



JURIDISKA FAKULTETEN  
vid Lunds universitet

Christine Timmersjö

EG-rättslig påverkan på den  
nationella straffrätten  
– en analys utifrån Berlusconi-affären

Examensarbete  
20 poäng

Helén Örnemark Hansen

EG-rätt  
Straff- och processrätt

VT 2005

# Innehåll

<b>SAMMANFATTNING</b>	<b>1</b>
<b>FÖRKORTNINGAR</b>	<b>3</b>
<b>1 INLEDNING</b>	<b>4</b>
1.1 Allmän bakgrund	4
1.2 Syfte och avgränsningar	5
1.3 Metod och material	7
1.4 Disposition	7
<b>2 BERLUSCONIAFFÄREN</b>	<b>9</b>
2.1 Allmänt	9
2.2 Gemenskapsrätten	9
2.2.1 Fördragsrätt	9
2.2.2 Direktiv	10
2.3 Nationell lagstiftning	11
2.3.1 Allmän straffrätt	11
2.3.2 Tidigare bolagsrättslig lagstiftning	11
2.3.3 Ny nationell lagstiftning	11
2.4 Åtalet	13
2.5 Begäran om förhandsavgörande	13
<b>3 HISTORISK UTVECKLING OCH DEN TREDJE PELAREN</b>	<b>15</b>
3.1 Innan Maastricht	15
3.2 Straffrätten inom den Tredje pelaren	16
3.3 Senare utveckling och innebörden av det nya konstitutionsfördraget	18
<b>4 EG-RÄTTSLIG PÅVERKAN PÅ NATIONELL STRAFFRÄTT</b>	<b>20</b>
4.1 Allmänt	20
4.2 EG-rättens direkta effekt	21
4.2.1 Fördrag och förordningar	21
4.2.2 Direktivens direkta effekt	21
4.2.3 Begränsning av direktivens direkta effekt i brottmål	22

<b>4.3</b>	<b>EG-rättens företrädare framför nationell rätt</b>	<b>23</b>
4.3.1	Lagstiftningsnivå	24
4.3.2	Rättskipningsnivå	24
<b>4.4</b>	<b>Principen om rättfärdigt samarbete mellan medlemsstaterna</b>	<b>25</b>
4.4.1	Primärrättslig påverkan	26
4.4.2	Sekundärrättslig påverkan	27
<b>4.5</b>	<b>Om kraven på sanktionerna</b>	<b>28</b>
4.5.1	Effektivitet	28
4.5.2	Proportionalitet	28
4.5.3	Avskräckande verkan	29
4.5.4	Övrigt	30
<b>4.6</b>	<b>EG-rättslig påvekan och Berlusconi</b>	<b>30</b>
<b>5</b>	<b>TVÅ STRAFFRÄTTSLIGA PRINCIPER</b>	<b>32</b>
<b>5.1</b>	<b>Legalitetsprincipen</b>	<b>32</b>
5.1.1	Allmänt om principen i Europa och EG	32
5.1.2	Den straffrättsliga legalitetsprincipen och Berlusconi	33
<b>5.2</b>	<b>Retroaktivitet</b>	<b>34</b>
5.2.1	Allmänt om principen i Europa och EG	34
5.2.2	Retroaktivitetsprincipen och Berlusconi	36
<b>5.3</b>	<b>Aktualisering av principerna inom EG-rättens område och tillämpning i tiden</b>	<b>37</b>
<b>6</b>	<b>ANALYS</b>	<b>40</b>
6.1	EG-rättens påverkan och krav på nationell rätt	40
6.2	Legalitet och retroaktivitet	43
6.3	Kollisionen mellan de två rättsområdena	44
<b>7</b>	<b>SLUTSATSER</b>	<b>47</b>
	<b>KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING</b>	<b>49</b>
	<b>RÄTTSFALLSFÖRTECKNING</b>	<b>53</b>
	<b>BILAGA A</b>	<b>56</b>

# Sammanfattning

Italiens regeringschef Silvio Berlusconi är en herre som ofta befinner sig i blåsväder. Idén för denna uppsats finns i ett rättsfall där han, inför italiensk domstol, står åtalad för oriktiga bolagsuppgifter. Den nationella lagstiftaren ändrade, efter det att åtal väcktes, den nationella lagstiftningen. Denna var ursprungligen resultatet av implementeringen av några EG-rättsliga bolagsdirektiv, som reglerar just detta brott. Berlusconi och hans medåtalade påpekade inför domstolen i Milano att de, under tillämpning av den nya, mildare lagstiftningen, skulle komma att frikännas helt. Åklagaren, och den Europeiska Kommissionen, var inte av samma uppfattning då den nya lagstiftningen enligt dem står i strid med gemenskapsrätten och därmed inte är giltig. En klar kollision mellan EG-rätten och den nationella straffrätten visar sig därmed, och det är relationen mellan dessa två rättsområden som i huvudsak är ämnet för detta examensarbete.

Gemenskapsrätten påverkar den nationella rätten, och även den nationella straffrätten, genom en komplex juridisk process. Processen regleras nämligen inte i fördragen utan grundar sig på tre generella principer; principen om EG-rättens företräde, principen om direkt effekt och principen om rättfärdigt samarbete mellan medlemsstaterna.

För att variationer mellan medlemsstaternas tillämpning av gemenskapsrätten inte skall äventyra fördragets mål eller ge upphov till diskriminering på grund av nationalitet har principen om EG-rättens företräde skapats genom praxis. Principen tillhandahåller därtill en lösningsregel för de normkonflikter som är ett närmast oundvikligt inslag i ett lagstiftningssystem i två nivåer och ligger till grund för konkreta handlingsregler på både lagstiftnings- och rättskipningsnivå. Denna första princip fungerar även som en garant för principen om direkt effekt, då den förhindrar att medlemsstaterna genom ensidiga, nationella lagstiftningsåtgärder åsidosätter gemenskapsrätten.

Under vissa förutsättningar kan förordningar och direktiv ha direkt effekt, det vill säga de kan åberopas inför nationell domstol omedelbart och utan implementeringsåtgärder. När det gäller förhållandet till enskilda finns dock vissa begränsningar. Ett direktiv kan nämligen aldrig, oaktat den nationella lagstiftningen, utgöra grundval för straffrättsligt ansvar eller en skärpning av det straffrättsliga ansvaret då allmänna rättsprinciper, såsom legalitetsprincipen, ställer upp begränsningar. Istället är EG-rätten tänkt att påverka lagstiftningen genom den nationella lagstiftarens försorg, och genomslagskraften är beroende av implementeringsåtgärder från dennes sida.

Principen om rättfärdigt samarbete mellan medlemsstaterna kan sägas vara ett uttryck för en positiv EG-rättslig påverkan på den nationella sanktionsrätten och innebär i detta straffrättsliga sammanhang en plikt för en

medlemsstat att bemöta ett visst beteende med ett straff eller annan sanktion. I första hand riktar sig de positiva förpliktelserna till lagstiftaren, vilken är skyldig att införa bestämmelser för att skydda gemenskapsrätten. För att de skall få betydelse på rättstillämpningsnivå förutsätts i princip att lagstiftaren har uppfyllt förpliktelserna. Medlemsstaterna är, enligt lojalitets- och assimilationsprinciperna, skyldiga att ge gemenskapsrätten samma skydd som den nationella rättsordningen genom om att sanktionera överträdelser. Även om EG inte har någon uttrycklig kompetens att diktera sanktionernas utformning ställs krav på att de skall vara effektiva, proportionella och avskräckande. Detta innebär i korthet att sanktionerna faktiskt skall användas i praktiken, att påföljden skall stå i proportion till gärningen och att den skall vara av en viss stränghetsgrad.

Legalitetsprincipen och retroaktivitetsprincipen får anses vara delar av en europeisk rättstradition till vilken också EG ansluter sig. Genom att de konstateras vara allmänna, gemenskapsrättsliga principer har medlemsstaterna en plikt att respektera dem. Legalitetsprincipen kan sägas vara den främsta anledningen till att ett direktiv i sig, utan förankring i de nationella rättsordningarna, inte kan ligga till grund för eller utvidga ett straffrättsligt ansvar. Retroaktivitetsförbudet, vilket uppfattas som en av beståndsdelarna i legalitetsprincipen, innebär ett förbud mot att göra ett straffstadgande tillämpligt på gärningar som företagits innan stadgandets ikraftträdande om detta är till nackdel för den tilltalade. Diskussionen som förs i målet av Generaladvokaten respektive de tilltalade kretsar i mycket just kring betydelsen av dessa två straffrättsliga principer. Generaladvokaten hävdar i korthet att legalitetsprincipen på intet sätt åsidosätts. Detta grundar hon på att den nya lagstiftningen är oförenlig med gemenskapsrätten och att den lagstiftningen den upphäver därmed inte är upphävd. Hon håller det inte heller för självklart att retroaktivitetsprincipen skall användas då den nya lagstiftningen strider mot EG-rätten. De tilltalade i sin tur använder just legalitetsprincipen och retroaktivitetsprincipen i sin argumentation för att dömas efter den nya, mildare lagstiftningen då ett annat beslut skulle vara till betydande men för dem.

Motsatsförhållandet mellan dessa två rättsområden hade tidigare inte utretts av EG-domstolen. Den slutsats som dragits i uppsatsen, och som även bekräftas av EG-domstolens dom i målet från den 3 maj 2005, är att Generaladvokatens resonemang inte är bärkraftigt. I just detta fall står det klart att ett direktiv inte kan grunda eller utvidga ett straffrättsligt ansvar, oavsett en eventuell konflikt med EG-rätten. Frågetecknen rörande det slutgiltiga förhållandet mellan de två rättsområdena finns dock kvar då EG-domstolen begränsat sitt domslut till att gälla direktiv.

# Förkortningar

BrP	Lag (1964:163) om införande av brottsbalken
EG	Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen, undertecknat i Rom den 25 mars 1957. (Konsoliderad version)
EK	Fördraget om upprättandet av en konstitution för Europa, undertecknat i Rom den 29 oktober 2004.
ELJ	European Law Journal
ELR	European Law Review
EU	Europeiska Unionen
EUT	Europeiska Unionens officiella tidning
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv
NTfK	Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab
Prop.	Proposition
SvJT	Svensk Juristtidning
JFT	Juridisk Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland
JT	Juridisk Tidskrift vid Stockholms Universitet

# 1 Inledning

## 1.1 Allmän bakgrund

Turerna kring den stenrike italienske mediemagnaten, fotbollsintressenten och, sedan 2001<sup>1</sup>, premiärministern Silvio Berlusconi har varit många. Han har varit föremål för ett otal utredningar, bland annat gällande samröre med maffian, penningtvätt, skattebrott och medhjälp till mord.<sup>2</sup> *Tribunale di Milano* och *Corte di Appello di Lecce* begärde under år 2002 förhandsavgörande av EG-domstolen angående tolkningen av ett par bolagsrättsliga direktiv med anledning av tre inför dem anhängiga brottmål om oriktiga bolagsuppgifter. Tillsammans med Sergio Adelchi, VD för bolagen *La Nuova Adelchi Srl* och *Calzaturificio Srl*, och Marcello dell'Utri, före detta VD för *Publitalia*,<sup>3</sup> stod Silvio Berlusconi återigen inför skranket.

Under processens gång ändrades den nationella, italienska implementeringslagstiftningen, integrerad i *Codice Civile*<sup>4</sup>, på ett ganska genomgripande sätt genom ett *Decreto Legislativo*.<sup>5</sup> I parternas respektive argumentation inför domstolen framträder den för uppsatsen intressanta konflikten mycket klart. Även om den nya lagstiftningen inte anses vara förenlig med bolagsdirektiven menar de tilltalade att de inte kan dömas med hänvisning till direktiven, då det inte finns någon tillämplig, nationell strafflagstiftning som kan ligga till grund för domen. I detta hänvisar de till domstolens praxis, som säger att ett direktiv inte i sig, och utan hänsyn till nationell lag, kan grunda straffrättsligt ansvar eller utöka ett sådant ansvar för enskilda. På så sätt finner de det klarlagt att den tidigare, genom *Decreto Legislativo* upphävda, artikeln inte under några omständigheter kan tillämpas i fallet. Den nya lagen är på många sätt mildare än den lag den ersatt. Berlusconi och de övriga tilltalade hänvisade i sitt försvar även till retroaktivitetsprincipen. Den stadgar att den lagstiftning som är fördelaktigast för den tilltalade skall tillämpas, något som i detta fall skulle betyda att den senare versionen av artiklarna i *Codice Civile* används. De tilltalade männen avslutar med att påpeka att retroaktivitetsprincipen är en grundläggande rättighet, på samma sätt som legalitetsprincipen, och att den

---

<sup>1</sup> 1994 blev Silvio Berlusconi premiärminister första gången, men efter bara sju månader sprack koalitionen mellan Lega Nord, Alleanza Nazionale och Berlusconis parti Forza Italia.

<sup>2</sup> The Economist, *An Italian Story*, 26 april 2001

<sup>3</sup> Dessutom har han varit kapitalgenererare för Berlusconis medieimperium och var en av grundarna till hans parti Forza Italia 1994. The Economist, *Slippery Silvio*, 16 december 2004

<sup>4</sup> Civilkoden

<sup>5</sup> En ungefärlig italiensk motsvarighet till de svenska förordningarna, *Elsevier's dictionary of criminal science*

är en del av EG:s gemensamma rättsordning. En tillämpning av denna princip leder oundvikligen till att männen skall frias.<sup>6</sup>

Varken den italienske åklagaren eller Kommissionen var av samma åsikt. Åklagaren pekade på att männens lämnande av oriktiga bolagsuppgifter inte bara var straffbart enligt italiensk lag utan även regleras i bolagsrättsliga EG-direktiv. I dessa föreskrivs det att medlemsstaterna är skyldiga att bemöta överträdelse av reglerna med ”lämpliga påföljder”, en skyldighet som enligt åklagaren åsidosatts i och med den nya lagen.<sup>7</sup> Likaså argumenterar Kommissionen för en motsatt linje. Den understryker att då en lag står i strid med EG-rätten har den nationella domstolen en skyldighet att underlåta att tillämpa denna lag. På så sätt skulle det enligt Kommissionen inte vara direktiven som grundar eller utökar det straffrättsliga ansvaret, utan istället den nationella rätt som finns vid gärningstillfället. Oavsett om den nya lagen är mildare skall den åsidosättas, enligt principen om EG-rättens företräde, då den samtidigt strider mot EG-rätten, anser Kommissionen.<sup>8</sup>

EG-domstolen har alltså i denna begäran om förhandsavgörande att ta ställning till en tydlig kollision mellan den nationella straffrättens principer och gemenskapsrättens principer och mål. Någon tidigare, klagande praxis finns inte i denna fråga.

## 1.2 Syfte och avgränsningar

Det huvudsakliga syftet med uppsatsen är att kritiskt analysera Generaladvokat Kokotts förslag till förhandsavgörande i de förenade målen *Silvio Berlusconi (C-387/02)*, *Sergio Adelchi (C-391/02)*, *Marcello Dell'Utri and Others*.

Detta syfte är tänkt att uppnås genom att gemenskapsrättens relevanta delar samt legalitets- och retroaktivitetsprinciperna presenteras. I en första del kommer EG-rättens påverkan på den nationella straffrätten framställas på ett övergripande sätt genom att följande frågor besvaras i den löpande texten:

- På vilket sätt påverkar EG-rätten den nationella straffrätten?
- Vad innebär närmare ”lämpliga påföljder” i EG-rättens sanktionssystem?

I detta sammanhang fordrar dessa två frågor främst deskriptiva svar. Frågan behandlas dock även i analyskapitlet, där kopplingen till Berlusconi-fallet också görs.

---

<sup>6</sup> De förenade målen C-387/02, C-391/02 och C-403/02, *Silvio Berlusconi (C-387/02)*, *Sergio Adelchi (C-391/02)*, *Marcello Dell'Utri and Others*, (REG 2005 s I-0000) punkt 42-46, hädanefter refererat till som *Berlusconi*

<sup>7</sup> Förslag till förhandsavgörande i de förenade målen C-387/02, C-391/02 och C-403/02, *Silvio Berlusconi (C-387/02)*, *Sergio Adelchi (C-391/02)*, *Marcello Dell'Utri and Others*, punkt 158, hädanefter refererat till som *Förslag till förhandsavgörande*

<sup>8</sup> *Berlusconi* punkt 49-51



Efter denna första presentation följer sedan en andra om straffrättsliga principer i nationell rätt och deras status inom gemenskapsrätten. Den fråga som särskilt aktualiseras är den om retroaktivitetsprincipens klassificering som allmän gemenskapsrättslig princip alternativt nationell princip samt dess tillämpning i fall av en ny, mot gemenskapsrätten stridande straffrättslig bestämmelse. Denna presentation konkretiseras genom frågeställningen:

- Vad har de straffrättsliga principerna för status inom EG-rätten och vad får de för betydelse i förhållande till gemenskapsrätten?

När det gäller den tredje frågan är rättsläget som sagts ovan betydligt mer oklart. Av denna anledning kommer argumentationen som den lyder i rättsfallet att redogöras för, dels för att visa de olika ståndpunkter som kan antas i frågan, dels för att exemplifiera och därigenom tydliggöra problematiken. Efter en presentation av ämnet har författaren därför för avsikt att bli mer analytisk i sin framställning. Av framställningstekniska skäl kommer den huvudsakliga analysen att finnas i ett separat, sista kapitel. I denna avslutande analys kommer även de två tidigare presentationerna att ställas emot varandra och den kritiska analysen av Generaladvokatens förslag till förhandsavgörande att göras. Huvudfrågeställningen i uppsatsen är således:

- Vilket är förhållandet mellan de två presenterade områdena och på vilket sätt kan Generaladvokatens argumentation kritiseras?

För att ovanstående syfte skall kunna uppnås på ett tillfredsställande sätt måste vissa avgränsningar göras. Frågorna tillhörande det första avsnittet kommer endast att besvaras så utförligt att motsatsförhållandet med det efterföljande kapitlet om straffrättsliga principer tydligt framträder. Anledningen till det är dels att en mer detaljerad presentation skulle få arbetet att svämma över ramarna och utanför syftet för detta examensarbete, dels att Petter Asp i sina böcker *EU och straffrätten* samt *EG: sanktionsrätt* gjort detta arbete på ett mycket förtjänstfullt sätt. Även när det gäller de straffrättsliga principerna kommer framställningen avgränsas på så sätt att endast den information som är relevant för just det aktuella fallet presenteras.

Trots den ständigt närvarande kopplingen till Berlusconi-rättsfallet så kommer de aktuella bolagsdirektiven endast presenteras översiktligt då en detaljstudie inte är nödvändig för den fortsatta framställningen. Tanken är att begäran om förhandsavgörande skall tjäna som en praktisk illustration av de annars så teoretiska principerna, och av den anledningen är tolkningen av de specifika direktiven inte heller särskilt intressant.

## 1.3 Metod och material

Den huvudsakliga informations- och inspirationskällan för detta arbete har varit Generaladvokat Kokotts förslag till förhandsavgörande som föredrogs i oktober 2004. De innehållsrika fotnoterna har gett god vägledning i sökandet efter relevant, gemenskapsrättsligt material. Det skall påpekas i detta sammanhang att EG-domstolens dom i målet kom den 3 maj 2005, det vill säga i slutskedet av uppsatsskrivandet som påbörjades redan i januari samma år. Detta föranledde dock inte några större ingrepp i uppsatsen, utan domen har kunnat integreras i texten, då främst i analysdelen.

