulle bli en del av det nya fördraget i och med Maastricht, var av samma karaktär. En del medlemsstater hyste därför oro för att deras möjlighet att påverka skulle bli än mer reducerad. Principen sågs därför som en möjlighet att åter få ta avgörande beslut i frågor, vilka inte kunde ses som aktuella för ett handlande på EG-nivå.

Även det utökade inflytandet av Europaparlamentet i den legislativa processen kom att bli av avgörande betydelse, liksom den kommande utvidgningen, vilken än mer skulle reducera den individuella medlemsstatens ställning och möjlighet att påverka beslutsprocessen.

Samtidigt kom en av möjligheterna, att undandra sig EG-rättens verkningar, att minskas radikalt. EG-domstolen förklarade, i Francovich - domen⁶², att en medlemsstat som inte följer eller implementerar EG-rätten kan komma att bli skadeståndsskyldig gentemot drabbade enskilda. Även introduktionen av nuvarande artikel 228 EG, vilken sanktionerar ett icke-efterkommande av EG-domstolens domar, minskade staternas möjligheter att undandra sig EG-rättens effekter.⁶³

⁶² C-6, 9/90 Francovich och Bonifaci mot Italien (REG 1991, s I-5357; svensk specialutgåva, volym 11).

⁶³ Schilling, s. 206 f.

4 Subsidiaritetsprincipen

4.1 En allmän EG-rättslig princip?

Viktigt att undersöka i det här skedet är huruvida man kan betrakta subsidiaritetsprincipen såsom varandes en allmän EG-rättslig princip eller inte, vilket är av betydelse för fastställandet av vilka som har att beakta principen vid handlande innanför EG-rättens ramar. Är det endast Unionens institutioner,⁶⁴ eller även dess medlemsstater? För att komma närmare svaret på frågan, om principen kan räknas som en allmän princip eller inte, gäller det att undersöka vad som kännetecknar en allmän rättsprincip, och huruvida subsidiaritetsprincipen uppvisar några sådana kännetecken.

Man kan fråga sig huruvida subsidiaritetsprincipen verkligen bör kallas en allmän rättsprincip, eftersom dess existens i realiteten regleras av ett antal fördragsbestämmelser istället för att vara ett slags övergripande och generell norm. Det är kännetecknande för det stora flertalet av EG-rättens allmänna rättsprinciper att de inte kommer till uttryck i eller finns definierade i fördragen, utan att de utvecklats av EG-domstolen i dess praxis och att de i grunden bottnar i medlemsländernas nationella konstitutionella och administrativa principer.⁶⁵ Det som tydligast kännetecknar en allmän EG-rättslig princip är således att den, eller något som i mångt och mycket starkt påminner om den, ofta finns representerad i, och är en självklar del av, det stora flertalet av medlemsstaternas interna rättsordningar. Principen har sedan förts upp på den EG-rättsliga nivån av EG-domstolen. Trots att domstolen har tolkat och anpassat principen så att den passar det EG-rättsliga syftet, har medlemsstaterna lättare att acceptera principen, eftersom de känner igen den ifrån den nationella arenan. Denna procedur känns igen ifrån skapandet av de flesta av de allmänna rättsprinciperna, dock inte subsidiaritetsprincipen. Den skapades inte av EG-domstolen och den återfinns endast i ett fåtal medlemsstaters interna rättsordning. Principen kom istället att införas, som en generell bestämmelse i och med Maastrichtfördraget. I EG-domstolens praxis, institutionella dokument och EG-rättslig lagstiftning finns inget som tyder på att den kan liknas vid en övergripande norm, vilken medlemsstaterna har att ta hänsyn till då de agerar inom det EG-rättsliga ramverket. Principens tillämplighet regleras endast av artikel 5 (2) EG och bestämmelserna i Amsterdamprotokollet, vilka endast gäller institutionerna. Det finns även andra indikationer på att principen inte utgör en allmän princip. I två nyligen publicerade böcker om EG-rättens allmänna rättsprinciper, behandlas principen inte som en självständig princip, utan endast inom ramen för proportionalitetsprincipen.⁶⁶

⁶⁴ Frågan om EG-domstolen även har att beakta principen vid utövande av dess fördragstolkande funktion, har lanserats i doktrinen och kommer att behandlas i kapitel 5.1.

⁶⁵ de Búrca (2000), s. 103.

⁶⁶ de Búrca (2000), s. 95 f och 103 samt de Witte, s. 148 f.

När man betraktar subsidiaritetsprincipen ifrån dessa utgångspunkter, kan det synas självklart att den inte uppfyller kraven på en allmän rättsprincip. Om man utöver de legala bestämmelserna även beaktar de mer övergripande, politiska och demokratiska bestämmelserna, vilka bl.a. kommer till uttryck i artikel 1 EU-fördraget, framträder dock en något annorlunda bild.

Förutom i artikel 5 (2) EG finns subsidiaritetsprincipen, mer eller mindre explicit, representerad på ett flertal olika ställen i fördragen. Vi skall här koncentrera oss på dess omnämnande i EU-fördraget. I EU-fördragets preambel sägs det att medlemsstaterna ”har föresatt sig att fortsätta processen mot skapandet av en allt fastare sammanslutning mellan de europeiska folken, där besluten skall fattas så nära medborgarna som möjligt i enlighet med subsidiaritetsprincipen”. Vidare så sägs det i artikel 1 EU-fördraget att ”besluten skall fattas så nära medborgarna som möjligt”, och i artikel 2 EU-fördraget sägs i sista stycket att unionens mål skall uppnås i enlighet med bestämmelserna i fördraget, ”med beaktande av subsidiaritetsprincipen, sådan den finns definierad i artikel 5 i Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen”.

Artikel 1 EU-fördraget, vilken då den är placerad i EU-fördraget inte faller under EG-domstolens tolkande kompetens, hänvisar således till att beslut skall tas ”så nära medborgarna som möjligt”, vilket är något annat än det effektivitetstänkande som ligger till grund för bedömningen enligt artikel 5 (2) EG. Här framträder tydligt respekten för mindre beslutande enheter, på en lägre nivå, och således även för individens position. Denna breda tolkning av principen finns bl.a. representerad i den av de tyska, österrikiska och belgiska regeringarna utfärdade förklaringen inför Amsterdamfördraget.⁶⁷ Ländernas tolkning av principen innebär att principen inte endast gäller för EG- och medlemsstatsnivån, utan även för politiska enheter på en lägre nivå, vilka har en del i den EG-rättsliga kompetensanvändningen. Det är oklart huruvida andra medlemsländer delar denna uppfattning. Det samma gäller om denna tolkning är i linje med artikel 1 i EU-fördragets syfte, samt huruvida denna uppfattning i framtiden kommer att delas och möjligen också vidareutvecklas av EG-domstolen.⁶⁸

Det faktum att dessa bestämmelser står att finna i EU-fördraget innebär inte att de helt saknar praktisk funktion eller att domstolen inte i framtiden kan komma att använda sig av dem. EG-domstolen har i yttrande och domar använt sig av bestämmelser ifrån delar av EU-fördraget, vilka egentligen inte kan bli föremål för domstolsprövning^{69 70}. Det har även framkommit argument pekande på att det finns ett nödvändigt förhållande mellan den samlare, legala och effektivitetsinriktade principen i

⁶⁷ Se 1997 OJ C 340/143.

⁶⁸ de Búrca (2000), s. 111.

⁶⁹ Jfr. bl.a. Opinion 2/94 on accession of the EC to the ECHR [1996] ECR I- 1759.

⁷⁰ de Búrca (1999), s. 10.

artikel 5 (2) EG och dess demokratiinriktade motsvarighet i artikel 1 EU-fördraget. Eftersom principen i artikel 1 EU-fördraget, rörande närheten till medborgarna, har till syfte att influera och styra handlandet inom hela Unionen, och således självfallet även EG delen därav, innebär det att artikel 5 (2) EG måste tolkas och tillämpas med beaktande av bestämmelserna i EU-fördraget och således även artikel 1 EU.⁷¹

Om man vid en definition av EG-rättens allmänna rättsprinciper fokuserar på hur de har inkorporerats och utvecklats av EG-domstolen, den möjlighet som de med framgång kan användas som laglighetsprövningsinstrument och hur de som principer är bindande för medlemsstaterna när dessa handlar inom EG-rättens område, så är subsidiaritetsprincipen inte att räkna som en sådan princip. Om man å andra sidan inte endast fokuserar på den juridiska arenan, utan vidgar omfånget till att även omfatta olika politiska norminflenser, så blir bilden en något annan.⁷²

4.2 Principen i artikel 5 (2) EG

I detta kapitel kommer subsidiaritetsprincipen i artikel 5 (2) EG att behandlas. Åren efter Maastrichtfördragets ikraftträdande utfärdades ett antal institutionella dokument,⁷³ vilka behandlade hur principen skulle tolkas och tillämpas. Bestämmelserna i dessa dokument kom i stort att överföras till Amsterdamprotokollet och kommer därför endast kort att behandlas i anslutning till protokollet. I Amsterdamprotokollet ges en närmare vägledning till hur principens olika komponenter bör tolkas, och således till hur institutionerna bör tillämpa principen i lagstiftningsförfarandet. Protokollet kommer att behandlas i kapitel 4.3.

Artikel 5 (2) EG har följande lydelse:

”På de områden där gemenskapen inte är ensam behörig skall den i överensstämmelse med subsidiaritetsprincipen vidta en åtgärd endast om och i den mån som målen för den planerade åtgärden inte i tillräcklig utsträckning kan uppnås av medlemsstaterna och därför, på grund av den planerade åtgärdens omfattningar eller verkningar, bättre kan uppnås på gemenskapsnivå.”

Viktigt att komma ihåg inför den kommande diskussionen är att principen, såsom tidigare påpekats, inte tilldelar kompetenser, utan endast rör frågan om användandet av dessa. Principen söker således lösa frågan om berättigat handlande.

⁷¹ Ibid., s. 11.

⁷² de Búrca (2000), s. 111.

⁷³ se not 87-89.

4.2.1 Endast inom de områden där EG inte är ensamt behörig

Principen är enligt dess ordalydelse endast tillämplig inom de områden där EG inte innehar exklusiv kompetens. Principen är således endast tillämplig inom de områden där delad/konkurrerande kompetens föreligger. Problemet med att fastställa inom vilka områden EG kan sägas inneha en exklusiv kompetens har behandlats i kapitel 2. För en närmare analys hänvisas därför läsaren dit. Här skall endast återigen nämnas den tolkning som enligt min mening är att föredra, nämligen att principen bör användas och således att en subsidiaritesbedömning bör utföras i alla de fall då EG ämnar lagstifta, undantaget i de fall där EG-domstolen klart uttalat att det inom det aktuella området föreligger en för EG exklusiv kompetens.

4.2.2 Målen för den planerade åtgärden

Som ett andra hinder vid genomgången stöter man på problemet med att fastställa vad som ligger i begreppet ”gemenskapens mål”. Liksom det är svårt att med säkerhet fastställa kompetensfördelningen, så är det likaledes svårt att med säkerhet fastställa vilka mål som kan sägas falla under benämningen gemenskapsmål. Artikel 5 EG gör inget för att sprida ljus över dessa problem. Artikel 5 (2) EG indikerar att målen för den planerade åtgärden syftar på, och måste vara, gemenskapens mål. Fastän presumtionen är att medlemsstaterna skall handla, är det tydligt att åtgärdens mål i grunden måste vara gemenskapsmål. Om de inte är gemenskapsmål, är ett handlande på gemenskapsnivå inte tänkbart. Enligt Estella kan man därför, eftersom det saknas en tydlig definition av EG:s kompetens, se artikelns hänvisning till ”mål” som ännu en garanti (dock en som nedan skall visas väldigt svag sådan) för medlemsstater då de opponerar sig mot att EG handlar i ett visst fall. Minoriteten kan således hävda att när det saknas klarhet gällande frågan om ett visst mål måste uppnås genom handlande på EG-nivå, är bristen på klarhet en indikation på att EG inte alls bör handla. Det är dock viktigt att poängtera att denna invändning i de allra flesta fall troligtvis inte kommer att bära frukt, eftersom, för det första, EG:s mål har en vid definition i fördragen;⁷⁴ för det andra, EG-domstolen har i sin praxis visat en tendens till att ge begreppet ”gemenskapsmål” en vidsträckt tolkning; och för det tredje, EG kan i de flesta fall hävda att en viss åtgärd faller inom ramen för ett av EG-fördragets huvudmål, att skapa och skydda den inre marknaden. Därför, trots att hänvisningen till ”mål” kan synas vara en andra säkerhetsventil för medlemsstaterna, kommer den i praktiken inte att medföra mycket.⁷⁵

⁷⁴ Se artikel 2 EG och artikel 2 EU-fördraget.

⁷⁵ Estella, s. 92 f. och de Búrca (1999), s. 11 f.

4.2.3 Ett handlande måste vara berättigat

Under denna rubrik kommer jag kort att redogöra för de krav som artikeln ställer upp för att ett handlande på EG-nivån inom området för delade kompetenser skall vara berättigat. Artikelns text ställer upp två sådana krav, vilka i redogörelsen kommer att benämnas tillräcklighetskravet och kravet på ett ökat värde.

Enligt tillräcklighetskravet skall EG handla ”endast om och i den mån som målen för den planerade åtgärden inte i tillräcklig utsträckning kan uppnås av medlemsstaterna”. Enligt kravet på ett ökat värde skall EG handla endast om åtgärden, ”på grund av den planerade åtgärdens omfattning och verkningar, bättre kan uppnås på gemenskapsnivå”. Frågan man nu kan ställa sig är om inte de två kraven motsäger varandra.

