

Institutet förhandsavgörande

– ett svenskt perspektiv

**Promemoria inom ramen för kursen Europaprocess 30 hp
vid Uppsala Universitet**

Höstterminen 2007

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Svenska domstolar har alltsedan inträdet i den Europeiska gemenskapen varit mycket restriktiva med att begära förhandsavgörande enligt förfarandet i artikel 234 EG-fördraget (hädanefter EGF).¹ För den enskilde som anser sig ha rättigheter enligt gemenskapsrätten kan den nationella domstolens hantering av institut förhandsavgörande få avgörande betydelse. En domstols underlåtenhet att begära förhandsavgörande i fall då det finns flera tolkningsmöjligheter riskerar ofrånkomligen att få till följd att gemenskapsrätten tillämpas på ett felaktigt sätt. Enligt etablerad praxis kan en felaktig tillämpning av gemenskapsrätten leda till skadeståndsansvar för staten, oavsett vilket statligt organ som begått felet.² Mot bakgrund av detta och med kännedomen om de svenska domstolarnas restriktiva hållning till institutet förhandsavgörande är det intressant att utreda i vilken utsträckning en svensk domstols underlåtenhet att ställa tolkningsfrågor till EG-domstolen kan leda till skadeståndsansvar för staten.

I förlängningen är detta en fråga som omfattar mer än den enskildes rättigheter och den svenska statens eventuella skadeståndsansvar. Principiellt viktiga juridiska och politiska frågor – såsom gemenskapsrättens överhöghet, de svenska domstolarnas ställning i förhållande till EG-domstolen, liksom den delvis nya roll som svenska domstolarna fått sedan Sveriges inträtt i den Europeiska gemenskapen – berörs också.

1.2 Syfte, frågeställning och metod

Syftet med denna promemoria är undersöka institutet förhandsavgörande ur ett svensk perspektiv. Ämnet har tidigare berörts i ett antal artiklar publicerade i svensk rättsvetenskaplig litteratur, men rättsläget förefaller vara allt annat än klart. Ambitionen är att, med utgångspunkt i svenska förhållanden, utreda vad gällande gemenskapsrätt i detta hänseende innebär för svenska domstolar, den svenska staten och även den enskilde som processar i svensk domstol. Utgångspunkten för undersökningen är det faktum att svenska domstolar intagit en restriktiv hållning till institutet förhandsavgörande, vilket i vissa fall svårligen kan anses

¹ Mellan år 2000 och 2006 begärde Sverige förhandsavgörande i 35 ärenden, varav 11 år 2005. Detta kan jämföras med våra grannländer Finland (32) och Danmark (30). Belgien (123) och Österrike (173) utmärker sig med ett stort antal ärenden hänskjutna till EG-domstolen. Portugal (22) och Irland (9) är de mest restriktiva medlemsstaterna under perioden. Statistiken hämtad från EG-domstolens webbsida 2007-12-13 http://curia.europa.eu/sv/instit/presentationfr/rapport/stat/06_cour_stat.pdf.

² EG-domstolen fastslog i dom av den 5 mars 1996 i bland annat förenade målen C-46/93 och C-48/93, Brasserie du Pêcheur SA mot Bundesrepublik Deutschland och The Queen mot Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd m.fl., hädanefter ”Brasserie du Pêcheur”, att principen om skadestånd gäller oavsett vilket organ i medlemsstaten som överträtt gemenskapsrätten. Se punkten 32.

vara förenligt med gemenskapsrätten. Framställningen består av två delar; i den första delen ska följande frågeställning besvaras:

- Vilka skyldigheter följer av gemenskapsrätten för svenska domstolar i sista instans att begära förhandsavgörande enligt artikel 234 EGF och vad innebär de undantag som EG-domstolen medgivit enligt CILFIT-doktrinen?

Efter den inledande analysen av gällande gemenskapsrätt ska i promemorians andra del följande frågeställningar behandlas:

- Hur tillämpar svenska domstolar institutet förhandsavgörande?
- I vilken utsträckning kan svenska staten bli skadeståndsskyldig gentemot en enskild i enlighet med gemenskapsrätten, om en nationell domstol, i strid med gemenskapsrätten, underlåter att begära förhandsavgörande?

Promemorian första del kommer i huvudsak att vara en övergripande genomgång av gällande rätt. Avsikten är att framställningens analytiska tyngdpunkt ska ligga på den andra delen – där den från ett svenskt perspektiv intressanta frågan om gränserna för skadeståndsansvar behandlas.

