
ENDAST UNIONSRÄTTEN HAR DIREKT EFFEKT

– EFTA-domstolen klargör att EES-rätten varken har företräde eller direkt effekt *ipso jure*

Olle Abrahamsson* & Hans Frennered**

1. BAKGRUND

EES-avtalet som undertecknades år 1992 och trädde i kraft den 1 januari 1994 syftade till att på överenskomna områden åstadkomma en parallell rättsordning till den som gäller inom EU. Av såväl politiska som gemenskapsrättsliga skäl var det emellertid inte möjligt att genomföra detta projekt fullt ut. Den främsta stötestenen var att de avtalsslutande EFTA-staterna inte kunde gå med på att överlåta nationell beslutskompetens till gemensamma institutioner. För Sveriges del hade en sådan överlåtelse sannolikt inte kunnat ske utan grundlagsändring, vilket skulle ha medfört en för övriga avtalsslutande parter oacceptabel fördröjning av avtalet. Dessutom bedömdes det politiska och folkliga stödet för en grundlagsändring med anledning av EES-avtalet som högst ovisst. I Norge var situationen likartad.

Ett ultimativt krav från Sverige samt även från Norge och Island i förhandlingsarbetet var därför att det av avtalet tydligt måste framgå att EFTA-staterna inte i något avseende frånhände sig lagstiftningsmakt till förmån för EES-institutionerna. Detta är bakgrunden till att EES-avtalet kompletterades med protokoll 35, vari anges att avtalets syfte är att uppnå ett homogent europeiskt ekonomiskt område grundat på gemensamma regler "without requiring any Contracting Party to transfer legislative powers to any institution of the European Economic Area".

* Rättschef i Justitiedepartementet.

** Hovrättslagman, f d chef för EFTA:s rättssekretariat.

2. SKILDA UPPFATTNINGAR OM INNEBÖRDEN AV PROTOKOLL 35

Protokoll 35 var en politisk nödvändighet varförutan något EES-avtal över huvud taget inte hade kunnat komma till stånd. Men från synpunkten att avtalet syftade till att åstadkomma en homogen rättsordning för hela EES-området var förklaringen om icke-överlåtelse av beslutsbefogenheter närmast en anomaly. Förhållandet ledde till att två skilda skolor utvecklades, en som menade att icke-överlåtelseförklaringen satte gränser för hur långt homogenitetssträvandena kunde drivas och en som valde att förringa eller helt bortse från förklaringen.

De skilda uppfattningarna om innebörden av protokoll 35 har kommit till uttryck inte bara i doktrinen utan även i EFTA-domstolens och de nationella domstolarnas praxis. Också inom domstolarna har synen varit olika. Här kan erinras om att en majoritet omfattande tre justitieråd i NJA 2004 s 662 ansåg att EES-avtalet kan utgöra en *självständig* grund för statens skadeståndsansvar, medan en minoritet av två justitieråd gick på motsatt linje under åberopande att protokoll 35 inte kan ”förstås på annat sätt än att EES-reglerna aldrig skulle vara direkt tillämpliga i medlemsstaterna och inte heller ha direkt effekt där”.

Till den förstnämnda, mer integrationsbenägna skolan har föga överraskande flera kontinentala rättslärda bekänt sig, något som bör ses mot bakgrund av att länder som Frankrike och Belgien (och för övrigt också EFTA-staten Liechtenstein) har en monistisk syn på internationella konventioner.¹ Men även framstående svenska experter på europarätt har uppfattat förklaringen i protokoll 35 snarast som ett irriterande hinder i vägen för unionsrättens fulla genomslag i EES-länderna. Till dem som mest konsekvent har strävat efter att marginalisera betydelsen av icke-överlåtelseförklaringen hör Sven Norberg, Martin Johansson och Ulf Bernitz.

