

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
JULIANE KOKOTT
föredraget den 14 oktober 2004¹

Innehållsförteckning

I — Inledning	I - 3570
II — Tillämpliga bestämmelser	I - 3570
A — Gemenskapsrätten	I - 3570
1) Överblick	I - 3570
2) De tillämpliga bestämmelserna i första direktivet	I - 3571
3) De tillämpliga bestämmelserna i fjärde direktivet	I - 3572
4) Bestämmelser i sjunde direktivet	I - 3573
B — Nationell lagstiftning	I - 3574
1) Tidigare rättsläge	I - 3574
2) Nytt rättsläge	I - 3575
3) Allmänna straffbestämmelser	I - 3578
III — Bakgrund, målen vid de nationella domstolarna och tolkningsfrågorna	I - 3579
A — Allmänt	I - 3579
B — Mål C-387/02, Silvio Berlusconi	I - 3581
C — Mål C-391/02, Sergio Adelchi	I - 3582
D — Mål C-403/02, Marcello Dell’Utri m.fl.	I - 3585
E — Förfarandet vid domstolen	I - 3586

¹ — Originalspråk: tyska.

IV — Rättslig bedömning	I - 3586
A — Huruvida respektive begäran om förhandsavgörande kan upptas till sakprövning	I - 3586
1) Faktiska omständigheter	I - 3586
2) Tillämpliga bestämmelser	I - 3587
3) Betydelse för avgörandet	I - 3588
4) Slutsats	I - 3591
B — Bedömning av frågorna vad innehållet beträffar	I - 3591
1) Det materiella tillämpningsområdet för artikel 6 i första direktivet	I - 3591
2) Huruvida påföljderna för oriktiga bolagsuppgifter är lämpliga	I - 3596
a) Påföljdernas effektivitet, proportionerlighet och avskräckande verkan ..	I - 3596
b) Toleransgränser	I - 3599
c) Preskriptionsfrister för brottmålsförandet	I - 3602
d) Progressivt påföljdssystem och krav på åtalsanmälan	I - 3605
e) Sammanhanget i dess helhet av bestämmelser i civilrättslagstiftningen, i strafflagstiftningen och i lagstiftningen om administrativa sanktionsåtgärder	I - 3607
C — Följderna för de vid de hänskjutande domstolarna anhängiga brottmålen av att nationella bestämmelser strider mot direktiven	I - 3610
1) Nationella domstolars skyldighet att genomföra gemenskapsrättens mål ..	I - 3611
2) Gränserna för tillämpning av direktiv i brottmålsföranden	I - 3612
a) I rättspraxis klarlagda principer	I - 3613
b) Principerna som berör föreliggande fall	I - 3614
3) Huruvida den lindrigare strafflagstiftningen skall tillämpas retroaktivt	I - 3617
4) Slutsats	I - 3620
V — Förslag till avgörande	I - 3621
	I - 3569

I — Inledning

1. Vid två italienska domstolar, Tribunale di Milano och Corte di Appello di Lecce (nedan även kallade de hänskjutande domstolarna) är olika brottmålsförfaranden anhängiga, i vilka de åtalade i respektive mål har anklagats för oriktiga bolagsuppgifter (på italienska *false comunicazioni sociali* på italienska). I vardagligt tal betecknas sådana företeelser i regel även som "bokslutsför-falskning".

2. Sedan dessa gärningar begicks och åtal för dem väckts har den italienska lagstiftaren mildrat brottsrekvisiten och, i förhållande till tidigare rättsläge, gjort det svårare att väcka åtal. De hänskjutande domstolarna vill mot bakgrund av denna lagändring i huvudsak få veta vad som skall förstås med lämpliga påföljder för oriktiga bolagsuppgifter. De har även frågat huruvida offentliggörandet av en *oriktig* bolagsuppgift, i den mening som avses i de tillämpliga gemenskapsrättsliga direktiven, skall likställas med *underlåtenhet att offentliggöra* den.

3. För det fall att en reglering som lagändringen i Italien skulle strida mot de tillämpliga bolagsrättsliga direktiven skall det dessutom klargöras huruvida en senare, lindrigare strafflag — trots att den strider mot gemen-

skapsrätten — i brottmålsförfarandet kan tillämpas retroaktivt till fördel för den åtalade.