1.3 Avgränsning

I promemorians första del har jag valt att ägna begränsat utrymme åt den kritik som från olika håll framförts mot CILFIT-doktrinen. Detta faller utanför ramen för denna framställning mot bakgrund av att EG-domstolen, trots kritik, inte visat några tecken på att frånga den praxis som upprätthållits i över tjugofem år. Av samma anledning har jag valt att inte diskutera talförbudet i skadeståndslagen 3:7 då denna bestämmelse inte är avsedd att tillämpas när gemenskapsrätten kräver att en sådan talan ska få väckas inför nationell domstol.³

Skyldigheten att begära förhandsavgörande gäller domstolar som dömer i högsta instans. Därför är hanteringen av institutet förhandsavgörande i underrätter – vilka inte har en skyldighet att begära förhandsavgörande – inte intressant utifrån den valda frågeställningen. Den problematik som aktualiserades i Lyckeskog och resulterade i införandet av lag (2006:502)

³ SOU 1997:194 s 147.

med vissa bestämmelser om förhandsavgörande från EG-domstolen kommer inte att behandlas.⁴

2 Institutet förhandsavgörande

2.1 Förhandsavgörandets roll i gemenskapsrätten

Genomförandet av de rättigheter och skyldigheter som följer av EG-fördraget och den omfattande gemenskapsrättsliga sekundärlagstiftningen är till stor del något som ankommer på de nationella domstolarna.⁵ Från den enskildes perspektiv kan ett förhandsavgörande vara den enda möjligheten att få EG-domstolens syn på den sak som prövningen avser. I de allra flesta fall är det inte möjligt för en enskild att gå direkt till EG-domstolen för att få sin sak prövad, detta till följd av de stränga locus standi-reglerna inom gemenskapsrätten.⁶ Mot bakgrund av att medlemsstaternas rättssystem bygger på skilda rättstraditioner behövs ett institut som på ett relativt enkelt sätt kan vägleda de nationella domstolarna i situationer när tolkningen av gemenskapsrätten inte är självklar. Genom möjligheten att begära ett förhandsavgörande kan den nationella domstolen få den tolkningshjälp som i många fall är avgörande för att bestämma om, och i så fall hur, gemenskapsrätten ska tillämpas i det enskilda fallet. Vissa domstolar har en skyldighet att alltid begära ett förhandsavgörande när EG-rätten tillämpas, vilket följer av Artikel 234.3 EGF. Domstolarna som avses är de nationella domstolar som är sist i instansordningen.

Trots att det föreligger en skyldighet för domstolar i högsta instans att begära förhandsavgörande behöver detta inte ses som en envägskommunikation där EG-domstolen dikterar gällande rätt för den frågeställande nationella domstolen. Istället kan detta institut fungera som en slags dialog mellan den nationella domstolen och EG-domstolen.⁷

2.2 Förhandsavgörande enligt artikel 234 EGF

Artikel 234 EGF reglerar när nationella domstolar ska vara behöriga att inhämta ett förhandsavgörande från EG-domstolen. I huvudsak behandlas förutsättningarna som måste vara uppfyllda för att tillämpa detta institut, samt de fall då ett inhämtande av förhandsavgö-

⁴ EG-domstolen har i dom av den 4 juni 2002 i mål C-99/00 Brottmål mot Kenny Roland Lyckeskog svarat på frågan om skyldigheten att begära förhandsavgörande även kan omfatta även domstolar som inte formellt inte är sista instans, men i praktiken ofta ändå blir det då kravet på prövningstillstånd medför att det många gånger inte går att överklaga domen.

⁵ Prop. 1994/95:19 s 484–485.

⁶ Se artikel 230.4 i EG-fördraget och de stränga krav som EG-domstolen uppställt i dom av den 15 juli 1963 i mål C-25/62 Plaumann & Co. Contre mot Europeiska ekonomiska gemenskapens kommission.

⁷ I prop. 2005/06:157 s 6 beskrivs systemet med förhandsavgörandet i liknande ordalag. Professor Ulf Bernitz framhåller att tyska Bundesgerichtshof och engelska House of Lords använder institutet på ett sådant sätt. Se härom i Bernitz 2002 s 136.

rande är obligatoriskt. Ändamålet med artikeln framgår inte av fördraget, men om detta har EG-domstolen uttalat i avgörandet Rheinmühlen från 1974:

”Artikel 177 [numera artikel 234] , som är av avgörande betydelse för att den genom fördraget tillkomna rätten behåller sin karaktär av gemenskapsrätt, har som ändamål att under alla omständigheter säkerställa att denna rätt har samma verkan i alla gemenskapens stater”.⁸

Vad särskilt beträffar det tredje stycket i artikel 234 har EG-domstolen uttryckt att syftet med denna bestämmelse är att det inte uppstår en inhemsk rättspraxis som står i strid med de gemenskapsrättsliga reglerna.⁹

