

"Nej - Europadomstolen har inte ändrat praxis när det gäller ne bis in idem"

Publicerad 2017-09-20 10:40



DEBATT - av advokaten Jan Södergren

I slutet av 2016 avgjorde Europadomstolen fallet A och B mot Norge^[1]. Fallet avsåg två enskilda fall med dubbla förfaranden i skattemål, således skattetilläggsfall som löpte parallellt med skattebrottmål.

Norge friades i fallen, vilket i debatten har hävdats vara motstridigt i förhållande till hur Europadomstolen ska ha bedömt det svenska systemet.

De båda systemen har sagts vara snarlika. Europadomstolen sägs svaja i sin praxis. Uppfattningen har, något anmärkningsvärt, även uttalats i officiella dokument.

Lagrådet uttalade - förvisso i ett annat sammanhang - i ett svar på regeringens lagrådsremiss "Skadestånd och Europakonventionen" följande:

"Emellertid är det närmast en omöjlig uppgift att åstadkomma en lagreglering som överensstämmer med Europadomstolens praxis. *Den domstolen synes inte ha ambitionen att utarbeta en praxis som står sig över tiden* (min kursivering)".

Helt säkert syftade lagrådet på fallet A och B mot Norge. Det finns anledning att analysera det norska fallet med den - mig veterligt - enda domen där Sverige har fällits för dubbla skatteförfaranden sedan det så kallade Zolotukhin mot Ryssland-målet 2009^[2] (i vilken Europadomstolen medgav att dess tidigare rättspraxis i frågan huruvida två domar avsåg samma brott hade varit otydlig och fann det därför viktigt att en gång för alla skapa klarhet om tolkningen av artikel 4 i protokoll 7) - nämligen fallet Lucky Dev mot Sverige^[3] från 2014.

I det norska fallet hade A och B underlåtit att till grund för beskattning deklarerat betydande vinster i samband med aktieförsäljningar. De ålades därför att betala tilläggs-skatt som uppgick till 30 procent av den undandragna skatten.

De åtalades dessutom för grovt skattebedrägeri och dömdes av domstol till fängelse. De hävdade att de härigenom hade straffats två gånger för samma gärning i strid med artikel 4 i protokoll 7 till konventionen^[4].

Avgörande i det norska fallet var att de två förfarandena hade löpt parallellt och hängt samman på så sätt att de fakta som konstaterats föreligga i förfarandet om skattetillägg också hade beaktats i det straffrättsliga förfarandet och att det vid bestämmande av fängelsestraffens längd hade beaktats att A och B redan hade ålagts att betala tilläggs-skatt.

Under sådana förhållanden hade det, enligt Europadomstolens mening, funnits ett tillräckligt nära samband mellan de två förfarandena, både i sak och tidsmässigt, för att de kunde anses som delar av ett sammanhängande system av sanktioner för underlåtenhet att anmäla inkomster till beskattning[5].

Detta test - “a sufficiently close connection ... , in substance and in time” - gjordes för första gången i fallet Nilsson mot Sverige 2005[6], så det är inget nytt.

Baserat på omständigheterna i det norska målet fann Europadomstolen också att dubbelförfarandet var förutsebart och proportionerligt för klagandena.

Vad gäller det tidsmässiga sambandet ska det tilläggas att A påfördes skattetillägg den 24 november 2008. Drygt en månad före det hade han den 14 oktober samma år åtalats i ett brottmålsförfarande. A fälldes av brottmålsdomstol den 2 mars 2009, således en kort tidsutdräkt mellan förfarandena. I B:s fall var tidsutdräkten längre, men detta berodde på B:s egen förskyllan.

Avviker det norska fallet från tidigare praxis - exempelvis gentemot fallet Lucky Dev mot Sverige?

Devisen under ne bis in idem-förbudet, att det inte föreligger en överträdelse när förfarandena har ett tillräckligt nära samband, både i sak och tidsmässigt, är inget nytt. Detta förtydligades i Zolotukhin.

I Lucky Dev fann Europadomstolen att skatteförfarandet och brottmålet prövades av olika myndigheter utan att förfarandena var sammankopplade. Förfarandena löpte på i olika takt och hade separata agendor. De vann också laga kraft vid olika tidpunkter.