Utgångspunkten i allmän litteratur, såsom Bernitz *Europarättens grunder*, är att straffrätten ligger under den tredje pelarens mellanstatliga samarbete och därmed faller utanför EG:s och EG-domstolens kompetensområde. Det finns dock viss doktrin att tillgå som svar på utvecklingen mot ett allt större gemenskapsrättsligt inflytande på den nationella straffrätten. För detta arbete är det främst Petter Asps böcker *EU och straffrätten* och *EG:s sanktionsrätt* som varit till mycket god hjälp, men även Torbjörn Anderssons doktorsavhandling *Rättsskyddsprincipen* har funnits nyttig. Därutöver har en del artiklar i diverse juridiska tidskrifter använts.

När det gäller fördjupningen rörande retroaktivitetsprincipens plats inom EG-rätten har materialet varit sparsammare. Den gemenskapsrättsliga litteraturen rörande retroaktivitetsprincipens ställning är sparsam, och rättsfallen från EG-domstolen få och av svagt prejudikatsvärde. Resonemanget som Generaladvokaten för i sitt förslag till förhandsavgörande innehåller däremot en tillräckligt god grund för en presentation av principen och den därmed förenade problematiken för att en analys skall bli möjlig.

Litteratur och källor har använts enligt sedvanlig juridisk metod.

## 1.4 Disposition

För att ge en klarare bild av det exempel som används i denna uppsats inleds studien med en presentation av "Berlusconi-affären" och turerna kring den italienska lagstiftningen. Efter denna första presentation följer en kort historisk tillbakablick som ämnar introducera förhållandet mellan straffrätt och gemenskapsrätt på ett övergripande sätt, då främst inom tredje pelaren. Den EG-rättsliga påverkan på den nationella straffrätten hänförs under den första pelaren, och kapitel 3 tjänar sitt syfte genom att ge läsaren en förståelse för gränsdragningen mellan och innehållet i de två pelarna.

Efter dessa två inledande avsnitt kommer en genomgång av de för ämnet intressanta ämnesområdena att göras; kapitel fyra ägnas åt gemenskapsrättens påverkan på den nationella straffrätten och kapitel fem åt de straffrättsliga principerna.

Uppsatsen avslutas med att säcken knyts ihop genom en analys av Berlusconi-affären med hjälp av de fakta som presenterats under föregående kapitel, samt med ett kapitel med rubriken "slutsatser" som ämnar ge en sammanfattande bild av analysen.

## 2 Berlusconiaffären

### 2.1 Allmänt

Det brott som de tre männen är åtalade för i Italien, *oriktiga bolagsuppgifter*, är kriminaliserat i den italienska *codice civile*, civilkoden. Den aktuella artikeln bygger delvis på EG-rättsliga bolagsdirektiv vari det föreskrivs att brott mot direktiven skall åtföljas av ”lämpliga åtgärder”. Sedan de aktuella gärningarna begåtts och åtal väckts har den italienska lagstiftaren förändrat brottsrequisiten och modifierat förutsättningarna för att åtal skall få väckas. De italienska domstolarna undrade i sin begäran om förhandsavgörande bland annat vad som skall anses vara lämpliga påföljder för brottet i fråga. Denna tolkningsfråga av direktivets föreskrifter medför intressanta konsekvenser för den nationella, i detta fall italienska, strafflagstiftningen, då de tilltalade hävdar att en ny, mildare, straffbestämmelse skall tillämpas retroaktivt, trots att denna eventuellt strider mot de EG-rättsliga direktiven. Frågan är hur stort inflytande den bolagsrättsliga gemenskapsrätten har på de nationella straffrättsliga principerna och straffstadgandena. En närmare presentation av det gemenskapsrättsliga respektive det nationella regelverket kommer i det följande att göras för att ge läsaren en klarare bild av konflikten dem emellan.

### 2.2 Gemenskapsrätten

#### 2.2.1 Fördragsrätt

Rådet och Kommissionen skall arbeta för att undanröja alla hinder mot etableringsfriheten genom att, i nödvändig utsträckning, fastställa regler som bolagen<sup>9</sup> har att följa för att skydda medlemmars och tredje mäns intressen. Målet härmed är att göra regleringen, medlemsstaterna emellan, enhetlig. Rättsgrunden för utfärdandet av direktiv för att förverkliga etableringsfriheten återfinns i artikel 44.1 EG.

*44.1 Rådet skall enligt förfarandet i artikel 251 och efter att ha hört Ekonomiska och sociala kommittén utfärda direktiv för att förverkliga etableringsfriheten på ett visst verksamhetsområde*

Enligt nästföljande punkt skall Kommissionen, i nödvändig utsträckning, utfärda direktiv för att samordna skyddsåtgärder för tillvaratagande av bolagsmäns och tredje mäns intressen i de olika medlemsstaterna.

---

<sup>9</sup> EG 48.2: ”Med ”bolag” förstås bolag enligt civil- eller handelslagstiftning, inbegripet kooperativa sammanslutningar samt andra offentligrättsliga eller privaträttsliga juridiska personer, med undantag av sådana som inte drivs i vinstsyfte.”

44.2 Rådet och Kommissionen skall fullgöra de uppgifter som tillkommer dem enligt ovanstående bestämmelser, särskilt genom att

g) i den utsträckning som det är nödvändigt samordna de skyddsåtgärder som krävs i medlemsstaterna av de i artikel 48 andra stycket avsedda bolagen i bolagsmännens och tredje mans intressen, i syfte att göra skyddsåtgärderna likvärdiga inom gemenskapen

Bakgrunden till detta stadgande är att skillnader mellan de olika ländernas regler skulle kunna avskräcka företagsetablering och handel med företag i andra medlemsländer.<sup>10</sup>

## 2.2.2 Direktiv

Ett antal direktiv har antagits på ovan redovisad grund. I det aktuella fallet är det främst två bolagsrättsliga direktiv som är av betydelse. Det första är det så kallade *Publicitetsdirektivet (Första bolagsdirektivet)*<sup>11</sup> som avser samordna de åtgärder som krävs av medlemsstaterna för att skydda bolagsmän och tredje män i de bolag som nämns i artikel 58, andra stycket i fördraget.<sup>12</sup> Syftet är att göra skyddsåtgärderna likvärdiga inom gemenskapen genom tre huvudsakliga insatser, däribland plikten att upprätta en akt med information om företaget. För den händelse att företagen inte uppfyller sin plikt att offentliggöra balans- och resultaträkningar<sup>13</sup> skall genom medlemsstaternas försorg ”lämpliga påföljder” följa.<sup>14</sup>

Det andra direktivet som står i centrum i fallet är det så kallade *Räkenskapsdirektivet (Fjärde bolagsdirektivet)* om årsbokslut i vissa typer av bolag.<sup>15</sup> Däri regleras närmare årsbokslutets upprättande och innehåll och liksom i första bolagsdirektivet finns regler om offentliggörande. I fjärde bolagsdirektivet finns dock ingen uttalad skyldighet att föreskriva ”lämpliga påföljder”. Ytterligare ett direktiv, *Koncernredovisningsdirektivet (Sjundedirektivet)*<sup>16</sup> aktualiseras till viss del, och även häri finns krav om att medlemsstaterna skall lagstifta om lämpliga påföljder vid brott mot de skyldigheter som ställs upp i direktivet.<sup>17</sup>

---

<sup>10</sup> Arnulf, A., Dashwood, A., Ross, M., Wyatt, D., *European Union Law*, Sweet & Maxwell, London 2000, s 469

<sup>11</sup> Rådets första direktiv 68/151/EG av den 9 mars 1968

<sup>12</sup> I Italien *società per azioni, società in accomandita per azioni* och *società a responsabilità limitata*

<sup>13</sup> Art 2.1(f) *Första bolagsdirektivet*

<sup>14</sup> Art. 6 *Första bolagsdirektivet*

<sup>15</sup> Rådets fjärde direktiv 78/660/EG av den 25 juli 1978

<sup>16</sup> Rådets sjunde direktiv 83/349/EEC av den 13 juni 1983

<sup>17</sup> Art. 38.6 *Sjunde Bolagsdirektivet*

## 2.3 Nationell lagstiftning

### 2.3.1 Allmän straffrätt

I artikel 2 punkterna 2 till 4 i *Codice penale*, det vill säga den italienska strafflagstiftningen, sägs att ingen person får straffas för en gärning, vilken vid tidpunkten för brottet inte var straffbar (den straffrättsliga legalitetsprincipen). Om den vid tidpunkten för gärningen gällande lagstiftningen inte är den samma som den vid tidpunkten för domen skall den lagstiftning som är mest fördelaktig för den tilltalade användas (retroaktivitetsprincipen).

I italiensk straffrätt görs skillnad mellan brott (*delitto*) och förseelser (*contravvezione*). Klassifikationen av en gärning som endera brott eller förseelse får konsekvenser för valet av påföljd, preskriptionstider och för bedömningen av andra brott som begåtts i anslutning till huvudbrottet. Bland annat kräver vissa följdbrott, till exempel penningtvätt, att förbrottet är ett brott, och inte enbart en förseelse.<sup>18</sup>

### 2.3.2 Tidigare bolagsrättslig lagstiftning

Enligt artikel 2621 i *Codice Civile*<sup>19</sup> var lämnandet av oriktiga bolagsuppgifter klassificerat såsom ett brott och det föll därmed under allmänt åtal. Klassificeringen görs utifrån straffskalan och vid brott av normalgraden var straffskalan här fängelse ett till fem år samt penningböter om minst 1 032 Euro och högst 10 329 Euro. Gärningen kunde dessutom klassas som grov i de fall den medfört betydande skada för företaget, och då höjdes straffet med hälften.<sup>20</sup> Straffansvariga var de personer som redovisat de felaktiga uppgifterna om bolagets ekonomiska ställning och de som helt eller delvis dolt denna. Ytterligare ett resultat av klassificeringen av gärningen såsom brott var att preskriptionstiden var tio år, med möjlighet till ytterligare fem år vid preskriptionsavbrott.<sup>21</sup> Enligt italiensk rättspraxis omfattades inte bara de subjekt som avses skyddas i direktiven av denna paragraf, utan likaså det allmänna intresset av att bolagens verksamhet bedrevs på ett korrekt sätt skyddades.

### 2.3.3 Ny nationell lagstiftning

Genom *Decreto Legislativo* nummer 61 förändrades år 2002<sup>22</sup> lagstiftningen på området som ett led i en större reform av den italienska bolagsrätten.<sup>23</sup>

---

<sup>18</sup> Förslag till förhandsavgörande punkt 17, 21, Art. 39, 17, 157, 158(1) och 160 *Codice Civile*

<sup>19</sup> Se Bilaga A

<sup>20</sup> Förslag till förhandsavgörande punkt 19

<sup>21</sup> Förslag till förhandsavgörande punkt 16 och 17

<sup>22</sup> Närmare bestämt 11 april. 16 april trädde förordningen i kraft

<sup>23</sup> I enlighet med art 11, Lag nr 366, 3 oktober, 2001, se *Berlusconi* punkt 19

Den ovan redovisade artikel 2621 ersattes därmed av två nya artiklar; 2621 och 2622.<sup>24</sup>

I den nya artikel 2621 titulerad *Oriktiga uppgifter om bolaget* infördes ett krav på vilseledande syfte och straffskalan sänktes till fängelse minst två månader och högst ett år och sex månader. För att gärningen överhuvudtaget skall vara straffbar krävs att de oriktiga uppgifterna utgörs av en betydande förfalskning. I alla händelser begränsas straffbarheten dessutom av procentuella tröskelvärden.<sup>25</sup> Som följd av den sänkta straffskalan klassas gärningen nu endast som förseelse. Genom den inledande formuleringen i artikeln, där det sägs att ”såvida inte annat föreskrivs i artikel 2622”, kan artikeln 2621 ses som en uppsamlingsregel i förhållande till den efterföljande.

Artikel 2622 har rubriken *Oriktiga uppgifter till skada för bolagsmännen och fordringsägarna*. Efter anmälan från en skadelidande kan lämnandet av sådana oriktiga uppgifter, alternativt underlåtande att lämna de uppgifter som enligt lag skall lämnas, leda till fängelse i lägst sex månader och högst tre år i det fall gärningen medfört ekonomisk skada för den anmälade fordringsägaren eller bolagsmannen. Liksom i föregående artikel tillfogas även begränsningar i straffansvaret genom att de oriktiga uppgifterna skall föregås av medvetna, betydande förfalskningar och genom att viss procentuell skada skall uppnås innan gärningen kan leda till åtal. Ytterligare preciseringar görs i fråga om vad som omfattas av artikeln, men dessa är av mindre intresse för den fortsatta framställningen.

Det kan alltså konstateras att straffsatserna sänkts betydligt, vilket lett till en omklassificering av gärningarna från brott till förseelser om ingen skada för bolagsmännen kan påvisas. Ytterligare konsekvenser, såsom kortare preskriptionstid, följer även av denna omklassificering. Rekvisit om krav på berikande och betydande förfalskning har även lagts till. Det skall hållas i minnet, när det handlar om den nu kortare preskriptionstiden, att italienska processer ofta är långsamma och tungrodda, och därför kommer det i normalfallet inte vara möjligt att avsluta processen innan preskriptionstiden träder in.<sup>26</sup> Huvudregeln under den nya lagstiftningen är dessutom att en åtalsanmälan skall göras.<sup>27</sup>

---

<sup>24</sup> Se Bilaga A

<sup>25</sup> Förslag till förhandsavgörande punkt 93ff

<sup>26</sup> Art. 6.1 i Europakonventionen innehåller ett krav på att rättegång skall hållas inom skälig tid. Långsamhet i rättsskipningen är ett allvarligt problem i många länder, och Europadomstolen har prövat frågan om huruvida ett mål har avgjorts inom skälig tid i ett mycket stort antal fall. Särskilt när det gäller Italien, Frankrike och Portugal har klagomålen varit många. Danelius, H., *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis – en kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*, Norstedts Juridik, Stockholm 2000 s 194ff.

<sup>27</sup> Art. 2622 1st, *Codice Civile*

## 2.4 Åtalet

Berlusconi åtalades för att mellan åren 1986 och 1989 ha förfalskat dokument i samband med årsrapporterna för sitt företag *Fininvest SpA* samt andra företag i samma koncern. Enligt åtalet avsåg gärningarna dölja finansiella transaktioner och bygga upp likviditetsreserver utanför bokföringen. Dessa skulle sedan placeras för hemliga och olagliga syften.<sup>28</sup> Dell'Utri med partners anklagades för förfalskning av bokslut för tiden fram till 1993.<sup>29</sup> Adelchi dömdes 2001 i första instans för oriktiga bolagsuppgifter. Bolagens bokslut visade felaktiga kostnader och omsättning då oriktiga fakturor hade upprättats och företagen *Nuova Adelchi Srl* och *Calzaturifici Adelchi Srl* under åren 1992 och 1993 deklarerat fiktiv import och export över gemenskapens tullgränser. Adelchi överklagade domen.<sup>30</sup>

I samtliga fall väcktes åtal för lämnande av oriktiga bolagsuppgifter under den tid då den äldre lagstiftningen fortfarande var i kraft. Likaså inleddes domstolsprocesserna innan *Decreto Legislativo 61/02* trätt ikraft. Efter ikraftträdandet gjorde samtliga tilltalade gällande att den nya lagen skulle tillämpas vid respektive processer, något som skulle innebära att gärningarna redan var preskriberade vid åtalets väckande. Även om yrkandet om preskription inte skulle bifallas gav den nya lagen många andra möjligheter till friande dom. Ett av de övriga påpekandena som gjordes var att resultaten inte har förfalskats på ett betydande sätt och det faktum att någon giltig åtalsanmälan inte gjorts. De nationella domstolarna konstaterade att en tillämpning av den nya versionen av artiklarna i enlighet med *Decreto Legislativo* mycket riktigt skulle leda till ett frikännande.<sup>31</sup> De ifrågasatte därför huruvida den nya lagstiftningen kan sägas innehålla lämpliga påföljder, med innebörden att de är tillräckligt effektiva, proportionerliga och avskräckande.<sup>32</sup> Av denna anledning vilandeförklarades processerna i oktober 2002 och domstolarna begärde förhandsavgörande från EG-domstolen som i sin tur valde att förena de tre målen.

## 2.5 Begäran om förhandsavgörande

Sammanlagt ställde de båda domstolarna tolv frågor till EG-domstolen i de tre målen. De däribland som rör den materiella tolkningen av direktiven och den italienska lagstiftningens faktiska överensstämmelse med dessa regler skall inte behandlas närmare då de är av mindre intresse för den fortsatta framställningen.

---

<sup>28</sup> Förslag till förhandsavgörande punkt 39

<sup>29</sup> Ibid. punkt 45

<sup>30</sup> Ibid. punkt 42

<sup>31</sup> Berlusconi punkt 31-35

<sup>32</sup> Berlusconi punkt 36



Den italienska domstolen vill veta huruvida de nationella påföljderna skall vara effektiva, proportionella och avskräckande abstrakt sett eller avsett den konkreta tillämpningen med beaktande av de strukturella egenskaperna hos den avsedda rättsordningen på såväl det straffrättsliga som det processrättsliga området. Domstolen begärde även svar på huruvida EG-rätten utgör hinder för tillämpning av den nationella lagen i de fall den senare ställer upp begränsningar som eventuellt skulle innebära att påföljderna inte i tillräcklig grad, det vill säga på ett effektivt, proportionerligt och avskräckande sätt, kan anses skydda de intressen som omfattas av direktiven eller då nationella lagen står i strid med gemenskapsrätten. Frågorna är i och för sig formulerade så precist att de förhör sig om tillämpligheten av en specifik detalj i den nya lagen, men de efterfrågade svaren får förhoppningsvis även generella, och för denna framställning mer intressanta, följder, nämligen ett klagörande av förhållandet mellan gemenskapsrätten och de nationella straffrättsliga bestämmelserna.

# 3 Historisk utveckling och den tredje pelaren

## 3.1 Innan Maastricht

Ett av de mest karaktäristiska tecknen för nationell suveränitet är det statliga monopolet på att straffa. Den naturliga utgångspunkten är därför att straffrätten och gemenskapsrätten är varandras motpoler. Vid etablerandet av en gemensam rättslig ordning i de första fördragen uteslöts också mycket riktigt straffrätten från gemenskapsrätten, och Kommissionen konstaterade i en aktivitetsrapport 1974 att straffrätten inte är en del av gemenskapsrätten utan tillhör medlemsstaternas exklusiva kompetensområde.<sup>33</sup>

Redan 1957 hade emellertid den Europeiska Straffrättskommittén (CDPC) bildats inom ramen för Europarådet och det var i denna organisation som det straffrättsliga samarbetet fick sitt första uttryck.<sup>34</sup> I och med att EEG-samarbetet ökade i omfattning tycktes det allt mer omöjligt att lämna straffrätten fullt och helt utanför. 1962 tillsattes en ad hoc-arbetsgrupp<sup>35</sup> av Ministerrådet för att utreda hur och i vilken utsträckning medlemsstaterna skulle kunna sanktionera överträdelser av gemenskapsrätten<sup>36</sup> och 1976 formaliserades det så kallade TREVI-samarbetet genom ett beslut av medlemsstaternas inrikes- och justitieministrar. Samarbetet, som lades ner i samband med ikraftträdandet av Maastricht, rörde främst terrorism, narkotika och organiserad brottslighet.<sup>37</sup>

EG-domstolens relativt tidiga konstaterande att EG-rättens verkan inte kan upphöra bara för att den passerar gränsen mellan två juridiska ämnesområden var av stor vikt för den fortsatta utvecklingen. Domstolen slog dessutom samtidigt fast att ett förhandsavgörande inte kan ifrågasättas enbart på den grund att det skulle kunna komma att få konsekvenser i ett brottmål.<sup>38</sup> Ytterligare ett steg togs 1977 då EG-domstolen sade att om gemenskapens regelverk inte innehåller någon bestämmelse om påföljder är de nationella lagstiftarna behöriga att välja lämpliga sanktioner.<sup>39</sup> Denna princip har sedan vidareutvecklats och 1989 slogs det fast att påföljderna

---

<sup>33</sup> Åttonde aktivitetsrapporten.

