

## Kommissionen och svensk domstolspraxis

av Bill W Dufwa



Bill W Dufwa  
bill.dufwa@juridicum.su.se

Åtskilliga försäkringsmål har avgjorts av EG-domstolen. Kommissionen kritiserar Sverige för att den högsta svenska domstolsinstansen (framför allt Högsta domstolen och Regeringsrätten) försummat att inhämta förhandsbesked av EG-domstolen i frågor där EG-rätten aktualiserats.

I värsta fall kan denna underlåtenhet, ett fördragsbrott, innebära att svenska domar har blivit felaktiga.

### A. Kommissionen kritiserar Sverige

EG-domstolen har enligt artikel 234 första stycket Fördrag om Europeiska Unionen behörighet att meddela förhandsavgöranden angående flera frågor, däribland den väsentliga hur själva Fördraget skall tolkas.<sup>1</sup> Dessa avgöranden fyller en synnerligen viktig funktion vid uppbyggnaden och utvecklingen av EG-rätten. Domstolen har själv understrukt att de är nödvändiga för att bevara europarättsens särart. Syftet med avgörandena är enligt samma domstol att garantera att gemenskapsrätten blir densamma i de olika medlemsstaterna.<sup>2</sup> Mer än hälften av alla nya mål i EU-domstolen är också begäran om förhandsprövning.<sup>3</sup> Åtskilliga tvister rörande *försäkring* har av domstolen avgjorts genom förhandsbesked.<sup>4</sup>

Det är emellertid inte parterna i en nationell rättegång som har möjlighet att påkalla förhandsavgörande.

Denna rätt har endast den nationella domstolen. Detta framgår av *andra* och *tredje* styckena av artikel 234, vilka föreskriver vad som skall gälla när en fråga om tolkningen av fördraget liksom i vissa andra frågor uppkommer:

(2) ”När en sådan fråga uppkommer vid en domstol i en medlemsstat, får den dom-

*Bill W Dufwa* är professor emeritus i försäkringsrätt vid Juridiska fakulteten, Stockholms universitet. Han arbetar väsentligen i Paris och gästföreläser framför allt i Frankrike, Belgien och Italien. Dufwa skrev avsnittet om utländsk rätt i propositionen till ny försäkringsavtalslag (2003/04:150) och deltar tillsammans med andra professorer i arbetet med att finna regler och principer för en europeisk civilrätt, särskilt skadestånds- och försäkringsavtalsrätt.

stolen, om den anser att ett beslut i frågan är nödvändigt för att döma i saken, begära att domstolen meddelar ett förhandsavgörande.

- (3) När en sådan fråga uppkommer i ett ärende vid en domstol i en medlemsstat, mot vars avgöranden det inte finns något rättsmedel enligt nationell lagstiftning, skall den nationella domstolen föra frågan vidare till domstolen.”

Av dessa båda stycken kan utläsas att möjligheten att begära förhandsprövning är antingen *frivillig* (andra stycket) eller också *obligatorisk* (tredje stycket). Frivillig är begäran om förhandsbesked så länge den dom som den nationella domstolen meddelat kan överklagas. Obligatorisk är den, om det inte längre finns möjlighet att överklaga domstolens dom. I detta senare fall har domstolen en plikt att begära förhandsbesked. Detta innebär att i Sverige exempelvis Högsta domstolen, Regeringsrätten och Arbetsdomstolen helt klart omfattas av denna skyldighet.<sup>5</sup>

En särskild ordning är föreskriven i Fördraget om denna plikt inte upprätthålls. Kommissionen skall då enligt artikel 226 första stycket avge ett *motiverat yttrande* i ärendet efter att ha givit den berörda staten tillfälle att inkomma med sina synpunkter. Om staten i fråga inte rättar sig efter yttrandet inom den tid som angetts av kommissionen, får denna föra ärendet vidare till domstolen.

Ett sådant motiverat yttrande utfärdades av kommissionen den 13 oktober 2004 och var riktat mot Konungariket Sverige som inte ansågs ha vidtagit åtgärder mot den praxis som tillämpas av den högsta domstolsinstansen och som innebär att denna inte i tillräcklig omfattning begärt förhandsbesked vid EG-domstolen i samband med att den prövar frågan om prövningstillstånd i de fall fråga uppkommit om tolkningen eller giltigheten av en gemensapsrättslig regel. Sverige ansågs vidare ha underlåtit ålägga dessa domsto-

lar en skyldighet att i sådana fall begära förhandsbesked samt kräva att beslut om avslag på prövningstillstånd skall motiveras. För att rätta sig efter detta motiverade yttrande har Sverige erhållit en frist av två månader på sig, räknat från mottagandet av yttrandet.

