

Aktuell debatt

Lagstiftaren inför rätta — svenska statens skadeståndsskyldighet för brott mot EG-rätten.¹

Inledning

Den liberala rättsideologin om individens tillgång till rättsmedel för att tillvarata sina rättigheter genomsyrar i stor utsträckning EG-domstolens senare rättspraxis. EG-rättens införlivande i nationell rätt har inneburit en klar ideologisk tyngdpunktsförskjutning i medlemsstaternas statsskick. De nationella domarna har blivit EG-domare genom systemet med förhandsavgöranden i artikel 177 EG-fördraget (EGF). EG-domstolen har under detta rättsmedel skapat doktriner om EG-rättens effekt i medlemsstaterna och gjort nationella domstolar till effektuerare av gemenskapsrätten. De nationella domstolarna har därigenom erhållit ny och vidare jurisdiktion.

Genom nationella domstolars strävan att leva upp till EG-rättens krav utökas deras jurisdiktion, nya rättsmedel skapas, problem som tidigare låg bortom juridiken hamnade på den nationelle domarens bord. En central fråga i sammanhanget är om den nationelle domaren överskrider gränserna för sin judiciella kompetens i sin iver att leva upp till de krav EG-rätten ställer på honom. Denna typ av frågor har länge undvikits av EG-domstolen och lämnats till nationella domstolar. Genom att betona att tillämpningen av EG-rätten har anförtrotts nationella domstolar har EG-domstolen formulerat en princip om medlemsstaternas processuella och institutionella autonomi.² EG-domstolen har klart uttalat att

”--in the absence of Community rules on this subject, it is for the legal system of each Member State to designate their courts having jurisdiction and to determine the procedural conditions governing actions at law intended to ensure the protection of the rights which citizens have from the direct effect of Community law”.³

När nationella domstolar konfronteras med EG-rätt måste de ibland erbjuda processuella möjligheter som inte kan härledas ur nationell rätt. Senare avgöranden av EG-domstolen demonstrerar att den processuella och institutionella autonomin till stor del har vittrat ned. EG-domstolen har skapat nya rättsmedel för den nationella domstolsprocessen.

Utan någon uttrycklig grund i fördragen har EG-domstolen infört en rätt för enskilda att ifrågasätta nationella EG-stridiga åtgärder⁴ och en rätt att erhålla restitution av avgifter och skatter som erlagts i strid med

¹ Ola Wiklund är doktorand vid Institutet för Europeisk Rätt, Stockholms Universitet. Artikeln är en version av ett rättsutlåtande i ett mål vid Uppsala tingsrätt (se not 8).

² Rideau, *Le contentieux de l'application du droit communautaire par les pouvoirs publics nationaux*, Dalloz-Sirey 1974 *Chronique* XIX s. 147.

³ Fall 33/76 *Rewe-Zentralfinanz EG and Rewe-Zentral AG v. Landwirtschaftskammer für das Saarland* [1976] ECR 1989 p. 5.

⁴ Fall 222/86 *Union nationale des entraineurs et cadres techniques professionnelles du football (Unectef) v. Georges Heylens and others* [1987] ECR 4097.

EG-rätten.⁵ Senare fall har gått ännu längre vad gäller enskildas tillgång till rättsmedel.

Utvidgningen av enskildas möjligheter att processa, eller om man så vill juridifieringen av större delar av samhällslivet, är av grundläggande betydelse för kompetensfördelningen mellan EU och medlemsstaterna. EG-domstolen hävdar att medlemskapet i EU inte längre endast inbegriper en begränsad inskränkning av medlemsstaternas suveräna rättigheter utan en inskränkning omfattande fler och fler områden.⁶

EG-domstolens doktrin om EG-rättens effekt i de nationella rättsordningarna gäller nu även i Sverige. EG-rättens inflöde i de nationella rättssystemen leder till förändringar av den konstitutionella statusen hos nationella domstolar. Denna förändringsprocess har nu slagit rot i Sverige.

Svenska domstolar har enligt EG-rätten bl. a. en plikt att åsidosätta svenska föreskrifter som strider mot direkt effektiva EG-regler. Denna plikt omfattar även föreskrifter beslutade av riksdag och regering, dvs. lagar och förordningar. Det betyder att Sverige står inför en förändring av förhållandet mellan makten och rätten, mellan lagstiftare och domstolar.

Förhållandet mellan lagstiftare och domstolar har redan kommit att aktualiseras i ett antal mål i svenska tingsrätter som rör Sveriges genomförande av rådskdirektiv 80/987/EEG (lönegarantidirektivet).⁷ Målen rör förenligheten mellan svenska lönegarantiregler och direktivet.⁸

I denna artikel kommer jag utifrån ett av dessa mål analysera vilka konsekvenser ett bristfälligt genomförande av ett direktiv kan få för den svenska staten. Jag hävdar att Sverige *inte* genomfört direktivet på ett korrekt sätt och därmed begått ett brott mot EG-rätten, och att Sverige därför är förpliktat att ersätta den skada som brottet åsamkat enskilda.

Jag hävdar att EG-rätten innebär att staten är skadeståndsskyldig för normgivningsfel begångna av riksdagen. För ett konstitutionellt system präglad av folksuveränitetens princip är detta en revolutionerande förändring. Statens skyldigheter enligt EG-rätten utgör även en betydande nyhet för svensk skadeståndsrätt.

Fallet T mot staten

T är bror till konkursgäldenären V. T:s ansökan om utfående av statlig lönegaranti har därför avslagits av konkursförvaltaren under hänvisning till 12 § 6 st. förmånsrättslagen (FML). Bestämmelsen har efter den senaste ändringen (SFS 1994:639) följande lydelse:

⁵ Fall 240/87 Deville v. Administration des impôts [1988] ECR 3513.

⁶ Opinion 1/91 [1991] ECR I-6079 p. 21.

⁷ Rådskdirektiv 80/987 av den 20 oktober 1980 om tillnärmande av medlemsstaternas lagar vad gäller skyddet för enskilda i händelse av arbetsgivares insolvens, OJ No L 283, 28 oktober 1980, p. 23.

⁸ Mål T 307/95 Luleå tingsrätt, mål T 330/95 Uppsala tingsrätt, mål T 1322/94 Varbergs tingsrätt. De två förstnämnda rör EU-förhållanden, det sistnämnda EES-förhållanden. Varbergs tingsrätt har begärt ett yttrande av EFTA-domstolen enligt artikel 34 i avtalet mellan EFTA-staterna om upprättande av en övervakningsmyndighet och en domstol. Tingsrätten vill bl. a. få en tolkning av lönegarantidirektivets artikel 10 (a) som ger medlemsstaterna möjligheter att vidta åtgärder för att förhindra missbruk av lönegarantin.

