

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT

ELEANOR SHARPSTON

föredraget den 30 november 2006¹

1. Krävs det enligt gemenskapsrätten att det i en medlemsstats rättsordning skall finnas möjlighet att, för det första, föra en fristående talan om fastställelse av att en föreskrift i nationell rätt står i strid med gemenskapsrätten och, för det andra, interimistiskt sätta denna föreskrift åt sidan till dess att frågan om dess lagenlighet har prövats? Detta är huvuddragen i de frågor som svenska Högsta domstolen har bett EG-domstolen att besvara i förevarande mål.

annat offentligt organ att en föreskrift står i strid med bestämmelse i grundlag eller annan överordnad författning, får föreskriften inte tillämpas. Den i 11 kap. 14 § regeringsformen föreskrivna lagprövningen och möjligheten att låta bli att tillämpa en föreskrift förutsätter att frågan uppkommer prejudiciellt inom ramen för en annan talan. Det är enligt nationella regler inte möjligt att väcka en fristående talan vid domstol om fastställelse av att viss författning är ogiltig. Har riksdagen eller regeringen beslutat föreskriften, får tillämpning underlåtas endast om felet är uppenbart. Det kravet anses emellertid inte gälla i det fall en sådan föreskrift står i konflikt med gemenskapsrätten.²

Nationell lagstiftning

2. I begäran om förhandsavgörande ges följande information om de nationella bestämmelserna om talerätt och processen i svenska domstolar samt om anordnande av lotterier.

3. I 11 kap. 14 § regeringsformen regleras lagprövningsrätten. Finner domstol eller

4. Enligt 13 kap. 2 § rättegångsbalken får talan om fastställelse, huruvida visst rättsförhållande består eller icke består, upptas till

1 — Originalspråk: engelska.

2 — Regeringens proposition 1993/94:114, Grundlagsändringar inför ett svenskt medlemskap i Europeiska unionen, s. 27.

prövning, om ovisshet råder om rättsförhållandet och denna leder kändan till förfång.

när det anspråk som avses med den förda talan inte kan tas upp till sakprövning.

5. I 15 kap. rättegångsbalken finns bestämmelser om säkerhetsåtgärder i tvistemål. Enligt 3 § får domstolen, om någon visar sannolika skäl för att han mot någon har ett anspråk, som är eller kan antas bli föremål för rättegång eller prövning i annan liknande ordning, och det skäligen kan befaras att motparten genom att utöva viss verksamhet eller företa eller underlåta viss handling eller på annat sätt hindrar eller försvårar utövandet av sökandens rätt eller väsentligt förringar dess värde, förordna om lämplig åtgärd för att säkerställa sökandens rätt. En sådan åtgärd kan innebära förbud vid vite att utöva viss verksamhet eller företa viss handling eller annat föreläggande vid vite att beakta sökandens anspråk, förordnande av sysselman eller meddelande av en föreskrift som är ägnad att på annat sätt förebygga intrång i sökandens rätt.

6. Både den hänskjutande domstolen och den svenska regeringen har uppgett att säkerhetsåtgärder enligt 15 kap. rättegångsbalken måste vara ägnade att säkerställa det anspråk som avses med den förda talan. En lag som påstås vara ogiltig kan således normalt inte sättas åt sidan när talan rör skadestånd. Dessutom förefaller det (vilket kanske inte är så förvånande) som om säkerhetsåtgärder inte heller kan beviljas

7. Enligt 38 § lotterilagen (1994:1000) är det inte tillåtet att utan särskilt medgivande i yrkesmässig verksamhet eller annars i förvärvssyfte främja deltagande i ett inom landet anordnat lotteri som inte är tillåtet eller ett utom landet anordnat lotteri. Jag kommer nedan att använda uttrycket främjandeförbudet när jag hänför mig till detta förbud. Undantag från främjandeförbudet kan medges. I 45 § ges möjlighet att ansöka om tillstånd att anordna ett lotteri. 48 § innehåller bestämmelser om tillsyn över att lagen följs och enligt 52 § får tillsynsmyndigheten meddela de förelägganden och förbud som behövs för att lagen skall följas. Ett sådant föreläggande eller förbud får förenas med vite. Enligt 54 § kan dessutom den som olovligen i yrkesmässig verksamhet eller annars i förvärvssyfte uppsåtligen främjar deltagande i ett utom landet anordnat lotteri, om främjandet särskilt avser deltagande från Sverige, dömas till böter. Enligt 59 § får beslut i tillståndsfrågor överklagas till domstol.

Bakgrunden till det nationella målet

8. De omständigheter som gett upphov till det nationella målet är, såvitt framgår av

begäran om förhandsavgörande och sökandens skriftliga yttrande, följande:

9. Unibet (London) Ltd och Unibet (International) Ltd är två bolag som är etablerade i Förenade kungariket respektive Malta. De anordnar spel, särskilt vadhållning avseende sporthändelser, poker, casino och andra slumpspel. Verksamheten bedrivs i enlighet med tillstånd som beviljats av myndigheterna i dessa båda länder, enligt vilka bolagen har rätt att anordna spel med bland andra kunder bosatta utanför länderna i fråga. Jag kommer nedan att hänföra mig till dessa båda bolag som Unibet.

10. Unibet tillhandahåller spelen främst via Internet. Unibet har inga planer på att etablera spelverksamhet i Sverige eller att anordna spel där, utan vill endast marknadsföra sina speltjänster i Sverige.

11. Domstolen avkunnade den 6 november 2003 dom i målet Gambelli,³ och slog då fast att en nationell lagstiftning som innebär förbud att utan tillstånd av den berörda medlemsstaten anordna viss spelverksamhet stred mot artiklarna 43 EG och 49 EG. Unibet köpte mot bakgrund av denna dom annonsutrymme i vissa svenska dagstidningar. Lotteriinspektionen tillkännagav emellertid att den hade polisanmält dessa dagstidningar för brott mot lotterilagen på

grund av att det i dessa tidningar hade införts annonser för ett utländskt spelbolag. Unibet försökte därefter köpa annonsutrymme i dagstidningar samt i TV och radio men nekades detta med hänvisning till främjandeförbudet och Lotteriinspektionens inställning. Svenska staten förefaller därefter ha utfärdat administrativa förelägganden och väckt åtal mot de dagstidningar som infört annonser för Unibet. Inga rättsliga åtgärder har dock vidtagits mot Unibet själva.

12. Unibet väckte vid tingsrätten talan mot staten och yrkade, i huvudsak, att tingsrätten skulle 1) fastställa att Unibet har rätt att, utan hinder av främjandeförbudet, i Sverige marknadsföra sina speltjänster, 2) fastställa att svenska staten är skyldig att ersätta Unibet den skada som bolagen lidit och fortlöpande lider till följd av främjandeförbudet, och 3) omedelbart förordna att främjandeförbudet samt bestämmelserna om sanktioner för överträdelse av detta förbud skulle sättas åt sidan i förhållande till Unibet.

13. Unibet åberopade till stöd för sin talan att den svenska lotterilagstiftningen strider mot artikel 49 EG och att Unibet enligt gemenskapsrätten har rätt att marknadsföra sina speltjänster i Sverige. Om bolagens yrkanden enligt punkt 2 ovan inte skulle anses utgöra en enligt 13 kap. 2 § rättegångsbalken tillåten talan gjorde Unibet gällande att gemenskapsrätten ger bolagen rätt att föra talan och att gemenskapsrätten

3 — Dom av den 6 november 2003 i mål C-243/01, Gambelli (REG 2003, s. I-13031).

innebär att svenska regler som begränsar talerätten skall sättas åt sidan. Vad gäller yrkandena enligt punkt 3 ovan gjorde bolagen gällande att gemenskapsrätten förpliktar nationella domstolar att ge interimistiskt skydd i syfte att säkerställa enskildas rättigheter som följer av gemenskapsrätten.

14. Staten gjorde i tingsrätten gällande att det inte fanns förutsättningar för fastställsetalan enligt 13 kap. 2 § rättegångsbalken, då det inte förelåg något konkret rättsförhållande mellan Unibet och staten.

15. Tingsrätten ansåg att Unibets fastställseyrkanden enligt punkt 1 avsåg en abstrakt normprövning och därför inte var tillåtna. Inte heller yrkandena enligt punkt 3 var tillåtna. Yrkandena om skadestånd (punkt 2) ansågs däremot tillåtna och är fortfarande föremål för prövning vid tingsrätten. Unibet överklagade tingsrättens beslut om avvisning av yrkandena enligt punkterna 1 och 3 till hovrätten, som avlog överklagandet. Unibet överklagade därefter hovrättens beslut till Högsta domstolen.

16. Kort tid efter det att hovrätten avslagit överklagandet framställde Unibet nya interimistiska yrkanden i tingsrätten. Unibet yrkade därvid att tingsrätten omedelbart skulle förordna att Unibet utan hinder av främjandeförbudet samt sanktionsbestämmelserna hade rätt att, under tiden till dess lagakraftgående dom föreligger, vidta angivna marknadsföringsåtgärder eller omedelbart

förordna om sådana åtgärder som förebygger att Unibets verksamhet fortsättningsvis skadas på grund av främjandeförbudet och dess sanktionsbestämmelser. Unibet framhöll att de nya interimistiska yrkandena var kopplade direkt till kränkningen av Unibets gemenskapsrättsliga rättigheter, och därmed till bolagens ännu inte avgjorda skadeståndsyrkanden enligt punkt 2 i stämningsansökan.

17. Tingsrätten tog upp de nya yrkandena till prövning men gjorde bedömningen att Unibet inte hade visat vare sig att främjandeförbudet stod i strid med gemenskapsrätten eller att det förelåg allvarliga tvivel härom. Tingsrätten avlog därför Unibets yrkanden. Hovrätten avlog Unibets överklagande av detta beslut. Unibet har därefter överklagat hovrättens beslut till Högsta domstolen, som har framställt den begäran om förhandsavgörande som är aktuell i detta mål.

