



SVEA HOVRÄTT
Avdelning 02
Rotel 020103

DOM
2023-06-15
Stockholm

Mål nr
T 9992-21

Sid 1 (24)

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Stockholms tingsrätts dom 2021-07-16 i mål nr T 17795-18, se bilaga A

PARTER

Klagande

Fortum Sweden AB, 556478-9674
115 77 Stockholm

Ombud:

Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB
Box 2235
403 14 Göteborg

Motpart

Staten genom Justitiekanslern
Box 2308
103 17 Stockholm

Ombud:

Samma adress

SAKEN

Skadestånd

HOVRÄTTENS DOMSLUT

1. Hovrätten avslår Fortum Sweden AB:s yrkande om att hovrätten ska inhämta ett förhandsavgörande från EU-domstolen.
2. Hovrätten fastställer tingsrättens domslut.
3. Fortum Sweden AB ska ersätta statens rättegångskostnad i hovrätten med 1 734 000 kr, avseende ombudsarvode, jämte ränta på beloppet enligt 6 § räntelagen från dagen för hovrättens dom till dess betalning sker.

Dok.Id 1927209

Postadress
Box 2290
103 17 Stockholm

Besöksadress
Birger Jarls Torg 16

Telefon
08-561 670 00
08-561 675 00

E-post: svea.hovratt@dom.se
www.svea.se

Telefax

Expeditionstid
måndag – fredag
09:00–16:30

1 YRKANDEN I HOVRÄTTEN

Fortum Sweden AB (Fortum) har yrkat att hovrätten ska bifalla bolagets talan. Fortum har även yrkat att hovrätten ska befria bolaget från skyldigheten att ersätta statens rättegångskostnad vid tingsrätten och i stället förplikta staten att ersätta bolagets kostnader där. Fortum har också yrkat att hovrätten ska inhämta ett förhandsavgörande från EU-domstolen.

Staten har motsatt sig att tingsrättens dom ändras och att förhandsavgörande inhämtas.

Parterna har begärt ersättning för rättegångskostnader i hovrätten.

2 PARTERNAS TALAN OCH UTREDNINGEN I HOVRÄTTEN

Parterna har åberopat samma grunder och utvecklat sin talan på i huvudsak samma sätt som antecknats i tingsrättens dom.

Staten har klargjort att den kausalitetsinvändning som staten har fört fram avser endast den del av Fortums talan som rör skadestånd på EU-rättslig grund (se s. 17 i tingsrättens dom).

Staten har vidare till utveckling av sin talan förtydligat att staten inte gör gällande att Fortumkoncernens omstrukturering eller finansieringsupplägg varit rent fiktivt, men att koncernens agerande i nu angivna avseenden varit skattemässigt drivna i sådan grad att det har varit förenligt med etableringsfriheten att neka Fortum ränteavdrag.

Fortum har till stöd för att hovrätten ska inhämta ett förhandsavgörande anfört följande. Det står i och för sig klart att EU-rätten har den innebörd som Fortum gör gällande. Om hovrätten skulle komma till en annan slutsats och om EU-rätten bedöms oklar på ett sätt som har betydelse för målets utgång bör dock ett förhandsavgörande inhämtas.

Parterna har åberopat samma utredning som i tingsrätten. Därutöver har Fortum åberopat två skrivelser från EU-kommissionen, daterade den 9 juni 2021 och den 28 juli 2022. Hovrätten noterar att vittnesförhöret med _____ som tingsrätten omnämnt i sin dom återkallades under huvudförhandlingen i tingsrätten och att förhöret alltså inte hölls. Hovrätten har således tagit del av förhören från tingsrätten med _____.

3 HOVRÄTTENS DOMSKÄL

3.1 Inledande anmärkningar

Tingsrätten har i sin dom på ett utförligt sätt redogjort för bakgrunden till tvisten som alltså rör frågor om vissa regler i inkomstskattelagen om ränteavdragsbegränsningar inom intressegemenskaper och den unionsrättsliga etableringsfriheten.

Fortum för en skadeståndstalan mot staten på *i första hand* unionsrättslig grund och *i andra hand* enligt 3 kap. 2 § skadeståndslagen.

Hovrätten kommer inledningsvis att pröva frågan om skadestånd ska utgå på grund av att staten genom klara överträdelser av den unionsrättsliga etableringsfriheten enligt artikel 49 fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF) har orsakat Fortum den påstådda skadan. Utgångspunkten för Fortums talan och den centrala frågan i målet är om 2009 års regler om ränteavdragsbegränsningar i inkomstskattelagen har inneburit en inskränkning i etableringsfriheten i strid med artikel 49 FEUF. Domskälen i denna del kommer därför huvudsakligen att ägnas åt frågan om artikel 49 FEUF har överträtts. Om hovrätten finner att det finns skäl att gå vidare i prövningen, kommer därefter frågan om den påstådda överträdelsen är tillräckligt klar för att medföra ett skadeståndsansvar för staten att prövas och i förekommande fall frågan om orsaksamband och övriga frågor om skadan. Först härefter kan det finnas skäl för hovrätten att pröva frågan om staten genom fel och försummelse vid myndighetsutövning har orsakat Fortum skada.

3.2 Frågan om skadestånd på unionsrättslig grund

3.2.1 Rättsliga utgångspunkter och inledande bedömningar

Det framgår av EU-domstolens praxis, vilken tingsrätten redogjort för, att skadestånd på unionsrättslig grund kan utgå under tre förutsättningarna (se EU-domstolens dom den 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur och Factortame*, i de förenade målen C-46/93 och C-48/93, EU:C:1996:79, punkt 51 och tingsrättens dom s. 65 f.), nämligen att:

1. den rättsregel som har överträtts har till syfte att ge enskilda rättigheter,
2. överträdelsen är tillräckligt klar, och
3. det finns ett direkt orsakssamband mellan åsidosättandet av medlemsstatens skyldighet och den skada som de drabbade personerna har lidit.

Redan i detta inledande skede av prövningen kan hovrätten konstatera att hovrätten delar tingsrättens bedömning att det inte föreligger något direkt orsakssamband mellan Skatteverkets omprövningsbeslut och Fortums påstådda skada (se tingsrättens slutsatser på s. 73 i tingsrättens dom). Enligt hovrätten kan inte heller riksdagens införande av de omstridda reglerna ensamt ha givit upphov till några rättsverkningar för Fortum som kan grunda rätt till skadestånd. Fortums talan till den del den grundas på överträdelser av Skatteverket och riksdagen kan således inte vinna bifall.

Den centrala frågan i målet är om Högsta förvaltningsdomstolens beslut den 2 mars 2018 att inte bevilja Fortum prövningstillstånd – varvid kammarrättens dom stod fast och tillämpningen av 2009 års regler upprätthölls – uppfyller de förutsättningar som krävs för att ådra staten skadeståndsansvar.

