De lege

Juridiska Fakulteten i Uppsala

Årsbok 2015

Redaktör för skriftserien
Mattias Dahlberg

Europarätten – 20 år i Sverige

Redaktörer
Mattias Dahlberg och Karin Åhman

IUSTUS FÖRLAG

© Författarna och Iustus Förlag AB, Uppsala 2016
Upplaga 1:1
ISSN 1102-3317
ISBN 978-91-7678-948-3
Produktion: eddy.se ab, Visby 2016
Omslag: John Persson
Förlagets adress: Box 1994, 751 49 Uppsala
Tfn: 018-65 03 30, fax: 018-69 30 99
Webbadress: www.iustus.se, e-post: kundtjanst@iustus.se

Printed by Dimograf, Poland 2016

Förord

Det är nu 20 år sedan Sverige blev medlem i den Europeiska unionen. Europarätten har gjort betydande avtryck i svensk rätt och är ett i många delar naturligt inslag i den myndighetsutövande eller dömande verksamheten. Inom vissa områden har mottagandet av europarätten gått relativt enkelt, medan det har varit svårare inom andra områden. Den svenska juristkåren har under dessa 20 år av medlemskap genomgått en betydande utbildning i europarätt. Landets juristutbildningar har förstås också kommit att präglas av europarätten och den kan idag sägas genomsyra hela juristutbildningen och europarättsliga inslag finns i alla de traditionella juridiska ämnena.

I denna volym av De lege finns uppsatser som ur olika vinklar analyserar, beskriver och skildrar europarättens genomslag i svensk rätt och dess påverkan på myndighetsutövning, dömande verksamhet och juristutbildning.

Vi vill varmt tacka alla författare som lagt ned ett betydande arbete på sina bidrag och därigenom möjliggjort denna volym av De lege. Ett varmt tack också till professor Carl Fredrik Bergström som utförde ett viktigt arbete under en del av detta bokprojekt.

Redaktörerna

Mattias Dahlberg *Karin Åhman*

Innehåll

Mona Aldestam

EU, rättsstatens principer och svenska domstolars och domares självständighet – en domares funderingar 9

Håkan Andersson

Europeisering av svensk skadeståndsrätt och försvenskning av de europeiska källorna – EKMR som vitaliserande tillämpningsexempel 37

Vladimir Bastidas Venegas

Svensk konkurrensrätt i ljuset av tjugo års medlemskap i EU 67

Mattias Dahlberg

Om EU-rättens inflytande på skatterätten i teori och praktik 93

Agnes Eklund och Jane Reichel

Enskilda och EU-rättens genomförande 109

Bert Lehrberg

Ondtrosskydd vid rättshandlande med aktiebolag 133

Marie Linton

EU:s internationella privat- och processrätt – vilket inflytande har den i svensk rättskipning i gränsöverskridande civilrättsliga tvister? 169

Joel Samuelsson
DCFR som svensk rättskälla? 197
Fredrik Wersäll
Europarätten och svenska domstolar – några reflektioner 229
Anna Wetter
Ett möte mellan svenska lagstiftningsideal och europeisk praktik – och om bättre samverkan dem emellan 257
Carl Wetter
Nordiskt ljus under skäppan? Om allmänna presumtioner för undantag i EUs öppenhetsförordning 281
Bertil Wiman
Europarätten och skatterätt 297

Presentation av författare och redaktörer 315

Mona Aldestam

EU, rättsstatens principer och svenska domstolars och domares självständighet – en domares funderingar

1 Inledning

I samband med att Sverige blev medlem i EU för 20 år sedan transformerades Europakonventionen till svensk lag. Skälet var att vi annars hade riskerat att hamna i en situation där domare i mål som berörde EU-rättsliga frågeställningar skulle ha tillämpat Europakonventionen medan motsvarande inte skulle gälla vid handläggningen av mål där endast nationell rätt kom ifråga. Inte sällan anförs det att domstolars och domares betydelse har ökat som en konsekvens av Sveriges medlemskap i EU och transformationen av Europakonventionen till svensk lag. Som exempel anges t.ex. införandet av rättsprövningsinstitutet som innebär att domstolar numera kan överpröva regeringens beslut för att säkerställa att regeringsformens och Europakonventionens bestämmelser iakttas vid myndighetsutövning. Ett annat exempel är att medlemskapet i EU samt transformationen av Europakonventionen till svensk lag har inneburit att domstolarna och domarna har påförts en skyldighet att pröva om en viss föreskrift strider mot en annan föreskrift av högre konstitutionell valör (motsvarande lagprövning). Frågan är dock om medlemskapet i EU och undertecknandet av Europakonventionen och transformationen av densamma till svensk lag också har inneburit att synen på domstolars och domares självständighet har påverkats av den syn på domstolars och domares självständighet som förutsätts i EU och i Europakonventionen.

Under de 20 år som Sverige varit medlem i EU har domstolsväsendet genomgått stora förändringar. Teorierna bakom New Public Manage-

ment har fått genomslag även i domstolsväsendet med stora reformer som följd. Samtidigt har det bedrivits ett arbete med att reformera bl.a. regeringsformen i syfte att stärka domstolars och domares självständiga ställning. Härutöver har ett antal frågor med anknytning till domstolsväsendet och domstolars och domares självständighet tagits upp till diskussion. Den fråga som står i fokus för denna uppsats är i vilken utsträckning åtgärder vidtagna inom ramen för svenskt domstolsväsende under tiden som medlem i EU har präglats av den syn på domstolars och domares självständighet som gäller inom EU och Europakonventionen.

2 Det svenska domstolsväsendet i förändring

2.1 Inledning

Sedan 1990-talet och framåt har det svenska domstolsväsendet genomgått stora förändringar. Med utgångpunkt i budgetpropositionen 1998/99:1, utgiftsområde 4, s. 76 och mot bakgrund av problem med överbalanser i många av landets domstolar, särskilt vid hov- och kammarrätterna har Domstolsverket på regeringens uppdrag varit pådrivande i ett intensivt reformarbete avseende hur domstolarna ska administreras, vilket haft sitt avstamp i principer hämtade från näringslivet. Sveriges Domstolar skulle ses som en ”koncern” men med hänsyn tagen till de specifika förhållanden som råder inom offentliga förvaltningsorganisationer. Synsättet, som på senare tid har sammanfattats som New Public Management, byggde på en föreställning om att förväntningarna på den offentliga förvaltningen i framtiden skulle innebära ett paradoxliknande krav på ökad kvalité samtidigt som den offentliga förvaltningen förväntades få alltmer begränsade resurser. Problemen förväntades ligga i hur offentliga förvaltningsorganisationer skulle styras och ledas så att de alltmer begränsade resurserna kunde optimeras, ofta i så kallade ”professionella organisationer” som förväntades präglas av organisationskulturen av en speciell yrkesetik och professionellt förankrade normer och förhållningssätt som i hög grad skulle styra arbetet. En betydande del av budskapet enligt New Public Management är att betona det lokala resultatansvaret och skjuta ner det ansvaret till en chefstjänsteman.[1]

[1] Se bl.a. Hirschfeldt, Bilaga 5 till SOU 2000:99, s. 185–187 med däri angivna hänvisningar till litteratur på området.

Utvecklingen under 1990-talet ledde till en reform av hela det svenska domstolsväsendet som omfattade fyra huvudområden; förändringar av den yttre organisationen, förändringar av den inre organisationen, renodling av verksamheten och förändringar av det processuella regelverket.[2]

2.2 Den yttre organisationen

2.2.1 Domstolsverkets förstärkta roll

Det anförs ofta att Domstolsverket är den statliga myndighet som har till uppgift att ge administrativt stöd och service åt domstolarna. Att Domstolsverket genom ovan nämnda reformer har fått en annan roll och själv ser på sin verksamhet som något annat än en myndighet som endast är till för att ge domstolarna administrativt stöd framgår bl.a. annat av följande uttalande i SOU 2000:99 när det gäller verkets roll gällande den inre domstolsadministrationen.

> ”Reformarbetet gäller att anpassa domstolarna till utvecklingen, säkerställa en hög kvalité och göra domstolsverksamheten mera kostnadseffektiv. Arbetet syftar till att skapa ett effektivare och mer flexibelt domstolsväsende. Målstyrningen ska bli tydligare och domstolarna ska ges större möjligheter att själva besluta om sin organisation och sina arbetsformer. Domstolsverket ska ha en drivande och stödjande roll och ska ta egna initiativ till förändringar.”

Av samma betänkande framgår det att Domstolsverket formulerar sina krav på domstolscheferna på följande sätt:

> ”Domstolscheferna ska leda verksamheten i ordets rätta bemärkelse inom sin del av domstolsväsendet inom de ramar statsmakterna och – enligt statsmakternas intentioner – Domstolsverket anger. Domstolscheferna ska ikläda sig rollen och ta ett tydligt arbetsgivaransvar.”

Vad som anses vara innebörden av ett sådant arbetsgivaransvar framgår av Strömbergs och Thorblads bidrag i jubileumsskriften ”Svea Hovrätt 400 år”.

Ett dokument som tydligt visar vilken roll Domstolsverket har i förhållande till domstolarna är Domstolsverkets strategiska plan för 2010–

[2] Se bl.a. SOU 2000:99 samt Rolén, ”Domstolar i förändring”, Festskrift till Johan Hirschfeldt, Iustus Förlag, Uppsala, 2008, s. 433 ff.

2020. Här framgår att Domstolsverkets vision är att ”Sveriges Domstolars rättskipning är av hög kvalitet, med snabb handläggning och enhetlig rättstillämpning. Verksamheten har ett högt förtroende hos allmänheten”. Härefter följer ett antal mål som alla egentligen handlar om vad Sveriges Domstolar ska göra. Som mål 1 uttalas t.ex. att ”Sveriges Domstolars dömande verksamhet bedrivs professionellt, mål och ärenden avgörs snabbt, med bibehållen kvalitet, och det finns få mål i balans”. Som kuriosa kan det noteras att det i visionen är rättskipningens kvalitet som nämns först medan det i mål 1 är snabb handläggning som sätts i första rummet. Det som är väsentligt i detta sammanhang är dock att Domstolsverket i detta dokument sätter upp en vision och mål för vad domstolarna ska göra och inte en vision och mål för vad den egna organisationen, dvs. Domstolsverket ska göra, vilket annars är det som återfinns i andra offentliga organisationers visionsformuleringar.[3]

2.2.2 Från många små till färre stora domstolar

Antalet tingsrätter har minskat successivt genom åren. När det gäller de allmänna förvaltningsdomstolarna lade regeringen i prop. 2008/09:165 fram ett förslag om att antalet allmänna förvaltningsdomstolar i första instans i princip skulle halveras och så blev det. Det framgår vidare att förslaget inte ansågs behöva hänskjutas till Lagrådet.

2.3 Den inre organisationen

2.3.1 Inledning

Som en del i det reformarbete som genomförts inom domstolsväsendet under 1990-talet och 2000-talet har domstolschefens roll som ledare och myndighetschef ökat väsentligt, individuell lönesättning har införts, beredskapsorganisationer har införts i de flesta av landets domstolar, det har åter betonats att fokus i målhanteringen i domstolarna ska ligga på första instans och utvidgade regler om prövningstillstånd har införts.

[3] Waaranperä, Visionära verk – En kartläggning av svenska myndigheters visionsformuleringar, Scores rapportserie 2013:4.

2.3.2 Domstolschefernas förstärkta roll

Reformen att förstärka domstolschefernas roll har sin bakgrund i betänkandet SOU 2000:99. I betänkandet betonas ledarskapets betydelse för den interna styrningen av domstolarna. Det poängteras att principerna om rättssäkerhet, effektivitet och medborgarperspektiv inte står i ett motsatsförhållande till varandra. Kommittén uttalar när det gäller frågan om gränsdragningen mellan kraven på inre styrning och domares självständighet att domares självständighet handlar om domarens självständighet i dömandet i det enskilda målet. Intill gränsen för självständigheten i dömandet är emellertid domaren – liksom övriga anställda – underkastade lydnadsplikt i förhållande till domstolschefen.

Dessa uttalanden kan kompletteras med Hirschfeldts uttalanden i bilaga 5 till betänkandet som gäller hur den nya förstärkta rollen för domstolschefen förhåller sig till domares självständighet, och som lyder som följer.

> ”Det borde vara ett mindre problem för domarens självständighet att acceptera åtgärder av en domstolschef som tillhör domstolsväsendet än ingripanden från utomstående kontrollanter som JO eller JK. I relationen mellan den enskilde domaren och domstolschefen bör det finnas en sådan ömsesidig vilja till dialog och samförstånd som i praktiken eliminerar och begränsar problemen kring skyddet för den enskilde domarens oavhängighet. Att vårda en sådan relation får ses som en viktig domaretisk uppgift för alla som tillhör domarkåren. Det är viktigt att domstolschefen står för en roll som för längre än till karikatyren av en skolrektor, sysslande med schemaläggning indelning till tjänstgöring och vikariatförsörjning. Den passive domstolschefen, som förlamas eller begränsas av sin rädsla för varje diskussion om de konstitutionella restriktionerna iakttagits av honom på rätt sätt är en avart. Domstolschefen som effektivitetsjagande slavdrivare är å andra sidan alltid en konstitutionell hydra.”[4]

För att kunna driva och utveckla en gemensam chefs- och arbetsgivarpolitik inrättade Domstolsverket under 2006 till stöd för domstolscheferna så kallade arbetsgivargrupper och ett arbetsgivarråd. I arbetsgivargrupperna (som är sju stycken) ingår landets samtliga domstolschefer. Grupperna är indelade efter domstolarnas storlek och består således av domstolschefer från både allmän domstol och allmän förvaltningsdomstol. I varje grupp är en domstolschef ordförande. Denne är sedan ledamot

[4] Hirschfeldt, bilaga 5 till SOU 2000:99, s. 197.

av det så kallade arbetsgivarrådet där Domstolsverkets generaldirektör är ordförande. Enligt Rolén har grupperna och rådet främst diskuterat principer för lönesättning av domare.[5]

2.3.3 Individuell lönesättning

Frågan om individuella löner har diskuterats vid flera olika tillfällen. T.ex. tog Broomé upp frågan redan för 20 år sedan. Han varnade då för att införandet av individuella löner inte skulle vara förenligt med domarnas konstitutionellt garanterade självständighet.[6] Därefter togs frågan upp av 1993 års domarutredning. I en expertpromemoria som hör till betänkandet i vilken ett flertal personer uttalar sig kommer alla till samma slutsats – att individuella löner eller någon form av prestationslöner inte bör införas.[7] Av sammanställningen i SOU 2003:103 framgår att en betydande del av remissinstanserna var av uppfattningen att individuella löner inte borde tillämpas för domare. Inte desto mindre infördes individuella löner för domare 2006 då frågan, på grund av att Domstolsverket och Jusek inte kunde enas i frågan, hade hänskjutits till lönenämnd och lönenämnden, trots Juseks protester, ansåg att Domstolsverkets förslag om individuella löner för domare var godtagbart. Införandet av individuella löner för domare har kritiserats hårt från olika håll med hänvisning till att det inte är förenligt med den internationella synen på domares självständighet.[8]

Beträffande frågan om individuell lönesättning bör det för fullständighetens skull även nämnas att det i löneavtalet mellan Jusek och Domstolsverket i 11 § finns bestämmelser om upprättande av en särskild partssammansatt nämnd som ska ha i uppdrag att ta ställning till de principiella frågorna om lönesättning av bl.a. ordinarie domare. Nämndens uppgift är att på någon av de lokala parternas begäran ta ställning till om de särskilda principerna för lönesättning av bl.a. ordinarie domare har följts. Nämndens ställningstagande är enligt bestämmelsen vägledande för framtida lönesättning av bl.a. ordinarie domare. Av protokollet till

[5] Rolén, s. 441.

[6] Abrahamsson, ”Svea Hovrätt 400 år – en framåtsyftande jubileumsskrift”, SvJT 2014.

[7] SOU 1994:99, del A, s. 337–354.

[8] Sunnqvist, ”Domarlönerna ur ett konstitutionellt perspektiv”, Domareförbundets tidskritft 2006; Zelano, ”Något om löneavtalet och domares självständighet”, Domareförbundets tidskrift, 2006 www.lu.se/lnp/publication/789623; Olsson, ”Kan någon hjälpa oss domare?”, Mitt i Juridiken, 17 juni 2014.

tillsvidareavtal tecknat mellan Domstolsverket och Jusek om lönerevision den 1 april 2013 framgår det av 7 § att parterna gemensamt har utsett en ordförande, att Domstolsverket har utsett en representant och att Jusek har utsett en annan. Parterna är enligt samma bestämmelse överens om att i ett separat dokument ange närmare riktlinjer för nämndes arbete i den utsträckning som behövs. Såvitt jag känner till är det bara ett ärende som anmälts till nämnden och något separat dokument synes inte ha upprättats.

2.3.4 Domstolarnas verksamhetsmål

Av SOU 2000:99 framgår att regeringen via sitt regleringsbrev till Domstolsverket tidigare ålagt domstolarna att själva bestämma sina närmare verksamhetsmål enligt vissa kriterier men att regeringen sedan 1999 själv började bestämma vilka verksamhetsmål som skulle gälla för samtliga domstolar utom Högsta domstolen (HD) och Högsta förvaltningsdomstolen (HFD). Det är alltjämt regeringen som fastställer domstolarnas verksamhetsmål.[9] Värt att notera i sammanhanget är dock att regeringen trots att den valt att inte bestämma några verksamhetsmål för HD eller HFD ändå fastställer verksamhetsmål för andra domstolar som är sista instans t.ex. Migrationsöverdomstolen.

Att dessa verksamhetsmål har inneburit ett krav på produktion som av många domare upplevs som mycket svåra att uppfylla vittnar inte bara många kollegor från både allmänna domstolar och allmänna förvaltningsdomstolar från olika delar i landet om, utan även Anderssons artikel ”Fler domare!”. Enligt Andersson uttalade Domstolsverket i samband med att länsrätterna blev förvaltningsrätter år 2010 att domstolarna skulle ha en stark beredningsorganisation och räknade då ut att det borde finnas 3,5 handläggare och 0,9 domstolssekreterare per domare. Med större domstolar och med en sådan beredningsorganisation ansågs domarna kunna öka sin produktivitet från tidigare 625 viktade mål per domare till 750 viktade mål. År 2010 motsvarade 750 viktade mål cirka 815 mål. Andersson påpekar att om man antar att en domare ska hinna med de 815 målen och arbeta 200 dagar om året och tar hänsyn till att domare även

[9] Prop. 2015/16:1 utgiftsområde 4, s. 43 ff.

gör andra uppgifter än att döma har en domare en dryg timme per mål på sig att avgöra ett mål.[10]

2.3.5 Renodling av domarrollen

Av SOU 2003:102 framgår att en ledande tanke under det senaste decenniet varit att domarens roll skulle renodlas. Frågan diskuterades i såväl 1993 års domarutredning (SOU 1994:95) som i 1995 års domstolskommitté (SOU 1998:88). Denna renodling av domarens roll innebar att statsmakterna genom olika författningsändringar gjorde det möjligt att överföra uppgifter som tidigare utfördes av domare till annan personal. Det innebar också att uppgifter som inte är av dömande karaktär fördes över på andra statliga organ. Med detta som utgångspunkt föreslogs i betänkandet SOU 2003:102 att utgångspunkten för framtiden skulle vara att domstolarna så långt möjligt själva skulle få bestämma sin inre organisation och hur arbetsuppgifterna under beredningen av målen fördelas. Enligt Forsgren har många domstolar valt en beredningsorganisation som varit extrem på så sätt att domarnas autonomi har fått stå tillbaka.[11]

2.4 2010 års grundlagsreform m.m.

Parallellt med de förändringar som beskrivits i avsnitt 2.2–2.3 har det skett ett arbete med att reformera bl.a. regeringsformen (RF) med det uttalade syftet att förstärka domstolarna och domarnas konstitutionella ställning. Ändringar i RF trädde i kraft den 1 januari 2011. Genom de aktuella ändringarna i RF har bestämmelserna om rättskipning och om förvaltning delats upp i två olika kapitel. Syftet bakom uppdelningen är enligt förarbetena till ändringen att tydliggöra domstolarnas särställning i det konstitutionella systemet och att markera betydelsen av ett oberoende och opartiskt domstolsväsende (prop. 2009/10:80, s. 199 f.). Kapitel 11 RF innehåller således numera de flesta av de bestämmelser som rör domare och domstolar även om det fortfarande finns bestämmelser som rör domstolar i t.ex. 1 och 2 kapitlet i RF.

[10] Andersson, ”Fler domare!”, Svea Hovrätt 400 år, Norstedts Juridik, Stockholm, 2014, s. 243–249.

[11] Forsgren, ”Domare – ett attraktivt yrke?”, Svea Hovrätt 400 år, Norstedts Juridik, Stockholm, 2014, s. 277 ff.

I kapitlet 11 RF finns vidare bestämmelser som anger vilka de olika instanserna är, om domstolarnas rättskipning, om huvuddragen i deras organisation och om rättegången samt om att ingen myndighet får bestämma hur en domstol ska döma i det enskilda fallet. Av 11 kap. 3 § RF framgår vidare, vilket är nytt sedan 2011, att ingen annan myndighet får bestämma hur dömande uppgifter ska fördelas mellan enskilda domare. Kapitlet innehåller också bestämmelser som stadgar att rättskipningsuppgifter inte får fullgöras av riksdagen i annan mån än vad som följer av grundlag eller riksdagsordningen och att rättstvister inte får avgöras av andra myndigheter än domstolar. Sedan 2011 finns det nya bestämmelser om hur ordinarie domare ska utnämnas där det slås fast att grunderna för förfarandet vid utnämning av ordinarie domare ska meddelas i lag. Regleringen om utnämningsförfarandet finns i lagen (2010:1390) om utnämning av ordinarie domare. Det är i denna lag som Domarnämndens sammansättning och uppgifter regleras.

Kapitel 11 innehåller härutöver bestämmelser om de ordinarie domarnas rättsställning som rör olika frågor vad gäller domares anställningsförhållanden. Det framgår t.ex. av 11 kap. 7 § RF att den som har utnämnts till ordinarie domare endast under mycket speciella förhållanden får skiljas från sin anställning. I 11 kap. 14 § RF finns bestämmelsen om lagprövning och sedan 2011 har det så kallade uppenbarhetskriteriet tagits bort.

I samband med ändringarna i RF vidtogs även andra åtgärder, t.ex. avskaffades kallelsetjänsterna och en domarnämnd inrättades. Det förra innebär att även de högsta domartjänsterna numera ska utlysas och att vem som helst får söka.

När det gäller Domarnämnden kan följande noteras. Domarnämndens främsta uppgift är att lämna förslag till regeringen i ärenden om utnämning av ordinarie domare och hyresråd. Enligt 4 § lag (2010:1390) om utnämning av ordinarie domare ska Domarnämnden bestå av nio ledamöter. Fem ledamöter ska vara, eller ha varit, ordinarie domare. Två ledamöter ska vara jurister verksamma utanför domstolsväsendet, varav en ska vara advokat. Två ledamöter ska representera allmänheten. För varje ledamot ska det finnas en personlig ersättare. Ledamöterna förordnas för en tid om högst fyra år. Ledamöter och ersättare som representerar allmänheten väljs av riksdagen. Övriga ledamöter och ersättare förordnas av regeringen. Ledamöter och ersättare som ska vara, eller ha varit, ordinarie domare förordnas enligt bestämmelsen på förslag av de allmänna domstolarna och de allmänna förvaltningsdomstolarna. Hur detta ska gå till

verkar inte vara närmare reglerat i vart fall inte i lag eller förordning. Det framgår inte heller hur många mandatperioder en ledamot kan förordnas. Det framgår av lagen att regeringen inte är bunden av Domarnämndens förslag. Av förordning (2010:1793) med instruktion för Domarnämnden framgår av 6 § att de ledamöter och ersättare som ska vara verksamma utanför domstolsväsendet förordnas på förslag av Arbetsgivarverket, Sveriges Kommuner och Landsting och Sveriges advokatsamfund. Personer som nomineras av Sveriges advokatsamfund ska vara advokater.

Frågan är då hur alla dessa förändringar som genomförts sedan Sverige blev medlem i EU förhåller sig till den inom EU, Europakonventionen och i andra internationella dokument gällande synen på domstolars och domares självständighet.

3 Synen på domstolars och domares självständighet inom EU, i Europakonventionen och i andra internationella dokument

3.1 EU och Europakonventionen

3.1.1 EU

Utgångspunkten för samarbetet inom EU är respekten för och upprätthållandet av rättsstatens principer. Av EU-fördragets ingress framgår att fördraget bygger på en inspiration av Europas kulturella, religiösa och humanistiska arv, ur vilket universella värden har utvecklats som utgörs av människans okränkbara och oförytterliga rättigheter liksom frihet, demokrati, jämlikhet och rättsstaten. Det erinras om den historiska betydelsen av att den europeiska kontinenten inte längre är delad och behovet av att skapa en fast grundval för uppbyggnaden av det framtida Europa och den vikt som fästs vid principerna om frihet, demokrati och respekten för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna samt rättsstatsprincipen.

I enlighet med dessa uttalanden framgår det av artikel 2 i EU-fördraget att EU ska bygga på värdena respekt för människans värdighet, frihet, demokrati, jämlikhet, rättsstaten och respekt för de mänskliga rättigheterna, inklusive rättigheter för personer som tillhör minoriteter. Dessa värden ska vara gemensamma för medlemsstaterna i ett samhälle som kännetecknas av mångfald, icke-diskriminering, tolerans, rättsvisa, solidaritet och principen om jämställdhet mellan kvinnor och män.

Att dessa värden är betydelsefulla inom EU framgår av artikel 7 i samma fördrag av vilken det framgår att EU kan vidta åtgärder mot en medlemsstat om ”det finns en klar risk att en medlemsstat allvarligt åsidosätter värden som anges i artikel 2.” Om Europeiska rådet enhälligt slår fast att en viss medlemsstat ”allvarligt och ihållande” åsidosätter sådana värden som nämns i art. 2 kan detta leda till ett tillfälligt upphävande av vissa av medlemsstatens fördragsenliga rättigheter. Sanktionsmöjligheten infördes i EU-rätten 1997 genom Amsterdamfördraget.

Att varje medlem i EU förutsätts följa rättsstatens principer framgår emellertid redan av de krav som ställs på ansökan om medlemskap i EU. Av artikel 49 i EU-fördraget framgår att ”Varje europeisk stat som respekterar de värden som avses i artikel 2 och som förbinder sig att främja dem får ansöka om att bli medlem av unionen.” Det framgår också tydligt av de så kallade Köpenhamnskriterierna som infördes 1999 och som kom att tillämpas i förhållande till de medlemsstater som ansökte om medlemskap i samband med EU:s utvidgning. Enligt Köpenhamnskriterierna är en kandidat välkommen som medlem om den har:

1) stabila institutioner som garanterar demokrati, rättsstatens principer, mänskliga rättigheter och respekterar skyddet för minoriteter (det politiska kriteriet),
2) en existerande marknadsekonomi och kan hantera konkurrens och fria marknadskrafter inom EU (det ekonomiska kriteriet),
3) kapaciteten att hantera de skyldigheter som medlemskapet innebär, bl.a. vad gäller anpassningen till målsättningen om en politisk, ekonomisk och monetär union (kapacitetskriteriet), och
4) antagit och genomfört EU:s *acquis communautaire* genom att ha vidtagit nödvändiga administrativa och juridiska åtgärder (*acquis*-kriteriet).[12]

Enligt artikel 6 i EU-fördraget ska unionen vidare erkänna de rättigheter, friheter och principer som fastställts i EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna från 2000. Härutöver ska de grundläggande rättigheterna såsom de garanteras i Europakonventionen och såsom de följer av medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner ingå i unionsrätten som allmänna principer.

[12] Wennerström, The Rule of Law and the European Union, Iustus Förlag, Uppsala, 2007, s. 163 f.

I EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna samlas rättigheter som annars är spridda i olika rättsakter, i t.ex. nationella lagar, EU-rättsakter, samt i Europarådets, Förenta Nationernas (FN) och Internationella arbetsorganisationens (ILO) internationella konventioner, i ett och samma dokument. I ingressen upprepas det budskap som framgår av ingressen till EU-fördraget, dvs. att EU, i medvetande om sitt andliga och etiska arv, bygger på de odelbara och universella värdena människans värdighet, frihet, jämlikhet och solidaritet samt på den demokratiska principen och rättsstatsprincipen.

När det gäller rättskipning framgår det av artikel 47 i stadgan bl.a. att var och en har rätt att inom skälig tid få sin sak prövad i en rättvis och offentlig rättegång och inför en oavhängig och opartisk domstol som ha inrättats enligt lag.

3.1.2 Europakonventionen

Enligt artikel 6 i Europakonventionen ska envar, när det gäller att pröva hans civila rättigheter och skyldigheter eller anklagelse mot honom för brott, vara berättigad till en rättvis och offentlig förhandling inom skälig tid och inför en oavhängig och opartisk domstol, som upprättats enligt lag.

Med oavhängig domstol avses i Europakonventionen en domstol som är oberoende av såväl den verkställande makten som parterna i målet. Kravet på opartiskhet innebär enligt Europadomstolen inte bara att domarna ska vara subjektivt opartiska utan även att det ska föreligga en objektiv opartiskhet, dvs. det ska för en objektiv iakttagare inte finnas någon rimlig grund att befara en partisk inställning från domstolens sida.[13]

3.1.3 Rättsstatens principer

Som nämndes nyss i avsnitt 3.1.1 förutsätts alla medlemmar i EU uppfylla rättsstatens principer. Då Sverige blev medlem i EU 1995, dvs. efter det att Köpenhamnskriterierna infördes, har frågan om Sverige kan anses

[13] Jämför t.ex. De Cubber v. Cubber v. Belgium, Europadomstolens dom den 26 oktober 1984, Application No. 9186/80, Serie A, vol. 86, punkt 24 och Langborger v. Sweden, Europadomstolens dom den 22 juni 1989, Application No. 11179/84, Serie A, vol. 155, punkt 32.

uppfylla rättsstatens principer i allmänhet och EU:s syn på domstolars och domares självständighet dock aldrig formellt sett ställts på sin spets.

Synen på vad det innebär att vara en rättsstat varierar emellertid från kultur till kultur beroende på den enskilda kulturens historiska kontext. Såsom konstateras av Aalto kan begreppet rättstat inte uppfattas som universellt utan kan förstås på många olika sätt.[14] Synen på innebörden av begreppet rättstat i EU är komplex och svårfångad men tycks ha påverkats av synen på begreppets innebörd i dess medlemsstater.[15] Enligt Wennerström varierar dessutom synen på innebörden av begreppet rättsstat när det gäller tillämpningen inom unionen som sådan, när det gäller tillämpningen vid EU:s utvidgningsprocess och när det gäller tillämpningen i samband med EU:s external relationer.[16] När det gäller underkriteriet domstolars och domares självständighet präglas dock EU:s syn i vart fall när det gäller tillämpningen av rättsstatsbegreppet inom unionen av samma syn som i det amerikanska rättssystemet där den dömande makten ses som en nödvändig faktor för upprätthållandet av de konstitutionella principerna för maktfördelning.[17]

Då det inom EU tycks finnas flera olika definitioner på vad rättsstatens principer betyder och att motsvarande tycks gälla även synen på betydelsen av att en dömande makt ses som en nödvändig faktor för upprätthållandet av konstitutionella principer om maktfördelning, som i sin tur ligger till grund för kravet på domstolar och domares oavhängighet,[18] innebär det att det inte är sannolikt att en i en medlemstat avvikande syn på domstolars och domares självständighet kommer att leda till sanktioner enligt artikel 7 EU-fördraget.

Men i och med medlemskapet i EU kom svenska domstolar som genom ett trollslag att inte bara vara svenska domstolar utan även decentraliserade EU-domstolar. Det hela bottnar i att fördragets herrar ville skapa en begränsad talerätt vid EU-domstolen. För att kompensera för detta förhållande skapade EU-domstolen genom sin praxis en möjlighet för Europas medborgare att föra sin talan vid medlemsstaternas nationella domstolar i stället. De nationella domstolarna anses således ur ett EU-rättsligt perspektiv vara en del av EU-rättssystemet och förväntas som

[14] Aalto, ”EU och rättsstatens värden – några reflektioner”, Vänbok till Sten Heckscher, Iustus förslag, Uppsala, 2012, s. 1–2.
[15] Wennerström, s. 48 ff.
[16] Ibid., s. 102–291.
[17] Ibid., s. 125.
[18] Ibid., s. 292 ff.

sådana agera som decentraliserade EU-domstolar i mål och ärenden som rör EU-rättsliga spörsmål där EU-rätten är direkt tillämpbar eller har direkt effekt.

I och med medlemskapet i EU och undertecknandet av Europakonventionen förväntas domstolar och domare därmed, i vart fall i de mål som rör EU-rätten och sådana rättigheter som skyddas av Europakonventionen, fungera som EU-rättens och Europakonventionens väktare och inte längre som någon som enbart verkar inom ramen för det område som den svenska regeringens eller riksdagen styr över. Mot den samlade bakgrunden framstår det som relevant att fråga sig om det inte också vore rimligt att den svenska synen på domstolars och domares självständighet i allt väsentligt borde präglas av den inom EU och den i Europakonventionen gällande synen på domstolars och domares självständighet.

Innebörden av den inom EU och i Europakonventionen gällande synen på domstolars och domars självständighet framgår t.ex. av följande dokument.

3.2 Europeiska dokument

3.2.1 Europarådets rekommendation om domares självständighet, effektivitet och ansvar

Utgångspunkten för Europarådets rekommendation om domares självständighet, effektivitet och ansvar är att domaren spelar en viktig roll när det gäller genomförandet av Europarådets mål i fråga om såväl skyddet av ett demokratiskt och politiskt system som kännetecknas av *the Rule of Law,* som skyddet av de mänskliga rättigheterna och grundläggande friheterna.[19] Domares oavhängighet anses därvid vara en av hörnstenarna i ett rättvist rättssystem. Det är mot den bakgrunden nödvändigt att domare tilldelas befogenheter som garanterar deras självständighet. Enligt rekommendationen bör medlemsstaterna se till så att bestämmelserna i rekommendationen får genomslag i lagstiftning och praxis och att domare får möjlighet att utöva sina uppgifter i enlighet med vad som följer av rekommendationen.

De befogenheter som ges kan enligt rekommendationen inte medge att domaren får agera godtyckligt eftersom domaren också är underkastad vissa åligganden. Enligt rekommendationen bör den verkställande

[19] Recommendation CM/Rec (2010) 12 of the Committee of Ministers to member states on judges: independence, efficiency and responsibilities.

och lagstiftande makten garantera domarnas självständighet. Alla nödvändiga åtgärder bör vidtas för att respektera, skydda och uppmuntra domares självständighet. Alla beslut som rör domares yrkesliv ska grundas på objektiva kriterier. Urval av domare och deras karriär bör baseras på sakliga grunder med avseende på kvalifikationer, integritet, förmåga och effektivitet. Den myndighet som bestämmer vilka som ska bli domare och deras karriärer bör vara fristående från regeringen. För att garantera denna självständighet kan t.ex. myndighetens ledamöter väljas av domarna själva. I de stater där konstitutionella stadganden och traditioner tillåter att regeringen utnämner domarna ska det finnas garantier för att säkerställa att utnämningsförfarandet i praktiken är öppet och självständigt samt att utnämningsbesluten inte påverkas av andra hänsyn än sådana som kan härledas från de objektiva grunder som nämns i rekommendationen. Sådana garantier kan t.ex. erhållas genom att utnämningsbeslutet föregås av råd från ett särskilt fristående och kvalificerat organ och att dessa råd i praktiken följs av regeringen. En domare får inte frântas ett mål utan giltiga skäl. Domare ska ges tillräckliga medel och kunna utnyttja dessa för att kunna vidmakthålla sin auktoritet och värdighet.

Principen om domstolars och domares självständighet innebär att varje enskild domare ska vara självständig i sin dömande verksamhet och kunna agera utan restriktioner, otillbörligt inflytande, påtryckningar, hot eller inblandning, vare sig direkt eller indirekt, från myndigheter, inklusive myndigheter inom domstolsväsendet. Hierarkiska organisationer får inte underminera den enskilde domarens självständighet.

Arbetsförhållandena ska vara sådana att domarna kan arbeta effektivt. Med effektivitet menas att kvalitativa avgöranden meddelas inom rimlig tid efter att målet ägnats rimligt övervägande. Varje stat ska allokera tillräckliga resurser, lokaler och utrustning till domstolarna så att de kan fungera i enlighet med artikel 6 i Europakonventionen och så att de kan arbeta effektivt. Detta ska uppnås genom att ett tillräckligt antal domare tillsätts och genom ett tillhandahållande av lämplig utbildning. Det ska sörjas för en förbättrad karriärsstruktur i syfte att möjliggöra att man kan rekrytera och behålla duktiga domare. För att minska domarnas arbetsbelastning ska det tillhandahållas tillräckligt med biträdespersonal. Icke-juridiska arbetsuppgifter bör överföras från domarna till annan kvalificerad personal. Alla nödvändiga åtgärder för att garantera domarnas säkerhet bör vidtas.

Domarna ska ha rätt att bilda föreningar som, antingen på egen hand eller tillsammans med något annat organ, har till uppgift att skydda deras

självständighet och bevaka deras intressen. Om så kallade *Councils for the judiciary* inrättas ska de vara ett på konstitutionen eller annan lag grundat oberoende organ som syftar till att säkerställa såväl domstolsväsendets som enskilda domares oberoende. I ett sådant råd ska inte mindre än hälften av ledamöterna vara domare som är valda av andra domare som representerar domstolar i olika instanser och med hänsyn till pluralismen inom domstolsväsendet. Ett sådant råd ska uppvisa högsta tänkbara nivå av transparens i förhållande till såväl domare som allmänhet genom att utveckla förutbestämda procedurer och meddela motiverade beslut. Betydelsen av ett sådant organs beslut framgår dock inte.

3.2.2 European Charter on the statute for judges

Inom ramen för det multilaterala samarbetet inom Europarådet har det utarbetats en europeisk stadga om regler för domares rättsställning ”European Charter on the statute for Judges” – en Europeisk stadga om regler för domares rättsställning.[20] Det är domare i medlemsländerna som har arbetat fram dokumentet som är av rekommenderande karaktär. Stadgan innehåller bl.a. rekommendationer om att det t.ex. ska finnas särskilda möjligheter att klaga för den domare som anser sig hotad i sin oavhängiga ställning av åtgärder riktade mot honom eller henne. Vidare anges att det i varje beslut som påverkar urval, rekrytering, utnämning, karriärsutveckling eller skiljande från tjänst av domare bör ett från de verkställande eller lagstiftande makterna oberoende organ vara inblandat, antingen som rådgivande organ eller som direkt beslutsfattande. Detta organ bör bestå av minst hälften domare utsedda av domare genom regler som garanterar en bred representativitet. I stadgan anges att domare genom sina representanter eller yrkesföreningar ska kunna medverka i beslutsfattandet i frågor om domstolsadministration, om budgetfrågor för domstolarna, om hur dessa beslut ska föras ut på nationell och lokal nivå samt i frågor om anställnings- och lönevillkor. Staten ska enligt stadgan ha en skyldighet att se till att domarna har tillräckliga medel för att fullfölja sina uppgifter, speciellt att avgöra mål inom rimlig tid. De ska vara garanterade fortbildning på statens bekostnad så att de kan upprätthålla den kompetens som är nödvändig för att de ska kunna fullgöra sina uppgifter.

[20] European Charter on the statute for judges, www.coe.int.

3.3 Andra internationella dokument

3.3.1 Inledning

Den europeiska synen som redogjorts för ovan har sin grund i FN:s deklaration om mänskliga rättigheter från 1948, som inte är folkrättsligt bindande. Motsvarande principer återfinns dock även i artikel 14 i FN:s konvention om civila och politiska rättigheter som är folkrättsligt bindande. Av den artikeln framgår att alla ska vara lika inför domstolarna och att envar ska, när det gäller att pröva anklagelser mot honom för brott eller hans lagliga rättigheter och skyldigheter, vara berättigad till en rättvis och offentlig rättegång inför en behörig, oavhängig och opartisk domstol, som har inrättats enligt lag. Även inom ramen för FN har olika dokument upprättats som tar upp hur domstolars och domares självständighet ska värnas.

3.3.2 FN:s Basic Principles on the Independence of the Judiciary

FN:s Basic Principles on the Independence of the Judiciary antogs vid den sjunde FN-kongressen om förhindrande av brott och behandling av brottslingar och baserar sig bl.a. på artikel 10 i FN:s deklaration om mänskliga rättigheter från 1948.[21] Enligt dessa principer ska bl.a. domarnas självständighet garanteras av staten antingen i konstitutionen eller i lag. Staten ska även se till att det finns tillräckliga medel så att domarna på rätt sätt kan utföra sina uppgifter. En domare ska pröva frågor som kommer inför domstolen opartiskt och på grundval av fakta i målet och i enlighet med lag. Begränsningar, påtryckningar, hot eller inblandning från annat håll, vare sig direkt eller indirekt, är inte tillåtna. Fördelningen av mål mellan domare inom den egna domstolen ska anses vara en intern domstolsadministrativ fråga. Förfarandet att utse domare ska vara skyddat mot oegentliga domarutnämningar. Befordran av domare ska ske på sakliga grunder, i synnerhet skicklighet, integritet och erfarenhet. När det gäller domares rättsliga ställning bör bl.a., enligt principerna, tidslängden på förordnandena, domarnas självständighet, säkerhet, rätt till tillräcklig ekonomisk kompensation, arbetsvillkor, pensioner och pensionsålder säkras genom lag.

[21] Basic Principles on the Independence of the Judiciary, www.ohchr.org.

3.3.3 The Universal Charter of the Judge

The Universal Charter of the Judge har arbetats fram inom den internationella domarunionen.[22] Dokumentet innehåller bl.a. regler om domares självständighet och att domaren i dömandet inte endast ska vara oberoende i förhållande till staten och stå utanför sociala, ekonomiska och politiska påtryckningar, utan även vara oberoende i förhållande till andra domare och domstolsadministrationen. Det framgår att domstolsadministrationen ska vara organiserad på ett sådant sätt att det inte inkräktar på domarens självständighet. Domstolsadministrationen ska endast grundas på objektiva och relevanta hänsyn. Domarna ska utföra sina dömande uppgifter opartiskt och utan oskäligt dröjsmål. Staten ska se till att domstolarna har tillräckliga medel för att fullgöra sina uppgifter. I beslut angående medelstilldelning ska domstolarna beredas tillfälle att medverka eller höras. Det anges att innehållet i dokumentet är en generell minimistandard.

3.3.4 Sammanfattning

Alla dessa bestämmelser och dokument ger en samlad bild av vad som ses som krav för att domstolars och domares självständighet ska uppnås. Gemensamt för många av dem är att de är formulerade med erfarenheterna av de auktoritära rörelser som präglade Europa under 1900-talets första hälft och som ledde till andra världskriget. Det framgår att synen på domstolars och domares självständighet måste präglas inte bara av en uttalad maktfördelningstanke utan också av en helhetsförståelse av vilka omständigheter som riskerar att inskränka domstolars och domares självständighet. Det är t.ex. inte bara sådant som direkt påverkar en domstol eller domare i deras självständighet som adresseras utan även sådan påverkan som är indirekt. Det är således inte bara en fråga om att värna domstolars självständiga ställning i förhållande till andra statsmakter utan även att värna den enskilda domarens självständighet i förhållande till t.ex. överordnade på domstolen.

[22] The Universal Charter of the Judge, www.domstol.dk.

4 Den svenska synen på domstolars och domares självständighet

4.1 Åtgärder som införts under Sveriges medlemskap i EU

4.1.1 Ändringar i samband med 2010 års grundlagsreform

När det inledningsvis gäller frågan om de gjorda ändringarna i RF kan anses tillräckliga för att stärka domstolarnas och domarnas konstitutionella ställning kan Nergelius synpunkter kasta ljus över situationen.

Nergelius konstaterar efter en genomgång av de genomförda ändringarna i 11 kap. RF att de nya bestämmelserna som införts i och med 2010 års grundlagsreform sammantaget, inkluderat det faktum att rättskipningen fått ett eget kapitel får man förmoda, får anses stärka domarkårens självständighet. De gjorda ändringarna ger enligt Nergelius en markering av vikten av självständiga domstolar, såväl gentemot riksdag och regering som mot andra myndigheter. Domstolarnas egenart lyfts fram i högre grad än tidigare och den utvidgade lagprövningsrätten som införts samtidigt ökar domstolarnas makt, oavsett om någon reell maktdelning var avsedd. Samtidigt poängterar han och även Sandberg i ett annat sammanhang att Sverige i en mätning av domstolars oavhängighet i ett sjuttiotal länder som genomfördes 2003–2004 hamnar lågt ner på resultatlistan.[23] I undersökningen gjordes en skillnad mellan oavhängighet *de jure* respektive *de facto*, där den förra formen tog sikte på domarnas och domstolarnas rättsliga skydd, genom grundlag och annan lag, medan den senare även beaktade resurstilldelning, lönenivåer, antalet domar som verkställs m.m. Sverige hamnade då på plats 48 i den förra kategorin och på plats 26 i den senare. Med detta konstaterar Nergelius att det kanske ändå inte är så bra ställt trots allt.[24]

När det gäller andra åtgärder som infördes i samband med 2010 års regeringsformsreform anser Wersäll t.ex. gällande avskaffandet av kallelsetjänsterna att deras avskaffande innebär att Justitiedepartementets avgörande inflytande över utnämningen av högre domare därmed har avskaffats, även om det formella beslutet alltjämt fattas av regeringen.[25]

[23] Sandgren, ”God rättskipning – särskilt om rättskipningens oavhängighet som kvalitetskriterium, Festskrift till Johan Hirschfeldt, Iustus Förlag, Uppsala, 2008, s. 455–481.
[24] Nergelius, ”Räcker grundlagsändringarna för att stärka domstolarna”, Svea Hovrätt 400 år, Norstedts Juridik, Stockholm, 2014, s. 460.
[25] Wersäll, ”Domartjänster. Några tankar med anledning av Domarlagsutredningens betänkande”, SvJT 2012.

Beträffande inrättandet av en domarnämnd har det enligt Wersäll inneburit att nämnden genom att göras om till en egen myndighet fått större autonomi. Sammansättningen har utvidgats och förstärkts.[26] Enligt Eka får den svenska ordningen för utnämning av ordinarie domare genom det förfarande som infördes den 1 januari 2011 anses ligga i linje med de principer som följer bl.a. av Europarådets rekommendation 2010 om domares självständighet, effektivitet och ansvar även om Domarnämnden inte fullt ut har samma oberoende ställning som motsvarande organ i andra länder, där dessa i än högre grad utformats som autonoma organ uppbyggda enligt principerna för ett så kallat *Judicial Council*.[27]

Det kan dock konstateras att Domarnämnden 2011 fick kritik av Riksrevisionen.[28] Riksrevisionen skriver i sin rapport följande. Domarnämndens protokoll ger inte någon tydlig bild av hur meritutvärderingen gått till i de enskilda ärendena. Motiveringen för en viss kandidat är ofta resonerande och generell. Det framgår inte hur bedömningen av den sökandes meriter har gjorts utifrån de kriterier som fastställts och som Domarnämnden har att utgå ifrån. Det anges att liknande iakttagelser gjordes redan 2010. Det finns ärenden där nämndens utfall blivit ett annat än myndighetschefens förslag. Det framgår dock inte i dokumentationen till berörda ärenden varför nämnden har frångått myndighetschefens förslag. Riksrevisionen sätter i fråga om handläggningen i nämnden varit oberoende bl.a. med hänvisning till att flertalet av nämndens ledamöter engagerar sig i nätverk vars mål är att öka antalet kvinnliga chefer och delägare. Enligt Riksrevisionen är detta ett förhållande som kan rubba förtroendet till opartisk handläggning i ett ärende, då tillsättning av domare enligt 11 kap. 6 § RF endast ska fästas vid sakliga grunder, såsom förtjänst och skicklighet. Det noterades i ett fall att den som en sökande hade använt som referens också var en ledamot i nämnden och att denna person deltog vid behandlingen av ett ärende där sökande var aktuell. Enligt Riksrevisionen var detta ett förhållande som kunde utgöra jäv. Mot denna bakgrund rekommenderade Riksrevisionen att Domarnämnden skulle göra dokumenterade bedömningar utefter de kriterier som nämnden fastställt för att göra processen mer transparent. Riksrevisionen

[26] Ibid.

[27] Eka, ”Domstolarna i samhället”, Svea Hovrätt 400 år, Norstedts Juridik, Stockholm, 2014, s. 394.

[28] ”Intern styrning och kontroll inom Domarnämnden”, Riksrevisionsrapport från den 29 november 2011.

betonade också att Domarnämndens uppdrag ställer mycket höga krav på en opartisk och transparent handläggning och att det inte får finnas omständigheter som kan rubba förtroendet för rättsväsendet. Riksrevisionen rekommenderade därför Domarnämnden att pröva om de omständigheter som framkommit i den gjorda granskningen var förenliga med gällande regelverk samt om de kunde anses vara förtroendeskadliga. Domarnämnden tillbakavisade dock kritiken.[29]

Angående frågan om utnämning av ordinarie domare framhålls det ofta att principen om domarnas oavsättlighet utgör ett viktigt skydd för domares självständighet. I det sammanhanget är det dock, såsom har påpekats av Petrén, relevant att komma ihåg att den principen endast gäller ordinarie domare. Dessutom har oavsättlighetsskyddet främst betydelse för sådana ordinarie domare som nått sina slutposter i karriären. För övriga domare, vilka torde utgöra det stora flertalet av de aktiva domarna, finns kvar det beroende som oron för att äventyra en väntad befordran – medveten eller omedveten – kan framkalla hos dem.[30]

4.1.2 Åtgärder med anledning av domstolsväsendets förändring

4.1.2.1 Ändringar angående den yttre organisationen

När det gäller de ändringar som har att göra med den yttre organisationen verkar dessa förändringar inte har föregåtts av några djupare diskussioner om på vilket sätt dessa skulle kunna innebära bekymmer med hänvisning till domstolarnas eller domarnas självständiga ställning. Domstolsverkets roll sådan den utkristalliserats, utan hänsyn tagen till att Domstolsverket dessutom fungerar som anslagsgivare, normgivare och lönesättare av de högsta domarna, framstår emellertid som problematisk med tanke på vad som förespråkas inom EU, i Europakonventionen och andra internationella dokument vad gäller att domstolarna ska vara självständiga också i förhållande till domstolsadministrationen.

Beträffande reformen att gå från många små till färre stora domstolar framstår det som om dessa reformer har införts bl.a. av effektivitetsskäl utan några vidare reflektioner kring dessa reformers betydelse för domares självständighet. Det är dock inte alltför långsökt att föreställa sig att inrättandet av alltför stora domstolar med alltför stora avdelningar bero-

[29] Se bl.a. ”Domarnämnden ifrågasätter Riksrevisionens kritik”, Advokaten nr 4 2012, årgång 78, ”Storbråk om domarutnämningar”, 25 januari 2012, realtid.se.

[30] Petrén, ”Domstolarnas ställning enligt 1974 års regeringsform”, SvJT 1975, s. 7.

ende på organisation sannolikt bidrar till att försvaga medinflytandet för i vart fall de domare som inte innehar en chefsposition. I tider av fred och då demokratiska värden upprätthålls med andra medel och då det råder någon typ av samförstånd mellan domstolschefen, andra chefer och obefordrade domare framstår kanske inte en sådan organisation som så problematisk, även om det även då kanske borde ifrågasättas, men frågan borde i vart fall ställas hur lämplig en sådan ordning är i mer oroliga tider.

4.1.2.2 Ändringar gällande den inre organisationen

När det gäller ändringarna gällande den inre organisationen och argumentationen kring domstolschefernas förstärkta roll och individuell lönesättning framgår det att synen på vad som anses inkräkta på en domares självständighet bara är åtgärder som direkt påverkar domaren i dennes dömande i det enskilda fallet, vilket ju inte överensstämmer med den syn på domares självständighet som gäller inom EU, i Europakonventionen eller i andra internationella dokument. Det kan konstateras att inrättande av den partssammansatta nämnden tyder på att influenser inhämtats från något eller några av de internationella dokumenten. Inrättandet av en sådan nämnd skulle kunna bidra till att balansera upp de negativa konsekvenserna som individuell lönesättning riskerar att få vad gäller domares självständighet. Då det inte tycks ha antagits något dokument som styr nämndens uppdrag och det är oklart vilken verkan ett beslut från nämnden faktiskt har får nog inrättandet av nämnden anses ha begränsad effekt ur balanshänseende.

Det faktum att det är regeringen som sätter verksamhetsmålen är kanske rimligt, även om tillämpningen på domstolar i sista instans verkar inkonsekvent. Det som dock framstår som problematiskt i förhållande till det som förespråkas i olika internationella dokument är att domstolarna med hänsyn tagen till de satta verksamhetsmålen inte tycks få tillräckliga resurser för att domarna ska kunna fullgöra sina arbetsuppgifter.

I fråga om införandet av beredningsorganisationer kan det konstateras att det inte i något av betänkandena där införandet av beredningsorganisation togs upp har utretts vad olika former av beredningsorganisationer kan får för konsekvenser för domarens självständighet. Införandet av en beredningsorganisation synes dock i och för sig kunna stämma överens med åtgärder som förespråkas i flera av de internationella dokumenten. Problemet är att beroende på hur en beredningsorganisation organiseras kan de riskera att dels beskära domarnas autonomi, dels dra undan förutsättningarna för domaren att ta ansvar för de mål som han eller

hon är ansvarig domare för. I båda fallen innebär en sådan organisation att domares självständighet sådan den beskrivs i de olika internationella dokumenten begränsas.

4.1.3 Sammanfattande reflektioner

De ändringar i RF och en del andra lagar som infördes i och med 2010 års grundlagsreform har sannolikt präglats av den syn på domstolars och domares självständighet som förespråkas inom EU samt i Europakonventionen och i andra internationella dokument, trots att det inte ingick i grundlagsutredningens uppdrag att ta hänsyn till EU-medlemskapet och dess betydelse för det svenska statsskicket.[31] Samtidigt kan det konstateras att många av de åtgärder som skett utanför ramen för grundlagsreformen är åtgärder som i diskussionen om de är förenliga med domstolarnas och domares självständighet har försvarats med argumentet att åtgärderna inte påverkar den enskilde domaren i sitt dömande, vilket inte kan anses överensstämma med den syn på domstolars och domares självständighet som förespråkas inom EU, i Europakonventionen eller i andra internationella dokument. Det är vidare så att frågan om domstolars och domares självständighet när det gäller domstolarnas yttre och inre organisation i viktiga delar överhuvudtaget inte verkar ha berörts.

En naturlig fråga i sammanhanget är varför 2010 års reform dröjt så länge och varför den svenska synen på domstolars och domare självständighet har varit så begränsad och ibland inte har beaktats alls.

4.2 Andra aspekter som kan eller har satts ifråga

4.2.1 Inledning

Utöver de förändringar som har tagits upp till behandling ovan och som alltså införts under Sveriges tid som medlem i EU finns det andra aspekter i det svenska systemet som kan eller har satts ifråga under denna tid med hänsyn tagen till frågan om domstolas och domares självständighet. Här följer några.

[31] Jermsten, ”Om EU och Sveriges statsskick”, Festskrift till Johan Hirschfeldt, Iustus Förlag, Uppsala, 2008, s. 177.

4.2.2 Domstolsverket som anslagsgivare m.m.

När det gäller domstolsväsendets finansiering är domstolarna liksom förvaltningsmyndigheterna beroende av riksdagens anslagsbeslut och regeringens regleringsbrev.[32] Enligt 1 § lagen (1996:1059) om statsbudgeten är nämnda lag tillämplig på ”regeringen, domstolarna och de förvaltningsmyndigheter som lyder under regeringen”.

Det är sedan länge Domstolsverket som fördelar tillgängliga budgetmedel mellan domstolarna. Det kan konstateras att när det gäller dessa delar av den yttre styrningen av domstolarna hänvisas i SOU 2000:99 till att många av de internationella dokumenten inte ger någon större vägledning när det gäller utformningen av den centrala domstolsadministrationen. Det nämns att det i olika sammanhang då Domstolsverkets roll har tagits upp till behandling det har uttryckts farhågor om att domstolarnas självständighet är i fara. I det sammanhanget nämns att det finns konstitutionella skäl som talar för en modell där domstolarna är självförvaltande i högre grad, även om en sådan modell är beroende av bl.a. hur stark den organisatoriska strukturen är i domstolarna. Eftersom det inte ingick i utredningens uppdrag att utreda införandet av en sådan modell lämnades dock frågan därhän.[33]

Hirschfeldt tar upp ett annat problem med anknytning till Domstolsverkets roll som anslagsgivare och det är det faktum att domstolarna ingår i samma utgiftsområde som sektorerna polisväsendet, åklagarväsendet, kriminalvården och exekutionsväsendet. Då domstolar inte råder över sitt anslagssparande och riksdagen anser sig kunna överföra ett överskott inom en sektor till en annan sektor inom samma utgiftsområde, föreslår Hirschfeldt att det med hänsyn till domstolarnas konstitutionella särställning skulle bilda ett eget utgiftsområde samt att i vart fall de större domstolarna skulle vara betjänta av ett system med t.ex. treårsbudget istället för en ettårsbudget.[34]

Domstolsverket är en statlig förvaltningsmyndighet under regeringen av sedvanligt slag med den principiella lydnadsplikt som följer därav och är en enrådighetsmyndighet med en generaldirektör som är utsedd av regeringen. Som sådan beslutar Domstolsverkets generaldirektör såväl budgetfördelningen som de högsta domarnas löner.

[32] Eka, s. 390.
[33] SOU 2000:99, s. 258 ff.
[34] Hirschfeldt, bilaga 5 i SOU 2000:99, s. 189–191.

Det är en ordning som Eka lyfter fram som problematisk.[35] Frågan om Domstolsverkets ledningsform är något som även Melin ifrågasätter.[36]

4.2.3 Domstolsverket som normgivare

Vid tillkomsten av 1974 års regeringsform uttalade dåvarande departementschefen att det saknades anledning att kräva lagform för de administrativa uppgifterna i domstol och att det inte vore ändamålsenligt att kräva att domstolsorganisationen skulle regleras i detalj genom lag. Det bör dock noteras att huvuddragen i domstolarnas organisation ska meddelas i lag enligt 11 kap. 2 § RF. Oavsett det uttalandet borde enligt departementschefen bestämmelser som handlar om domstolarnas organisation och som är mindre betydelsefulla ur rättssäkerhetssynpunkt kunna meddelas av regeringen. Det innebär att sådana frågor faller inom regeringens restkompetens enligt 8 kap. 7 § 2 p. RF och att de kan delegeras till myndighet enligt 8 kap. 11 § RF, i detta fall Domstolsverket. En förutsättning för att regeringen ska kunna meddela föreskrifter om domstolsorganisationen är att domstolarna i detta avseende betraktas som myndigheter under regeringen. Genom att regeringen har normgivningsmakt över domstolarna hamnar dessa således under regeringen i detta avseende.[37]

Ett sätt att begränsa regeringens möjligheter till styrning av domstolarna är att riksdagen lagstiftar på områden som nu finns reglerade i förordningar. Det ingick i Domarlagsutredningen (SOU 2011:42) att se över vilka bestämmelser om domstolar och domare som bör finnas i lag respektive förordning. Bland annat skulle utredningen se till att regelverket på ett tydligt och enkelt sätt ger uttryck för domstolars och domares oberoende. Utredningen föreslog 2011 att bestämmelser om domstolars inre organisation tas in i en ny lag och att vissa bestämmelser förs över från förordningar i denna lag.[38] Förslaget har i skrivande stund inte genomförts.

Ett alternativ till denna ordning skulle kanske enligt Lerwall vara att överlåta normgivningsmakten till ett *Council for the Judicial* – ett domar-

[35] Eka, s. 394.

[36] Melin, ”Svenska domstolars ställning och roll – om den långa resan på väg mot en tredje statsmakt”, Svea Hovrätt 400 år, Norstedts Juridik, Stockholm, 2014, s. 439.

[37] Lerwall, ”Makten över domstolarna – om styrning av oberoende domstolar”, SvJT 2014, s. 597 ff.

[38] Ibid.

råd. Både Danmark och Norge har inrättat sådana organ för domstolsadministration i syfte att markera domstolarnas oberoende. Det finns enligt författaren av principiella skäl anledning att se över nu rådande ordning och om de lösningar som finns i Danmark och Norge kan vara ett alternativ också för Sverige.[39] Eka verkar öppen för en sådan lösning medan Melin anser att det skulle vara svårt att infoga ett sådant domarråd i vårt konstitutionella och förvaltningsrättsliga system.[40]

Mot bakgrund av den svenska ordningen med en av regeringen utnämnd generaldirektör som med enrådighet bestämmer över bl.a. budgetfördelningen mellan domstolarna och lönesättningen av domstolscheferna och de högsta domarna, dvs. justitieråden i Högsta förvaltningsdomstolen och Högsta domstolen samt ordförandena i dessa domstolar är Eka och Melin överens om att det är angeläget att utreda hur Domstolsverket lämpligast bör ledas för att stärka domstolars självständighet.[41]

4.2.4 Tillsyn över domstolarna

Av 11 kap. 3 § RF föreskrivs att ingen myndighet, inte heller riksdagen, får bestämma hur en domstol ska döma i det enskilda fallet eller i övrigt i ett särskilt fall ska tillämpa en rättsregel. Detta har emellertid inte hindrat att det har ansetts befogat med någon typ av kontroll och tillsyn av domstolsväsendet. Den kontrollen har sedan 1809 års regeringsform utövats av JO och JK. Enligt Melin är det betänkligt att JK som är den verkställande maktens ombudsman får utöva tillsyn och väcka åtal mot domare i såväl lägre instanser som mot domare i HFD och HD. Melin konstaterar att det i andra länder är ett Judicial Council som istället utövar tillsyn över domstolarna. Melin tillägger dock att tillsyn av JO är att föredra framför ett Judicial Council eller motsvarande organ som huvudsakligen består av domare då JO är oberoende i dubbel bemärkelse, både i förhållande till andra statsmakter och till domstolarna.[42] Även Eka ställer sig tveksam till JK:s rätt att utöva tillsyn.[43]

[39] Ibid.
[40] Eka, s. 394; Melin, s. 439 f.
[41] Ibid.
[42] Melin, s. 440.
[43] Eka, s. 395.

4.2.5 Nämndemannasystemet

Det framgår av 1993 års domarutredning att även om konceptet lekmannadomare finns i många andra länder det är i få andra länder som lekmannadomare sitter med även i andra instans. Det är vidare så att den partipolitiska anknytning som nämndemän har i det svenska systemet tycks vara ovanlig i andra länder.[44] Trots att det svenska nämndemannasystemet har ifrågasatts vid flera olika tillfällen har systemet behållits mer eller mindre intakt.[45]

5 Avslutande kommentarer

Under åren som medlem i EU har viktiga steg tagits för att förstärka svenska domstolars konstitutionella ställning. I den delen framstår det som om den svenska synen på domstolars självständighet i vart fall i viss uträckning – medvetet eller omedvetet – har präglats av den syn på domstolars självständighet som gäller inom EU, i Europakonventionen och i andra internationella dokument. Den genomgång som gjorts i uppsatsen visar dock att ytterligare åtgärder skulle kunna vidtas för att domstolar och domare ska bli mer självständiga i den mening som avses inom EU, i Europakonventionen och i andra internationella dokument. När det gäller frågan om domstolarnas självständighet måste det alltså t.ex. fortfarande ifrågasättas om svenska domstolar kan anses självständiga med beaktande av Domstolsverkets roll som anslagsgivare samt de påpekade synpunkterna gällande budgetprocessen, nuvarande politiska roll och styrelseform betraktat tillsammans med det faktum att nämndemannasystemet finns kvar i oförändrat skick samt den kritik som framförts gällande JK:s rätt att utöva tillsyn över domstolarna.

När det gäller synen på den enskilde domarens självständighet framstår det dock som om den inom EU, i Europakonventionen och i andra internationella dokument gällande synen på vad som krävs för att värna den enskilde domares självständighet inte har beaktats i särskilt hög grad, antingen genom att betydelsen av den enskilde domarens självständighet givits en mycket begränsad innebörd eller genom att frågan om den enskilde domarens självständighet överhuvudtaget inte har berörts.

Det kan konstateras att bristerna i de olika delarna var för sig kanske inte framstår som så anmärkningsvärda men med alla bristerna sedda

[44] SOU 1994:99, Del A, s. 301 ff.
[45] Ibid., s. 305 ff.

tillsammans blir det en annan sak. T.ex. framstår reformen att gå från många små till färre stora domstolar som än mer besvärande i kombination med en ökad makt för domstolschefer särskilt med hänsyn till att det är domstolschefen som sätter de individuella lönerna. Kombinationen av att Sverige är ett litet land, att regeringen fastställt produktionskrav, att det införts individuell lönesättning, att Domstolsverket för att kunna driva och utveckla en gemensam chefs- och arbetsgivarpolitik inrättat så kallade arbetsgivargrupper och ett arbetsgivarråd, att det inte finns några begränsningar i antalet mandatperioder som någon kan bli förordnad som ledamot i Domarnämnden i en situation där domare är beroende av en oro över kommande möjligheter till befordran samt bristande resurser, innebär också att den enskilde domarens självständighet helt klart riskerar att begränsas, i vart fall indirekt, på ett sätt som inte kan anses överensstämma med den syn på domares självständighet som förutsätts föreligga inom EU, Europakonventionen och i andra internationella dokument.

Det framstår alltså sammanfattningsvis som att den svenska synen på domstolars och domares självständighet hittills i alla fall inte kan sägas ha präglats av den inom EU, i Europakonventionen och i andra internationella dokument gällande synen på domstolars och domares självständighet i den utsträckning som vore önskvärd.

Håkan Andersson

Europeisering av svensk skadeståndsrätt och försvenskning av de europeiska källorna – EKMR som vitaliserande tillämpningsexempel

1 Europeisering som anomali respektive normalitet

Efter tjugo års medlemskap i den europeiska unionen, har en svensk version av den europeiska identiteten börjat normaliseras som en naturlig kulturell – och rättskulturell – hemvist. Många upplevde initialt en rådvillhet, där ”främmande” principer och regleringar tycktes skapa en avvikande, oöverskådlig och väldigt ”osvensk” rättsordning. Man ställde sig frågan om Europarätten var ett eget och övergripande rättsområde, som dikterade villkoren för all (eller mycken) juridik – och som därmed (åter) på ett ”främmande” (och kanske till och med ”hotfullt”) sätt predestinerade den svenska rättens innehåll. Numera har vi lärt oss uppskatta, att den svenska livsbetingelsen också inkluderar att vara europeisk. Men den *europeiska identiteten* innefattar även – på ungefär trettio olika sätt – att vara nationell. Vi har gemensamma direktiv, förordningar, principer, rättigheter etc; men inom vissa ramar tillåts *nationella diskrepanser* vid genomförandet av dessa – särskilt vad avser den detaljerade tillämpningen av rättsföljder vid överträdelser. Den konkreta appliceringen av rättsmedel – exempelvis skadestånd (som är temat för denna artikel) – förutsätter alltid en inordning av resonemangen i den nationella rättskulturens traditioner avseende ersättningsbestämningens poster, nivåer, begränsningsläror etc (givetvis under förutsättning att dessa nationella

skadeståndsprinciper inte understiger, eller står i strid med, tvingande europeiska krav).

Den nu beskrivna normaliseringen av de europeiska anspråken på nationell skadeståndsrätt – då det europeiska blir svenskt, men där också det svenska interagerar med de europeiska källorna – kan utgöra ett tankeväckande memento för den följande framställningen. Det handlar nämligen om hur *Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (EKMR)* på ett konstruktivt sätt samspelat med den svenska skadeståndsrätten. Det går att se en *dialektisk utveckling* med några stadier av växlande synsätt. Tidigt kan iakttas ett (1) läge då åberopandet av EKMR sågs som vansinnig rättshaverism, varefter (2) EKMR och rättighetstalet tvärtom upplevdes som – åtminstone retoriskt frammanades som – en revolutionerande nygestaltning av rätten där de europeiska principerna hävdades skapa helt nya (och väldigt höga) skadeståndskrav, vilket följdes av en (3) period då EKMR även officiellt erkändes som en skadeståndsgrund vid direkttillämpning i svenska domstolar, och därefter inträdde det (4) normaliserande tillstånd vi nu upplever, då det principiella erkännandet av EKMR följs av alltfler preciseringar avseende inordnandet av denna ansvarsgrund i den nationella traditionen med allmänna skadeståndsrättsliga principer och beloppsnivåer.

Man kan tala om en påtaglig *omvandling av rättskulturen*. Det som först, vid ratificeringen av EKMR[1] måhända framstod som en ren formalitet – att den demokratiska svenska staten ska respektera de så kallade mänskliga fri- och rättigheterna – har med åren visat sig medföra direkt materiella verkningar. Även om den initiala inställningen var, att svensk rätt redan stod i harmoni med konventionsrättigheterna,[2] infann sig ef-

[1] Utöver ratificeringen på 1950-talet har även vid EU-tillträdet på 1990-talet stadgats, att denna konvention ska gälla som lag i Sverige. Se om förhållandet mellan nationell och internationell rätt, prop 1993/94:117 s 32 ff; Cameron, An Introduction to the European Convention on Human Rights (7 edition, Uppsala 2014) s 30 ff och 193 ff; Danelius, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis (4 uppl, Stockholm 2012) s 36 ff; Opsahl, Human Rights Today (Scandinavian Studies in Law, vol 23 1979, s 149 ff) s 156 ff; Pellonpää, Europeiska människorättskonventionen (Helsingfors 2007) s 43 ff. Jfr Greer, The European Convention on Human Rights (Cambridge 2006) s 132, om att det – tvärtemot en vanlig uppfattning – inte synes ha någon betydelse för efterlevnaden, utifall EKMR ges en privilegierad formell status i den nationella konstitutionen eller rättssystemet.

[2] Se prop 1951:65 s 11.

terhand insikten, att successiva lagreformer var en nödvändig komponent för att nå normharmoni.[3] Dessutom kan nämnas att efter Sveriges anslutning till EU, ingår EKMR även som en del av unionsrätten.[4] Sedan Sverige ett antal gånger fällts i Europadomstolen,[5] har det gått upp för svenskarna – och de svenska juristerna – att ”demokratiskt fattade beslut” och ”formellt korrekt handläggning” inte alltid är de sista och vinnande orden i en rättslig argumentation om det allmännas ansvar. Den tiden är helt enkelt förbi, då ledande politiker kunde avfärda Europadomstolen som ”en lekstuga för Gustaf Petrén”[6] eller då vanliga jurister såg domstolen som ett tillhåll för ”rättshaverister”.[7]

Den svenska staten och den svenska myndighetstillämpningen står inte över allt rättsligt klander, utan idén med en bindande konvention är just att medborgarna ska kunna *testa de rättsliga gränserna* för den samhälleliga, faktiska och rättsliga makten. Och det är bland annat genom skadeståndsrätten som EKMR kan bli ett verkligt redskap, för att transformera det som benämns mänskliga rättigheter till en levande del av rätten – istället för abstrakta komponenter i en fin rättighetskatalog. Därvidlag kan framhållas värdet av rättslig aktivism från organisationer och fristående sakförare.[8]

[3] Se vidare prop 1993/94:117 s 32 f och 40 ff; jfr även SOU 2010:87 s 120 ff.

[4] Om förhållandet mellan EU-rätten och EKMR, se Bergström/Hettne, Introduktion till EU-rätten (Lund 2014) s 168 ff och 184 ff; Bernitz, Sverige och Europarätten (Stockholm 2002) s 156 ff; Bernitz/Kjellgren, Europarättens grunder (5 uppl, Stockholm 2014) s 150 ff och 169 ff; Cameron, An Introduction to the European Convention on Human Rights s 174 ff; Greer, The European Convention on Human Rights s 47 ff.

[5] Se vidare Åhman, Rättighetsskyddet i praktiken – skydd på papperet eller verkligt genomslag? (Smith/Petersson, red, Konstitutionell demokrati s 172 ff, Stockholm 2004) s 190 ff, för en översikt över målen.

[6] Se Sterzel, Gustaf Petrén till minne (Våra rättigheter V s 9 ff, Stockholm 2007) s 11 och 14, om detta omtalade citat som levt vidare som ”ett pregnant uttryck för ett äldre sätt att betrakta rättighetsfrågorna, numera dessbättre övergivet”.

[7] Jfr vidare Petri, Debattinlägg (Sterzel, red, Europakonventionens införlivande med svensk rätt, Uppsala 1993) s 67; ”När man var domare i Sverige på 1960-talet och någon åberopade Europakonventionen, ansåg man honom antingen som rättshaverist eller galning. I dag tar man konventionen på största allvar. Det är ingen tvekan om att det i svenskt tänkande har skett en oerhörd utveckling, och det är glädjande.” Jfr även Kleineman, Europakonventionen och den svenska skadeståndsrättens utveckling (JT 2008–09 s 546 ff) s 546 f.

[8] Jfr Schultz, Skadeståndsrätten i de mänskliga rättigheternas tjänst (JT 2007–08 s 140 ff) s 142, om skadeståndsrättens betydelse för förändringen av EKMR:s status samt möjligheten av juridisk aktivism. Se Wilhelmsson, Senmodern ansvarsrätt (Helsingfors

Ett antal *argumentativa rättsliga mönster* kan börja skönjas när konventionen omsätts i nationell skadeståndsrätt. I denna artikel uppmärksammas, att juridiken inte ”tar slut” så fort EKMR kan åberopas, utan att den svenska skadeståndsrätten just då ”startar” sin översättning av EKMR till juridik här och nu. EKMR är förvisso numera svensk lag; för konstaterande av vad som är en konventionskränkning krävs därmed ingen ytterligare lagstiftning. Praxis från Högsta domstolen – samt även ett liggande lagstiftningsförslag[9] – har vidare klarlagt EKMR som en accepterad ansvarsgrund; men det betyder inte att alla EKMR-kränkningar alltid medför skadestånd, eller att alla detaljerade skadeståndsfrågor i ett sådant fall är lösta.

Som kommer att visas finns dock en viss tendens, att *den stora berättelsen* om den stora konventionen får en del *rättsliga distinktioner och differentieringar* att nedtonas – åtminstone i ett tidigt skede av utvecklingen. Desto intressantare kan det därför vara, att söka teckna några små rättsliga berättelser som man kan ha i beredskap, för att göra civilrättslig juridik – skadeståndsrätt – av EKMR. Folkrättsliga åtaganden och så kallade rättigheter har ofta en tämligen abstrakt och formell framtoning, så när det mer konkret ska avgöras vad en konvention har för materiell innebörd, krävs alltid en undersökning av den nationella implementeringen.[10] Därvidlag kan man också uppmärksamma de individuella rät-

2001) s 134 ff och 186 ff, om dylika strategiska potentialer inom skadeståndsrätten. Se även Strömmer, Betydelsen av mobiliserande strukturer för fri- och rättigheter (Våra rättigheter V s 200 ff, Stockholm 2007) s 208 ff, om sådan aktivism på fri- och rättighetsområdet; jfr Lindblom, Grupptalan (Stockholm 1989) s 667 ff, om ”class action” avseende medborgerliga fri- och rättigheter.

[9] Lagstiftningsarbetet har, via SOU 2010:87, nått fram till ett förslag om principiellt införande av en regel i skadeståndslagen, som visar att skadeståndsansvar för EKMR-kränkning kan förekomma om det är nödvändigt för att Sveriges konventionsförpliktelser ska uppfyllas. Lagstiftningen kommer därmed – i enlighet med dess intentioner – att klarlägga det rättsläge som HD:s praxis redan nått fram till.

[10] Opsahl, Human Rights Today s 153 och 162 ff. Jfr även Cameron, The Influence of European Rights Law on National Law (Hollo, ed, National Law and Europeanisation s 63 ff, Helsingfors 2009) s 67 ff och 75 ff; Janis m fl, European Human Rights Law (3 edition, Oxford 2008) s 106 och 112. Jfr Greer, The European Convention on Human Rights s 10 ff, om paradoxen med bristande konsensus kring rättigheternas ontologiska status samtidigt som ingen politisk eller intellektuell bas lagts för att förkasta dem; jfr vidare a a s 197 och 203 ff, om att rättigheterna inte bara kan vara teoretiska utan också måste vara praktiska och effektiva, vilket innefattar en balansakt mellan rättigheter, demokrati och rättsstatsprinciper.

tigheternas samspel med en föränderlig statsroll.[11]

Ingen behöver tvivla på att *europeiseringen* är ett av de största temana i den *rättsvetenskapliga debatten*. EU-rätten och EKMR är givna ingredienser som genom direktiv, regler och principer syns direkt på det enklast iakttagbara ytplanet.[12] De europeiska projekten på lagstiftningsnivån kommer onekligen att ta över mycket av det nordiska samarbetet – även om de nordiska länderna uppvisar olika grader av integration. Man kan därmed tala om en ”kall harmonisering”, som minskar utrymmet för egna – svenska eller nordiska – initiativ;[13] resurserna kan helt enkelt inte fördelas på för många håll. Men den nordiska rättsgemenskapen torde ändå kunna odlas inom rättsvetenskapen, där frågor kring argumentation, rättskällelära, begreppsbildning och lagstiftningsteknik (exempelvis vid implementering av EU-rätt) kan få ökad betydelse.[14] Och i det långa loppet torde också alla rättsvetenskapliga konferenser och arbetsgrupper avseende komparation, harmonisering, utarbetande av förslag på europeiska principer etc – inom det ena och andra rättsområdet – få minst lika stor betydelse för hur rätten kan diskuteras och gestaltas. Skadeståndsrätten är förvisso inte central för den europeiska integrationen, men likväl

[11] Se Lysén, Europas grundlag (2 uppl, Uppsala 1993) s 17 ff, för en idéhistorisk översikt över de individuella rättigheternas utveckling samt avvägningen mellan naturrättsdoktrinen och statshänsynen; se även a a s 148, om den ständiga kampen enligt principen om ”lex versus rex”, dvs att med lagens hjälp begränsa den statliga maktutövningen till skydd för individen. Se vidare Petrén, Vägen till en svensk rättighetskatalog (Minnesskrift för Sundberg s 17 ff, Stockholm 1978) s 32, om rättighetsregleringen som uttryck för att en individualistisk samhällsuppfattning vunnit ökat gehör i det politiska livet.