”Om konkursgäldenären är näringsidkare, skall arbetstagare, som själv eller tillsammans med närstående senare än sex månader före konkursansökningen har ägt minst en femtedel av företaget, eller hans efterlevande, inte ha förmånsrätt enligt denna paragraf för lön eller pension. Detsamma gäller även när andelen har ägts av en närstående till arbetstagaren.”

T har i tingsrätt ansökt om stämning å staten och yrkat att hans fordran på inestående lön m. m. skall omfattas av den statliga lönegarantin och att staten till honom skall utge lönegarantiersättning med 68 265 kr. jämte ränta.

T har anfört att det förhållandet att han är bror till konkursgäldenären inte kan utesluta honom från förmånsrätt och därmed från att omfattas av den statliga lönegarantin. T menar att den svenska domstolen vid tolkningen av svensk lag (läs: 12 § 6 st. FML) skall göra detta konformt med rådskdirektiv 80/987/EEG⁹ vilket innebär att T inte kan diskvalificeras från lönegaranti.

T anför i andra hand att 12 § 6 st. FML står i strid med direktivet och att detta innebär att svenska staten har begått ett brott mot EG-rätten. Staten har därför enligt T att till honom utge ”skadestånd/ersättning” för den skada han lidit med anledning av fördragsbrottet.

Frågeställningar

Framställningen är disponerad utifrån följande frågeställningar.

1. Har Sverige korrekt genomfört rådskdirektiv 80/987/EEG?
2. Har bestämmelserna i direktivet direkt effekt?
3. Kan en normkonflikt mellan 12 § 6 st. FML och direktivet botas genom att den svenska regeln tolkas i ljuset av direktivets ordalydelse och ändamål?
4. Har T rätt att begära ersättning från staten för den skada han lidit genom bristfälligt genomförande av direktivet?
5. Är staten förpliktad att utge skadestånd till T?
6. Krävs oaktsamhet (culpa) av staten för att staten skall vara förpliktad att utge skadestånd?
7. Kan den nationella domstolen döma ut skadestånd utan att begära ett förhandsavgörande av EG-domstolen i enlighet med artikel 177 EGF?

Fråga 1 (Korrekt genomförande?)

En central fråga att ta ställning till är om Sverige korrekt genomfört rådskdirektiv 80/987 eller brutit mot sina förpliktelser enligt artikel 189 (3) och de allmänna lojalitetsbestämmelserna i artikel 5 EGF.

Enligt min mening har Sverige *inte* genomfört direktivet på ett korrekt sätt eftersom det föreligger en normkonflikt mellan direktivet och 12 § 6 st. FML. Av den svenska bestämmelsen framgår klart att arbetstagare som är närstående till konkursgäldenär som är näringsidkare inte har förmånsrätt för lön. Därmed har denne inte rätt till lönegaranti.

Enligt direktivets artikel 1(2) får medlemsstaterna undanta vissa fordringar från direktivets tillämpningsområde. De kategorier arbetstagare som har undantagits är upptagna i bilagan till direktivet.

⁹ Rådskdirektiv 80/987 av den 20 oktober 1980 om tillnärmande av medlemsstaternas lagar vad gäller skyddet för enskilda i händelse av arbetsgivares insolvens, OJ No L 283, 28 oktober 1980, p. 23.

I *Miret*¹⁰ frågade en spansk domstol om arbetstagare i företagsledningen kunde undantas från direktivets tillämpningsområde trots att de inte var upptagna i bilagan till direktivet. EG-domstolen noterade inledningsvis att Spanien inte, vid tillträdet till EG, begärt undantag enligt artikel 1(2) för personer i företagsledande ställning.

EG-domstolen konstaterade därefter att direktivet hade till avsikt att tillämpas på alla grupper av anställda som definieras som anställda enligt nationell rätt. Undantagna från tillämpningsområdet är endast de som upptas i bilagan till direktivet. Kategorin personer i företagsledande ställning finns inte upptagen i bilagan. Direktivet omfattar därmed även denna krets av arbetstagare.

Överfört på vårt fall får detta resonemang följande konsekvenser. Sverige har *inte* begärt och erhållit undantag för närstående arbetstagares lönefordringar från direktivets tillämpningsområde. Kategorin arbetstagare som är närstående till näringsidkare finns *inte* upptagen i bilagan till lönegarantidirektivet.¹¹ Närstående arbetstagare omfattas således av direktivets lönegarantiskydd. Den svenska begränsningen i 12 § 6 st. FML är därmed oförenlig med direktivet. Sverige har således brutit mot sina förpliktelser enligt artikel 189 (3) EGF och lojalitetsplikten i artikel 5.

Det skulle i och för sig kunna hävdas att inskränkningen i förmånsrättslagen tillkommit för att förhindra missbruk av lönegarantin och därmed vara tillåten enligt artikel 10 (a) i direktivet. I *Commission v. Italy*¹² synes EG-domstolen vilja ge bestämmelsen en restriktiv tolkning under förevändning att direktivets ändamål är att tillerkänna enskilda arbetstagare vissa minimirättigheter.

Trots att ambitionen med lagändringen i 12 § 6 st. FML har varit att stävja missbruk kan det invändas att myndigheter och domstolar genom tillämpning av bestämmelsen enligt den gamla lydelsen som Sverige erhållit undantag för (närstående arbetstagare med väsentligt inflytande över verksamheten) väl har kunnat upprätthålla en praxis som förhindrat missbruk av närstående. Det finns därför inget som talar för att ett ovillkorligt förbud för närstående skulle vara bättre ägnat att förhindra missbruk. Förbudet torde innebära en begränsning som knappast kan anses nödvändig för att uppnå ändamålet med åtgärden. Det torde gå att finna mindre ingripande åtgärder än att utesluta hela grupper av arbetstagare från lönegarantilagens tillämpningsområde. Enligt förmånsrättslagens nuvarande lydelse saknas vidare möjlighet att undersöka om missbruk föreligger i det enskilda fallet.

Jag finner det även tveksamt att ha ett förbud som utesluter arbetstagares rätt till lönegaranti om missbruket ligger hos arbetsgivaren.

Mot bakgrund av det anförda innebär bestämmelsen i direktivets artikel 10 medför enligt min mening inte att oförenligheten mellan direktivet och 12 § 6 st. FML botas.