Vid en första genomläsning verkar det som om de två kraven förespråkar olika och även varandra motsatta lösningar. Tillräcklighetstestet hävdar att ett handlande på medlemsstatsnivån är godtagbart om handlandet uppnår målen med den planerade åtgärden. Handlandet är således godtagbart oberoende av om ett handlande på EG-nivå bättre uppnår det utsatta målet. Kravet på ett ökat värde å andra sidan ser ut att kräva ett jämförande av det föreslagna EG-handlandet och det föreslagna medlemsstatshandlandet. Endast i de fall när det står klart att ett handlande på EG-nivån är bättre än ett handlande på medlemsstatsnivån, så är ett handlande, enligt det andra testet, befogat. Därför, om de individuella medlemsstaternas föreslagna handlande är tillräckligt för att nå målet, men EG:s förslag anses vara bättre, så skall medlemsstaterna inte handla. En mekanisk tillämpning av de båda testen kommer således att leda till motsatta resultat i fall där de enskilda medlemsstaternas föreslagna handlande anses som tillräckligt, men där det av EG föreslagna handlandet är bättre. Enligt Dehousse innebär tillämpningen av det första testet två möjliga utfall: antingen är ett handlande på medlemsstatsnivå tillräckligt effektivt för att nå målet, och ett handlande på denna nivå skall ske, eller så är så inte fallet. I det senare fallet är tillämpandet av det andra testet, det med krav på ett ökat värde, utan mening. Förutsatt att EG-handlandet i sig är effektivt, är det sannolikt mer effektivt än ett ineffektivt medlemsstatshandlande⁷⁶. Förklaringen till denna, möjligen konträra lösning, står att finna i den förhandlingsprocess som banade vägen för principens införande. Frågan är om det av resultatet av denna politiska kompromiss, är möjligt att finna en koherent rättsligt formel.⁷⁷

Enligt Estella är en tolkning möjlig, vilken å ena sidan samordnar de båda testen utifrån en rättslig utgångspunkt och å andra sidan respekterar gemenskapslagstiftarens önskan att kravet på ett ökat värde skall ges prioritet. Han anser att ett EG-handlande är överflödigt i de fall när det av medlemsstaterna föreslagna förfarings sättet är tillräckligt för att nå det

⁷⁶ Dehousse, s. 111.

⁷⁷ Estella, s. 93 f. Jfr även Toth, s. 1097 f, Sahibzada, s. 24 f och Emiliou, s. 401.

uppsatta målet. Undantagna är de fall när det av EG föreslagna förfaringsättet når målen mer komplett och det påvisade ökade värdet är manifest. I de fall när det av medlemsstaterna föreslagna förfaringsättet skulle visa sig vara otillräckligt, skall EG likväl inte per automatik anses ha full frihet att handla. Även i dessa fall måste EG visa att dess förslag påvisar en påtaglig förbättring jämfört med medlemsstaternas, för uppnåendet av fördragets mål.⁷⁸

Nergelius anser att analysen och tillämpligheten av artikel 5 (2) EG har en tendens att överdrivas. Han förespråkar därför en, i hans mening, något enklare metod. I artikel 5 (2) EG sägs bara att EG, utanför området för exklusiva kompetenser, endast kan vidta en åtgärd om och i den mån som målen för åtgärden inte i tillräcklig utsträckning kan uppnås av medlemsstaterna och därför bättre kan uppnås på gemenskapsnivå. Att bedöma om så är fallet kräver enligt honom företagandet av ett inte alltför komplicerat test. Meningens nyckelord är enligt honom ordet *därför*. Om målen för en viss åtgärd inte i tillräcklig utsträckning kan uppnås genom nationella åtgärder så blir just därför, p.g.a. att dessa mål bättre kan uppnås på gemenskapsnivå, EG behörig. När nationella beslut inte förslår så har således EG kompetens. Han pekar här på det kausalsamband som föreligger; det är just för att syftet med åtgärden inte kan uppnås genom handlande på medlemsstatsnivån som det bättre kan uppnås på EG-nivån (t.ex. därför att ett gränsöverskridande handlande behövs).⁷⁹

Andra aspekter av stadgandet vållar däremot enligt Nergelius⁸⁰ vissa problem. Vad ligger t.ex. i begreppen ”medlemsstat”, ”att något bättre kan uppnås genom EG-handlande”, ”inte i tillräcklig utsträckning” etc. Dessa problem kommer i viss mån att behandlas inom ramen för nästföljande kapitel.

4.3 Tillämpningsföreskrifterna i Amsterdamprotokollet

4.3.1 Introducerande kommentarer - Varför protokollet?

Såsom tidigare nämnts, kom institutionerna och medlemsstaterna åren efter subsidiaritetsprincipens introduktion i EG-fördraget att anta ett antal dokument med syfte att klargöra principens tillämpning och tolkning. Det största problemet med dessa dokument var deras rättsligt bindande ställning. Vad gäller kommissionens kommunikationsdokument⁸¹ och

⁷⁸ Estella, s. 94.

⁷⁹ Nergelius, s. 114.

⁸⁰ Ibid., s. 115.

⁸¹ The communication by the Commission to the Council and Parliament on the principle of subsidiarity. Bull. EC 10-1992.

medlemsstaternas uttalande i Edinburgh,⁸² så har EG-domstolen givit liknande typer av dokument en ställning som *soft law*. D.v.s. domstolen kan använda sig av dem vid tolkning av lagtext, men är inte beredd att ge dem en självständig juridiskt bindande ställning. Beträffande den interinstitutionella överenskommelsen⁸³ är rättsläget inte lika klart. Enligt Estella, som här hänvisar till Snyder, är denna typ av dokument inte rättsligt bindande. EG-domstolen har dock i ett antal fall, när ett antal snävt avgränsade villkor varit uppfyllda, ansett dem såsom i viss mån rättsligt bindande.⁸⁴

Medvetna om denna problematik, och eftersom de ville förstärka principens juridiskt bindande ställning⁸⁵, beslutade sig medlemsstaterna för att till Amsterdamfördraget ansluta ett protokoll⁸⁶. Protokollet bygger i det stora hela på de ovan redovisade dokumenten. Några stora skillnader i sak har inte introducerats. Det har hävdats att protokollet gör subsidiaritetskonceptet alltmer förvirrande⁸⁷. Andra har dock hävdats det motsatta⁸⁸.

Punkterna i protokollet kommer inte att redovisas i sin helhet, utan endast de delar därav vilka bedömts som intressanta för granskningen. Jag kommer att binda upp min diskussion kring fyra frågor, vilka protokollet har till sin uppgift att söka besvara. Frågorna är: Vilka institutioner är skyldiga att implementera principen?; Påverkar principen gemenskapens konstitutionella ordning?; Hur skall principen definieras?; Och, hur skall principen implementeras?

4.3.2 Vilka institutioner är skyldiga att implementera principen?

I protokollets första punkt behandlas närmare vilka institutioner som i sin verksamhet har att beakta, eller närmare bestämt är bundna av principen. Punktens första mening lyder: ”Varje institution skall när den utövar sina befogenheter säkerställa att subsidiaritetsprincipen följs.” Begreppet varje institution innefattar mer än de institutioner vilka står listade i artikel 7 EG. Alla institutioner med kompetens att utfärda juridiskt bindande rättsakter faller in under begreppet, således bl.a. även den Europeiska centralbanken. Av punkt 1 i protokollet framgår indirekt att EG-domstolen har kompetens att använda principen som ett lagenlighetsprövningsinstrument. I protokollets trettonde punkt förstärks påståendet ytterligare, eftersom denna

⁸² Overall approach to the application by the Council of the subsidiarity principle and Article 3b of the Treaty on European Union. Bull. EC 12-1992.

⁸³ Interinstitutional Agreement between the European Parliament, the Council and the Commission on procedures for implementing the principle of subsidiarity. Bull. EC 10-1993.

⁸⁴ Estella, s. 100 f, de Búrca (1999), s. 20 f samt Nergelius, s. 118.

⁸⁵ Enligt artikel 311 EG utgör protokoll av detta slag en integrerad del av fördraget.

⁸⁶ Protokoll om tillämpning av subsidiaritets- och proportionalitetsprinciperna.

⁸⁷ de Búrca (1999) s. 21.

⁸⁸ Swaine, s. 49.

lyder: ”Hur subsidiaritetsprincipen följs skall granskas i enlighet med bestämmelserna i fördraget.”⁸⁹

4.3.3 Påverkar principen gemenskapens konstitutionella ordning?

I protokollets andra punkt anges bl.a. fast att tillämpningen av principen ”skall ske med iakttagande av de allmänna bestämmelserna och av fördragets mål, särskilt när det gäller att fullt ut behålla gemenskapens regelverk och jämvikten mellan institutionerna; den skall inte påverka de principer som domstolen har utvecklat i fråga om förhållandet mellan nationell rätt och gemenskapsrätt och den skall beakta artikel 6.4 i Fördraget om Europeiska unionen, enligt vilken ”unionen skall se till att den har de medel som den behöver för att nå sina mål och genomföra sin politik””. Av punkten framgår att när principen tillämpas skall gemenskapens *acquis communautaire* och principen om institutionell balans respekteras. Subsidiaritetsprincipens tillämplighet kan således begränsas av unionens *acquis*. Gemenskapens regelverk skall ju enligt punkten ”iakttagas” och fullt ut ”behålla [s]”. Man kan således inte, med användande av principen, ompröva eller utmana den existerande *acquis communautaire*⁹⁰. Tillämpningen av principen får ”inte [heller] påverka de principer som domstolen utvecklat i fråga om förhållandet mellan nationell rätt och gemenskapsrätt”. Följande principer åsyftas särskilt: principen om EG-rättens företräde framför nationell rätt, principen om direkt effekt och principen om statsskadestånd⁹¹. Enligt Nergelius kan stadgandet tolkas som en varning till de nationella myndigheterna och domstolarna, vilka annars kan frestas att med hänvisning till subsidiaritetsprincipen ge nationella regler företräde framför EG-regler, men också som ett ställningstagande, med långtgående implikationer, för EG-domstolens syn på förhållandet mellan EG-rätt och nationell grundlag, vilken skiljer sig från den uppfattning som företräts av författningsdomstolarna i Tyskland och Italien⁹².

Sist i punkt 2 föreskrivs att när principen tillämpas skall principen om tillräckliga medel också beaktas. Att de två principerna fjättrats samman innebär att kommissionen, när den lägger fram ett lagförslag, skall se till att de medel som behövs (och då framförallt de finansiella) finns tillgängliga. Om tillräckliga medel inte finns disponibla, bör EG inte handla⁹³.

Enligt punkt 3 skall subsidiaritetsprincipen inte innebära ”ett ifrågasättande av de befogenheter som Europeiska gemenskapen på grund av fördraget och i enlighet med domstolens tolkning förfogar över”. Stadgandet är ett

⁸⁹ Estella, s. 101 f.

⁹⁰ Vergés Bausili, s. 7.

⁹¹ Estella, s. 102.

⁹² Nergelius, s. 118.

⁹³ Estella, s. 102 f.

ytterligare klargörande av den del av punkt 2 som hänvisar till gemenskapens *acquis communautaire*⁹⁴.

I punkt 8 stadgas att i de fall då ”subsidiaritetsprincipen medför att gemenskapen inte vidtar någon åtgärd åligger det medlemsstaterna att i sin verksamhet följa de allmänna reglerna i artikel 10 i fördraget [lojalitetsprincipen] genom att vidta alla lämpliga åtgärder för att för att fullgöra sina skyldigheter enligt fördraget samt genom att avstå från alla åtgärder som skulle kunna äventyra förverkligandet av fördragets mål”.

4.3.4 Hur skall principen definieras?

I protokollet görs dessutom ett försök att definiera subsidiaritetsprincipen. Av punkt 3 framgår att ”subsidiaritetsprincipen tillhandahåller en vägledning för hur dessa befogenheter skall utövas på gemenskapsnivå”. Med ”dessa” avses ”de befogenheter som [den] Europeiska gemenskapen i enlighet med fördraget och i enlighet med domstolens tolkning förfogar över”. Principen tilldelar således inte kompetenser, utan är närmast att betrakta som ett instrument som har till avsikt att reglera hur de redan tilldelade kompetenserna används. Enligt Estella är konstaterandet att principen har till avsikt att reglera hur kompetenser används en nyhet presenterad i och med Amsterdam. Jag är dock inte benägen att hålla med. Att principen är till för att reglera hur kompetenser används fastställdes redan i kommissionens kommunikationsdokument till rådet och Europaparlamentet 1992⁹⁵, där det stadgas att: ”subsidiaritetsprincipen reglerar inte vilka kompetenser som tillhör gemenskapen: detta regleras av fördraget”, utan den är en princip med avsikt att ”reglera användandet av kompetenserna”. Principen framställs i punkten som ett ”dynamiskt begrepp”. Den gör det möjligt att när så krävs ”utvidga räckvidden för gemenskapsåtgärder”, men även att ”inskränka” eller till och med ”upphöra med dem när de inte längre är berättigade”.

4.3.5 Hur skall principen implementeras?

Frågan inställer sig hur principen skall implementeras. För att få svar på denna fråga är det inledningsvis viktigt att notera att protokollet, precis som artikel 5 (2) EG, slår fast att principen endast är tillämplig inom området för delade kompetenser. I protokollets tredje punkt stadgas att: ”de kriterier som avses i artikel 5 andra stycket i fördraget gäller för områden där gemenskapen inte är ensam behörig”. Problemet är att det inte i protokollet, eller i annan bindande EG-rättslig lagstiftning, återfinns en lista på vilka kompetenser som skall anses som delade, exklusiva etc. Problemet har presenterats tidigare och står på dagordningen inför regeringskonferensen år våren 2004.

⁹⁴ Ibid., s. 103.

⁹⁵ se not 82.