[12] Se allmänt om europeiseringen av svensk rätt, Bergström/Hettne, Introduktion till EU-rätten s 116 ff och 399 ff; Bernitz, Sverige och Europarätten s 18 ff. Se specifikt M Carlsson, Arbetsskada (Stockholm 2008) s 134 ff, om ersättningsrättens europeisering.

[13] Se vidare Bernitz, Sverige och Europarätten s 22 ff, 43 ff och 189 ff, om europeiska lagstiftningsarbeten och den minskade betydelsen av nordiskt samarbete avseende denna rättsliga nivå. Se även Wilhelmsson, Harmoniseringen av skadeståndsrätten och behovet av en europeisk moraldiskurs (JFT 2007 s 359 ff) s 372 ff, om förutsättningarna för en europeiserad skadeståndsdiskurs; jfr Sisula-Tulokas, Ren ekonomisk skada (Helsingfors 2012) s 135 ff och 282 ff.

[14] Se Wilhelmsson, De allmänna lärorna under trycket från rättens fragmentering och avnationalisering (Retfærd 2003 nr 1 s 32 ff) s 37 ff, för en inventering av fragmenteringsprocesser i samband med europeiseringen samt att dessa inte lär lösas av någon enhetlig europeisk lagbok etc, utan att man med fördel bör inrikta intresset på de mindre argumentativa berättelserna. Jfr vidare T Andersson, Rättsskyddsprincipen (Uppsala 1997) s 33 ff, om den ökade betydelsen av rättslig argumentation, som blir en följd av europeiseringens ökade utbud av rättskällor.

finns ett antal gemensamma projekt.[15] Även om dessa arbetsgrupper och deras ”soft law” inte direkt är bindande,[16] så påverkar den gränsöverskridande rättsdiskussionen vad som på sikt upplevs som centrala frågor och lämpliga hanteranden av dem.

Som alla kunskapens äpplen är detta på gott och ont … och skillnaden ligger säkert i betraktarens ögon. Utifrån min horisont och synförmåga är det klart positivt, att den *rättsliga debatten breddas* genom alla dessa komparativa inslag, varigenom man för den nationella rätten kan fånga upp trender som är i rörelse. Det innebär ett öppnande av diskurslandskapet, som torde kunna föra med sig att såväl materiella som argumentativa förändringar kan introduceras i den nationella rätten. Å andra sidan bör man inte förtiga den negativa sidan, nämligen att unifierings- och enhetssträvandena för med sig vissa *risker för ytlighet*, vilket alltså kan motverka den teoretiska fördjupningen. Faran är helt enkelt, att när rättsvetenskapare från alla Europas länder söker en gemensam kärna – och så kallade europeiska principer – kommer man att närma sig de allmänna flosklerna och de förenklade, problemundvikande formuleringarna på ytplanet.[17] Den ovan nämnda positiva motsatsen skulle vara, att gräva sig ned i de mer underliggande lagren av rättskulturen och de argumentativa mönstrens domäner, varvid man istället för unifiering söker odla den faktiskt existerande pluraliteten.[18] Om man tvärtom exempelvis vill finna några minsta gemensamma nämnare för skadeståndsrättens ansvarsgrunder,

[15] Se vidare om olika europeiska projekt inom skadeståndsrättens område, Askeland, ”Principles of European Tort Law” og norsk erstatningsrett (Festskrift till Thue s 24 ff, Oslo 2007) s 25 ff; Dufwa, Integration genom fristående akademiska grupper (ERT 2006 s 307 ff) s 314 ff; Ehlers, Om adækvanslæren i erstatningsretten (København 2011) s 40; Lødrup, Lærebok i erstatningsrett (6 utg, Oslo 2009) s 77 f; Nygaard, Skade og ansvar (6 utg, Bergen 2007) s 26; Schultz, Europeiska civilrättsprinciper (JFT 2009 s 762 ff) s 767 ff; Stenvik, Erstatningsrettens internasjonalisering (TfE 2005 s 33 ff) s 50 ff.

[16] Jfr Bernitz/Kjellgren, Europarättens grunder s 58, om soft law och hur den kan kasta ljus över tolkningen av EU-rätten; jfr a a s 271 ff och 277 ff, om lagharmoniseringsarbeten med såväl pragmatiska som mer ambitiösa målsättningar. Jfr även Askeland, Spenninger mellom norsk og europeisk erstatningsrett (NFT 2006 127 ff) s 128 f.

[17] Jfr diverse olika diskussionspunkter avseende europeiseringen, Schultz, Disharmonization: A Swedish Critique of Principles of European Tort Law (European Business Law Review 2007 s 1305 ff), passim; Wilhelmsson, Europeiseringen av privaträtten: För ett fragmenterat utbyte av erfarenheter (TfR 2001 s 1 ff), passim; Wilhelmsson, Harmoniseringen av skadeståndsrätten och behovet av en europeisk moraldiskurs s 362 ff och 372 ff.

[18] Jfr Wilhelmsson, Europeiseringen av privaträtten: För ett fragmenterat utbyte av erfarenheter s 24 ff; dens, Senmodern ansvarsrätt s 225 ff. Om rättslig (och rättsvetenskaplig) pluralism, se vidare H Andersson, Ansvarsproblem i skadeståndsrätten (Uppsala 2013)

begränsningsprinciper etc, så ligger det ganska nära till hands att man når de enkla – men för verklig problemhantering tämligen innehållslösa – uttryck som vi kan finna i de allra rudimentäraste nybörjarframställningarna (dvs inte i de skadeståndsrättsliga läroböckerna, utan i det lilla kapitlet om skadestånd i den allra mest grundläggande läroboken i civilrätt). Och den som avseende kombinationen av skadeståndsrätt och konventionsrätt, säger sig motivera konkreta lösningar genom förfäktanden av abstraktioner som ”rättighet” och ”rättvisa”, kan lika gärna övergå till välsignat tungomålstalande.

Man kan sålunda mycket väl på övernationell nivå, i en soft-law-grupp, till slut enas om generella begrepp och uttryck – på rättens ytnivå – avseende ansvar, orsakande och begränsning. Men när dessa ska omsättas i nationell rätt, tillkommer vad man kan kalla *översättningsoperationen*, då det nya ytlagret ska konfronteras med en rättslig kultur (dvs cirka trettio europeiska rättskulturer) av resonemangsstilar, rättshanteringsprinciper etc. Kanske går vi därför mot det frapperande tillståndet av en uniform hänvisning till samma texter, men en differentiering av hur dessa europeiska källställen används i de nationella rättsdiskurserna.[19] Emellertid anses flera begrepp i EKMR autonoma – vilket betyder att de ska tolkas på ett enhetligt konventionseget sätt, oberoende av hur motsvarande begrepp förstås i de nationella systemen[20] – men till dessa hör inte de nu relevanta skadeståndsrättsliga basbegreppen, utan de grundläggande rättsmedlen är alltid nationella. För rättsvetenskapen återstår i detta läge det egentliga arbetet, med närstudium av hur de och de principerna, trenderna etc hanteras och får ett konkretiserat innehåll i den nationella rätten. Det gemensamt europeiska möter här de olika europeiska ländernas argumentativa och materiella traditioner. Och det är i detta möte som den intressanta närläsningen av prejudikaten och diskursen kan sät-

s 45 ff och 56 ff; dens, Pluralistisk syn på utveckling och funktion inom skadeståndsrätten (JP 2014 s 247 ff), passim.

[19] Se om denna paradox, Graver, Internasjonale konvensjoner som rettskilde (LoR 2003 s 468 ff) s 475. Jfr även Høgberg/Høstmælingen, Grunnlovsfesting av retten til privatliv? (JV 2010 s 98 ff) s 135 ff och 138 ff, om det varierande genomslaget för konventionsrättigheter inom spänningsfältet för allmänna principer respektive i lagtext fixerade regler. Se vidare Wilhelmsson, Senmodern ansvarsrätt s 193 ff och 197, om fragmentering som följd av bland annat EU-rättens strävan mot harmonisering på ytnivån.

[20] Danelius, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis s 50 ff; se även SOU 2010:87 s 143 ff.

tas in; då kan man leta distinktioner och differentieringar som genererar de små berättelserna bortom ytplanets stora, enhetliga allmängods.[21]

2 EKMR som skadeståndsgrund

I artikel 41 EKMR finns en möjlighet för Europadomstolen, att tillerkänna ersättning – *skälig gottgörelse* – till den som drabbats av en kränkning av en konventionsrättighet. Denna ersättningsregel gäller för det fall den nationella rätten endast till en del, eller inte alls, medger att gottgörelse lämnas; i den mån det finns nationella rättsmedel ska dessa prövas i första hand enligt subsidiaritetsprincipen (artikel 35).[22] Nu syftar ju EKMR indirekt till, att de fördragsslutande länderna efterhand ska förändra både sin myndighetspraxis och sin lagstiftning. Därmed kan tyckas att det vore en onödig omgång, utifall den enskilde skulle behöva gå till Europadomstolen även i fall där praxis angående viss konventionsartikel är otvetydig.[23]

Det är i denna kontext man får läsa artikel 13, som stadgar att den vars konventionsenliga fri- och rättigheter kränkts, ska ha tillgång till ett *effektivt rättsmedel* inför en *nationell myndighet*. Denna regel är en kompletterande rättighet, vars innebörd är att en kränkning av någon av de substantiella fri- och rättigheterna (artikel 2–12) ska kunna prövas och föranleda rättsföljd i det egna landet.[24] Det bör noteras, att uttrycket ”rättsmedel” i EU-rättsliga, EKMR-rättsliga (och andra folkrättsliga)

[21] Se vidare H Andersson, Ansvarsproblem i skadeståndsrätten s 33 ff, 39 ff och 45 ff, om metoden med språklig närläsning av diskursen, för att upptäcka de olika frågorna och utslagsgivande värderingarna – dvs distinktionerna och differentieringarna – och därigenom kunna undersöka förändringens vindar på ett pluralistiskt sätt.

[22] Danelius, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis s 28 ff; van Dijk m fl, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights (4 edition, Antwerpen–Oxford 2006) s 998 f; Pellonpää, Europeiska människorättskonventionen s 139 ff.

[23] Jfr Cameron, Skadestånd och Europakonventionen för de mänskliga rättigheterna (SvJT 2006 s 553 ff) s 558 f; Åhman, Skadestånd på grund av konventionsbrott – eller har HD blivit naturrättare? (JT 2005–06 s 424 ff) s 428 f, som noterar att någon uttalad förpliktelse på konventionsgrund att följa praxis inte, enligt artikel 46, finns annat än i de fall staten själv fällts. Jfr Greer, The European Convention on Human Rights s 279, angående motstående uppfattningar i denna fråga.

[24] Se vidare om artikel 13 EKMR, Cameron, An Introduction to the European Convention on Human Rights s 160 ff; Danelius, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis s 505 ff; Palm/Ericsson, Att klaga till Europadomstolen (Stockholm 2005) s 202 ff; Pellonpää, Europeiska människorättskonventionen s 558 ff.

sammanhang har en mer vidsträckt innebörd än i den svenska traditionen inom process- och förvaltningsrätt. I lagstiftningsutredningen övervägdes därför, huruvida någon annan term borde användas.[25] Den följande framställningen nyttjar dock denna vidare terminologi, eftersom den har fått ett sådant genomslag, att man utan risk för missuppfattning kan nyttja uttrycket i dessa Europarättsliga kontexter. EKMR är sedan länge svensk lag, och ordet ”rättsmedel” i den svenska översättningen av artikel 13 är etablerat, avseende just syftningen på alla de olika möjligheterna för en enskild att få EKMR-kränkningen erkänd, såsom grund för en positivare behandling än annars – exempelvis straffnedsättning, ändring av dom eller beslut, rättsprövning och så vidare … samt således även skadestånd.

Tillgången till det effektiva, nationella rättsmedlet bygger alltså på att en EKMR-kränkning kan vara förhanden. Förvisso behöver inte först fastställas, att en rättighet kränkts – det skulle ju vara ett typiskt fall av Moment 22 – utan avsaknaden av rätten att få en sådan talan prövad är en kränkning i sig; en förutsättning är dock att denna talan är *baserad på rimliga grunder*.[26] Rena okynnesmål grundar alltså ingen kränkning av artikel 13,[27] och dessutom innebär givetvis prövningsrätten inte att skadestånd utdöms till alla; artikeln stadgar ju endast, att frågan om ett möjligt rättsmedel ska kunna bli föremål för prövning hos nationell domstol eller annan myndighet. Denna ordning med nationell prövning (se mer strax nedan) är dessutom, mer eller mindre, en pragmatisk nödvändighet för att den redan hårt belastade Europadomstolen ska fungera i framtiden; domstolens ökade acceptans och relevans har nämligen även inneburit avigsidan med ökad arbetsbörda.[28] Då den redan befintliga, rikhaltiga praxisen avseende de olika artiklarna tämligen ofta kan ge svar, huruvida ett visst fall innebär en kränkning, vore det onödigt att behöva

[25] SOU 2010:87 s 267 f.

[26] Danelius, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis s 505 f. Se vidare SOU 2010:87 s 156 ff och 159 ff. Jfr van Dijk m fl, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights s 55 ff, 198 ff och 1000 ff, om de substantiella kraven på att uppfylla offerstatus enligt artikel 34 och 35 samt jämförelsen med artikel 13.

[27] Jfr Cameron, An Introduction to the European Convention on Human Rights s 163: ”It does not oblige national courts or other authorities to review carefully every wild allegation an individual might choose to make that his or her rights have been violated.”

[28] Se Janis m fl, European Human Rights Law s 881 f, med frågan om domstolen blivit ”a victim of its own success”. Jfr även Fura-Sandström, Ny i Europadomstolen (Festskrift till Anclow s 79 ff, Uppsala 2004) s 87 f.

gå till Strasbourg för att bekräfta det evidenta – innan man kan nå skadeståndsfrågan.

3 EKMR och de svenska skadeståndsgrunderna

Frågan debatterades tidigare, huruvida nationell direkttalan var möjlig, och genom *NJA 2005 s 462* fastslog HD – vilket alltså senare bekräftats i lagstiftningsutredningen – att talan kan prövas i svensk domstol. 2005 års prejudikat avsåg långsam handläggning av en process (artikel 6 EKMR),[29] men genom senare klarlägganden har denna nationella prövning ansetts gälla generellt för överträdelser av de olika EKMR-artiklarna (inklusive tilläggsprotokollen, exempelvis det första om äganderättens skydd).[30] Genom 2005 års fall etablerades en principiell *prioritetsordning* – (1)-(2)-(3) enligt nedan – avseende källstöd:

(1) Den vanliga culparegeln i 3:2 SkL (skadeståndslagen) om ”fel eller försummelse” vid myndighetsutövning är utgångspunkten. I de allra flesta fall kommer denna ansvarsregel att ge skadestånd vid konventionskränkning; att kränka någons rättigheter enligt EKMR är således i regel liktydigt med, att begå fel eller försummelse enligt de svenska culpanormerna.[31] Därmed ges ersättning för person-, sak- eller ren förmögenhetsskada; vidare finns det allmännas ansvar för brottslig integritetskränkning genom myndighetsutövning (jfr 2:3 och 3:2 SkL), varvid ideell ersättning utgår.[32] Emedan culparegeln i 3:2 SkL ger kompensation för – utöver de inte så frekventa person- och sakskadorna – rena förmögenhetsskador, får frågan om skadestånd som rättsmedel enligt artikel 13 aktualitet just

[29] Se vidare H Andersson, Ansvarsproblem i skadeståndsrätten s 580 ff, för en mer detaljerad analys av fallet.

[30] Se vidare för domar med direktprövningsrätt, men med såväl positiv som negativ utgång av skadeståndsfrågan, NJA 2005 s 726, NJA 2007 s 295, NJA 2007 s 584, NJA 2007 s 747, NJA 2009 s 463, NJA 2009 s 862, NJA 2009 s 873, NJA 2010 s 112, NJA 2010 s 363, NJA 2012 s 211 I–II, NJA 2012 s 1038 I–II, NJA 2013 s 842, NJA 2013 s 1055. Se vidare H Andersson, Ansvarsproblem i skadeståndsrätten s 596 ff, 603 ff, 618 ff, 647 ff, 655 ff, 661 ff, 686 ff, 697 ff, 716 ff och 732 ff, för detaljerade fallanalyser.

[31] Jfr dock SOU 2010:87 s 300 ff, där spörsmålet diskuteras utifrån ett antagande om en möjlig diskrepans mellan EKMR-kränkning och rekvisitet ”fel eller försummelse”.

[32] Se vidare Bengtsson, Skadestånd vid myndighetsutövning II (Stockholm 1978) s 142 ff; Friberg, Kränkningsersättning (Uppsala 2010) s 610.

avseende den ideella ersättningen för EKMR-kränkningen i sig. Förvisso kan ideell ersättning utgå redan genom 2:3 SkL, men eftersom denna kränkningsersättning innehåller det kvalificerande kravet på allvarlig kränkning genom brott[33] – vilket inte alltid är uppfyllt då en artikel i EKMR överträtts – behövs den fristående ideella ersättningsmöjligheten.

Det kan i sammanhanget helt kort nämnas, att de *europeiska skadeståndsreglerna* – utifrån Europakonventionen och EU-rätten – oftast principiellt inte avviker från den *svenska huvudregeln om culpaansvar*. Även om exempelvis en viss EU-rättslig regel inte uttryckligen innefattar ett culparekvisit (jfr ”fault” respektive ”faute”), finns dock en inneboende kvalificering, genom kravet på en ”tillräckligt allvarlig överträdelse” för att skadestånd ska aktualiseras.[34] EU-rätten förutsätter därmed avvägningar av både subjektiva och objektiva omständigheter, som på olika sätt anknyter till vad vi i svensk rätt benämner ”culpa”. Även EKMR innefattar ofta en motsvarande kvalificering – åtminstone implicit.[35] Som exempel kan tas artikel 6 med kravet, att den rättvisa och offentliga förhandlingen inför en oavhängig och opartisk domstol ska genomföras ”inom skälig tid”. Med detta skälighetsrekvisit är man inne på just den typ av risk- och intresseavvägningar som kännetecknar culparekvisitets objektiva del;[36] och det är betoningen av denna objektiva culpavärdering som föranlett, att 3:2 SkL erhållit rekvisitet ”fel eller försummelse”.[37] Oacceptabla dröjsmål – dvs bortom skälig tid – kan därmed utgöra grund för att ålägga skadestånd för fel eller försummelse.[38]

[33] Se vidare Bengtsson/Strömbäck, Skadeståndslagen (5 uppl, Stockholm 2014) s 71 ff; Friberg, Kränkningsersättning s 527 ff och 653 ff.

[34] Jfr Bergström/Hettne, Introduktion till EU-rätten s 355 ff och 419 ff; Bernitz/Kjellgren, Europarättens grunder s 129 ff; Wahl, Konkurrensskada (Stockholm 2000) s 92 ff; SOU 1997:194 s 119 ff och 134 f.

[35] En annan sak är, att om väl EKMR-kränkning fastslagits, behövs ingen ytterligare kvalificering avseende att det var en allvarlig överträdelse etc; däremot är förvisso inte alla överträdelser skadeståndsgrundande, utan man får i varje enskilt fall avväga, huruvida skada inträffat och om denna bör föranleda skadestånd. Se vidare SOU 2010:87 s 388 ff.

[36] Se H Andersson, Ansvarsproblem i skadeståndsrätten s 69 ff, om culpabegreppets objektiva och subjektiva komponenter.

[37] Se prop 1972:5 s 497. Jfr H Andersson, Ansvarsproblem i skadeståndsrätten s 69 ff och 378 f; Bengtsson/Strömbäck, Skadeståndslagen s 112 ff.

[38] Se Bengtsson, Det allmännas ansvar (2 uppl, Stockholm 1996) s 87 ff; dens, Skadestånd vid myndighetsutövning I (Stockholm 1976) s 281 ff, om culpaprövning av dröjsmål inom de allmänna verksamheterna. Se även SOU 2010:87 s 87 f.

Det ska vidare noteras, att den *europeiska standarden* är något som utvecklas med tiden, och att de fördragsslutande staternas domstolar medgetts en viss ”margin of appreciation” att göra diskretionära prövningar.[39] Detta innebär ett memento mot att alltför svepande hänvisa till någon tvingande, konstant och given jämförelsenorm. Dessutom finns ofta ingen enhetlig standard – detta gäller särskilt aspekter som involverar vad man brukar benämna moralfrågor – och den komparativa metoden innebär ingen mekanisk vägning, så att majoriteten alltid skulle ha ”rätt”. Europadomstolen kan dock inte undvika alla känsliga frågor, utan en viss unifiering av moraldiskursen förekommer.[40] Ofta kan åtminstone vissa minsta gemensamma nämnare beaktas,[41] vilket förvisso ibland blivit svårare i och med utvidgningen österut. Det står dock klart, att Europadomstolens dynamiska tolkning innebär en ständigt pågående utveckling,[42] där dagens samhällsförhållanden väger tyngre än konventionens förarbeten.[43] Till detta kan nämnas, att konventionen utarbetades i viss hast på grund av det trängande behovet av en kodifiering under

[39] Danelius, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis s 51 f och 54 f; Greer, The European Convention on Human Rights s 222 ff; Palm/Ericsson, Att klaga till Europadomstolen s 54 ff; Pellonpää, Europeiska människorättskonventionen s 250 ff. Se vidare Cameron, An Introduction to the European Convention on Human Rights s 76, om staternas diskretionära utrymme och dess förhållande till subsidiaritetstanken samt att Europadomstolen är medveten om att ”there is a fine line between being seen as brave defenders of basic minimum European standards of human rights and being seen as a collection of interfering foreigners in Strasbourg who do not understand how a national law really works, but who nonetheless insist on the state making (inappropriate) changes in it”.

[40] Se Cameron, An Introduction to the European Convention on Human Rights s 74, angående att domstolen inte väjer för frågor såsom abort, dödshjälp och skilsmässor; jfr a a s 74 och 140 ff, angående att olika länder har sina ”heliga kor” – för Sveriges del alkohol och arbetsrätt – men att dessa ämnen ändå inte kan hållas bortom Europadomstolens prövning. Se även Cameron, The Influence of European Rights Law on National Law s 81. Jfr vidare Harris m fl, Law of the European Convention on Human Rights (2 edition, Oxford 2009) s 33, om olika länders ”blind-spots”. Jfr även Wilhelmsson, Harmoniseringen av skadeståndsrätten och behovet av en europeisk moraldiskurs s 366 ff, om skadeståndsrätten som arena för moraldiskurs.

[41] Harris m fl, Law of the European Convention on Human Rights s 9, jfr s 352 f.

[42] Jfr Harris m fl, Law of the European Convention on Human Rights s 17 f, om att Europadomstolen inte känner sig bunden av sina (eller den förutvarande kommissionens) tidigare tolkningar i praxis.

[43] Pellonpää, Europeiska människorättskonventionen s 239 ff.

efterkrigstiden, varför vissa svåra frågor lämnades öppna.[44] Hursomhelst synes det överlag som om svenska HD är tämligen lojal vid sin tolkning av europeiska källor;[45] dessutom kan motsvarande ökat erkännande av EKMR iakttas i hela Europa.[46] Däremot ska man inte förvänta svenska nyskapelser av standarden, utan HD:s och lagstiftningsarbetets tydliga budskap är, att man förhåller sig till vad som redan etablerats som en EKMR-kränkning – varefter således den nationella prövningen av skadestånd möjliggörs.[47]

(2) En i EKMR:s anda konventionskonform tolkning av de svenska reglerna blir nästa steg. Det innebär att diverse begränsningar av ansvaret eller hinder för talan bortfaller, om dessa står i strid med EKMR:s intentioner. De begränsningar som ligger i taleförbudet mot de högsta politiska och rättsliga instanserna (3:7 SkL), kan tas som exempel på att en konventionskonform tolkning medför en utvidgning av ansvaret.[48] Vid den normaliseringsprocess som inträtt efter det principiella erkännandet av direktprövningsrätten, har HD preciserat att inte alla svenska skadeståndsrättsliga kvalificeringsrekvisit kan ses som nu berörda ”begränsningar”, vilka skulle behöva bortfalla vid prövningen enligt den europeiska källan. Strax ovan nämndes, att culpakvalificeringar – såväl explicita som implicita – finns även i de europeiska ansvarsreglerna; därmed är motsvarande nationella preciseringar av culparekvisitet – med kvalificerade, hårdare, krav för att uppnå culpastämpling av vissa omständigheter – inte att se som dylika nationella ansvarsbegränsningar. Istället handlar

[44] Se om denna historiska bakgrund, Greer, The European Convention on Human Rights s 8 ff och 17 ff; Pellonpää, Europeiska människorättskonventionen s 11 f.

[45] Se vidare Danelius, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis s 39 f. Se även H Andersson, Ansvarsproblem i skadeståndsrätten s 575 ff, om den tämligen harmoniseringsfrämjande tolkningsansatsen i NJA 2004 s 662 (som rörde det tidigare EES-avtalets ändamålsstruktur).

[46] Jfr vidare Janis m fl, European Human Rights Law s 114 f, om ”the real wonder” – och ”the mystique of the forms of law” – avseende den ständigt ökande acceptansen av EKMR-systemet, även efter flera ytterst kontroversiella domar från Europadomstolen; jfr även a a s 116, om paradoxen att detta system är beroende av attityden gentemot dess rättsskapande institutioner, men att den attityden för sin del kan vara produkten av ett antagande om att institutionerna är skapelser av redan existerande rätt.

[47] SOU 2010:87 s 317 ff.

[48] Se SOU 2010:87 s 90 ff och 461 ff, där möjligheten av ett avskaffande av 3:7 diskuterades, men där man – möjligen lite märkligt på grund av tidsskäl – inte framlade något sådant förslag.

det om ordinarie ansvarskriterier, för att alls klassificera ett visst agerande såsom culpöst och därmed skadeståndsgrundande.

Exempelvis preciserades genom *NJA 2013 s 842* – som handlade om en lägre instans felaktiga rättstillämpning mot en butiksägare[49] – att den svenska ansvarsförutsättningen avseende ”uppenbart oriktig bedömning” vid felaktig rättstillämpning inte är en extra begränsning till förmån för staten, utan att de citerade orden utgör kravet för att alls kunna klassificera rättstillämpningen såsom culpös. Detta *uppenbarhetsrekvisit* bör därför inte ses som en negativ reduktion av culparegeln – dvs en ansvarsbegränsande bonus för det allmänna – utan som en positiv förutsättning för att etablera culpaansvaret.[50] Bedömningen av rättsfrågor anses culpös, först sedan ”felet” nått en tillräcklig grad av avvikelse från den ”rätta” bedömningen. Vid all culpaprövning har man ju att väga risker och mothänsyn, varvid det måste beaktas att det ofta – inom ramen för rimlig juridisk analys – går att argumentera för olika lösningar. Med andra ord innebär förekomsten av EKMR inte, att man i nationell skadeståndsrätt skulle behöva övergå från ett culpaansvar vid rättstillämpningsfel, till ett strikt ansvar för alla ”fel” som skulle bestå i att en högre instans har ändrat den lägre instansens bedömning.

(3) Överträdelse av EKMR-artikel får självständig betydelse utöver (1) culparegeln och den (2) konventionskonforma tillämpningen i vissa fall. Eftersom person-, sak och förmögenhetsskador redan är täckta av den vanliga culparegeln, är det främst den ideella ersättningen som tillfogas genom denna tredje grund. Den ideella ersättningen enligt EKMR har vidare en självständig betydelse i de fall en konventionskränkning riktar sig mot en juridisk person, exempel ett bolag. Eftersom den svenska kränkningsersättningen bara gäller vid brott mot någons personliga integritet, torde sådan ersättning inte kunde utdömas till bolag.[51] Däremot kan vissa konventionskränkningar – exempelvis långdragna processer enligt artikel 6 – även drabba juridiska personer.[52] Det är således avseende den *ideella ersättningen för kränkningen* i sig – såsom tillägg till det vanliga

[49] Se vidare H Andersson, Ersättningsproblem i skadeståndsrätten (Uppsala 2016), kapitel 5, för en närmare fallanalys.

[50] Denna teoretiska förståelseram och praktiska problemlösning, hade även tidigare förordats i doktrinen; se H Andersson, Ansvarsproblem i skadeståndsrätten s 378 f, 449 f, 464 ff, 474 ff, 485 ff, 513 ff och 528 ff.

[51] Se Friberg, Kränkningsersättning s 563 och 571.

[52] Se SOU 2010:87 s 187 och 377 ff; Friberg, Kränkningsersättning s 505 och 509.

culpaansvaret vid myndighetsutövning enligt 3:2 SkL – som HD:s praxis och det senare lagstiftningsförslaget klarlagt rättsläget.

I den mån EKMR enligt ovan har en självständig betydelse utöver culpaprövningen, inställer sig en terminologisk fråga – nämligen hur man ska beteckna det förhållandet, att staten i ett enskilt fall inte uppfyllt sina plikter enligt en viss konventionsartikel. Språkbruket synes – kanske bara för variationens skull – pendla mellan uttrycken ”*överträdelse*” (respektive att ”överträda”) och ”*kränkning*” (respektive att ”kränka”). I det svenska utredningsförslaget förordades ”överträdelse”,[53] men visst företräde kan faktiskt anses gälla för kränkningsterminologin. Dels är det mer i överensstämmelse med korrekt svenskt språkbruk, att tala om överträdelse av regler och förbud (respektive att överträda dessa riktlinjer), men kränkning av rättigheter, integritet etc (respektive att kränka någons rättighet), dels erhåller man en närmare koppling till den skadeståndsbestämmelse som är jämförelseobjektet vid ersättningsbestämningen, nämligen regeln om ersättning för kränkning genom vissa brott (2:3 SkL). Som nedan kommer att framgå, tydliggörs med en sådan terminologi dessutom, att det i förutsättningarna för att rättsmedlet skadestånd ska anses vara nödvändigt, verkligen krävs att agerandet medfört en ”skada” – vilket inte är fallet vid alla ”överträdelser” (av formell natur), men däremot vid ”kränkningar” (av mer materiell natur). Det är med andra ord ingen automatik mellan en EKMR-överträdelse och en framgångsrik talan om ideellt skadestånd, utan det måste även prövas om skadestånd är nödvändigt i det konkreta fallet – varvid även förekomsten av andra rättsmedel är en relevant faktor.[54]

Som alla vet – om de alls kan något om skadeståndsrätt – är ansvarsgrunden, och därmed det *principiella erkännandet av EKMR* som del i denna, aldrig hela svaret på de många frågorna kring ansvarets omfattning, begränsning, berättigade parter samt ersättningsbestämning. Detta förhållande mellan EKMR-kränkningen i sig och de efterföljande *skadeståndsprövningarna enligt allmänna läror* – såsom teorierna om skada, kausalitet, adekvans etc – har dock varit en medveten komponent hos lagstiftaren;[55] några simplifierande förkortningar av skadeståndsargumentationen är således inte legitimerade.

[53] SOU 2010:87 s 53 f och 316 ff, jfr s 406 f.
[54] Se SOU 2010:87 s 167 ff, 179 ff, 227 ff, 284 f, 329 ff och 334 ff.
[55] Se SOU 2010:87 s 380 ff.

Den nu redovisade ordningen med koppling till den nationella skadeståndsrätten, innebär dock inte att EKMR kan ges ett direkt horisontellt genomslag avseende skadeståndstalan mellan enskilda subjekt. Förvisso har EKMR genom 1994 års inkorporeringslag gjorts till lag även i svensk rätt, men eftersom konventionens förpliktelser åvilar de fördragsslutande parterna, är ansvarssubjektet även enligt denna lag staten; enligt artikel 1 EKMR ska således ”de höga fördragsslutande parterna” garantera var och en de fri- och rättigheter som konventionen anger.[56] Tematiken kring *horisontell effekt* behandlades av HD i *NJA 2007 s 747* – där en försäkringstagare (som hävdat sig vara rörelsehindrad) under åberopande av privatlivsskyddet i artikel 8 stämde ett försäkringsbolag på skadestånd (då bolaget utomhus filmat hennes kroppsrörelser) – varvid HD:s respons blev, att man av rättssäkerhetsskäl inte kunde tillskapa några sådana horisontella remedier.[57] Det kan alltså konstateras, att något tvingande krav på dylik effekt inte kan baseras på konventionsartiklarna.[58] Dessutom kan inte Europadomstolen ta upp sådana mål, och denna domstol har vidare uttryckligen konstaterat, att den inte finner det önskvärt eller nödvändigt att utarbeta någon generell teori kring hur rättigheterna skulle kunna utvidgas till att även gälla mellan enskilda.[59] Det är därmed upp till varje nationell rättsordning, att avgöra om man vill skapa direkta rättigheter för enskilda som går utöver det skydd gentemot staten som EKMR ger i grunden[60] – och om man dessutom vill förena dessa med

[56] Se vidare NJA 2009 s 463, vari även en kommun kunde görs ansvarig i den mån det behövs för att Sverige ska uppfylla sina konventionsförpliktelser; domen innebär en pragmatisk utvidgning av ansvarssubjekten, just med hänsyn till att den enskilde inte ska komma i ett sämre processuellt läge, då en myndighets agerande kan innefatta både culpagrund och EKMR-grund. Se vidare H Andersson, Ansvarsproblem i skadeståndsrätten s 647 ff, för en närmare analys av fallet.

[57] Se även SOU 2010:87 s 61, 150 ff och 358 ff, för utredningens val att inte reglera denna fråga samt angående att man därvidlag skiljer detta spörsmål från det om statens positiva förpliktelser. Se vidare H Andersson, Ansvarsproblem i skadeståndsrätten s 618 ff, för en närmare analys av fallet.

[58] Se vidare om diskussionen, van Dijk m fl, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights s 28 ff; Harris m fl, Law of the European Convention on Human Rights s 18 ff; Pellonpää, Europeiska människorättskonventionen s 22 ff.

[59] Se Cameron, Skadestånd och Europakonventionen för de mänskliga rättigheterna s 580 ff; van Dijk m fl, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights s 29, med referenser till domar från Europadomstolen.

[60] Jfr van Dijk m fl, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights s 32.

skadeståndspåföljd. Enligt ovan har HD valt att inte gå denna väg; även AD har uttryckligen tillbakavisat horisontell talan mellan enskilda subjekt.[61] Problemet med den typen av talan är ju, att om den bejakas får den enskilde som följer svensk rätt bära ansvaret, för att Sverige borde ha förbjudit det nu tillåtna agerandet med hänsyn till EKMR (och om ett enskilt subjekt ådöms skadestånd i svensk domstol, trots att man agerat i överensstämmelse med svensk rätt, borde den parten kunna stämma staten på skadestånd enligt EKMR – vilket visar att det både teoretiskt och praktiskt är rätt, att talan bara får riktas mot staten redan från början).

En annan sak är att en *indirekt horisontell effekt* av EKMR uppnås i de fall staten görs ansvarig för kränkningar mellan enskilda, men det bör dock noteras att staten i dessa fall alltså bär ett eget ansvar, för att man inte skött sina positiva förpliktelser att värna konventionsrättigheterna.[62] Förvisso påverkar säkert EKMR på sikt värderingarna kring vad som är skäliga krav enligt svensk rätt, men då handlar det främst om att redan *befintliga ansvarsregler* – exempelvis avseende vilken aktsamhetsstandard och vilka krav som kan göras gällande – kan tolkas i ljuset av den nya diskursmiljö som börjar etableras.[63]

4 Normalisering av skadeståndets roll bland rättsmedlen

Artikel 13 EKMR kan således, enligt ovan, ge upphov till anspråk på nationella rättsmedel. Något generellt krav på, att det bland dessa rättsmedel – för alla fall och avseende alla EKMR-artiklar – ska finnas en skadeståndsrätt, kan förvisso inte uppställas.[64] Europadomstolen har två

[61] AD 2012 nr 74.

[62] För exempel på sådana positiva förpliktelser för staten, se van Dijk m fl, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights s 353 ff, 739 ff, 784 ff och 836 ff; Janis m fl, European Human Rights Law s 153 ff och 389 ff.

[63] Se vidare H Andersson, EKMR:s varierande horisontella effekter på olika civila krav (JP 2013 s 249 ff) s 255 ff, för en inventering av konstruktiva möjligheter avseende olika horisontella typsituationer.

[64] Se Danelius, Finns det ett botemedel mot långsam rättskipning? (SvJT 2001 s 178 ff) s 182, med där anförda rättsfall från Europadomstolen; jfr även Cameron, An Introduction to the European Convention on Human Rights s 202 ff. Jfr Cameron, Skadestånd och Europakonventionen för de mänskliga rättigheterna s 569 och 584, om att man från praktikerhåll har velat ”gå ut hårt” och överdriva skadeståndsmöjligheterna.

ordinarie remedier, nämligen kränkningstillkännagivandet i sig samt ersättning i pengar; vid tillämpning av artikel 41 har domstolen ofta ansett, att konstaterandet av att en kränkning skett, har varit tillräckligt som gottgörelse.[65] Vidare har – avseende tillämpningen av artikel 13 – såväl HD som lagstiftningsutredningen konstaterat, att *ingen ovillkorlig rätt till ekonomisk ersättning* finns vid varje konventionskränkning.[66] Det lämnas alltså en öppning för att vissa kränkningar kan passera utan skadeståndsrätt, för det fall redan konstaterandet av kränkningen kan anses som gottgörelse, eller om den kränkte kompenseras på annat sätt – exempelvis genom åtgärdande av kränkningen inom ramen för det pågående ärendet.[67] Denna ordning har även lagstiftningsprocessen anslutit sig till;[68] därmed kan man som ett kriterium uppställa, att skadeståndsremediet endast ska stå öppet om det är ”nödvändigt” för att Sveriges förpliktelser enligt EKMR ska uppfyllas.[69] Den svenska linjen kan sägas vilja signalera, att skadestånd inte kan utfås i alla möjliga situationer som innefattar en EKMR-kränkning, utan att skadeståndet får inordnas som ett – och inte det enda eller ens det främsta – av flera remedier.[70] Således kan slutsatsen inte dras, att samtliga överträdelser av samtliga artiklar ovillkorligen måste innebära en rätt till ideellt skadestånd,[71] utan den ”rangordning” som artiklarna erhållit via konventionens numrering kan ge en viss indikation på såväl absoluta skadeståndskandidater som ersättningsnivåer.[72]

[65] Danelius, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis s 33; Pellonpää, Europeiska människorättskonventionen s 200. Se vidare SOU 2010:87 s 152 f, 191 och 391 ff.

[66] Se vidare SOU 2010:87 s 179 ff och 212 ff, om andra rättsmedel än skadestånd vid långsam handläggning.

[67] Se SOU 2010:87 s 285 ff och 341 ff.

[68] Se SOU 2010:87 s 201 ff och 281 ff.

[69] Se SOU 2010:87 s 306 ff, 329 ff och 334 ff.

[70] SOU 2010:87 s 284 f.

[71] Jfr Cameron, An Introduction to the European Convention on Human Rights s 70 ff; se även a a s 162, om att artikel 13 endast kräver att remedierna är så effektiva som de kan vara under de rådande omständigheterna. Jfr även van Dijk m fl, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights s 1006 ff, om att effektivitetskravet innebär att antingen ett motverkande av kränkning tillförsäkras eller att adekvat gottgörelse tillhandahålls. Se vidare Bengtsson, Debattinlägg om skadestånd och mänskliga rättigheter (NJM 2011 Bd 1 s 247 ff) s 247, om vikten av att skilja på de olika mänskliga rättigheterna, så att de verkligt angelägna rättigheterna skyddas; exempelvis berörs att det skulle ställa till stora svårigheter för domstolarna, om alla mål angående ”bristande respekt för egendom” etc skulle föranleda skadeståndsrätt.

[72] Se om denna – förvisso ogenomförbara – rangordning samt om de absoluta respektive mer kasuistiskt skadeståndsbetingande artiklarna, Cameron, Skadestånd och Europakon-

Genom *NJA 2012 s 1038 I–II* – om påföljdslindring respektive skadestånd vid oskäligt lång process[73] – erhölls mycket klargörande besked om remediekombinationer och hur man ska se på skadeståndets position. Påföljdslindringen angavs som *primärt rättsmedel*, vartill skadeståndet som *sekundärt rättsmedel* endast behövs om det primära remediet inte kan godtas såsom tillräcklig kompensation. För att godta påföljdslindringen som remedium krävs, att det i ärendet vidgåtts att en konventionskränkning skett, att det klart måste framgå att den vidtagna lindringsåtgärden (vid påföljdsbestämningen) haft som syfte att kompensera för kränkningen samt att åtgärden måste ha varit tillräcklig och genomförts på ett tydligt och mätbart sätt. HD anger att kränkningen kan åsättas ett ”lindringsvärde”, som påverkar den mätbara nedsättningen av straffet; som en ”riktpunkt” i dröjsmålsfall, nämns att ett års dröjsmål svarar mot ett straffmätningsmässigt lindringsvärde på ungefär en månad. Och om sådan lindring inte på ett explicit tydligt sätt genomförts (enligt kraven ovan), åsätts varje års fördröjning cirka 10 000 kr i skadeståndsvärde. Emedan en EKMR-kränkning i första hand ska kompenseras inom ramen för det ärende vari den uppstått – och skadeståndet blott behövs om full kompensation inte är möjlig via det primära rättsmedlet – innebär detta, att man normalt inte ska kombinera påföljdslindring och skadestånd för en och samma kränkning. Att så skedde i 2012 års mål II är således helt att tillskriva, att kraven på domstolarna att uttryckligen beakta kränkningserkännande, kompensationssyfte samt genomförandemätbarhet inte ansågs uppfyllda. Detta mål är således inte ett prejudikat – med glädjande budskap till Sveriges kriminella – om att resultatet av långsamma brottsprocesser alltid ska vara både straffnedsättning och skadestånd. HD:s dom kommer inte i framtiden att innebära framgångsrika krav från brottslingar, att de både ska få kortare fängelsestraff och belönas med stora (eller ens några) skadeståndsbelopp. Istället har vi fått ett prejudikat – med uppfordrande maning till domstolarna – om att iaktta de nya explicita tydlighetskraven avseende kränkningserkännande och angivande av beräkningsgrund för påföljdslindringen etc, så att resultatet med skadestånd i detta fall aldrig behöver upprepas.

ventionen för de mänskliga rättigheterna s 563 ff; Pellonpää, Europeiska människorättskonventionen s 266 f. Jfr även SOU 2010:87 s 147 ff, 167 f, 325, 336 och 408 f.

[73] Se vidare H Andersson, Ersättningsproblem i skadeståndsrätten, kapitel 5, för en närmare fallanalys.

Angående skadeståndets roll är även det ovan berörda *NJA 2013 s 842* (om felaktig rättstillämpning) av intresse. HD:s betonande av att en EKMR-kränkning, i första hand, ska gottgöras genom avhjälpande är ett viktigt memento. Det faktum att det finns två möjliga ansvarsgrunder – SkL och EKMR – avseende samma omständighet, medför således inte någon automatisk dubblering av skadeståndsmöjligheterna. Sedan den bristfälligt motiverade domen (från miljödomstolen) väl föranlett ekonomisk skadeersättning via 3:2 SkL, blev det en fråga för sig huruvida – utöver denna gottgörelse – kravet på effektivt rättsmedel även inkluderar en rätt till ideell skadeersättning. HD:s nekande svar på denna fråga markerar, och förstärker, den av HD givna *prioritetsordningen avseende remedier*. Även om EKMR, enligt HD:s praxis, kan ges en självständig betydelse som ansvarsgrund för ideell ersättning, betyder det inte att sådan parallell användning av SkL och EKMR alltid är nödvändig. Eftersom rättsmedlen avhjälpande, erkännande och ekonomisk kompensation redan är avklarade (genom SkL), måste – enligt HD – rätten till gottgörelse för ideell skada (genom EKMR) avgöras utifrån ”hur allvarlig kränkningen är”; och i detta fall kunde inte den felaktiga tolkningen – av vilka juiceburkar som enligt miljöreglerna ingår i återvinningssystemet – anses som objektivt kränkande. Tematiken kring förnedring, utsatthet etc (enligt HD:s exemplifiering) är inte typisk vid berättelser om ändrad rättstillämpning (i ett ärende av formell, till skillnad från privat eller känslig, natur) inom ramen för ett rättssystem, som skyddar just den enskildes möjlighet att få sina rättsliga ärenden prövade i flera instanser. Att det finns två möjliga ansvarsgrunder för en och samma situation innebär således inte, att den enskilde alltid (eller ens ofta) ska få två *olika ersättningsposter* kompenserade genom skadeståndskravet. Eller med andra ord, de utökade argumentativa möjligheterna kring de teman som diskuteras utifrån ”mänskliga rättigheter”, kan inte alltid snabböversättas i ett krav på en ideell penningsumma. För det framtida diskussionsklimatet inom rätten är det en angelägen uppgift att bevaka, att de skyddade intressen som man talar om genom rättighetsterminologin verkligen värnas, men inte kommersialiseras.

5 Normalisering av skadeståndens beloppsnivåer

Om en EKMR-kränkning enligt ovan är förhanden – och om den ska kompenseras genom skadestånd – uppkommer frågan, hur ersättningsbestämningen ska genomföras. Man kan inte alltid utifrån Europadomstolens praxis identifiera några bindande eller ens klara riktlinjer om summorna. Det ska dessutom anmärkas, att ersättningsnivåerna i Europadomstolen ofta är mycket låga, vilket markerar att kränkningskonstaterandet är det primära remediet; den mest frekventa ersättningen gäller kostnader för talans förande.[74] Den ordning som etablerats i svensk praxis – och som även influtit i lagstiftningsförslaget – är att man anknyter till de *ersättningsnivåer* som gäller enligt *kränkningsersättningen* vid brott. Man kan således för en viss EKMR-kränkning, jämföra med vilken nivå ett motsvarande allvarligt brott når enligt 5:6 SkL; men eftersom de detaljerade anvisningarna i 5:6 sällan passar på EKMR-fall, får man nöja sig med en allmän formulering avseende hänsyn till överträdelsens (eller kränkningens) ”art och omständigheterna i övrigt”.[75] Genom anknytningen till kränkningsersättningen, får man dock tillgång till en jämförelseoperation som fungerar i nationell rätt.

HD:s tidiga EKMR-praxis visade implicit denna normalisering av skadeståndsnivåerna inom den nationella rättsmedelsuppsättningen, vilket ofta innebar realiserade skadeståndsnivåer på procent- eller till och med promillenivå jämfört med de initiala yrkandena (vilka således härrörde från den ovan berörda tiden, då EKMR retoriskt frambesvärjdes som en revolutionerande kraft som påstods kunna skapa helt nya ansvarssituationer och fabulösa ersättningsnivåer).[76] Genom *NJA 2012 s 211 I–II* – som åter handlade om artikel 6 och långdragna processer[77] – gavs slutligen ett klart och uttryckligt besked om att skadeståndet är ett *nationellt rättsmedel*, att Europadomstolen ger staterna ett betydande utrymme att utveckla ett rättsmedelssystem anpassat till de egna rättstraditionerna samt

[74] Janis m fl, European Human Rights Law s 99 f.

[75] SOU 2010:87 s 54, 400 ff och 477 f.

[76] Se H Andersson, Ansvarsproblem i skadeståndsrätten s 697 ff, för ett belysande fall som pågick över en lång tidsperiod med flera delavgöranden – NJA 2003 s 217, NJA 2009 N 70 och NJA 2010 s 363 – och som slutade i en total ersättning på promillenivå jämfört med de ursprungliga yrkandena.

[77] Se vidare H Andersson, Ansvarsproblem i skadeståndsrätten s 716 ff och 732 ff, för närmare fallanalyser.

att den svenska ordningen uppfyller kriterierna enligt artikel 13 och att de svenska nivåerna därmed inte kan anses för låga. Vidare visade HD, att vid konkret ersättningsbestämning bör jämförelseakterna göras, så att de harmonierar med inhemsk praxis och *allmänna skadeståndsrättsliga principer*. Därmed tillbakavisades argumentet om koppling till diskrimineringsrätten och dess preventionspåslag; dylika diskrimineringsnära resonemang kunde således ses som jämförelser med specialskadeståndsrätt – till skillnad från den påfordrade jämförelsen med allmän skadeståndsrätt (varvid kränkningsersättningspraxisen, enligt ovan, ligger närmast till hands). Vidare preciserade HD kravet på *normstyrd ersättningsbestämning* (dvs att denna ska baseras på omständigheter som anges i domen) samt gav – för just de långsamma processernas del – besked om bedömning utifrån såväl tidsfaktorn (cirka 10 000 kr per år av oskälig fördröjning) som utifrån en objektiverad kränkningsfaktor om typisk kränkningsupplevelse; det torde vara den senare typiserade kränkningsdelen som kan användas för generella resonemang bortom just artikel 6 och dess tidsfaktorer, varvid man för olika EKMR-kränkningar får söka konkretisera vilken inverkan kränkningen har på den drabbade och dennes livssituation. HD markerar också en *minimigräns* för vilka men och besvär som alls kan föranleda skadeståndskrav, varvid man anknyter till JK:s praxis om att bara utge skadestånd om skadan är av en viss storleksordning, varvid gränsen sätts vid 10 000 kr (dvs om kränkningsvärdet är lägre, ska inget skadestånd alls utgå).

6 Normalisering av retoriska rättighetsgestaltningar

Den ovan skisserade ramen för skadeståndsfrågor inom EKMR-området – och inom europeiseringens och den övergripande rättsdiskursens gebit – är, som just sades, en yttre ram för frågorna, inte det slutliga svaret. Vid nationell tillämpning tillkommer ett antal rättsliga spörsmål, vilka anknyter till klassiska skadeståndsrättsliga problem och till den inhemska traditionen för rättskulturens och diskursens odlande. Med andra ord, dispenserar inte EKMR-åberopanden från allt vad *detaljanalys av detaljspörsmål* heter. Vid en rättslig prövning i inhemsk domstol återstår alltid ett antal juridiska frågor att lösa, sedan man väl konstaterat att staten på något sätt kan sägas ha kränkt en individuell rättighet enligt konventionen.

På samma sätt som ovan berörts avseende ”soft law”, med dess unifiering och harmonisering, kan en risk föreligga att en alltför generell EKMR-retorik får distinktioner och differentieringar att försvinna – med stela och ibland oförutsedda resultat som följd inom de nationella argumentationsstrukturerna. För om EKMR tillåts att bli åberopad och ge skadestånd på alltför lösa boliner, så kan man lika gärna efterhand nedmontera hela begreppsarsenalen avseende det allmännas ansvar. De flesta krav mot det allmänna går ju att *formulera* – åtminstone vagt *tematisera* – utifrån någon av *rättighetsartiklarna* i EKMR. Alla kan ju i någon mån alltid känna sig – och sina ”rättigheter” – ”kränkta” av myndigheterna, om de inte får som de vill.[78] För att undvika ironier kring ”lappri och pjoskiga I-landsproblem” och dylikt,[79] bör vi jurister besinna, att allt ont som drabbar en människa inte är ”samhällets fel”, även om man ofta retrospektivt kan ange att det inträffade hade kunnat undvikas om den och den åtgärden satts in – varvid man får beakta, att samhälleliga ingrepp likaså kan innebära rättighetskränkningar för individer.[80] Såväl HD:s praxis som lagstiftningsförslagets krav på påvisad kränkning enligt Europadomstolens praxis visar också, att man inte redan med en språklig utformning av sin talan utifrån de ord som finns i artiklarna, kan kräva

[78] Jfr Sterzel, Medborgaren och förvaltningen (Festskrift till Petrén s 139 ff, Stockholm 1984) s 177, som anför att man vid diskussion av förbättringen av de enskildas rättsskydd, bör vara försiktig med att ”frammana just rättssäkerhetssynpunkter”; särskilt avseende samhällsservice där resurstillgången är relevant, skulle det kunna leda till onödiga problem om medborgarna kom att ”uppfatta det som en rättighet att få sina krav tillgodosedda”, varvid rutinmässiga överklaganden skulle leda till ”stora grupper av utsiktslösa mål”. Jfr Bengtsson, Debattinlägg om skadestånd och mänskliga rättigheter s 247, om de problem som skulle uppstå om alla krav avseende ”bristande respekt för egendom” och liknande skulle ge rätt till skadestånd. Jfr även SOU 2010:87 s 305, om risken med att uppmuntra till åberopanden av ett antal rättighetsregler.

[79] Jfr Greer, The European Convention on Human Rights s 40, om diskussionen kring att klagomål till Europadomstolen stundtals avsett ytterst alldagliga situationer, långt bortom omsorgen kring att motverka totalitarism, diktatur, folkmord etc som motiverade konventionens fäder; jfr även Greer, a a s 55 ff och 165 ff, om utvecklingen från efterkrigstiden till det kalla krigets slut, inklusive diskussionen av ”myten om den individuella rättvisan” jämfört med målet, att åtgärda de mest allvarliga bristerna i medlemsstaternas uppfyllelse av åtagandena, dvs ”den konstitutionella rättvisan”.

[80] Se även Graver, Bør alle krenkelser likestilles? (LoR 2009 s 374 ff) s 374 f, som varnar för ett vagt och obestämt åberopande av rättigheter, och som därmed förordar det stegvisa utvecklandet av ett finmaskigt nät av avvägningar.

att svensk domstol ”fördragskonformt” omvandlar dessa tematiseringar till ny gällande svensk rätt.[81]

För att ta några *enkla och övertydliga exempel*: Anhöriga till någon som dött, kan inte kräva en nygestaltning av den nationella skadeståndsrättens principer för anhörigersättning, bara genom att på ytplanet tala i termer av ”rätten till liv” (dvs artikel 2). Och var och en som anser sig personligen kränkt eller utsatt, kan inte kräva att en inhemsk domstol tillskapar en ny skadeståndsrätt, redan genom anförandet av ”rätten till privatliv” (dvs artikel 8). Lika lite kan man tillåta en person att utföra handlingar eller vägra diverse alldagliga plikter, under åberopande av att dessa önskemål i någon mån kan återföras på en religiös tro (dvs artikel 9); inte heller kan man generellt tillåta brottsliga yttranden bara för att de bygger på en viss religion.[82] Europadomstolen iakttar nämligen en restriktiv tolkning av artikel 9, som endast ska skydda mot ingrepp i vad som framstår som det centrala innehållet i en övertygelse, eftersom många annars skulle kunna hävda att den och den handlingen strider mot personens samvete eller religion.[83] Man måste således undvika slutsatsen, att varje individuell åsikt eller övertygelse kan tillbakaföras på en religion eller tro – eftersom inte alla handlingar som är motiverade av någons tro uppfyller kriteriet på utövande av religion.[84]

[81] Se vidare van Dijk m fl, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights s 191 f, med exempel från Europadomstolens praxis på diverse fantasifulla – men misslyckade – försök att bygga upp klagomål avseende hävdade ”fri- och rättigheter”. Jfr även Vedsted-Hansen, Menneskeretlige argumenter som spydspids eller tveægget sværd? (Festskrift till Dalberg-Larsen s 107 ff, København 2000) s 115 och 118 ff, om den retoriska uppfinningsrikedomen, men också risken med att dylika tvivelaktiga krav – genom överexponering – försvagar normernas genomslag i nationell rätt. Se även M B Andersen, Debattinlägg om skadestånd och mänskliga rättigheter (NJM 2011 Bd 1 s 250 ff) s 250 f, med ytterligare argument mot en expansiv rättighetsutveckling.

[82] Jfr dock NJA 2005 s 805, där en frikyrkopastor straffritt tilläts använda ytterst grova, nedsättande uttryck om homosexuella, emedan HD fann det ”sannolikt” att Europadomstolen skulle anse en fällande brottmålsdom utgöra en kränkning av EKMR – i och med den inskränkning en sådan dom skulle utgöra för pastorns rätt att förkunna sin i bibeln grundade uppfattning. Se Bull, På yttrandefrihetens yttersta gren (JT 2005–06 s 514 ff) s 519 ff och 530 ff, för en balanserad analys av fallet, där bland annat tolerans av motbjudande uppfattningar och en ambition att söka nationellt gällande rätt även utifrån folkrättsligt bindande konventioner sätts som positiva värden, att vägas mot en utgång som går emot den i landet uttryckta politiska ambitionen.

[83] Se Danelius, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis s 417 f.

[84] Se vidare van Dijk m fl, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights s 759 f och 762 f; Enkvist, Religionsfrihetens rättsliga ramar (Uppsala 2013)

Inte sällan möter man – åtminstone som försök i partsinlagor – åberopanden av EKMR i diverse tämligen perifera och märkliga sammanhang. Ingen ska förvisso klanka på sakförare, därför att de söker pröva alla möjligheter för sina klienters räkning; men i längden torde ett alltför oseriöst eller chansartat begagnande av EKMR i alla upptänkliga sammanhang, kunna sprida en viss negativ klang av standardiserad fraseologi utan allvarlig innebörd. Och det, om något, kan ge den viktiga konventionen en *ogynnsam argumentativ barlast*, att vara något som tas till då man egentligen saknar goda rättsgrunder. Om de mänskliga fri- och rättigheterna blott skulle bli en till intet förpliktande ordvändning, kan hela konventionen komma i vanrykte som ett krämarargument bland rättshaverister; lika allvarligt vore det om det väsentliga människorättsskyddet drunknade i ett ”petitessrytteri”. Därför är det enormt viktigt, att odlandet av denna rättskultur sköts utan alltför mycket tomt munväder i ogjorda ärenden.

Från de allra senaste åren kan ges följande exempel, på att HD inte godtar diverse retoriska eller formella toppridanden på EKMR-artiklar såsom materiella kränkningar. Fallet *NJA 2010 s 112* gällde bristande kommunikation med granne i ett bygglovsärende;[85] detta formella fel korrigerades efter överklagande, varpå grannen likväl inte fick sin vilja igenom avseende att hindra bygglovet. Skadeståndsmålet avsåg därefter processkostnaderna, men i den delen ansågs ingen culpa kunna påvisas. Utöver detta spörsmål – som kan hanteras av 3:2 SkL – åberopades även EKMR, nämligen första tilläggsprotokollet om egendomsskyddet. Men detta *materiella skydd* för äganderätten kunde inte tillägga något relevant argument, till stöd för att den *formella kommunikationsfrågan* skulle ha inneburit en kränkning. Egendomsskyddet kan, kort sagt, inte förändra den materiella utgången av ett mål, bara därför att tvistefrågan på något sätt berör en egendom (vilket tämligen många tvister gör). För att

s 101 ff, 112 ff och 261 f. Se även Fahlbeck, Bed och arbeta (Malmö 2011) s 139 ff och 181 ff; dens, Ora et labora – om religionsfrihet i arbetslivet (TfR 2002 s 467 ff) s 509 ff och 547, om religionsfrihetens sambands- eller anknytningsrekvisit, som medför att den religiösa tron i sig skyddas starkt, men att religiösa manifestationer och beteenden har ett nästan obefintligt skydd. Jfr vidare Strömberg, Hädiska tankar om religionsfriheten (Våra rättigheter V s 82 ff, Stockholm 2007) s 84 f, om gränser för friheten att företa vad man kan kalla troshandlingar: ”En måttlös religionsfrihet skulle upphäva sig själv och urarta till ett krig mellan olika riktningar.”

[85] Se vidare H Andersson, Ansvarsproblem i skadeståndsrätten s 686 ff, för en närmare fallanalys.

bygga upp en övertygande kränkningsberättelse krävs en större portion av kränkningsrelevans.

Även i *NJA 2013 s 1055* underkände HD en EKMR-argumentation, där ett formellt fel saknade kränkningsrelevans – och där det sålunda åberopade privatlivsskyddet (artikel 8) inte kunde anses materiellt kränkt.[86] Fallet handlar om en man som blev omhändertagen i berusat tillstånd; därmed måste polisen sända en rapport till socialnämnden. Och i denna rapport förekom ett formellt fel, genom att polisen skrev att mannen ”gjort sig skyldig” till misshandel mot en taxichaufför; eftersom rapporten skrevs morgonen efter det sena kvällsingripandet, hade (givetvis) ingen rättegång förevarit där mannen fällts till ansvar – varför en korrekt formulering borde ha haft lydelsen ”anmälts för” eller ”misstänks för” misshandel. Mannen stämde staten på 100 000 kr i ideellt skadestånd, under åberopande av artikel 6.2 EKMR (då formuleringen hävdades stå i strid med oskyldighetspresumtionen) och artikel 8 (emedan hans personliga integritet kränkts, då rapporten angavs ha varit en bidragande orsak till de umgängesinskränkningar som blev följden). HD ansåg dock att den formellt felaktiga uppgiften ”inte varit ägnad att inverka på den straffrättsliga bedömningen” av vad mannen anklagades för; ej heller ansågs uppgiften ha ”varit ägnad att inverka på domstolarnas bedömning i målen rörande hans barn”. Tematiken om *rättslig kvalificering* är, som framgått, viktig vid diskussion av samtliga integritetsfrågor. Eftersom alla värnar sin integritet – och numera gärna känner sig (eller formulerar sig såsom) kränkta – måste den juridiska responsen på dylika personliga upplevelser vara, att vi uppställer objektiverande och kvalificerande bedömningskriterier. Kränkning av integritet – liksom privatliv etc enligt EKMR – förutsätter alltid en rättslig avvägningsoperation, där man går från privat upplevelse (eller åberopande av formellt fel etc) till de kvalificerade situationer av åtgärder respektive verkningar, vilka motiverar rättsliga följder (exempelvis skadestånd). Kränkningsuttryck och rättighetsformuleringar i all ära, men HD signalerar likväl, att man med dessa redskap inte kan omvandla alla olyckliga formuleringar och formella fel till skadeståndskrav. Det ideella måste – i dubbel mening – diskuteras på ett mer kvalificerat sätt.

[86] Se vidare H Andersson, Ersättningsproblem i skadeståndsrätten, kapitel 5, för en närmare fallanalys.

7 Enhetlig rättspolitisk strävan respektive pluralistisk rättsdiskurs

Skadeståndsrätten är onekligen ett viktigt forum för att fånga upp och värdera etiska frågor (i vid bemärkelse), som samhälls- och idéutvecklingen ständigt nygestaltar.[87] Rättens – och domstolarnas – roll i samhället kan numera sägas inrymma även en rättspolitisk funktion.[88] Den ovan ofta berörda *rättsliga aktivismen* just på fri- och rättighetsområdet är ett exempel på detta; genom att väcka talan i ett EKMR-mål kan parten – och kanske framförallt ombudet – starta eller bidra till en debatt. Ett omtalat fall kan generera såväl medial som rättslig diskussion, vilket kan påverka andra medborgare, myndigheter … och lagstiftaren. I en sådan situation kan det till och med stundtals vara mindre viktigt att vinna det enskilda målet, eftersom ett uppmärksammat processuellt nederlag kan vara den behövliga grogrunden för igångsättande av en lagstiftningsprocess.[89]

Och även om den ”politiskt korrekta” responsen på ytplanet ofta kan bestå i ett bejakande av ersättning, är det inte nödvändigt att detta svar också sammanfaller med vad som är ”etiskt riktigt” eller ”rättsligt rätt”. Skadeståndsrätten lär till och med fungera bättre som värdemätare, för det fall olika svar kan ges på olika frågor. Lösningen att skadeståndsrätten skulle bli ett processmaskineri, som göder en industri av lycksökande ideella skadeståndskrävande (respektive deras ombud) är inte att före-

[87] H Andersson, Rättspolitiskt inkorrekt – en bra början (Vänbok till Saldeen s 25 ff, Uppsala 2003) s 25 ff och 37 ff; Wilhelmsson, Senmodern ansvarsrätt s 103 ff.

[88] Se Lindblom, Sena uppsatser (Stockholm 2006) s 301 ff och 304 ff, om att processens funktioner – utöver allmänt och enskilt genomslag för den materiella lagstiftningen, kontroll av lagstiftande makt samt rättsskapande – även förnyats med bland annat deltagarperspektiv och den nu aktuella rättspolitiska funktionen; jfr även Lindblom, Grupptalan i Sverige (Stockholm 2008) s 172 ff och 176 ff. Se vidare Lindblom, Progressiv process (Uppsala 2000) s 52 ff och 58 ff, om processens olika funktioner och deras interaktion. Jfr även Graver, Juss, politikk og dommeraktivisme i en flytende europeisk rettsorden (Festskrift till Fleischer s 203 ff, Oslo 2006) s 203 f och 213 ff, om möjligheter respektive problem med en allt starkare rättslig aktivism, som söker övertyga resten av samhället om ett visst moraliskt eller rättsligt ramverk.

[89] Se vidare Lindblom, Sena uppsatser s 306, om denna ”paradox of defeat”, då ett välexponerat nederlag i den judiciella processen ökar trycket på en kraftfull och bestående förändring genom legislativa medel; det kan till och med vara så, att en seger i rättegången passiviserar lagstiftaren och debatten, vilket kan försena mera effektiva lagstiftningsreformer, varför man kan tala om en ”paradox of victory”.

dra.[90] Genom den nu skisserade *argumentationsinventeringen*,[91] vill jag något dämpa förväntningarna på revolutionerande nyordningar inom skadeståndsrätten,[92] och dessutom opponera mot den trend som av olika anledningar – exempelvis ekonomiska skäl hos såväl parter som ombud – synes vilja likställa ”utveckling” med läran om den ständiga återkomsten av svaret ”mer ersättning”. Klarlägganden av negativa gränser är minst lika viktiga för skadeståndsrättens utveckling.

Som ovan berörts, kan EKMR stundom brukas som ett slags trumf i diskussionen – åtminstone så länge en mer detaljgranskande argumentationsanalys inte sätter in och prövar bärigheten av de allmänna förfäktandena av EKMR. Problemen med de *generella referenserna*, är att en tämligen vid ram av myndighetsföreteelser – som individen inte är nöjd med – kan tematiseras utifrån någon EKMR-artikel. Men det är ett steg att gå från dessa kärandetematiseringar, till att verkligen inom rättsdiskursens ram konstatera en EKMR-överträdelse. Dessutom är det ännu ett steg, att från överträdelsen gå vidare till ett skadeståndskrav. Och om skadeståndsrätt etablerats, tillkommer likväl de mer intrikata rättsliga spörsmålen om ansvarets gräns och om specificerade beräkningar och bedömningar av ersättningsbelopp. Det är givetvis helt naturligt, att den enskilde medborgaren – med hjälp av sitt ombud – så långt det går söker begagna sig av den trumf som EKMR kan ge, att tona ned de rättsliga distinktionerna och differentieringarna. Men det är också naturligt – snarast en maning, utmaning och uppmaning – att den kritiska rättsvetenskapen registrerar dessa *rättens detaljfrågor* samt de tekniker och strategier som diskursen nyttjar, vid gestaltning och legitimering av rätten och dess lösningar här och nu. Rättsvetenskapen har ett ansvar för frågorna i pluralis, ej bara svaret i singularis.

Det är i vart fall min uppfattning, att det vore enormt negativt om den nordiska skadeståndsrätten började anta drag liknande dem som man ibland diskuterar som en nidbild av en mer eller mindre ansatt amerikansk skadeståndsindustri. Det vore faktiskt att skapa rejäla samhällsproblem, för det fall man skulle tillåta att all missbelåtenhet med det ena och

[90] Jfr Cameron, Skadestånd och Europakonventionen för de mänskliga rättigheterna s 584, om att det säkert finns advokater vilka ser EKMR ”som en slags lönsam affärsidé”, men att flertalet sannolikt drivs av ”rättspatos snarare än vinningssyfte”.

[91] Se utförligare H Andersson, Ansvarsproblem i skadeståndsrätten s 544–749.

[92] Jfr dock Schultz, Nya argumentationslinjer i förmögenhetsrätten – rättighetsargument (SvJT 2011 s 989 ff) s 1016 ff, för funderingar kring, och förfäktanden av, en ”rättighetsrevolution” och ett nytt ”rättighetsparadigm”.

andra, alltid skulle kunna snabböversättas i en penningsumma – särskilt om det rör sig om krav som ska kompensera diverse ideella, icke-ekonomiska värden.[93] Överhuvudtaget bör vi i Norden kritiskt överväga, om vi verkligen vill införa nya *punitiva element* i skadeståndsrätten, med risk för att rättsområdet blir ett osäkert bihang till straffrätten.[94] Generellt kan begrundas huruvida man därvidlag göder en *ideell kravmaskin*, som juristerna måhända tappar styrseln över. För hur skulle man i längden kunna upprätthålla ett system med begreppsliga och argumentativa traditioner, om rätten blott blev en kalkylapparat inom området för det okalkylerbara?

Att inte då och då kunna sätta *negativa gränser* – eller att till och med, tvärtom, ständigt propagera för utvidgade skadeståndsmöjligheter – medför inte bara att gränsfallen ersätts, utan att gränserna för en ekonomiskt och värderingsmässigt funktionell skadeståndsrätt helt utraderas.[95] Nu ska man förvisso inte måla den lede på väggen – och alla dessa risker har ju inte endast med EKMR att göra. Men det kan vara värt att stämma i bäcken och mota Olle i grind. För som noterats ovan, finns i detta tidiga skede av nationell EKMR-skadeståndsrätt vissa tendenser till nedtoning av de rättsliga detaljfrågorna. HD har dock redan börjat etablera en mer normaliserande rättslig – istället för parternas, av förståeliga skäl, rättspolitiska skadeståndsfrämjande – betoning av specifika skadeståndsrättsliga frågor och begrepp. Och lagstiftningsutredningen har inordnat dessa frågor i skadeståndslagens struktur. Därför finns förutsättningar, att den framtida utvecklingen av den nationella EKMR-skadeståndsrätten kan uppvisa alltfler specificerade verktyg, som ger argument både för och emot utdömande av skadestånd.

[93] Jfr Kleineman, Skadeståndsrättens tillväxt – ett samhällsproblem eller en rättvisefråga? (SvJT 2003 s 319 ff) s 323 ff och 331 ff; jfr även Larsson/van der Sluijs, Eviga frågor inom skadestånds- och försäkringsrätt (JT Jubileumshäfte 2007 s 54 ff) s 69 f. Se även Syse, Om erstatningsadvokaters moral og noko attått (LoR 2000 s 175 ff), passim, för en liknande debatt i norsk rätt.

[94] Jfr T Andersson, Rättsskyddsprincipen s 90, om att inte heller EU-rätten ställer något krav på att nationell skadeståndsrätt innehåller punitiva skadestånd, utan endast kräver att för det fall denna skadeståndstyp är erkänd nationellt, ska dylik ersättning även utgå vid brott mot EU-rätten; jfr a a s 83 ff och 189 ff, om det generella kravet att nationella sanktioner ska vara effektiva, proportionella och avhållande. Jfr Wahl, Konkurrensskada s 152 ff, om punitiva, multiplicerade skadestånd enligt den amerikanska modellen.

[95] Se vidare H Andersson, Likhetsargumentation – analogi och metamorfos (Festskrift till Frändberg s 13 ff, Uppsala 2003) s 35 ff.

Ovan har ofta berättelserna – de stora och små – artikulerats, och med detta narratologiska perspektiv kan beredvilligt hävdas, att diskurserna och språkspelen är allt vi har. Därför bör de odlas väl. Och inom rättsvetenskapen kan en konstruktiv idé vara, att genomföra *närläsningar* av den materiella rättens små detaljerade *tekniker och resonemangsmönster*, vilka är giltiga just här och nu såsom konstitutiva element i rättens legitimering och fortbildning. Diskursen finns och vi kan bejaka eller mota argumenten, men vi kan också ta diskursens diskursiva egenskaper på allvar – och inrikta vår undersökande blick på rättens gestaltande tematiseringar och strategier. Det handlar därvidlag om en kritisk närläsning av den materiella juridiken med nya redskap. Istället för att normativt predika – ofta utefter parollen ”Mer och högre skadestånd åt alla” – förordas därför, att rättsteoretiskt teoretisera och detaljavläsa distinktioner och differentieringar i den utveckling som faktiskt är på gång. Förändringens vindar kan då till och med avläsas lite i förväg, vilket en rättslig diskursanalys tjänar på. Och att EKMR kommer att vara en vital komponent i rättsutvecklingen är, som torde ha framgått, ställt utom allt tvivel.

Vladimir Bastidas Venegas

Svensk konkurrensrätt i ljuset av tjugo års medlemskap i EU

1 Inledning

Den 1 januari 2015 var det 20-års jubileum för Sveriges medlemskap i EU. Vid tidpunkten för EU-anslutningen år 1995 utgjorde konkurrensreglerna en central del av inremarknadsreglerna och en mycket viktig del av den ideologi av marknadsekonomi och liberalisering som genomsyrade EU-rätten och som överfördes till medlemsstaterna. Reglernas (tidvis) mycket långtgående tillämpning ansågs då fortfarande som någonting uppseendeväckande och till en viss del kontroversiellt.

Idag utgör konkurrensrätten fortfarande en hörnsten inom inremarknadsreglerna. Vad gäller synen på konkurrensreglerna har de på sätt och vis blivit en del av de grundläggande ”EU-stoffet”. Förutom när kommissionen då och då hindrar sammanslagningen av ”national champions”, är det nog sällan som kommissionens aktivitet inom konkurrensrättområdet får någon att höja på ögonbrynen. Fokus i debatten har i viss mån skiftat från den marknadsinriktade ideologin som följde med mycket av det regelverk som kom ”från Bryssel”, och som nu tas för givet, till samarbetet på mycket mer känsligare politiska områden som exempelvis säkerhets- och flyktingpolitik. Ett sätt att se på denna situation är helt enkelt att systemet har mognat.

I detta kapitel beskrivs i väldigt stora drag vad som har hänt inom detta traditionella EU-rättsliga område, konkurrensrätten, på både EU och svensk nivå, sedan Sveriges inträde i EU. Vidare kommer ändringarna på EU och nationell nivå att jämföras och diskuteras. Med tanke på formatet för denna lilla not är det inte meningen att fördjupa sig i detaljer gällande rättspraxis och regler, utan fokus ligger istället på vissa utvalda

utvecklingslinjer. Det bör sägas redan nu att vissa för konkurrensrätten och för konkurrenspolitiken viktiga och intressanta utvecklingslinjer som t.ex. interaktionen med grundläggande rättigheter, verkställandet i Sverige av EU:s regler om statsstöd samt frågor om upphandling helt lämnats utanför denna framställning.

I avsnitt 2 redovisas de utgångspunkter som gäller för lagreglernas utformning samt deras tolkning som visar på kopplingen mellan EU:s och svensk konkurrensrätt. Vidare kommer i följande avsnitt (3–4) att presenteras de förändringar som har skett både på EU och svensk nivå. En analys av de förändringar som har skett och EU-rättens påverkan på svensk nivå redovisas sedan i avsnitt 5.

2 Utgångspunkter

Den nuvarande svenska konkurrenslagen (KL) är från 2008 och utgör den ”andra generationens” konkurrensreglering sedan EU-inträdet 1995.[1] Lagen innehåller materiella regler som är mer eller mindre spegelbilder av reglerna på EU-nivå gällande antitrustområdet och koncentrationskontrollen. Vad gäller antitrustområdet, innehåller 2:1–2 §§ KL förbudet mot konkurrensbegränsande avtal och legalundantaget vilket motsvarar artikel 101 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF). Vidare stadgar 2:7 § KL ett förbud mot missbruk av en dominerande ställning vilket motsvarar artikel 102 FEUF. Vad gäller koncentrationskontrollen regleras detta av 4:1 § KL inom svensk rätt och av förordning 139/2004 på EU-nivå.[2]

Dessutom tillkommer regler både inom EU:s konkurrensrätt och den svenska KL om statliga åtgärder avseende priviligierade företag som begränsar konkurrensen, vilka kompletterar varandra. I artiklarna 107–108 FEUF finns förbud mot och undantag för statligt stöd riktat mot vissa företag eller marknadssektorer. I artikel 106.1 FEUF finns även ett förbud mot statliga åtgärder gällande vissa priviligierade företag, dvs. företag som erhållit särskilda eller exklusiva rättigheter, samt offentliga företag, som resulterar i överträdelser av andra fördragsregler, i synnerhet konkurrensreglerna i artiklarna 101, 102 och 107 FEUF. Vidare stadgar 3:27 § KL ett förbud mot vissa förfarande som vidtas av offentliga företag eller

[1] Konkurrenslag (2008:579).

[2] Rådets förordning (EG) nr 139/2004 av den 20 januari 2004 om kontroll av företagskoncentrationer, EUT 2004 L 24/1 (förordning 139/2004).

viss offentlig säljverksamhet. Det är viktigt att understryka att i svenska KL saknas regler om statsstöd och att 3:27 § KL inte utgör en spegelbild av en EU-rättslig regel även om det finns vissa likheter med artikel 106 FEUF. Vidare innehåller artikel 106.2 FEUF ett specifikt undantag för tjänster av allmänt ekonomiskt intresse som kan tillämpas för verksamheten i sig eller företaget som erbjuder sådana tjänster och som hindrar tillämpningen av konkurrensreglerna i artiklarna 101, 102 och 107 FEUF.

Vad gäller de olika reglernas tillämpningsområde bör det understrykas att de EU-rättsliga och svenska reglerna inom antitrustområdet kan tillämpas parallellt på samma förfarande. Vad gäller koncentrationskontrollen är reglerna på EU och svensk nivå ömsesidigt uteslutande.[3] Vidare kan de EU-rättsliga och svenska konkurrensreglerna om statliga åtgärder överlappa även om de är inriktade på olika företeelser.

En viktig utgångspunkt är att den svenska konkurrensrätten ”EU-anpassades” redan före Sveriges inträde genom Konkurrenslagen från 1993 (KL 1993).[4] Denna förändring, som rörde antitrustreglerna, innebar i sig ett systemskifte. Den äldre konkurrenslagstiftningen från 1982 (KL 1982) byggde till en övervägande del på ett helt annat system, den s.k. missbruksprincipen, som något förenklat kan beskrivas som att konkurrensbegränsningar angreps i efterhand.[5] KL 1993 introducerade ett system baserat på förbudsprincipen, dvs. att konkurrensbegränsningar är förbjudna sedan de ingås, samt ett notifieringssystem av konkurrensbegränsande avtal och andra åtgärder med konkurrensverket (KKV) som tillsyns- och övervakningsmyndighet. KKV:s roll kan beskrivas som en spegelbild av kommissionens roll inom det EU-rättsliga konkurrensrättssystemet.

