

Synpunkter på den nationella domstolens lydnadsplikt i EG-rätten

1. Inledning

Utvecklingen inom den Europeiska Unionen har under de senaste åren gått mot att den Europeiska gemenskapen fått utökad kompetens på en rad nya områden. Diskussionen om behovet av en utökad kompetens har under många år varit intensiv inom t ex. skatterätten. Också inom ramen för den begränsade kompetens gemenskapen har inom skatterättsområdet så kan EU:s påverkan bli betydlig såsom Finland fått erfarva exempelvis i frågan om bilbeskattningen.

Det ter sig mot denna bakgrund motiverat att i en festskrift till Edward Andersson dryfta några aktuella frågor om förhållandet mellan nationella domstolars domsrätt och EG-domstolens jurisdiktion.

2. Bakgrund

Inom den Europeiska gemenskapen har man som känt byggt upp ett säreget system i syfte att garantera en uniform rättstillämpning av de rättsregler som emanerar ur EU-systemet. Det innebär kort sagt att frågor som gäller tillämpning av EG-rätten inom medlemsstaterna i normal ordning handläggs av de nationella domstolarna. Genom bindande förhandsavgöranden som EG-domstolen i enlighet med art. 234 i fördraget avger är EG-domstolen den högsta auktoritativa uttolkaren av EG-rätten inom detta rättssystem. För att garantera en enhetlig rättstillämpning kan den nationella domstolen ställa en fråga om tolkning av EG-rätten till EG-domstolen. Då ärendet behandlas i lägre instans kan ett förhandsbesked inbegäras, då ärendet behandlas i sista instans är domstolen tvungen att inbegära ett tolkningsbesked om EG-rättens tolkning har betydelse för ärendets avgörande och det är oklart hur EG-rätten skall tolkas i något för målet viktigt hänseende.

Som känt har detta system i takt med att mängden normer på EG-nivå ökat kommit att leda till en omfattande rättspraxis från EG-domstolen. Avkunnandet

av bindande förhandsavgöranden (preliminary rulings) är den dominerande måltypen bland de mål som domstolen handlägger.

3. Ett aktuellt fall – Arsenal FC

3.1 EG-domstolens dom

EG-domstolen avkunnade i november 2002 en dom i den långa raden av bindande förhandsavgöranden.¹ Domen gällde en tolkning av EG:s varumärkesdirektiv från år 1989 i fallet *Arsenal mot Matthew Reed*. Domen har väckt uppmärksamhet också utanför de kretsar som intresserar sig för immaterialrätt. Orsaken härtill är inte bara den att en spektakulär och välkänd fotbollsklubb varit inblandad, utan framförallt det faktum att den brittiska domare Justice Laddie, som inbegärt förhandsavgörandet, valde att uttryckligen döma i strid med det i sitt avgörande i High Court i London.

Bakgrunden till målet var följande: Arsenal FC hade väckt talan mot Matthew Reed (MR) och hävdade varumärkesintrång. Fotbollsklubben hade år 1989 registrerat varumärket Arsenal. MR hade å sin sida sedan år 1970 idkat försäljning av fotbollssouvenirer och supporterartiklar i ett flertal försäljningsstånd utanför Arsenalns stadion Highbury. I dessa försäljningsstånd såldes och marknadsfördes bland annat halsdukar på vilka det med stora bokstäver stod Arsenal. Fotbollsklubben hävdade att MR:s affärsverksamhet innebar kränkning av deras varumärke. MR bestred käromålet på den grunden att han i försäljningstånden klart och tydligt angav att orden och logotyperna på produkterna som såldes endast utnyttjats i estetiskt syfte och att de inte anger något samband till någon tillverkare eller distributör som t.ex. Arsenal FC. Officiella Arsenalprodukter är endast produkter med särskild etikett med intyg om att de är sådana.

Arsenal FC hävdade i målet dels att MR gjorde sig skyldig till kränkande marknadsföring (sk. passing off) eftersom MR vilseledde kunderna om de försålda varornas ursprung samt att MR gjorde sig skyldig till varumärkesintrång enligt den engelska Trade Marks Act 1994.