II — Tillämpliga bestämmelser

A — Gemenskapsrätten

1) Överblick

4. Artikel 44.1 EG innehåller en rättsgrund för utfärdandet av direktiv för att förverkliga etableringsfriheten. Enligt artikel 44.2 g är det rådets och kommissionens uppgift att

"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".

5. Gemenskapen har utfärdat flera bolagsrättsliga direktiv. För föreliggande fall är särskilt de följande av betydelse:

per azioni (kommanditbolag) och *società a responsabilità limitata* (bolag med begränsad ansvarighet, förkortat Srl)⁴.

— rådets första direktiv 68/151/EG 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 gemenskapen² (nedan kallat första direktivet eller direktiv 68/151) och

6. Det skall dessutom hänvisas till rådets sjunde direktiv av den 13 juni 1983 grundat på artikel 54.3 g i fördraget om sammanställd redovisning⁵ (nedan kallat sjunde direktivet eller direktiv 83/349).⁶

2) De tillämpliga bestämmelserna i första direktivet

— rådets fjärde direktiv av den 25 juli 1978 grundat på artikel 54.3 g i fördraget om årsboksut i vissa typer av bolag³ (nedan kallat fjärde direktivet eller direktiv 78/660).

7. Enligt artikel 2.1 f i första direktivet åläggs medlemsstaterna att vidta nödvändiga åtgärder så att skyldigheten att offentliggöra handlingar och uppgifter om bolagen minst omfattar balans- och resultaträkningar för

I fallet Italien är de tillämpliga på följande kapitalassociationer: *società per azioni* (aktiebolag, förkortat SpA), *società in accomandita*

4 — Jämför artikel 1 i första direktivet och artikel 1.1 i fjärde direktivet.

5 — EGT L 193, s. 1; svensk specialutgåva, område 17, volym 1, s. 59. Artikel 54.3 i EEG-fördraget motsvarar artikel 44.2 EG.

6 — Första, fjärde och sjunde direktivet ändrades senast genom bilaga II avsnitt 4 till Akten om villkoren för Republiken Tjeckien, Republiken Estlands, Republiken Cyperns, Republiken Lettlands, Republiken Litauens, Republiken Ungerns, Republiken Maltas, Republiken Polens, Republiken Sloveniens och Republiken Slovakien anslutning till de fördrag som ligger till grund för Europeiska unionen och om anpassning av fördragen (EGT L 236, s. 338). Såvida inte annat noteras i det följande förelåg de bestämmelser som är avgörande för föreliggande förhandsavgörande dock i den ursprungliga versionen av direktivet. Inte heller har ändringarna av första direktivet genom artikel 1 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/58/EG av den 15 juli 2003 (EGT L 221, s. 13) av tidsmässiga skäl någon betydelse för föreliggande fall.

2 — EGT L 65, s. 8; svensk specialutgåva, område 17, volym 1, s. 3. Artikel 58 i EEG-fördraget motsvarar artikel 48 EG.

3 — EGT L 222, s. 11; svensk specialutgåva, område 17, volym 1, s. 17. Artikel 54.3 i EEG-fördraget motsvarar artikel 44.2 EG.

varje räkenskapsår. I bestämmelsen anges även att rådet inom två år efter det att första direktivet har antagits skall utfärda ytterligare ett direktiv, som samordnar innehållet i balans- och resultaträkningarna.

9. Enligt artikel 6 första strecksatsen i första direktivet skall medlemsstaterna föreskriva "lämpliga påföljder för det fall att balans- och resultaträkningarna inte offentliggörs enligt artikel 2.1 f".

8. I artikel 3.1–3 i första direktivet föreskrivs följande:

3) De tillämpliga bestämmelserna i fjärde direktivet

"1. I medlemsstaterna skall en akt läggas upp för varje bolag i det centrala register, handelsregister eller bolagsregister där bolaget är registrerat.

10. Artikel 2 i fjärde direktivet lyder i utdrag enligt följande:

"1. Årsbokslutet skall bestå av balansräkning, resultaträkning och noter. Dessa handlingar bildar en helhet.

2. Alla handlingar och uppgifter som är offentliga enligt artikel 2 skall förvaras i akten eller föras in i registret; av akten skall alltid framgå vad som har förts in i registret.