KL 1993 byggde m.a.o. på en harmoniering med EU-rätten. Detta förstärktes av förarbetsuttalanden om att tolkningen av olika begrepp i konkurrenslagen dessutom skulle följa praxis från EU-domstolen, även om svensk konkurrensrätt i vissa fall måste anpassas till svenska förhållanden.[6] Av detta följer att en av de viktiga utgångspunkter var att svensk rätt skulle följa den utveckling som sker på EU nivå.

[3] Förordning 139/2004, artikel 21.3.
[4] Konkurrenslag (1993:20).
[5] Konkurrenslag (1982:729).
[6] Prop. 1992/93:56, s. 21 och 62.

3 Förändringar på EU-nivå

Denna framställning är alldeles för kortfattad för att ge en uttömmande redovisning av alla de förändringar som har skett inom EU:s konkurrensrätt. Redovisningen kommer därför att hålla sig till ett urval av vissa specifika utvecklingslinjer.

3.1 Konkurrensrättens skifte mot en mer ekonomisk bedömning

En första utvecklingslinje gäller innehållet i de materiella konkurrensreglerna och den grad av ekonomisk analys som karaktäriserar tolkningen och tillämpningen av alla EU:s konkurrensregler. Givetvis hör det till konkurrensrättens natur att tillämpningen av reglerna i enskilda fall inkluderar ekonomiska bedömningar. Begrepp som relevant marknad, missbruk, konkurrensbegränsning eller testet om en privat investerare kräver någon form av ekonomisk analys av situationen i ett enskilt fall. Den kritik som framfördes mot konkurrensrätten tiden före moderniseringsreformen år 2004 var att graden av ekonomisk analys var alldeles för begränsad.[7] En alldeles för formalistisk syn på konkurrensbegränsningskriteriet under artikel 101 FEUF och på fastställandet av en dominerande ställning enligt artikel 102 FEUF kritiserades eftersom det kunde resultera i en alltför expansiv konkurrensrätt. Detta skulle eventuellt resultera i s.k. typ I-fel, dvs. intervention mot åtgärder och avtal som är bra för marknaden och som gynnar konsumenter.

Sedan början av nittiotalet har en utvecklingslinje varit en ökad grad av ekonomiska bedömningar enligt konkurrensreglerna. *Delimitis* utgör kanske en sådan viktig hållpunkt i utvecklingen av konkurrensbegränsningskriteriet i artikel 101 FEUF där domstolen underströk vikten av en fullständig utredning av marknadsförhållanden i enskilda fall.[8] Utvecklingen tog sedan fart med det ”nya” gruppundantaget och de nya riktlinjerna för vertikala begränsningar år 1999 samt de substantiella ändringar

[7] Se t.ex. Jones, Alison, Analysis of agreements under US and EC antitrust law – Convergence or divergence?, Antitrust Bulletin 2006, volym 51, s. 691 (Jones), s. 745 ff.; Akman, Pinar, The Concept of Abuse in EU Competition Law, Hart Publishing, 2012, Oxford (Akman).

[8] Mål C-234/89 Stergios Delimitis mot Henninger Bräu AG, ECLI:EU:C:1991:91 (Delimitis).

som gjordes i alla gruppundantag år 2004.[9] Moderniseringsreformens materiella sida innebar därmed ett skifte i fokus från hindrandet av samhandel genom framför allt vertikala avtal, eller m.a.o. den s.k. marknadsintegrationen, till ekonomisk effektivitet och/eller s.k. konsumentvälfärd vid tillämpningen av artikel 101 FEUF.[10] Vad gäller utvecklingen av tillämpningen av artikel 102 FEUF skedde inte denna på ett lika naturligt sätt som utvecklingen av tolkningen av artikel 101 FEUF. Diskussionen satte fart ordentligt först vid tiden för moderniseringsreformen och pågick under många år tills kommissionen utfärdade den s.k. prioritetsvägledningen, ett meddelande gällande bedömningen av utestängande missbruk under artikel 102 FEUF.[11] Prioritetsvägledningen introducerade det s.k. lika-effektiv-konkurrent-testet (AEC-testet) vilket skulle begränsa missbruksbegreppets omfång till situationer där endast lika ekonomiskt effektiva konkurrenter skulle kunna slås ut av en utestängande åtgärd.[12] Det kan dock ifrågasättas vilken betydelse testet i prioritetsvägledningen kommer att få i praktiken. I ett par uppmärksammade fall, både vid domstolen och tribunalen, har AEC-testet som utformad i prioritetsvägledningen inte godtagits som en tvingande standard vid missbruksbedömningen enligt artikel 102 FEUF.[13] Icke desto mindre tycks domstolen ha accepterat AEC-testet vad gäller s.k. prisbaserade missbruk.[14]

Utvecklingen inom antitrustområdet har även följts upp med revideringar av de materiella reglerna inom andra konkurrensrättsliga områden.

[9] Kommissionens förordning (EG) nr 2790/1999 av den 22 december 1999 om tillämpningen av artikel 81.3 i fördraget på grupper av vertikala avtal och samordnade förfaranden, EGT 1999 L 336/21; Tillkännagivande från kommissionen, Riktlinjer om vertikala begränsningar, EGT 2000, C 291/01; för ett smakprov på den ekonomiska angreppsvinkeln sedan år 2004 se Meddelande från kommissionen, Tillkännagivande, Riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3 i fördrag, EUT 2004 C 101/97.

[10] Se t.ex. Maher, Imelda, Competition Law Modernization: An evolutionary tale?, kapitel 23 i Craig, Paul och de Burca, Grainne (red.), The Evolution of EU Law, 2:a u., Oxford University Press 2011, Oxford, s. 729 ff. (Maher).

[11] Meddelande från kommissionen, Vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 i EG-fördraget på företags missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder, EUT 2009 C 45/7 (Prioritetsvägledningen).

[12] Prioritetsvägledningen, punkterna 25–27.

[13] Mål C-549/10 P Tomra mot kommissionen, ECLI:EU:C:2012:221 (Tomra); mål T-286/09 Intel Corp. mot Europeiska kommissionen, ECLI:EU:T:2014:547 (Intel).

[14] Mål C-209/10 Post Danmark mot Konkurrencerådet, ECLI:EU:C:2012:172 (Post Danmark); mål C-52/09 Konkurrensverket mot TeliaSonera Sverige AB, ECLI:EU:C:2011:83 (TeliaSonera); mål C-280/08 P Deutsche Telekom AG mot kommissionen, ECLI:EU:C:2010:603 (Deutsche Telekom).

Vid Sveriges inträde i EU hade den äldre koncentrationsförordningen utfärdats relativt nyligen.[15] Kommissionen tycks ha visat en viss restriktivitet under första perioden av koncentrationskontroll med få förbudsbeslut. En mer intensiv period följde men uppmärksammades mest pga. av de tre beslut av kommissionen som underkändes av tribunalen (dåvarande förstainstansrätten).[16] Detta resulterade bl.a. i nedläggandet av Merger Task Force och i att en chefsekonom utsågs för en mer rigorös kontroll av ekonomiska bedömningar i kommissionsbeslut. Vidare reviderades det materiella testet inom koncentrationskontrollen vid moderniseringsreformen år 2004, vilket resulterade i ett mer ekonomiskt test, i grunden ett effektsbaserat test, samt en explicit bedömning av effektivitetsvinster.[17] Ovanligt nog, ämnade och innebar införandet av ett mer ekonomiskt test inom detta område att det blev möjligt att fånga in konkurrensbegränsningar på marknaden som det äldre ”formalistiska” dominanstestet inte kunde fånga in.[18] Det nya testet innebar därmed en mindre utvidgning av tillämpningsområdet för att undvika s.k. typ II-fel, dvs. att konkurrensreglerna inte omfattar åtgärder med negativa effekter på marknaden. Härutöver har två moderniseringsreformer genomförts inom statsstödsområdet, men detta diskuteras mer nedan (avsnitt 3.3.).

Vad gäller mottagandet av en skiftning till en mer ekonomisk bedömning tycks ambitionerna ha uppskattas av de flesta praktiker och akademiker. Vad avser resultaten av reformerna tycks åsikterna gå isär beroende på vilket område som avses. Ändringarna gällande tillämpningen av artikel 101 FEUF tycks ha uppnått sitt syfte och ha accepterats av de flesta. Även om det periodvis har spekulerats om att t.ex. tillämpningen av marknadsandelar skulle lägga en alldeles för stor börda på företagen, tycks de flesta se användningen av tröskelvärden för marknadsandelar och distinktionen mellan avtal som ingås mellan konkurrenter (horisontella avtal) och avtal som ingås mellan icke-konkurrenter (vertikala avtal) som ett sunt skifte i konkurrenspolitiken. Även ändringarna inom koncentrationskontrollen

[15] Rådets förordning (EEG) nr 4064/89 om kontroll av företagskoncentrationer, EGT 1989 L 395/1.

[16] Bl.a. mål T-5/02 Tetra Laval BV mot Europeiska kommissionen, ECLI:EU:T:2002:264 (Tetra Laval).

[17] Se förordning 139/2004, artikel 2.3. Jfr med det materiella testet i Rådets förordning (EEG) nr 4064/89, EGT 1989 L 395/1, artikel 2.3.

[18] Gonzalez Diaz, Francisco Enrique, The Reform of European Merger Control: Quid Novi Sub Sole?, World Competition 2004, vol. nr 5, s. 177 ff. (Gonzalez Diaz), s. 185–191.

tycks ha haft den avsedda effekten om en mer ekonomisk bedömning.[19] Vad gäller ändringar gällande artikel 102 FEUF verkar många anse att unionsdomstolarna hållit tillbaka utvecklingen genom att upprätthålla tidigare rättspraxis som gav uttryck för en formbaserad bedömning avseende vissa typer av missbruk.[20] Många skulle nog välkomna om kommissionens AEC-test fick ett större genomslag.

3.2 Skiftet mot en mer riktad övervakning av vissa överträdelser av konkurrensrätten

En andra utvecklingslinje gäller steget från en administrativ kontroll från kommissionens sida av alla avtal och åtgärder till en mer riktad övervakning och genomförande (*enforcement*) av konkurrensreglerna. Systemskiftet, moderniseringsreformen inom antitrustområdet år 2004, utgör den stora hållpunkten i denna utveckling, men inte den enda.[21] Införandet av leniencyprogrammet och förlikningsproceduren vad gäller karteller, samt antagandet av skadeståndsdirektivet (och ”medföljande” rättsakter) utgör ytterligare reformer som har haft till syfte att stärka och fokusera den konkurrensrättsliga interventionen på karteller.[22]

Moderniseringsreformens mål var att främja en decentralisering av tillsynen och övervakningen av konkurrensrätten och därmed att öka ansvaret för nationella konkurrensmyndigheter och domstolar. Istället för

[19] Weitbrecht, Andreas, A well-watered plateau: EU merger control 2011–2013, European Competition Law Review 2014, vol. nr 35, s. 282 ff. (Weitbrecht), s. 287–288.

[20] Se t.ex. Ibáñez Colomo, Pablo, Intel and Article 102 TFEU Case Law: Making Sense of a Perpetual Controversy, LSE Legal Studies Working Paper nr 29/2014, 26 november 2014 (Ibáñez Colomo); Venit, James S, Case T-286/09 Intel v Commission – The Judgment of the General Court: All Steps Backward and No Steps Forward, European Competition Journal 2014 s. 203 ff. (Venit).

[21] Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget, EGT 2003 L 1/1.

[22] Kommissionens tillkännagivande om immunitet mot böter och nedsättning av böter i kartellärenden, EUT 2006 C 298/17; Kommissionens förordning (EG) nr 773/2004 av den 7 april 2004 om kommissionens förfaranden enligt artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget, EUT 2004 L 123/18, artiklarna 2.1 och 10.a; Kommissionens tillkännagivande om förlikningsförfaranden i samband med beslut enligt artikel 7 och artikel 23 i rådets förordning (EG) nr 1/2003 i kartellärenden, EUT 2008 C 167/1; Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/104/EU av den 26 november 2014 om vissa regler som styr skadeståndstalan enligt nationell rätt för överträdelser av medlemsstaternas och Europeiska unionens konkurrensrättsliga bestämmelser, EUT 2014 L 349/1.

att kommissionen skulle bördas med genomgången av tusentals avtal, vilket var fallet med övervakningssystemet under förordning 17/62,[23] av vilka många hade troligtvis väldigt små effekter på marknaden, kunde kommissionen efter år 2004 rikta sin övervakning på prioriterade fall, i synnerhet kartellöverträdelser, andra allvarliga konkurrensbegränsningar och ”nyckelsektorer”.[24] Decentraliseringen öppnade således upp för nationella domstolar och nationella konkurrensmyndigheter att hantera fall av mindre betydelse eller fall som hade en nationell dimension. Vad gäller leniencyprogrammet infördes det redan år 1996 genom ett meddelande som senare har reviderats år 2002 och 2006.[25] Leniencyprogrammet spetsade till kommissionens åtgärder att komma åt karteller genom att underlätta upptäckten och insamlandet av information (läs bevis). Företag som deltar i karteller kan få immunitet eller nedsättning av böter genom att vända sig till kommissionen. Incitamentet är starkast för de företag som vänder sig till kommissionen först eftersom de kan få immunitet vilket destabiliserar kartellsamarbeten. En ökad risk för upptäckt resulterar dessutom i ökad avskräckningseffekt. Vidare infördes möjligheten till förlikning år 2008 för att undvika dyra och komplicerade konkurrensrättsliga processer som kan fortgå i många år och som belastar domstolssystemet, i synnerhet Tribunalen.[26] I utbyte kan kartelldeltagarna få upp till 10 % ”rabatt” på sina böter.

Huruvida moderninseringsreformen inom antitrustområdet skall ses som lyckad eller inte beror i hög grad på vilket syfte som skall anses vara den ”viktigaste” med reformen. Enligt författaren torde huvudpoängen med reformen ha varit att frigöra resurser och att koncentrera övervakningen och tillsynen på de konkurrensbegränsningar som anses vara mest

[23] Förordning nr 17, Första förordningen om tillämpning av fördragets artiklar 85 och 86 EGT 1962, s. 204, Svensk specialutgåva: område 8 Volym 1 s. 8.

[24] Meddelande från kommissionen, ”En aktiv konkurrenspolitik för ett konkurrenskraftigt Europa”, COM (2004) 293 slutlig, s. 16–17.

[25] Kommissionens meddelande om befrielse från eller nedsättning av böter i kartellärenden EGT 1996 C 207/4; Kommissionens meddelande om immunitet mot böter och nedsättning av böter i kartellärenden EGT 2002 C 45/3; Kommissionens tillkännagivande om immunitet mot böter och nedsättning av böter i kartellärenden, EUT 2006 C 298/17.

[26] Ginevra Bruzzoneb and Marco Boccacciobb, Taking Care of Modernisation After the Start-up: A View from a Member State, World Competition 2008, vol. nr 31, 89 ff. (Bruzzoneb & Boccacciobb), s. 97; Hinds, Anna-Louise, All settled? Some six years of cartel settlement, European Competition Law Review 2014, vol. nr 35, s. 292 ff. (Hinds), s. 292–293.

skadliga. Om det antagandet stämmer, är antalet karteller som kommissionen ingripit mot sedan år 2004 en ganska imponerande siffra, jämfört med antalet ärenden före reformen.[27] Leniencyprogrammet har i detta avseende blivit en central del av de mekanismer och utredningsåtgärder som kommissionen har till sitt förfogande i kartellbekämpningen. Det är förmodligen alldeles för tidigt att utvärdera förlikningsmekanismen, men siffrorna tycks ändå visa på att kommissionen flitigt använt sig av möjligheten i kartellfall under senare år (runt hälften av alla fall).[28] Givetvis är kartellbekämpningen ännu inte perfekt och det finns en rad ”problem” som fortfarande bör åtgärdas. Ett sådant problem rör den avskräckningseffekt som existerande åtgärder, i synnerhet böterna, har på företagens incitament att ingå kartellavtal. Det är ingen tvekan att böterna som har utdömts av kommissionen ökat markant under de senaste två decennierna.[29] Ett antal studier visar dock att böterna ändå inte når upp till nivån som enligt ekonomisk teori (optimal deterrence model) krävs för att effektivt avskräcka företag från konkurrensöverträdelser.[30] Kommissionens ansträngningar att underlätta för ”private enforcement” genom skadeståndsdirektivet och medföljande instrument, kan, i teorin, öka trycket på deltagare i karteller till följd av skadeståndsprocesser från företag eller konsumenter som har drabbats av överpriser. Även om skadeståndsdirektivet främst ska ses som en åtgärd som garanterar ett effektivt rättsskydd för enskilda kan det även bidra till att höja konkurrensreglernas avskräckningseffekt.

Vad gäller andra konkurrensrättsliga områden har reformer inte gått så långt som att släppa kommissionens centraliserade administrativa kontroll. Reformerna har haft syftet att fördela ansvaret bättre mellan nationella myndigheter och kommissionen, och/eller att begränsa utredningar av kommissionen till allvarligare konkurrensbegränsningar. Inom kon-

[27] Kommissionen tog 122 beslut under perioden år 2004–2013. Av dessa, gällde 54 beslut kartellärenden. Meddelande från kommissionen till Europaparlamentet och Rådet, Tio år av antitrustregler enligt förordning 1/2003: Resultat och framtidsutsikter, COM(2014) 453 slutlig, punkt 8. Dessutom har ca 27 % av de beslut som nationella konkurrensmyndigheter tagit gällt karteller under samma period.

[28] Se kommissionens hemsida.

[29] Se Wils, Wouter, The Increased Level of EU Antitrust Fines, Judicial Review and the ECHR, World Competition 2010, vol. nr 33, s. 5 ff. (Wils), s. 11.

[30] Emmanuel Combe and Constance Monnier, Fines against hard core cartels in Europe: The myth of overenforcement, The Antitrust Bulletin 2011, vol. nr 56, s. 235 ff., se s. 267.

centrationskontrollen kan revideringarna i hänvisningsreglerna, som bestämmer om antingen EU:s eller nationella konkurrensregler skall tillämpas på en koncentration i ett enskilt fall, ses som mindre anpassningar, om än viktiga, av det existerade systemet för övervakning.[31] Inom statsstödsområdet, kan det generella gruppundantaget ses som en reform ämnad att minska antalet notifieringar till kommissionen samt att förenkla förfarandet för undantag av stöd med mindre effekter på konkurrensen.

3.3 Ett ökat fokus på statliga åtgärder som snedvrider konkurrensen

En tredje utvecklingslinje rör konkurrensrättens reglering av statliga åtgärder. Ett viktigt mål med konkurrensrätten har alltid varit att främja liberalisering och att minska konkurrensbegränsande åtgärder som vidtas av medlemsstaterna. Ser man till EU:s konkurrenspolitik i vid mening, har reglerna om fri rörlighet främjat konkurrensen genom eliminering av handelshinder som därmed lett till ett öppnande av nationella marknader och främjandet av bl.a. importkonkurrens. Konkurrensrätten har i denna del fungerat som ett komplement till reglerna om fri rörlighet genom regleringen av privilegierade företag i artiklarna 106 FEUF och 107 FEUF, dvs. företag som fått särskilda eller exklusiva rättigheter (läs monopol), företag som ägs av staten (offentliga företag), samt företag som erhållit ekonomisk stöd (statsstöd) från medlemsstaternas sida. Det bör understrykas att denna del av konkurrensrätten har alltid varit mer kontroversiell än antitrustreglerna och koncentrationskontrollen eftersom den direkt har begränsat medlemsstaternas möjligheter att påverka en viktig del av den ekonomiska politiken (industrial policy) samt att vidta åtgärder med sociala hänsyn, som olika typer av välfärdssystem.[32]

En första liberaliseringsvåg gällande företag med särskilda och exklusiva rättigheter tog fart under 90-talet, i synnerhet inom telekomsektorn, med stöd av lagstiftningskompetensen under artikel 106.3 FEUF.[33] Avregleringen skedde i första hand genom ett antal direktiv inom nyckelsektorer som telekom, post och energi.

[31] Förordning 139/2004, artiklarna 4.4–5, 9 och 22.

[32] Chalmers, Damian, Davies, Gareth, och Monti Giorgio, ”European Union Law”, 3:e u. Cambridge University Press, Cambridge 2014, s. 1052.

[33] Kommissionens direktiv 88/301/EEG av den 16 maj 1988 om konkurrens på marknaderna för teleterminalutrustning, EGT 1988 L 131/73, Svensk specialutgåva, område 08, vol. 1 s. 99 (dir. 88/301).

Under 90-talet skedde dessutom en långtgående utveckling av rättspraxis under artikel 106.1 och 106.2 FEUF. Rättsfall som *RTT* och *Corbeau* gav ytterligare stöd för kommissionens liberaliseringsambitioner.[34] Vidare i fall som exempelvis *Höfner* och *Albany* utvidgade domstolen konkurrensrättens tillämpningsområde (genom kriteriet företag och begreppet ekonomisk verksamhet) till vissa delar av medlemsstaternas välfärdssektorer och begränsade möjligheterna för medlemsstaterna att tilldela legala monopol.[35] Det bör dock understrykas att domstolen godkände de nationella regleringarna i många av dessa fall. Domstolen godkände dock dessa åtgärder under antingen snäva och svårbedömda inskränkningar av företagsbegreppet eller undantagsregeln i artikel 106.2 FEUF vilket ändå upprätthöll domstolens explicita kontroll. Denna utveckling tycks ha fortsatt under de senaste tio åren. I fallen *MOTOE*, *Connect Austria* och *DEI* har domstolen fortsatt att flytta fram positionerna för tolkningen av den kombinerade tillämpningen av artiklarna 106.1 och 102 FEUF.[36] Ett problem med den kombinerade tillämpningen av artiklarna 106.1 och 102 FEUF har alltid varit påvisandet av att den statliga åtgärden orsakat ett missbruksbeteende enligt artikel 102 FEUF, vilket har begränsat tillämpningsområdet för reglerna ifråga. I *DEI* har dock kommissionen och domstolen lättat på detta krav vilket underlättar möjligheten att angripa offentliga företag i dominerande ställning som fått fördelar genom statliga åtgärder och som resulterat i snedvridningar av konkurrensen.[37]

Vad gäller lagstiftningen om liberalisering har denna under de senaste tjugo åren inte endast expanderat, utan även utvecklats vad gäller metoden för regleringen och tillsynen av de berörda marknaderna.[38] Precis

[34] Mål C-18/88 Régie des télégraphes et des téléphones mot GB-Inno-BM SA, ECLI:EU:C:1991:474 (*RTT*); mål C-320/91 Brottmål mot Paul Corbeau, ECLI:EU:C:1993:198 (Corbeau).

[35] Mål C-41/90 Klaus Höfner et Fritz Elser mot Macrotron GmbH, ECLI:EU:C:1991:161 (Höfner); mål C-67/96 Albany International BV mot Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie, ECLI:EU:C:1999:430 (Albany).

[36] Mål C-49/07 Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID mot Elliniko Dimosio, ECLI:EU:C:2008:376 (MOTOE); mål C-462/99 Connect Austria Gesellschaft für Telekommunikation GmbH mot Telekom-Control-Kommission, i närvaro av Mobilkom Austria AG. ECLI:EU:C:2003:297 (Connect Austria); mål C-553/12 P Europeiska kommissionen mot Dimosia Epicheirisi Ilektrismou AE (DEI), ECLI:EU:C:2014:2083 (DEI).

[37] DEI, punkt 46.

[38] Se Hancher, Leigh, och Larouche, Pierre, The Coming of Age of EU Regulation of Network Industries and Services of General Economic Interest, kapitel 24 i Craig, Paul

som på antitrustområdet har regleringen gradvis byggt upp nätverk av nationella myndigheter som alltmer beaktat unionsintressen i motsats till nationella intressen. Samtidigt har kommissionen genom konkurrensreglerna kunnat intervenera i fall där styrningen av nationella myndigheter inte fungerat. Allt som allt, verkar denna växelverkan mellan lagstiftning och tillämpning av konkurrensreglerna befäst och förstärkt kommissionens möjligheter att styra och leda nationella myndigheters arbete.

Vad gäller statsstödsområdet tycks kommissionen under tiden före Sveriges inträde i EU ha varit relativt restriktiv i sin intervention. Precis som i fallet gällande liberalisering, ökade kommissionens aktivitet gentemot statsstöd under 90-talet.[39] Sedan dess har expansionen och graden av kontroll av statsstöd alltjämt fortsatt och ökat. Den första stora (moderniserings)reformen av statsstödsreglerna följde reformen av antitrustreglerna under åren 2005–2009 (State Aid Action Plan, s.k. SAAP).[40] Syftet var att minska stödåtgärder från medlemsstaternas sida och att göra tillåtna stödåtgärder effektivare. Som ett led i denna utveckling har tolkningen av statsstödsreglerna i allt större grad inkluderat ekonomiska bedömningar. De ökade kraven på stödets främjande av ett gemensamt intresse, påvisandet av ett marknadsmisslyckande eller ett legitimt rättvisebaserad mål, samt kraven på stödets lämplighet och proportionalitet har fördjupat kontrollen av stödåtgärder och även inkluderat en effektivitetsbedömning av de enskilda åtgärderna.[41] Som det har beskrivits i litteraturen har statsstödskontrollen gått från en kontroll av stöd (läs subventioner) med negativa effekter på samhandeln till en allt större kontroll av medlemsstaternas användning av skattemedel.[42] Vidare syftade reformen enligt SAAP även till att förenkla förfaranden och att göra en viss decentralisering av tillsynen och genomförandet av statsstödsregleringen

och de Burca, Grainne (red.), The Evolution of EU Law, 2:a u., Oxford University Press 2011, Oxford, s. 743 ff.

[39] Chalmers, Damian, Davies, Gareth, och Monti Giorgio, European Union Law, 3:e u. Cambridge University Press, Cambridge 2014, s. 1055.

[40] Kommissionen, Handlingsplan för statligt stöd – mindre men bättre riktat statligt stöd: en plan för reform av det statliga stödet 2005–2009, Bryssel KOM(2005) 107 slutlig.

[41] Hancher, Leigh, Otteranger, Tom, och Slot, Piet Jan, EU State Aids, 4:e u. Sweet & Maxwell 2012 (Hancher, Otteranger & Slot), s. 7–8.

[42] Coppi, Lorenzo, The role of economics in State aid analysis and the balacing test, kapitel 4 i Szyszcak, Erika (red.), Research Handbook on European State Aid Law, Edward Elgar, Cheltenham 2011, s. 64 ff. (Coppi), s. 75–77.

(enforcement). Bl.a. introducerades ett s.k. allmänt gruppundantag som på sätt och vis överflyttade en viss del av ansvaret för övervakningen av statsstöd till nationella domstolar. Vad gäller verkställandet av reformen, hindrades denna till viss del av den ekonomiska krisen vilket tvingade kommissionen till en ökad flexibilitet, en ändrad inställning till vissa typer av stöd som ”Rescue and Restructuring Aid” samt en minskad tillämpning av de ekonomiska principer som uppställts i SAAP. Ser man till de sektorer där den mer ekonomiska bedömningen ändå fick genomslag verkar inte graden av stöd ha minskat nämnvärt, även om stödet har blivit mer riktat och mer förenlig med de principer som infördes genom reformen.[43] Den andra reformen, ”State aid Modernization” (SAM), påbörjades år 2012. Strategin i den senaste moderniseringsreformen syftar till att öka tillväxten inom en konkurrenskraftig inre marknad, att fokusera statsstödsreglerna gentemot de fall som påverkar den inre marknaden samt att skapa enhetligare regler och att få till snabbare beslut.[44] Väldigt förenklat innebär SAM en fördjupad reform längs samma linjer som SAAP. Det allmänna gruppundantaget har sålunda utvidgats ytterligare och bedömningen av stöd enligt undantagsreglerna i artikel 107.3 FEUF har kopplats alltmer till marknadsmisslyckanden och ett (ekonomiskt) effektivitetstest. Sammantaget har moderniseringsreformerna inom statsstödsområdet inneburit en allt högre grad av ekonomisk analys av stöd enligt undantagsreglerna, samtidigt som bedömningen av de konkurrensbegränsande effekterna av stöd enligt förbudsregeln i artikel 107.1 FEUF upprätthållit ett formalistiskt synsätt.

Sammanfattningsvis, är en personlig reflektion, att till skillnad från ändringarna inom antitrustområdet som har haft till syfte att begränsa reglernas tillämpningsområde och omfång, har ändringarna gällande statliga åtgärder gått i en motsatt riktning, dvs. en ökad kontroll från kommissionens och unionsdomstolarnas sida.

[43] Hancher, Otteranger & Slot, s. 10.

[44] Meddelande från Kommissionen till Europaparlamentet, Rådet, Europeiska ekonomiska och sociala kommittén samt Regionkommittén – Modernisering av det statliga stödet i EU, KOM(2012) 209 slutlig.

4 Förändringar på svensk nivå

Vad gäller den svenska konkurrensrätten innebar EU-inträdet som ovan nämnts ett systemskifte. Sedan dess tycks ändringar inom den svenska konkurrensrätten främst ha reflekterat de förändringar och de tendenser som har skett på EU-nivå. Den ökade ekonomiska inslaget i analysen, moderniseringsreformen och den mer riktade övervakningen av konkurrensmyndigheterna, samt den ökade fokusen på statliga åtgärder, är tendenser som även avspeglats på den svenska konkurrensrätten.

4.1 Moderniseringsreformen i Sverige – en större inriktning på karteller och ett ökat inslag av ekonomisk analys?

Moderniseringsreformens två aspekter, den administrativa sidan och den materiella sidan, infördes båda under år 2004 samtidigt som skiftet till förordning 1/2003 verkställdes på EU-nivå.[45] Vad gäller den administrativa sidan innebar systemskiftet att resurser kunde frigöras även för KKV för en mer inriktad tillsyn på karteller och andra allvarliga konkurrensbegränsningar.[46] Som det uttalas i utredningen som föregick KL 2008, verkar KKV:s fokus ha skiftat till karteller redan i början av 2000-talet. Dessförinnan låg fokus framför allt på att hantera alla de anmälningar av ärenden om icke-angripande besked och undantag som hade inkommit vid skiftet till KL 1993.[47] Ser man till de förändringar som genomfördes under 2000-talet i själva lagen verkar trenden att inrikta konkurrensövervakningen på kartellöverträdelser ha följts även inom svensk konkurrensrätt.

Eftergiftsprogrammet infördes 2002.[48] Med inspiration från framför allt de kanadensiska och amerikanska leniencyprogrammen påbörjades arbetet under 2000/01 med att ta fram regler om eftergift och nedsättning. Regleringen anpassades dock till de EU-rättsliga normerna. Som

[45] Lag (2004:409) om ändring i konkurrenslagen.

[46] Prop. 2003/04:80, s. 76.

[47] KKV:s rapportserie (2000:1), Konkurrensen i Sverige under 90-talet – problem och förslag, s. 281; prop. 2003/04:80, s. 67.

[48] KKVS 2002:1. Se lag (2002:595) om ändring i konkurrenslagen (1993:20), prop. 2001/02:167. Möjligheterna till nedsättning för samarbete och ingivandet av information gällande egna företagets egna överträdelser till KKV fanns sedan tidigare, i synnerhet efter ändringen i 28 § KL 1993.

nämnts ovan leder eftergiftprogrammet till att karteller blir mer instabila genom att öka incitamenten för företag att själva informera konkurrensmyndigheter om kartellöverträdelser. Samtidigt underlättas utredningsarbetet genom att konkurrensmyndigheterna får tillräckligt med data för att påvisa kartellöverträdelser istället för att myndigheterna på egen hand tar fram informationen. Vidare infördes under år 2005 explicita regler som tillät KKV att göra gryningsräder i privata bostäder vilket underlättade utredningen av kartellöverträdelser.[49] Ett problem med KL 1993 som uppmärksammades i början av 2000-talet var domstolarnas tendens att minska nivån på de konkurrensskadeavgifter som yrkades av KKV i sina avgöranden. I en utredning av Simonsson pekades på de eventuellt negativa effekter som kunde följa av alltför låga konkurrensskadeavgifter i termer av en minskad avskräckningseffekt för företag.[50] KL 2008 införde således även en anpassning av reglerna gällande beräkningen av konkurrensskadeavgiften. Ser man till förarbetena tycks den huvudsakliga tanken ha varit att underlätta för domstolarna att döma ut *högre* avgifter samtidigt som man ökade rättssäkerheten för enskilda.[51] KL 2008 införde dessutom en ny sanktion, näringsförbudet (se nedan), samt möjligheten för KKV att avsluta fall genom avgiftsföreläggande.[52] Allt som allt, verkar reformer av KL huvudsakligen ha syftat till att underlätta upptäckandet, utredningen samt avslutandet av kartellärenden.

I ljuset av alla dessa reformer är det intressant att se KKV:s aktivitet i form av fall om konkurrensskadeavgift pga. kartellöverträdelser.[53] Det är viktigt att understryka att KKV dessförinnan inte använt sig av stämningar om konkurrensskadeavgift i någon högre grad gällande kartellöverträdelser.[54] Under perioden 1993–1999 ansökte KKV om konkurrensskadeavgift i endast två fall av kartellöverträdelser. Det bör dock noteras att övervakningen av konkurrensreglerna under denna tid befann sig i något av en uppstartsfas där verket dessutom var tvungen att han-

[49] Lag (2005:598) om ändring i konkurrenslagen (1993:20).

[50] SOU 2006:99, En ny konkurrenslag, s. 180–182.

[51] Prop. 2007/08:135 – En ny konkurrenslag, s. 120.

[52] KL, 3:16 och 24 §§.

[53] Siffrorna nedan är baserade på redovisningen på KKV:s hemsida. Författaren har placerat målen i en viss period med datumet för KKV:s ansökan om konkurrensskadeavgift som grund, även när domstolsavgörandet fallit i en ”senare” period.

[54] Det bör dock påpekas att de flesta ingripanden under denna period gällde förbudet mot konkurrensbegränsande samverkan i 6 § KL avseende notifierade avtal eller åtgärder. Diskussionen här gäller endast karteller. Se prop. 2003/04:80, s. 67.

tera en stor mängd notifieringar av avtal. Den fasen hade goda effekter på marknaden genom att företag kunde anpassa sina avtal i förenlighet med KL. Ett skifte i fokus tycks ha skett under perioden 2000–2008 där 6 stämningar pga. kartellöverträdelser avgjordes av domstol. Därefter har stämningar om konkurrensskadeavgift pga. kartellöverträdelser avstannat något. Under perioden 2009–2015 har tre sådana mål avgjorts. Det bör dock påpekas att tre kartellmål tycks ha avslutats genom avgiftsföreläggande samt att ett mål pågår för nuvarande.

Det går givetvis inte att dra alltför långtgående slutsatser i denna lilla not om varför en större ökning av stämningar om konkurrensskadeavgift pga. kartellöverträdelser inte har skett. Det verkar emellertid som att alla de regelförändringar som gjorts mellan 2000 och 2010 i termer av eftergiftsprogrammet och hårdare sanktioner inte i realiteten resulterat i ett ökat antal mål om konkurrensskadeavgift pga. av kartellöverträdelser. Antalet mål kan även kontrasteras med antalet mål om konkurrensskadeavgift pga. av missbruksfall, där efter en lång tid av låg aktivitet mellan åren 2000–2008 verket ansökt om konkurrensskadeavgift i fem mål mellan 2009–2015. Under samma period har verket dessutom ansökt om stämning i sex fall gällande offentlig säljverksamhet. Det totala antalet stämningar tycks därmed inte vara låg enligt svenska förhållanden.

I ljuset av dessa siffror är det intressant att notera att KKV i sin rapport år 2009 om konkurrensförhållandena i Sverige inte nämner kartellverksamhet i någon större utsträckning.[55] Detta kan jämföras med rapporterna om konkurrensen i Sverige från 1999 och 2002 där det ändå antyds att det kan förekomma en del kartellverksamhet på marknaden, i synnerhet med tanke på svenska företags inblandning i internationella kartell er.[56] Det kan därmed spekuleras om huruvida de största konkurrensproblemen på svenska marknaden beror mest pga. dominerande företag och/eller pga. statliga åtgärder och offentlig säljverksamhet (se nedan). Kanske är det så att svenska företags inblandning i kartellverksamhet sker på internationell nivå och därför primärt hanteras av EU-kommissionen.

Vad gäller den materiella sidan av moderniseringsreformen genomfördes skiftet inom svensk konkurrensrätt mot mer ekonomiska bedöm-

[55] Konkurrensverket, Åtgärder för bättre konkurrens – Konkurrensen i Sverige, Konkurrensverkets rapportserie 2009:4. För en snabb översikt över de konkurrensbegränsningar som identifierats, se sammanfattningen, s. 7–19.

[56] KKV:s rapportserie (2000:1), Konkurrensen i Sverige under 90-talet – problem och förslag, s. 276–293.

ningar under 2:1 § KL i stor utsträckning genom de gruppundantag som reviderades på EU-nivå och som därmed även integrerades i den svenska rätten.[57] Vidare reviderades koncentrationsreglerna till följd av ändringar gjorda i förordning 139/2004. Vad gäller förbudet mot missbruk av dominerande ställning var situationen dock en annan. En sådan förändring kunde inte verkställas genom revideringar i lagregler utan krävde en ändrad analys i KKV:s och domstolars beslut i enskilda ärenden. Ser man till KKV:s verksamhet verkar synsättet i kommissionens prioritetsvägledning ha anammats helt och hållet. I det uppmärksammade Bringmålet utnyttjade det klagande företaget den subsidiära talerätten i 3:2 § KL efter att KKV avböjt att föra ärendet vidare.[58] KKV tog inte upp ärendet gällande ett rabattsystem pga. att bedömningen enligt AEC-testet i kommissionens prioritetsvägledning inte visat på en negativ effekt på marknaden. Marknadsdomstolen konstaterade emellertid att prioritetsvägledningen inte gav uttryck för gällande (EU-)rätt, samt att tidigare rättspraxis gällande rabattsystem gav stöd för att det dominerande företaget hade missbrukat sin ställning. Vad som kan konstateras är att divergensen mellan KKV och marknadsdomstolen innebär att ett mer ekonomiskt baserat test gällande utestängande missbruk ännu inte fått full genomslag i svensk konkurrensrätt.

4.2 Kriminaliseringsdebatten och införandet av näringsförbudet

Som det har nämnts ovan, var näringsförbudet en av de åtgärder som infördes genom KL 2008 som ett led i en striktare kartellbekämpning. Införandet av näringsförbudet tycks närmast ha utgjort en form av kompromiss i den kriminaliseringsdebatt som påbörjades efter KKV:s rapport om konkurrensen under 90-talet.[59]

Tidigare erfarenheter av straffrättsliga sanktioner fanns genom KL 1982 som kriminaliserade anbudskarteller och fastställande av bruttopriser.[60] Det är intressant att det ”äldre” systemet inte fokuserade på kartseller trots att det var erkänt att karteller kunde utgöra allvarliga konkur-

[57] Gruppundantag utfärdas genom lagar i Sverige, där i reglerna gällande den materiella bedömningen görs korshänvisningar till de EU rättsliga gruppundantagen.
[58] MD 2011:14.
[59] KKV:s rapportserie (2000:1), Konkurrensen i Sverige under 90-talet – problem och förslag, s. 276–293.
[60] Konkurrenslagen (1982:729), 13–14 §§.

rensbegränsningar. Anledningen till detta var förekomsten av karteller med positiva effekter på marknaden, exempelvis samverkan mellan mindre aktörer gentemot större kunder.[61] Kriminaliseringsdebatten i början av 2000-talet tycks alltså ha satts igång på grund av helt andra skäl än de som rättfärdigade kriminaliseringen av vissa överträdelser i KL 1982. Konkurrensverkets rapport från 1999 identifierade den troliga förekomsten av karteller som ett problem, samt uttryckte en ökad medvetenhet om och ett ökat fokus på kartellers negativa effekter på marknaden.

Kriminaliseringsfrågan behandlades i tre större offentliga utredningar som alla avrådde från att introducera straffrättsliga sanktioner.[62] Ett antal argument fördes fram. Ett första var att det inte hade fastställts att de existerande konkurrensskadeavgifterna inte hade en tillräcklig avskräckande effekt, vilket skulle motivera straffrättsliga sanktioner. Som ovan nämnts har antalet fall om konkurrensskadeavgift överlag inte varit många sedan införandet av KL 1993. Vid tidpunkten för kriminaliseringsdebatten (2000–2008) hade endast ett fåtal mål avgjorts av domstolarna och det gick inte att uppskatta konkurrensskadeavgifternas eventuella avskräckande effekter.[63] För det andra kunde straffrättsliga sanktioner eventuellt störa eftergiftsprogrammet och därmed minska incitamenten för företag att vända sig till KKV.[64] Det bör understrykas att resonemanget baserade sig på antagandet att eftergifts- och nedsättningsprogrammet var ett verkningsfullt verktyg i kartellbekämpningen. Vid tidpunkten för propositionen till KL 2008 gick det inte att utvärdera om eftergifts- och nedsättningsprogrammet hade haft en sådan positiv effekt än, även om det noterades att anmälningar av kartellöverträdelser hade ökat på senare år.[65] Det tredje argumentet mot straffrättsliga åtgärder var att reglerna skulle omgärdas av viss rättsosäkerhet för enskilda vilket inte ansågs vara acceptabelt.[66] För det fjärde skulle dubbla sanktionssystem eventuellt

[61] Prop. 1981/82:165, s. 131–138.
[62] SOU 2001:74 Kartellbekämpning; SOU 2004:131 Konkurrensbrott – en lagstiftningsmodell; SOU 2006:99 – En ny konkurrenslag.
[63] Exempelvis identifierades i utredningen om en ny konkurrenslag om inte eventuella (effektivitets)problem låg i svårigheterna med att utreda konkurrensöverträdelser. SOU 2006:99, s. 555–560.
[64] Prop. 2007/08:135, s. 150–151.
[65] Prop. 2007/08:135, s. 151.
[66] Prop. 2007/08:135, s. 150.

kunna resultera i andra problem som t.ex. prejudikatbildning inom två skilda domstolssystem.[67]

Det val som istället gjordes var införandet av näringsförbudet i KL 2008.[68] Tanken bakom näringsförbudet tycks ha varit att införa en mjukare form av personligt ansvar utan att skapa en alltför stor friktionsyta med eftergiftsprogrammet, rättsosäkerhet samt att undvika problemen med dubbla sanktionssystem. Icke desto mindre var den grundläggande tanken att öka konkurrensrättens avskräckande effekt.

Införandet av näringsförbud blev föremål långtgående kritik både under förarbetet med den nya lagen och vid själva införandet. Kritiken tycks huvudsakligen ha inriktats på att näringsförbudet normal sett hade använts mot en helt annan typ av ekonomisk ”brottslighet”. Ytterligare problem identifierades gällande tolkningen av rekvisiten för näringsförbudet, i synnerhet svårigheter med att bedöma när personer i ledningen skulle kunna bli ansvariga för åtgärder som vidtagits av personer i lägre ställning inom företaget.

Efter sju års tillämpning av KL 2008, är det aningen fascinerande att näringsförbudet inte har använts vid ett endaste fall. Det kan spekuleras huruvida de ”problem” som kan uppstå pga. av osäkerhet om när och under vilka villkor näringsförbudet kan tillämpas mot enskilda satt hinder för användningen av denna sanktion. Å andra sidan, som förklarats ovan, har antalet mål gällande karteller och konkurrensskadeavgift inte varit många under senare år. En enkel förklaring kan därmed vara att det inte har funnits tillfällen för att tillgripa näringsförbudet som sanktion än så länge. En reflektion är att ett näringsförbud knappast kommer att främja avskräckningseffekten av konkurrensrätten så länge som antalet mål om kartellärenden är få. Så länge det beror på att karteller förekommer i väldigt liten grad är det i sig oproblematiskt.

4.3 Statliga åtgärder och svensk konkurrensrätt

Som det har redogjorts ovan (se avsnitt 2) regleras statliga åtgärder inom konkurrensrätten främst genom EU-rätten. Förändringar på EU-nivå avspeglas därför inte i den svenska KL, även om det finns andra svenska regler om t.ex. verkställandet av unionens statsstödsregler som påverkas.

[67] Prop. 2007/08:135, s. 151–152.
[68] KL 2008, 3:24 §.

En förändring i svenska KL som ändå rör statliga åtgärder i vid mening är införandet av den s.k. konfliktslösningsregeln i 3:27 § KL (KOS-regeln).

KOS-regeln är, enligt författaren, en av de intressantare ändringarna som har gjorts i svensk konkurrensrätt, dels för att det var en produkt av en genuin ”svensk” diskussion, dels pga. av regelns utformning och tillämpningsområde.[69] Regeln infördes först år 2010 trots att problemen med friktion mellan offentlig säljverksamhet och privata aktörer uppmärksammats under en väldigt lång tid. Regeln har ingen egentligen motsvarighet inom EU-rätten även om det finns vissa likheter med artikel 106.1 FEUF.

Det finns en rad områden där konkurrensen direkt påverkas i gränsen mellan de offentliga och det privata. För det första kan staten tilldela ett monopol antingen till ett offentligt företag eller en privat aktör vilket direkt hindrar konkurrensen från andra företag. Monopolisters beteende kan falla inom antitrustreglerna antingen i KL eller FEUF eftersom sådana företag uppfyller kravet på dominerande ställning. Under 2:7 § KL och artikel 102 FEUF kan, i teorin, en monopolists beteende, som underprissättning, överprissättning eller sättandet av oskäliga villkor gentemot kunder, förbjudas som missbruk. Vidare kan tilldelandet av det legala monopolet (alltså den statliga åtgärden) även angripas genom tillämpningen av artiklarna 106.1 och 102 FEUF eller EU:s regler om fri rörlighet om det kan påvisas en samhandelseffekt.[70] För det andra, kan det offentliga ge olika typer av fördelar till grupper av eller enskilda företag. EU:s statsstödsregler kommer åt överföringar av statliga medel till privata aktörer som orsakar konkurrensbegränsningar med samhandelseffekt medan regler om upphandling förhindrar att fördelar ges till privata aktörer i ett ”konkurrensutsatt” upphandlingsförfarande. Inom svensk rätt kan dessutom stöd från kommuner till enskilda (privata) bolag angripas genom enskilda kommunmedlemmars överklagande av kommunala be-

[69] Hedelin, Johan, De nya svenska reglerna om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet – en spegel av reglerna om tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, kapitel 8 i Madell, Tom, Bekkedal, Tarjei, och Neergaard, Ulla (red.), Den nordiska välfärden och marknaden – Nordiska erfarenheter av tjänster av allmänt intresse i en EU-rättslig kontext, Skrifter från juridiska institutionen vid Umeå universitet nr 23, Iustus Förlag 2011, Uppsala (Hedelin 2011), s. 241.

[70] Se t.ex. mål C-41/90 Klaus Höfner et Fritz Elser mot Macrotron GmbH, ECLI:EU:C:1991:161 (*Höfner*) och mål C-350/07 Kattner Stahlbau mot Maschinenbau- und Metall- Berufsgenossenschaft, ECLI:EU:C:2009:127 (*Kattner*).

slut.[71] För det tredje kan det offentliga direkt vara verksam på marknaden så att konkurrensen begränsas, t.ex. genom kommunalt eller statligt ägda bolag eller genom tjänster som erbjuds direkt av kommun eller stat. Endast i de fallen där det offentliga aktören befinner sig i en dominerande ställning kan dess åtgärder angripas med hjälp av förbuden mot missbruk av dominerande ställning i 2:7 § KL och artikel 102 FEUF.

Som följer av ovan finns det en rad olika situationer där det offentliga är direkt eller indirekt verksam på marknaden eller där det offentliga påverkar marknadsförhållanden genom enskilda (offentliga eller privata) bolag. Regleringen av dessa situationer tycks närmast utgöra ett lapptäcke av olika regler som syftar till att ta itu med olika specifika konkurrensbegränsande åtgärder. En situation som dock inte fångas in av de ovan redovisade reglerna är när verksamhet som drivs direkt eller indirekt av stat, landsting eller kommun och aktören ifråga inte har en dominerande ställning.[72] Den offentliga aktören kan ändå snedvrida konkurrensen genom att vidta åtgärder som inte skulle kunna vidtas av ”normala” aktörer på marknaden, precis som dominerande företag ibland kan ägna sig åt beteende som inte är möjlig för andra normalt konkurrensutsatta företag. Offentliga aktörer kan dessutom snedvrida konkurrensen med sin blotta närvaro genom att göra det svårare för potentiella aktörer att träda in på marknaden trots avsaknaden av en dominerande ställning. Det är i denna lucka som KOS-regeln har sin roll att spela. Det bör noteras att KOS-regeln har en vidare tillämpningsområde än den närmaste motsvarigheten inom EU-rätten, den kombinerade tillämpningen av artikel 106.1 med artikel 102 FEUF. Den svenska regeln kan tillämpas trots avsaknaden av en dominerande ställning och ett ”missbruksbeteende”. Det räcker med att säljverksamheten klassificeras som offentligt samt att förfaranden eller att (den kommunala) säljverksamheten hämmar eller snedvrider konkurrensen.

Ser man till bakgrunden för införandet av KOS-regeln tycks diskussionen om problem som uppstod pga. av offentlig säljverksamhet ha satts igång kort efter att KL 1993 infördes. Redan 1995 kom den första utredningen med fokus på friktionen mellan offentlig och privat ekonomisk

[71] Kommunallag (1991:900), 10:8 §.

[72] Prop. 2008/09:231, s. 30. Se exempelvis uppräkningen av klagomål på konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet där i många fall KKV inte kunder ingripa eftersom den offentlige aktören inte hade en dominerande ställning enligt 19 § KL 1993. Se SOU 1995:105, Konkurrens i balans, s. 205–212.

verksamhet.[73] I synnerhet, pekade utredningen på problemet med låg prissättning från offentliga aktörers sida. Resultaten av utredningen ledde så småningom till att Konkurrensrådet inrättades år 1998. Konkurrensrådet utgjorde ett partsammansatt organ som hade till uppgift att lösa sådana problem genom dialog och rekommendationer till kommuner och landsting. Upprättandet av rådet hade till syfte att lösa konkurrensproblemen genom ”frivilligåtgärder”. År 2000 redovisade konkurrensrådet sitt arbete i en utredning där man även föreslog införandet av en regel i KL 1993 som skulle lösa konflikter mellan offentliga och privata aktörer.[74] Dock verkar inte lösningen genom frivilligåtgärder ha varit tillräckligt för att få offentliga aktörer att rätta till beteende och konkurrensrådet lades så småningom ner år 2003.[75] Efter ytterligare rapporter från både KKV och statskontoret som visade på fortsatta konkurrensproblem och ytterligare utredningsarbete infördes KOS-regeln genom 2010 års lagändringar.[76]

En snabb överblick över tillämpningen av KOS-regeln visar att KKV använt sig av regeln relativt frekvent sedan 2010. Hittills har sex ärenden drivits vidare till domstol. Av dessa har 3 avgjorts, medan ett ärende har dragits tillbaka, ett annat ärende pågår fortfarande vid Sthlm TR och ett tredje har överklagats till Marknadsdomstolen.[77] Ett antal andra ärenden har dessutom avskrivits efter att de offentliga företagen vidtagit åtgärder för att eliminera konkurrensproblemen.[78]

En reflektion över den lilla mängden rättspraxis på området är att de riktigt svåra frågorna som den eventuella konflikten mellan självkostnadsprincipen och KOS-regeln eller korssubventionering ännu inte aktualiserats vid domstolarna. De fall som hittills har avdömts till KKV:s fördel har gällt fall där kommuner klart överskridit sin kompetens. Likaledes har domarna som gått emot KKV gällt situationer där verket misslyckats med att definiera den relevanta marknaden eller saknat tillräcklig med bevis för att belägga påstådda undanträngningseffekter. En intressant fråga är vilken tröskel som gäller för att påvisa hämmande eller snedvridning av

[73] SOU 1995:105.
[74] Se SOU 2000:117.
[75] Prop. 2008/09:231, s. 14.
[76] Statskontorets rapporter 2000:16 och 2005:19; KKV:s rapportserie 2004:4; prop. 2008/09:231, s. 30.
[77] De avgjorda målen är MD 2015:12 Strömstad badanstalt, MD 2014:1 Räddningstjänsten Dala Mitt och Sthlm TR, T 8160-11 Skelleftebuss.
[78] Se KKV:s hemsida.

konkurrensen. I förarbetena uttalas att ett märkbarhetskriterium inte tillämpas enligt 3:27 § KL.[79] Färsk rättspraxis antyder dock att inte varje liten fördel i termer av kostnadsfördelar räcker för att konkurrensbegränsningar skall anses föreligga.[80] Påstådda undanträngningseffekter måste påvisas och bevisas. Enskilda aktörers faktiska inträde på marknaden kan även vara en indikation på att tillräckliga konkurrensbegränsande effekter inte föreligger i det enskilda fallet.[81] Det kan därför ifrågasättas hur stor skillnad det egentligen är mellan de konkurrensbegränsande effekter som når över tröskeln enligt 3:27 § KL och sådana effekter som även kan anses vara märkbara.

5 Reflektioner

Som det har beskrivits ovan tycks tre tendenser kunna avläsas i utvecklingen av EU:s konkurrensrätt. För det första har de materiella reglerna ändrats för att öka förenligheten med ekonomisk teori (och därmed med ekonomisk effektivitet). Inom antitrustområdet har den utvecklingen minskat tillämpningsområdet för förbuden mot konkurrensbegränsande avtal och missbruk av dominerande ställning. Det huvudsakliga skälet har varit att minska risken för en alltför strikt konkurrensrätt. Inom områdena koncentrationskontroll och statsstöd verkar dock den ökade ekonomiska analysen ha haft det motsatta syftet att expandera konkurrensrätten för att komma åt konkurrenssnedvridningar som inte täckts tidigare. För det andra har inom alla konkurrensrättsliga områden gjorts förändringar för att öka effektiviteten i tillsyns- och sanktionssystemen. Systemskiftet inom antitrustområdet och de justeringar som skett inom koncentrationskontrollen och statsstödsområdet har haft till syfte att dela eller fördela ansvaret mellan kommissionen och nationella myndigheter. För det tredje tycks ett ökat fokus ha lagts på statliga åtgärder.

Vad gäller det ökade inslaget av ekonomisk analys kan det enkelt konstateras att ändringarna har haft genomslag inom den svenska rätten. Utgångspunkten i svensk rätt har varit att harmoniera de materiella reglerna med EU-rätten, vilket betyder att ändringar på EU-nivå nästan per automatik genomförts på svensk nivå. Det mest uppseendeväckande vad gäller detta tema är att KKV:s följsamhet av kommissionens nya (mer

[79] Prop. 2008/09:231, s. 37.
[80] MD 2015:12, punkt 68.
[81] MD 2015:12, punkt 73.

ekonomiska) policy gällande förbudet mot dominerande ställning inte riktigt accepterats av domstolarna. Möjligtvis finns det två perspektiv på denna fråga. Det ena är att det är problematiskt för en nationell konkurrensmyndighet att följa alltför strikt de policyförändringar (inom EU-rätten) som kommissionen genomför utan direkt stöd i lagregler eller domstolspraxis. Givetvis går det att hävda att det står en nationell konkurrensmyndighet som KKV fritt att göra sina egna policyprioriteringar och lämna oprioriterade fall till privata parter att processa om. Samtidigt kan det vara problematiskt om verket släpper igenom ärenden som enligt domstolarna (inklusive unionsdomstolarna) resulterar i konkurrensbegränsningar på marknaden. Eventuellt kan detta tyda på förekomsten av typ II-fel, dvs. en alldeles för restriktiv konkurrensrätt som släpper igenom åtgärder med negativa effekter på marknaden. Speciellt i fall som Bring, där det dominerande företaget är en f.d. monopolist kan det finnas än starkare skäl att vidta åtgärder när det finns stöd i unionsrättslig praxis. Det andra perspektivet är att Marknadsdomstolen i Bring helt enkelt har brustit i anpassningen till ett mer ekonomiskt synsätt. Detta är givetvis en svår fråga. Det kan uppmärksammas, som nämnts ovan, att det är även osäkert inom EU-rätten i vilken grad unionsdomstolarna har accepterat kommissionens policyförändringar gällande missbruksmål. Om nu svenska domstolar strikt strävar efter att följa tolkningen som görs på EU-nivå (utan att ha ambitionen att själva styra konkurrenspolitiken när det finns ett utrymme), är det kanske rätt strategi att invänta unionsdomstolarnas uttalanden om nya policytrender och hålla sig till äldre rättspraxis.

Vad gäller skiftningen mot mer effektiva tillsyns- och sanktionssystem står det klart att svensk konkurrensrätt följt EU-rätten inom det enda område där det finns överlappande parallella system, antitrustområdet. Vidare har den svenska konkurrensrätten genomfört det systemskifte som gjorts på EU-nivå. Svensk konkurrensrätt har dessutom följt i detalj de förändringar som har gjorts gällande såväl utvidgade utredningsmöjligheter som ändringar gällande sanktioner. Det kan även konstateras att inom den svenska konkurrensrätten har ytterligare åtgärder i form av avgiftsföreläggande och striktare sanktioner medelst näringsförbudet genomförts i syfte att bekämpa karteller. Vad som kanske är mest anmärkningsvärt gäller resultaten av alla dessa förändringar. Mål gällande konkurrensskadeavgift pga. av kartellöverträdelser tycks i slutändan inte ha ökat nämnvärt. En förklaring till detta kan vara att de stora konkurrensproblemen i Sverige rör existensen av offentliga och dominanta före-

tag. Ser man till KKV:s aktivitet de fem senaste åren vad gäller offentlig säljverksamhet och missbruksmål kan det stödja en sådan tes. Att detta tills viss del avviker från situationen på EU-nivå eller andra medlemsstater antyder inte att det finns problem med det svenska övervaknings- och tillsynssystemet. Ett mål med den decentralisering som skedde genom moderniseringsreformen på EU-nivå var just att nationella konkurrensmyndigheter skulle fokusera på nationella konkurrensproblem. Ur ett sådant perspektiv bör den svenska ”moderniseringsreformen” ha resulterat i att KKV fått större utrymme att utreda och lagföra överträdelser kopplade till nationella konkurrensproblem vilket måste ses som en positiv effekt både från ett svensk och EU-perspektiv. Om nu KKV:s aktivitet inte avspeglar den faktiska förekomsten av karteller på den svenska marknaden tyder det på att det fortfarande finns brister antingen i de regler om utredning och sanktioner gällande kartellöverträdelser eller på att KKV saknar tillräckliga resurser.

Vad gäller den ökade fokusen på statliga åtgärder, är detta även en trend som parallellt skett på svensk nivå. KOS-regeln, som är en genuin svensk lösning, fungerar dessutom som ett komplement till de EU-rättsliga reglerna om statsstöd och andra priviligierade företag. På sätt och vis kan det argumenteras för att KOS-regeln täcker en lucka som finns i det EU-rättsliga systemet vad gäller offentliga företag. Som noterats ovan går KOS-regeln mycket längre än den närmaste EU-rättsliga ”motsvarigheten” i artikel 106.1 FEUF. Den EU-rättsliga regeln kan inte användas för att angripa säljverksamheten i sig eller åtgärder som vidtagits av icke-dominerande offentliga företag, utan endast statliga åtgärder som resulterar i ytterligare fördelar för dominerande priviligierade företag och som resulterar i snedvridningar av konkurrensen. Ytterligare en aspekt är att KOS-regeln inte heller kan användas som en sköld, likt artikel 106.2 FEUF, mot tillämpningen av andra konkurrensregler som t.ex. 2:1 § KL. Därmed utgör KOS-regeln en utvidgning av konkurrensrätten och en ytterligare reglering av det offentligas påverkan på marknaden. Ser man till senare rättspraxis enligt artikel 106.1 FEUF som DEI-målet verkar domstolen ha utvidgat tillämpningsområdet för att ta itu med konkurrensproblem som redan regleras av KOS-regeln inom svensk konkurrensrätt.

Avslutningsvis bör även ett par ord sägas om den kommande utvecklingen gällande samspelet mellan EU:s och svensk konkurrensrätt. Vad gäller de materiella reglerna finns ett antal utmaningar som rör exempelvis nya marknader som exempelvis e-böcker, sökfunktioner på internet etc. som säkert kommer att påverka utvecklingen och tolkningen av ex-

isterande regler. Vidare kan ytterligare justeringar av de materiella regler ske i den grad ”ny” ekonomisk teori som t.ex. behavioral economics infogas i den konkurrensrättsliga analysen. I den mån sådana förändringar sker är det svårt att tänka sig en annan utveckling än att EU-rättsliga tolkningar sipprar ner i den svenska konkurrensrätten, precis som har skett sedan EU-inträdet. En mer komplicerad fråga är kanske i vilken grad kommissionen kommer att kunna styra sådana förändringar, i synnerhet i ljuset av mottagandet av prioritetsvägledningen. En aktuell fråga är därför just hur domstolarna i fortsättningen kommer att hantera användningen av prioritetsvägledningen och annan soft law som utfärdas av kommissionen. En annan intressant fråga är vilken effekt som det nya skadeståndsdirektivet kommer att få på sanktioner och tillsyn verkställt av nationella myndigheter. Frågan är om den ökade ”private enforcement” kommer att störa incitamenten för eftergiftsprogrammen på både EU och nationell nivå. Nu tycks just denna fråga kanske inte vara så akut i ljuset av den svenska situationen med tanke på antalet mål som har redovisats ovan. En relaterad fråga är att skadeståndsmöjligheterna för enskilda bygger i hög grad på att enskilda kan följa upp intervention från nationella konkurrensmyndigheter med skadeståndsanspråk. M.a.o. kommer kanske eventuella framgångar av ”private enforcement” vara beroende på en hög aktivitet, i synnerhet gällande kartellöverträdelser, från konkurrensmyndigheters sida. Uppenbarligen, väntar några spännande år som kommer att ge svar på svar på dessa frågor.

Mattias Dahlberg

Om EU-rättens inflytande på skatterätten i teori och praktik

1 Inledning

EU-rätten har haft ett betydande inflytande på svensk skatterätt. I detta bidrag vill jag ge några exempel på detta. Ämnet är omfattande och någon heltäckande översikt är inte möjlig att ge. I detta bidrag vill jag även ge ett exempel på när forskningen möter den praktiska verkligheten.

Sedan några år har jag förmånen att vara ledamot i Skatterättsnämnden. Denna nämnd hör under Finansdepartementet och lämnar förhandsbesked i skattefrågor. Dessa förhandsbesked lämnas relativt omgående och kan överklagas till Högsta förvaltningsdomstolen utan att något prövningstillstånd krävs. Som ledamot i nämnden möter man i stor omfattning de för tillfället viktigaste skatterättsliga frågorna. Det är relativt vanligt att det inom ramen för dessa ärenden uppkommer fråga om svensk lagstiftning är förenlig med EU-rätten, inte minst de fria rörligheterna. I detta bidrag kommer jag att ta upp ett av de mest omdebatterade skatteområdena under senare år, nämligen de så kallade ränteavdragsbegränsningarna. Inom ramen för flera förhandsbesked uppkom frågan om dessa bestämmelser var förenliga med etableringsfriheten.

Sveriges medlemskap år 1995 i den Europeiska unionen (EU) har alltså fått betydande inverkningar på skatterätten. Det var nog inte många som kunde förutse detta vid tiden för Sveriges inträde i EU. En skillnad skall göras på mervärdesskattens och inkomstbeskattningens områden. Mervärdesskatten är helt harmoniserad inom EU och detta var förstås klart vid tidpunkten för Sveriges inträde i unionen. Inkomstbeskattningen är dock endast till en relativt liten del harmoniserad. Trots detta har EU-rätten fått ett stort genomslag. Det finns två skäl till detta. Det första skälet är

att det fåtal direktiv som ändå finns på inkomstbeskattningens område har fått genomslag i andra situationer än de ursprungligen var avsedda för. Direktiv som moder/dotterbolagsdirektivet och fusionsdirektivet gäller visserligen gränsöverskridande situationer men lagstiftaren har ändå funnit det ändamålsenligt att tillämpa samma eller liknande metoder för beskattning också i rent interna situationer. Det andra skälet är att EU-domstolens praxis har blivit mycket omfattande vad gäller förhållandet mellan medlemsstaternas skattelagstiftning och de fria rörligheterna. Här kan man tala om en ”negativ integration” genom EU-domstolens rättsbildning.

I min egen forskning på EU-rättens område har jag framförallt ägnat mig EU-domstolens praxis vad gäller de fria rörligheterna i förhållande till nationell skattelagstiftning.[1] I sin praxis är EU-domstolen i många fall nyskapande och konsekvenserna blir stora för de nationella rättsordningarna.

Det finns ett stort behov av forskning inom området för de fria rörligheterna och EU-domstolens rättspraxis. Det är i själva verket endast med rättsvetenskapliga metoder som det är möjligt att systematisera och analysera denna rättspraxis. Detta slags forskning kan betraktas som grundforskning på rättsvetenskapens område.

2 Fria rörligheter och skatter – ett paradoxalt förhållande

Det kan med visst fog sägas att de fria rörligheterna har ett paradoxalt förhållande till medlemsstaternas skattelagstiftning. Det finns numera flera hundra domar från EU-domstolen som behandlar fria rörligheter och inkomstbeskattning. Strukturen för samtliga dessa domar är enhetlig. I en av de första punkterna i domskälen brukar EU-domstolen ange att skatter är ett område där medlemsstaterna har exklusiv kompetens. För att beslut om skatter skall kunna fattas krävs enhällighet i rådet. Det innebär motsatsvis att varje medlemsstat har veto på skatterättens område. Samtidigt – uttalar EU-domstolen – måste den nationella lagstiftningen vara förenlig med de fria rörligheterna. Det finns följaktligen ett principiellt självbestämmande för medlemstaterna vad gäller skattelagstiftning men

[1] Dahlberg, Direct taxation relation to the freedom of establishment and free movement of capital, Kluwer Law International, The Hague, 2005.

inom ramen för denna frihet finns en gräns – de fria rörligheterna – som inte får överskridas. Detta område kan liknas vid en kvadrat där varje sida motsvaras av en av de fyra fria rörligheterna: fri rörlighet för varor, tjänster, personer och kapital. Friheten för medlemsstaterna att lagstifta på skatterättens område är alltså beskuren, vilket gör att EU-domstolens tidigare nämnda uttalande kan uppfattas som en paradox.

3 Rule of reason-doktrinen – EU-domstolens ”förnuftsdoktrin”

Vid prövningen av om nationell skattelagstiftning är förenlig med de fria rörligheterna tillämpar EU-domstolen den så kallade rule of reason-doktrinen, eller ”förnuftsdoktrinen”. Enligt denna doktrin kan en nationell lagstiftningsåtgärd som visserligen medför ett hinder för en frihet ändå rättfärdigas med hänsyn till tvingande skäl i allmänintresset. Skulle åtgärden anses vara rättfärdigad måste den dessutom vara proportionerlig i förhållande till de ändamål den avser att uppnå. Något förenklat kan man säga att prövningen enligt rule of reason-doktrinen innehåller tre steg: en restriktions- eller diskrimineringsanalys, en rättfärdigandeprövning och en proportionalitetsprövning.

I den rikhaltiga praxis som finns på det skatterättsliga området har samtliga dessa tre delar utvecklats i betydande omfattning under de år som gått sedan Sveriges medlemskap i EU.

Jag skulle här vilja ta upp ytterligare några aspekter om utformningen av EU-domstolens domskäl när nationell skattelagstiftning prövas i förhållande till fria rörligheter. Som redan har berörts följer de ett gemensamt mönster. Det kan sägas bestå av fyra huvuddelar. I en första del anges hur målet har nått EU-domstolen. Här finns två alternativ, antingen att en nationell domstol har ställt en fråga till EU-domstolen om uttolkningen av EU-rätten, eller att kommissionen har stämt Sverige eller någon annan medlemsstat för fördragsbrott. Det är till klart övervägande del en nationell domstol som ställt en fråga till EU-domstolen om uttolkningen av EU-rätten. I en andra del redogör EU-domstolen för hur nationell rätt är utformad. Detta är vanligtvis en torr läsning som endast brukar innehåller citat ur nationell lagstiftning med några få förklarade ord om målen för den ifrågavarande lagstiftningen. I den följande delen anger EU-domstolen vilka frågor den har att pröva. De frågor som angivits av den nationella domstolen återges, och EU-domstolen väljer ibland

att i viss mån omformulera dessa frågor på ett mer adekvat sätt. Härefter följer den ”skatterättsliga paradox” som jag tidigare omtalat om å ena sidan medlemsstaternas suveränitet inom skatteområdet, å andra sidan kravet att skattelagstiftningen inte hindrar de fria rörligheterna. Nästa steg är den egentliga prövningen och uttolkningen av den fria rörligheten i fråga. I strikt mening prövar inte EU-domstolen om den nationella lagstiftningen är förenlig eller inte med den fria rörligheten. Den uppgiften har den nationella domstol som begärt förhandsavgörande av EU-domstolen. Det är följaktligen en nationell lagstiftning ”in abstracto” som prövas i förhållande till den fria rörligheten. Trots denna principiella utgångspunkt är det ändå klart att EU-domstolen trots allt gör ett slags prövning av om nationell lagstiftning är förenlig eller inte. Det följande steget innebär att det sker en prövning av om det föreligger ett hinder mot en fri rörlighet. Det finns en rad olika beteckningar på sådana hinder: till exempel diskriminering (öppen eller dold diskriminering, alternativt direkt eller indirekt diskriminering), hinder, restriktioner eller icke-diskriminerande restriktion. Denna rika flora av beteckningar är något rörig och det är inte lätt att särskilja beteckningarna. Det är framförallt termen ”diskriminering” som är central eftersom det enligt etablerad praxis inte är möjligt att enligt förnuftsdoktrinen rättfärdiga sådana hinder som utgör en direkt diskriminering, det vill säga en diskriminering som är grundad i kriterier som medborgarskap eller nationalitet. Detta har särskild betydelse för skatterätten. I skattelagstiftningen är det beträffande fysiska personer sällan nationalitet som avgör beskattningen. Det är i stället var personen i fråga är ”bosatt” som ofta avgör, vilket i sin tur ger upphov till obegränsad skattskyldighet, det vill säga en skattskyldighet för den globala inkomsten. En olikbehandling av bosatta och icke-bosatta ger följaktligen sällan upphov till direkt diskriminering. Olikbehandling mellan bosatta och icke-bosatta kan i stället leda till indirekt diskriminering eller icke-diskriminerande restriktioner, vilket i sin tur gör det möjligt att rättfärdiga sådan olikbehandling enligt rättfärdigandegrunder som accepterats enligt rule of reason-doktrinen (”förnuftsdoktrinen”).

Vad gäller bolag är det däremot ofta nationalitet, eller snarare motsvarande kriterier som ”säte” eller ”registrering”, som avgör vilken grad av skattskyldighet som föreligger enligt intern rätt. Om ett aktiebolag är registrerat i Sverige medför det att bolaget är obegränsat skattskyldigt här. Ett utländskt bolag är därmed begränsat skattskyldigt i Sverige. En förmånligare behandling i Sverige av ett svenskt aktiebolag än för ett utländskt aktiebolag medför därför att det föreligger en diskriminering.

EU-domstolen använder dock sällan beteckningen ”diskriminering” vad gäller olikbehandling av aktiebolag. Istället används mer vaga beteckningar som ”hinder”. Enligt min mening finns det goda grunder att anta att skälet är att EU-domstolen trots allt vill möjliggöra att rule of reason-doktrinen fullt ut skall vara tillämplig på bolagsbeskattningens område, med konsekvensen att olikbehandling skall kunna rättfärdigas med hänsyn till allmänintresset.

Nästa steg i EU-domstolens prövning avser om det föreligger någon rättfärdigandegrund i allmänintresset. EU-domstolen har utvecklat flera rättfärdigandegrunder på skatterättens område. Här kan nämnas (i) motverka skatteflykt, (ii) upprätthålla skattesystemets inre sammanhang, (iii) effektiv skattekontroll, (iv) den skatterättsliga territorialietsprincipen, och (v) den välavvägda fördelningen av beskattningsrätten. De tre förstnämnda grunderna kan sägas vara uttryck för skatterättsliga grundkoncept som finns i de flesta staters skattelagstiftning. Territorialitetsprincipen och den välavvägda fördelningen av beskattningsrätten är emellertid av en annan natur. De kan sägas ge uttryck för en värdering av vem – vilken stat – som skall beskatta en viss inkomst. Dessa rättfärdigandegrunder fick sitt egentliga genombrott i EU-domstolens klassiska avgörande i mål C-446/03 *Marks & Spencer*. Fallet avsåg brittisk skattelagstiftning om rätten att göra avdrag för underskott som var hänförliga till utländska dotterbolag. Hade det varit underskott i brittiska dotterföretag hade underskottsavdrag medgivits, men eftersom det här var fråga om underskott i ett belgiskt, tyskt respektive franskt dotterföretag var det inte tillåtet. EU-domstolen ansåg att förbudet mot så kallade koncernavdrag i Storbritannien kunde rättfärdigas med hänsyn till territorialitetsprincipen och den välavvägda fördelningen av beskattningsrätten. Detta resonemang har sedan återkommit i EU-domstolens rättspraxis. Det kan tilläggas att den nationella lagstiftningen i vissa situationer inte var proportionerligt, varför gränsöverskridande koncernavdrag ändå fick medges i vissa avgränsade situationer.

Jag är skeptisk till att EU-domstolen tillämpar en grund som ”den välavvägda fördelningen av beskattningsrätten” eller ”territorialitetsprincipen” för att bestämma om en hindrande nationell skattelagstiftning kan rättfärdigas. Enligt min mening är EU-domstolen i sådana fall nära gränsen för vilken behörighet domstolen har. Att göra en skattepolitisk värdering av om en viss fördelning av beskattningsrätten är välavvägd eller inte är det de nationella parlamenten som har. I ett demokratiskt styrelseskick ska värderingar om vad som är en välavvägd fördelning av

beskattningsrätten tillkomma politiskt valda parlament. Domare i EU-domstolen bör inte avgöra vad som är en rättvis beskattning. Mot detta synsätt kan invändas att denna värdering gjorts av de nationella parlament som infört den nationella skattelagstiftningen i fråga. Enligt min mening är det dock inte ett tillräckligt starkt skäl eftersom det här rör sig om gränsöverskridande transaktioner och en interaktion mellan skattelagstiftningar i flera olika medlemsstater. När EU-domstolen tillämpar rättfärdigandegrunden ”den välavvägda fördelningen av beskattningsrätten” befinner den sig enligt min mening i gränslandet för sin behörighet.

I anknytning till rättfärdigandegrunden ”den välavvägda fördelningen av beskattningsrätten” hänvisar EU-domstolen ofta till hur skatteavtal och OECD:s modell för utformning av skatteavtal reglerar beskattningen av en viss situation. Enligt min mening finns det fog för uppfattningen att EU-domstolen tillmäter skatteavtalen en alltför stor vikt och till och med att den missuppfattar innebörden av skatteavtalen. Skälet är att skatteavtalen fördelar beskattningsrätten mellan avtalsslutande stater i syfte att undanröja internationell juridisk dubbelbeskattning. EU-domstolen har emellertid tillämpat ”den rättvisa fördelningen av beskattningsrätten” med referens till skatteavtal i andra mål än sådana som i strikt mening rör sådan dubbelbeskattning.

4 2013 års ränteavdragsbegränsningar i förhållande till etableringsfriheten

4.1 Inledning

År 2009 infördes i Sverige begränsningar i rätten till ränteavdrag inom företagsskattesektorn. Skälet var att företag hemmahörande i Sverige hade utnyttjat den generösa rätten till avdrag för ränteutgifter för att slussa inkomster till närstående företag som ofta var hemmahörande i lågskattejurisdiktioner som Belgien, Luxemburg och Nederländerna. På det sättet erhölls ett avdrag för ränteutgiften i Sverige och motsvarande ränteinkomst var i praktiken skattefri för mottagaren. För koncernen som helhet medförde det en betydande skattelättnad. Detta förfarande fick – med rätta – betydande uppmärksamhet i media, och folkopinionen reagerade starkt när det visade sig att företag verksamma i privat vård- och omsorgsverksamhet hade tillämpat förfarandet. Enligt domar

från Högsta förvaltningsdomstolen var det inte möjligt att tillämpa den generella skatteflyktslagen för att motverka detta.

Inom Skatteverket och Finansdepartementet utformades ett förslag med begränsningar i rätten till ränteavdrag inom företagsskattesektorn. Förslaget infördes i 24 kap. inkomstskattelagen (1999:1229) (nedan ”IL”). Det trädde i kraft år 2009. Redan i förhållande till denna lagstiftning ifrågasattes det om den inte var i strid mot etableringsfriheten. Högsta förvaltningsdomstolen ansåg emellertid att så inte var fallet och valde att inte tillfråga EU-domstolen om förhandsavgörande i denna fråga. Den svenska domstolen valde emellertid att vilandeförklara avgörandet i avvaktan på att EU-domstolen skulle avgöra målet Scheuten Solar Technology (mål C-397/09), som avsåg förenligheten mellan en liknande lagstiftning i Tyskland och ränte-/royaltydirektivet. Enligt min mening var dock sannolikheten för eventuell oförenlighet med EU-rätten betydligt större i förhållande till etableringsfriheten än i förhållande till ränte-/royaltydirektivet. EU-domstolen fann att de tyska ränteavdragsbegränsningarna inte var i strid mot direktivet. Högsta förvaltningsdomstolen ansåg följdriktigt att inte heller de svenska reglerna stred mot direktivet. Frågan om de svenska reglernas förenlighet med etableringsfriheten förblev dock oprövad av EU-domstolen.