2.3 Skyldigheten att begära förhandsavgörande

Huvudregeln för domstolar, mot vars avgörande det inte finns något rättsmedel, är en skyldighet att alltid begära förhandsavgörande. Som en naturlig följd av att EG-domstolen enbart har jurisdiktion när det kommer till att tolka gemenskapsrätten har begäran om förhandsavgörande avvisats när frågan enbart rört tillämpningen av nationell rätt.¹⁰

En strikt tolkning av den ovan beskrivna huvudregeln skulle innebära att domstolar som är sist i instansordning alltid måste inhämta ett förhandsavgörande. EG-domstolen medgav dock i ett tidigt avgörande att undantag från plikten att begära förhandsavgörande är godtagbart under vissa förutsättningar. Särskilt pekas på fall då den tolkningsfråga som uppkommit är praktiskt taget likalydande med en fråga som varit föremål för ett förhandsavgörande i ett liknande fall.¹¹ Det kan vidare hävdas att redan vid en ordalydelsetolkning av artikel 234.1.a framgår att kravet endast gäller när en fråga om *tolkning av fördraget* uppkommer. Således skulle skyldigheten bortfalla om svaret är så uppenbart att det inte kan bli fråga om någon tolkning av fördraget. En diskussion kring ett sådant undantag fördes i doktrin under 1970-talet och ett sådant resonemang tillämpades också av nationella domstolar i Frankrike och Tyskland.¹² Genom avgörandet i CILFIT-målet¹³ klargjordes rättsläget beträffande undantag från skyldigheten att begära förhandsavgörande.

⁸ Dom av den 16 januari 1974 i mål C-166/73 Rheinmühlen -Düsseldorf mot Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel.

⁹ Dom av den 24 maj 1977 i mål C-107/76, Hoffmann-La Roche AG mot Centrafarm Vertriebsgesellschaft Pharmazeutischer Erzeugnisse mbH, punkten 5.

¹⁰ Dom av den 17 december 1975 i mål C-93/75, Jacob Adlerblum mot Caisse nationale d'assurance vieillesse des travailleurs salariés.

¹¹ Dom av den 27 mars 1963 i förenade målen C-28-30/62, Da Costa en Schaake NV, Jacob Meijer NV och Hoechst-Holland NV v. Nederlandse Belastingadministratie, hädanefter ”Da Costa”.

¹² Se not 3 Derlén Europarättslig Tidskrift 1/2004.

¹³ Dom av den 6 oktober 1982 i mål C-283/81, Srl CILFIT och Lanificio di Gavardo SpA mot Ministero della sanità, hädanefter ”CILFIT”.

2.4 CILFIT-doktrinen

Enligt CILFIT-doktrinen bortfaller skyldigheten för den nationella domstolen att begära förhandsavgörande i tre fall. Det första undantaget är då den uppkomna tolkningsfrågan redan besvarats av EG-domstolen (s.k. *acte éclairé*). Det pekats särskilt på fallet då en "[...] fråga som uppkommit är praktiskt taget likalydande med en fråga som redan har varit föremål för ett förhandsavgörande i ett liknande fall".¹⁴ Detta gäller emellertid inte när tolkningsfrågan rör giltigheten av gemenskapsrättsakter. EG-domstolen har i målet *Gaston Schul*¹⁵ uttalat att en nationell domstol som avses i artikel 234.3 EGF är skyldig att begära förhandsavgörande även om EG-domstolen tidigare har funnit motsvarande bestämmelser i en liknande förordning ogiltiga. Det andra undantaget är då en gemenskapsrättslig fråga har uppkommit, men den nationella domstolen finner att tolkningsfrågan inte är relevant då det inte under några omständigheter är nödvändigt att tolka gemenskapsrätten för att döma i målet.¹⁶ Det tredje undantaget (s.k. *acte clair*) är då "[...] den korrekta tillämpningen av gemenskapsrätten är så uppenbar att det inte finns utrymme för något rimligt tvivel om hur frågan ska avgöras".¹⁷ Emellertid utformar EG-domstolen en bedömningsmall för detta som – om den följs strikt – i praktiken gör det omöjligt för den nationella domstolen att på egen hand avgöra den korrekta tillämpningen av gemenskapsrätten. Dels ska den aktuella bestämmelsens avfattning på samtliga giltiga språk inom gemenskapen jämföras, dels ska hänsyn tas till "gemenskapsrättens syften och dess utvecklingsstadium vid den tidpunkt då den ifrågavarande bestämmelsen ska tillämpas".¹⁸

CILFIT-doktrinen har kritiserats från olika håll. I en svensk artikel har det till och med hävdats att EG-domstolen på senare år mjukat upp kriterierna som följer av CILFIT.¹⁹ Denna slutsats förefaller dock tämligen spekulativ. Med avgörandet i *Gaston Schul* har EG-domstolen visat att kriterierna enligt CILFIT fortfarande är gällande rätt.²⁰ Med denna redogörelse för huvuddragen kring institutet förhandsavgörande enligt gällande gemenskapsrätt ska nu frågan kring ett eventuellt skadeståndsansvar behandlas. Frågan om en nationell domstols underlåtenhet att begära ett förhandsavgörande kan få några konsekvenser för staten aktualiserades i den uppmärksammade *Köbler*-domen²¹.