3.2.2 Frågan om en rättsregel som har till syfte att ge enskilda rättigheter har överträtts

Utgångspunkter för prövningen

Det står klart att artikel 49 FEUF har till syfte att ge enskilda rättigheter (se bl.a. EU-domstolens dom den 13 mars 2007, *Thin Cap*, C-524/04, EU:C:2007:161, punkt 117). En överträdelse av etableringsfriheten kan alltså i och för sig medföra en rätt till skadestånd.

Frågan är om etableringsfriheten har överträtts genom Högsta förvaltningsdomstolens beslut att inte bevilja prövningstillstånd i Fortums fall. Genom detta vann kammarrättens dom laga kraft.

För att beslutet ska anses ha inneburit en överträdelse av etableringsfriheten måste tre villkor vara uppfyllda (se här den prövning och den prövningsordning som EU-domstolen anvisat i t.ex. EU-domstolens dom den 20 januari 2021, *Lexel*, C-484/19, EU:C:2021:34, punkt 34), nämligen att:

1. det föreligger en skillnad i behandling mellan Fortums situation och en rent inhemsk situation,
2. Fortums situation är objektivt jämförbar med den rent inhemska situationen, och
3. skillnaden i behandling inte kan motiveras av tvingande hänsyn till allmänintresset, dvs den kan inte anses rättfärdigad.

Fortum har gjort gällande att skillnaden i behandling uppkommit eftersom Fortum hade fått göra ränteavdrag om bolaget hade tagit ett lån från en långivare inom intressegemenskapen som hade haft hemvist i Sverige eftersom den svenska bolagskatten överstiger tio procent, men nu nekats motsvarande avdrag eftersom skattesatsen för det långivande bolaget etablerat i Belgien understeg tio procent. Även om

Fortum har gjort gällande att 2009 års regler generellt strider mot etableringsfriheten har bolaget alltså särskilt anfört att det är den s.k. tioprocentsregeln som har medfört en skillnad i behandling. Hovrätten konstaterar även i detta sammanhang att syftet med den s.k. ventilen i 2009 års regler var att undanröja oönskade effekter till följd av tioprocentsregeln i gränsöverskridande situationer (se prop. 2008/09:65 s. 68 f. och 87). Att det har varit tioprocentsregeln, och inte ventilen, som stått i fokus vid prövningen av regelverkets förenlighet med etableringsfrihet framgår även av Högsta förvaltningsdomstolens avgörande i HFD 2011 ref. 90 II-V.

Hovrätten kommer därför först att pröva om tioprocentsregeln varit diskriminerande i förhållande till Fortum. Först om en sådan diskriminering kan konstateras finns det skäl att pröva om ventilen medför att tioprocentsregeln ändå kan anses förenlig med etableringsfriheten vid den tillämpning av bestämmelserna som skett i Fortums fall.

Frågan om skillnad i behandling

Inledningsvis kan konstateras att 2009 års regler i och för sig är neutralt utformade i så måtto att de inte ställer upp något krav på hemvist eller motsvarande vilket skulle kunna vara direkt diskriminerande. När det gäller statens argumentation avseende de kommunala bolagsstrukturerna finner hovrätten att även om det i och för sig står klart att tillämpningen av 2009 års regler också omfattar sådana strukturer är den omständigheten av mindre relevans vid bedömningen av om reglerna utgör en inskränkning av Fortums etableringsfrihet. Detta eftersom kommunala bolag lyder under ett särskilt regelverk och därmed inte kan nyttja den fria etableringsrätten på samma sätt som en privat aktör. Vid prövningen av frågan om det föreligger en skillnad i behandling bedömer hovrätten därför – i likhet med tingsrätten – att det förhållandet att Fortum nekats ränteavdrag för räntebetalningar till det i Belgien etablerade koncernbolaget ska jämföras med en situation där Fortum i stället gjort räntebetalningar till ett koncernbolag etablerat i Sverige (se tingsrättens slutsatser på s. 55 i tingsrättens dom och *Lexel* punkterna 40 och 41). Eftersom den effektiva skattesatsen på ränteinkomster i Sverige överstiger tio procent hade Fortum fått göra avdrag för de aktuella räntorna om den långivande aktören varit ett svenskt dotterbolag till Fortum Oy. Det föreligger därför en skillnad i behandling vad gäller rätten till ränteavdrag som kan vara indirekt

diskriminerande mellan det fall där Fortum betalar ränta till ett svenskt dotterbolag i Fortumkoncernen och det fall där räntebetalningen sker till ett koncernbolag etablerat i Belgien.

Frågan om jämförbarhet

Som tingsrätten angett ska frågan om situationerna är jämförbara avgöras med beaktande av bestämmelsernas syfte och innehåll (se s. 55 i tingsrättens dom med där gjorda hänvisningar till EU-domstolens avgöranden i bl.a. *Lexel*).

Hovrätten delar dock inte tingsrättens ställningstagande att den jämförbarhetsprövning som EU-domstolen gjorde i *Lexel* kan överföras på den prövning som nu ska göras och som avser 2009 års regler.

Den undantagsregel som trädde i kraft 2013 och som EU-domstolen underkände i *Lexel* ingick i ett regelverk som hade en annan utformning än det generella ränteavdragsförbud inom intressegemenskaper som medförde att Fortum inte beviljades ränteavdrag enligt 2009 års regler. Den negativa effekt som uppstått i Fortums fall var att tioprocentsregeln – som hade medgett Fortum ränteavdrag – inte var tillämplig eftersom räntebetalningen hade skett till ett koncernbolag etablerat i ett land där ränteinkomsten beskattades med en skattesats understigande tio procent.

2013 års regler hade till syfte att ytterligare skärpa kraven för att bevilja ränteavdrag inom intressegemenskaper. Även om ränteinkomsten hos det långivande bolaget skulle ha beskattats med minst tio procent om företaget bara haft den inkomsten, dvs. även om den skattskyldige uppfyllde tioprocentsregeln, så kunde 2013 års undantagsregel, efter ett motivtest – som innebar en prövning av om skulden uppkommit för att få en väsentlig skatteförmån – medföra att avdrag ändå inte beviljades. Räntebetalningar som erlagts till konventionellt beskattade svenska aktiebolag kunde däremot aldrig träffas av undantagsregeln eftersom motivtestet aldrig var uppfyllt till följd av hur de svenska reglerna om koncernbidrag var utformade. Undantagsregeln kunde alltså aldrig medföra att ränteavdrag nekades i en jämförbar inhemsk situation men kunde däremot, beroende på vilka motiv som låg till grund för lånekonstruktionen mellan

koncernbolagen i en gränsöverskridande situation, komma att tillämpas på samma typ av lån oavsett om det långivande bolaget som var etablerat utomlands beskattades med 11 procent, 34,43 procent, som var fallet i *Lexel*, eller en än högre skattesats. Den effekt i form av olika behandling som uppstod vid tillämpningen av undantagsregeln var alltså en följd av hur reglerna utformats i den svenska rättsordningen och den inträffade oberoende av hur reglerna för beskattning var utformade i det land där långgivaren var etablerad. Det svenska regelverket för ränteavdrag diskriminerade alltså i sig mot varje gränsöverskridande räntebetalning inom intressegemenskaper.

