Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
MICHAL BOBEK
föredraget den 23 september 2021 [1] [i]

Mål C-205/20

NE
mot
Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld,
ytterligare deltagare i målet:
Finanzpolizei Team 91

(begäran om förhandsavgörande från Landesverwaltungsgericht Steiermark (Regionala förvaltningsdomstolen i Steiermark, Österrike))

”Begäran om förhandsavgörande – Fri rörlighet för tjänster – Utstationering av arbetstagare – Artikel 20 i direktiv 2014/67/EU – Sanktioner – Proportionalitetsprincipen – Direkt effekt – Nationella domstolars behörighet – Lagstiftning i en medlemsstat som föreskriver att administrativa sanktionsavgifter ska kumuleras för varje överträdelse som begåtts och som fastställer minimibelopp utan att fastställa totala maximibelopp”

I. Inledning

1. Har kravet på att sanktioner ska vara proportionella direkt effekt? Exakt vad är det – om så är fallet, men även om så inte är fallet – som krävs, enligt detta proportionalitetskrav, av en nationell domstol som har att pröva en tvist inom ramen för vilken den ska tillämpa nationella bestämmelser om sanktioner som EU-domstolen redan har förklarat vara oproportionella?

2. EU-domstolen har i en rad tidigare avgöranden, som inleddes med domen i de förenade målen Maksimovic, [2] förklarat att flera inslag i den österrikiska ordningen om sanktioner för åsidosättande av i huvudsak administrativa bokföringsskyldigheter i samband med utstationering av arbetstagare är oproportionella. Den nationella lagstiftaren har emellertid inte vidtagit några åtgärder efter EU-domstolens avgöranden. Den hänskjutande domstolen vill få klarhet i vad den förväntas göra i en sådan situation. Nämnda domstol har hänvisat till EU-domstolens aktuella dom i målet Link Logistik, [3] där en i det närmaste identisk unionsbestämmelse ansågs sakna direkt

1 Originalspråk: engelska.

2 Dom av den 12 september 2019, Maksimovic m.fl. (C-64/18, C-140/18, C-146/18 och C-148/18, EU:C:2019:723) (nedan kallad domen i de förenade målen Maksimovic), beslut av den 19 december 2019, Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld (C-645/18, ej publicerat, EU:C:2019:1108), och beslut av den 19 december 2019, EX m.fl. (C-140/19, C-141/19 och C-492/19–C-494/19, ej publicerat, EU:C:2019:1103).

3 Dom av den 4 oktober 2018, Link Logistik N&N (C-384/17, EU:C:2018:810) (nedan kallad domen i målet Link Logistik).

effekt, och där möjligheten att göra en EU-konform tolkning av nationell rätt ansågs utesluten. Icke desto mindre erinrade EU-domstolen också om skyldigheten för medlemsstaternas domstolar att underlåta att tillämpa oförenliga bestämmelser i nationell rätt.

3. Enligt min mening är den verkliga frågan i förevarande mål inte så mycket vad den hänskjutande domstolen bör göra, utan snarare vad EU-domstolen bör göra. Denna utsaga bagatelliserar inte på något sätt det nationella målets betydelse och det yttersta ansvar som alltid åvilar den nationella domstolen när den avgör ett enskilt mål. Avsikten är snarare att uppmärksamma att de problem som uppdagats genom beslutet om hänskjutande i förevarande mål till stor del kan hänföras till oklar vägledning från EU-domstolens sida.

II. Tillämpliga bestämmelser

A. Unionsrätt

4. I skäl 44 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/67/EU av den 15 maj 2014 om tillämpning av direktiv 96/71/EG om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster och om ändring av förordning (EU) nr 1024/2012 om administrativt samarbete genom informationssystemet för den inre marknaden (IMI-förordningen)[4] föreskrivs följande: ”Trots att det antas enhetligare bestämmelser om gränsöverskridande verkställighet av administrativa sanktionsavgifter, och trots behovet av enhetligare kriterier för effektivare uppföljandeförfaranden vid utebliven betalning, bör dessa inte påverka medlemsstaternas behörighet att fastställa egna system för sanktionsavgifter eller de möjligheter att driva in fordringar som ges i nationell rätt. Det instrument som medger verkställighet eller genomförande av sådana sanktionsavgifter får därför, om så är lämpligt, och med beaktande av nationell rätt och/eller praxis i den anmodade medlemsstaten, kompletteras, åtföljas eller ersättas av ett dokument som medger dess verkställighet eller genomförande i den anmodade medlemsstaten.”

5. I artikel 20 i direktiv 2014/67, som har rubriken ”Sanktioner”, föreskrivs följande:

”Medlemsstaterna ska föreskriva sanktioner för överträdelser av nationella bestämmelser som har utfärdats med tillämpning av detta direktiv och ska vidta de åtgärder som krävs för att se till att dessa sanktioner genomförs och efterlevs. Sanktionerna ska vara effektiva, proportionella och avskräckande. Medlemsstaterna ska anmäla dessa bestämmelser till kommissionen senast den 18 juni 2016, och alla senare ändringar som gäller dem så snart som möjligt.”

B. Nationell rätt

6. I § 16 punkterna 1 och 2 i Verwaltungsstrafgesetz (förvaltningsstrafflagen)[5] föreskrivs en möjlighet att förvandla bötesstraff till frihetsberövande straff vid utebliven betalning av böterna.

4 EUT L 159, 2014, s. 11.

5 BGBl. I, nr 52/1991.

7. § 52 punkterna 1 och 2 i Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (förvaltningsprocesslagen),[6] i den lydelse som är tillämplig i det nationella målet, har följande lydelse:

”1. I varje dom genom vilken förvaltningsdomstolen fastställer ett administrativt beslut att ålägga ett bötesstraff (*Straferkenntnis*), ska även fastställas att den dömde ska bidra till kostnaderna för det straffrättsliga förfarandet.

2. Detta bidrag ska i administrativa överklagandeförfaranden uppgå till 20 procent av det ålagda bötesstraffet, dock minst 10 euro; för fängelsestraff ska en dags fängelse vid beräkningen motsvara 100 euro. …”

8. I § 26 punkt 1 i Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (lagen om bekämpning av lönedumpning och social dumpning) (nedan kallad LSD-BG),[7] i den lydelse som är tillämplig i det nationella målet, föreskrivs följande:

”Den som i egenskap av arbetsgivare eller företag som utstationerar arbetstagare i den mening som avses i § 19 punkt 1

1. underlåter att göra en anmälan eller att anmäla senare ändringar av uppgifterna (ändringsanmälan) i strid med § 19, eller underlåter att göra detta i rätt tid eller på ett fullständigt sätt, eller

…

3. inte håller de erforderliga handlingarna tillgängliga i strid med § 21 punkt 1 eller punkt 2, eller inte omedelbart ställer dem till skattemyndighetens … förfogande i elektronisk form,

gör sig skyldig till en administrativ förseelse och ska av distriktsförvaltningsmyndigheten för varje arbetstagare bestraffas med böter på 1 000–10 000 euro och vid upprepad överträdelse på 2 000–20 000 euro.”

9. § 27 (1) i LSD-BG har följande lydelse:

”Den som underlåter att överlämna de erforderliga handlingarna i strid med § 12 punkt 1 stycke 3 gör sig skyldig till en administrativ förseelse och ska av distriktsförvaltningsmyndigheten för varje arbetstagare bestraffas med böter på 500–5 000 euro och vid upprepad överträdelse på 1 000–10 000 euro. …”

10. I § 28 i LSD-BG anges följande:

”Den som i egenskap av

1. arbetsgivare inte håller lönehandlingar tillgängliga i strid med § 22 punkt 1 eller punkt 1a …

gör sig skyldig till en administrativ förseelse och ska av distriktsförvaltningsmyndigheten för varje arbetstagare bestraffas med böter på 1 000–10 000 euro och vid upprepad överträdelse med böter på 2 000–20 000 euro samt, i fall där mer än tre arbetstagare berörs, för varje arbetstagare med böter på 2 000–20 000 euro och vid upprepad överträdelse med böter på 4 000–50 000 euro.”

6 BGBl. I, nr 33/2013.

7 BGBl. I, nr 44/2016.

III. Bakgrunden, det nationella målet och tolkningsfrågorna

11. CONVOI s.r.o. är ett bolag med säte i Slovakien. Bolaget utstationerade sina anställda hos Niedec Global Appliance Austria GmbH (nedan kallat Niedec), ett bolag med säte i Fürstenfeld (Österrike). Den 24 januari 2018 genomförde förvaltningsmyndigheten i distriktet Hartberg-Fürstenfeld (Österrike) en inspektion hos Niedec. Genom beslut av den 14 juni 2018 ålade förvaltningsmyndigheten klaganden i det nationella målet, i egenskap av företrädare för CONVOI, att betala ett bötesstraff om sammanlagt 54 000 euro för underlåtenhet att fullgöra ett antal skyldigheter som föreskrevs i LSD-BG, vilka i synnerhet avsåg tillgängligheten av löne- och socialförsäkringshandlingar. [8]

12. Genom beslut av den 9 oktober 2018 framställde den hänskjutande domstolen en begäran om förhandsavgörande till EU-domstolen rörande huruvida de sanktioner som föreskrevs i den ifrågavarande nationella lagen var förenliga med unionsrätten och, i synnerhet, med proportionalitetsprincipen.

13. EU-domstolen besvarade denna fråga genom ett motiverat beslut i enlighet med artikel 99 i rättegångsreglerna i målet Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld (nr I). [9] EU-domstolen grundade sig därvid på sin kort tid dessförinnan meddelade dom i de förenade målen Maksimovic, [10] där EU-domstolen hade uppmanats att pröva mycket likartade frågor på grundval av artikel 56 FEUF.

14. I ett föregående beslut i (samma) mål fann EU-domstolen att artikel 20 i direktiv 2014/67 ska tolkas så, att den utgör hinder för nationell lagstiftning som föreskriver böter vid underlåtenhet att uppfylla arbetsrättsliga skyldigheter såvitt avser anmälan av arbetstagare och löneregisterföring, vilka inte får understiga ett på förhand fastställt minimibelopp och ska påföras kumulativt för varje berörd arbetstagare och utan övre begränsning, till vilka ska läggas ett bidrag till kostnaderna för förfarandet på 20 procent av bötesbeloppet för det fall talan mot beslutet om böter ogillas. [11]

15. EU-domstolen kom till samma slutsats (även här med stöd av artikel 99 i rättegångsreglerna) i sitt beslut i de förenade målen C-140/19, C-141/19 och C-492/19–C-494/19, [12] vilka härrörde från samma hänskjutande domstol och gällde frågor som uppkommit i andra mål, men som faktiskt avsåg rätt likartade faktiska omständigheter. Även i dessa mål grundade sig EU-domstolen på vad den redan hade konstaterat i domen i de förenade målen Maksimovic.

16. I förevarande mål har den hänskjutande domstolen, i beaktande av EU-domstolens tidigare beslut i målet Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld (nr I), likväl framhållit att den nationella lagstiftaren ännu inte har ändrat de i det nationella målet omtvistade nationella reglerna. Den hänskjutande domstolen hyser därför tvivel beträffande i vilken utsträckning den kan tillämpa dessa regler. Den hänskjutande domstolen vill närmare bestämt få klarhet i huruvida de omtvistade straffrättsliga bestämmelserna, som ännu är i kraft, fortfarande kan tillämpas och, i så fall, i vilken utsträckning.

8 Såsom framgår av EU-domstolens beslut av den 19 december 2019, Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld (C-645/18, ej publicerat, EU:C:2019:1108, punkterna 10 och 11).

9 Beslut av den 19 december 2019, Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld (C-645/18 R, ej publicerat, EU:C:2019:1108).

10 Det målet rörde andra nationella bestämmelser (Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (lagen om anpassning av lagen om anställningsavtal, BGBl. Nr. 459/1993 (nedan kallad AVRAG)). Sistnämnda lag innehöll ändå ett system och bötesbelopp som var mycket likartade dem som är omtvistade i förevarande mål.

11 Beslut av den 19 december 2019, Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld (C-645/18, ej publicerat, EU:C:2019:1108, punkt 43).

12 Beslut av den 19 december 2019, EX m.fl. (C-140/19, C-141/19 och C-492/19–C-494/19, ej publicerat, EU:C:2019:1103).

17. Den hänskjutande domstolen har förklarat att de högsta österrikiska domstolarnas rättspraxis i denna fråga är divergerande. Å ena sidan har Verwaltungsgerichtshof (Högsta förvaltningsdomstolen, Österrike) slagit fast att den för att följa unionsrätten är tvungen att bortse från orden ”för varje arbetstagare”. [13] Nämnda domstol har därigenom faktiskt sänkt, och fastställt ett tak för, det sammanlagda bötesbelopp som kan åläggas, samtidigt som den fortfarande tillåter att sanktioner åläggs. [14]

18. Å andra sidan har Verfassungsgerichtshof (Författningsdomstolen, Österrike) däremot i ett flertal domar (i sin helhet) ogiltigförklarat de bötesstraff som ålagts med stöd av de omtvistade nationella bestämmelserna. [15] Den hänskjutande domstolen har förklarat att vissa nationella domstolar har tolkat Verfassungsgerichtshofs (Författningsdomstolens) domar så, att det inte längre är tillåtet att påföra de omtvistade bötesstraffen över huvud taget. Detta innebär då att inga bötesstraff kan påföras på grundval av de bestämmelser som har förklarats oproportionella av EU-domstolen förrän ny lagstiftning har antagits.

19. Det förefaller ändå som om majoriteten av förvaltningsdomstolarna har anslutit sig till Verwaltungsgerichtshofs (Högsta förvaltningsdomstolens) ståndpunkt. De förefaller dock ha kommit till tämligen olika resultat. Vissa domstolar har fastställt bötesbeloppets storlek till minimipåföljden. I andra mål har det totala bötesbeloppet fastställts på ett sätt som i det närmaste motsvarar summan av de individuella sanktioner som skulle ha ålagts för varje överträdelse. Därutöver har flera förvaltningsdomare gjort sin egen tolkning av domen i de förenade målen Maksimovic och fortsätter att ådöma kumulativa sanktioner.

20. Mot denna bakgrund har Landesverwaltungsgericht Steiermark (Regionala förvaltningsdomstolen i Steiermark, Österrike) beslutat att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfrågor till EU-domstolen:

”1. Är kravet på att sanktioner ska vara proportionella, vilket föreskrivs i artikel 20 i direktiv 2014/67/EU och vilket EU-domstolen har tolkat i sina beslut [av den 19 december 2019] i målet Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld (C-645/18, [ej publicerat,] EU:C:2019:1108) och i de förenade målen [EX m.fl.] (C-140/19, C-141/19, C-492/19, C-493/19 och C-494/19, [ej publicerat,] EU:2019:1103), en direkt tillämplig bestämmelse i direktivet?