¹⁰ Fall C-334/92 Teodoro Wagner Miret v Fondo de Garantía Salarial, ännu ej publicerat.

¹¹ Irland har exkluderat "Close relatives of the employer, without a written contract of employment, whose work has to do with a private dwelling or farm in, or on, which the employer and the close relatives reside."

¹² Fall 22/87 [1990] ECR 3917.

Fråga 2 (Direkt effekt?)

Vid fördragsbrott som inbegriper bristfälligt genomförande av direktiv uppkommer frågan om direktivets direkta effekt, dvs. kan T grunda en rätt till lönegaranti på direktivet som kan göras gällande i domstol?

I fallet *Marshall*¹³ uttalade EG-domstolen att direktiv endast kan ha vertikal direkt effekt. Detta innebär att en enskild i nationell process endast kan åberopa direktivet mot medlemsstaten när den brutit i genomförandet på något sätt.

En enskild kan inte åberopa direktivet mot en annan enskild. Uttryckt på ett annat sätt kan ett direktiv inte ålägga enskilda förpliktelser som kan göras gällande mot dem i nationell domstol.

För att EG-domstolen skall anse att bestämmelser i direktiv uppfyller kraven för direkt effekt måste de passera följande test:

- förpliktelsen måste vara klar, precis och ovillkorlig;¹⁴
- direktivet måste vara av den beskaffenhet eller natur att det är kapabelt att skapa rättigheter för enskilda;¹⁵ och
- tiden för direktivets genomförande måste ha gått till ända.¹⁶

Direktiven skiljer sig från förordningarna i ett viktigt avseende. Vid genomförande av direktiv har medlemsstaten alltid ett visst fritt skön när det gäller valet av form och metod. Det fria skönet hindrar emellertid inte direktivet från att ha direkt effekt så länge som det *resultat* som skall uppnås med direktivet är tillräckligt klart och precist.

I *Francovich*¹⁷ uttalade EG-domstolen att rådsdirektiv 80/987¹⁸ om lönegaranti för enskilda arbetstagare *inte* hade direkt effekt. Direktivet föreskrev att medlemsstaterna skulle skapa ett system som gav enskilda uppsägningslön vid arbetsgivarens konkurs. EG-domstolen fann att bestämmelserna som tog sikte på rättighetens innehåll och förmånstagnas identitet var klara, precisa och ovillkorliga. Det enda den nationella domstolen behövde göra för att faställa identiteten var att kontrollera om arbetstagarna var uteslutna från direktivets tillämpningsområde genom att de var upptagna i bilagan till direktivet.¹⁹

Direktivet kunde emellertid inte ha direkt effekt eftersom det gav medlemsstaterna omfattande fritt skön vad gällde organisation, funktion och finansiering av de institutioner som var ansvariga för att lönegarantin skulle betalas ut. EG-domstolen menade bl a att staten inte kunde identifieras som ansvarig för obetalda krav.²⁰

I vissa fall ger direktiv en valmöjlighet vad gäller resultatet som skall uppnås. Direktivet i *Francovich*²¹ lämnade till medlemsstaterna att välja

¹³ Fall 152/84 MH Marshall v. Southampton and South-West Hampshire Health Authority [1986] ECR 723 p 48–49, vilket upprepades efter nya tolkningfrågor i målet från House of Lords (Marshall II) fall C-271/91 domslut av den 2 augusti 1993.

¹⁴ Fall 8/81 Becker v Finanzamt Münster-Innenstadt [1982] ECR 53 p. 17–25.

¹⁵ Fall 8/81 Becker v. Finanzamt Münster-Innenstadt [1982] ECR 53 p. 25.

¹⁶ Fall 148/78 Pubblico Ministero v. Tullio Ratti [1979] ECR 1629 p. 24, 39–46.

¹⁷ Fall C-6 & 9/90 Francovich and Bonifaci v. Italy [1991] ECR I-5357 p. 10–27.

¹⁸ Rådsdirektiv 80/987 av den 20 oktober 1980 om tillnärmande av medlemsstaternas lagar vad gäller skyddet för enskilda i händelse av arbetsgivares insolvens, OJ No L 283, 28 oktober 1980, p. 23.

¹⁹ Fall C-6 & 9/90 Francovich and Bonifaci v. Italy [1991] ECR I-5357 p. 14.

²⁰ A. f. p. 25–27.

²¹ A. f. p. 15–20.

mellan tre metoder för beräkning av tiden under vilken arbetstagare kunde erhålla betalning. Bestämmelsen var klar och ovillkorlig eftersom det var möjligt att fastställa en minimigaranti genom att välja det datum som lade lättast ekonomiska börda på den utbetalande institutionen. I de fall ett direktiv föreskriver ett klart resultat behöver inte den direkta effekten äventyras trots att medlemsstaterna ges möjligheter att avvika från direktivet vid genomförande.²²

Särskilda förpliktelser som kan ge upphov till direkt effekt men som befinner sig i ett direktiv som i sin helhet inte har direkt effekt kan avskiljas från de generella bestämmelserna. I *Becker*²³ uttalade EG-domstolen att trots att vissa bestämmelser i det sjätte momsdirektivet saknade direkt effekt kunde andra bestämmelser med förutsättningar för direkt effekt avskiljas från de allmänna bestämmelserna och tillämpas särskiljda. Huvudfrågan är således inte om direktivet i sin helhet kan ha direkt effekt utan vilka bestämmelser som kan ha direkt effekt.

I *Miret*²⁴ betonade EG-domstolen att lönegarantidirektivet inte förpliktade medlemsstaterna att inrätta en och samma fond för samtliga kategorier av anställda. Det stod Spanien fritt att på egen hand avgöra vilka arbetstagare som skulle omfattas av en garantiinstitution. Arbetstagare i företagsledande ställning kunde därmed inte lita till den garantifond som var inrättad för andra anställda.

Eftersom medlemsstaterna har givits ett betydande fritt skön när det gäller genomförandet av direktivet slöt sig EG-domstolen till att personer i företagsledande ställning inte kunde förlita sig på direktivet och begära betalning av inestående lön från garantifonden som inrättats för andra grupper av anställda.

Vid en undersökning av direktivets bestämmelser rörande medlemsstatens förpliktelser att skapa en garantiinstitution framgår att förpliktelserna *inte* innebär att medlemsstaten måste upprätta en och samma institution för alla kategorier anställda.

En sammanvägd analys av *Franco* och *Miret* ger vid handen att bestämmelserna i direktivet angående arbetstagares rätt till lönegaranti ersättning saknar direkt effekt. Enligt direktivet kan staten inte anses förpliktad att svara för obetalda krav från personer som inte omfattas av den nationella garantiinstitutionen.