Tioprocentsregeln har ett annat syfte och innehåll än undantagsregeln i 2013 års regler. Enligt 2009 års regler var utgångspunkten att ränteavdrag inte beviljas inom intressegemenskaper. 2009 års regler innehöll dock två alternativa villkor under vilka ränteavdrag trots allt kunde beviljas. Det ena villkoret återfanns i den s.k. tioprocentsregeln och det andra i den s.k. ventilen. Villkoret i tioprocentsregeln innebar att ränteavdrag alltid medgavs om beskattning av ränteinkomsten skedde med minst tio procent hos långgivaren. Villkoret i tioprocentsregeln kom därigenom alltid att vara uppfyllt för lån mellan svenska konventionellt beskattade bolag. Den kunde dock, beroende på hur skattereglerna var utformade i det land där långgivaren var beskattad, vara tillämplig även i gränsöverskridande situationer där långgivaren var etablerad i ett annat land. Förutsättningen för att kunna tillämpa tioprocentsregeln var alltså avhängigt av hur lagstiftningen var utformad i långgivarens land; i Fortums fall avgjordes frågan om rätt till ränteavdrag förelåg enligt tioprocentsregeln av beskattningsnivån i Belgien till följd av de belgiska s.k. NID-reglerna.

Hovrätten finner att den jämförbarhetsbedömning som EU-domstolen gjorde och de slutsatser som domstolen drog i *Lexel* avseende 2013 års undantagsregel inte kan överföras på tioprocentsregeln i 2009 års regler. Enligt hovrätten ger EU-domstolens avgörande i *Lexel* alltså inte svar på frågan om tioprocentsregeln utgör en inskränkning i etableringsfriheten. Det ankommer därmed på hovrätten att göra en självständig bedömning av den frågan.

Hovrätten kan inledningsvis konstatera att EU-domstolens praxis på området är omfattande och komplex. Nationella regler på skatteområdet ingår i en större systematik

och samspelar – när det är fråga om bolagsbeskattning – med associationsrättslig lagstiftning. Det är därför i många fall svårt att hitta avgöranden från EU-domstolen där de faktiska omständigheterna är så snarlika att de ger en tydlig vägledning i jämförbarhetsprövningen.

Högsta förvaltningsdomstolen har i sitt avgörande HFD 2011 ref. 90 II-V funnit att 2009 års regler inte utgör en inskränkning i etableringsfriheten. I sin analys av EU-domstolens dom den 12 december 2002, *Lankhorst-Hohorst*, C-324/00, EU:C:2002:749 fann Högsta förvaltningsdomstolen därvid att EU-domstolens resonemang i det avgörandet inte är direkt överförbart på de svenska avdragsbegränsningsreglerna eftersom den svenska tioprocentsregeln inte ställer upp något krav på att beskattningen av räntorna ska ske i Sverige utan genom regeln omfattas även räntor som beskattas i den utländska mottagarens hemland.

Högsta förvaltningsdomstolen uttalade vidare att vid bedömningen av om 2009 års regler utgör en inskränkning i etableringsfriheten är EU-domstolens avgöranden av den 18 juli 2007, *Oy AA*, C-231/05, EU:C:2007:439 och av den 12 juli 2005, *Schempp*, C-403/03, EU:C:2005:446 av intresse. När det gäller det förstnämnda avgörandet pekade Högsta förvaltningsdomstolen på att EU-domstolen uttalat att en medlemsstat kan villkora rätten till avdrag för koncernbidrag genom att uppställa krav beträffande hur koncernbidraget ska behandlas i mottagarens hemstat (se *Oy AA*, punkt 37). Även om uttalandet tog sikte på koncernbidragsregler ansåg Högsta förvaltningsdomstolen att uttalandet fick anses ha viss relevans även när det gäller andra avdragsbestämmelser. Med hänvisning till vad EU-domstolen uttalat i *Schempp* anförde Högsta förvaltningsdomstolen vidare att de negativa skattemässiga konsekvenser som är en följd av olikheter i medlemsstaternas lagstiftning inte kommer i konflikt med fördragsbestämmelserna om fri rörlighet. Högsta förvaltningsdomstolens slutsats blev, med dessa uttalanden från EU-domstolen som utgångspunkt, att det förhållandet att avdragsbegränsningsreglerna är tillämpliga på räntebetalningar till mottagare i länder där räntor beskattas lägre än med tio procent, men inte på räntebetalningar till mottagare i Sverige som betalar full bolagsskatt på mottagna räntor, fick anses vara just en sådan följd av olikheter i medlemsstaternas lagstiftning.

Högsta förvaltningsdomstolens slutsats blev därmed att en tillämpning av de svenska avdragsbegränsningsreglerna inte innebar en inskränkning i etableringsfriheten.

I detta sammanhang kan även nämnas att Kammarrätten i Stockholm i två fall har gjort bedömningen att de svenska ränteavdragsbegränsningsreglerna från 2013, bortsett från undantagsregeln, inte strider mot EU-rätten (se Kammarrättens i Stockholm domar den 7 december 2022 i målen 8860-21 och 8861-21). I dessa avgöranden uttalade kammarrätten att *Lexel* och Högsta förvaltningsdomstolens avgöranden i HFD 2021 not. 10 och HFD 2021 ref. 68 enligt kammarrättens mening är vägledande i fråga om tillämpningen av undantagsregeln i 2013 års regler, men att Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2011 ref. 90 II-V fortfarande har giltighet vad gäller de delar som var aktuella för kammarrättens prövning. Kammarrättens slutsats var därför att de svenska avdragsbegränsningsreglerna, bortsett från undantagsregeln, inte strider mot EU-rätten. Även Kammarrätten i Göteborg har gjort motsvarande bedömning (se Kammarrättens i Göteborg dom den 16 maj 2023 i mål 2183–2187-22).

Det kan alltså konstateras att förvaltningsdomstolarna har ansett att tioprocentsregeln är förenlig med EU-rätten även efter EU-domstolens avgörande i *Lexel*.

Enligt hovrätten ger de avgöranden från EU-domstolen som Fortum hänvisat till inte tillräcklig anledning att ifrågasätta den analys av EU-domstolens praxis som Högsta förvaltningsdomstolen gjorde i HFD 2011 ref. 90 II-V. Mycket talar därför för att den nackdel som Fortum drabbats av – till följd av att tioprocentsregeln inte kunde tillämpas i Fortums fall – är att bedöma som en effekt av olikheter i ländernas lagstiftning och inte en effekt av olika behandling av jämförbara situationer.