2. Om fråga 1 ska besvaras nekande:

Tillåter och kräver då en med unionsrätten förenlig tolkning av nationell rätt att den nationella domstolen eller förvaltningsmyndigheten – i avsaknad av ny lagstiftning på nationell nivå – kompletterar de inhemska straffrättsliga bestämmelser som är tillämpliga i förevarande mål med de kriterier avseende kravet på proportionalitet som EU-domstolen har slagit fast i sina beslut [av den 19 december 2019] i mål Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld (C-645/18, [ej publicerat,] EU:C:2019:1108) och i de förenade målen [EX m.fl.] (C-140/19, C-141/19, C-492/19, C-493/19 och C-494/19, [ej publicerat,] EU:2019:1103)?”

21. Skriftliga yttranden har ingetts av den tjeckiska, den österrikiska och den polska regeringen samt Europeiska kommissionen.

13 Detta uttryck förekom i § 7i (4) i AVRAG, men motsvarar i huvudsak det uttryck som förekommer i §§ 26 (1), 27 (1) och 28 i LSD-BG.

14 Domen Ra 2019/11/0033 av den 15 oktober 2019.

15 E 3530/2019 m.fl., E 2893/2019 m.fl., E 2047/2019 m.fl., E 3530/2019 m.fl., E 2893/2019 m.fl. av den 27 november 2019.

IV. Bedömning

22. Detta förslag till avgörande är uppdelat på följande sätt. Jag kommer att inleda med den första tolkningsfrågan: Har artikel 20 i direktiv 2014/67, eller mer specifikt kravet på att sanktioner ska vara proportionella, direkt effekt (A)? Därefter kommer jag att behandla konsekvenserna för förevarande mål av att detta krav har (eller inte har) direkt effekt (B). Enligt min mening har proportionalitetskravet i den bestämmelse som ålägger medlemsstaterna att införa regler om ”effektiva, proportionella och avskräckande” sanktioner direkt effekt. Eftersom det, minst sagt, föreligger en konflikt mellan denna utsaga och EU-domstolens slutsatser i domen i målet Link Logistik, ska jag dock avsluta med ett förslag på hur man kan gå tillväga (C).

A. Har kravet på att sanktioner ska vara proportionella direkt effekt?

23. Artikel 20 i direktiv 2014/67 kräver att medlemsstaterna ska ”föreskriva sanktioner för överträdelser av nationella bestämmelser som har utfärdats med tillämpning av detta direktiv och ska vidta de åtgärder som krävs för att se till att dessa sanktioner genomförs och efterlevs”. Den kräver att dessa sanktioner ska vara ”effektiva, proportionella och avskräckande”.

24. I sitt beslut i målet Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld (nr I) [16] slog EU-domstolen, såvitt rör det nationella målet i förevarande mål, fast, att de omtvistade österrikiska bestämmelserna strider mot artikel 20 i direktiv 2014/67, särskilt vad gäller proportionalitetskravet. [17]

25. Den hänskjutande domstolen vill nu få klarhet i de praktiska konsekvenserna av detta första avgörande. Nämnda domstol undrar i synnerhet exakt vad den bör göra i det nationella målet med tanke på att de omtvistade nationella bestämmelserna fortfarande är i kraft. Den hänskjutande domstolen är väl medveten om EU-domstolens dom i målet Link Logistik och den omständigheten att EU-domstolen, när den ställdes inför en fråga om den direkta effekten av proportionalitetskravet i artikel 9a i direktiv 1999/62/EG, [18] en bestämmelse som är i det närmaste identisk med artikel 20 i direktiv 2014/67, gav ett nekande svar. För att kunna avgöra det mål som är anhängigt vid den vill den hänskjutande domstolen emellertid få klarhet i huruvida det är motiverat att dra samma slutsats också i fråga om den direkta effekten av artikel 20 i direktiv 2014/67.

26. I detta avsnitt kommer jag att erinra om huvuddragen i EU-domstolens dom i målet Link Logistik (1). Därefter kommer jag att förklara varför jag (ändå) anser att proportionalitetskravet i artikel 20 i direktiv 2014/67 har direkt effekt, inte bara genom att återupprepa de argument jag redan lagt fram i mitt förslag till avgörande i målet Link Logistik [19] (2), utan även genom att komplettera med några ytterligare överväganden, av i synnerhet systemisk karaktär (3).

16 Beslut av den 19 december 2019, Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld (C-645/18, ej publicerat, EU:C:2019:1108).

17 EU-domstolen kom till samma slutsats i sitt beslut av den 19 december 2019, EX m.fl. (C-140/19, C-141/19 och C-492/19–C-494/19, ej publicerat, EU:C:2019:1103). Detta mål härrörde från samma hänskjutande domstol och gällde frågor som uppkommit i ett annat mål, men i ett rätt likartat faktiskt sammanhang.

18 Europaparlamentets och rådets direktiv 1999/62/EG av den 17 juni 1999 om avgifter på tunga godsfordon för användningen av vissa infrastrukturer (EGT L 187, 1999, s. 42), ändrad genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2011/76/EU av den 27 september 2011 (EUT L 269, 2011, s. 1).

19 Förslag till avgörande i målet Link Logistik N&N (C 384/17, EU:C:2018:494)

1. EU-domstolens ståndpunkt i domen i målet Link Logistik

27. Likheten mellan målet Link Logistik och förevarande mål är slående. För det första fann EU-domstolen i domen i de förenade målen Euro-Team och Spirál-Gép att ungersk lagstiftning som föreskrev att ett schablonbelopp skulle utdömas för underlåtenhet att betala vägtullar, oberoende av vilken typ av överträdelse det rörde sig om och hur allvarlig den var, stred mot kravet på proportionalitet i artikel 9a i direktiv 1999/62. [20]

28. Ställd inför en sådan förklaring om oförenlighet, i domen i målet Link Logistik, hänsköt en annan ungersk domstol därefter specifika frågor till EU-domstolen avseende de praktiska verkningarna av dess dom i de förenade målen Euro-Team och Spirál-Gép. Hur skulle denna fastställda oförenlighet beaktas och tillämpas av en nationell domstol i enskilda mål? I synnerhet gällde den ställda frågan huruvida artikel 9a i direktiv 1999/62, [21] en bestämmelse vars lydelse ligger mycket nära lydelsen i artikel 20 i direktiv 2014/67, hade direkt effekt, och vad rättsliga och administrativa myndigheter i så fall kunde eller borde göra.

29. I domen i målet Link Logistik fann EU-domstolen, för det första, att artikel 9a i direktiv 1999/62 *inte* hade direkt effekt. EU-domstolen förklarade först att medlemsstaterna, ”[f]ör att iaktta proportionalitetsprincipen …, vid införlivandet av direktiv 1999/62, … [är] skyldiga att anta de rättsakter som är nödvändiga enligt nationell rätt, med hänsyn till att det i artikel 9a i direktivet föreskrivs en skyldighet som till sin natur kräver att en rättsakt antas av medlemsstaterna, vilka har ett stort utrymme för skönsmässig bedömning vid fullgörandet av denna skyldighet”. [22] EU-domstolen slog därefter fast att ”detta direktiv inte innehåller några närmare regler om hur dessa nationella påföljder ska utformas och framför allt saknar uttryckliga kriterier för att avgöra om påföljderna är proportionerliga”. [23] EU-domstolen drog därför slutsatsen att ”[e]ftersom artikel 9a i direktiv 1999/62 … kräver ett ingripande från medlemsstaternas sida och ger dessa ett stort utrymme för skönsmässig bedömning, kan denna bestämmelse, med avseende på sitt innehåll, inte anses vara ovillkorlig och tillräckligt precis, vilket utesluter att den har direkt effekt”. [24]

30. EU-domstolen tillade att ”[d]en motsatta tolkningen … i praktiken [skulle] omintetgöra det bedömningsutrymme som uteslutande tillkommer den nationella lagstiftaren, på vilken det ankommer att utforma ett lämpligt påföljdssystem inom den ram som anges i artikel 9a i direktiv 1999/62”. [25] EU-domstolen drog därefter slutsatsen, med avseende på frågan om direkt effekt, att ”kravet i artikel 9a i direktiv 1999/62 på att påföljderna ska vara proportionerliga inte kan tolkas så, att den nationella domstolen … är skyldig att träda i den nationella lagstiftarens ställe”. [26]

20 Dom av den 22 mars 2017, Euro-Team och Spirál-Gép (C-497/15 och C-498/15, EU:C:2017:229).

21 Denna bestämmelse har följande lydelse: ”Medlemsstaterna skall upprätta lämpliga kontroller och fastställa det påföljdssystem som skall tillämpas för överträdelser av de nationella bestämmelser som antagits enligt detta direktiv. De ska vidta alla nödvändiga åtgärder för att se till att de tillämpas. *De fastställda påföljderna skall vara effektiva, proportionella och avskräckande.*” Min kursivering.

22 Domen i målet Link Logistik, punkt 51.

23 Ibidem, punkt 52, med hänvisning till dom av den 22 mars 2017, Euro-Team och Spirál-Gép (C-497/15 och C-498/15, EU:C:2017:229, punkt 38).

24 Ibidem, punkt 53.

25 Ibidem, punkt 54.

26 Ibidem, punkt 55.

2. Varför proportionalitetskravet har direkt effekt

31. Vad gäller prövningen av huruvida det föreligger direkt effekt, i enlighet med EU-domstolens fasta praxis som bör tillämpas i sådana fall, kan jag bara sammanfatta de argument som redan lagts fram i mitt förslag till avgörande i målet Link Logistik. [27] Jag kommer även att ta tillfället i akt att förtydliga några av dessa argument och att komplettera med några andra överväganden av mer systematisk karaktär i det följande avsnittet av detta förslag till avgörande.

32. Direkt effekt innebär att en i unionsrätten föreskriven regel är direkt tillämplig på nationell nivå, och således kan tillämpas direkt av den nationella domaren utan att det krävs någon ”mellanliggande” nationell rätt. Den innebär en faktisk sammansmältning av två uppsättningar med normer som är tillämpliga i ett mål, nämligen den nationella och den unionsrättsliga. Den bedöms utifrån en enskild rättslig bestämmelse eller den del av denna som den nationella myndigheten ska tillämpa. Den bestäms på grundval av den ifrågavarande bestämmelsens karaktär, allmänna sammanhang och ordalydelse. Är den omtvistade bestämmelsen tillräckligt klar, precis och ovillkorlig för att kunna åberopas inför domstol? [28]

33. Enligt kommissionen har proportionalitetskravet i artikel 20 i direktiv 2014/67 direkt effekt. Den är tillräckligt klar, precis och ovillkorlig. Den österrikiska och den polska regeringen har däremot, med stöd av EU-domstolens ståndpunkt i domen i målet Link Logistik, gjort gällande att artikel 20 i direktiv 2014/67 inte uppfyller kraven på tillräcklig klarhet och precision, eftersom den kräver att medlemsstaterna vidtar åtgärder och ger dem stort utrymme för skönsmässig bedömning. Den tjeckiska regeringen anser att det inte är nödvändigt att undersöka huruvida artikel 20 i direktiv 2014/67 är ovillkorlig och tillräckligt precis, eftersom unionsrätten under alla omständigheter utgör ett absolut hinder för att bestämmelser i ett direktiv, som har införlivats på ett felaktigt sätt, tillämpas gentemot enskilda. Så tycks vara fallet i det nationella målet, eftersom EU-domstolen har fastställt att de omtvistade bestämmelserna i österrikisk rätt är oförenliga med unionsrätten.

34. Jag instämmer i kommissionens bedömning. Enligt min mening är kravet på att sanktioner ska vara proportionella i artikel 20 i direktiv 2014/67 tillräckligt klart, precist och ovillkorligt. Vad gäller detta specifika krav är villkoren för direkt effekt uppfyllda.

35. För det första är kriterierna avseende *klarhet och precision* uppfyllda.

36. Det är sant att kravet på proportionalitet vid första anblicken kan förefalla vagt. EU-domstolens praxis bekräftar emellertid att ”klar och precis” är ganska töjbara begrepp. En bestämmelse kan nämligen uppfylla dessa krav och samtidigt innehålla odefinierade, eller till och med vaga, uttryck och svävande rättsbegrepp. [29]

27 Förslag till avgörande i målet Link Logistik N&N (C-384/17, EU:C:2018:494, punkterna 63–69), samt mitt förslag till avgörande i målet Klohn (C-167/17, EU:C:2018:387, punkterna 38–46).

28 Med generaladvokat Van Gervens ord, på tal om direkt effekt-provets särdeles praktiska karaktär, ”[har] en [unions]rättslig bestämmelse … direkt effekt om och i den mån den i sig har *tillräckliga egenskaper* för att kunna tillämpas av domstolen. Att bestämmelsen är otvetydig, precis, ovillkorlig, fullständig eller perfekt, och att det inte måste göras en skönsmässig bedömning i samband med genomförandet, är i detta sammanhang endast aspekter av en och samma egenskap som denna bestämmelse ska besitta, nämligen att den ska kunna tillämpas av domstolen i ett konkret mål.” – Förslag till avgörande av generaladvokaten Van Gerven i målet Banks (C-128/92, EU:C:1993:860, punkt 27).

29 Bara för att nämna ett iögonfallande exempel fann EU-domstolen i dom av den 5 februari 1963, van Gend & Loos (26/62, EU:C:1963:1) och i dom av den 19 december 1968, Salgoil (13/68, EU:C:1968:54) att en bestämmelse om tullar respektive kvantitativa restriktioner och avgifter respektive åtgärder med motsvarande verkan var tillräckligt klar och precis för att ha direkt effekt, och ändå har EU-domstolen lagt ett halvt sekel på att tolka uttrycket ”åtgärder med motsvarande verkan”.

37. I förevarande mål är det lätt att förstå proportionalitetskravets innebörd och exakta konsekvenser i samband med sanktioner: De ålagda sanktionsåtgärderna får inte gå utöver vad som är absolut nödvändigt för att uppnå de legitima mål som eftersträvas med lagstiftningen i fråga. Det står även helt klart vad den ålagda sanktionsåtgärden ska stå i proportion till, nämligen hur allvarlig den begångna överträdelsen är.[30] Kort sagt ställer proportionalitetsprincipen, på straffrättens område, ”krav på att den ålagda påföljden ska motsvara överträdelsens allvar och på att omständigheterna i det enskilda fallet ska beaktas vid fastställandet av påföljden och bötesbeloppet”.[31] Mer specifikt innebär detta i förevarande mål att bedömningen förväntas ske inom ramen för det särskilda sammanhanget i direktiv 2014/67, som anger målen och ramen för tillämpningen av kravet på att sanktioner ska vara proportionella.