<sup>34</sup> Nilsson H.G., *Tredje pelaren mellan Maastricht och Amsterdam*, SvJT 1999 s 710. Se även Nilsson, H.G., *Europarådet och dess juridiska arbete*, SvJT 1996 s 549-565 för mer information om arbetet i Europarådet

<sup>35</sup> Cour de Justice et Protection Pénale

<sup>36</sup> Vervaele J.A.E., *Frauds against the Community: the need for a European fraud-legislation*, Kluwer Law & Taxation Publishers, Boston 1992, s 85

<sup>37</sup> Nilsson (1999) s 711

<sup>38</sup> Mål 82/71 *Ministère public de la Italian Republic v Società agricola industria latte (SAIL)* (REG 1972 s 00119) punkt 5, se vidare Asp, *EU och straffrätten*, Iustus förlag, Uppsala 2002, s 28 ff

<sup>39</sup> Mål 50/76, *Amsterdam Bulb BV mot Produktshap voor Siergewassen* (REG 1977 s 00137; svensk specialutgåva III s 00281) punkt 33

under alla omständigheter skall vara effektiva, stå i rimlig proportion till överträdelsen samt vara avskräckande, även om det är upp medlemsstaterna att välja påföljd.<sup>40</sup> Något explicit krav på straffrättsliga sanktioner var det således inte frågan om.

## 3.2 Straffrätten inom den Tredje pelaren

I Maastrichtfördraget institutionaliserades samarbetet inom straffrättens område genom skapandet av en tredje pelare innehållande rättsliga och inrikes frågor.<sup>41</sup> Delvis kan detta ses som ett svar på ett ökande problem med gränsöverskridande brottslighet efter avskaffandet av de inre gränserna,<sup>42</sup> och det straffrättsliga samarbetet definierades som en av frågorna ”av gemensamt intresse”.<sup>43</sup>

I och med Amsterdamfördraget skedde en ommöblering i Maastrichtfördragets pelarstruktur. Det straffrättsliga samarbetet tillhör i princip dock den tredje pelaren, nu benämnd ”Polissamarbete och straffrättsligt samarbete”, även efter Amsterdamreformen. Samarbetet inom denna pelare är mellanstatligt, vilket innebär att någon beslutskompetens inte har överförts från de suveräna staterna till Unionen.<sup>44</sup> Däremot är institutionaliseringsgraden så hög att det inte är direkt jämförbart med annat mellanstatligt samarbete och vid sidan av medlemsstaterna har även Kommissionen initiativrätt.<sup>45</sup> Huvudsyftet med den tredje pelaren är att ge medborgarna en hög säkerhetsnivå inom ett område med frihet, säkerhet och rättvisa.<sup>46</sup>

För att uppnå detta syfte har rådet fyra typer av rättsakter inom ramen för den tredje pelaren till sitt förfogande: konventioner, rambeslut, beslut och gemensamma ståndpunkter. Konventionerna, vilka används för tillnärmning av medlemsstaternas lagar, har i princip samma status som konventioner sedvanligen har och måste således ratificeras för att träda ikraft. Skillnaden är dock att medlemsstaterna kan tvingas svara inför EG-domstolen ifall de inte vidtagit föreskrivna åtgärder inom tidsfristen.<sup>47</sup> Även rambesluten används för att harmonisera medlemsländernas lagstiftning och motsvarar snarast vad som tidigare gått under benämningen ”gemensamma åtgärder”. Formuleringen av artikeln knyter an till vad som gäller för direktiv enligt EG-fördraget, vilket fått många bedömare att uppfatta rambesluten som ett radikalt nytt inslag i tredjepelarsamarbetet och som ett effektivt medel att

<sup>40</sup> Mål 68/88, *Europeiska gemenskapens kommission mot Republiken Grekland*, (REG 1989 s 02965; svensk specialutgåva X s 00153) punkt 24

<sup>41</sup> Bernitz, U., *Europarättens grunder*, Juristförlaget, Stockholm 1995, s 24, Nilsson (1999) s 711

<sup>42</sup> Schengenkonventionen trädde ikraft 26 mars 1995 för sju länder

<sup>43</sup> Art. K.1 (numera art. 29)

<sup>44</sup> Bernitz, U., Kjellgren, A., *Europarättens grunder*, Norstedts Juridik, Stockholm 2002, s 321

<sup>45</sup> Asp (2002) s 37, Bernitz (2002) s 321 f

<sup>46</sup> Art. 29 EU

<sup>47</sup> Nuotio, K., *Straffrätten europeiserad*, NTFK 2001 s 296, Bernitz (2002) s 321

driva integrationsprocessen framåt.<sup>48</sup> De kan mycket riktigt liknas vid första pelarens direktiv på så sätt att de är bindande för medlemsstaterna redan genom antagandet och att de stipulerar en tidsram inom vilken rambeslutet skall vara genomfört. En mycket viktig skillnad är dock att rambeslutet inte har direkt effekt,<sup>49</sup> vilket betyder att de måste vara implementerade för att få genomslagskraft på rättstillämpningsnivå.<sup>50</sup> I grunden blir det ingen skillnad mellan de två beslutsinstrumenten (gemensam åtgärd respektive rambeslut), åtminstone inte ur ett svenskt perspektiv. Visserligen är rambeslutet bindande, men det var de gemensamma åtgärderna också, även om detta inte uttryckligen angavs i fördragstexten. Rambeslutet kan inte vara bindande i någon mer kvalificerad mening än de gemensamma åtgärderna och att rambeslutet inte kan ha direkt effekt är för svensk uppfattning lika självklart som att andra beslut som fattas inom ramen för tredjepelarsamarbetet fordrar nationella genomförandeåtgärder för att kunna tillämpas i Sverige.<sup>51</sup> Den tredje möjligheten är beslut, vilka fattas för att uppnå de för samarbetet uppsatta målen. De är bindande för medlemsstaterna men har inte heller de direkt effekt.<sup>52</sup> De gemensamma ståndpunkterna anger endast Unionens inställning i en viss fråga och har ingen bindande verkan för medlemsstaterna.<sup>53</sup>

EG-domstolen har, under förutsättning att medlemsstaterna särskilt godtar det, behörighet att meddela bindande förhandsavgöranden avseende giltighet och tolkning av rambeslut. Någon skyldighet likt den i första pelaren för de nationella domstolarna att begära förhandsavgörande finns dock inte, utan det rör sig endast om en möjlighet. Domstolen har ingen behörighet att tolka Amsterdam-fördraget som sådant, men det kan hållas för troligt att så ändå kommer att ske om domstolen finner det nödvändigt i samband med tolkningen av ett rambeslut. EG-domstolen har dessutom kompetens att pröva lagligheten av rambeslut och beslut på tredjepelarsområdet efter begäran om laglighetsprövning av Kommissionen eller någon av medlemsstaterna.<sup>54</sup> En ogiltighetsförklaring av en rättsakt medför dock inte automatisk ogiltighet av de nationella genomförandeåtgärderna.<sup>55</sup>

Inom tredje pelaren arbetas det för att tillnärma straffnivåerna och straffrekvisiten i medlemsländerna genom att trygga en tillräckligt sträng straffnivå och tillräckligt enhetliga kriminaliseringar. På detta sätt kan den gränsöverskridande brottsligheten bekämpas effektivt och utan hinder av nationella diskrepanser eller begränsningar. Hittills har det varit den nationella kriminalpolitiken som dikterat takten för denna utveckling. Genom att samarbetet nu blivit allt mer intensivt har deltagandet däri börjat

---

<sup>48</sup> Abrahamsson, O., *EG-domstolens roll i tredje pelaren enligt Amsterdamfördraget*, Europarättslig Tidskrift 1999 s 430

<sup>49</sup> Art. 34(2b) EU

<sup>50</sup> Asp, *EU och den svenska straffrätten*, SvJT 2001 s 561

<sup>51</sup> Abrahamsson (1999) s 430 f

<sup>52</sup> Art. 34(2d) EU

<sup>53</sup> Art. 34(2a) EU

<sup>54</sup> Abrahamsson (1999) s 427ff

<sup>55</sup> Prop. 1997/98:58 Del 1, s 24 f.

diktera vad som skall göras i den nationella kriminalpolitiken<sup>56</sup> och prioriteterna för utvecklandet av ett samarbete inom straffrätten har höjts betydligt.

### 3.3 Senare utveckling och innebörden av det nya konstitutionsfördraget

Utöver beslutsinstrumenten i tredje pelaren finns ett antal handlingsplaner, strategier och slutsatser. En av de viktigaste är Tammerfors slutsatserna från 1999 vilka ger ledning för samarbetet och stadgar att de i Amsterdamfördraget fastställda målen skall tas på största allvar.<sup>57</sup> Här uttalas direkt att en harmonisering av ett antal områden av särskilt intresse och gällande vissa brottsdefinitioner, straffbestämmelser och brottsstraff är önskvärd.<sup>58</sup> 1995 togs även initiativ till att skapa en särskild straff- och straffprocesslag för att skydda EU:s finansiella intressen. Initiativet är känt under namnet *Corpus Juris*. Ett syfte med projektet är att göra hela EU-området till en enda straffrättslig jurisdiktion. Detta samma syfte framkommer även i andra sammanhang, bland annat i Kommissionens grönbok om den europeiska åklagarmyndigheten.<sup>59</sup> Utöver det direkta samarbetet växer en gemensam, europeisk straffrätt progressivt fram genom att medlemsstaterna påverkas av varandra.<sup>60</sup>

Den 29 oktober 2004 undertecknade stats- och regeringscheferna det Fördrag om upprättande av en konstitution för Europa som enhälligt antogs den 18 juni samma år.<sup>61</sup> Konstitutionen innebär mycket viktiga förändringar när det gäller rättsliga och inrikes frågor. Till följd av att den tredje pelaren avskaffas försvinner den stora mängd rättsakter som för närvarande används och de ersätts av lagar<sup>62</sup> och ramlagar<sup>63</sup>, vilka antas genom det vanliga lagstiftningsförfarandet.<sup>64</sup> En så kallad ”nödbroms” ger medlemsstaterna möjlighet att be det Europeiska rådet att avbryta det vanliga lagstiftningsarbetet om den anser att ett utkast till lag eller ramlag påverkar någon grundläggande aspekt i statens straffrättsliga system. En process med

---

<sup>56</sup> Nuotio (2001) s 293

<sup>57</sup> Slutsats 29-32

<sup>58</sup> Träskman, *Strafflagen för Europeiska Unionen – fakta och fiktion*, SvJT 2002 s 346 f

<sup>59</sup> Jareborg, *Corpus Juris. Ett förslag till straffrättsliga och processrättsliga bestämmelser till skydd för Europeiska Unionens finansiella intressen*. NTFK 1998 s 255-270

<sup>60</sup> Delmas-Marty, M., *The European Union and Penal Law*, ELJ 1998 s 87ff

<sup>61</sup> För att fördraget skall träda ikraft krävs att det ratificeras av vart och ett av de undertecknande länderna, antingen genom beslut i parlamentet eller genom beslut genom folkomröstning. Enligt tidsplanen är detta något som skulle kunna vara gjort 1 november, 2006, *Ratificering av den Europeiska konstitutionen*, [http://europa.eu.int/constitution/referendum\\_sv.htm](http://europa.eu.int/constitution/referendum_sv.htm) (2005-04-05)

<sup>62</sup> Definitionen i konstitutionen av en europeisk lag motsvarar definitionen i EG-fördraget av en förordning. Den är direkt tillämplig i alla medlemsstater och behöver alltså inte införlivas med nationell rätt.

<sup>63</sup> Definitionen av en europeisk ramlag motsvarar definitionen av ett direktiv. Målen som skall uppnås fastställs i ramlagen, men det överläts åt medlemsstaterna att besluta vilka åtgärder de skall vidta för att uppnå målen inom den i ramlagen fastställda tiden.

<sup>64</sup> Medbeslutande av parlamentet och Ministerrådet och kontroll av EG-domstolen

hänvisningar mellan rådet, Kommissionen och medlemsstaterna tar då vid, och för det fall att överenskommelse inte kan nås inom viss tid tillåts de medlemsstater som så önskar inleda ett fördjupat samarbete. Även i den nya konstitutionen delas initiativrätten på lagstiftningsområdet mellan Kommissionen och medlemsstaterna, men medlemsstaterna begränsas något genom att det krävs "beslutsförhet"<sup>65</sup> för att kunna lämna initiativ.<sup>66</sup>

Hörnstenen för samarbetet är den princip om ömsesidigt erkännande av domar som godkänts i Tammerfors. Tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning skall ske genom att minimiregler har antagits inom tre områden, nämligen ömsesidig tillåtlighet av bevis, rättigheter vid det straffrättsliga förfarandet och brottsoffers rättigheter. Denna tillnärmning får dock endast ske om det är "nödvändigt" och med beaktande av "skillnaderna mellan medlemsstaternas rättsliga traditioner och rättssystem".<sup>67</sup> Genom konstitutionen får Unionen kompetens att fastställa straff och påföljder bland annat för brotten penningtvätt, korruption och förfalskning av betalningsmedel.<sup>68</sup> Den förteckning över brott där Unionen har kompetens är inte uttömmande och Ministerrådet kan, efter godkännande av Europaparlamentet, besluta att utvidga den. Rådet kan dessutom enhälligt anta minimiregler om brottsrekvisit och påföljder om det är en förutsättning för att politiken på ett redan harmoniserat område skall kunna genomföras på ett effektivt sätt. I och med denna möjlighet kan sådant som bedrägeri som drabbar Unionens ekonomiska intressen och skatteflykt omfattas.<sup>69</sup>

I artikel III-138 regleras det som tidigare fanns i Romfördragets artikel 44.1. I det nya fördraget sägs att ramlagar skall antas för att förverkliga etableringsfriheten och rådet, Kommissionen och parlamentet skall särskilt verka för att samordna skyddsåtgärderna för bolagsmännens och tredje mäns intressen i syfte att göra åtgärderna likvärdiga i medlemsländerna.<sup>70</sup>

---

<sup>65</sup> En fjärdedel av medlemsstaterna, dvs. 7 länder.

<sup>66</sup> Ratificering av den Europeiska Konstitutionen: Informationsblad [http://europa.eu.int/constitution/referendum\\_sv.htm](http://europa.eu.int/constitution/referendum_sv.htm) (2005-04-05)

<sup>67</sup> Art. III-270

<sup>68</sup> Art. III-271

<sup>69</sup> Europeiska Kommissionens faktablad om EU:s politik: Rättsliga och inrikes frågor, [http://europa.eu.int/scadplus/constitution/justice\\_sv.htm](http://europa.eu.int/scadplus/constitution/justice_sv.htm) (2005-04-08)

<sup>70</sup> Uppräknade i III-142, andra stycket

# 4 EG-rättslig påverkan på nationell straffrätt

## 4.1 Allmänt

Gemenskapsrättens ökade inflytande på den nationella straffrätten kan sägas vara resultatet av en komplex juridisk process. Komplexiteten är en konsekvens av att processen inte regleras direkt i de grundande texterna, utan att den istället baseras på tre generella principer; EG-rättens direkta effekt, EG-rättens företräde framför nationell rätt och principen om rättfärdigt samarbete mellan medlemsstaterna.<sup>71</sup>

Med hjälp av Petter Asps modell kan två olika förhållanden mellan EG-rätten och den nationella straffrätten identifieras. I det första fallet - så kallad övernationell sanktionsrätt - återfinns sanktionsstadgandet som sådant på EG-rättslig nivå. En omedelbar övernationell sanktionsrätt innebär att det är EG som innehar såväl den legislativa som den judiciella kompetensen avseende sanktionen, något som främst är fallet inom konkurrensrätten. I den medelbara övernationella sanktionsrätten är kompetensen däremot delad mellan EG, som besitter den legislativa, och medlemsstaterna, vilka besitter den judiciella. I det andra förhållandet påverkar EG-rätten den nationella sanktionsrätten. Återigen kan en tudelning göras, nämligen i positiv respektive negativ påverkan. I korthet innebär en positiv EG-rättslig påverkan en plikt för medlemsstaterna att bemöta ett visst beteende med ett straff eller en annan sanktion. Denna plikt kan härledas från primärrättsliga eller sekundärrättsliga rättsakter. En negativ EG-rättslig påverkan på nationell straffrätt innebär att medlemsstaterna skall avhålla sig från åtgärder som kan äventyra gemenskapsrättens mål.<sup>72</sup> Dessa båda varianter av EG-rättslig påverkan på nationell straffrätt kommer att presenteras närmare i samband med de relevanta underrubrikerna. Den övernationella straffrätten, och diskussionen om huruvida den överhuvudtaget existerar, är däremot inte intressant för den här aktuella problematiken och kommer således inte beröras ytterligare.<sup>73</sup>

---

<sup>71</sup> Delmas-Marty (1998) s 88 f.

<sup>72</sup> Asp, (2002) s 30 ff.