Det visade sig relativt snart att också 2009 års regler inte höll måttet och var möjliga att kringgå. Efter ytterligare arbete inom Skatteverket och Finansdepartementet kunde nya ränteavdragsbegränsningar beslutas av riksdagen år 2012 för att träda i kraft från den 1 januari 2013. Förenligheten mellan 2013 års ränteavdragsbegränsningar kom att prövas i ett förhandsbesked av Skatterättsnämnden, och den följande delen bygger på min skiljaktiga mening i ett av dessa förhandsbesked.[2]

4.2 Den EU-rättsliga etableringsfriheten och dess uttolkning i förhållande till 2009 års och 2013 års ränteavdragsbegränsningar

Enligt min mening strider ränteavdragsbegränsningarna i 24 kap. 10 a–10 f §§ IL mot etableringsfriheten. Etableringsfriheten framgår av artiklarna 49 och 54 EUF-fördraget och artiklarna 31 och 34 i EES-avtalet. Etableringsfriheten har direkt effekt, vilket innebär att den ska tilläm-

[2] Se förhandsbesked meddelat av Skatterättsnämnden den 10 juli 2014 i ärende med dnr 82-13/D.

pas av medlemsstaterna och av deras myndigheter och domstolar utan någon särskild nationell genomförandelagstiftning.[3] Skatterättsnämnden är en sådan nationell myndighet.

Enligt artikel 267 första stycket EUF-fördraget har EU-domstolen exklusiv behörighet att tolka bland annat EUF-fördraget och innebörden av etableringsfriheten. Vidare följer det av artikel 267 tredje stycket EUF-fördraget att när en tolkning av fördragen uppkommer i ett ärende vid en domstol i en medlemsstat, mot vars avgöranden det inte finns något rättsmedel enligt nationell lagstiftning, ska den nationella domstolen föra frågan vidare till EU-domstolen. Högsta förvaltningsdomstolen är en sådan nationell domstol.

EU-domstolen är den enda praxisbildaren vad gäller tolkningen av EU-rätten, som till exempel i fråga om innebörden av de fria rörligheterna i EUF-fördraget.[4]

Högsta förvaltningsdomstolen skulle enligt min mening redan i 2011 års fall, HFD 2011 ref. 90 II–V, ha begärt förhandsavgörande från EU-domstolen om innebörden av etableringsfriheten i förhållande till 2009 års ränteavdragsbegränsningar.

Dessa fall var överklagade förhandsbesked från Skatterättsnämnden. Det följer av EU-domstolens praxis att Skatterättsnämnden inte kan begära förhandsavgörande enligt artikel 267 EUF-fördraget, se mål C-134/97 *Victoria Film A/S*.

4.3 2013 års ränteavdragsbegränsningar i förhållande till etableringsfriheten

Enligt min mening talar EU-domstolens praxis för att också 2013 års ränteavdragsbegränsningar är i strid mot etableringsfriheten. Skärpningarna i 2013 års regler utgör dessutom ett än mer påtagligt hinder mot etableringsfriheten än 2009 års regler.[5]

Ränteavdragsbegränsningarna träffar framförallt gränsöverskridande situationer, även om vissa interna situationer också omfattas. Om en nationell lagstiftning huvudsakligen hindrar gränsöverskridande situationer

[3] Se t.ex. mål 270/83, *avoir fiscal*, p. 13.

[4] Se härom t.ex. Kapteyn och VerLoren van Themaat (editors), The law of the European Union and the European Communities, 4 ed., Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2008, Chapter VI, särsk. s. 484–487.

[5] 2009 års ränteavdragsbegränsningar behandlar jag utförligt i min studie Ränta eller kapitalvinst, Iustus Förlag, 2011.

har det ändå ansetts vara ett otillåtet hinder för de fria rörligheterna. Det är framförallt EU-domstolens domar i målen C-324/00 *Lankhorst-Hohorst*, C-196/04 *Cadbury Schweppes* och C-318/10 *SIAT* som grundar min bedömning att de svenska ränteavdragsbegränsningarna strider mot etableringsfriheten.

Vid den EU-rättsliga prövningen är det nödvändigt att pröva den sammantagna effekten av ränteavdragsbegränsningarna i förhållande till etableringsfriheten. Det innebär att det är de samlande konsekvenserna av huvudregeln i 24 kap. 10 b och 10 c §§ IL, ”tioprocentsregeln” i 24 kap. 10 d § (som inkluderar ”undantaget” i 24 kap. 10 d § tredje stycket), ”ventilen” i 24 kap. 10 e §, och 24 kap. 10 f §, som ska prövas i förhållande till etableringsfriheten. Enligt min mening är det särskilt avdragsförbudet i förening med ”tioprocentsregeln” (inklusive ”undantaget”) och ”ventilen” som medför hinder mot etableringsfriheten.

4.4 Hinder mot etableringsfriheten

Domen i mål C-324/00 *Lankhorst-Hohorst* avsåg förenligheten av tyska regler mot underkapitalisering med etableringsfriheten. Regler mot underkapitalisering innebär att koncerninterna räntebetalningar omklassificeras till icke-avdragsgill utdelning om det låntagande företaget har alltför hög andel lånekapital i förhållande till eget kapital (se p. 3 och 4 i domen). Även om metoden delvis är annorlunda beträffande de här ifrågavarande ränteavdragsbegränsningarna, är det bakomliggande syftet med de två regelsystemen i stort sett detsamma. Båda regelsystemen avser att skydda den nationella skattebasen genom att förhindra vissa ränteavdrag. Inom ramen för underkapitaliseringsreglerna är tekniken att omklassificera vissa räntebetalningar till icke-avdragsgill utdelning, och inom ramen för de ifrågavarande svenska reglerna är tekniken ett förbud mot vissa ränteavdrag.

Regeringen uttalade i anknytning till 2013 års ränteavdragsbegränsningar: ”Trots de ränteavdragsbegränsningsregler som infördes 2009 och som gäller vissa skuldförhållanden inom en intressegemenskap har företagen stora möjligheter att genom skatteplanering med ränteavdrag undgå bolagsbeskattning i Sverige. Eftersom denna möjlighet utnyttjas i mycket hög utsträckning bör avdragsmöjligheterna för ränteutgifter be-

gränsas ytterligare för att skydda den svenska bolagsskattebasen."[6] Det är klart från EU-domstolens praxis att nationella regler som avser att skydda den nationella skattebasen för att därigenom motverka förlust av skatteinkomster inte är förenliga med fria rörligheter, se till exempel mål C-196/04 *Cadbury Schweppes*, särskilt p. 50 med vidare hänvisningar till annan rättspraxis.

De tyska underkapitaliseringsregler som behandlades i Lankhorst-Hohorst-målet gällde i gränsöverskridande situationer men i vissa fall också i rent interna situationer. Avgörande för tillämpligheten av de tyska reglerna var om mottagaren var berättigad till en "skattekredit". Denna "skattekredit" synes ha varit en lättnad i dubbelbeskattningen av bolagsvinster på moderbolagsnivå inom företagsskattesektorn, se p. 29–30 i generaladvokatens förslag till avgörande i Lankhorst-Hohorst-målet. Om mottagaren inte var berättigad till "skattekredit" kunde en omklassificering av ränta till utdelning göras, förutsatt att övriga villkor också var uppfyllda. Om det moderbolag som erhöll den omtvistade räntebetalningen hade sitt säte i Tyskland hade det i de allra flesta fall rätt till den nödvändiga "skattekrediten". Vissa tyska juridiska personer omfattades dock inte av någon "skattekredit". Det var i huvudsak fråga om tyska offentligrättsliga juridiska personer och juridiska personer som utövade ekonomisk verksamhet i en särskild bransch eller som hade uppgifter av allmänintresse (p. 4 och 28 i domen). Enligt min mening är utformningen av de tyska underkapitaliseringsreglerna i denna del slående lik de svenska ränteavdragsbegränsningarna.

De svenska ränteavdragsbegränsningarna gäller rätten till avdrag för ränteutgifter i inkomstslaget näringsverksamhet. Juridiska personer som aktiebolag beskattas alltid i inkomstslaget näringsverksamhet, se 13 kap. 2 § IL. Som ovan framgått avser de svenska ränteavdragsbegränsningarna att skydda den svenska bolagskattebasen. Enligt 65 kap. 10 § IL är den statliga inkomstskatten ("bolagsskatten") 22 procent av den beskattningsbara inkomsten. Av "tioprocentsregeln" följer att ränteutgiften ändå ska dras av om inkomsten som motsvarar ränteutgiften skulle ha beskattats med minst 10 procent enligt lagstiftningen i den stat där det företag inom intressegemenskapen som faktiskt har rätt till inkomsten hör hemma, om företaget bara skulle ha haft den inkomsten. Av detta följer att ränteutgifter som betalas till en svensk juridisk person som huvudregel är

[6] Prop. 2012/13:1 Budgetpropositionen för år 2013 "Investera för framtiden", s. 229 (kursivering och understrykning här).

föremål för en beskattning om minst 10 procent. Undantagsvis beskattas också vissa svenska skattesubjekt med en lägre skattesats än 22 procent. I 7 kap. IL finns vissa undantag från skattskyldighet som bland annat omfattar kommuner samt vissa stiftelser, ideella föreningar och registrerade trossamfund. Det finns också särskilda beskattningsordningar för vissa företagstyper som investmentföretag. Huvudregeln är dock en skattesats om 22 procent för juridiska personer hemmahörande i Sverige, vilket gör att kravet på en minsta beskattningsnivå om 10 procent vanligtvis är uppfyllt vid räntebetalningar inom Sverige. Följaktligen träffar ränteavdragsbegränsningarna framförallt räntebetalningar till personer hemmahörande i andra stater än Sverige vilka har lägre skattenivåer. Detta är avgörande för att ränteavdragsbegränsningarna strider mot etableringsfriheten.

Reglerna om ränteavdragsbegränsningar medför hinder mot etableringsfriheten i två perspektiv. Dels försvårar de för bolag hemmahörande i Sverige (låntagare) att låna kapital från långivare hemmahörande i andra medlemsstater. Dels försvårar de för långivare hemmahörande i andra medlemsstater att låna ut kapital till låntagare hemmahörande i Sverige.

4.5 Frågan om möjlighet till rättfärdigande av hindret mot etableringsfriheten

Eftersom jag anser att ränteavdragsbegränsningarna medför ett hinder mot etableringsfriheten uppkommer frågan om det kan rättfärdigas. I Cadbury Schweppes-målet prövade EU-domstolen den brittiska CFC-lagstiftningen i förhållande till etableringsfriheten. I likhet med de ifrågavarande ränteavdragsbegränsningarna avsåg denna lagstiftning också att förhindra att den nationella skattebasen urholkas genom transaktioner med närstående företag i andra stater, vilka har en relativt sett låg beskattning (jfr Cadbury Schweppes-målet, p. 43 och 44). Tillämpningsområdet för CFC-lagstiftning är dock principiellt vidare än både underkapitaliseringsregler och ränteavdragsbegräsningar, eftersom CFC-lagstiftningen inte enbart träffar räntebetalningar. Den brittiska CFC-lagstiftningen medförde ett hinder mot etableringsfriheten. Enligt EU-domstolen kunde lagstiftningen endast rättfärdigas om ”… den specifikt avser rent konstlade upplägg som görs i syfte att kringgå lagstiftningen i den berörda medlemsstaten” (p. 51).

Enligt min mening är det klart att ränteavdragsbegränsningarna träffar ett betydligt större område än ”rent konstlade upplägg”. Av ”ventilen”

i 24 kap. 10 e § IL framgår bland annat att ränteutgifter ska dras av även om huvudregeln medför att avdrag inte ska medges. Som villkor för ränteavdrag uppställs att ”det skuldförhållande som ligger till grund för ränteutgiften är huvudsakligen affärsmässigt motiverat”. I lagens förarbeten har regeringen uttalat att ”skattemässiga hänsyn” inte bör kunna beaktas vid bedömningen av om ett skuldförhållande är affärsmässigt motiverat.[7] Med det kvantifierande uttrycket ”huvudsakligen” avses i skattelagstiftningen ett andelstal runt 75 procent.[8] Lagstiftningens syfte är följaktligen att om skuldförhållandet till omkring 75 procent är ”affärsmässigt motiverat”, ska ränteavdrag medges trots att det inte är tillåtet enligt huvudregeln. Anta att skälen till skuldförhållandet endast till 50 procent är att bedöma som ”affärsmässigt motiverat”. I sådant fall vore inte rekvisitet ”huvudsakligen affärsmässigt motiverat” uppfyllt, och ränteavdrag skulle inte medges. Samtidigt skulle emellertid låntetransaktionen inte vara ”ett rent konstlat upplägg”, och därmed skulle ränteavdragsförbudet träffa vidare än vad som är tillåtet för en regel mot skatteflykt enligt EU-domstolen i Cadbury Schweppes-målet.

Sammantaget anser jag det dock vara i det närmaste omöjligt att med juridisk metod bedöma om en lånetransaktion till någon del är affärsmässig eller inte, i varje fall inom ramen för dessa regler om ränteavdragsbegränsning. Att kvantifiera en kvalitet som utgörs av en mänsklig avsikt (tillhörande bolagsföreträdarna) får generellt sett sägas vara omöjligt, om bedömningen nu inte endast avser ytterligheterna ”föreligger” eller ”inte föreligger”: Att en avsikt ”delvis föreligger” låter sig inte preciseras eller kvantifieras på ett sätt som är kontrollerbart för en utomstående. Denna svårighet förstärker det hinder mot etableringsfriheten som reglerna medför.

Av intresse är också domen i mål C-318/10 *SIAT* som avsåg belgisk lagstiftning som i vissa fall inte medgav avdrag för bland annat räntor som betalades till ett utländskt bolag, vilket inte omfattades av en skyldighet att erlägga inkomstskatt eller som omfattades av väsentligt förmånligare skatteregler än de som tillämpades på det företag som hade hemvist i Belgien (p. 6). EU-domstolen prövade den nationella lagstiftningen i förhållande till det fria tillhandahållandet av tjänster. Med hänsyn till den höga grad av likhet eller ”konvergens” som råder mellan de fria rörligheterna

[7] Prop. 2012/13:1, s. 257.

[8] Se härom Påhlsson, Kvantifierande begrepp, Skattenytt, 1999, s. 614–625 (med vidare hänvisningar).

är avgörandet relevant också i detta sammanhang.[9] Om den skattskyldige kunde styrka att utgifterna ”motsvarar verkliga och legitima transaktioner och inte överskrider normala nivåer” medgavs emellertid avdrag (p. 6). EU-domstolen fann att denna lagstiftning medförde ett hinder mot det fria tillhandahållandet av tjänster (p. 28–29). Detta hinder kunde dock rättfärdigas med stöd av syftena att förhindra skattebedrägeri och skatteundandragande, att upprätthålla en effektiv skattekontroll och att bevara en väl avvägd fördelning av beskattningsrätten mellan medlemsstaterna (p. 48). Den avgörande frågan var dock om lagstiftningen gick utöver vad som krävdes för att uppnå dess syften, den så kallade proportionalitetsbedömningen (p. 49–59). Enligt EU-domstolen var det fråga om en nationell regel som tillämpades utan att det förelåg objektiva och av tredjeman verifierbara omständigheter som kunde tyda på ett fiktivt upplägg (p. 56). EU-domstolen uttalade vidare: ”… en sådan regel [innebär] att det inte är möjligt att med tillräcklig precision i förväg bestämma regelns tillämpningsområde och det förblir oklart huruvida den ska tillämpas” (p. 57). Vidare uttalade EU-domstolen: ”En sådan regel uppfyller följaktligen inte kraven på rättssäkerhet som innebär att rättsregler ska vara klara och precisa samt att tillämpningen av desamma ska vara förutsebar, i synnerhet som rättsreglerna kan få negativa konsekvenser för enskilda och företag …” (p. 58).

Detta är av relevans i förhållande till ”ventilen” i 24 kap. 10 e § eftersom det är den skattskyldige som ska visa att det skuldförhållande som ligger till grund för ränteutgiften är huvudsakligen affärsmässigt motiverat (prop. 2012/13:1, s. 254). Viss exemplifierande ledning för tolkning av uttrycket ”affärsmässigt motiverat” finns i förarbetena till lagstiftningen[10], men den är ändå inte utförlig och ställvis svår att förstå. Enligt min mening talar också EU-domstolens bedömning i SIAT-målet för att de svenska ränteavdragsbegränsningarna strider mot etableringsfriheten, och även om de skulle anses vara rättfärdigade möter de inte kravet på proportionalitet i förhållande till syftet med reglerna.

Till detta ska läggas den motsvarande svårighet som finns när det gäller att förutse tillämpningen av ”undantaget” i 24 kap. 10 d § tredje stycket.

[9] Om konvergens mellan de fria rörligheterna, se Cordewener, Axel, Europäische Grundfreiheiten und nationales Steuerrecht. „Konvergenz” des Gemeinschaftsrechts und „Kohärenz” der direkten Steuern in der Rechtsprechung des EuGH, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2002.

[10] Framförallt prop. 2012/13:1, s. 213–275.

Detta är ett undantag från tillämpningen av tioprocentsregeln för det fall att det huvudsakliga skälet till att skuldförhållandet har uppkommit är att intressegemenskapen ska få en väsentlig skattförmån. Även här finns viss exemplifierande vägledning i förarbetena[11] men den är ändå inte utförlig och ställvis svår att förstå. Syftet med ”undantaget” är enligt regeringen att ”förhindra aggressiv skatteplanering med ränteavdrag”.[12] Vare sig bestämmelsens utformning eller dess syfte kan sägas uppfylla det ovannämnda EU-rättsliga kravet på klarhet och precision.

Sammantaget anser jag att reglerna om ränteavdragsbegränsningar i 24 kap. 10 a–10 f §§ IL strider mot etableringsfriheten.

Majoriteten i Skatterättsnämnden delade inte min bedömning, och ansåg att det inte fanns någon diskriminering eller annat hinder eftersom rent interna och gränsöverskridande transaktioner ansågs vara likabehandlade. Om man endast beaktar delar av bestämmelserna om ränteavdragsbegränsningar finns det fog för den uppfattningen. Om man däremot beaktar helheten, som jag gjort ovan, och inte minst den så kallade tioprocentsregeln, kommer man enligt min mening till motsatt slutsats.

Högsta förvaltningsdomstolen prövade detta och ett flertal andra ärenden rörande 2013 år ränteavdragsbegränsningar. Dessvärre kom domstolen till slutsatsen att dessa ärenden inte var lämpade för institutet förhandsbesked eftersom det avsåg omfattande utredningsfrågor. Den rättsökande allmänheten är därför hänvisad till prövning i de allmänna förvaltningsdomstolarna och de relativt långa handläggningstider som förekommer där. För svenskt näringsliv är det också bekymmersamt eftersom företagen inte vet innebörden av gällande rätt på ett så centralt område för företagsbeskattningen som rätten till ränteavdrag.

5 Avslutning

EU-rätten har fått ett mycket stort genomslag på utformningen av medlemsstaternas skattelagstiftning. Det gäller också sådan lagstiftning som inte omedelbart avser gränsöverskridande förhållanden. Det är numera nödvändigt att beakta EU-rätten inom ramen för i det närmaste all beredning av ny skattelagstiftning.

EU-domstolens praxis avseende de fria rörligheterna är numera mycket omfattande. Det är i praktiken endast med rättsvetenskaplig metod som

[11] Prop. 2012/13:1, s. 245–254.
[12] A.prop. s. 251.

denna omfattande praxis kan systematiseras och analyseras. Rättsvetenskapen har här en mycket viktig uppgift.

Enligt min mening vore det önskvärt om Högsta förvaltningsdomstolen i något större omfattning tillfrågade EU-domstolen om innebörden av EU-rätten.

Den allmänna uppfattningen är att 2013 års ränteavdragsbegränsningar inte är någon lyckad lagstiftning. En statlig utredning lämnade år 2014 ett betänkande med förslag på alternativ lagstiftning.[13] Det mötte emellertid hård remisskritik och lär knappast leda till lagstiftning. Inom ramen för OECD:s arbete mot Base Erosion and Profit Shifting (”BEPS”) finns andra förslag mot det slags skatteflykt som inbegriper omfattande ränteavdrag. OECD föreslår internationellt prövade och gångbara lagstiftningsmodeller som bör övervägas av Sverige.

[13] Företagsskattekommitténs betänkande SOU 2014:40 Neutral bolagsskatt – för ökad effektivitet och stabilitet.

Agnes Eklund och Jane Reichel

Enskilda och EU-rättens genomförande

1 Inledning

I det berömda rättsfallet *Van Gend en Loos* från år 1963 slog EU-domstolen fast att fördragen kan ge upphov till rättigheter för enskilda och att dessa ska tillerkännas direkt effekt i medlemsstaternas rättsordningar, så att nationella domstolar har möjlighet att tillämpa EU-rätten i enskilda mål. EU-domstolen uttalade vidare att ”enskilda intressenters vaksamhet för att tillvarata sina rättigheter innebär en kontroll som läggs till den kontroll som artiklarna 169 och 170 överlämnar åt kommissionens och medlemsstaternas omsorg”.[1] I linje med *Van Gend en Loos* kan man se enskilda som åberopar EU-rätten inför nationella domstolar som kontrollanter. Daniel Kelemen har kallat dem kommissionens agenter i medlemsstaterna.[2]

EU-rätten har också fortsättningsvis stärkt enskilda individer och organisationers möjligheter att delta i domstolsprocesser. Dels har nationella domstolar gjorts tillgängliga för enskilda genom att EU-rättsliga regler utformats som rättigheter eller på annat sätt gjorts så detaljerade att

[1] Dom den 5 februari 1963 i mål C-26/62 Van Gend en Loos mot Nederländerna, EU:C:1963:1. Artiklarna 169 och 170 motsvaras idag av Artiklarna 258–260 FEUF.

[2] R. Daniel Kelemen, *Eurolegalism, The Transformation of Law and Regulation in the European Union*, Harvard University Press, Cambridge/London, 2011, s. 146. Se också Alec Stone Sweet, *The Judicial Construction of Europe,* Oxford, Oxford University Press, 2004, s. 21: ”Litigants are understood to be fueling the machine operated by judges”. Enskilda har i EU getts fler roller än den som kontrollant av medlemsstatens tillämpning av EU-rätten. Vid sidan av enskildas möjlighet till deltagande i enskilda rättsprocesser etablerades tidigt deltagande via val till Europaparlamentet. Numera finns också möjligheten för EU-medborgare att ta initiativ till lagstiftning i EU. Se bl.a. Jane Reichel ”Communicating with the European Composite Administration”, German Law Journal 15, 2014, s. 883–906.

de kan åberopas direkt i medlemsstaternas domstolar. I sin rättspraxis har EU-domstolen ställt krav på nationell processrätt och på nationella domstolar att ge reglerna ett effektivt och likvärdigt genomslag. Dels har processrättslig lagstiftning antagits på EU-nivå som främjat enskildas möjligheter att kontrollera medlemsstaternas efterlevnad av materiell EU-rätt. För flera medlemsstater har det inneburit att en tidigare sluten process öppnats upp för nya aktörer, såsom organisationer. Den regionala FN-konventionen om tillgång till information, allmänhetens deltagande i beslutsprocesser och rättslig prövning i miljöfrågor (Århuskonventionen) utgör exempel på det senare.[3] Enligt Århuskonventionen och de direktiv som implementerar konventionen i EU-rätten har berörd allmänhet och miljöorganisationer talerätt i alla mål som aktualiserar tillämpningen av EU:s miljörätt.

En rätt för enskilda individer och organisationer att åberopa EU-rätten i nationella domstolar innebär att de kan öka pressen på medlemsstaterna att genomföra EU:s bestämmelser. Individer och organisationer kan i domstolsprocesser påtala brister i nationell lagstiftning som antagits för att genomföra EU-rätten och yrka att den nationella domstolen ska inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen. De kan vidare uppmärksamma kommissionen på eventuella brott mot EU-rätten, liksom nationell domstols underlåtenhet att inhämta förhandsavgörande.

Nationella domstolars roll i förhållande till EU-rätten har under de tjugo år som Sverige varit medlem i EU analyserats från en mängd perspektiv.[4] Här ska vi i stället fokusera på hur EU-rätten format den funktion som enskilda individer och organisationer har i rättsprocesser vid nationell domstol, i deras roll att agera EU-agenter på nationell nivå. Vi kommer särskilt att fördjupa oss i de processrättsliga regler som antagits

[3] Århus, 25 juni 1998.

[4] Se exempelvis Torbjörn Andersson, *Rättsskyddsprincipen, EG-rätt och nationell sanktions- och processrätt ur ett svenskt civilprocessuellt* perspektiv, Iustus, 1997, Xavier Groussot, Christoffer Wong, Andreas Inghammar och Anette Bruzelius, *Empowering National Courts in EU Law*, Siepsrapport 2009:3, Karin Åhman, *Normprövning, Domstols kontroll av svensk lags förenlighet med regeringsformen och europarätten 2000–2010*, Norstedts Juridik, 2011, Fredrik Wersäll, ”En offensiv högsta domstol. Några reflektioner kring HD:s rättsbildning”, SvJT 2014 s. 1, Ola Wiklund ”Om Högsta domstolens rättsskapande verksamhet – löper domstolen amok?”, SvJT 2014 s. 335, Carl Josefsson, ”Domstolarna och demokratin, Något om syftet med grundläggande rättigheter, europeiseringens konsekvenser och aktivismens baksida”, i SvJT 2015 s. 40, samt Anna Wallerman, *Om fakultativa regler, En studie av svensk och unionsrättslig reglering av skönsmässigt beslutsfattande i processrättsliga frågor,* Iustus, 2015.

på miljörättens område, vars tillämpning innebär att den nationella lagstiftaren och de nationella förvaltningsmyndigheter som tillämpar EU:s miljörätt kan kontrolleras på ett sätt som tidigare inte varit möjligt.

Inledningsvis redogör vi i avsnitt 2 kort för hur offentliga organ idag i allt större utsträckning utgör en del av en europeiserad konstitutionell kontext, där nationella och internationella aktörer samarbetar kring frågor av gränsöverskridande karaktär. Inom ramen för en sådan sammanvävd offentlig organisation måste också enskilda förhålla sig till att regler och beslut som berör dem ibland fattas utanför den egna staten. Därefter analyserar vi den roll enskilda aktörer, såväl individer, företag som organisationer, idag kan spela vid nationella domstolar, där de ges utrymme att i omfattande utsträckning verka för att EU-rätten ska få större genomslag (avsnitt 3). I avsnitt 4 ges sedan särskilt utrymme för utvecklingen på miljörättens område, som inneburit att berörd allmänhet och miljöorganisationer numera har vidsträckt talerätt i mål vid nationell domstol. I en avslutande analys diskuterar vi i avsnitt 5 huruvida den EU-rättsliga strategin för enskilda och organisationer att kontrollera den nationella lagstiftaren och förvaltningen gentemot EU-rätten kan anses effektiv för att bidra till EU-rättens genomslag, utveckling och legitimitet. Artikeln är författad i samarbete, där Jane Reichel huvudsakligen ansvarar för avsnitt två och Agnes Eklund för avsnitt tre till fem nedan.

2 En sammanvävd offentlig organisation

Sedan det svenska inträdet i EU år 1995 har den pågående globaliseringen gjort sig alltmer kännbar. Vad som omfattas i begreppet är inte sällan oklart. Globaliseringsrådet har diskuterat det i termer av en ökad rörlighet över gränserna, fysiska personer i form av turister, studenter och arbetstagare som beger sig till andra länder, kommersiella transaktioner i form av gränsöverskridande handel, över internet och i verkliga livet, företag som investerar och etablerar sig i flera länder, etc. Även faktorer som kultur, miljö, attityder och livsåskådning kan omfattas.[5] I diskussionen om ett globaliserat samhälle kan även innefattas en politisk dimension, att makthavare världen över samarbetar med varandra i ökad utsträckning, liksom de faktiska konsekvenser utvecklingen har fört med sig i

[5] Se Globaliseringsrådets definition i slutrapporten Utvecklingskraft och omställningsförmåga. En globaliserad svensk ekonomi, utgiven av Utbildningsdepartementet 2009, s. 15.

form av miljöpåverkan, internationella säkerhetsfrågor, etc.[6] På regional nivå pågår en motsvarande europeiseringsprocess, varmed ofta avses den politiska och rättsliga tillnärmning som pågår inom ramen för framförallt EU och Europarådet. Utvecklingen har haft en påtaglig inverkan på hur den offentliga organisationen i en stat fungerar.

Inom EU-samarbetet har Sverige och övriga medlemsstater kunnat utveckla strategier att hantera den ökade rörligheten över gränserna, inte minst genom att utveckla gemensamma förvaltningsstrukturer och processer.[7] Inom vissa områden av den speciella förvaltningsrätten, såsom jordbruk, livsmedel och kemikaliehantering, finns knappt någon nationell reglering kvar.[8] Inom andra områden, såsom utbildning och socialförsäkring, är de gemensamma materiella reglerna mer begränsade och de rättsliga frågeställningar som den ökade rörligheten medför får i stor utsträckning lösas utifrån samordnande lagstiftning samt övergripande principer såsom ömsesidigt erkännande och likabehandling.[9] Det förvaltningsrättsliga samarbetet är även omfattande utanför EU, där organisationer som Europarådet, OECD, WTO, FN och dess underorgan verkar på olika sätt för att hitta gemensamma och fungerande lösningar. Ofta agerar EU som mellanled mellan den internationella organisationen och medlemsstaterna, och genomför internationellt antagna rättsakter å medlemsstaternas vägnar. Så är exempelvis fallet med Århuskonventionen som diskuteras vidare nedan i avsnitt 4.

Inom doktrinen har framhållits att utvecklingen har lett till att den klassiska uppdelningen mellan den internationella rätten och den nationella stats- och förvaltningsrätten inte längre kan upprätthållas på samma sätt som för ett decennium eller två sedan.[10] Ett av de områden där denna

[6] Se vidare Jane Reichel, ”Globaliseringen av förvaltningsrätten – särskilt om biobanker”, i Johan Lindholm & Mattias Derlén (red) Festskrift Pär Hallström, Iustus, 2012 s. 321.

[7] Herwig C.H. Hofmann och Alexander Türk, The Development of Integrated Administration in the EU and its Consequences, European Law Journal vol. 13 No. 2, 2007, 253–271, s. 262.

[8] Se Oswald Jansen och Bettina Schöndorf-Haubold (red), The European Composite Administration, Cambridge, 2011, med flera bidrag på området.

[9] Vad gäller socialförsäkring, se Jaan Paju, Suveränitetserosion?, Ragulka förlag, Visby, 2015. Se generellt om utvecklingen i Herwig C.H Hofmann & Alexander Türk, ”The Development of Integrated Administration in the EU and its Consequences”, European Law Journal vol. 13 No. 2, 2007, s. 253–271.

[10] Se bl.a. Neil Walker, Beyond boundary disputes and basic grids: Mapping the global disorder of normative orders, International Journal of Constitutional Law, 2008 vol. 6 nr 3–4, s. 373–396, Sabine Cassese, Administrative Law without the State? The Challenge

tendens märks särskilt tydligt är de konstitutionella förutsättningarna för medlemsstaternas genomförande av EU-rätten. Den traditionella utgångspunkten i internationell rätt är att det är upp till varje land att besluta om hur folkrättsliga rättsakter ska genomföras på nationell nivå.[11] Inom EU har detta diskuterats i termer av att den gemensamt beslutade rätten ska genomföras inom ramen för de berörda staternas egen rättsordning, vanligen benämnt institutionell och processuell autonomi.[12] Idag har dock EU antagit regler för hur medlemstaterna ska genomföra EU-rätten på en stor mängd områden, dels vad gäller samarbetsformer för de inblandade behöriga myndigheterna på nationell nivå, dels vad gäller regler för hur ärenden ska handläggas och överprövas.[13] Den institutionella och processuella autonomin har idag så många undantag att den i vart fall i vissa sektorer är svår att identifiera, men å andra sidan har inte heller introducerats någon annan, alternativ ordning för genomförande av EU-rätten på nationell nivå.

Som framförts inledningsvis och som kommer att utvecklas i avsnitt 3, får tillgången till domstolsprövning en viktig funktion i denna nya konstitutionella kontext. Domstolarnas uppgift är att slita tvister genom att tolka och tillämpa rättsligt bindande regler, vilket i förlängningen leder till vägledande prejudikat. Domstolarna har i den globaliserade rättsliga kontexten en möjlighet att utföra denna uppgift i dialog med andra domstolar, direkt inom ramen för ett förhandsavgörande från EU-domstolen, indirekt genom att söka inspiration av hur andra nationella domstolar gör, eller i mer konkreta samarbets- och dialogforum för domare.[14] På

of Global Regulation, 37 New York University Journal of International Law and Politics 663 (2005), s. 663–694 samt Adrienne Héritier och Dirk Lehmkuhl, Introduction: The Shadow of Hierarchy and New Modes of Governance, Journal of Public Policy 28(1), 1–17.

[11] Ove Bring, *Monism och dualism, i går och i dag*, Rebecca Stern och Inger Österdahl (red), *Folkrätten i svensk rätt*, Malmö, 2012.

[12] Principen om institutionell autonomi introducerades i domstolens dom den 15 december 1971 i mål C-51-54/71, International Fruit Company mot Produktschap voor groenten en fruit, EU:C:1971:178, p. 4, och principen om processuell autonomi i domstolens dom den 16 december 1976 i mål C-33/76 Rewe-Zentralfinanz mot Landwirtschaftskammer für das Saarland, EU:C:1976:188, p. 5. Se vidare Herwig C. H. Hofmann, Gerard C. Rowe & Alexander H. Türk, *Administrative Law and Policy of the European Union*, Oxford University Press, 2011, p. 259.

[13] Jane Reichel, ”Europeiska principer för god förvaltning”, i Lena Marcusson (red.) *Offentligrättsliga principer*, 2 ed. Iustus, 2012.

[14] Eyal Benvenisti & George W. Downs, ”National Courts, Domestic Democracy, and

det sättet framstår domstolar som mindre knutna till sin geografiska hemvist än andra statsorgan, och kan på grundval av legalitetsprincipen följa rättskällorna och tolka dem med beaktande av deras internationella bakgrund. Innehåller den svenska rättsordningen individuella rättigheter som EU-lagstiftaren eller någon annan internationell normgivare har tilldelat enskilda i Sverige, så är det domstolens uppgift att förmedla dessa på ett lojalt sätt.

Redan här kan konstateras att svenska domstolar i allmänhet ställt sig positiva till att medverka till denna utveckling, vilket har lett till betydande förändringar inom den svenska förvaltningsrätten och förutsättningarna för överklagande av beslut.[15] Ett av de främsta exemplen på detta finns i Lassagårdsmålet, som avgjordes av HFD år 1997, två år efter det svenska EU-inträdet.[16] Målet handlade om rätten att överklaga beslut om arealstöd för jordbrukare, ett EU-bidrag som handlades av länsstyrelsen i första instans. Länsstyrelsens beslut kunde enligt den svenska förordningen överklagas till Jordbruksverket, men mot verkets beslut fanns ett fullföljdsförbud. HFD fann att fullföljdsförbudet stred mot EU-rättens allmänna rättsprinciper såsom de kommit till uttryck i EU-domstolens praxis och att det förbudet därför inte kunde tillämpas. Härigenom frångick HFD den i svensk förvaltningsrätt hävdvunna principen att förvaltningsbeslut i första hand överprövas inom förvaltningen, med regeringen som högsta instans, och att rätt till domstolsprövning förutsätter ett uttryckligt lagstöd. Nergelius har kommenterat att Lassagårdsmålet ”utan överdrift kan betecknas som ett av de viktigaste konstitutionella och förvaltningsrättsliga avgörandena i Sverige under modern tid”.[17]

the Evolution of International Law”, European Journal of International Law 20 (2009), 59–72, s. 65 ff.

[15] Wiweka Warnling-Nerep, *Rättsmedel: om- & överprövning av förvaltningsbeslut*, Norstedts Juridik, 2015, s. 47 ff.

[16] RÅ 1997 ref. 65.

[17] Joakim Nergelius, *Förvaltningsprocess, normgivning och Europarätt*, Norstedts Juridik, Stockholm, 2000, s. 77.

3 En domstolsprocess som ger EU-rätten genomslag

Till skillnad från många andra internationella organisationer finns i EU verktyg för att koordinera verkställande och kontrollerande organ på EU- och medlemsstatsnivå. Exempel utgör kommissionens fördragsbrottsförfarande, revisionsrättens fördragsfästa samarbete med de nationella revisionsorganen och de nationella domstolarnas möjlighet att inhämta förhandsavgöranden från EU-domstolen. Den sistnämnda är den mekanism som har haft störst betydelse för EU-rättens utveckling.[18] Som Torbjörn Andersson har påpekat, har kombinationen av direkt effekt och företräde och nationella domstolars möjlighet att begära förhandsavgörande skapat en direkt kanal mellan domstolar på nationell nivå och EU-domstolen, helt frikopplad från det politiska planet i såväl EU som medlemsstaterna.[19] I det följande ska sägas något om hur EU-rättens utformning och EU-domstolens rättspraxis möjliggjort en utveckling där enskilda via denna kanal har kunnat verka för att EU-rätten ska få genomslag.

3.1 Materiell lagstiftning som förmedlar rättigheter till enskilda

Redan i sin tidiga rättspraxis kopplade EU-domstolen förekomsten av *rättigheter* i fördragen till kraven på genomdrivbarhet, rättsskydd och effektivitet. Rättigheterna gjordes på det sättet till medel för att uppnå EU-rättens effektiva genomslag. Sedan 1990-talet har ekonomiska, sociala och politiska rättigheter i allt större utsträckning kommit att prägla EU-rätten.[20] Genom denna utveckling har också enskilda i större mån getts utrymme att kontrollera medlemsstaternas efterlevnad av EU-rätten och därmed agera agenter på det sätt som EU-domstolen anförde i *Van Gend en Loos*.

[18] Alec Stone Sweet, *The Judicial Construction of Europe,* Oxford, Oxford University Press, 2004, s. 68.

[19] Se Torbjörn Andersson, *Rättsskyddsprincipen: EG-rätt och nationell sanktions- och processrätt ur ett svenskt civilprocessuellt perspektiv*, Iustus, Uppsala, 1997, s. 276.

[20] För en grundläggande redogörelser om rättighetsskyddets framväxt i EU, se t.ex. Gráinne de Bùrca, ”The Language of Rights and European Integration” i Gillian More och Jo Shaw (red.) *New Legal Dynamics of the European Union*, Oxford: Clarendon Press, 1995, s. 24–54.

De tyska och italienska författningsdomstolarna ifrågasatte tidigt att EU-rätten å ena sidan gjorde anspråk på företräde framför nationell rätt, å andra sidan saknade en egen konstitution med skydd för mänskliga rättigheter. EU-domstolen svarade med att ur medlemsstaternas konstitutioner, och deras folkrättsliga åtaganden att respektera mänskliga rättigheter, härleda ett skydd för grundläggande rättigheter som domstolen fann skulle vara gällande såsom EU-rätt.[21]

Sedan dess har skyddet för grundläggande rättigheter påtagligt vuxit i EU: Europeiska enhetsakten (1987) förpliktade EU:s medlemsstater att skydda grundläggande rättigheter. Maastrichtavtalet (1993) introducerade EU-medborgarskapet och förutsatte att EU skulle skydda medborgarnas grundläggande rättigheter. Amsterdamfördraget (1997) innehöll en skrivning om rätten att inte bli diskriminerad och krävde att stater för att kunna bli och förbli medlemmar i EU upprätthöll ett skydd för mänskliga rättigheter. Med Lissabonfördraget (2009) gavs Stadgan för mänskliga rättigheter samma status som fördragen. Lissabonfördraget anger också att EU ska tillträda Europakonventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna.[22]

Också sektorspecifik sekundärlagstiftning har i tilltagande omfattning utformats i skepnad av rättigheter som har direkt effekt och sålunda kan åberopas i nationell domstol. EU:s konsumenträtt, arbetsrätt och socialrätt är några av de områden som präglats av en rättighetsmodell. EU-domstolen har i sin tur bidragit till att ytterligare förstärka enskildas möjligheter att förlita sig på rättigheterna genom att tolka dem extensivt.[23] Så har rättigheter förgrenat sig från generella bestämmelser till mer specifika. Som exempel kan nämnas att EU:s konsumenträtt utvecklats från generell lagstiftning avseende produktansvar, marknadsföring och otillåtna affärsmetoder till att innehålla rättigheter för enskilda i specifika

[21] Domstolens dom den 17 december 1970 i mål C-11/70, Internationale Handelsgesellshaft mbH mot Einfuhr- und Vorratstelle für Getreide und Futtermittel, EU:C:1970:114. Se också Antonios Tzanakopoulos, ”Judicial Dialogue in Multi-Level Governance: The Impact of the Solange Argument”, i Ole Kristian Fauchald och André Nollkaemper (red.), *The Practice of International and National Courts and the (De)Fragmentation of International Law*, Hart Publishing, 2012, s. 193 f.

[22] Deborah Mabbett, ”The Development of Rights-based Social Policy in the European Union: The Example of Disability Rights”, Journal of Common Market Studies, 43:1 2005, s. 102–106.

[23] Alec Stone Sweet, *The Judicial Construction of Europe,* Oxford, Oxford University Press, 2004, passim.

sektorer, såsom konsumtion av medicinska tjänster och flygresor.[24] På liknande sätt har förbudet mot diskriminering och rätten till likabehandling, som introducerades i en arbetsrättslig kontext i första hand för att stoppa diskriminering på grund av kön, kommit att vidgas till att omfatta diskriminering på grund av ålder och funktionsnedsättning.[25]

Också lagstiftning som inte uttrycks som rättigheter för enskilda kan också vara så specifik att den anses ha direkt effekt.[26] Så har EU-domstolen t.ex. funnit att enskilda ska ha en rätt att åberopa en regel som ålägger en verksamhetsutövare att utföra en miljökonsekvensbeskrivning enligt MKB-direktivet.[27]

3.2 Enskilda som kuggar i ett hjul som ger EU-rätten genomslag

För att enskilda ska kunna göra gällande sina rättigheter och anspråk enligt EU-rätten inför nationella domstolar har EU-domstolen ställt krav även på nationell processrätt, vilket indirekt har stärkt EU-rättens genomslag.

EU har inte tilldelats någon egen generell kompetens att lagstifta på processrättens område. Processrättslig lagstiftning har emellertid ändå antagits på EU-nivå. Kompetens att anta processrättslig lagstiftning har dels i flera fall ansetts följa av EU:s kompetens att anta materiell lagstiftning på ett visst område. Så har t.ex. Århuskonventionen tillträtts och implementerats i EU-rätten med stöd av artikel 192 FEUF, som ger EU lagstiftningskompetens i miljöfrågor.[28] Dels har EU haft en begränsad

[24] R. Daniel Kelemen, *Eurolegalism, The Transformation of Law and Regulation in the European Union*, Harvard University Press, Cambridge/London, 2011, s. 51.

[25] Deborah Mabbett, ”The Development of Rights-based Social Policy in the European Union: The Example of Disability Rights”, Journal of Common Market Studies, 43:1 2005, s. 97–120, Jan H. Jans, ”The Effect in National Legal Systems of the Prohibition of Discrimination on Grounds of Age as a General Principle of Community Law”, *Legal Issues of Economic Integration*, 34:1, 2007, s. 53–66.

[26] Se Jan H. Jans och Hans H.B. Vedder, *European Environmental Law After Lisbon,* 4 ed., Groningen/Amsterdam, Europa Law Publishing, 2012, s. 186 f.

[27] Domstolens dom den 7 januari 2004 i mål C-201/02, The Queen, på begäran av Delena Wells mot Secretary of State for Transport, Local Government and the Regions, EU:C:2004:12.

[28] Dåvarande artikel 175 FEG, se rådets beslut 2005/370/EG om ingående på Europeiska gemenskapens vägnar av konventionen om tillgång till information, allmänhetens deltagande i beslutsprocesser och tillgång till rättslig prövning i miljöfrågor, OT 124,

processrättslig kompetens sedan Maastrichtfördraget 1992 introducerade möjligheten att anta lagstiftning rörande rättsligt samarbete.[29] Lissabonfördraget har också introducerat civilprocessrättslig normgivningskompetens.[30]

Till den alltmer omfattande processrättsliga lagstiftningen som antagits på EU-nivå ska vi strax återkomma. Men också utan att någon lagstiftning antagits har EU-domstolen alltsedan avgörandena i *Rewe* och *Comet* år 1976 angett begränsningar i medlemsstaternas s.k. processuella autonomi, dvs. friheten att ”i avsaknad av unionsrättsliga bestämmelser (…) utse de behöriga domstolarna och fastställa de processuella regler som gäller för de förfaranden som är avsedda att säkerställa skyddet för de rättigheter som enskilda har till följd av den direkta effekten av unionsrätten”.[31] Begränsningarna har tillkommit för att säkerställa en effektiv tillämpning av EU-rätten vid nationella förvaltningsmyndigheter och domstolar. Den frihet som medlemsstaterna har att självständigt utforma sin förvaltnings- och domstolsorganisation och sin processrätt är alltså begränsad av skyldigheten att se till att EU-rätten får fullt genomslag. I sin praxis har EU-domstolen omväxlande tillämpat principerna om effektivt rättsskydd, unionsrättens fulla genomslag, och den effektivitetsprincip som domstolen etablerade i *Rewe* för att ge anvisningar om hur nationell processrätt ska utformas och tillämpas för att inte stå i strid med EU-rätten. Som anförts i doktrinen uppträder dessa principer i olika skepnader som inte är lätta att åtskilja i domstolens praxis.[32] Snarare

17.5.2005, s. 1–20. För andra exempel, se Anthony Arnull, ”The principle of effective judicial protection in the EU: an unruly horse?” i European Law Review 02/2011, s. 63 ff.

[29] R. Daniel Kelemen, *Eurolegalism, The Transformation of Law and Regulation in the European Union*, Harvard University Press, Cambridge/London, 2011, s. 60.

[30] Art. 81 FEUF.

[31] Domstolens dom den 16 december 1976 i mål C-33/76 Rewe-Zentralfinanz mot Landwirtschaftskammer für das Saarland, EU:C:1976:188, para. 5, och domstolens dom den 16 december 1976 i mål C-45/76 Comet BV mot Produktschap voor Siergewassen EU:C:1976:191, para. 13. Lokutionen har återkommit i ett flertal mål, se exempelvis domstolens dom den 7 juni 2007 i förenade målen C-222/05 och C-225/05 van der Weerd m.fl., EU:C:2007:318, para. 28 med referenser som anges där, domstolens dom den 15 april 2008 i mål C-268/06 Impact mot Minister for Agriculture and Food m.fl., EU:C: 2008:223, para. 44 med referenser som anges där samt domstolens dom den 18 mars 2010 i förenade målen C-317/08 och C-320/08 Alassini m.fl. mot Telecom Italia spA, EU:C:2010:146, para. 47.

[32] Torbjörn Andersson, *Rättsskyddsprincipen: EG-rätt och nationell sanktions- och processrätt ur ett svenskt civilprocessuellt perspektiv*, Iustus, Uppsala, 1997, s. 116, Anna Waller-

tycks principerna ibland vara sammantvinnade i domstolens resonemang och beroende av varandra för att deras gemensamma syfte – att pröva processrättsliga reglers förenlighet med unionsrätten – i så stor utsträckning som möjligt ska uppnås. Att principerna har betydelse för varandra är inte svårt att förstå: när en nationell domstol bereder enskilda domstolsskydd för sina rättigheter enligt unionsrätten, ökar sannolikheten att de prövas och att EU-rätten får genomslag. När den nationella processrätten inte verkar hindrande på genomslaget, bereds enskilda effektivt domstolsskydd.

Medan principen om EU-rättens fulla genomslag och effektivitetsprincipen riktar sig till de nationella lagstiftarna, förvaltningsmyndigheterna och domstolarna, riktar sig principen om effektivt rättsskydd till enskilda som kan grunda anspråk på EU-rättsliga normer med direkt effekt. Den skyddar deras rätt att göra sina rättigheter enligt EU-rätten gällande vid nationell domstol, och har samtidigt i den EU-rättsliga rättsordningen funktionen att ge rätten genomslag. Genom att enskilda ges rättigheter och en rätt att åberopa dessa skapas en kontrollmekanism. Genom att åberopa sina rättigheter utövar den enskilde en påtryckning för att medlemsstaten ska ge unionsrätten fullt genomslag. Kontrollen kan vara behövlig både i ett fall då medlemsstaten uppenbart brustit i sitt åliggande genom att t.ex. helt underlåta att implementera ett direktiv, och i ett fall där den nationella lagstiftaren förvisso finner att implementering skett på korrekt vis, men där oenighet angående den korrekta tolkningen av EU-rätten föreligger.

Visserligen har den nationella lagstiftaren en skyldighet att se till att EU-rätten implementeras i den nationella rättsordningen också utan en sådan kontroll. Likaså ska den nationella domstolen se till att, när den nationella lagstiftaren inte gjort vad som åligger den, EU-rätten trots detta får genomslag. Man kan emellertid konstatera att såväl nationell lagstiftare som nationell domstol trots att EU-rätten förpliktar dem till detta kan ha incitament att bortse från EU:s krav.[33] Det kan finnas inrikespolitiska skäl för en lagstiftare att göra en annan tolkning av en direktivtext, och medlemsstaten kan givetvis anse sig korrekt tillämpa EU-rätten utan

man, *Om fakultativa regler, En studie av svensk och unionsrättslig reglering av skönsmässigt beslutsfattande i processrättsliga frågor,* Iustus, 2015, s. 93, Koen Lenaerts, Ignace Maselis och Kathleen Gutman, *EU Procedural Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, s. 110.

[33] Jfr. R. Daniel Kelemen, *Eurolegalism, The Transformation of Law and Regulation in the European Union*, Harvard University Press, Cambridge/London, 2011, s. 26.

att EU-kommissionen eller EU-domstolen delar den uppfattningen. Den svenska regeringen och EU-kommissionen har t.ex. länge varit oeniga om hur undantagen i art- och habitatdirektivet ska tolkas vad gäller jakt på varg.[34]

3.3 Processrätt som underlättar enskildas väg till domstolen

Också processrättslig lagstiftning som gynnar enskildas ställning i domstolsprocesser vid nationell domstol har tillkommit på EU-nivå. Exempel på detta kan ges från flera rättsområden, som berörts ovan i avsnitt 2 rörande förvaltningsprocessen, liksom inom civilprocessen. Trots att någon komplett harmonisering av varken civil- eller förvaltningsprocessen ägt rum är idag flera processuella frågor reglerade i positiv sektorspecifik lagstiftning av processrättslig karaktär.

På förvaltningsrättens område har de individuellt utkrävbara rättigheterna till fri rörlighet för varor, tjänster, arbetstagare och kapital ställt tämligen långtgående krav på att nationell byråkrati inte ska hindra enskilda från att tillvarata sin rätt. Sekundärlagstiftningen har särskilt fokuserat på två element; att införa gemensamma minimiregler för att förenkla tillståndsförfaranden och andra administrativa processer hos nationella myndigheter, samt att inrätta en sammanlänkad förvaltningsorganisation genom särskilda kontaktpunkter för att underlätta informationsutbyte mellan nationella myndigheter och unionsmedborgare, samt mellan nationella myndigheter i olika medlemsstater. Detta mönster återfinns bl.a. i flera övergripande rättsakter som reglerar de fyra friheterna, såsom 2004 års direktiv om fri rörlighet för unionsmedborgare

[34] För en aktuell redogörelse, se Jan Darpö och Yaffa Epstein, ”Thrown to the wolves – Sweden Once Again Flouts EU Standards on Species Protection and Access to Justice” i *Nordic Environmental Law Journal* 2015:1, s. 7–20. För en diskussion av nationella domstolars förhållning till internationell rätt, se Eyal Benvenisti och George W. Downs, ”National Courts, Domestic Democracy, and the Evolution of International Law”, *The European Journal of International Law*, 20(2009) s. 59–72.

(rörlighetsdirektivet)[35], i 2006 års tjänstedirektiv[36] och i en förordning rörande fri rörlighet av varor och ömsesidigt erkännande.[37] Även ett flertal sektoriella regleringar bygger på samma tanke, såsom 2005 års direktiv om yrkeskvalifikationer[38] och patientrörlighetsdirektivet.[39]

Vad gäller regler som syftar till att underlätta för enskilda att nå domstol kan särskilt nämnas vad som i svensk rätt benämns förfarande för tyst beviljande. Detta innebär att den enskilde kan kräva att en myndighet agerar på visst sätt inom viss tid, och att en passiv myndighet kan förlora möjligheten att åberopa regler som är till nackdel för den enskilde – en omvänd stupstock. Tjänstedirektivet, som täcker ett mycket stort antal olika sektorer och berör ärenden hos ett större antal förvaltningsmyndigheter, innehåller till exempel en sådan regel för att förmå myndigheterna att avgöra ärenden om etableringstillstånd inom rimlig tid.[40]

Inom konkurrensrätten har enskilda fått en allt viktigare roll i kontrollen av att företag följer EU:s regler. I slutet av 2014 antog Europaparlamentet och rådet ett direktiv som underlättar möjligheterna för enskilda, i det här fallet konsumenter och konkurrenter, att föra skadeståndstalan mot företag eller företagsorganisationer som brutit mot EU:s konkurrensregler genom att delta i karteller eller missbruka sin dominerande ställning.[41] Direktivet innehåller såväl materiella som processuella bestäm-

[35] Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/38/EG av den 29 april 2004 om unionsmedborgares och deras familjemedlemmars rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier och om ändring av förordning (EEG) nr 1612/68. Se generellt om lagstiftningen inom området, SOU 2009:71 EU, Sverige och den inre marknaden. En översyn av horisontella bestämmelser inom varu- och tjänsteområdet.

[36] Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/123/EG av den 12 december 2006 om tjänster på den inre marknaden.

[37] Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 764/2008 om förfaranden för tillämpning av vissa nationella tekniska regler på produkter som lagligen saluförts i en annan medlemsstat.

[38] Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/36/EG om erkännande av yrkeskvalifikationer.

[39] Europaparlamentets och rådets direktiv 2011/24/EU om tillämpningen av patienträttigheter vid gränsöverskridande hälso- och sjukvård.

[40] Se artikel 13 i direktiv 2006/123/EC. Ett annat exempel på en mindre långtgående stupstocksregel finns i Se artikel 4.1 och 4 i Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 764/2008 om förfaranden för tillämpning av vissa nationella tekniska regler på produkter som lagligen saluförts i en annan medlemsstat.

[41] Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/104/EU av den 26 november 2014 om vissa regler som styr skadeståndstalan enligt nationell rätt för överträdelser av medlemsstaternas och Europeiska unionens konkurrensrättsliga bestämmelser.

melser. Det kodifierar rätten till full ersättning för skada som orsakats av brott mot artiklarna 101 och 102 TFEU (Artikel 3), som EU-domstolen slog fast redan år 2001 i *Courage*[42], och upprepar medlemsstaternas skyldigheter som följer av effektivitets- och likabehandlingsprinciperna (Artikel 4). Vidare introducerar direktivet bestämmelser avseende tillgång till bevisning, reglering av tidsfrister inom vilka skadeståndstalan ska väckas, och alternativ tvistelösning baserad på parternas samtycke. Genom att stärka möjligheterna för enskilda att få ersättning för skador som företag orsakat genom otillåtna överenskommelser om priser, uppdelning av marknader etc., skapas en mekanism där enskilda kan komplettera den tillsyn som kommissionen och nationella konkurrensmyndigheter utövar i fråga om konkurrensrättens efterlevnad i medlemsstaterna.[43] Eftersom konkurrensrätten i stor utsträckning riktar sig till företag är situationen är visserligen något annorlunda än den som beskrivits ovan – det är inte medlemsstaterna själva som kontrolleras, utan privata subjekt. Men också i denna kontext har de rollen som kommissionens agent eller bundsförvant.

4 Enskildas roll i miljöprocessen

Ett annat illustrativt exempel på processrättslig lagstiftning som ger enskilda en central roll i domstolsprocessen vid nationella domstolar är Århuskonventionens regler om tillgång till domstolsprövning i miljömål. I det följande kommer vi att fokusera på frågan om talerätt i miljömål, som regleras i konventionens artikel 9.

Nationella talerättsregler har vid ett flertal tillfällen före Århuskonventionens tillkomst prövats i relation till principen om EU-rättens fulla genomslag och principen om effektivt rättsskydd. I dessa fall har EU-domstolen förklarat att sådana regler inte får göra att rättigheter eller anspråk enligt EU-rätten inte kan göras gällande. Implicit har alltså EU-rätten i de fall en person är materiellt berättigad uppställt ett krav på talerätt.[44] Med Århuskonventionen introduceras emellertid för första positiv harmoniserande lagstiftning avseende talerätt i EU.

[42] Domstolens dom den 20 september 2001 I mål C-453/99 Courage mot Crehan, EU:C:2001:465.

[43] Jfr. preambeln till Direktiv 2014/104/EU punkterna 4–5.

[44] Torbjörn Andersson, *Rättsskyddsprincipen: EG-rätt och nationell sanktions- och processrätt ur ett svenskt civilprocessuellt perspektiv*, Iustus, Uppsala, 1997, s. 135 f.

4.1 Århuskonventionen: En rätt att delta i beslutsprocesser och föra talan till skydd för miljön

Såväl EU som alla EU:s medlemsstater har skrivit under Århuskonventionen, som är en regional FN-konvention med 47 parter. EU har blivit part med stöd av unionens kompetens på miljörättens område, och har antagit lagstiftning för att implementera stora delar av konventionen i EU-rätten. EU:s medlemsstater är alltså förpliktade att ge enskilda talerätt i miljömål både på folkrättslig och EU-rättslig grund. EU-domstolen har funnit att den har kompetens att tolka inte bara denna implementerande lagstiftningen, utan också Århuskonventionen, i vart fall när den tillämpas i mål som aktualiserar tillämpning av materiell EU-rätt.[45]

Århuskonventionen har som främsta syfte att involvera enskilda – individer och organisationer – i beslutsfattande som rör miljöfrågor, för att ”bidra till den rätt som var och i nuvarande och framtida generationer har att leva i en miljö som är förenlig med hans eller hennes hälsa och välbefinnande”[46]. Rätten att delta i myndigheters beslutsfattande och rätten att överklaga myndighetsbeslut (eller underlåtenheter) till domstol utgör två av konventionens tre pelare (den tredje rör rätten att få tillgång till information).

Av särskilt intresse för frågan om enskildas roll i domstolsprocessen är konventionens bestämmelser om talerätt (Artikel 9.1–3).[47] Artikel 9.1 gäller talerätt för den som anser att en begäran att få ut information enligt artikel 4 inte behandlats konventionsenligt. Artikel 9.2 rör talerätt för att få giltigheten av beslut som rör miljön prövade i domstol eller annan administrativ ordning. Artikel 9.3 gäller rätt att föra talan mot övriga handlingar och underlåtenheter av personer och myndigheter som strider mot nationell miljörätt. Av artikel 9.2 och implementerande direktiv följer att medlemsstaterna ska bevilja talerätt åt berörd allmänhet enligt vissa förutsättningar.[48] Miljöorganisationer omfattas av den berörda all-

[45] Domstolens dom den 8 mars 2011 i mål C-240/09 Lesoochranárske zoskupenie VLK mot Ministerstvo životného prostredia Slovenskej republiky, EU:C:2011:125, para. 4–5.

[46] Artikel 1.

[47] Också frågan om processens effektivitet har ansetts viktig för enskildas möjlighet att de facto kunna påverka genom sitt deltagande, jfr EU-domstolens domar den 15 januari 2013 i mål C-416/10 Krizan m.fl. EU:C:2013:8 och den 13 februari 2014 i mål C-530/11 Kommissionen mot Förenade Kungariket, EU:C:2014:67.

[48] Artikel 9.1 har implementerats i EU-rätten genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/4/EG av den 28 januari 2003 om allmänhetens tillgång till miljöinformation och om upphävande av rådets direktiv 90/313/EEG. Artikel 9.2 har implementerats

mänheten om de uppfyller de krav för detta som får uppställas i nationell rätt. Också enligt artikel 9.3 ska berörd allmänhet ha rätt att föra talan vid domstol eller i annan administrativ ordning. Artikel 9.3 har ännu inte implementerats i EU-rätten. Domstolen har funnit att det visserligen står medlemsstaterna fritt att själva utforma de närmare kriterier som ska gälla för talerätt enligt bestämmelsen, men att sådana kriterier varken får innebära att effektivitets- eller likabehandlingsprinciperna enligt *Rewe* eller att syftet med artikel 9.3 eller med det EU-rättsliga kravet på effektivt rättsskydd åsidosätts.[49]

4.2 EU-domstolen och Århus: En ytterligare förstärkning av enskildas ställning

I sin tolkning av Århuskonventionen och den lagstiftning som implementerat densamma i EU-rätten har EU-domstolen i ett flertal fall funnit att nationella bestämmelser inte i tillräcklig utsträckning gett individer och miljöorganisationer talerätt. Sverige och Tyskland är två av de länder vars processuella regler har behövt ytterligare öppnas upp för allmänhetens deltagande till följd av EU-domstolens avgöranden.

I *Djurgården Lilla Värtan* prövade EU-domstolen om den dåvarande svenska implementeringen av artikel 9(2) och artikel 10 a i Direktiv 85/337 (vars ordalydelse i fråga om bestämmelsen i artikel 9(2) är identisk med konventionens) var förenlig med EU-rätten. Den svenska begränsningen av talerätten för miljöorganisationer till att omfatta endast organisationer med mer än 2 000 medlemmar underkändes av EU-domstolen. Då den svenska regleringen i praktiken resulterade i att endast ett fåtal organisationer kunde klaga, fann domstolen att den stod i strid med konventionen och direktivets syfte att vidsträckt talerätt. I NJA 2010 s. 419 åsidosatte Högsta domstolen kriteriet i Miljöbalken, och detta ändrades senare.[50]

genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/35/EG av den 26 maj 2003 om åtgärder för allmänhetens deltagande i utarbetandet av vissa planer och program avseende miljön och om ändring, med avseende på allmänhetens deltagande och rätt till rättslig prövning, av rådets direktiv 85/337/EEG och 96/61/EG.

[49] Domstolens dom i mål C-240/09, Lesoochranárske zoskupenie VLK mot Ministerstvo životného prostredia Slovenskej republiky, EU:C:2011:125, para. 51.

[50] Det nya kriteriet enligt Miljöbalken 16 kap. 13 § har prövats ett flertal gånger, se Jan Darpö, *Access to Justice in Environmental decision-making in Sweden. Standing for the Public Concerned, the Scope of Review on Appeal and Costs.* Rapport 2015, s. 22 ff.

Trianel rörde samma bestämmelse som *Djurgården Lilla Värtan*, denna gång i relation till den tyska implementeringen.[51] Enligt den tyska lagstiftningen hade miljöorganisationer talerätt i vissa typer av naturskyddsmål – dock inte i det aktuella, som rörde immissioner. I relation till de naturskyddsmål där organisationer hade talerätt ställde lagstiftningen inte något krav på att organisationen skulle ha något konkret intresse för föremålet för prövningen, eller att talerätten skulle relateras till ett berättigat anspråk enligt den materiella lagstiftningen. I andra mål beviljades organisationer talerätt om de kunde visa att den materiella lagstiftningen pekade ut dem som skyddsobjekt. Bakom denna reglering av talerätten för organisationer låg den s.k. skyddsnormsteorin. I korthet innebär denna att processens syfte är att skydda subjektiva rättigheter som kommer till uttryck i den materiella lagstiftningen. Talerätt har därför enligt skyddsnormsteorin endast den som är bärare av en sådan rättighet. Då miljöorganisationen i *Trianel* inte hade någon subjektiv rätt i relation till föremålet för prövningen hade dess talan avvisats i första instans. Nu vände sig överdomstolen till EU-domstolen med frågan om detta var förenligt med Århuskonventionen och Direktiv 2003/35.

EU-domstolen slog fast att direktivet inte gav något utrymme för att begränsa organisationers talerätt på så sätt att de endast får föra talan i mål som aktualiserar individuella rättigheter och då endast åberopa grunder relaterade till dessa, eller att de endast har talerätt i vissa typer av miljörättsliga mål.

Också i *Altrip* fann EU-domstolen att den tyska implementeringen av Århuskonventionens artikel 9(2) och direktiven 2003/35 respektive 85/337 var otillfredsställande.[52] I detta mål, som rörde tillstånd för att konstruera en damm vid floden Rhen, yrkade klaganden att tillstånd inte skulle beviljas eftersom sökanden inte hade utfört en korrekt miljökonsekvensbeskrivning. Den tyska överdomstolen fann att klaganden inte hade rätt att göra gällande denna grund och avvisade överklagandet. Den tyska högsta förvaltningsdomstolen hänsköt målet till EU-domstolen för förhandsavgörande gällande den tyska lagstiftningens begränsningar av talerätten. EU-domstolen upprepade först vad som redan sagts i *Tria-*

[51] Domstolens dom i den 12 maj 2011 i mål C-115/09, Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland, Landesverband Nordrhein-Westfalen eV mot Bezirksregierung Arnsberg, EU:C:2011:289.

[52] Domstolens dom den 7 november 2013 i mål C-72/12, Gemeinde Altrip m.fl. mot Land Rheinland-Pfalz, EU:C:2013:712.

nel, nämligen att talerätt ska beviljas oavsett vilken grund klaganden gör gällande för sin talan. Enligt domstolen skulle direktivets syfte att ge enskilda vidsträckt tillgång till domstolsprövning i miljömål allvarligt åsidosättas om klaganden inte har möjlighet att såsom grund för sin talan ange att miljökonsekvensbeskrivningen var bristfällig. Därefter prövade domstolen i praktiken huruvida den bakomliggande skyddsnormsteorin är förenlig med den EU-rättsliga regleringen. I det aktuella fallet innebar skyddsnormteorin att klaganden för att beviljas talerätt var skyldig att visa att avgörandet p.g.a. att miljökonsekvensbeskrivningen inte utförts på erforderligt vis kränkte dennes subjektiva rättigheter. Närmare innebar det att klaganden var ålagd att visa att de påstådda bristerna i miljökonsekvensbeskrivningen var sådana att dennes rätt påverkades till det sämre, och att avgörandet hade kunnat bli annorlunda om miljökonsekvensbeskrivningen utförts på korrekt sätt. EU-domstolen svarade genom att först hänvisa till gränserna för medlemsstaternas processuella autonomi och till skyldigheten att se till att direktivets syfte får genomslag. Medlemsstaten är inte förhindrad att villkora talerätten på så sätt att denna relateras till en möjlig kränkning av en materiell subjektiv rättighet, men ett sådant villkor får inte innebära att effektivitets- och likvärdighetsprinciperna, eller principen om EU-rättens fulla genomslag, åsidosätts. För att direktivets syfte – vid tillgång till domstolsprövning – ska uppnås måste den berättigade allmänheten får grunda sin talan på vilken som helst processuell brist: ”as a matter of principle, /…/ that public must be able to invoke any procedural defect in support of an action”.[53] Visserligen kan ett överklagande avvisas på grunden att avgörandet inte kränkt klagandens subjektiva rättigheter, men det ska inte åligga klaganden att visa att någon sådan rättighetskränkning skett p.g.a. den påstådda processuella bristen. Ett sådant krav innebär enligt EU-domstolen att det blir orimligt svårt för klaganden att göra gällande sina rättigheter enligt direktiv 85/337. I stället ska domstolen ex officio bedöma om målets utgång kunnat vara en annan om något processfel inte förelegat.

[53] Domstolens dom den 7 november 2013 i mål C-72/12, Gemeinde Altrip m.fl. mot Land Rheinland-Pfalz, EU:C:2013:712, para. 48.

5 Analys

Ovan har visats hur EU-rätten i växande omfattning utformats och tolkats på så sätt att enskilda individer och organisationer inför nationella domstolar kunnat göra gällande anspråk grundade på EU-rätten. Att rättsregler inte endast är regler på papperet utan också kan genomdrivas är en fråga om rättssäkerhet, vilken skyddas genom legalitetsprincipen både på EU- och nationell nivå.[54] Från det perspektivet kan tyckas okontroversiellt att enskilda tillerkänns rätten att åberopa EU-rätten i domstol. I det följande ska vi emellertid diskutera om denna utveckling av enskildas roll kan bidra till EU-rättens genomslag, utveckling och legitimitet.

5.1 Enskilda som EU:s agenter i medlemsstaterna – en fungerande strategi?

Ser man till EU som organisation finner man att den funktion enskilda kan spela genom att göra gällande EU-rättsliga normer i nationella domstolar handlar om mer än att säkerställa den enskildes rätt. Kelemen har t.ex. argumenterat för att betoningen av enskildas rätt till domstolsprövning kan förklaras utifrån EU:s fragmenterade organisation, med kommissionen som enda institution med ansvar för att övervaka fördragens efterlevnad i samtliga medlemsstater. EU:s avsaknad av en förvaltning som kan utöva tillsyn och kontrollera att medlemsstaterna till fullo efterlever EU-rätten skapar enligt Kelemen politiska incitament att ge enskilda rättigheter de kan göra gällande i domstol, och att undanröja hinder för rätten till domstolsprövning. Kelemen liknar EU vid en svag stat som saknar en sådan förvaltning som skulle krävas för att utöva tillsyn över medlemsstaterna. Därför har i stället ansvaret förts över till nationella domstolar och enskilda rättighetsbärare.[55] Genom att enskilda ges rättigheter och rätt till domstolsprövning för att göra dem gällande, kommer olösta frågor kanaliseras till EU-domstolen, vilket i sin tur främjar EU-rättens effektiva och enhetliga uttolkning. Härmed skapas en mekanism för en fortsatt utveckling av den supranationella EU-rätten, i dialog med nationella domstolar.

[54] Jfr Art. 3 TEU och 1:1 3 st. regeringsformen.

[55] R. Daniel Kelemen, *Eurolegalism, The Transformation of Law and Regulation in the European Union*, Harvard University Press, Cambridge/London, 2011, s. 6 och 24 ff.

Inledningsvis kan betonas att EU inte är en stat utan en internationell organisation, vilka traditionellt inte har någon egen kompetens att genomdriva sina rättsregler i medlemsstaterna. EU skiljer sig visserligen betydligt från den traditionella versionen av en internationell organisation, men har än så länge inte övergått till en ny, allmänt accepterad konstitutionell form med en genomtänkt, transparent och demokratiskt grundad modell för genomdrivande av gemensamt antagna regler. Det finns fortfarande anledning att analysera den EU-rättsliga rätten till domstolsprövning med beaktande av EU och medlemsstaterna agerar inom skilda, om än sammanlänkade, konstitutionella sfärer.

Är då denna strategi effektiv för att EU-rätten ska få genomslag, vidareutvecklas och göras legitim?

För det första, förmår medlemsstaterna de facto förmedla rätten att delta i domstolsprocesser till enskilda som EU-rätten syftar till att ge dem? De senaste årens rättspraxis från EU-domstolen i fråga om talerätt i miljömål har satt ljuset på nationella processuella bestämmelser som försvårat enskilda och organisationers möjligheter att delta i domstolsprocesser på nationell nivå. Målen *Djurgården Lilla Värtan*, *Trianel*, och *Altrip* visar att flera medlemsstater, såsom Sverige och Tyskland, ännu inte har befriat sig från en förvaltningsprocessuell tradition som inneburit att domstolsprocessen varit tämligen sluten från allmänhetens påverkan. Även efter att den svenska lagstiftaren ändrade Miljöbalkens kriterier för beviljande av talerätt för miljöorganisationer har mycket hänt i svensk miljöprocess – i ljuset av EU-domstolens domar har svenska domstolar beviljat talerätt också i mål som inte omfattas av bestämmelsen i Miljöbalken. Som Jan Darpö och Yaffa Epstein belyst i fråga om miljöorganisationers möjlighet att föra talan mot Naturvårdsverkets beslut om skyddsjakt på varg har detta emellertid inte alltid skett utan motstånd från den svenska lagstiftarens sida.[56] I fråga om just beslut om jakt på varg har lagstiftaren, sedan domstolen beviljat miljöorganisationer talerätt med hänvisning till Århuskonventionen och EU-domstolens praxis gällande talerätten i mål som omfattas av konventionen, ingripit på så sätt att organisationernas deltagande på nytt förhindrats.

Det har visat sig att detta första steg för att enskilda och organisationer ska kunna kontrollera att medlemsstaterna följer sina EU-rättsliga

[56] Jan Darpö och Yaffa Epstein, ”Thrown to the wolves – Sweden Once Again Flouts EU Standards on Species Protection and Access to Justice” i *Nordic Environmental Law Journal* 2015:1, s. 7–20.

åtaganden – att nationell processrätt inte utgör hinder för enskildas möjligheter att göra sin rätt gällande – inte varit lätt att ta. Domstolssystemets hela utformning och kapacitet, som bl.a. påverkar om de nationella domstolarna kan pröva ett mål inom rimlig tid, har samband med denna fråga. Likväl finns många exempel på att enskilda och organisationer med stöd av materiell och processuell lagstiftning tillkommen på EU-nivå numera uppträder som EU:s agenter i medlemsstaterna. I Sverige har både miljöorganisationer och organisationer som representerar enskildas intressen varit aktiva i domstolsprocesser som också rönt stor medial uppmärksamhet.[57]

För det andra, vilka grupper av enskilda och organisationer är det som faktiskt utnyttjar sin rätt att delta i domstolsprocesser och vilka gör det inte? Även processrättsliga hinder förutan förutsätts kännedom om möjligheten att klaga, kunskap om materiell EU-rätt, och möjlighet att lägga den tid och möda som en domstolsprocess kan kräva. Det kan ifrågasättas om enskilda har sådana resurser, i synnerhet när det gäller frågor som inte i första hand rör den enskildes individuella rätt utan också andras intressen, som miljöfrågorna. Även om kriterierna för deltagande är neutralt utformade är det inte sannolikt att alla berättigade gör sina rättigheter gällande i samma mån. Vilka faktorer påverkar enskildas benägenhet att använda sin rätt till domstolsprövning? Kan de som väljer att delta alls göra anspråk på att representera uppfattningar som är utbredda i samhället? Frågan om representativitet och möjligheten att göra gällande intressen som tidigare inte fått komma till uttryck inom ramen för en domstolsprocess förtjänar att uppmärksammas av domstolen. Det gäller inte minst i förhållande till frågan om domstolen som legitimitetskapande forum, vilken nu ska diskuteras närmare.

5.2 Domstolen som legitimitetsskapande forum

När lagstiftning tillkommit på EU- eller internationell nivå kritiseras den ibland för att sakna demokratisk förankring. EU:s överstatlighet är också vad många kritiker av EU-rätten vänt sig emot, inte minst i den svenska

[57] Se t.ex. Johanna Sandahl och Oskar Alarik ”Dags för timeout i vargjakten”, SvD Debatt den 28 november 2014, och Clarence Craaford, ”Oacceptabelt att filma dödskamp”, SvD Ledare den 2 januari 2014.

debatt som förts både före och efter Sveriges inträde år 1995.[58] Med tilltagande globalisering har lagstiftningsmakten obestridligen fragmenterats, genom att delar av den har överlåtits till EU och till andra internationella organisationer. Att sådan fragmentering av politisk makt ofta går hand i hand med ett stärkt domstolsväsende har bland andra Martin Shapiro tidigt hävdat.[59] Så har den s.k. judikaliseringen – tendensen att domstolar får större ansvar för att bestämma rättens innehåll, att fler samhälleliga intressekonflikter slits i domstol och att politisk makt flyttas från parlament till domstolar – gått hand i hand med globaliseringen.

Till skillnad från nationella parlament kan enskilda – i synnerhet organisationer som företräder vissa intressen – engagera sig i frågor som rör sig bortom nationsgränser. Att använda domstolen som forum för diskussion och politisk påverkan kan vara ändamålsenligt. I och med EU-inträdet fick svenska domstolar i uppgift att se till att EU-rättsliga normer får korrekt genomslag och full verkan i Sverige.[60] Samtidigt som de är domstolar i den svenska rättsordningen, är de sedan tjugo år också domstolar i EU:s rättsordning. I den senare rollen spelar de en avgörande betydelse för hur EU-rätten tillämpas i praktiken, på medlemsstatsnivå. De har uppgiften att jämka samman EU-rätt och nationell rätt till något som fungerar i det enskilda fallet. Och de måste förhålla sig till flera lagstiftare, som å sin sida kan företräda olika tolkningar av vad som utgör gällande rätt. En nationell domstol kan i sin tolkning av EU-rätten blicka över nationsgränser för att där finna lösningar på hur en viss fråga hanterats. Även om det kan hända är en bit kvar till dess nationella domstolar för en dialog om tillämpningen av EU-rätten, ligger detta långt närmare till hands idag när den lagstiftning de har att förhålla sig till i så stor utsträckning är gemensam.[61]

[58] Se t.ex. Sverker Gustavsson, *Unionens demokratiska underskott*, rapport nr 5, utgiven av Forum för EU-debatt, 2013.

[59] Martin Shapiro, *Courts: A Comparative and Political Analysis*, University of Chicago Press, 1981.

[60] Domstolens dom den 9 mars 1978 i mål C-106/77 Amministrazione delle Finanze dello Stato mot Simmenthal SpA, EU:C:1978:49, para. 14.

[61] Jfr, om än i en annan kontext, en mycket liberal inställning till domstolars möjligheter att uppträda som aktörer och skapare av rätt på en internatinell arena, Anne-Marie Slaughter, ”A Global Community of Courts”, Harvard International Law Journal, 44:1, 2003, s. 191–220.

5.3 Slutord

Sveriges inträde i EU innebar att EU:s rättssystem blev en del av det svenska. Som ett resultat av det har grundläggande praktiska och rättsteoretiska frågor som gäller enskildas ställning och domstolarnas roll i det svenska rättssystemets funktionssätt behövt omprövas. Samtidigt som den svenska rättsordningen och jurister verksamma i Sverige har konfronterats med och fått anpassa sig till den nya juridiska verklighet som EU-rätten påbjudit, har EU-rätten i sig utvecklats.

Flera förändringar av genomgripande karaktär kan identifieras. Under de senaste tjugo åren har enskilda getts större utrymme att verka för EU-rättens genomslag och utveckling genom deltagande i rättsprocesser i nationella domstolar.

Begreppet rättigheter har fått en förändrad betydelse; från att ha definierats som något som föreligger när rättsordningen tillhandahåller rättsmedel som medför att anspråket kan utkrävas, är rättigheter i en europeiserad kontext något som i sig också ger upphov till en rätt till domstolsprövning.[62] På förvaltningsrättens område har utvecklingen resulterat i att den svenska traditionen om rätten att gå till kungs när kungens förvaltning har felat upphört.[63] Domstolar i samarbete spelar en allt större roll i den sammanvävda offentliga organisationen. I en tid av globalisering och europeisering har enskilda härigenom fått tillgång till en arena för dialog och påverkan.