Kommissionens yttrande är allvarligt. Underlåtenhet att begära förhandsbesked när detta är obligatoriskt (se ovan) är fördragsbrott och möjligen kan den som lidit förlust av en felaktig rättstillämning bli berättigad till skadestånd av staten.<sup>6</sup> Bakgrunden till beslutet är följande.

## B. Prövningstillstånd

Prövningstillstånd krävs för att Högsta domstolen skall kunna pröva hovrättens dom eller slutliga beslut i mål eller ärende som väckts vid tingsrätt.<sup>7</sup> Endast i två fall får prövningstillstånd meddelas: då det är av vikt för ledning av rättstillämpningen (*prejudikatdispens*) eller när det finns ”synnerliga skäl” till sådan prövning (*extraordinär dispens*).<sup>8</sup> Prejudikatdispens är den vanligaste grunden för dispens. Endast undantagsvis ges extraordinär dispens. Ett exempel på en sådan dispens är att hovrätten har tolkat eller tillämpat en enkel fråga rörande EG-rätten helt felaktigt. En felaktig tolkning eller tillämpning utgör enligt svensk rätt dock i sig ingen grund för extraordinär dispens. Det krävs att felbedömningen varit allvarlig.

Någon särskild regel som innebär att domstolen måste inhämta förhandsbesked hos EG-domstolen när det gäller tolkning av en EG-rättslig regel finns inte. Över huvud saknas en nationell bestämmelse om när ett sådant förhandsavgörande skall inhämtas. Endast artikel 234 tredje stycket Fördraget ger besked.<sup>9</sup>

## C. Lyckeskogmålet

EG-domstolen meddelade den 2 juni 2002 dom i ett vid Hovrätten för Västra Sverige

anhängiggjort brottmål mot K. R. Lyckeskog. Hovrätten hade begärt tolkningsbesked i vissa sakfrågor men också i spørsmålet om domstolen täcktes av bestämmelsen i artikel 234 tredje stycket om skyldighet att inhämta förhandsbesked. Två spørsmål aktualiserades (se a och b nedan)

#### **a. Vilken är den högsta domstolsinstansen?**

Uppfattningarna har varit delade i spørsmålet vad som skall förstås med en ”domstol mot vars avgöranden det enligt nationell lagstiftning inte finns något rättsmedel” som det föreskrivs i artikel 234 tredje stycket (se ovan).<sup>10</sup> Enligt en åsikt bör domstolar, vars avgöranden kan prövas i högre instans *endast om särskilt tillstånd (prövningstillstånd) meddelas*, trots allt generellt betraktas som domstolar mot vars avgöranden det inte finns något rättsmedel, varför det skulle finnas en obligatorisk plikt att inhämta förhandsbesked. Denna uppfattning har så mycket mera fog för sig som prövningstillstånd endast sällan ges. Men man kan också göra gällande att redan det förhållandet att en hovrätts avgörande över huvud *kan* överklagas är tillräckligt för att man *inte* får att göra med ett fall där varje rättsmedel saknas; trots allt kan ju prövningstillstånd ges. Systemet med prövningstillstånd innebär enligt denna uppfattning endast att en klagandes möjlighet att få sitt överklagande prövat blir begränsat.

EG-domstolen fann att den senare meningens av de båda nu nämnda var den rätta. En nationell domstol omfattas inte av skyldigheten i artikel 234 tredje stycket EG att begära förhandsavgörande av EG-domstolen när dess avgöranden kan överklagas till den högsta domstolsinstansen, även om det krävs prövningstillstånd för att den högsta domstolsinstansen skall ta upp sådana överklaganden till prövning. Kammarrätter och hovrätter har sålunda *inte* den plikt som artikel 234 tredje stycket EG föreskriver; annorlunda givetvis

om de själva har att meddela prövningstillstånd i egenskap av slutlig instans.