38. EU-domstolens praxis ger riklig vägledning i fråga om innehållet i proportionalitetstestet. Denna proportionalitetsprövning innefattar faktiskt i någon mån att domstolen/förvaltningsmyndigheten gör en bedömning och ger således ett visst utrymme för skönsmässig bedömning. Vad som emellertid måste understrykas i detta sammanhang är att *en regels klarhet* inte ska förväxlas med *klarheten i det resultat* som tillämpningen av denna regel leder till i varje enskilt mål.[32] Proportionaliteten i sanktioner är i detta avseende ett paradexempel. Hur många riktlinjer eller domar det än finns som tolkar detta uttryck, kommer det ändå alltid att kvarstå en viss obestämbarhet i tillämpningen av det till följd av de särskilda omständigheterna i varje enskilt mål.[33] Det kommer alltid att finnas en viss grad av osäkerhet i fråga om resultatet, men detta innebär inte att det råder osäkerhet om vad regeln kräver på en generell nivå.[34]

39. Dessutom förefaller proportionalitetskravet även vara klart och precist sett utifrån de myndigheter som ska tillämpa det på regelbunden basis, det vill säga de nationella domstolarna och förvaltningsmyndigheterna, som faktiskt är (eller borde vara) väl förtrogna med och väl lämpade att göra proportionalitetsprövningen, när det särskilt gäller sanktioner. Oberoende av de nationella domstolarnas behörighet att utföra en sådan typ av bedömning enligt nationell rätt, är det även vanligt att EU-domstolen överlåter på dem att bedöma huruvida en nationell åtgärd är proportionerlig, inbegripet huruvida sanktioner är proportionella.[35]

40. För det andra uppfyller proportionalitetskravet i artikel 20 i direktiv 2014/67 även kravet på *ovillkorlighet*.

41. Detta kriterium innebär att det enligt den unionsrättsliga bestämmelsen inte krävs någon ytterligare åtgärd för att bestämmelsen ska kunna tillämpas. Medlemsstaterna ska inte ha något utrymme för skönsmässig bedömning vid införlivandet av den bestämmelsen. Det framgår

30 Domen i de förenade målen Maksimovic m.fl., punkt 39. Se även, för ett liknande resonemang, dom av den 26 september 2018, Van Gennip m.fl. (C-137/17, EU:C:2018:771, punkt 99), och dom av den 9 februari 2012, Urbán (C-210/10, EU:C:2012:64, punkterna 41 och 44).

31 Domen i målet Link Logistik, punkt 45.

32 Se, för ett praktiskt exempel på denna situation, dom av den 19 juni 2014, Specht m.fl. (C-501/12–C-506/12, C-540/12 och C-541/12, EU:C:2014:2005, punkterna 88–97), där det visade sig att förbudet mot diskriminering var tillräckligt precist och ovillkorligt, även om dess tillämpning i det nationella målet inte kunde leda till ett specifikt resultat.

33 Det kan till exempel stå tämligen klart att det för en viss typ av överträdelser är helt oproportionellt att ålägga bötesstraff på tiotusentals eller hundratusentals euro. I det avseendet och i den utsträckningen råder det således inget tvivel om klarheten och precisionen i innebörden av att sanktioner ska vara proportionella. Det hindrar emellertid inte att det finns en naturlig obestämbarhet på förhand i fråga om vilken specifik sanktion som, *med hänsyn till omständigheterna* i det enskilda målet, i slutänden ska åläggas inom det proportionella intervallet (rör det sig i det särskilda fallet om 1 000 euro eller 5 000 euro?).

34 Se även mitt förslag till avgörande i målet Klohn (C-167/17, EU:C:2018:387, punkt 49), angående vad som faktiskt är ett annat konkret uttryck för proportionalitetsregeln som kräver att kostnaderna för prövning av lagenligheten av beslut i miljöärenden inte bör vara avskräckande höga.

35 Se, för ett aktuellt exempel, dom av den 14 maj 2020, T-Systems Magyarország (C-263/19, EU:C:2020:373, punkterna 71 och 72).

emellertid av rättspraxis att villkoren för direkt effekt dock kan vara uppfyllda även om medlemsstaterna har ett visst utrymme för skönsmässig bedömning, nämligen när frågan huruvida en nationell myndighet har *överskridit detta utrymme* kan prövas av domstol.[36] Så är även fallet om det föreligger en minimigaranti eller ett minimiskydd[37] och det i domstol kan prövas huruvida miniminivåerna har respekterats.[38]

42. Med dessa överväganden i åtanke ska det, vad gäller proportionalitetskravets ovillkorliga karaktär i fråga om påföljder, noteras att det inte uppställs något villkor för att detta krav ska vara tillämpligt. Proportionalitetskravets roll inom det straffrättsliga området, såsom ett specifikt uttryck för proportionalitetsprincipen som en gräns för administrativa myndigheters åtgärder, pekar tydligt på ett ”minimiinnehåll” eller ”minimiskydd”. Även om proportionalitetskravet i artikel 20 i direktiv 2014/67 ger medlemsstaterna ett bedömningsutrymme, sätter det, såsom kommissionen med rätta har påpekat, en tillräckligt klar gräns för dem, nämligen att sanktionsåtgärderna inte får gå utöver vad som är nödvändigt.

43. I domen i målet Link Logistik fann EU-domstolen att det proportionalitetskrav som föreskrivs i artikel 9a i direktiv 1999/62 inte kunde anses ha direkt effekt grundat på en mycket snäv föreställning om uttrycken klarhet, precision och ovillkorlighet. Såsom påpekades i punkt 51 i domen i målet Link Logistik kan den omständigheten att det i en bestämmelse i ett direktiv föreskrivs en skyldighet att anta de rättsakter som är nödvändiga för införlivande[39] inte *i sig* utesluta att en bestämmelse i ett sådant direktiv har direkt effekt. Om så vore fallet skulle direktiv aldrig kunna tillskrivas direkt effekt om den nationella lagstiftaren införlivade direktivet för sent, eller inte alls, eller till och med felaktigt.

44. Det är sant att de bestämmelser om sanktioner som ingår i såväl artikel 9a i direktiv 1999/62 som artikel 20 i direktiv 2014/67, vilken är omtvistad i förevarande mål, inte innehåller några närmare regler om hur påföljderna ska utformas, såsom det erinrades om i punkt 52 i domen i målet Link Logistik. Detta utesluter dock inte att proportionalitetskravet, eller det motsvarande förbudet mot att införa oproportionella sanktioner, är klart, precist och ovillkorligt. Med andra

[36] Dom av den 4 december 1974, Van Duyn (41/74, EU:C:1974:133, punkterna 7 och 13). Se även dom av den 24 oktober 1996, Kraaijeveld m.fl. (C-72/95, EU:C:1996:404, punkt 59), dom av den 15 april 2008, Impact (C-268/06, EU:C:2008:223, punkt 64), och dom av den 21 mars 2013, Salzburger Flughafen (C-244/12, EU:C:2013:203, punkterna 29 och 31). Se, för en mer aktuell tillämpning, dom av den 5 september 2012, Rahman m.fl. (C-83/11, EU:C:2012:519, punkt 25 och där angiven rättspraxis), där EU-domstolen fann att även om lydelsen i en unionsrättslig bestämmelse ”inte är så preciserad att en person som ansöker om tillstånd … kan åberopa denna bestämmelse direkt för att göra gällande bedömningskriterier som enligt honom eller henne ska tillämpas på ansökan, har en sådan sökande likväl rätt att få prövat i domstol huruvida den nationella lagstiftningen och tillämpningen av denna har hållit sig inom gränserna för det bedömningsutrymme som framgår av direktivet”.

[37] Se, exempelvis, dom av den 19 november 1991, Francovich m.fl. (C-6/90 och C-9/90, EU:C:1991:428, punkt 19), dom av den 14 juli 1994, Faccini Dori (C-91/92, EU:C:1994:292, punkt 17), och dom av den 24 januari 2012, Dominguez (C-282/10, EU:C:2012:33, punkt 35).

[38] Se, i detta avseende, dom av den 19 september 2000, Linster (C-287/98, EU:C:2000:468, punkt 37): ”Detta utrymme för skönsmässig bedömning, som medlemsstaten kan använda när den införlivar denna bestämmelse med sin nationella rättsordning, *utesluter emellertid inte att en domstol kan pröva* om de nationella myndigheterna har överskridit ovan nämnda befogenhet att företa en skönsmässig bedömning” (min kursivering).

[39] Det kan, såsom en sidokommentar, tilläggas att ett sådant påstående inte ens verkar vara sakligt korrekt i en situation såsom den i målet Link Logistik, och faktiskt inte heller i förevarande mål. I dessa mål har den nationella lagstiftaren redan valt att införliva direktivet. Den har emellertid gjort detta på ett uppenbart överdrivet och således felaktigt sätt, vilket lett till ett felaktigt genomförande av unionsrätten på nationell nivå. Konstigt nog var det tillräckligt klart och ovillkorligt vad som krävdes enligt proportionalitetskravet på sanktioner för att EU-domstolen, på grundval av ett enskilt exempel, skulle kunna fastställa att de nationella reglerna var oförenliga med denna bestämmelse, men sedan är den inte tillräckligt klar och ovillkorlig för att kunna tillämpas direkt av den nationella domaren i samma enskilda mål?

ord påverkar behovet av ett ingripande från medlemsstaternas sida och deras utrymme för skönsmässig bedömning generellt sett inrättandet av ett komplett påföljdssystem,[40] men inte det materiella innehållet i proportionalitetskravet och de skyldigheter som det inrymmer.

45. Sammanfattningsvis håller jag naturligtvis med EU-domstolen om att valet i fråga om påföljdernas art, typ och omfattning i första hand tillkommer och bör tillkomma den nationella lagstiftaren när denne i vederbörlig ordning införlivar den ifrågavarande unionsrätten, såsom artikel 9a i direktiv 1999/62, eller artikel 20 i direktiv 2014/67 för den delen. Av de många skäl som angetts i detta avsnitt hindrar detta emellertid verkligen inte att vissa av de många unionsrättsliga bestämmelser som den nationella lagstiftaren förväntas införliva, såsom kravet på att sanktioner ska vara proportionella, redan i sig har direkt effekt och således, när och om behovet uppstår, kan göras föremål för de nationella domstolarnas prövning.

3. Ytterligare faktorer som motiverar att proportionalitetskravet ska ha direkt effekt

46. Det finns en rad ytterligare överväganden som bör beaktas i samband med ett ställningstagande till proportionalitetskravet i artikel 20 i direktiv 2014/67. Ur en vidare och systematisk synvinkel är det faktiskt en truism att påstå att det konkreta uttrycket för proportionalitetskravet i denna specifika bestämmelse, i dess vertikala dimension (i sitt förhållande till Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (nedan kallad stadgan), fördragen och allmänna rättsprinciper), såväl som i dess horisontella dimension (med en myriad av närmast identiska bestämmelser i ett antal andra sekundärrättsinstrument), är långt ifrån att vara en ensam, isolerad bestämmelse. Såsom tydligt framgår av förevarande mål och de frågor som väckts där, har det val som gjordes i domen i målet Link Logistik fått återverkningar och orsakar ringar på vattnet inom unionsrätten.

47. Om, för det första, den i förevarande mål omtvistade bestämmelsen, som innehåller ett proportionalitetskrav på sanktioner inom ett specifikt område, inte skulle anses ha direkt effekt, skulle det sannolikt leda till att inte heller artikel 49.3 i stadgan och förbudet mot oproportionella straff kunde anses ha direkt effekt.

48. EU-domstolen har visserligen ännu inte tagit uttrycklig ställning till just denna rättighet i stadgan. Med hänsyn till den allmänna tendensen i rättspraxis på senare tid i fråga om den direkta effekten av bestämmelser i stadgan, vore det emellertid ganska förvånande om utfallet blev att artikel 49.3 i stadgan inte skulle anses ha direkt effekt. Lika (eller ännu mer) vaga bestämmelser eller principer, såsom rätten till ett effektivt domstolsskydd,[41] förbudet mot diskriminering på grund av religion eller övertygelse,[42] principen *ne bis in idem*[43] och rätten till betald årlig semester[44], har nämligen på senare tid förklarats ha direkt effekt.[45] Med vederbörlig

40 Se punkt 54 i domen i målet Link Logistik, där det betonas att det uteslutande tillkommer den nationella lagstiftaren att utforma ett lämpligt påföljdssystem.

41 Se, exempelvis, dom av den 17 april 2018, Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257, punkt 78), dom av den 29 juli 2019, Torubarov (C-556/17, EU:C:2019:626, punkt 56), dom av den 19 november 2019, A.K. m.fl. (Oavhängigheten hos avdelningen för disciplinära mål vid Högsta domstolen) (C-585/18, C-624/18 och C-625/18, EU:C:2019:982, punkt 162), dom av den 2 mars 2021, A.B. m.fl. (Utnämning av domare vid Högsta domstolen – Rättsmedel) (C-824/18, EU:C:2021:153, punkt 145), eller dom av den 15 april 2021, Braathens Regional Aviation (C-30/19, EU:C:2021:269, punkt 57).

42 Se dom av den 17 april 2018, Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257, punkt 76), dom av den 11 september 2018, IR (C-68/17, EU:C:2018:696, punkt 69), och dom den 22 januari 2019, Cresco Investigation (C-193/17, EU:C:2019:43, punkt 76).

43 Se, exempelvis, dom av den 20 mars 2018, Garlsson Real Estate m.fl. (C-537/16, EU:C:2018:193, punkt 66).

44 Dom av den 6 november 2018, Bauer och Willmeroth (C-569/16 och C-570/16, EU:C:2018:871, punkt 85), och dom av den 6 november 2018, Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften (C-684/16, EU:C:2018:874, punkt 74).

45 Detsamma gäller för den delen artikel 19 FEU – se dom av den 18 maj 2021, Asociația ”Forumul Judecătorilor din România” m.fl. (C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 och C-397/19, EU:C:2021:393, punkterna 250–252).

hänsyn tagen till den omtvistade regelns precision, klarhet och ovillkorliga karaktär, framträder förbudet mot oproportionella sanktioner enligt min mening som en betydligt mer kvalificerad kandidat för direkt effekt.

49. För det andra inryms en proportionalitetsaspekt i innehållet i samtliga grundläggande friheter. Även om den aspekten kanske inte alltid uttrycks klart i en fördragsbestämmelse avseende en grundläggande frihet, tenderar den att infogas genom rättspraxis och tillämpas inom ramen för prövningen av huruvida begränsningar eller indirekt diskriminerande regler eller praxis är berättigade. [46]

50. Detta är särskilt tydligt vad gäller det rättsliga ramverk som är tillämpligt i förevarande mål. I domen i de förenade målen Maksimovic prövade EU-domstolen nationella bestämmelser med nästan identiskt innehåll mot bakgrund av bestämmelserna om fri rörlighet. EU-domstolen slog fast att de omtvistade nationella bestämmelserna stred mot artikel 56 FEUF eftersom de var oproportionella. [47] Det råder dock inget tvivel om att artikel 56 FEUF har direkt effekt. [48]

51. Under sådana omständigheter vore det minst sagt paradoxalt att anse att nationella bestämmelser om sanktioner inte ska tillämpas för att de strider mot det *allmänna* förbudet mot att införa oproportionerliga hinder för den fria rörligheten enligt artikel 56 FEUF, som har direkt effekt, men ändå dra slutsatsen att den mer *specifika* bestämmelsen om att sanktioner ska vara proportionella i det mer specifika direktivet om utstationering av arbetstagare inte har direkt effekt.

52. Dessutom förblir innehållet i proportionalitetskravet synbarligen detsamma, oberoende av om det prövas inom ramen för artikel 20 i direktiv 2014/67 eller inom ramen för den mer allmänna bestämmelsen i artikel 56 FEUF. De två efterföljande besluten avseende tolkningen av direktiv 2014/67 [49] återger, vid tolkningen av proportionalitetskravet i artikel 20 i nämnda direktiv, nästan ordagrant det resonemang som EU-domstolen förde i domen i de förenade målen Maksimovic avseende proportionalitetskravet i artikel 56 FEUF. Det var likheten med domen i de förenade målen Maksimovic som bidrog till att de motiverade besluten meddelades med stöd av artikel 99 i rättegångsreglerna.