[62] Torbjörn Andersson, *Rättsskyddsprincipen: EG-rätt och nationell sanktions- och processrätt ur ett svenskt civilprocessuellt perspektiv*, Iustus, Uppsala, 1997, s. 170.

[63] Se ovan, avsnitt 2, om Lassagårdsmålet, RÅ 1997 ref. 65.

Marie Linton

EU:s internationella privat- och processrätt – vilket inflytande har den i svensk rättskipning i gränsöverskridande civilrättsliga tvister?

1 Inledning

Svenska domstolar ställs allt oftare inför civilrättsliga tvister med gränsöverskridande inslag. Det innebär – men glöms beklagligt nog ofta bort – att den internationellt privat- och processrättsliga regleringen måste tas med i bedömningen innan en domstol kan avgöra en tvist i sak. Den internationella privat- och processrätten angår i huvudsak tre frågor. När kan en nationell domstol handlägga en gränsöverskridande tvist (domsrättsfrågan)? Vilken rättsordning ska den behöriga domstolen tillämpa på det omtvistade rättsförhållandet (lagvalsfrågan)? Under vilka förutsättningar kan utländska domar erkännas och verkställas i den egna staten (erkännandefrågan)?

De internationellt privat- och processrättsliga reglerna i Sverige har numera i mycket hög grad sitt ursprung i EU-rätten. EU har valt den internationella privat- och processrätten som lagstiftningsmetod för att garantera att gränsöverskridande civilrättstvister behandlas lika oavsett i vilken EU-medlemsstat de handläggs. Stora delar av den svenska internationella privat- och processrätten är således harmoniserad EU-rätt genom

t.ex. Bryssel I-förordningen[1], Bryssel II-förordningen[2], Rom I-förordningen[3] och Rom II-förordningen[4]. Till EU:s internationella privat- och processrätt hör också insolvensförordningen[5], underhållsförordningen[6] och arvsförordningen[7]. Härutöver finns en rad andra EU-rättsliga regleringar på utvalda specialområden.[8]

[1] Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 1215/2012 av den 12 december 2012 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar (omarbetning), EUT 20.12.2012, L 351/1. Förordningen ersätter rådets förordning nr 44/2001 av den 22 december 2000 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område, EGT 16.1.2001, L 12/1, som i sin tur ersätter 1968 års Brysselkonvention om domstols behörighet och om verkställighet av domar på privaträttens område (konsoliderad version), EGT 26.1.1998, C 27 s. 1–27.

[2] Rådets förordning (EG) nr 2201/2003 av den 27 november 2003 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar i äktenskapsmål och mål om föräldraansvar samt om upphävande av förordning (EG) nr 1347/2000, EUT 23.12.2003, L 338/1.

[3] Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 593/2008 av den 17 juni 2008 om tillämplig lag för avtalsförpliktelser, EUT L 4.7.2008, 177/6. Förordningen ersätter 1980 års Romkonvention om tillämplig lag på avtalsförpliktelser, EGT 26.1.98, C 27/34.

[4] Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 864/2007 av den 11 juli 2007 om tillämplig lag för utomobligatoriska förpliktelser, EUT 31.7.2007, L 199/40.

[5] Rådets förordning (EG) nr 1346/2000 av den 29 maj 2000 om insolvensförfaranden, EGT 30.6.2000, L 160/1.

[6] Rådets förordning (EG) nr 4/2009 av den 18 december 2008 om domstols behörighet, tillämplig lag, erkännande och verkställighet av domar samt samarbete i fråga om underhållsskyldighet, EUT 10.1.2009, L 7/1.

[7] Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 650/2012 av den 4 juli 2012 om behörighet, tillämplig lag, erkännande och verkställighet av domar samt godkännande och verkställighet av officiella handlingar i samband med arv och om inrättandet av ett europeiskt arvsintyg, EUT 27.7.2012, L 201/107.

[8] Här kan t.ex. nämnas rådets förordning (EG) nr 1206/2001 av den 28 maj 2001 om samarbete mellan medlemsstaternas domstolar i fråga om bevisupptagning i mål och ärenden av civil och kommersiell natur, EGT 27.6.2001, L 174/1, Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 805/2004 av den 21 april 2004 om införande av en europeisk exekutionstitel för obestridda fordringar, EUT 10.4.2004, L 143/15, Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1896/2006 av den 12 december 2006 om införande av ett europeiskt betalningsföreläggande, EUT 10.12.2006, L 399/1, Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 861/2007 av den 11 juli 2007 om inrättande av ett europeiskt småmålsförfarande, EUT 31.7.2007, L 199/1, Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1393/2007 av den 13 november 2007 om delgivning i medlemsstaterna av rättegångshandlingar och andra handlingar i mål och ärenden av civil och kommersiell natur (delgivning av handlingar) och om upphävande av rådets förordning (EG) nr 1348/2000, EUT 10.12.2007, L 324/79, Europaparlamentets och rådets direktiv 2008/52/EG av den 21 maj 2008 om vissa aspekter på medling på privaträttens

Det följer att den svenska rättsutveckligen på området inte längre sker isolerad utan påverkas och influeras av EU-rätten. Genom Sveriges EU-medlemskap år 1995 blev svenska domstolar ”EU-rättens nationella arm”.[9] Svenska domstolar tolkar och ger innehåll till EU-rätten samt säkerställer att den får genomslag i Sverige. I rättstillämpningen måste dessutom nationella domstolar beakta en ständigt tilltagande rättspraxis från EU-domstolen.[10] Svenska domstolar har ett ansvar för att unionsrätten blir korrekt tillämpad på det nationella planet. Överträdelser av EU-rätten kan medföra att en EU-medlemsstat ådrar sig ett skadeståndsansvar.[11]

Harmoniserade, eller i essensen uniforma, internationellt privat- och processrättsliga EU-regler vilar på en föreställning om att de tillämpas enhetligt inom hela EU. Det är EU-domstolen som i sista hand avgör hur en internationellt privat- och processrättslig EU-regel ska tolkas. Efter att Lissabonfördraget trädde ikraft år 2009 har alla nationella domstolar möjlighet att begära förhandsbesked. Domstolar som dömer i sista instans är dock skyldiga att begära tolkningsbesked av EU-domstolen, om det är osäkert hur en unionsrättslig bestämmelse ska förstås.[12]

Den centrala utgångspunkten i denna uppsats är att söka belysa vilket inflytande EU:s internationella privat- och processrätt har i svensk rättskipning på det privaträttsliga området. Hur förhåller sig svenska domstolar i sin rättstillämpning till EU:s internationella privat- och processrätt? Har svenska domstolar fullt ut observerat, insett och erkänt principen om EU-rättens företräde? Eller går det i stället att iaktta en viss (omedveten) benägenhet att inte gå in i prövning av EU-rättsliga frågor för att istället falla tillbaka på nationell svensk rätt? Undersökningen sker mot bakgrund av ett antal avgöranden där EU:s internationella privat-

område, EUT 24.5.2008, L 136/3 och Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 655/2014 av den 15 maj 2014 om inrättande av ett europeiskt förfarande för kvarstad på bankmedel i mål och ärenden av privaträttslig natur, EUT 27.6.2014, L 189/59.

[9] Ulf Bernitz, Förhandsavgöranden av EU-domstolen. Svenska domstolars hållning och praxis, Sieps 2010:2 s. 13.

[10] Även Europadomstolens avgöranden räknas hit.

[11] Se t.ex. mål C-224/01 Gerhard Köbler mot Republiken Österrike, ECLI:EU:C:2003:513 och mål C-173/03 Traghetti del Mediterraneo SpA mot Repubblica italiana, ECLI:EU:C:2006:391.

[12] Se art. 267 i FEUF. Tidigare var det bara domstolar som dömde i sista instans som kunde begära förhandsbesked angående bestämmelser om rättsligt samarbete rörande frihet, säkerhet och rättvisa. Hit hör bl.a. EU:s internationellt privat- och processrättsliga bestämmelser.

och processrätt har eller borde ha aktualiserats i rättstillämpningen. En massa märkligheter uppdagas i domstolarnas bedömningar. Ibland finns det dock även anledning att ge beröm. Såväl publicerade som icke-publicerade domar tas upp för att – om möjligt – ge en verklighetstrogen bild av läget.

2 Avgöranden från svenska domstolar

2.1 Tvist om äganderätt till en lägenhet i Rio de Janeiro

I Svea hovrätts avgörande *mål nr Ö 7097-14*[13] hade kärandena väckt talan mot svarande vid en svensk tingsrätt med yrkande om att domstolen skulle fastställa att de genom avtal hade en dold samäganderätt till en lägenhet i Rio de Janeiro, Brasilien. Samtliga tvistande parter hade hemvist i Sverige, och de hade tidigare gjort affärsmässiga investeringar i lägenheter i Brasilien tillsammans. I målet uppkom frågan om svensk domsrätt förelåg.

Såväl tingsrätt som hovrätt fann utan närmare motivering att de interna forumreglerna i 10 kap. rättegångsbalken (RB) skulle tillämpas analogt. Eftersom parterna var oense i frågan om lägenheten var att betrakta som fast eller lös egendom blev den s.k. kvalifikationsfrågan central, dvs. under vilken juridisk kategori skulle kärandenas anspråk inordnas. Om tvisten gällde fast egendom saknades svensk domsrätt enligt (en analog tillämpning av) 10 kap. 10 § RB som föreskriver att i tvister om äganderätt till fast egendom har fastighetsorten exklusiv behörighet. Om anspråket däremot kvalificerades som obligationsrättsligt fanns svensk domsrätt enligt huvudregeln i 10 kap. 1 § RB som utpekar domstol på den ort där svaranden har hemvist.

Enligt tingsrätten skulle kvalifikationsfrågan lösas enligt svensk rätt.[14] Eftersom lägenheten var inskrivningsbar och det gick att erhålla lagfart för den ansåg tingsrätten att det var fråga om en tvist om fast egendom.[15] Då lägenheten fanns i Brasilien saknades svensk domsrätt enligt 10 kap. 10 § RB, och tingsrätten avvisade käromålet.[16]

[13] Svea hovrätt, Protokoll den 21 januari 2015, mål nr Ö 7097-14.

[14] Södertörns tingsrätt, Protokoll den 22 maj och 18 juni 2014, mål nr T 9860-12.

[15] Det kan sättas ifråga om det verkligen är lagfart som avses, som ju är en nordisk konstruktion, eller om det är någon motsvarande konstruktion i brasiliansk rätt som åsyftas.

[16] Bestämmelsen i 10 kap. 10 § RB speglar en internationellt erkänd princip om att fastighetslandet är bäst lämpad att avgöra frågor som gäller fast egendom inom dess ter-

Kvalifikationsfrågan skulle däremot enligt hovrätten avgöras enligt brasiliansk rätt, där egendomen var belägen. Då det emellertid saknades tillräckligt underlag för att avgöra om lägenheten utgjorde fast eller lös egendom enligt brasiliansk rätt gjorde hovrätten vad som förefaller vara en ny kvalifikation. Enligt hovrätten var syftet med kärandenas talan att kunna rikta obligationsrättsliga anspråk mot svaranden i Sverige samt att reglera parternas inbördes förhållande, inte att få ett sakrättsligt skyddat anspråk som gällde i Brasilien.[17] Därför kvalificerades anspråket som en tvist med ”tydlig obligationsrättslig prägel”, varför svensk domsrätt förelåg enligt 10 kap. 1 § RB. HD meddelade inte prövningstillstånd.[18]

Kvalifikation handlar om tolkning av internationellt privat- och processrättsliga regler.[19] Frågan kan aktualiseras av en eller flera anledningar: A) dels för att sätta en ”rättslig etikett” på ett anspråk för att kunna orientera sig mellan olika regelverk (s.k. primär kvalifikation), B) dels för att kunna identifiera vilken – av flera internationellt privat- och processrättsliga bestämmelser – som är tillämplig (s.k. sekundär kvalifikation).[20] I doktrinen har kvalifikationsfrågan huvudsakligen uppmärksammats i en lagvalskontext, men den kan även uppkomma i domsrätts- och erkännandesammanhang.

Hovrättens tankegång i kvalifikationsfrågan är svår att följa. Huvudregeln är att kvalifikation sker enligt forumlandet Sveriges juridiska språkbruk och synsätt (= kvalifikation *lex fori*), och inte enligt den andra berörda rättsordningens uppfattning (kvalifikation *lex causae*).[21] Såvitt avser intern svensk rätt, har HD tidigare uttalat att dold äganderätt inte är en äganderätt i vanlig mening utan får anses utgöra ett obligationsrätts-

ritorium med hänsyn till ofta särpräglad lagstiftning och att utredning och bevisning bäst förebringas vid domstol i det land där den fasta egendomen är belägen. Jfr dock NJA 1985 s. 832.

[17] Hovrätten konstaterade också att forumregeln i 10 kap. 10 § inte gjorde sig särskilt starkt gällande i det nu aktuella målet.

[18] HD Ö mål nr 1558-15.

[19] I motsats till vad som är fallet med materiellrättsliga regler är internationellt privat- och processrättsliga regler vidare och måste omfatta fler sakförhållanden än en materiellrättslig regel.

[20] Mer om kvalifikation Torsten Gihl, Den internationella privaträttens historia och allmänna principer, Norstedts 1951 s. 335–393.

[21] Kvalifikation *lex causae* leder till en *circulus vitious*, eftersom domstolen identifierar den tillämpliga internationellt privat- eller processrättsliga bestämmelsen redan innan man vet vad anspråket gäller.

ligt anspråk mot den öppne ägaren.[22] Dold sammanhänganderätt är en svensk konstruktion som saknar motsvarighet i många andra länder, och den får nog anses ha sin största betydelse på familjerättens område mellan makar och sambor.

Om tvisten däremot skulle aktualisera en tillämpning av EU-rätt måste kvalifikationen normalt ske EU-konformt (autonom kvalifikation), oavsett om det handlar om bedömning av domsrätt, lagval eller erkännande och verkställighet och oavsett hur man ser på tvistens karaktär i nationell rätt. Rättsliga begrepp inom EU-rätten har inte nödvändigtvis samma betydelse som i nationell rätt.[23] Tolkningen av EU-rätten ska vara autonom för att garantera att de rättigheter och skyldigheter som följer av den blir lika och enhetliga i medlemsstaterna. Annars finns en uppenbar risk för att rättsläget utvecklas olikartat vid unionsrättens tillämpning i EU-medlemsstaterna.

I detta fall är det ingen tvekan om att det handlar om en tvist på privaträttens område enligt EU-rätten.[24] Därför borde en tillämpning av EU:s Bryssel I-förordning nr 44/2001 (numera Bryssel I-förordningen nr 1215/2012) ha varit given.[25] Bryssel I-förordningen är nämligen tillämplig på privaträttens område på rättsliga förfaranden som inletts efter att Bryssel I-förordningen trädde ikraft den 1 mars 2002.

EU-domstolens stora avdelning har i målet *Owusu*[26] slagit fast företrädet för EU-reglerna i en situation där käranden och en av svarandena

[22] Se NJA 1993 s. 324 och NJA 1984 s. 772. Svårigheten med den dolda samäganderättens karaktär har även lyfts fram av HD i avgörandet NJA 2013 s. 632. HD erinrade om att ”[e]tt anspråk avseende dold samäganderätt i fast egendom är så till vida sakrättsligt att det inriktas på viss bestämd egendom, men obligationsrättsligt i den meningen att det inte åtnjuter skydd mot den öppne ägarens borgenärer, knappast heller mot dennes singularsuccessorer. Sakrättsligt skydd uppkommer först sedan anspråket har manifesterats, antingen genom att det föreligger en lagakraftägande dom på äganderätt eller genom att den dolde samägaren har satts in som ägare av den öppne ägaren”.

[23] Det fick Sverige erfara i EU-domstolens dom mål C-435/06 ”C”, ECLI:EU:C:2007:714, där begreppen civilrättsliga frågor och föräldraansvar i Bryssel II-förordningen ovan not 2 ansågs omfatta offentligrättsliga åtgärder till skydd för barn.

[24] Se t.ex. mål C-29/76 LTU Lufttransportunternehmen GmbH & Co. KG mot Eurocontrol, ECLI:EU:C:1976:137 och mål C-406/09 Realchemie Nederland BV mot Bayer CropScience AG, ECLI:EU:C:2011:668. Se även Lennart Pålsson, Bryssel I-förordningen jämte Bryssel- och Luganokonventionerna. Norstedts 2008 s. 57–62.

[25] Bryssel I-förordningen ovan not 1. Bryssel I-förordningen nr 1215/2012 ovan not 1 var inte tillämplig, eftersom den enligt art. 66 tillämpas på förfaranden som har inletts från och med den 10 januari 2015.

[26] Mål C-281/02 Andrew Owusu och N.B Jackson, som verkar under firman Villa Ho-

hade hemvist i samma EU-medlemsstat, fastän det i övrigt endast fanns anknytning till tredjeland då den i fallet omtvistade olyckan ägt rum där. EU-domstolen konstaterade att tillämpningen av EU:s domsrättsregler i Brysselkonventionen (numera Bryssel I-förordningen)[27] kräver att tvisten har någon utländsk anknytning. Denna anknytning behöver dock inte vara EU-intern i den bemärkelsen att flera EU-medlemsstater berörs. EU-domstolen gjorde klart att en tvist som angår en EU-medlemsstat och ett tredjeland också ska omfattas av EU:s domsrättsreglering, t.ex. på grund av att käranden och svaranden har hemvist i samma medlemsstat men de omtvistade omständigheterna har ägt rum i tredjeland.

Med *Owusu*-resonemanget i bakgrunden synes domstolarna i det nu aktuella fallet helt ha missat EU-regleringens avsedda dimension. I enlighet med principen om EU-rättens företräde borde EU:s Bryssel I-förordning ha tillämpats i stället för en minst sagt dubiös tillämpning av inhemsk rätt.

Av EU-domstolens rättspraxis framgår att det är käromålets grund som avgör om det är fråga om en sakrätt i fast egendom eller ett obligationsrättsligt anspråk.[28] I detta fall kan förmodas att det också enligt en EU-konform tolkning handlar om ett obligationsrättsligt anspråk, eftersom käromålet är grundat på parternas avtal. En sådan tvist faller under huvudregeln i art. 2 (nu art. 4) om att behörighet tillkommer domstolar i den medlemsstat där svaranden har hemvist. Av EU-domstolens avgörande i det redan nämnda *Owusu*-fallet framgår att art. 2 har en tvingande karaktär och att en domstol som är behörig enligt bestämmelsen är skyldig att handlägga målet. Därmed skulle svensk domsrätt antagligen ha funnits också enligt Bryssel I-förordningen.

lidays Bal-Inn Villas, Mammee Bat Resorts Ltd, Mammee Bay Club Ltd, The Enchanted Garden Resorts & Spa Ltd, Consulting Services Ltd och Town & Country Resorts Ltd, ECLI:EU:C:2005:120. Målet är kommenterat av Lennart Pålsson, Nyare rättspraxis till Bryssel- och Luganokonventionerna samt Bryssel I-förordningen SvJT 2005 s. 1096–1098.

[27] Brysselinstrumenten ovan not 1.

[28] Se t.ex. mål C-115/88 Mario P.A. Reichert m.fl. mot Dresdner Bank, ECLI:EU:C:1990:3, mål C-294/92 George Lawrence Webb mot Lawrence Desmond Webb, ECLI:EU:C:1994:193 och mål C-518/99 Richard Gaillard mot Alaya Chekili, ECLI:EU:C:2001:209. Art. 22 ger dock bara exklusiv behörighet till den EU-medlemsstats domstol där den fasta egendomen är belägen. Oavsett utgången i kvalifikationsfrågan i det nu aktuella målet hade denna bestämmelse därför inte kunnat tillämpas.

2.2 Domsrätt när barnet flyttat till Bali

2.2.1 NJA 2011 s. 499 – vårdnad

NJA 2011 s. 499 gällde ett barn som tillsammans med modern i slutet av år 2009 hade flyttat från Sverige till Bali i Indonesien, där de fortfarande vistades.[29] Modern var sedan år 2008 ensam vårdnadshavare, och kunde härmed bestämma var barnet skulle bo. Fadern hade dock enligt ett lagakraftvunnet hovrättsavgörande rätt till umgänge med barnet. I januari 2010 väckte han talan mot modern med yrkande om att vårdnaden skulle överflyttas till honom. Modern yrkade att målet skulle avvisas, eftersom svensk domsrätt saknades.

Det var klarlagt att modern hade sålt sin bostad, avregistrerat sin firma och erhållit visum till Indonesien för ett år samt att barnets skolplats i Sverige sagts upp. Vidare var modern och barnet avregistrerade i den svenska folkbokföringen.

HD hade vid prövningen av svensk behörighet att ta ställning till om EU:s Bryssel II-förordningen[30] skulle tillämpas, trots att det i målet saknades anknytning till någon annan EU-medlemsstat än Sverige. HD konstaterade inledningsvis att Bryssel II-förordning reglerar behörighet för alla slags frågor om föräldraansvar i den EU-medlemsstat där barnet har hemvist vid tidpunkten då talan väcks.[31] Det är först om ingen medlemsstats domstol är behörig enligt förordningen som den nationella domstolen kan falla tillbaka på interna domsrättsregler.[32]

Enligt HD skulle därför frågan om svensk domsrätt i första hand prövas enligt bestämmelserna i Bryssel II-förordningen.[33] Enligt art. 8.1 ska domstolarna i en medlemsstat vara behöriga i mål om föräldraansvar för ett barn som har hemvist i den medlemsstaten vid den tidpunkt då talan väcks, dvs. när stämningsansökan ges in till domstolen enligt art. 16. Frå-

[29] Fallet har kommenterats av Maarit Jänterä-Jareborg, Karnov 2013/2014 Bryssel II-förordningen under art. 8 (fotnot 19) s. 3640 och Michael Bogdan, Svensk och EU-domstolens rättspraxis i internationell privat- och processrätt 2011–2012, SvJT 2013 s. 941–942 och 945.

[30] Bryssel II-förordningen ovan not 2.

[31] Se art. 8 i Bryssel II-förordningen ovan not 2.

[32] Se art. 14 i Bryssel II-förordningen ovan not 2.

[33] HD tillade även att domsrättsreglerna i Bryssel II-förordningen rörande föräldraansvar går längre än vad som är nödvändigt för en samordning mellan EU-staterna genom hänvisningar till EU-rättslig doktrin: Maarit Jänterä-Jareborg, Harmonisering, samordning och ömsesidigt förtroende inom Europeiska unionen, SvJT 2005 s. 804 ff., på s. 826.

gan som HD hade att ta ställning till var barnets hemvist vid tidpunkten för stämningsansökan.

Eftersom Bryssel II-förordningen inte innehåller någon definition av hemvistbegreppet tog HD intryck av EU-domstolens avgöranden i målen *A*[34] och *Mercredi* mot *Chaffe*[35]. Av dessa avgöranden framgår att hemvistbegreppet i art. 8.1 ska tolkas mot bakgrund av samtliga faktiska omständigheter i det enskilda fallet så att det motsvarar den plats där barnet är integrerat i socialt hänseende och i familjehänseende. Hänsyn ska tas till vistelsens varaktighet och regelbundenhet, förhållandena för vistelsen, skälen till vistelsen och skälen till att familjen flyttat, barnets nationalitet, platsen och förutsättningarna för skolgång, barnets språkkunskaper, familjeförhållanden och sociala band. En indikation på ett hemvistbyte kan enligt HD visa sig genom att familjen förvärvar eller hyr en bostad i landet. HD konstaterade också att vistelsen vanligtvis måste ha en viss varaktighet för att den ska anses tillräckligt stadigvarande, men att det framför allt har betydelse att vederbörande har önskat att etablera centrum för sina intressen i det nya landet.

På anförda skäl konstaterade HD att utredningen i målet gav vid handen att flytten varit planerad genom moderns åtgärder och avsedd att vara för överskådlig tid. Oaktat den korta tid som förflutit från flytten ansåg HD att barnet inte hade hemvist i Sverige i den mening som avses i art. 8 i Bryssel II-förordningen, inte heller fanns domsrätt på någon annan grund i förordningen. Därför kunde svensk domstol grunda behörighet på nationell rätt enligt art. 14 i Bryssel II-förordningen. HD kom dock fram till att det inte fanns någon på situationen tillämplig nationell behörighetsregel som skulle ge svensk domstol behörighet, varför målet avvisades.[36]

[34] Mål C-523/07 ”A”, ECLI:EU:C:2009:225. Fallet har kommenterats av Maarit Jänterä-Jareborg, Karnov 2014/2015 Bryssel II-förordningen under art. 8 (fotnot 19) s. 3688 och Michael Bogdan, EG/EU-domstolens och svensk rättspraxis i internationell privat- och processrätt 2009–2010, SvJT 2011 s. 876–877.

[35] Mål C-497/10 Mercredi mot Chaffe, ECLI:EU:C:2010:829. Fallet har kommenterats av Maarit Jänterä-Jareborg ovan not 34 s. 3688 och Michael Bogdan ovan not 34 s. 877–878.

[36] För svenskt vidkommande handlar det om praxisskapade behörighetsregler, se t.ex. NJA 1999 s. 166. Svensk domsrätt föreligger traditionellt i vårdnadsmål när barnet har svenskt hemvist, i vissa fall också när barnet vistas här eller på grund av vårdnadshavarens svenska hemvist. Se Lennart Pålsson, Svensk rättspraxis i internationell familje- och arvsrätt, 2:a uppl., Norstedts 2006 s. 122–131.

HD:s avgörande är ett välkommet bidrag av flera anledningar. Av domskälen framgår klart och tydligt unionsrättens företräde framför nationell rätt, och HD förklarar att EU-rätten inte är begränsad till EU-interna förhållanden utan kan göra anspråk på tillämplighet så snart det finns en internationell anknytning.[37] Det enda som krävs för dess tillämplighet kan vara att frågan om domsrätt uppkommit i en EU-medlemsstat. Domen ger såtillvida uttryck för *Owusu*-doktrinen (ovan avsnitt 2.1), låt vara på området för föräldraansvar – närmare bestämt vårdnad. Vidare är HD:s ställningstagande i fråga om barnets hemvist helt i linje med det autonoma hemvistbegrepp som EU-domstolen har börjat utveckla i sin rättspraxis.[38]

2.2.2 NJA 2011 s. 507 – umgänge

I *NJA 2011 s. 507* var parterna desamma som i *NJA 2011 s. 499*.[39] Fadern ansökte om verkställighet av hovrättens avgörande som gav honom umgängesrätt enligt 21 kap. föräldrabalken (FB), och yrkade att modern skulle föreläggas att vid vite överlämna barnet till honom för umgänge. Modern yrkade att ansökan skulle avvisas då svensk domsrätt saknades.

Frågan blev återigen om svensk domsrätt i det här fallet, s.k. svensk exekutionsbehörighet, förelåg trots att barnet och modern hade hemvist utomlands. Underinstanserna ansåg inte att det fanns behörighet och avvisade ansökan. HD kom däremot till en annan slutsats.

HD konstaterade att när det gäller en svensk dom om umgänge måste utgångspunkten vara att det finns svensk exekutionsbehörighet med hänsyn till barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrarna. Enligt HD fanns inte några hinder från folkrättslig synpunkt att förelägga en förälder som flyttat utomlands att vid äventyr av vite överlämna ett barn för umgänge. HD påpekade att ett vitesföreläggande kan ha effekt

[37] Annat följer av Bryssel II-förordningen när det gäller olovligt bortförda barn. Av art. 10 framgår att då måste det finnas en koppling mellan två EU-medlemsstater för att domsrättsregeln ska kunna tillämpas.

[38] Här kan tilläggas att avgörandet även bekräftar tidigare svensk rättspraxis där det framgår att det inte är tillräckligt för svensk domsrätt att den av föräldrarna som inte har vårdnaden om barnet har hemvist här, se t.ex. NJA 1993 s. 65.

[39] Fallet har kommenterats av Maarit Jänterä-Jareborg, Karnov 2013/2014 Bryssel II-förordningen under art. 8 (fotnot 19) s. 3640 och Michael Bogdan, Svensk och EU-domstolens rättspraxis i internationell privat- och processrätt 2011–2012, SvJT 2013 s. 980–981.

även mot en förälder bosatt utomlands. Huruvida ett föreläggande utgör ett effektivt påtryckningsmedel eller om det finns skäl som talar emot ett sådant kunde enligt HD först avgöras sedan motparten beretts tillfälle att yttra sig.[40] Framgår det dock redan av ansökan att ett vitesföreläggande inte kommer att fungera som ett effektivt påtryckningsmedel och det saknas förutsättningar för verkställighet finns inte svensk exekutionsbehörighet. I den delen anförde HD, med hänvisning till RÅ 1997 ref. 58, att om t.ex. vårdnadsföräldern helt saknar anknytning till Sverige bör svensk exekutionsbehörighet vara utesluten. I det nu aktuella fallet stod det klart att modern inte helt saknade anknytning till Sverige. Svensk domstol var därför behörig att handlägga faderns verkställighetsansökan.

HD tycks således, i enlighet med plenimålet RÅ 1997 ref. 58, ha menat att det krävs en anknytning till Sverige för att det ska föreligga en behörighet för svensk domstol att förordna om verkställighet enligt 21 kap. föräldrabalken (FB). Det kan diskuteras om några krav på anknytning till Sverige alls bör uppställas i dessa sammanhang. Vissa anknytningar, såsom t.ex. svenskt medborgarskap, torde vara helt betydelselösa för om ett vitesföreläggande får effekt eller inte. Om nu krav på anknytning till Sverige ska uppställas bör det handla om anknytningar av sådant slag som inverkar på utsikterna att få vitesföreläggandet att fungera som ett verksamt påtryckningsmedel och som kan verkställas, t.ex. därför det finns inkomst eller pension i Sverige.[41] Av referatet framgår dock inte vilka anknytningar modern hade till Sverige. Avgörandet bekräftar därtill att svensk domsrätt och svensk exekutionsbehörighet inte nödvändigtvis sammanfaller.

2.3 Skilsmässobehörighet rörande makar i Florida

RH 2010:52 gällde två makar som var svenska medborgare, men som hade hemvist i Florida i USA.[42] Mannen ansökte vid svensk domstol om äktenskapsskillnad utan betänketid, eftersom det inte fanns några barn under 16 år i äktenskapet. Kort därefter väckte hustrun talan med yrkande om äktenskapsskillnad vid amerikansk domstol. Hon bestred den

[40] Således ska den frågan utgöra en del av saken och inte prövas som en fråga om rättegångshinder.

[41] Så Lennart Pålsson, Svensk rättspraxis. Internationell privat- och processrätt 1996–2000, SvJT 2001 s. 785.

[42] Fallet har kommenterats av Maarit Jänterä-Jareborg, Karnov 2014/2015 under IÄL 3 kap. 2 § (fotnot 14) s. 389.

anhängiggjorda ansökan vid svensk domstol och begärde i andra hand att svensk domstol skulle förordna om betänketid.

Tingsrätten fann att svensk domstol är behörig att ta upp frågan om äktenskapsskillnad mellan makarna enligt 3 kap. 2 § i lagen (1904:26 s. 1) om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap och förmynderskap (IÄL). Av hovrättens domskäl framgår inte alls på vilken grund svensk behörighet förelåg, utan målet i hovrätten kom att handla om huruvida yrkandet om äktenskapsskillnad skulle föregås av betänktetid eller inte.[43]

I målet förbisågs av allt att döma betydelsen av EU:s Bryssel II-förordning som även omfattar äktenskapsmål.[44] Förordningen tycks inte ha uppmärksammats vare sig av parterna eller av domstolarna i målet. Eftersom frågan om upplösning av äktenskapets bestånd uppkom vid domstol i EU-medlemsstaten Sverige, borde Bryssel II-förordningen ha aktualiserats i linje med EU-domstolens avgörande i målet *Sundelind Lopez*.[45] Där fann EU-domstolen att om någon domstol i en medlemsstat är behörig att pröva ett äktenskapsmål enligt art. 3 i Bryssel II-förordningen kan en nationell domstol inte grunda sin behörighet att pröva denna talan på bestämmelser i sin nationella rättsordning med stöd av art. 7.1 i förordningen.

Utgången i behörighetsfrågan hade blivit densamma med tillämpning av Bryssel II-förordningen. Av art. 3.b följer nämligen att behörighet att ta upp frågor om äktenskapsskillnad tillkommer domstol i den medlemsstat i vilken båda makarna är medborgare, dvs. Sverige.

Avgörandet ger uttryck för en prioritering av nationella domsrättsregler. På oklara grunder använder den svenska domstolen inhemsk internationell privat- och processrätt i stället för att synliggöra EU-rätten i rättskipningen och i skälen uttala varför eller varför inte denna ska tillämpas. Principen om EU-rättens företräde synes lätt bli bortglömd.

[43] Avgörande för frågan om betänketid skulle löpa var makans processuella inställning i det svenska målet, varför någon prövning av makans faktiska uppfattning avseende äktenskapsskillnadsfrågan inte gjordes. Således hade maken rätt till äktenskapsskillnad endast efter betänketid.

[44] Bryssel II-förordningen ovan not 2.

[45] Mål C-68/07 Kerstin Sundelind Lopez mot Miguel Enriques Lopez Lizazo, ECLI:EU:C:2007:740.

2.4 Återvinning från Norge och Saint Kitts och Nevis?

I *NJA 2013 s. 22* och *NJA 2013 s. 31* fick HD ta ställning till svensk domsrätt i återvinningstvister med anledning av svensk huvudkonkurs.[46] I *NJA 2013 s. 22* väckte konkursboet en återvinningstalan om betalning mot ett norskt bolag. *NJA 2013 s. 31* gällde en återvinningstalan avseende patent och patentansökningar från ett bolag i Saint Kitts och Nevis.

Frågan i de båda målen var om art. 3.1 i EU:s insolvensförordning[47] kunde grunda svensk domsrätt. Av bestämmelsen framgår att domstolarna i den medlemsstat där gäldenärens huvudsakliga intressen finns, har behörighet att inleda ett insolvensförfarande. Bestämmelsen gäller förvisso behörigheten att inleda ett huvudinsolvensförfarande men EU-domstolen har, såsom också konstaterades av HD i de nu aktuella målen, i saken *Seagon*[48] tolkats så att huvudkonkurslandet också har behörighet att ta upp en återvinningstalan riktad mot en svarande med säte i en EU-medlemsstat.

Eftersom ingen av svarandena i återvinningstvisterna hade hemvist i en EU-medlemsstat fann HD att art. 3.1 i insolvensförordningen inte var tillämplig. Domsrättsfrågan kunde enligt HD inte heller avgöras med analog tillämpning av forumreglerna i 10 kap. RB. I båda fallen ansågs ändå svensk domsrätt föreligga men på grunder som förblir oklara. I ingetdera av referaten framgår vilken behörighetsregel och anknytning till Sverige som HD grundade den svenska domsrätten på, vilket i sig kan anses anmärkningsvärt. I *NJA 2013 s. 22* förde HD ett allmänt effektivitetsresonemang utifrån någon slags ömsesidighetsprincip för att motivera den svenska domsrätten.

> ”Norge är en del av EU:s inre marknad genom EES-avtalet. I förhållande mellan Sverige och Norge gäller överenskommelser som i princip innebär att nationella domsrättsregler respekteras och att domar från ett land erkänns och är verkställbara i det andra landet. Återvinningstalan ska prövas enligt svensk lag. En bedömning som innebär att det är mest effektivt att återvinningstalan prövas vid svensk domstol ligger i linje med skälen bakom

[46] Fallen har även kommenterats av Michael Bogdan, Svensk och EU-domstolens rättspraxis i internationell privat- och processrätt 2013–2014, SvJT 2015 s. 618–619.

[47] Insolvensförordningen ovan not 5.

[48] Mål C-339/07 Christopher Seagon mot Deko Marty Belgium NV., ECLI:EU:C:2009:83.

> insolvensförordningens reglering. Under dessa förhållanden bör svensk domstol anses behörig att ta upp återvinningstalan till prövning."[49]

I *NJA 2013 s. 31* angav HD att "[f]öremålet för återvinning är en rättshandling och inte den av rättshandlingen berörda egendomen som sådan". Eftersom överlåtelsen av patenten och patentansökningarna enligt HD var att betrakta som en rättshandling förelåg svensk domsrätt. I målet beaktades inte huruvida en svensk dom skulle kunna verkställas i Saint Kitt och Nevis. Det är mycket tveksamt om en svensk dom överhuvudtaget skulle godtas och ges någon som helst verkan i Saint Kitts och Nevis. Om ingen exekution kan vinnas i Saint Kitts och Nevis utgör domen ett ringa påtryckningsmedel och är inte till glädje för någon. Jag återkommer strax nedan till denna av HD "bortglömda" aspekt av problematiken.

Mot bakgrund av EU-domstolens avgörande i målet *Schmid* mot *Hertel*[50] förefaller HD ha missuppfattat art. 3.1 i insolvensförordningen. I det målet hade en konkursförvaltare i ett tyskt huvudinsolvensförfarande väckt en återvinningstalan mot en svarande med hemvist i Schweiz med yrkande om återbetalning av vissa belopp. Frågan som EU-domstolen hade att ta ställning till var huruvida art. 3.1 i insolvensförordningen kunde grunda behörighet i en återvinningstalan mot en svarande med hemvist eller säte i ett tredjeland.

EU-domstolen framhöll att ändamålen med art. 3.1 i insolvensförordningen – att effektivt främja förutsebarhet och därmed rättssäkerhet samt att undvika forum shopping – talade för att bestämmelsen kunde inbegripa inte bara förhållandena mellan medlemsstaterna utan varje gränsöverskridande situation. EU-domstolen påpekade att den omständigheten att *Seagon*-domen begränsade sig till förfaranden som inleddes mot en svarande med hemvist i en medlemsstat inte kunde leda till slutsatsen att behörighet är utesluten när svaranden har hemvist i tredjeland. Således skulle art. 3.1 tolkas så att domstolar i den medlemsstat där insolvensförfarandet har inletts har behörighet att pröva en återvinningstalan som grundas på gäldenärens insolvens och som riktar sig mot en svarande hemmahörande i tredjeland.

EU-domstolens avgörande kan sägas ge uttryck för *Owusu*-doktrinen på delar av det insolvensrättsliga området: europeiska behörighetsregler kan vara tillämpliga också i förhållande till svarande med hemvist eller

[49] NJA 2013 s. 22.
[50] Mål C-328/12 Ralph Schmid mot Lilly Hertel, ECLI:EU:C:2014:6.

säte i tredjeland. I ljuset av EU-domstolens avgöranden i målen *Owusu*[51], *Sundelind Lopez*[52] och *Schmid* mot *Hertel*[53] samt att underhållsförordningen[54] och arvsförordningen[55] innehåller regler som helt och hållet ersätter inhemska regler så går den europeiska rättsutvecklingen i riktning mot behörighetsregler som gäller i samtliga utlandsanknutna situationer.[56] Expansionen av EU:s domsrätt kan säkert upplevas som ”irriterande” ur tredjelands perspektiv, eftersom det sker på bekostnad av tredjelandssvarande som i strid mot huvudregeln om svarandens hemvist måste föra sin talan inför en främmande domstol.

Det förtjänar att understrykas att EU-domstolen i målet *Schmid* mot *Hertel*[57] noterade kopplingen mellan domsrätt- och erkännandefrågor. EU-domstolen fann dock att den omständigheten att en dom som meddelats i en EU-medlemsstat kanske inte kan erkännas och verkställas i ett tredjeland inte är relevant för domsrättsbedömningen.[58] Enligt EU-domstolen hindras inte ”europeisk” domsrätt av att avgöranden inte kan erkännas och verkställas i tredjeländer. Trots att insolvensförordningens erkännande- och verkställighetsregler inte kunde tillämpas, ansåg EU-domstolen att det kan finnas en möjlighet att få en dom erkänd och verkställd i tredjeland med stöd i en bilateral konvention. Alternativ kan svaranden ha tillgångar inom unionen som kan tas i anspråk för exekution, konstaterade EU-domstolen.

Att vid domsrättsbedömningen inte ta hänsyn till förutsättningarna att få en dom verkställd i tredjeland anser jag inte vara självklar. Behörighetsfrågan bör rimligen ställas emot möjligheterna till exekution. Det kan annars framstå som slöseri med skattebetalarnas pengar att föra och

[51] Owusu ovan not 26.

[52] Sundelind Lopez ovan not 45.

[53] Schmid mot Hertel ovan not 50.

[54] Underhållsförordningen ovan not 6.

[55] Arvsförordningen ovan not 7.

[56] Om utvecklingen mot universella internationellt privat- och processrättsliga regler inom EU, se Marc Fallon och Thalia Kruger, The Spatial Scope of the EU's Rules on Jurisdiction and Enforcement of Judgements: From Bilateral Modus to Unilateral Universality?, Yearbook of Private International Law. Vol. XIV 2012/2013 s. 1–50.

[57] Schmid mot Hertel ovan not 50.

[58] Jfr mål C-514/10 Wolf Naturprodukte GmbH mot SEWAR spol. s r.o., ECLI:EU:C:2012:367. I målet konstaterade EU-domstolen att det finns en nära anknytning mellan behörighetsreglerna samt erkännande- och verkställighetsreglerna i Bryssel I-förordningen nr 44/2001. Dessa regler utgör inte enligt domstolen ”avgränsade och fristående regelsamlingar, utan är nära förbundna med varandra”.

handlägga tvister som mynnar ut i avgöranden som inte kan verkställas. Ska EU – på samma sätt som de svenska domstolarna i målen ovan – belasta våra redan måltyngda domstolar med gränsöverskridande tvister som leder till avgöranden som vid behov inte säkert kan verkställas? Här kan också antecknas att det traditionellt har funnits ett tydligt samband mellan domsrätt och verkställighet inom den internationella privat- och processrätten.[59]

2.5 Den tyska hjullastaren – vilse mellan olika lagvalsregleringar

2.5.1 En uppdelning av avtalet under olika regelverk?

I *mål nr T 51-12*[60] hade Umeå tingsrätt att ta ställning till en skenbart helt ordinär gränsöverskridande tvist. E, med hemvist i Umeå, hade förvärvat en begagnad hjullastare för drygt 600 000 kronor av P, ett tyskt bolag med säte i Tyskland. Eftersom E ansåg att hjullastaren var behäftad med fel väckte han talan mot P vid tingsrätt med yrkande om ersättning. P bestred käromålet. Genom mellandom hade rätten att avgöra om svensk eller tysk rätt skulle tillämpas på parternas avtal.

Den på avtalet tillämpliga lagen (avtalsstatutet) bestämmer bl.a. frågor om kontraktsbrott föreligger och vilka påföljder som i så fall står till buds.[61] Tingsrätten fann att tvisten gällde såväl avtalsrättsliga som köprättsliga frågeställningar. På de avtalsrättsliga frågorna fann rätten att lagvalsreglerna i den s.k. Romkonventionen[62] från EU skulle tillämpas, med följden att tysk rätt utpekades. På de köprättsliga frågeställningar skulle i stället tillämpas lagvalsreglerna i lag (1964:528) om tillämplig lag beträffande internationella köp av lösa saker (IKL)[63], som grundar sig på en av Sverige ratificerad konvention antagen vid Haagkonferensen

[59] Se Maarit Jänterä-Jareborg, Svensk domstol och utländsk rätt. Iustus Förlag 1997 s. 31–34.

[60] Umeå tingsrätts dom den 27 februari 2013, mål nr T 51-12.

[61] Se art. 10 i Romkonventionen och art. 12 i Rom I-förordningen ovan not 3.

[62] Romkonventionen gällde vid den aktuella tiden i enlighet med lagen (1998:167) om tillämplig lag för avtalsförpliktelser som lag här i riket. Rom I-förordningen kunde inte tillämpas på grund av att avtalet hade ingåtts innan Rom I-förordningen hade börjat tillämpas den 18 december 2009. Se Rominstrumenten ovan not 3.

[63] För svenskt vidkommande genomför IKL 1955 års Haagkonvention om tillämplig lag för avtalsförpliktelser. Konventionen finns tillgänglig på Haagkonferensens hemsida www.hcch.net.

för internationell privaträtt. Följden i denna del blev en tillämpning av svensk rätt.

Efter överklagande av mellandomen hade Hovrätten för övre Norrland i *mål nr 318-13*[64] att ta ställning till om en sådan uppdelning var ändamålsenlig eller om samma avtalsstatut skulle tillämpas på hela tvisten. Rätten konstaterade inledningsvis att IKL inte medger en klyvning av avtalet, dvs. att avtalet styckas upp i delar som lyder under olika länders lagar. Däremot finns en sådan begränsad möjlighet till s.k. *dépeçage* enligt art. 4.1 i Romkonventionen i den utsträckning tillämplig lag inte har valts.[65] Hovrätten fann, med hänvisning till EU-domstolens avgörande i målet *ICF*[66], att en del av ett avtal kan vara underkastat en annan lag än den som tillämpas på avtalet i övrigt endast om den delen har ett självständigt syfte och är självständig i förhållande till avtalet i övrigt. Som påpekades i hovrättens skäl bör möjligheten att klyva avtalet i flera delar som lyder under olika länders lagar tillämpas mycket restriktivt och bara när det är ändamålsenligt. I det aktuella fallet konstaterade rätten att avtalet gäller en enda hjullastare. Samma rättsordning skulle därför tillämpas på hela avtalet, eftersom de köprättsliga och avtalsrättsliga delarna inte var tillräckligt självständiga i förhållande till varandra för att en klyvning skulle vara lämplig. Hovrätten påminde vidare om att Romkonventionen enligt art. 21 lämnar företräde för lagvalsregler som finns i andra internationella instrument som konventionsstaterna tillträtt eller kommer att tillträda.[67] För svenskt vidkommande handlade det om de Haagkonventionsgrundade lagvalsreglerna i IKL. Således skulle IKL avgöra lagvalsfrågan framför Romkonventionen.

Vid hovrätten hade parterna emellertid förklarat sig överens om att 1980 års FN-konvention angående avtal om internationella köp av varor (CISG)[68] skulle tillämpas på den köprättsliga delen av avtalet. Eftersom

[64] Hovrätten för övre Norrlands dom den 5 november 2013, mål nr T 318-13.

[65] I Rom I-förordningen ovan not 3 har nu denna möjlighet tagits bort, se art. 4 och förordningens ingresspunkter 19–21.

[66] Mål C-133/08 Intercontainer Interfrigo SC (ICF) mot Balkenende Oosthuizen BV och MIC Operations BV, ECLI:EU:C:2009:617. Fallet har kommenterats av Marie Linton, Romkonventionen och befraktningsavtal – ett första rättsfall, JT 2010–2011 s. 130–140.

[67] Rom I-förordningen ovan not 3 är i detta avseende snävare och omfattar enligt art. 25 bara internationella konventioner som medlemsstaterna redan har tillträtt när förordningen antas.

[68] Delar av konventionen har genomförts i lag (1987:822) om internationella köp.

3 § IKL tillåter att köparen och säljaren kommer överens om att lagen i ett visst land ska tillämpas, skulle CISG tillämpas på hela avtalet enligt hovrätten. I denna del förefaller hovrätten alltså indirekt ha klargjort kvalifikationsfrågan till ett köprättsligt anspråk.

2.5.2 Frågeställningar

Målet är intressant av flera skäl. Det illusterar betydelsen av den internationella privat- och processrättens allmänna del och hur vilse en nationell domstol kan finna sig i valet mellan olika instrument. Hur hanteras kvalifikationsfrågan i EU-rättsliga sammanhang vid svenska domstolar? Hur långt sträcker sig parternas avtalsfrihet i lagvalsfrågan? Lagvalsfrihet (partsautonomi) avser normalt parternas/partens val av rättsordning. Kan den plötsligt ”reduceras” till frågan om tillämplig reglering, låt vara av särskild art såsom CISG? Målet illustrerar även olägenheter med att ”navigera” mellan olika regelverk som till synes innehåller överlappande regler.

För det första kan anmärkas att tingsrätten har löst kvalifikationsfrågan på ett, enligt min mening, egendomligt sätt genom att göra en distinktion mellan avtals- och köprättsliga frågor. Köp brukar ju annars ses som en form av avtal. Av referatet framgår inte klart vari det avtalsrättsliga yrkandet bestod. E hade inte ifrågasatt avtalets giltighet, utan enbart om P:s avtalsvillkor utgjorde en del av avtalet. Dylika frågor avgörs normalt av avtalsstatutet. Att klyva avtalet kan som hovrätten konstaterade bara göras i undantagsfall, t.ex. i komplexa avtal som är sammansatta av två eller flera typer av avtal och där olika avtalsdelar är klart urskiljbara. En klyvning av avtalet får dock aldrig ske på sådant vis att parternas rättigheter och skyldigheter underkastas olika rättsordningar.[69] I förevarande fall handlade tvisten helt enkelt om ett påstått fel vid köp av vara vilket måste kvalificeras som en köprättslig tvist.

För det andra aktualiserade tvisten tre olika instrument: EU:s Romkonvention, IKL och CISG. Romkonventionen och IKL innehåller lagvalsregler, medan CISG innehåller materiella regler angående internationella köp. Huvudregeln i IKL, Romkonventionen och, numera, även Rom I-förordningen är att partsviljan avgör valet av tillämplig rättsordning. Enligt 3 § IKL äger köparen och säljaren genom uttrycklig bestämmelse överenskomma att lagen i ett visst land ska tillämpas. Av art. 3.1 i

[69] Se Marie Linton ovan not 66 s. 137.

Romkonventionen och Rom I-förordningen framgår att den lag som parterna har valt ska tillämpas. Vad innebär lag i dessa sammanhang? Innebär det att parterna bara kan välja rättsordningen i ett land eller innebär det att parterna även kan välja internationell rätt i form av konventioner, *lex mercatoria*, osv.? Denna fråga förbigick hovrätten med tystnad.

Av 3 § IKL framgår uttryckligen att bara rättsordningen i ett land kan väljas. Saken är mindre klar enligt art. 3 i Romkonventionen. I internationell privat- och processrätt har dock det etablerade svaret varit att parternas avtalsfrihet bara omfattar val av en rättordning i en stat. Av art. 3 i Rom I-förordningen framgår att den inte tillåter andra lagvalsavtal än till nationella rättsordningar.[70] Den traditionella uppfattningen befästs härmed.[71]

Å andra sidan gör CISG-systematiken att detta inte är alldeles givet. Av art. 1 i CISG framgår nämligen att ”konventionen är tillämplig på avtal om köp av varor mellan parter, vilkas affärsställen är belägna i skilda stater: a) när dessa stater är fördragsslutande stater; eller b) när internationellt privaträttsliga regler leder till att lagen i en fördragsslutande stat skall tillämpas”.[72]

Av processekonomiska skäl och med hänsyn till att tysk rätt i detta fall var den objektivt tillämpliga lagen enligt 4 § IKL så är det svårt att inte sympatisera med hovrättens dom. Tysk rätt sammanföll nämligen i detta fall med CISG, i och med att Tyskland är en till CISG fördragsslutande stat. Den materiella lösningen av tvisten skulle alltså, såsom hovrätten också konstaterade, sökas i CISG.

2.6 BMW och Saab – får parterna bestämma reglers innehåll?

Svea hovrätts avgörande i *mål nr T 1246-14*[73] reser ett internationellt processrättsligt problem som kommit i skymundan i EU-rättsliga sammanhang, nämligen parternas rätt att avtala om innehållet i en främ-

[70] Se ingresspunkterna 13 och 14 i Rom I-förordningen ovan not 3. Se även Halfmeier i Calliess (Ed.), Rome Regulations. Wolters Kluwer 2011 s. 374.

[71] Däremot godtar Rom I-förordningen ovan not 3 enligt ingresspunkt 13 s.k. materiellrättsliga partshänvisningar, där parterna i sitt avtal hänvisar till en annan lag än en stats lag eller till en internationell konvention.

[72] Det handlar här om en internationellt privaträttslig gränsdragningsregel som talar om i vilka situationer den är tillämplig.

[73] Svea hovrätts dom den 3 mars 2015, mål nr T 1246-14.

mande rätt.[74] Målet angick ett avtal ingånget år 2010 mellan det tyska bolaget BMW och svenska Saab (moderbolaget), sedermera i konkurs. Tvisten i målet gällde om även ett Saab-dotterbolag var part i avtalet och därför skyldigt att betala vissa belopp för leveranser av reservdelar.

Frågan om vilken rättsordning som skulle tillämpas berördes inte i hovrättens skäl. Tingsrätten uttalade dock följande.

> ”Enligt punkt 20.1 i PSDA [avtalet] är tysk rätt tillämplig. Parterna har emellertid förklarat att tysk rätt inte avviker från den svenska i något hänseende som är av betydelse i målet och att svensk rätt ska tillämpas (jfr NJA 1988 s. 440).”[75]

Denna anteckning tycks innebära att parterna på ett för domstolen bindande sätt kan avtala om innehållet i den utländska tyska lagen. Det kan ifrågasättas om dylika partsöverenskommelser kan accepteras i en EU-rättslig kontext. Ty här gör sig grundläggande EU-rättsliga principer gällande.

EU:s internationella privat- och processrätt bygger på principen om ömsesidigt förtroende, dvs. antaganden om likvärdighet[76] och om att samtliga domstolar och andra myndigheter i medlemsstaterna har legitimitet och kompetens att tillämpa unionsrätten.[77] Ömsesidigt förtroende kan fungera till fullo endast om den utländska rätten accepteras eller öm-

[74] Se Maarit Jänterä-Jareborg, Svensk domstol och utländsk rätt. Iustus Förlag 1997 s. 311–314.

[75] Nyköpings tingsrätts dom den 15 januari 2015, mål nr T 2219-12. I 1988 års fall angav HD att ”[a]v konossementen framgår att italiensk rätt är tillämplig på den aktuella transporten. I målet har inte förekommit någonting som föranleder till antagande, att den italienska rätten skulle avvika från den svenska i något hänseende som nu är av betydelse”.

[76] Av likvärdighetsprincipen följer att nationell rätt ska ge alla rättsliga förfaranden som stödjer sig på EU-rätt en processrättslig handläggning som är minst lika gynnsam som den handläggning som stadgas för motsvarande förfarande som baserar sig på den nationella rätten: Förslag till avgörande av generaladvokat M. Poiares Maduro föredraget den 9 juli 2009 i mål C-118/08 Transportes Urbanos y Servicios Generales, SAL mot Administración del Estado, ECLI:EU:C:2009:437. Mer om EU:s likvärdighetsprincip, se Carl Fredrik Bergström och Jörgen Hettne, Introduktion till EU-rätten. Studentlitteratur 2014 s. 426.

[77] Om ömsesidigt förtroende, se R. Arenas García, Abolition of Exequatur: Problems and Solutions. Mutual Recognition, Mutual Trust and Recognition of Foreign Judgments: Too Many Words in the Sea, Yearbook of Private International Law 2010, Vol. XII. Sellier European Law Publishers 2011 s. 370.

sesidigt erkänns i en annan stat. Principen om ömsesidigt erkännande har ett nära samband med å ena sidan den EU-rättsliga lojalitetsprincipen[78] och å andra sidan den internationellt privaträttsliga lojala tillämpningens princip som förutsätter att utländsk rätt tillämpas ”ursprungskonformt”, dvs. den svenska domstolen bör tolka och tillämpa utländsk rätt som den tolkas och tillämpas i ursprungsmedlemsstaten.[79]

I svensk rätt disponerar inte parterna över svenska rättsreglers innehåll, inte ens i dispositiva mål.[80] Varför ska det då vara möjligt när det gäller utländsk rätt? Under förutsättning att samtliga medlemsstaters rättsordningar och rättssystem är ekvivalenta så måste väl utländsk rätt vara ”rätt” och inte en faktisk omständighet som parterna samstämmigt disponerar över.[81] En öppenhet för legitimiteten hos andra medlemsstaters rättsregler bör därför leda till att partsöverenskommelser om innehållet i utländsk rätt inte kan godtas, i vart fall inte om reglerna har sitt ursprung i en EU-stat.[82]

2.7 Svenska avtal i utlandet

I *mål T 4472-10*[83] vid Hovrätten för Västra Sverige påstod genkärande C att gensvarande B hade åtagit sig att omfördela aktier i ett thailändskt bolag genom ett uppdragsavtal.[84] B hade emellertid enligt C inte utfört

[78] Se art. 4.3 i Fördraget om Europeiska Unionen (FEUF): ”Enligt principen om lojalt samarbete ska unionen och medlemsstaterna respektera och bistå varandra när de fullgör de uppgifter som följer av fördragen. Medlemsstaterna ska vidta alla lämpliga åtgärder, både allmänna och särskilda, för att säkerställa att de skyldigheter fullgörs som följer av fördragen eller av unionens institutioners akter. Medlemsstaterna ska hjälpa unionen att fullgöra sina uppgifter, och de ska avstå från varje åtgärd som kan äventyra fullgörandet av unionens mål.” Om lojalitetsprincipen, se Marcus Klemert, The Principle of Loyalty in EU Law. Oxford University Press OUP 2014 s. 22–23.

[79] Om den lojala tillämpningens princip, se Maarit Jänterä-Jareborg, Foreign Law in National Courts. A Comparative Perspective, Offprint from Recueil des Cours, Vol 304 (2003), Martinus Nijhoff Publishers 2004 s. 230–235.

[80] Se Maarit Jänterä-Jareborg ovan not 74 s. 311–314.

[81] Se närmare Maarit Jänterä-Jareborg ovan not 74 s. 311–314 och Michael Bogdan, Svensk internationell privat- och processrätt. 8:e uppl., Norstedts 2014 s. 42–45.

[82] Se även Alex Mills, The Confluence of Public and Private International Law. Justice, Pluralism and Subsidiarity in the International Constitutional Ordering of Private Law. Cambrigde University Press 2009 s. 14–16.

[83] Hovrätten för västra Sveriges dom den 17 juni 2011, mål nr T 4472-10.

[84] I mål T 13277-07, dom den 4 september 2009, hade Göteborgs tingsrätt att ta ställning till huvudkäromålet där B hade yrkat att C till honom skulle betala ett visst belopp

uppdraget och därför ådragit sig skadeståndsskyldighet. B gjorde gällande att han inte hade något uppdrag. Enligt C skulle den svenska rättsordningen tillämpas, medan B ansåg att thailändsk lag skulle tillämpas eller i vart fall att hänsyn skulle tas till thailändsk rätt när det gällde fullgörelsen. Samtliga parter hade vid tidpunkten hemvist i Sverige.

Fråga var därför vilket lands lag som var tillämplig på frågorna om uppdragsavtalets förekomst, giltighet och innehåll. Hovrätten anslöt sig i allt väsentligt till tingsrättens bedömning.[85] I en mellandom hade tingsrätten funnit att Romkonventionen var tillämplig, eftersom avtalet ingåtts före den 17 december 2009[86], och att art. 8 i konventionen anger att förekomsten och giltigheten av ett avtal avgörs enligt den lag som skulle tillämpas om avtalet var giltigt. Domstolarna fastställde tillämplig lag i enlighet med art. 4 i Romkonventionen, och fann att enligt art. 4.1 ska ett avtal vara underkastat lagen i det land som det har närmast anknytning till. Domstolarna fann därefter att ett avtal antas ha närmast anknytning till det land där den part som ska utföra avtalets karaktäristiska prestation har hemvist vid avtalsslutet enligt art. 4.2. Det påstådda uppdragsavtalets karaktäristiska prestation ansågs av båda instanserna vara omregistreringen av aktierna.[87] Det var alltså B som utförde avtalets karaktäristiska prestation. Eftersom B vid tidpunkten för avtalets ingående hade hemvist i Sverige skulle uppdragsavtalet vara underkastat svensk lag. Trots att fråga var om aktier i ett thailändskt bolag och att omregistreringen av aktierna skulle äga rum i Thailand, fann ingen av domstolarna att det med sådan styrka talade för att frångå den utpekade svenska lagen till förmån för thailändsk lag med hjälp av undantagsregeln i art. 4.5.[88]

som hon lånat av honom. C bestred yrkandet. Enligt C motsvarade beloppet B:s andel i en investering i fastigheter i Thailand som B gjort tillsammans med C:s företag S genom insättning i ett nybildat thailändskt aktiebolag. Det thailändska bolaget hade använt de investerade medlen till fastighetsköp i Thailand. Bara B och C kom att registreras som aktieägare i det thailändska bolaget i stället för företaget S. Tvisten löstes genom en förlikningsöverenskommelse mellan parterna som stadfästes av tingsrätten. Lagvalsfrågan kom aldrig upp i huvudkäromålet.

[85] Se Göteborgs tingsrätts mellandom den 29 oktober 2010, mål nr T 13277-07.

[86] Rom I-förordningen ovan not 3 var inte tillämplig, eftersom den började tillämpas först efter den 17 december 2009.

[87] Prop. 1997/98:167 s. 41–42.

[88] Av art. 4.5 framgår: ”Punkt 2 skall inte tillämpas om det inte kan avgöras vilken den karaktäristiska prestationen är. Antagandena i punkterna 2–4 skall inte gälla, om det framgår av de samlade omständigheterna att avtalet har närmare anknytning till ett annat land”.

Avgörandet är i linje med nutida tendenser att endast frångå den utpekade lagen i de fall där det klart framgår av de samlade omständigheterna att avtalet har en närmare anknytning till en annan lag än den som utpekats av art. 4.2 i Romkonventionen. Avgörandet ger också uttryck för EU-domstolens tidigare berörda avgörande i målet *ICF*[89]. I det fallet erinrade EU-domstolen om att tillämplig lag först ska identifieras med utgångspunkt i art. 4.1 och 4.2 i Romkonventionen. Därefter kan den nationella domstolen ta ställning till om det finns anledning att frångå den utpekade lagen på grund av att det finns en klart närmare anknytning till ett annat land enligt art. 4.5.

Hovrätten konstaterade även att B:s yrkande om att hänsyn skulle tas till thailändsk lag inte omfattades av mellandomstemat, och det prövades därför inte. Här kan likväl tilläggas att den tillämpliga lagens räckvidd regleras av art. 10 i Romkonventionen (art. 12 i Rom I-förordningen). Avtalsstatutet omfattar frågor om fullgörelse: vad som ska presteras, vem som ska prestera, till vem prestationen ska ske samt var och när prestation ska fullgöras.[90] Av art. 10.2 följer emellertid att en domstol ska ta hänsyn till lagen i det land där fullgörelsen äger rum. Det har ansetts innebära att domstolen kan beakta lagen på fullgörelseorten inom ramen för tillämpningen av avtalsstatutet, och bestämmelsen ger således domstolarna ett skönsmässigt bedömningsutrymme.[91]

I doktrinen har diskuterats vilken kategori av frågor som omfattas av art. 10.2 i Romkonventionen (art. 12.2 i Rom I-förordningen). Allmänt kan konstateras att bestämmelsen omfattar uppfyllelsens beskaffenhet snarare än dess innehåll. Det rör sig om detaljfrågor där det av praktiska skäl kan vara nödvändigt att ta hänsyn till lagen på fullgörelseorten i form av bistatut till den annars tillämpliga lagen, t.ex. vad beträffar förekomsten av helgdagar (med den verkan att hinder för fullgörelse kan föreligga) eller när det gäller vilka tider på dygnet fullgörelse kan ske.[92]

[89] Mål C-133/08 ovan not 66.
[90] Lennart Pålsson, Romkonventionen. Norstedts 1998 s. 99.
[91] Lennart Pålsson ovan not 90 s. 100.
[92] Prop. 1997/98:14 s. 49 och Lennart Pålsson ovan not 90 s. 100.

2.8 Ett olovligt bortförande av barn från Italien

RH 2014:5 gällde en situation där ett barn olovligt bortförts av modern från Italien till Sverige.[93] Socialtjänsten i Bologna hade vid tidpunkten vårdnaden om barnet, och myndigheten ansökte om att barnet skulle överflyttas dit. Svensk domstol hade genom lagakraftvunnet beslut funnit att barnet skulle överflyttas till Italien.

Efter att modern inkommit med ny utredning i form av intyg från Barn- och Ungdomspsykiatrin (BUP) togs beslutet om överflyttning upp till förnyad prövning enligt 21 § i lag (1989:14) om erkännande och verkställighet av utländska vårdnadsavgöranden m.m. och om överflyttning av barn (IVL) och 21 kap. 15 § föräldrabalken (FB). Av intygen från BUP framgick att barnet skulle utredas för vissa beteendestörningar och att barnet sannolikt led av autism med extraordinär känslighet för sådana förändringar i tillvaron som en överflyttning till Italien skulle innebära. Någon fastställd diagnos fanns dock inte.

I målet aktualiserades tolkningen av art. 11.4 i Bryssel II-förordningen enligt vilken en domstol inte kan vägra att överflytta ett barn enligt 12 § p. 2 i IVL (som införlivar art. 13.b i 1980 års Haagkonvention[94]) om det styrks att lämpliga åtgärder har vidtagits i ursprungsstaten för att garantera barnets skydd efter återlämnandet.[95] Enligt 12 § p. 2 i IVL får överflyttning av barn bl.a. vägras om det finns en allvarlig risk för att överflyttningen skadar barnet fysiskt eller psykiskt, eller på annat sätt försätter barnet i en situation som inte är godtagbar.

Vid den nya prövningen stod tingsrätten fast vid sin ursprungliga bedömning. Rätten fann inte att den nytillkomna utredningen utgjorde hinder för barnets överflyttning till Italien utan vidhöll att Socialtjänsten

[93] Fallet har kommenterats av Maarit Jänterä-Jareborg, Barnets bästa och Sveriges ansvar för överflyttning av olovligen bortförda barn, SvJT 2014 på s. 388–389, 393 och 396–398 och Michael Bogdan ovan not 46 s. 583–584.

[94] Haagkonventionen av den 25 oktober 1980 om de civila aspekterna på internationella bortföranden av barn har tillträtts av samtliga EU-medlemsstater. Konventionen finns tillgänglig Haagkonferensens hemsida på www.hcch.net.

[95] 1980 års Haagkonvention ovan not 94 kompletteras av vissa bestämmelser i EU:s Bryssel II-förordning ovan not 2 som gäller i situationer där ett barn bortförts mellan EU-medlemsstater. Ansökan om överflyttning av ett olovligt bortfört barn görs dock enligt 1980 års Haagkonvention. Medlemsstaterna emellan har dock bestämmelserna i Bryssel II-förordningen företräde framför motsvarande bestämmelser i Haagkonventionen, se art. 60 i förordningen.

i Bologna enligt Bryssel II-förordningens art. 11.4 kunde garantera att lämpliga åtgärder vidtogs för att skydda barnet efter återlämnandet.

Hovrätten ansåg däremot att utredningen gav vid handen att en överflyttning av barnet skulle innebära en så allvarlig risk för hans hälsa att skada skulle kunna uppstå i och med själva uppryckningen från barnets nuvarande miljö. Riskerna ansågs inte kunna övervinnas trots det faktum att rätten inte fann skäl att ifrågasätta de italienska skyddsåtgärderna.[96] Hovrätten fann således att den nu aktuella situationen föll utanför begränsningen i art. 11.4 i Bryssel II-förordningen.

> ”Regleringen är inte avsedd att begränsa möjligheten att vägra en överflyttning med anledning av sjukdom eller funktionshinder av det slag som kan antas föreligga i detta fall och som alltså medför att barnet inte är psykiskt kapabelt att hantera omställningen. I R:s [barnets] fall finns en allvarlig risk för att skada uppstår i och med själva uppryckningen från hans nuvarande miljö. En aldrig så professionell och adekvat vård efter överlämnandet kan inte förebygga eller förhindra de hälsorisker som en överflyttning skulle kunna innebära. Vid sådana förhållanden finner hovrätten att det finns hinder mot överflyttning i enlighet med bestämmelsen i 12 § 2 verkställighetslagen.”[97]

Hovrätten förefaller ha tolkat art. 11.4 i Bryssel II-förordningen så att den i första hand avser att skydda ett barn mot att återföras till en fysisk eller psykiskt skadlig ursprungsmiljö. Enligt hovrätten omfattar den däremot inte fall där barnet på grund av sjukdom eller funktionsnedsättning inte är psykiskt i stånd att hantera en överflyttning, med följden att det är fritt fram att använda vägransgrunderna i 12 § i IVL utan inskränkningar. HD meddelade inte prövningstillstånd.[98]

Denna snäva tolkning av art. 11.4 är för det första ingalunda självklar eller given.[99] Av rubriken till kommentaren beträffande art. 11.4 i Hand-

[96] Hovrätten konstaterade att domstolen måste undersöka garantin mot bakgrund av sakförhållandena i målet. Det måste kunna konstateras att myndigheterna i ursprungsmedlemsstaten har vidtagit konkreta åtgärder för att skydda barnet ifråga. Hovrätten hänvisade till EU-dokumentet Handledning för tillämpning av den nya Bryssel II-förordningen tillgänglig på www.europa.eu.int/civiljustice.

[97] RH 2014:5.

[98] Kritiskt Maarit Jänterä-Jareborg ovan not 93 s. 397–398.

[99] Likaså Michael Bogdan ovan not 46 s. 584.

ledning för tillämpning av den nya Bryssel II-förordningen[100] framgår att domstolen *alltid* ska besluta om återlämnande av barnet om skyddet i ursprungsmedlemsstaten kan garanteras. Syftet med art. 11.4 är att avskräcka föräldrar från att olovligen bortföra barn och, för det fall så skett, säkerställa att barnet omedelbart återlämnas till ursprungsstaten. Art. 11.4 utvidgar skyldigheten att besluta om återlämnande av barn till fall där ett återlämnande skulle utsätta barnet för fysisk eller psykisk skada, men där det trots detta står klart att myndigheterna i ursprungsmedlemsstaten har vidtagit eller planerar att vidta lämpliga åtgärder för att garantera barnets skydd efter återlämnandet.[101] Det är beklagansvärt att ingen av instanserna utnyttjade möjligheten att rikta en tolkningsfråga om art. 11.4 till EU-domstolen, eftersom samspelet mellan 1980 års Haagkonvention och Bryssel II-förordningen är komplicerat.[102]

För det andra kan det sättas ifråga om avgörandet är förenligt med andemeningen i EU-domstolens dom i målet *Povse* mot *Alpago*.[103] Av domen framgår att verkställighet av ett utländskt avgörande som försetts med intyg enligt art. 42 i Bryssel II-förordningen inte kan vägras på grund av ändrade omständigheter. EU-domstolen fann att ändrade omständigheter måste åberopas inför domstol i ursprungsstaten, och att det även är vid denna domstol som en eventuell ansökan om uppskov med verkställighet av domen ska göras. EU-domstolen fann ”att ett undantag från ursprungsmedlemsstatens domstols behörighet skulle innebära dels att art. 11.8 i förordningen – enligt vilken den behöriga domstolen har slutgiltig beslutanderätt och vilken enligt art. 60 i förordningen gäller framför 1980 års konvention – förlorade sin ändamålsenliga verkan, dels att domstolarna i den verkställande medlemsstaten medgavs behörighet i sakfrågan”. Avgörandet i *Povse* tyder på att den (i princip obegränsade) svenska behörigheten i mål som gäller förnyad prövning av ett överflyttningsbeslut vid ändrade förhållanden eller annat särskilt skäl i 21 kap. 15 § FB i förening med 21 § IVL inte är förenlig med EU:s Bryssel II-förordningen. Effekten av nya omständigheter tillhör själva sakfrågan

[100] Se Handledning för tillämpning av den nya Bryssel II-förordningen ovan not 96 s. 40.

[101] Se Handledning för tillämpning av den nya Bryssel II-förordningen ovan not 96 s. 40. Se även NJA 2008 s. 963.

[102] Se Katarina Trimmings kritik av art. 11.4 i Bryssel II-förordningen ovan not 2, Child Abduction within the European Union, Hart Publishing 2013 s. 138–161.

[103] Mål C-211/10PPU Doris Povse mot Mauro Alpago, ECLI:EU:C:2010:400. Se även skäl 23 i Bryssel II-förordningen ovan not 2.

och ska i linje med avgörandet i *Povse* bedömas av domstolen i ursprungsstaten. Härav följer att såvida inte Bryssel II-förordningen ger svensk domstol behörighet, upphör svensk domsrätt så snart beslut fattats första gången i överflyttningsärendet.[104]

I linje med det ömsesidiga förtroende som ska råda mellan administrativa myndigheter och domstolar i medlemsstaterna är det numera en fastställd ordning inom EU:s internationella privat- och processrätt att lägga över beslutanderätten till ursprungsstaten. Denna ordning är tydlig också i art. 11.8 i Bryssel II-förordningen som berördes av EU-domstolen i det ovan nämnda *Povse*-målet. Ett beslut i det nu aktuella målet att inte återlämna barnet enligt 12 § i IVL hindrar inte att Socialtjänsten i Bologna får frågan om återlämnande prövad vid italiensk domstol, dvs. i den medlemsstat där barnet har hemvist.[105] Om ett där meddelat senare beslut går emot det svenska beslutet är Sverige enligt art. 11.8 ändå skyldig att säkerställa barnets återlämnande. Effekten av det svenska beslutet bestäms således i slutändan av italiensk domstol. Såtillvida kanske avgörandet blev en Pyrrhusseger för modern.

3 Betyg och lärdomar

Både ris och ros kan strös över svenska domstolars behandling av EU:s internationella privat- och processrätt i rättstillämpningen. Ris blir dock – tyvärr – det allmänna betyget! De avseenden i vilka kritik kan framställas gäller svenska domstolars underlåtenhet att tydligare lyfta fram EU-rätten i rättstillämpningen. Det vore önskvärt – och t.o.m. något som idag krävs av oss – med domsmotiveringar som klargör vilken EU-rättslig rättskälla samt i förekommande fall vilket eller vilka avgöranden från EU-domstolen som de svenska domstolarna i första hand funnit relevanta. För att EU-rätten ska få sin fulla genomslagskraft är det viktigt att domstolarna öppet redovisar detta och inte förbigår EU-rätten med tystnad. Detta hänger även ihop med rättssäkerhet (förutsebarhet) och transparens.

[104] Maarit Jänterä-Jareborg ovan not 93 s. 407.

[105] Beslutet att inte överflytta barnet till Italien ska hovrätten omedelbart meddela behöriga italienska myndigheter enligt art. 11.6 i Bryssel II-förordningen ovan not 2. Därefter har parterna enligt art. 11.7 tre månader på sig ansöka om en prövning av vårdnadsfrågan där.

I fall där svensk domstol förbigått EU-rätten med tystnad kan man ana att resultatet av den svenska rättstillämpningen blir att EU:s internationella privat- och processrätt får en olikartad utveckling beroende på om talan väcks vid svensk domstol eller vid en domstol i en annan medlemsstat. Lika fall behandlas inte lika. I sig är detta allvarligt och i strid med EU-fördragens målsättningar.

EU:s internationella privat- och processrätt har tillkommit i politiska förhandlingar och efter kompromisser. Oklarheter och tvetydigheter i dessa regelverk är inte ovanliga, men rättas till synes effektivt i efterhand genom EU-domstolens tolkningsbesked. Svenska domstolar ska därför i högre utsträckning utnyttja möjligheten att ställa tolkningsfrågor till EU-domstolen. Här finns anledning att lägga tröskeln lågt. Finns tvekan om hur en EU-rättslig bestämmelse ska tolkas måste en fråga riktas till EU-domstolen. Att HD därtill sällan beviljar prövningstillstånd i internationellt privat- och processrättsliga mål kan anses ytterst beklagligt, framför allt i de fall där det är uppenbart att underinstanserna inte gett effekt åt EU-rätten.[106] HD tycks därmed cementera fortsatt okunnighet om internationella rättsförhållanden, men i en alltmer globaliserad värld.

[106] På den internationella privat- och processrättens område har HD traditionellt intagit en försiktig roll som normgivare. Se t.ex. NJA 1986 s. 119.

Joel Samuelsson

DCFR som svensk rättskälla?

> ”[I]t is likely that legislators, courts, legal doctrine and law teachers will pay attention to the DCFR and, in doing so, will grant it some authority. […] [A] certain degree of reification of the DCFR turning it into an actual source of European private law seems almost inevitable.”
>
> *Martijn W. Hesselink*

1 Inledning

Som sådan är europarättens inverkan på civilrätten obestridlig. Den tycks vara ett faktum.[1] Ett sakförhållande. Samtidigt är det svårt att beskriva fenomenet med någon större precision. Det *är* där, men konturerna låter sig inte riktigt fixeras. Man flackar med blicken.

Det kan bero på att föreställningen om civilrättens europeisering är så pass abstrakt. Civilrätten, detta vidsträckta fält, europeiseras. Men vad ligger egentligen i det påståendet? Bokstavligt går det ju inte att förstå. (Det ger en direkt märklig ontologi. Den normativa materia vi kallar

[1] Ett faktum som hela tiden bekräftas på rättens ytnivå (Tuori), i den strida strömmen av nyproducerade rättsliga texter. Närsynt iakttagelse: Två av de senaste civilrättsliga avhandlingarna från Uppsalafakulteten är tillsynes direkta uttryck för ”europeiseringen”: Strands ”The Passing-On Problem in EU Law Damages and Restitution” (Uppsala 2015) och Sjödins ”Ett europeiserat arbetstagarinflytande. En rättslig studie av inflytandedirektivens genomförande i Sverige” (Uppsala 2015). Den förra är, kan hävdas, den första svenska strikt EU-privaträttsliga avhandlingen.

civilrättslig genomgår en *process* – förändras – och det är en fråga om kausalitet rättsliga system emellan, en inverkan, påverkan? Men normer är inte rumsliga. De lyder inte under orsakslagen.) Att civilrätten europeiseras, det är sådant som man säger. Man får inte göra för mycket av sådana påståenden…[2]

…och det är lite frustrerande för den som tar sig för att säga någonting om saken med någon form av anspråk på vetenskaplighet.[3] I denna text möter jag svårigheten genom att börja underifrån. I det lilla, på den mest konkreta nivån, för att undersöka i vad mån någonting med större allmängiltighet kan sägas om civilrättens europeisering, och därmed om temat för årets utgåva av *De lege*. Det betyder att jag tar avstamp i civilrätten – som i förevarande text är europeiseringsprocessens förmodade föremål – och med en avgränsad mängd konkret, rättslig materia; jag har valt den serie avgöranden från Högsta domstolen (HD) i vilka Draft Common Frame of Reference (DCFR)[4] på ett eller annat sätt åberopas i skälen.[5] Vad säger HD:s förhållningssätt till DCFR om den svenska civilrättens europeisering? Det blir min fråga. Jag lägger särskild vikt vid frågan i vilken mening, om någon, DCFR kan sägas ha blivit en svensk rättskälla. Det är omdiskuterat, så texten är också ett debattinlägg.