18. Högsta domstolen har i sin begäran bekräftat att Unibet enligt nationella regler⁴ inte har rätt att föra den fastställsetalan som bolagen anhängiggjort genom punkt 1 i stämningsansökningen. Den har därefter ställt sig frågan om de nationella reglerna uppfyller gemenskapsrättens krav på till-

4 — 13 kap. 2 § rättegångsbalken; se punkterna 13 och 14 ovan.

handahållande av ett effektivt domstolsskydd för enskilda.

19. Högsta domstolen anser att också Unibets interimistiska yrkanden väcker gemenskapsrättsliga frågor. När det gäller de ursprungligen framställda interimistiska yrkandena (punkt 3), som avvisats av underinstanserna, följer det av nationell rätt bland annat att om sökandens huvudanspråk inte kan prövas, kan inte heller en ansökan om interimistiska åtgärder bifallas. Därmed uppstår, beträffande detta interimistiska yrkande, motsvarande gemenskapsrättsliga frågor som de som uppkommer beträffande Unibets huvudanspråk. Unibet har gjort gällande att de senare under processen framställda yrkandena om interimistiskt skydd är kopplade direkt till den kränkning av Unibets gemenskapsrättsliga rättighet som Unibet gör gällande i målet och därmed till bolagens talan om fastställelse av skadeståndsskyldighet (punkt 2 i stämningsansökan) som alltså är föremål för tingsrättens prövning. Därmed uppkommer frågan om gemenskapsrätten innebär att en nationell domstol, i fall då nationella bestämmelserns förenlighet med gemenskapsrätten ifrågasätts, vid prövning av yrkanden om interimistiskt skydd skall tillämpa nationella bestämmelser eller gemenskapsrättsliga kriterier. Om gemenskapsrättsliga kriterier skall tillämpas, uppstår frågor om vad dessa kriterier närmare innebär.

20. Högsta domstolen har därför beslutat att vilandeförklara målet och hänskjuta följande frågor för förhandsavgörande:

”1) Skall gemenskapsrättens krav på att nationella processuella regler skall tillhandahålla ett effektivt skydd av den enskildes rättigheter enligt gemenskapsrätten tolkas på så sätt att en talan om fastställande av att vissa nationella materiella bestämmelser står i strid med artikel 49 EG-fördraget måste få föras i det fallet att de materiella bestämmelsernas förenlighet med nämnda artikel eljest endast kan komma att prövas prejudiciellt i till exempel ett skadeståndsmål, ett mål rörande överträdelse av den nationella materiella bestämmelsen eller ett ärende om rättsprövning?

2) Innebär gemenskapsrättens krav på effektivt rättsskydd att den nationella rättsordningen måste tillhandahålla ett interimistiskt skydd, varigenom nationella regler, som hindrar utövandet av en påstådd rättighet grundad på gemenskapsrätten, skall kunna åsidosättas i förhållande till den enskilde för att denne skall kunna utöva denna rättighet till dess frågan om rättighetens existens har slutligt prövats av nationell domstol?

3) Om svaret på fråga 2 är ja:

Innebär gemenskapsrätten att en nationell domstol, i fall då nationella bestämmelser

melsers förenlighet med gemenskapsrätten ifrågasätts, vid en materiell prövning av yrkanden om interimistiskt skydd av gemenskapsrättsliga rättigheter skall tillämpa nationella bestämmelser om förutsättningarna för interimistiskt skydd eller skall den nationella domstolen i en sådan situation tillämpa gemenskapsrättsliga kriterier för interimistiskt skydd?

- 4) Om svaret på fråga 3 är att gemenskapsrättsliga kriterier skall tillämpas, vilka är då dessa?"

21. I målet har skriftliga yttranden inkommit från Unibet, den österrikiska, den belgiska, den tjeckiska, den finska, den tyska, den grekiska, den italienska, den nederländska, den portugisiska och den svenska regeringen samt från Förenade kungarikets regering och kommissionen. Ytterligare synpunkter framfördes vid förhandlingen av Unibet, den belgiska, den grekiska och den svenska regeringen samt av Förenade kungarikets regering och kommissionen.

Huruvida begäran om förhandsavgörande kan tas upp till sakprövning

22. Den belgiska regeringen har som prejudiciell fråga gjort gällande att begäran om förhandsavgörande är konstlad och hypotetisk och därför inte kan tas upp till sakprövning. Unibets talan i målet vid den nationella domstolen syftar enligt denna regering enbart till att få fastställt att nationell rätt

är oförenlig med gemenskapsrätten och har inte sin grund i en verklig tvist. En sådan situation omfattas direkt av domstolens avgörande i målet Foglia.⁵ Domstolen slog i det målet fast att den inte var behörig att "avge rådgivande utlåtanden i allmänna eller hypotetiska frågor" eller att besvara "tolkningsfrågor som ställs inom ramen för processuella arrangemang som konstruerats av parterna i syfte att förmå domstolen att ta ställning till vissa gemenskapsrättsliga problem som inte svarar mot ett objektivt behov kopplat till lösningen av en tvist".

23. Jag delar inte den belgiska regeringens uppfattning. Det står klart att det finns en i hög grad verklig tvist som behöver lösas. Unibet anser att främjandeförbudet är oförenligt med artikel 49 EG. Bolagen vill få fastställt att detta förbud är rättsstridigt så att de lagligen kan främja sin spelverksamhet i Sverige. Det förhållandet att bolagen kan sägas ha använt sig av ett "processuellt arrangemang" på det sättet att de försöker väcka en typ av talan som inte är tillåten enligt svenska processuella regler medför inte att den bakomliggande tvisten inte är verklig.

24. Jag anser följaktligen att begäran om förhandsavgörande skall tas upp till sakprövning.

⁵ — Domstolens dom av den 16 december 1981 i mål 244/80, Foglia (REG 1981, s. 3045; svensk specialutgåva, volym 6, s. 243), punkt 18.

Den första frågan

25. Den hänskjutande domstolen har ställt den första frågan för att få klarhet i huruvida gemenskapsrättens krav på att nationella processuella regler skall tillhandahålla ett effektivt skydd av den enskildes rättigheter enligt gemenskapsrätten innebär att en talan om fastställande av att vissa nationella materiella bestämmelser står i strid med artikel 49 EG måste få föras i det fallet att de materiella bestämmelsernas förenlighet med nämnda artikel eljest endast kan komma att prövas prejudiciellt i till exempel ett skadeståndsmål, ett mål rörande överträdelse av den nationella materiella bestämmelsen eller ett ärende om rättsprövning.⁶

26. Unibet har gjort gällande att denna fråga skall besvaras jakande. Samtliga regeringar som har inkommit med yttranden i målet och kommissionen har intagit motsatt ståndpunkt.

27. Unibet har för det första hävdad att det följer av principen om gemenskapsrättens företräde framför nationell rätt och av principen om skydd för gemenskapsrättsliga rättigheter att enskilda alltid skall ha tillgång

till ett effektivt rättsmedel för att tillvarata sådana rättigheter.⁷ Unibet har en på EG-fördraget grundad rätt att marknadsföra sina speltjänster i Sverige och hindras rättsstridigt från detta genom främjandeförbudet. Unibet är därför berättigad att föra talan om fastställelse av att Unibet är oförhindrat att marknadsföra sina speltjänster i Sverige eller, annorlunda uttryckt, att staten förbjuds att tillämpa främjandeförbudet mot Unibet.

28. Unibet har särskilt åberopat domstolens dom i målet Muñoz och Superior Fruticola.⁸ I den slog domstolen fast att en näringsidkare måste ha möjlighet att väcka en civilrättslig talan mot en konkurrerande näringsidkare i syfte att säkerställa iakttagandet av ett i gemenskapslagstiftningen stadgat förbud mot försäljning av frukt eller grönsaker som inte överensstämmer med föreskrivna kvalitetsnormer, då förbudet annars inte skulle få full verkan, även om det enligt nationell rätt saknas möjlighet för en sådan näringsidkare att väcka en civilrättslig talan avseende överträdelse av lagstiftningen.

29. Unibet har för det andra hävdad att den nationella domstolen, på grund av att den är

6 — Även om de tre måltyperna endast nämns som exempel i frågan förefaller det som om de är de enda som skulle kunna vara möjliga under sådana omständigheter som i förevarande fall (se dock punkt 46 beträffande möjligheten till rättsprövning).

7 — Dom av den 9 mars 1978 i mål 106/77, Simmenthal (REG 1978, s. 629; svensk specialutgåva, volym 4, s. 75), punkterna 21 och 22, av den 19 juni 1990 i mål C-213/89, Factortame (REG 1990, s. I-2433; svensk specialutgåva, volym 10, s. 435) (nedan kallat målet Factortame I), av den 11 juli 1991 i de förenade målen C-87/90, C-88/90 och C-89/90, Verholen m.fl. (REG 1991, s. I-3757), punkt 24, och av den 22 september 1998 i mål C-185/97, Coote (REG 1998, s. I-5199).

8 — Dom av den 17 september 2002 i mål C-253/00, Muñoz och Superior Fruticola (REG 2002, s. I-7289).

skyldig att tolka nationell rätt i överensstämmelse med gemenskapsrätten,⁹ måste utvidga rätten att väcka fastställsetalan enligt nationell rätt¹⁰ till att även gälla sådana parter som Unibet.