High Court i London där målet var anhängigt kom fram till att Arsenal FC inte hade lyckats leda i bevis sitt påstående om »passing off», dvs. om vilseledande av allmänheten. Domstolen anförde bland annat att beteckningen Arsenal FC som applicerats på föremål som MR sålde inte innehöll några uppgifter om varans ursprung.

High Court i London underkände också Arsenal FC:s argumentation till stöd för hävdade intrång enligt Trade Marks Act artikel 10.1 och 10.2.6. Enligt argumentationen hade de personer som utgjorde målgrupp för MR:s användning av tecken

¹ Mål C-206/01.

som registrerats som varumärken kommit att uppfattas användningen som en indikation på produkternas kommersiella ursprung, varför tecknen användes som varumärken (trade mark use).

High Court menade att detta inte var fallet utan att den allmänhet som var målgruppen för varumärkesanvändningen uppfattade tecknen på produkterna som bevis på stöd, lojalitet eller tillhörighet (badge of support, loyalty or affiliation).

High Court ansåg med hänsyn till dessa omständigheter att Arsenal FC:s talan om varumärkesintrång endast kunde bifallas om skyddet som varumärkesinnehavaren åtnjuter enligt art. 10 i den brittiska Trade Marks Act 1994, och det direktiv som införlivats genom denna lag, förbjöd tredje man att använda varumärket på något annat sätt än som varumärke. Mot bakgrund av bland annat dessa omständigheter beslöt High Court of Justice att vilandeförklara målet för att ställa några tolkningsfrågor till EG-domstolen:

Om ett varumärke har registrerats med giltig verkan, och en tredje man i näringsverksamhet använder ett tecken som är identiskt med detta varumärke med avseende på varor som är identiska med de varor för vilka varumärket har registrerats kan denne tredje man invända mot påstått varumärkesintrång att användningen av tecknet inte innebär ett angivande av det kommersiella ursprunget (det vill säga att det i näringsverksamheten föreligger ett samband mellan varorna och innehavaren av varumärket)?

Vidare ställde High Court en tilläggsfråga: »Om svaret är jakande, utgör det ett tillräckligt samband att den ifrågavarande användningen av tecknet skulle kunna uppfattas som ett tecken på stöd för varumärkesinnehavaren eller på lojalitet eller samhörighet med denna?»

Domstolen konstaterar i sitt domslut (12.11.2002) att bägge tolkningsfrågor skall bedömas i ett sammanhang. I föreliggande fall gällde tolkningsproblemet tolkningen av EG:s varumärkesdirektiv art. 5.1a.

Enligt detta stadgande ges innehavaren av ensamrätten behörighet att förhindra tredje man, som inte har hans tillstånd, att i näringsverksamhet använda tecknen som är identiska med varumärket med avseende på varor och tjänster som är identiska med dem för vilka varumärket har registrerats.

Art. 5.1a ger alltså ingen absolut ensamrätt åt märkesinnehavaren, utan ensamrätten ger skydd endast för de situationer i vilka det att tredje man använder tecknet skadar eller kan skada varumärkets funktion och i synnerhet dess grundläggande funktion att ge konsumenterna garantier om produktens ursprung.

Denna tolkning av art. 5.1a förordades explicit av EG-domstolen. Tolkningen innebär att EG-direktivet inte innefattar några begränsningar mot att t.ex. konstnärer fortfarande kan göra konst med deskriptiva varumärkesmotiv. Som klassiskt exempel på detta nämner generaladvokaten Andy Warhols konstverk som uteslutande består av Campbell-varumärken för olika soppor.

En dylik deskriptiv användning av varumärken kan utan tvekan vara både kommersiell och ytterst lönande såsom i fallet Warhol. Trots detta kränker användningen inte varumärkesinnehavarens ensamrätt. Tolkningen är varken ny eller

kontroversiell. EG-domstolen konstaterade dock, att i ifrågavarande fall har användningen inte skett i enbart beskrivande syfte. Med beaktande av att ordet Arsenal har anbringats på de produkter som är i fråga i målet vid den nationella domstolen kan användningen av detta tecken ge intrycket av att det faktiskt finns ett materiellt samband i näringsverksamhet mellan de berörda produkterna och varumärkesinnehavaren: »Med beaktande av att ordet Arsenal har anbringats på de produkter som är i fråga i målet vid den nationella domstolen och med hänsyn till de övriga underordnade benämningar som förekommer på produkterna (se punkt 39 i denna dom), kan användningen av detta tecken ge intryck av att det faktiskt finns ett materiellt samband i näringsverksamhet mellan de berörda produkterna och varumärkesinnehavaren.»