Den sistnämnde anförde sålunda i ERT 2005 s 338 att tolkningen och tillämpningen av EES-rätten inte borde stanna vid ”dokument och överväganden från tiden före EES-avtalets ikraftträdande” och hänvisade till att ”ledande kännare av EES-rätten” – varmed avsågs Norberg och Johansson – uttalat att EES-rätten inrymmer principerna om företrädesrätt och direkt effekt. Och i ERT 2006 s 507 ff riktar Johansson skarp, nästan hånfull kritik mot de två justitieråd som i det nyss nämnda rättsfallet NJA 2004 s 662 kom fram till att EES-avtalet inte kan utgöra en självständig grund för en skadeståndstalan mot staten.

I ERT 2011 s 379 ff återkommer Norberg och Johansson med stor frenesi till samma ämne och underkänner argumenten för att EFTA-staterna inte har överfört någon lagstiftningskompetens till EES-institutionerna:

¹ Ett tidigt exempel härpå är Walter van Gerven, *The Genesis of EEA Law and the Principles of Primacy and Direct Effect*, 1992.

— — EFTA-staterna är medlemmar i Gemensamma EES-kommittén, där beslut tas med enhällighet. Det följer av EES-avtalet att när ett beslut av Gemensamma EES-kommittén har trätt i kraft, om nödvändigt efter att interna konstitutionella krav uppfyllts, detta beslut är bindande för de avtalsslutande parterna. När detta väl har skett föreligger alltså ingen skillnad mellan ett system som EU:s där lagstiftningskompetens har överförts och EES-avtalet, där ingen lagstiftningskompetens överförts.

Tillämpningen av principerna om direkt effekt och företräde är således enbart en fråga om huruvida enskilda, företag och individer, i EFTA-staterna, under samma förutsättningar som i EU, inför nationella domstolar direkt ska kunna åberopa beslut som har antagits med *enhällighet av samtliga avtalsslutande parter*, som har trätt i kraft och som, efter att *alla interna konstitutionella krav har uppfyllts*, är *bindande* för dessa.

3. SVAGHETER I NORBERGS OCH JOHANSSONS ARGUMENTATION

Man har förstås rätt att tycka illa om förklaringen i protokoll 35 som den ”spel-förstörare” den onekligen är. Men man kan inte komma ifrån att den finns och att dess innebörd inte har rubbats av några senare fattade beslut av de avtalsslutande parterna. I länder som tillämpar en dualistisk princip måste därför EES-reglerna fortfarande införlivas i den nationella rätten genom lagstiftning eller på annat sätt innan de kan gälla för enskilda och myndigheter. Och för att reglerna härjämte skall få direkt effekt och företräde måste det till någon form av konstitutionellt arrangemang som åstadkommer just detta.

Norberg och Johansson påstår emellertid att andra slutsatser följer av två kända omständigheter, nämligen att besluten i gemensamma EES-kommittén förutsätter enhällighet och att dessa beslut är bindande för de avtalsslutande parterna när deras interna konstitutionella krav är uppfyllda. Slutledningen är i båda fallen felaktig.

Vilka beslutsformer som råder inom gemensamma EES-kommittén måste hållas skilt från frågan om vilken status som tillkommer besluten i EES-staterna. Beslutens nationella genomslag bestäms inte av det sätt varpå besluten fattas utan av om nationell beslutskompetens har eller inte har överlåtits till det beslutande organet. Omständigheten att besluten i gemensamma EES-kommittén fattas med enhällighet har därför inget att göra med frågan om beslutens tillämplighet i de kontraktsslutande staterna.²

Norbergs och Johanssons andra invändning, att besluten är bindande för EES-staterna när deras interna konstitutionella krav är uppfyllda, skjuter vid sidan av målet. Att besluten är bindande för staterna är ju inte detsamma som att de är vare sig bindande eller berättigande för staternas medborgare, företag

² Jfr motsvarande resonemang beträffande unionsrätten i Ds 2007:48 s 69 f.

och myndigheter, allra minst i länder som tillämpar en dualistisk ordning. Självfallet står det staterna fritt att i sin interna lagstiftning föreskriva att EES-lagstiftningen skall ha företräde och direkt effekt. Men vad frågan här gäller är ju om företräde och direkt effekt *följer av avtalet som sådant*. Den i det avseendet kontraindikativa innebörden av protokoll 35 påverkas alltså inte av vilka skilda konstitutionella arrangemang som kan ha vidtagits i de avtalslutande staterna.³