30. Unibet har för det tredje hävdat att de andra rättsmedel som bolagen har tillgång till enligt de svenska reglerna inte är effektiva i sammanhanget. Ett skadestånd är inte ett adekvat alternativ till ett fastställande av att svenska staten inte får tillämpa främjandeförbudet, eftersom det ofta möter stora svårigheter att beräkna ett skadestånd så att den verkliga skadan kompenseras fullt ut. Dessutom skulle avsaknaden av möjligheten att föra en sådan fastställsetalan innebära att den enskilde blir hänvisad till att väcka ny skadeståndstalan om kränkningarna fortsätter. Det är inte rimligt att kräva att en enskild skall tvingas överträda lagstiftningen för att få sin rätt prövad. Möjligheten till rättsprövning av vissa förvaltningsbeslut gäller endast ett av regeringen eller någon förvaltningsmyndighet beslutat avgörande. En rättsprövning skulle kunna komma till stånd endast om Unibet ansöker om tillstånd att anordna lotteri i Sverige och regeringen avslår denna ansökan. Unibet har emellertid inte för avsikt att anordna lotteri i Sverige. Om en svensk domstol eller annan myndighet vid en prejudiciell prövning skulle finna att främjandeförbudet stod i strid med gemenskapsrätten, skulle ett sådant beslut inte få någon rättsverkan i andra sammanhang, inte ens i förhållande till Unibet, exempelvis i ett

brottmål eller i ett mål eller ärende om vite enligt lotterilagen. En sådan prejudiciell prövning kan inte anses motsvara en fastställelse av rättsstridighet i vid mening, inte ens i förhållande till Unibet, och skulle inte medföra någon skyldighet för Sverige att upphäva eller att tills vidare inte tillämpa främjandeförbudet. Däremot skulle en dom vari svenska staten förbjuds att tillämpa främjandeförbudet gentemot Unibet vara bindande för staten i alla sammanhang vari frågan kan uppkomma, till exempel i en process rörande överträdelse av lotterilagen.

31. De regeringar som har inkommit med yttrande i målet samt kommissionen anser samtliga att den nationella domstolens första fråga skall besvaras nekande. Av skäl som jag kommer att redogöra för nedan, delar jag denna uppfattning, dock med ett viktigt förbehåll. Skälen härtill har samtliga anförts av nämnda regeringar och kommissionen. Vissa skäl har framförts av dem alla, medan andra behandlats endast av vissa av dem.

32. Utgångspunkten för bedömningen måste enligt min mening vara principen, som först fastslogs i domen i målet Rewe I,¹¹ att det tillkommer varje medlemsstat att i sin nationella rättsordning fastställa de proces-

9 — Dom av den 13 november 1990 i mål C-106/89, *Marleasing* (REG 1990, s. I-4135; svensk specialutgåva, volym 10, s. 575).

10 — 13 kap. 2 § rättegångsbalken; se punkterna 4 och 13 ovan.

11 — Dom av den 16 december 1976 i mål 33/76, *Rewe* (REG 1976, s. 1989; svensk specialutgåva, volym 3, s. 261), punkt 5.

suella regler som gäller för talan som är avsedd att säkerställa skyddet av rättigheter som följer av gemenskapsrätten, varvid dessa regler dock inte får vara mindre förmånliga än dem som avser en liknande talan som grundas på nationell rätt (likvärdighetsprincipen) eller göra det i praktiken omöjligt att utöva sådana rättigheter (effektivitetsprincipen). Denna ståndpunkt bekräftades i domen i målet Rewe II¹², i vilken domstolen uttalade följande: Fördraget *syftar inte till att vid de nationella domstolarna skapa andra former för talan*, för att upprätthålla gemenskapsrätten, än dem som redan föreskrivs i den nationella rätten. Det rättsskyddssystem som fastställs i fördraget förutsätter att *varje slag av talan som föreskrivs i den nationella rätten* skall kunna utnyttjas för att säkerställa iakttagandet av gemenskapsregler som har direkt effekt.

33. I domen i målet Simmenthal,¹³ där de nationella domstolarnas skyldighet att sätta nationella bestämmelser som strider mot gemenskapsrätten åt sidan slogs fast, begränsades denna skyldighet uttryckligen till mål där talan faller *inom ramen för den nationella domstolens behörighet* eller till domstolar *som är behöriga att tillämpa* gemenskapsbestämmelserna i fråga.

34. Dessa principer har vid upprepade tillfällen bekräftats av domstolen, exempelvis i

målet Peterbroeck,¹⁴ där domstolen uttalade följande: I avsaknad av gemenskapsrättslig reglering på området skall det i den nationella rättsordningen i varje medlemsstat anges vilka domstolar som är behöriga och regleras vilka förfaranden som finns tillgängliga för att väcka talan som är avsedd att tillförsäkra enskilda de rättigheter som följer för dem av gemenskapsrättens direkta effekt. Dessa förfaranden får emellertid varken vara mindre förmånliga än dem som avser liknande talan enligt nationell rätt eller göra utövandet av de rättigheter som följer av gemenskapsrätten i praktiken omöjligt eller orimligt svårt.

35. Av dessa uttalanden framgår att medlemsstaternas processuella autonomi inte är absolut. För det första måste nationella bestämmelser vara förenliga med likvärdighets- och effektivitetsprinciperna. För det andra ställs i gemenskapsrätten, även om det i princip ankommer på den nationella rätten att definiera enskildas talerätt och rättsskyddsintresse, krav på att en nationell regel inte undergräver rätten till ett effektivt domstolsskydd.¹⁵ Under vissa omständigheter *kan* gemenskapsrätten således innebära krav på att ett nytt rättsmedel tillhandahålls, när detta är det enda sättet att säkerställa skydd för en rättighet som följer av gemenskapsrätten.¹⁶ I domen i målet Heylens m.fl. uttalade domstolen således att eftersom fritt tillträde till anställning är en grundläggande rättighet som enligt fördraget tillkommer varje enskild arbetstagare inom gemenskapen, *"är det viktigt att det finns rätts-*

12 — Dom av den 7 juli 1981 i mål 158/80, Rewe (REG 1981, s. 1805; svensk specialutgåva, volym 6, s. 153), punkt 44, min kursivering.

13 — Punkterna 21 och 22 (ovan fotnot 7), min kursivering.

14 — Dom av den 14 december 1995 i mål C-312/93, Peterbroeck (REG 1995, s. I-4599), punkt 12.

15 — Domen i målet Verholen (ovan fotnot 7), punkt 24.

16 — Detta var *de facto* fallet i målet Factortame I.

medel mot varje beslut av en nationell myndighet som innebär att denna rättighet inte beviljas, så att den enskildes rättigheter kan ges ett effektivt skydd".¹⁷ I linje härmed slog domstolen i domen i målet Vlassopoulou fast att "varje beslut måste kunna bli föremål för en rättslig prövning som gör det möjligt att kontrollera beslutets laglighet i förhållande till gemenskapsrätten".¹⁸

36. Det är därför nödvändigt att undersöka hela det processuella regelverket när man skall bedöma huruvida nationella processuella regler uppfyller de kriterier som domstolen fastslagit. Såsom domstolen uttalade i domen i målet Peterbroeck "måste varje fall, i vilket frågan gäller om en nationell förfarandebestämmelse gör det praktiskt taget omöjligt eller alltför svårt att tillämpa gemenskapsrätten, bedömas med beaktande av den ställning denna bestämmelse har inom förfarandet i dess helhet, dess förlopp och särdrag vid de olika nationella domstolarna".¹⁹ Den omständigheten att det i ett visst rättssystem inte tillhandahålls en viss form av talan för tillvaratagande av en rättighet som följer av gemenskapsrätten innebär inte i sig med nödvändighet att principen om ett effektivt skydd har åsidosatts.

37. Som exempel på tillämpningen av den principen kan nämnas domen i målet Safalero.²⁰ Det målet rörde förvaltningsföreskrifter som tillät beslag av varor som hade sålts till en återförsäljare, när varorna inte var försedda med märkning med uppgift om typgodkännande såsom krävdes i nationell lagstiftning. Det stod klart att kravet i nationell rätt var oförenligt med gemenskapsrätten. Importören ville få tillbaka de varor som beslagtogs hos återförsäljaren, men den nationella domstolen fann att importören inte hade talerätt mot beslutet om beslag, vilket riktade sig till återförsäljaren. EG-domstolen konstaterade att en sådan importörs intresse av att inte hindras i sin handel på grund av en nationell bestämmelse som står i strid med gemenskapsrätten var tillräckligt skyddat i förevarande fall, eftersom han kunde erhålla ett domstolsavgörande i vilket det fastställs att bestämmelsen i fråga strider mot gemenskapsrätten. I det fallet hade importören möjlighet att i ett domstolsförfarande mot myndigheten åberopa att den straffavgift som han ålagts för att den försålda utrustningen inte var försedd med uppgift om typgodkännande var rättsstridig. Domstolen ansåg att principen om ett effektivt domstolsskydd för enskildas rättigheter enligt gemenskapsrätten inte, under sådana förhållanden som de i målet vid den nationella domstolen, utgjorde hinder för nationella bestämmelser enligt vilka importören inte fick väcka talan vid domstol mot ett beslut om beslag av varor som sålts till en detaljhandlare, och vilket beslut myndigheten meddelat detaljhandlaren, om denne importör hade tillgång till ett rättsmedel som var ägnat att säkerställa efterlevnaden av de rättigheter han har enligt gemenskapsrätten.

17 — Dom av den 15 oktober 1987 i mål 222/86, Heylens m.fl. (REG 1987, s. 4097; svensk specialutgåva, volym 9, s. 223), punkt 14, min kursivering.

18 — Dom av den 7 maj 1991 i mål C-340/89, Vlassopoulou (REG 1991, s. I-2357; svensk specialutgåva, volym 11, s. I-189), punkt 22.

19 — Punkt 14 (ovan fotnot 14).

20 — Dom av den 11 september 2003 i mål C-13/01, Safalero (REG 2003, s. I-8679).