2 Liten komplikation

Med den nu angivna utgångspunkten följer ett normativt ställningstagande. Valet av utgångspunkt är nämligen inte oskyldigt (lika litet i rättsvetenskapen som någon annanstans).

Det är ett allmänt fenomen i rättsvetenskapen – som nog egentligen är väl känt – att rättsvetare ofta visar just de rättsliga figurer, institut, regler, läror etc., som de specialiserat sig på, särskild lojalitet. Inte alltid (Hellner var inte så förtjust i obehörig vinst), men ofta. Om så är fallet

[2] Som t.ex. att lägga dem till grund för slutsatsen i konkreta rättsliga spörsmål. Se härtill H. Andersson, Ansvarsproblem i skadeståndsrätten. Skadeståndsrättsliga utvecklingslinjer. Bok I, Uppsala 2013 s. 544 f., som varnar för denna fara med avseende på Europakonventionens inflytande på den skadeståndsrättsliga diskursen.

[3] Kan man skriva rättsvetenskap utan ”någon form av anspråk på vetenskaplighet”?

[4] von Bar, Clive, Schulte-Nölke, m.fl. (eds.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), Munich 2008.

[5] Det rör sig nu om nio avgöranden: NJA 2009 s. 672, NJA 2010 s. 629, NJA 2011 s. 600, NJA 2012 s. 452, NJA 2012 s. 597, NJA 2013 s. 491, NJA 2013 s. 659, NJA 2014 s. 272 och NJA 2014 s. 465.

är det inte konstigt. Det som man är nära och förstår är man också gärna sympatiskt inställd till, och är det rättsliga normer det handlar om innebär det, kanske i första hand, att man vet hur de skall användas för att hantera konkreta tillämpningsproblem. Specialisten ser ”sin” rättsfigur i de faktiska omständigheterna, även när andra inte gör det. Och i sig betyder det inte att han eller hon har fel (för också juridik är, på sitt sätt, det möjligas konst).[6]

Man tenderar att vara lojal med sitt material. Om man följaktligen, som jag, är civilrättare, finns det en risk för att man oreflekterat tar ställning för den nationella civilrätten i dennas möte med europarätten. Det mötet är ju inte friktionsfritt, utan rentav en kollision, en konfrontation, som lätt provocerar fram ett ställningstagande.

Låt vara att man har anledning att tona ned svårigheterna om man till exempel är komparatist av klassiskt funktionalistiskt snitt (von Bar, Kötz, Lando m.fl.)[7] eller om man som progressiv anhängare av Europatanken vill civilrättens europeisering av mer explicit politiska skäl (Collins, Mattei, Grundmann m.fl.).[8] Men det är svårt att komma ifrån att det finns ett avstånd mellan europarätten och civilrätten. Det handlar om två skilda former av rätt, som verkar på skilda premisser. Följaktligen går europarätten *inte att förstå* utifrån traditionella civilrättsliga utgångspunkter. Så betraktad är den rentav juridik ställd på huvudet.

Poängen låter sig lätt illustreras. I och med europeiseringen (och globaliseringen i stort) finns inte längre något givet maktcentrum, från vilket rätten emanerar;[9] den europarättsliga materian på det civilrättsliga fältet har ingen egentlig systematik; reglerna är i mycket resultat

[6] Jfr till det sagda t.ex. Håstad, Svaret finns i lagboken, JT 2012/13 s. 972 ff.

[7] En form av komparation som uttryckligen syftar till utraderandet av rättskulturella skillnader; se J. Samuelsson, Om harmoniseringen av den europeiska privaträtten och funktionalismens funktionalitet, ERT 2009 s. 63 ff., särskilt s. 71 ff., med hänvisningar.

[8] Se t.ex. Brüggemeier, m.fl., Social Justice in European Contract Law: A Manifesto, European Law Journal, Vol. 10, 2004 s. 653 ff.; Collins, The European Civil Code. The Way Forward, Cambridge 2008; dens. The constitutionalization of European private law as a path to social justice?, Micklitz (ed.), The Many Concepts of Social Justice in European Private Law, Cheltenham, UK-Northampton, MA, USA 2011 s. 133 ff.; Mattei, Hard Code Now! Global Jurist Frontiers, Vol. 2, 2002 s. 8 ff.; dens., The Nile Perch in European private law, Micklitz (ed.), The Many Concepts of Social Justice in European Private Law, Cheltenham, UK-Northampton, MA, USA 2011 s. 167 ff.

[9] Se t.ex. Smits, Dutch Report: Coherence and Fragmentation of Private Law, European Review of Private Law, Vol. 20, 2012 s. 153 ff., s. 160: ”[P]rivate law is now dealt with at different and partly overlapping levels of governance without much coordination among

av punktinsatser;[10] de är motsägelsefulla[11] och har ibland en obestämd normativ status;[12] de genererar osäkerhet på den nationella nivån;[13] de tillämpas, av EU-domstolen, på ett ofta överraskande sätt,[14] i huvudsak efter marknads- och konkurrensrättsliga överväganden.[15]

Dessa drag – man kan kalla dem postmoderna[16] – förstärks av att civilrätten ligger vid de yttre gränserna för Unionens kompetens,[17] men oavsett förklaring: Civilrättare, av traditionellt snitt, *måste* alieneras av

these levels. Private law has become a building ground where there are several architects, located at the supranational, European, and national levels."; se även n. 24 nedan.

[10] I europaprivaträttsliga sammanhang talar man här – som framhålles av Roth, Transposing "Pointillist" EC Guidelines into Systematic National Codes – Problems and Consequences, European Review of Private Law, Vol. 6, 2002 s. 761 ff., s. 762, något oegentligt – om Unionslagstiftarens pointillism. Uttrycket går möjligen tillbaka på Kötz, Rechtsvereinheitlichung – Nutzen, Kosten, Methoden, Ziele, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, Vol. 50, 1986 s. 1 ff., s. 5.

[11] Se t.ex. Van Schagen, The Hidden Potential of Regulatory Impact Assessments (RIAs) in the Private Law Acquis, European Review of Private Law, Vol. 22, 2014 s. 69 ff., s. 71 ff.

[12] Vad är t.ex. DCFR? Föreliggande text syftar till att ge *ett* svar på den frågan.

[13] Inte ens fullharmonisering hjälper, enligt t.ex. Giliker, The Transposition of the Consumer Rights Directive into UK Law: Implementing a Maximum Harmonization Directive, European Review of Private Law, Vol. 23, 2015 s. 5 ff., som konkluderar (s. 28): "The transposition of the Consumer Rights Directive by the UK government adds a sad postscript to the troubled history of the 2011 Directive and its ambitious attempt to bring coherence and clarity to European consumer law."

[14] Enligt Weatherill, The Consumer Rights Directive: How and why a quest for "coherence" has (largely) failed, Common Market Law Review, Vol. 49, 2012 s. 1279 ff., s. 1317, gäller, t.ex., att "the Court continues to lurk as a loose missile in the shaping of common principles and generally applicable interpretation". Ett fint exempel från modern tid ger Domstolens dom den 14 juli 2012 i mål C-618/10 Banco Español de Crédito SA mot Joaquín Calderón Camino, EU:C:2012:349. (Effekterna har parerats något genom Domstolens dom den 30 april 2014 i mål C-26/13 Árpád Kásler och Hajnalka Káslerné Rábai mot OTP Jelzálogbank Zrt, EU:C:2014:282.)

[15] T.ex. huvudtemat i Schmid, Die Instrumentalisierung des Privatrechts durch die Europäische Union, Baden-Baden 2010.

[16] I just det här sammanhanget finns det kanske inte ens behov av det *caveat* som annars vanligen får ackompanjera den termen. Jfr t.ex. Wilhelmsson, The Ethical Pluralism of Late Modern Europe and Codification of European Contract Law. Smits (ed.), The Need for a European Contract Law. Empirical and Legal Perspectives s. 123 ff., Groningen 2005 s. 125.

[17] Se t.ex. Rutgers, European Competence and a European Civil Code, A Common Frame of Reference or an Optional Instrument, Hartkamp m.fl. (eds.), Towards a European Civil Code, 4th ed, Alphen aan den Rijn 2011 s. 311 ff.

disciplinens europeisering, särskilt som den europeiska ordningen inte bara är alternativ i förhållande till den etablerade, utan syftar till att ersätta och upplösa denna. Det europeiska inslaget i civilrätten är, för att kompilera några klassiska omdömen i litteraturen, *irriterande,*[18] och kan dyka upp var som helst, som gubben i lådan;[19] det resulterar i en spöklik[20] hybridjuridik,[21] som framhärdar på gränsen till icke-existens,[22] utan känsla för rättvisa enskilda rättssubjekt emellan.[23]

[18] Teubner, Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences, Modern Law Review, Vol 61, 1998 s. 11 ff.

[19] Wilhelmsson, Private Law in the EU: Harmonised or Fragmented Europeanisation?, European Review of Private Law, Vol. 10, 2002 s. 77 ff., s. 79 ff.

[20] Vogenauer, The Spectre of a European Contract Law, Vogenauer–Weatherill (eds.), The Harmonisation of European Contract Law, Oxford-Portland, Oregon 2006 s. 1 ff.

[21] Collins, The Hybrid Quality of European Private Law, Brownsword–Micklitz–Niglia–Weatherill (eds.), The Foundations of European Private Law, Oxford-Portland, Oregon 2011 s. 453 ff. Hade den europeiska avtalsrätten en röst hade den kanske, som en av hybriderna i ”Alien: Resurrection” (1997), kvidit: ”…kiiill … mee…”

[22] Ett träffande exempel är det öde som drabbat förslaget till en gemensam europeisk köplag – en Common European Sales Law (CESL). CESL låg sedan 2011 som förslag på förordning, men återfinns på den lista över återtagna förslag som bilades Kommissionens arbetsprogram 2015 (COM(2014) 910 final). Detta innebär inte att det inte blir *någonting*. Som skäl för återtagandet anges i bilagan att förslaget ändrats ”i syfte att fullt ut ta tillvara e-handelns möjligheter på den digitala inre marknaden”. Vad detta konkret betyder återstår att se, men den angivna grunden för återtagandet antyder att något än mer specifikt är att vänta (i sin föreslagna form utgjorde CESL i sig en väsentlig insnävning i förhållande till föregångaren DCFR). Jfr för all del den knaggliga vägen fram till konsumenträttighetsdirektivet (2011/83/EU); se t.ex. Twigg-Flesner–Metcalfe, The proposed Consumer Rights Directive – less haste, more thought?, European Review of Contract Law, Vol. 5, 2009 s. 139 ff., och för ett par slutomdömen Hall–Howells–Watson, The Consumer Rights Directive – An Assessment of its Contribution to the Development of European Consumer Contract Law, European Review of Contract Law, Vol. 8, 2012 s. 139 ff.; Weatherill, The Consumer Rights Directive: How and why a quest for “coherence” has (largely) failed. Se även ovan n. 13.

[23] Betonas av Schmid, a.a. Han menar att EU-domstolens, i hans tycke enkelspåriga, strävan efter att maximera de europeiska normernas effektivitet får till följd att det som borde vara en privaträttslig domstols första uppgift – att väga de berörda enskildas rättigheter och intressen mot varandra – försummas. Schmid föreslår ett alternativt ”konstitutionell-nationalstatsaccessoriskt” ledmotiv, med utgångspunkt i insikten att ”der EuGH auch unabhängig von seiner ’*effet utile*-orientierten Parteilichkeit’ aus verschiedenen Gründen nicht der richtige Akteur für dogmatische Feinabstimmungen der privatrechtlichen Gerechtigkeit im europäischen Mehrebenensystem sein kann.”

3 För eller mot Europa?

Det kan alltså konstateras att den europeiska privaträtten har legitimitetsproblem.[24] Detta ger ett korresponderande metodologiskt problem. För hur ska man förhålla sig till ett normativt fenomen som man inte kan *låta bli* att frånkänna legitimitet? Hur åstadkommer man som rättsvetare med hemvist i en specifik nationell, civilrättslig tradition en rättvis beskrivning av europarättens inverkan på denna tradition? Måste inte framställningen bli partisk? Måste den inte, i viss mening, bli *nationalistisk*?

”Börja i det lilla” – det kanske låter ödmjukt, sympatiskt, försiktigt, men … är det inte tvärtom? Har inte den som utgår från ett konkret stycke inhemsk rättslig materia, och bestämmer sig för att lyhört lägga ut denna, spåra innebörderna, samtidigt och redan, innan undersökningen ens börjat, gjort sig döv för den *alternativa rationalitet* som här – för vi befinner oss i en konfliktsituation – gör anspråk på uppmärksamhet, det vill säga den europeiska. Är inte risken överhängande att svaret på den fråga det gäller ger sig självt, varför det rätt besett inte kommer att röra sig om en *verklig* fråga, utan snarare om en ursäkt för att propagera för det perspektiv man råkar inta? Med avseende på den specifika fråga det här gäller, är inte risken överhängande att slutsatsen, med en sådan ingång, blir, att DCFR *inte* är en rättskälla? Jo, det låter sunt, instinktivt. (Vi stöter bort det främmande.)

Man låter sitt eget språk ta plats, helt enkelt. Det är så man gör. Men nu ville alltså ett annat språk, det europeiska, samtidigt komma till tals. Har det en talan? Har det en tale*rätt*, som måste beaktas?

Det europeiska anspråket är svagt, för det saknar, särskilt på civilrättens område, i viss mening grund. Det bärs inte upp av någon befintlig tradition, som skulle kunna ge det djup och nyanser, och blir, därför, utan tydlig röst. Ta DCFR som exempel – en samling *paper rules*, i nästan bokstavlig mening. Samtidigt måste innehållet komma någonstans ifrån

[24] Jfr t.ex. Schmid, The ’Three Lives’ of European Private Law, Antoniolli–Fiorentini (eds.), A Factual Assessment of the Draft Common Frame of Reference, Munich 2011 s. 299 ff., s. 312, som på tal om ”the current disaggregation of European private law” skriver: ”[T]he European system of multi-level governance is complemented by an internal fragmentation of European private law, which amounts to a sort of ‘multi-compartment governance’. What should be the consequences of this situation? Our answer is grim: a European regime which is not able to safeguard its internal coherence and orientation towards justice as the key objective of private law does not enjoy the legitimacy to set aside and disintegrate national private laws, which still constitute more or less well functioning systems upholding justice among citizens.”

(utanför varje faktiskt sammanhang är reglerna rena abstraktioner), och i praktisk tillämpning hämtas innebörden naturligen från den rättskultur som är uttolkarens egen. Därför kan man säga att det finns lika många DCFR som det finns nationella rättskulturer.[25] Vilken är, under sådana förhållanden, den europeiska privaträttens identitet? Vad ligger, konkret, i det anspråk som därifrån riktas till oss? Vad sägs? Det är svårt att urskilja.

Ett förslag: Europa är, i detta sammanhang, i första hand en idé (Europatanken) – ett hopp om förändring; ett eko från Upplysningen. Nationernas upplösande. Den eviga freden. Alla människors lika värde. Sådant. Ytterst, en världsordning grundad på förnuft. Kunde man då inte tänka sig ett idealistiskt bejakande av Europa, till exempel i hanteringen av den europeiska privaträttens problematik? Trots att det skulle kräva ett mått av kraft och hänsynslöshet i förhållande till den befintliga, nationellrättsliga civilrätten?

De senare årens samhällsutveckling ger dessutom denna fråga en påtaglig moralisk dimension. Nationalism är det nya svarta. Det är mörka tider för förnuftet, specifikt i Upplysningstraditionens mening.

Är det då *rätt* att envetet hålla fast vid det nationellrättsliga perspektivet, vid traditionen – det civilrättsliga tänkandets givna box – eller borde man inte snarare bryta sig loss, ut, och utnyttja det tillfälle att störta den modernistiska rättsliga regim som den kontrakulturella, postmoderna europarätten erbjuder?[26]

[25] I sina avslutande anmärkningar framhåller Antoniolli–Fiorentini (eds.), A Factual Assessment of the Draft Common Frame of Reference, Munich 2011 s. 377 ff., s. 412, på tal om bruket av allmänna standarder som *good faith and fair dealing* i DCFR: ”[G]eneral clauses fulfil a useful role, because their vagueness allows flexibility in the system, which is consequently able to adjust to changing needs and different circumstances, a role that is useful at the European level as in national laws. Yet, this objective can be attained only if the use of the margins of flexibility is kept under control by interpreters that share a common legal culture and working methods. As long as this element is missing in Europe (and this is clearly the case today), the risk of uncertainty and disparity is very high.” Jag tror att författarna här underskattar problemet, om det är ett problem, för den risk de talar om gäller inte bara generalklausulerna i DCFR, utan alla dess regler, oavsett form. Ja, problemet gör sig gällande inte bara med avseende på DCFR utan i hela europaprivaträtten, till och med i europarätten i stort; se således Joerges, The Challenges of Europeanization in the Realm of Private Law: A Plea for a New Legal Discipline, Duke Journal of Comparative & International Law, Vol. 14, 2004 s. 160: ”In essence, there are as many European laws as there are relatively autonomous legal discourses, organized mainly along national, linguistic and cultural lines. How could it be otherwise?”

[26] Jfr Gustafsson, Dissens. Om det rättsliga vetandet, Göteborg 2011.

4 Och en förnuftskritisk vändning på det

För eller mot Europa? Men … inte heller det är ju en verklig fråga. Jag kunde lika gärna rakt på ha frågat om man ska vara god eller ond. (Ljus eller mörker? Förnuft eller galenskap? Välj du!) Frågor av det slaget kan ofta ersättas med den ärligare: Är du med oss eller mot oss? Och det väcker följdfrågan: Vilka är det som talar här? Samt: På vilka premisser?

I förevarande fall kan premisserna ifrågasättas. Ska en utopisk vision, som förutsätter ett utraderande av befintliga (rätts-)kulturella skillnader, under åberopande av ”förnuftet”, hjälpa oss undvika att upprepa nittonhundratalets misstag? Nej, det var ju *precis* den typen av ambitioner, den typen av överdriven förnuftstro, som var nittonhundratalets misstag. Att välja ”Europa” – *i den meningen* – framstår inte som etiskt försvarbart. Det befintliga Europa, mångrättsligt och dissonant, gör motstånd.

Kanske får man hejda sig, åtminstone om man sysslar med vetenskap. Ingen kan greppa om helheten, och ingen vet vart vi är på väg.[27] *Inte ska man svika sanningen av rädsla för mörkret?* Vi står där vi står och kan inte annat. Står man händelsevis mitt uppe i en given civilrättslig tradition – och alltså *är* civilrättare – är det nyanserna och djupet i den traditionen som man har öra för. I bästa fall leder insikten, att den sanning, som man har förmåga att uppfatta, i det Europeiska sammanhanget råkar vara en av många, parallella, till ett mått av ödmjukhet. Vill vi alls göra våra röster hörda är vi hänvisade till att delta, i det dissonanta samtalet. (Hur skulle sanningen annars komma till tals?)

Europeiseringen sätter civilrättens monism ifråga. Vad den därigenom kräver av civilrättaren är då, möjligen, att han eller hon accepterar att de rättsliga omdömena saknar slutgiltighet. Finns det inte blott ett, slutet, system, så finns det inte ens i teorin några definitiva verifikationsmöjligheter.[28] Frågan vad som gäller – den rättsliga frågeställningen – måste, även när den i ett enskilt fall besvarats, i viss mening alltid lämnas öppen. Europeiseringen låter oss se det. Resignerad relativism är inte följden; däremot, kanske, en vetenskaplig-etisk hållning: anslaget måste vara *lätt*.

[27] Micklitz, Monistic Ideology versus Pluralistic Reality, Niglia (ed.), Pluralism and European Private Law, Oxford-Portland, Oregon 2013 s. 29 ff., s. 34, talar om ”the ongoing transformation process of Nation States to Market States” som i Europa drivs på av EU och EU-rätten. Man kan fråga sig hur den processen påverkas av sådant som den finansiella krisen, flyktingströmmarna och populismens frammarsch.

[28] Och det ska vara en *dålig* teori som medger sådana möjligheter.

Jaha. Nu blev det väldigt högtravande här. Europas öde. Ljus och mörker. Förnuft och sanning. Med mera. Jag ber om ursäkt. Men, vill jag samtidigt säga, tematiken *är* central. Den ligger inte vid sidan av de konkreta rättsliga spörsmålen. Tvärtom är den avgörande. Precis som avtalslagen påtagligen präglades av sin tids nationalism och skandinavism, sjuttiotalets reformer på konsumentskyddsområdet följde med vänstervågen, senare decenniers nyliberalism går igen i privatiseringar och rättslig ekonomism – precis på det sättet speglas vår tids stora frågor i det konkreta rättsliga materialet.[29] Men hur? Det är en bra fråga. Kanske säger framställningen i det följande *någonting* om den saken.

5 DCFR i Högsta domstolens praxis

Vi tar mark. HD har till dags dato hänvisat till DCFR i skälen till nio avgöranden:

> *NJA 2009 s. 672* gällde frågan om en producent som sagt upp ett återförsäljningsavtal varit skyldig att iaktta uppsägningstid, och i så fall hur lång denna skulle ha varit. Avtalet besvarade inte frågan, varför den fick hanteras genom utfyllning. Då svensk rätt saknar lagstiftning om återförsäljningsavtal konstaterade HD att den utfyllande rätten fick konstrueras med stöd av lagbestämmelser rörande jämförbara avtalsförhållanden och praxis. Hänsyn borde därvid tas till att återförsäljningsavtal ofta är internationella. I den följande inventeringen av normer uppmärksammade HD bl.a. en regel i DCFR (IV.E. – 2:302) – och den bekräftade det generella mönstret: återförsäljare har rätt till skälig uppsägningstid. Med hänsyn till detta mönster uppställde HD den utfyllande regeln att en part som säger upp ett återförsäljningsavtal är skyldig att iaktta skälig uppsägningstid, om annat inte är avtalat. HD preciserade innehållet genom att uttala att de omständigheter som nämns i den åberopade regeln i DCFR bör vara de som i huvudsak är vägledande för vad som är skälig uppsägningstid, nämligen a) den tid kontraktsförhållandet varat, b) gjorda rimliga investeringar, c) den tid det tar att finna ett rimligt alternativ och d) handelsbruk.
>
> I *NJA 2010 s. 629* hade HD att ta ställning till om en vitesklausul i ett avtal mellan en beställare och en underentreprenör uttömmande reglerade underentreprenörens ersättningsskyldighet i en viss situation samt om underentreprenören kunde åberopa klausulen mot entreprenören, som ersatt

[29] Detta ska man kanske inte förstå i kausala termer i första hand. Juridiken är en del av kulturen och samhället, helt enkelt.

hela skadan. Efter att ha preciserat tolkningsfrågan undersökte HD först om det fanns anledning att uppställa en in dubio-regel för dylika fall. Slutsatsen i den frågan (nekande) baserades, tillsynes, på en omfattande genomgång av ett antal kategorier normer och rättsliga texter. Här hänvisade HD till de komparativa noterna till DCFR III. – 3:712 (som innehåller fragmentariska rapporter om rättsläget i ett litet urval av europeiska rättsordningar) som belägg för påståendet att rättsläget i det utomnordiska Europa är splittrat. Vad sedan gällde frågan om klausulen kunde åberopas mot entreprenören formulerade HD en princip (som fick ”anses vara en allmän princip”). En part som vill regressa mot annan och som inte har ett längre gående ansvar än den andre, ska inför betalning till borgenären efterhöra om den andre har ett ansvar. Inom parentes konstaterades principen överensstämma med den lösning som valts i DCFR IV.G – 2:112. Till stöd för resonemanget åberopades i övrigt endast en passage hos Walin samt att principen ifråga ”hindrar en rundgång av pengar och skyddar den slutligt ansvarige”.

I *NJA 2011 s. 600* var en av frågorna om en näringsidkares allmänna villkor införlivats i ett avtal om tandvårdsbehandling. HD konstaterade i den delen bland annat att det, såvitt gäller villkor som inte varit föremål för individuell förhandling, krävs att näringsidkaren vidtagit skäliga åtgärder för att uppmärksamma konsumenten på dem senast i samband med avtalsingåendet. Efter att ha hänvisat till två tidigare avgöranden samt ett ställe i litteraturen upplyste HD att ”[m]otsvarande ordning föreslås i Art. II. – 9:103 (1) Draft Common Frame of Reference, DCFR”.

Enligt huvudregeln i 3 § 1 st. lagen (1982:188) om preskription av skattefordringar m.m. inträder preskription fem år efter utgången av det kalenderår fordran förföll till betalning. I *NJA 2012 s. 452* fastslog HD att ett undantag från denna regel ska göras när kravet gäller återbetalning av underhållsstöd; preskriptionstiden ska då börja löpa när beslutet att återbetalning ska ske fattas. HD fäste avgörande vikt vid en av regelns förmodade funktioner – att åstadkomma en fordringsavveckling så snart som möjligt. I ett förberedande resonemang beskrev HD preskriptionsreglernas typiska funktioner och gjorde då en åtskillnad mellan regler om korttidspreskription och långtidspreskription. Närmast i förbigående nämndes att det förekommer att regeltyperna kombineras och att den varianten är vanlig i utländska rättsordningar. Till stöd för sistnämnda påstående åberopades DCFR III. – 7:201 och 7:307, med kommentarer.

I *NJA 2012 s. 597*, som gällde tolkning av entreprenadkontrakt, och materiellt rätten till förseningsvite vid konkurrerande skadeorsaker, beredde HD marken för det konkreta tolkningsresonemanget genom att redogöra för hur vitesbestämmelserna i AB-kontrakten i allmänhet är att förstå. I

ett led av denna redogörelse framhöll HD att de aktuella bestämmelserna har sin motsvarighet i 22 § köplagen, där köparens rätt att göra dröjsmålspåföljder gällande villkoras av att dröjsmålet inte beror på köparen eller något förhållande på hans sida. Den anmärkningen åtföljs av en parentes med en hänvisning till motsvarande bestämmelser i CISG (”jfr art. 80 CISG”) och DCFR (”jfr även art. III. – 3:101 Draft Common Frame of Reference, DCFR”).

NJA 2013 s. 491 gällde bland annat frågan om ett tredjemansavtal förelåg. Som så ofta uttalade sig HD först på det principiella planet. Det konstaterades att tredjemansavtal sedan länge godtagits i svensk rätt, och, bland annat, att ett sådant avtal inte behöver utpeka något särskilt rättssubjekt utan kan vända sig till ett kollektiv av personer – på det gjorde HD en indirekt (”jfr”) hänvisning till DCFR II. – 9:301. (Enligt den regeln (första stycket) behöver inte den berättigade tredje parten kunna identifieras vid avtalsslutet. I kommentaren (s. 617) klargörs att även ett kollektiv av personer kan ges rättigheter genom ett tredjemansavtal.)

I *NJA 2013 s. 659* hade en representant för ett reseföretag utan vare sig uppdrag eller firmateckningsrätt i företagets namn undertecknat ett avtal med en agent. Frågan i målet var om behörighet ändå förelegat. HD hanterade denna fråga genom att utgå från några i det befintliga rättskällematerialet figurerande fullmaktstyper, som på olika sätt medger att en behörighet grundas på annat än en uttrycklig viljeförklaring, – ställningsfullmakt, kombinationsfullmakt och toleransfullmakt – för att sedan med hänvisning till dessa typer formulera den generella principen, att den som skapar en befogad tillit hos annan, om att han företräds av en behörig person i en viss avtalssituation, kan bli bunden av den personens handlande. Efter att på detta sätt ha abstraherat fram en regel baserad på svenska källor tillade HD att samma regel även gäller i andra rättssystem och ”avspeglas i olika internationella rättssammanställningar”, vilket exemplifierades med en hänvisning till DCFR II. – 6:103 (3).

I *NJA 2014 s. 272* var frågan om en förvärvare av övervärderade aktier i ett börsbolag kunde hålla en revisor ansvarig för förlusten på grund av brister i revisionen av bolagets årsredovisning. Den kausala relationen, mellan felaktigheterna i årsredovisningen (som inte hade funnits där om revisionen genomförts med iakttagande av god redovisningssed) och beslutet att förvärva aktierna, blev ett centralt tema för HD:s bedömning. Prövningen i denna del blir med nödvändighet hypotetisk och ska enligt HD därför vara objektiverad, och med detta menades att den ska vara oberoende av den skadelidandes individuella förhållanden. I detta sammanhang uttalade HD, i p. 46 i de tämligen omfattande domskälen, att kausalitet i regel kräver

att det kan sägas ha varit motiverat att allvarligt överväga ett annat handlande, om beslutsunderlaget hade haft det innehåll som det skulle ha haft oaktsamheten förutan, och till det uttalandet fogade HD en hänvisning till DCFR, i typisk form – ”(jfr artikel IV.C. – 7:109 DCFR rörande informationstjänster)”. (Den åberopade regeln är tillämplig när en klient i ett informationstjänsteavtal lider förlust till följd av ett beslut taget på grundval av information som lämnats i enlighet med avtalet. Om beslutet var förutsebart för den part som tillhandahållit informationen ska kontraktsbrott i förekommande fall presumeras ha orsakat förlusten om den skadelidande klienten visar att det skulle ha varit rimligt att allvarligt överväga ett alternativt beslut om all information som skulle ha lämnats också hade lämnats.)

I *NJA 2014 s. 465* fastslog HD att hyresvärdens samtycke till andahandsupplåtelse inte befriar hyresgästen från ansvar för skada som uppkommer genom andrahandshyresgästens vållande. Till grund för slutsatsen lade HD en lagstiftningshistorisk utredning, i syfte att utröna avsikten bakom den reglering som stod i fokus i målet (JB 12:24), en hänvisning till den dominerande uppfattningen i litteraturen och, sist, några anmärkningar om äldre och utländsk rätt, för enligt HD borde ”[d]en aktuella regleringen […] ses mot bakgrund av vad som i allmänhet gäller för nyttjanderätter”. Den bakgrunden tecknade HD i ett separat stycke – p. 14 – som direkt föregår slutsatsen i målets knäckfråga (första meningen i p. 15 inleds med orden ”Slutsatsen är […]”). Här berörde HD rättsläget i svensk, tysk och norsk rätt inför och vid de kritiska tidpunkter som uppmärksammats i den lagstiftningshistoriska delen och avslutade med anmärkningen: ”Numera kan även hänvisas till art. IV.B – 7:103 i Draft Common Frame of Reference som anger bl.a. att en hyrestagare (lessee) behöver tillstånd för underuthyrning (sublease) och att han vid underuthyrning förblir ansvarig för sina förpliktelser enligt avtalet.”

Härutöver figurerar DCFR i tre tillägg, till avgörandena i NJA 2008 s. 733 (Torgny Håstad), NJA 2010 s. 467 (Håstad) och NJA 2013 s. 1190 (Svante O. Johansson), alla gjorda för egen del, samt i de föredragandes domsförslag i NJA 2011 s. 548, NJA 2014 s. 629 och NJA 2014 s. 1006.

Det kan konstateras att HD var tidigt ute. HD:s dom i det så kallade Allbrödsmålet – NJA 2009 s. 672 – meddelades den 3 november 2009. DCFR publicerades i fullständig version, inklusive kommentarer och komparativa noter, i oktober samma år. Och när HD fattade sitt beslut i NJA 2008 s. 733 (ett resningsärende) förelåg DCFR ännu bara som interimistiskt utkast (i en ”Interim Outline Edition”). I sitt tillägg till avgörandet är Håstad mycket försiktig – han *nämner* att en bestämmelse

i det aktuella ämnet finns i DCFR[30] – men han får in en hänvisning, såvitt jag vet den första av en ledamot i en nationell högsta domstol, i den egenskapen.[31]

Mängden hänvisningar gör att man kan tala om ett bruk, en argumentationsvana. Relativt sett är omfattningen anmärkningsvärd. De högsta domstolarna i de övriga nordiska länderna hänvisar, vad det verkar, överhuvudtaget inte till DCFR.[32] Vad gäller resten av Europa är det förstås svårt att uttala sig med större säkerhet, men frågan bevakas i den europaprivaträttsliga litteraturen – vilket inte minst hänger samman med att en av de uttryckliga förhoppningarna med DCFR just var att europeiska domstolar skulle låta sig inspireras,[33] vilket, när det sker, bidrar till att förverkliga de bakomliggande ambitionerna[34] – och om rapporteringen någorlunda står i proportion till respektive domstols faktiska aktivitet är det bara spanska Tribunal Supremo som kan tävla med HD på detta område, åtminstone när det handlar om att väva in uttryckliga referenser till DCFR i skälen till sina avgöranden.[35]

[30] ”En bestämmelse i ämnet finns även i Draft Common Frame of Reference (utg. av Study Group on a European Civil Code, 2008) III. 5:108.” Det var klokt av Håstad att inte gå in på detaljer. I den slutgiltiga versionen har regeln en annan lydelse.

[31] HD:s beslut meddelades den 11 juni 2008. Det spanska avgörandet RJ 2009\2417, i vilket en hänvisning till DCFR II. – 8:106 ska ha gjorts i syfte att belägga en tolkning av den spanska civillagens variant av avtalstolkningslärans giltighetsregel, fälldes den 25 maj 2009; generaladvokat Trstenjaks förslag till avgörande i *Danske Slagterier* avgavs den 4 september 2008; se vidare nedan n. 35.

[32] Se Bryde Andersen, Retskilder og argumentation i nordisk aftaleret s. 69 n. 2, s. 80; Håstad, DCFR in the Swedish Supreme Court s. 179; jfr även Herre, Nordisk avtalsrätt och de internationella modellagarna s. 108 n. 7.

[33] Se DCFR, Introduction p. 8.

[34] Se, i klartext, von Bars inlägg återgivet i Schulze–Schulte-Nölke (eds.), European Private Law – Current Status and Perspectives, Munich 2011 s. 265 f.

[35] Jag har hittat hänvisningar till sammanlagt fem avgöranden där Tribunal Supremo ska ha hänvisat till DCFR: RJ 2009\2417, RJ 2010\3693, JUR 2010\342009, JUR 2010\333259 samt CENDOJ: 28079110012013100403; se Requejo Isidro–Otero Crespo, Comparative Law before the Spanish Private Law Courts in the 21st Century, Andenas–Fairgrieve, Courts and Comparative Law, Oxford 2015 s. 552 ff., s. 558 f.; Vogenauer, The DCFR and the CESL as Models for Law Reform, Danneman–Vogenauer (eds.), The Common European Sales Law in Context, Oxford 2013 s. 732 ff., s. 744. Antagligen finns det fler sådana avgöranden; jfr strax nedan om hänvisningskulturen i spanska domstolar. Från andra länder finns tillsynes bara enstaka exempel. I skotska högsta domstolens avgörande [2013] CSOH 26 ansåg Lord Malcolm att det var ”of interest to note” att DCFR II. – 7.201 (1) (b) föreskriver att avtal kan undvikas om en part i ond tro och i strid med god sed låtit motparten ingå avtalet i villfarelse om rättsläget eller verklig-

6 DCFR, alltså. Men varför?

HD använder sig av DCFR, och det på ett sätt som i ett europeiskt perspektiv framstår som avvikande. Vi har att göra med en anomali. Man kan då fråga sig hur denna ska förklaras.

För en gångs skull är det tillsynes enkelt att åstadkomma en förklaring i rent kausala termer.[36] Torgny Håstad var referent i NJA 2009 s. 672 och NJA 2010 s. 629. Johnny Herre var referent i NJA 2011 s. 600, NJA 2012 s. 452 och NJA 2012 s. 597. Herre återfinns även i sitsen i NJA 2013 s. 491 och NJA 2014 s. 272. Lägg till detta att utvecklingen förebådades genom Håstads ovan nämnda tillägg i NJA 2008 s. 733.[37] Håstad och Herre deltog båda i utarbetandet av DCFR.[38]

Redan på det underlaget vill man hålla Håstad och Herre ansvariga för den förändring i HD:s argumentationsmönster som det här gäller. De har introducerat en vana och den har, vad det verkar, satt sig. Och det *är* fråga om en signifikant förändring. För det är inte så att HD i likhet med Tribunal Supremo och andra spanska domstolar i allmänhet hänvisar till internationella principer och modellregler eller på andra sätt lägger rättsjämförande betraktelser till grund för sina avgöranden.[39] HD har

hetens beskaffenhet (jfr hänvisningstekniken i NJA 2014 s. 465). Här kan också nämnas att generaladvokat Trstenjak har åberopat DCFR i ett antal av sina yttranden; se förslag till avgörande föredraget den 4 september 2008 i mål C-445/06 Danske Slagterier mot Bundesrepublik Deutschland, EU:C:2008:464; förslag till avgörande föredraget den 11 september 2008 i mål C-180/06 Renate Ilsinger mot Martin Dreschers, EU:C:2008:483; förslag till avgörande föredraget den 7 maj 2009 i mål C-227/08 Eva Martín Martín mot EDP Editores, S.L., EU:C:2009:295; förslag till avgörande föredraget den 8 september 2009 i mål C-215/08 E. Friz GmbH mot Carsten von der Heyden, EU:C:2009:522.

[36] Se redan Schultz, Europeiska civilrättsprinciper, JFT 2009 s 762 ff., s. 790 n. 78.

[37] Förelöpare till detta är i sin tur Håstads tillägg (för egen del) till NJA 2006 s. 638, där det bland mycket annat hänvisas till UCC, CISG, PECL och UPICC, samt Håstads skiljaktiga mening i NJA 2000 s. 747 (till vilken Magnusson anslöt sig), där PECL åberopas jämte BGB.

[38] Jfr Håstad, DCFR in the Swedish Supreme Court s. 179: ”One reason for the amount of references may be that I was a justice of the Supreme Court up to 2011 and that Johnny Herre is a justice there from 2009. Both of us were members of the group working out the DCFR and thus familiar with its contents. Either of us, or both [NJA 2010 s. 629], were involved in all the cases referring to DCFR except the last one [NJA 2013 s. 659].”

[39] Requejo Isidro–Otero Crespo, Comparative Law before the Spanish Private Law Courts in the 21st Century s. 558: ”Soft law texts have become popular among the Spanish judiciary, especially when the reporting judges hold an academic background. If we look for references to PECL, PETL, DCFR or UNIDROIT Principles, the amount of judgments is remarkable. One of the main causes for this may be the structural deficiency

aldrig, såvitt jag kunnat utröna, lagt en hänvisning till Principles of European Contract Law (PECL) till grund för ett avgörande.[40] Detsamma gäller UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (UPICC).[41] I refererad HD-praxis finns till synes inga hänvisningar till vare sig Principles of European Tort Law (PETL) eller Principles of European Insurance Contract Law (PEICL).[42] HD har inte heller för vana att anställa jämförelser med de stora kontinentala lagverken. (Det förekommer i enstaka fall, typiskt sett i någon lärd utläggning av ett justitieråd med akademisk bakgrund.[43]) Nej, det handlar, än så länge, specifikt om DCFR.[44]

I sin senaste stora monografi förklarar Lindskog, att han, främst av arbetsskäl, underlåtit att beakta utomnordiskt material, men fortsätter:

> ”Däremot har jag funnit det motiverat att i viss mån beakta de *modellagar* som har tillkommit fr o m senare delen av 1990-talet, och då särskilt DCFR.

of the Spanish regulation on patrimonial law (contract and tort law). The Spanish rules on obligations and contracts contained in the Civil Code 1889 have been said to be obsolete – as they have not been modified according to the real needs of the 20th and 21st centuries – and vague – as they do not define key general concepts. To overcome these flaws, the Supreme Court has resorted to those ‘alternative sources’ of law.” Exempel: Bara under åren 2005–07 hänvisade Tribunal Supremo till PECL i inte mindre än tolv avgöranden; se Vendrell Cervantes, The Application of the Principles of European Contract Law by Spanish Courts, Zeitschrift für Europäische Privatrecht, Vol. 16, 2008 s. 534 ff. Se även Roca Trías–Fernández Gregoraci, The Modern Law of Obligations in the Spanish High Court, European Review of Contract Law, Vol. 5, 2009 s. 45 ff., s. 56 ff.

[40] Däremot finner man hänvisningar till PECL i Håstads tillägg (för egen del) till avgörandena i NJA 2006 s. 638, NJA 2008 s. 733 och NJA 2010 s. 467, samt i den ovan i n. 37 nämnda skiljaktiga meningen i NJA 2000 s. 747.

[41] UPICC åberopas dock, av Håstad, i de i föregående not nämnda tilläggen.

[42] Däremot har CISG, som i sammanhanget intar en särställning i rättskällehänseende, i ett antal sentida avgöranden från HD lagts till grund för slutsatser om innehållet i ”allmän obligationsrätt”, ”den allmänna köprätten” och liknande (uteslutande med akademiker som referenter); se NJA 2010 s. 629 (Håstad), NJA 2012 s. 597 (Herre), NJA 2012 s. 1021 (O. Johansson), NJA 2013 s. 1174 (Herre) samt NJA 2014 s. 978 (O. Johansson).

[43] Som i Alexanderssons firade PM i NJA 1933 s. 25, Karlgrens skiljaktiga mening i NJA 1947 s. 461 och Håstads tillägg till NJA 2001 s. 292 och NJA 2008 s. 733. Hänvisningen till BGB i NJA 2014 s. 465 är ett motexempel.

[44] Jfr dock Herre, Nordisk avtalsrätt och de internationella modellagarna s. 108 n. 7; J. Ramberg–C. Ramberg, Allmän avtalsrätt, 9 uppl., Stockholm 2014 s. 25. Frågan är om man ska sätta likhetstecken mellan HD och Håstad (i egenskap av skiljaktig resp. som författare av tillägg för egen del).

> HD har i sin rättsbildning kommit att ta ett sådant intryck av sådana regelbildningar att det är relevant att betrakta dem som rättskällor. Men då med betydande reservationer. För det första begränsas betydelsen till fall när inhemska rättskällor inte ger någon bestämd ledning. Och för det andra måste den lösning som rekommenderas harmoniera med det inhemska rättssystemet i övrigt."[45]

I noterna finner man följdriktigt talrika hänvisningar till just DCFR. Svenska källor, andra nordiska källor *och DCFR*. Det är den källmatris som Högsta domstolens blivande ordförande – i sin egenskap av rättsvetenskaplig författare – lägger till grund för sitt system, och det är den matris som HD genom sin källhantering anvisar. Lindskogs motivering är pragmatisk. Han tar hänsyn till DCFR eftersom HD gör det. Och med det har ett andra steg tagits på väg mot en reifiering av DCFR inom ramen för den svenska rättsliga diskursen.[46]

Varför detta fokus på DCFR? Kanske därför att det helt enkelt är smidigt.[47] DCFR erbjuder tillsynes en genväg, till Europa, som gör det praktiskt möjligt också för en domstol att ta komparativrättsliga hänsyn. (Arbetet är redan gjort.[48]) Systemet täcker, vidare, in stora delar av obligationsrätten samtidigt som reglerna är notoriskt obestämda till sitt innehåll. Det gör DCFR till perfekt fyllnadsmassa – en formbar materia som kan täcka luckorna vid behov. Den som vill utnyttja DCFR på detta sätt kan också utan större svårigheter få det att framstå som välmotiverat. Lite svårare är det att rättfärdiga DCFR-systemets särställning. Varför skulle DCFR vara av större intresse än andra modellagar? Särskilt som åtminstone både PECL och UPICC på goda grunder har högre anseende internationellt?[49] Det är inte *helt* rationellt.

[45] Lindskog, Betalning. Om kongruent infriande av penningskulder och andra betalningsrättsliga frågor, Stockholm 2014, s. 33.

[46] Jfr det strax efter rubriken till denna artikel citerade uttalandet av Hesselink.

[47] Det vore stereotypt svenskt. Kan man inte, på tal om det, också förstå fenomenet som en yttring av den stereotypt svenska, rotlösa moderniteten? Vi är först med det senaste. Anekdot: När Christian von Bar besökte Stockholm i samband med lanseringen av DCFR berörde han möjligheten att nationella domstolar skulle kunna komma att åberopa DCFR, varpå Håstad, som satt i publiken, med ett rop upplyste honom om att det redan hade skett.

[48] Se dock nedan n. 49.

[49] Det har främst att göra med reglernas kvalitet, vilka som utförde arbetet och under hur lång tid. Se härtill t.ex. Eidenmüller–Faust–Grigoleit–Jansen–Wagner–Zimmermann, Der Gemeinsame Referenzrahmen für das Europäische Privatrecht: – Wertungs-

Snarare framstår det som en historisk tillfällighet. DCFR var en händelse – i den akademiska världen en stor händelse (DCFR är en akademisk text och i första hand en akademisk angelägenhet[50]).[51] I Sverige överfördes alltså kraften – från nedslaget, så att säga – till den praktiska sfären av Håstad och Herre,[52] akademiska jurister med nära anknytning till DCFR-projektet som råkade sitta som justitieråd när uppståndelsen kring DCFR var som störst.[53] De behövde inte avvakta, utan kunde direkt verka för att frågan, vilken vikt texten ska tillmätas för svensk rätts del, gavs ett auktoritativt svar.[54] Det är nu ett *fait accompli*. (Vi får se om svaret står sig.)

Egentligen är det inga konstigheter här. Vi använder alla det material som vi känner till och har för handen.[55] Vad skulle man annars använda? Överlag torde det också framförallt vara domare med akademisk bakgrund som åberopar de internationella regelsamlingarna,[56] och det är logiskt. Tar man in akademiker i domstolarna kan man vänta sig

fragen und Kodifikationsprobleme, JuristenZeitung, Vol. 63, 2008 s. 529 ff.; Giliker, The Draft Common Frame of Reference and European contract law: moving from the 'academic' to the 'political', Devenney–Kenny, The Transformation of European Private Law, Cambridge 2013 s. 23 ff., s. 25 ff., Jansen, The authority of an academic 'DCFR', Micklitz–Cafaggi (eds.), European Private Law after the Common Frame of Reference, Cheltenham 2010 s. 147 ff., s. 150 n. 24; Schultz, Europeiska civilrättsprinciper, särskilt s. 788 ff.; Vogenauer, Common Frame of Reference and UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Coexistence, Competition, or Overkill of Soft Law?, European Review of Contract Law, Vol. 6, 2010 s. 143 ff., särskilt s. 157 f. Låt vara att DCFR är mer omfattande – men det förklarar inte att HD åberopar DCFR istället för PECL i t.ex. NJA 2013 s. 491 och NJA 2013 s. 659.

[50] Jfr t.ex. DCFR, Introduction p. 5.

[51] Jfr den inledande sammanfattningen till Herre, DCFR och svensk rätt, SvJT 2012 s. 933 ff., s. 933 ("Det finns få juridiska ämnen i Europa som just nu diskuteras med samma intensitet som utvecklingen av den framtida europeiska kontraktsrätten. Den text som är föremål för mest uppmärksamhet bland europeiska akademiker och praktiker är utan tvekan DCFR […]".)

[52] Jfr ovan s. 1 om normer och kausalitet.

[53] Jfr Niglia, The Struggle for European Private Law, Oxford 2015 s. 96, som noterar att svenska HD "already have spontaneously [!] relied on the default rules of the DCFR". (Niglia verkar bara känna till Allbrödsmålet.)

[54] Jfr Herre nedan.

[55] Jfr Håstads ovan i n. 38 återgivna uttalande ("[…] Both of us were members of the group working out the DCFR and thus familiar with its contents. […]")

[56] Några exempel: 1) Ang. Spanien se ovan i n. 39. 2) Ang. hänvisningar till CISG i HD:s domskäl se n. 42 ovan. 3) Generaladvokat Trstenjak – se ovan i n. 35 – är akademiker, f.n. professor i Wien.

domsmotiveringar som drar åt det doktrinära hållet – som i någon utsträckning är *som* rättsvetenskap. Det gör rimligen inte bara skälen längre och mer resonerande, utan också mer abstrakta, mer principiellt hållna, mer systematiskt inriktade och, faktiskt, mer universella (i praktiken internationella).[57] Samtidigt bör, och det verkar i viss mån i motsatt riktning, en domare som kommer från akademin skriva domar med tydligare individuell prägel, för akademiker är i första hand individer – självständiga tänkare, på gott och ont.

7 En svensk rättskälla?

Man kan fråga sig om det spelar någon roll att HD numera ibland tar in hänvisningar till DCFR i skälen till sina avgöranden. Instinkten säger möjligtvis att betydelsen ska tonas ned. Det är ju långt ifrån så att HD *baserar* sina avgöranden på reglerna i DCFR. Typiskt sett fogas, till det principiella ställningstagande till innehållet i gällande rätt som numera normalt föregår den konkreta tillämpningsmanövern, parentetiskt och mot slutet en jämförande hänvisning till ett ställe i DCFR som tycks bekräfta det mönster, den regel, som HD etablerar.[58] Överensstämmelsen noteras, inte mer än så.[59] Det blir ett vagt stödargument.

Har utgången i de aktuella fallen påverkats? *Det* är potentiellt en mycket besvärlig fråga, som man antagligen inte ska ta på alltför stort allvar, men nog hade man kunnat komma till samma slutsatser utan att nämna DCFR?[60] Det följer väl till exempel av allmänna principer att

[57] På ytnivån – för att än en gång använda Tuoris välkända metafor – finns bara enskildheter. Pendang: Hur många gånger har det inte påstått att alla rättssystem i grunden är lika, bara man tränger tillräckligt *djupt*?

[58] Se NJA 2009 s. 672, NJA 2010 s. 629, NJA 2011 s. 600, NJA 2013 s. 491, NJA 2013 s. 659 och NJA 2014 s. 465. Avviker i någon mån gör framförallt det konstruktiva bruket av DCFR IV.E. – 2:302 i NJA 2009 s. 672 i frågan om uppsägningstidens längd, samt den närmast kursiva anmärkningen i NJA 2012 s. 452, där en bestämmelse i DCFR tillsammans med de komparativa noterna åberopades till stöd för ett påstående om innehållet i utländsk rätt. Jfr Håstad, DCFR Rules in the Swedish Supreme Court s. 184, som konstaterar: ”The references made to the DCFR are [fram t.o.m. NJA 2013 s. 659] always of an informative or supportive nature […]”, för att sen identifiera tre funktioner: som källa till information om främmande rätts innehåll, som (möjlig) inspirationskälla och som led i en allmän inledning.

[59] Som i NJA 2010 s. 629 (”lösningen överensstämmer med den som valts i DCFR artikel IV.G. – 2:112”). Särskilt tydligt även i NJA 2014 s. 465 (p. 14).

[60] Och vilken är egentligen relationen mellan de skäl domstolen åberopar och det preju-

köparen saknar rätt att göra påföljder gällande om kontraktsbrottet ifråga beror på köparen eller på något förhållande på köparens sida (NJA 2012 s. 597), att ett rättssubjekt som ges en rättighet i ett avtal inte nödvändigtvis behöver kunna identifieras vid tidpunkten för avtalets ingående (NJA 2013 s. 491) och att frågan huruvida en rättshandling företagits ska bedömas på objektiva grunder, det vill säga utifrån mottagarens befogade uppfattning (NJA 2013 s. 659)?[61]

Det är möjligt. Men vanan att ibland hänvisa till DCFR spelar avgjort likafullt roll i praktiskt hänseende. Den utformning HD ger sina skäl är ju *de facto* normerande för den juridiska argumentationen – sysslar man med svensk civilrätt har man anledning att beakta DCFR, och det på ett sätt som speglar HD:s DCFR-bruk. Det är självklart.[62]

Här måste det emellertid rimligen finnas någonting utöver denna självklarhet, för HD:s hänvisningar till DCFR har genererat en hel del diskussion. *Rättskällebegreppet* står, mer eller mindre tydligt, i fokus för denna diskussion. Är DCFR en svensk rättskälla? Där har vi en fråga med ideologisk laddning och teoretisk klangbotten (för frågan om rättskällebegreppet är nära förknippad med den allmänna frågan om rättens natur) som saknar givet svar (fenomenet DCFR är nytt; vi har ingen inlärd respons när det ska relateras till rättskällebegreppet; DCFR har den typiska rättskälletextens form, men saknar auktoritativt stöd; texten är europeisk, inte svensk, osv.). Det är kort sagt en fråga att ta ställning till. Och det har man också gjort.[63]

dikat som avgörandet i det enskilda fallet förmedlar? Jfr t.ex. Håstads skiljaktiga mening i NJA 2009 s. 500.

[61] Detta är, märk väl, inte menat som lojala tolkningar av respektive fall, utan de allmänna principer som förslagsvis hade kunnat läggas till grund för avgörandena. Jfr dock ang. NJA 2013 s. 659 HD:s vidareutveckling av institutet tillitsgrundad fullmakt i NJA 2014 s. 684, särskilt p. 13 och framåt, som *prima facie* stänger vägen för tillämpning av en så enkel princip som den som här föreslagits.

[62] Och mer än så ska man kanske inte lägga i Lindskogs ovan vid n. 45 återgivna uttalande.

[63] Här ska man märka att frågeställningen i någon mån förskjuts med varje nytt avgörande från HD i vilket DCFR åberopas.

Det har hävdats att DCFR *är* en svensk rättskälla.[64] Det har hävdats att DCFR *inte* är en svensk rättskälla.[65] Och man kan hitta exempel på ett mjukare, mindre bestämt, förhållningssätt.[66] Lindskog menar, som vi sett, att det är ”relevant att betrakta” modellagar, särskilt DCFR, ”som rättskällor”. Herre har gjort gällande att bland annat DCFR ”har och kan få betydelse för den närmare bestämningen av innehållet i den nordiska avtalsrätten”, vilket för svensk rätts del ”antyds” av HD ”som i ett antal avgöranden har hänvisat till PECL, PICC och DCFR i sina avgöranden som en del av argumentationsunderlaget”.[67] Håstad menar för sin del att HD, fram till och med avgörandet NJA 2013 s. 659, aldrig hanterat DCFR som en bindande svensk rättskälla.[68]

Fråga på det: Hur *gör* man för att ta ställning till huruvida DCFR är en rättskälla eller ej? HD använder inte termen ”rättskälla” i de aktuella avgörandena, så det handlar inte om rättskällebegreppets faktiska innebörd på rättstillämpningsplanet, utan om att på ett metaplan, inom ramen för en metodologisk diskussion, kvalificera HD:s källhantering. Med hänvisning till inventeringen strax ovan kan det konstateras att språkbruket vacklar.[69] Vi vet inte om vi ska kalla DCFR en rättskälla eller inte. Såtillvida *har* den frågan (ännu) inget svar.

[64] J. Ramberg–C. Ramberg, Allmän avtalsrätt s. 25; jfr C. Ramberg, Mot en gemensam europeisk civillagstiftning, SvJT 2004 s. 459 ff., s. 473, där det på tal om resultaten av det arbete som bedrevs inom von Bars *Study Group*, hävdas att dessa ”många gånger [ger] bättre och mer opartisk vägledning om innehållet i svensk [!] rätt än rättsutlåtanden”. (Rättsutlåtanden är alltså i allmänhet partiska?!)

[65] Adestam, Den dokumentvillkorade garantin, Stockholm 2014 s. 23 och 33 f.; Arvidsson, Aktieägaravtal. Särskilt om besluts- och överlåtelsebindningar, Stockholm 2010 s. 41 n. 63; P. Samuelsson, Entreprenadavtal. Särskilt om ändrade förhållanden, Stockholm 2011 s. 60 ff.; Schultz, Europeiska civilrättsprinciper s. 788 ff. I denna riktning även Arnerstål, Varumärket som kontraktsföremål, Uppsala 2014 s. 74.

[66] Se t.ex. Möller, Giltigheten av avtal om tillägnelse av pant, Festskrift till Torgny Håstad, Uppsala 2010 s. 637 ff, s. 650 f.; J. Samuelsson, Avtalstolkning på europeiska. Del I: Systemet, SvJT 2012 s. 962 ff., s. 966 f.

[67] Herre, Nordisk avtalsrätt och de internationella modellagarna s. 108 i och vid n. 7; jfr ovan i och vid n. 44.

[68] Håstad, DCFR Rules in the Swedish Supreme Court s. 184. Jfr Adestam, Den dokumentvillkorade garantin s. 24: ”Ingen rättskälla i svensk rätt kan betecknas som ’bindande’, i varje fall inte i någon särskilt informativ mening.”

[69] Jfr J. Ramberg–C. Ramberg, Allmän avtalsrätt s. 33: ”Avtalsrättens historiska ursprung kan få betydelse som rättskälla […]” resp. s. 130 ”[…] sunt förnuft, som i realiteten utgör en viktig rättskälla.”

Detta sakernas tillstånd kan verka frustrerande. Utgår man från rättsstatsideologin kan det verka som om det som här står på spel är huruvida man *får* åberopa DCFR eller inte. Men det är ideologi, inte verklighet, och just civilrätten är särskilt svår att förstå på rättsstatliga premisser.[70] Frustrerad kan man också bli som teoretiker. Hur ska man kunna föra en begriplig metoddiskussion om man inte *vet* vad man pratar om?[71] Åt det hållet resonerar Johan Adestam när han i sin på många sätt utmärkta avhandling ”Den dokumentvillkorade garantin” inledningsvis behandlar rättskällebegreppet:

> ”När det i allmänt juridiskt språkbruk talas om rättskällor varierar innebörden. En precisering av vad som avses med en rättskälla är av värde för att den klargör på vilket sätt olika typer av material och argument (olika ’källor’) är av relevans.”[72]

Den bristande precisionen vill Adestam åtgärda med hjälp av en teoretisk konstruktion. I förevarande sammanhang spelar detaljerna (faktiskt) ingen roll,[73] men det kan konstateras att DCFR utesluts från kretsen av rättskällor, på teoretiska grunder. Är det *klargörande*?[74] Ja, såtillvida som Adestam kan leverera ett klart svar (”Nej, DCFR är inte en rättskälla.”). Men till vilket pris?

[70] Se härtill Bryde Andersen, Retskilder og argumentation i nordisk aftaleret.

[71] Den danske rättsfilosofen Jens Ravnkilde gav uttryck för denna stereotypa teoretikerattityd när han för inte länge sedan lanserade ett nytt rättskällebegrepp i den danska debatten; se Ravnkilde, Hvad er en retskilde?, UfR 2013 s. 1 ff. I inledningen (s. 1) heter det: ”[E]n aktivitet, som fortjener navnet retsdogmatisk forskning, må forankres i en definition af retskildebegrebet, som gør det muligt en gang for alle at fastslå, hvad der på et givet tidspunkt er en given retsforfatnings retskilder. Det er en intellektuel skandale, at en sådan definition ikke for længst er tilvejebragt.”

[72] Adestam, Den dokumentvillkorade garantin s. 23.

[73] Adestam är ”konventionalist”/”positivist” och förstår rättskällorna som en underavdelning till den kategori normer som rättsordningens grundläggande ”erkänningsregel” utpekar. Det är en variant på Harts position. Adestam ansluter här nära till Arvidsson, Aktieägaravtal. Särskilt om besluts- och överlåtelsebindningar.

[74] Adestam graviterar (liksom Ravnkilde) åt *mainstream analytical jurisprudence*, en bred riktning vars anhängare utgår från H.L.A. Harts ”The Concept of Law” i allt de gör, som om det vore en självklar sak; se härtill t.ex. Fitzpatrick, The Mythology of Modern Law, London-New York 1992 s. 183 ff.; för ett pregnant exempel på uttryck för denna självförståelse se Leiter, Beyond the Hart/Dworkin Debate: The Methodology Problem in Jurisprudence, The American Journal of Jurisprudence, Vol. 48, 2003 s. 17 ff., s. 18. Det rör sig om en schattering inom den ”analytiska filosofin”, vars övergripande mål just är att åstadkomma (begreppslig) ”klarhet”.

En rent deskriptiv teori har rimligen inga normativa implikationer. Den tillför ingenting; förändrar – om den gäller begreppens innebörd – inte språkbruket. Går man längre än så,[75] i ett aktivt försök att reformera språket, borde man kanske fundera över sina bevekelsegrunder och sin språkbild. *Ingenstans* är juridikens praktik, rättsvetenskapen inräknad, teoretiskt grundad. Vi sitter inte på några definitioner av våra grundläggande begrepp. I *den* meningen vet vi inte, till exempel, vad rätt är. Eller regler. Eller rättsdogmatik. Eller rättigheter. Eller… Men det är inte ett problem.[76] Och att försöka ”lösa” detta icke-problem med teoretiska definitioner är att spänna vagnen framför hästen.[77]

Det är också oansvarigt, för man skymmer sin egen sikt. Varför skulle den rättsliga normativiteten som fenomen vara nedbrytbar i just de abstrakta kategorier som anvisas av den teoretiska åskådningsform som man händelsevis gjort till sin? Säg att man, till exempel, som bekännande positivist frånkänner DCFR rättskällestatus med hänvisning till att det inte empiriskt kan konstateras att DCFR *ska* tillmätas betydelse vid fastställandet av rättsläget (DCFR utpekas inte av *the rule of recognition*).[78] Då har man avgjort frågan om DCFR:s relevans för rättsläget genom en iteration av den grundläggande dikotomin mellan Vara och Böra, under antagande (och förstår man positivismen som metodprogram blir detta det första, mest basala, antagandet) att den dikotomin är stabil och lämplig att lägga till grund för metodologiska ställningstaganden – trots att

[75] *Varför* skulle man göra det? Om sanningen inte är entydig hjälper det inte att låtsas att den är det.

[76] Enligt Ravnkilde, Hvad er en retskilde? s. 1, blir rättsdogmatiken en koloss på lerfötter utan ett klart rättskällebegrepp. Men det *ter sig bara så,* ur den teoretiska synvinkeln. Den klarhet som Ravnkilde efterfrågar är en *teoretisk* klarhet. Praktiken är obrydd, med rätta. Som Bryde Andersen, Retskilder og argumentation i nordisk aftaleret s. 64 n. 1, framhåller ”Hvis gældende aftaleret alltid blev udledt ved logiske deduktioner fra veldefinierede retskilder, [ville] fraværet af en retskildedefinition […] være betænkelig. Men […] aftaleretten [fungerer] ikke sådan.” Nej, man kan t.o.m. säga att juridiken som praktik fungerar bl.a. *eftersom* filosofiska definitionsfrågor inte angår den. (Skulle man först behöva förklara, i teoretiska termer och ”en gång för alla”, hur man t.ex. tar en promenad, så skulle man inte komma ur fläcken.)

[77] Praktiken – *livet* – kommer först. Teoretiker är kommentatorer, inte mer än så.

[78] Jfr Adestam, Den dokumentvillkorade garantin s. 23 och 34. Huruvida sådana normativa följder överhuvudtaget kan härledas från rättspositivismen är tveksamt. Jfr Harts ambition att åstadkomma ”descriptive sociology” – en deskription av rätten och moralen som typer av sociala fenomen (Hart, The Concept of Law). Se härtill t.ex. Spaak, Rättspositivism och juridisk metod, Korling–Zamboni (red.), Juridisk metodlära, Lund 2013 s. 47 ff., särskilt s. 68 f. och 75 f.

det fenomen som ska klassificeras möjligen ger konkret anledning att ifrågasätta huruvida detta antagande verkligen håller streck – och med det låter man saken bero.

8 Harmoniserande tolkning och europarättens inflytande

Hur ska vi då förstå det som hänt i frågan om den svenska rättens förhållande till DCFR? Ja, svarar man på det försöker man skriva nutidhistoria, vilket är ett sorts stolleprov. Man får nog nöja sig med tankeutkast och antydningar. Jag har i alla fall en fundering…

Möjligen skulle det som här retar, så pass att det föranlett ett antal diskursiva reaktioner (bland annat den här artikeln), alltså det sätt på vilket HD under senare år använt DCFR, kunna ses som ett uttryck för en mer generell förändring i HD:s argumentationsmönster.

Jag tycker mig ha märkt att HD på avtalstolkningens område numera tenderar att tillämpa *en ganska hårdhänt harmoniserande tolkning*.[79] Ett exempel skulle kunna vara det relativt färska avgörandet i *NJA 2015 s. 110*. Där hade HD att tolka och tillämpa felreglerna i ABS 95 (småhusentreprenad där konsumenter är beställare). Konsumenttjänstlagen var inte tillämplig, men HD fann omgående det likafullt vara en ”naturlig utgångspunkt” att bestämmelserna i standardavtalet har samma innebörd som motsvarande lagregler, trots att de är skrivna på ett annat sätt – låt vara att grundstrukturen är densamma: fel är väsentligen avvikelse från fackmässig standard respektive från vad som i övrigt avtalats. Därpå gjorde HD följande manöver (domskälen p. 15 och 16):

> ”I det hänseendet [att avvikelse från avtalad standard utgör fel] kan ledning hämtas från bl.a. konsumentköplagen. Där föreskrivs i 16 §, som är likalydande med 17 § köplagen, att varan ska överensstämma med vad som följer av avtalet. Bestämmelsen innehåller också en övergripande regel om att fel föreligger om varan avviker från vad köparen med fog har kunnat förutsätta (jfr även 4 kap. 19 § JB). Detta har i förarbetena ansetts vara ett uttryck för att varan kan vara felaktig när dess egenskaper och användbarhet på ett påtagligt sätt avviker från vad konsumenten har skäl att räkna med på

[79] Jfr Lindskogs kvalifikation ”den lösning som rekommenderas [måste] harmoniera med det inhemska rättssystemet i övrigt”; se ovan vid n. 45.

grund av de förutsättningar som han vid köpet har haft för sin bedömning (se prop. 1989/90:89 s. 100).

I ljuset av vad som i det föregående har sagts om motsvarande regel i konsumenttjänstlagen bör bestämmelsen i ABS 95 kap. 2 § 6 a) förstås på det sättet, att det ligger i avtalet att beställaren har rätt till den standard (det resultat) som denne har haft fog att förutsätta."

Så … en bestämmelse i ett tjänsteavtal som föreskriver att fel föreligger vid avvikelse från fackmässig samt avtalad standard, innebär egentligen en generell fogregel, därför att de köprättsliga lagarna också föreskriver att avvikelse från avtalad standard utgör fel *och därutöver* innehåller en sådan fogregel. I de köprättsliga regelverken utgör emellertid inte regeln att en avvikelse från avtalet konstituerar fel grunden för fogregeln utan behandlas som ett exempel på en situation i vilken säljarens prestation avviker från vad köparen med fog kunnat förutsätta ("Om fastigheten inte stämmer överens med vad som följer av avtalet eller om den annars avviker från vad köparen med fog kunnat förutsätta vid köpet […]", JB 4:19; se även 17 § KöpL och 16 § KKöpL). Någon sådan skrivning finns vare sig i ABS 95 eller i konsumenttjänstlagen. Argumentet är alltså att eftersom avvikelse från avtalad standard i köprätten är att förstå som ett av flera uttryck för en generell fogregel så ska en sådan generell regel läsas in i en bestämmelse i ett avtal som hör till en annan kontraktstyp och som uttryckligen begränsar felansvaret till fall av avvikelse från avtalad (eller fackmässig) standard. Effekten blir, något paradoxalt, att föreskriften i ABS 95, att fel föreligger vid avvikelse från avtalad standard, måste förstås *på ett annat sätt* än direkt motsvarande köprättsliga bestämmelser (17 § 1 st. KöpL respektive 16 § 1 st. 1 p. KKöpL) – trots att det är från köprätten innebörden hämtats – för de senare rymmer inte i sig någon generell fogregel. (Man kanske menar att det är fråga om en allmän kontraktsrättslig princip. Men det har man inte sagt, och det skulle inte heller förklara varför regeln ska klistras över ett avtal som möjligen säger motsatsen.) Med den läsningen kunde HD i det aktuella fallet lägga ansvaret på entreprenören, trots att den aktuella konstruktionen var såväl avtalsenlig som fackmässigt utförd. Man gjorde detta mot bakgrund av en redogörelse för den något speciella lagstiftningshistoriken och med åberopande av att riskfördelningen blir lämplig, men det är argument som ligger och skvalpar utan att kopplas till det konkreta tolkningsresonemanget.

Ett tidigt exempel skulle kunna vara avgörandet i ovan omnämnda *NJA 2012 s. 597* (tolkning av AB 92) där HD efter att ha utrett ”tolkningsförutsättningarna” och konkluderat att det är ”naturligt att vid bestämningen av avtalsinnehållet utgå från vad som gäller enligt dispositiv rätt”, inte helt överraskande lät det konkreta tolkningsresonemanget mynna ut i en ”tolkning i linje med vad som följer av dispositiv rätt”. En harmoniserande tolkning, alltså, som faller på plats, mer eller mindre, givet den ”naturliga” utgångspunkten att avtalet ska läsas i ljuset av bakgrundsrätten (mönstret såväl i 2012 som 2015 års fall). Men hur *naturligt* är det att innebörden i en individuell överenskommelse hämtas från generella normer, som parterna valt bort?[80]

Det beror alldeles på det. Att fastställa individuella uttrycks innebörd *är* att betrakta dem i ljuset av generella normer (det rent individuella går inte att förstå – det blir inte ens ett tecken), men ska man göra uttrycket rättvisa måste man likafullt komma detta så nära som möjligt. Den som *föreskriver* en innebörd tolkar inte.[81] Det individuella har såtillvida företräde. (*Dessa* ord kan man förstå ”mot bakgrund av allmänt språkbruk”, men man *måste* beakta den individuella kontexten – genren, textens struktur och syfte, resonemangets gång etc.) Också den som tolkar ett avtal måste hantera denna grundläggande spänning, mellan individuellt och generellt. Ja, de generella normer – faktiska och rättsliga – mot bakgrund av vilka avtalet ingåtts är relevanta för förståelsen, men de är det *därför att* de gör det möjligt att just förstå vad parterna kommit överens om, vad de ska anses ha avsett.[82] Går man för långt i harmoniserande

[80] Jfr H Andersson, Barthesianska meditationer. Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard s 71 ff. København 2003.

[81] Det blir implementerad grönforsianism; se Grönfors, Tolkning av fraktavtal, Göteborg 1989. Jfr J. Samuelsson, Tolkning och utfyllning, Uppsala 2008; dens., Tolkningslärans gåta, Uppsala 2011. Jfr även nedan ang. det avståndstagande från Grönfors läror som ligger i NJA 2013 s. 659.

[82] Jfr följande skrivning i NJA 2013 s. 271, ett avgörande som skulle kunna anföras som ytterligare ett exempel på tendensen att tillgripa harmoniserande tolkningar, men som motiverats med större känsla för enskildheternas betydelse: ”Tolkad mot bakgrund av de allmänna obligationsrättsliga principer som gäller för avtal av detta slag talar ordalydelsen av kap. 5 § 4 i AB 92 för att paragrafen är avsedd att enbart reglera just risken för att entreprenadarbetena skadas.” Att beakta rättsliga normer vid fastställandet av avtals innehåll är i sig fullt legitimt. Frågan är *hur* man gör det; se vidare t.ex. NJA 1981 s. 323, NJA 1991 s. 319, NJA 1997 s. 382, NJA 1998 s. 3, NJA 2008 s. 668 och NJA 2010 s. 227.

riktning gör man helt enkelt våld på avtalstexten, och kränker avtalsfriheten.[83]

Mönstret ifråga kan spåras också på andra fält, det vill säga i mål som inte gäller avtalstolkning. Ta *NJA 2014 s. 465*, det senaste av de avgöranden i vilka HD åberopat DCFR. Där fastslog HD att en hyresvärds samtycke till andrahandsuthyrning inte befriar hyresgästen från ansvar för skador på fastigheten som orsakats av andrahandhyresgästens vållande. Det stycke i skälen (p. 14) som föregår slutsatsen inleds som ovan påpekats med konstaterandet, eller stipulationen, att ”[d]en aktuella regleringen bör ses mot bakgrund av vad som i allmänhet gäller för nyttjanderätter.” Vad som sen följer är fyra … anmärkningar, av komparativt slag. Det ”kan noteras” att redan före 1907 års nyttjanderättslag var huvudregeln (enligt Hasselrot) att nyttjanderättshavare svarade för andra personer som med uthyrarens samtycke tog befattning med saken. Det ”kan också nämnas” att motsvarande gällde, och gäller, i tysk rätt. Det ”kan vidare antecknas” att nyttjanderättshavare vid tiden för 1969 års hyresreform, då de aktuella reglerna i hyreslagstiftningen utformades, (enligt Falkanger) svarade för andrahandsnyttjanderättshavare enligt norsk rätt. ”Numera kan”, slutligen, ”även hänvisas” till DCFR. Dessa fyra nedslag etablerar ett mönster och därmed tycks saken vara klar, för slutsatsen följer i omedelbar anslutning, efter styckebrytning: ”Slutsatsen är att” den individuella materia som skulle bedömas ska tillskrivas den innebörd som ligger i det allmänna mönstret.[84]

[83] Jfr J. Ramberg–C. Ramberg, Allmän avtalsrätt s. 143: ”Förr i tiden gjorde man stor skillnad mellan egentlig tolkning (tydning av text) och utfyllning (hur luckor i avtalet ska fyllas). Den moderna metoden för att fastställa avtals innehåll innebär i stället att man gör en helhetsbedömning och tar hänsyn till många olika faktorer; vad parterna uttryckligen sagt och skrivit, vad parterna underförstått antagit, avtalets syfte och ändamål, hur parterna betett sig i samband med avtalsförhandlingarna och i samband med att de börjat fullgöra avtalet, dispositiv rätt och handelsbruk.” Om man bortser från att avtalstolkningen *alltid* krävt en helhetsbedömning med hänsyn tagen till samtliga relevanta faktorer (se t.ex. Förslag till lag om avtal (1914) s. 140), så, ja, det finns möjligen skäl att ifrågasätta om inte HD:s avtalstolkningsteknik på sistone fått drag av utfyllning. Men distinktionen har knappast kollapsat. Tvärtom kan man säga att HD i modern tid varit tydligare än någonsin tidigare med att markera var skillnaden mellan tolkning och utfyllning går (vilket kanske är en följd av domstolens relativa akademisering); se t.ex. NJA 2009 s. 672, NJA 2010 s. 559 och NJA 2013 s. 1190; se ang. äldre praxis J. Samuelsson, Tolkning och utfyllning s. 236 n. 627.

[84] Men underlaget för mönstret ifråga är så svagt att den retoriska effekten i princip uteblir.

När slutsatsen dras syftar HD naturligtvis tillbaka på hela det resonemang som förs i skälen och där är redogörelsen för det större, allmänna mönstret bara en avslutande del. Men HD menar uppenbarligen likafullt att den allmänna, normativa bakgrunden är relevant för rättsfrågans besvarande. Hur fungerar argumentet? Det är subtilt. (I det närmaste outtalat.) Kan blotta *iakttagelsen* att till exempel Hasselrot och Falkanger gjort vissa påståenden om läget enligt regler som inte var tillämpliga i den aktuella tvisten, eller omnämnandet av det förhållandet att tysk rätt har ett visst innehåll, eller att någonting visst föreskrivs i DCFR, påverka tolkningen av en given, svensk, konkret rättsregel? Ja, tydligen. Det blir då fråga om en harmoniserande manöver, där det individuella i någon mån (närmare bestämt i den utsträckning argumentet är relevant) underkastas det generella. Man kan påstå att det bara är fråga om bekräftelse, om stödargumentation. Men behövs den då? Är det inte snarare så att tekniken faktiskt gör skillnad? Och är inte risken att den kommer att tjäna som ursäkt för att lämna frågan, hur det konkret givna källmaterialet ska förstås, därhän? Jag noterar, utan att gå in på detaljer, att det i litteraturen har ifrågasatts om inte HD i just NJA 2014 s. 465 betonade det generella aningens för hårt, på det individuellas bekostnad.[85]

Mönstret kan även skönjas – och detta blir mitt sista exempel – i *NJA 2013 s. 659*. Detta är ett av de mest intressanta avtalsrättsliga avgörandena från senare år. Frågan var, som vi sett, om en representant för ett reseföretag som utan vare sig uppdrag eller firmateckningsrätt i företagets namn undertecknat ett avtal med en agent ändå hade företrätt reseföretaget med bindande verkan. Motparten gjorde gällande att behörighet förelegat genom någon av fullmaktstyperna ställningsfullmakt, toleransfullmakt eller kombinationsfullmakt. HD tog sig an denna fråga genom att först notera vad 10 § 2 st. AvtL föreskriver om ställningsfullmakt och hänvisa till tillämpningen av detta institut i NJA 2001 s. 191 I och II. Därefter redogjorde HD lika kort för de doktrinära konstruktionerna ”toleransfullmakt” respektive ”kombinationsfullmakt”, med hänvisningar till litteraturen. På det underlaget formuleras sedan följande principiella uttalande (domskälen p. 12):

[85] Så läser jag H. Andersson, Ansvaret vid andrahandsuthyrning – enhetlig regel kontra differentierad argumentationsstruktur, JT 2014/15 s. 533 ff. Jfr t.ex. undertonen i följande karakteristik (s. 556): ”[E]n kort och lättfattlig dom – som förenklar hanteringen genom att ge ett uniformt budskap om alla andrahandsupplåtelser (så att man slipper bedöma olika kontraktuella plikter och överenskommelser) […]” eller se, ang. temat tolkning av rättshandlingar, s. 554.

> ”Den som skapar en befogad tillit hos någon annan, om att han företräds av en behörig person i en viss avtalssituation, kan alltså bli bunden av personens handlande. Detta är en princip som gäller även i andra rättssystem och som avspeglas i olika internationella rättssammanställningar (jfr t.ex. Art. II. – 6:103 (3) Draft Common Frame of Reference).”

Den generella regeln här härleds, det intrycket ger skälen (”…kan *alltså* bli bunden…”), från det som tidigare sagts, det vill säga från HD:s redogörelse för fullmaktstyperna ställningsfullmakt, toleransfullmakt och kombinationsfullmakt. Det gör hänvisningen till DCFR till ett rent stödargument – och som i övriga fall där denna teknik används kan man fråga sig vad argumentet i så fall tillför (om slutsatsen nu ändå följde på en redogörelse för innehållet i svensk rätt) och på vilket sätt det är ett argument (konformitet med internationell rätt i största allmänhet (vilket DCFR egentligen inte säger mycket om) talar för en slutsats i fråga om hur svensk rätt är att förstå i ett visst avseende därför att…?[86]).

Jag undrar emellertid om det inte här är tvärtom, det vill säga, om det inte är så att innebörden i realiteten hämtas från den generella nivån för att sedan projiceras på det konkreta underlaget.