Vidare hävdar domstolen att denna slutsats inte kan ifrågasättas av det faktum att MR i sin försäljningskod på skyltar angivit att de produkter som är i fråga i målet vid den nationella domstolen inte är Arsenal FC:s officiella produkter. Domstolen fortsätter:

»Under dessa omständigheter kan användningen av ett tecken som är identiskt med det varumärke som är i fråga i målet vid den nationella domstolen äventyrliga ursprungsgarantin som är varumärkets grundläggande funktion, vilket framgår av den rättspraxis från domstolen som återgivits i punkt 48 i denna dom. Det är följaktligen fråga om en användning som varumärkesinnehavaren med stöd av artikel 5.1 i direktivet kan motsätta sig.»(p. 60)

»Eftersom det i målet vid den nationella domstolen har konstaterats att tredje mans användning av det berörda tecknat kan inverka på produktens ursprungsgaranti, och att varumärkesinnehavaren måste kunna motsätta sig denna användning, kan denna slutsats inte ifrågasättas med stöd av det faktum att nämnda varumärke inom ramen för denna användning uppfattas som ett bevis på stöd för, lojalitet eller tillhörighet med varumärkesinnehavaren.»(p. 61)

Med dessa motiveringar kan domstolen fram till att varumärkesinnehavaren med stöd av art. 5.1a i direktivet har rätt att motsätta sig användning av ett identiskt tecken i ett sådant fall som föreligger avseende Arsenal.

3.2 Den påföljande domen i High Court

Som känt innebär samarbetet mellan EG-domstolen och de nationella rättsinstanserna att den slutliga prövningen av målet i dess helhet ankommer på den nationella domstolen som har inbegärt ett förhandsavgörande från EG-domstolen. Den nationella domstolen är dock bunden vid den tolkning av EG-rätten som förordats av EG-domstolen.

I målet Arsenal mot MR konstaterade dock den brittiska domaren Justice Laddie med hänvisningar till och citat från en rad tidigare domslut i EG-domstolen att faktaprövningen i rättegången ankommer på den nationella domstolen, medan tolkning av EG rättsliga källor såsom även varumärkesdirektivet ankommer på EG-domstolen.

Han konstaterade att i det avgörande i High Court som innefattat en fråga till EG-domstolen, hade de faktiska omständigheterna i fallet noga prövats och resulterat i att det inte finns något i MR:s produkter som kan anses hänvisa till varornas ursprung. EG-domstolen hade däremot kommit till ett annat slutresultat i och med att man betonade att användningen ger intrycket att det finns ett materiellt samband i näringsverksamhet mellan de berörda produkterna och varumärkesinnehavaren. Detta var enligt Justice Laddie uttryckligen en fråga om fakta. Han citerar den ovan angivna p. 61 i EG-domstolens domslut² och skriver följande:

»The finding »in the present case» referred to in the first line of that paragraph is one of fact. The nature of the finding is that set out in the first two lines, namely that use of the sign in question is liable to affect the guarantee of origin of the goods. If one inquires in relations to the words »once it has been found», who has made that finding, the answer is the ECJ. That finding is at odds with the finding in the High Court... The ECJ has disagreed with the conclusions of fact reached at the trial and indicated that the claimant should win because Mr Reed's use was such as would be perceived by some customers or users as a designation of origin. If this is so, the ECJ has exceeded its jurisdiction and I am not bound by its final conclusion. I must apply its guidance on the law to the facts as found at the trial.»³

Med uttrycklig hänvisning till att EG-domstolen gått utöver sin kompetens, då man tagit ställning till faktafrågor i målet, förkastade High Court sålunda EG-domstolens slutsats och därmed även Arsenal FC:s talan.