<sup>73</sup> Se vidare Asp, (2001) s 566f, Gröning, L., EU:s straffrättsliga samarbete – En fråga om legitimitet, JFT 2005, första häftet s 1-23

## 4.2 EG-rättens direkta effekt

### 4.2.1 Fördrag och förordningar

I artikel 249 EG sägs det att förordningar skall vara direkt tillämpliga i medlemsstaterna. I *Van Gend en Loos*<sup>74</sup> ges artikel 25<sup>75</sup> direkt effekt i förhållandet mellan medlemsstaterna och dess medborgare, det vill säga en vertikal, direkt effekt. Vid sidan av denna finns även en horisontell effekt, som innebär att en artikel i en förordning kan åberopas inför nationell domstol i en talan mot ett enskilt rättssubjekt.<sup>76</sup>

Det finns vissa premisser som skall vara uppfyllda för att en fördragsbestämmelse eller en artikel i ett fördrag skall ha direkt effekt. Bestämmelsen skall innehålla en bindande rättslig förpliktelse och en därmed korresponderande rättighet. Denna förpliktelse skall vidare vara tydlig och precis, ett krav som snarast hänför sig till bestämmelsens ordalydelse. Detta krav innebär dock inte att regeln skall vara formulerad på så sätt att den är lättolkad eller att tolkning alls behövs, utan det är snarast en fråga om ”användbarhet”. Utöver dessa två krav skall bestämmelsen även vara ovillkorlig, inte innehålla utrymme för skön eller vara beroende av ytterligare implementeringsåtgärder.<sup>77</sup> Som Petter Asp påpekar är det sällan dessa krav sätter upp begränsningar för den direkta effekten. Om en regel inte uppfyller kraven på precision eller lämnar alltför stort utrymme för skön är det ju svårt att säga att någonting strider mot den. Om en nationell regel strider mot en gemenskapsrättslig kan det alltså mer eller mindre förutsättas att den senare har direkt effekt.<sup>78</sup>

### 4.2.2 Direktivens direkta effekt

Direktiv utfärdas av Rådet och riktar sig till medlemsstaterna. De är endast bindande till sitt syfte och medlemsstaterna är fria att välja medlen för att nå målet.<sup>79</sup> Den ursprungliga tanken var inte att direktiv skulle ha direkt effekt, det vill säga vara av sådan karaktär att de av enskilda, omedelbart och utan implementeringsåtgärder, kunna åberopas inför nationell domstol, då de är avsedda att ligga till grund för nationella regler som i sin tur kan åberopas av medborgarna. Det händer dock att medlemsstaterna underlåter att implementera direktiven inom tidsfristen eller att de införlivar dem på ett ofullständigt sätt. Domstolen har därför slagit fast att direktiv kan ha direkt effekt efter det att tidsfristen löpt ut för att förhindra att en medlemsstat

---

<sup>74</sup> Mål 26/62, *Van Gend en Loos mot Nederländska skatteförvaltningen* (REG 1963 s 1; svensk specialutgåva, vol. I s 00161)

<sup>75</sup> f.d. art. 12

<sup>76</sup> Ex. Mål 43/75, *Defrenne mot Sabena* (REG 1976 s 455; svensk specialutgåva vol. III s 00059) punkt 40, se även Bernitz (2002) s 89

<sup>77</sup> Asp (2002) s 84f

<sup>78</sup> Asp (2002) s 85

<sup>79</sup> Art. 249.3 EG



åberopar sin egen försummelse i försvar gentemot en enskild.<sup>80</sup> Enskilda har alltså, under förutsättning att direktivsbestämmelsen uppfyller samma krav på precision och ovillkorlighet som gäller för fördragsbestämmelser, rätt att åberopa densamma inför nationell domstol såvida direktivet inte införlivats med den nationella rätten inom tidsfristen eller då det inte införlivats på rätt sätt.<sup>81</sup> Det skall understrykas att det rör sig om en vertikal direkt effekt. Enskilda kan åberopa ett icke-implementerat direktiv gentemot staten, men någon motsvarande horisontal effekt finns inte och direktiven kan därför inte läggas till grund för rättsförhållande mellan enskilda.<sup>82</sup>

### 4.2.3 Begränsning av direktivens direkta effekt i brottmål

Utgångspunkten när det gäller direktiv och straffrätt är att EG-rätten inte har direkt effekt utan är tänkt att verka genom den nationelle lagstiftaren genom positiv påverkan. Att ge de positiva förpliktelserna direkt effekt skulle innebära att EG får en straffrättslig kompetens som sträcker sig utanför den kompetensram som gemenskapen idag anses ha.<sup>83</sup> EG-domstolen har också vid ett flertal tillfällen i rättspraxis fastställt att direktiv ”inte i sig och utan hänsyn till en medlemsstats nationella lagstiftning som antagits för dess genomförande kan utgöra grundval för straffrättsligt ansvar eller en skärpning av det straffrättsliga ansvaret för dem som bryter mot dess bestämmelser”.<sup>84</sup> Direktivets genomslagskraft är således beroende av en korrekt implementering i medlemsstaternas rättsordningar. Även när det gäller tolkningen av denna nationella rättsordning, som skall ske enligt principen om konform tolkning, ställer de allmänna rättsprinciper som utgör en del av gemenskapsrätten, och då särskilt legalitetsprincipen, upp begränsningar.<sup>85</sup> Enligt EG-domstolen gäller denna begränsning ”särskilt då en sådan tolkning, på grundval av direktivet och oberoende av en lag som antagits för dess genomförande, leder till att det straffrättsliga ansvaret för dem som överträder direktivets bestämmelser fastställs eller skärps.”<sup>86</sup> Domstolen har i praxis klargjort att ”principen enligt vilken det påbjuds att en strafflag inte får tillämpas extensivt till nackdel för den åtalade – vilken är en följd av den straffrättsliga legalitetsprincipen och, mer allmänt, av

---

<sup>80</sup> Mål 152/84, *Marshall mot Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (Teaching)*, (REG 1986 s 723; svensk specialutgåva vol. VIII s 00457), punkt 47, C-91/92, *Faccini Dori mot Recreb Srl* (REG 1994 s I-03325; svensk specialutgåva vol. XVI s I-00001) punkt 22

<sup>81</sup> Se bl.a. de förenade målen C-6/90 och C-9/90, *Francovich m.fl.*, (REG 1991, s I-05357; svensk specialutgåva vol. XI s I-00435) punkt 11.

<sup>82</sup> Se C-91/92 *Faccini Dori mot Recreb Srl* (REG 1994 s I-03325; svensk specialutgåva, vol. XVI s I-00001) punkt 24-25, Andersson, *Rättskyddsprincipen, EG-rätt och nationell sanktions- och processrätt ur ett civilprocessuellt perspektiv*, Iustus Förlag, Uppsala 1997 s 46 f, Asp (2002) s 86

<sup>83</sup> Asp (2002) s 86f

<sup>84</sup> Mål 14/86, *Pretore di Salò mot X* (REG 1987 s 02545; svensk specialutgåva, vol. IX, s I-00111) punkt 20, se även Mål 152/84, *Marshall* punkt 48, C-91/92, *Faccini Dori*, punkt 20.

<sup>85</sup> Mål C-60/02, *Brottmål mot X* (REG 2004, s I-0000) punkt 61f., se vidare kapitel 4.3.2

<sup>86</sup> De förenade målen C-74/95 och C-129/95, *Brottmål mot X* (REG 1996, s I-6609) punkt 24

principen om rättssäkerhet – utgör hinder för att väcka åtal med anledning av en handling vars åtalsgrundande karaktär inte klart framgår av lagen”.<sup>87</sup> Dessa förbud, som nu även återfinns i den Europeiska Unionens stadgande om de grundläggande rättigheterna,<sup>88</sup> innebär alltså än snävare gränser för tolkningen av direktiv i brottmålsförfarande.<sup>89</sup>

### 4.3 EG-rättens företräde framför nationell rätt

Principen om Europarättens företräde regleras inte uttryckligen i någon fördragstext, utan har utvecklats genom praxis.<sup>90</sup> Den grundläggande anledningen till denna princip är att variationer mellan medlemsstaternas tillämpning av gemenskapsrätten skulle äventyra fördragets mål och leda till diskriminering på grund av nationalitet. Normkonflikter, det vill säga att nationella regler står i strid med gemenskapsrättsliga regler, får samtidigt ses som ett närmast naturligt inslag i ett rättssystem liknande det i den Europeiska Unionen där lagstiftning sker på två nivåer. Principen om EG-rättens företräde tillhandahåller en lösning på detta problem. Ytterligare en anledning till denna utveckling är att principen om direkt effekt skulle gå om intet om en medlemsstat kunde åsidosätta dess verkan genom ensidiga, nationella lagstiftningsåtgärder.

Gemenskapsrättens företräde innebär enligt domen *Simmenthal III* en logisk begränsning av den nationella lagstiftarens makt då denne inte har frihet att stifta nya lagar som strider mot EG-rätten.<sup>91</sup> I och för sig uppkommer denna begränsning endast då det finns ett EG-rättsligt element, något som EG-domstolen påpekat vid upprepade tillfällen, men då gäller principen även i förhållande till nationella författningar och grundlagar.<sup>92</sup> EG-rätten påverkas nämligen inte av påstående om stridighet mot grundlagsskyddade rättigheter då EG-rätten i sig bedöms mot bakgrund av de rättigheter som finns inneboende i densamma.<sup>93</sup> Inte heller kan prövningen av nationell rätt

---

<sup>87</sup> De förenade målen C-74/95 och C-129/95, *Brottmål mot X* punkt 25

<sup>88</sup> Art. 49, se närmare kapitel 5.2.1 angående stadgans status

<sup>89</sup> Tidigare har samma sak uttryckts i praxis, se bl.a. de förenade målen C-74/95 och C-129/95 *Brottmål mot X* punkt 24f

<sup>90</sup> Se framförallt Mål 6/64, *Flaminio Costa mot ENEL*, (REG 1964 00585; svensk specialutgåva vol. I s 00211) där EG-domstolen slog fast att EG-rätten inte kan ge vika för nationell, ensidig lagstiftning, ens om denna antagits senast.

<sup>91</sup> Mål 106/77, *Amministrazione delle Finanze dello Stato mot Simmenthal* (REG 1978 s 00629; svensk specialutgåva, vol. IV s 00075), punkt 17

<sup>92</sup> Mål 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mot Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel* (REG 1970, s 01125; svensk specialutgåva vol. I s 00503) punkt 3, Delmas-Marty (1998) s 90f

<sup>93</sup> Mål 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mot Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel* punkt 3f. I detta sammanhang skall pekas på den tyska författningsdomstolens ”solange”-uppfattning som i korthet går ut på att principen om gemenskapsrättens överhöghet får ses som accepterad så länge den inte äventyrar medborgarnas rättighetsskydd, Bernitz (2002) s 84f

gentemot gemenskapsrätten reserveras åt en särskild domstol, utan varje nationell rättstillämpare skall upplösa förekommande normkonflikter.<sup>94</sup>

### 4.3.1 Lagstiftningsnivå

I artikel 10.2 EG stadgas att medlemsstaterna skall avhålla sig från varje åtgärd som kan äventyra uppnåendet av fördragets mål. Det handlar här, för att återknyta till Asps modell, om en negativ EG-rättslig påverkan på den nationella straffrätten som främst tar sig uttryck i ett förbud mot kriminaliseringar som strider mot gemenskapsrätten. Denna förpliktelse riktar sig i första hand till lagstiftaren. Utöver förbudet mot kriminaliseringar kan EG-rätten även sätta upp gränser för strängheten av och hindra diskriminerande bestämmelser. Till skillnad från de positiva förpliktelseerna får dessa direkt genomslagskraft på rättstillämpningsnivå genom principen om EG-rättens företräde före nationell lagstiftning. Den EG-rättsliga bestämmelsen kan således fungera som en ansvarsfrihetsgrund i en nationell process. I ett längre perspektiv torde lojalitetsprincipen tvinga den nationella lagstiftaren att upphäva bestämmelsen och därmed avkriminalisera gärningen i fråga för att undanröja den föreliggande normkonflikten.<sup>95</sup> I *Simmenthal III* specificerar domstolen innebörden av den i tidigare behandlande direkta tillämpligheten och dess innebörd på lagstiftningsnivå. ”[F]ördragsbestämmelserna och institutionens direkt tillämpliga rättsakter ha[r] den verkan i förhållande till medlemsstaternas inhemska rätt att de inte endast medför att varje motstridande föreskrift i den befintliga nationella lagstiftningen blir automatiskt otillämplig i och med att gemenskapsreglerna träder i kraft, utan även hindrar – genom att dessa bestämmelser och rättsakter utgör en integrerad del av och har företräde inom den rättsordning som är tillämplig inom varje medlemsstats territorium – att nya rättsakter antas med giltig verkan till den del de är oförenliga med gemenskapsreglerna.”<sup>96</sup> Genom att EG-domstolen fastslagit att EG-rättens verkan inte kan hindras av att reglerna överträder en gräns mellan olika rättsområden får denna neutraliserande verkan genomslagskraft även på straffrättens område, trots avsaknad av formell, positiv normgivningskompetens. EG-rätten kan således utöva en neutraliserande, negativ påverkan på den nationella lagstiftningen och rättsskipningen.<sup>97</sup>

### 4.3.2 Rättsskipningsnivå

För att genomdriva EG:s direktiv och för att säkra ett enhetligt genomslag för bestämmelserna har reglerna om EG-rättskonform tolkning utvecklats. Den i artikel 10 EG föreskrivna lojalitetsprincipen, som stadgar att medlemsländerna skall vidta alla lämpliga åtgärder för att säkerställa att de uppfyller sina skyldigheter enligt fördraget, innebär enligt *Van Colson*-målet en skyldighet för alla nationella myndigheter, inklusive domstolarna, att ge gemenskapsrätten full verkan inom ramen för deras behörighet. I

<sup>94</sup> Mål 106/77, *Amministrazione delle Finanze dello Stato mot Simmenthal* punkt 24

<sup>95</sup> Asp (2002) s 70ff

<sup>96</sup> Mål 106/77, *Amministrazione delle Finanze dello Stato mot Simmenthal* punkt 17

<sup>97</sup> Asp (2002) s 69f

domstolarnas fall betyder det att de, vid avgörandet av en vid domstolen anhängig tvist, i största möjliga utsträckning skall tolka all nationell rätt, och i synnerhet implementeringslagstiftningen, mot bakgrund av, eller ”i ljuset av”, direktivets ordalydelse och syfte.<sup>98</sup> Det handlar alltså inte enbart om att tolka implementeringsregler på ett direktivkonformt sätt, utan även övrig nationell lagstiftning skall tillämpas på så sätt att syftet med de gemenskapsrättsliga reglerna uppfylls. Även när domstolen avgör ett mål mellan enskilda skall den, när den tillämpar nationella regler som tillkommit för att införliva ett direktiv, i den mån det är möjligt tolka dessa i bakgrund mot direktivets syfte.<sup>99</sup>

När det gäller nationell lagstiftning som står i uppenbar strid med EG-rättens faktiska lydelse handlar det inte längre om tolkning. Domstolarna har i ett sådant fall skyldighet att följa principen om EG-rättens företräde på rättstillämpningsnivå för att genomföra gemenskapsrättens mål. Den nationella normen skall åsidosättas, neutraliseras, ”utan att domstolen behöver begära eller avvakta ett föregående avskaffande av en sådan bestämmelse genom lagstiftning eller något annat konstitutionellt förfarande”.<sup>100</sup> EG-rättsliga bestämmelser med direkt effekt skall tillämpas direkt vid den nationella domstolen och har absolut företräde framför den nationella rätten.<sup>101</sup> Det uttrycks klart i rättspraxis att det inte spelar någon roll när en nationell mot gemenskapsrätten stridande regel antagits, före eller efter, utan gemenskapsrätten skall alltid ha företräde.<sup>102</sup>

De nationella domstolarna har således två huvudsakliga uppgifter; dels skall de helt underlåta att tillämpa de regler som står i direkt strid med EG-rätten, dels skall de tolka all övrig nationell rätt på så sätt att de på bästa sätt lever upp till gemenskapens mål.

## 4.4 Principen om rättfärdigt samarbete mellan medlemsstaterna

Principen om rättfärdigt samarbete mellan medlemsstaterna kan sägas vara ett uttryck för en positiv EG-rättslig påverkan på den nationella sanktionsrätten. I detta straffrättsliga sammanhang innebär det en plikt för en medlemsstat att bemöta ett visst beteende med ett straff eller annan sanktion. I första hand riktar sig de positiva förpliktelserna till lagstiftaren, vilken är skyldig att införa sanktionsbestämmelser för att skydda gemenskapsrätten. För att de skall få betydelse på rättstillämpningsnivå

---

<sup>98</sup> Mål 14/83 *Von Colson och Kamann mot Land Nordrhein-Westfalen* (REG 1984 s 01891; svensk specialutgåva VII s 00577)

<sup>99</sup> De förenade målen C-397/01 och C-403/01, *Pfeiffer m.fl.*, (REF 2004 s 0000) punkt 120

<sup>100</sup> Mål 106/77, *Amministrazione delle Finanze dello Stato mot Simmenthal* punkt 24

<sup>101</sup> Andersson (1997) s 55ff

<sup>102</sup> Se närmare Sevón, L., *Nordisk lagstiftning i integrationsperspektiv*, JT 1994/95 s 671, 673, Mål 106/77, *Amministrazione delle Finanze dello Stato mot Simmenthal*

förutsätts i princip att lagstiftaren har uppfyllt förpliktelsen.<sup>103</sup> Distinktion kan göras mellan primärrättslig och sekundärrättslig positiv påverkan.

#### 4.4.1 Primärrättslig påverkan

En primärrättslig källa är statisk och kan förändras enbart genom multilaterala traktater.<sup>104</sup> En allmän primärrättslig påverkan följer enligt domstolen av den i artikel 10.1 EG uttryckta lojalitetsplikten. Medlemsstaterna skall vidta likvärdiga åtgärder mot den som överträder gemenskapsrätten som mot den som överträder den nationella rätten för att på så sätt ge de båda rättsordningarna likvärdigt skydd.<sup>105</sup> Tidigare diskuterades huruvida det var att anse som ett implementerande av förordningen, något som i princip är förbjudet, om en medlemsstat utfärdade sanktionsföreskrifter för brott mot den.<sup>106</sup> Genom praxis klargjordes efter hand denna fråga och medlemsstaterna gavs kompetens att, i frånvaro av gemenskapsrättsliga sanktioner, utfärda nationella bestämmelser, inklusive straffrättsliga påföljder, i syfte att garantera förordningarnas genomslag.<sup>107</sup> Ytterligare utveckling ledde till att assimilationsprincipen, vilken idag finns inskriven i EG 280, godtogs av EG-domstolen.

*280.2 Medlemsstaterna skall vidta samma åtgärder för att bekämpa bedrägerier som riktar sig mot gemenskapens ekonomiska intressen, som de vidtar för att bekämpa bedrägerier som riktar sig mot deras egna ekonomiska intressen.*

Medlemsstaterna har därmed inte bara kompetens utan även skyldighet att sanktionera överträdelser av EG-rätten för att säkra dess genomslagskraft.<sup>108</sup> Särskilda krav, även dessa införda i Romfördraget, ställs dessutom på sanktionerna. Inget uttryckligt krav finns på att de skall vara av straffrättslig art, med däremot skall de vara effektiva, proportionella och avskräckande.<sup>109</sup>

*280.1 Gemenskapen och medlemsstaterna skall bekämpa bedrägerier och annan olaglig verksamhet som riktar sig mot gemenskapens ekonomiska intressen genom åtgärder som skall vidtas i enlighet med denna artikel och som skall ha avskräckande effekt och ge ett effektivt skydd i medlemsstaterna.*

---

<sup>103</sup> Asp (2001) s 557

<sup>104</sup> Art. 308 (f.d. 235) i Romfördraget kan dock ses som ett undantag från denna huvudregel.