2. Årsbokslutet skall upprättas på ett överskådligt sätt och enligt föreskrifterna i detta direktiv.

3. En fullständig eller partiell kopia av de handlingar och uppgifter som avses i artikel 2 skall översändas efter skriftlig begäran och mot en avgift som inte får överstiga den administrativa kostnaden. ..."

3. Årsbokslutet skall ge en rättvisande bild av bolagets tillgångar, skulder, ekonomiska ställning och resultat.

4. När tillämpningen av bestämmelserna i detta direktiv inte räcker till för att ge en rättvisande bild enligt punkt 3, skall ytterligare upplysningar lämnas.

”Den medlemsstat under vilken ett i artikel 1.1 andra eller tredje stycket avsett bolag (det berörda bolaget) lyder, får undanta det bolaget från skyldigheten att offentliggöra sitt bokslut enligt artikel 3 i direktiv 68/151/EEG, om bokslutet hålls tillgängligt för allmänheten hos bolaget där detta har sitt säte och ...

5. Om undantagsvis tillämpningen av en föreskrift i detta direktiv är oförenlig med den skyldighet som föreligger enligt punkt 3, skall avsteg göras från den förstnämnda föreskriften så att en rättvisande bild enligt punkt 3 kan ges. ...”

Det skall vara möjligt att på begäran få kopior av bokslutet. Kostnaden för en sådan kopia får inte överstiga självkostnaden. Lämpliga påföljder skall föreskrivas för det fall att bestämmelserna i detta stycke om offentliggörande inte iakttas.”

11. I artikel 47.1 första stycket i fjärde direktivet föreskrivs följande:

”Vederbörligen fastställt årsbokslut, förvaltningsberättelsen och en berättelse avgiven av den person som är ansvarig för revisionen av räkenskaperna skall offentliggöras enligt varje medlemsstats lagstiftning i överensstämmelse med artikel 3 i direktiv 68/151/EEG.”

13. Enligt artikel 51.1 i fjärde direktivet skall bolagens årsbokslut granskas av en eller flera personer som enligt nationell lagstiftning är behöriga att revidera räkenskaper.

4) Bestämmelser i sjunde direktivet

12. Artikel 47.1 a i fjärde direktivet⁷ har i utdrag följande lydelse:

14. Artikel 16 i sjunde direktivet innehåller, i fråga om sammanställd redovisning från koncerner, föreskrifter som i huvudsak motsvarar föreskrifterna i artikel 2 i fjärde direktivet. Särskilt skall den sammanställda

7 — Fjärde direktivet i dess lydelse enligt rådets direktiv 90/605/EEG av den 8 november 1990 om ändring av tillämpningsområdet för direktiv 78/660/EEG om årsbokslut och direktiv 83/349/EEG om sammanställd redovisning (EGT L 317, s. 60; svensk specialutgåva, område 17, volym 1, s. 107) (nedan kallat direktiv 90/605).

redovisningen ge en rättvisande bild av tillgångar, skulder, ekonomisk ställning och resultat för de företag, betraktade som en helhet, som omfattas av redovisningen. Artikel 37 i sjunde direktivet motsvarar artikel 51 i fjärde direktivet och i artikeln föreskrivs en skyldighet att revidera sammanställda redovisningar. Det hänvisas i artikel 38.1 i sjunde direktivet vad avser offentliggörande av sammanställda redovisningar till artikel 3 i första direktivet, såsom i fråga om bokslut skedde redan i fjärde direktivet (artikel 47.1 första stycket). Enligt artikel 38.6 i sjunde direktivet åläggs medlemsstaterna dessutom att föreskriva lämpliga påföljder för det fall att bestämmelserna om offentliggörande inte iakttas.

1) Tidigare rättsläge

16. Enligt tidigare rättsläge var i Italien oriktiga bolagsuppgifter straffbelagda enligt artikel 2621 i codice civile¹⁰ (nedan kallad den tidigare artikel 2621 i codice civile). Denna bestämmelse hade följande lydelse:

”Om gärningen inte utgör ett allvarigare 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:

B — Nationell lagstiftning

15. De bestämmelser i den italienska lagstiftningen som är av intresse här förändrades i avsevärd grad genom decreto legislativo⁸ nr 61 av republikens president av den 11 april 2002, som trädde i kraft den 16 april 2002 (nedan kallat decreto legislativo 61/02).⁹ I det följande skall därför först det tidigare och därefter det nya, för närvarande gällande, rättsläget redovisas.