4. Några synpunkter

4.1 Problemställning

I detta sammanhang är vi inte intresserade av den varumärkesrättsliga aspekten av rättsfallet⁴ utan av de principiella EG-rättsliga frågor fallet aktualiserar. Hur skall man uppfatta arbetsfördelningen mellan EG-domstolen och de nationella domstolarna och hur skall man bedöma de två involverade domstolarnas förfaran-

² Vid en analys av Laddies argumentation bör noteras att den svenska texten på en avgörande punkt skiljer sig från den engelska: I den engelska står det »Once it has been found that, in the present case, the use of the sign...». I den svenska texten står: »Eftersom det i målet vid den nationella domstolen kan konstateras att tredje mans användning av det berörda tecknet...». Den svenska domstolen hänvisar alltså uttryckligen till den nationella domstolen, som alltså inte omnämns i den engelska texten. Jfr. Laddies argumentation nedan.

³ Laddie fortsätter i domen att slutresultatet är »a most unattractive outcome». Men han menar att han inte har något val och att målet i dess helhet kan prövas i brittisk besvärinstans.

⁴ Se härom Bruun, N, EY-tuomioistuini teki »oman maalin» Arsenaalia vastaan. IPRInfo 1/2003 s. 10–11.

de i föreliggande fall utgående från en fördragskonform och konsistent syn på den nämnda arbetsfördelningen.

Rent allmänt kan konstateras att domstolen inte sällan går långt då det gäller att tolka EG-rätten, att omformulera eller tolka frågor som de nationella domstolarna ställt den eller att förorda rättsuppfattningar som bedöms främja EG-rättens genomslagskraft och effektivitet.⁵ Relativt sällan har denna rättsaktivism bemötts med ett sådant öppet uppror som i fallet *Arsenal*. I stället har den nationella domstolen på olika sätt, som inte skall behandlas närmare här, kunnat urvattna de praktiska implikationerna av EG-domstolens beslut i det enskilda fallet.⁶

I detta sammanhang tänkte jag nöja mig med två reflektioner: För det första avser jag att kort se på hur man i doktrinärt hänseende sett på arbetsfördelningen mellan EG-domstolen och nationell rätt. För det andra avser jag att kort bedöma hur EG-domstolens domslut i fallet *Arsenal mot MR* ter sig mot bakgrund av tidigare praxis. Innebär domslutet ett exceptionellt avsteg från vad man tidigare hållit sig till eller representerar domslutet ett för EG-domstolen normalt förhållningsätt till gränsdragningen mellan behörigheten för denna och nationell domstol?

4.2 Tolkning eller tillämpning?

Det traditionella sättet att beskriva EG-domstolens verksamhet och systemet med förhandsavgöranden brukar bestå av tre element, vilka alla är ägnade att understryka EG-domstolens begränsade roll: För det första får domstolen endast tolka EG-rätten och bestämma dess riktiga innehåll. För det andra saknar domstolen befogenhet att pröva de sakomständigheter som den nationella domstolen bilägger i sin tolkningsfråga. För det tredje saknar EG-domstolen kompetens att avgöra om en nationell rättsakt är förenlig med EG-rättens krav.⁷

Utgångspunkten och beskrivningen av EG-rätten i doktrinen bygger regelmässigt på distinktionen mellan tolkning och tillämpning. EG-domstolens uppgift sägs vara att tolka EG-rätten till de relevanta delar som framgår av den fråga som rikts till domstolen, medan den nationella domstolen skall avgöra betydelsen av detta bindande tolkningsdirektiv för det enskilda fallet samt bedöma sakfrågorna och bevisningen vid den slutliga prövningen av fallet.

På ett teoretiskt plan är gränsdragningen mellan tolkning och tillämpning säkert nyttig som en allmän riktlinje, men det går ingen entydig enkel gränslinje mellan dessa två kategorier.

⁵ Se t.ex. Rasmussen, H, *On Law and Policy in the European Court of Justice*, Dordrecht 1986 och Wiklund, O, *EG-domstolens tolkningsutrymme*. Stockholm 1997.

⁶ Ett av de mer remarkabla sätten har tillämpats i Grekland, där förhandsavgörandet i målet C-398/95 åsidosattes med argumentet att EG-rätten inte var relevant i fallet. Detta är onekligen en faktor som lämpligen kunde beaktas redan då domstolen beslutar sig för att inbegära ett förhandsavgörande. Uppgiften är hämtad ur Anderson, D and Demetriou, M, *References to the European Court*. London 2002, s. 330.