<sup>105</sup> Mål 68/88 *Europeiska gemenskapernas kommission mot Republiken Grekland* punkt 22

<sup>106</sup> Asp, *EG:s sanktionsrätt*, Iustus Förlag, Uppsala 1998 s 55

<sup>107</sup> C-50/76 *Amsterdam Bulb BV mot Produktschop voor Siegerwassen* punkt 32f

<sup>108</sup> För tidigare praxis se C-68/88 *Europeiska gemenskapernas kommission mot Republiken Grekland*, vidare bekräftat i bland annat C-383/92 *Europeiska gemenskapernas kommission mot Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland* (REG 1994 s I-02479; svensk specialutgåva XV s I-00187) punkt 40 där det även framgår att samma regel gäller för direktiv som saknar egna sanktionsbestämmelser

<sup>109</sup> För tidigare praxis se C-68/88 *Europeiska gemenskapernas kommission mot Republiken Grekland* punkt 24

Förhållandet mellan assimilationsprincipen och de tre preciserade kraven skall förstås som att de senare är en minimistandard som måste vara uppfylld.<sup>110</sup>

Om det bedöms att en medlemsstat inte gjort tillräckligt för att skydda gemensamma regleringar i den egna lagstiftningen, kan EG-domstolen inte bara ålägga medlemsstaten att uppfylla sina skyldigheter, utan den kan dessutom ådöma böter med stöd av artikel 228. I detta fall krävs att lagstiftaren agerar. Faktum kvarstår dock att det fortfarande är helt och hållet inom den enskilda statens kompetens att utforma den straffrättsliga sanktionen.<sup>111</sup>

Vid sidan av den allmänna primärrättsliga påverkan finns även en specifik sådan. Det betyder att det finns straffrättsliga förpliktelser föreskrivna i fördragen, något som bara förekommer i mycket begränsad omfattning och därför inte kommer att behandlas närmare.<sup>112</sup>

#### 4.4.2 Sekundärrättslig påverkan

EG kan i sekundärrättsliga rättsakter<sup>113</sup> ställa upp krav på att medlemsstaterna skall sanktionera överträdelser av gemenskapslagstiftningen. Det finns ingen uttrycklig fördragsbestämmelse som ger EG kompetens att genom direktiv påverka medlemmarnas nationella straffrätt. Däremot anses en sådan följa av artikel 94 EG som dock begränsar kompetensen till ”den gemensamma marknadens upprättande eller funktion” genom sin formulering. I och med att direktiven endast är bindande till sitt innehåll är utgångspunkten att medlemsstaterna själva är fria att bestämma vilka sanktioner eller påföljder som skall användas för att garantera direktivets efterlevnad. På senare tid har det dock hävdats, då direktiven med åren blivit allt mer detaljrika, att EG har kompetens att föreskriva användandet av en viss typ av straffrättslig sanktion.<sup>114</sup>

Sekundärrättslig påverkan kan även ske genom förordningar då också dessa kan föreskriva att medlemsstater skall vidta vissa åtgärder, något som medför en plikt för medlemsstaterna att utfärda sanktionsföreskrifter. Liksom i fallet med icke implementerade direktiv kan inte heller dessa grunda eller utvidga ett straffrättsligt ansvar.<sup>115</sup>

---

<sup>110</sup> Asp (1998) s 58

<sup>111</sup> Delmas-Marty (1998) s 90

<sup>112</sup> Det rör bl.a. mened och brott mot tystnadsplikt inom ramen för Euroatomfördraget, se närmare Asp (1998) s 58f

<sup>113</sup> Förordningar, direktiv och beslut, Bernitz (2002) s 40

<sup>114</sup> Asp (1998) s 66f

<sup>115</sup> Ibid. s 69

## 4.5 Om kraven på sanktionerna

Redan 1989 fastslog alltså EG-domstolen att medlemsstaterna skall vidta alla nödvändiga åtgärder för att garantera EG-rättens tillämpande och effektivitet när EG-rätten inte lägger fast en straffrättslig sanktion för överträdelse av den samma eller då den hänvisar till nationell rätt. Samma materiella och processuella regler skall tillämpas vid överträdelse av EG-rätten som vid överträdelse av nationell rätt. I vilket fall skall medlemsstaternas materiella och processuella regler garantera sanktionernas effektivitet, proportionalitet och avskräckande verkan.<sup>116</sup> Vad dessa tre krav närmare innehåller är det ingen, som Petter Asp konstaterar, som riktigt vet.<sup>117</sup> EG-domstolen har ställt upp två villkor för att ett strikt straffrättsligt ansvar skall kunna utdömas i en medlemsstat vid överträdelse av EG-regler; dels måste sanktionen ha en motsvarighet i den nationella lagstiftningen för överträdelse av liknande vikt och natur, dels skall den vara proportionell till överträdelsens allvarighet. Tillämpningen av de nationella sanktionsreglerna vid överträdelse av EG-rätten skall ske under beaktande av de grundläggande straffrättsliga principerna, så länge sanktionerna är effektiva, proportionella och avskräckande.<sup>118</sup>

### 4.5.1 Effektivitet

Effektivitetskravet torde betyda att sanktionen faktiskt skall användas i fall av överträdelse av de regler den avser skydda. Det får inte heller vara omöjligt eller alltför svårt att utdöma den föreskrivna påföljden. I doktrin har kravet även tolkats som att det skall fylla en individualpreventiv funktion, medan den allmänpreventiva funktionen skulle tillgodoses genom avskräckningskravet.<sup>119</sup>

### 4.5.2 Proportionalitet

Det finns två olika varianter av proportionalitetsprincipen, och inom EG-rätten är det traditionellt den konstitutionella eller förvaltningsrättsliga som spelat störst roll. Denna innebär i korthet att medlet inte får stå utom rimlig proportion till det eftersträvade målet. Det är denna definition som EG-domstolen ansluter sig till i ett mål från 1989 genom följande uttalande; ”Proportionalitetsprincipen hör enligt domstolens fasta rättspraxis till gemenskapens allmänna principer. Enligt denna princip är åtgärder som pålägger näringsidkarna bördor lagenliga endast om de är lämpliga och nödvändiga för att uppnå de legitima syften som efterfrågas i ifrågavarande bestämmelser. Om valet står mellan flera lämpliga åtgärder skall den minst

---

<sup>116</sup> Mål 68/88, *Europeiska gemenskapernas kommission mot Republiken Grekland* punkt 22-24

<sup>117</sup> Asp (1998) s 56. För användning av samma kriterier i den civilrättsliga sfären, se närmare Andersson (1997) s 83ff

<sup>118</sup> Andersson (1997) s 83ff

<sup>119</sup> Asp (1998) s 56f

betungande väljas, och de avgifter som pålaggs måste stå i rimlig proportion till de eftersträvade målen.<sup>120</sup>

Inom straffrätten har proportionalitetstänkandet alltid haft en central ställning. Redan på 1700-talet utvecklade Beccaria tankar om att det bör råda proportionalitet mellan brott och straff, det vill säga att straffet skall svara mot brottets natur.<sup>121</sup> För att etablera relationen mellan brottets natur och det därav följande straffet finns olika straffteorier. För att inte hamna alltför långt utanför uppsatsens ämne konstateras bara kort att de *absoluta straffteorierna* uppfattar straffet som ett etiskt krav, utan bakomliggande motivering av ett praktiskt syfte, medan de *relativa straffteorierna* tvärtom hänvisar till ett praktiskt syfte, nämligen brottsprevention. I enlighet med den straffrättsliga proportionalitetsprincipen skall inte bara proportion mellan brott och straff råda, utan skall lika fall behandlas lika och gärningsmannen skall i enlighet med ansvarighets- och skuldprinciperna kunna uppfattas som ansvarig för sina handlingar. Förklaringen till proportionalitetsprincipens stora betydelse och genomslagskraft i straffrätten finns i dess förtjänst att kunna ge praktisk vägledning.<sup>122</sup> Med hänvisning till sammanhanget säger Petter Asp i sin bok *EG:s sanktionsrätt* att det finns skäl att tro att det är den konstitutionella varianten av proportionalitetsprincipen som skall användas då den straffrättsliga har en mycket svag ställning inom EG-rätten, något som leder till att kravets betydelse begränsas.<sup>123</sup>

### 4.5.3 Avskräckande verkan

I själva begreppet avskräckning framkommer att sanktionsutdömandet och sanktionshotet skall avhålla från framtida regelöverträdelser och på så sätt bidra till EG-rättens genomslag. Det kan vidare uttydas att reglernas adressater, och inte bara den i det specifika fallet sanktionerade parten, skall avses avhålla sig från regelöverträdelser. Det är därmed sanktionshotets externa verkningar som sätts i fokus.<sup>124</sup> EG-domstolen har hittills inte uttalat sig generellt om innebörden av begreppet avskräckande verkan, utan har hållit sig till vägledning genom förhandsavgöranden i enskilda fall. Bedömningen överlämnas till de nationella domstolarna.<sup>125</sup> Det kan dock antas att sanktionen skall vara av viss stränghet och att symboliska sanktioner därmed inte hålls för tillräckliga. EG-domstolen illustrerade detta i ett rättsfall från 1983 genom att säga att ett skadestånd måste överstiga ett symboliskt belopp.<sup>126</sup> Inte bara påföljdens art och storlek har en inneboende

---

<sup>120</sup> Mål 265/87, *Hermann Schröder HS Kraftfutter GmbH & Co. KG mot Hauptzollamt Gronau* (REG 1989 s 2237; svensk specialutgåva, volym X s 97) punkt 21. Fallet rörde medansvarsavgift inom spannmålssektorn.

<sup>121</sup> Aspelin, E., *Straffets grunder – historisk bakgrund*, SvJT 1999 s 112

<sup>122</sup> Moëll, C., *Proportionalitetsprincipen i skatterätten*, Juristförlaget i Lund, Lund 2003, s 247ff, von Hirsch, A., *Proportionalitet och straffbestämning*, Juridiska fakulteten i Uppsala årsbok 2001, Iustus förlag, Uppsala 2001, s 16f

<sup>123</sup> Asp (1998), s 57

<sup>124</sup> Andersson (1997) s 180f

<sup>125</sup> Ibid. s 180ff

<sup>126</sup> C-14/83, *von Colson och Kamann mot Land Nordrhein-Westfalen* punkt 28



avskräckande effekt vid denna bedömning, utan den enskilde måste stå inför en reell risk att faktiskt bli dömd. Kriteriet om avskräckande effekt sammanfaller på så sätt till viss del med kriteriet om effektivitet. Ordet "avskräckande" har ett inbyggt tolkningsutrymme, och detta ger EG-domstolen en framtida möjlighet att blanda sig i den nationella straffrätten för att skärpa de straffstadganden som är av betydelse för EG-rätten.<sup>127</sup>

#### 4.5.4 Övrigt

Förutom själva sanktionsbestämmelsen får även preskriptionsreglerna konsekvenser för huruvida en påföljd kan ses som lämplig. I rättspraxis har det slagits fast att preskriptionsfrister i sig inte strider mot gemenskapsrätten då de är en del av rättssäkerhetsprincipen, vilken i sin tur är en allmän, gemenskapsrättslig princip.<sup>128</sup> Om en preskriptionsbestämmelse är allt för omfattande blir risken att ådömas straff endast teoretisk. I denna bedömning skall inte bara preskriptionsfristens längd vägas in, utan också den tidpunkt när fristen börjar löpa, hinder och avbrott. Fristens rimlighet bedöms i förhållande till hur mycket tid rättsväsendet kräver för att kunna avsluta förundersökningen och domstolsförfarandets "helhet, dess förlopp och särdrag vid de olika nationella domstolarna".<sup>129</sup> Om en preskriptionsbestämmelse, med beaktande av dessa synpunkter, inte tillräckligt ofta leder till att påföljden döms ut kan det innebära det att påföljden inte ses som tillräckligt effektiv och avskräckande.<sup>130</sup>

### 4.6 EG-rättslig påvekan och Berlusconi

Det ankommer inte på domstolen att vid meddelande av förhandsavgörande uttala sig om den konkreta tolkningen av och tillämpningen av den italienska lagstiftningen.<sup>131</sup> Inte heller har EG någon formell straffrättslig kompetens med innebörden att de kan föreskriva straffrättsliga sanktioner i medlemsstaterna. Domstolens uppgift är däremot att ge den nationella rättstillämparen verktyg för att den själv skall kunna avgöra huruvida den nationella rätten är förenlig med gemenskapsrätten genom att tillhandahålla uppgifter om gemenskapsrättens tolkning.<sup>132</sup> Generaladvokaten delar i sitt *Förslag till förhandsavgörande* upp de ställda frågorna i två grupper, dels frågor rörande det materiella tillämpningsområdet för artikel 6 i första direktivet, dels frågor rörande lämpliga påföljder för oriktiga bolagsuppgifter. Utan att ge något konkret svar på frågorna om nationella reglernas förenlighet med gemenskapsrätten bedömer hon deras innehåll i

---

<sup>127</sup> Asp (1998) s 57f

<sup>128</sup> C-278/02, *Handlbauer* (REG 2004 s I-0000) punkt 40 med vidare hänvisning till Mål 41/69, *ACF Chemiefarma mot Kommissionen* (REG 1970 s 661; svensk specialutgåva, volym I s. 457) punkt 19

<sup>129</sup> C-276/01, *Joachim Steffensen*, (REG 2003 s I-03735) punkt 66

<sup>130</sup> *Förslag till förhandsavgörande* punkt 110

<sup>131</sup> Art. 234 EG, e contrario, *Förslag till förhandsavgörande* punkt 52

<sup>132</sup> De förenade målen C-304/94, C-330/94, C-342/94 och C-224/95, *Brottmål mot Tombesi m.fl.*, (REG 1997 sI-03561) punkt 36

förhållande till det materiella innehållet i direktivet och kraven som följer därav.<sup>133</sup>

En redogörelse för den materiella tolkningen av de specifika reglerna är inte nödvändig för förståelsen av problematiken. En närmare presentation av Generaladvokatens argumentering rörande EG-rättens ställning i förhållande till den nationella rätten görs i analysen.

---

<sup>133</sup> Förslag till förhandsavgörande punkt 65ff

# 5 Två straffrättsliga principer

## 5.1 Legalitetsprincipen

### 5.1.1 Allmänt om principen i Europa och EG

Den straffrättsliga legalitetsprincipen återförankras inte bara i den europeiska rättstraditionen<sup>134</sup> utan likaså i den Europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, vars sjunde artikel säger att "[I]ngen får fällas till ansvar för någon gärning eller underlåtenhet som vid den tidpunkt då den begicks inte utgjorde ett brott enligt nationell eller internationell rätt. (...)"<sup>135</sup> Likaså finns principen med i den Internationella konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter<sup>136</sup> och den Europeiska Unionens stadgande om de grundläggande rättigheterna.<sup>137</sup> Den senare, som klubbades igenom i Nice 2002, har formellt ännu inte vunnit laga kraft, då den inte integrerats i fördragen, men dess stora politiska genomslagskraft, det faktum att Kommissionen och parlamentet är beslutna att respektera den i all sin verksamhet, samt att nationella domstolar börjat hänvisa till stadgan i sina domslut gör att den får anses ha ett erkänt värde. Vid en framtida ratificering av det konstitutionella fördraget kommer stadgan att bli en del av EU:s rättsliga grundpelare.<sup>138</sup> EG-rättens självständiga betydelse för den straffrättsliga legalitetsprincipens tillämpning är inte särskilt stor då den, som här visats, främst återanknyter till nationell rätt och Europakonventionen.<sup>139</sup> Det är också, enligt EG-domstolens praxis, de nationella domstolarnas ansvar att se till att legalitetsprincipen respekteras när en nationell straffbestämmelse tolkas i ljuset av gemenskapsrätten.<sup>140</sup>

Legalitetsprincipen har, enligt Frände, fyra beståndsdelar. Föreskriftskravet innebär att det skall finnas stöd i en föreskrift för att ett brott skall föreligga och för att straff skall kunna utdömas. Den andra beståndsdelan, analogiförbudet, är mindre intressant för denna framställning men ställer i korthet upp ett förbud mot att tillämpa straffbestämmelser utanför dess betydelseområde. Retroaktivitetsförbudet, vilket behandlas närmare i nästföljande avsnitt, innebär ett förbud mot att till den tilltalades nackdel göra ett stadgande tillämpligt på gärningar som företagits innan dess ikraftträdande. Den sista delen är obestämdhetsförbudet som innefattar ett

---

<sup>134</sup> Bernitz (2002) s 106

<sup>135</sup> Art. 7, Europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

<sup>136</sup> Art. 15, 1 stycket, 1 meningen

<sup>137</sup> Art. 49, 1 stycket

<sup>138</sup> Europeiska Kommissionens meddelande (KOM/2000/0559) 13.7.00 "Grundläggande rättigheter. Bekräfta frihet, demokrati och rättsstaten." Konstitutionen art. II-109

<sup>139</sup> Asp (2002) s 125

<sup>140</sup> De förenade målen C-74/95 och 129/95, *Brottmål mot X* punkt 21-27

krav på viss precision hos strafföreskrifterna.<sup>141</sup> Inte heller denna sista del aktualiseras i den kommande framställningen.

I detta inledande stadium av kapitlet är det även intressant att nämna något om den förvaltningsrättsliga legalitetsprincipens funktion och status i EG-rätten. I artikel 7.1 EG sägs att "[v]arje institution skall handla inom ramen för de befogenheter som den har tilldelats genom detta fördrag" och det är EG-domstolens uppgift att "inom ramen för sina respektive behörighetsområden säkerställa att lag och rätt följs vid tolkning och tillämpning av detta fördrag."<sup>142</sup> Ur ett externt perspektiv innebär legalitetsprincipen att gemenskapen inte skall verka utanför de områden där den har kompetens enligt domstolens tolkning av fördragen. EG eller EU som helhet saknar *kompetens-kompetens*, det vill säga kompetens att tilldela sig ytterligare kompetens än den som finns i fördragen.<sup>143</sup> Rådet har däremot en *restkompetens* som innefattar en rätt att utfärda bestämmelser avsedda att tillgodose EG:s mål på de områden där tillräckliga handlingsbefogenheter inte förutsetts i fördraget.<sup>144</sup>

## 5.1.2 Den straffrättsliga legalitetsprincipen och Berlusconi

Som sagts i förevarande kapitel har EG-domstolen genom sin rättspraxis vid ett flertal tillfällen fastställt att ett direktiv i sig inte kan ligga till grund för ett straffrättsligt ansvar eller medföra en skärpning av det ansvar som finns i respektive nationell lagstiftning. Genomslaget är alltså helt beroende av medlemsstaternas implementering av direktivet i de nationella rättsordningarna. Dessutom kringskärs tillämpningen gemenskapsrätten av allmänna principer, då främst legalitetsprincipen.<sup>145</sup>

I sitt förslag till förhandsavgörande anser inte Generaladvokaten att legalitetsprincipen, eller det faktum att det får anses för klarlagt att ett direktiv inte kan ge upphov till straffrättsligt ansvar för en enskild, utgör hinder i förevarande fall. Enligt hennes åsikt framgår inte det straffrättsliga ansvaret i åtalet av direktiven och därmed skulle de inte vara sammankopplade med de nationella bestämmelserna som avser genomföra gemenskapsrättens mål. Inte heller, fortsätter Generaladvokaten, följer det straffrättsliga ansvaret direkt av EG-fördragets tionde artikel. De ändringar som gjorts i den italienska *Codice Civile* försämrar effektiviteten av direktiven och, bedömer Generaladvokaten, medför att påföljderna inte längre uppfyller kraven på "lämplighet". Den rättsakt som upphäver lagen strider därmed mot gemenskapsrättens mål och får alltså inte tillämpas. Att det då är den vid gärningstillfället gällande lagen, vilken igenom detta resonemang inte är upphävd, som skall användas innebär att det finns

---

<sup>141</sup> Asp (2002) s 268ff, Frände, D., *Den straffrättsliga legalitetsprincipen*, Juridiska Föreningens i Finland publikationsserie N:o 52, Ekenäs 1989 s 1ff

<sup>142</sup> Art. 220 EG

<sup>143</sup> Bernitz (2002) s 106f

<sup>144</sup> Art. 308 EG, Bernitz (2002) s 107

<sup>145</sup> Se avsnitt 4.1.2

lagstöd vid tidpunkten för gärningen och att legalitetsprincipen på intet vis åsidosätts. Att häremot invända att lagen upphävts och därmed inte kan tillämpas är inte hållbart enligt Generaladvokaten då medlemsstaterna har en skyldighet att kontinuerligt sörja för att påföljdsregleringen är effektiv, proportionerlig och avskräckande när det finns ett direktiv som så kräver. Den nationelle lagstiftaren kan därmed inte upphäva det lagstadgade skyddet utan att genast införa en annan lag som fyller samma funktion.<sup>146</sup>