I protokollet punkt 5 anges, precis som i artikel 5 (2) EG, dock med ett något annorlunda ordval, tillräcklighetskravet och kravet på ett ökat värde som villkor för att ett gemenskapshandlande skall vara godtagbart. ”Målen för den planerade åtgärden kan inte i tillräcklig utsträckning uppnås genom åtgärder av medlemsstaterna inom ramen för deras nationella konstitutionella ordning och kan därför bättre uppnås genom en gemenskapsåtgärd.” Hänvisningen till medlemsstaternas ”nationella konstitutionella ordning” är en nyhet. Enligt Estella, saknar den dock betydelse för bedömningen⁹⁶. Punkten meddelar även ett antal riktlinjer, vilka bör användas för att avgöra huruvida berättighetsvillkoret skall anses som uppfyllt. Dessa riktlinjer är direkt tagna ifrån de övriga, efter Maastricht producerade, subsidiaritetsbehandlande dokumenten⁹⁷. Värt att notera är dessutom att det i protokollet inte talas om andra beslutsnivåer än EG- och medlemsstatsnivån⁹⁸. Innan vi utför en närmare analys av de olika riktlinjerna är det viktigt att vi lär oss att skilja på två olika aspekter av principen: materiell- och processuell subsidiaritet⁹⁹. Materiell subsidiaritet, vilken kommer till uttryck i punkt 5 av protokollet, innefattar ett användande av de ovan nämnda riktlinjerna i en undersökning av om huruvida ett handlande på EG-nivån bör företas eller ej. Processuell subsidiaritet innefattar ett uppräknande av ett antal processuella villkor, vilka gemenskapsinstitutionerna måste uppfylla innan de implementerar principen. Processuell subsidiaritet innebär således i stort en specificering av den i artikel 253 EG nämnda motiveringsskyldigheten. Jag kommer att i kapitel 4.3.5.1 och 4.3.5.2 ingående behandla dessa båda aspekter. Viktigt att poängtera redan här är dock att de olika aspekterna naturligtvis har mer gemensamt och förutsätter varandra på ett större vis än den stundande genomgången möjligen uppmärksammar¹⁰⁰.

4.3.5.1 Materiell subsidiaritet

I protokollets femte punkt söker man således komma fram till i vilka fall en gemenskapsåtgärd kan anses vara berättigad. Subsidiaritetsprincipens båda aspekter måste uppfyllas, dvs. både kravet på tillräcklighet och på ett ökat värde. Om så är fallet anses ett gemenskapshandlande som materiellt godtagbart. Som framkommit ovan, anges i punkten även ett antal riktlinjer vilka, för att använda punktens ordval, ”bör användas för att avgöra om det ovan nämnda villkoret är uppfyllt:”

- Frågan uppvisar gränsöverskridande aspekter, som inte på ett tillfredställande sätt kan regleras genom åtgärder av medlemsstaterna.
- Åtgärder vidtagna av medlemsstaterna eller avsaknad av gemenskapsåtgärder skulle strida mot fördragets krav (t.ex. behovet

⁹⁶ Estella, s. 106.

⁹⁷ Estella, s. 105. Se not 82, 83 och 84.

⁹⁸ Jfr. de Búrca (1999), s. 21 samt den i kapitel 4.1 förda diskussionen.

⁹⁹ Begreppsparet är lånat av Estella.

¹⁰⁰ Estella, s. 105 f.

av att korrigera snedvridning av konkurrensen eller undvika förtäckt begränsning av handel eller stärka den ekonomiska och sociala sammanhållningen) eller på annat sätt avsevärt skada medlemsstaternas intressen.

- En åtgärd på gemenskapsnivå skulle på grund av sin omfattning eller sina verkningar innebära klara fördelar jämfört med en åtgärd på medlemsstatsnivå.

Den första riktlinjen kan uppfattas som den mest konkreta av de tre. Att en viss fråga uppvisar gränsöverskridande aspekter kan inom vissa områden ganska enkelt fastställas. Ett solklart exempel är problemet med luftföroreningar och dessas gränsöverskridande natur. En skorsten placerad vid den spanska - franska gränsen kommer inte endast att släppa ut föroreningar i Frankrike, utan (åtminstone) också i Spanien. Nästan varje fråga, som uppvisar gränsöverskridande aspekter, kan enligt de Búrca falla in under denna kategori¹⁰¹. Inte endast självklara frågor, vilka påverkar handeln mellan medlemsstaterna och marknadsvillkoren, utan även mindre självklara frågor, gällande t.ex. internationellt organiserad brottslighet har pekats ut som kandidater. Det får dock aldrig bli fråga om att rent spekulativa gränsöverskridande aspekter rättfärdigar ett gemenskapshandlande.¹⁰² Enligt Estella bör den första riktlinjen sammanfogas med den tredje. På så sätt bildar de gemensamt ett kriterium, av honom betecknat ”det gränsöverskridande dimension kriteriet”¹⁰³. Den första riktlinjen kompletterar riktlinje tre. De fall när en planerad åtgärds omfattning eller verkningar tydligast kräver ett handlande på gemenskapsnivån, är de med uppvisade gränsöverskridande aspekter¹⁰⁴.

Ur riktlinje två framkommer kriterium två, det s.k. ”snedvridna marknads kriteriet”¹⁰⁵. Innan jag företar en närmare analys av kriteriet, är det viktigt att först fokusera på ett första problem som uppkommer när man har att göra med två eller för den delen flera kriterier. Problemet är huruvida de båda kriterierna är kumulativa eller ej. För att rättfärdiga ett EG-handlande måste EG uppfylla båda kriterierna eller är det tillräckligt om bara ett är uppfyllt? I punkten ges inga indikationer på vad som skall anses gälla, vilket enligt Estella måste tolkas som att de är kumulativa. Han hävdar dock att kriterium två bör ges företräde framför kriterium ett, vilket innebär att för att ett EG-handlande skall anses befogat i en viss fråga så måste den föreslagna åtgärden uppfylla båda testens krav, om inte den vinst som förväntas uppkomma i ett inre marknads perspektiv är större än den vinst som kan förväntas genom att ett gemenskapshandlande blockeras.¹⁰⁶ Enligt kriterium två kan gemenskapsåtgärder vara befogade i de fall när ”åtgärder vidtagna av medlemsstaterna eller avsaknad av gemenskapsåtgärder skulle strida mot fördragets krav [...] eller på annat sätt

¹⁰¹ de Búrca (1999), s. 21.

¹⁰² Ibid.

¹⁰³ Begreppet är Estellas.

¹⁰⁴ Estella, s. 107.

¹⁰⁵ Begreppet är Estellas.

¹⁰⁶ Estella, s. 107 och 111.

avsevärt skada medlemsstaternas intressen”. Som exempel på vad som vid bedömningen skall anses som fördraget krav anges i punkten bl.a. att en snedvridning av konkurrensen skall motverkas och att man skall undvika en förtäckt begränsning av handeln. Fri konkurrens och fri handel är tydliga exempel på vad som faller inom målet och syftet med den inre marknaden. Begreppet den inre marknaden är generellt hållet och öppet för att innefatta det mesta. Det kan här hänvisas till artiklarna 94 och 95 EG, vilka har som syfte att, där så behövs, säkra och stärka den inre marknaden genom en harmonisering av medlemsstaternas lagar. Dessa artiklar har av vissa uppfattats såsom kontroversiella, eftersom de kan användas för att stifta gemenskrapsrättsliga lagar vilka utökar EG-rättens räckvidd, eller åtminstone tillåter dess expansion. Nästa alla skillnader mellan medlemsstaternas lagar kan sägas snedvrda konkurrensen eller i stort hindra den inre marknads funktionella funktion, men bör alla skillnader kräva gemenskrapsåtgärder?¹⁰⁷

I alla nästan frågor kan man finna både för- och nackdelar med ett gemenskrapskrandlande. Problemet är att finna i vilka fall ett handlande på EG-nivån är att föredra och i vilka fall medlemsstaterna själva bör handla. Att bestämma på vilken nivå ett handlande bör företas är subsidiaritetsfrågans kärna och dess besvarande kommer inte ”närmare” och blir inte heller ”bättre” av att bedömningen följer de i punkten uppsatta riktlinjerna. I en del fall kommer en föreslagen gemenskrapsåtgärd att hindras på grund av de i punkten föreslagna kriterierna, men enligt Estella så kommer sannolikt det stora flertalet av de föreslagna gemenskrapsåtgärderna att klara de båda testen. Resultatet är något av en paradox: subsidiaritetsprincipen, vilken togs med i fördraget för att begränsa EG: s handlingsutrymme, kommer i vissa fall att anföras som ett argument för ett rättfärdigande av ett handlande på gemenskrapsnivå.¹⁰⁸

4.3.5.2 Processuell subsidiaritet

Subsidiaritetsprincipens processuella sida behandlas i punkterna 4, 9, 10, 11, 12 och 13. Den processuella subsidiariteten ställer ett antal processuella krav på unionens institutioner, samt i viss mån även på dess medlemsstater. Dessa krav kan sammanfattande beskrivas som krav på offentliggörande och på motivering.

Punkt 9 i protokollet gäller uteslutande för kommissionen. Punkten ställer upp ett antal förfaranderegler, vilka kommissionen under lagstiftningsproceduren och subsidiaritetsbedömningen ”bör” beakta. Valet av ordet ”bör” innebär att punktens regler till viss del urvattnas¹⁰⁹. I vilken grad kommissionen väljer att beakta punktens regler, är således i stort upp till kommissionen själv. Kommissionen följer dock i dagsläget generellt de

¹⁰⁷ Estella, s. 107-113 samt de Búrca (1999), s. 21-24.

¹⁰⁸ Ibid.

¹⁰⁹ Jfr. dock regeln i punkt 9 andra strecksatsens: kommissionen *bör* ”motivera sina förslag med beaktande av subsidiaritetsprincipen” med regeln i punkt 4: ”All föreslagen gemenskrapslagstiftning *skall* motiveras” (min kursivering).

föreslagna rekommendationerna. Punktens lydelse, i de delar den för genomgången är intressant, kommer nu att presenteras:

Utan att det påverkar dess initiativrätt bör kommissionen:

- utom i särskilt brådskande eller förtroliga fall företa omfattande samråd innan den föreslår lagstiftning och, när det är lämpligt, offentliggöra handlingarna från sådana samråd,
- motivera sina förslag med beaktande av subsidiaritetsprincipen; vid behov skall den motivering som åtföljer förslaget innehålla detaljerade upplysningar i detta hänseende; finansiering, helt eller delvis, av gemenskapsåtgärder genom gemenskapens budget kräver en förklaring,
- [...],
- varje år lägga fram en rapport för Europeiska rådet, Europaparlamentet och rådet om tillämpningen av artikel 5 i fördraget. Denna årliga rapport skall även sändas till Regionkommittén och till Ekonomiska och sociala kommittén.

Bestämmelserna i protokollets nionde punkt är i stora drag direkt hämtade ifrån de tidigare omnämnda institutionella dokumenten¹¹⁰. Punkten slår fast fyra typer av *förpliktelser* för kommissionen: samrådförfarande, offentliggörande, motivering och rapportering.

Den första strecksatsen rör samråd och offentliggörande. Kommissionen bör enligt bestämmelsen inleda ett ”omfattande” samrådsförfarande ”innan den föreslår lagstiftning”. Undantagna är de fall som är ”särskilt brådskande eller förtroliga”. Vilka de fall är, som skall betraktas som ”brådskande eller förtroliga”, framkommer inte av protokollet. Punkten slår vidare fast att samrådsförfarandet skall vara ”omfattande”, men inte heller innebörden av detta begrepp definieras närmare. Inte heller vilka de olika samrådsparterna är definieras närmare. Kommissionens spelrum är således mycket fritt.¹¹¹ Beträffande frågan om offentliggörande anges i punkten att kommissionen i de fall då ”det är lämpligt” bör ”offentliggöra handlingarna från sådana samråd”. Enligt Estella skall uttrycket ”när det är lämpligt” ges en restriktiv tolkning. Samrådshandlingar bör i de allra flesta fall offentliggöras. Det enda undantaget är de fall när ärendet är av brådskande natur eller anses vara konfidentiellt.¹¹²

Punktens andra strecksats rör motiveringen av de förslag som läggs fram. Kommissionen bör ”motivera sina förslag med beaktande av subsidiaritetsprincipen”. I de fall när ett behov anses föreligga ”skall den motivering som åtföljer förslaget innehålla detaljerade upplysningar i detta hänseende”. En åtgärd, som till någon del skall finansieras av medel ur gemenskapens ekonomiska kalkyl, ”kräver en förklaring”.

¹¹⁰ se fotnot 82-84.

¹¹¹ Jfr. Estella, s. 115.

¹¹² Ibid., s. 118.

I punktens sista strecksats stadgas kommissionens rapporteringsskyldighet. Kommissionen bör varje år, för Europeiska rådet, Europaparlamentet och rådet, lägga fram en rapport angående ”tillämpningen av artikel 5 i fördraget”. Denna rapporteringsskyldighet fanns även med i den interinstitutionella överenskommelsen¹¹³. Enligt denna var det dock endast till rådet och Europaparlamentet som rapporten skulle sändas. Anledningen var att parlamentet opponerat sig mot att rapporten även skulle sändas till Europeiska rådet, eftersom ett sändande av rapporten även till Europeiska rådet onödigt skulle försvåra proceduren samt inskränka betydelsen av principen om institutionell balans. Kommissionen har dock alltsedan Maastrichtfördragets ikraftträdande även sänt rapporten till Europeiska rådet. Kommissionens informella praxis har fått ett formellt stöd i och med regleringen i protokollet.¹¹⁴ Rapporten skall enligt bestämmelsens ordalydelse ”även sändas till Regionkommittén och till Ekonomiska och sociala kommittén”. Intressant att notera är att när kommissionen 1994 presenterade sin första rapport, behandlade den, utan krumbukter tillämpningen av subsidiaritetsprincipen. Redan året efter ändrade dock rapporten karaktär, till att bli en generell rapport beträffande ”Better Lawmaking”. Rapporten behandlar numera inte endast subsidiaritetsprincipen, utan även proportionalitetsprincipen¹¹⁵ och frågan om en simplificering och konsolidering av EG-rätten i stort. Denna utveckling har kritiserats av bl.a. Europaparlamentet, som anser att simplificering och konsolidering endast är att betrakta som riktlinjer för god lagstiftningspraxis medan subsidiaritets- och proportionalitetsprinciperna är rättsliga principer. Att behandla dessa skilda typer av principer gemensamt innebär att man skapar förvirring beträffande de rättsliga principernas ställning inom EG-rätten¹¹⁶. Rapporten skall sedan, enligt punkt 10 i protokollet, beaktas av Europeiska rådet ”i den rapport om unionens framsteg som Europeiska rådet enligt artikel 4 i Fördraget om Europeiska unionen skall förelägga Europaparlamentet”.