⁷ Wiklund a.a. s. 299.

Vissa författare menar rentav att gränslinjen är omöjlig att dra därför för att det teoretiskt sett är omöjligt att begränsa tolkningsverksamheten till något slags abstrakt bestämning av innehållet i juridiska texter, dvs. EG-rätten. Särskilt Bongoetxea betonar att det alltid vid bedömning av innehållet i en juridisk text finns något slag av hypotetisk situation på vilken regeln tillämpas och att man måste se normtolkningen och tillämpningen av normen som en enhetlig process. Han menar alltså i grunden att en regels normativa innehåll endast kan styras genom dess tillämpning på ett faktiskt fall där reella sakförhållanden påverkar tolkningsresultatet.⁸ Wiklund har förenat sig i denna uppfattning. Han skriver: »Tolkningsutrymmets aspekter och rättstillämpningens karaktär gör det omöjligt att ens laborera med en fungerande teoretisk distinktion mellan tolkning och tillämpning i artikel 177 (numera art. 234 NB).»⁹

Frågan om distinktionen mellan tolkning och rättstillämpning i EG-rätten är varken ny eller unik utan den hänger klart ihop med frågan om förhållandet mellan tolkning och fakta eller mellan rätts- och sakfrågor som ju är klassiska diskussionsämnen också inom nationell rätt.

Lindell har betonat att om man i en svensk (och nordisk) kontext på ett meningsfullt sätt skall kunna skilja mellan sak- och rättsfrågor måste man till sakfrågan hänföra fastställandet av fakta med hjälp av fri bevisvärdering. Han menar sålunda att man i själva sakfrågan inkluderar ett ställningstagande till beviskravet varigenom det egentligen kommer att ingå en rättsfråga i själva sakfrågan.¹⁰ Bevisbörderegler anger ju hur rätten skall döma när det råder ovisshet om ett visst faktum och dylika regler är intimt sammankopplade med klarläggningen av fakta i fallet, dvs sakfrågorna.

Lindell har särskilt intresserat sig för hur man kan särskilja rättsfrågor från sakfrågor och var komplikationerna i denna gränsdragning ligger. Lindell stöder sig i sammanhanget mycket på den klassiska tyska forskaren Engisch, vilket så tillvida inte är överraskande att frågan har stor praktisk betydelse i tysk rätt, där landets högsta domstol som huvudregel inte får pröva sakfrågor, utan endast rättsfrågor.

Grunden för Engisch analys är distinktionen mellan naturliga begrepp och rättsbegrepp. Subsumtion av naturliga begrepp räknas till sakfrågan medan subsumtion under rättsbegrepp räknas till rättsfrågan.

I detta sammanhang är det inte möjligt att annat än kort antyda den analys som Lindell gör utgående från Engisch. Han konstaterar att naturliga begrepp och rättsbegrepp ibland kan vara synonymer såsom t ex begreppet »avlämna» i köprätten. De kan dock ha olika innehåll och syfte som rättsbegrepp och distinktionen kan alltså också här i princip upprätthållas.

⁸ Bongoetxea, A, *The Legal Reasoning of the European Court of Justice*, Oxford 1993 s. 96 f.

⁹ Wiklund a.a. s. 317.

¹⁰ Lindell, B, *Sakfrågor och rättsfrågor*, Uppsala 1987 s. 19 f.

Också avseende deskriptiva erfarenhetsbegrepp såsom »handelsbruk» eller »af-färsed» kan en dylik distinktion upprätthållas. Existensen av ett handelsbruk hör till den empiriska sakfrågan, medan frågan om bruket är tillräckligt omfattande för att i lagens mening kvalificera som handelsbruk är en rättsfråga.

Poängen med Lindells analys är dock att visa att det i vissa fall i praktiken inte går att skilja på rätts- och sakfrågor, trots att detta i princip är möjligt eftersom det finns ett naturligt objektivet språk. Han hävdar utgående från Engisch att fastställande av fem flaskor vin är en sakfråga, som kan skiljas från rättsfrågan om detta utgör »ringa mängd» i en konkret tolkningssituation. På samma sätt är det en sakfråga vad parterna sagt till varandra vid avtalsförhandlingar, men en rättsfråga om yttrandena konstituerar ett avtal. Det är en sakfråga om någon slagit en annan i ansiktet, men en rättsfråga om detta är »misshandel» i lagens mening.

