

"Efterskalv i ne bis in idem-frågan - därför borde resning beviljas även för tidigare fall"

Publicerad 2015-02-10 12:14



KRÖNIKA/ANALYS - av advokat Jan Södergren, Lewis & Partners Advokatbyrå

Säcken har nog inte riktigt knutits ihop, vad gäller den svenska ordningen med dubbla förfaranden avseende vissa skattesanktioner: således ne bis in idem.

I slutet av 2014 avgjorde Europadomstolen ett antal svenska pilotmål, varav ett har det klingande namnet "Lucky Dev mot Sverige" (dom den 27 november 2014 i mål nr. 7356/10). I sak fälldes Sverige för att ha drivit dubbla förfaranden avseende i skattemål. Klaganden friades i tingsrätten för skattebrott (det var således fråga om brott mot dubbla förfaranden, inte dubbla straff). Klaganden drev också frågan om dubbla förfaranden och straff avseende bokföringsbrott. I denna del friades Sverige. **Emellertid handlar inte denna artikel om sakfrågorna**, utan i huvudsak ett yrkande från staten om att målet skulle avvisas därför att den nationella brottmålsprocessen avgjordes slutlig en månad innan Europadomstolen "harmoniserade" praxis avseende ne bis in idem. Detta skedde på sådant sätt att det svenska systemet med dubbla förfaranden i skattemål inte längre kunde anses förenlig med artikel 4 i tilläggsprotokoll 7; nämligen genom fallet Zolotukhin mot Ryssland den 10 februari 2009.

HD kom i NJA 2013 s 746 (resningsmålet) att ta detta datum som utgångspunkt för att meddela resning i ne bis in idem ärenden (det ansågs passande att denna artikel publiceras på årsdagen av Zolotukhin).

Läsaren av denna artikel förutsätts vara insatta i rättsutvecklingen i Europadomstolen, Unionsdomstolen och den rättsutveckling som skedde i Sverige i kölvattnet av denna. Den svenska rättsutvecklingen har beskrivits som "rättsligt kaos" och som "rättslig batalj". Det sägs till och med att det har skett ett "domstolsuppror", fram till sommaren 2013 då HD sägs ha avgjort frågan "slutligt".

Annars kan läsaren med fördel ta del av den ymniga diskussion som skett i olika fora, exempelvis Katarina Fast artikel i JT "Tusen skäl att förekomma istället för att förekommas - en kommentar till dubbelbestraffningsfallen i EU-domstolen och Högsta domstolen 2013"(JT nr. 1 2013/14 s 24 ff).

Katarina Fast varnar (med hänvisning till prof. em. Ulf Bernitz) för "efterskalv". Nu är frågan om inte ett sådant efterskalv redan har inträffat, på grund av av majoritetens svar på det ovan angivna avvisningsyrkandet i Lucky Dev. Fråga är

således om inte resning också måste meddelas avseende dubbelförfarandemål som hänför sig i tiden före Zolotukhin.

Lucky Dev påfördes skattetillägg den 1 juni 2004, varefter ett brottmål avseende bland annat skattebrott initierades den 5 augusti 2005. Därefter pågick skatteprocessen och brottmålet parallellt ett tag.

I Europadomstolen ansåg således staten att målet skulle avvisas (av flera skäl), bland annat med hänvisning till att brottmålet för Lucky Devs del hade avgjorts slutligt den 8 januari 2009 och således en månad innan Zolotukhin-avgörandet. Staten ansåg att rättsläget innan dess - med hänvisning till det motiverade avvisningsbeslutet i fallet Rosenqvist mot Sverige - var ett annat; nämligen att det utgjorde två olika gärningar för utdömande av skattetillägg å ena sidan och påföljd för skattebrott å andra sidan, på grund av olikheter på den subjektiva sidan.

Som exkurs kan jag inte undvika att nämna att jag kritiserade denna distinktion redan 2002 (undertecknad i Axplock II - ur svensk konventionstillämpning, ERT nr 4 2002, s. 659 ff. här s. 663), som Europadomstolen först utmejslade 1999 i ett par franska fall (Ponsetti & Chesnel). För mig framstod distinktionen - då 2002 - som "nödargument". Jag framhöll att Europadomstolen därigenom förmodligen inte en gång för alla hade knäsat en princip om att det alltid utgör olika gärningar, när två förfaranden skiljer sig åt vad gäller subjektiv täckning.