Punkt 11 i protokollet stadgar förpliktelser för rådet och Europaparlamentet. Punkten har följande lydelse:

Europaparlamentet och rådet skall, under fullständigt iakttagande av tillämpliga förfarande, som en integrerad del av sin övergripande granskning av kommissionens förslag, undersöka om dessa stämmer överens med artikel 5 i fördraget. Detta gäller både kommissionens ursprungliga förslag och de ändringar som Europaparlamentet och rådet överväger att göra i förslaget.

Subsidiaritetsgranskningen av kommissionens förslag är inte en separat granskning, utan utförs som en del av den totala granskningsproceduren.

¹¹³ se not 84.

¹¹⁴ Estella, s. 117.

¹¹⁵ Vilket numera inte ter sig underligt, då protokollet anger att rapporten skall behandla tillämpningen av *hela* artikel 5 EG, vilket självfallet även innefattar proportionalitetsprincipen i artikel 5 (3) EG.

¹¹⁶ de Búrca (1999), s. 27.

Subsidiaritetsfrågan undersöks således inte på ett tidigare stadium än de andra frågor som förslaget möjligen väcker. Under Maastrichtförhandlingarna föreslog några av medlemsstaterna att en separat, tidigarelagd undersökning av subsidiaritetsfrågan skulle företas. Förslaget vann dock inte acceptans, och proceduren förespråkas som synes inte heller av protokollet. En tidigarelagd subsidiaritetsundersökning hade möjligen kunnat innebära en tydligare fokus på och en grundligare undersökning av subsidiaritetsproblematiken.¹¹⁷

Punkt 11 föreskriver att alla förslag och ändringar till förslag skall genomgå en subsidiaritetsundersökning. Denna procedur har ställts upp för att motarbeta försök ifrån parlamentet och rådet att kringgå subsidiaritetsfrågan genom att endast tillföra en ändring till kommissionens ursprungliga förslag. Möjligt är också att de båda institutionerna inte enbart är skyldiga att beakta subsidiaritetsprincipen när de tillför ändringar, utan även att de skall kontrollera varandras tillämpning av principen. Bestämmelsen i punkt 11 är dock på denna punkt är något oklar.¹¹⁸

I punkt 12 stadgas ett antal förpliktelser för rådet. Punkten har följande lydelse:

Europaparlamentet skall inom ramen för de förfaranden som avses i artikel 251 och 252 i fördraget informeras om rådets inställning till frågan om tillämpningen av artikel 5 i fördraget genom en redogörelse för skälen till att rådet antog sin gemensamma ståndpunkt. Rådet skall informera Europaparlamentet om skälen för att ett förslag från kommissionen helt eller delvis inte anses stämma överens med artikel 5 i fördraget.

Enligt punktens första regel skall rådet, när det antar en gemensam ståndpunkt i en fråga, informera Europaparlamentet om dess inställning i subsidiaritetsfrågan. Emedan regelns informationsskyldighet endast gäller i de fall när en gemensam ståndpunkt tagits, kan den endast bli tillämplig när samverkan och medbeslutande är föreskrivet. Regeln utgör, angående subsidiaritetsfrågan, en specificering av den i artiklarna 251 och 252 EG allmänna informationsskyldigheten. Viktigt att notera är att gemensamma ståndpunkter kan uppnås antingen genom att medlemsstaterna är eniga eller i vissa fall genom att en kvalificerad majoritet av medlemsländerna förespråkar en viss linje. När den gemensamma ståndpunkten antagits genom ett kvalificerat majoritetsbeslut finns det naturligt medlemsstater som opponerat sig mot beslutet. Dessa medlemsstater har möjligheten att i skälen för den gemensamma ståndpunkten ange varför de anser att den föreslagna åtgärden inte ligger i linje med subsidiaritetsprincipen. Om de formulerar sin ståndpunkt väl, kan Europaparlamentet bli övertygat och blockera åtgärden genom en hänvisning till subsidiaritetsprincipen.

¹¹⁷ Estella, s. 120.

¹¹⁸ Ibid.

Europaparlamentet kan således visa sig bli en god allierad till medlemsstater i minoritetsställning.¹¹⁹

Enligt punktens andra regel skall rådet ”informera Europaparlamentet om skälen för att ett förslag från kommissionen helt eller delvis inte anses stämma överens med artikel 5 i fördraget”. Rådet skall således informera parlamentet oberoende av om det antagit en gemensam ståndpunkt eller ej. Innebärande att även utanför ramen för samverkan och medbeslutande, skall Europaparlamentet informeras om varför rådet anser att ett visst kommissionsförslag helt eller delvis strider mot subsidiaritetsprincipen. Enligt Estella borde de två reglerna inte ha sammanfogats i en och samma punkt, eftersom de baseras på olikartade situationer borde de istället ha presenterats var och en för sig.¹²⁰

Syftet med informationsskyldigheten i punktens andra regel är olika beroende på om Europaparlamentet har medbeslutande rätt eller inte. När parlamentet inte har medbeslutanderätt, är regels syfte endast informativt. När parlamentet har medbeslutanderätt, och rådet inte endast förkastat kommissionens förslag, kan parlamentet, om det inte accepterar rådets subsidiaritetsbehandling av kommissionens förslag, förkasta förslaget. Europaparlamentet får, beträffande subsidiaritetsfrågan, i dessa fall det slutgiltiga ordet. Att parlamentet får sista ordet är enligt Estella fel, eftersom subsidiaritetsprincipen har till syfte att skydda medlemsstater i minoritetsställning och inte Europaparlamentets befogenheter.¹²¹

Punkt 4 i protokollet har följande lydelse:

All föreslagen gemenskapslagstiftning skall motiveras för att visa att den iakttar subsidiaritets- och proportionalitetsprinciperna; skälen för slutsatsen att ett gemenskapsmål bättre kan uppnås av gemenskapen måste underbyggas med kvalitativa eller, om möjligt, kvantitativa indikatorer.

Punkten stadgar ett antal förpliktelser för de gemenskapsinstitutioner som har befogenhet att framlägga förslag på gemenskapslagstiftning. Kommissionen är den institution som i första hand är att se som bestämmelsens adressat, men även t.ex. den Europeiska centralbanken berörs i viss mån reglerna. Punktens regler drabbar dock inte enbart institutionerna, utan även medlemsstaterna, i den mån dessa har kompetens att lägga fram lagförslag.¹²²

Av punkten framgår i huvudsak två regler: den första fastställer användandet av ”kvalitativa eller, om möjligt, kvantitativa indikatorer” vid bedömningen av huruvida en visst ”gemenskapsmål bättre kan uppfyllas av

¹¹⁹ Ibid., s. 122 f.

¹²⁰ Estella, s. 123 f.

¹²¹ Estella, s. 124.

¹²² Ibid., s. 124.

gemenskapen”. Med andra ord, huruvida en gemenskapsåtgärd i det aktuella fallet är nödvändig eller ej; och den andra att ”all föreslagen gemenskapslagstiftning skall motiveras”.

Den första regeln är en i protokollet presenterad nyhet. Denna nyhet ger upphov till ett antal frågor och problem. En första fråga är: Vad är det tänkt att de anvisade indikatorerna skall indikera? Punkt 4 ger oss inga svar på denna fråga, men om vi även beaktar punkt 5 framträder ett tänkbart svar. De i punkt 4 hänvisade indikatorerna skall användas som mätinstrument vid bedömningen av och till vilken grad en fråga ”uppvisar gränsöverskridande aspekter” och huruvida och till vilken grad avsaknaden av gemenskapsåtgärder skulle skapa en snedvridning av bl.a. konkurrensen på den inre marknaden.¹²³ Ett annat tänkbart problem bottenar i det faktum att det i de allra flesta fall är problematiskt att underbygga skälen, förordande en gemenskapsåtgärd framför en medlemsstatsåtgärd, med kvantitativa indikatorer. Problemet uppmärksammas även av protokollet, som anger att kvantitativa indikatorer ”om möjligt” skall användas framför kvalitativa. Att underbygga skäl med kvantitativa indikatorer är tveklöst att föredra, eftersom användandet av kvantitativa indikatorer lämnar mindre utrymme för politiska bedömningar. Kommissionen kommer sannolikt att i de flesta fall använda sig av kvalitativa indikatorer, med resultatet att regeln i stort kommer att mista all praktisk relevans.¹²⁴

Punktens andra regel föreskriver att ”all föreslagen gemenskapslagstiftning skall motiveras”. Regeln uppvisar en del oklarheter. Det är t.ex. oklart vad som skall förstås med ordet ”visa”. Räcker det att kommissionen avslöjar de bakomliggande motiven, eller måste dessa även publiceras? Kommissionens motiv kommer att åskådliggöras i den subsidiaritetsmotivering som åtföljer förslaget¹²⁵. Problemet är bara att protokollet inte ålägger kommissionen att publicera denna motivering. Punkten tycks inte ens kräva att subsidiaritetsmotiveringen publiceras i preambeln till den *antagna* rättsakten. Bestämmelsen träffar ju endast ”*föreslagen* gemenskapslagstiftning” (min kursivering). Problemet har dock observerats, och EG-domstolen har presenterat en lösning innebärande att gemenskapslagstiftaren avkrävs en subsidiaritetsmotivering i preambeln till alla antagna rättsakter. Mer om problemet följer i nästkommande kapitel. Ytterligare ett problem bör uppmärksammas, vilket gäller hur ingående och detaljerad subsidiaritetsmotiveringen skall vara. Räcker det med hänvisning till att artikel 5 (2) EG beaktats, eller måste motiveringen vara mer detaljerad? Även detta problem kommer att behandlas i kommande kapitel.¹²⁶

¹²³ Ibid., s. 125. De problem som kan uppstå vid bedömningen av begreppen gränsöverskridande aspekter och snedvridning av den inre marknaden, har behandlats i kapitel 4.3.5.1 på s. 33 f.

¹²⁴ Estella, s. 126.

¹²⁵ Jfr protokollet punkt 9 andra strecksatsen.

¹²⁶ Estella s.131.

5 EG-domstolens praxis

Medlemsländerna har vid flertalet tillfällen använt sig av subsidiaritetsargument i mål inför EG-domstolen. Det är dock endast i ett tiotal fall som domstolen klart använt sig av principen, och i de flesta fall har den endast kortfattat redogjort för principens relevans i det aktuella målet. Jag har ifrån denna flora av mål valt att endast behandla de mål, vilka enligt mig bör ses som de absolut viktigaste.

5.1 Bör EG-domstolen beakta principen då den tolkar fördragsartiklarna?

Artikel 5 (2) EG och tillämpningsföreskrifterna i Amsterdamprotokollet har som sina primära adressater de lagstiftande institutionerna. Något som kan synas märkligt är att EG-domstolen däremot inte anses behöva ta hänsyn till principen, när den utövar fördragstolkning. Trots det faktum att artikel 5 (2) EG enligt sin ordalydelse inte dikterar vilka som har att efterkomma eller inte efterkomma principen, samt då protokollet i punkt 1 föreskriver att alla institutioner vid utövandet av sina befogenheter skall se till att principen följs (vilket således kan tyda på att även domstolen fullt ut måste följa principen), så förefaller det som att protokollets följande punkter gör undantag för domstolen, åtminstone när denna bedriver sin fördragstolkande funktion. I protokollets tredje punkt anges att subsidiaritetsprincipen inte innebär ett ifrågasättande av de befogenheter som Europeiska gemenskapen på grund av fördraget och i enlighet med domstolens tolkning förfogar över, utan att den tillhandahåller en vägledning till hur dessa befogenheter skall utövas på gemenskapsnivån. Uttalandet gör skillnad mellan hur EG-domstolen tolkar gemenskapens enligt fördraget tilldelade kompetenser och hur dessa kompetenser rent faktiskt används av de lagstiftande institutionerna. Således slås det fast att subsidiaritetsprincipen inte blir aktuell när domstolen förklarar omfattningen av de till gemenskapen tilldelade kompetenserna. Stadgandet kan ges den tolkningen att subsidiaritetsprincipen har till sin uppgift att vägleda de gemenskapslagstiftande institutionerna, men inte att vägleda EG-domstolen vid dennas bedömning av huruvida en viss specifik fördragsartikel tilldelar gemenskapen en viss kompetens eller inte. Vad protokollet emellertid inte beaktar är att EG-domstolen inte endast har en roll att spela vid bestämmandet av huruvida gemenskapen enligt fördraget tilldelats en specifik kompetens eller ej, utan också vid bestämmandet av de olika fördragsartiklarnas räckvidd. Om fördragsartiklarna ges en vid innebörd, blir gemenskapens lagstiftningsutrymme, på bekostnad av medlemsstaternas, självfallet större.¹²⁷

¹²⁷ de Búrca (1999), s. 29 ff.

Skillnaden mellan när gemenskapen använder sin legislativa kompetens (för att t.ex. reglera en fråga på den inre marknaden) och när EG-domstolen inom samma område meddelar ett domslut, är den att lagstiftning ofta syftar till harmonisering av redan existerande medlemsstatliga lagar, och ett domslut har ofta en avreglerande verkan. Ett av domstolen meddelat domslut kanske inte direkt går att likna vid ett utövande av en formell lagstiftningskompetens, men om domslutet uttalar att en specifik fördragsartikel skall ges en vid innebörd, får uttalandet givetvis implikationer på nationsplan. Det kan även verka influerande för gemenskapsinstitutionerna, eftersom de möjligen blir mer benägna att introducera ny lagstiftning baserad på den aktuella artikeln. EG-domstolen har således en särskild roll i skapandet av gemenskapspolicyn, och bör därför beakta subsidiaritetsprincipen eftersom den rent faktiskt lägger ut policykursen vid sin tolkning av de öppet formulerade fördragsartiklarna.¹²⁸

5.2 Mål C-84/94

5.2.1 Bakgrund

I fallet¹²⁹ ansökte Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland, med stöd av nuvarande artikel 230 EG¹³⁰, om ogiltigförklarande av rådets direktiv 93/104/EG av den 23 november 1993 om arbetstidens förläggning i vissa avseenden (EGT nr L 307, s 18), alternativt av artiklarna 4, 5 första och andra stycket, 6.2 och 7 i direktivet.¹³¹ I direktivet regleras bl.a. minimiperioder för dygnsvila, veckovila och årlig semester samt raster och begränsning av veckoarbetstiden. Klaganden hade alltsedan direktivet kommit på förslag varit en stark motståndare till att det skulle antas. Vid röstningen i rådet lade klaganden ner sin röst med hänvisade till att man senare skulle komma att ansöka om att få direktivet prövat inför EG-domstolen, vilket som synes också kom att ske¹³². Till stöd för sin talan anförde den brittiska regeringen fyra grunder, vilka avsåg att direktivet vilade på felaktig rättslig grund, att proportionalitetsprincipen hade åsidosatts, att maktmissbruk hade förekommit samt att väsentliga formföreskrifter hade åsidosatts¹³³. Domstolen ogillade talan i sin helhet, med undantag för att artikel 5 andra stycket i direktivet ogiltigförklarades,

¹²⁸ de Búrca (1998), s. 230 ff.