Vad får mig att misstänka det? Först och främst att den av HD fastslagna principen om tillitsgrundad fullmakt inte lojalt kan härledas från de doktrinära konstruktionerna ”toleransfullmakt” och ”kombinationsfullmakt”; dessa så kallade ”nybildningar i anslutning till ställningsfullmakten” bygger på Grönfors tanke att rättsföljden bundenhet inträder som sanktion, vilken ska göra det möjligt att förklara fullmaktens uppkomst utan att falla tillbaka på tillitsteorin, eller på någon annan enhetlig princip eller teori.[87] HD etablerar en *ny* princip (eller åtminstone en ny tolkning), som klart går utöver de gamla kategorierna.[88]

I NJA 2014 s. 684 fick HD tillfälle att ge principen från NJA 2013 s. 659 tydligare konturer. I skälen (p. 13) gör HD följande referat av sitt tidigare avgörande:

[86] Håstads svar: ”DCFR has also been used to demonstrate that Swedish law or the Supreme Court ruling is in line with foreign law, which can be of importance in the relevant business area or persuasive as regards the prudence of chosen solutions ([see e.g.] NJA 2013 p. 659)”; Håstad, DCFR Rules in the Swedish Supreme Court p. 184.

[87] Se t.ex. Grönfors–Dotevall, Avtalslagen. En kommentar, 4 uppl., Stockholm 2010 s. 141 ff.

[88] Se härtill Lindskogs tillägg till NJA 2014 s. 684, p. 1.

> ”Det rättsläge som kommer till uttryck i 2013 års fall kan beskrivas så, att utöver att en fullmakt kan vila på en huvudmannens viljeförklaring kan den under vissa förutsättningar ha sin grund i den tredje mannens befogade tillit.”

Det är emellertid inte vad som sägs i NJA 2013 s. 659. Däremot ekar det strukturen i den artikel i DCFR som åberopades i det målet. Den (DCFR II. – 6:103) har följande lydelse:

> (1) The authority of a representative may be granted by the principal or by the law.
> (2) The principal's authorisation may be express or implied.
> (3) If a person causes a third party reasonably and in good faith to believe that the person has authorised a representative to perform certain acts, the person is treated as a principal who has so authorised the apparent representative.

Det var bara regeln i tredje stycket som åberopades i 2013 års fall. Enligt HD har vi likafullt alltså numera att, i och med detta avgörande, räkna med en grundläggande distinktion mellan viljeförklaringsbaserade och tillitsbaserade fullmakter i svensk rätt – en struktur som tillsynes speglar innehållet i DCFR II. – 6:103.

Denna struktur är inte bara oförenlig med den grundsyn som kommer till uttryck i den doktrinära konstruktionen ”kombinationsfullmakt”[89] – en rättslig modernism, radikalt objektivistisk och väl avpassad efter nittonhundratalets juridiska ideal (juridik som social ingenjörskonst) – utan också svår att förena med den svenska avtalsrättens klassiska hållning till fenomenen vilja, tillit och förklaring. Viljeförklaringars innehåll bestäms ju hos oss efter en samlad bedömning av vilket intryck som förmedlats till mottagaren, objektivt sett, givet alla relevanta omständigheter.[90] Det befogade intrycket avgör. Varför skulle det göra skillnad att det specifikt är fråga om fullmakt?[91] Praxis ger inget stöd för det.[92] Att då skilja vilje-

[89] Jfr J. Samuelsson, Tolkning och utfyllning s. 436 f.

[90] Det gäller noga taget inte bara här utan, antar jag, i *alla* rättssystem. Hur skulle det annars vara? (Och det väcker frågan hur regeln i DCFR II. – 6:103 *egentligen* ska förstås.)

[91] Märk att ensidiga rättshandlingar i allmänhet också enligt DCFR (II. – 8:201 (1)) ska tolkas så som de rimligen kan förväntas bli förstådda av mottagaren.

[92] Tvärtom. NJA 1950 s. 86 – som Grönfors ville bygga sin ”kombinationsfullmakt” på – är ett gott exempel.

förklaringsbaserade rättshandlingar från tillitsbaserade är det nog ingen riktig mening med.[93] Kan man möjligen tycka.

***

Men HD har sett ner foten, så som HD gör, och måste göra. Och med varje steg förändras rättsläget. Men det kan alltså också vara så att HD har plockat upp en ny teknik, på vägen. Genom att, när det passar, läsa det direkt relevanta rättsliga materialet mot bakgrund av vad som gäller i allmänhet åstadkommer man en stödargumentation som vid första påseende är oantastlig (Vad kunde vara mer naturligt?) och oansenlig, men som i realiteten kan bidra till att förskjuta den aktuella frågeställningen – genom en harmoniserande manöver görs överensstämmelsen med det allmänna mönstret till tema för resonemanget och de primärt givna källtexterna hamnar ur fokus.

I detta sammanhang har DCFR kommit att spela en roll, eftersom reglerna där anses ge uttryck för rättsläget på det allmänna planet, i Europa, internationellt, eller bara i allra största allmänhet. Och så formas svensk rätt efter DCFR (och DCFR efter svensk rätt).[94] Tillsynes kan den vägen helt nya kategorier introduceras och ges materialitet, på tvärs med de etablerade.[95] Det behöver knappt märkas.

Detta är ett uttryck för civilrättens europeisering, i materiellt hänseende, men också, vilket kanske är mer intressant, metodologiskt. När något sker i svensk civilrätt, sker det traditionellt på låg höjd, nära marken.[96]

[93] Jfr Lindskogs tillägg till NJA 2014 s. 684 p. 2 och 3. Det är aldrig viljan i sig som är grunden, utan alltid förklaringen, eller med andra ord vad nu huvudmannen gjort för att till tredje man (eller mellanmannen) förmedla intrycket att mellanmannen givits behörighet. (Man kan knappast åstadkomma en hållbar distinktion bara genom att hänvisa till att det vid tillitsbaserade fullmakter måste vara fråga om en ”faktisk” tillit. Skulle mottagare av just fullmaktsförklaringar inte ha rätt att åberopa det befogade intrycket av den handlades agerande i något läge där mottagaren av en annan typ av viljeförklaring i motsvarande situation hade haft en sådan rätt? Nej, om något gäller möjligen det motsatta; se NJA 1974 s. 706.)

[94] Se ovan i och vid n. 25.

[95] Man kan fråga sig varför en nationell högstainstans skulle *vilja* göra någonting sådant, dvs. bidra till att det inhemska materialet förlorar i värde. Niglia, The Struggle for European Private Law s. 96, finner det intressant att svenska HD har valt att åberopa DCFR just med tanke på att manövern försvagar den inhemska rättsliga materians ställning i tolkningshänseende.

[96] Ett tecken på att den harmoniserande tolkningens teknik faller utanför gängse me-

Det gäller i synnerhet utvecklingen i rättstillämpningen.[97] Ett harmoniserande tillämpningsresonemang blir ofrånkomligen mer abstrakt och därmed ökar också de systematiska insatserna. (Sen när kliver HD in i rättsvetenskapliga strider med den typ av anspråk som restes i NJA 2013 s. 659?) Men jag klagar inte. Inte alls. Som rättsvetare kan man se utvecklingen an med spänd förväntan.

todologiska ramar skulle, t.ex., kunna vara att H. Andersson i sin kommentar till NJA 2014 s. 465 (”Ansvaret vid andrahandsuthyrning – enhetlig regel kontra differentierad argumentationsstruktur”) trots en detaljerad och inträngande analys (bestående i ”oändliga kaskader” av ord (s. 556)) i princip förbigår p. 14 i skälen med tystnad. På s. 537 konstateras: ”Vidare anför HD (domskäl nr 14) att den specifika regleringen bör ses mot bakgrund av vad som *i allmänhet gäller för nyttjanderätter*. Denna tematik berör därmed generella iakttagelser om ansvaret vid hyra av lös egendom – inte den speciella regeln om fastighetshyra.” DCFR nämner förf. inte alls. Det ger intrycket att p. 14 i skälen och det konkreta innehållet där var irrelevant för utgången. Och det *borde* det ju ha varit.

[97] Herre, DCFR och svensk rätt s. 933, har hävdat att det nog inte finns någon direkt motsättning mellan typisk nordisk pragmatism och att låta systematiska överväganden fälla avgörandet när lösningen på ett visst, icke lagreglerat problem ska väljas. Nej, det har ju som sagt blivit lite av en trend att se det så … men, och det kan vara budskapet i den här artikeln, man ska inte underskatta de *spänningar*, i relationen till det individuella underlaget, som harmoniserande läsningar ofrånkomligen ger upphov till.

Fredrik Wersäll

Europarätten och svenska domstolar – några reflektioner

Europarätten har haft betydande effekter på domarrollen och för domstolarnas rättskipande verksamhet. Trots detta har diskussionen om europarättens inflytande varit begränsad i domstolarna. I jämförelse med den livaktiga diskussion som finns inom särskilt rättsvetenskapen är denna iakttagelse påtaglig. Genom europarättens allt mer påtagliga genomslag har dock medvetenheten om nödvändigheten av att domarnas förhållningssätt till europarätten diskuteras blivit mer tydlig. Artikeln tar upp denna fråga i belysning av ett antal exempel från Svea hovrätts och andra domstolars vardag. Exemplen visar inte bara europarättens inflytande, utan också att tolkningsfrågorna kommer i fokus. Avslutningsvis betonar författaren att europarätten bör på ett tydligare sätt bli en integrerad del av vår lagstiftning, i stället för att ses som en särskild disciplin. Ett sådant perspektiv bör genomsyra också juristutbildningen.

1 Inledning

Jag läste juridik i Uppsala åren 1971 till 1976. Det var en mycket stimulerande tid. Institutionen hade många engagerade lärare. Inte minst många av professorerna var färgstarka personer, som Stig Strömholm, Stig Jägerskiöld, Anders Agell och Alvar Nelson. En omständighet som jag dock minns att jag tyckte var något negativ var att juridiken var så nationellt präglad. De internationella inslagen var få. Det nordiska perspektivet var i och för sig levande i hägnet av det utvecklade och intensiva nordiska lagstiftningssamarbete, men det internationella perspektivet i övrigt var begränsat och förekom huvudsakligen inom folkrättsämnet. Den enda engelska litteratur som förekom var en kortfattad skrift om FN-systemet.

Det förekom att studiekamrater åkte utomlands för studier, närmast Collège d'Europe i Brygge, men de var få. Detta nationella förhållningssätt präglade såväl studierna som arbetslivet för de flesta jurister, särskilt i domstol. Förhållandena var i stort sett oförändrade fram till EU-inträdet 1995. Jag var då tjänsteman på justitiedepartementet med ansvar för bl.a. den straffrättsliga lagstiftningen. Vi insåg inte alls vidden av den förändring som skulle komma. Effekterna på straffrätten, som angavs tillhöra kärnan i den nationella lagstiftningen, bedömdes som små. Inte heller inkorporeringen av Europakonventionen i svensk lag bedömdes ha några mer dramatiska effekter – vi var ju ändå bundna av konventionen och Europadomstolens uttolkning av den.

Den politiska diskussionen kring EU-medlemskapet kretsade inte heller kring lagstiftningsfrågorna. Riksdagens minskade makt var i och för sig i fokus, men att medlemskapet skulle få de effekter det faktiskt fått på det svenska rättslivet fanns ingen politisk diskussion om, såvitt jag kan minnas. Enligt riksdagsmän som jag talat med är det fortfarande så att europarätten och vår bundenhet av den och de effekter den får inte är någon riktigt het fråga i riksdagen, trots att den numera upptar huvuddelen av regeringskansliets arbete med lagstiftningsfrågor. Enligt dåvarande riksdagsmannen, numera EU-parlamentarikern, Peter Eriksson är riksdagens huvuduppgift numera i huvudsak att fastställa budgeten – lagstiftningen har hamnat i skymundan, eftersom den i så stor utsträckning styrs från Bryssel. Samtidigt har det inte funnits någon önskan i något politiskt läger att tydliggöra detta förhållande. Peter Eriksson beskrev det så vid ett seminarium att man i riksdagens vardagsarbete kunde få intrycket att Sverige fortfarande stod utanför EU.

Inte heller i våra domstolar har funnits någon riktig beredskap för den utveckling som skulle komma. Det kanske i viss mån beror på avsaknaden av en tydlig politisk diskussion om europarättens ökade inflytande. Utveckling har kommit krypande. I den akademiska världen har frågan om europarättens inflytande varit intensiv, men den har inte i någon större utsträckning påverkat det vardagliga arbetet i våra domstolar, särskilt inte på den allmänna sidan. Under senare år har dock diskussionen tagit fart. Ett exempel är den intressanta diskussionen mellan hovrättsrådet Carl Josefsson och professorn Joakim Nergelius i Svensk Juristtidning tidigare i år (SvJT 2015 s. 40, 85 och 218). Jag tänkte i denna artikel något belysa min syn på denna utveckling och ventilera några tankar på hur vi i domstolarna skulle kunna bli bättre på att på ett medvetet och likformigt

sätt tillägna oss det europarättsliga perspektivet. Jag tänkte också belysa europarättens effekter på vardagen i hovrätten genom några rättsfall.

2 Avgränsning

Ämnet för denna artikel är stort och kan göras i princip hur brett som helst. Inom ramen för det trots allt begränsade format som en artikel av detta slag medger måste ämnet avgränsas. Perspektivet är därför i huvudsak avgränsat till den utsikt som min position i Svea hovrätt medger. Jag är medveten om att härigenom utelämnas stora delar av den påverkan på det svenska rättslivet som europarätten leder till. Jag är också medveten om att mina kunskaper om europarätten som sådan är begränsad, särskilt i jämförelse med de välrenommerade akademiker som verkar på våra juridiska fakulteter och inte minst de med specialinriktning på europarätt inom sin forskning. Det är väl inte uteslutet att en och annan tanke från min sida i det perspektivet kan framstå som något ytlig eller naiv, men det är en risk man får ta när man ger sig ut på djupt vatten i den rättsliga diskussionen.

3 Utvecklingen av domarrollen

3.1 Den svenske domaren

År 2014 firade Svea hovrätt sitt 400-årsjubileum. För oss i hovrätten var detta en stor händelse. Att verka i en institution som haft en och samma samhällsuppgift sedan 1614 var högtidligt. När vi diskuterade vad vi skulle göra av jubiléet kom vi fram till att vi skulle ta detta tillfälle att försöka initiera en bred diskussion om domstolar och domare. En festskrift producerades med ett trettiotal författare.

I många av artiklarna var domarrollen i fokus. Detta var intressant, inte minst med tanke på hur rollen utvecklats under de århundraden som hovrätten verkat. Av särskilt intresse för frågan om europarättens inflytande är den rättsliga miljö under vilken hovrättens första domare, 1600-talets hovrättsjurister, verkade. Miljön var inte helt olik den som idag råder och parallellerna är flera. Genom att Sverige hade relativt begränsad skriven lag fick rättsliga influenser sökas utifrån, huvudsakligen med det europeiska perspektivet. Den lärda elit som befolkade hovrätten var också i regel skolad i den internationella miljön. Normkonkurrens och normutfyllnad var, som idag, vanliga företeelser. En annan likhet

var att relationen politik/juridik var komplicerad och känslig. Samtidigt måste dagens återhållsamma domarkultur ses också i sin mer nutida kontext.

En självständig domarmakt i meningen en tredje oberoende statsmakt, vid sidan av den lagstiftande och verkställande, har i formell mening mer tydligt manifesterats först genom 2011 års förändringar i regeringsformen. Hovrättens ursprungliga roll och även dess föregångares, var att utöva konungens domsmakt. Sammanblandningen mellan hovrätten och den styrande makten var stor under 16- och 1700-talen. Riksdrotsen var inte bara rikets främste rättslige ämbetsman utan också samtidigt hovrättens president. Såsom flera artikelförfattare påpekade i festskriften gav 1809 års regeringsform i och för sig uttryck för ambitionen att skapa en självständig domarmakt. Men kungamaktens starka ställning bestod. Konungens formella medverkan i den högsta domsmakten upphävdes först 1909, även om det var mycket sällsynt att den utövades efter det att Högsta domstolen inrättades år 1789. Ända fram till 1974 utfärdades de högsta domstolarnas domar i konungens namn.

Inte heller 1974 års regeringsform kan sägas ge uttryck för en tydlig maktdelning. Folksuveräniteten betonades. Domstolarna sågs närmast som en gren av förvaltningen och i regeringsformen reglerades domstolarna i samma kapitel som de regeringen underställda förvaltningsmyndigheterna. Detta var, som många understrukit, en produkt av tidsandan. I en schism mellan utrikesminister Östen Undén och regeringsrådet Gustaf Petrén om lagprövningsrätten på 50-talet hotade Undén med utvotering genom riksdagens opinionsnämnd mot eventuella expansionistiska justitieråd.

Det hindrar inte att domstolarna, och inte minst hovrätten, genom historien ändå betonat sin självständighet och tydligt markerat mot politisk inblandning i dömandet. Det gäller oavsett om det rört sig om reaktioner på kungens under hand givna synpunkter på mål mot egna gunstlingar under 1600-talet eller nutida försök att påverka dömandet i enskilda fall där hovrättsavgöranden uppfattas som politiskt inkorrekta.

Europarättens inträde har gjort denna relation än mer känslig. EU-rättens alltmer dominerade inflytande, europakonventionens allt större betydelse och den förändrade synen på inflytandet från andra konventioner och internationella instrument leder till att det juridiska klimatet och gränserna för domarmakten tydligt har förskjutits. Det är uppenbart att den demokratiska spelplanen har förändrats. I en initierad krets, huvud-

sakligen inom rättsvetenskapen, har frågan diskuterats. Men i övrigt har det varit rätt tyst.

Domarkultur är mjukvara. Genom vår långa demokratiska tradition tar vi kanske den för självklar. Vad kännetecknar en svensk domare? Flera författare i jubileumsskriften är inne på denna fråga. Elisabet Fura, med sitt internationella perspektiv, lyfter fram egenskaper som lagspelare snarare än solist, präglad av myndighetskulturen och lojal med lagstiftaren, snarare än aktivist. Svea hovrätts och andra överrätters domarutbildning präglas i betydande utsträckning, såväl nu som historiskt, av svensk förvaltningskultur, opartiskhet och lojalitet mot uppgiften, snarare än personliga övertygelser.

Alicia Nilsson, assessor i hovrätten, skrev en mycket intressant och reflekterande artikel kring sina erfarenheter efter ett år i Kosovo, ett land med ytterst stora problem i domstolsväsendet. Hennes tes, som jag tolkar den, är att den stora skillnaden mellan Sverige och Kosovo, beträffande domares förutsättningar att utöva sitt ämbete inte är skillnader beträffande den materiella och processuella lagstiftning, utan snarare skillnader i domarkultur. Korruptionen i Kosovo är utbredd, lojaliteten hos domarna är snarare mot den egna samhällsgruppen än lagstiftaren, misstron från medborgarna är total och domaryrkets status är låg. Alicias slutsatser är att den svenska domaren, med sin plikttrohet, ödmjukhet och tradition av förhandling och medling kan göra stor nytta i det internationella arbetet för att sprida en god rättskultur.

Utvecklingen kan kanske sammanfattas så att den svenska förvaltningstraditionen och synen på domstolarnas roll i samhället skapat en domarroll som, relativt sett, är något återhållsam. Vår domarutbildning och det förhållandet att den absoluta majoriteten av våra domare har den bakgrunden har säkert understött en sådan utveckling.

3.2 Ändrade förutsättningar

Det är emellertid ingen tvekan om att nya förutsättningar för synen på domstolar och domare har inträtt under senare år. En vattendelare var EU-inträdet 1995. Den tydligaste tendensen i detta avseende är den utveckling som skett i EU-inträdets spår, att viktiga politiska frågor avgörs av domstolar istället för av politiska församlingar. Frågan uppmärksammades tidigt bl.a. av Demokratiutredningen.[1]

[1] SOU 1999:58.

Genom internationaliseringen har formerna för normgivning förändrats. Merparten av den lagstiftning som idag antas av Sveriges riksdag är i ett eller annat avseende beroende av EU-rätten. Den lagstiftning som antas inom unionen är av helt annan karaktär än den traditionellt svenska. Den har ofta tillkommit genom politiska förhandlingar, snarare än genom traditionellt lagberedningsarbete som vi är vana vid. Tolkningshjälpmedel av de svenska förarbetens slag saknas i regel.

Internationaliseringen har lett till nya förutsättningar för domstolarna. Det finns en normkonkurrens att ta hänsyn till på ett annat sätt än tidigare. Här har inte bara EU-rätten spelat in. Inkorporeringen av Europakonventionen har visat sig få en dramatisk betydelse. Och även om lagstiftningen inte underkänns utgör internationella instrument i allt högre utsträckning tolkningshjälpmedel för tolkningen av den svenska rätten. De åtaganden som följer av Sveriges anslutning till barnkonventionen är ett utmärkt exempel på detta.

Även om detta inte är helt nya förhållanden är det ingen tvekan om att landskapet förändrats. Ingen kan idag på allvar frånkänna domstolarna rätten – och skyldigheten – att ta ställning i frågor om normkonflikter.

3.3 Utvecklingslinjer

Mot bakgrund av de senaste årens utveckling är det sannolikt att domstolarnas ställning ytterligare kommer att förstärkas. Den internationella rättens inflytande kan förväntas att öka, inte minst genom en ökad medvetenhet från parter och ombud om dess betydelse. Det har blivit vanligare att parter åberopar att den nationella rätten kommer i konflikt med en internationellt antagen norm. Genom att ställningstagande till normkonflikter på olika nivåer blir en del av vardagen vinner domstolarna terräng på politikernas bekostnad. Att dessa normkonflikter kan vara av nationell karaktär blir också alltmer tydligt. Exempel på detta är att talan om ersättning väcks direkt med stöd av RF, på samma sätt som det förekommer ersättningsmål direkt med stöd av Europakonventionen. Ett färskt exempel att bestämmelserna i RF kan användas för en tolkning som avviker från en lagbestämmelses ordalydelse är majoritetsmeningen HD:s beslut den 12 juni 2015 i plenimålet Ö 2481-13.

Högsta domstolen avgörande i det s.k. Mangamålet (NJA 2012 s. 400) visar att TF och YGL kan åberopas för att sätta åsido eller i vart fall tolka bort en kriminalisering genom lag som dittills ansett tydlig och som på ett klart sätt beskrivits i lagens förarbeten. Att en sådan argumentering

inte väcker särskilt mycket uppseende är ett tecken på att vi börjar bli allt mer vana vid att domstolar gör en sådan operation.

Utvecklingen av dömandet i Högsta domstolen under senare år understryker således denna utveckling. Det är uppenbart att Högsta domstolen alltmer ser sin roll som rättsskapande och inte bara som rättsbildande. Domarna angående påföljd för narkotikabrott under 2011 och 2012 kan sägas vara exempel på detta. Högsta domstolen har här avvikit från en sedan länge etablerad påföljdspraxis på ett dramatiskt sätt utan att lagstiftaren varit inblandad. Den självmedvetenhet och det självförtroende som därigenom manifesterats åskådliggörs i justitierådet Stefan Lindskogs tilllägg i NJA 2012 s. 535.

I och med att domstolarnas relativa makt förstärks kan antas att synen på domstolarna förändras. Från maktdelningssynpunkt bör kunna antas att domstolarna erkänns som den tredje statsmakten. Det kan antas förstärka domstolarnas konstitutionella särställning, såväl i förhållande till den politiska makten som i förhållande till andra myndigheter.

En annan utvecklingslinje är att ytterligare frågor läggs på domstolarna. Vissa frågor av förvaltningskaraktär har i och för sig förts från domstolarna, exempelvis lagfart och inteckningar. Det är dock en tydlig tendens att sådant som innefattar konfliktlösning läggs på domstol, antingen som överprövning eller i första instans.

Frågor som av tradition hanterats politiskt prövas numera av domstolar. Ett exempel på detta är mark- och miljödomstolarna. Frågor om tillåtligheten av stora industriprojekt eller infrastruktursatsningar avgörs idag av domstolar, trots den uppenbart politiska dimensionen av besluten. Även i övrigt har ansvar överförts från regeringskansliet till domstolar, såsom migrationsfrågorna. Avsikten har varit dels att avbörda de politiska organen en och annan het potatis och dels att skapa större trovärdighet i prövningsförfarandet.

3.4 Domarnas ställning stärks

En rimlig utgångspunkt, mot bakgrund av den utveckling som ovan beskrivits, borde vara att domarnas ställning stärks. Det leder till att domarnas makt ökar. När mycket komplexa frågor, exempelvis inom miljöområdet, läggs på domstol ökar också behovet av en mycket professionell och välutbildad domarkår.

Det behöver i och för sig inte innebära att domarnas tradition av återhållsamhet i profilen förändras – den bygger på goda svenska äm-

betsmannatraditioner. Men frågor som rekryteringsförutsättningar och lönenivåer borde rimligen påverkas. Domare kommer i allt mindre utsträckning att betraktas som vilken tjänsteman som helst. Men domarnas ställning påverkas också av domarnas självbild. Det måste finnas en medvetenhet om domstolarnas betydelse och en yrkesstolthet som bär upp ansvaret. Utan att förhäva sig och med iakttagande av lämplig ödmjukhet måste domarna själva driva sina frågor målmedvetet och med ett genomtänkt förhållningssätt.

Samtidigt är en av de viktigaste frågorna för framtiden för oss domare vad denna utveckling gör med domarrollen. Vi har enligt min uppfattning alltjämt ett trevande förhållningssätt till konflikten mellan svensk och internationell rätt. Vilka metoder ska användas vid tolkning av den internationella rätten och EU-domstolens och Europadomstolens avgöranden? Hur ska vi göra när olika rättigheter krockar med varandra, vilket kommer att bli allt vanligare? Var går gränsen för domarmakten? Finns det en risk för politisering av de högsta domarämbetena? Detta är frågor som diskuterats allt för lite.

3.5 Nordisk rättslig tradition

En av orsakerna till att diskussionen om de förändringar i rättslivet som den europeiska integrationen lett till har varit i viss mån begränsad är rimligen vår fasta förankring i den nordiska rättsliga traditionen. Våra nordiska länder vilar, som dåvarande presidenten i Finlands högsta domstol Pauliine Koskelo påpekat[2], på ett i viss mån annat politiskt och rättsligt fundament än många andra europeiska länders historia utvisar. Vi har ett gemensamt fundament som konstitutionellt förankrade rättsstater. Demokrati, rätt och rättsstatlighet hör ihop. Inom detta område har vi med viss rätt kunnat vara relativt belåtna med utvecklingen, i jämförelse med många andra länder.

För vår del har den europeiska integrationen i stor utsträckning haft ekonomiska orsaker. Avsikten har varit att genom fri rörlighet för personer, kapital och tjänster inom Europa främja vårt lands ekonomiska utveckling. Den rättsliga integrationen, som i och för sig varit en förutsättning för den ekonomiska integrationen, har nog på politisk nivå uppfattats som i viss mån en biprodukt i förverkligandet av det egentliga syftet med integrationen.

[2] Domare, lagstiftare och professorer, SvJT 2014 s. 620 ff.

Också införlivandet av Europakonventionen i svensk rätt uppfattades förmodligen på politisk nivå som relativt odramatisk. Vad har Sverige, med våra rättsliga traditioner, att lära vad avser mänskliga rättigheter?

4 Europarätten i praxis – några exempel

4.1 Perspektiv

Som anförts är europarätt idag en del av vår vardag. Lika lite som vår inhemska lagstiftning är dock europarätt någon enhetlig företeelse. Dess påverkan är mycket varierande. Något enhetligt perspektiv går därför inte att anlägga. Tvärtom leder inte minst regelverkets natur och sammanhanget till vitt skilda bedömningar och helt olika tolkningsförutsättningar. För att åskådliggöra detta har jag valt några exempel. Inte minst på det miljörättsliga området visar exemplen också på det känsliga samspelet med de politiska organen. Att europarätten ska uppfattas som ett politiskt redskap blir med detta perspektiv uppenbart.

4.2 Örndalen

I februari 2015 meddelade Mark- och miljööverdomstolen dom (MÖD 2015:3) i ett mål rörande dispens enligt Artskyddsförordningen (SFS 2007:845). Bakgrunden i målet var följande.

Bolaget Örndalen Exploatering AB hade för avsikt att etablera en skid- och turistanläggning i området Skorvdalen i Härjedalens kommun. Projektet, som gick under namnet projekt Örndalen, omfattade investeringar med ca två miljarder kronor avseende liftar, pister, boende och annan service, och bedömdes långsiktigt ge 300 årsarbeten. I omedelbar anslutning till den planerade anläggningen låg ett örnrevir med tre bebodda kungsörnsbon.

Artskyddsförordningen innehåller regler om förbud p.g.a. fridlysning och regler om dispens från sådana förbud. Reglerna härstammar från EU:s två s.k. naturvårdsdirektiv; art- och habitatdirektivet samt fågeldirektivet. De för målet relevanta bestämmelserna var 4 och 14 §§ artskyddsförordningen. I 4 § föreskrivs, såvitt nu är av intresse, att det i fråga om vilda fåglar är förbjudet att avsiktligt störa djur, särskilt under deras parnings-, uppfödnings-, övervintrings- och flyttningsperioder, och att skada eller förstöra djurens fortplantningsområden eller viloplatser. I 14 § stadgas, också såvitt nu är av intresse, att länsstyrelsen i det enskilda

fallet får ge dispens från förbuden i 4 § om sådan behövs av hänsyn till allmän hälsa och säkerhet eller av andra tvingande skäl som har ett allt överskuggande allmänintresse.

Örndalen Exploatering AB ansökte under 2013 hos Länsstyrelsen i Jämtlands län om dispens enligt 14 § från förbudsregeln i 4 § för att kunna genomföra projekt Örndalen. Länsstyrelsen ansåg att projektets utformning och storlek kunde bedömas medföra betydande positiva effekter på ekonomin och möjligheterna att upprätthålla såväl social som annan service inom Härjedalens kommun, att de investeringar som projektet omfattade skulle bli särskilt betydande som underlag för sysselsättning, inflyttning, offentlig och privat service samt infrastruktur, och att det därför förelåg sådana tvingande skäl med ett allt överskuggande samhällsintresse som avses i 14 §. Länsstyrelsen, som även ansåg att förutsättningarna för dispens i övrigt var uppfyllda, lämnade därför dispens för projektet.

Naturskyddsföreningen och Sveriges Ornitologiska Förening överklagade beslutet till mark- och miljödomstolen i Östersund. Mark- och miljödomstolen ansåg att det inte hade visats att allmänintresset av exploateringen var av sådan påtaglig vikt att tvingande skäl som har ett allt överskuggande allmänintresse kunde anses föreligga och upphävde således länsstyrelsens beslut om dispens. Bolaget överklagade beslutet till Mark- och miljööverdomstolen.

Mark- och miljööverdomstolen inledde med att pröva om etableringen av anläggningen stod i strid med 4 § artskyddsförordningen och uppehöll sig därvid särskilt vid frågan om etableringen kunde anses innebär ett avsiktligt störande av kungsörnarna. Domstolen beaktade dels hur EU-domstolen resonerat kring begreppet avsiktligt i ett mål avseende art- och habitatdirektivet, dels vad EU-kommissionen anfört om begreppet i ett dokument om vägledning om skydd för djurarter i enlighet med art- och habitatdirektivet. I det sistnämnda anfördes bl.a. att ”avsiktliga gärningar är gärningar som utförs av en person som vet […] att hans gärning sannolikt kommer att orsaka skada för en djurart, men strävar efter att åstadkomma denna skada, eller åtminstone medvetet accepterar det förutsägbara resultatet av gärningen”. Mark- och miljööverdomstolen konstaterade att det framstod som högst sannolikt att verksamheten skulle störa kungsörnarna i den mening som avses i 4 § och att det stod klart att bolaget insett denna risk men ändå avsåg uppföra anläggningen. Mot bakgrund av detta fann Mark- och miljööverdomstolen att den pla-

nerade etableringen var att anse som avsiktligt störande i den mening som avses i 4 §.

Vad därefter gällde frågan om undantaget i 14 § var tillämpligt, ansåg Mark- och miljööverdomstolen, återigen med hänvisning till en av EU-kommissionen upprättad skrift om vägledning avseende art- och habitatdirektivet, att begreppet ”andra tvingande skäl som har ett allt överskuggande allmänintresse” skulle ges en restriktiv tolkning och att kraven på det överskuggande allmänintresset måste sättas högt. Även med beaktande av att etableringen skulle innebära ca 300 nya arbetstillfällen, en fortsatt utveckling av turismen med långsiktiga ekonomiska och andra fördelar för Härjedalens kommun samt varaktigt bidra till en ökad befolkning och fler arbetstillfällen, kom Mark- och miljööverdomstolen till slutsatsen att bolagets projekt inte var av sådan påtaglig vikt att tvingande skäl som har ett allt överskuggande allmänintresse kunde anses föreligga. Domstolen fann därmed att det inte förelåg tillräckliga skäl för dispens och avslog överklagandet.

Av särskilt intresse enligt min mening är tolkningen av begreppet ”avsiktligt”, särskilt som det får stora konsekvenser, vilket förevarande fall visar. Motsvarande begrepp inom straffrätten är föremål för en omfattande doktrin och olika länders tolkning skiljer sig åt. Frågan blir särskilt intressant när det som i detta fall inte kan visas att syftet med åtgärden är att störa djuren och att en sådan störning inte heller är nödvändigt förbunden med åtgärden. Som jag tolkar domen är det i stället fråga om ett kvalificerat medvetet risktagande. Hovrättens bedömning ligger här nära vårt likgiltighetsuppsåt inom straffrätten. En djupare analys av rättsfallet, gärna med referenser till hur begreppet avsiktligt tolkas i andra länder skulle onekligen vara intressant

4.3 Nordkalk

Bolaget Nordkalk, som redan har kalkbrott på Gotland, ansökte 2007 om att få tillstånd till att öppna ett nytt brott på cirka 150 hektar. Området för det tänkta kalkbrottet är, liksom många kalkrika områden, mycket naturskönt och hyser många växtarter som är kalkälskande och i vissa fall skyddade. Området är också känsligt för vattenförsörjningen, något som är problematiskt på Gotland.

Området var sedan tidigare utpekat som riksintresse för mineralbrytning. Samtidigt ingick området också i ett riksintresse med särskild värdefull naturmiljö. Området gränsar till ett Natura 2000-område.

Bolaget anförde till stöd för sin ansökan att området innehöll kalk av särskild hög kvalité, av betydelse för främst svensk stålindustri och att förutsättningar för annan lokalisering saknades. Ansökan bestreds av bl.a. Naturvårdverket och en lång rad organisationer med anknytning till naturskyddet. Också en rad enskilda i närheten av området bestred ansökan. Argumenten hänförde sig framför allt till skada på naturmiljön, risker för påverkan på Natura 2000-området och risker för vattenförsörjningen.

Dåvarande miljödomstolen avslog ansökan med hänsyn till åberopade risker med verksamheten. Miljööverdomstolen – med mig som ordförande – biföll ansökan med åberopande av vikten av den planerade verksamheten och i belysning av de begränsningar och kontroller som bolaget påtagit sig för att minska risken för omgivningen. De närmare villkoren för verksamheten skulle bestämmas av underinstansen, mark- och miljödomstolen, i en ny process.

Domen överklagades till Högsta domstolen, som inte gav prövningstillstånd.

När sedan mark- och miljödomstolen skulle pröva villkoren för verksamheten kom domstolen fram till att omgivningspåverkan var sådan att det inte fanns förutsättningar att föreskriva villkor för verksamheten. Bolaget skulle således inte medges att bedriva verksamheten, trots att Mark- och miljööverdomstolen förklarat den tillåtlig.

Domen överklagades till Mark- och miljööverdomstolen, som ändrade beslutet och medgav verksamheten och föreskrev under vilka villkor den fick bedrivas.

Denna dom överklagades av bl.a. Naturvårdsverket till Högsta domstolen, som denna gång beviljade prövningstillstånd. I en dom – vi är nu framme vid 2013 – undanröjde Högsta domstolen Mark- och miljööverdomstolens dom och skickade tillbaka målet till mark- och miljödomstolen. Högsta domstolen fann att EU-rätten krävde att när en verksamhet, som i detta fall, kan påverka ett Natura 2000-område måste alla förutsättningar för den påverkan prövas slutligt i ett sammanhang. Mark- och miljööverdomstolens prövning av först tillåtligheten och därefter vilka villkor som skulle gälla för den då tillåtna verksamheten stred enligt Högsta domstolen mot EU-rätten.

Målet har därefter prövats igen av mark- och miljödomstolen, som denna gång kommit fram till att verksamheten ska tillåtas och föreskrivit under vilka villkor den ska bedrivas. Denna dom har överklagats till Mark- och miljööverdomstolen, som beviljat prövningstillstånd. Målet

var planerat att avgöras under våren 2015. Dessförinnan begärde dock Naturvårdsverket att regeringen skulle klassa området för den tänkta brytningen som Natura 2000-område. Med hänsyn till att en sådan klassning skulle kunna påverka domstolens bedömning vilandeförklarade hovrätten målet till den 31 augusti 2015. Vid ett extra regeringssammanträde den dagen beslutade regeringen att området för det tänkta kalkbrottet ska ingå i ett utvidgat Natura 2000-område. Vad som händer med målet i domstolen är i skrivande stund oklart.

Hela processen har omgärdats av mycket stor publicitet. Domarna har ventilerats och kommenterats i radio och tv, dagspress, fackpress och i juridiska tidskrifter. Europeiska kommissionen har engagerat sig i ärendet genom olika frågor, vilket föranlett en del höjda ögonbryn såväl här i hovrätten som i Högsta domstolen.

Målet aktualiserar tolkning av svårbedömd EU-rätt, med bristfälliga förarbeten och mycket lite praxis till ledning för bedömningen. Också inslag av normkonflikter mellan inhemsk rätt och EU-rätt finns i målet. Samtidigt åskådliggör målet och inte minst kommissionens agerande tydligt den politiska kontext inom vilken europarätten på miljöområdet ska tolkas. De intresseavvägningar som görs inom miljörätten är inte sällan sådana som det annars vore naturligt för de politiska organen att ta ansvar för.

4.4 Skuldsanering

Den 17 december 2014 gav vi i hovrätten ett beslut i ett mål om skuldsanering, som jag tycker har ett visst intresse vad avser tolkningen av EU-rätt (mål nr ÖÄ 8855-14).

Enligt 4 § första stycket skuldsaneringslagen (2006:548) är en förutsättning för att skuldsanering ska beviljas att gäldenären har hemvist i Sverige. Med hemvist avses att gäldenären har sin stadigvarande bosättning här i landet.

Den ansökan om skuldsanering som prövades i målet avsåg en kvinna som var bosatt och folkbokförd i England och saknade således hemvist här. Huvuddelen av hennes skulder hade dock uppstått i Sverige. Frågan i målet var om det fanns förutsättningar att inleda ett skuldsaneringsförfarande.

I ett förhandsavgörande den 8 november 2012[3] fann EU-domstolen att skuldsaneringslagens krav på att gäldenären har hemvist i Sverige kan avskräcka en gäldenär från att lämna Sverige för att arbeta i en annan medlemsstat, och att kravet således strider mot unionslagstiftningens bestämmelse om fri rörlighet för arbetstagare (artikel 45 FEUF). Det kan således konstateras att den svenska lagstiftningen underkändes i detta avseende av EU-domstolen.

Enligt Kronofogdemyndigheten kunde dock förhandsavgörandet inte tolkas så att det förhindrade att en prövning gjordes av om sökanden hade en sådan stark faktisk anknytning till Sverige att skuldsanering kan komma i fråga. Beslutet får tolkas så att denna prövning har sitt stöd i hemvistkravet i 4 § första stycket. Kronofogdemyndigheten fann att sådan anknytning till Sverige som är en första förutsättning för skuldsanering i inte förelåg och avslog ansökan.

Tingsrätten avslog kvinnans överklagande.

Frågan i hovrätten var, lite förenklat, om det funnits formella förutsättningar att göra en prövning av anknytningen på det sätt som Kronofogdemyndigheten gjort, trots att EU-domstolen underkänt hemvistkravet, på vilket Kronofogdemyndighetens beslut vilade. Av förarbetena till lagstiftningen (prop. 2005/06:124 s. 62 f.) framgick att avsikten med hemvistkravet varit att föreskriva ett behörighetskrav som innefattar en stark reell anknytning till Sverige.

I beslutet angav hovrätten att utgångspunkten ska vara att lagstiftningens föreskrifter ska upprätthållas, med de inskränkningar som kan följa av EU-rätten. Det innebar, enligt hovrätten, att lagen ska ges en tolkning som ligger så nära den svenska lagstiftningens syfte som möjligt, men som samtidigt överensstämmer med de krav som EU-rätten uppställer (fördragskonform tolkning). Hovrätten – majoriteten – fann att EU-domstolens avgörande inte förhindrade att hemvistkravet gavs den betydelsen att det avsåg en stark reell anknytning till Sverige och avslog överklagandet.

En ledamot var skiljaktig och fann att det inte var tillfredsställande att uppställa ett alternativt behörighetskrav, som inte framgick av lagstiftningen, när EU-domstolen funnit att hemvistkravet, så som det var utformat i lagen, stred mot EU-rätten. En sådan förändring borde kräva medverkan av lagstiftaren.

[3] Mål nr C-461/11.

Målet aktualiserar i viss utsträckning en fråga om tolkningsmetod vid normkonflikter med europarätten. Jag har tidigare i olika sammanhang förordat en något försiktig hållning vad avser att underkänna svensk lag med hänsyn till innehållet i europarätten. Enligt detta, något förenklade, förhållningssätt, var det min utgångspunkt (jag var ordförande i målet) att förhandsavgörandet skulle ges en tolkning som var lojalt med syftet i EU-domstolens avgörande, men som samtidigt innebar så små ingrepp i svensk lagstiftning som möjligt. Enligt min uppfattning borde således förhandsavgörandet kunna ges den betydelsen att hemviskravet underkändes bara i den utsträckning det stred mot bestämmelserna om fri rörlighet. Att skuldsanering kräver en stark reell anknytning till landet kan inte ges den betydelsen.

Nu kommer förmodligen Högsta domstolen inte att pröva denna intressanta fråga, eftersom regeringen tänkt lösa oklarheten lagstiftningsvägen (DS 2015:32).

4.5 Utländska lotterier

Målet aktualiserar frågan om EU-rättens påverkan inom straffrätten.

Våren 2005 åtalades Expressens respektive Aftonbladets dåvarande chefredaktörer tillika ansvariga utgivare för brott mot lotterilagen, bestående i att de som chefredaktörer och ansvariga utgivare främjat deltagande i lotterier som anordnats utomlands genom att i tidningarna publicera annonser från ett antal utländska spelbolag.

Chefredaktörerna bestred ansvar och gjorde gällande att den svenska lotterilagstiftningen i olika hänseende stred mot EG-rätten. Stockholms tingsrätt ansåg inte att det fanns anledning att sätta den svenska lagstiftningen åt sidan med hänvisning till EG-rätten. Tingsrätten fann åtalen styrkta och dömde chefredaktörerna till böter för brott mot lotterilagen. Domarna överklagades till Svea hovrätt som beslutade att inte bevilja prövningstillstånd. Efter överklagande beviljade emellertid Högsta domstolen prövningstillstånd i hovrätten (NJA 2008 s. 92).

I hovrätten kom huvudfrågan i målet att bli om den aktuella svenska lotterilagstiftningen utgjorde en sådan EG-rättsligt förbjuden diskriminering att det förelåg hinder mot att fälla chefredaktörerna till ansvar med stöd av den.

Den för målen relevanta lagstiftningen var framförallt 38 och 54 §§ lotterilagen. Det förra lagrummet innehåller det s.k. främjandeförbudet, som innebär att det inte är tillåtet att i yrkesmässig verksamhet eller an-

nars i förvärvssyfte främja deltagande i ett inom landet anordnat lotteri som inte är tillåtet, eller ett utom landet anordnat lotteri. Det senare lagrummet är lotterilagens straffbestämmelse. I denna kriminaliseras, förenklat och såvitt nu är av intresse, dels att olovligen anordna lotteri (första stycket), dels att olovligen främja deltagandet i ett utom landet anordnat lotteri, om främjandet särskilt avser deltagande från Sverige (andra stycket).

Regleringen i 54 § andra stycket är således entydig, såtillvida att det inte är möjligt att döma den som främjar deltagande i ett otillåtet svenskt lotteri för ett självständigt brott mot främjandeförbudet enligt 38 §. Ett sådant främjande omfattas inte av lydelsen av 54 § andra stycket. Åklagaren gjorde dock gällande att 54 § inte stred mot EG-rätten bl.a. eftersom ett främjande av ett otillåtet svenskt lotteri kunde straffas som medverkan till brott enligt antingen 54 § första stycket eller brottsbalkens dobbleristraffbestämmelser och bestämmelser om medverkan.

Hovrätten begärde in ett förhandsavgörande från EU-domstolen. I sitt förhandsavgörande angav EU-domstolen bl.a. att artikel 49 i Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen, som reglerar rätten till fri rörlighet för tjänster (nuvarande artikel 56 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt), skulle tolkas så att den hindrar en lagstiftning som innebär att den som främjar deltagande i utländska lotterier kan bli föremål för strängare påföljder än den som främjar anordnande av otillåtna lotterier i Sverige. EU-domstolen angav också att det ankom på den hänskjutande domstolen, dvs. Svea hovrätt, att pröva huruvida detta var fallet avseende den aktuella svenska lagstiftningen.

Jag tänker inte i detta sammanhang redogöra för hovrättens resonemang i någon detalj. Nämnas kan bara att hovrätten till slut fann att det straffrättsliga regelverk som åklagaren hänvisat till inte kunde anses omfatta främjande av ett otillåtet svenskt lotteri och att ett sådant främjande inte heller omfattades av 54 § andra stycket. Hovrätten kom därför till slutsatsen att den som enligt 38 § främjar deltagande i ett utländskt lotteri kan straffas strängare än den som främjar deltagande i ett otillåtet svenskt lotteri. Den aktuella straffbestämmelsen i 54 § stred således, enligt hovrätten, mot EG-rättens diskrimineringsförbud och fick därmed inte tillämpas mot chefredaktörerna. Hovrätten ogillade därför åtalen.

Även Högsta domstolen fann att den som främjar deltagande i utländskt lotteri i många fall kan komma att straffas strängare än om det i stället hade gällt ett otillåtet svenskt lotteri. Högsta domstolen uttalade dock även att så inte alltid är fallet och att det i någon mån beror av

omständigheterna i det enskilda fallet om en tillämpning av 54 § andra stycket lotterilagen strider mot EG-rätten, varvid det får prövas om motsvarande gärning skulle vara straffbar om den i stället hade gällt ett (otillåtet) svenskt lotteri. Högsta domstolen kom till slutsatsen att chefredaktörerna skulle bli föremål för strängare påföljder än den som främjar lotterier som utan tillstånd anordnas i Sverige, och fastställde därför hovrättens dom (NJA 2012 s. 1073).

Målet åskådliggör på ett tydligt sätt de begränsningar i normgivningen för den svenska lagstiftningen, i detta fall avseende svenskt spelmonopol, som EU-rätten kan innebära. Begränsningen kan få omedelbara effekter på bl.a. en kriminaliserings omfattning.

4.6 Europakonventionen – Långsam handläggning

Den mest genomgripande effekten av europarättens inflytande på domstolarnas verksamhet är förmodligen ändå europakonventionens krav på rättvis rättegång. Av särskild betydelse är frågan om långsam handläggning. Det omfattande arbete som domstolarna genomfört för att korta handläggningstiderna, såväl i allmän domstol som i förvaltningsdomstol, har i betydande utsträckning påverkats och influerats av de frekvent förekommande målen om skadestånd på grund av långsam handläggning. Även om det kan finnas synpunkter på hur dessa skadestånd bestämts i vissa fall måste denna utveckling generellt sett sägas vara mycket positiv för domstolsväsendet och allmänhetens tilltro till domstolarna. Som domstolschef är det en styrka att kunna vila sig mot konventionspraxis i dessa frågor.

Även i övrigt har europakonventionen stor betydelse, särskilt inom straffrätten. Tolkningsfrågorna, inte minst vid bedömning av normkonflikter i förhållande till nationell lagstiftning, blir då av stort intresse. Åke Green-målet och målen om ne bis in idem kan här tjäna som åskådningsexempel.

4.7 Åke Green

Målet mot pastor Åke Green (NJA 2005 s. 805) angående hets mot folkgrupp är ett av de första exemplen på där en tydlig normkonflikt mellan svensk lagstiftning och de krav som europakonventionen ställer. Åke Green åtalades för att i en predikan i juli 2003 ha spridit uttalanden som uttrycker missaktning för homosexuella med anspelning på deras sexuella

läggning. Åke Greens avsikt, enligt åtalet, var att uttalandena skulle få en omfattande spridning på ett sätt som var ägnat att väcka betydande uppmärksamhet.

Högsta domstolen fann vid sin prövning att uttalandena överskridit gränsen för en saklig och vederhäftig diskussion rörande gruppen homosexuella och att Åke Green spridit dessa uttalanden i sin predikan inför församlingen i medvetande om att de skulle komma att uppfattas som kränkande. Enligt den innebörd av 16 kap. 8 § brottsbalken som kommit till uttryck i motiven fick uttalandena därför anses ha gett uttryck för missaktning av gruppen homosexuella.

Grundlagsbestämmelsen om religionsfrihet och yttrandefrihet kunde enligt HD inte medföra att Åke Green skulle gå fri från ansvar. Frågan var då om tillämpningen av bestämmelsen om hets mot folkgrupp i Åke Greens fall skulle strida mot Sveriges konventionsåtaganden. Efter ett längre resonemang uttalade HD att det var sannolikt att Europadomstolen, vid en prövning av den inskränkning i Åke Greens rättighet att förkunna sin i bibeln grundade uppfattning som en fällande dom skulle utgöra, skulle finna att inskränkningen inte är proportionerlig och därmed skulle utgöra en kränkning av Europakonventionen. Ansvarsbestämmelsen om hets mot folkgrupp skulle mot denna bakgrund tolkas mera restriktivt än vad dess förarbeten ger vid handen för att en konventionsenlig tillämpningskall uppnås. Åtalet ogillades.

Det är väl sannolikt att Högsta domstolen idag inte skulle ha uttryckt sig på det sätt man gjorde i domen. Att grunda avgörandet på en prognos om hur Europadomstolen skulle ha dömt i målet, om den haft målet till avgörande, framstår, som många framhållit, inte som helt naturligt, med tanke på att konventionen är införlivad med svensk lag och således är en del av vår inhemska lagstiftning.

4.8 Ne bis in idem

Frågan om tolkning av förbudet mot dubbelbestraffning vid tillämpning av bestämmelserna om skattebrott och skattetillägg är ett intressant exempel för en diskussion om tolkningen av såväl EU-rätt som konventionspraxis. En kort rekapitulation.

I artikel 4.1 i sjunde tilläggsprotokollet till Europakonventionen stadgas att ingen får lagföras eller straffas på nytt i en brottmålsrättegång i samma stat för ett brott för vilket han redan blivit slutligt frikänd eller dömd i enlighet med lagen och rättegångsordningen i denna stat.

Dubbelbestraffningsförbudet finns även reglerat i EU-rätten. I artikel 50 i EU-stadgan, som även den är rättsligt bindande för Sverige, återfinns ett förbud mot dubbel lagföring och dubbla straff som motsvarar det i artikel 4.1 i sjunde tilläggsprotokollet till Europakonventionen.

Enligt tidigare gällande svensk rätt har ett och samma oriktiga uppgiftslämnande i skatteförfarandet kunnat ge upphov till såväl påförande av skattetillägg som påföljd för skattebrott. De båda sanktionerna följer olika regelverk och handläggs i skilda förfaranden. Det främsta principiella särdraget är att skattetillägget inte kopplas till något subjektivt rekvisit och således – till skillnad från det straffrättsliga ansvaret – inte förutsätter uppsåt eller oaktsamhet hos den skattskyldige.

Förhållandet mellan detta sanktionssystem och dubbelbestraffningsförbudet har varit föremål för diskussion under många år, egentligen ända sedan Europakonventionen inkorporerades i svensk rätt. Under det senaste dryga årtiondet har frågan även behandlats av både Europadomstolen, EU-domstolen och Sveriges högsta domstolar. Rättsutvecklingen genom denna praxis har, framförallt de senaste åren, varit dramatisk. Bl.a. kan följande fall nämnas.

I september 2004 meddelade Europadomstolen beslut i målet Rosenquist mot Sverige. Domstolen konstaterade då att det svenska systemet med dubbla sanktioner och två förfaranden vid oriktiga uppgifter i skatteförfarandet inte kom i konflikt med Europakonventionens dubbelbestraffningsförbud. Europadomstolen fäste avgörande vikt vid just skillnaden i subjektivt hänseende för påförande av skattetillägg respektive ansvar för skattebrott och de olika syften som bar upp reglerna om skattetillägg respektive bestämmelserna i skattebrottslagen. Påförande av skattetillägg och lagföring för skattebrott ansågs inte avse ”samma brott” i dubbelbestraffningsförbudets mening.

I februari 2009 tog Europadomstolen på nytt ställning till innebörden av dubbelbestraffnings-förbudet, i målet Zolotukhin mot Ryssland. Domstolen fann då skäl att ompröva sitt ställningstagande i frågan om vad som avsågs med ”samma brott”. Domstolen förklarade att artikel 4.1 i sjunde tilläggsprotokollet till Europakonventionen förhindrar ny lagföring och dom för ett ”andra” brott i den mån detta härrör från identiska fakta eller från fakta som i allt väsentligt är desamma som beträffande det ”första” brottet. Prövningen skulle därmed utgå från vad som bildar en uppsättning konkreta fakta som berör samma person och är oupplösligen förbundna med varandra i tid och rum.

I september 2009 fann Regeringsrätten (RÅ 2009 ref. 94) att det svenska systemet med dubbla sanktioner och två förfaranden vid oriktiga uppgifter i skatteförfarandet inte var oförenligt med artikel 4.1 i sjunde tilläggsprotokollet till Europakonventionen. Regeringsrätten beaktade bl.a. både ovan nämnda domar från Europadomstolen. Regeringsrätten påtalade att den senare tydde på en ny utveckling av praxis men konstaterade också att den inte avsåg det svenska rättssystemet och dess särdrag.

I mars 2010 kom Högsta domstolen till samma slutsats som Regeringsrätten gjort i RÅ 2009 ref. 94 (NJA 2010 s. 168 I–II). Högsta domstolen fann således att det svenska systemet med två skilda förfaranden för prövning av frågan om skattebrott respektive skattetillägg inte kunde anses stå i strid Europakonventionens dubbelbestraffningsförbud, i vart fall inte på ett sådant tydligt sätt som enligt Högsta domstolen borde krävas för att den svenska lagstiftningen skulle sättas åt sidan av domstol.

I februari 2013 meddelade EU-domstolen ett förhandsavgörande i målet Åklagaren mot Åkerberg Fransson, med anledning av en begäran härom från Haparanda tingsrätt, där Åkerberg Fransson stod åtalad för grovt skattebrott. EU-domstolen fann att EU-stadgan var tillämplig på förfarandet såvitt det avsåg skyldigheten att deklarera mervärdesskatt och att, under förutsättning att skattetillägget var att betrakta som en sanktion av straffrättslig karaktär, det fick anses komma i konflikt med artikel 50 i EU-stadgan att först påföra ett skattetillägg och därefter utdöma ett straff.

I ett beslut i juni 2013 fann Högsta domstolen, bl.a. mot bakgrund av EU-domstolens respektive Europadomstolens avgöranden i målen Åkerberg Fransson och Zolotukhin, att det svenska systemet med dubbla sanktioner och två förfaranden vid oriktiga uppgifter i skatteförfarandet inte längre kunde anses förenligt med dubbelbestraffningsförbuden i Europakonventionen och EU-stadgan (NJA 2013 s. 502). Högsta domstolen konstaterade bl.a. att skattetillägget har straffrättslig karaktär, att skattetillägg och skattebrott som baserar sig på en och samma deklarationsuppgift avser ”samma brott” i den mening som avses i dubbelbestraffningsförbuden, att förbuden i sådana fall således omfattar systemet med skattetillägg och påföljd för skattebrott, att de omfattar såväl mervärdesskatt som andra skatter och avgifter, att de gäller när skattetillägg och påföljd för skattebrott aktualiseras för en och samma fysiska person och att det föreligger hinder mot åtal för skattebrott från det att Skatteverket fattat sitt beslut om att påföra skattetillägg.

I ett beslut i juli 2013, i ett mål om resning, fann Högsta domstolen (NJA 2013 s. 746) vidare att när en brottmålsdom som har meddelats efter Europadomstolens dom i Zolotukhin-målet, dvs. efter den 10 februari 2009, är oförenlig med den rätt att inte bli lagförd eller straffad två gånger för samma brott som har konstaterats i NJA 2013 s. 502, så ska den dömde ha rätt till resning när ett återupptagande behövs för att avbryta ett pågående frihetsberövande eller annars när ett återupptagande utgör en betydligt mer ändamålsenlig gottgörelse än de andra alternativ som står till buds.

I en dom i oktober 2013 anslöt sig Högsta förvaltningsdomstolen (HFD 2013 ref. 71) till Högsta domstolens bedömning i NJA 2013 s. 502. Högsta förvaltningsdomstolen konstaterade att Högsta domstolen i nyssnämnda fall funnit att det föreligger hinder mot åtal för skattebrott när Skatteverket har fattat ett beslut om att ta ut skattetillägg. Högsta förvaltningsdomstolen konstaterade vidare att samma princip bör vara vägledande när ordningen mellan de båda förfarandena är den omvända. Från det att åtal väcks bör det således föreligga hinder mot att besluta om skattetillägg som grundas på samma oriktiga uppgifter som föranlett åtalet.

Särskilt HD:s resningsbeslut har väckt mycket uppmärksamhet. Beslutet har också fått utomordentligt stora konsekvenser. Antalet resningar till följd av beslutet är nu mycket stort. Jag har i den tidigare nämnda artikeln (SvJT 2014 sid 1) framfört vissa tveksamheter kring HD:s bedömning. Också Pauliine Koskelo har sin artikel behandlat frågan.[4] Retroaktiviteten i HD:s bedömning är i sig en fråga som är värd att diskuteras. Personligen bedömer jag den inte som nödvändig. Att HD beviljar resning med åberopande av artikel 13 som svensk lag väcker dock frågan om tolkningsmetod. Resningen i en situation som denna kan inte beviljas enligt svensk nationell lagstiftning. Artikel 13 grundar i sig inte heller några rättsmedel. Pauliine Koskelo kallar den tolkningsoperation som HD använder för ”domestic enhancement”, alltså att HD ger konventionen en nationell tolkning som går utöver konventionspraxis. Konsekvenserna av en sådan tolkningsmetod är svåröverblickbara. Det är i och för sig förståeligt att HD sökte efter ett effektivt rättsmedel, när de väl kom fram till slutsatsen att ge tolkningen i sakfrågan retroaktiv verkan. Men tolkningsmetoden är inte invändningsfri.

[4] SvJT 2014 s. 637.

4.8 Extern adjunktion

Systemet med extern adjunktion, alltså att kvalificerade jurister kan tjänstgöra som domare i överrätt under en begränsad tid eller för enskilda mål, bygger på tilltron till att svenska jurister och ämbetsmän kan upprätthålla olika roller vid olika tidpunkter, utan att det kommer i konflikt med jävsreglerna. Extern adjunktion regleras för hovrätternas del i 44 § hovrättsinstruktionen, enligt vilken bl.a. en åklagare, en lagfaren professor eller docent i ett rättsvetenskapligt ämne eller annan med mångårig erfarenhet av ett rättsområde som förekommer i hovrätten eller en ledamot av Sveriges advokatsamfund får förordnas till adjungerad ledamot. Ett skäl för denna ordning har varit att tillföra domstolen erfarenhet från andra yrkesområden och ansträngningarna att bredda basen för anställning till ordinarie domare. Sådan adjunktion förekommer också i betydande utsträckning. Domstolsverket avsätter årligen cirka 30 miljoner kronor för ändamålet. Den har ansetts som mycket värdefull, såväl för domstolarna som för dem som adjungerar. Det har också visat sig att extern adjunktion starkt bidragit till att särskilt advokater och åklagare kunnat meritera sig för att få domartjänster. De som adjungerat i överrätt har också generellt klarat sig bra i domarrollen.

Denna modell har sin motsvarighet i övriga nordiska länder, särskilt i Danmark och Norge. I båda dessa länder finns en etablerad ordning där tjänstlediga åklagare och andra jurister förordnas som domare under viss tid. I Danmark är tjänstgöring under minst nio månader i lagmansrätt obligatorisk för att erhålla en ordinarie domartjänst.

Men den nordiska synen på jävsfrågorna har påverkats av europarättens inträde. Särskilt Europakonventionen och Europadomstolens praxis har betydande effekter på frågan om domarjäv. Såväl HFD som HD har under senare tid prövat frågan om domarjäv vid extern adjunktion. I målet HFD 2011 ref. 15 ansågs jäv föreligga för en adjungerad ledamot i kammarrätt som var tjänstledig från Skatteverket i ett mål där Skatteverket var part. I HD:s beslut 25 juni 2014 ansågs, på samma sätt, jäv föreligga för en adjungerad ledamot som var tjänstledig från sin anställning vid åklagarmyndigheten vid avgörande av ett brottmål. Enligt HD kan en åklagare som är ledamot av rätten uppfattas som en företrädare för åklagarfunktionen som sådan och hysa lojalitet mot sin yrkesroll. En sådan uppfattning utgör enligt HD rimlig grund för tvivel om ledamotens opartiskhet.

HD tillämpar i målet generalklausulen om jäv i 4 kap. 13 § 10 rättegångsbalken. Europadomstolens avgöranden angående domarjäv ges en betydande påverkan på tolkningen. Det är således frågan om en fördragskonform tolkning. Det är intressant att notera att HD uppenbarligen inte uppfattar att det är fråga om en normkonflikt, trots att hovrättsinstruktionen tydligt reglerar frågan om extern adjunktion. Bestämmelsen i 44 § måste uppfattas så att ett av huvudsyftena med adjunktion av åklagare är att tillföra hovrätten den särskilda straffrättsliga och straffprocessuella kompetens som åklagare kan ha förvärvat. I vart fall kommenteras inte den uppenbara normkonflikt som här uppstår. Det är möjligt att HD uppfattar regleringen närmast som administrativ, för vilket också skulle tala att det är en reglering på förordningsnivå.

Avgörandet har fått stora konsekvenser för systemet med extern adjunktion, särskilt i hovrätt. Det har, om än inte upphört, så i vart fall minskat drastiskt. Jag är för egen del inte övertygad om att sådan adjunktion är oförenlig med europakonventionen, en bedömning som gjorts också av våra danska kollegor. I konventionspraxis finns utrymme för att ta hänsyn till rättstraditionen i respektive land. Målen i europadomstolen prövas i sin nationella kontext och det är inte givet att bedömningen av en fråga blir densamma oberoende av vilket lands rättsordning som är under prövning. Det gäller särskilt när olika intressen tydligt står mot varandra. Jävsfrågan ska för svensk del vägas mot strävan efter en öppen domarbana och syftet att skapa förutsättningar för en långsiktigt högkvalitativ domarrekrytering, i rättssäkerhetens intresse.

Man skulle också kunna fundera över om Högsta domstolen, när ett beslut av detta slag kan få så vittgående konsekvenser, borde bredda sitt underlag. Så skulle kunna ske exempelvis genom yttranden från fler överrätter, domstolsverket, åklagarmyndigheten och advokatsamfundet. Att låta utomstående experter och organisationer yttra sig i processen sker exempelvis i den tyska författningsdomstolen och har förekommit också i Högsta domstolens historia. Jag uppfattar ändå HD:s avgörande så, att domstolen inte anser sig ha utrymme för att beakta konsekvenserna för systemet med extern adjunktion när jävsfrågan prövas.

5 Avslutande diskussion

5.1 Effekter för landets domare

Det är ingen tvekan om att europarättens ökade inflytande fått stora konsekvenser för landets domstolar, vilket inte minst de angivna exemplen visar. Europarättsliga aspekter är numera mycket vanliga i våra mål. Samtidigt är det lika klart att diskussionen om dessa konsekvenser, trots att det nu är 20 år sedan EU-medlemskapet och införlivandet av europakonventionen i svensk rätt, ännu inte helt tagit fart i domarkåren. Det gäller inte minst de känsliga frågorna kring normkonflikter och normutfyllnad som europarätten allt oftare aktualiserar.

Den svenska domartraditionen är grundad i nordisk rättstradition, med ett starkt ämbetsmannaideal. Domaren är en lojal uttolkare av rätten och verkar inom ramen för ett tydligt regelverk, skapat av lagstiftaren. Europarättens inflytande utmanar dessa ideal på ett sätt som vi måste förhålla oss, men där diskussionen i domarkåren ännu inte är särskilt utvecklad. Pauliines Koskelo beskriver i den tidigare nämnda artikeln denna utveckling. Hennes analyser är, enligt min mening, osedvanligt klarsynta och tankeväckande. Artikeln kan tjäna som ett mycket bra underlag för en diskussion om domarrollen i det nya rättsliga landskapet som bl.a. inflytandet av europarätten skapar.

Den konstitutionella maktdelningen bygger på att grunden för domstolarnas legitimitet och oavhängighet är att domstolarna upprätthåller och är bundna av en rätt som skapas av andra. Om domaren går utanför den basen och börjar skapa rätt äventyras domstolarnas legitimitet. I detta synsätt ligger också en förutsättning att domaren så långt det är möjligt ska vara värderingsneutral, i den meningen att hans eller hennes personliga värderingar så långt möjligt ska hållas utanför beslutsfattandet. Principerna om legalitet, förutsebarhet och likabehandling bygger på att två domare ska komma till i princip samma resultat på samma underlag.

Att domare ”skapar” rätt medför också andra nackdelar. Domstolar har inte den möjlighet till konsekvensanalyser som ett omsorgsfullt lagstiftningsarbete innefattar. Sambandet mellan normgivningsmakten och budgetmakten faller också bort. Den folkliga förankring som normgivning genom regering och riksdag förutsätter saknas också när normgivningen kommer från domstol. Men europarättens inflytande påverkar förutsättningarna för att upprätthålla denna grundläggande maktbalans.

Den svenska domaren är fostrad i en tradition med relativt tydlig lagstiftning, där de politiska intentionerna med regelverket kommer till klart uttryck i lagtext, kompletterad med förarbeten, såsom betänkanden, lagrådsremiss, lagrådsyttranden och propositioner. Vi är vana vid att finna ledning för våra ställningstaganden i underlag som på ett eller annat sätt är skapat eller initierat av lagstiftaren.

Men europarätten har en annan karaktär. De grundläggande normerna är ofta relativt vaga och otydliga. De är i regel tillkomna i politiska förhandlingar, där en viss otydlighet kan ha varit ett politiskt pris som fått betalas för att enighet eller majoritet kring normer ska kunna ha skapats. Några mer omfattande förarbeten finns sällan. Min erfarenhet från departementstiden för drygt tio år sedan var också att EU-lagstiftningen inte sällan höll en rätt låg kvalitet.

Dessa inte sällan vaga normer får sedan mycket av sin konkretion genom de övernationella europeiska domstolarna, EU-domstolen och Europadomstolen. Det finns dock, som Pauliine Koskelo påpekar, en avsevärd skillnad mellan dessa två domstolar och deras sätt att verka. Förfarandet inför EU-domstolen initieras av nationella domstolar och processen inför domstolen är bred. Inte bara de enskilda parterna, utan också institutionerna och medlemsländernas regeringar får medverka och bidra med synpunkter och argument. Europadomstolen, å sin sida, tar ställning till enskilda klagomål i en smal processuell konstellation. Samtidigt kan domstolens avgöranden, som det visat sig, få vittgående konsekvenser på det europeiska planet.

Det starka inflödet av europeiska normer skapar svårigheter i rättstillämpningen. Svårtolkade kollisioner mellan nationell lagstiftning och europarätten uppstår. Svårigheterna uppstår inte bara vid tydliga normkonflikter, utan inte minst när den svenska lagstiftningen ska tolkas konformt med ett åtagande eller en föreskrift inom europarätten. Våra traditionella tolkningsmetoder ger sällan ledning vid sådana operationer.

Utvecklingen har, som jag tidigare påpekat, gett domarna större makt. De ovan givna exemplen åskådliggör detta på ett tydligt sätt. Inte minst exemplen inom miljörätten visar att beslutsmakten i stor utsträckning överförts från politiska organ till domstol. Hur vi förhåller oss till den makten är en viktig fråga. Under seminarierna i anledning av hovrättens jubileum underströk flera deltagare att det förhållandet att domstolarna fått mer makt gör det än mer angeläget att domarna i sin rättstillämpande verksamhet iakttar återhållsamhet vad avser att ta på sig normgivningsmakt. Ju större frihet domstolarna har, desto viktigare att domarna så

långt möjligt upprätthåller den grundläggande konstitutionella maktdelningen.

Det ligger, som jag tidigare påpekat, en återhållsamhet i den svenska domarkulturen. Den ökade makt som följt i spåren av europarättens intåg och internationaliseringen i övrigt är, såvitt jag kan bedöma, något som inte mötts av någon större entusiasm i domarkåren – i vart fall inte på underrättsnivå. Självklart har våra domare ansträngt sig för att tillgodogöra sig de nya rättskällorna och den nya lagstiftningsmiljön. Men det är en överdrift att påstå att debatten kring frågorna varit livlig.

Mitt intryck är att debatten kring europarättens inflytande på våra domstolar helt dominerats av akademiker. En viss omsvängning synes dock vara på väg. Inte minst europakonventionen har blivit en så tydlig del av vår vardag att allt fler domare engagerar sig i frågan. Våren 2014 skrev jag en artikel i SvJT om det nya rättstillämpningsklimatet, med utgångspunkt i Högsta domstolens verksamhet under senare år.[5] I artikeln ställde jag mig, lite förenklat, bakom den återhållsamma och lite försiktiga linje som jag uppfattat präglar de svenska domarna i allmänhet. Debatten blev rätt livlig. En del skarpa kommentarer följde, inte minst från jurister med europarättslig bakgrund. Det gladde mig att frågan väckte intresse, vilket var avsikten.

Vi måste utveckla vår förmåga att tolka och analysera de europeiska domstolarnas avgöranden, på samma sätt som vi tolkar och analyserar våra högsta domstolars domar och beslut. Särskilt vad avser Europadomstolens avgöranden har det, enligt min uppfattning, funnits en viss överdriven respekt och också tendenser till övertolkning. Den kritiska analys av domstolens förutsättningar för sitt arbete som Pauliine Koskelo ger uttryck för i sin artikel tycker jag att det ligger mycket i. Självklart ska vi ha en respekt för upprätthållandet av de grundläggande minimirättigheter som Europadomstolen är satt att bevaka. Men vi ska också vara medvetna om att den utvecklade rättighetsdoktrinen kan leda till tillämpningssvårigheter. En sådan är att olika rättigheter kan strida mot varandra. Åke Green-målet är ett sådant exempel, där religionsfrihet och yttrandefrihet ställs mot skyddet mot kränkning för personer med viss sexuell läggning. Få rättigheter är absoluta.

På sikt tror jag dock att vår relation till europarätten kommer att avdramatiseras. Det något yrvakna sätt som vi fortfarande – 20 år senare –

[5] En Offensiv Högsta domstol. Några reflektioner kring HD:s rättsbildning, SvJT 2014 s. 1.

behandlar de europarättsliga frågorna kommer så småningom att övergå i ett normaltillstånd, där europarätten blir en del av vardagen, precis som annan lagstiftning. Den vördnad och respekt med vilken vi nalkar oss såväl EU-rätten som europakonventionen kan då också förhoppningsvis minska. Europarätten är en del av vår interna lagstiftning och ska behandlas på samma sätt. Paradoxalt nog tror jag att europarättens legitimitet i Sverige härigenom kommer att öka.

5.2 Europarätten i juristutbildningen

Min erfarenhet från hovrätten och tidigare från departementet och åklagarväsendet är att juristutbildningen idag ger en god kunskapsgrund för kvalificerat juristarbete. Frågan är dock om den helt hängt med i tiden.

Man kan lite förenklat säga att juristrollen ofta innebär att man tar en osorterad mängd information, lägger ett raster av normer över denna information och därefter sorterar och analyserar informationen utifrån denna norm. Med denna utgångspunkt är det naturligtvis viktigt att man som jurist har kunskap om normernas innehåll. Med dagens diversifierade normgivning och höga lagstiftningstakt är det dock än viktigare att snabbt kunna orientera sig på ett rättsområde som man kanske inte är helt bekant med och dra riktiga slutsatser. Arbetssättet, sättet att tänka och förhållningssättet till källorna är av central betydelse. Europarätten och den närmast oöverskådliga mängd normer de europeiska institutionerna sköljer över oss gör förmågan att orientera sig i ett okänt landskap än mer central.

På samma sätt som för domstolarna är det enligt min mening viktigt att de juridiska fakulteterna behandlar europarätten som en integrerad del av den svenska lagstiftningen. Europarätt är inte något som bör behandlas som en särskild disciplin, utan som en integrerad del av olika materiella rättsområden. Den ibland överdrivna vördnad och de tendenser till övertolkning som jag tycker mig ibland iaktta skulle härigenom kunna motverkas. Vad jag iakttagit om hur Uppsalafakulteten lägger upp sin utbildning tror jag en sådan utveckling är på god väg. Jag har under några år haft förmånen att tala med första årets studenter om dessa frågor. Uppgiften är stimulerande och studenternas reaktioner har varit intressanta och berikande.

Anna Wetter

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

1 Inledning

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

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

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

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

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

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

2 Ett svenskt lagstiftningsideal?

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4.1 Kommissionens roll

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

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

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

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

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

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

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

[14] Mål C-409/13, para 64 (not 13).

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

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

4.2 EU:s förändringsarbete av lagstiftningsprocessen över tid

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

[15] Se exempelvis Europeiska rådets slutsatser i Edinburgh 1992.

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

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

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

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

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

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

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

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

5.1 Vad kan EU göra?

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

5.1.1 Öppenhetens roll i EU:s lagstiftningsarbete

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

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

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

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

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

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

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

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

5.1.2 EU:s skyldighet att motivera beslut

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

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

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

[24] Se bland annat mål 819/79 som beskrivs nedan (not 25).
[25] Mål 819/79, Tyskland mot kommissionen, ECLI:EU:C:1981:2.
[26] Förslag till avgörande av generaladvokat Maduro i mål C-58/08, ECLI:EU:C:2009:596.

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

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

5.2 Vad kan Sverige göra?

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

6 Rekommendationer och sammanfattning

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

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

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

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

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

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

[33] Bland annat i Vodaphone-målet, se not 27.

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

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

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

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

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

[35] Se Van Aken, W., not 4.

[36] Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 211/2011 av den 16 februari 2001 om medborgarinitiativet, EUT L65/1, 3 november 2011.

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

Carl Wetter

Nordiskt ljus under skäppan? Om allmänna presumtioner för undantag i EUs öppenhetsförordning

1 Inledning

Fram till år 1992 innehöll EU-fördragen inga regler om allmänhetens tillgång till handlingar hos EUs institutioner. Man såg lagstiftningsarbetet i första hand som en diplomatisk process mellan medlemsländerna och ansåg också att dessa och EUs domstol(ar) och institutioner på den ena sidan och berörda parter på den andra måste kunna utföra sitt förberedelsearbete och sina förhandlingar utan att störas av ”utomstående”.

Sverige har en lång tradition när det gäller öppenhet och transparens, och allmänhetens insyn i den offentliga förvaltningen får anses utgöra ett svenskt kärnvärde. Det är därför inte förvånande att Sveriges medlemskap i EU 1995 bidrog till en betydande förändring i synen på öppenhet. Den attitydförändringen ledde senare fram till den förordning om ökad öppenhet och insyn som antogs av EU 2001. Sverige har tillsammans med övriga nordiska medlemsländer fortsatt att driva på utvecklingen och Sverige uppträder inför EUs domstolar för att försvara och vidga den rätt till insyn som uppnåtts.

Rättspraxis i EUs domstolar har emellertid delvis gått i motsatt riktning. Detta tog sin början i ett mål där just Sverige var en av parterna, *Sverige och Turco mot Rådet*.[1] Målet rörde Rådets vägran att på begäran av Europaparlamentsledamoten Maurizio Turco lämna ut vissa delar av ett yttrande av Rådets rättstjänst rörande ett förslag om asylrätt. Tribu-

[1] Dom den 1 juli 2008 i mål C-39/05 P och C-52/05 P Sverige och Turco mot Rådet, EU:C:2007:75.

nalen hade upprätthållit Rådets beslut eftersom ett offentliggörande enligt Tribunalen kunde så tvivel om lagenligheten i EUs lagstiftning och underminera rättstjänstens oavhängighet samtidigt som den öppenhet, demokrati och medborgarnas deltagande i beslutsprocesserna som eftersträvades genom öppenhetsförordningens regler inte i sig ansågs utgöra ett övervägande allmänintresse enligt förordningen.

Domstolen underkände resonemanget på samtliga punkter och ogiltigförklarade Tribunalens dom och Rådets beslut. Domstolen menade att lagenligheten av en rättsakt snarare förstärks om dess motivering förbättras för att undvika kritik och att ökad insyn istället leder till ökad legitimitet för beslutsprocessen i dess helhet. Rådets påståenden om faran för rättstjänstens oavhängighet fann Domstolen för allmänt hållna. Slutligen framhöll Domstolen att ökad öppenhet, och i förlängningen ökad legitimitet för förvaltningen, kan utgöra ett övervägande allmänintresse.

Men Domstolen gjorde samtidigt (i p 50) ett uttalande som kom att bli utgångspunkten för en rättsutveckling som i viss mån gått i motsatt riktning. Domstolen uttalade följande vad gällde Rådets motiveringsplikt när det gäller undantag från principen om öppenhet:

> ”Det står härvidlag rådet i princip fritt att grunda sig på allmänna presumtionsregler, som är tillämpliga på vissa kategorier av handlingar, eftersom allmänna överväganden av liknande slag kan tillämpas på ansökningar om utlämnande av handlingar av samma art. Rådet är emellertid skyldigt att i varje enskilt fall kontrollera huruvida de allmänna överväganden som normalt sett är tillämpliga på handlingar av visst slag, faktiskt är tillämpliga på den handling som begärs utlämnad.”