¹⁴ CILFIT, punkten 13. Detta är helt i linje med resonemanget i *Da Costa*.

¹⁵ Dom (stora avdelningen) av den 6 december 2005 i mål C-461/03, *Gaston Schul Douane-expediteur BV mot Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit*, hädanefter "*Gaston Schul*".

¹⁶ CILFIT, punkten 10.

¹⁷ CILFIT, punkten 16.

¹⁸ CILFIT, punkten 18 och 20.

¹⁹ Kihlström, Landberg och Rifall *Europarättslig Tidskrift* 2/2005, 326.

²⁰ För en kommentar av domen, se Lindholm och Derlén *Europarättslig Tidskrift* 2/2006 s 377.

²¹ Dom av den 30 september 2003 i mål C-224/01 *Gerhard Köbler mot Republik Österreich*, hädanefter "*Köbler*".

2.5 Skadeståndstalan mot staten – Köbler-domen

En Österrikisk medborgare, Gerhard Köbler, ansåg att hans rättigheter som följer av gemenskapsrätten inte tillgodosetts när en förvaltningsdomstol underlätit att begära förhandsavgörande och väckte därför skadeståndstalan vid allmän domstol. För att avgöra om skadeståndsansvar för den österrikiska staten förelåg i detta fall begärdes ett förhandsavgörande från EG-domstolen. Svaret på tolkningsfrågan var att den rättspraxis, enligt vilken staten är skadeståndsskyldig vid överträdelse av gemenskapsrätten, är tillämplig även i de fall då den påstådda gemenskapsrättsstridiga handlingen utgörs av ett avgörande av en medlemsstats högsta domstolsinstans – men det krävs att åsidosättandet av gemenskapsrätten är uppenbart. Den österrikiska domstolens åsidosättande av gemenskapsrätten ansågs inte vara en sådan uppenbar överträdelse och var således inte skadeståndsgrundande.

Av EG-domstolens dom i Köbler följer således att en nationell domstols åsidosättande av gemenskapsrätten principiellt sett kan föranleda skadeståndsansvar för staten om överträdelsen är uppenbar. Rågången mellan en överträdelse och en uppenbar överträdelse är emellertid inte utstakad; det kan inte utläsas av domstolens avgörande i Köbler och vägledning har inte heller givits i något senare avgörande.

Efter denna inledande genomgång av gemenskapsrätten ska i det följande diskuteras hur svenska domstolar hanterar institutet förhandsavgörande och vad skadeståndsansvaret innebär för staten och den enskilde.

3 CILFIT och Köbler – ett svenskt perspektiv

3.1 Svenska domstolar och förhandsavgörande

Professor Ulf Bernitz har studerat de svenska domstolarnas hållning till institutet förhandsavgörande. Han menar att Sveriges restriktivitet inte bara visar sig rent statistiskt i förhållande till andra medlemsländer. Vid en rent materiell genomgång har Bernitz funnit ett antal avgöranden i sista instans där domstolarna, enligt hans mening, underlätit att begära förhandsavgörande trots att undantagen enligt CILFIT-kriterierna inte var uppfyllda.²² Efter en genomgång av Regeringsrättens och Högsta domstolens referat från januari 2006 till och med augusti 2007 kan jag redovisa ytterligare ett fall där det förefaller tvivelaktighet om CILFIT-kriterierna verkligen var uppfyllda.²³

²² Bernitz *Europarättslig Tidskrift* 1/2005; för en genomgång av några äldre avgöranden, se Bernitz 2002 s 128–134. Se också Johansson *SvJT* 2007 s 223–230 för en genomgång av ytterligare ett antal avgöranden.