Det finns dock situationer där gränsen inte går att upprätthålla enligt Lindell. Vid fastställande av om någon i trängsel stött eller knuffat till någon, så att man kan säga att detta var »misshandel» kan man inte särhålla faktabedömningen från subsumtionen under begreppet misshandel. Anledning till att rättsfråga och sakfråga här flyter ihop är att begreppen att »stöta» eller »knuffa» är oprecisa.

Poängen med Engisch analys, som alltså Lindell i hög grad förefaller omfatta, är alltså att det ibland inte går att upprätthålla distinktionen mellan sak- och rättsfråga. Typexempel på dylika problematiska fall utgör generalklausuler. Ett stort antal olika typer av faktorer kan påverka tillämpningen av dem.

Man kan naturligtvis från olika teoretiska utgångspunkter hävda att det i princip alltid är möjligt att skilja mellan fakta och bevisning av fakta å ena sidan och den rättsliga värderingen av fakta å den andra, men stor enighet råder i doktrinen om att sak- och rättsfrågor ofta är intimt sammankopplade¹¹ om inte rentav oupplösligt förenade med varandra.¹² Entydiga gränsdragningskriterier förefaller inte i praktiken finnas.

4.3 Gränsdragningen i EG-domstolen

EG-domstolen har i synnerhet i sin äldre praxis hållit fast vid principen att den nationella domstolen gör faktaoprövningen i målet. Det finns en rad mål där detta explicit betonas:

»Article 177, being based on a clear separation of functions between national courts or tribunals and the court of Justice, does not permit the latter to take cognizance of the facts of the case or to find fault with the grounds for making the request for interpretation».¹³

¹¹ Se Lappalainen, J, *Siviiliprosessioikeus II*, Helsinki 2001 s. 134. f.

¹² Se Lindell a.a s. . 79 och där citerad litteratur.

¹³ Mål 20/64 Albatros [1965] ECR 29.

EG-domstolen har dock småningom tagit sig en rad friheter, något som Wiklund beskrivit som en utvecklingslinje från formalism till pragmatism.¹⁴ Orsaken till denna pragmatism är mångfacetterad, men det står klart att kvaliteten på de tolkningsfrågor som riktats till EG-domstolen varierar. Också det skede av den nationella processen i vilket frågan ställs till EG-domstolen kan påverka dess handlande. Det står nämligen klart att EG-domstolens roll i ett mål i hög grad kan bli beroende av i vilket skede av processen domstolen kommer in. Ett tolkningsspörsmål riktas inte sällan från underrätt till EG-domstolen innan fakta i målet klarlagts. I andra fall kan målet ligga i sista instans, varvid EG-domstolens ställningstagande i praktiken avgör målet eftersom sakfrågorna redan på ett bindande sätt klarlagts.

Under 1990-talet har domstolen systematiskt ställt krav på de nationella domstolarna att definiera den faktiska kontexten för tolkningsspörsmålet och betonat att man är skyldig att ge den nationella domstolen tolkningar som är relevanta och som är till nytta i det konkreta målet. Man har också betonat att förhandsavgörandena inte endast är bindande i den konkreta frågan, utan skall ses som generellt bindande ställningstaganden vid tolkning av EG-rätten.¹⁵

En annan utvecklingslinje är att EG-domstolen gärna ställt upp olika bevisregler för vilken part som skall ha bevisbördan i enskilda fall. När det gäller frågor om bevisbördan i tvister om könsdiskriminering så har av domstolen utvecklade regler småningom kodifierats som ett särskilt direktiv om fördelningen av bevisbördan.¹⁶ Som ovan framgått brukar frågor om bevisning generellt hänföras till utredning av sakfrågorna. Detta innebär att på denna punkt har EG-domstolen systematiskt ansett sig ha behörighet som gått utöver att strikt tolka EG:s rättsakter.