#### **b. När skall förhandsbesked inhämtas?**

EG-domstolen fann att plikten för den högsta nationella domstolsinstansen att inhämta förhandsbesked är generell:

”Om det uppkommer en fråga om tolkningen eller giltigheten av en gemenskapsrättslig regel är den högsta domstolsinstansen enligt artikel 234 tredje stycket EG skyldig att – antingen när den prövar frågan huruvida prövningstillstånd skall meddelas eller vid ett senare tillfälle – begära förhandsavgörande av EG-domstolen”.<sup>11</sup>

Som framgår har EG-domstolen här endast uttalat sig om räckvidden av det *tredje* stycket i artikel 234 (se ovan), en bestämmelse som avser den *obligatoriska* plikten att inhämta förhandsbesked. Det villkor som Fördraget uppställer för förhandsbesked i det *andra* stycket av samma artikel och som avser *frivilligt* inhämtade förhandsbesked, nämligen att den nationella domstolen ”anser att ett besked i frågan är nödvändigt för att kunna döma i saken” är inte tillämpligt vid obligatorisk plikt. De två orden ”sådan fråga” i tredje stycket åsyftar sålunda inte det villkor om nödvändighet som uppställs i andra stycket.

#### **D. Kommissionens synpunkter**

Med utgångspunkt i den beskrivning av rättsreglerna rörande prövningstillstånd som lämnats av Hovrätten för Västra Sverige ifrågasatte kommissionen om den svenska processrättsliga lagstiftningen – liksom tillämpningen av dem – överensstämde med den skyldighet som åvilade den högsta domstolsinstansen enligt detta avgörande. Enligt kommissionen var rättsläget klart. Så när som på ett par undantag<sup>12</sup> *måste* ett förhandsbesked inhämtas av den högsta domstolsinstansen när en

gemenskapsrättslig fråga hade aktualiserats i målet. Sedan Regeringskansliet genom Justitiedepartementet besvarat en förfrågan härom den 18 mars 2003 drev kommissionen ärendet vidare.

Flera omständigheter belastade Sverige och gjorde läget värre. Den första var att förhandsbesked de facto så sällan begärts av den högsta domstolsinstansen. I det svenska svaret uppgavs att fram till och med den 31 december 2001 Högsta domstolen hade begärt förhandsavgörande i två och Regeringsrätten i tio fall. Det framgick också att under år 2002 envar av dessa domstolar begärt endast ett förhandsavgörande.

Högsta domstolens obenägenhet att inhämta EG-domstolens förhandsbesked framgick inte minst av ett hovrättsfall där prövningstillstånd vägrats av Högsta domstolen - och om vilket kommissionen hade kännedom. Göta hovrätt hade 1999 meddelat en dom i tvist mellan SAS och Luftfartsverket. Hovrätten hade funnit att Luftfartsverket hade dominerande ställning och att EG:s konkurrensregler var tillämpliga samt att detta innebar att parterna var bundna av dessa reglers tvingande förbud mot närmare angivna missbruk mot konkurrensbegränsande åtgärder. Avtal som ingåtts ansågs ogiltiga och domstolen hänvisade i detta avseende till artikel 82 EU. Resultatet blev att SAS ej behövde betala mera avgifter än andra flygbolag. Överskjutande belopp behövde ej betalas och i den mån detta skett skulle avgifterna återbetalas. Tvisten gick vidare till Högsta domstolen, där prövningstillstånd vägrades - utan att förhandsbesked inhämtats av EG-domstolen. Högsta domstolens beslut att inte inhämta förhandsbesked blev föremål för kritik av Ulf Bernitz,<sup>13</sup> som underströk att målet och hovrättens dom var ”synnerligen intressanta”<sup>14</sup> och att Sverige hade kunnat bidra med tillkomsten av ett viktigt prejudikat men missat tillfället genom det uteblivna förhandsbeskedet.<sup>15</sup> Bernitz’ kritik låg i linje med hans tidigare

kritik av Högsta domstolens alltför försiktiga hållning när det gäller att begära förhandsavgöranden av EG-domstolen.<sup>16</sup> Enligt Bernitz hade Sverige underlåtit att ”därvid inte fullt ut beakta sista instansernas skyldigheter enligt artikel 234 EG-fördraget”.

Avslag på ansökan om prövningstillstånd motiveras normalt inte. Detta gör det enligt kommissionen omöjligt för den enskilde att kontrollera om plikten att begära förhandsbesked har respekterats. Det blir omöjligt att ”objektivt konstatera” om de högsta instanserna verkligen iakttagit sin skyldighet att underställa den aktuella frågan EG-domstolens förhandsbedömning.<sup>17</sup> I samma situation som den svenska befann sig engelsk domstolspraxis, där lagändring också ägde rum för att tillfredsställa den uppfattning som kommissionen ger uttryck för.<sup>18</sup>

Som framgått ger inte ens en felaktig tolkning eller tillämpning av EG-rätten automatiskt rätt att erhålla prövningstillstånd eftersom det krävs att felaktigheten varit allvarlig (se B ovan).