²³ Ytterligare ett avgörande kan nämnas, *NJA* 2007 s 131 som rörde statlig lönegaranti. HD valde att inte inhämta ett förhandsavgörande då domstolen ansågs att bedömningen rörde de faktiska omständigheterna och inte den svenska lönegarantilagens förenlighet med gemenskapsrätten. Vid denna slutsats torde HD ha gjort en

Regeringsrätten hade i RÅ 2006 ref. 11 att ta ställning till två frågor med gemenskapsrättsliga implikationer: Dels om transport i skidlift är att anse som transport av passagerare och medfört bagage eller utnyttjande av sportanläggning; dels om det är möjligt att ha differentierade skattesatser på likadana eller liknande produkter utan att det strider mot sjätte mervärdesskattedirektivet. Enligt de svenska momsreglerna räknas transport i skidlift som persontransporter och motsvarar punkt 5, transport av passagerare och medfört bagage, i bilaga H till sjätte mervärdesskattedirektivet. Den svenska momssatsen för transport i skidliftar är 12 procent, medan persontransporter i övrigt är belagd med en momssats på 6 procent – samma momssats gäller för omsättning inom idrottsområdet. Bolaget som bedrev skidanläggningarna hävdade att transport i skidlift skulle ses som omsättning inom idrottsområdet och ifrågasatte också om det är tillåtet att införa differentierade skattesatser inom ramen för samma punkt i bilaga H till det sjätte momsdirektivet. Bolagets invändning att transport i skidlift definieras fel enligt de svenska bestämmelserna fick mindre betydelse för utgången i fallet eftersom skattesatserna för de alternativa kategorierna var desamma. Den avgörande rättsfrågan var om den differentierade momssats som Sverige tillämpade var överensstämmande med gemenskapsrätten. Regeringsrätten gjorde på egen hand en utredning av gemenskapsrätten och fann, genom en tolkning av gällande rätt utifrån EG-fördragets regler och de principer som lagts fast av EG-domstolen, att rättsläget var klart: differentierade momssatser är inte i strid med gemenskapsrätten. Något behov av förhandsavgörande fanns alltså inte enligt Regeringsrätten.

Detta avgörande är betecknande för hur svenska domstolar i högsta instans tenderar att tolka CILFIT-doktrinen. Regeringsrätten uttrycker det inte explicit i domskälen, men torde stödja sitt beslut att inte begära förhandsavgörande på bedömningen att det inte finns utrymme för något rimligt tvivel om hur frågan ska avgöras (s.k. *acte clair*). Regeringsrätten argumentation varför de svenska reglerna inte är i strid med gemenskapsrätten anser jag vara föga övertygande. Det konstateras lakoniskt att en differentiering av skattesatserna inte kan antas påverka konsumenternas val och att de svenska reglerna således inte påverkar konsumenternas val.

3.2 Följder av den svenska restriktiviteten

Förväntad handläggningstid vid en begäran om förhandsavgörande från EG-domstolen är för närvarande omkring 20 månader.²⁴ Beslutar en svensk domstol att inhämta ett förhandsavgörande innebär det således en avsevärd fördröjning av det aktuella målet. Ett argument som ofta återkommer till försvar för Sveriges restriktivitet är att EG-domstolen inte ska be-

riktig bedömning. Hovrätten var av en annan uppfattning och tillämpade principen om EG-rättens företräde och gav direktivet direkt effekt.

²⁴ Pressmeddelande nr 27/07 från EG-domstolen, daterat den 21 mars 2007, dokumentet hämtad från EG-domstolens webbsida 2007-12-10 <http://curia.europa.eu/sv/actu/communiques/cp07/info/cp070027sv.pdf>

lastas i onödan.²⁵ Det kan knappast ifrågasättas att det finns praktiska problem förenade med institutet förhandsavgörande, såsom den stora arbetsbörda som belastar EG-domstolen. Det förefaller dock tvivelaktigt om lösningen på detta problem är att nationella domstolar, såsom de svenska, ska avstå från att tillämpa gällande gemenskapsrätten för att på så sätt minska handläggningstiden vid förhandsavgörande. I sammanhanget kan nämnas att EG-domstolen framgångsrikt arbetar med att minska handläggningstiden. Värt att notera är att mellan åren 2003 och 2006 har den förväntade handläggningstiden minskat med nästan 6 månader.²⁶

För den enskilde kan beslutet som domstolen fattar i fråga om att begära ett förhandsavgörande eller inte få avgörande betydelse för utgången i målet. När ett förhandsavgörande inte inhämtas, i ett fall där det finns fler tolkningsalternativ, är givetvis risken att detta kan leda till rättsförslut för endera parten i målet. Finner EG-domstolen senare att gemenskapsrätten ska tolkas på ett annat sätt än den tolkning som svensk domstol kommit fram till blir också prejudikatvärdet på det svenska avgörandet i det närmaste obefintligt.²⁷

3.2.1 Skadeståndtalan mot staten

Underlåtenhet att begära förhandsavgörande kan, som konstaterats ovan, vara i strid med gemenskapsrätten. För den enskilde, vars gemenskapsrättigheter fränhånts till följd av en svensk domstols underlåtenhet att begära förhandsavgörande, återstår möjligheten att väcka skadeståndtalan gentemot den svenska staten. Den praxis som en svensk domstol har att söka vägledning i är vad EG-domstolen uttalat i Köbler.