38. Denna ståndpunkt har sin grund i att principen om ett effektivt rättsskydd i sin tur är ett uttryck för en allmän rättsprincip som är en del av medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner. Denna princip, rätten till en rättvis rättegång, stadgas i artikel 6.1 i Europakonventionen och är nu, genom artikel 6.2 EU, erkänd som en allmän gemenskapsrättslig princip. Artikel 6.1 i Europakonventionen innefattar rätten till domstolsprövning, som den inte absoluta rätten till tillträde till domstol är en del av, och förutsätter därvid att tillträde ges till domstol för prövning i ett konkret fall. Begränsningar av rätten till sådant tillträde är förenliga med artikel 6.1 endast om de inte urholkar det centrala innehållet i den rätten, har ett legitimt ändamål och om de vidtagna åtgärderna står i rimlig proportion till det eftersträvar ändamålet.²¹

39. Det är mot denna bakgrund jag nu skall pröva den specifika rättsfråga som aktualiseras genom den hänskjutande domstolens första fråga.

40. Det står i förevarande fall för det första klart att svenska processuella regler om fastställelse av att en norm strider mot en

nationell lag av högre valör inte är mer förmånliga än dem som är tillämpliga på fastställelse av att en norm strider mot gemenskapsrätten. Faktum är att det motsatta förhållandet verkar vara fallet.²²

41. För det andra framgår av begäran om förhandsavgörande²³ även att det inte är omöjligt för en enskild i Unibets situation att tillvarata sina på gemenskapsrätten grundade rättigheter.

42. Jag vill i detta sammanhang påpeka att domstolen måste acceptera den hänskjutande domstolens bedömning av de nationella processuella reglerna. Jag måste därför vid min bedömning utgå från att Unibet enligt nationella processuella regler inte har rätt att väcka en talan som enbart avser fastställelse av att främjandeförbudet strider mot gemenskapsrätten, även om Unibet har bestritt att så är fallet.²⁴

43. Den hänskjutande domstolen har dessutom förklarat att även om Unibet enligt de nationella reglerna inte har möjlighet att

21 — Se Europadomstolens dom av den 21 februari 1975 i mål Golder mot Förenade kungariket, serie A nr 18, § 36, av den 6 september 1978 i mål Klass m.fl. mot Tyskland, serie A nr 28, § 49, av den 28 maj 1985 i mål Åshingdane mot Förenade kungariket, serie A nr 93, §§ 55 och 57, och av den 8 juli 1986 i mål Lithgow m.fl. mot Förenade kungariket, serie A nr 102, § 194.

22 — Se ovan punkt 3.

23 — Vissa förbehåll har dock framförts vid förhandlingen, se nedan punkt 46.

24 — Se dom av den 5 juni 1985 i mål 116/84, Roelstraete (REG 1985, s. 1705), punkt 10, av den 17 september 1998 i mål C-412/96, Kainuun Liikenne och Pohjolan Liikenne (REG 1998, s. I-5141), punkt 22, och av den 9 februari 1999 i mål C-343/96, Dilexport (REG 1999, s. I-579), punkt 51.

väcka en fristående talan om giltigheten eller tillämpligheten av främjandeförbudet, har bolagen dock tre andra möjligheter att få denna fråga prövad av domstol. För det första kan bolagen få förbudets förenlighet med gemenskapsrätten prövad av domstol om de agerar i strid med främjandeförbudet och blir utsatta för ingripanden från svensk myndighet. För det andra kan Unibet få denna fråga prövad av domstol inom ramen för den fastställsetalan om skadeståndsskyldighet som är föremål för tingsrättens prövning. För det tredje har den hänskjutande domstolen angett att "[ä]ven möjligheten att få rättsprövning i enlighet med vad som sagts förut bör [beaktas] i detta sammanhang", vilket är en uppenbar hänvisning till lotterilagen.

44. Vad gäller den första möjligheten anser jag att en nationell rättsordning inte uppfyller kravet på ett effektivt skydd av rättigheter som följer av gemenskapsrätten om en enskild person är tvungen att bryta mot nationell rätt för att kunna tillvarata sådana rättigheter i nationell domstol. Det är inte rimligt att en enskild person endast kan få tillstånd en prövning av en lags giltighet genom att bryta mot lagen. Jag kan i synnerhet inte ansluta mig till den uppfattning som flera regeringar har hävdat, att det är möjligt att per analogi tillämpa de begränsningar av talerätten som föreskrivs i gemenskapsrätten i fråga om direkt talan, nämligen att en enskild inte kan väcka talan om ogiltigförklaring vid gemenskapsdomstolen av en

gemenskapsrättsakt med allmän giltighet, även om han enligt de nationella bestämmelserna inte kan få rättsaktens giltighet prövad i nationell domstol utan att först ha överträtt gemenskapsbestämmelsen.²⁵

45. Jag delar således inte den hänskjutande domstolens uppfattning att Unibets, på gemenskapsrätten grundade, rättigheter ges ett effektivt skydd, genom att Unibet kan få främjandeförbudets förenlighet med gemenskapsrätten prövad av domstol om bolagen bryter mot detta förbud och svenska myndigheter ingriper häremot.

46. Jag är inte heller övertygad om att den tredje möjlighet som den hänskjutande domstolen nämnt, nämligen rättsprövning av beslut enligt lotterilagen, utgör ett adekvat tillvägagångssätt för Unibet att tillvarata sina rättigheter i domstol. Uppgifterna i begäran om förhandsavgörande är ganska vaga i fråga om vilka undantag som föreskrivs från främjandeförbudet och hur dessa kan åberopas. Den svenska regeringen uppgav vid förhandlingen att lagstiftaren inte hade sådana situationer som den i det nationella målet i åtanke när möjligheten till undantag infördes, och kunde inte svara på huruvida ett undantag skulle ha beviljats i denna

25 — Dom av den 1 april 2004 i mål C-263/02 P, kommissionen mot Jégo-Quéré (REG 2004, s. I-3425), punkterna 33 och 34.

situation om Unibet hade ansökt härom. De uppgifter som den svenska regeringen lämnat efter upprepade frågor från domstolen gör mig inte heller övertygad om att en ansökan om undantag från Unibet med nödvändighet skulle ha lett till ett förvaltningsbeslut som skulle ha kunnat bli föremål för rättsprövning.

47. Därmed återstår frågan huruvida talan om skadestånd (punkt 2 i Unibets stämningsansökan) utgör ett adekvat sätt för Unibet att få till stånd en prövning av sitt gemenskapsrättsliga anspråk i de svenska domstolarna. Skadeståndstalan har förklarats kunna tas upp till prövning, men har ännu inte prövats i sak. Den utgör grunden för Unibets nya interimistiska yrkanden.

48. Den hänskjutande domstolen, Unibet och den svenska regeringen förefaller vara överens om att den domstol som prövar skadeståndstalan även måste pröva Unibets påstående att främjandeförbudet är oförenligt med gemenskapsrätten och att den, om den skulle finna att så är fallet, är skyldig att sätta förbudet åt sidan i enlighet med 11 kap. 14 § regeringsformen.

49. Unibet har invänt att det är besvärligt att föra en skadeståndstalan, eftersom det är

svårt att fastställa storleken på den ekonomiska skadan, vilken är osäker. Vid tillämpningen av principen om processuell autonomi är den avgörande frågan emellertid inte huruvida det är besvärligt att föra talan i fråga (skadeståndstalan är typiskt sett en besvärlig talan att föra) utan huruvida de två villkoren avseende likvärdighet och effektivitet är uppfyllda. Båda villkoren är enligt min mening uppfyllda i förevarande fall. Det kan utifrån de uppgifter som framkommit i målet, enligt min mening, inte anses att praktiska problem avseende fastställandet av skadans omfattning räcker för att det skall vara "[i praktiken] omöjligt eller orimligt svårt" att föra en skadeståndstalan.²⁶ Om så vore fallet principiellt sett, skulle detta drastiskt förta verkan av den av domstolen fastslagna principen att medlemsstaterna är skyldiga att ersätta skada som vållats enskilda genom sådana överträdelser av gemenskapsrätten som kan tillskrivas medlemsstaterna och att denna skyldighet utgör ett effektivt skydd för den enskildes rättigheter.²⁷

50. Vilket fog finns det då för Unibets argument att ett bifall till dess skadeståndstalan skulle ha rättskraft enbart i det målet, på grund av en sådan talans art, och således inte skulle ha någon verkan *erga omnes* eller vara till någon hjälp för Unibet i framtiden, varför bolagen skulle vara tvungna att kontinuerligt väcka talan i ett stort antal mål?

26 — Domen i målet Peterbroeck (ovan fotnot 14), punkt 12.

27 — Dom av den 19 november 1991, i de förenade målen C-6/90 och C-9/90, Francovich m.fl. (REG 1991, s. I-5357; svensk specialutgåva, volym 11, s. 435), punkt 37. I dom av den 14 juli 1994 i mål C-91/92, Faccini Dori (REG 1994, s. I-3325; svensk specialutgåva, volym 16, s. I-1), bekräftade domstolen att direktiv inte har "horisontell" direkt effekt varvid den uttalade att ett effektivt skydd kunde uppnås genom principen om direktivkonform tolkning kompletterad med möjligheten att föra talan om skadestånd.

51. Det ankommer inte på mig att spekulera i de närmare verkningarna i svensk rätt av en viss dom av en viss domstol — det är en fråga som den nationella domstolen besitter erforderlig kunskap och behörighet för att avgöra. Den svenska regeringen uppgav vid förhandlingen att ett avgörande av en svensk domstol av innebörden att främjandeförbudet strider mot en överordnad norm i gemenskapsrätten, oavsett vilka rättsverkningar ett sådant avgörande har, ofrånkomligen skulle granskas ingående av regeringen och med all sannolikhet skulle medföra en lagändring. Oavsett hur det förhåller sig med den saken anser jag att Unibet, sedan de en gång erhållit bifall till sin skadeståndstalan utan att lagstiftningen ändrats och bolagen därför tvingats att väcka en andra (eller tredje) skadeståndstalan, på goda grunder med stöd av gemenskapsrätten skulle kunna åberopa att Konungariket Sverige allvarligt och uppenbart har åsidosatt sina gemenskapsrättsliga skyldigheter, varvid bolagen skulle ha rätt till ytterligare skadestånd redan på denna grund. Enligt min mening kan Unibet i ett sådant fall mycket väl även ha rätt att få interimistiska åtgärder beviljade, för att säkerställa ett effektivt skydd av dess på gemenskapsrätten grundade rättigheter i skadeståndsmålet.²⁸

52. Mot bakgrund av det ovan anförda anser jag att Unibets på gemenskapsrätten grundade rättigheter ges ett adekvat skydd genom att bolagen har möjlighet att väcka en talan

om skadestånd inom ramen för vilken dess påstående att främjandeförbudet är oförenligt med gemenskapsrätten med nödvändighet *kommer att* prövas, även om bolagen enligt nationella processuella regler inte kan väcka en fristående talan om fastställelse av denna oförenlighet.