Lönegarantidirektivet ger även Sverige betydande fritt skön när det gäller organisation, funktion och finansiering av garantiinstitutionen. Att svenska staten frivilligt inrättat en statlig garantifond, och därmed åtagit sig förpliktelser som inte direktivet kräver, förändrar inte själva direktivets karaktär. I detta sammanhang kan direktivets effekter inte göras beroende av en tolkning av nationell rätt. EG-domstolen saknar formellt kompetens enligt artikel 177 EGF att tolka nationell rätt. En ordning som innebär att direktivet i vissa medlemsstater men inte i andra gav upphov till direkt effekt skulle äventyra grundprincipen om enhetlig

²² Fall 71/85 *Netherlands v. Federatie Nederlandse Vakbeweging* [1986] ECR 3855 p. 12–23, särskilt p. 19; fallen C-19/90 och C-20/90 *Marina Karella v. Minister of Industry, Energy and Technology* [1991] ECR I-2691 p. 17–23.

²³ Fall 8/81 *Becker v. Finanzamt Münster-Innenstadt* [1982] ECR 53 p. 29–30.

²⁴ Fall C-334/92 *Teodoro Wagner Miret v. Fondo de Garantía Salarial*, ännu ej publicerat.

tolkning och tillämpning av EG-rätten. Den vertikala relationen (arbetstagare — stat) är i detta avseende helt enkelt inte av den karaktären att staten kan åläggas förpliktelser och enskilda erhålla rättigheter.

Närstående arbetstagare kan därför inte förlita sig på direktivet och begära betalning av inestående lön från lönegarantin som enligt 12 § 6 st. FML inte är inrättad för denna kategori arbetstagare. Överfört på vårt fall innebär detta att T inte direkt kan åberopa direktivet och erhålla lönegarantiersättning.²⁵

Fråga 3 (Konform tolkning?)

Trots att ett direktiv inte anses ha direkt effekt kan vissa rättsliga effekter erhållas genom lagtolkning. Termen *indirekt effekt* har aldrig använts av EG-domstolen. Den fungerar ändå utmärkt för att beskriva vilka effekter EG-regler kan ha trots att de inte anses uppfylla kriterierna för direkt effekt. Den indirekta effekten hänför sig till nationella domstolars skyldigheter vid tolkning av nationell rätt som befinner sig inom EG-rättens tillämpningsfär. Indirekt effekt tillämpas huvudsakligen i anslutning till direktiv.

Nationella domstolars förpliktelse till direktivkonform tolkning av nationell rätt erkändes i fallet *von Colson*²⁶. EG-domstolen uttalade:

”— —the Member States’ obligation arising from a directive to achieve the result envisaged by the directive and their duty under Article 5 of the Treaty to take all appropriate measures, whether general or particular, to ensure the fulfilment of that obligation, is binding on all the authorities of Member States including, for matters within their jurisdiction, the courts. It follows that, in applying the national law and in particular the provisions of national law specifically introduced in order to implement [direktivet], national courts are required to interpret their national law in the light of the wording and the purpose of the directive in order to achieve the result referred to in the third paragraph of Article 189.”²⁷

I enlighet med detta avgörande tillämpades därefter tolkningsförpliktelsen på den specifika genomförandelagstiftningen i ett antal fall.²⁸

I *Marleasing*²⁹ aktualiserades tolkningsförpliktelsens gränser.

Marleasing SA hade inlett en process i spansk domstol för att få tillstånd en ogiltighetsförklaring av ett avtal med La Comercial på den grund att bildandet var en skenhandling i ett försök att lura borgenärerna till en av grundarna av företaget. Marleasing förlitade sig på artiklar i den spanska civillagen som föreskrev att avtal utan (”cause”) syfte, eller illegalt syfte saknade rättsliga effekter. Men artikel 11 i direktiv 68/151³⁰ som antogs efter den spanska civillagen innehåller en uttömmande lista av ogiltighetsgrunder vid bolagsbildning. Bristande eller

²⁵ Hade direktivet haft direkt effekt har den rättstillämpande myndigheten en skyldighet att åsidosätta 12 § 6 st. FML och tillämpa direktivets bestämmelser. Se fall 103/88 Costanzo [1989] ECR 1839.

²⁶ Fall 14/83 Sabine von Colson and Elisabeth Kamann v. Land Nordrhein-Westfalen [1984] ECR 1891.

²⁷ A. f. p. 26.

²⁸ Fall 79/83 Dorit Harz v. Deutsche Tradax GmbH [1984] ECR 1291 p. 26; fall 80/86 Kolpinghuis Nijmegen BV [1987] ECR 3969 p. 53.

²⁹ Fall C-106/89 Marleasing SA v. La Comercial Internacional de Alimentación SA [1990] ECR I-4135.

³⁰ Rådskdirektiv 68/151, OJ No L 65 13 mars 1968 p. 8.

illegalt syfte fanns inte med bland dessa. Det bör erinras om att Spanien inte hade genomfört direktivet.

Den spanska domstolen frågade EG-domstolen om direktivet hade direkt effekt. Eftersom parterna var privata rättssubjekt aktualiserades frågan om direktivet hade horisontell direkt effekt. I sitt svar på frågan refererade EG-domstolen till avgörandet i *Marshall*³¹ och framhöll att ett direktiv inte kan ålägga enskilda förpliktelser. EG-domstolen klargjorde därefter tolkningsförpliktelsens omfattning till att även avse lagstiftning som var av äldre datum än direktivet:

”--in applying national law, whether the provisions in question were adopted before or after the directive, the national court called upon to interpret it is required to do so, as far as possible, in the light of the wording and the purpose of the directive in order to achieve the result pursued by the latter”.³²

EG-domstolen uttalade vidare att direktivet uteslöt alla andra ogiltighetsgrunder från tillämpning än de som nämndes i direktivet. Den nationella domstolen hade således inget annat val än att nå samma resultat vid tolkningen av nationell rätt. Om EG-domstolen med detta menade att tolkningsresultatet skulle uppnås oavsett den nationella lagstiftningen utformning skulle effekten bli ett skapande av horisontell direkt effekt.