Det ska i detta sammanhang dock särskilt uppmärksammas att EU-domstolen i sitt avgörande av den 5 juli 2012, *SIAT*, C-318/10, EU:C:2012:415 ansett att friheten att tillhandahålla tjänster var inskränkt när en medlemsstat nekade avdrag för vissa kostnader på grund av att motsvarande intäkter omfattades av väsentligt förmånligare skatteregler än dem som gällde i medlemsstaten i fråga. Utöver att målet inte avsåg etableringsfriheten framgår att en avgörande faktor för EU-domstolens bedömning var att det inte på

förhand var exakt fastställt vad som var att anse som väsentligt förmånligare skatte-regler (se *SIAT*, punkterna 27 och 28). De villkor för att rätt till ränteavdrag ska föreligga enligt tioprocentsregeln är till skillnad från den situation som var för handen i *SIAT* exakt fastställda i förväg, låt vara att det i vissa fall kan ha funnits svårigheter att fastställa vilken skattesats som ränteinkomsten skulle ha beskattats med enligt lagstiftningen i den stat där det långivande koncernbolaget hörde hemma.

Som hovrätten gett uttryck för ovan är det en komplex bedömning att ta ställning till om 2009 års avdragsbegränsningsregler är förenliga med EU-rätten. De överväganden som hovrätten nu gjort leder dock till slutsatsen att det inte kan slås fast att 2009 års regler utgör en inskränkning i etableringsfriheten.

Även om den nu dragna slutsatsen innebär att hovrätten skulle kunna stanna i sin prövning och konstatera att Fortums talan genom den gjorda bedömningen inte kan vinna bifall, kan det samtidigt konstateras att 2009 års ränteavdragsbegränsningsregler aldrig har underkastats EU-domstolens prövning. Med hänsyn till frågans komplexitet och inte minst för att kunna ta ställning till behovet av att inhämta ett förhandsavgörande från EU-domstolen, vilket Fortum har begärt, väljer hovrätten att gå vidare i prövningen.

För det fall att det, i motsats till vad hovrätten nu funnit, alltså skulle kunna slås fast att 2009 års regler utgör en inskränkning av etableringsfriheten prövar hovrätten därför även om det finns några godtagbara hänsyn som skulle kunna rättfärdiga inskränningen.

Frågan om en eventuell inskränkning är rättfärdigad

Om den nackdel som drabbat Fortum på grund av att tioprocentsregeln skulle bedömas utgöra en inskränkning i den EU-rättsliga etableringsfriheten finns det alltså anledning att ta ställning till om inskränningen ändå kan vara rättfärdigad.

En sådan inskränkning är bara tillåten om den kan motiveras av tvingande skäl av allmänintresse. Det krävs därutöver att inskränkningen är ägnad att säkerställa förverkligandet av de mål som eftersträvas. Inskränkningen får inte heller gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå detta mål.

Som tingsrätten redogjort för var det uttalade syftet med avdragsbegränsningsreglerna att motverka skatteplanering med hjälp av ränteupplägg inom intressegemenskaper och tioprocentsregeln bedömdes vara en välavvägd regel för att motverka skatteundandragande och skatteflykt. Ett starkt skäl för att reglerna infördes var att motverka en urholkning av den svenska skattebasen genom ränteupplägg inom intressegemenskaper. (Se tingsrättens dom s. 57 f. och 61 med där gjorda hänvisningar till lagstiftningens förarbeten.)

Staten har gjort gällande att en eventuell inskränkning i etableringsfriheten kan motiveras eftersom Fortumkoncernens upplägg och särskilt den valda finansieringsmodellen har varit skattedriven i sådan grad att inskränkningen kan rättfärdigas även om det inte varit fråga om rent fiktiva åtgärder. Staten har primärt argumenterat för att tioprocentsregeln kan motiveras med stöd av ett gemensamt beaktande av intressena av att *dels* bekämpa skatteundandragande och skatteflykt, *dels* säkerställa en välavvägd fördelning av beskattningsrätten mellan medlemsstaterna.

Tingsrätten har utförligt redogjort för EU-domstolens praxis när det gäller vad som skulle kunna motivera en eventuell inskränkning i etableringsfriheten (se tingsrättens dom s. 58 ff. med där gjorda hänvisningar). Enligt hovrätten finns det uttalanden i EU-domstolens praxis som talar mot att de skäl som förts fram från statens sida för att rättfärdiga den eventuella inskränkningen skulle kunna godtas. Å andra sidan finns det uttalanden som ger stöd för att inskränkningen skulle kunna vara motiverad.

Tingsrätten har med hänvisning till EU-domstolens avgöranden i *Lexel*, punkt 49, och i dom av den 12 september 2006, *Cadbury Schweppes och Cadbury Schweppes Overseas*, C-196/04, EU:C:2006:544, punkt 55, konstaterat att en inskränkning i artikel 49 FEUF som motiveras enbart utifrån intresset att bekämpa skatteundandragande och

skatteflykt endast kan rättfärdigas när upplägget är rent fiktivt. När det gäller bedömningen av 2009 års regler kan hovrätten konstatera att de lagtekniskt är utformade på ett sådant sätt att de även kan träffa situationer där det inte är fråga om rent fiktiva upplägg. Staten har i målet inte gjort gällande att det i Fortums fall skulle röra sig om ett rent fiktivt upplägg. Det står således klart att avdragsbegränsningsreglerna tillämpats i Fortums fall trots att det alltså inte varit fråga om ett rent fiktivt upplägg. Hovrätten delar därför tingsrättens slutsats att den eventuella inskränkning som drabbat Fortum inte kan motiveras ensamt av intresset att bekämpa skatteundandragande och skatteflykt.

Det följer dock av EU-domstolens praxis att ett rättfärdigande kan motiveras även av ett gemensamt beaktande av intresset att bekämpa skatteundandragande och skatteflykt tillsammans med andra motiv såsom t.ex. intresset av att bevara den välavvägda beskattningsrätten mellan medlemsstaterna utan krav på att den inskränkande åtgärden enbart ska avse rent fiktiva upplägg (se EU-domstolens dom i *Oy AA*, punkt 63, och EU-domstolens dom den 13 december 2005, *Marks & Spencer*, EU:C:2005:763, punkt 51). EU-domstolen har i detta sammanhang uttalat att målsättningarna att upprätthålla en väl avvägd fördelning av beskattningsrätten mellan medlemsstaterna och att förhindra skatteflykt hänger ihop och att ågeranden som består i att skapa fiktiva upplägg, som inte är affärsmässiga, i syfte att undvika skatt som normalt skulle ha erlagts på vinst som genererats i verksamhet som bedrivs inom det nationella territoriet kan äventyra medlemsstaterna rätt att utöva sin skattemässiga behörighet när det gäller denna verksamhet och rubba den väl avvägda fördelningen av beskattningsrätten mellan medlemsstaterna (se *Oy AA*, punkt 62).