¹²⁹ C-84/94 Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland mot Europeiska unionens råd (REG 1996, s I-5755).

¹³⁰ Enligt artikel 230 EG så skall domstolen granska lagenligheten av de rättsakter som antas av Europaparlamentet och rådet gemensamt, av rådet, av kommissionen eller av ECB och som inte är rekommendationer och yttranden, samt sådana rättsakter som antas av Europaparlamentet och som skall ha rättsverkan i förhållande till tredje man. Medlemsstaterna finns i kategorin taleberättigade. Bristande behörighet, åsidosättande av väsentliga formföreskrifter, åsidosättande av EG-fördraget eller av någon rättsregel som gäller detta fördrags tillämpning eller maktmissbruk, är uppräknade talegrunder.

¹³¹ Jfr domen punkt 1.

¹³² Estella, s. 143.

¹³³ Domen punkt 9.

eftersom rådet inte förklarat varför söndag, som vilodag, skulle ha ett närmare samband med arbetstagares hälsa och säkerhet än någon av veckans andra dagar^{134 135}.

5.2.2 Storbritanniens argumentation

Subsidiaritetsprincipen anfördes uttryckligen i Storbritanniens argumentation vid två tillfällen. Det första tillfället var inom ramen för den först anförda grunden, att direktivet vilade på felaktig rättslig grund. Enligt klaganden hade gemenskapslagstiftaren inte fullständigt prövat och inte heller i tillfredställande utsträckning visat, att det aktuella ämnet uppvisade transnationella aspekter som inte kunde ha reglerats genom nationella åtgärder, eller att sådana nationella åtgärder skulle ha varit oförenliga med EG-rätten, eller huruvida de avsevärt skulle ha skadat medlemsstaternas intressen eller varför en gemenskapsåtgärd skulle innebära väsentliga fördelar jämfört med ett handlande på medlemsstatsnivå. Dåvarande artikel 118a i EG-fördraget (nuvarande artikel 138 EG) skulle enligt den brittiska regeringen tolkas mot bakgrund av subsidiaritetsprincipen, enligt vilken det inte skulle ha varit möjligt att anta ett så pass generellt och tvingande direktiv, som det här omtvistade, med tanke på att arbetstidsbestämmelsernas omfattning och karaktär skilde sig åt mellan de olika medlemsstaterna. Den brittiska regeringen preciserade emellertid i sammanhanget, att den inte önskade åberopa ett åsidosättande av subsidiaritetsprincipen som en fristående grund.¹³⁶

Subsidiaritetsargument anfördes även i anslutning till argumentet att proportionalitetsprincipen hade åsidosatts. Enligt den brittiska regeringen skulle subsidiaritetsprincipen ha iakttagits för att den vidtagna åtgärden skulle vara att se som proportionerlig. Regeringen gjorde gällande att det ankommit på gemenskapsinstitutionerna att visa att direktivets mål lättare skulle komma att uppnås genom ett vidtagande av åtgärder på gemenskapsnivån, än genom åtgärder på nationsnivån. Något som gemenskapsinstitutionerna, enligt regeringen, inte hade visat i förevarande fall.¹³⁷

Avslutningsvis framfördes subsidiaritetsargument inom ramen för grunden att väsentliga formföreskrifter hade åsidosatts. Framförandet var dock endast implicit, men var likväl subsidiaritetsaktuellt. Enligt klaganden kunde inte heller övervägandena i direktivet motivera att en gemenskapsåtgärd varit nödvändig.¹³⁸

Den brittiska regeringens subsidiaritetsargument kan sammanfattande beskrivas med att den av gemenskapen företagna åtgärden inte fullt ut, eller

¹³⁴ Ibid., punkt 37, 84, 86 och 87.

¹³⁵ Evelyn Ellis, s. 1049 f.

¹³⁶ Domen punkt 46.

¹³⁷ Ibid. punkt 54.

¹³⁸ Ibid. punkt 72.

åtminstone inte i tillräcklig utsträckning baserats på samt haft rättsligt stöd i subsidiaritetsprincipen. För att använda ett i arbetet tidigare myntat begrepp, så träffade den brittiska regeringens argument endast principens processuella sida. Det var inte den materiella subsidiariteten som var ifrågasatt (d.v.s. att åtgärden inte skulle ha antagits eftersom den stred mot principen), utan endast att det inte i direktivets preambel stod att finna en fullgod, eller åtminstone tillräcklig, motivering till varför den EG-rättsliga åtgärden, enligt subsidiaritetsprincipen, varit nödvändig.¹³⁹

5.2.3 EG-domstolens bedömning

EG-domstolen hanterade de anförda subsidiaritetsargumenten enligt följande. I början av domskälen anförde domstolen ett yttrande, vilket sedan skulle visa sig styra det därpå följande resonemanget. Yttrandet hade att göra med domstolens åliggande enligt nuvarande artikel 230 EG. Det som domstolen enligt artikeln ansåg sig ha att pröva var endast rättsaktens lagenlighet, och inte dess lämplighet. Domstolen fastslog således inledningsvis att dess kontroll av gemenskapslagstiftarens handlingsfrihet var mycket begränsad. Uttalandet kan enligt Estella ses som en första indikation på att subsidiaritetskontrollen skulle komma att bli mycket återhållsam.¹⁴⁰ Med denna inledning, påbörjade domstolen sitt förkastande av de anförda subsidiaritetsargumenten.

Det första subsidiaritetsargumentet avfärdades eftersom det, enligt domstolen, fanns anledning att konstatera att rådet enligt dåvarande artikel 118a i EG-fördraget (nuvarande artikel 137 EG) givits i uppdrag att anta minimikrav i avsikt att genom harmonisering av medlemsstaternas lagar bidra till förverkligandet av målet att höja skyddet för arbetstagarnas hälsa och säkerhet. Något det, enligt artikeln, i första hand åligger medlemsstaterna att säkerställa. Enligt domstolen hade rådet stipulerat att det var nödvändigt att förbättra det redan förekommande skyddet, samtidigt som redan gjorda förbättringar skulle bibehållas. Förverkligandet av ett sådant mål, genom antagandet av minimikrav, förutsätter med nödvändighet åtgärder på gemenskapsnivå, vilka för övrigt, såsom i förevarande fall, i stor utsträckning överlåter åt medlemsstaterna att anta nödvändiga tillämpningsbestämmelser. Argumentet, att rådet inte lagligen kunnat anta så pass generella och tvingande bestämmelser som de som är föremål för direktivet skulle, enligt domstolens utsago, komma att prövas i samband med den grund som avsåg ett åsidosättande av proportionalitetsprincipen.¹⁴¹

Beträffande det andra subsidiaritetsargumentet anförde domstolen, med hänvisande till sitt i punkt 47 framlagda resonemang, följande: Argumentet avseende åsidosättande av subsidiaritetsprincipen kan lämnas utan avseende. Enligt det framförda argumentet har gemenskapslagstiftaren inte

¹³⁹ Estella, s. 145.

¹⁴⁰ Ibid., s. 145 f samt domen punkt 23.

¹⁴¹ Domen punkt 47.

visat att målen med direktivet uppnås bättre på gemenskapsnivå än på medlemsstatsnivå. Såsom argumentet är formulerat gäller det i själva verket nödvändigheten av en gemenskapsåtgärd. Denna fråga har redan prövats i punkt 47 i förevarande dom.¹⁴²

Avslutningsvis, med anledning av det av Storbritannien i punkt 72 anförda argumentet, och ännu en gång hänvisande till sitt i punkt 47 framförda resonemang, konstaterade domstolen att det på samma sätt inte kan anses finnas grund för argumentet att övervägandena i direktivet inte motiverar nödvändigheten av gemenskapens åtgärd. Såsom har angetts i punkt 75-77 i förevarande dom framgår det av övervägandena i direktivet att rådet har ansett det nödvändigt att företa en harmonisering av de nationella lagstiftningarna i fråga om arbetstidens förläggning i syfte att säkerställa ett bättre skydd för arbetstagarnas hälsa och säkerhet. Såsom framgår av punkt 47 förutsätter eftersträvandet av ett sådant mål – som finns inskrivet i nuvarande artikel 137 EG – genom harmonisering i form av minimikrav, med nödvändighet åtgärder på gemenskapsnivå.¹⁴³

5.2.4 Kommentarer

Intressant att notera är att trots det faktum att Storbritannien endast framförde subsidiaritetsargument gällande principens processuella sida tog EG-domstolen tillfället i akt och behandlade även principens materiella sida. Domstolen använde sig visserligen av processuella argument för att besvara de processuella frågorna, men gick i realiteten även in på materiella argument, vilket bl.a. visar sig i följande, i punkt 47 uttalade, mening: ”Rådet har visat att det var nödvändigt att förbättra det existerande skyddet för arbetstagarnas hälsa och säkerhet och att harmonisera existerande förhållanden inom detta område samtidigt som redan gjorda förbättringar bibehålls, och förverkligandet av ett sådant mål genom antagandet av minimikrav förutsätter med nödvändighet åtgärder på gemenskapsnivå [...]”.¹⁴⁴

Enligt EG-domstolen var det således tillräckligt att ett gemenskapshandlande ansågs nödvändigt, för att handlandet skulle anses acceptabelt och i linje med subsidiaritetsprincipen. Rådet behövde inte underbygga sin argumentation ytterligare. Som försvar för domstolens ståndpunkt kan dock nämnas att den i målet aktuella fördragsartikeln (nuvarande artikel 137 EG) tilldelar gemenskapen en harmoniseringskompetens inom hälso- och säkerhetsområdet. När rådet konstaterat att antalet arbetstimmar föll inom hälso- och säkerhetsområdet, och att det existerande skyddet för arbetstagarnas hälsa beträffande antalet arbetstimmar skulle förbättras inom hela gemenskapen, var ett ifrågasättande, av att målet bättre kunde nås genom en åtgärd på

¹⁴² Ibid. punkt 55.

¹⁴³ Ibid. punkt 80-81.

¹⁴⁴ Estella, s. 147.

gemenskapsnivå, knappast tänkbart. Skälen, som pekade på att det existerande skyddet behövde förbättras, behövde inte uppvisas. Domstolen utförde inte heller en detaljerad bedömning av de i punkt 46 framställda argumenten, och huruvida rådet vid sin bedömning hade beaktat dessa. Argumenten hänförde sig till de då ”gällande” Edinburgh riktlinjerna¹⁴⁵, och finns presenterade i de i Amsterdamprotokollet punkt 5 förekommande riktlinjerna. Rättsfallet kan sägas tyda på att EG-domstolen inte anser att subsidiaritetsprincipen ett kraftfullt instrument, med hjälp av vilket lagenligheten av EG-rättsliga regler kan prövas.¹⁴⁶

Domstolen kontrollerade även principens processuella sida (den sida som i realiteten var den enda direkt åberopade). Enligt domstolen gick det ur direktivets överväganden att utläsa tillräckliga argument för ett rättfärdigande av den aktuella gemenskapsåtgärden. Domstolen hänvisade dock inte till någon särskild punkt eller till något särskilt stycke i övervägandena. Termen subsidiaritet fanns inte ens representerad i direktivtexten. Domstolen fann likväl i punkt 81 att ”det av övervägandena i direktivet framgår att rådet har ansett det nödvändigt att företa en harmonisering av de nationella lagstiftningarna i fråga om arbetstidens förläggning i syfte att säkerställa ett bättre skydd för arbetstagarnas hälsa och säkerhet”.¹⁴⁷

EG-domstolens ståndpunkt beträffande principens processuella sida emanerar från dess ståndpunkt gällande principens materiella sida. Efter att domstolen konstaterat att principens materiella sida inte blivit kränkt, verkar det som om domstolen endast tillerkänner principens processuella sida sekundär relevans.¹⁴⁸

5.3 Mål C-233/94

5.3.1 Bakgrund

I målet¹⁴⁹ yrkade Förbundsrepubliken Tyskland, enligt nuvarande artikel 230 EG, om ogiltigförklaring av Europaparlamentets och rådets direktiv 94/19/EG av den 30 maj 1994 om system för garanti av insättningar (EGT L 135, s 5) samt i andra hand av artikel 4.1 andra stycket, 4.2 och artikel 3.1 första stycket andra meningen i direktivet.¹⁵⁰ Det aktuella direktivets huvudsakliga syfte är att påtvinga medlemsländerna ett system för garanti av insättningar. Ytterligare ett syfte är att etablera en i alla medlemsländer gällande minimiinsättningsgaranti. Det finns även ett bakomliggande syfte,

¹⁴⁵ se not 83.

¹⁴⁶ de Búrca (1999), s. 105 f. och de Búrca (1998), s. 223 f.

¹⁴⁷ Estella, s. 147.

¹⁴⁸ Ibid.

¹⁴⁹ C-233/94 Förbundsrepubliken Tyskland mot Europaparlamentet och Europeiska unionens råd (REG 1997 s I-2405).