Generaladvokatens resonemang om att legalitetsprincipen respekteras då en lag som gällde vid gärningstillfället, och som dessutom enligt henne aldrig upphävts, tillämpas kan ställas mot det resonemang som Petter Asp för i *EU och straffrätten*. Där säger han att de positiva förpliktelser som följer av EG-rätten i första hand riktar sig till lagstiftaren. Det är lagstiftaren som är skyldig att införa straffrättsliga regler för att skydda gemenskapens intressen, och om denna skyldighet inte fullgjorts har domstolarna ingen plikt att korrigera detta missförhållande på rättstillämpningsnivå. En sådan direkt effekt, med medföljande betungande konsekvenser för enskilda, skulle nämligen inte stå i överensstämmelse med legalitetsprincipen. För att de positiva, straffrättsliga förpliktelserna skall få betydelse på rättstillämpningsnivå krävs följaktligen att den nationelle lagstiftaren uppfyllt sina EG-rättsliga förpliktelser.<sup>147</sup>

## 5.2 Retroaktivitet

### 5.2.1 Allmänt om principen i Europa och EG

Frågan om huruvida en mildare lagstiftning under alla förhållanden skall tillämpas retroaktivt, även om den strider mot gemenskapsrätten, har ännu inte behandlats ingående av EG-domstolen. Retroaktivitetsprincipen kan sägas utgöra ett undantag från legalitetsprincipens huvudregel att straff skall bestämmas efter den lag som gällde när gärningen företogs, eller närmare bestämt avslutades.<sup>148</sup> I Konstitutionsfördraget uttrycks undantaget på följande sätt; ”Om efter lagöverträdelsens begående ny lag stiftas som föreskriver ett lindrigare straff skall detta tillämpas.”<sup>149</sup> Detsamma gäller naturligtvis om den nya lagen får konsekvensen att inget straff över huvudtaget skall utdömas. Överrätten har att följa samma princip, oavsett om underrätten har tillämpat en annan lag som under överklagandeprocessens gång har ändrats. Principen sträcker sig, åtminstone enligt svensk praxis, så långt att motsvarande skall gälla om den nya lagens straffskala är den samma, men den är avsedd att tillämpas mildare.<sup>150</sup> Detta förklaras genom att retroaktivitetsprincipen vill försäkra att ingen skall dömas för en gärning som vid domstillfället inte längre är klandervärd enligt

---

<sup>146</sup> Förslag till avgörande, punkt 146

<sup>147</sup> Asp (2002) s 32, 87

<sup>148</sup> Karnov 2 2004/05 s 2637; BrP §5

<sup>149</sup> EK art II-109 punkt 1 mening 3

<sup>150</sup> NJA 1900 s 772

lagstiftaren, och har klandervärldheten minskat skall även detta återspeglas i domen.<sup>151</sup>

EG-domstolen har i tidigare praxis hänfört frågan om retroaktiv tillämpning av mildare strafflagstiftning till den nationella lagstiftningen. Vid omnämning av principen i ett rättsfall från 1994<sup>152</sup> får den tilläggsadjektivet ”nationella”. I ett mål från 1995 om tillämplighet av bestämmelser om kapitalrörelser hade en spansk domstol begärt förhandsavgörande angående tolkningen av ett direktiv. Det kunde nämligen bli aktuellt att använda den nationella lagstiftningens princip om mildare straffrättslig lagstiftnings retroaktiva tillämpning, beroende på överensställningen med gemenskapsrätten. EG-domstolen konstaterade att principen är avgörande för vilken lagstiftning som skall tillämpas i Spanien, men kommenterade sedan inte ytterligare då det eventuella åsidosättandet av principen i fall av stridighet med gemenskapsrätten var ett beslut av den nationella domstolen.<sup>153</sup> Generaladvokat Fennelly sade i ett förslag till avgörande 1996 att ”[e]n eventuell tillämpning av en princip om retroaktiv verkan av ny lagstiftning som leder till lindrigare påföljd är således helt en fråga för den nationella domstolen, som gemenskapsrätten inte är tillämplig på.”<sup>154</sup> Frågan behandlades sedan inte vidare i EG-domstolen under förevändning att domstolen inte är behörig att meddela förhandsavgörande rörande tolkning av nationell rätt.<sup>155</sup>

Idag uppfattas principen som gemenskapsrättslig. Den finns förankrad i nästan alla de 25 medlemsstaternas nationella rättsordningar<sup>156</sup>, i Italiens fall i artikel 2.3 i *Codice Penale*. Den är internationellt accepterad och finns, liksom legalitetsprincipen, bland annat i artikel 7 i den Europeiska Konventionen om de Mänskliga rättigheterna och grundläggande friheterna och i den Internationella konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter.<sup>157</sup> Principen finns även representerad i den gemenskapsrättsliga sekundärrätten, till exempel i förordning 2988/95 artikel 2.2, och i den nya EU-konstitutionens andra del, Europeiska Unionens Stadgande om de Grundläggande Rättigheterna skrivs principen in i EG-rätten genom artikel 109.1 tredje meningen som säger att ”Om efter lagöverträdelsens begående ny lag stiftas som föreskriver ett lindrigare straff skall detta tillämpas.” Som sagt i samband med legalitetsprincipen är konsekvensen av att principen accepteras som gemenskapsrättslig att den blir obligatorisk för medlemsstaterna. När det gäller allmänna rättsprinciper inom EG-rätten har de nationella domstolarna nämligen en skyldighet att tillämpa dessa: ”When

---

<sup>151</sup> Förslag till förhandsavgörande punkt 159 ff

<sup>152</sup> C-193/94, *Brottmål mot Skanavi och Chryssanthakopoulos* (REG 1995 s I-00929) punkt 17

<sup>153</sup> Dom i de förenade målen C-358/93 och C-416/93, *Brottmål mot Aldo Bordessa et Vicente Mari Mellado et Concepción Barbero Maestre* (REG 1995 s I-0361) punkt 9

<sup>154</sup> Förslag till förhandsavgörande i C-341/94, *Brottmål mot André Allain* (REG 1996 s I-4633) punkt 43.

<sup>155</sup> C-341/94, *Brottmål mot André Allain* punkt 11.

<sup>156</sup> Med undantag från Irland och Storbritannien, Mål C-60/02, *Brottmål mot X* punkt 63

<sup>157</sup> Art. 15.1 tredje meningen

*making use of that competence they are, however, required to comply with Community law and its general principles (...)*.<sup>158</sup>

## 5.2.2 Retroaktivitetsprincipen och Berlusconi

EG-domstolen uttalade i målet *Kolpinghius* att den nationella domstolen i och för sig är skyldig att tolka nationell rätt i ljuset av gemenskapsrätten, närmare bestämt direktivets innehåll, en skyldighet som enligt Elholm gäller även straffrättsliga regler.<sup>159</sup> ”Denna skyldighet (...)begränsas emellertid av de allmänna rättsprinciper som utgör del av gemenskapsrätten och särskilt av principerna om rättssäkerhet och icke-retroaktivitet.”<sup>160</sup> Denna uppfattning bekräftades några år senare när domstolen sade att ”(...) även om den straffrättsliga lagstiftningen och reglerna om det straffrättsliga förfarandet, där den omtvistade bestämmelsen ingår, i princip, faller inom ramen för medlemsstaternas behörighet, så sätter gemenskapsrätten gränser för denna behörighet.”<sup>161</sup> I enlighet med dessa två citat skulle alltså de tilltalades yrkande om att den nuvarande, lindrigare italienska straffbestämmelsen ska tillämpas, trots att gärningarna begåtts innan dess ikraftträdande, äga gehör.

Generaladvokaten i Berlusconi-målet ställer sig ändå tveksam till hurvida retroaktivitetsprincipen, med innebörden att en mildare strafflagstiftning skall tillämpas retroaktivt, skall gälla även då denna strider mot gemenskapsrätten. Hon försvarar denna inställning genom att påpeka att retroaktivitetsprincipen är ett undantag från legalitetsprincipen och genom att visa att den inte har samma värde som legalitetsprincipen då den inte är grundlagsbefäst i de flesta nationella lagstiftningar. Dessutom förekommer ofta begränsningar. I Italien får en lindrigare strafflagstiftning inte tillämpas om en lagkraftvunnen dom redan avkunnats, om det är frågan om undantagslagstiftning eller om lagstiftningen är begränsad i tiden. Förhållandet mellan retroaktivitetsprincipen och ett *decreto legislativo* är något oklart. Enligt artikel 2.3, *Codice Penale* skall principen tillämpas även om ett lagdekret inte godkänts eller omvandlats till lag efter ändringar. I en dom från *Corte Costituzionale*, daterad 22 februari 1985, ansågs dock artikeln strida mot författningen utom i de fall då omständigheterna inträffade under den period då de icke omvandlade lagdekreten gällde provisoriskt. Principen om retroaktiv tillämpning av lindrigare lagstiftning skulle således inte gälla för *decreto legislativo*, vilket ju är den form som använts även vid detta tillfälle, såvida inte parlamentet omvandlat det till lag.<sup>162</sup> Detta får dock ingen betydelse i fallet då domstolen i Milano har vänt sig till EG-domstolen med neutralt formulerade frågor, utan hänvisning till

<sup>158</sup> C-210/91, *Europeiska gemenskapernas kommission mot Republiken Grekland* (REG 1992 s I-06735), punkt 19, C-36/94, *Siesse* (REG 1995 s I-03573) punkt 21

<sup>159</sup> Elholm, T., *EU-svig, En studie i dansk strafferet*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 2002

<sup>160</sup> Mål 80/86, *Brottmål mot Kolpinghuis Nijmegen BV* (REG 1987 s 03969; svensk specialutgåva IX s. 00213) punkt 13

<sup>161</sup> Mål 186/87, *Ian William Cowan mot Trésor public* (REG 1989 s 00195; svensk specialutgåva, vol X s 00001) punkt 19

<sup>162</sup> Se *Förslag till förhandsavgörande*, fotnot 134

formen av regel. Tolkningen av artikel 2.3 i *Codice Penale* ligger dessutom utanför EG-domstolens kompetensområde.

Ur ett gemenskapsrättsligt perspektiv skulle en tillämpning av principen endast motiveras om gemenskapsrättens företräde fortfarande skyddas och den nationella lagstiftarens förändring är förenlig med gemenskapslagstiftarens mål. Att en enskild får nytta av en lagstiftning som står i strid med gemenskapsrätten finns det inget syfte med eftersom rättsordningens enhetlighet äventyras och det i ett sådant fall inte finns något som motiverar ett undantag från legalitetsprincipen såsom huvudregel.<sup>163</sup> När en ny, mildare nationell bestämmelse på detta sätt strider mot gemenskapsrätten skulle det alltså vara de nationella domstolarnas skyldighet att underlåta att tillämpa denna då inget undantag från legalitetsprincipen är motiverat. En senare utfärdad strafflagstiftning som strider mot gemenskapsrätten är således inte en tillämplig lindrigare strafflagstiftning enligt Generaladvokaten.<sup>164</sup> Dock påpekar hon att gemenskapsrättsstridig lagstiftning, gällande vid gärningstillfället naturligtvis skall tillämpas, trots denna stridighet, i enlighet med legalitetsprincipen. Det samma gäller om en gärning över huvud taget inte var straffbar vid gärningstillfället, även om gemenskapsrätten så kräver.<sup>165</sup>

### 5.3 Aktualisering av principerna inom EG-rättens område och tillämpning i tiden

Det enklaste scenariot där legalitetsprincipen aktualiseras är om en nationell implementeringslagstiftning innehåller straffbestämmelser som givits retroaktiv effekt. Eftersom bestämmelsen som givits retroaktiv effekt tillkommit i syfte att implementera ett direktiv borde den också kunna angripas via EG-rätten. Asp anser dock inte att det är rimligt att en lagstiftare skulle ge ett straffstadgande retroaktiv effekt, och därmed skulle legalitetsprincipen aldrig aktualiseras. Som både legalitetsprincipen och retroaktivitetsförbudet är en del av de europeiska rättsordningarna så vore det dessutom onödigt att åberopa EG-rätten i ett sådant fall.<sup>166</sup>

Ytterligare ett tänkbart scenario där retroaktivitetsprincipens tillämpning aktualiseras är då ett nationellt straffbud strider mot EG-rätten men vilket efter att det överträtts har "legaliserats" genom förändringar i EG-rätten. Det viktigaste rättsfallet på detta område är *Regina mot Kirk*<sup>167</sup> där en brittisk lag, som förbjöd danskt fiske på brittiska vatten, överträdde av den danske kaptenen Kirk. Kirk bötfälldes i första instans och överklagade med motiveringen att Storbritannien inte hade kompetens att utfärda dylika förbud då det stred mot EG-rätten. Den brittiska lagstiftningen skulle således, menade Kirk, åsidosättas. Den omdiskuterade fisketuren ägde rum

<sup>163</sup> Jfr Förslag till förhandsavgörande punkt 158ff

<sup>164</sup> Förslag till förhandsavgörande punkt 165

<sup>165</sup> Se Förslag till förhandsavgörande, fotnot 135

<sup>166</sup> Asp (2002) s 125, Asp (1998) s 337

<sup>167</sup> C-63/83, *Regina mot Kent Kirk* (REG 1984 s 2689; svensk specialutgåva VII s 00623)



under en period då den gamla lagstiftningen, som utgjorde ett undantag från diskrimineringsförbudet, upphört att gälla. Den ägde dock rum innan den nya förordningen med en förlängning av diskrimineringsundantaget, vilken skulle tillämpas retroaktivt från upphörandedatumet på den gamla, hade utfärdats. Frågan var nu huruvida Storbritannien hade rätt att kriminalisera, på ett diskriminerande sätt, under denna mellanperiod. Domstolens svar blev att en retroaktivitetsklausul inte kan användas på det straffrättsliga området. Då inget undantag för diskrimineringsförbudet fanns under mellanperioden kunde alltså inte en klausul om retroaktiv tillämpning av densamma medföra straffrättsliga konsekvenser för den danske fiskaren.<sup>168</sup> Domstolen tillade även att eftersom retroaktivitetsförbudet är en av de allmänna principer som är gemensamma för EG:s medlemsstater och finns uttryckt i Europakonventionen så skall dess efterföljd garanteras av EG-domstolen.<sup>169</sup> Nationell rätt som vid gärningstillfället står i konflikt med EG-rätten (och därför skall åsidosättas med stöd av principen om EG-rättens företräde och direkta effekt) kan inte heller vinna tillämplighet genom att förändringar i EG-rätten som upphäver striden ges retroaktiv effekt.<sup>170</sup>

I fall av normkonflikt kan tidpunkten för den kriminella gärningen bli av vikt eftersom direktiv får direkt effekt först då genomförandefristen gått ut. EG-domstolen slog i fallet *Ratti*<sup>171</sup> fast att efter det att denna tidsfrist löpt ut får medlemsstaten inte tillämpa sin nationella rätt på en överträdelse som även den skett efter att tidsfristen löpt ut, oavsett om den är försedd med straffrättsliga sanktioner, om denna ännu inte är förenlig med direktivet.<sup>172</sup>

För det fall att genomförandefristen löper ut efter gärningstillfället men innan domstillfället kan vägledning sökas i fallet *Awoyemi*.<sup>173</sup> Det rörde sig där om en nigeriansk medborgare med engelskt körkort som flyttade till Belgien. Det brittiska körkortet var enligt belgisk lag giltigt i ett år, efter vilket det skulle ersättas med ett belgiskt, vilket mannen i fråga hade underlåtit att göra. Awoyemi råkade ut för en poliskontroll efter det att ett direktiv som sade att plikten att byta körkort inte längre var obligatorisk hade antagits, men innan det att genomförandefristen därför hade löpt ut. EG-domstolen sade, efter begäran om förhandsavgörande, att det i och för sig var möjligt för en tilltalad att åberopa direktivet innan tidsfristen gått till ända, men att medlemsstaterna inte hade någon skyldighet att i rättstillämpningen beakta direktivet. Samtidigt poängterade domstolen att det avgörande för huruvida fördelaktigare bestämmelser i direktivet skall beaktas eller ej är de straffrättsliga principerna i den nationella rätten, och gemenskapsrätten utgör inget hinder därför.<sup>174</sup>

---

<sup>168</sup> Ibid. punkt 21

<sup>169</sup> Ibid. punkt 22

<sup>170</sup> Asp (2002) s 127

<sup>171</sup> C-148/78, *Pubblico Ministero mot Tullio Ratti* (REG 1979 s 1629; svensk specialutgåva IV s 00439)

<sup>172</sup> Ibid. punkt 24

<sup>173</sup> C-230/97, *Brottmål mot Ibiyinka Awoyemy* (REG 1999 s I-06781) punkt 32-38

<sup>174</sup> Ibid. punkt 38

Sammanfattningsvis har det framkommit ur dessa refererade rättsfall att direktiv skall beaktas om genomförandefristen gått till ända vid gärningstillfället och att det inte finns något krav att beakta ett direktiv om så inte är fallet. Dessutom fastställs att denna senare punkt inte utgör något hinder för medlemsstaterna att tillämpa direktivet även om tidsfristen inte gått till ända vid gärningstillfället om de nationella principerna om tillämpning i tiden så tillåter.<sup>175</sup>

---

<sup>175</sup> Asp (2002) s 133f

## 6 Analys

Det är en mycket intressant problematik som aktualiserats genom de italienska domstolarnas begäran om förhandsavgörande, en problematik som inte tidigare behandlats av EG-domstolen. Det har under arbetets gång framkommit allt tydligare att det finns ett motsatsförhållande mellan EG-rättens ställning i förhållande till nationell rätt och de straffrättsliga legalitets- och retroaktivitetsprinciperna. Problematiken konkretiseras genom det i uppsatsen presenterade rättsfallet, där EG-rätten främst ställs mot principen om att mildare strafflagstiftning skall tillämpas retroaktivt. Förhållandet mellan de två rättsområdena, och frågan om huruvida retroaktivitetsprincipen kan tillämpas trots att den står i strid med gemenskapsrätten, skall utredas i den nu följande analysen. Som påpekats innan kom EG-domstolens dom under ett mycket sent skede av författandet av denna uppsats, men då domslutet i stort bekräftar den slutsats som dras i uppsatsen finns ingen större anledning att presentera domstolens argumentation annat än i samband med relevant del av analysen och, som sammanfattning, i kapitlet ”Slutsatser”.

### 6.1 EG-rättens påverkan och krav på nationell rätt

Orsaken till att principen om EG-rättens företräde finns är att variationer mellan medlemsstaternas tillämpning av gemenskapsrätten skulle äventyra fördragets mål, något som i sin tur torde innebära att EG:s rättsliga konstruktion skulle vila mycket löst. Principen om EG-rättens företräde fyller ytterligare en funktion då den befäster principen om direkt effekt. Ur EG-rättslig synvinkel är det därför naturligtvis vitalt att EG-rätten ges företräde framför motstridande nationell rätt och följaktligen måste EG-domstolen ha den yttersta kompetensen att ge besked om hur reglerna skall tolkas.<sup>176</sup> Enligt EG-fördragets tionde artikel, vari lojalitetsprincipen finns uttryckt, är medlemsstaterna skyldiga att vidta alla lämpliga åtgärder för att säkerställa gemenskapsrättens fulla verkan och dessutom avhålla sig från varje åtgärd som kan äventyra uppnåendet av gemenskapens mål. Principen om direktivkonform tolkning, som i sin tur vilar på lojalitetsprincipen, föreskriver att den nationella lagstiftningen skall tolkas i ljuset av EG-rätten, och de nationella domstolarna har dessutom en skyldighet att underlåta att tillämpa de regler som strider mot gemenskapsrätten. Ytterligare en princip, den om rättfärdigt samarbete mellan medlemsstaterna, påverkar de nationella rättsordningarna på så sätt att de förväntas skydda de intressen som finns i gemenskapsrätten.