När det kommer till intresset av att bevara en välavvägd beskattningsrätt mellan medlemsstaterna framstår det enligt hovrätten emellertid som tveksamt om detta intresse skulle kunna motivera den eventuella inskränkningen i det nu aktuella fallet. Detta särskilt mot bakgrund av EU-domstolens uttalanden i *Lexel* (se punkterna 69–76). EU-domstolen uttalade i punkten 76 i *Lexel* att den åtgärd som det var fråga om i målet inte kunde motiveras av ett gemensamt beaktande av behovet av att säkerställa en välavvägd fördelning av beskattningsrätten mellan medlemsstaterna och behovet av att bekämpa skatteflykt i en situation där den berörda medlemsstaten, vilket enligt

domstolen var fallet i *Lexel*, inte med framgång kunde göra gällande behovet av att säkerställa en välavvägd fördelning av beskattningsrätten mellan medlemsstaterna som motivering. Det måste dock i detta sammanhang beaktas att 2009 års regelverk, oaktat vilka slutsatser man drar i frågan om reglerna i sig utgör en inskränkning i etableringsfriheten, inte är diskriminerande på samma sätt som den undantagsregel i 2013 års regler som var föremål för EU-domstolens prövning i *Lexel*. Vidare bör beaktas att undantagsregeln i 2013 års regler tillämpades oavsett vilken procentsats det långivande bolaget som var etablerat utomlands beskattades med; i *Lexels* fall 34,43 procent.

Det finns, som nämnts, å andra sidan uttalanden i EU-domstolens praxis som talar för att de skäl som förts fram från statens sida för att rättfärdiga den eventuella inskränningen skulle kunna godtas. I detta sammanhang kan särskilt nämnas EU-domstolens dom den 21 januari 2010, *SJI*, C-311/08, EU:C:2010:26 där domstolen uttalade att om bolag ges rätt att välja om deras förluster eller vinster ska beaktas i den medlemsstat där de har hemvist eller i en annan medlemsstat, skulle detta påtagligt kunna äventyra en väl avvägd fördelning av beskattningsrätten mellan medlemsstaterna, eftersom beskattningsunderlaget ökas i den första staten och minskas i den andra, med ett belopp motsvarande de förluster eller vinster som överförts (se *SJI*, punkt 62, med där gjorda hänvisningar till bl.a. *Marks & Spencer*, punkt 46 och *Oy AA*, punkt 55.)

EU-domstolen har härutöver i *Marks & Spencer* uttalat när det gäller risken för skatteundandragande, att möjligheten att överföra förluster från ett dotterbolag med hemvist i en annan medlemsstat till ett moderbolag med hemvist i den berörda medlemsstaten medför en risk att överföringen av förluster organiseras på ett sådant sätt inom koncernen att den riktas till bolag som är hemmahörande i de medlemsstater som tillämpar de högsta skattesatserna och i vilka värdet på förlusterna ur skattesynpunkt följaktligen är högst. Vidare uttalade domstolen i detta sammanhang att genom att inte tillåta koncernavdrag för förluster som uppkommit i dotterbolag med hemvist i en annan medlemsstat hindras denna typ av förfaranden som kan vara föranledda av de väsentliga skillnader som föreligger mellan de skattesatser som tillämpas i de olika medlemsstaterna. (Se *Marks & Spencer*, punkterna 49 och 50.)

Med stöd av dess uttalanden skulle det kunna argumenteras för att en ovillkorad rätt till ränteavdrag inom intressegemenskaper i en gränsöverskridande situation skulle ge bolag en möjlighet att helt själva bestämma var beskattningen skulle ske, vilket skulle undergräva den välavvägda fördelningen av beskattningsrätten mellan medlemsstaterna. Som hovrätten pekat på har EU-domstolen uttalat att målsättningarna att upprätthålla en väl avvägd fördelning av beskattningsrätten mellan medlemsstaterna och att förhindra skatteflykt hänger ihop och enligt hovrättens mening utesluter EU-domstolens praxis inte att 2009 års ränteavdragsbegränsningsregler skulle kunna rättfärdigas just på dessa gemensamt beaktade grunder.

Det är dock staten som har att föra fram tillräckliga skäl för att inskränkningen ska anses motiverad. Som framgått finns det skäl som talar både för och emot att inskränkningen har varit rättfärdigad. Hovrättens slutsats är därför att det inte med erforderlig grad av säkerhet kan slås fast att ett nekande av ränteavdrag för Fortum har varit rättfärdigat, vid bedömningen att 2009 års regler i Fortums fall utgör en inskränkning i etableringsfriheten.

3.2.3 Frågan om den påstådda överträdelsen är tillräckligt klar

Utgångspunkter för prövningen

Hovrätten går härfter vidare i prövningen med utgångspunkt i vad som krävs för att en stats överträdelse av EU-rätten genom beslutsfattande av en domstol som dömer i sista instans ska anses ha varit tillräckligt klar.

Förutsättningarna för att en sådan överträdelse ska anses vara tillräckligt klar, och därmed av sådan art som krävs för att staten ska ha ådragit sig skadeståndsansvar, framgår av EU-domstolens avgörande i *Köbler* (dom den 30 september 2003, *Köbler*, C-224/01, EU:C:2003:513). EU-domstolen uttalade att staten kan ådra sig skadeståndsansvar på grund av en överträdelse av gemenskapsrätten genom ett avgörande av en nationell domstol som dömer i sista instans endast i undantagsfall, då den nationella domstolen på ett uppenbart sätt har åsidosatt gällande rätt (se *Köbler*, punkt 53).

I detta sammanhang kan det finnas anledning att något närmare analysera vad som avses med att den påstådda överträdelsen ska vara tillräckligt klar. Som hovrätten redogjort för uttalade EU-domstolen i *Brasserie du pêcheur och Factortame* att en av förutsättningarna för skadestånd är bl.a. att överträdelsen är tillräckligt klar (se punkt 51 i domen). Det i den svenska språkversionen valda uttrycket ”tillräckligt klar” motsvaras i den franska versionen av ”suffisamment caractérisée”, i den engelska versionen av ”sufficiently serious” och i den tyska versionen av ”hinreichend qualifiziert”. En jämförelse av de olika språkversionerna kan ge användbar ledning vid tolkningen av uttrycket ”tillräckligt klar” och utöver att uttrycket ska spegla överträdelsens svårighetsgrad kan det även sägas innefatta ett slags uppenbarhetskrav (härom och beträffande vilka överväganden som gjordes i frågan hur det franska begreppet lämpligen borde översättas till svenska, se Mats Melin i *Från Francovich och framåt – om medlemsstaternas EG-rättsliga skadeståndsansvar* i Festskrift till Johan Hirschfeldt, 2008, 251 ff.). Av EU-domstolens uttalanden i punkt 55 i domen följer att en förutsättning för att överträdelsen är att bedöma som tillräckligt klar, är att en medlemsstat uppenbart och allvarligt har missbedömt gränserna för sitt utrymme för skönsmässig bedömning.