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. ...”

17. I sin dåvarande lydelse var artikel 2621 i codice civile en bestämmelse enligt vilken

8 — Förordning som ersätter lag.

9 — Nämnda decreto legislativo är utgivet i GURI nr 88 av den 15 april 2002, s. 4. Det grundar sig på ett bemyndigande av parlamentet enligt artikel 11 i lag nr 366 av den 3 oktober 2001 (GURI nr 234 av den 8 oktober 2001).

10 — Italiensk civilrättslag.

brott (*delitto*) skulle åtalas *ex officio*. För brottet gällde en tioårig preskriptionstid. Vid avbrott kunde ytterligare fem år tillkomma.¹¹

2) Nytt rättsläge

20. Genom decreto legislativo 61/02 ersattes bland annat den tidigare artikel 2621 i codice civile av följande två bestämmelser:

18. Enligt italiensk rättspraxis tjänade artikel 2621 i codice civile inte endast som skydd för bolagsmäns och fordringsägares specifika intressen utan även som skydd för det allmänna intresset av att handelsbolag bedrevs på ett korrekt sätt. Bestämmelsens skyddssyfte sträckte sig till att omfatta all verksamhet avsedd att ändra ett bolags objektiva ställning.¹²

"Artikel 2621 (oriktiga uppgifter om bolaget)

19. Enligt det tidigare rättsläget bedömdes det som en försvarande omständighet att oriktiga bolagsuppgifter i den mening som avsågs i den tidigare artikel 2621 medförde betydande skada för företaget. Straffet höjdes då med upp till hälften enligt artikel 2640 i codice civile (nedan kallad den tidigare artikel 2640 i 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.

11 — Se punkt 42 i beslutet om hänskjutande i mål C-391/02.

12 — Så uttalade sig Corte di Appello di Lecce i punkterna 19 och 20 i sitt beslut om hänskjutande i målet C-391/02, med hänvisning till dom 6889 av Corte Suprema di Cassazione, avdelning V, av den 20 februari 2001.

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 högs. 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.

Artikel 2622 (oriktiga bolagsuppgifter till skada för bolagsmännen och fordringsägarna)

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 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.

rande kortare preskriptionstiden för denna straffbara handling uppgår numera till tre år. Om denna frist avbryts infaller preskriptionen i stort sett senast efter fyra år och sex månader.

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.

22. I artikel 5 i decreto legislativo 61/02 föreskrivs övergångsbestämmelser beträffande de nyinförda kraven på åtalsanmälan i den nya artikel 2622 första stycket i codice civile. Enligt dessa övergångsbestämmelser börjar fristen för att anmäla de gärningar som begåtts innan decreto legislativo 61/02 trädde i kraft att löpa från och med dennas ikraftträdande.

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.”

23. I artikel 2630 i codice civile i dess lydelse enligt decreto legislativo 61/02 (nedan kallad den nya artikel 2630 i codice civile) föreskrivs böter på lägst 206 och högst 2 065 euro om i lag föreskrivna bolagsuppgifter inte redovisas inom fristen. Bötesbeloppet höjs med en tredjedel om balansräkningen inte redovisas.

21. Den nya artikel 2621 kan anses vara en uppsamlingsregel i förhållande till den nya artikel 2622.¹³ På grund av det i jämförelse med tidigare rättsläge lindrigare straffet är det i den nya artikel 2621 endast fråga om en förseelse (*contravvenzione*). Den motsva-

24. Det skall därutöver hänvisas till en ny bötesbestämmelse för bolag, vilken likaså infördes genom decreto legislativo 61/02. Den infördes dock inte i codice civile, utan såsom artikel 25b i decreto legislativo nr 231

13 — Tribunale di Milano har i sitt beslut om hänskjutande i mål C-403/02 i tydliga ordalag uppfattat den så.

av den 8 juni 2001¹⁴ (nedan kallad decreto legislativo 231/01), och den reglerar "det administrativa ansvaret för bolag"¹⁵ enligt följande:

"1. För i codice civile reglerade brott i fråga om bolag skall, om administratörer, verkställande direktörer eller likvidatorer eller personer som står under dessas tillsyn har begått brotten i bolagets intresse, såvida gärningen inte skulle ha ägt rum om de hade utövat tillsynen i enlighet med de förpliktelser som följer av deras ställning, följande böter betalas:

a) för förseelsen avseende oriktiga uppgifter om bolaget enligt artikel 2621 i codice civile, böter på lägst etthundra och högst etthundrafemtio enheter,

b) för brottet avseende oriktiga uppgifter om bolaget till skada för bolagsmännen eller fordringsägarna enligt artikel 2622 första stycket i codice civile, böter på lägst etthundrafemtio och högst trehundrafemtio enheter,

c) för brottet avseende oriktiga uppgifter om bolaget till skada för bolagsmännen eller fordringsägarna enligt artikel 2622 tredje stycket i codice civile, böter på lägst tvåhundra och högst fyrahundra enheter,

...

3. Om de juridiska personerna, till följd av att de har begått de i första stycket nämnda gärningarna, har fått en betydande vinst, skall böterna höjas med en tredjedel."

3) Allmänna straffbestämmelser

25. Den straffrättsliga legalitetsprincipen har fastslagits i artikel 25 andra stycket i den italienska författningen och i artikel 2 första stycket i codice penale.¹⁶

26. För det fall att det föreligger skillnad mellan den strafflagstiftning som skall tillämpas vid tidpunkten för gärningen och en senare strafflagstiftning föreskrivs i artikel 2 tredje stycket i codice penale, att den lagstiftning alltid skall tillämpas vars bestämmelser är mest gynnsam för den anklagade, utom när det redan finns en lagakraftvunnen dom.

14 — GURI nr 140 av den 19 juni 2001.

15 — Att det är fråga om påföljder för bolag framgår av rubriken till artikel 3 i decreto legislativo 61/02 samt av det allmänna sammanhanget i decreto legislativo 231/01, som behandlar det administrativa ansvaret för juridiska personer, bolag och föreningar, även sådana som inte är juridiska personer ("responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica").

16 — Italiensk strafflag.

27. Beträffande bestämmelserna om åtalspreskription föreskrivs i italiensk lagstiftning särskilt följande: Enligt artikel 157 i codice penale preskriberas brottet bland annat efter följande tider:

III — Bakgrund, målen vid de nationella domstolarna och tolkningsfrågorna

A — Allmänt

— efter tio år, om det är fråga om ett brott för vilket det enligt lagen kan följa fängelse i minst fem år,

28. De åtalade i de tre målen vid de nationella domstolarna har alla anklagats för oriktiga bolagsuppgifter, varvid alla gärningar begicks innan decreto legislativo 61/02 trädde i kraft, och brottmålsförfarandet beträffande dessa inleddes således vid en tidpunkt då den tidigare artikel 2621 i codice civile fortfarande gällde.

— efter fem år, om det är fråga om ett brott för vilket det enligt lagen kan följa fängelse i högst fem år,

29. Decreto legislativo 61/02 trädde i kraft under det att respektive brottmålsförfarande pågick. De åtalade har därför numera gjort gällande att de nya artiklarna 2621 och 2622 i codice civile skall tillämpas, vilket enligt uppgifter från de hänskjutande domstolarna skulle få till följd att samtliga går fria från straff.

— efter tre år, om det är fråga om en förseelse för vilken det enligt lagen kan följa fängelse.

30. De hänskjutande domstolarna har i huvudsak framhållit följande aspekter på det nya rättsläget.

I artikel 160 tredje stycket i codice penale föreskrivs att i det fall preskriptionen avbryts börjar den att löpa på nytt den dag då den avbrutits. Om det är fråga om flera avbrytande gärningar skall preskriptionen löpa från och med den sista av dessa gärningar. De i artikel 157 fastställda tidsfristerna får dock inte i något fall förlängas med mer än hälften.

31. I såväl den nya artikel 2621 som i den nya artikel 2622 i codice civile har straffsatsen för oriktiga bolagsuppgifter sänkts betyd-

ligt i förhållande till det hittillsvarande rättsläget. I fråga om den nya artikel 2621 i codice civile har Tribunale di Milano i målet C-403/02 exempelvis förklarat att "straffrättsliga förseelser straffas med i kvantitativt hänseende minimala straff" och att de föreskrivna straffen "nästan alltid ligger under två års frihetsberövande, så att de kan fastställas i form av villkorlig dom".