EG-domstolen har slagit fast att gemenskapsrättens sedvanliga skadeståndsvillkor²⁸ gäller även i fall då en nationell domstol dömt i strid med gemenskapsrätten: Rättsregeln som har överträtts ska ha till syfte att ge enskilda rättigheter; överträdelsen ska vara tillräckligt klar; det ska finnas ett direkt orsakssamband mellan åsidosättandet av medlemsstatens skyldighet och den skada som uppkommit.²⁹ EG-domstolen stannade dock inte vid detta, man uttalade också att hänsyn ska tas till den dömande verksamhetens särdrag och staten kan "[...] ådra sig skadeståndsansvar [...] endast i undantagsfall, då den nationella domstolen på ett uppenbart sätt har åsidosatt gällande rätt".³⁰ Det förefaller som att kriterierna för skadeståndsansvar, utlöst till följd av de nationella domstolarnas felaktiga tillämpning av

²⁵ Bernitz 2002 s 135.

²⁶ Pressmeddelande nr 27/07 från EG-domstolen, daterat den 21 mars 2007, dokumentet hämtad från EG-domstolens webbsida 2007-12-10 (<http://curia.europa.eu/sv/actu/communiques/cp07/info/cp070027sv.pdf>).

²⁷ Se härom i Bernitz 2002 s 136.

²⁸ Således i linje med den princip som EG-domstolen fastslog redan i dom av den 19 november 1991 i förenade målen C-6/90 och C-9/90 Andrea Francovich och Danila Bonifaci m.fl. mot Italienska republiken punkten 40 och utvecklade i Brasserie du Pêcheur.

²⁹ Köbler punkten 51 och 52.

³⁰ Köbler punkten 53.

gemenskapsrätten, är mer kvalificerat än i andra fall.³¹

3.2.2 Uppenbart åsidosättande

Effekten av det uppenbarhetsrekvisit som följer av Köbler torde medföra att det uppstår ett spann mellan en nationell domstols brott mot CILFIT-kriterierna och fall då skadeståndsansvar för staten kan bli aktuellt. För skadeståndsansvar räcker det således inte att konstatera att den svenska domstolen har underlåtit att begära ett förhandsavgörande i strid med CILFIT-doktrinen, det måste också ha skett en uppenbar överträdelse av gemenskapsrätten. EG-domstolen fann i Köbler att den Österrikiska domstolens beslut att avstå från att inhämta ett förhandsavgörande inte utgjorde en skadeståndgrundande överträdelse. Detta underbygger konklusionen att ett felaktigt tillämpande av CILFIT-kriterierna – vilket var fallet i Köbler – inte per automatik leder till skadeståndsansvar för staten. Det bör emellertid uppmärksammas att omständigheterna i Köbler var speciella. EG-domstolens justitiesekreterare frågade den österrikiska förvaltningsdomstolen om den fortfarande ansåg det nödvändigt att vidhålla sin begäran om förhandsavgörande efter att EG-domstolen meddelat dom i ett annat mål som rörde de lojalitetspremier vilka det var fråga om i Köbler. Det kan argumenteras för att justitiesekreterarens fråga till den österrikiska domstolen kunde få dem att anta att den uppkomna tolkningsfrågan redan besvarats och detta skulle således vara en ursäktande omständighet.

Jag vill ändå hävda att skadeståndsansvar till följd av att en svensk domstol inte begär förhandsbesked aktualiseras i ett ytterst begränsat antal fall. Att det förhåller sig så ter sig inte anmärkningsvärt om man lyfter det hela till ett högre plan. EG-domstolens resonemang i Köbler är en logisk följd av gemenskapsrätten och dess principer om överhöghet.³² Med ett uppenbarhetsrekvisit har EG-domstolen markerat gemenskapsrättens principiella ställning framför nationell rätt, men ändå undvikit att ett större antal avgöranden meddelade av de nationella domstolarna blir föremål för skadeståndstalan gentemot staten.³³

En fråga som bör uppmärksammas är om skadeståndsansvar kan utlösas enbart av den nationella domstolens (uppenbara) underlåtenhet att begära förhandsavgörande, eller om det också krävs att hänsyn tas till den materiella regeln som tillämpats felaktigt. Av EG-domstolens resonemang i Köbler torde följande att det krävs att också den materiella regeln tillämpats uppenbart felaktigt.³⁴ Det kan också diskuteras om artikel 234 har till syfte att ge

³¹ Se dock Otken Eriksson Europarättslig Tidskrift 2/2004 s 212–213 som menar att uppenbarhetsrekvisitet kan tolka på exakt samma sätt som kriteriet om större eller mindre utrymme för skönmässiga bedömningar som tillämpas när skadeståndsansvar bedöms enligt gemenskapsrätten.