Vid bedömningen av frågan om statens skadeståndsansvar ska hänsyn tas till alla omständigheter som kännetecknar situationen i fråga. Till dessa omständigheter hör särskilt den överträdde regelns grad av klarhet och precision, överträdelsens avsiktliga karaktär, den ursäktliga eller ousäktliga karaktären av rättsvillfarelsen, den ståndpunkt som en gemenskapsinstitution i förekommande fall intagit och den aktuella domstolens underlåtenhet att fullgöra sin skyldighet att begära ett förhandsavgörande. En överträdelse av gemenskapsrätten är i vilket fall som helst tillräckligt klar då avgörandet i fråga uppenbart har fattats i strid med domstolens rättspraxis på området. (Se *Köbler*, punkterna 55 och 56.)

Fortum har i målet, med hänvisning till likvärdighetsprincipen, argumenterat för att den presumtionsverkan vid bristande redovisning av analys i domskäl som Högsta domstolen anvisat i NJA 2013 s. 842 ska gälla även för krav som direkt grundas på överträdelser av unionsrätten.

EU-domstolen angav i *Köbler*, punkt 58, att med förbehåll för själva rätten till skadestånd, vilken grundas direkt på gemenskapsrätten då dessa förutsättningar är uppfyllda, är det inom ramen för den nationella skadeståndsrätten som staten skall ersätta följderna av den vållade skadan, förutsatt att de villkor som fastställs i nationell skadeståndslagstiftning inte är mindre förmånliga än de som avser liknande ersättningsanspråk grundade på nationella förhållanden eller är utformade på ett sådant sätt att det i praktiken blir omöjligt eller orimligt svårt att få skadestånd.

Enligt hovrätten måste detta uttalande förstås på så sätt att själva grunden för skadestånd följer av unionsrätten. Övriga villkor som ställs upp måste dock vara lika förmånliga som för andra liknande ersättningsanspråk. Innebörden av likvärdighetsprincipen är alltså att de processuella villkoren måste vara lika förmånliga som för nationella anspråk (se t.ex. Karin Wistrand, *Statens utomobligatoriska skadeståndsansvar – några utvecklingslinjer*, SvJT 2019 s. 118 och Ulf Bernitz, *Skadeståndsansvar enligt unionsrätten*, JT 2020–21, s. 820).

Högsta domstolens uttalanden i NJA 2013 s. 842 avsåg den presumtionsverkan som en bristfällig analys i domskäl kan ha på den culpabedömning som ska göras enligt 3 kap. 2 § skadeståndslagen. Enligt hovrättens mening kan dessa uttalanden inte tillämpas på en skadeståndstalan mot staten som förs direkt på unionsrättslig grund med anledning av beslut fattade av en nationell domstol som dömer i sista instans. För att en sådan överträdelse ska anses klar måste den uppfylla de krav som framgår av EU-domstolens dom i *Köbler*.

Den överträdde regelns grad av klarhet och precision

Av samma skäl som tingsrätten angett (se s. 74–76 i tingsrättens dom) finner hovrätten att det inte rimligen går att dra slutsatsen att artikel 49 FEUF i förhållande till den fråga som Högsta förvaltningsdomstolen hade att pröva var klar och precis. Som hovrätten i det föregående särskilt pekat på är det icke-harmoniserade området för direkt skatt och dess förhållande till främst den unionsrättsliga etableringsfriheten ett komplext och svårbedömt rättsområde. Som framgått av hovrättens bedömningar i frågan

om det föreligger en överträdelse av unionsrätten, kan det i många fall vara en grannliga uppgift att bedöma om det över huvud taget är fråga om en inskränkning, inte minst i de fall där det inte är fråga om direkt diskriminerande nationella bestämmelser. För det fall den nationella regleringen bedöms utgöra en inskränkning i etableringsfriheten finns därtill ett antal rättfärdigande grunder som kan medföra att inskränkningen ändå är tillåten. Rättfärdigande grunderna har utvecklats i praxis från EU-domstolen. Dessa rättfärdigande grunder har tillämpats både separat och gemensamt vilket medför att EU-domstolens avgöranden ofta blir svårtolkade (se Kristina Ståhl m.fl., EU-skatte rätt, 3:e uppl., s. 152 och 167). När det särskilt gäller rättfärdigande grunden som avser att bevara den välavvägda fördelningen av beskattningsrätten har EU-domstolen förklarat att eftersom unionsrätten inte innehåller allmänna kriterier för fördelningen av beskattningsrätten är det rimligt att länderna i stället använder de kriterier som tillämpas i den internationella skatterätten, däribland OECD:s modellavtal (se t.ex. EU-domstolens dom den 12 maj 1998, *Gilly mot Directeur des services fiscaux du Bas-Rhin*, C-336/96, EU:C:1998:221, punkt 31). Dessa omständigheter medför sammantaget att det ofta är förenat med betydande svårigheter att avgöra om en eventuell inskränkning är rättfärdigad.

Sammanfattningsvis anser hovrätten att tillämpningen av artikel 49 FEUF i förhållande till den nationella skatterätten ger utrymme för tolkning i sådan utsträckning att bestämmelsens grad av klarhet och precision inte kan anses vara särskilt hög.

Den inställning som en gemenskapsinstitution intagit

Hovrätten instämmer i tingsrättens bedömning att EU-kommissionen i sin pilotförfrågan från januari 2013 synes ha riktat kritik även mot 2009 års ränteavdragsregler. EU-kommissionen angav i förfrågan att den inte ansåg att Högsta förvaltningsdomstolens avgöranden i HFD 2011 ref. 90 var övertygande. De argument i sak som EU-kommissionen sedan förde fram var emellertid att det framstod som osannolikt att inhemska koncernlån någonsin skulle kunna anses ha uppkommit för att få en väsentlig skatteförmån (se s. 4 och 5 i EU-kommissionens pilotförfrågan). Även kritiken i pilotförfrågan tog alltså sikte på den effekt som uppstod till följd av undantagsregeln i 2013 års regler. Samma kritik framfördes därefter i den efterföljande formella underrättelsen

(se s. 4 och 6 i EU-kommissionens formella underrättelse daterad den 26 november 2014).