Avgörandet har varit föremål för stor akademisk debatt. Argumentet att avgörandet inför en horisontell direkt effekt, dvs. ålägger enskilda skyldigheter, vilar på en tolkning som innebär att nationella domstolar har en närmast ovillkorlig plikt att tolka nationell rätt i konformitet med direktivet. Det är emellertid tveksamt om denna tolkning verkligen har stöd i fallet. EG-domstolen betonade särskilt att direktiv inte kan ha horisontell direkt effekt och hänvisade till *Marshall*³³. Vidare uttalade EG-domstolen att förpliktelsen att tolka nationell rätt endast gällde ”så långt det är möjligt”.³⁴

I *Miret*³⁵ uttalade EG-domstolen att när den nationella domstolen tolkar och tillämpar nationell rätt måste den förutsätta att medlemsstaten har haft som avsikt att i sin helhet genomföra förpliktelserna i direktivet. Vid tillämpningen av nationell rätt, oavsett om bestämmelserna i fråga beslutats före eller efter direktivet, har den tolkande nationella domstolen att så långt det är möjligt tolka nationell lagstiftning

”--in the light of the wording and the purpose of the directive in order to achieve the result pursued by the latter and thereby comply with the third paragraph of Article 189 of the Treaty”.³⁶

EG-domstolen konstaterade därefter att de nationella bestämmelserna inte kunde tolkas så att de harmonierade med direktivet och ge arbetstagarerna i företagsledande ställning några förmåner enligt direktivet.

³¹ Fall 152/84 MH *Marshall v. Southampton and South-West Hampshire Health Authority* [1986] ECR 723 p. 48–49.

³² A. f. p. 8.

³³ Fall 152/84 MH *Marshall v. Southampton and South-West Hampshire Health Authority* [1986] ECR 723 p. 35.

³⁴ Fall C-106/89 *Marleasing SA v. La Comercial Internacional de Alimentación SA* [1990] ECR I-4135 p. 8.

³⁵ Fall C-334/92 *Teodoro Wagner Miret v. Fondo de Garantía Salarial*, ännu ej publicerat.

³⁶ A. f.

Överfört på vårt fall innebär detta följande. I 12 § 6 st. FML utesluts närståendes fordringar klart från förmånsrätt och rätt till lönegaranti. Bestämmelsen står klart i strid med direktivet som enligt EG-domstolen har till avsikt att tillämpas på alla grupper av anställda som definieras som arbetstagare enligt nationell rätt. Undantagna var endast de som fanns upptagna i bilagan till direktivet.¹ Direktivet omfattar således även närstående. Normkonflikten synes därmed enligt EG-domstolens praxis inte kunna lösas tolkningsvägen eftersom denna inte innebär en förpliktelse att tolka *contra legem*.

Fråga 4 (Rätt att begära ersättning av staten?)

Svaret på frågan om T:s rätt och möjlighet att erhålla ersättning av staten aktualiserar en tolkning av fallet *Francovich*.² Fallet refereras därför kort.

Ministerrådet utfärdade lönegarantidirektivet år 1980. Tiden för genomförande gick ut den 23 oktober 1983. Italien underlät dock att uppfylla direktivets förpliktelser. EG-kommissionen anhängiggjorde därför en talan om fördragsbrott i enlighet med artikel 169 EGF. EG-domstolen konstaterade i sin dom 1989³ att Italien brutit mot sina fördragsförpliktelser. Italienska arbetstagare stämde därefter den italienska staten, eftersom man inte lyckats utfå intjänad lön med stöd av nationell rätt, och framställde ett skadeståndsyrkande avseende ej erhållen lön. Grunden för yrkandet var den italienska statens fördragsbrott: att staten inte hade tillgodosett att arbetstagare inom ramen för det italienska rättssystemet tillförsäkrades de minimirättigheter direktivet föreskrev. Den italienska domstolen ställde två frågor till EG-domstolen. En gällde direktivets direkta effekt. Den andra och i sammanhanget mest intressanta rörde frågan om den italienska statens skadeståndsansvar gentemot enskilda med anledning av fördragsbrottet.

EG-domstolen angrep frågan i två steg. Först diskuterade EG-domstolen existensen av ett skadeståndsansvar som rättsprincip. Därefter analyserades under vilka förhållanden ansvaret kan sägas existera mot bakgrund av fakta i det konkreta fallet.

EG-domstolen relaterade sin praxis i *Van Gend en Loos*,⁴ *Costa v. Enel*⁵ och *Simmenthal*⁶ och uttalade att

”-- --the full effectiveness of Community rules would be impaired and the protection of rights which they grant would be weakened if individuals were unable to obtain compensation when their rights are infringed by a breach of Community law for which a Member State can be held responsible”.⁷

EG-domstolen framhöll att möjligheten att erhålla gottgörelse från medlemsstaten är särskilt viktig i fall där:

”-- --the full effectiveness of Community rules is subject to prior action on the part of the State and where, consequently, in the absence of such action, individuals cannot

¹ A. f.

² Fall C-6 & 9/90 *Francovich and Bonifaci v. Italy* [1991] ECR I-5357.

³ Fall 22/87 *Commission v. Italy* [1989] ECR 143.

⁴ Fall 26/62 [1963] ECR 1.

⁵ Fall 6/64 [1964] ECR 585.

⁶ Fall 106/77 [1978] ECR 629.

⁷ Fall C-6 & 9/90 *Francovich and Bonifaci v. Italy* [1991] ECR I-5357 p. 33.

enforce before the national courts the rights conferred upon them by Community law."⁸

Detta synes innebära att ett rättsmedel skall finnas tillgängligt för dem som åsamkats skada genom medlemsstatens fördragsbrott. Att rättsmedlet för tillvaratagande av enskildas intressen står att finna i EG-rätten har tidigare bekräftats i *Factortame*.⁹ I *Francovich* har EG-domstolen formulerat ett effektivitetskrav som utgör grunden för en ansvarsprincip för staten gentemot sina medborgare.

"It follows that the principle whereby a State must be liable for loss and damage caused by individuals as a result of breaches of Community law for which the State can be held responsible is inherent in the system of the Treaty".¹⁰

En ytterligare grund för gottgörelse med anledning av fördragsstridigt beteende finner EG-domstolen bland lojalitetsbestämmelserna i artikel 5 EGF:

"A further basis for the obligation of Member States to make good such loss and damage is to be found in Article 5 of the Treaty, under which the Member States are required to take all appropriate measures, whether general or particular, to ensure fulfilment of their obligations under Community law. Among these is the obligation to nullify the unlawful consequences of a breach of Community law."¹¹

Därefter konstaterar domstolen att

"-- it is a principle of Community law that the Member State are obliged to pay compensation for harm caused to individuals by breaches of Community law for which they can be held responsible".¹²

Det föreligger enligt min mening knappast något tvivel om att den princip om medlemsstaternas processuella och institutionella autonomi¹³ som EG-domstolen formulerade på 1970-talet har vittrat ned. I brist på nationella rättsmedel för ersättningsprocesser mot staten har enskilda tillgång till ett rättsmedel grundat på EG-rätten.