Jag hänvisade också i samma artikel till att norska Høyesteret i avgöranden från 2002 gick en annan väg än Sverige vid tidpunkten och underkände uttryckligen argumentationen i Ponsetti & Chesnel samt underkände det norska dubbelförfarandesystemet.

För att gå tillbaka till Lucky Dev och statens argument att hennes brottmålsprocess avslutades en månad innan Zolotukhin, anförde majoriteten i Lucky Dev följande (§ 50, min översättning).

"I detta hänseende vill Domstolen understryka att Zolotukhin-fallet anhängiggjordes hos Domstolen i april 2003 och avsåg omständigheter som inträffade under 2002 och 2003. Följaktligen, försåvitt Domstolen ändrade eller modifierade sin tidigare approach avseende ne bis in idem frågor, när den avkunnade sin dom i februari 2009, gjorde den så i förhållande till faktiska omständigheter, som då var sex eller sju år gamla. Generellt, om omständigheter i det förflutna skall prövas enligt rådande jurisprudens när omständigheterna inträffar, skulle praktiskt taget ingen utveckling av praxis kunna ske. Även om Domstolen tillstår att, vid tidpunkten för brottmålsprocesserna mot klaganden, det fanns tidigare beslut som avsåg dubbla förfaranden i svenska skattemål, vilka slog fast att ett klagomål avseende liknande omständigheter var uppenbart ogrundat^[1] (fallet Rosenqvist), så måste förevarande mål likväl bestämmas med hänsyn till existerande praxis vid tidpunkten för Domstolens prövning. I vart fall, med beaktande av att artikel 4 i protokoll nummer 7 förbjuder dubbling av processer efter det datum när det första förfarandet har slutligt avgjorts, måste det erinras att skatteprocessen fortsatt till den 20 oktober 2009, långt senare än avkunnandet av domen i Zolotukhin-fallet."

Majoriteten menade således - helt reservationslöst - att mål skall bestämmas med hänsyn till existerande praxis vid tidpunkten för Domstolens prövning. Förvisso uttalade sig majoriteten enbart om prövningen i Europadomstolen; inte vad som skall gälla på det nationella planet. Enligt mig bör emellertid vad majoriteten uttalade i detta hänseende också få betydelse på nationell nivå.

Det finns emellertid först anledning att redovisa vad en minoritet om tre domare uttalade i detta hänseende, i en skiljaktig motivering (concurring opinion). Minoriteten

var mindre kategorisk och mer resonerande. Minoriteten hänvisade till det äldre fallet "Marckx mot Belgien" (13 juni 1976, Serie A no. 31), där Europadomstolen "befriade" (dispensed) staten från att riva upp (re-open) ett mycket stort antal lagakraftvunna privata dödsbodelningar.

Minoriteten noterade att majoritetens ståndpunkt inte stämde med Marckx avgörandet. Den ansåg att en mer differentierad approach var nödvändig. Minoriteten noterade dock Europadomstolens stadgade princip att en klaganden som har anhängiggjort ett mål i Europadomstolen före en praxisändring, skall behandlas på samma sätt som den klagande som tidigare har varit framgångsrik och föranlett praxisändringen (det vill säga det nya rättsläget skall appliceras också på det senare anhängiggjorda målet, även om omständigheterna härrör sig i tiden före praxisändringen).

Enligt minoriteten var det vidare en öppen och komplex fråga vad som skall gälla beträffande klagomål som är anhängiggjorda (i Europadomstolen) efter en praxisändring, när den nationella domen grundar sig på ett tidigare rättsläge och som då har vunnit laga kraft. I dessa fall ansåg minoriteten att det förelåg en klar intressekonflikt; å ena sidan nationella domstolars intresse av tillförlitlighet och konsekvens i Europadomstolens praxis och å andra sidan klagandens intresse av att utveckling av praxis avseende mänskliga rättigheter också tillämpas på deras fall.