53. För det tredje har EU-domstolen indirekt slagit fast att den bestämmelse i EUF-fördraget som föreskriver att medlemsstaterna ska vidta åtgärder som ger ett effektivt skydd för unionens ekonomiska intressen, nämligen artikel 325 FEUF, har direkt effekt. EU-domstolen har också uttryckligen bekräftat medlemsstaternas skyldighet att bortse från bestämmelser i nationell rätt som strider mot detta krav. [50] I den rättspraxis som utvecklats avseende denna bestämmelse har fokus emellertid inte legat på proportionalitetskravet, utan på *effektivitetskravet*.

46 Se, exempelvis, dom av den 19 april 2007, Stamatelaki (C-444/05, EU:C:2007:231), dom av den 13 november 2018, Čepelnik (C-33/17, EU:C:2018:896, punkterna 46–50), eller dom av den 3 mars 2020, Google Ireland (C-482/18, EU:C:2020:141, punkterna 44–54).

47 Domen i de förenade målen Maksimovic m.fl., punkterna 46–50. Detta mål avgjordes enbart på grundval av artikel 56 FEUF. Direktiv 2014/67 var inte tidsmässigt tillämpligt på de faktiska omständigheterna i det nationella målet.

48 Se, exempelvis, dom av den 3 december 1974, van Binsbergen (33/74, EU:C:1974:131, punkt 26), dom av den 17 december 1981, Webb (279/80, EU:C:1981:314, punkterna 13 och 14), dom av den 29 april 1999, Ciola (C-224/97, EU:C:1999:212, punkt 27), dom av den 18 december 2007, Laval un Partneri (C-341/05, EU:C:2007:809, punkt 97), eller dom av den 13 april 2010, Wall (C-91/08, EU:C:2010:182, punkt 68).

49 Se beslut av den 19 december 2019, Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld m.fl. (C-645/18, ej publicerat, EU:C:2019:1108, punkterna 32–41), och beslut av den 19 december 2019, EX m.fl. (C-140/19, C-141/19 och C-492/19–C-494/19, ej publicerat, EU:C:2019:1103, punkterna 34–43).

50 Dom av den 8 september 2015, Taricco m.fl. (C-105/14, EU:C:2015:555, punkt 52), där det anges att ”[p]rincipen om unionsrättens företräde innebär att artikel 325.1 FEUF och 325.2 FEUF … har den verkan i förhållande till medlemsstaternas inhemska rätt att de medför att varje motstridande föreskrift i befintlig nationell lagstiftning blir automatiskt otillämplig i och med att nämnda bestämmelser trätt i kraft”. Se även dom av den 5 december 2017, M.A.S. och M.B. (C-42/17, EU:C:2017:936, punkt 39).

54. Det är emellertid svårt att hävda att effektivitetskravet i denna bestämmelse faktiskt är tillräckligt klart, precist och ovillkorligt, men att proportionalitetskravet inte är det. Bortsett från den knappast försvarbara inkonsekvensen i ett sådant resonemang, leder en sådan potentiell distinktion även till ett moraliskt rätt tvivelaktigt resultat. Enbart effektivitetskravet, som leder till att nationella bestämmelser som gör sanktionsåtgärderna mindre effektiva inte ska tillämpas och därmed till en situation som i slutänden är mer betungande för den enskilde, kan ha direkt effekt. Kravet på att nationella bestämmelser som strider mot proportionalitetskravet inte ska tillämpas, vilket då skulle verka till förmån för enskilda som dömts, kan inte ha direkt effekt.

55. För det fjärde är det slutligen, såsom förevarande mål visar, sannolikt att ett avgörande från EU-domstolen i fråga om huruvida kravet på att sanktioner ska vara proportionella har direkt effekt skulle få horisontella återverkningar i ett antal andra sekundära regelverk än direktiv 2014/67, och direktiv 1999/62 för den delen. Det finns ett stort antal direktiv på olika områden inom unionsrätten som innehåller en nästan identisk standardbestämmelse om sanktioner, som anger att de sanktioner som medlemsstaten ska införa ska vara ”effektiva, proportionella och avskräckande”.

56. Varje enskilt direktiv reglerar naturligtvis olika rättsliga aspekter, frågor eller områden. Jag är emellertid inte säker på hur detta faktum skulle kunna bidra till att särskilja precisionen, klarheten och [o]villkorligheten i proportionalitetskravet på sanktioner, vilket är formulerat i praktiskt taget identiska ordalag i alla dessa instrument. Det är naturligtvis troligt att det specifika utrymmet för vad som är proportionella sanktioner varierar med hänsyn till det reglerade rättsområdet och typen av överträdelser som ska beivras. Logiskt sett är det sannolikt att underlåtenhet att betala vägtullar till sin natur, allvarsgrad, och således det straff som rimligen kan utkrävas, skiljer sig från, exempelvis, underlåtenhet att fullgöra skyldigheten att lämna ett obligatoriskt offentligt uppköpserbjudande efter att ha förvärvat aktiemajoriteten i ett bolag, å ena sidan, och dumpning av tonvis av giftigt avfall i en flod, å andra sidan.

57. Jag anser emellertid att (det direkt tillämpliga) proportionalitetskravet på sanktioner till sin natur och sitt innehåll förblir detsamma i alla dessa fall, oavsett vilket lagstiftningsområde det handlar om. Rättsområdet och typen av överträdelser som ska bestraffas utgör helt enkelt faktiska aspekter som ska beaktas och vägas in vid den i övrigt identiska bedömningen av huruvida medlen står i proportion till målen.[51]

58. Dessa överväganden sammantagna leder enligt min mening till slutsatsen att kravet i artikel 20 i direktiv 2014/67 på att sanktioner ska vara proportionella, i motsats till vad som slogs fast i domen i målet Link Logistik, har direkt effekt.

B. De specifika konsekvenserna av att proportionalitetskravet har direkt effekt

59. Den hänskjutande domstolen har ställt den andra frågan för att få klarhet i huruvida *principen om EU-konform tolkning av nationell rätt* tillåter (eller till och med kräver) att de nationella domstolarna, i avsaknad av åtgärder från lagstiftarens sida, *kompletterar* den österrikiska lagstiftningen, innan lagstiftaren ändrar den, för att upprätthålla proportionalitetskravet i artikel 20 i direktiv 2014/67.

[51] Såsom redan angetts ovan i punkt 37 i detta förslag till avgörande. För samma logik tillämpad på rättsmedlens art och omfattning i allmänhet, se mitt förslag till avgörande i målet An tAire Talmhaíochta Bia agus Mara, Éire agus an tArd-Aighne (C-64/20, EU:C:2021:14, särskilt punkterna 54–62).

60. Två förtydliganden måste göras vad avser de antaganden som denna fråga uppenbart grundar sig på. Dessa förtydliganden leder i slutänden till att frågan omformuleras.

61. För det första tydliggör den hänskjutande domstolens förklaringar när den motiverade sin andra fråga, och i synnerhet de tvivel den hyser beträffande Verwaltungsgerichtshofs (Högsta förvaltningsdomstolens) dom, den förvirring som uppstått till följd av EU-domstolens dom i målet Link Logistik. Med hänvisning till detta avgörande har den hänskjutande domstolen nämligen grundat sin andra fråga på möjligheten att bestämmelser i nationell rätt kan lämnas utan avseende i fall där en bestämmelse har förklarats sakna direkt effekt.

62. Såsom kommer att behandlas i detta avsnitt av förevarande förslag till avgörande, har EU-domstolen emellertid nyligen bekräftat att det endast är möjligt att bortse från nationella bestämmelser ifall den åberopade unionsrättsliga bestämmelsen är utrustad med direkt effekt. Den hänskjutande domstolens andra fråga avser således i själva verket möjligheten att delvis underlåta att tillämpa nationella bestämmelser eller till och med att ”komplettera” dem med relevanta unionsrättsliga bestämmelser, snarare än en EU-konform tolkning. Ordet ”komplettera” [52] kan jag bara förstå som att proportionalitetskravet ska tillämpas direkt som ett komplement till nationella bestämmelser och, i synnerhet, för att fylla tomrummet efter de aspekter av den nationella lagstiftningen som har bortfallit.

63. För det andra har den hänskjutande domstolen ställt sin andra fråga endast för det fall att den första frågan ska besvaras nekande, det vill säga för det fall att EU-domstolen skulle finna att artikel 20 i direktiv 2014/67 saknar direkt effekt. Jag har emellertid föreslagit att den första frågan ska besvaras jakande, det vill säga bekräfta att artikel 20 i direktiv 2014/67 har direkt effekt. Med detta sagt är den hänskjutande domstolens andra fråga fortfarande i högsta grad relevant även, eller snarare särskilt, om den omtvistade unionsrättsliga bestämmelsen har direkt effekt. Det är nämligen just i det omvända scenariot, där proportionalitetskravet på sanktioner inte skulle anses ha direkt effekt, som den andra frågan blir relevant. [53]

64. Den andra frågan måste därför omformuleras på följande sätt: Tillåter och/eller kräver då kravet på att sanktioner ska vara proportionella, som stadfästs i artikel 20 i direktiv 2014/67, att den nationella domstolen och förvaltningsmyndigheten – i avsaknad av ny lagstiftning på nationell nivå – kompletterar de inhemska straffrättsliga bestämmelser som är tillämpliga i förevarande mål?

65. För att besvara denna fråga kommer jag först att erinra om den ståndpunkt som EU-domstolen intog i domen i målet Link Logistik vad avsåg möjligheten att underlåta att tillämpa nationell lagstiftning som strider mot bestämmelser i unionsrätten som inte har direkt effekt (1), samt om det efterföljande förtydligande som EU-domstolens stora avdelning gjorde i domen i målet Popławski II (2). [54] Därefter kommer jag att kortfattat redogöra för de högsta österrikiska domstolarnas (Verwaltungsgerichtshof (Högsta förvaltningsdomstolen) och Verfassungsgerichtshof (Författningsdomstolen)) olika ställningstaganden till följd av

52 ”Ergänzen” i det tyska originalet.

53 Alternativt skulle då den andra frågan behöva omformuleras till en fråga om gränserna för en konform tolkning i sådana fall, vilken med säkerhet skulle besvaras nekande. Att ta bort delar av nationella bestämmelser som är oförenliga med unionsrätten och sedan (eller samtidigt) komplettera den nationella lagstiftningen med en unionsrättslig bestämmelse som inte redan har införts i den av den nationella lagstiftaren och därigenom klart ändra innehållet i de nationella reglerna, kan, åtminstone enligt min mening, knappast betraktas som ett exempel på konform tolkning. Se, exempelvis, dom av den 15 januari 2014, Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2014:2, punkt 39), dom av den 7 augusti 2018, Smith (C-122/17, EU:C:2018:631, punkt 40), eller dom av den 24 juni 2019, Popławski (C-573/17, EU:C:2019:530, punkt 76 och följande punkter).

54 Dom av den 24 juni 2019, Popławski (C-573/17, EU:C:2019:530) (nedan kallad domen i målet Popławski II).

EU-domstolens dom i de förenade målen Maksimovic (3). Därefter kommer jag att behandla konsekvenserna av att proportionalitetskravet på sanktioner har direkt effekt och de potentiella begränsningar som finns specifikt på sanktionsområdet (4). Jag kommer att avsluta med en sista, mer allmän iakttagelse om terminologin och det rätt intuitiva behovet av proportionalitet när det kommer till att underlåta att tillämpa en bestämmelse i proportionalitetsprincipens namn (5).

1. EU-domstolens ståndpunkt i domen i målet Link Logistik

66. Såsom jag redan har redogjort för ovan slog EU-domstolen i domen i målet Link Logistik fast att artikel 9a i direktiv 1999/62 inte har direkt effekt. [55]

67. EU-domstolen fortsatte sedan med att erinra om medlemsstaternas skyldighet att uppnå det resultat som föreskrivs i direktivet samt om principen om EU-konform tolkning av nationell rätt och dess gränser. EU-domstolen medgav emellertid därefter att en EU-konform tolkning inte var möjlig i det aktuella fallet. [56]

68. EU-domstolen fann emellertid, till och med efter att ha uteslutit såväl direkt effekt som en EU-konform tolkning, att ”den nationella domstolen [är] skyldig att tillämpa unionsrätten fullt ut och skydda de rättigheter som denna rätt ger enskilda, och om så är nödvändigt underlåta att tillämpa en nationell bestämmelse som, om den tillämpades, i det konkreta fallet skulle leda till ett resultat som strider mot unionsrätten”. [57]

69. Detta uttalande upprepas i domslutet, där det anges att ”[d]et proportionalitetskrav som föreskrivs i artikel 9a i direktiv 1999/62 … *inte [kan] anses ha direkt effekt*” och att ”[d]en nationella domstolen …, i enlighet med sin skyldighet att vidta alla lämpliga åtgärder, både allmänna och särskilda, för att säkerställa att denna bestämmelse genomförs, [ska] tolka nationell rätt så att den överensstämmer med direktivet, eller, om en sådan tolkning inte är möjlig, *underlåta att tillämpa alla nationella bestämmelser som, om de tillämpades, med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet skulle leda till ett resultat som strider mot unionsrätten*”. [58]

2. Efterföljande förtydligande i domen i målet Popławski II

70. Kort tid efter domen i målet Link Logistik meddelade EU-domstolens stora avdelning sin dom i målet Popławski II. Det målet rörde möjligheten att underlåta att tillämpa nationella regler som stred mot en bestämmelse i rambeslut 2008/909/RIF, [59] en rättsakt som, enligt vad som föreskrivs i fördraget, saknar direkt effekt. [60] Den specifika fråga som uppkom var huruvida en nationell domstol, enbart på grundval av principen om unionsrättens företräde, kunde underlåta att tillämpa nationella bestämmelser som stred mot unionsrättsliga bestämmelser som saknade direkt effekt.

55 Domen i målet Link Logistik, punkt 56. Se även ovan, punkterna 28–30, i detta förslag till avgörande.

56 Ibidem, punkt 60.

57 Ibidem, punkt 61.

58 Ibidem, punkt 62 och domslutet. Min kursivering.

59 Artikel 28.2 i rådets rambeslut 2008/909/RIF av den 27 november 2008 om tillämpning av principen om ömsesidigt erkännande på brottmålsdomar avseende fängelse eller andra frihetsberövande åtgärder i syfte att verkställa dessa inom Europeiska unionen (EUT L 327, 2008, s. 27).

60 (Tidigare) artikel 34.2 b FEU. Se domen i målet Popławski II, punkterna 69–71.