Som visats i uppsatsen kan dessa principer leda till en skyldighet för den nationelle lagstiftaren att genom straff sanktionera ett visst beteende, enligt assimilationsprincipen på liknande sätt som överträdelser av den nationella

---

<sup>176</sup> För liknande resonemang, se Andersson (1997) s 58

rätten. EG-rätten ger alltså upphov till förpliktelser utan att direkt säga vilka sanktioner som skall följa på brott mot förpliktelserna.<sup>177</sup> I överensstämmelse med artikel 249.3 EG överläts nämligen åt medlemsstaterna att bestämma form och tillvägagångssätt. Medlemsstaternas frihet är dock inte obegränsad; visserligen har EG ingen kompetens att i detalj reglera dessa sanktioners utformning, men krav om effektivitet, proportionalitet och avskräckande verkan har ställts upp. Petter Asp har skapat en modell för att visa de olika sätt på vilka EG-rätten har betydelse för medlemsstaternas rättsordningar. När det gäller Berlusconi-fallet finns det en i direktiv föreskriven skyldighet att tillämpa lämpliga påföljder för fall då direktivens skyddsintressen äventyras. I enlighet med Asps modell rör det sig om en sekundärrättslig, positiv påverkan genom direktiv. Direktiv är som bekant bindande endast med avseende på det resultat som skall uppnås, och medlemsstaterna har själva att avgöra hur detta resultat skall uppnås. Trots diskussion om en eventuell kompetens för EG att utfärda bestämmelser om särskilda, straffrättsliga sanktioner får huvudregeln ändå sägas vara att det inte är uttalat vilket slag av sanktioner som avses.<sup>178</sup> Italien är i detta första skede fritt att själva välja på vilket sätt kravet om lämpliga sanktioner bäst skall tillgodoses.

Det kan tyckas som om medlemsstaternas kompetens att själva utforma sanktionerna i själva verket endast är en sekundär kompetens, det vill säga en kompetens som villkoras av EG-domstolens ställningstagande i det enskilda fallet. Principerna om lojalitet och EG-rättens företräde medför en skyldighet för den nationella lagstiftaren att underlåta att införa en lagstiftning som står i strid med EG-rätten.<sup>179</sup> Generaladvokaten ger i fallet tolkningsvägledning för direktiven, något som hon, och i nästa led domstolen, är i sin fulla rätt att göra. Genom att precisera direktivens mål görs det klart att den nya italienska lagstiftningen inte tillgodoser de i direktivet förekommande skyddsintressena tillräckligt. Lagstiftningen uppfyller inte EG-rättens krav och skall då åsidosättas. EG-domstolen har ingen kompetens att avgöra huruvida nationella regler är förenliga med gemenskapsrätten eller hur nationella bestämmelser skall tolkas. Inte heller har EG någon formell straffrättslig kompetens med innebörden att de kan föreskriva straffrättsliga sanktioner i medlemsstaterna. Domstolens uppgift är däremot att ge den nationella rättstillämparen verktyg för att den själv skall kunna avgöra huruvida den nationella rätten är förenlig med gemenskapsrätten genom att tillhandahålla uppgifter om gemenskapsrättens tolkning. I de i fallet aktuella direktiven sägs endast att "lämpliga påföljder" skall föreskrivas vid brott mot reglerna, och som bekant innebär detta att de skall vara effektiva, proportionella och avskräckande. Som Petter Asp uppmärksammat lämnar denna formulering en möjlighet öppen för EG-domstolen att i framtiden blanda sig i nationell straffrätt för att skärpa de för gemenskapsrätten betydelsefulla straffstadgandena. I och för sig, fortsätter han, har domstolen blivit mer försiktig med tiden, men med erfarenhet av utvecklingen av EG-rätten under de senaste decennierna är det inte ett

---

<sup>177</sup> Se Andersson (1997) s 166f

<sup>178</sup> Se Asp (1998) s 66f

<sup>179</sup> Se Asps resonemang om negativ påverkan, (1998) s 70f

orealistiskt framtidsscenario.<sup>180</sup> Dock är domstolen inte där idag. Mot denna bakgrund framgår det att ytterligare ett steg från Generaladvokaten, där hon direkt pekat på bristerna i den italienska strafflagstiftningen eller instruerat om hur de straffrättsliga sanktionerna istället borde utformas, hade varit ett steg för mycket. Straffskalan som sådan ligger utom domstolens räckhåll. Generaladvokatens framställning koncentreras här kring ett resonemang om de nya italienska påföljdernas effektivitet, proportionalitet och avskräckande effekt. Vid upprepade tillfällen pekar hon på att ”särskild betydelse därvid skall tillmätas inte enbart bolagsmännens och fordringsägarnas intressen, utan även andra tredje mäns intressen och skyddet för deras förtroende för att bolagets tillgångar och skulder, ekonomiska ställning och resultat redovisas på ett sanningsenligt sätt.”<sup>181</sup> Detta kan uppfattas som att Generaladvokaten vill rikta den nationella domstolens uppmärksamhet mot den brist hon anser finns i straffbestämmelsen, utan att därför explicit säga det. En sådan tydlig fingervisning upplyser rättstillämparen om den nationella regelns oförenlighet med direktivet och därmed skall han underlåta att tillämpa den för att tillvarata tredje mans intresse på det sätt som avsetts i EG-rätten. Samtidigt får lagstiftaren en indikation om hur den, i enlighet med lojalitetsprincipen, skall utforma sanktionen för framtiden. Uppfattningen om medlemsstaternas sanktionskompetens endast som en sekundär kompetens följer således av principen om EG-rättens företräde, EG-domstolens kompetens att tolka denna och den bindande verkan som ett förhandsavgörande får för medlemsstaterna. Genom att döma ut en påföljdsreglering såsom otillräcklig eller i annat stridande mot direktivets krav, och samtidigt tydligt understryka en punkt i direktivet eller ett visst syfte i gemenskapsrätten, ger nämligen domstolen den nationelle lagstiftaren mycket tydliga indikationer om vad det är som förväntas av honom. På så sätt blandar den sig i den nationella rätten, och som i detta fall även straffrätten, på något som kan tyckas vara detaljnivå.

Konstaterandet att EG-domstolen kan ställa upp begränsningar för och krav på den nationella rätten dras så att säga till sin spets i det fjärde bolagsdirektivet. Detta direktiv saknar nämligen ett uttryckligt krav på att medlemsstaterna skall vidta lämpliga åtgärder för att skydda de i direktivet uppställda skyddsintressena. Av den i rättspraxis fastställda principen att medlemsstaterna skall göra allt för att garantera gemenskapsrätten skulle ett tvång att föreskriva lämpliga påföljder för vissa gärningar kunna läsas in, trots att en sådan skyldighet enbart följer av ”sammanhanget”. Detta, i kombination med att Generaladvokaten inte nöjer sig med den mildare straffskalan för brottet oriktiga bolagsuppgifter, gör att EG-domstolen, om hon fått rätt, skulle tvingat fram en kriminalisering endast med ur sammanhanget framtolkade skyldigheter. Detta trots att EG inte har någon egentlig kompetens att blanda sig i den nationella straffrätten. EG-domstolen säger i sin dom att det framgår av det fjärde bolagsdirektivets syfte, vilket hänvisar till de skyldigheter som slås fast i första bolagsdirektivet, samt i det faktum att det inte finns några uttryckliga krav

---

<sup>180</sup> Se avsnitt 4.4.3 och Asp (1998) s 57f

<sup>181</sup> Förslag till förhandsavgörande punkt 92

på sanktioner i detta fjärde direktiv, att avsikten var att utvidga sanktionskraven i första bolagsdirektivet.<sup>182</sup>

Generaladvokaten anser, något som vid detta lag framkommit, i sitt förslag till förhandsavgörande att den nya versionen av *Codice Civile* inte i tillräckligt hög grad uppfyller kraven på effektivitet, proportionalitet och avskräckande effekt. Lämnande av oriktiga bolagsuppgifter är inte längre straffbelagt, såvida inte redovisningen av skulder, ekonomiska ställning och resultat förfalskats på ett betydande sätt. Dessutom sätter lagstiftaren upp toleransgränser angivna i procent.<sup>183</sup> Att ställa upp sådana anser Generaladvokaten skulle framkalla avsiktliga felräkningar i årsbokslut, något som i längden skulle rubba tredje mans förtroende för att årsbokslut är riktiga.<sup>184</sup> Konsekvensen att oriktiga uppgifter uppsåtligt, med avsikt att vilseleda, skulle offentliggöras ostraffat kan inte tolereras mot bakgrund av direktivens målsättning. Mot denna bakgrund konstaterar Generaladvokaten att gemenskapsrätten inte utgör något hinder för att tillämpa en nationell bestämmelse som begränsar straffbarheten till de gärningar som innebär en betydande förfalskning, såvida det inte rör sig om uppsåtligt handlande med avsikt att vilseleda.<sup>185</sup> Att den italienska påföljdsbestämmelsen i artikel 2621 i *Codice Civile* faller under preskriptionsregler som betyder att den sällan kan utdömas, på grund av att förundersökningen och domstolsförfarandet kräver längre tid, gör också den att artiklarna inte kan betraktas som effektiva och avskräckande.<sup>186</sup>

Sammanfattningsvis innebär ett tillämpande av de EG-rättsliga principerna i detta fall att den nationella domstolen skulle tvingas åsidosätta den nya nationella lagstiftningen då denna inte i tillräcklig mån uppfyller kraven om effektivitet, proportionalitet och avskräckande effekt och därigenom strider mot direktiven.

## 6.2 Legalitet och retroaktivitet

Att legalitetsprincipen är en allmän, gemenskapsrättslig princip är klart och tydligt fastslaget. Generaladvokaten ifrågasätter däremot retroaktivitetsprincipens status genom att påpeka att den bara är ett undantag från legalitetsprincipen och att den dessutom saknar legalitetsprincipens tyngd då den i de flesta länder inte är grundlagsförankrad. Retroaktivitetsprincipen finns, jämte legalitetsprincipen, med i internationella konventioner, såsom den Europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna,<sup>187</sup>

---

<sup>182</sup> *Berlusconi* punkt 58

<sup>183</sup> Denna begränsning är inte att sammanblanda med de trösklar som finns i konkurrensrätten då det där är säkerställt att konkurrensreglernas innebörd och syfte samt praktiska verkan inte skadas. Se *Förslag till förhandsavgörande* punkt 102

<sup>184</sup> *Förslag till förhandsavgörande* punkt 98-100.

<sup>185</sup> *Ibid.* punkt 97, 105

<sup>186</sup> *Ibid.* punkt 112

<sup>187</sup> Art. 7

och likaså i EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna.<sup>188</sup> Retroaktivitetsprincipen kan ses som en av legalitetsprincipens beståndsdelar, och att då bryta ut vissa av dessa och klassificera dem som något annat än gemenskapsrättsliga ger lätt ett förvirrat resultat. EG-domstolen sade dessutom redan 1983 att "[p]rincipen att straffrättsliga bestämmelser inte kan ha retroaktiv verkan är gemensam för alla medlemsstaters rättsordningar (...); den är en av de allmänna rättsprinciper vars efterlevnad domstolen skall säkerställa."<sup>189</sup> Generaladvokaten anför som ytterligare argument att det ur ett gemenskapsrättsligt perspektiv inte är motiverat med en retroaktivitetsprincip, annat än om gemenskapsrättens företräde fortfarande skyddas och dess värderingar respekteras. Allt annat beteende skulle nämligen äventyra rättsordningens enhetlighet och omintetgöra all anledning till att göra undantag från legalitetsprincipen som huvudregel.<sup>190</sup> Oavsett logiken i denna kommentar får det anses vara så att det är relevansen för den nationella rätten, och respekten för en allmän princip, som är central. Generaladvokatens tvekan om retroaktivitetsprincipens ställning är efter det här förda resonemanget inte att betrakta som hållbart och istället utgår den fortsatta diskussionen från att även retroaktivitetsprincipen är en allmän, gemenskapsrättslig princip. Domstolen säger likaså i sitt domslut i *Berlusconi*-fallet att principen "skall anses utgöra en av de allmänna, gemenskapsrättsliga principer[na] (...)."<sup>191</sup> Av detta konstaterande följer en skyldighet för de nationella domstolarna att respektera den när de tillämpar sådan nationell lagstiftning som tillkommit för att implementera EG-rätt, i detta specifika fall bolagsdirektiven. Denna uppfattning följer som visats ovan av de gemensamma, konstitutionella traditionerna i medlemsstaterna och från de riktlinjer som dragits upp i internationella konventioner, vilka medlemsstaterna varit med och framarbetat och sedan anslutit sig till. Utgångspunkten, ur ett straffrättsligt perspektiv och utan hänsyn till direktivens innehåll och krav, skulle därmed vara att den nya, mildare lagstiftningen skall tillämpas, något som också var de tilltalades huvudargument.

## 6.3 Kollisionen mellan de två rättsområdena

Det centrala i den presenterade problematiken är dock huruvida retroaktivitetsprincipen skall tillämpas även då den nya, mildare strafflagstiftningen står i strid med gemenskapsrätten. När det gäller direktiv så har domstolen i sin praxis, vid ett flertal tillfällen, slagit fast att ett direktiv i sig, utan hänsyn till nationell implementeringslagstiftning, inte kan grunda eller utvidga straffrättsligt ansvar. Generaladvokaten har dock som sitt huvudargument i frågan påpekat att skyldigheten att införa straffrättsliga sanktioner inte uttryckligen följer av direktiven och därmed är direktiven oberoende av den nationella implementeringslagstiftningen. Genom detta

---

<sup>188</sup> Art. 49.1, tredje meningen

<sup>189</sup> C-63/83, *Regina mot Kent Kirk* punkt 22

<sup>190</sup> *Förslag till förhandsavgörande* punkt 162

<sup>191</sup> *Berlusconi* punkt 69

resonemang konstaterar hon att den nationella lagstiftningen skall åsidosättas, i enlighet med artikel 10 EG, och att den nationella lagstiftningen i dess lydelse vid tidpunkten för gärningen fortfarande är tillämplig.<sup>192</sup> Denna argumentering är dock högst tveksam då det uttryckligen står i första bolagsdirektivet att lämpliga påföljder skall föreskrivas och då EG-rätten ställer upp vissa krav på dessa. Generaladvokaten för ett cirkelresonemang då hon först konstaterar att den nya italienska lagstiftningen inte är tillräckligt sträng i förhållande till direktivets mål för att sedan säga att det inte följer någon direkt skyldighet att införa sanktioner ur direktivet.<sup>193</sup>

Generaladvokaten anser inte heller att legalitetsprincipen åsidosätts genom detta förfarande, då brottet och dess påföljd finns i den äldre lagstiftningen, en lagstiftning som enligt henne aldrig upphört att gälla. I detta sammanhang blir konstaterandet att ett direktiv inte kan grunda straffrättsligt ansvar återigen intressant. En lagstiftning som på ett korrekt sätt implementerar direktivet, och som likaså innehåller straffrättsliga sanktioner, grundar sig rimligtvis på direktivet. En nationell lagstiftning som implementerar direktivet på ett inkorrekt sätt har, enligt Generaladvokatens resonemang, däremot ingen koppling till direktivets krav på lämpliga sanktioner. I detta fall rör det sig om ett direktiv som i en första tid implementerats till belåtenhet. Genom en nationell lagstiftningsåtgärd ändras så förhållandet och direktivet kan inte längre anses för korrekt implementerat i Italien. Det är i denna situation motiverat att fråga sig vad skillnaden är mellan det att ett direktiv felimplementerats och den händelse att den nationelle lagstiftaren i efterhand ändrat implementeringslagstiftningen så att den blir felaktig ur ett EG-rättsligt perspektiv. Ett felimplementerat direktiv kan inte, på grund av avsaknaden av direkt effekt i ett straffrättsligt sammanhang, ligga till grund för en dom mot en enskild, något som skulle komma för handen i fallet med den i efterhand ändrade lagstiftningen. Legalitetsprincipen anses här vara alltför stark och så att säga åsidosätta EG-rättens företräde framför nationell lagstiftning. Resonemanget om att sanktionerna till en början har sitt ursprung i direktivet, men att så inte längre är fallet efter lagändringen ter sig fullständigt orimligt. Att, som Generaladvokaten gör, ändå hävda att den gamla lagstiftningen skall tillämpas innebär i praktiken en direkt begränsning av den nationelle lagstiftarens kompetens på straffrättens område. Genom detta resonemang hoppas jag kunna övertyga läsaren om att Generaladvokatens avfärdande av retroaktivitetsprincipen som irrelevant för fallet inte är hållbart.

Genom domen i *Brottmål mot X*<sup>194</sup> tycks det som om EG-domstolen delvis tagit ställning i frågan om förhållandet mellan EG-rätten och straffrätten. I punkt 63 säger den nämligen att det är, ”enligt förbudet mot retroaktiv bestraffning enligt artikel 7 i Europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, som är en

---

<sup>192</sup> Förslag till förhandsavgörande punkt 145

<sup>193</sup> *Berlusconi* punkt 63f

<sup>194</sup> Mål C-60/02, *Brottmål mot X*



allmän gemenskapsrättslig princip som är gemensam för medlemsstaternas konstitutionella traditioner, förbjudet att ådöma en straffrättslig påföljd för sådant agerande, även i det fall då den nationella bestämmelsen strider mot gemenskapsrätten.” Det är här dock inte frågan om något direktiv utan rent nationell lagstiftning. Därmed är prejudikatsvärdet för det fall att det ligger ett direktiv till grund för den nationella lagstiftningen något begränsat. Närmare än så har inte EG-domstolen kommit ett avgörande ställningstagande i förhållandet mellan EG-rätten och den nationella straffrätten. Den 3 maj kom domen i Berlusconi-målet. EG-domstolen säger däri att det inte är nödvändigt att besvara frågan om förhållandet mellan de två rättsordningarna i detta specifika fall då den gemenskapsrättsliga regeln här återfinns i ett par direktiv. Direktiv inte kan ju inte ensamt grunda straffrättsligt ansvar eller, som här, skärpa detsamma.<sup>195</sup> Domstolen går således emot Generaladvokatens linje om att de straffrättsliga reglerna inte har sin grund i direktivet och bekräftar att sanktionskravet härleds ur artikel 6 i första Bolagsdirektivet. Samma skyldighet följer enligt praxis även av EG-fördraget.<sup>196</sup> Normalt sett, fortsätter domstolen, skulle en normkonflikt förpliktiga den nationella domstolen att åsidosätta den mot gemenskapsrätten stridande nationella lagstiftningen utan föregående ingripande från lagstiftaren eller konstitutionsdomstolen. I och för sig skulle bolagsdirektiven kunna medföra en plikt att åsidosätta den nationella bolagsrätten på grund av den senares otillräcklighet, men då ett sådant förfarande skulle medföra konkreta konsekvenser för de tilltalade, i form av straff som de stadgades i den upphävda lagstiftningen, omöjliggörs detta.<sup>197</sup> Domstolen fastslår därför att bolagsdirektivens krav på lämpliga påföljder i detta fall inte kan utöka det straffrättsliga ansvaret för de tilltalade genom ett åsidosättande av retroaktivitetsprincipen.<sup>198</sup>

---

<sup>195</sup> *Berlusconi* punkt 71

<sup>196</sup> *Ibid.* punkt 63f

<sup>197</sup> *Ibid.* punkt 72-77

<sup>198</sup> *Ibid.* punkt 78

## 7 Slutsatser

EG-rätten påverkar medlemsstaternas nationella rätt genom principer om direkt effekt och rättfärdigt samarbete och genom att EG-rätten skall ges företräde vid fall av normkollision. EG kan i sekundärrättsliga akter, i detta fall i bolagsdirektiven, ställa upp krav på att överträdelser av desamma skall åtföljas av "lämpliga åtgärder" genom medlemsstaternas försorg. I Berlusconifallet rör det sig således om en positiv EG-rättslig påverkan på den nationella straffrätten. EG har i och för sig ingen kompetens att diktera dessa sanktioners utformning, men domstolen har sagt att de i vilket fall skall vara effektiva, proportionella och avskräckande. Följden av ett konstaterande att de nya artiklarna i den italienska civillagen inte uppfyller det gemenskapsrättsliga kravet på lämpliga påföljder skulle vara att de nationella domstolarna är skyldiga att underlåta att tillämpa dem.