Sammanfattningsvis står det klart att EU-kommissionen i tiden före Högsta förvaltningsdomstolens beslut den 2 mars 2018 i och för sig intagit ståndpunkten att den undantagsregel som kom att bli föremål för EU-domstolens prövning i *Lexel* och som Högsta förvaltningsdomstolen sedermera underkände i HFD 2021 not. 10 och HFD 2021 ref. 68, utgjorde en otillåten inskränkning i etableringsfriheten. Däremot kan det inte sägas stå klart att EU-kommissionen intagit en ståndpunkt som gett Högsta förvaltningsdomstolen anledning att betvivla tioprocentsregeln eller ventilens förenlighet med etableringsfriheten. Den ståndpunkt som en gemenskapsinstitution intagit i frågan ger alltså inte något stöd för slutsatsen att Högsta förvaltningsdomstolens beslut den 2 mars 2018 skulle utgöra en klar överträdelse.

Domstolens underlåtenhet att fullgöra sin skyldighet att begära ett förhandsavgörande

Det följer av EU-domstolens avgörande i *Köbler* att en av de omständigheter som ska beaktas vid bedömningen av om en överträdelse av ett lands högsta domstol ska anses vara tillräckligt klar är den aktuella domstolens underlåtenhet att fullgöra sin skyldighet att begära ett förhandsavgörande.

Fortum har med hänvisning till EU-domstolens dom den 16 juli 2015, *Diageo Brands*, C-681/13, EU:C:2015:471 särskilt pekat på allvaret i att Högsta förvaltningsdomstolen – i en situation där de aktuella regelverkets förenlighet med EU-rätten var ifrågasatt – på ett så bristfälligt sätt motiverat sitt beslut att inte inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen.

Tingsrätten har utförligt redogjort för under vilka förutsättningar som en domstol som dömer i sista instans kan underlåta att inhämta förhandsavgörande och hur en sådan underlåtenhet ska beaktas vid prövningen av statens skadeståndsansvar (se s. 78 ff. i tingsrättens dom). Hovrätten ansluter sig till och delar tingsrättens uppfattning av hur rättsläget kan beskrivas. När det gäller vilka slutsatser man i det nu aktuella fallet kan

dra utifrån dessa rättsliga utgångspunkter gör dock hovrätten en annan bedömning än den som tingsrätten har gjort.

Som hovrätten redogjort för i det föregående har EU-domstolen i *Köbler* också understrukit – med hänsyn till den dömande verksamhetens särdrag och de berättigade kraven på rättssäkerhet – att staten kan ådra sig skadeståndsansvar på grund av en överträdelse av gemenskapsrätten genom ett avgörande av en nationell domstol som dömer i sista instans endast i undantagsfall, då den nationella domstolen på ett uppenbart sätt har åsidosatt gällande rätt (se *Köbler*, punkt 53).

Hovrätten delar tingsrättens bedömning att en underlåtenhet att inhämta förhandsavgörande inte självständigt kan grunda en rätt till skadestånd (se tingsrättens dom s. 79). Enligt hovrätten innebär det med nödvändighet också att den nu bedömda omständigheten inte heller kan få en alltför stor självständig inverkan på frågan om den påstådda överträdelsen är att bedöma som klar.

Hovrätten har i den föregående prövningen, till skillnad från tingsrätten, funnit att det inte kan slås fast att Högsta förvaltningsdomstolens beslut inneburit en överträdelse av etableringsfriheten i förhållande till Fortum. Att tingsrätten och hovrätten kommit till olika slutsatser i denna fråga beror till avgörande del på att domstolarna har dragit olika slutsatser av vad som kan utläsas av EU-domstolens avgörande i *Lexel* med avseende på 2009 års regler, och då särskilt tioprocentsregelns, förenlighet med etableringsfriheten. Hovrätten kan mot bakgrund av sitt ställningstagande i den frågan också konstatera att det än idag inte finns någon yttersta uttolkning i form av ett avgörande från EU-domstolen om 2009 års regler och tioprocentsregeln är förenlig med etableringsfriheten.

Hovrättens utgångspunkt för den skadeståndsrättsliga prövning som nu ska göras är att Högsta förvaltningsdomstolen inför sitt beslut den 2 mars 2018 hade att bedöma en fråga som domstolen tidigare hade tagit ställning till i sitt avgörande HFD 2011 ref. 90 II-V. I dessa avgöranden hade Högsta förvaltningsdomstolen analyserat rättsläget utifrån ett antal avgöranden från EU-domstolen och bl.a. gjort bedömningen att de negativa skattemässiga konsekvenser som uppkom till följd av tioprocentsregeln var en

följd av olikheter i medlemsstaternas lagstiftning och att den svenska regleringen därmed inte kom i konflikt med fördragsbestämmelserna om fri rörlighet. Enligt hovrättens mening kan Högsta förvaltningsdomstolens motivering i Fortums fall med hänvisning till domstolens avgörande från 2011 därför inte bedömas vara så bristfällig att det kan påverka bedömningen.

När det gäller frågan om Högsta förvaltningsdomstolen inför sitt beslut den 2 mars 2018 borde ha inhämtat ett förhandsavgörande från EU-domstolen måste denna bedömning göras i ljuset av att målet vid domstolen rörde det icke-harmoniserade området för direkt skatt med en rikhaltig praxis från EU-domstolen där de nationella domstolarna måste ges ett visst större bedömningsutrymme än inom det harmoniserade området. Att det som hovrätten konstaterat ovan inte finns någon yttersta uttolkning i form av ett avgörande från EU-domstolen i frågan om 2009 års regler och tioprocentsregeln är förenliga med etableringsfriheten medför dessutom att det inte med säkerhet går att slå fast att Högsta förvaltningsdomstolens avgörande i HFD 2011 ref. 90 står i strid med hur EU-rätten bör uttolkas.

Mot bakgrund av det anförda finner hovrätten att det inte finns fog för påståendet att Högsta förvaltningsdomstolen gjorde en felaktig bedömning när domstolen utgick från att rättsläget var tillräckligt klart och därmed inte inhämtade ett förhandsavgörande från EU-domstolen vid sitt beslut den 2 mars 2018.

Övriga omständigheter som ska beaktas vid helhetsbedömningen

Hovrätten delar tingsrättens bedömning att inget tyder på att Högsta förvaltningsdomstolen avsiktligt överträtt unionsrätten. Om det skulle förhålla sig på det sättet att Högsta förvaltningsdomstolen vid tidpunkten för sitt beslut hade missförstått EU-rätten på området måste en sådan rättsvillfarelse under alla förhållanden anses ha varit ursäktlig.

Sammanfattande slutsats i frågan om den påstådda överträdelsen är tillräckligt klar

Sammanfattningsvis är det enligt hovrättens mening tydligt att Högsta förvaltningsdomstolens beslut inte utgjort en tillräckligt klar överträdelse av unionsrätten. Även med utgångspunkten att Högsta förvaltningsdomstolens beslut inneburit en överträdelse av Fortums etableringsfrihet, kan alltså Fortums skadeståndstalan inte vinna bifall direkt på unionsrättslig grund.