32. En jämförelse mellan de nya artiklarna 2621 och 2622 i codice civile visar att det i de nya lagbestämmelserna görs åtskillnad efter huruvida oriktiga bolagsuppgifter medfört skada för bolagsmännen respektive fordringsägarna eller inte. Det är endast om en sådan skada uppkommer som gärningen fortfarande betecknas som brott (den nya artikel 2622 i codice civile). I annat fall betecknas den enbart som förseelse (den nya artikel 2621 i codice civile).

33. Att en gärning betecknas som brott eller förseelse uttrycks inte enbart genom olika straffsätser utan får även annars betydande praktiska följder. Följdbrott som penningtvätt eller häleri förutsätter exempelvis att det som utgångspunkt föreligger ett brott. I samband med blotta förseelser enligt den nya artikel 2621 i codice civile kan sådana brott däremot inte begås.

34. De båda nya brottsrekvisiten förutsätter dessutom att det vid sidan av avsikten att vilseleda, såsom ett ytterligare subjektivt brottsrekvisit, finns någon slags avsikt att berikas.

35. Gärningen är inte straffbar, vare sig enligt den nya artikel 2621 eller enligt den nya artikel 2622 i codice civile, om den inte innebär att redovisningen av bolagets eller koncernens tillgångar, skulder, ekonomiska ställning och resultat förfalskas på ett betydande sätt. Detta följer av de toleransgränser som föreskrivs i den nya artikel 2621, tredje och fjärde styckena, samt i den nya artikel 2622, femte och sjätte styckena.

36. Åtalspreskriptionen enligt den nya artikel 2621 är klart kortare än enligt det gamla rättsläget. Då denna frist börjar löpa redan i och med att gärningen begås kan de — ofta kostsamma och långvariga — undersökningarna och domstolsförfarandet, vilket regelbundet sträcker sig över tre instanser, i normalfallet inte avslutas innan preskriptionen inträder.

37. Åtalet enligt den nya artikel 2622 i codice civile förutsätter att den skadelidande har gjort en åtalsanmälan, utom när det är fråga om ett börsnoterat företag eller om

gärningen har medfört skada för staten, andra offentliga inrättningar eller Europeiska gemenskaperna.¹⁷

olagliga syften. Gärningarna ledde till att åtal väcktes med stöd av den tidigare artikel 2621 i codice civile.¹⁹

38. De i målet vid den nationella domstolen behöriga åklagarmyndigheterna anser att det nu gällande nya rättsläget med hänsyn till de i detta beskrivna särdragen strider mot författningen och mot gemensapsrätten.

40. Efter det att decreto legislativo 61/02 trätt i kraft är det numera endast den nya artikel 2621 i codice civile som är tillämplig. Därmed är den brottsliga gärningen dock redan preskriberad. Preskriptionen hade inträtt till och med långt innan åtalet väcktes. Att tillämpa den nya artikel 2622 i codice civile kan inte komma i fråga, eftersom det inte har gjorts någon giltig åtalsanmälan och de berörda företagen vid tidpunkten för gärningen inte heller var börsnoterade, varför något åtal inte heller har kunnat väckas ex officio.

B — *Mål C-387/02, Silvio Berlusconi*

39. Den åtalade Silvio Berlusconi har anklagats för att som ordförande respektive största aktieägare i Fininvest SpA och i andra företag som hör till samma koncern för åren 1986–1989 ha offentliggjort oriktiga bolagsuppgifter. Enligt åtalet var de gärningar som låg till grund för detta avsedda att dölja finansiella transaktioner och att utanför företagsbokföringen bygga upp likviditetsreserver,¹⁸ vilka sedan skulle placeras för hemliga och

41. Genom beslut av den 26 oktober 2002 har Tribunale di Milano, vid vars första avdelning Silvio Berlusconi och andra personer har åtalats, vilandeförklarat målet och i samband med en begäran om förhandsavgörande ställt tre frågor till domstolen, som kan sammanfattas enligt följande²⁰:

”1) Kan det anses att artikel 6 i direktiv 68/151/EEG inte enbart avser underlåtenhet att offentliggöra balansräkning

17 — I målen vid de nationella domstolarna var det (vid tidpunkten för gärningarna) varken fråga om börsnoterade företag eller om gärningar som begåtts till skada för staten, andra offentliga inrättningar eller Europeiska gemenskaperna.