71. EU-domstolen slog fast att ”en unionsrättslig bestämmelse som saknar direkt effekt inte som sådan [kan] åberopas inom ramen för en unionsrättslig tvist, i syfte att en nationell bestämmelse som strider mot unionsrätten inte ska tillämpas”.[61] EU-domstolen klargjorde vidare att ”de nationella domstolarnas skyldighet att underlåta att tillämpa en nationell bestämmelse som strider mot en unionsrättslig bestämmelse, förvisso [är] en följd av att sistnämnda bestämmelse ska ges företräde,[.] Nämnda skyldighet är dock beroende av att den bestämmelsen har direkt effekt inom ramen för det mål som den nationella domstolen har att pröva. En nationell domstol är således inte skyldig att, enbart med stöd av unionsrätten, underlåta att tillämpa en bestämmelse i nationell rätt som strider mot unionsrätten för det fall att sistnämnda bestämmelse saknar direkt effekt.”[62]

72. Den centrala aspekten av denna dom har därefter bekräftats vid åtskilliga tillfällen med avseende på ett antal andra unionsrättsliga bestämmelser som inte finns intagna i rambeslut.[63]

73. Således har domen i målet Popławski II och efterföljande rättspraxis, varav ett antal av dessa senare domar likaså meddelades av EU-domstolens stora avdelning, *officiellt avgjort* frågan huruvida möjligheten att underlåta att tillämpa nationell rätt kan härledas från enbart unionsrättens företräde, eller från unionsrättens företräde i kombination med den tillämpliga unionsrättsliga bestämmelsens direkta effekt.

74. Det går naturligtvis inte att dölja att denna fråga redan hade diskuterats under en längre tid,[64] varvid olika alternativ och synsätt förespråkats.[65] Med hänsyn till de upprepade officiella förklaringarna från EU-domstolen som avgjorde denna fråga i utökad sammansättning, anser jag emellertid att denna diskussion nu är över, i vart fall på domstolsnivå.

3. Konsekvenser för förevarande mål: de konkurrerande synsätten på nationell nivå

75. På nationell nivå har olika domstolar skilda synsätt i fråga om den praktiska innebörden för pågående mål av de domar om oförenlighet som EU-domstolen har meddelat med avseende på flera delar av det omtvistade sanktionssystemet. Den hänskjutande domstolens andra fråga är präglad av dessa konkurrerande synsätt.

61 Domen i målet Popławski II, punkt 62.

62 Ibidem, punkt 68.

63 Se, exempelvis, dom av den 19 november 2019, A.K. m.fl. (Oavhängigheten hos avdelningen för disciplinära mål vid Högsta domstolen) (C-585/18, C-624/18 och C-625/18, EU:C:2019:982, punkt 161), dom av den 19 december 2019, Deutsche Umwelthilfe (C-752/18, EU:C:2019:1114, punkt 42), dom av den 14 maj 2020, Staatsanwaltschaft Offenburg (C-615/18, EU:C:2020:376, punkt 69), dom av den 30 september 2020, CPAS Liège (C-233/19, EU:C:2020:757, punkt 54), dom av den 15 april 2021, Braathens Regional Aviation (C-30/19, EU:C:2021:269, punkt 58), dom av den 18 maj 2021, Asociaţia ”Forumul Judecătorilor din România” m.fl. (C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 och C-397/19, EU:C:2021:393, punkt 248).

64 För olika ståndpunkter i denna debatt inom doktrinen, se exempelvis: Lenaerts, K., Corthaut, T., ”Of Birds and Hedges: The Role of Primacy in Invoking Norms of EU Law”, *European Law Review* vol. 31, 2006, s. 287–315, på s. 301–311, Prechal, S., ”Direct Effect, Indirect Effect, Supremacy and the Evolving Constitution of the European Union”, i Barnard. C., (red.), *The Fundamentals of EU Law Revisited: Assessing the Impact of the Constitutional Debate*, Oxford University Press, 2007, s. 35–69; Muir, E., ”Of Ages in – and Edges of – EU Law”, *Common Market Law Review*, vol. 48, 2011, s. 39–62; eller Dougan M., ”Primacy and the Remedy of Disapplication”, *Common Market Law Review*, vol. 56, 2019, s. 1459–1508.

65 I sitt förslag till avgörande pläderade generaladvokat Campos Sánchez-Bordona, som var av motsatt uppfattning, faktiskt för möjligheten att underlåta att tillämpa bestämmelser som inte hade direkt effekt på grundval av domen i målet Link Logistik. Se hans förslag till avgörande i målet Popławski (C-573/17, EU:C:2018:957, punkt 117). Se även mitt förslag till avgörande i målet Cresco Investigation (C-193/17, EU:C:2018:614, punkterna 114–149), där jag i huvudsak föreslog ett liknande synsätt när det gällde att inte tillämpa nationell lagstiftning som var oförenlig (enbart) med bestämmelser i stadgan.

76. Å ena sidan finns det synsätt som valdes i Verwaltungsgerichtshofs (Högsta förvaltningsdomstolens, Österrike) dom.[66] Inom ramen för ett liknande mål och efter det att EU-domstolen meddelat sin dom i de förenade målen Maksimovic, fann nämnda domstol att endast vissa delar av den ifrågasatta nationella bestämmelsen måste lämnas utan avseende för att vara förenlig med unionsrätten. Till följd av denna dom är det fortfarande möjligt att ålägga sanktioner som enligt nämnda domstol uppfyller proportionalitetskraven.

77. För det första slog Verwaltungsgerichtshof (Högsta förvaltningsdomstolen) fast att man skulle bortse från uttrycket ”för varje arbetstagare” för att bestämmelserna skulle vara förenliga med unionsrätten. Detta uttryck förekom i § 7i (4) i AVRAG, men motsvarar i huvudsak det uttryck som förekommer i de i förevarande mål relevanta §§ 26 (1) och 28 i LSD-BG.[67]

78. Om jag förstår det rätt blir de gränser som föreskrivs i de nationella bestämmelserna med avseende på varje arbetstagare tillämpliga i stort, det vill säga med avseende på alla berörda arbetstagare sammantagna, genom att man bortser från uttrycket ”för varje arbetstagare” vid tillämpningen. Att det bortses från uttrycket ”för varje arbetstagare” vid tillämpningen skulle således inte bara medföra en avsevärd sänkning av det potentiella bötesbeloppets storlek och introducera ett klart intervall för de belopp som kan tillåtas, utan även införa ett samlat övre tak som saknades i lagstiftningen och som var en av de omständigheter som låg till grund för EU-domstolens slutsats att de relevanta bestämmelserna i österrikisk rätt var oproportionella.[68]

79. För det andra slog Verwaltungsgerichtshof (Högsta förvaltningsdomstolen) även fast att de minimiböter som föreskrevs i lag skulle upphöra att vara tillämpliga. För det tredje förklarade nämnda domstol att fängelsestraff inte längre skulle kunna utdömas vid utebliven betalning i enlighet med § 16 i Verwaltungsstrafgesetz (förvaltningsstrafflagen). Även förekomsten av minimiböter och möjligheten att utdöma frihetsstraff var aspekter som motiverade EU-domstolens slutsats i domen i de förenade målen Maksimovic att de ifrågavarande sanktionerna var oproportionella.[69] För det fjärde ansåg Verwaltungsgerichtshof (Högsta förvaltningsdomstolen) det inte nödvändigt att bortse från bestämmelsen om bidraget till kostnaderna för förfarandet.[70]

80. Till följd av Verwaltungsgerichtshofs (Högsta förvaltningsdomstolens) synsätt är det således fortfarande möjligt för förvaltningsmyndigheter att ålägga sanktioner, om än avsevärt lägre, som nu ändå bör vara förenliga med unionsrätten.

81. Med utgångspunkt i EU-domstolens svar i domen i målet Link Logistik betraktar den hänskjutande domstolen Verwaltungsgerichtshofs (Högsta förvaltningsdomstolens) dom som ett exempel på EU-konform tolkning av nationell rätt, och har med rätta påpekat att om så är fallet,

66 Ra 2019/11/0033 av den 15 oktober 2019.

67 Såsom den österrikiska regeringen noterade i sitt yttrande har Verwaltungsgerichtshof (Högsta förvaltningsdomstolen) tillämpat sitt resonemang i fråga om § 7i i AVRAG på §§ 26 och 28 i LSD-BG (dom av den 25 februari 2020, 2018/11/0110, dom av den 26 februari 2020, 2020/11/0004, och dom av den 27 april 2020, 2019/11/0171).

68 Domen i de förenade målen Maksimovic m.fl., punkt 42, beslut av den 19 december 2019, Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld m.fl. (C-645/18, ej publicerat, EU:C:2019:1108, punkt 36), och beslut av den 19 december 2019, EX m.fl. (C-140/19, C-141/19 och C-492/19–C-494/19, ej publicerat, EU:C:2019:1103, punkt 38).

69 Domen i de förenade målen Maksimovic m.fl., punkterna 43 och 45, beslut av den 19 december 2019, Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld m.fl. (C-645/18, ej publicerat, EU:C:2019:1108, punkt 37), och beslut av den 19 december 2019, EX m.fl. (C-140/19, C-141/19 och C-492/19–C-494/19, ej publicerat, EU:C:2019:1103, punkt 39). Frihetsstraffsaspekten prövades emellertid inte i de två besluten.

70 EU-domstolen hade redan funnit att denna aspekt, i förening med övriga aspekter, var en av de faktorer som gjorde att systemet blev oproportionellt. Domen i de förenade målen Maksimovic m.fl., punkt 44, beslut av den 19 december 2019, Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld m.fl. (C-645/18, ej publicerat, EU:C:2019:1108, punkt 38), och beslut av den 19 december 2019, EX m.fl. (C-140/19, C-141/19 och C-492/19–C-494/19, ej publicerat, EU:C:2019:1103, punkt 40).

så är den lösning den förespråkar en tolkning *contra legem*.[71] Mot bakgrund av dessa omständigheter önskar den hänskjutande domstolen få klarhet i huruvida den lösning som Verwaltungsgerichtshof (Högsta förvaltningsdomstolen) har föreslagit är förenlig med unionsrätten. Den hänskjutande domstolen vill närmare bestämt få klarhet i huruvida den har rätt att tillämpa Verwaltungsgerichtshofs (Högsta förvaltningsdomstolens) lösning eller om den enda möjlighet som, mot bakgrund av domslutet i EU-domstolens dom i målet Link Logistik, står den till buds är att underlåta att tillämpa de oförenliga nationella bestämmelserna i sin helhet.

82. Å andra sidan har den hänskjutande domstolen även påpekat att Verfassungsgerichtshof (Författningsdomstolen) tycks ha intagit en annan ståndpunkt. När den sistnämnda avgjorde en talan om huruvida en lägre förvaltningsdomstols avgörande om sanktioner som påförts med stöd av de omtvistade nationella bestämmelserna var oförenligt med konstitutionen stödde den sig på EU-domstolens dom i de förenade målen Maksimovic för att fastställa att rätten till egendom hade åsidosatts.[72] Efter att ha erinrat om EU-domstolens praxis, enligt vilken nationella domstolar måste tillämpa unionsrätten fullt ut och vid behov underlåta att tillämpa varje oförenlig bestämmelse i nationell rätt, ogiltigförklarade Verfassungsgerichtshof (Författningsdomstolen) de ålagda sanktionerna. Som skäl för denna slutsats angav den att det var liktydigt med att ålägga sanktioner utan giltig rättslig grund att påföra nationella sanktioner som var oförenliga med direkt tillämpliga unionsrättsliga regler.[73]

83. Den hänskjutande domstolen har förklarat att vissa nationella domstolar har tolkat dessa konstitutionella domar så, att det inte är tillåtet att fortsätta påföra de omtvistade sanktionerna över huvud taget. Inga sanktioner får påföras förrän ny lagstiftning har antagits. Den hänskjutande domstolen har således beskrivit det som att Verfassungsgerichthof (Författningsdomstolen) och Verwaltungsgerichthof (Högsta förvaltningsdomstolen) har motsatta ståndpunkter.

84. Den österrikiska regeringen har betonat att det inte föreligger någon motsättning mellan Verfassungsgerichtshofs (Författningsdomstolens) och Verwaltungsgerichtshofs (Högsta förvaltningsdomstolens) respektive praxis.

85. Det ankommer verkligen inte på EU-domstolen att ta ställning till nationell rätt, än mindre att medla mellan nationella domstolar i frågor som rör nationell rätt. I den mån den hänskjutande domstolens tvivel rör konsekvenser som följer av unionsrätten illustrerar de emellertid ett välkänt dilemma: Är det enda rättsmedel som står till buds när en nationell bestämmelse visar sig strida mot en unionsrättslig bestämmelse med direkt effekt att bortse från den nationella bestämmelsen i sin helhet, eller är det möjligt att delvis eller selektivt underlåta att tillämpa nationell rätt eller till och med att komplettera den nationella lagstiftningen? Medan den lösning som Verfassungsgerichtshof (Författningsdomstolen) har valt tycks gå i den första riktningen, ger Verwaltungsgerichtshofs (Högsta förvaltningsdomstolens) praxis exempel på den andra. Enkelt uttryckt, exakt vad innebär det ”att underlåta att tillämpa”?

71 Se även ovan, fotnot 53, i detta förslag till avgörande.

72 Verfassungsgerichtshofs (Författningsdomstolens) dom av den 27 november 2019, E 2047 - 2049/2019.

73 Enligt den hänskjutande domstolen har Verfassungsgerichtshof (Författningsdomstolen) ogiltigförklarat sanktionerna i åtskilliga andra mål, bland annat E 3530/2019 m.fl., E 2893/2019 m.fl., E 3530/2019 m.fl., och E 2893/2019 m.fl.

4. De specifika konsekvenserna av att proportionalitetskravet har direkt effekt

86. De som har inkommit med yttranden har intagit olika ståndpunkter vad gäller konsekvenserna av att proportionalitetskravet i artikel 20 i direktiv 2014/67 har direkt effekt.

87. Kommissionen har hävdat att denna bestämmelse kan tjäna som grund för domaren att anpassa sanktionerna i överensstämmelse med proportionalitetsprincipen. Detta beror för det första på att artikel 20 i direktivet kräver att medlemsstaterna inför sanktioner för underlåtenhet att uppfylla de skyldigheter som direktivet omfattar. Att inte föreskriva några sanktioner skulle också strida mot direktivet. För det andra är, såsom EU-domstolen förklarade i sina beslut, nationella regler som föreskriver sanktioner vid åsidosättande av de omtvistade arbetsrättsliga skyldigheterna ägnade att uppnå de legitima mål som eftersträvas med direktivet.[74] För det tredje innebär en konflikt mellan unionsrätten och nationell rätt inte nödvändigtvis att den nationella rätten helt och hållet måste lämnas utan avseende: Unionsrätten kompletterar endast nationell rätt i den utsträckning som krävs för att göra det möjligt att införa sanktioner som är förenliga med proportionalitetskravet. I detta sammanhang anser kommissionen att de österrikiska domstolarna till och med bör fortsätta med att påföra kumulativa sanktioner, i den mån dessa kumulativa sanktioner inte i sig är oproportionella enligt EU-domstolens praxis.[75]

88. På liknande sätt har den österrikiska regeringen gjort gällande att det skulle leda till ett åsidosättande av unionsrätten att helt underlåta att tillämpa de nationella bestämmelserna. En partiell underlåtenhet att tillämpa de omtvistade nationella bestämmelserna skulle i sig kunna säkerställa att de sanktioner som föreskrivs i nationell rätt kan påföras av nationella myndigheter och domstolar i överensstämmelse med unionsrättens krav.[76]

89. Den polska regeringen anser däremot att det skulle kunna strida mot legalitetsprincipen att fastställa straffrättsliga sanktioner oberoende av de nationella bestämmelsernas lydelse, vilket betyder att den enda möjliga lösningen är att helt bortse från de nationella bestämmelserna. På liknande sätt har den tjeckiska regeringen gjort gällande att ett synsätt som innebär att sanktionsbeloppet fastställs, inte på grundval av kriterier som fastställts i lag och kan vara kända i förväg av dem som bestämmelserna riktar sig till, utan på grundval av kriterier som fastställs i efterhand av domstolar eller förvaltningsmyndigheter, strider mot rättssäkerhetsprincipen.