### E. Sveriges svar

Det förefaller som om den svenska regeringen i sitt svar av den 26 maj 2004 på kommissionens formella underrättelse blivit medveten om att svensk domstolspraxis i diskuterat hänseende inte stod i överensstämmelse med EG-rätten. Kanske kan man tycka att det svenska svaret borde ha varit mera uppriktigt och precist; att praxis var som den var kan inte förnekas, inte heller att EG-domstolen alltid har rätt i förhållande till de nationella domstolarna när en gemenskapsrättslig fråga uppkommer (se C b ovan). Enbart ett beklagande av vad som hänt - trots allt var Lyckeskogmålet ännu inte två år gammalt - hade kanske varit bättre än att framföra påståendet att ”den omständigheten att svenska domstolar, enligt kommissionen, till synes aldrig i samband med att en fråga om prövningstillstånd skall

avgöras har begärt tolkningsbesked av en gemenskapsrättslig fråga vid EG-domstolen kan inte tas till intäkt för att det svenska systemet kan strida mot skyldigheterna i artikel 234 tredje stycket EG.” Kan regeringen här ha menat att det i verkligheten inte förekommit fler fall än de medgivna där prövningstillstånd vägrats eller medgetts samtidigt som en gemenskapsrättslig fråga aktualiserats? Om detta var fallet borde detta ha styrkts, annars hänger påståendet i luften.

### F. Kommissionens bedömning

Kommissionen delade inte den svenska regeringens uppfattning. Visserligen lägger sig EU-domstolen inte i den nationella tvisten men det har visat sig att domstolens besked om hur europarätten skall tolkas gärna innehåller uttalanden som medför att den nationella domstolen får svårt att undvika ett resultat som kan läsas mellan raderna i beskedet. Det råder ingen tvekan om att den nationella domstolen har exklusiv behörighet att avgöra tvisten. Icke desto mindre har det flera gånger varit så att EG-domstolens besked gjort denna rätt helt illusorisk. På allra senaste tid har kritiken mot EG-domstolens förmåga att skaffa sig själv utrymme på de nationella domstolarnas bekostnad till och med tagits upp i dagspressen.<sup>19</sup> I Lyckeskogmålet tycks EG-domstolen emellertid ha gjort en fullt korrekt tolkning av artikel 234 tredje stycket Fördraget, varför kritiken mot domstolens expansionslust här saknar relevans.

### G. Varför?

En sak är att den praxis som tillämpats av den högsta domstolsinstansen kan tänkas ha berott på en felaktig tolkning av bestämmelsen i tredje stycket av artikel 234. Men Lyckeskogmålet, i vilket dom meddelades av EG-domstolen för över två år sedan (se C b ovan), kan inte missuppfattas. Det angick visserligen ett

brottmål men EG-domstolens uttalande om hur tredje stycket skulle förstås hade generell räckvidd och blev därför också tillämpligt i tvistemål. Med kännedom om rådande praxis borde åtgärder omedelbart ha satts in från svensk sida för att vrida utvecklingen rätt. Detta gäller så mycket mer som Ulf Bernitz inte bara en gång kritiserat den praxis som uppkommit i Sverige (se D ovan).

En möjlig förklaring till vad som hänt kan vara att förhandsavgörandenas betydelse för EG-rätten underskattats. Men även här finns klara uttalanden av EG-domstolen som markerar hur rättsläget i detta avseende är på gemenskapsrättens område (se under A ovan).

En annan trolig förklaring kan vara att de svenska domstolarna alltför generöst tolkat det viktigaste av de två undantag som gäller för inhämtande av förhandsbesked, nämligen den lära som hävdar att besked inte behöver inhämtas om det inte finns något behov av en gemenskapsrättslig tolkning av reglerna därför att dessa är klara: *acte clair-doktrinen*.<sup>20</sup> EG-domstolen godtog denna doktrin i CILFIT-målet.<sup>21</sup> Det skedde emellertid med starka reservationer. EG-rättens tillämpning måste vara så uppenbar att det inte finns några tvivel om hur frågan skall besvaras. Och samma uppfattning skulle enligt domstolen såväl alla andra nationella domstolar som EG-domstolen hysa. I bedömningen måste också ingå ett hänsynstagande till EG-rättens karakteristiska särdrag samt de olika officiella språkversionerna av rättsakten med terminologi och legaldefinitioner. Även det sammanhang vari gemenskapsrätten aktualiserades måste beaktas vid tolkningen; reglernas syfte och ändamål måste respekteras. Det har understrukits att detta sätt att tolka *acte clair-doktrinen* måste anses orealistiskt; en samvetesgrann nationell domstol skulle sällan kunna tillämpa doktrinen på detta vis. Det har samtidigt påpekats att å ena sidan att EG-domstolen skulle bli överbelastad om dess krav gällde obetingat, å andra sidan att i Sverige Högsta domsto-

len, Regeringsrätten och Arbetsdomstolen gått ”relativt långt” när de självständigt tolkat EG-rättens innebörd.<sup>22</sup> Med en sådan tendens i rättsskipningen hos dessa domstolar blir den underlåtenhet som kommissionen nu angripit lättare att förstå.