53. Det kan enligt min mening inte härledas något stöd för den motsatta uppfattningen ur domen i målet Muñoz och Superior Fruiticola,²⁹ som Unibet har åberopat. Domstolen slog i det målet fast att kändarna, som var frukthandelsföretag, hade rätt att väcka en civilrättslig talan mot en konkurrerande näringsidkare i syfte att säkerställa iakttagandet av en i direkt tillämplig gemenskapslagstiftning³⁰ stadgad skyldighet att inte sälja frukt eller grönsaker som inte överensstämde med föreskrivna kvalitetsnormer. Det förefaller emellertid som om kändarna utan en sådan talerätt helt skulle ha saknat möjlighet att säkerställa skyddet för sina rättigheter.³¹ Som nämnts ovan är detta inte fallet i förevarande mål.

54. Inte heller finns det fog för Unibets argument att den nationella domstolen

28 — Se nedan punkt 85.

29 — Ovan fotnot 8.

30 — Rådets förordning (EEG) nr 1035/72 av den 18 maj 1972 om den gemensamma organisationen av marknaden för frukt och grönsaker (EGT L 118, s. 1; svensk specialutgåva, område 3, volym 4, s. 162) och rådets förordning (EG) nr 2200/96 av den 28 oktober 1996 om den gemensamma organisationen av marknaden för frukt och grönsaker (EGT L 297, s. 1).

31 — Även om beslutet är kortfattat kan det av den nationella domstolens beskrivning av omständigheterna antas att kausalsambandet skulle vara alltför svagt för att kunna grunda ett skadeståndsanspråk.

måste utvidga den i nationell rätt föreskrivna möjligheten att väcka fastställsetalan³² till att även gälla sådana kärande som Unibet på grund av att den är skyldig att tolka nationell rätt i överensstämmelse med gemenskapsrätten.

tillämpliga gemenskapsbestämmelserna.³⁷ I förevarande mål har den svenska regeringen uttryckligen och med bestämdhet förnekat att det finns något som helst utrymme enligt nationell rätt för den tolkning som Unibet föreslagit. Denna uppfattning delas av den hänskjutande domstolen,³⁸ som i sin begäran om förhandsavgörande har hänvisat till olika uttalanden i doktrinen.

55. Unibet har åberopat domen i målet *Marleasing*³³ till stöd för denna uppfattning. Domstolen slog i den domen fast att "den nationella domstolen vid tillämpningen av nationell rätt ... är skyldig att i *den utsträckning det är möjligt* tolka den nationella rätten mot bakgrund av direktivets ordalydelse och syfte".³⁴ Detta är enligt min uppfattning ett mycket viktigt förbehåll.³⁵ Domstolen kräver inte av nationella domstolar att de skall göra en konstlad eller krystad tolkning av nationell rätt. Domen uttalade i domen i målet *Murphy*³⁶ att denna skyldighet gäller inom ramen för det "utrymme för skönmässig bedömning som den [nationella domstolen] har enligt nationell rätt". Det står klart att domstolen har gjort bedömningen att det i vissa fall inte är möjligt att genom tolkning uppnå det resultat som föreskrivs i de

56. Mot bakgrund av det ovan anförda anser jag därför att den första tolkningsfrågan skall besvaras nekande. Jag utgår härvid från två premisser, nämligen att den nationella domstolen, för det fall den avgör den prejudiciella frågan om främjandeförbudets förenlighet med gemenskapsrätten till Unibets fördel, *kommer att* bevilja Unibet materiella åtgärder av något slag och att dessa åtgärder *kommer att* vara effektiva.³⁹ Att så kommer att ske förefaller troligt av uppgifterna i målet att döma, även om ingetdera är helt säkert. Jag vill betona att om skadeståndstalan faktiskt *inte* ger ett skydd som i praktiken säkerställer iakttagandet av Unibets på gemenskapsrätten grundade rättigheter sedan dessa väl har erkänts av den nationella domstolen, måste ett nytt rättsmedel skapas för att Konungariket Sverige skall anses ha uppfyllt sina skyldigheter enligt gemenskapsrätten.⁴⁰

32 — Härmed avses den talan som avses i 13 kap. 2 § rättegångsbalken; se ovan punkterna 4 och 13.

33 — Ovan fotnot 9.

34 — Punkt 8, min kursivering. Det målet rörde visserligen skyldigheten att tolka nationell lagstiftning i enlighet med ett direktiv, men domstolen har tillämpat samma princip på fördragsbestämmelser (se dom av den 4 februari 1988 i mål 157/86, *Murphy*, REG 1988, s. 673).

35 — Även om detta förbehåll inte återfinns i domslutet i domen, skall domslut enligt fast rättspraxis läsas mot bakgrund av domskälen (dom av den 16 mars 1978 i mål 135/77, *Bosch*, REG 1978, s. 855, punkt 4). Under alla omständigheter har detta förbehåll intagits i domslutet i flera senare domar, se domen i målet *Faccini Dori* (ovan fotnot 27), dom av den 27 juni 2000 i de förenade målen C-240/98–C-244/98, *Océano Grupo Editorial och Salvat Editores* (REG 2000, s. I-4941), och av den 5 oktober 2004 i de förenade målen C-397/01–C-403/01, *Pfeiffer m.fl.* (REG 2004, s. I-8835).

36 — Ovan fotnot 34.

37 — Se exempelvis domstolens dom av den 16 december 1993 i mål C-334/92, *Wagner Miret* (REG 1993, s. I-6911; svensk specialutgåva, volym 14, s. I-477), punkt 22 i domskälen och punkt 2 b i domslutet, domen i målet *Faccini Dori* (ovan fotnot 27), punkt 27, och dom av den 22 maj 2003 i mål C-462/99, *Connect Austria* (REG 2003, s. I-5197), punkt 1 i domslutet.

38 — Denna uppfattning delas även av de två underinstanserna.

39 — Se ovan punkt 51.

40 — Se domen i det ovannämnda målet *Factortame I*.

57. Jag vill slutligen nämna att frågan, såsom den formulerats, avser huruvida gemenskapsrättens krav på att nationella processuella regler skall tillhandahålla ett effektivt skydd av den enskildes rättigheter enligt gemenskapsrätten innebär att en talan om fastställande av att vissa nationella materiella bestämmelser står i strid med artikel 49 EG måste få föras i det fallet att de materiella bestämmelsernas förenlighet med nämnda artikel eljest endast kan komma att prövas prejudiciellt i till exempel ett skadeståndsmål, ett *mål rörande överträdelse av den nationella materiella bestämmelsen eller ett ärende om rättsprövning*.⁴¹

58. Jag har ovan nämnt att jag anser att en nationell rättsordning inte uppfyller kravet på ett effektivt skydd av rättigheter som följer av gemenskapsrätten, om en enskild person vore tvungen att överträda nationell rätt för att kunna tillvarata sådana rättigheter i nationell domstol.

59. Med hänsyn till de uppgifter som lämnats i målet är jag inte heller övertygad om att ett ärende om rättsprövning skulle kunna inledas i ett sådant fall som det förevarande.

60. Jag skulle därför vilja omformulera den första frågan i samband med att jag besvarar den. Frågan bör således besvaras på följande sätt: Gemenskapsrätten innehåller inte något krav på att det skall vara möjligt att föra en fristående talan om fastställande av att vissa nationella materiella bestämmelser står i strid med artikel 49 EG när det kan visas att den frågan kommer att prövas som en prejudiciell fråga inom ramen för en talan om skadestånd och prövningen inte sker på villkor som är mindre förmånliga än dem som avser liknande talan enligt nationell rätt eller på villkor som gör det omöjligt eller orimligt svårt för den enskilde att tillvarata rättigheter som följer av gemenskapsrätten.

Den andra frågan

61. Den hänskjutande domstolen har ställt sin andra fråga för att få klarhet i huruvida gemenskapsrättens krav på ett effektivt rättskydd innebär att den nationella rättsordningen måste tillhandahålla ett interimistiskt skydd, varigenom nationella regler, som hindrar utövandet av en påstådd rättighet grundad på gemenskapsrätten, skall kunna sättas åt sidan i förhållande till den enskilde för att denne skall kunna utöva denna rättighet till dess frågan om rättighetens existens slutligt har prövats av nationell domstol.

41 — Min kursivering.

62. Unibet anser att denna fråga skall besvaras jakande. Enligt Unibet ger gemenskapsrätten bolagen en rätt att få ett yrkande om interimistiskt rättsskydd prövat av nationell domstol, eftersom nationella domstolar har ett ansvar för att ge enskilda tillgång till effektiva rättsmedel, om deras på gemenskapsrätten grundade rättigheter kränks. Domstolen slog i det ovannämnda målet *Francovich I*⁴² och i målet *Zuckerfabrik*⁴³ fast att principen om ett effektivt domstolsskydd för rättigheter som följer av gemenskapsrätten medför en rätt att beviljas interimistiska åtgärder.

63. De regeringar som har yttrat sig i målet samt kommissionen anser i princip att den andra frågan skall besvaras nekande. Samtliga har medgett att det av domen i målet *Factortame I* följer att det kan finnas en skyldighet att bevilja interimistiskt skydd. De anser emellertid inte att detta innebär att den andra frågan med nödvändighet måste besvaras jakande. Jag delar deras uppfattning. Gemenskapsrätten ger inte en enskild någon absolut rätt att oavsett omständigheterna få ett yrkande om interimistiska åtgärder prövat av en nationell domstol.