³² Principen om gemenskapsrättens överhöghet fastslogs i dom av den 15 juli 1964 i mål 6/64, Flaminio Costa mot E.N.E.L. och har sedan utvecklats av EG-domstolen.

³³ Se Wattel Common Market Law Review 2004, s 186–187 för liknande slutsats. Wattel menar att Köbler "[...] is just a dogmatic consequence, drawn from the earlier Francovich and Brasserie du pêcheur case law".

³⁴ Köbler punkten 55. Se också Otken Eriksson Europarättslig Tidskrift 2/2004 s 216.

enskilda rättigheter, vilket enligt vedertagen gemenskapsrättslig praxis är en förutsättning för att skadeståndsansvar ska utlösas.³⁵

3.2.3 Ett tänkbart scenario

För att belysa följderna av rådande rättsläge kan tolkningsfrågan i ovan diskuterade RÅ-fallet (RÅ 2006 ref. 11) utgöra en utgångspunkt. Antag att EG-domstolen ett par månader efter Regeringsrättens dom, genom ett förhandsavgörande som en Österrikisk förvaltningsdomstol begärt, fastslår att differentierade momsatsar på likadana eller liknande produkter inte är överensstämmande med gemenskapsrätten. Kan då den svenska staten bli skadeståndsansvarig gentemot det svenska bolaget som bedriver skidverksamhet? Om den svenska domstolen begärt förhandsavgörande hade utgången i målet blivit en annan – ett orsakssamband föreligger således. Beträffande bestämmelsens syfte att ge enskilda rättigheter kan argumenteras för att momsreglerna har till syfte att underlätta rörligheten av varor och tjänster inom gemenskapen – alltså i förlängningen ge enskilda rättigheter. Vidare måste överträdelsen vara tillräckligt klar för att skadeståndsansvar ska uppkomma. Mot bakgrund av att EG-domstolen stått fast vid CILFIT-doktrinen under så många år kan det argumenteras för att Regeringsrätten ”[...] uppenbart och allvarligt har missbedömt gränserna för sitt utrymme för skönsmässig bedömning”.³⁶ Sist uppenbarhetsrekvisitet som uppställs i Köbler: Bedömningen i denna del torde ligga nära kriteriet för tillräckligt klar överträdelse enligt Brasserie du Pêcheur, men med hänsyn till den dömande verksamhetens särdrag skall skadeståndsansvar aktualiseras endast i undantagsfall. Utan närmare ledning blir det lätt spekulativt, men Regeringsrättens misslyckade att tolka gällande gemenskapsrätt och inte åsidosatt EG-domstolens praxis torde inte vara ett sådant undantagsfall som åsyftas i Köbler.

Om förutsättningarna i det tänkta scenariot istället är dem att EG-domstolen lämnat sitt svar till den Österrikiska domstolen innan Regeringsrätten meddelade sitt avgörande blir slutsatsen en annan. Under dessa förutsättningarna har det skönsmässiga utrymmet, vilket det talas om i Brasserie du Pêcheur, minskat väsentligt. Men det krävs fortfarande att uppenbarhetsrekvisitet enligt Köbler är uppfyllt.³⁷ Även om gränsen för skadeståndsansvar inte går att bestämma exakt så torde i vart fall ett avgörande i strid med EG-domstolens praxis i ett i det närmaste identiskt avgörande vara ett så uppenbart åsidosättande av gemenskapsrätten att det föranleder skadeståndsansvar för den svenska staten.

³⁵ Se exempelvis dom av den 19 november 1991 i förenade målen C-6/90 och C-9/90 Andrea Francovich och Danila Bonifaci m.fl. mot Italienska republiken.

³⁶ Brasserie du Pêcheur punkten 55.

³⁷ Jämför här not 31 och tolkningen av gällande rätt som presenteras av Otken Eriksson Europarättslig Tidsskrift 2/2004 s 212–213.