Det är om dessa presumtionsregler och den rättspraxis, som senare utvecklats runt dem, som denna artikel ska handla. Men låt oss först ta ett steg tillbaka.

2 Lagstiftningen

1992 antogs deklaration nr 17 till Maastricht-fördraget som, även om deklarationen inte själv hade någon bindande effekt, får anses utgöra grunden för utvecklingen av rätten för allmänheten att få tillgång till EUs handlingar.[2] I förklaringen understryks att transparens i beslutsfattandet stärker demokratin och allmänhetens förtroende för förvaltningen,

[2] EGT 1992; C 191, p 101.

och ett uppdrag gavs åt Rådet att under 1993 lämna en rapport om hur allmänhetens tillgång till information och handlingar skulle kunna förbättras. Senare antog också Rådet och Kommissionen en uppförandekod för att åstadkomma en sådan tillgång för allmänheten.[3] Dessa följdes av motsvarande koder för Parlamentet, Ekonomiska och Sociala Kommittén samt Regionkommittén.[4]

Men det var först genom Amsterdam-fördraget (1999) som allmänhetens tillgång till handlingar hos EUs institutioner lagfästes (artikel 255). Därmed lades grunden till den förordning om allmänhetens tillträde till Parlamentets, Rådets och Kommissionens handlingar som tillkom 2001 och som alltjämt är ikraft.[5] Jag kallar den hädanefter öppenhetsförordningen eller förordningen.

Denna rätt till insyn har fått ett förstärkt skydd genom EUs rättighetsstadga (2000) i artikel 42 och Lissabon-fördraget (2009) i artiklarna 1 (2) EU och 15 EUF. Idag får rätten för allmänheten att få tillgång till institutionernas handlingar, med hänsyn till dessa artiklar och Domstolens praxis, anses utgöra en allmän rättsprincip inom EU.

Men sedan har det inte hänt så mycket på lagstiftningssidan. I sin rapport 2004 enligt artikel 17(2) i öppenhetsförordningen nöjde sig Kommissionen med att föreslå vissa begränsade åtgärder för att t ex förbättra registerhållningen av handlingar.[6] Genom en senare grönbok 2007 inleddes en allmän konsultation om förändringar av öppenhetsförordningen[7], som följdes av en rapport om resultatet 2008.[8] Samma år lämnade Kommissionen ett förslag om ändringar av öppenhetsförordningen genom vilket bland annat allmänhetens tillgång till rättegångshandlingar och utredningsakter helt skulle undantas.[9] De lagstiftande organen, Parlamentet, Rådet och Kommissionen, har dock inte kunnat enas.

Den fortsatta rättsutvecklingen har därför skett i EUs domstolar.

[3] EGT 1993, L 340/41 och EGT 1994, L 46/58.

[4] EGT 1997, L 263/27, EGT 1997, L 339/18 respektive EGT 1997, L 351/70.

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

[6] COM(2004) 45 final.

[7] COM(2007) 185 final.

[8] SEC(2008) 29/2.

[9] COM(2008) 229 final. Ett ytterligare förslag av teknisk natur lämnades 2011, COM(2011) 137 final.

3 Närmare om öppenhetsförordningen och dess tillämpning

Innan vi kommer till denna rättspraxis, som är föremålet för min artikel, är det på sin plats att något uppehålla sig vid själva förordningen. Här återger jag bara de delar som jag bedömer ha direkt betydelse för ämnet.

Syftet är att skapa största möjliga tillgång till handlingar (skäl 4 och artikel 1). Förordningen tillämpas på alla handlingar hos en institution oavsett verksamhetsområde och oberoende av form eller medium (artikel 2.3 och 3.a). Enligt ingressen ska större tillgång ges åt handlingar när institutionerna agerar i egenskap av lagstiftare (skäl 6).[10] En sökande behöver inte ange något skäl för sin ansökan (artikel 6.1). Om ansökan t ex omfattar ett mycket stort antal handlingar, får institutionen samråda med sökanden för att hitta en lösning på hur ansökan ska hanteras (artikel 6.3).

En ansökan ska bekräftas av institutionen och ska behandlas skyndsamt (artikel 7.1). Tillgång ska beviljas eller motiverat avslag meddelas inom 15 arbetsdagar. Vid avslag eller uteblivet besked kan sökanden ge in en bekräftande ansökan inom 15 arbetsdagar (artikel 7.2 och 7.4). Även denna ska behandlas skyndsamt och leda till beslut inom 15 arbetsdagar. I undantagsfall, t ex om ansökan omfattar ett stort antal handlingar, får fristen förlängas med 15 arbetsdagar (artikel 7.3). Man kan således tala om en prövning i två steg hos den berörda institutionen, där det är det slutliga beslutet som överklagas. Vid slutligt avslag eller uteblivet beslut kan sökanden väcka talan mot institutionen inför Tribunalen och/eller framföra klagomål hos EUs ombudsman (artikel 8).

Undantagen från skyldigheten att ge allmänheten tillgång till handlingar regleras i artikel 4. Den innehåller dels vissa absoluta förbud, dels vissa relativa sådana. De absoluta förbuden rör skyddet för allmänna samhällsintressen som säkerhet, försvar och internationella förbindelser (artikel 4.1.a) samt den enskildes privatliv och integritet (artikel 4.1.b).

De relativa förbuden avser dels skyddet för affärsintressen, rättsliga förfaranden och juridisk rådgivning samt inspektioner och utredningar (artikel 4.2), dels skyddet för institutionernas beslutsförfarande (artikel 4.3). Dessa undantag kräver att ett skaderekvisit (att skyddet ”undergrävs” eller ”allvarligt undergrävs”) uppfylls för att undantaget ska kunna

[10] Se även dom av den 1 juli 2008 i mål C-39/05 P och C-52/05 P Sverige och Turco mot Rådet, EU:C:2007:75, p 46.

tillämpas. De innebär vidare att en avvägning ska ske mellan det skyddsvärda intresset och allmänintresset av att ett utlämnande sker. Väger samhällsintresset över, ska handlingen lämnas ut.

Om handlingen kommer från en utomstående, ska samråd ske med denna om det inte är uppenbart att utlämnade ska eller inte ska ske (artikel 4.4). Härrör handlingen från en medlemsstat, kan denna behöva lämna sitt medgivande (artikel 4.5).

Om undantaget i fråga endast täcker en del av handlingen ska övriga delar lämnas ut (artikel 4.6).

Utgångspunkten är att man ska ge så vidsträckt tillgång till handlingar som möjligt[11] och att undantagen ska tolkas så restriktivt som möjligt[12] samtidigt som institutionerna i komplexa frågor som rör skyddet för till exempel viktiga samhällsintressen har ett betydande utrymme för en skönsmässig bedömning.[13]

Även om det inte klart framgår av öppenhetsförordningen, är huvudregeln att institutionen måste granska varje berörd handling för att bedöma om ett utlämnande, helt eller delvis, kan ske.[14]

Domstolen har som regel angivit ett förfarande i tre steg för att bedöma om en handling kan lämnas ut.[15] För det första ska institutionen ifråga försäkra sig om att ett undantag är tillämpligt och vilka delar av handlingen som i så fall omfattas av undantaget. Här är det naturligtvis inte benämningen på handlingen i sig utan själva innehållet i den som fäller avgörandet. För det andra ska prövas om utlämnandet kan äventyra det skyddsintresse som undantaget ifråga avser. Denna risk får inte enbart vara hypotetisk utan måste rimligen kunna förutses. För det tredje ska kontrolleras om det finns något allmänintresse som väger tyngre än det aktuella skyddsintresset. I så fall ska handlingen (eller de känsliga delarna) lämnas ut trots att skyddsintresset ifråga kan äventyras av utlämnandet.

Domstolen har vidare angivit vilken motivering som krävs när utlämnande vägras.[16] Den berörda institutionen ska förklara dels hur tillgång

[11] Dom den 1 februari 2007 i mål C-266/05 P Sison mot Rådet, EU:C:2007:75, p 61.
[12] Dom den 18 december 2007 i mål C-64/05 P Sverige mot Kommissionen, EU:C:2007:802, p 66.
[13] Dom den 1 februari 2007 i mål C-266/05 P Sison mot Rådet, EU:C:2007:75, p 34.
[14] Dom den 7 februari 2002 i mål T-211/00 Kuijer mot Rådet, EU:T:2002:30, p 56.
[15] Dom den 1 juli 2008 i mål C-39/05 P och C-52/05 P Sverige och Turco mot Rådet, EU:C:2007:75, p 37–45.
[16] Dom den 1 juli 2008 i mål C-39/05 P och C-52/05 P Sverige och Turco mot Rådet, EU:C:2007:75, p 48–49.

till handlingen (eller delar av den) ”konkret och faktiskt” skulle riskera att skada det skyddade intresset, dels varför det inte föreligger något övervägande allmänintresse.

4 De allmänna presumtionsreglerna

Låt oss nu återvända till de presumtionsregler som etablerades 2008 av Domstolen i målet *Turco* men som inte kom till användning i det målet. Den fortsatta redogörelen för praxis kommer dock att av utrymmesskäl bli summarisk och långt ifrån fullständig.

Det verkliga avstampet i utvecklingen av allmänna presumtioner för undantag från insyn av hela grupper, för att inte säga akter, av handlingar kom att ske 2010 genom Domstolens dom i statsstödsmålet *TGI* (där Sverige intervenerade) som rörde TGIs begäran att få ut samtliga handlingar (d v s hela akten) i ett statsstödsärende som angick bolaget.[17] Kommissionen vägrade med motiveringen att tillgång till handlingarna riskerade att undergräva skyddet för syftet med inspektioner och utredningar (4.2 tredje strecksatsen). TGI överklagade till Tribunalen (med stöd av bland andra Sverige som intervenient).

Tribunalen fann att undantagen i öppenhetsförordningen avsåg enskilda handlingar och att en konkret prövning som utgångspunkt måste ske för varje handling som avsågs i ansökan. En sådan enskild granskning kunde enligt Tribunalen bara undvikas om det var uppenbart att samtliga handlingar skulle eller inte skulle lämnas ut eller om dessa handlingar redan varit föremål för en individuell prövning under liknande omständigheter. Tribunalen konstaterade att någon individuell och konkret prövning inte skett och fann vidare att Kommissionens hänvisning till behovet av ett lojalt samarbete och ömsesidigt förtroende mellan Kommissionen, medlemsstaten och de berörda företagen var för allmänt hållen för att motivera ett undantag av samtliga handlingar i ärendet.

Domstolen upphävde Tribunalens dom och ogillade TGIs talan mot Kommissionen. Domstolen anknöt (p 54) härvid till de presumtionsregler som den redan etablerat i målet *Turco*.

Domstolen framhöll att en sådan presumtionsregel fann stöd i den aktuella statsstödsförordningen som inte föreskrev någon rätt till tillgång till handlingar i Kommissionens ärenden utöver skyldigheten att

[17] Dom den 29 juni 2010 i mål C-139/07 P Europeiska kommissionen mot Technische Glaswerke Ilmenau GmbH, EU:C:2010:376.

överlämna inkommande synpunkter för yttrande till den medlemsstat som är motpart i ärendet. Även om den begränsade rätten till tillgång till handlingar i ett statsstödsärende vilar på en annan rättslig grund än rätten till tillgång enligt öppenhetsförordningen, menade Domstolen att de funktionellt leder till ett jämförbart resultat. Oavsett rättslig grund innebär nämligen en insyn för samtliga intresserade parter att dessa kan beakta denna kunskap i sina egna yttranden och att systemet för granskning av statliga stödåtgärder äventyras. De begränsningar i rätten till en sådan tillgång som finns i statsstödsreglerna borde därför ha beaktats av Tribunalen vid tolkningen av undantaget i öppenhetsförordningen till skydd för inspektioner och utredningar.

Tribunalen borde därför enligt Domstolen ha dragit slutsatsen att det finns en allmän presumtionsregel av innebörd att utlämnandet av handlingar i ett statsstödsärende i princip alltid undergräver skyddet för syftet med utredningen. Domstolen tillade att det står intresserade parter fritt att styrka att en viss handling inte omfattas av presumtionsregeln eller ska utlämnas med hänsyn till ett övervägande allmänintresse.

Samma år meddelade Domstolen sin dom i *API*-målen (där Sverige var part). Nu rörde det sig om tillgång till en institutions rättegångshandlingar i mål vid EUs domstolar.[18]

Målen avsåg en ansökan av en sammanslutning av journalister (API) om att få tillgång till Kommissionens inlagor i en rad av mål inför EUs domstolar rörande bland annat förfaranden om koncentrationskontroll, statsstöd och fördragsbrott. Kommission hade vägrat att lämna ut handlingarna under åberopande av undantaget till skydd för rättsliga förfaranden (4.2 andra strecksatsen). Kommissionen hänvisade dels till att vissa rättsliga förfaranden fortfarande pågick, dels till att andra förfaranden visserligen avslutats men att det förelåg ett nära samband med pågående mål, dels slutligen till att handlingarna i ett mål om fördragsbrott alltid var undantagna enligt undantaget till skydd för inspektioner och utredningar (4.2 tredje strecksatsen).

Tribunalen underkände Kommissionens beslut vad avser vägran att lämna ut dels inlagorna i ett avslutat mål med hänsyn till ett nära samband till ett annat mål, dels inlagorna i ett antal fördragsbrottsmål med hänvisning till undantaget till skydd för inspektioner och utredningar eftersom någon utredningsverksamhet inte pågick. Däremot upprätthölls

[18] Dom den 21 september 2010 i mål C-514/07 P, C-528/07 P och C-532/07 P Sverige mot API och Kommissionen, EU:C:2010:541.

Kommissionens beslut vad avser inlagorna i pågående mål så länge muntlig förhandling i målen inte hållits.

Domstolen slog fast (p 94) att det finns en allmän presumtion att tillgång (hos institutionen) till en institutions inlagor i ett domstolsförfarande undergräver skyddet för detta förfarande under den tid förfarandet pågår (d v s även i tiden efter det muntliga förfarandet). Domstolen framhöll (p 77) att sådana inlagor snarare hör till den dömande verksamheten än till institutionens förvaltningsverksamhet och att den senare inte heller kräver samma omfattande insyn som en institutions lagstiftningsverksamhet. Domstolen påpekade (p 82–90) att EUs domstolar i sin dömande verksamhet överhuvudtaget inte omfattas av öppenhetsreglerna i fördraget eller förordningen och att en insyn för motparten i en institutions inlagor riskerar att påverka institutionens ståndpunkt i målet och balansen mellan parterna i detta. Det rättsliga förfarandet måste få pågå ostört och utan risk för påverkan på den dömande verksamheten. Domstolen påminde också (p 103) om möjligheten att motbevisa presumtionens tillämplighet och att styrka att en viss handling inte omfattas av den.

Det kan avslutningsvis noteras att Domstolen avvisade (p 101–102) APIs hänvisningar till öppenheten i andra nationella rättssystem som skäl för att ge insyn med hänvisning till att motsvarande regler just saknas i unionsdomstolarnas rättegångsregler. Här återfinner vi således samma resonemang som i målet TGI ovan av innebörd att avsaknaden av rätt till insyn för andra än direkt berörda parter enligt reglerna för ett visst förfarande ska beaktas vid bedömningen av frågan om en allmän presumtion kan uppställas för undantag till skydd för ett sådant förfarande.

I sin dom 2012 i målet *Agrofert Holdings*[19] (där Sverige intervenerade) utvidgade Domstolen den allmänna presumtionen till att gälla även för undantag till skydd för inspektioner och utredningar i koncentrationskontrollärenden.

Med hänsyn till de känsliga uppgifterna om inblandade företags ekonomiska verksamhet fann Domstolen (p 66) att presumtionen, vad gäller handlingar som utväxlats i ärendet med berörda företag, ska tillämpas på undantaget till skydd för inspektioner och utredningar även i tiden efter det att ärendet avslutats, eftersom ett utlämnande bland annat kan skada företagens beredvillighet att samarbeta med Kommissionen. Återigen påminde Domstolen (p 68) om möjligheten att motbevisa presumtionen.

[19] Dom den 28 juni 2012 i mål C-477/10 P Europeiska kommissionen mot Agrofert Holdings a.s., EU:C:2012:394.

Däremot framhöll Domstolen (p 74), med hänvisning till sin dom i målet *My Travel* (där Sverige var part),[20] att den berörda institutionen, när en undersökning i ett koncentrationskontrollförfarande har slutförts och beslutet vunnit laga kraft, måste göra en konkret och individuell prövning av varje intern handling och vid en vägran att lämna ut den förklara varför ett utlämnande skulle medföra ”konkret och faktisk skada” på de skyddade intressena.

I sin dom samma år i målet *Odile Jacobs*[21] (där Sverige intervenerade) bekräftade Domstolen att utväxlade handlingar med berörda företag i ett koncentrationskontrollförfarande omfattas av en allmän presumtion för undantag oavsett om förfarandet avslutats eller inte (p 124) medan interna handlingar inklusive juridiska yttranden av Kommissionens rättstjänst endast omfattas av denna till dess beslutet i förfarandet vunnit laga kraft. Domstolen tillade dock (p 130) att en allmän presumtion till skydd för beslutsförfarandet (4.3 andra stycket) gäller även för den sistnämnda kategorin av handlingar så länge det är oklart om den berörda institutionen kan behöva återuppta utredningen med anledning av en domstolsprövning av beslutet. Domstolen påminde åter om möjligheten till motbevisning (p 126) och preciserade att tillämpning av en allmän presumtion innebär att det inte heller behöver prövas om en handling kan lämnas ut delvis (p 133).

År 2013 avkunnade Domstolen sin dom i målet *LPN*[22] (där Sverige intervenerade) som rörde en miljöorganisations begäran om tillgång till handlingar i ett fördragsbrottsärende mot Portugal rörande ett dammbygge. Domstolen påpekade inledningsvis (p 46) att den redan har slagit fast att allmänna presumtionsregler kan tillämpas i tre specifika fall, nämligen handlingar i Kommissionens akt i statsstödsärenden, handlingar som utväxlats mellan Kommissionen och berörda företag i koncentrationskontrollärenden samt en institutions inlagor i ett domstolsförfarande. Den konstaterade sedan att LPN begärt tillgång till en grupp handlingar hos Kommissionen och att detta skett när förfarandet alltjämt befann sig i den administrativa fasen hos Kommissionen. Efter att ha klargjort förhållandet mellan öppenhetsförordningen och en annan för-

[20] Dom den 21 juli 2011 i mål C-506/08 P Sverige mot Europeiska kommissionen (My Travel), EU:C:2011:496.

[21] Dom den 28 juni 2012 i mål C-404/10 P Europeiska kommissionen mot Éditions Odile Jacob SAS, EU:C:2012:393.

[22] Dom den 14 november 2013 i mål C-514/11 P och C-605/11 P Liga para a Protecção da Natureza (LPN) och Finland mot Europeiska kommissionen, EU:C:2013:738.

ordning[23] som reglerar tillgång till handlingar i miljöärenden (som inte befanns tillämplig) slog Domstolen fast (p 64) att alla handlingar i den administrativa fasen i ett fördragsbrottsärende utgör en och samma kategori av handlingar vid tillämpningen av den allmänna presumtionsregeln. Därefter fastställde Domstolen att det kan presumeras att ett utlämnande av handlingar hänförliga till denna fas kan ändra förfarandets karaktär och förlopp och undergräva det skydd för syftet med utredningen som avses i öppenhetsförordningen (4.2 tredje strecksatsen).

Domstolen repeterade (p 66) åter att det står sökanden fritt att styrka att en viss handling i akten inte omfattas av presumtionen eller ska utlämnas med hänsyn till ett övervägande samhällsintresse samt tillade (p 67) att Kommissionen inte är skyldig att grunda sitt beslut på allmänna presumtionsregler. En institution kan således välja, i ett fall där en allmän presumtion är tillämplig, att ändå göra en konkret prövning av de handlingar som omfattas av ansökan. Enligt Domstolen är en institution till och med skyldig att lämna ut handlingar om den konstaterar att ett förfarande har sådana särdrag att ett helt eller partiellt utlämnande av handlingar kan ske.

Vad gäller frågan om ett övervägande allmänintresse uttalade Domstolen (p 92–96) att det ankommer på sökanden att ”på ett konkret sätt” åberopa de omständigheter som visar att det finns ett sådant intresse. Domstolen fann samtidigt att omständigheten att LPN i sin egenskap av miljöorganisation begärt ut handlingarna för att kunna komplettera de uppgifter som Kommissionen hade i fördragsbrottsärendet inte visade ett sådant allmänt intresse som avses i öppenhetsförordningen.

Domstolens dom senare samma år i målet *Acces Info*[24] rörde en begäran om tillgång till en enda handling hos Rådet bestående i ett internt meddelande rörande ett förslag till en ny öppenhetsförordning. Domstolen bekräftade åter, trots att det endast rörde sig om en handling, att en institution kan grunda sig på allmänna presumtionsregler för att uppfylla sin skyldighet att förklara hur tillgången till handlingen ”konkret och faktiskt” skulle skada det intresse som skyddas av ett undantag i artikel 4 i öppenhetsförordningen. Domstolen tillade emellertid att det ankom-

[23] Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1367/2006 av den 6 september 2006 om tillämpning av bestämmelserna i Århuskonventionen om tillgång till information, allmänhetens deltagande i beslutsprocesser och tillgång till rättslig prövning i miljöfrågor på gemenskapens institutioner och organ.

[24] Dom den 17 oktober 2013 i mål C-280/11 P Europeiska unionens råd mot Access Info Europe, EU:C:2013:671.

mer på institutionen att precisera vilka allmänna överväganden som utgör grunden för presumtionen att ett utlämnande skulle undergräva ett av de intressen, som skyddas av undantagen, men detta kan således ske utan att institutionen behöver göra en konkret bedömning av varje handling. Domstolen ansåg dock att Rådet inte uppfyllt sin skyldighet i detta avseende.

2014 kom Domstolens dom i målet *Sophie in 't Veld*[25], som avsåg en Europaparlamentsledamots ansökan om att få tillgång till ett yttrande av Rådets juridiska avdelning rörande ett bemyndigande att inleda förhandlingar med USA om ett internationellt avtal för att bekämpa finansiering av terrorism. Tribunalen hade funnit att Rådet haft stöd för sin vägran i den del den avsåg de delar av yttrandet som kunde röja EUs strategiska mål med förhandlingarna medan så inte var fallet vad gäller de delar som avsåg avtalets rättsliga grund. Tribunalen påpekade i den senare delen att någon risk för EUs trovärdighet i förhandlingarna inte kunde presumeras på grund av att det förekommit en diskussion om institutionernas behörighet i internationella frågor.

Domstolen godtog Tribunalens resonemang. Efter att ha repeterat (p 51–53) den analys i tre steg som regelmässigt ska ske vid en prövning av om en handling kan utlämnas, konstaterade Domstolen (p 56) att det inte ur rättspraxis är möjligt att skönja någon allmän regel av innebörd att meningsskiljaktigheter om behörigheten att träffa internationella avtal skulle skada det allmänna samhällsintresset ifråga om EUs internationella förbindelser (artikel 4.1.a tredje strecksatsen). I det konkreta fallet var det dessutom enligt Domstolen rätt att ta hänsyn till att väsentliga delar av yttrandet redan hade offentliggjorts trots att detta skett i strid med tillämpliga regler.

Efter att således ha avvisat tillämpningen av en allmän presumtion, påminde Domstolen (p 63–64) om att en institution, även om den ska ges ett omfattande utrymme för skönsmässig bedömning vid sin prövning av frågan om ett undantag kan tillämpas på en viss handling, likväl är skyldig att förklara hur tillgången till handlingen rent konkret och faktiskt kan riskera att skada det berörda skyddsintresset och att denna risk måste kunna förutses och inte endast vara hypotetisk.

Ej heller kan skyddet för juridisk rådgivning (artikel 4.2 andra strecksatsen) presumeras endast på den grunden att det rör sig om interna-

[25] Dom den 3 juli 2014 i mål C-350/12 P Europeiska unionens råd mot Sophie in 't Veld, EU:C:2014:2039.

tionella förbindelser utan en sådan presumtion måste enligt Domstolen (p 101) bli föremål för en särskild förklaring som avviker från den som redan underkänts för det särskilda undantaget för sådana förbindelser.

Samma år meddelade Domstolen sin dom i målet *EnBW*[26] (där Sverige intervenerade), som avsåg en ansökan av ett bolag (EnBW), som ansåg sig ha lidit skada till följd av en kartell där Kommissionen efter undersökning fattat sitt beslut, att (med vissa undantag) få tillgång till Kommissionens akt i ärendet. Kommissionen hade vägrat tillgång till handlingarna under åberopande av undantagen till skydd för inspektioner och undersökningar (4.2 tredje strecksatsen), institutionens beslutsförfarande (4.3) samt berörda företags affärsintressen (4.2 första strecksatsen).

Domstolen påminde om (p 66) att den vid det här laget godtagit att allmänna presumtionsregler kan tillämpas i fyra specifika fall (där således skyddet för handlingar under den administrativa fasen av ett fördragsbrottsförfarande tillkommit genom domen i målet *LPN* ovan). Därefter framhöll Domstolen (p 67–68) att ansökan i samtliga dessa mål avsett inte endast en handling utan en uppsättning av handlingar och att det därför var möjligt för institutionen att, i ett fall där utlämnande avsåg handlingar av en viss art, behandla en sådan allmän ansökan och ge denna ansökan ett allmänt svar. Domstolen konstaterade också (p 70) att en rättegång om ogiltigförklaring av beslutet alltjämt pågick inför Tribunalen vid tiden för Kommissionens beslut att vägra tillgång till handlingarna.

Domstolen påpekade (p 79) att insamlade uppgifter från berörda företag i kartellutredningar ofta innehåller affärshemligheter och att undantaget till skydd för affärsintressen (4.2 första strecksatsen) och undantaget till skydd för syftet med inspektioner och utredningar (4.2 tredje strecksatsen) därför är nära förbundna med varandra. Domstolen slog sedan fast (p 81–93), efter att ha hänvisat till målen *TGI*, *Odile Jacob* och *Agrofert Holding,* att samma överväganden gör sig gällande i ett förfarande enligt artikel 101. Domstolen drog därför slutsatsen att Kommissionen haft rätt att presumera (p 93) att ett utlämnande av handlingarna skulle undergräva såväl skyddet för de inblandade företagens affärsintressen som skyddet för syftet med utredningarna och att denna presumtion gällde till dess Kommissionens beslut i ärendet vunnit laga kraft (p 99).

Domstolen påminde åter (p 100) om möjligheten för en sökande att visa att en viss handling inte omfattas av presumtionen eller att det före-

[26] Dom den 27 februari 2014 i mål C-365/12 P Europeiska kommissionen mot EnBW Energie Baden-Württemberg AG, EU:C:2014:112.

ligger ett övervägande allmänintresse. I den senare delen menade Domstolen (p 132) att bolaget inte förmått visa varför tillgång till handlingarna var nödvändig för bolagets avsedda skadeståndstalan mot kartelldeltagarna. Domstolen framhöll att det hade krävts att bolaget visat att tillgång till handlingarna dels hade möjliggjort en sådan talan, dels att det inte fanns någon annan möjlighet att införskaffa denna bevisning.

Vi kan således konstatera att Domstolen godkänt att allmänna presumtionsregler för undantag kan tillämpas på handlingar i fem olika typer av förfaranden – nämligen statsstödsutredningar, koncentrationskontroll, kartellutredningar, fördragsbrottsförfaranden samt rättegångar inför EUs domstolar. Domstolen är också beredd att, om än i mer begränsad omfattning, godkänna en sådan presumtion även i lagstiftningsförfaranden.

Tribunalen har därutöver godkänt att en presumtion tillämpas till skydd för affärsintressen (4.2 första strecksatsen) på handlingar som inges i en offentlig upphandling av EU[27], till skydd för inspektioner och utredningar (4.2 tredje strecksatsen) på handlingar som inhämtas under förstadiet till en fördragsbrottsutredning (s k EU Pilot procedur)[28] samt till skydd för såväl affärsintressen som inspektioner och utredningar på handlingar som utväxlats mellan Kommissionen och nationella konkurrensmyndigheter.[29]

Den här översikten avslutas med en i skrivande stund av Domstolen nyligen meddelad dom i målet *ClientEarth*[30]. Målet avsåg en engelsk miljörörelses ansökan om att få ut handlingar rörande Kommissionens undersökningar om överensstämmelsen mellan lagstiftningen i olika medlemsstater och unionens miljölagstiftning. Kommissionen hade vägrat att lämna ut vissa delar av dessa handlingar med hänvisning till bland annat undantaget avseende skyddet för syftet med inspektioner och utredningar (artikel 4.2 tredje strecksatsen).

[27] Dom den 29 januari 2013 i mål T-339/10 och T-532/10 Cosepuri Soc. Coop. PA mot Europeiska myndigheten för livsmedelssäkerhet (EFSA), EU:T:2013:38.

[28] Dom den 25 september 2014 i mål T-306/12 Darius Nicolai Spirlea och Mihaela Spirlea mot Europeiska kommissionen, EU:T:2014:816. Överklagat av Sverige, C-562/14 P; se även dom av den 16 juli 2015 i mål C-612/13 P ClientEarth mot Europeiska kommissionen, EU:C:2015:486, kommenterat nedan.

[29] Dom den 12 maj 2015 i mål T-623/13 Unión de Almacenistas de Hierros de España mot Europeiska kommissionen, EU:T:2015:268.

[30] Dom den 16 juli 2015 i mål C-612/13 P ClientEarth mot Europeiska kommissionen, EU:C:2015:486.

Domstolen fann (p 69–76) att Kommissionen haft rätt att grunda sig på allmänna presumtionsregler vid tillämpningen av undantaget till skydd för inspektioner och utredningar när Kommissionen vid tidpunkten för sitt beslut redan hade inlett den administrativa fasen i ett fördragsbrottsförfarande. Däremot fann Domstolen (p 79) att en sådan presumtion inte kan tillämpas innan en sådan formell fas har inletts. Kravet på att det föreligger ett klart och tydligt avgränsat och pågående administrativt förfarande förklaras enligt Domstolen (p 78, 81) av att en sådan presumtion måste tillämpas strikt eftersom den utgör ett undantag från den berörda institutionens skyldighet att göra en konkret och individuell prövning av varje handling som omfattas av en ansökan om tillgång. Vissa handlingar ansågs därför omfattas av presumtionen medan andra inte gjorde det.

När det gäller frågan om det fanns ett övervägande allmänintresse beträffande de handlingar, där en presumtion kunde tillämpas, bekräftade Domstolen (p 90–93) sina tidigare uttalanden att det ankommer på sökanden att åberopa de omständigheter som innebär att ett sådant intresse föreligger. De allmänna överväganden om öppenhet och demokrati som ClientEarth åberopat ansågs emellertid inte (p 91–93) räcka för att styrka att dessa principer var av sådan särskild betydelse i ärendet att de vägde tyngre än skälen för undantag.

5 Kommentar

Som väl framgått har det skett en betydande rättsutveckling på området, vilket förklaras av att öppenhetsförordningen inte lämnar så mycket vägledning när det gäller hur undantagsprövningen ska gå till när handlingar begärs ut.

Vi kan således konstatera att en EU-institution har rätt att, vid en ansökan om tillgång till handlingar, i vissa fall avstå från att göra en individuell prövning av varje sådan handling med stöd av en allmän presumtion för ett eller flera undantag enligt öppenhetsförordningens artikel 4.

För att tillämpa en sådan allmän presumtionsregel måste institutionen försäkra sig om att handlingarna är sådana att de kan omfattas av ett undantag. Institutionen ska också åberopa de omständigheter som gör presumtionen tillämplig och kontrollera att berörd kategori av handlingar omfattas av den. Institutionen ska därvid förklara hur syftet med tillämpligt undantag annars riskerar att äventyras. Om det finns särskilda regler för tillgång till handlingar i vissa förfaranden, ska dessa regler beaktas vid bedömningen av om en presumtion kan tillämpas.

Om det är uppenbart att en handling kan utlämnas, ska detta ske. Det står en sökande fritt att visa att en eller flera handlingar inte omfattas av presumtionen eller ska lämnas ut med hänsyn till ett övervägande samhällsintresse. Det ställs emellertid relativt långtgående krav på en sådan bevisning och denna är inte alltid lätt att föra för en sökande som ju inte har tillgång till de handlingar vars känslighet ska vägas mot samhällsintresset.[31]

När en allmän presumtion tillämpas, innebär den således att den berörda institutionen inte behöver göra en individuell granskning av varje berörd handling i en akt. Detta innebär att även handlingar, som med hänsyn till sitt innehåll hade kunnat lämnas ut, stannar i akten. Institutionen behöver inte heller pröva om delar av en handling kan lämnas ut.

Här kan man tala om ett skydd snarare för funktionen i det berörda förfarandet som sådant än för innehållet i de handlingar som givits in eller upprättats under det. Den begränsade insyn eller det akttillträde, som kan gälla enligt de specifika reglerna för förfarandet ifråga, syftar därför till att tillmötesgå ett annat intresse än allmänhetens insyn i förfarandet, nämligen rätten för en berörd part att få veta, och yttra sig över, det som kan läggas parten till last. Av samma skäl är det inte antalet handlingar, eller omfattningen av dessa, som avgör om en presumtion kan tillämpas. Denna fråga regleras istället i öppenhetsförordningen enligt vad som redan framgått av reglerna om förlängd svarstid och samråd med sökanden. För övrigt kan det knappast anses försvarligt att i detta avseende väga allmänhetens rätt till insyn mot arbetsbelastningen hos institutionen ifråga.

Samtidigt kan man konstatera att funktionsskyddet varierar beroende dels på typen av förfarande, dels i vilket stadium det befinner sig. Min framställning lånar sig inte till en djupare analys av dessa frågor men allmänt kan konstateras att skyddet för handlingar tillkomna under ett lagstiftningsförfarande sällan motiverar tillämpningen av en presumtionsregel och att en sådan gör sig gällande med betydligt mindre kraft, eller omfattar färre kategorier av handlingar, i rättegångsförfaranden eller administrativa förfaranden när dessa avslutats genom dom eller beslut.

[31] Jfr Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/104/EU av den 26 november 2014 om vissa regler som styr skadeståndstalan enligt nationell rätt för överträdelser av medlemsstaternas och Europeiska unionens konkurrensrättsliga bestämmelser; det reglerar emellertid inte EUs skyldigheter i detta avseende.

Som framgår av själva ingressen till öppenhetsförordningen syftar denna till största möjliga öppenhet. Man kan således tala om ett slags presumtion för tillgång till handlingar. Det är därför naturligtvis inte oproblematiskt att det nu finns allmänna presumtioner för undantag som delvis går i motsatt riktning. I *ClientEarth* har Domstolen emellertid gjort en välbehövlig precisering av innebörd att en sådan presumtion ska tillämpas strikt och att det måste finnas en tydlig och klar avgränsning av det förfarande inom vilken en presumtion för undantag kan komma till användning. Detta ligger ju också i linje med att undantagen själva enligt Domstolens praxis ska tillämpas strikt (vilket ju i princip alltid bör gälla för ett undantag om inte regeln ska bli meningslös).

Även med den begränsningen kan vi konstatera att allmänna presumtionsregler av Domstolen tillämpats på fem olika typer av förfaranden. Och ytterligare sådana (om än klart och tydligt avgränsade) kan tillkomma. Förfaranden rörande t ex statsstöd, företagskoncentrationer och karteller rör också ofta betydande värden och kan få stor inverkan på en företagssektors, och ibland till och med ett lands, ekonomi.

Samtidigt ställer dessa förfaranden långtgående krav på skydd från insyn, både under och efter förfarandet, för att de ska vara effektiva. Här uppstår en konflikt mellan ”presumtionen” för öppenhet i förordningen och de av Domstolen utvecklade presumtionsreglerna för undantag till skydd för själva funktionen i institutionernas arbete. Principen om öppenhet på den ena sidan och strävan efter ett effektivt förfarande på den andra tjänar ju var och en på sitt sätt medborgarnas intressen och bidrar båda, rätt avvägda mot varandra, till en ökad legitimitet hos EUs institutioner. Domstolen är, som dess praxis visar, väl medveten om detta och känsligheten i avvägningen mellan dessa intressen.

Det finns idag en lång rad öppenhetsmål inför EUs domstolar, och vi kan därför förvänta oss en fortsatt utveckling på området när det gäller såväl preciseringar av presumtionsreglernas tillämplighet som på vilka förfaranden de kan komma till användning.

Bertil Wiman

Europarätten och skatterätt

1 Inledning

Europarättens inflytande på juridisk forskning och utbildning är ett mycket spännande tema. Det har på skatterättens område i olika hänseenden varit fråga om ett betydande inflytande. Jag har kunnat följa det under en stor del av min akademiskt verksamma tid. I början av 1990-talet var jag universitetslektor vid Juridiska fakulteten i Uppsala, när ansökan om medlemskap lämnades in. Vid tidpunkten för folkomröstningen och inträdet hade jag tillträtt en professur vid Umeå Universitet. Under min tid vid Handelshögskolan i Stockholm 1996–2008 skedde en stor del av den utveckling som temat avser. Min akademiska bana har starkt präglats av denna utveckling.

Jag kommer att ha ett lite bredare anslag på temat, präglat av mina personliga erfarenheter på området. Bidraget kan möjligen närmast betraktas som kåserande med anekdotiska inslag. En allmän bakgrund kan vara den utredning som de juridiska fakulteterna vid de tre universiteten i Lund, Stockholm och Uppsala gjorde 1991–1992 på uppdrag av regeringen för att analysera vilka krav och förutsättningar som kunde komma att gälla för svensk juridisk vetenskap i händelse av ett svenskt medlemskap. Utredningen resulterade i betänkandet Europagemenskap och rättsvetenskap.[1] Det skatterättsliga inslaget skrevs av dekanen vid Stockholmsfakulteten, professor Gustaf Lindencrona. Han kunde bland annat konstatera att mycket hade uträttats av EG på den indirekta beskattningens område, men att vad gällde inkomstbeskattningen hade ”påfallande litet gjorts”.[2] I hans beskrivning av effekterna för svenskt

[1] Iustus Förlag, 1992.
[2] A.a. s. 186.

vidkommande ligger också fokus på indirekt beskattning. Direktiven på inkomstskattesidan (ett direktiv om gränsöverskridande utdelningar mellan bolag, ett annat om gränsöverskridande omstruktureringar, det så kallade fusionsdirektivet, samt en skiljemannakonvention avseende internprissättning i koncerner) ansåg Lindencrona, med rätta, inte skulle innebära några större svårigheter.[3] Det är intressant att han vid den vetenskapliga probleminventeringen tydligt pekade på behovet av skatteforskning avseende de frågor som uppkommer avseende de fördragsmässiga kraven på fri rörlighet. Han förutsåg behovet av svenska forskare som förmedlar innehållet i svensk skatterätt till utlandet, men också behovet av komparativ skatteforskning för förmedling av lösningar till svenska avnämare. Det faktum att skattelagstiftning i olika länder till sin struktur är likartad är en faktor som enligt Lindencrona skulle medföra att svensk skatteforskning kunde spela en viktig roll genom att förmedla kontakten med de utländska rättskällorna. Så har också, vilket jag nedan ska redogöra för, i stort sett blivit fallet.

I september 1993 var jag inbjuden till University of Minnesota Law School för att hålla den första Maynard B. Hasselquist-föreläsningen.[4] Titeln för mitt föredrag var Tax Views on EC Membership.[5] Föredraget var en översikt av vad som kunde förväntas på skatterättens område. Även om det inte var några revolutionerande spådomar är det ändå lite intressant att gå tillbaka och se vad man då kunde uppfatta som viktiga punkter. Flera av dem återspeglas i betraktelsen nedan.

[3] A.a. s. 192–194.

[4] Maynard (d. 1996) var då pensionerad från den största advokatbyrån i Minnesota, Dorsey & Whitney, och byrån hade i hans namn skänkt pengar till universitet för att befrämja internationellt utbyte och forskning framförallt i affärsjuridik. I början av 1980-talet, när samarbetet mellan vår fakultetet och Minnesota utvecklades, hade han stött fakultetsledningen (Dean Robert Stein, sedermera hedersdoktor vid vår fakultet, och professor Fred Morrison) planerna och arbetet med vårt utbyte. Jag själv var läsåret 1982–83 på University of Minnesota som Fulbright-stipendiat, och Maynard ordnade då som ett led i min finansiering deltidsarbete som research assistent på Dorsey & Whitney. Maynard växte upp som tredjegenerationens svensk i en liten ort i Minnesota och lärde sig inte engelska förrän han började skolan. Enligt vår egen Anders Agell, som var dekan när förhandlingarna med Minnesota pågick, talade Maynard en svenska präglad av 1800-talets småländska. Anders borde ju veta, smålänning som han var.

[5] Föredraget är publicerat i Juridisk Tidskrift 1993–94 s. 509–520.

2 Inverkan på lagstiftning

Det var ingen tvekan om att EU-rätten skulle få stor betydelse på skatterättens område. Många nationella skatteregler hade inte utformats för att vara konform med EU-rätten vare sig i Sverige eller i någon annan medlemsstat. Det innebar att de inte var förenliga med fördraget och framförallt de fyra rörligheterna och statstödsreglerna. Sverige hade vidare att införliva de existerande direktiven som vid tidpunkten för vårt EU-medlemskap fanns på skatterättens område (fusionsdirektivet[6], moder/bolagsdirektivet[7], informationsutbytesdirektivet[8]) eller senare kom att antas (sparandedirektivet,[9] ränte/royaltydirektivet[10]).

En första reflexion är att man från början inte hade tänkt sig att fördraget skulle vara tillämplig på nationella regler avseende inkomstskatt. På indirekt beskattning var det självklart eftersom det var lätt att se att sådan beskattning påverkade handeln mellan medlemsstater. På inkomstskattesidan är det rättsfall som förefaller ha varit en väckarklocka att fördraget faktiskt kunde tillämpas på inkomstskattefrågor det så kallade avoir fiscal-målet från 1986, mål C-270/83.

Därmed var lavinen i rullning och vid det här laget finns det en stor mängd rättsfall från EUD som avser inkomstbeskattning. De täcker i stort sett alla fria rörligheter, även om etableringsrätten är den som är mest frekvent. Det kan diskuteras vad orsaken är till att etableringsrätten sticker ut. Ett skäl är kanske att stater just på det området av fiskala skäl har haft störst anledning att vara försiktig med att tillåta samma regler för rent inhemsk näringsverksamhet som för gränsöverskridande. Frågan om förenligheten med EU-rätten uppkommer då omedelbart.

En bidragande orsak till det ökande antalet mål är att företag ofta använder sig av skattekonsulter. Dessa lärde sig tidigt av avoir fiscal-målet och andra mål att fördraget var användbart när det gällde att ifrågasätta nationella regler. Ett exempel för svenskt vidkommande utgör mål C-436/00 X och Y. I 53 kapitlet IL fanns det en bestämmelse som bland annat innebar att om en i Sverige bosatt fysisk person sålde aktier till ett svenskt bolag som denne ägde aktier kunde detta ske till underpris men inte om försäljningen skedde till ett utländskt motsvarande innehaft ut-

[6] 2009/133/EG, ändrat 2013.
[7] 2011/96/EU, ändrat 2013, 2014 och 2015.
[8] 77/799/EEG, ersatt 2011 av direktiv 2011/16/EU.
[9] 2003/48/EG, ändrat 2004, 2006 och 2014.
[10] Direktiv 2003/49 EG, ändrat 2004, 2006 och 2013.

ländskt bolag. EU-domstolen ansåg att den svenska bestämmelsen stred mot etableringsrätten. Målet hade initierats genom en ansökan om förhandsbesked, och sannolikt fanns bakom ansökan en i EU-rätten väl bevandrad skattekonsult. Ett annat mål som visar på försäkringsbranschens intresse av att få svenska regler att komma i samklang med EU-rätten är mål C-118/96, Jessica Safir, där det istället var Skandia som drev frågan.

Ett annat sätt att få upp svenska skatteregler till prövning är att påverka EU-kommissionen att väcka frågan. Jag skulle kunna föreställa mig att i vissa fall EU-kommissionen fått information om olika svenska bestämmelsers potentiella fördragsstridighet, varefter EU-kommissionen ställt frågor till Sverige. Ett aktuellt exempel på att EU-kommissionen granskar de svenska inkomstskattereglerna är att man inlett ett överträdelseförfarande avseende de svenska bestämmelserna för avdrag för räntor på koncerninterna lån i 24 kapitlet IL.[11] Kommissionen anser inte att de är förenliga med fördraget.

Den svenske lagstiftaren kan nog sägas ha haft en ambivalent inställning till EU-rättens inflytande på svensk skatterätt. Självklart har sekundärrätten införlivats i inkomstskattelagen på ett direktivkonformt sätt, även om man frågor kring utformningen aldrig helt kan undvikas. Beträffande inverkan av fördragsfriheterna skulle man kanske kunna generalisera en smula och hävda att så länge inga fiskala intressen träds alltför nära så har en anpassning av lagtexten till rättsutvecklingen i EU-domstolen skett, men i övrigt har lagstiftaren haft en njuggare inställning.

Ett exempel på när lagstiftaren har varit proaktiv var de lagändringar som följde på Ds 2008:28 *Anpassningar på företagsskatteområdet till EG-fördraget.* Här hade finansdepartement på egen hand undersökt vilka anpassningar som behövdes. Även om några av dessa var en följd av praxis från EU-domstolen (t.ex. mål C-200/98 X AB och Y AB), så var de flesta ändringar i oträngt mål.

Men i andra fall har lagstiftaren varit högst ovillig att ta intryck av EU-domstolens praxis. Ett bra exempel på detta har varit effekterna av det på skatteområdet välkända Marks & Spencer-målet, mål C-446/03, och bland annat det efterföljande mål C-231/05 Oy Aa. Frågan gällde framförallt möjligheten att dra av förluster som uppkommit i utländska dotterbolag. EU-domstolen kom i Marks & Spencer fram till att under vissa förutsättningar har ett moderbolag rätt att dra av slutliga förluster i utländska dotterbolag.

[11] 2013/4206 C(2014)8699 final.

Detta mål kom att tolkas som att det också skulle kunna ges koncernbidrag från svenska moderbolag till utländska dotterbolag med förluster, och ett antal ansökningar om förhandsbesked kom att prövas av Skatterättsnämnden och sedermera också Högsta förvaltningsdomstolen.[12] Efter domarna från EU-domstolen och med hänsyn till Skatterättsnämndens förhandsbesked kunde man förväntat sig att regeringen skulle ta initiativ till lagändringar. Men regeringens tolkning av domarna var entydigt att inga förändringar skulle behövas.[13] Det kom därför säkert som en överraskning för regeringen att Högsta förvaltningsdomstolen vid prövningen av nyssnämnda förhandsbesked kom till slutsatsen att bestämmelserna om koncernbidrag i vissa fall stred mot EU-domstolens tolkning av EU-fördraget.[14] Som en följd av rättspraxis infördes sedan bestämmelser i 35 a kapitlet Inkomstskattelagen om så kallade koncernavdrag, dvs. avdrag för förluster i utländska dotterbolag. Kriterierna för avdrag är dock så snävt hållna att man kan ifrågasätta om de inte i delar kan anses strida mot EU-rätten. Bestämmelserna utgör ett exempel på en högst motvillig anpassning till EU-rätten.

3 Betydelse för forskning och forskningssamarbeten

3.1 Inledning

Jag kan inledningsvis konstatera att medlemskapet i EU haft stor betydelse för svensk skatteforskning och samarbeten mellan svenska och utländska forskare. Min redogörelse är naturligtvis starkt präglad av mina egna erfarenheter. Jag gör inga anspråk på fullständighet och ber därför fördragssamhet med att min redogörelse kan ha utelämnat arbeten och samarbeten som svenska skatteforskare har utfört eller medverkar i.

[12] Se t.ex. Wiman, Cross-Border Loss Relief in Europe – The Case of Group Contributions. I A Vision of Taxes within and outside European Borders. Festschrift in Honor of Frans Vanistendael, Kluwer 2008 s. 971–987.
[13] Prop. 2007/08:1 s. 118.
[14] RÅ 2009 ref. 13.

3.2 Forskning

Redan innan det svenska medlemskapet hade forskning kring skattefrågor som berörde Sverige in påbörjats. Cécile Brokelind i Lund hade exempelvis gett ut ett häfte *Towards an EC Tax Law* 1993, och en del artiklar och andra publikationer förekom.

En tidig avhandling med EU-rättslig inriktning skrevs av Kristina Ståhl, Aktiebeskattning och fria kapitalrörelser (Iustus Förlag, 1996). Den behandlade inkomstskattefrågor. Senare avhandlingar och monografier på inkomstskatterättens område är Mattias Dahlbergs monografi *Direct Taxation in Relation to the Freedom of Establishment and the Free Movement of Capital* (Kluwer Law International, 2005), Maria Nelson *Utflyttning av aktiebolag* (Mercurius 2010) och Katia Cejies avhandling *Utflyttningsbeskattning vid kapitalökningar* (Uppsala universitet, 2010). Maria Hilling tog i sin avhandling *Free movement and Tax Treaties in the Internal Market (*Iustus Förlag, 2005) upp frågor om EU-skatterättens förhållande till skatteavtal. På företagsbeskattningens område skrev Cécile Brokelind sin avhandling om direktiven på bolagsbeskattningens område, *Une interprétation de la directive sociétés mères et filiales du 23 juillet 1990* (Bruyland, 2000), Kristina Ståhl monografin *Fusionsdirektivet* (Iustus Förlag, 2005) och Jérôme Monsenego *Taxation of Foreign Business Income within the European Internal Market*, (IBFD Doctoral Series 2012). Statsstödsfrågor var fokus i Mona Aldestams avhandling *EC State aid rules applied to taxes – An analysis of the selectivity criterion* (Iustus Förlag, 2005). De ovannämnda frågorna kring avdrag för gränsöverskridande förluster var föremål för studium i Anna Gersons avhandling *Compensation of Losses in Foreign Subsidiaries within the EU* (Jönköping 2009) och också i *Underskott i aktiebolag* (Iustus Förlag, 2015) av Anna Romby. Martin Berglund analyserade bland annat en källstats ansvar för att individers samlade skatteförmåga beaktas i monografin Schumackerdoktrinen (Uppsala Universitet, 2014).

En studie som tog greppet om en principiell fråga relevant när det gäller Europakonventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna, för EU-rätten och för svensk rätt är *Proportionalitetsprincipen i skatterätten* (Juristförlaget i Lund, 2003), utförd av Christina Moëll.

Det är naturligt att frågor avseende indirekt beskattning varit föremål för vetenskapliga studier eftersom EU-fördraget innehåller tydliga bestämmelser på detta område och det är harmoniserat inom EU. Christina Moëll behandlade en del EU-rättsliga frågor i sin avhandling *Harmonise-*

rade tulltaxor (Juristförlaget i Lund, 1996) och Stefan Olsson disputerade på avhandlingen *Punktskatter – rättslig reglering i svenskt och europeiskt perspektiv* (Iustus Förlag, 2001). Men det är på mervärdeskatteområdet som det stora antalet avhandlingar med stora inslag av EU-rätt kommit. Tidigt ute var Björn Westberg med *Nordisk mervärdesskatterätt* (Juristförlaget, 1994) som innehöll betydande delar EU-rätt. Därefter har på avhandlingssidan följt Eleonor Alhager (numera Kristofferson) med *Mervärdesskatt vid omstruktureringar* (Iustus Förlag, 2001), Oskar Henkow, *Financial activities in European VAT* (Handelsrätten i Lund, 2007), Pernilla Rendahl, *Cross-Border Consumption of Digital Supplies* (Jönköping, 2008) och Mikaela Sonnerby *Neutral uttagsbeskattning på mervärdesskatteområdet* (Norstedts, 2010).

Man kan således konstatera att det finns en betydande svensk skatteforskning i vilken de EU-rättsliga inslagen har varit stora. Avslutningsvis ska jag framhålla ett verk som visserligen marknadsförs som en lärobok men som inte skulle ha varit möjlig utan en betydande forskningsinsats. Det är boken *EU-skatterätt*, nu i en tredje upplaga (2011). Den första upplagan hette *EG-skatterätt* och var författad av Kristina Ståhl och Roger Persson Österman. I den tredje upplagan tillkom Maria Hilling och Jesper Öberg som medförfattare. Denna lärobok har betytt mycket för att kunskaperna om EU-skatterätten i Sverige. Den första upplagan tillkom som en följd av det seminarium om EU-skatterätt som författarna organiserade i forskningsstiftelsen Skattenytts regi i Uppsala 1995.

3.3 Forskningssamarbeten

Under min doktorandtid på 1980-talet och tiden närmast därefter var de internationella inslagen relativt begränsade. Det hände att en och annan utländsk gästforskare i skatterätt kom till Uppsalafakulteten, men det var inte genom något organiserat samarbete utan mer som en följd av att professorn i finansrätt Nils Mattsson hade upparbetade personliga kontakter med utländska professorer. Skatterätten fick dock glädje av det mer organiserade utbyte vår fakultet hade och har med University of Minnesota. Nils Mattsson for dit som gästprofessor våren 1987, och jag kunde samtidigt vara där för att slutföra min avhandling. I andra riktningen kom någon termin en av deras skatteprofessorer Andy Schoettle till Uppsala.

En internationell organisation som sedan 1938 aktivt organiserat konferenser och stimulerat forskning i framförallt internationell skatterätt är International Fiscal Association (IFA). IFA ordnar årliga kongresser

som numera drar flera tusen deltagare. Kongressen är upplagd med två huvudämnen till vilka nationalrapporter avges efter gemensamma direktiv. En eller flera generalrapportörer skriver sedan en genrealrapport till kongressen. Det är framförallt genom de två huvudämnena som komparativ skatteforskning stimuleras. Mattias Dahlberg och jag skrev en av generalrapporterna till 2013 års kongress i Köpenhamn, med knappt 40 nationalrapporter som underlag. Utöver huvudämnena finns ett flertal kortare seminarier på kongressen och några av dem är regelmässigt är några av dem inriktade på olika aspekter av EU-skatterätten.

Ett etablerat nordiskt samarbete inleddes 1973 genom Nordiska skattevetenskapliga forskningsrådet (NSFR) vars verksamhet till en del sker genom årliga konferenser och visst utdelande av forskningsmedel. Antalet deltagare var, och är, begränsat på dess konferenser så för yngre forskare var det inte lätt att komma med. Det skedde nog bara om ämnet för konferensen låg den yngre forskaren särskilt nära. Såvitt jag kan komma ihåg deltog jag i min första NSFR-konferens någon vecka efter min disputation i november 1987 och den konferensen avsåg just mitt avhandlingsämne.

Inom ramen för NSFR organiserade vi doktorander särskilda seminarier för yngre nordiska skatteforskare. Den första ägde rum 1986 i Helsingfors och arrangerades av Elisabet Rehbinder. Jag organiserade nästa i Uppsala 1989 på temat rättskällor inom skatterätten.[15] Därefter har ytterligare några särskilda seminarier för yngre nordiska skatteforskare ägt rum, bland annat i Aarhus och i Bergen, men såvitt jag känner till var det nu ganska länge sedan något sådant seminarium organiserades.

Nordiska skattevetenskapliga forskningsrådet fortsätter med årliga konferenser. Konkurrensen om uppmärksamheten har dock ökat enormt eftersom utbytet av andra konferenser, seminarier och andra forskningssamarbeten har ökat drastiskt som en följd av EU-inträdet.

Det finns förstås flera skäl till denna ökning. Ett skäl är att rättsområdet som sådant inbjuder till samarbeten. För att förstå på vilka sätt EU-fördraget kan inverka på nationella skatteregler, och varför andra länders skatteregler blivit bedömda på ett visst sätt av EU-domstolen, måste man ha kunskaper om andra länders skattesystem. Dessutom får man ju en gemensam bas för vetenskapliga diskussioner, nämligen EU-rätten. Ett annat skäl är de forskningsmedel som EU inom olika program delar ut

[15] Se Rättskällor inom skatterätten. Nordiska Skattevetenskapliga forskningsrådets skriftserie nr 24 (Allmänna Förlaget, 1990).

just för olika typer av utbildnings- och forskningsprojekt. Eftersom sådana medel oftast förutsätter flera medverkande institutioner från olika medlemsstater har samarbeten varit nödvändiga för att kunna söka och få medel. Detta har också stimulerat kontakter.

Redan 1995 fick jag förmånen att bjudas in till ett samarbete som ett resultat av just denna effekt. Professorn i Leuven Frans Vanistendael samlade ett antal professorer från olika länder i samband med IFA-kongressen i Cannes. Vi bestämde oss för att ordna tre seminarier. Det första i Leuven, det andra i Bergamo, och det tredje 1998 på Handelshögskolan i Stockholm.

Två samtidiga tyska initiativ var betydelsefulla. Från Osnabrück drog professorn Manfred Mössner igång en serie av årliga konferenser och detsamma gjorde professorn Dieter Birk i Münster. Vi var ganska många som deltog i båda nätverken. Efter några år kände en del av oss att det blev lite mycket att samordna våra deltaganden i båda nätverken, inte minst som det fanns ett ökat antal andra seminarier och konferenser. Det var ju lite diplomatiskt svårt eftersom viss vänskaplig konkurrens kunde skönjas mellan de båda tyska professorerna.

Det var ju ur svensk synvinkel lite lustigt att det var just Osnabrück och Münster som konkurrerade, de städer där delegationerna vid fredssamtalen för att avsluta trettioåriga kriget huserade (den svenska i Osnabrück). Lösningen blev att båda nätverken upphörde och vi istället bildade föreningen European Association of Tax Law Professors (EATLP) vid en konferens på Handelshögskolan i Stockholm i juni 1999.[16]

[16] De som var med har nog mest trevliga och för många utlänningar lite exotiska minnen. Vi hade lyckats få Stockholms stad att bjuda på en mottagning i stadshuset, och därefter väntade en skärgårdsbåt vid stadshuskajen för en tur genom Hammarbykanalen för att senare på kvällen angöra kajen vid Nybroviken. Vädret var bra under konferensen, sommarnätterna ljusa och det var fin stämning. Enda kruxet var själva diskussionen om stadgarna. Konstituerande möte började klockan 18 och efter 45 minuters diskussion om ordalydelser hit och dit kunde vi som ”founding fathers” känna viss frustration. Jag hade emellertid på väg till mötet passerat Adolf Fredriks kyrka där Handelshögskolans studentkör just hade haft ett uppträdande. Det behövdes ingen övertalning för att få dem att komma en stund senare till vårt möte. Efter att ett 20-tal sångare denna vackra försommarkväll sjungandes kommit in i Handelshögskolans aula och levererat ett program, var faktiskt diskussionen slut. Ingen hade lust att diskutera längre, vårt stadgeförslag antogs och deltagarna kunde gå vidare till viktigare uppgifte, det vill säga en mottagning med mat och dryck i Handelshögskolans Rotunda. Rapporterna från konferensen är publicerade i Taxation of Small and Medium Sized Enterprises, MercurIus Förlag 2000. I denna

EATLP har varit starkt bidragande till utvecklingen av EU-skatterättslig forskning i Europa. För att organisera den vetenskapliga delen av de årliga konferenserna har EATLP en Academic Committee med representanter från varje EU-medlemsland där skatterättslig forskning bedrivs. Regler om rotation leder till att det sker en successiv förnyelse av kommittén. Från varje konferens kommer det ut en bok med såväl tematiska rapporter som nationalrapporter. Det är många nätverk som haft sin grund i kontakter som knutits genom EATLP.[17] Föreningen har drygt 300 medlemmar och även en del associerade medlemmar från andra delar av världen.

Med tiden har flera olika universitet utvecklat verksamheter med EU-skatterättslig inriktning. På Wirtschaftsuniversität (WU) i Wien var professor Michael Langfrån tidigt ute med att organisera årliga konferenser under temat *Recent and Pending Cases at the ECJ on Direct Taxation*. Dessa konferenser har gått ut på att forskare från de länder som haft mål anhängiggjorda i EU-domstolen har beskrivit de nationella skatteregler som varit ifrågasatta och analyserat i vilken utsträckning och på vad sätt de har kunnat anses vara stridande mot EU-rätten. Ofta har detta varit betydligt mer informativt än vad som kunnat utläsas av det officiellt tillgängliga materialet i målet. Diskussion har följt på varje presentation. Denna modell för konferens har varit mycket engagerande. Numera ordnas i Wien också motsvarande konferenser avseende indirekt skatt. Varje sommar arrangerar WU också en konferens i Rust på ett internationellt skatterättsligt eller EU-rättsligt tema. Bidragen och presentationerna vid dessa olika konferenser har publicerats. Många forskare från Uppsalafakulteten har aktivt deltagit i dessa konferenser.

Medlemmar av vår fakultet har haft goda kontakter med WU och tidigt haft samarbeten och interaktion på olika plan. Det var därför särskilt roligt att professor Michael Lang promoverades till hedersdoktor vid Juridiska fakulteten i Uppsala år 2010.

Ett utflöde av EATLP och de nätverk som utvecklats där är de tre metodkurser för doktorander som sedan 2006 genomförs i tvåårscykler. Jag arrangerade den första i komparativ skatterätt vid Handelshögskolan

bok finns också gruppfoton av deltagarna uppdelade geografiskt för den som vi se yngre versioner av dagens professorer.

[17] Från ett Uppsalaperspektiv kan nämnas att Bertil Wiman var EATLP:s förste treasurer 1999–2005 och dess ordförande 2012–2016, och Mattias Dahlberg varit svensk representant i Academic Committee en period. Wiman och Dahlberg var också lokala organisatörer av EATLP konferens i Uppsala 2011.

i Stockholm, och inom loppet av två år ordnade Leiden och Wirtschaftsuniversität i Wien varsin metodkurs i EU-skatterätt och internationell skatterätt. Därefter började vi om med komparativ skatterätt i Uppsala 2008, och sedan dess har jag gett den kursen 2010, 2012 och 2014, och nästa år 2016 är det dags igen. Förutom att ge metodologiska insikter har doktorander själva knutit goda kontakter sinsemellan. Varje år ordnar också International Bureau of Fiscal Documentation (IBFD) i Amsterdam ett seminarium för skattedoktorander från hela världen.

Det finns förutom Wien många andra forskningssamarbeten som utvecklats där svenska forskare varit aktiva. Ett sådant är Group for Research on European and International Taxation (Greit) i vilket Cécile Brokelind från Lunds universitet är aktiv på kontinuerlig basis. Greit håller årliga konferenser.

Ett annat är European Universities Cooperating on TAXes (EUCOTAX), där Handelshögskolan i Stockholm kom med som part 2003, men där genom flytten av den skatterättsliga forskningsdelen till Juridiska fakulteten i Uppsala 2008 numera vår fakultet är medlem. EUCOTAX har en egen skriftserie, och den ovannämnda monografin av Mattias Dahlberg är publicerad i den. Detta samarbete innehåller också en studentdel till vilken jag återkommer i nästa avsnitt.

Det finns avslutningsvis i denna del anledning framhålla att inom ramen för EU-kommissionen bedrivs betydande komparativa studier. Ett gott exempel är arbetet med att ta fram ett direktivförslag om CCCTB, Common Consolidated Corporate Tax Base. Tanken är att ha en gemensam europeisk bolagsskattebas för beräkning av koncerninkomster för att sedan fördela dessa mellan medlemsstaterna. Medlemsstaterna ska sedan beskatta sin del. Detta projekt startade 2003, och arbetet bedrivs aktivt. Min poäng är att kommissionen fått ägna mycket tid åt att studera nationella skatteregler för att ta fram ”best practices”. I detta arbete har man också från tid till annan ordnat seminarier där bland annat EATLP varit representerat. Kommissionens tjänstemän är också flitiga deltagare i de vetenskapliga seminarier och konferenser som ordnas, vilket uppskattas mycket.

4 Betydelse för utbildningen

EU-rätten har här betytt mycket både direkt, genom att mastersutbildningar och andra program anknyter till EU-skatterätten, som indirekt, att forskare lärt känna varandra och stimulerats till att utveckla program i annat än EU-skatterätt.

När det gäller mastersprogram så har EU-rätten oftast varit en del av ett större program. Wirtschaftsuniversität i Wien länge genomfört sin *LL.M. Program in International Tax Law*, där också EU-rätt varit en del.[18] Andra mastersutbildningar i skatterätt i Europa finns bland annat i Leiden där en master i internationell skatterätt sedan länge är väl etablerad genom professor Kees van Raad. Leiden har också nyligen startat en master direkt inriktad mot EU-skatterätt

Det är intressant att också i USA har det funnits ett intresse för att inkludera EU-skatterätt i olika mastersprogram. Åren 2001–2002 och 2004–2005 var jag gästprofessor på Georgetown University och gav då bland annat en kurs i European Tax Law. Denna typ av kurs har jag senare också gett vid på mastersprogrammet i skatterätt vid University of Florida (Gainesville) och i Minneapolis. Och naturligtvis finns det andra euroepiska professorer som ger liknande kurser i USA.

Sådana kurser öppnar många möjligheter i pedagogiskt hänseende. En sådan är jämförelser med USA som federal stat. Skattesystemet i USA innehåller såväl den federala nivån med en gemensam inkomstskatt men också delstatliga inkomstskatter och indirekta skatter. Att låta studenterna jämföra de delstatliga skatternas effekter på gränsöverskridande rörlighet i USA och deras eventuella förenlighet med den amerikanska konstitutionen, med nationella skatteregler i Europa och deras förenlighet med de fria rörligheterna i EU-fördraget, är en sådan för alla tankeväckande övning. Även statsstödsregler blir relevanta att jämföra, liksom att jämföra mervärdesskatten med sales tax.

Man kan också i andra hänseenden använda sig av EU-skatterätten som pedagogiskt instrument för komparativa studier i skatterätt.[19] När det gäller EU-fördraget kommer man enkelt in på att jämföra olika länders nationella skatteregler. Olika länders inställning till exempelvis familjebeskattning kan man diskutera utifrån bland annat Schumackermå-

[18] För egen del har jag tillsammans med professor Frederik Zimmer från Oslo haft avsnittet om nordisk skatterätt.

[19] Jag har något behandlat sådana frågor i *Att jämföra rätt*, Festskrift till Nils Mattsson (Iustus Förlag 2005) s. 503–513.

let, och andra mål såsom Bachmann, Jessica Safir med flera mål avseende pensioner ger intressanta komparationer på de områdena. Exemplen kan mångfaldigas.

I än högre grad lämpar sig direktiven för komparativa studier. Jag har själv inte undervisat så mycket i mervärdesskatt. Mervärdeskattedirektivet innebär en långtgående harmonisering, så det är möjligt att det komparativa inslaget i undervisningshänseende tar sig andra uttryck. Jag har emellertid inte själv i dessa sammanhang haft några mer omfattande undervisningsmoment så jag får nog lämna den frågan.

Däremot har jag haft stor glädje av bolagsskattedirektiven vid undervisning i grundläggande bolagsbeskattning för studentgrupper som kommer från olika delar av världen. Moder/dotterbolagsdirektivet som handlar om beskattning av gränsöverskridande utdelningar mellan bolag öppnar bland för diskussion om hur olika länder, oavsett om de är medlemmar i EU eller ej, dubbelbeskattar aktiebolag, hur man undanröjer merbeskattning av utdelningar inom bolagssektorn, om man beskattar aktievinster vid försäljning dotterbolag (dvs. så kallad participation exemption), allmänna frågor om exempt eller credit som metoder för att lindra eller undanröja internationell dubbelbeskattning), och lägger man till exempelvis Manninenmålet (mål C-319/02) så får man också en diskussion om olika metoder för att enkelbeskatta bolag och de frågor som därvid kan uppkomma i ett gränsöverskridande perspektiv.

När det gäller fusionsdirektivet så innehållet det frågor om beskattning på ägarnivån vid förvärv av andra bolag genom andelsbyten, om fusioner, fissioner, partiella fissioner, verksamhetsavyttringar, ombildning av filialer, och utflyttning av bolag. Man får också anledning jämföra olika länders regler för uttagsbeskattning, underskott, credit och exempt, med flera frågor.

Ränte/royaltydirektivet innehåller bestämmelser om gränsöverskridande räntor och royalties inom en företagsgrupp, är mer fokuserat men ändå betydelsefullt och bra att använda vid diskussioner om källstatsbeskattning, skatteavtal och allmänna frågor kring vinsthemtagningar i koncerner.

För alla bolagsskattedirektiv får man också möjligheter att behandla mycket av innehållet i dubbelbeskattningsavtal och OECD:s modellavtal (och FN:s). Det gäller inte bara de artiklar som direkt träffar utdelningar, räntor och royalties utan också exempelvis artiklarna om hemvist för bolag, fasta driftställen m.m.

Sammanfattningsvis är bolagsskattedirektiven en guldgruva för komparativa kurser i bolagsbeskattning som fungerat mycket väl på olika mastersprogram, men också vid kurser i företagsbeskattning med enbart svenska deltagare.

Hur är läget då i Sverige när det gäller mastersprogram i skatterätt? I Lund har länge programmet *Master's in European and International Tax Law* givits, med Cécile Brokelind som ansvarig, och där bland andra Oskar Henkow medverkar på momsområdet.

I Uppsala har vi sedan höstterminen 2013 ett eget mastersprogram, *International Tax Law and EU Tax Law*, med Mattias Dahlberg som programansvarig, och jag själv som ordförande för ett akademiskt råd. Sedan hösten 2015 är Jérôme Monsenego biträdande programansvarig. Katia Cejie och Martin Berglund är också aktiva på programmet och de två har som ett svar på behov inom programmet skrivit läroboken Basics of International Taxation (Iustus Förlag, 2014), som tar upp grundläggande metodfrågor i internationell skatterätt och i EU-skatterätt. Mycket av det som sagts ovan är också applicerbart på detta mastersprogram. Det är naturligtvis roligt i sig att detta mastersprogram kommit till stånd och utvecklats, men möjligheterna till egen kompetensutveckling för oss lärare ska också understrykas. Genom detta slag av undervisning, med internationella studenter, blir vi också bättre skickade att ge våra egna svenska studenter en god komparativ grund för att förstå grundläggande skatteteoretiska spörsmål.

När det gäller internationella program förtjänar vårt deltagande i Wintercourse och European Tax Moot Court att lyftas fram. Jag tror inte att något av programmen skulle existera om inte EU hade funnits. Wintercourse är ett utflöde av det samarbete som utvecklats inom ramen för det ovan nämnda forskningssamarbetet EUCOTAX. Ursprunget var ett Erasmus-samarbete som bland andra universiteten i Paris (Paris I), Tilburg och Hamburg var medlemmar i. Det är Tilburg som är ledare och samordnare i detta samarbete. Antalet deltagande universitet har ökat med åren. Leuven och London tillkom 1994, Barcelona och Rom 1996, Wien (Wirtschaftsuniversität) 1998, Handelshögskolan i Stockholm 2000, Georgetown (Washington, D.C.) 2002, Budapest 2004, Warszawa och Lodz 2010, Zurich 2012, och Edinburgh 2014. Uppsala tog Handelshögskolans plats från och med 2009. Det finns flera skäl till att alltfler universitet medverkar. Ett har varit anslagen från EU. De gavs för treårsperioder och för att få fortsättningsanslag krävdes då att någon ytterligare aspekt som kunde motivera att det sågs som ett nytt projekt

tillkom. Numera finansieras det på europabasis av EY, som ersatt PwC som generell sponsor, några andra mindre sponsorer som varierar över tid. Uppsaladeltagandet stöds ekonomiskt också av Skatterättsligt Forum AB.[20]

För varje år behandlas ett nytt tema. Exempelvis är temat för 2016 *Potential Impact of BEPS on Tax Systems*. Temat delas sedan upp i sex delteman. Från varje land tas sex studenter ut som på hemmaplan skriver en uppsats om deltemat utifrån ett antal löst ställda frågor (questionnaire) Uppsatserna läggs upp på webben i Tilburg, Därefter träffas alla studenter en vecka till en workshop. Denna vecka bildas sex grupper med en student från varje land där alla skrivit uppsats på samma deltema. De får arbeta fram en gemensam uppsats, och avslutningsdagen hålla en presentation på ca 30 minuter om deltemat. Ofta visar dessa presentationer att studenterna inta bara är duktiga materiellt sett utan en hel del är också utmärkta estradörer. Under Wintercourseveckan deltar ett par professorer eller andra lärare från varje universitet som mentorer, vilket möjliggör en ovärderlig kollegial samvaro som fått stor betydelse för utvecklingen av andra samarbeten.

Platsen för roterar mellan universiteten, år 2015 var platsen Barcelona och 2016 blir det Wien. Vi anordnade Wintercourse på Handelshögskolan i Stockholm 2003 och i Uppsala 2010. Namnet Wintercourse beror på att första gången (1993) gavs den i januari, men därefter normalt sett slutet av mars eller i april, varför sambandet med vinter är lite avlägset numera. Det var därför med blandade känslor deltagarna i Stockholm 2003 fick uppleva några dagar med snöfall. Också Wintercourse i Uppsala 2010 blev lite dramatisk. Mot slutet av veckan blev det isländskt vulkanutbrott och mycket av flyget över Europa och över Atlanten ställdes in. Tåg från Stockholm var inte att tänka på. Vi hyrde snabbt en buss som tog många av deltagarna till Hamburg, varifrån det gick att tågledes ta sig söderut. För östeuropeiska deltagare blev det färja till Polen, medan amerikanarna vackert fick vänta ut situationen. För studenterna var det nog ingen större uppoffring att spendera några dagar i Stockholm. Värre var det för professorn Charles Gustafson från Georgetown. Men vi ordnade så att han kunde hålla sina föreläsningar i USA genom universitets Uppsala Learning Lab.

[20] Skatterättsligt Forum AB är ett helägt dotterbolag till forskningsstiftelsen Centrum för Skatterätt som är nära knuten till vår fakultet. Stiftelsen stöds ekonomiskt av Deloitte, EY, KPMG, Mannheimer Swartling Advokatbyrå, PwC och Skeppsbron Skatt.

European Tax Moot Court startade som ett utflöde av Wintercourse och organiseras framförallt av Leuven. Vi deltar regelmässigt med ett lag om normalt fyra studenter och en coach. Fallet, eller caset, erhålls i oktober, och inlagorna för kärande- respektive svarandesidan ska levereras i januari. I början av mars sker sedan själva tävlingen i Leuven under en vecka i början av mars. Domare har normalt varit professorer eller före detta domare i EU-domstolen. Fallet avser en EU-rättslig eller internationellt skatterättslig fråga.

Övergripande ansvariga över tid för dessa studentprogram har jag och Jan Bjuvberg varit, men de flesta i skatterättsämnet i Uppsala har vid olika tidpunkter varit engagerade i något av dessa program. Exempelvis har de två senaste coacherna för European Tax Moot Court varit Jérôme Monsenego och Anna Lewander, och Linus Jacobsson har varit de senaste åren varit aktiv på Wintercourse. Tidigare tog Ulrika Gustafsson Myslinski aktiv del i framförallt Wintercourse. För studenterna har det inneburit en unik möjlighet att fördjupa sig i materiella skattefrågor, förkovra sig i olika metodfrågor och inte minst, skriva och muntligt presentera svåra skattefrågor på engelska. För oss lärare har det inneburit goda personliga relationer med skatteforskare från många länder.

När det gäller grundutbildningen i övrigt har EU-rätten naturligtvis också fått visst genomslag. På terminskurs 5 finns det några mindre inslag av EU-skatterätt. Betydligt mer är det naturligtvis på kurserna i internationell beskattning och företagsbeskattning. Här är inslagen betydande, fast med lite olika tonvikt. När det gäller företagsskattekursen är det mer av de ovan redovisade möjligheterna att använda EU-skatterätten som pedagogiskt instrument, men också därför att stora delar av företagsskattereglerna i inkomstskattelagen är influerade av EU-rätten. På kursen i internationell beskattning är det mer av traditionell EU-skatterätt och av EU-skatterättslig metod som behandlas. Vi har också med Jérôme Monsenego som ansvarig, när möjlighet givits, haft en kurs i *European Tax Law* som fördjupningskurs på 15 högskolepoäng.

5 Avslutande kommentarer

Det står klart att EU-inträdet i många hänseenden haft en stark påverkan på utformningen av svenska skatteregler, på svensk skatteforskning och på utbildningen i skatterätt. I många hänseenden har denna påverkan varit positiv. Svårigheten har kanske framförallt legat på lagstiftningssidan.

Det har inte varit helt lätt att utforma skatteregler på ett sätt som både skyddar den svenska skattebasen och samtidigt är EU-konforma.

När det gäller skatteforskning och utbildning har det varit mycket stimulerande att vara med om denna period. För ett normalt sett så nationellt präglat ämne som skatt har EU-inträdet inneburit nya möjligheter till nya forskningsområden, forskningssamarbeten och pedagogisk utveckling.

Presentation av författare och redaktörer

Mona Aldestam är kammarrättsråd i Kammarätten i Stockholm och docent i europarätt vid Juridiska fakulteten, Uppsala universitet.

Håkan Andersson är professor i civilrätt vid Juridiska fakulteten, Uppsala universitet.

Vladimir Bastidas Venegas är universitetslektor i konkurrensrätt vid Juridiska fakulteten, Uppsala universitet.

Mattias Dahlberg är professor i finansrätt samt dekanus vid Juridiska fakulteten, Uppsala universitet.

Agnes Eklund är doktorand i miljörätt vid Juridiska fakulteten, Uppsala universitet.

Bert Lehrberg är professor i civilrätt vid Juridiska fakulteten, Uppsala universitet.

Marie Linton är universitetslektor och docent i internationell privaträtt vid Juridiska fakulteten, Uppsala universitet.

Jane Reichel är professor i förvaltningsrätt samt prodekanus vid Juridiska fakulteten, Uppsala universitet.

Joel Samuelsson är universitetslektor och docent i civilrätt vid Juridiska fakulteten, Uppsala universitet.

Fredrik Wersäll är president för Svea Hovrätt.

Anna Wetter är jur.dr i europarätt och verksam som forskare vid Svenska institutet för europapolitiska studier (SIEPS).

Carl Wetter är domare i Tribunalen vid Europeiska unionens domstol, och har dessförinnan mångårig erfarenhet som advokat.

Bertil Wiman är professor i finansrätt vid Juridiska fakulteten, Uppsala universitet.

Karin Åhman är professor i offentlig rätt vid Juridiska fakulteten, Uppsala universitet.