64. Utgångspunkten för bedömningen är förstås domen i målet *Factortame I*. I det

målet hade klagandena framställt yrkanden om dels fastställande av att vissa bestämmelser i en nationell författning stred mot EG-fördraget, dels skadestånd och dels interimistiska åtgärder i avvaktan på det slutliga avgörandet av saken. Det var ostridigt att nationella domstolar principiellt sett var behöriga att bifalla ett sådant fastställelseyrkande. Ett förhandsavgörande inhämtades emellertid avseende frågan huruvida bestämmelserna i fråga verkligen stred mot EG-fördraget.⁴⁴ Vad gäller det interimistiska yrkandet hade de nationella domstolarna emellertid enligt nationell rätt inte någon befogenhet att förordna om att författningen i fråga tills vidare inte fick tillämpas. En separat begäran om förhandsavgörande framställdes därför avseende frågan huruvida gemenskapsrätten krävde att en nationell domstol i befogade fall kunde besluta om sådana åtgärder.

65. Domstolen konstaterade att gemenskapsrättens fulla verkan skulle försvagas om en nationell rättsregel kunde förhindra att en nationell domstol — där ett mål anhängiggjorts som skall avgöras i enlighet med gemenskapsrätten — beslutar om interimistiska åtgärder för att säkerställa den fulla verkan av det senare domstolsavgörandet om förekomsten av de rättigheter som gjorts gällande på grundval av gemenskapsrätten. Av detta följde att den nationella domstol som under dessa förhållanden *skulle* besluta om interimistiska åtgärder om inte en nationell rättsregel stod hindrande i

42 — Ovan fotnot 7.

43 — Dom av den 21 februari 1991 i de förenade målen C-143/88 och C-92/89, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen och Zuckerfabrik Soest* (REG 1991, s. I-415; svensk specialutgåva, volym 11, s. I-19).

44 — I sin dom av den 25 juli 1991 i mål C-221/89, *Factortame* (REG 1991, s. I-3905; svensk specialutgåva, volym 11, s. I-313) (nedan kallat målet *Factortame II*), slog domstolen fast att vissa av de materiella bestämmelserna stred mot artikel 52 i EG-fördraget (nu artikel 43 EG i ändrad lydelse).

vägen, inte fick tillämpa den regeln. Domstolen slog i enlighet med detta fast att en nationell domstol, som i ett anhängigt mål angående gemenskapsrättsliga anspråk anser att det enda hindret mot att besluta om interimistiska åtgärder är en nationell rättsregel, inte skall tillämpa denna regel.

sekundärrätt som ifrågasätts, eftersom ifrågasättandet i båda fallen grundar sig på själva gemenskapsrätten. Artikel 249 EG skulle därför tolkas så, att den inte utesluter att nationella domstolar har behörighet att bevilja uppskov med verkställigheten av ett nationellt förvaltningsbeslut som antagits på grundval av en gemenskapsförordning.

66. Till skillnad från målet *Factortame I*, som rörde en nationell lag som påstods vara oförenlig med rättigheter som följde av fördraget, rörde målet *Zuckerfabrik*⁴⁵ en nationell rättsakt som antagits med stöd av en gemenskapsförordning⁴⁶ vars giltighet ifrågasattes i nationell domstol. Den nationella domstolen frågade huruvida andra stycket i vad som nu är artikel 249 EG, varit det föreskrivs att en förordning skall ha allmän giltighet och till alla delar vara bindande och direkt tillämplig i varje medlemsstat, innebar att de nationella domstolarna saknade behörighet att uppskjuta verkställigheten av en nationell rättsakt som antagits med stöd av en gemenskapsförordning.

68. Det skall således göras åtskillnad mellan två olika situationer. I den första situationen, som förelåg i målet *Zuckerfabrik*, ifrågasätts giltigheten av en gemenskapsrättsakt och den enskilde yrkar att en nationell åtgärd eller bestämmelse som antagits med stöd av denna rättsakt tills vidare inte skall tillämpas. I den andra situationen, som förelåg i *Factortame I*, ifrågasätts giltigheten av en nationell lag på grundval av att den är oförenlig med gemenskapsrätten, och den enskilde yrkar att denna nationella lag tills vidare inte skall tillämpas. Det nu aktuella fallet tillhör uppenbarligen den sistnämnda kategorin.

67. Domstolen hänvisade till domen i målet *Factortame I* och uttalade att det provisoriska rättsliga skydd som enskilda tillförsäkras enligt gemenskapsrätten vid de nationella domstolarna inte kan tillåtas variera beroende på om det är nationella rättsreglers förenlighet med gemenskapsrätten eller giltigheten av rättsakter inom gemenskapens

69. Som kommissionen har påpekat har Unibet framställt två interimistiska yrkanden. Det första yrkandet är kopplat till bolagens talan om fastställelse av att de har rätt att marknadsföra sina speltjänster utan hinder av främjandeförbudet medan det andra yrkandet är kopplat till deras talan om skadestånd på grund av en överträdelse av gemenskapsrätten.

45 — Ovan fotnot 43.

46 — Rådets förordning (EEG) nr 1914/87 av den 2 juli 1987 om införande av den särskilda elimineringsavgiften inom sockersektorn för regleringsåret 1986/87 (EGT L 183, s. 5).

70. Vad gäller det första interimistiska yrkandet framgår det av begäran om för-

handsavgörande att den nationella domstolen särskilt vill få klarhet i huruvida gemenskapsrätten innebär att en nationell domstol måste förordna att främjandeförbudet tills vidare inte får tillämpas när parten för talan om fastställelse av att förbudet är oförenligt med gemenskapsrätten och denna talan inte är tillåten enligt nationell rätt.

71. Eftersom jag inte anser att gemenskapsrätten, under sådana omständigheter som i det förevarande målet, ställer krav på att en sådan (fristående) talan skall vara möjlig, anser jag följaktligen inte heller att gemenskapsrätten kräver att interimistiska åtgärder skall kunna beviljas i ett sådant sammanhang. Denna uppfattning delas av den belgiska, den finska, den tyska, den grekiska och den svenska regeringen samt kommissionen.

72. Denna slutsats följer enligt min mening redan av det förhållandet att de sökta åtgärderna är interimistiska. Detta har även kommit till uttryck i domstolens praxis. I målet *Factortame I*, som i likhet med det förevarande målet rörde ett yrkande om att nationell lagstiftning tills vidare inte skulle tillämpas, förklarade domstolen att "gemenskapsrättens fulla verkan i lika hög grad skulle försvagas om en nationell rättsregel kunde förhindra att en nationell domstol — där ett mål anhängiggjorts som skall avgöras i enlighet med gemenskapsrätten — beslutar om interimistiska åtgärder"⁴⁷ "för att säker-

ställa den fulla verkan av det senare domstolsavgörandet om förekomsten av de rättigheter som gjorts gällande på grundval av gemenskapsrätten".⁴⁸ Jag anser inte att det kan anses att "ett mål anhängiggjorts" vid en domstol när huvudanspråket är en typ av talan som inte är möjlig att föra enligt nationell rätt och som inte heller måste tillhandahållas enligt gemenskapsrätten.

73. Vad gäller det andra interimistiska yrkandet, råder det motsatta förhållandet. Talan om skadestånd på grund av en överträdelse av gemenskapsrätten (inom ramen för vilken främjandeförbudets förenlighet med gemenskapsrätten kommer att prövas) får föras enligt nationell rätt.

74. Det står klart att en nationell domstol under sådana omständigheter måste ha möjlighet att besluta om interimistiska åtgärder.

75. Det innebär emellertid inte att en nationell domstol vid vilken ett mål är anhängigt med nödvändighet måste ha möjlighet att bevilja (och än mindre vara tvungen att bevilja) alla tänkbara typer av interimistiska åtgärder. Tvärtom följer det av domstolens uttalande att de åtgärder som en nationell domstol måste kunna bevilja är sådana som är ägnade att säkerställa den fulla verkan av det slutliga domstolsavgörandet.

⁴⁷ — Punkt 21, min kursivering. Även lydelsen i domslutet avser skyldigheten för "en nationell domstol, som i ett där anhängigt mål angående gemenskapsrätten anser att det enda hindret mot att besluta om interimistiska åtgärder är en nationell rättsregel" (min kursivering). Ett mål är "anhängigt" vid en domstol endast om det kan tas upp till prövning. Detta synsätt stöds även av den franska språkversionen av domen, i vilken det talas om "le juge saisi d'un litige" (punkt 21) och "la juridiction nationale ... saisie d'un litige" (domslutet).

⁴⁸ — Domen i målet *Factortame I*, punkt 21.

76. Unibet hävdade vid förhandlingen att det förevarande målet är en svensk motsvarighet till målet *Factortame I* och att den grundläggande frågan är densamma. Jag anser dock att det finns en avgörande skillnad mellan de två målen. Även om klagandena i målet *Factortame I*, i likhet med klagandena i förevarande mål, yrkade på skadestånd och på att lagstiftningen tills vidare inte skulle tillämpas, var deras *huvudanspråk* en talan om fastställelse av att denna lagstiftning inte var tillämplig i förhållande till dem.⁴⁹ Denna talan kunde tas upp till prövning enligt nationell rätt.⁵⁰ De yrkade interimistiska åtgärderna var således direkt kopplade till huvudanspråket. Den nationella domstolen fann dessutom att det fanns fog för klagandenas påståenden att de skulle lida en irreparabel skada, om de sökta interimistiska åtgärderna inte beviljades men deras talan rörande huvudsaken senare bifölls.⁵¹

77. I det nu aktuella målet rör den andra frågan däremot väsentligen Unibets yrkande om interimistiska åtgärder med avseende på deras talan om fastställande av att staten är skyldig att utge *skadestånd* till Unibet för den skada som bolagen lidit till följd av främjandeförbudet (punkt 2 i stämningsansökan). Det är oklart hur den fulla verkan av en dom genom vilken skadeståndsyrkandet bifalls kan säkerställas genom de interimistiska åtgärder som Unibet yrkat, det vill säga ett beslut om att Unibet, utan hinder av främjandeförbudet och sanktionsbestämmel-

serna, har rätt att under tiden till dess lagakraftgående dom föreligger vidta vissa angivna marknadsföringsåtgärder, vilket är den interimistiska åtgärd som Unibet yrkat. Yrkandet om interimistiska åtgärder motsvarar således inte huvudanspråket. I ett sådant fall krävs enligt gemenskapsrätten enligt min mening inte att sådana interimistiska åtgärder skall beviljas.