EG-domstolen uppställer därefter de grundkrav¹⁴ som måste vara uppfyllda för att en bestämmelse skall kunna grunda en rätt till skadestånd. Om dessa är uppfyllda föreligger *enligt EG-rätten* en rätt för enskilda att erhålla kompensation.¹⁵ Medlemsstaterna åläggs därefter en plikt att utforma sin egen process- och skadeståndsrätt så att enskildas EG-rättigheter kan skyddas.¹⁶

⁸ A. f. p. 34.

⁹ Fall C-213/89 Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd and Others [1990] ECR I-2433 p. 18-21.

¹⁰ Fall C-6 & 9/90 Francovich and Bonifaci v. Italy [1991] ECR I-5357 p. 35.

¹¹ A. f. p. 36.

¹² A. f. p. 37.

¹³ Fall 33/76 Rewe-Zentralfinanz EG and Rewe-Zentral AG v. Landwirtschaftskammer für das Saarland [1976] ECR 1989 p 5.

¹⁴ A. f. p. 39-41.

¹⁵ A. f. p. 41.

¹⁶ A. f. p. 42: "Subject to that reservation, it is on the basis of the rules of national law on liability that the State must make reparation for the consequences of loss and damage caused. In the absence of Community legislation, it is for the internal legal order of each Member State to designate the competent courts and lay down the detailed procedural rules for legal proceedings intended fully to safeguard the rights which individuals derive from Community law--"

I *Faccini Dori*¹⁷ bekräftas resonemanget: om inte enskildas rättigheter kan tillförsäkras tolkningsvägen har staten att ersätta förlusten i enlighet med de närmare villkoren för skadestånd som formuleras i *Francovich*.¹⁸

I *Miret* upprepade EG-domstolen att när nationell rätt inte försäkras om att arbetstagare erhåller det rättsskydd direktivet garanterar, har de rätt att begära att staten ersätter den förlust och skada som uppkommit som ett resultat av det bristfälliga genomförandet av direktivet.¹⁹

Överfört på vårt fall innebär detta att T har rätt att begära ersättning från svenska staten för den skada han lidit genom det bristfälliga genomförandet av direktivet. I avsaknad av inhemskt rättsmedel har T att lita till EG-rätten.

Fråga 5 (Är staten förpliktad att utge skadestånd?)

Av betydelse för möjligheterna att *erhålla* skadestånd är de villkor som EG-domstolen formulerar i *Francovich*.

För det första uttalar EGD att ”— —the result prescribed by the directive should entail the grant of rights to individuals”.²⁰ Detta synes introducera en kategorisering vad gäller direktiv: de som har som ändamål eller syfte att skapa rättigheter för enskilda och de som inte har det. Detta skall emellertid inte jämföras med frånvaron av direkt effekt. Principerna i *Francovich* synes endast vara tillämpliga på den första kategorin direktiv. Innan man kan stödja sig på *Francovich* för att finna ett ersättningsanspråk för förlust åstadkommen av medlemsstatens bristfälliga genomförande av direktiv, måste det först visas att direktivet är utformat för att skapa rättigheter för enskilda.²¹ EG-domstolen betonade i *Francovich* att lönegarantidirektivet var avsett att skapa rättigheter för enskilda.²²

Det andra villkoret relaterar till den direkta effekten av direktiv vad gäller innehållet av de rättigheter som skall förlänas enskilda. I *Francovich* ansåg EG-domstolen att innehållet i rättigheterna var klart och ovillkorligt.²³

I *Francovich* var de ersättningsberättigade/skadelidande möjliga att identifiera genom att referera till direktivet. I diskussionen om direkt effekt i *Francovich* fann EG-domstolen att kändan i den nationella processen kunde identifieras genom referens till direktivet. Det är emellertid osäkert om en rättighet enligt *Francovich* uppkommer om borgenären inte kan identifieras genom referens till direktivet. Om den ersättningsberättigade inte kan identifieras med referens till direktivet, eftersom de bestämmelser som beskriver dem varken är precisa eller ovillkorliga betyder detta att de som är berättigade att begära ersättning enligt *Francovich* bestäms av nationell rätt.

¹⁷ Fall C-91/92 Paola Faccini Dori v. Recreb Srl, domslut av den 14 juli 1994, ännu ej publicerat.

¹⁸ A. f. p. 26-27.

¹⁹ Fall C-334/92 Teodoro Wagner Miret v. Fondo de Garantía Salarial, ännu ej publicerat, domslutet p. 2(b).

²⁰ Fall C-6 & 9/90 *Francovich and Bonifaci v. Italy* [1991] ECR I-5357 p. 40.

²¹ Fall 380/87 *Enichem Base and others v. Comune di Cinisello Balsamo* [1987] ECR 2491.

²² Fall C-6 & 9/90 *Francovich and Bonifaci v. Italy* [1991] ECR I-5357 p. 40 och 46.

²³ A. f. p. 44.

Sammanfattningsvis synes Francovich innebära en allmän förpliktelse för medlemsstaterna att erbjuda enskilda rättsmedel för skadeståndsprocesser mot staten för brott mot EG-rätten. Om rättsmedlet är nationellt eller EG-rättsligt saknar betydelse. Den specifika förpliktelsen som åvilar staten är att tillerkänna kompensation i fall av bristande genomförande av direktiv när ändamålet med direktivet är att skapa rättigheter för enskilda och rättigheternas innehåll kan fastställas endast genom referens till direktivet.

EG-domstolen konstaterade i Miret att direktivet hade till avsikt att tillämpas på alla grupper av anställda som definierades som anställda enligt nationell rätt. Undantagna var endast de som fanns upptagna i bilagan till direktivet. Kategorin personer i företagsledande ställning fanns inte upptagna i bilagan. Direktivet omfattade därmed även personer i företagsledande ställning.²⁴

Samma resonemang torde kunna föras i anslutning till vårt fall. Sverige har inte begärt undantag för närstående och de finns inte upptagna i bilagan till direktivet. Direktivet omfattar därmed även närstående. Närstående arbetstagare är rättighetssubjekt och kan identifieras med referens till direktivet. Rättighetens innehåll konstaterades vara klar och ovillkorlig i Francovich.