Det finns ett argument som Norberg och Johansson inte tar upp men som med något större relevans talar för den tolkning av EES-avtalet som de förespråkar. Om man nämligen tar fasta på att parternas övergripande syfte har varit att avtalet skall kunna bestå under lång tid, kan man hävda att avtalets permanens äventyras om det blir alltför uppenbart att EES-reglerna saknar det företräde och den direkta effekt som tillkommer de i materiellt avseende identiska EU-reglerna. Avtalet vilar ju trots allt på en gemensam avsikt att åstadkomma ett homogent rättsligt område, och om denna homogenitet i verkligheten visar sig vara svagare än vad man från början föreställde sig skulle själva meningen med avtalet kunna ifrågasättas. Det finns exempel i EFTA-domstolens tidiga praxis som tyder på att denna risk beaktats i dess rättstillämpning genom att domstolen sett mindre till avtalets faktiska innehåll än till vad som förmodats vara dess övergripande syfte.⁴ Närmare besett är dock inte heller detta argument hållbart, eftersom det bygger på den av allt att döma felaktiga förutsättningen att regeringarna och parlamenten i samtliga EES-stater undergivet skulle finna sig i en tolkning av avtalet tvärtemot den princip om icke-överlåtelse av nationell beslutsmakt som flera av EFTA-staterna tog strid för under avtalsförhandlingarna.⁵

4. EFTA-DOMSTOLEN BEKRÄFTAR ATT EES-AVTALET INTE INNEFATTAR PRINCIPEN OM FÖRETRÄDE OCH DIREKT EFFEKT

I sin ovan nämnda artikel i ERT 2011 s 379 ff med ”reflektioner i ljuset av 17 års tillämpning av EES-avtalet” nämner Norberg och Johansson endast såsom i förbigående EFTA-domstolens avgörande den 3 oktober 2007 i målet E-1/07

³ Jfr Abrahamsson, *The relation between National Courts and the European Courts*, ERT 2006 s 295 not 22.

⁴ Se Abrahamsson, *Avgöranden från EG-domstolen – första halvåret 1999*, SvJT 1999 s 793 f.

⁵ Bedömningen får stöd av ett uttalande av den norske domaren i EFTA-domstolen, numera høyesterettsdommern Henrik Bull. Om EFTA-domstolen hade etablerat direkt effekt och företräde som en integrerad del av EES-rätten skulle, enligt Bull, domstolens legitimitet ha så till den grad undergrävs i de nordiska EFTA-staterna att det kunde ha betytt slutet för EES-avtalet. Se H H Fredriksen, *One Market, Two Courts: Legal Pluralism vs. Homogeneity in the European Economic Area* i *Nordic Journal of International Law* 79 (2010), s 489 f.

Criminal proceedings against A som ingående behandlar just frågan om EES-reglernas eventuella företräde och direkta effekt.⁶ EFTA-domstolen undanröjer här den ottydlighet i frågan som tidigare framträtt i såväl dess egen rättspraxis som i nationella domstolars. Domstolen tar nu skarpt avstånd från tanken att EES-reglerna skulle kunna ha företräde eller direkt effekt *ipso jure*. EFTA-domstolens utlåtande är så belysande att det förtjänar att i denna del återges i sin helhet (p. 40-41):

It follows from Article 7 EEA and Protocol 35 EEA that the EEA Agreement does not entail transfer of legislative powers. In *Karlsson*, the Court held this to mean that EEA law does not require that individuals and economic operators can rely directly on non-implemented EEA rules before national courts (see *Karlsson*, at paragraph 28).⁷ This applies to all EEA law, including provisions of a directive such as the one at issue. Furthermore, this entails that EEA law does not require that non-implemented EEA rules take precedence over conflicting national rules, including national rules which fail to transpose the relevant EEA rules correctly into national law.