90. Jag delar kommissionens uppfattning att proportionalitetsprincipens direkta effekt inte nödvändigtvis leder till att de nationella sanktionsbestämmelserna ska lämnas utan avseende *i sin helhet*. Enligt min mening är den viktigaste faktorn i detta avseende att EU-domstolen har förklarat att vissa överdrivna inslag i det nationella sanktionssystemet är oförenliga med unionsrätten. EU-domstolen har inte förklarat sanktioner vara oförenliga *som sådana*, och än mindre påstått att rättsstridiga beteenden som föranleder sådana sanktioner inte kan beivras.

74 Beslut av den 19 december 2019, Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld m.fl. (C-645/18, ej publicerat, EU:C:2019:1108, punkt 32), och beslut av den 19 december 2019, EX m.fl. (C-140/19, C-141/19 och C-492/19–C-494/19, ej publicerat, EU:C:2019:1103, punkt 34).

75 Se dom av den 12 september 2019, Maksimovic m.fl. (C-64/18, C-140/18, C-146/18 och C-148/18, EU:C:2019:723, punkt 41), beslut av den 19 december 2019, Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld m.fl. (C-645/18, ej publicerat, EU:C:2019:1108, punkt 35), och beslut av den 19 december 2019, EX m.fl. (C-140/19, C-141/19 och C-492/19–C-494/19, ej publicerat, EU:C:2019:1103, punkt 37).

76 Den österrikiska regeringens hållning på denna punkt är något förbryllande, i synnerhet som denna regering har föreslagit ett svar på den första frågan som skulle innebära att proportionalitetskravet inte har direkt effekt, och inte har begränsat sitt svar på den andra frågan till ett svar enbart i andra hand, utan snarare ser det som en direktivkonform tolkning att delvis underlåta att tillämpa de omtvistade bestämmelserna. Det kan emellertid i detta avseende antas att den österrikiska regeringen, i likhet med den hänskjutande domstolen, har tagit EU-domstolens problematiska hållning i domen i målet Link Logistik som utgångspunkt.

Med andra ord kan kravet på att *påföljder ska vara proportionella* knappast likställas med ett krav på att det *inte ska utdömas några påföljder över huvud taget*. Ett sådant likställande framstår enligt min mening, särskilt på ett abstrakt plan, som något oproportionellt.

91. Jag är emellertid väl medveten om de farhågor som den hänskjutande domstolen har gett uttryck för i fråga om att det, när det särskilt gäller sanktioner av straffrättslig karaktär, finns anledning till oro vad avser principerna om legalitet, rättssäkerhet och likhet inför lagen, vilka jag nu kommer att behandla.

a) Legalitet, rättssäkerhet och likhet inför lagen vid åläggande av sanktioner

92. Den hänskjutande domstolen anser att den lösning som följer av Verwaltungsgerichtshofs (Högsta förvaltningsdomstolens) dom kan vara problematisk av skäl som hänför sig till legalitetsprincipen. Verfassungsgerichtshof (Författningsdomstolen) tolkar denna princip mycket strikt, särskilt på det straffrättsliga området. Såsom den hänskjutande domstolen har påpekat har olika österrikiska förvaltningsdomstolar dessutom tolkat de högsta österrikiska domstolarnas domar på olika sätt. Den hänskjutande domstolen har, ställd inför förvaltningsdomstolarnas delade meningar, sammanfattat det nuvarande läget som en situation präglad av inkonsekvent rättspraxis och rättsosäkerhet. Nämnda domstol anser dessutom att inkonsekvenserna i nuvarande rättspraxis ger anledning till farhågor beträffande likhetsprincipen. Det är främmande för den österrikiska rättsordningen i allmänhet och för det straffrättsliga systemet i synnerhet att påföra sanktioner på från-fall-till-fall-basis.

93. Den tjeckiska regeringen har framhållit att artikel 20 i direktiv 2014/67 inte under några omständigheter kan anses ha sådan direkt effekt att den kan åberopas gentemot en enskild part. Enligt EU-domstolens praxis kan en medlemsstat inte åberopa ett direktivs direkta effekt i syfte att påföra sanktioner på grundval av bestämmelser i detta direktiv. Nämnda regering har även gjort gällande att det oundvikligen skulle leda till objektivt omotiverade skillnader i storleken på de sanktioner som ålades om varje domstol eller administrativ myndighet kunde göra en kreativ anpassning av de nationella bestämmelserna.

94. På liknande sätt anser den polska regeringen att det skulle strida mot legalitetsprincipen att överlåta åt varje domstol eller myndighet att anpassa sanktionerna med avvikelse från de rättsliga bestämmelserna. Den polska regeringen har till och med gjort gällande att de olika tolkningar som olika domstolar har gjort visar att artikel 20 inte har direkt effekt.

95. Jag finner inte dessa argument övertygande, av följande skäl.

96. *Legalitetsprincipen* kräver att brott och de påföljder de leder till måste vara tydligt föreskrivna i lag vid den tidpunkt då den straffbara handlingen eller underlåtelsen begås. Detta villkor är uppfyllt när en enskild av den relevanta bestämmelsens lydelse och, vid behov, med hjälp av domstolarnas tolkning av lydelsen, kan utläsa vilka handlingar och vilken underlåtenhet som leder till straffrättsligt ansvar.[77] Dessa krav kan emellertid inte tolkas som ett förbud mot gradvis klargörande av bestämmelserna om straffrättsligt ansvar i rättspraxis, förutsatt att en sådan tolkning i rättspraxis i rimlig grad kan förutses.[78] Dessutom utgör principen om tillämpning av

[77] Se, exempelvis, dom av den 3 maj 2007, Advocaten voor de Wereld (C-303/05, EU:C:2007:261, punkt 50), dom av den 31 mars 2011, Aurubis Balgaria (C-546/09, EU:C:2011:199, punkt 42), och dom av den 28 mars 2017, Rosneft (C-72/15, EU:C:2017:236, punkt 162).

[78] Se dom av den 28 mars 2017, Rosneft (C-72/15, EU:C:2017:236, punkt 167 och där angiven rättspraxis).

den lag som föreskriver den mildaste påföljden (*lex mitior*), som är en del av artikel 49 i stadgan, hinder för att utmäta strängare straff än det som var tillämpligt vid den tidpunkt då brottet begicks.

97. Enligt min mening strider inte möjligheten att delvis underlåta att tillämpa nationella bestämmelser i den mån de strider mot unionsrätten, eller att komplettera dem genom direkt tillämpning av proportionalitetsprincipen, mot legalitetsprincipen såsom den stadfästs i artikel 49 i stadgan.

98. För det första föreskrevs brotten och påföljderna vid den tidpunkt då den straffbara handlingen begicks. Enskilda kunde därmed få klarhet i vilka konsekvenser deras beteende skulle få. Proportionalitetsprincipens direkta effekt leder inte till att sanktioner påförs på grundval av ett felaktigt införlivat direktiv. Dessa sanktioner har sin tydliga grund i nationell lagstiftning, såsom den lagenligt har utfärdats och gjorts tillgänglig för de personer den riktar sig till, och inte i direktivet. Av detta skäl är EU-domstolens praxis om att det inte är möjligt att direkt tillämpa direktiv som utgör grundval för eller skärper enskildas straffrättsliga ansvar[79] helt enkelt inte relevant i förevarande mål.

99. För det andra utgör proportionalitetskravet i artikel 20 i direktiv 2014/67, till följd av sin direkta effekt, en grund för att *mildra* och korrigera nationella bestämmelser. Med andra ord utgör proportionalitetskravet inte grunden till att sanktioner åläggs eller skärps, utan grunden till att lagligen påförda sanktioner *sätts ned* för att bli förenliga med unionsrätten.

100. För det tredje är det återigen så, att domen i de förenade målen Maksimovic, där det fastställdes att böterna var oproportionella, och EU-domstolens två efterföljande beslut inte påverkar giltigheten av de nationellt tillämpliga bestämmelser där brotten föreskrivs. Det är således fortfarande helt klart förenligt med lag att kriminalisera och bestraffa dessa brott. Det enda som EU-domstolens avgöranden påverkar är vissa specifika aspekter av det nationella sanktionssystemet, som förklarats vara oförenliga på grund av sin oproportionerlighet.

101. Vidare har den hänskjutande domstolen gett uttryck för farhågor beträffande förvaltningsdomstolarnas divergerande praxis och de negativa konsekvenser som den kan föra med sig vad avser *likhetsprincipen* och *rättssäkerhetsprincipen*. Även om jag till fullo delar denna oro, har jag svårt att föreställa mig att den direkta effekten av proportionalitetskravet i fråga om sanktioner skulle vara den enda eller ens den primära orsaken till detta.

102. En viss temporär osäkerhet i fråga om den korrekta tillämpningen av nationella regler efter att de förklarats vara oförenliga med unionsrätten utgör nämligen en naturlig del av hur unionens diffusa och decentraliserade rättssystem fungerar. Till skillnad från, exempelvis, ett antal nationella rättsordningar, där en förklaring om författningsvidrighet av (en) nationell författningsdomstol leder till att de nationella bestämmelserna ogiltigförklaras med allmängiltig verkan (*erga omnes*), kan ett avgörande av (någon) nationell domstol som innebär att nationella bestämmelser ska lämnas utan avseende på grund av oförenlighet med unionsrätten under en viss tid vara avhängigt de normala processrättsliga regler och rättsinstanser som föreskrivs i nationell rätt. Förutsatt att saken inte avgjorts officiellt av EU-domstolen i egenskap av yttersta

[79] Se, exempelvis, dom av den 11 juni 1987, Pretore di Salò (14/86, EU:C:1987:275, punkt 20), dom av den 8 oktober 1987, Kolpinghuis Nijmegen (80/86, EU:C:1987:431, punkt 13), dom av den 3 maj 2005, Berlusconi m.fl. (C-387/02, C-391/02 och C-403/02, EU:C:2005:270, punkt 74), eller dom av den 20 december 2017, Vaditrans (C-102/16, EU:C:2017:1012, punkt 56).

uttolkare av unionsrätten, kan det således till och med förekomma att de olika nationella domstolarna, innan de jämkats samman på nationell nivå av respektive högsta instans, har motstridiga uppfattningar i samma fråga.

103. Det går emellertid inte att bortse från att rättsosäkerheten och variationerna i tillämpningen på nationell nivå i förevarande mål till stor del beror på två faktorer av nationellt ursprung. För det första har den nationella lagstiftaren inte vidtagit några åtgärder, vilket den hänskjutande domstolen har understrukit vid upprepade tillfällen. Det vore emellertid naturligt att anta att det skulle ankomma på den nationella lagstiftaren att klargöra eventuella tveksamheter i fråga om tillämpningsområdet för nationellt påförda sanktioner i syfte att minimera den tillfälliga osäkerheten till följd av den fastställda oförenligheten.

104. För det andra borde enhetlighet i tillämpningen av nationell rätt, även om den nationella lagstiftaren inte skulle ingripa, i slutänden kunna säkerställas inom ramen för det typiskt sett hierarkiskt organiserade nationella domstolsväsendet, särskilt inom den mer civilrättsliga traditionen. Det är vanligtvis de högsta instansernas uppgift att skapa en enhetlig rättspraxis inom sina respektive behörighetsområden. I detta avseende förefaller det emellertid som om de nationella behörighetsreglerna gör det möjligt att i huvudsak välja om en lägre förvaltningsdomstols avgörande ska överklagas till Verwaltungsgerichtshof (Högsta förvaltningsdomstolen) eller till Verfassungsgerichtshof (Författningsdomstolen). [80]

105. Jag vill tydligt betona att detta är möjligt enligt unionsrätten. Det är och förblir nämligen i första hand medlemsstaternas sak att välja hur deras nationella rättsliga institutioner och förfaranden ska vara organiserade och strukturerade. [81] Vad som emellertid förefaller vara något mer problematiskt är om man skulle ta konsekvenserna av sådana nationella val (såsom att lagstiftaren inte har vidtagit några åtgärder och att det faktiskt inte finns en dömande instans som kan skapa en enhetlig rättspraxis) och betrakta dem som konsekvenser av den potentiella det på unionsrätten grundade kravet på att sanktioner ska vara proportionella.

106. Utöver den strukturella nivån kvarstår slutligen frågan om den potentiella osäkerheten i fråga om det exakta bötesbeloppet i varje enskilt fall. Även om man valde att ta Verwaltungsgerichtshofs (Högsta förvaltningsdomstolens) ståndpunkt som utgångspunkt skulle det, inom ramen för påförandet av sanktioner, fortfarande finnas ett intervall inom vilket en sanktion skulle behöva fastställas, exempelvis någonstans mellan 1 000 euro och 10 000 euro eller, om minimigränsen togs bort, i praktiken mellan 0 euro och 10 000 euro. Det är därför tänkbart att en lagöverträdare i ett fall skulle åläggas en sanktion på sammanlagt 100 euro, medan en annan skulle påföras ett sanktionsbelopp som uppgick till 5 000 euro. Detta skulle i sin tur verkligen väcka frågan om likhet inför lagen.

[80] Såsom erfarenheterna från ett antal europeiska rättsordningar som med avseende på domstolarnas behörighetsfördelning har försökt få till stånd en distinktion mellan, å ena sidan, konstitutionella frågor och, å andra sidan, (rena och simpla) frågor om lagenlighet visar, är denna gräns mycket svårbestämbar och omöjlig att dra i praktiken. Förevarande mål är ett tydligt exempel på detta. Samma rättsliga problem kan röra sig fritt mellan de två och omväxlande framstå som en konstitutionell fråga (huruvida rätten till egendom har åsidosatts genom en sanktion) eller som en fråga om lagenlighet (huruvida det nationella beslutet att ålägga sanktionen är förenligt med den nationella rätten och unionsrätten). För en jämförande diskussion med exempel från Tyskland, Spanien, Republiken Tjeckien, Slovakien och Slovenien, se den volym som getts ut av Ústavní soud (Republiken Tjeckiens författningsdomstol), med titeln *The Limits of the Constitutional Review of the Ordinary Courts' Decisions in the Proceedings on the Constitutional Complaint*, Linde, Prag, 2005. Se även, exempelvis, Bundesministerium der Justiz, *Entlastung des Bundesverfassungsgerichts: Bericht der Kommission*, Moser, Bonn, 1998, s. 62–66.