¹⁵⁰ Domen punkt 1.

vilket är att motverka en konkurrenssituation på marknaden för banktjänster mellan medlemsländerna genom att länderna använder sina nationella system för insättningsgarantier, som en konkurrensfördel. Det var på grund det sistnämnda syftet som Tyskland röstade mot antagandet av direktivet, och varför landet nu kom att för en ogiltighetstalan mot detsamma.¹⁵¹

Till stöd för sitt förstahandsyrkande, ett ogiltigförklarande av direktivet i sin helhet, åberopade Tyskland två grunder: att direktivet vilade på felaktig rättslig grund och att motiveringsplikten enligt i artikel 190 i EG-fördraget (nuvarande artikel 253 EG) hade åsidosatts.¹⁵² Till stöd för sitt andrahandsyrkande, ogiltigförklarande av en del av direktivets artiklar, åberopade Tyskland följande: att motiveringsplikten inte tillfullo var uppfylld; att direktivet stred mot artikel 57 (2) och artikel 129A i EG-fördraget (nuvarande artikel 47 (2) och artikel 153 EG); att proportionalitetsprincipen inte beaktats (alla¹⁵³ beträffande artikel 4 (1) i direktivet); att bestämmelse i direktivet stod i strid med principen om hemlandstillsyn och proportionalitetsprincipen (båda¹⁵⁴ beträffande artikel 4 (2) i direktivet); och att ytterligare en bestämmelse stred mot proportionalitetsprincipen¹⁵⁵ (artikel 3 (1) i direktivet). EG-domstolen avfärdade alla Tysklands argument, och ogillade följaktligen talan¹⁵⁶.

5.3.2 Tysklands argumentation

Tysklands subsidiaritetsargumentation var, precis som Storbritanniens i föregående fall, inriktat på principens processuella sida. Den tyska regeringen yttrade att direktivet skulle ogiltigförklaras eftersom den i artikel 190 i EG-fördraget (nuvarande artikel 253 EG) föreskrivna motiveringsskyldigheten hade åsidosatts. Direktivet innehöll enligt regeringen inga skäl vilka indicerade att det var förenligt med artikel 3 b andra stycket EG-fördraget (nuvarande artikel 5 (2) EG, d.v.s. subsidiaritetsprincipen). Vidare tillades, att eftersom principen begränsar gemenskapens behörighet och domstolen är behörig att pröva om gemenskapen inte överskridit sin behörighet, skulle principen underkastas domstolens kontroll. Därutöver ansåg regeringen att den i nuvarande artikel 253 EG föreskrivna motiveringsskyldigheten ställde krav på att hänsyn skulle tas till de väsentliga, faktiska och rättsliga överväganden på vilka en rättsakt grundas och till vilka även subsidiaritetsprincipen skulle räknas.¹⁵⁷ Regeringen anförde vidare, beträffande det konkreta innehållet i motiveringsskyldigheten, att gemenskapsinstitutionerna i detalj har att redogöra för varför endast gemenskapen skulle vara behörig inom det förevarande området. Enligt regeringen framgick det inte av direktivet

¹⁵¹ Wulf-Henning Roth, s. 459 f och Estella, s. 148 ff.

¹⁵² Domen punkt 9.

¹⁵³ Ibid. punkt 31-34.

¹⁵⁴ Ibid. punkt 60.

¹⁵⁵ Ibid. punkt 75.

¹⁵⁶ Ibid. punkt 86.

¹⁵⁷ Ibid. punkt 22.

varför dess mål inte kunde uppnås genom åtgärder på medlemsstatsnivån. Det framgick inte heller vilka skäl som talade för att gemenskapen skulle agera.¹⁵⁸

Enligt Estella var den tyska regeringens subsidiaritetsargumentation bättre strukturerad än den som i föregående fall framfördes av den brittiska, eftersom Tyskland sammanfogade sina subsidiaritetsargument med nuvarande artikel 253 EG, vilket enligt honom otvivelaktigt är ett bättre sätt att presentera processuella subsidiaritetsargument på. Denna artikel föreskriver ju att det för institutionerna finns en generell motiveringsskyldighet.¹⁵⁹

5.3.3 EG-domstolens bedömning

Domstolen inledde sin bedömning med att klargöra, precis vad som tidigare påpekats, att den tyska regeringens framförda argument endast gällde processuell subsidiaritet. Regeringen hade enligt domstolen inte gjort gällande att direktivet skulle strida mot subsidiaritetsprincipen (dess materiella sida), utan endast klandrat gemenskapslagstiftaren för att den inte angivit några skäl till varför dess handlande skulle anses vara förenligt med denna princip.¹⁶⁰ Domstolen gick sedan vidare i sin bedömning genom att ge sin syn på nuvarande artikel 253 EG. Den i artikeln föreskrivna motiveringsskyldigheten kräver att alla de i artikeln omnämnda rättsakterna skall innehålla en motivering till varför institutionen i fråga antagit dem. Motiveringen gör att domstolen kan utöva sin kontroll och att såväl medlemsstater som berörda personer får kännedom om förutsättningarna för gemenskapsinstitutionernas tillämpning av fördraget.¹⁶¹

Efter att domstolen lagt denna grund, påbörjade den sin mer subsidiaritetsinriktade bedömning. Enligt domstolen hade parlamentet i andra övervägandet till direktivet framfört uppfattningen att ”den situation bör övervägas som kan uppstå om insättningar hos ett kreditinstitut som har filialer i andra medlemsstater blir indisponibla” och att ”det är nödvändigt att säkerställa en gemensam lägsta nivå för insättarskydd oavsett var i gemenskapen insättningen är gjord”. Dessa överväganden visade enligt domstolen att gemenskapslagstiftaren, med hänsyn till vilken omfattning åtgärderna skulle få, bedömde att målsättningen för dennes åtgärder skulle kunna förverkligas bättre på gemenskapsnivå. Samma tankegång återfinns dessutom i direktivets tredje övervägande, enligt vilket ett beslut om vilket system för garanti av insättningar som skall vara tillämpligt, får kännbara effekter utanför de enskilda medlemsstaternas gränser för det fall att ett kreditinstituts filial i en annan medlemsstat än den där kreditinstitutet har sitt huvudkontor blir insolvent. Dessutom ansåg domstolen att parlamentet och rådet i femte övervägandet uppgett att de åtgärder som medlemsstaterna

¹⁵⁸ Ibid. punkt 23.

¹⁵⁹ Estella, s. 151 f.

¹⁶⁰ Domen punkt 24.

¹⁶¹ Ibid. punkt 25.

vidtagit till följd av en av kommissionen utfärdad rekommendation inte till alla delar givit ett önskat resultat. Därmed hade gemenskapslagstiftaren fastställt att målsättningen för dennes åtgärder inte på ett tillfredsställande sätt hade kunnat förverkligas av medlemsstaterna. Med hänvisning till de ovan angivna övervägandena, ansåg EG-domstolen att parlamentet och rådet i alla hänseende klargjort skälen till varför de ansåg att deras åtgärder varit förenliga med subsidiaritetsprincipen. De hade således iakttagit den i nuvarande artikel 253 EG angivna motiveringsskyldigheten. Principen behövde enligt domstolen inte uttryckligen nämnas.¹⁶²

5.3.4 Kommentarer

EG-domstolen företog i förevarande fall en djupare analys av de framförda subsidiaritetsargumenten. Anledningen var troligtvis till viss del beroende av det sätt på vilket den tyska regeringen presenterade sina argument. Eftersom principen i argumentationen sammanfogades med artikel 253 EG, tvingades domstolen till en grundligare granskning. Granskningen kan möjligen uppfattas som noggrann i relation till föregående rättsfall, men den är fortfarande inte tillfullo tillfredsställande. I realiteten rättfärdigade domstolen sin ståndpunkt endast genom att citera övervägandena till direktivet. Domstolen utförde inte ens en bedömning av hur övervägandena till direktivet klart visade att ett gemenskapshandlande var det enda rätta. Den klargjorde inte heller motiveringsskyldighetens omfattning, eller exakt vad som krävs för att denna skall anses vara uppfylld. En god illustration återfinns i punkt 28 i domen där domstolen uttalade, att det inte krävs att principen uttryckligen kommer till uttryck i övervägandena.¹⁶³

Även i förevarande fall gick EG-domstolen in på principens materiella sida, trots att den tyska regeringen inte hade argumenterat i den riktningen. Det tydligaste exemplet finner man i punkt 27 där domstolen in fine uttalade att övervägandena till direktivet visade att ”gemenskapslagstiftaren fastställt att målsättningen för dennes åtgärder inte hade kunnat förverkligas på ett tillfredsställande sätt av medlemsstaterna”.¹⁶⁴

Viktigt att poängtera är att subsidiaritetsprotokollet inte var gällande när de ovan redovisade målen var uppe för bedömning. Annorlunda var det emellertid när nästa fall, vilket blir det sista i denna avdelning, skulle upp till prövning inför EG-domstolen.

¹⁶² Ibid. punkt 26-28.

¹⁶³ Estella, s. 154 f, de Búrca (2000), s. 106 f och Wulf-Henning Roth, s. 470.

¹⁶⁴ Estella, s. 155.

5.4 Mål C-491/01

5.4.1 Bakgrund

Det aktuella rättsfallet¹⁶⁵ kom inför EG-domstolen som en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 234 EG från High Court of Justice (England och Wales), Queen's Bench Division (Administrative Court). Domstolen hade i begäran ställt två frågor till EG-domstolen angående giltigheten och tolkningen av Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/37/EG av den 5 juni 2001 om tillnärmning av medlemsstaternas lagar och andra författningar om tillverkning, presentation och försäljning av tobaksvaror (EGT L 194, s 26).¹⁶⁶ Frågorna hade uppkommit i samband med en ansökan om prövningstillstånd avseende en talan om lagenlighetskontroll av Förenade kungarikets regerings avsikt och/eller skyldighet att införliva direktivet. Med den för redogörelsen intressanta frågan 1f, önskade den hänskjutande domstolen veta om det aktuella direktivet helt eller delvis var ogiltigt på grund av att subsidiaritetsprincipen åsidosatts.¹⁶⁷ EG-domstolen fann i sin bedömning att så inte var fallet.¹⁶⁸

5.4.2 Klagandenas argumentation och övriga yttranden

Klagandena i målet vid den nationella domstolen gjorde gällande att subsidiaritetsprincipen skulle vara tillämplig på åtgärder rörande den inre marknaden, såsom det aktuella direktivet, och att gemenskapslagstiftaren helt negligerat att beakta denna princip när direktivet antogs. Eller i vart fall underlåtit att på ett korrekt sätt beakta denna princip. Om så skett skulle den nämligen ha kommit till slutsatsen att antagandet av direktivet inte var nödvändigt med hänsyn till att harmoniserande bestämmelser redan antagits genom andra direktiv. Klagandena ansåg dessutom att gemenskapslagstiftaren inte på något sätt visat att det var omöjligt för medlemsstaterna att anta de åtgärder för folkhälsan som den ansåg nödvändiga.¹⁶⁹ I målet inkom också yttrande ifrån regeringar och gemenskapsinstitutioner, varav vissa ansåg att principen inte borde vara tillämplig då det aktuella direktivet antagits (med stöd av artikel 95 EG) inom ett område där EG har exklusiv behörighet. Andra hävdade emellertid att principen var tillämplig, men att den fullt ut hade beaktats av gemenskapslagstiftaren.¹⁷⁰

¹⁶⁵ C-491/01 The Queen mot Secretary of State for Health, ex parte British American Tobacco (Investments) Ltd och Imperial Tobacco Ltd. (Domstolens dom den 10 december 2002).

¹⁶⁶ Domen punkt 1.

¹⁶⁷ Ibid. punkt 25.

¹⁶⁸ Ibid. punkt 185.

¹⁶⁹ Ibid. punkt 174.

¹⁷⁰ Ibid. punkt 175 och 176.

5.4.3 EG-domstolens bedömning

Domstolen inledde med att påpeka att principen är tillämplig när gemenskapslagstiftaren tillämpar artikel 95 EG, eftersom gemenskapen enligt denna bestämmelse inte är ensam behörig att reglera den ekonomiska verksamheten på den inre marknaden, utan endast är behörig att förbättra villkoren för upprättandet av den inre marknaden och dess funktioner genom att undanröja hinder för den fria rörligheten för varor och friheten att tillhandahålla tjänster eller genom att undanröja snedvridningar av konkurrensen.¹⁷¹ Eftersom principen således ansågs tillämplig, gick domstolen vidare till att undersöka huruvida direktivet antagits med iakttagande av principen. Denna bedömning skulle enligt domstolen inledas med en undersökning av om målen för den planerade åtgärden bättre kunde uppnås på gemenskapsnivå.¹⁷² Domstolen påpekade i detta avseende att direktivets syfte är att undanröja hinder till följd av olikheter som fortfarande består i medlemsstaternas lagar och andra författningar om tillverkning, presentation och försäljning av tobaksvaror, samtidigt som en hög hälsoskyddsnivå säkerställs i enlighet med artikel 95.3 EG.¹⁷³ Domstolen ansåg att ett sådant mål inte i tillräcklig utsträckning kunde uppnås genom en åtgärd på medlemsstatsnivå, utan att det krävdes en gemenskapsåtgärd, vilket enligt domstolen även visats av de nationella lagstiftningarnas olikartade utveckling. Målen för den planerade åtgärden kunde således bättre uppnås på gemenskapsnivå.¹⁷⁴ Domstolen gjorde sedan ett intressant konstaterande, nämligen att omfattningen av den av gemenskapen företagna åtgärden även uppfyllde kraven enligt subsidiaritetsprincipen eftersom den inte gick längre än vad som var nödvändigt för att uppnå de eftersträlvade målen.¹⁷⁵

5.4.4 Kommentarer

Domstolens dom föranleder följande kommentarer. EG-domstolen ansåg principen tillämplig i fallet, eftersom Europaparlamentets och rådets agerande enligt artikel 95 EG (lagstiftning i harmoniseringssyfte) inte ansågs falla inom ett område där EG hade exklusiv kompetens.