78. Vidare föreligger det inte något "behov" av att säkerställa den fulla verkan av det slutliga avgörandet av *skadeståndstalan*. Om Högsta domstolen i sin dom finner att Unibets på gemenskapsrätten grundade rättigheter har åsidosatts på ett sådant sätt att svenska staten är skyldig att betala skadestånd, kan det antas att svenska staten kommer att följa den domen.

79. Unibet har gjort gällande att det av domen i målet *ABNA m.fl.*⁵² följer att enskilda skall ha tillgång till samma interimistiska skydd när nationella reglers förenlighet med gemenskapsrätten ifrågasätts som när giltigheten av en gemenskapsrättsakt angrips. Eftersom det enligt gemenskapsrätten står klart att enskilda har rätt till ett interimistiskt skydd när giltigheten av

49 — Se punkt 7 i förhandlingsrapporten och punkt 10 i domen.

50 — Se punkt 23 i förhandlingsrapporten. Enligt engelsk förvaltningsrätt är det tillåtet att som huvudanspråk föra en fastställsetalan. Detta är emellertid inte tillåtet enligt svensk förvaltningsrätt.

51 — A.st., punkt 10.

52 — Dom av den 6 december 2005 i de förenade målen C-453/03, C-11/04, C-12/04 och C-194/04, *ABNA m.fl.* (REG 2005, s. I-10423).

gemenskapsrättsakter ifrågasätts enligt artikel 234 EG, skall samma domstolsskydd tillförsäkras enskilda när nationella rättsakter angrips på gemenskapsrättslig grund.

80. Det påståendet är hämtat från domen i målet Zuckerfabrik.⁵³ I det målet hade den nationella domstolen att pröva ett yrkande om upphävande av ett nationellt förvaltningsbeslut som antagits med stöd av en gemenskapsförordning vars giltighet ifrågasattes. Det finns inget som tyder på att det fanns något hinder för att ta upp det yrkandet till prövning. Den interimistiska åtgärden var därför helt adekvat för att säkerställa verkan av det slutliga avgörandet. Som nämnts anser jag inte att detsamma gäller när, som i förevarande fall, det slutliga avgörandet avser en skadeståndstalan.

81. Unibet har slutligen hävdat att det av beslutet i målet Antonissen⁵⁴ klart framgår att syftet med det gemenskapsrättsliga domstolsskyddet är att få en pågående rättighetsinskränkning som medför skada för den enskilde att upphöra. Rätten har ett betydande skönsmässigt utrymme när det gäller själva prövningen av de interimistiska yrkandena och vilka åtgärder som skall bestämmas för att tillvarata den enskildes rätt till domstolsskydd. Av domarna i målen Factortame I och Antonissen följer således att en enskild som lider fortlöpande skada alltid skall ha

tillgång till ett rättsmedel som säkrar prövningen av interimistiska yrkanden som grundas på ett påstående om statens kränkning av rättigheter som följer av gemenskapsrätten samt att domstolarna enligt gemenskapsrätten har ett relativt stort skönsmässigt utrymme vid uppställandet av de närmare förutsättningarna för beviljandet av interimistiska åtgärder samt i fråga om vilken typ av åtgärder som skall vidtas. I förevarande fall skulle ett temporärt förbud för staten att tillämpa främjandeförbudet mot Unibet vara det mest effektiva rättsmedlet.

82. Det är riktigt att målet Antonissen rörde en talan om skadestånd. Det interimistiska yrkandet i det målet avsåg betalning av ett förskott på det skadestånd som huvudanspråket gällde. De åtgärder som avsågs med det interimistiska yrkandet motsvarade därför en del av de åtgärder som avsågs med huvudanspråket.⁵⁵ Det är också riktigt att domstolen konstaterade att en domstol som har att pröva ett interimistiskt yrkande har ett betydande utrymme för skönsmässig bedömning när den prövar huruvida det finns förutsättningar att bifalla yrkandet.

83. Domstolen konstaterade i beslutet i målet Antonissen i själva verket att "[e]tt absolut förbud mot att bevilja [interimistiska

53 — Ovan fotnot 43.

54 — Beslut av den 29 januari 1997 i mål C-393/96 P(R), Antonissen mot rådet och kommissionen (REG 1997, s. I-441).

55 — Se punkt 7 i domen. Ett interimistiskt betalningsyrkande inom ramen för en talan om skadestånd har sin egen problematik, som dock inte är relevant i förevarande mål.

åtgärder], oberoende av omständigheterna i det enskilda fallet, skulle emellertid inte vara förenligt med rätten till ett fullständigt och [effektivt domstolsskydd] som enskilda har enligt gemenskapsrätten och som bland annat innebär att interimistiskt skydd kan ges dem om det är nödvändigt för att ett framtida slutligt avgörande skall få full verkan ... Det kan således inte på ett allmänt och abstrakt sätt i förväg uteslutas att en förskottsbetalning ... är nödvändig ... och att en sådan i förekommande fall kan framstå som berättigad med hänsyn till föreliggande intressen.”⁵⁶

84. Genom beslutet i målet Antonissen korrigerades således den felaktiga uppfattningen att det fanns ett absolut förbud mot att bevilja interimistiska åtgärder när huvudanspråket rörde skadestånd. Av domstolens beslut framgår emellertid klart att möjligheten att bevilja interimistiska åtgärder i en sådan situation bör utnyttjas sparsamt och, framför allt, omfattas av rättens utrymme för skönsmässig bedömning. Genom den andra frågan i förevarande mål önskas i huvudsak få klarhet i huruvida det i den nationella rättsordningen *måste* tillhandahållas en möjlighet att få till stånd ett beslut om att den nationella lagstiftningen tills vidare inte får tillämpas, när huvudanspråket rör skadestånd. Jag kan inte se att beslutet i målet Antonissen ger någon vägledning i denna fråga, men skulle så vara fallet kan detta beslut endast ge stöd i nekande riktning.

85. För fullständighetens skull vill jag emellertid tillägga att om Unibet skulle vinna bifall till sin nu förda skadeståndstalan, och därefter tvingades att väcka en andra talan för att säkerställa utövandet av sina på gemenskapsrätten grundade rättigheter, kan det mycket väl tänkas att interimistiska åtgärder kan vara nödvändiga för att ge Unibet ett effektivt skydd.⁵⁷ I ett sådant (exceptionellt) fall skulle enligt min mening de interimistiska åtgärderna med nödvändighet bestå i ett förordnande om att bestämmelser i en nationell lag, som antas ha befunnits vara oförenlig med en på gemenskapsrätten grundad rättighet som har direkt effekt, inte får tillämpas.⁵⁸

86. Jag anser således att den andra frågan bör besvaras på följande sätt: Det krävs enligt gemenskapsrätten inte att en medlemsstat tillhandahåller en möjlighet att erhålla ett beslut om att nationella regler, som hindrar utövandet av en påstådd rättighet grundad på gemenskapsrätten, skall sättas åt sidan eller inte får tillämpas i förhållande till den enskilde, när dennes huvudanspråk inte är tillåtet enligt nationell rätt. När huvudanspråket är tillåtet men avser ersättning för skada som lidits till följd av dessa nationella regler, krävs enligt gemenskapsrätten att den nationella domstolen har möjlighet att i befogade fall bevilja sådana interimistiska åtgärder.

56 — Punkterna 36 och 37. I punkterna 38–43 redogjorde domstolen sedan ingående för de kriterier som skall beaktas av den nationella domstolen när den utövar sitt betydande utrymme för eget skön vid prövningen av interimistiska yrkanden.

57 — Se ovan punkt 51.

58 — Se ovan punkt 6.

Den tredje och den fjärde frågan

87. Den tredje frågan skall besvaras endast om svaret på den andra frågan är att det enligt gemenskapsrätten krävs att en medlemsstat tillhandahåller en möjlighet att erhålla ett beslut om att nationella regler, som hindrar utövandet av en påstådd rättighet grundad på gemenskapsrätten, skall sättas åt sidan eller inte får tillämpas i förhållande till den enskilde. Den nationella domstolen vill genom denna fråga få klarhet i huruvida gemenskapsrätten innebär att en nationell domstol, i fall då nationella bestämmelsers förenlighet med gemenskapsrätten ifrågasätts, skall tillämpa nationella kriterier eller gemenskapsrättsliga kriterier vid en materiell prövning av yrkanden om interimistiskt skydd av rättigheter som följer av gemenskapsrätten. Genom den fjärde frågan, som skall besvaras endast om svaret på den tredje frågan är att gemenskapsrättsliga kriterier skall tillämpas, vill den få klarhet i vilka dessa kriterier är.

88. Även om det av mig föreslagna svaret på den andra frågan innebär att den tredje och den fjärde frågan inte behöver besvaras, kommer jag likväl att kort behandla dessa nedan.