4 Avslutande diskussion

4.1 Slutsatser och förslag på åtgärder

Principen om skadeståndsansvar till följd av underlåtenhet att begära förhandsavgörande har fastslagits genom avgörandet i Köbler. EG-domstolen ger vissa indikationer om vilka omständigheter som ska beaktas vid bedömningen om skadeståndsansvar föreligger. Var gränsen för detta skadeståndsansvar går får anses vara en öppen fråga tills EG-domstolen ger ytterligare vägledning.³⁸ I denna promemoria har jag argumenterat för att Köbler-domens räckvidd är mycket begränsad och att EG-domstolens slutsats – att skadeståndsansvar inte är uteslutet – var, med hänsyn till den gemenskapsrättsliga systematiken, den enda möjliga utgången. Det är dock inte ett särskilt tillfredställande besked som lämnats till de nationella domstolarna. Risken förefaller stor att osäkerheten kring gällande rättsläge kommer att bestå under ett antal år och det torde gynna varken gemenskapen eller de nationella domstolarna. För den enskilde som vill tillgodogöra sig de rättigheter som följer av gemenskapslagstiftningen blir det inte alltid så hoppfulla beskedet att helt enkelt förlita sig på att den svenska domstolen gör en korrekt tillämpning av gemenskapsrätten och begär förhandsavgörande när icke avgjorda tolkningsfrågor uppstår.

Det finns således inget direkt incitament för den svenska staten att försöka få domstolarna att omvärdera sin restriktiva inställning. Detta betyder emellertid inte att svenska domstolars agerande är försvarbart eller att det inte kan få indirekta följder. Som Bernitz påpekat finns det tvärtom en rad fördelar för svenska domstolar att flitigare tillämpa institutet förhandsavgörande.³⁹ Den enda uppenbara – dock inte alls oviktiga – nackdelen med en begäran av förhandsavgörande är tidsaspekten. EG-domstolen är inte omedveten om problemet och försöker förkorta handläggningstiderna. Statistik visar att ansträngningarna varit framgångsrika och att en neråtgående trend tydligt kan skönjas.

Institutet förhandsavgörande är ett av gemenskapsrättens viktigaste instrument och det förefaller, oavsett anledningen därtill, vara anmärkningsvärt att svenska domstolar alltsedan den svenska anslutningen till gemenskapen visat sådan återhållsamhet med att ställa frågor till EG-domstolen. Problemet torde till stor del bottna i de svenska domarnas inställning till gemenskapsrätten i allmänhet och institutet förhandsavgörande i synnerhet.⁴⁰ Möjligen skulle ett agerande från lagstiftaren kunna råda bot på detta, men att föredra vore en satsning på utbildning av både den etablerade domarkåren och framtidens jurister.⁴¹

³⁸ I dom (stora avdelningen) av den 13 juni 2006 i mål C-173/03, Traghetti del Mediterraneo SpA mot Repubblica italiana, gav EG-domstolen inte någon närmare vägledning kring skadeståndsansvarets räckvidd.

³⁹ Bernitz Europarättslig Tidskrift 1/2005 s 116 och Bernitz 2002 s 136.

⁴⁰ Bernitz Europarättslig Tidskrift 1/2005 s 113–115. Se också Johansson i SvJT 2007 s 229 som menar att de högsta domstolsinstansernas negativa inställning smittar av sig på lägre instanser.

⁴¹ Johansson SvJT 2007 s 230–232 föreslår den senare lösningen.

5 Källförteckning

Offentligt tryck

Prop. 2005/06:157. Vissa frågor om förhandsavgörande från EG-domstolen

Prop. 1994/95:19. Sveriges medlemskap i Europeiska unionen

SOU 1997:194. Det allmännas skadeståndsansvar vid överträdelse av EG-regler

Övriga källor

EG-domstolen. Pressmeddelande nr 27/07, daterat den 21 mars 2007.

Tidsskrifter

Bernitz, Ulf, Kommissionen ingriper mot svenska sistainstansers obenägenhet att begära förhandsavgöranden, *Europarättslig Tidskrift* 1/2005, s 109–116.

Derlén, Mattias, Nationella slutinstansers skyldigheter att fråga EG-domstolen – CILFIT-doktrinen efter Lyckeskog, *Europarättslig Tidskrift* 1/2004, s 85–93.

Johansson, Martin, Artikel 234 EG – en del av det svenska rättssystemet, *SvJT* 2007 s 216–232.

Kihlström, Victor, Landberg, Anna och Rifall, Martin, Fyra nyanser av förhandsavgöranden, *Europarättslig Tidskrift* 2/2005, s 321–329.

Lindholm, Johan och Derlén, Mattias, EG-domstolen behåller kontrollen – Kraven enligt CILFIT och Foto-Frost efter Gaston Schul, *Europarättslig Tidskrift* 2/2006, s 377–388.

Otken Eriksson, Ida, Medlemsstaternas skadeståndsansvar för nationella domstolars överträdelser av gemenskapsrätten: Björnen sover..., *Europarättslig Tidskrift* 2/2004, s 199–217.

Wattel, P, Köbler, CILFIT and Welthgrove: We can't go on meeting like this, *Common Market Law Review* 2004, s 177–190.

Litteratur

Bernitz, Ulf, *Sverige och Europarätten*, Norstedts Juridik AB, Stockholm 2002.