Allmänna, gemenskapsrättsliga principer, främst legalitets- och retroaktivitetsprincipen, ställer upp gränser för direktivens tillämpning i straffrättsliga sammanhang. Domstolen har i sin fasta rättspraxis fastslagit att ett direktiv inte i sig, och oberoende av den nationella implementeringslagstiftningen, kan utgöra grundval för straffrättsligt ansvar eller utvidga det samma för en enskild. Den nya, nationella lagstiftningen är på många sätt mildare än den gamla. Att underlåta att tillämpa den förra skulle skärpa det straffrättsliga ansvaret för de åtalade, och detta skulle strida mot direktivens gränser i fråga om det straffrättsliga ansvaret.

Denna tydliga kollision fick till viss del sin lösning den 3 maj 2005, då EG-domstolens dom i Berlusconimålet kom. Domstolen bekräftade principen om att ett direktiv aldrig kan grunda eller utvidga ett straffrättsligt ansvar. Sanktionerna kan enligt domstolen, och tvärtemot vad Generaladvokaten hävdade, härledas ur direktiven, och att underlåta att tillämpa den nya, italienska lagstiftningen skulle vara ett brott mot denna princip. Enligt domstolen kan bolagsdirektivet i en situation likt den i det italienska fallet således inte åberopas av myndigheterna gentemot enskilda. I detta specifika fall får domslutet som konsekvens att de genom *Decreto Legislativo* införda ändringarna skall tillämpas.

Tyvärr klargjorde domen inte på önskvärt sätt frågan om huruvida principen om retroaktiv tillämpning av lindrigare strafflagstiftning är tillämplig när den strider mot andra gemenskapsrättsliga bestämmelser. Den gemenskapsrättsliga bestämmelse som är aktuell i tvisterna vid de nationella domstolarna ingår i ett direktiv som åberopats av rättsliga myndigheter i ett brottmål. Av denna anledning såg inte EG-domstolen någon anledning att pröva frågan i ett större sammanhang.

Att ge EG-rätten full genomslagskraft, samtidigt som den nationella integriteten bibehålls, tycks i detta system omöjligt. I uppsatsen har det

komplexa och oklara förhållandet mellan EG-rätten och straffrätten påvisats och denna oklarhet kvarstår efter domen i Berlusconi-målet, då det endast är direktiv som omtalas.

Om Generaladvokaten fått rätt i sitt resonemang i målet skulle det ha ökat gemenskapsrättens möjlighet till påverkan på det traditionellt nationella, straffrättsliga området betydligt. Den försiktiga slutsats som kan dras efter detta arbete är dock att EG-domstolen har en omfattande makt att, genom lagtekniska kullerbyttor, komma runt sina kompetensbegränsningar och stärka principen om EG-rättens företräde och kraven på medlemsstaterna ytterligare genom förhandsavgörande och tolkningsanvisningar. Det skall dock hållas i minnet att den yttersta makten ligger kvar hos medlemsstaterna. För att direktiv med positiva, straffrättsliga bestämmelser skall kunna antas krävs ju att ett inte obetydligt antal medlemmar accepterar det. Om medlemmarna accepterar straffrättslig kompetens i första pelaren finns det därefter även förutsättningar för EG-domstolen att pröva frågan i EG-domstolen.

# Käll- och litteraturförteckning

## Offentligt tryck

Europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna; antagen i Rom den 4 november 1950

Fördraget om upprättande av den Europeiska Gemenskapen (Konsoliderad version)

Lag (1964:163) om införande av brottsbalken

Internationella konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter; antagen den 16 december 1966

Rådets första direktiv 68/151/EEG av den 9 mars 1968 om samordning av de skyddsåtgärder som krävs i medlemsstaterna av de i artikel 58 andra stycket i fördraget avsedda bolagen i bolagsmännens och tredje mans intressen, i syfte att göra skyddsåtgärderna likvärdiga inom gemenskapen

Rådets fjärde direktiv 78/660/EEG av den 25 juli 1978 grundat på artikel 54.3 g i fördraget om årsbokslut i vissa typer av bolag

Rådets sjunde direktiv 83/349/EEG av den 13 juni 1983 grundat på artikel 54.3 g i fördraget om sammanställd redovisning

Fördraget om Europeiska Unionen (Konsoliderad version)

Proposition 1997/98:58 Del 1 Amsterdamfördraget

Amsterdamfördraget

Europeiska Kommissionens meddelande (KOM/2000/0559) 13.7.00  
”Grundläggande rättigheter. Bekräfta frihet, demokrati och rättsstaten.”

Europeiska Unionens stadgande om de grundläggande rättigheterna

Fördrag om upprättande av en konstitution för Europa

## Litteratur:

Andersson, T., *Rättsskyddsprincipen, EG-rätt och nationell sanktions- och processrätt ur ett svenskt civilprocessuellt perspektiv*, Iustus Förlag, Uppsala 1997

Arnold, A., Dashwood, A., Ross, M., Wyatt, D., *European Union Law*, 4e uppl., Sweet & Maxwell, London 2000

Asp, P., *EG:s sanktionsrätt*, Iustus Förlag, Uppsala 1998

Asp, P., *EU och straffrätten. Studier rörande den europeiska integrationens betydelse för den svenska straffrätten*, Iustus Förlag, Uppsala 2002

Bernitz, U., *Europarättens grunder*, Juristförlaget, Stockholm 1995

Bernitz, U., Kjellgren, A., *Europarättens grunder*, Norstedts Juridik, Stockholm 2002

Danelius, H., *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis – en kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*, Norstedts Juridik, Stockholm 2000

Elholm, T., *EU-svig, En studie i dansk strafferet*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 2002

Frände, D., *Den straffrättsliga legalitetsprincipen*, Juridiska Föreningens i Finland publikationsserie N:o 52, Ekenäs 1989

von Hirsch, A., *Proportionalitet och straffbestämning*, Juridiska fakulteten i Uppsala, Årsbok 2001: de lege, Iustus förlag, Uppsala 2001

Moëll, C., *Proportionalitetsprincipen i skatterätten*, Juristförlaget i Lund, Lund 2003

Vervaele, J.A.E., *Fraud against the Community, The need for European Fraud Legislation*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Boston 1992

## **Artiklar:**

Abrahamsson, O., *EG-domstolens roll i tredje pelaren enligt Amsterdamfördraget*, Europarättslig Tidskrift 1999 s 427-433

Asp, P., *EU och den svenska straffrätten*, SvJT 2001, s 554-570

Aspelin, Erland, *Straffets grunder – historisk bakgrund*, SvJT 1999 s 108-131

Delmas-Marty, M., *The European Union and Penal Law*, European Law Journal 1998 s 87-115

Gröning, L., *EU:s straffrättsliga samarbete – En fråga om legitimitet*, Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland 2005, första häftet s 1-23

Jareborg, N., *Corpus Juris. Ett förslag till straffrättsliga och processrättsliga bestämmelser till skydd för Europeiska Unionens finansiella intressen*, Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab 1998 s 255-270

Nilsson, H.G., *Europarådet och dess juridiska arbete*, SvJT 1996 s 549-565

Nilsson, H.G., *Tredje pelaren mellan Maastricht och Amsterdam*, SvJT 1999 s 709-735

Nuotio, K., *Straffrätten europeiseras*, Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab, 2001 s 287-308

Sevón L., *Nordisk lagstiftning i integrationsperspektiv*, Juridisk Tidskrift vid Stockholms Universitet, 1994/95, s 668-681

The Economist, *An Italian Story*, 26 april 2001

The Economist, *Slippery Silvio*, 16 december, 2004

Träskman, P-O., *Strafflagen för Europeiska Unionen – fakta och fiktion*, SvJT 2002, s 345-362

## Elektroniska källor

Decreto Legislativo 11 aprile 2002, n. 61, "Disciplina degli illeciti penali e amministrativi riguardanti le società commerciali, a norma dell'articolo 11 della legge 3 ottobre 2001, n. 366" pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* n. 88 del 15 aprile 2002,

<http://www.parlamento.it/leggi/deleghe/02061dl.htm> (2005-05-16)

Europeiska Kommissionens faktablad om EU:s politik: Rättsliga och inrikes frågor

[http://europa.eu.int/scadplus/constitution/justice\\_sv.htm](http://europa.eu.int/scadplus/constitution/justice_sv.htm) (2005-04-08)

Il Codice Civile Italiano, The Cardozo Electronic Law Bulletin

[http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter\\_Dictum/codciv/home.html](http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter_Dictum/codciv/home.html) (2005-05-16)

Legge 3 ottobre 2001, n. 366 – "Delega al Governo per la riforma del diritto societario" Pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 234 del 8 ottobre 2001

[www.penale.it](http://www.penale.it) (2005-05-17)

Ratificering av den Europeiska Konstitutionen: Informationsblad

[http://europa.eu.int/constitution/referendum\\_sv.htm](http://europa.eu.int/constitution/referendum_sv.htm) (2005-04-05)

## Övriga källor och publikationer

Elsevier's dictionary of Criminal Science

Europeiska rådet i Tammerfors – Ordförandeskapets slutsatser

Karnov 2 2004/05

Kommissionens åttonde aktivitetsrapport 1974

# Rättsfallsförteckning

Mål 26/62, *Van Gend en Loos mot Nederländska Skatteförvaltningen* (REG 1963 s 1; svensk specialutgåva, vol. I s 00161)

Mål 6/64, *Flaminio Costa mot ENEL* (REG 1964 s 00585; svensk specialutgåva vol. I s 00211)

Mål 41/69, *ACF Chemiefarma mot Kommissionen*, (REG 1970 s 661; svensk specialutgåva vol. I s 00457)

Mål 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mot Einfuhr- und Vorratsstelle* (REG 1970 s 01125; svensk specialutgåva vol. I s 00503)

Mål 82/71, *Ministère public de la Italian Republic v Società agricola industria latte (SAIL)*(REG 1972 s 00119)

Mål 41/74, *Van Duyn mot Home Office* (REG 1974 s 1337; svensk specialutgåva, vol. II s 00389)

Mål 43/75, *Defrenne mot Sabena* (REG 1976 s 455; svensk specialutgåva, vol. III s 00059)

Mål 50/76, *Amsterdam Bulb BV mot Produktshop voor Siergerwassen* (1977 s 00137; svensk specialutgåva III s 00281)

Mål 106/77, *Amministrazione delle Finanze dello Stato mot Simmenthal* (REG 1978 s 00629; svensk specialutgåva, vol. IV s 00075)

C-148/78, *Pubblico Ministero mot Tullio Ratti* (REG 1979 s 1629; svensk specialutgåva IV s 00439)

Mål 14/83 *Von Colson och Kamann mot Land Nordrhein-Westfalen* (REG 1984 s 01891; svensk specialutgåva VII s 00577)

C-63/83, *Regina mot Kent Kirk* (REG 1984 s 02689; svensk specialutgåva VII s 00623)

Mål 152/84, *Marshall mot Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (teaching)* (REG 1986 s 00723; svensk specialutgåva, vol. VIII s 00457)

Mål 14/86, *Pretore di Salò mot X* (REG 1987 s 02545; svensk specialutgåva, vol. IX s I-00111)

Mål 80/86, *Brottmål mot Kolpinghuis Nijmegen BV* (REG 1987 s 03969; svensk specialutgåva IX s. 00213)



Mål 186/87, *Ian William Cowan mot Trésor public*, (REG 1989 s 00195; svensk specialutgåva, vol. X s 00001)

Mål 265/87, *Hermann Schröder HS Kraftfutter GmbH & Co. KG mot Hauptzollamt Gronau* (REG 1989 s 2237; svensk specialutgåva vol. X s 00097)

Mål 68/88, *Europeiska Gemenskapens kommission mot Republiken Grekland* (REG 1989 s 02965; svensk specialutgåva vol. X s 00153)

De förenade målen C-6/90 och 9/90, *Frankovich m.fl.*, (REG 1991 s I-05357; svensk specialutgåva, vol. XI s I-00453)

C-210/91, *Europeiska gemenskapernas kommission mot Republiken Grekland* (REG 1992 s I-06735)

C-91/92 *Faccini Dori mot Recreb Srl* (REG 1994 s I-03325; svensk specialutgåva, vol. XVI s I-00001)

C-383/92 *Europeiska gemenskapernas kommission mot Förenade Kungariket Storbritannien och Nordirland* (REG 1994 s I-02479; svensk specialutgåva XV s I-00187)

De förenade målen C-358/93 och C-416/93, *Brottmål mot Aldo Bordessa et Vicente Marí Mellado et Concepción Barbero Maestre* (REG 1995 s I-00361)

C-36/94, *Siesse* (REG 1995 s I-03573)

C-193/94, *Brottmål mot Skanavi och Chryssanthakopoulos* (REG 1995 s I-00929)

De förenade målen C-304/94, C-330/94, C-342/94 och C-224/95, *Brottmål mot Tombesi m.fl.*, (REG 1997 s I-03561)

C-341/94, *Brottmål mot André Allain* (REG 1996 s I-4633) – Förslag till förhandsavgörande

De förenade målen C-74/95 och C-129/95, *Brottmål mot X* (REG 1996 s I-06609)

C-230/97, *Brottmål mot Ibiyinka Awoyemy* (REG 1999 s I-06781)

De förenade målen C-397/01 och C-403/01, *Pfeiffer m.fl* (REG 2004 s I-00000)

C-276/01, *Joachim Steffensen* (REG 2003 s I-03735)

C-60/02, *Brottmål mot X* (REG 2004 s I-0000)

C-278/02, *Handlbauer* (REG 2004 s I-0000)

De förenade målen C-387/02, C-391/02 och C-403/02, *Silvio Berlusconi (C-387/02), Sergio Adelchi (C-391/02), Marcello Dell'Utri and Others*, (REG 2005 s I-0000) med Förslag till förhandsavgörande

NJA 1900 s 772

# Bilaga A

## Italiensk lagstiftning innan reformen<sup>199</sup>

*Artikel 2621, Codice Civile*

Om gärningen inte utgör ett allvarligare brott skall följande personer dömas till fängelse, lägst ett och högst fem år, och till böter, på lägst två miljoner och högst tjugo miljoner lire:

1. De upphovsmän, bolagsgrundare, administratörer, verkställande direktörer, styrelseledamöter och likvidatorer som i rapporter, årsbokslut eller annan bolagsinformation på ett bedrägligt sätt redovisar oriktiga uppgifter om bolagets sammansättning eller ekonomiska ställning eller helt eller delvis döljer uppgifter om denna ställning. (...)

## Italiensk lagstiftning efter reformen

*Artikel 2621 (Oriktiga uppgifter om bolaget) Codice Civile*

Såvida inte annat föreskrivs i artikel 2622 skall administratörer, verkställande direktörer, styrelseledamöter och likvidatorer, som i avsikt att vilseleda bolagsmännen eller allmänheten, och i syfte att själva eller för andra få en oberättigad vinst, i årsbokslut, i rapporter eller i andra i lag föreskrivna till bolagsmännen eller allmänheten riktade uppgifter om bolaget redovisar oriktiga uppgifter, även om de senare värderas, eller underlåter att lämna sådan information som enligt lag skall överlämnas, om tillgångar, skulder, ekonomisk ställning och resultat i bolaget eller i den koncern som detta tillhör, på ett sätt som är ägnat att ge dem som uppgifterna riktar sig till en oriktig uppfattning om denna ställning, dömas till fängelse, lägst två månader och högst ett år och sex månader.

Gärningen är straffbar även i det fall att informationen avser tillgångar som bolaget innehar eller förvaltar för tredje mans räkning.

Gärningen kan inte bestraffas om de oriktiga uppgifterna eller underlåtenheten att redovisa uppgifter om tillgångar, skulder, ekonomisk ställning och resultat i bolaget eller i den koncern som det tillhör, inte innebär en betydande förfalskning. Gärningen är inte i något fall straffbar om de oriktiga uppgifterna eller underlåtenheten att lämna information leder till att förändringen av rörelseresultatet för räkenskapsåret före skatt uppgår till högst 5 procent eller att förändringen av nettotillgångarna uppgår till högst 1 procent.

I vart fall är gärningen inte straffbar om den följer av uppskattningar som var och en för sig avviker med högst 10 procent av den korrekta värderingen.

---

<sup>199</sup> Översättning från *Förslag till förhandsavgörande*

*Artikel 2622 (Oriktiga bolagsuppgifter till skada för bolagsmännen och fordringsägarna)Codice Civile*

Administratörer, verkställande direktörer, styrelseledamöter och likvidatorer, som i avsikt att vilseleda bolagsmännen eller allmänheten, och i syfte att själva eller för andra få en oerättigad vinst, i årsbokslut, i rapporter och i andra i lag föreskrivna till bolagsmännen eller till allmänheten riktade uppgifter om bolaget redovisar oriktiga uppgifter, även om de senare värderas, eller underlåter att lämna information som enligt lag skall överlämnas om tillgångar, skulder, ekonomisk ställning och resultat i bolaget eller i den koncern som det tillhör, på ett sätt som är ägnat att ge dem som uppgifterna riktar sig till en oriktig uppfattning om denna ställning, och därigenom orsakar ekonomisk skada för bolagsmännen eller fordringsägaren, skall, efter den skadelidandes åtalsanmälan, dömas till fängelse, lägst sex månader och högst tre år.

Likaså inleds förfarandet efter åtalsanmälan om gärningen motsvarar ett annat, till och med allvarligare, brott som medfört skada på tillgångarna hos andra personer än bolagsmännen och fordringsägarna, utom när gärningen har medfört skada för staten, andra offentliga inrättningar eller Europeiska gemenskaperna.

I fråga om bolag som omfattas av bestämmelserna i del IV avdelning III avsnitt II i decreto legislativo nr 58 av den 24 februari 1998 omfattar straffet för de gärningar som anges i första stycket lägst ett och högst fyra år och brottet skall åtalas ex officio.

Gärningar som är straffbara enligt första och tredje styckena är straffbara även i det fall att uppgifterna avser tillgångar som bolaget innehar eller förvaltar för tredje mans räkning.

Gärningar som är straffbara enligt första och tredje styckena är inte straffbara om de oriktiga uppgifterna eller underlåtenheten att redovisa tillgångar, skulder, ekonomisk ställning och resultat i ett bolag eller i den koncern som det tillhör inte innebär en betydande förfalskning. Gärningen är inte heller straffbar om de oriktiga uppgifterna eller underlåtenheten att redovisa uppgifter leder till att det ekonomiska resultatet för räkenskapsåret före skatt ändras med högst 5 procent eller att nettotillgångarna ändras med högst 1 procent.

I vart fall är gärningen inte straffbar om den följer av uppskattningar som var och en för sig avviker med högst 10 procent av den korrekta värderingen.