## H. Vad göra?

Det enklaste sättet att nu avgöra frågan skulle vara att helt enkelt i de regler om prövningstillstånd som gäller enligt svensk rätt infoga en regel om att så snart det blir fråga om tolkning eller tillämpning av en EG-rättslig regel, prövningstillståndet måste föregås av inhämtande av förhandsbesked. Det blir då närmast fråga om att göra ett tillägg till 54 kap. 9 § rättegångsbalken. Möjligheten att nöja sig med något motivuttalande i samband med en lagändring i en annan fråga bör vara utesluten.

### Noter

- <sup>1</sup> Enligt bestämmelsen är domstolen behörig att meddela förhandsavgöranden angående
  - a) tolkningen av detta fördrag,
  - b) giltigheten och tolkningen av rättsakter som beslutas av gemenskapens institutioner och av ECB,
  - c) tolkningen av stadgar för organ som upprättats genom rättsakter som beslutats av rådet, när stadgarna föreskriver detta.
- <sup>2</sup> Mål 166/73, Rheinmühlen-Düsseldorf mot Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel.
- <sup>3</sup> Se härom och om förhandsavgöranden i allmänhet, med vidare hänvisningar, Ulf Bernitz & Anders Kjellgren, Europarättens grunder, 1999, s. 142-155.
- <sup>4</sup> Av de många förtjänar nämnas domen 1975 i målet Robert-Gerardus Coenen and others mot Social-Economische Raad samt domen 1995 i

målet Fédération française des sociétés d'assurances (förhandskontroll av försäkringsvillkor). Regeringsrätten begärde också förhandsprövning i det fall som drevs av Skandia och som gällde en tillämpning av den dåvarande femprocentsregeln; EG-domstolen beslutade här dom 1997.

- <sup>5</sup> Även andra myndigheter anses kunna ha denna rätt, exempelvis Brottsoffermyndigheten.
- <sup>6</sup> Jfr Bernitz & Kellgren a. a. s. 152.
- <sup>7</sup> 54 kap. 9 § första stycket rättegångsbalken (RB). I mål där allmänt åtal förs finns undantag från denna princip (54 kap. 9 § andra stycket).
- <sup>8</sup> 54 kap. 10 § första stycket RB.
- <sup>9</sup> Jfr nr 7 i det Motiverade Yttrandet.
- <sup>10</sup> Se härom Bernitz & Kellgren a.a. s. 150.
- <sup>11</sup> Punkten 18 domen.
- <sup>12</sup> Se härom G nedan.
- <sup>13</sup> Se Ulf Bernitz, Missbruk av dominerande ställning i form av prisdiskriminering – restitution och betalningsbefrielse, Europarättslig Tidskrift 2003 s. 382-386.
- <sup>14</sup> A.a. s. 385.
- <sup>15</sup> A.st.
- <sup>16</sup> Se Ulf Bernitz, Sverige och europarätten, 2002 s. 128 ff.
- <sup>17</sup> Se nr 26 i det Motiverade Yttrandet.
- <sup>18</sup> Se nr 15 i det Motiverade Yttrandet.
- <sup>19</sup> Se t.ex. Lars Pelin & Mikael Sundström, Sveriges suveränitet ruttnar, Svenska Dagbladet den 15 november 2004 under Brännpunkt, samt Leif Mutén, Skjut inte på EG-domstolen, Svenska Dagbladet den 16 november 2004 likaså under Brännpunkt.
- <sup>20</sup> Det andra undantaget är interimistiska beslut, men bara om parterna senare kan få en ny materiell prövning av den fråga det gäller och förhandsbesked då kan begäras, se Bernitz & Kellgren, i not 3 a.a. s. 151.
- <sup>21</sup> Mål 283/81, CILFIT mot Ministero della Sanità. Jfr a.st.
- <sup>22</sup> Se a.a. s. 151-152 med vidare hänvisningar.