Det är inte svårt att finna färskta rättsfall där EG-domstolen tar ställning till sakfrågor. Ett illustrativt exempel utgör svaret på den fråga finska Högsta domstolen ställde i målet C-172/99 (Oy Liikenne Ab mot Liskojärvi och Juntunen).¹⁷ Där hade Högsta domstolen formulerat följande fråga:

Skall en situation i vilken driften av linjetrafik med buss övergår från ett bussföretag till ett annat genom ett upphandlingsförfarande enligt direktiv 92/50/EEG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster anses utgöra en överlåtelse av rörelse i den mening som avses i artikel 1.1 direktiv 77/187/EEG?

EG-domstolen nöjde sig inte med att besvara frågan, vilket man uttömmande gjorde i punkt 1 i sitt svar utan man valde också att ge ett direkt bindande direktiv om hur fallet borde lösas: »I en sådan situation som den som är föremål för tvis-

¹⁴ Se Wiklund a.a. s. . 10 ff.

¹⁵ Se Barnard, C & Sharpston, E, *Common Market Law Review* 1997 (34). s. 113–71 och O’Leary, S, *Employment Law at the European Court of Justice*. Oxford 2002. s. 84.

¹⁶ Rådets direktiv (97/80/EG) om bevisbörda vid mål om könsdiskriminering.

¹⁷ Se HD 2001:44.

ten vid den nationella domstolen, är direktivet inte tillämpligt» (2b). Här är vi långt ifrån en arbetsfördelning där EG-domstolen står för tolkningen och den nationella domstolen för tillämpning i det konkreta fallet.

5. Några slutsatser

Den entydiga gränsdragningslinje som Justice Laddie tycker sig se mellan rättsfrågor och sakfrågor är i praktiken som ovan framgått komplicerad och mångfacetterad. Detta gäller inte minst för varumärkestvister. Hans domslut ter sig därför kategoriskt. Å andra sidan träffar hans kritik onekligen rätt såtillvida att EG-domstolen tar sig stora friheter då det gäller att bestämma hur man besvarar frågor från de nationella domstolarna och att domstolen i fallet Arsenal inte bara bedömde fakta i fallet annorlunda än den nationella domstolen, utan även underlät att besvara den egentliga tolkningsfrågan. Från denna synpunkt är det bra att dialogen mellan nationella domstolar och EG-domstolen får en reellt ömsesidig karaktär genom att de nationella domstolarna står på sig.

Det pågår en omfattande diskussion om systemet med förhandsavgöranden borde reformeras och om de nationella domstolarna borde få ett ökat ansvar för EG-rättens nationella genomförande.¹⁸ Domstolens arbetsbörda och EU:s utvidgning med tio nya medlemsländer är faktorer som ytterligare kommer att påverka debatten. I det sammanhanget bör också arbetsfördelningen mellan domstolarna upptas till förnyad prövning. Fram till dess är det att hoppas att EG-domstolen strävar till att mera konsekvent än i dag motiverar varför man *in casu* väljer att gå in i vad som traditionellt brukar klassificeras som sakfrågor och också motiverar situationer där man väljer att omformulera den fråga den nationella domstolen uppställt.

Frågan om den nationella domstolens lydndsplikt i förhållande till EG-domstolen ter sig också intressant mot bakgrund av ett mål i EG-domstolen, som då detta skrives är under behandling. I målet skall man ta ställning till skadeståndsansvaret för medlemsstat i det fall att nationell domstol dömer i strid mot EG-rätten.¹⁹ Om det går så att medlemsstat blir skadeståndsansvarig i ett dylikt fall så torde risken, för att »civil olydnad» av den typ Justice Laddies förfarande utgör exempel på breder ut sig, knappast vara överhängande.

¹⁸ Se t ex Weiler J, The Function and Future of European Labour Law. In »Function and Future of European Law (ed. Heiskanen, V and Kulovesi, K). Katti, Helsinki 1999, 9–22, De La Mare, T, Article 177 in Social and Political Context. In »The Evolution of EU Law (ed. Craig, P and De Burca, G) Oxford 1999 and Sciarra, S (ed), Labour Law in the Courts. National Judges and the European Court of Justice. Oxford 2001.

¹⁹ Se mål C-224/01 *Köbler mot Österrike*.