[81] Se, för ett liknande resonemang, dom av den 24 juni 2019, kommissionen/Polen (Högsta domstolens oavhängighet) (C-619/18, EU:C:2019:531, punkt 52), och dom av den 19 november 2019, A. K. m.fl. (Oavhängigheten hos avdelningen för disciplinära mål vid Högsta domstolen) (C-585/18, C-624/18 och C-625/18, EU:C:2019:982, punkt 115).

107. Emellertid skulle ett problem med likabehandling i så fall endast kunna uppstå om de två lagöverträdarnas situationer var identiska. Det skulle således saknas särskiljande element. Med detta sagt tenderar livet att vara oändligt varierande. Detta är skälet till att det inom såväl förvaltningsrätten som straffrätten, åtminstone i moderna rättssystem,[82] normalt sett inte föreskrivs att ”en storlek passar alla” när det införs allmänna sanktioner, utan fastställs ett tillåtet intervall inom vilket det finns ett administrativt eller rättsligt utrymme för skönsmässig bedömning.

108. Såsom redan har påpekats vad gäller den ovillkorliga kärnan i kravet på att sanktioner ska vara proportionella, innebär ”klart, precist och ovillkorligt” återigen inte att alla aspekter uttryckligen ska anges i lagstiftningen på förhand. Ett sådant scenario är helt enkelt inte realistiskt. Det som lämnas oreglerat måste emellertid åtminstone gå att pröva rättsligt.[83]

109. Sammanfattningsvis kan jag inte se att förevarande mål föranleder några problem unionsrättsligt, vare sig i fråga om principen om att sanktioner ska vara lagenliga i enlighet med artikel 49 i stadgan eller i fråga om kravet på rättssäkerhet och likhet inför lagen.

110. Med detta sagt är det icke desto mindre korrekt att strafflagstiftningen på det område som omfattas av direktiv 2014/67 inte fullständigt har harmoniserats genom unionslagstiftning. Tillämpliga sanktioner på detta område omfattas således fortfarande av medlemsstaternas utrymme för skönsmässig bedömning. Deras existens är visserligen i allmänhet påkallad av unionsrätten (det måste finnas sanktioner), men de särskilda problematiska aspekterna rörande deras (oproportionella) räckvidd och påförande ska bestämmas av medlemsstaterna.

111. Med tanke på EU-domstolens ställningstagande i domen i målet M.A.S. och M.B.[84] bör nationella myndigheter och domstolar i denna situation i princip förbli fria att tillämpa andra (högre) standarder för att skydda de grundläggande rättigheterna. Detta skulle eventuellt kunna innefatta en strängare syn på principen om att sanktioner ska vara lagenliga, om ett sådant krav faktiskt finns i nationell rätt och åberopas beträffande sanktioner som införts i nationell lagstiftning och inte helt och hållet följer av unionsrätten.[85]

b) Är det proportionellt att underlåta att tillämpa oproportionella nationella bestämmelser?

112. EU-domstolens slutsatser i domen i de förenade målen Maksimovic och i efterföljande beslut, där det fastställdes att de i den österrikiska lagstiftningen föreskrivna sanktionerna var oproportionella, grundade sig på en kombination av omständigheter, nämligen i) det höga bötesbeloppet, ii) den obegränsade kumuleringen av dessa böter, iii) den omständigheten att böterna inte fick understiga ett förutbestämt belopp, även där det inte var fastställt att överträdelsen var särskilt allvarlig, iv) den omständigheten att den berörda personen, om

82 Till skillnad från tidigare fall av så kallad ”tied-sentencing” (”fasta straff”), som var kända för sin totala brist på proportionalitet mellan gärningen och straffet, vilken föranleddes av att vissa brott knöts till en enda möjlig påföljd utan möjlighet till anpassning av påföljden beroende på individuella omständigheter – se, till exempel, mitt förslag till avgörande i målet An tAire Talmhaíochta Bia agus Mara, Éire agus an tArd-Aighne (C-64/20, EU:C:2021:14, punkt 56).

83 Se ovan, punkterna 41 och 42, i detta förslag till avgörande.

84 Se dom av den 5 december 2017, M.A.S. och M.B. (C-42/17, EU:C:2017:936, punkt 47).

85 Beträffande gränserna för denna möjlighet, och tolkningen av det förbehåll avseende ”unionsrättens företräde, enhetlighet och effektivitet” som utmejslats i rättspraxis, se vidare mitt förslag till avgörande nyligen i de förenade målen Ministerul Public - Parchetul de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție – Direcția Națională Anticorupție m.fl. (C-357/19 och C-547/19, EU:C:2021:170, punkterna 145–156).

överklagandet av beslutet ogillades, skulle betala ett belopp motsvarande 20 procent av bötesbeloppet som ett bidrag till kostnaderna för förfarandet, och v) den omständigheten att underlåtenhet att betala böterna kunde leda till ett frihetsstraff. [86]

113. Mot denna bakgrund är den lösning som Verwaltungsgerichtshof (Högsta förvaltningsdomstolen) funnit enligt min mening både pragmatisk och samtidigt mycket elegant. Genom ett penndrag ogiltigförklarade nämnda domstol flera aspekter av de nationellt tillämpliga bestämmelserna. Den införde ett maximitak, samtidigt som den tillät ett intervall för sanktionsbeloppen. Den tog dessutom bort den nedre gränsen och möjligheten att påföra ett ersättningsstraff i form av att frihetsstraff vid utebliven betalning. På så sätt har Verwaltungsgerichtshof (Högsta förvaltningsdomstolen) ogiltigförklarat vissa aspekter av det österrikiska bötessystemet, samtidigt som den bibehållit möjligheten att fortsätta att påföra sanktioner till dess att lagstiftaren ändrar den relevanta lagstiftningen.

114. Jag kan bara återigen understryka att unionsrätten inte utesluter att sanktioner åläggs för de omtvistade överträdelserna, utan snarare motsatsen. I artikel 20 i direktiv 2014/67 åläggs en skyldighet att föreskriva sådana sanktioner, vilka, givetvis, ska vara proportionella, men även avskräckande och effektiva. Utifrån artikel 20 i direktivet sett är det dessutom förenligt med direktivets syften att möjligheten finns att komplettera nationell rätt, eftersom det gör det möjligt att uppnå en rimlig balans mellan kravet på proportionalitet och kravet på att sanktionerna ska vara effektiva och avskräckande.

115. I detta sammanhang kan kravet på att sanktioner ska vara proportionella, vilket även stadfästs i artikel 49.3 i stadgan, knappast anses vara liktydigt med straffrihet när det finns ett rimligt sätt att anpassa den nationella rättsordningen till proportionalitetsprincipen. Att helt utesluta möjligheten att påföra sanktioner med stöd enbart av proportionalitetsprincipen skulle nämligen vara att fullständigt bortse från behovet av att säkerställa det syfte som fastställts i artikel 1.1 i direktiv 2014/67, nämligen att garantera en lämplig nivå av skydd för utstationerade arbetstagares rättigheter.

116. Sammanfattningsvis skulle det således vara något paradoxalt, åtminstone ur ett unionsrättsligt perspektiv, att i proportionalitetsprincipens namn dra den oproportionella slutsatsen att inga av de berörda sanktionsbestämmelserna i nationell rätt, inbegripet dem som faktiskt aldrig har ifrågasatts, får tillämpas. Detta påstående hindrar återigen inte att dessa andra nationella bestämmelser kan bli indirekta offer för en strängare nationell syn på legalitetsprincipen, eller att de i andra fall helt enkelt faller på grund av deras koppling till andra bestämmelser, eftersom de inte längre skulle kunna tillämpas självständigt.

117. Vad som påstås är helt enkelt att proportionalitetskravets direkta effekt inte kräver att man på ett oproportionellt sätt ska underlåta att tillämpa varenda nationell regel. Metaforiskt talat borde det ingrepp som ska utföras i unionsrättens namn snarare liknas vid ett kirurgiskt snitt än en bombmatta.

[86] Domen i de förenade målen Maksimovic m.fl., punkterna 42–45.

5. Avslutande överväganden om den direkta effektens dikotomier: utesluta, ersätta … eller helt enkelt lägga till?

118. Mycket akademiskt bläck har spillts genom åren på hårklyverier i fråga om skillnaderna mellan och klassificeringen av de olika typer av direkt effekt som EU-domstolen har introducerat i ett mål eller kan ha avsett i ett annat. I synnerhet är distinktionen mellan unionsrättsliga bestämmelsers uteslutande respektive ersättande effekt[87] på oförenlig nationell lagstiftning alltjämt föremål för heta diskussioner.[88] Även om domen i målet Popławski II löste frågan i tidigare led (huruvida man kan underlåta att tillämpa en bestämmelse i nationell rätt enbart på grund av unionsrättens företräde, eller bara på grund av företräde i kombination med direkt effekt), är frågan i senare led om exakt vilka och hur många former detta kan komma att ta sig fortfarande i högsta grad öppen.

119. Jag har inte för avsikt att bidra till denna diskussion här. Jag kommer emellertid helt enkelt att ta förevarande mål som förevändning för att understryka att en sådan klassificering i olika fack har begränsad praktisk relevans. Såsom framgår av förevarande mål är skiljelinjen mellan exempelvis de uteslutande och ersättande konsekvenserna av direkt effekt fortfarande ganska otydlig i ett antal fall. Den är starkt fallberoende och mer en fråga om den berörda domstolens egen bedömning än en klar skiljelinje.

120. Det förhållningssätt som Verwaltungsgerichtshof (Högsta förvaltningsdomstolen) har valt, såsom det sammanfattats i föregående avsnitt, är särskilt avslöjande i detta avseende. Faktum är att den rättsliga teknik som använts, ”att underlåta att tillämpa”, är avhängig ordalydelsen och systematiken i de nationella bestämmelserna, snarare än att vara en oundviklig följd av den unionsrättsliga bestämmelses ”väsen” som innehåller själva proportionalitetskravet.

121. Liknande resultat skulle faktiskt kunna uppnås genom att det positiva innehållet i proportionalitetsprincipen ”läggs till”, så att en rättslig lösning kan uppnås genom substitution snarare än exklusion. Detta var faktiskt mitt förslag i målet Link Logistik, där utformningen av den nationella bestämmelsen (det fasta bötesbeloppet, oberoende av enskilda omständigheter i målet) inte skulle ha gjort det möjligt för den nationella domstolen att komma fram till en lösning som var förenlig med proportionalitetsprincipen bara genom att bortse från delar av den nationella lagstiftningen. Det var därför nödvändigt att introducera normativa inslag som härrörde från prövningen av proportionalitetsprincipen och var en inneboende del av denna.[89]

122. Denna kontrast visar således att det logiskt sett kommer att bero på det nationella rättsliga landskapet vilken typ av direkt effekt som samma unionsrättsliga bestämmelse har. Medan en bestämmelse med direkt effekt i vissa fall helt skulle ersätta den ”undanträngda” motstridande nationella bestämmelsen, är det i andra fall endast möjligt att helt underlåta att tillämpa den bestämmelsen. I ett stort antal fall som ligger däremellan kan efterlevnaden av unionsrätten kräva att endast delar av den nationella bestämmelsen inte tillämpas, eller att inslag i den nationella bestämmelsen inte tillämpas endast i den mån de strider mot unionsrätten. I slutänden

87 Se, ursprungligen om distinktionen, Galmot, Y., och Bonichot, J.-C., ”La Cour de justice des Communautés européennes et la transposition des directives en droit national” 4(1), *Revue française de droit administratif*, 1988, s. 1–23.

88 Se, exempelvis, förslag till avgörande av generaladvokaten Saggio i de förenade målen Océano Grupo Editorial och Salvat Editores (C-240/98–C-244/98, EU:C:1999:620) och förslag till avgörande av generaladvokaten Léger i målet Linster (C-287/98, EU:C:2000:3). Se även, bland annat, Dougan, M., ”When Worlds collide! Competing Visions of the Relationship between Direct Effect and Supremacy”, *Common Market Law Review*, 2007, vol. 44, s. 931–963; Wathelet, M., ”Du concept de l’effet direct à celui de l’invocabilité au regard de la jurisprudence récente de la Cour de Justice” i Hoskins, M. och Robinson, W. (red.), *A True European Essays for Judge David Edward*, Hart Publishing, Oxford, 2004, s. 367–389.

89 Se mitt förslag till avgörande i målet Link Logistik N&N (C-384/17, EU:C:2018:494, punkt 84 och följande punkter).

skulle en fullständigt eller partiellt underlåten tillämpning även behöva kombineras med en tolkning av de ”återstående” tillämpliga bestämmelser eller delar därav som är förenliga med unionsrätten.

123. Kort sagt är det den nationella lagstiftningen, strukturen i det enskilda fallet och vilken abstraktionsnivå som valts som avgör hur den direkta effekten kommer att klassificeras i ett mål. Samma resultat kan ofta uppnås antingen genom att en mer allmän regel av högre dignitet utesluts, eller genom att en mer specifik bestämmelse ersätts eller inlemmas i den nationella rättsordningen.

124. Jag anser därför att frågan huruvida det som exakt behöver göras på grundval av en potentiellt direkt tillämplig bestämmelse i unionsrätten är att utesluta, ersätta eller något annat kan vara av pedagogiskt eller vetenskapligt intresse. Med detta sagt bör sådana taxonomier inte få styra beslutet om huruvida det är möjligt eller ej att en specifik unionsrättslig bestämmelse har direkt effekt. När det har fastställts om den ifrågavarande unionsbestämmelsen faktiskt kan bli föremål för domstolsprövning, bör fokus därefter riktas mot de potentiella konsekvenserna av den direkta effekten i det enskilda målet och skyddet av de individuella rättigheterna i detta mål.

C. Avsteg från domen i målet Link Logistik

125. Om EU-domstolen skulle anse att mina överväganden i avsnitten A och B i detta förslag till avgörande är korrekta, så måste den ompröva sina slutsatser i domen i målet Link Logistik.

126. Såsom har förklarats i avsnitt B i detta förslag till avgörande frångicks EU-domstolens ståndpunkt i domen i målet Link Logistik indirekt och delvis i domen i målet Popławski II. Nationella domstolar och andra organ får endast underlåta att tillämpa nationella bestämmelser som strider mot unionsrättsliga bestämmelser med direkt effekt.

127. Hur förhåller det sig med EU-domstolens ställningstagande i domen i målet Link Logistik vad gäller proportionalitetskravets direkta effekt? Såsom förklarats i detalj i avsnitt A i detta förslag till avgörande finns det ett antal skäl som talar för att proportionalitetskravet i artikel 20 i direktiv 2014/67 ska anses ha direkt effekt.