Domstolens följande bedömning var inriktad på principens materiella sida. Bedömningen var mycket kortfattad. Domstolen angav som grund, för att den företagna lagstiftningsåtgärden var befogad, att en undersökning av medlemsstaternas lagstiftning på området visat att stora olikheter existerade. Dessa olikheter ansågs hämma den inre marknads sätt att fungera, och ansågs inte kunna motverkas genom åtgärder företagna på medlemsstatsnivå. Gemenskapsåtgärden var således befogad, eftersom

¹⁷¹ Ibid. punkt 179.

¹⁷² Ibid. punkt 180.

¹⁷³ Ibid. punkt 181.

¹⁷⁴ Ibid. punkt 182 och 183.

¹⁷⁵ Ibid. punkt 184.

denna bättre kunde skydda och främja den inre marknadens ändamål och funktion.

Det i rättsfallet som särskilt väckte mitt intresse, var domstolens avslutande kommentar i subsidiaritetsfrågan. Domstolen förde in ett proportionalitetsresonemang i subsidiaritetsbedömningen, när den i punkt 184 slår fast att gemenskapens åtgärd även uppfyller kraven enligt subsidiaritetsprincipen då den inte går längre än vad som är nödvändigt för att uppnå de eftersträlvade målen. De två principerna har självfallet mycket gemensamt, vilket inte minst påvisas genom att de behandlas i samma fördragsartikel och i samma protokoll, men att i subsidiaritetshänseende rättfärdiga en av gemenskapslagstiftaren företagen lagstiftningsåtgärd med proportionalitetsargument, är en i domstolens praxis presenterad nyhet.

Domstolen utför inte en bedömning av principens processuella sida. Den utför en bedömning av den generella motiveringsskyldigheten i artikel 253 EG, men inga subsidiaritets-specifika resonemang förs. Eftersom principens processuella sida får anses ha beaktats vid domstolens bedömning av den generella motiveringsskyldigheten, är en bedömning av annat än subsidiaritetsprincipens materiella sida inte nödvändig.

6 Konventets konstitutionsutkast

Det Europeiska konventet (Framtidskonventet) har efter drygt 15 månader avslutat sitt arbete. Konventet presenterade sitt slutliga utkast, till fördrag om upprättande av en konstitution för Europa, för rådets ledamöter i Thessaloniki den 20 juni 2003¹⁷⁶. Beträffande subsidiaritetsprincipen och den framtida kompetensfördelningen finns en del nyheter. I konstitutionsutkastets tredje avdelning (artikel 9-17), med titeln Unionens befogenheter, finner vi bestämmelserna kring kompetensfördelning och subsidiaritet. Subsidiaritetsprincipen specificeras, liksom nu, av ett protokoll, vilket tillfogats konstitutionen.

6.1 Kompetensfördelning

I artikel 9 punkt 1 stadgas bl.a. att ”avgränsningen av unionens befogenheter skall styras av principen om tilldelade befogenheter”. Enligt artikel 9 punkt 2 skall unionen, enligt principen om tilldelade befogenheter, handla inom ramen för de befogenheter som den tilldelats av medlemsstaterna i konstitutionen för att uppnå de mål som fastställs i konstitutionen. Varje befogenhet som inte har tilldelats unionen i konstitutionen skall tillhöra medlemsstaterna. Bestämmelserna finner sitt approximativa motstycke i artikel 5 (1) EG.

Artikel 11 räknar upp de olika förekommande befogenhetskategorierna samt konstaterar i vilka fall unionen har kompetens. I artikelns första punkt anges att ”när konstitutionen tilldelar unionen en exklusiv befogenhet på ett visst område får unionen lagstifta och anta rättsligt bindande akter, men medlemsstaterna får göra detta själva endast efter bemyndigande från unionen eller för att genomföra akter som unionen antagit”. Intressant här är frasen ”eller för att genomföra akter som unionen antagit”, vilken lades till med hänsyn till att ”unionsrätten” även inom de områden som omfattas av exklusiv befogenhet i allmänhet genomförs av medlemsstaterna. Frasen har till avsikt att garantera att medlemsstaternas genomförande av ”unionsrätten” på ett område som omfattas av exklusiv befogenhet inte kräver ett bemyndigande från unionen (något som inte är fallet för närvarande)¹⁷⁷.

Artikel 11 punkt 1 kompletteras av artikel 12, i vilken unionens exklusiva befogenheter listas. Enligt artikeln skall unionen ”ensam ha befogenhet att fastställa konkurrensregler som är nödvändiga för den inre marknadens funktion samt på följande områden: den monetära politiken för de

¹⁷⁶ CONV 820/1/03 REV 1.

¹⁷⁷ CONV 724/03 Bilaga 2 s. 66.

medlemsstater som inför euron, den gemensamma handelspolitiken, tullunionen, bevarandet av havets biologiska resurser inom ramen för den gemensamma fiskeripolitiken”. Unionen skall även ”ensam ha befogenhet att ingå ett internationellt avtal om ingåendet av avtalet fastställts i en unionsrättsakt, om det är nödvändigt för att unionen skall kunna utöva sin befogenhet internt eller om det inverkar på en intern unionsakt”.

Förteckningen över områdena med exklusiv befogenhet skall vara uttömmande¹⁷⁸. Bestämmelsen rörande ingåendet av internationella avtal har införts i konstitutionen eftersom den troget avspeglar EG-domstolens rättspraxis om unionens exklusiva befogenhet inom området¹⁷⁹.

I artikel 11 punkt 2 behandlas de fall när unionen och medlemsstaterna har delad kompetens. Medlemsstaterna skall inom dessa områden ”utöva sin befogenhet i den mån som unionen inte utövar sin befogenhet eller har beslutat att upphöra att utöva den”. Intressant att notera är att när unionen upphört att utöva en befogenhet inom ett område med delad befogenhet, övergår denna befogenhet till medlemsstaterna¹⁸⁰. Vilka kriterier som skall reglera i vilka fall unionen kan sägas ha upphört att utöva en befogenhet, framläggs inte. Inte heller hur och om en sådan kompetens sedan kan återföras till unionsnivån. Bestämmelsen i punkten kompletteras av artikel 13. Av artikeln framgår bl.a. att ”unionen skall ha delad befogenhet med medlemsstaterna om den genom konstitutionen tilldelats en befogenhet som inte omfattas av de områden som avses i artiklarna 12 och 16”. Delade befogenheter föreligger inom följande huvudområden: inre marknaden, området med frihet rättvisa och säkerhet, jordbruk och fiske (med undantag av bevarandet av havets biologiska resurser), transport och transeuropeiska nät, energi, socialpolitik (avseende aspekter som fastställts i del III), ekonomisk och social och territoriell sammanhållning, miljö, konsumentskydd samt gemensamma angelägenheter avseende säkerhet i fråga om folkhälsa.

Delad behörighet är att betrakta som en restkategori. Följaktligen skall denna förteckning inte anses uttömmande reglera de områden inom vilka delad kompetens kan föreligga¹⁸¹.

Unionen har enligt förslaget även befogenhet inom områdena ekonomisk politik, sysselsättningspolitik, utrikes- säkerhets- och försvarspolitik. Unionen har vidare befogenhet att enligt vissa i konstitutionen fastställda villkor, och inom vissa i konstitutionen fastställda områden, vidta åtgärder för att stödja, samordna och komplettera medlemsstaternas åtgärder. Dessa åtgärder får dock inte ersätta medlemsstaternas befogenhet på dessa

¹⁷⁸ Ibid. s. 70.

¹⁷⁹ Ibid. s. 71.

¹⁸⁰ Ibid. s. 67.

¹⁸¹ Ibid. s. 73.

områden. Åtgärderna får inte heller innebära en harmonisering av medlemsstaternas bestämmelser i lagar eller andra författningar.¹⁸²

I artikel 17 finns konstitutionens flexibilitetsklausul. Bestämmelsen är jämförbar med doktrinen om implied powers i artikel 308 EG. I artikel 17 punkt 1 stadgas att om en unionsåtgärd är nödvändig för att, inom ramen för den politik som fastställts i del III, nå ett enligt konstitutionen fastställt mål, och unionen enligt konstitutionen inte innehåller de nödvändiga befogenheterna, skall ministerrådet genom enhälligt beslut på förslag av kommissionen och efter Europaparlamentets godkännande vidta de åtgärder som behövs. I denna punkt eftersträvas en jämvikt mellan behovet av flexibilitet när det gäller avgränsningen av befogenheter och behovet av att respektera gränserna för unionens befogenheter. Hänvisningen i denna punkt till unionens mål syftar till att ge systemet viss flexibilitet, medan hänvisningen till ramen för den politik som fastställts i tredje delen syftar till att säkerställa att de åtgärder som antas på grundval av denna bestämmelse skall respektera gränserna för de befogenheter unionen tilldelats i konstitutionen. I denna mening kan bestämmelsen inte användas för att utvidga unionens befogenheter genom att införa ett nytt politikområde, utan endast för att vidta en åtgärd i samband med politikområde som redan anges i konstitutionen. Värt att notera är att kravet på enighet i rådet, liksom i bestämmelsens motsvarighet i artikel 308 EG, kvarstår.¹⁸³

Enligt artikel 17 punkt 2 skall kommissionen, vid det förfarande för kontroll av subsidiaritetsprincipen som avses i artikel 9 punkt 3, uppmärksamma medlemsstaternas nationella parlament på förslag baserade på denna artikel. Denna bestämmelse kommer att uppmärksammas i kapitel 6.2.¹⁸⁴

I artikel 17 punkt 3 föreskrivs att bestämmelser som antagits på grundval av artikel 17 inte får innebära en harmonisering av medlemsstaternas lagar och andra författningar. En harmonisering är dock endast förbjuden i de fall när konstitutionen utesluter sådan harmonisering. Bestämmelsen anger de gränser som fastställts genom EG-domstolens rättspraxis för användandet av artikel 308 EG.¹⁸⁵

6.2 Subsidiaritetsprincipen

I artikel 9 punkt 3 återfinns subsidiaritetsprincipen. Bestämmelsen finner sin ungefärliga motsvarighet i artikel 5 (2) EG. Artikel 9 punkt 3 har följande lydelse:

¹⁸² Jfr. artiklarna 11 (punkterna 3-5), 14, 15 och 16 i konstitutionsutkastet.

¹⁸³ CONV 724/03 Bilaga 2 s. 84.

¹⁸⁴ Ibid. s. 85.

¹⁸⁵ Ibid.

”Enligt subsidiaritetsprincipen skall unionen på de områden där den inte ensam är behörig vidta en åtgärd endast om och i den mån som målen för den planerade åtgärden inte i tillräcklig utsträckning kan uppnås av medlemsstaterna, både på central, regional och lokal nivå, och därför, på grund av den planerade åtgärdens omfattning eller verkningar, bättre kan uppnås på unionsnivå.”

I punktens andra stycke förskrivs att:

”Unionens institutioner skall tillämpa subsidiaritetsprincipen enligt protokollet om tillämpning av subsidiaritets- och proportionalitetsprinciperna, som är fogat till konstitutionen. De nationella parlamenten skall se till att denna princip följs i enlighet med det förfarande som fastställs i protokollet”.

Tillägget, ”både på central, regional och lokal nivå”, är en nyhet och infördes på rekommendation av ett flertal av konventets ledamöter.¹⁸⁶ Undantaget, att principen inte är tillämplig inom unionens exklusiva kompetensområden, har bibehållits, eftersom det på dessa områden endast är unionen som får lagstifta och anta rättsligt bindande akter, medan medlemsstaterna endast får lagstifta efter bemyndigande från unionen eller för att genomföra unionens rättsakter.¹⁸⁷ Punktens andra stycke kommer att uppmärksammas nedan, i samband med att protokollet redovisas.

Subsidiaritetsprincipen kompletteras, liksom nu, av ett till konstitutionen tillfogat protokoll¹⁸⁸.

Av protokollets första punkt framgår bl.a. att varje institution fortlöpande skall säkerställa att subsidiaritetsprincipen följs. Bestämmelsen har sin ungefärliga motsvarighet i Amsterdamprotokollets första punkt, vilken dock är mer omfattande.

I punkt 2 föreskrivs bl.a. att kommissionen, innan den föreslår en rättsakt, skall företa ett omfattande samråd. I samrådsförfarandet skall i förekommande fall den regionala och lokala dimensionen av de planerade åtgärderna beaktas. I mycket brådskande fall skall kommissionen inte företa samråd. Kommissionen skall motivera sitt beslut i förslaget. I punkt 9 i Amsterdamprotokollet anges bl.a. att kommissionen bör, utom särskilt brådskande eller förtroliga fall, företa omfattande samråd innan den föreslår en rättsakt. Förslaget innebär således en uppstramning av kommissionens samråd, från bör samråda till skall samråda.

Enligt punkt 3 skall kommissionen samtidigt sända sina förslag på ny lagstiftning och ändrade förslag till de nationella parlamenten och till

¹⁸⁶ Ibid. s. 62.

¹⁸⁷ Ibid. s. 63.

¹⁸⁸ Protokoll om tillämpning av subsidiaritets- och proportionalitetsprinciperna, CONV 820/1/03 REV 1 s. 66 ff.

unionslagstiftaren. Efter antagandet av en rättsakt skall Europaparlamentet sända sina lagstiftningsresolutioner och ministerrådet sina ståndpunkter till de nationella parlamenten.

Av punkt 4 i protokollet framgår bl.a. att:

”Kommissionen skall motivera sitt förslag med avseende på subsidiaritets- och proportionalitetsprinciperna. Varje lagstiftningsförslag bör innehålla ett formulär med detaljerade uppgifter som gör det möjligt att bedöma om subsidiaritets- och proportionalitetsprinciperna följts. Formuläret bör innehålla underlag för bedömning av dess finansiella konsekvenser och, när det gäller ramlag¹⁸⁹, konsekvenserna för de bestämmelser som medlemsstaterna skall genomföra, i förekommande fall även i den regionala lagstiftningen. Skäl som visar att något av unionens mål bättre kan uppnås på unionsnivå bör bygga på kvalitativa indikatorer och, varje gång det är möjligt, på kvantitativa sådana.”

Punkten är grundad på punkt 4 i Amsterdamprotokollet.