89. Unibet och den portugisiska regeringen har gjort gällande att gemenskapsrättsliga kriterier skall tillämpas. Unibet anser att det är av stor vikt att frågor om interimistiskt skydd så långt möjligt tillämpas enhetligt inom gemenskapen. Domstolen borde därför formulera de grundläggande förutsättningarna. Enligt Unibets förmenande bör dessa

vara att det föreligger allvarliga tvivel i fråga om en nationell rättsakts förenlighet med gemenskapsrätten och att den enskilde lider skada på grund av normkonflikten. Det gemenskapsrättsliga kravet att skadan skall vara "irreparabel" är oklart. Om detta krav är tillämpligt måste domstolen klargöra dess innebörd. Den portugisiska regeringen har hänvisat till domarna i målen Zuckerfabrik och Atlanta,⁵⁹ och har hävdat att kravet på en enhetlig tolkning och tillämpning av gemenskapsrätten talar för att man vid en prövning av yrkanden om interimistiska åtgärder tillämpar samma kriterier som dem som gemenskapens domstolar tillämpar, nämligen att det föreligger en *fumus boni juris* (att åtgärden vid första påseendet framstår som faktiskt och rättsligt befogad), att det föreligger fara i dröjsmål, att det görs en intresseavvägning och att det finns ett samband mellan den interimistiska åtgärd som begärs och föremålet för talan avseende huvudsaken.⁶⁰

90. Den österrikiska, den tjeckiska, den finska, den italienska och den svenska regeringen samt kommissionen har avstått från att yttra sig beträffande den tredje och den fjärde frågan. Den belgiska, den grekiska och den nederländska regeringen samt Förenade kungarikets regering har hävdat att nationella bestämmelser skall tillämpas. Jag delar deras uppfattning.

91. Denna uppfattning baseras på den grundläggande regel som domstolen slagit

59 — Dom av den 9 november 1995 i mål C-465/93, Atlanta Fruchthandelsgesellschaft m.fl. (REG 1995, s. I-3761).

60 — Se domen i målet Antonissen mot rådet och kommissionen (ovan fotnot 54).

fast och som diskuterats i anslutning till den första frågan, nämligen att det, i avsaknad av en gemenskapsrättslig reglering på området, tillkommer varje medlemsstat att i sin nationella rättsordning fastställa de processuella regler som gäller för talan som är avsedd att säkerställa skyddet av rättigheter som följer av gemenskapsrätten, med förbehåll för effektivitets- och likvärdighetsprinciperna.

92. Den vinner även stöd i den omständigheten att domstolen inte ens i domen i målet *Factortame I* slog fast några specifika villkor för beviljandet av interimistiska åtgärder. Generaladvokaten Tesauro ansåg i sitt förslag till avgörande i samma mål att de metoder och tidsfrister som skall tillämpas vid beviljande av interimistiska åtgärder, i avsaknad av harmonisering, är och förblir de som föreskrivs i de nationella rättsordningarna, under förutsättning att de inte innebär att det i praktiken blir omöjligt att utöva rättigheter som de nationella domstolarna är skyldiga att skydda.⁶¹

93. Det är riktigt att domstolen i målen *Zuckerfabrik* och *Atlanta* slog fast gemenskapsrättsliga villkor för nationella domstolars beviljande av interimistiska åtgärder, inklusive beslut om att sätta åt sidan ett nationellt förvaltningsbeslut som antagits med stöd av en gemenskapsrättsakt. I de målen hade klagandena ifrågasatt giltigheten av den gemenskapslagstiftning som legat till grund för de nationella föreskrifterna. Det är

i sådana fall naturligtvis endast domstolen som är behörig att ogiltigförklara gemenskapsrättsakten.⁶² Det finns i detta sammanhang ett uppenbart gemenskapsintresse av att enhetliga och strikta kriterier tillämpas.⁶³ Det förevarande målet rör däremot giltigheten av en nationell bestämmelse som per definition är tillämplig i endast en medlemsstat. I ett sådant fall finns det enligt min mening inte något skäl att avvika från huvudregeln om processuell autonomi.⁶⁴ Det framstår också som mer logiskt att det förfarande som gäller för beslut om att en nationell lag tills vidare inte får tillämpas på grund av att den påstås vara oförenlig med gemenskapsrätten är detsamma som det som gäller för beslut om att nationell lag tills vidare inte får tillämpas av andra, rent interna skäl (i enlighet med likvärdighetsprincipen), dock alltid under förutsättning att även effektivitetsprincipen iakttas.

94. Därtill kommer att domstolen i målet *Zuckerfabrik* påpekade att nationella domstolars befogenhet att besluta att en gemenskapsbestämmelse tills vidare inte får tillämpas motsvarar den behörighet som EG-domstolen förbehålls genom artikel 242 EG. Den fann därför att nationella domstolar kan fatta sådana beslut endast om de villkor som

62 — Dom av den 22 oktober 1987 i mål 314/85, *Foto-Frost* (REG 1987, s. 4199), punkt 20.

63 — Detta har nyligen bekräftats i dom av den 10 januari 2006 i mål C-344/04, *Internationell Air Transport Association och European Low Fares Airline Association* (REG 2006, s. I-403), punkt 27, där domstolen konstaterade att de nationella domstolarnas enhetliga tillämpning "är särskilt viktig när giltigheten av en gemenskapsrättsakt ifrågasätts. Om det rådde skilda uppfattningar mellan medlemsstaternas domstolar i fråga om giltigheten av gemenskapens rättsakter skulle detta äventyra enhetligheten i själva gemenskapens rättsordning och innebära ett åsidosättande av grundläggande rättssäkerhetskrav."

64 — Domen i målet *Factortame*, punkt 19.

61 — Punkt 33 i förslaget till avgörande. Se även punkt 30.

gäller för EG-domstolens beviljande av interimistiska åtgärder är uppfyllda.⁶⁵ Detta säkerställer enhetlighet i reglerna om beviljande av interimistiska åtgärder, oberoende av huruvida frågan väcks med stöd av artikel 230 EG eller enligt artikel 234 EG. I förevarande fall kan det däremot inte göras en analogi med EG-domstolens behörighet. Som Förenade kungarikets regering har gjort gällande liknar detta fall mest den befogenhet som medlemsstaternas domstolar har för att avgöra materiella normprövningsfrågor. Utövandet av denna befogenhet regleras i nationell rätt, varvid dock likvärdighets- och effektivitetsprinciperna skall iaktas.

95. Jag är självklart medveten om att domstolen i domen i målet Zuckerfabrik uttalade att "[d]et provisoriska rättsliga skydd som enskilda tillförsäkras enligt gemenskapsrätten vid de nationella domstolarna kan inte tillåtas variera beroende på om det är nationella rättsreglers förenlighet med gemenskapsrätten eller giltigheten av rättsakter inom den härledda gemenskapsrätten som sätts i fråga, eftersom ifrågasättandet i båda fallen grundar sig på själva gemenskapsrätten".⁶⁶ Detta uttalande är enligt min mening inte avgörande för svaret på den tredje frågan i detta mål. I målet Zuckerfabrik hade domstolen att pröva huruvida interimistiska åtgärder — som en nationell domstol i enlighet med domen i målet Factortame I måste ha möjlighet att bevilja i avvaktan på att EG-domstolen prövar

huruvida de nationella bestämmelserna är förenliga med gemenskapsrätten — skall kunna beviljas när det är giltigheten av en gemenskapsförordning, som ligger till grund för en nationell rättsakt, som ifrågasätts. Domstolen hade dock inte ombetts att bestämma de kriterier för beviljande av interimistiska åtgärder som en nationell domstol skall tillämpa i ett förfarande avseende en nationell rättsakt som påstås vara oförenlig med gemenskapsrätten.

96. Av ovanstående skäl anser jag att den tredje frågan bör besvaras på följande sätt: I fall då nationella bestämmelsers förenlighet med gemenskapsrätten ifrågasätts skall en nationell domstol, vid en materiell prövning av yrkanden om interimistiskt skydd av gemenskapsrättsliga rättigheter, tillämpa nationella bestämmelser om interimistiskt skydd, dock alltid under förutsättning att även effektivitetsprincipen iaktas.

97. Under dessa omständigheter behöver den fjärde frågan inte besvaras. För det fall domstolen skulle anse att gemenskapsrättsliga kriterier skall tillämpas i en sådan situation, vill jag dock påpeka att de kriterier som angavs i domen i målet Zuckerfabrik⁶⁷ framstår som klart lämpliga i detta sammanhang.

65 — Punkt 27.

66 — Punkt 20. Se även punkt 24 i domen i målet Atlanta.

67 — Se punkt 33 och domslutet.

Förslag till avgörande

98. Jag anser således att de frågor som har ställts av svenska Högsta domstolen skall besvaras på följande sätt:

- 1) Gemenskapsrätten innehåller inte något krav på att det skall vara möjligt att föra en fristående talan om fastställande av att vissa nationella materiella bestämmelser står i strid med artikel 49 EG när det kan visas att den frågan kommer att prövas som en prejudiciell fråga inom ramen för en talan om skadestånd och prövningen inte sker på villkor som är mindre förmånliga än dem som avser liknande talan enligt nationell rätt eller på villkor som gör det omöjligt eller orimligt svårt för den enskilde att tillvarata rättigheter som följer av gemenskapsrätten.
- 2) Det krävs enligt gemenskapsrätten inte att en medlemsstat tillhandahåller en möjlighet att erhålla ett beslut om att nationella regler, som hindrar utövandet av en påstådd rättighet grundad på gemenskapsrätten, skall sättas åt sidan eller inte får tillämpas i förhållande till den enskilde, när dennes huvudanspråk inte är tillåtet enligt nationell rätt. När huvudanspråket är tillåtet men avser ersättning för skada som lidits till följd av dessa nationella regler, krävs enligt gemenskapsrätten att den nationella domstolen har möjlighet att i befogade fall bevilja sådana interimistiska åtgärder.
- 3) I fall då nationella bestämmelsers förenlighet med gemenskapsrätten ifrågasätts skall en nationell domstol, vid en materiell prövning av yrkanden om interimistiskt skydd av gemenskapsrättsliga rättigheter, tillämpa nationella bestämmelser om interimistiskt skydd, dock alltid under förutsättning att även effektivitetsprincipen iakttas.