3.3 Frågan om skadestånd enligt skadeståndslagen

De bedömningar som hovrätten har gjort i det föregående i frågan om 2009 års regler har varit oförenliga med artikel 49 FEUF innebär att hovrätten – till skillnad från tingsrätten – inte heller kan slå fast att kammarrättens dom har varit oförenlig med etableringsfriheten. Men även vid en motsatt bedömning i denna fråga instämmer hovrätten i tingsrättens slutsatser att det ändå inte finns förutsättningarna för att skadestånd ska kunna utgå enligt 3 kap. 2 § skadeståndslagen. Fortums talan kan därför inte heller vinna bifall på denna grund.

3.4 Frågan om förhandsavgörande ska inhämtas

Av artikel 267.2 FEUF följer att hovrätten får begära ett förhandsavgörande om domstolen anser att det är nödvändigt för att döma i saken. Frågan om när en högsta instans är skyldig att inhämta ett förhandsavgörande följer av CILFIT-doktrinen. Tingsrätten har utförligt redogjort för förutsättningarna för att underlåta att inhämta förhandsavgörande (se s. 80 f. i tingsrättens dom).

Av de bedömningar som hovrätten har gjort i det föregående följer i och för sig att det inte kan anses uppenbart att en tillämpning av tioprocentregeln i Fortums fall har varit förenligt med etableringsfriheten. Vilka kriterier som gäller för att bedöma om statens agerande varit skadeståndsgrundande är emellertid klarlagt och har tolkats i åtskilliga avgöranden från EU-domstolen (andra och tredje CILFIT-undantagen). Det ankommer på den nationella domstolen att tillämpa dessa kriterier (se t.ex. generaladvokaten Nils Wahls förslag till avgörande i EU-domstolens mål, *Tomášová*, C-168/15,

EU:C:2016:260, punkt 51 med där gjord hänvisning). Att det må finnas en oklarhet i frågan om 2009 års regler är förenliga med etableringsfriheten motiverar därför inte att en tolkningsfråga i det avseendet ställs till EU-domstolen (se här även generaladvokaten Philippe Légers förslag till avgörande i EU-domstolens mål, *Köbler*, C-224/01, EU:C:2003:207, punkt 152, där han uttalar att det inte ankommer på den domstol där en skadeståndstalan väckts att hänskjuta en tolkningsfråga till EU-domstolen för att få veta vilket svar denna skulle ha gett om en tolkningsfråga faktiskt hade hänskjutits).

Mot bakgrund av de bedömningar som hovrätten har att göra i frågan om Högsta förvaltningsdomstolens beslut att inte bevilja Fortum prövningstillstånd innefattat en klar överträdelse av etableringsfriheten, och i frågan om Skatteverkets eller riksdagens agerande orsakat den påstådda skadan, är det möjligt att döma i målet utan att inhämta ett förhandsavgörande från EU-domstolen. Begäran om förhandsavgörande ska därför avslås.

3.5 Hovrättens sammanfattande slutsatser

När det först gäller frågan om skadestånd på unionsrättslig grund innebär hovrättens bedömningar att det inte går att slå fast att 2009 års regler är oförenliga med etableringsfriheten i artikel 49 FEUF. Det går därmed inte heller att slå fast att Högsta förvaltningsdomstolen genom beslutet den 2 mars 2018 att inte bevilja Fortum prövningstillstånd har överträtt unionsrätten. Även för det fall man skulle bedöma att 2009 års regler stod i strid med etableringsfriheten och att Högsta förvaltningsdomstolens beslut alltså innebar en överträdelse av denna rättighet, har hovrätten under alla förhållanden funnit att den påstådda överträdelsen vid tidpunkten för Högsta förvaltningsdomstolens beslut inte var tillräckligt klar för att kunna utlösa skadeståndsansvar för staten. Fortums talan kan därför inte vinna bifall på denna grund.

När det gäller frågan om skadestånd enligt skadeståndslagen har hovrätten med motsvarande resonemang beträffande 2009 års regler förenlighet med etableringsfriheten och med instämmande i tingsrättens slutsatser i övrigt funnit att Fortums talan inte heller kan bifallas på denna grund.

Med hänsyn främst till de bedömningar som hovrätten har haft att göra i frågan om förutsättningarna för statens skadeståndsansvar och den praxis som finns från EU-domstolen i detta avseende, har hovrätten funnit att det saknas behov av att inhämta ett förhandsavgörande från EU-domstolen.

Sammanfattningsvis innebär hovrättens bedömningar att Fortums begäran om inhämtande av ett förhandsavgörande från EU-domstolen ska avslås samt att tingsrättens domslut ska fastställas såväl i sak som i frågan om rättegångskostnader.

3.5 Rättegångskostnader i hovrätten

Vid denna utgång är Fortum tappande part och ska ersätta staten för dess rättegångskostnad även i hovrätten. Det yrkade beloppet är skäligt.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B

Överklagande senast 2023-07-13

I avgörandet har deltagit

Hur man överklagar hovrättens avgörande

Den som vill överklaga hovrättens avgörande ska göra det genom att skriva till Högsta domstolen. Överklagandet ska dock skickas eller lämnas till hovrätten.

Senaste tid för att överklaga

Överklagandet ska ha kommit in till hovrätten senast den dag som anges i slutet av hovrättens avgörande.

Beslut om häktning, restriktioner enligt 24 kap. 5 a § rättegångsbalken eller reseförbud får överklagas utan tidsbegränsning.

Om överklagandet har kommit in i rätt tid, skickar hovrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till Högsta domstolen.

Prövningstillstånd i Högsta domstolen

Det krävs prövningstillstånd för att Högsta domstolen ska pröva ett överklagande. Högsta domstolen får meddela prövningstillstånd endast om

1. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av Högsta domstolen eller om
2. det finns synnerliga skäl till sådan prövning, så som att det finns grund för resning, att domvillan förekommit eller att målets utgång i hovrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Överklagandets innehåll

Överklagandet ska innehålla uppgifter om

1. klagandens namn, adress och telefonnummer,
2. det avgörande som överklagas (hovrättens namn och avdelning samt dag för avgörandet och målnummer),
3. den ändring i avgörandet som klaganden begär,
4. de skäl som klaganden vill ange för att avgörandet ska ändras,
5. de skäl som klaganden vill ange för att prövningstillstånd ska meddelas, samt
6. de bevis som klaganden åberopar och vad som ska bevisas med varje bevis.

Förenklad delgivning

Om målet överklagas kan Högsta domstolen använda förenklad delgivning vid utskick av handlingar i målet, under förutsättning att mottagaren där eller i någon tidigare instans har fått information om sådan delgivning.

Mer information

För information om rättegången i Högsta domstolen, se www.hogstodomstolen.se