Det föreligger vidare knappast några svårigheter att fastställa kausalitet mellan fördragsbrottet (Sveriges bristfälliga genomförande) och den uppkomna skadan för T.

T har därför rätt till ersättning av staten för den skada han lidit på grund av staten Sveriges bristfälliga genomförande av direktiv 80/987/EEG.

Fråga 6 (Krävs oaktsamhet för skadestånd?)

EG-domstolen nämner i Francovich inte oaktsamhet (culpa) från statens sida som ett villkor för skadestånd. I Francovich uttrycker EG-domstolen att skadeståndsansvaret är beroende av fördragsbrottets karaktär.²⁵ Domstolen menar att eftersom staten i det förevarande fallet vägrar att erkänna de förpliktelser som artikel 189 (3) EGF föreskriver, dvs. att iaktta alla nödvändiga åtgärder för att uppnå det resultat direktivet stadgar om, inträder skadeståndsskyldigheten under de ovan diskuterade förutsättningarna. Det är emellertid svårt att ur fallet utläsa ett krav på oaktsamhet eller uppsåt.

I den juridiska litteraturen har det ifrågasatts om skadeståndsansvaret enligt Francovich är strikt eller om det krävs oaktsamhet eller eventuellt uppsåt av staten. Ur denna diskussion kan nämnas Lasok som menar att

”-- --the Court did not require a higher degree of fault than a simple failure to achieve the result intended by the directive”.²⁶

Barav å sin sida menar att det är osäkert om alla brott mot EG-rätten skall rendera skadestånd. Han synes emellertid erkänna rätten till skadestånd vid bristfälligt genomförande av direktiv.²⁷

²⁴ Fall C-334/92 Teodoro Wagner Miret v. Fondo de Garantía Salarial, ännu ej publicerat.

²⁵ Fall C-6 & 9/90 Francovich and Bonifaci v. Italy [1991] ECR I-5357 p. 38.

²⁶ K. P. E. Lasok, State liability for breach of Community law, 5 ICCLR (1992) s. 189.

Enligt min mening torde ett eventuellt krav på oaktsamhet i varje fall vara uppfyllt vid bristfälligt genomförande av direktiv som har till syfte att förlåna enskilda rättigheter. Förutom Francovich kan *Miret* anföras som stöd för denna uppfattning. EG-domstolen hade här möjlighet att uppställa ett krav på oaktsamhet, men undvek att göra detta. Om detta skedde medvetet eller omedvetet är naturligtvis svårt att säga.

I januari 1993 ställde tyska Bundesgerichtshof (BGH) ett antal frågor till EG-domstolen i målet *Brasserie du Pêcheur*.²⁸ Frågorna rörde alla Francovichprincipernas räckvidd.

Först frågade BGH om den EG-rättsliga ersättningsprincipen även är tillämplig när fördragsbrottet ligger i bristfällig anpassning av nationell lagstiftning (lagnivå) till överordnad EG-rätt. För det andra undrade BGH om rätten till ersättning kan begränsas enligt nationell rätt, dvs. av bestämmelser som reglerar ersättning vid konflikter mellan nationell rätt och den tyska grundlagen. I tredje hand frågade BGH om rätten till ersättning kan göras beroende av ett krav på oaktsamhet (fault) å lagstiftarens sida. För det fjärde frågade BGH om ersättningsanspråkets omfattning (vad som skall ersättas) kan begränsas av nationella regler.

Enligt min mening kan svaret på den tredje frågan om oaktsamhetskravet ha betydelse för utgången av vårt fall. Min gissning är att EG-domstolen inte kommer att uppställa ett oaktsamhetskrav som fränkänner enskilda rätt till ersättning för fördragsbrott som inbegriper bristfälligt genomförande av direktiv som är avsedda att skapa rättigheter för enskilda.

Fråga 7 (Kan den nationella domstolen avgöra målet utan förhandsavgörande från EG-domstolen?)

Fallet T rör tolkningen av EG-rättsliga normer. Fallet aktualiserar inte endast tolkning av skrivna rättsregler (direktivet) utan även oskrivna rättsprinciper. Dessa principer har mer eller mindre stark anknytning till bestämmelser i fördragen eller sekundära rättsakter.

Enligt artikel 177 EGF har EG-domstolen behörighet att meddela förhandsavgöranden angående tolkningen av EG-fördraget. När en tolkningsfråga uppkommer i en nationell domstol får domstolen om den anser det nödvändigt för att döma i saken, begära att EG-domstolen meddelar ett förhandsavgörande.

Om en tolkningsfråga uppkommer vid en domstol i ett mål mot vars avgöranden det inte finns något rättsmedel enligt nationell lagstiftning *skall* den nationella domstolen begära ett förhandsavgörande.

En slutinstans kan dock underlåta att referera frågan om den norm som skall tolkas är helt klar (*acte clair*). Inte ens slutinstansen har en absolut plikt att underställa EG-domstolen en tolkningsfråga. Men för att försäkra om den enhetliga tolkningen och tillämpningen av EG-rätten har EG-domstolen uppställt stränga kriterier för slutinstansernas möjligheter att avgöra målet utan förhandsavgörande.²⁹

1. Frågan måste vara relevant i den meningen att svaret kommer ha ett avgörande inflytande över fallets lösning.

²⁷ Barav, *Omnipotent Courts*, Festschrift Henry Schermers 1994 vol II s 297 f.

²⁸ Fall C-46/93 *Firma Brasserie du Pêcheur SA v. Germany*, OJ 1993 C 92/4.

²⁹ Fall 283/81 *CILFIT v. Ministry of Health* [1982] ECR 3415.

2. Om frågan aktualiserar materiellt sett samma fråga som redan har varit föremål för tolkning i ett liknande fall eller om det finns en fast praxis vad gäller tolkningsfrågan behöver en tolkningsfråga inte ställas.

3. När det inte finns något rimligt tvivel om hur frågan skall lösas, vilket innebär att den nationella domstolen skall vara övertygad om att lösningen av tolkningsfrågan skall vara lika uppenbar för alla domstolar i alla medlemsstater, samt för EG-domstolen själv.³⁰ I denna operation skall hänsyn tas till de speciella krav som tolkningen av EG-rätten ställer; lingvistiska särdrag, EG-rättens speciella begreppsbildning, nödvändigheten av att placera varje norm i sitt sammanhang och vid den systematiska och teleologiska tolkningen väga in EG-rättens dynamiska karaktär.