It follows from the above that, in cases of conflict between national law and non-implemented EEA law, the Contracting Parties may decide whether, under their national legal order, national administrative and judicial organs can apply the relevant EEA rule directly, and thereby avoid violation of EEA law in a particular case. It also follows that the Contracting Parties may decide on which administrative and judicial organs they confer such a power. However, even Contracting Parties which have introduced principles of direct effect and primacy of EEA law in their internal legal order remain under an obligation to correctly transpose directives into national law.

Rättsfallet har nyligen träffande kommenterats av EFTA-domstolens registrator, professor Skuli Magnusson, enligt följande: ”The EEA is based on the premise that it does not entail transfer of legislative powers which prevents the applicability of the principles of direct effect and supremacy. If there was ever any ambiguity concerning this, the issue was clarified in [Case E-1/07].”⁸

5. EES-RÄTTENS STATUS I SVERIGE

Det svenska EU-medlemskapet innebär inte att frågan om EES-rättens status här i landet helt har spelat ut sin roll, även om frågan självfallet inte har samma laddning som i Norge och Island. EES-rättsligt relaterade spörsmål har efter medlemskapet kommit under Högsta domstolens prövning i NJA 1999 s 694, i NJA 2002 s 75 och mer ingående i NJA 2004 s 662. I det sistnämnda rättsfal-

⁶ Case E-1/07, EFTA Courts Reports [2007] 246.

⁷ Case E-4/01, EFTA Courts Reports [2002] 240.

⁸ ERT 2010 s 533 not 12.

let ansåg Högsta domstolen att EES-avtalet utgör en självständig grund för statens skadeståndsansvar, trots att det i Sverige inte, lika lite som beträffande Europakonventionen, har införts någon konstitutionell bestämmelse som ger EES-rätten direkt effekt och företräde gentemot konkurrerande inhemska rättsregler.⁹

Frågan är då om det genom NJA 2004 s 662 i den svenska rättsordningen har tillskapats en rättslig grund för att ge EES-reglerna företräde och direkt effekt. För det första är härvid att beakta att den svenska lagstiftaren knappast har haft anledning att ens notera avgörandet och alltså inte genom passivitet kan sägas ha konfirmerat den av Högsta domstolen intagna positionen. För det andra visar en närmare granskning av fallet att avgörandet i hög grad bygger på EFTA-domstolens tidigare mer motsägelsefulla praxis, medan klargörandet i E-1/07 kom först tre år senare. För det tredje har de två dissidenterna i NJA 2004 s 662 en väl genomförd argumentation i sitt skiljaktiga votum, vilket åtminstone i praktiken förtar skärpan i den av domstolens majoritet förestavade utgången. Detta enstaka rättsfall kan därmed knappast sägas ha åstadkommit en etablerad ordning som på nationell basis gör EES-lagstiftningen direkt tillämplig.

Sammanfattningsvis blir slutsatsen att EES-rätten varken *ipso jure* eller som följd av något nationellt rättsligt arrangemang i Sverige har direkt tillämpning och än mindre företräde framför konkurrerande svenska bestämmelser.

⁹ En annan sak är att EES-rätten, i likhet med andra transnationella regler som Sverige har åtagit sig att följa, tolkningsvis har företräde på så sätt att inhemska regler skall ges en EES-rättsvänlig tolkning. Men i fall då den nationella rätten är så otvetydig att den inte ger utrymme för en sådan tolkning kan den givetvis inte få genomslag i rättstillämpningen. Jfr beträffande EU-rätten *Arcaro*, C-168/95, där EG-domstolen slog fast att gemenskapsrätten inte innehåller någon mekanism som gör det möjligt för en nationell domstol att undanröja nationella bestämmelser som strider mot en bestämmelse i ett icke införlivat direktiv, när den senare bestämmelsen inte kan åberopas vid den nationella domstolen. Jfr häremot C-456/98, *Centrosteeel*, och *Muños*, C-253/00 (se närmare J Engström, *Effektivt rättsskydd i förvirring – nationella sanktions- och processrätt i ljuset av C-253/00 Muñoz*, ERT 2003 s 167 ff, samt Abrahamsson, *The relation between National Courts and the European Courts*, ERT 2006 s 296).