Minoriteten argumenterade därför för att det skulle vara helt legitimt för nationella domstolar att tillämpa Europadomstolens praxisändringar enbart ex nunc, för såvitt det inte föreligger tvingande skäl att besluta annorlunda (vilket måste framgå tydligt av den domen). Lite slagordslikt anförde minoriteten: "National courts are required to implement the Court's judgments, but not to anticipate changes in the case-law." Det skall understrykas att minoriteten här talar om mål som vunnit laga kraft på det nationella planet innan Europadomstolen företar en praxisändring.

Minoriteten godtog också den svenska lösningen som i korthet kan sägas innebära att det sker en överträdelse av bestämmelsen om ne bis in idem när ett andra förfarande om samma sak initieras efter Zolotukhin; således den 10 februari 2009.

Minoriteten noterade dock att förfarandet i Lucky Devs fall fortsatte efter Zolotukhin (d.v.s. taxerinsförfarandet som avslutades i oktober 2009), varför de nationella domstolarna "did have a chance to implement the new approach". Minoriteten brydde sig således mindre om vilket förfarande som hade *inletts* först, till skillnad från den svenska hållningen (i Lucky Dev hade skattetilläggsprocessen initierats först samt pågick även efter brottmålet avslutats).

Minoriteten intog således ungefärligen samma inställning som HD i resningsmålet (det finns några skillnader som inte skall diskuteras här).

Majoritetens inställning torde emellertid medföra att "Zolotukhin-brytpunkten" knappast längre kan upprätthållas, om domen står sig (Lucky Dev fallet vinner laga kraft den 27 februari, om inte staten hänskjuter målet till Grand Chamber).

Förvisso finns det inte någon på konventionen grundad förpliktelse för staterna att meddela resning (det finns dock en rekommendation från Europarådet från 2004 att göra det, åtminstone i fall där privata intressen inte står mot varandra). Det finns å andra sidan en förpliktelse enligt den så kallade subsidiaritetsprincipen, som i korthet innebär att överträdelser skall hanteras och repareras i första hand på nationell nivå. HD har också i helt andra mål själv hänvisat till denna subsidiaritetsprincip (se exempelvis NJA 2009 s 463 och 2013 s 842).

Att majoriteten uttalar sig om hur prövningen skall ske i Europadomstolen torde därvid sakna betydelse. Oavsett vilka skäl HD har anfört för att först ändra rättsläget

samt därefter meddela resning under sommaren 2013, så vore det märkligt om majoritetens tämligen reservationslösa ståndpunkt i Lucky Dev går obemärkt förbi, låt vara att det kan finnas mycket kvar att diskutera och utreda.

Är detta ett efterskalv? Om majoritetens reservationslösa uttalande i Lucky Dev står sig, lär det följa av bland annat subsidiaritetsprincipen, att resning måste ske i fler och tidigare fall än vad som nu gäller enligt svensk praxis.

Lucky Dev aktualiserar också den allmänna frågan om när nationella domstolar måste tillämpa förändrad eller modifierad praxis från Europadomstolen. Det finns nämligen de som hävdar att Europadomstolens domar aldrig kan tillämpas, om de omständigheter (rätts- och bevisfakta) som är föremål för bedömning, i tiden ligger före ändringen/modifieringen av praxis; således inte ens i fall som alltjämt pågår på nationell nivå. Sådana situationer kan uppstå och har uppstått.

Enligt mig ger såväl majoriteten som minoriteten i Lucky Dev klart uttryck för att existerande ändrad eller modifierad praxis från Europadomstolen skall tillämpas i *pågående* nationella mål, oavsett om rättsfakta ligger före praxisändringen. Då har ju de nationella domstolarna alltjämt - som minoriteten uttryckte det - "...a chance to implement the new approach."

Resning däremot, är enligt mig en annan och mycket mer komplex och svårbedömd fråga, som lätt kan vara föremål för en hel doktorsavhandling. Även frågan om när en praxisändring måste tillämpas på nationell nivå i pågående mål, lär diskuteras vidare.

[1] Manifestly ill founded. Domstolen skriver så när den avvisar mål på materiella grunder i s.k. motiverade avslagsbeslut. I själva verket är det mycket få fall som ens kommer så långt i Europadomstolen att avslagsbeslutet motiveras, varför termen "uppenbart ogrundad" är missvisande.