Överfört på vårt fall innebär detta att tingsrätten inte har en skyldighet att referera tolkningsfrågor till EG-domstolen. Det är emellertid ingenting som hindrar domstolen att göra detta. Det kan erinras om att ett mål om förhandsavgörande i EG-domstolen i genomsnitt tar ca 18 månader.

Det finns vidare skäl att anta att avgörandet i målet kommer att överklagas. Processekonomiska överväganden skulle kanske tala för att låta en överinstans (hovrätt eller Högsta domstolen) ställa frågor till EG-domstolen. Vid denna senare tidpunkt har EG-domstolen antagligen hunnit klargöra rättsläget genom avgörandet i det ovan nämnda *Brasserie du Pêcheur*. Det saknas enligt min mening anledning att ytterligare fördjupa sig i frågan. Det är inte parterna utan den nationella domstolen som enligt artikel 177 EGF disponerar över rätten att referera tolkningsfrågor till EG-domstolen.

Sammanfattning av fallet

Sverige har *inte* begärt och erhållit undantag för närstående arbetstagares lönefordringar från direktivets tillämpningsområde. Kategorin av arbetstagare som är närstående till näringsidkare finns *inte* upptagen i bilagan till lönegarantidirektivet. Närstående arbetstagare omfattas således av direktivets lönegarantiskydd. Den svenska begränsningen i 12 § 6 st. FML är därmed oförenlig med direktivet. Sverige har brutit mot sina förpliktelser enligt artikel 189 (3) EGF och artikel 5 EGF.

Vid en undersökning av direktivets bestämmelser rörande medlemsstatens förpliktelser att skapa en garantiinstitution framgår att förpliktelserna *inte* innebär att medlemsstaten måste upprätta en och samma institution för alla kategorier anställda. Medlemsstaten Sverige har givits betydande fritt skön när det gäller genomförandet av lönegarantidirektivet. Närstående arbetstagare kan därför inte direkt förlita sig på direktivet och begära betalning av inestående lön från lönegarantin. Enligt 12 § 6 st. FML är den statliga lönegarantin inte inrättad för denna kategori arbetstagare.

I 12 § 6 st. FML utesluts närståendes fordringar klart från förmånsrätt och rätt till lönegaranti. Bestämmelsen står klart i strid med direktivet som enligt EG-domstolen har till avsikt att tillämpas på alla grupper av anställda som definieras som arbetstagare enligt nationell rätt. Undantagna var endast de som fanns upptagna i bilagan till direktivet. Direkti-

³⁰ Se Wyatt 1983, 8 E L Rev s, som anser att detta krav är orealistiskt

vet omfattar således även närstående. Normkonflikten synes därmed inte enligt EG-domstolens praxis kunna lösas tolkningsvägen eftersom detta skulle innebära en tolkning *contra legem*.

Av EG-domstolens praxis framgår att när nationell rätt inte försäkrar om att arbetstagare erhåller det rättsskydd direktivet garanterar, och rättigheten inte kan erhållas genom EG-konform tolkning, har de rätt att begära att staten ersätter den förlust och skada som uppkommit som ett resultat av det bristfälliga genomförandet av direktivet. T har därför rätt att begära ersättning från staten Sverige för den skada han lidit genom det bristfälliga genomförandet av direktivet. I avsaknad av inhemskt rättsmedel har T rätt att lita till det rättsmedel som EG-rätten tillhandahåller.

Sverige har inte begärt undantag för närstående och de finns inte upptagna i bilagan till direktivet. Direktivet omfattar därmed även närstående. Närstående arbetstagare är rättighetssubjekt och kan identifieras med referens till direktivet. Rättighetens innehåll konstaterades vara klar och ovillkorlig i *Francovich*. Det föreligger vidare kausalitet mellan fördragsbrottet (Sveriges bristfälliga genomförande) och den uppkomna skadan. T har därför rätt till ersättning av staten för den skada han lidit på grund av svenska statens bristfälliga genomförande av direktiv 80/987/EEG.

I EG-domstolens praxis går inte att finna ett klart formulerat krav på oaktamhet för att skadeståndsansvar skall utlösas för medlemsstaternas brott mot EG-rätten. Om oaktamhet skulle krävas, är detta troligen uppfyllt vid bristfälligt genomförande av direktiv som har till syfte att förläna enskilda rättigheter.

Tingsrätt har inte någon skyldighet att referera tolkningsfrågor till EG-domstolen. Det är emellertid ingenting som hindrar domstolen att göra detta. Det är inte parterna utan den nationella domstolen som enligt artikel 177 EGF disponerar över rätten att referera tolkningsfrågor till EG-domstolen.

Slutord

EG-domstolen hävdar numera att medlemskapet i EU inte endast inbegriper en begränsad inskränkning av medlemsstaternas suveräna rättigheter utan en inskränkning omfattande fler och fler områden.³¹ EG-domstolens doktrin om medlemsstaternas skadeståndsansvar för brott mot EG-rätten aktualiserar därför frågan om gränserna för EG-domstolens jurisdiktion.

En acceptans av EG-domstolens jurisdiktion och doktrinerna om EG-rättens effekt i de nationella rättsordningarna innebär också en acceptans av att enskildas möjligheter att få demokratiskt fattade lagstiftningsbeslut överprövade i nationell domstol. Utvidgningen av enskildas möjligheter att processa leder till en juridifiering av större delar av samhällslivet och är av grundläggande betydelse för såväl kompetensfördelningen mellan EU och medlemsstaterna som förhållandet mellan politiker och domare i medlemsstaterna.

EG-rättens intensiva penetration av de nationella rättssystemens struktur har lett till en dramatisk förändring av den konstitutionella statusen

³¹ Opinion 1/91 [1991] ECR I-6079 p. 21.

hos nationella domstolar. Denna förändringsprocess har nu slagit rot i Sverige.

Den svenska konstitutionella tradition som hyllar folksuveränitetens och riksdagens primat kommer gradvis att förlora sitt inflytande. Svenska domstolar kommer att börja åsidosätta demokratiskt fattade lagstiftningsbeslut. För det svenska statskicket innebär medlemskapet i EU inget mindre än en konstitutionell revolution.

Det är nya tider och dags att inleda en ny diskussion om lagprövningens gränser och förhållandet mellan makt och rätt i det svenska statskicket. För aktörerna i diskussionen finns det anledning att med John Maynard Keynes ord erinra om att

”--the difficulty lies, not in the new ideas, but in escaping from the old ones, which ramify, for those brought up as most of us have been, into every corner of our minds”.³²

Ola Wiklund

³² I förordet till första upplagan av *The General Theory of Employment, Interest and Money* 1936.