128. Vidare påverkar den mycket viktiga korrigering som domen i målet Popławski II medförde vad gällde att underlåta att tillämpa nationell lagstiftning som strider mot unionsrätten även den balans som låg till grund för hela EU-domstolens resonemang i domen i målet Link Logistik. Denna korrigering påverkar även EU-domstolens slutsatser i fråga om proportionalitetskravets direkta effekt. I domen i målet Link Logistik fann EU-domstolen att proportionalitetskravet i artikel 9a i direktiv 1999/62 saknade direkt effekt. Det kan emellertid tänkas att en del av det resonemang som ledde fram till detta resultat grundades på den felaktiga premissen att det är möjligt att underlåta att tillämpa nationell rätt som strider mot unionsrättsliga regler som saknar direkt effekt. Detta var faktiskt exakt vad EU-domstolen begärde att den hänskjutande domstolen skulle göra. [90]

129. Hur bör man mot denna bakgrund gå tillväga i förevarande mål? Enligt min mening ska EU-domstolens stora avdelning uttryckligen och öppet frångå domen i målet Link Logistik.

[90] Domen i målet Link Logistik, punkt 62 och domslutet.

130. EU-domstolen har aldrig deklarerat att den skulle vara formellt bunden av doktrinen om att appellationsdomstolar är bundna av sina egna avgöranden i principfrågor (*stare decisis*). Den har icke desto mindre i praktiken anslutit sig till denna doktrin.[91] Behovet av att på ett konsekvent sätt kunna hänvisa till sina egna prejudikat och av att säkerställa att dess rättspraxis behåller sin auktoritativa karaktär innebär att EU-domstolen sällan uttryckligen går emot sina tidigare domar. EU-domstolen gör oftare så, att den konstaterar att målet skiljer sig från tidigare mål, eller retroaktivt förklarar sin egen rättspraxis så, att de olika pusselbitarna ”passar samman” och ”klargörs”.[92]

131. EU-domstolens tidigare praxis när det gäller att ompröva sina tidigare avgöranden varierar.[93] Det är sällsynt att EU-domstolen uttryckligen frångår sin praxis. Även vid dessa sällsynta tillfällen är det relativt ovanligt att EU-domstolen förklarar varför den har ändrat sin ståndpunkt. I vissa fall har EU-domstolen begränsat sig till att konstatera det divergerande prejudikatet existerar och signalera att den nu gjort en annan tolkning.[94] I andra mål är det uppenbart att EU-domstolen har ändrat uppfattning på grund av de omständigheter och argument som framförts i ett senare mål,[95] eller att den preciserar sin tidigare ståndpunkt mot bakgrund av dessa nya överväganden.[96]

132. EU-domstolen har mer öppet avvikit från sin tidigare rättspraxis i ljuset av konstitutionell utveckling eller ändringar i fördraget.[97] Ändå finns det ett antal mål i vilka EU-domstolen fortsätter att hänvisa till tidigare domar som ”korrekt rättspraxis”, även om den kommer till en annan slutsats i den nya domen.[98] Det är endast vid mycket sällsynta tillfällen som EU-domstolen uttryckligen omprövar sin tidigare tolkning, för ett resonemang kring sitt tidigare prejudikat och förklarar varför den valt en annan lösning.[99]

133. Förevarande mål bör enligt min mening vara ett av dessa sällsynta tillfällen. EU-domstolen bör ta den möjlighet som bjuds i förevarande mål att *uttryckligen* ompröva riktigheten av sina slutsatser i domen i målet Link Logistik, särskilt av följande skäl.

91 Se även Slynn, G., ”The Court of Justice of the European Communities”, *International and Comparative Law Quarterly*, 1984, vol. 33, s. 409, på s. 423.

92 För att nämna ett berömt exempel, dom av den 8 oktober 1996, Dillenkofer m.fl. (C-178/94, C-179/94 och C-188/94–C-190/94, EU:C:1996:375, punkt 20 och följande punkter), där tidigare rättspraxis avseende statligt skadeståndsansvar för skada som vållats enskilda genom överträdelser av unionsrätten klargjordes.

93 Angående de tidiga diskussionerna, se, särskilt, förslag till avgörande av generaladvokaten Roemer i målet Nederländerna/Höga myndigheten (9/61, ej publicerat, EU:C:1962:20, s. 242), förslag till avgörande av generaladvokaten Lagrange i de förenade målen Da Costa m.fl. (28/62–30/62, ej publicerat, EU:C:1963:2), eller förslag till avgörande av generaladvokaten La Pergola i målet Sürül (C-262/96, EU:C:1998:610).

94 Se, exempelvis, dom av den 3 april 1968, Molkerei-Zentrale Westfalen/Lippe (28/67, EU:C:1968:17) avseende dom av den 16 juni 1966, Lütticke (57/65, EU:C:1966:34), och dom av den 25 juli 2008, Metock m.fl. (C-127/08, EU:C:2008:449) avseende dom av den 23 september 2003, Akrich (C-109/01, EU:C:2003:491).

95 Se, exempelvis, dom av den 22 maj 1990, parlamentet/rådet – Chernobyl (C-70/88, EU:C:1990:217, punkt 16) avseende dom av den 27 september 1988, parlamentet/rådet - Comitology (302/87, EU:C:1988:461), eller dom av den 24 november 1993, Keck och Mithouard (C-267/91 och C-268/91, EU:C:1993:905) avseende dom av den 20 februari 1979, Rewe-Zentral (Cassis de Dijon) (120/78, EU:C:1979:42).

96 Se, exempelvis, dom av den 5 december 2017, M.A.S. och M.B. (C-42/17, EU:C:2017:936, punkt 28) avseende dom av den 8 september 2015, Taricco m.fl. (C-105/14, EU:C:2015:555).

97 Se exempelvis dom av den 15 mars 2005, Bidar (C-209/03, EU:C:2005:169) avseende dom av den 21 juni 1988, Lair (39/86, EU:C:1988:322), och dom av den 21 juni 1988, Brown (197/86, EU:C:1988:323).

98 Se, exempelvis, dom av den 5 juni 2018, Grupo Norte Facility (C-574/16, EU:C:2018:390), och dom av den 5 juni 2018, Montero Mateos (C-677/16, EU:C:2018:393) avseende dom av den 14 september 2016, de Diego Porras (C-596/14, EU:C:2016:683).

99 Se dom av den 17 oktober 1990, HAG GF (C-10/89, EU:C:1990:359, punkt 10 och följande punkter), och, särskilt, förslag till avgörande av generaladvokaten Jacobs i detta mål (EU:C:1990:112) avseende dom av den 3 juli 1974, Van Zuylen (HAG I) (192/73, EU:C:1974:72).

134. För det första är det helt enkelt inte möjligt, i vart fall inte för denna generaladvokat, att särskilja förevarande mål från målet Link Logistics i syfte att uppnå en enhetlig tolkning av proportionalitetskravet i både artikel 9a i direktiv 1999/62 och artikel 20 i direktiv 2014/67.

135. Den hänskjutande domstolen har bemödat sig om att betona skillnaderna mellan förevarande mål och målet Link Logistik. Såväl artikel 9a i direktiv 1999/62 som artikel 20 i direktiv 2014/67 har emellertid en lydelse och ett syfte och ingår i ett sammanhang som enligt min mening gör det omöjligt att fastställa några signifikanta skillnader som skulle tillåta EU-domstolen att komma till en annan slutsats vad gäller den sistnämnda bestämmelsen och ändå lämna domen i målet Link Logistik orörd. [100] Likaså skulle ett retrospektivt ”förtydligande” av vad EU-domstolen egentligen ville säga i domen i målet Link Logistik riskera att skapa ytterligare förvirring med hänsyn till det betydande avsteg från detta prejudikat som redan gjorts i domen i målet Popławski II.

136. För det andra riskerar ett sådant ytterligare ”förtydligande” av den ståndpunkt som intogs i domen i målet Link Logistik att skapa förvirring på ett särskilt känsligt och komplext rättsområde som berör några av de mest grundläggande aspekterna av unionens rättsordning, såsom principerna om direkt effekt och om företräde, möjligheten att underlåta att tillämpa bestämmelser och de särskilda rättsverkningarna av proportionalitetsprincipen. Motsägelsen mellan domen i målet Link Logistik och stora avdelningens dom i målet Popławski II gör det än mer nödvändigt att göra en uttrycklig omsvängning i förevarande mål, särskilt som motsättningen mellan domarna rör tolkningen av de grundläggande principer som reglerar förhållandet mellan de nationella rättsordningarna och unionens rättsordning. I ett sådant fall, där det finns en klar motsättning till en tidigare dom, bör EU-domstolen föra ett öppet resonemang kring sin egen praxis och tydligt ange om och i vilken utsträckning den gör avsteg från sin tidigare rättsliga ståndpunkt.

137. För det tredje kan det tyckas beklagligt att det prejudikat som ska frångås är relativt nytt, men i slutänden bör det inte spela någon roll. En korrekt tolkning av unionsrätten väger tyngre än sådana problem. Vissa av de mest framträdande exemplen på avsteg som gjorts av EU-domstolen skedde faktiskt relativt kort tid efter det att det omvärderade prejudikatet meddelats. [101] Detta är förståeligt, med tanke på att en dom från EU-domstolen ofta väcker debatt som föranleder de nationella domstolarna att formulera följdfrågor, vilka förser EU-domstolen med ytterligare information eller argument. I vissa av dessa mer aktuella fall, där EU-domstolen uttryckligen har anmodats att ompröva sin ståndpunkt, har målen tilldelats stora avdelningen. [102] När det prejudikat som ska frångås är många år, eller till och med decennier, gammalt är det inte så problematiskt att göra ett avsteg från detta i rättspraxis. Det kan motiveras med argumentet att unionens rättsordning har utvecklats. [103]

138. Vem är det slutligen, för det fjärde, inom EU-domstolens nuvarande struktur som bör kallas att frångå tidigare praxis? Såsom tidigare nämnts är det sant att det inte finns någon formell regel om att EU-domstolen är bunden av sina egna avgöranden i principfrågor (*stare decisis*). Det står således EU-domstolens olika avdelningar fritt att ompröva tidigare prejudikat. Den fina linjen

100 Se även ovan, punkt 55–57, i detta förslag till avgörande.

101 Se, exempelvis, dom av den 22 maj 1990, parlamentet/rådet - Chernobyl (C-70/88, EU:C:1990:217) avseende dom av den 27 september 1988, parlamentet/rådet - Comitology (302/87, EU:C:1988:461), där det endast skilde 20 månader mellan domarna.

102 Se, exempelvis, dom av den 5 juni 2018, Grupo Norte Facility (C-574/16, EU:C:2018:390), och dom av den 5 juni 2018, Montero Mateos (C-677/16, EU:C:2018:393) avseende dom av den 21 november 2018, Diego Porras (C-619/17, EU:C:2018:936).

103 Se exempelvis, nyligen, dom av den 18 november 2020, Syndicat CFTC (C-463/19, EU:C:2020:932) avseende dom (i plenum) av den 12 juli 1984, Hofmann (184/83, EU:C:1984:273).

mellan konstruktiv omprövning av tidigare domar, utveckling av rättspraxis och tysta avsteg gör det dessutom ganska svårt att formulera och få till stånd en formell regel om att alla mål som innebär en revidering av rättspraxis ska tilldelas stora avdelningen.

139. Inom ramen för EU-domstolens nuvarande institutionella struktur, där stora avdelningen åtnjuter en särskild konstitutionell ställning inom EU-domstolen, med motsvarande ökade auktoritet inom och utanför EU-domstolen, bör det emellertid vara en del av dess privilegier och uppgifter att *avsiktligt* frångå prejudikat. Så bör i synnerhet vara fallet i situationer där det, såsom i förevarande mål, helt enkelt inte finns något rationellt utrymme för att ”särskilja” målet från tidigare mål eller att ”klargöra” tidigare domar.

140. Så snart en problematisk dom har identifierats från vilken ett avsteg bör övervägas vore det, med hänsyn till behovet av att bevara den auktoritet som EU-domstolens praxis besitter, verkligen tillrådligt att företrädesvis låta EU-domstolens stora avdelning handlägga målet.[104] Detta utgör naturligtvis inte något hinder för kontinuerligt och parallellt intellektuellt experimenterande i andra av EU-domstolens dömande sammansättningar. Större och högtidliga dömande sammansättningar är faktiskt sällan bra på att finna nya vägar. De tenderar emellertid att vara riktigt bra på att med auktoritet välja bland ett antal möjligheter.

141. Bör slutligen ett avsiktligt frångående ske *uttryckligen*? Enligt min mening bör det verkligen det. Jag tänker emellertid inte göra en ingående analys av alla tänkbara argument för en öppen rättslig diskurs och vikten av att domstolsavgöranden vederbörligen motiveras. Istället kommer jag helt enkelt att avsluta med att påpeka att alla högsta domstolsinstanser faktiskt bryr sig om sitt rykte och sin status. Sådant är avgörande för att de ska kunna fullgöra sin uppgift. Det är således per definition osannolikt att en sådan domstol skulle glädja sig åt att ha fel, om den situationen faktiskt någonsin skulle uppkomma.[105] Det kan emellertid, i ett system som ser sig självt som grundat på en dialog mellan domstolar, kanske vara något överraskande och ibland frustrerande att finna att ens samtalspartner aldrig har fel. Hursomhelst är i detta avseende oförmågan att medge att man har gjort fel varken ett tecken på dialog, eller på genuint självförtroende och auktoritet för den delen.

V. Förslag till avgörande

142. Jag föreslår att EU-domstolen besvarar tolkningsfrågorna från Landesverwaltungsgericht Steiermark (Regionala förvaltningsdomstolen i Steiermark, Österrike) på följande sätt:

1. Det krav på att sanktioner ska vara proportionella som fastställts i artikel 20 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/67/EU av den 15 maj 2014 om tillämpning av direktiv 96/71/EG om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster och om ändring av förordning (EU) nr 1024/2012 om administrativt samarbete genom informationssystemet för den inre marknaden har direkt effekt.

[104] Se förslag till avgörande av generaladvokaten Sharpston i målet Puffer (C-460/07, EU:C:2008:714, punkt 56), som pekade på behovet av att kunna hänvisa ett mål till stora avdelningen vid en omsvängning. För ett aktuellt praktiskt exempel, se dom av den 9 juli 2020, Santen (C-673/18, EU:C:2020:531) avseende dom av den 19 juli 2012, Neurim Pharmaceuticals (1991) (C-130/11, EU:C:2012:489).

[105] Eftersom, såsom Mr. Justice Jackson något sarkastiskt fångade det för länge sedan i sitt tillägg till den motivering som rättens majoritet lämnat i målet Brown mot Allen, 344 U.S. 443 (1953), på s. 540: ”We are not final because we are infallible, but we are infallible only because we are final” (ung. ”Vi är inte sista instans för att vi är ofelbara, utan vi är ofelbara enbart för att vi är sista instans.”).

2. På grundval av kravet på att sanktioner ska vara proportionella i artikel 20 i direktiv 2014/67 ska nationella domstolar och förvaltningsmyndigheter, i enlighet med sin skyldighet att vidta alla lämpliga åtgärder för att säkerställa att denna bestämmelse genomförs, underlåta att tillämpa varje nationell bestämmelse i den utsträckning som dess tillämpning skulle leda till ett resultat som strider mot unionsrätten och, vid behov, komplettera de tillämpliga nationella bestämmelserna med de kriterier avseende kravet på proportionalitet som EU-domstolen har slagit fast i sin praxis.

[i] — Förstasidan i denna text har varit föremål för en språklig ändring efter det att texten ursprungligen gjordes tillgänglig på internet.