Punkt 5 inför ett system med förhandsgranskning (tidig varning). Meningen med systemet är att subsidiaritetskränkande lagstiftning skall hindras innan den träder ikraft. I punkten stadgas bl.a. att nationella parlament samt kammare i ett nationellt parlament har möjligheten att inom sex veckors tid från det att kommissionens förslag översänts, tillsända Europaparlamentets, ministerrådets och kommissionens ordförande ett motiverat yttrande innehållande skälen till varför de anser att ett aktuellt lagförslag inte är förenligt med subsidiaritetsprincipen. Presidiet (i konventet) har i sin motivering yttrat att ”subsidiaritetsprincipen är en i huvudsak politisk princip och lämpar sig därför för de nationella parlamentens kontroll”¹⁹⁰. Därför har principens tillämpning givits ett extra skydd genom inrättandet av systemet med tidig varning.

Enligt punkt 6 skall Europaparlamentet, ministerrådet och kommissionen ta hänsyn till de motiverade yttrandena. Vidare anges att ”parlamenten i de medlemsstater som har enkammarparlament skall ha två röster, medan var och en av kamrarna i ett tvåkammarparlament skall ha en röst”. Om minst en tredjedel, eller i vissa frågor en fjärdedel, av det totala antalet röster som tilldelats medlemsstaternas nationella parlament och kamrarna i de nationella parlamenten skulle lämna motiverade yttranden om att kommissionens förslag inte respekterar subsidiaritetsprincipen skall kommissionen ompröva sitt förslag. Kommissionen kan efter omprövningen välja att antingen stå fast vid, ändra eller dra tillbaka sitt förslag. Kommissionen skall motivera sitt beslut.

¹⁸⁹ De tidigare förordningarna och direktiven ersätts i konstitutionsutkastet av ”lag” (blir direkt gällande i medlemsstaterna) och ”ramlag” (medlemsstaterna skall uppnå syftet med ramlagen, på frivilligt sätt).

¹⁹⁰ CONV 724/03 Bilaga 2 s. 145.

Punkt 7 har följande lydelse:

”Domstolen är behörig att pröva en talan om åsidosättande av subsidiaritetsprincipen genom en rättsakt som enligt villkoren i artikel III-266 i konstitutionen väcks av medlemsstaterna eller överlämnas av dem på deras nationella parlaments vägnar eller för en kammare i detta parlament i enlighet med deras interna rättsordning.”

”Enligt samma artikel får sådan talan väckas av Regionkommittén med avseende på rättsakter som enligt konstitutionen inte kan antas utan att kommittén har hörts”.

Enligt punkten får medlemsstaterna genom nationell rätt fastställa villkoren för hur rätten att väcka talan skall utövas, t.ex. ifall båda eller endast den ena kammaren i ett tvåkamarparlament skall få den rätten. Regionkommittén har endast rätt att väcka talan i de fall när det i konstitutionen krävs att kommittén hörs innan en rättsakt antas. Ingen sådan rätt föreligger när Europaparlamentet själv eller rådet på eget initiativ anser det lämpligt att höra kommittén och inte heller när kommittén på eget initiativ beslutar att ta upp en fråga eller avge ett yttrande.¹⁹¹

Artikel III-266 i konstitutionen motsvaras av nuvarande artikel 230 EG.

Protokollets sista punkt, punkt 8, föreskriver en skyldighet för kommissionen att årligen lägga fram en rapport om tillämpningen av subsidiaritetsprincipen. Rapporten skall läggas fram för Europeiska rådet, Europaparlamentet, ministerrådet och medlemsstaternas nationella parlament. Den skall även sändas till Regionkommittén och till Ekonomiska och sociala kommittén. Bestämmelsen är hämtad från punkt 9 sista strecksatsen i Amsterdamprotokollet. Enligt den nya bestämmelsen skall rapporten även sändas till medlemsstaternas nationella parlament.

¹⁹¹ Ibid. s. 147 f.

7 Avslutande kommentarer

I arbetets tidigare kapitel har jag fortlöpande fört fram egna kommentarer och synpunkter, där sådana varit erforderliga. En del sammanfattande kommentarer kan dock vara på sin plats.

Jag har under kapitel 2.3 förespråkat de tolkningar som Estella och de Búrca fört fram. Förenklat innebär dessa tolkningar att en subsidiaritetsbedömning skall göras i alla fall, utom i de när EG-domstolen klart uttalat att EG innehar en exklusiv kompetens på det aktuella området. Jag har även pekat på en del problem som kan uppstå vid och efter en listning av kompetenser i någon form av konstitutionellt dokument. Problemen är i grunden hänförliga till de olika medlemsstaternas nationella politiska preferenser och agendor, och har som framgår nedan visat sig ha viss bäring.

EG-domstolen har i ett flertal fall ställts inför subsidiaritetsresonemang. Domstolen har dock endast i ett fåtal fall använt sig av principen och har inte givit den status som ett starkt lagenlighetsprövningsinstrument. Unionens institutioner har inte behövt uppvisa starka och tydliga skäl för att påvisa att ett gemenskapshandlande varit det enda rätta. Domstolen har även haft en tendens att blanda ihop principens materiella och processuella sida. Materiella resonemang har nyttjats, trots att argument inte förts i den riktningen. Domstolen har till och med i subsidiaritetshänseende rättfärdigat en gemenskapsåtgärd med proportionalitetsargument. EG-domstolens praxis är således långt ifrån klagörande.

Det kan konstateras att utkastet i förhållande till dagens fördrag innebär ett väsentligt framsteg. Tillgängligheten har blivit större och texten har förenklats. Nu återstår bara att se huruvida förslaget kommer att "överleva" ländernas granskning och den stundande regeringskonferensen. Konstitutionsutkastet är en väl avvägd kompromiss mellan de olika ländernas preferenser och åsikter om unionens framtida mål och struktur. De olika bestämmelserna är i mångt och mycket beroende av varandra. Problem kan uppstå om man beslutar sig för att ändra alltför mycket i utkastet. Om en bestämmelse ändras, kommer ytterligare förändringar troligtvis att krävas, vilket slutligen kan radera hela dokumentet. Utkastet har fått ett blandat bemötande bland medlemsländernas stats- och regeringschefer. Vissa har varnat för att de inte kommer att godta dokumentet som det är skrivet, medan andra tycker att det är så bra, att det kan antas i sin helhet.

Kompetensfördelningsfrågan var en av de i Nice år 2000 fastställda fyra huvudfrågorna, vilka konventet hade till uppdrag att presentera svar på. I konstitutionsutkastet finner vi ett embryo till en kompetenskatalog. Grundkonflikten, beträffande när unionen skall handla eller när medlemsstaterna skall göra det, finns dock fortfarande kvar. Som tidigare redovisats har vi i dagsläget problem att med säkerhet fastställa gränserna för EG: s exklusiva kompetens. Ett flertal förslag och

tolkningar har presenterats i doktrin och i den EG-rättsliga debatten. Utkastet presenterar en uttömmande uppräknning av de områden inom vilka unionen skall ha exklusiv kompetens. Listan är dock vagt och allmänt författad och är således öppen för tolkningar.

Frågan, om huruvida unionen inom ett visst område har exklusiv kompetens eller inte, är fortfarande intressant i subsidiaritetssammanhang. Subsidiaritetsprincipen i utkastet stadgar nämligen, precis som dess motsvarighet i artikel 5 (2) EG, att principen endast är tillämplig på de områden där unionen inte har exklusiv kompetens. Principen är i det närmaste en kopia av artikel 5 (2) EG. Ett tillägg har dock gjorts. Unionen skall nämligen vidta en åtgärd endast om och iden mån som målen för den planerade åtgärden inte i tillräcklig utsträckning kan uppnås av medlemsstaterna, *både på central, regional och lokal nivå*. Tillägget är influerat av principens närhetsmoment – det framhålls att besluten även kan fattas på lägre nivå än central, närmre individen. Principen specificeras i utkastet, liksom nu, i ett protokoll. Även protokollet har blivit förenklat och förkortat. Systemet för ”tidig varning” är en intressant nyhet. Det ger de nationella parlamenten en möjlighet att dra i nödbromsen om de anser att ett lagförslag inte uppfyller kraven på subsidiaritet.

Käll- och litteraturförteckning

Litteratur

Cass, Deborah Z., The word that saves Maastricht? The Principle of Subsidiarity and the division of powers within the European Community, i C. M. L. R. 29 (1992), s. 1107-1136, [cit. Cass].

De Búrca, Gráinne, The Principle of Subsidiarity and the Court of Justice as an Institutional Actor, i J. C. M. S 36 (1998), s. 217-235, [cit. de Búrca 1998].

De Búrca, Gráinne, Reappraising Subsidiarity's significance after Amsterdam, Jean Monnet working paper 7/99, Harvard Law School, Cambridge USA 2000, ISSN 1087-2221, [cit. de Búrca 1999].

De Búrca, Gráinne, Proportionality and Subsidiarity as General Principles of Law, i General Principles of European Community Law, Berintz/Nergelius (ed.), Dordrecht 2000, [cit. de Búrca 2000].

Dehousse, Renaud (ed.), Europe After Maastricht An ever closer Union?, Law Books in Europé, München 1994, [cit. Dehousse].

Delors, Jacques, The principle of Subsidiarity: Contribution to the debate, i Subsidiarity The challenge of change, Proceedings of the Jacques Delors Colloquium 1991, European Institute of Public Administration, [cit. Delors].

De Witte, Bruno, Institutional Principles: A special category of General Principles of EC law, i General Principles of European Community Law, Bernitz/Nergelius (ed.), Dordrecht 2000, [cit. de Witte].

Endo, Ken, Subsidiarity and its Enemies: To what extent is Sovereignty Contested in the Mixed Commonwealth of Europe?, EUI Working Papers RSC No. 2001/24, European University Institute 2001, [cit. Endo].

Emiliou, Nicholas, Subsidiarity: An Effective Barrier Against "the Enterprises of Ambition"?, i E. L. Rev. (1992), s. 383-407, [cit. Emiliou].

Estella, Antonio, The EU Principle of Subsidiarity and its Critique, Oxford 2000, [cit. Estella].

Ellis, Evelyn, i C. M. L. R. 34 (1997), s. 1049-1060, [cit. Evelyn Ellis].

Gretschmann, Klaus, The Subsidiarity Principle: Who is to do what in an integrated Europe?, i Subsidiarity The Challenge of Change, Proceedings of the Jacques Delors Colloquium 1991, European Institute of Public Administration, [cit. Gretschmann].

Lenaerts, Koen and Piet van Nuffel, Robert Bray (ed.), *Constitutional Law of the European Union*, Sweet and Maxwell, London 1999, [cit. Lenaerts].

Lord Mackenzie-Stuart, *Assessment of the views expressed and Introduction to the Panel Discussion*, i *Subsidiarity The Challenge of Change*, Proceedings of the Jacques Delors Colloquium 1991, European Institute of Public Administration, [cit. Lord Mackenzie-Stuart].

Melin, Mats, och Göran Schäder, *EU: s konstitution*, 4 uppl., 2000, [cit. Melin och Schäder].

Nergelius, Joakim, *Amsterdamfördraget och EU:s institutionella maktbalans*, 1998, [cit. Nergelius].

Roth, Wulf-Henning, i *C. M. L. R.* 35 (1998), s. 459-479, [cit. Wulf-Henning Roth].

Santer, Jacques, *Some Reflections on the Principle of Subsidiarity*, i *Subsidiarity The Challenge of Change*, Proceedings of the Jacques Delors Colloquium 1991, European Institute of Public Administration, [cit. Santer].

Schilling, Theodor, *A New Dimension of Subsidiarity: Subsidiarity as a Rule and a Principle*, i *Yearbook of European Law* 14 (1994), s. 203-255, [cit. Schilling].

Sahibzada, Mikael, *Subsidiaritetsprincipen i Maastrichtfördraget – en princip som rör kompetensfördelningen mellan EG och medlemsstater*, Institutet för europeisk rätt vid Stockholms Universitet nr. 27, Juristförlaget Stockholm 1994, [cit. Sahibzada].

Swaine, Edward T., *Subsidiarity and Self-Interest: Federalism and the European Court of Justice*, i *Harvard International Law Journal* 41 (2000), s. 1-128, [cit. Swaine].

Toth, A. G., *The Principle of Subsidiarity in the Maastricht Treaty*, i *C. M. L. R.* 29 (1992), s. 1079-1105, [cit. Toth].

Vergés Bausili, Anna, *Rethinking the Methods of Dividing and Exercising Powers in the EU: Reforming Subsidiarity and National Parliaments*, Jean Monnet Working Paper 9/02, New York University School of Law 2002, ISSN 1087-2221, [cit. Vergés Bausili].

Offentligt tryck

SOU 1994:12 Suveränitet och demokrati.

Resolution A 3-163/90 of the European parliament on the principle of subsidiarity.

Förklaring av Tyskland, Österrike och Belgien om subsidiaritet, OJ 1997 C 340/143.

The Communication by the Commission to the Council and Parliament on the principle of subsidiarity. Bull. EC 10-1992.

Overall approach to the application by the Council of the subsidiarity principle and Article 3b of the Treaty on European Union. Bull. EC 12-1992.

Interinstitutional Agreement between the European Parliament, the Council and the Commission on procedures for implementing the principle of subsidiarity. Bull, EC 10-1993.

CONV 724/03, Utkast till konstitution, Volym I –Reviderad text till första delen.

CONV 820/1/03 REV 1, Utkast till fördrag om upprättande av en konstitution för Europa.

Rättsfallsförteckning

Opinion 2/94 on accession of the EC to the ECHR (1996) ECR I-1759.

C-6, 9/90 Francovich och Bonifaci mot Italien (REG 1991, s. I-5357; svensk specialutgåva, volym II).

C-84/94 Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland mot Europeiska unionens råd (REG 1996, s. I-5755).

C-233/94 Förbundsrepubliken Tyskland mot Europaparlamentet och Europeiska unionens råd (REG 1997, s. I-2405).

C-491/01 The Queen mot Secretary of State for Health, ex parte British American Tobacco (Investments) Ltd och Imperial Tobacco Ltd (Domstolens dom den 10 december 2002).