Europadomstolen noterade i Lucky Dev att HFD inte hade tagit hänsyn till att klaganden hade friats i brottmålet, när HFD vägrade prövningstillstånd i målet avseende det påförda skattetillägget. Europadomstolen fann därför i det svenska fallet att förfarandena inte var samordnade i tid och i sak, varför Sverige fälldes för brott mot förbudet mot dubbla förfaranden.

De båda målen kan helt klart särskiljas och det kan inte sägas att det norska fallet utgör en praxisändring i förhållande till det svenska. Det finns inte ens tolkningsutrymme för en sådan ståndpunkt.

Nu är det emellertid så att det finns utrymme enligt konventionssystemet att snarlika fall kan leda till olika utgångar. Detta beror på en utveckling som drivits fram av medlemsstaterna själva.

Det hänger samman med den så kallade subsidiaritetsprincipen, det vill säga att det i första hand ankommer på staterna - och särskilt de nationella domstolarna vid rättstillämpning - att tillämpa konventionsrätten lojalt på nationellt plan. När de gör det har de en viss så kallad bedömningsmarginal (margin of appreciation).

En accentuering av subsidiaritetsprincipens betydelse och innehåll har skett sedan i vart fall 2012, då den så kallade Brightonkonferensen hölls om Europadomstolens framtid. Diskussionen har därefter fortsatt - bland annat inför Europadomstolens verksamhetsår 2016[7].

Europadomstolen uttalar att vi befinner oss i en subsidiaritets-era. Man säger att subsidiaritetsprincipen är dubbel (a two-sided coin), det vill säga skyldighet för såväl staterna som Domstolen.

Subsidiaritetsprincipen är inte ny, men den synes ha fått ett ökat fokus. Som jag har tolkat det innebär principen å ena sidan ett accentuerat ansvar för nationella lagstiftare och rättstillämpare, att lojalt beakta Europakonventionen och Europadomstolens praxis vid lagstiftning och inhemsk rättstillämpning (underförstått i större utsträckning än förut).

Som belöning för detta ska Europadomstolen - å andra sidan - avvisa även mål när det (som det måste förstås) kanske finns lika goda argument för att fälla staten, som för att fria (om målet inte reser viktiga frågor om tolkning och tillämpning av konventionen).

Lojalitet lönar sig således och belöningen ligger i bedömningsmarginalen. Därför kan också utgången bli i olika i snarlika fall, beroende på hur frågeställningen har hanterats nationellt.

Detta är således en utveckling som staterna själva (främst Storbritannien) har drivit fram och utgör därför inte ett uttryck för att Europadomstolen skulle darra på manschetten eller skapa en svajig praxis.

Vad gäller de här diskuterade ne bis in idem-fallen kan sägas att Europadomstolen inte ansåg att den kunde ifrågasätta de noggranna överväganden som den norska lagstiftaren hade gjort avseende det norska systemet och inte heller de åtgärder som myndigheter och domstolar vidtagit.

Fallen hade prövats av Norska Høyesterett som med beaktande av Europadomstolens praxis noggrant hade övervägt exempelvis om de båda förfarandena hade avsett "samme forhold".

Svenska Högsta domstolens tidigare så kallade "klart-stöd-doktrinen" (NJA 2000 s 662 upprepad i NJA 2010 s 168) har knappast varit behjälplig, om man velat behålla det svenska systemet (det var emellertid EU-domstolen - inte Europadomstolen - som dödade den doktrinen).

[1] Dom den 15 november 2016 i mål nr. 24130/11 och 29758/11. Det finns ett kort referat av fallet i Europarättslig tidskrift nr. 1 2017, Hans Danelius, Europadomstolens domar under oktober - december 2016, s 223 ff. här s. 229 f.

[2] Dom den 10 februari 2010 i mål nr. 14939/03. Målet rörde dock inte skatt. Även ref Danelius SvJT 2009 s 686.

[3] Dom den 27 november 2014 i mål nr. 7356/10.

[4] Formulering och översättning är direkt hämtad från Danelius, ref ovan.

[5] Även detta stycke har hämtats från Danelius översättning och refererat.

[6] Avvisningsbeslut den 13 december 2005 i mål nr. 73661/01.

[7] Se Background paper; Seminar to mark the official opening of the judicial year (30 januari 2015); Subsidiarity :a two sided coin.