18 — I talspråk även kallade svarta kassar.

19 — Såsom framgår av handlingarna i målet vid den nationella domstolen samt av kompletterande uppgifter från den åtalade Berlusconi grundar sig åtalet därutöver på ytterligare straffbara gärningar, till exempel enligt den tidigare artikel 2640 i codice civile.

20 — Se även EGT C 19, 2003, s. 10.

och resultaträkning, utan även fall där sådana handlingar med oriktigt innehåll har offentliggjorts, detta på grund av att det är uppenbart att bolagsmäns och tredje mans intressen kan skadas mer i ett sådant fall? Kan det i detta hänseende anses att direktivet syftar till att fastställa en lägsta gemenskapsrättslig skyddsnivå och att medlemsstaterna härvid ges uppgiften att vidta skyddsåtgärder för fall där oriktig balansräkning eller oriktiga bolagsuppgifter offentliggörs?

nande av oriktiga uppgifter i årsbokslutet och i förvaltningsberättelsen avseende aktiebolag, kommanditbolag och bolag med begränsad ansvarighet inte är straffbart om det avser belopp under denna gräns?"

C — Mål C-391/02, Sergio Adelchi

- 2) Avser kriterierna, att de påföljder som medlemsstaterna skall föreskriva för att kunna anses vara lämpliga skall vara effektiva, stå i rimlig proportion till överträdelserna samt vara avskräckande, arten eller typen av påföljderna abstrakt sedda, eller avser de den konkreta tillämpningen av påföljden, med beaktande av de strukturella egenskaperna hos den rättsordning som avses?
42. Den 9 januari 2001 dömdes med stöd av den tidigare artikel 2621 i codice civile den åtalade Sergio Adelchi i första instans av Tribunale di Lecce för oriktiga bolagsuppgifter under åren 1992 och 1993 för bolagen La Nuova Adelchi Srl och Calzaturificio Adelchi Srl. Sergio Adelchi var ensam ledare för dessa bolag. Bolagens bokslut var absolut oriktiga, eftersom oriktiga fakturor hade upprättats och fiktiv import och export över gemenskapens tullgränser hade deklarerats. Dessa åtgärder hade inneburit att storleken av de båda bolagens kostnader och omsättning hade förfalskats.
- 3) Skall de principer som anges i direktiven 78/660, 83/349 och 90/605 och som skall vara utgångspunkten för nationella bestämmelser avseende kriterierna att årsbokslut och förvaltningsberättelse skall upprättas och vad dessa skall innehålla, särskilt vad gäller kapitalassociationer förstås så, att de utgör hinder för att medlemsstater uppställer beloppsgränser för vilka gäller att läm-
43. Den åtalade Adelchi överklagade domen från första instans till Corte di Appello di Lecce. Efter det att decreto legislativo 61/02 trätt i kraft var det hädanefter eventuellt den nya artikel 2621 i codice civile som var tillämplig. Sätillvida har den åtalade Adelchi åberopat den preskription som inträtt och dessutom gjort gällande att tillgångarna och

skulderna, den ekonomiska ställningen och resultaten i de bolag som han leder inte har förfalskats på ett betydande sätt.²¹ Att tillämpa den nya artikel 2622 i codice civile kom från början inte i fråga, eftersom det inte har gjorts någon giltig åtalsanmälan och de berörda företagen inte heller är börsnoterade, varför något åtal inte heller har kunnat väckas ex officio.

tande av skyldigheter avseende skyddet av principen om offentlig och sanningsenlig information som ger en rättvisande bild av bolaget föreskrivs ett påföljdssystem som i praktiken inte uppfyller kriterierna att de påföljder som skall säkerställa detta skydd är effektiva, står i rimlig proportion till överträdelsen och är avskräckande?

44. Genom beslut av den 7 oktober 2002 har Corte di Appello di Lecce, brottmålsavdelningen, vilandeförklarat målet och begärt att domstolen skall meddela ett förhandsavgörande beträffande följande frågor:

- 1) Skall med hänvisning till de enskilda medlemsstaternas skyldighet att anta "lämpliga påföljder" för överträdelser som föreskrivs i direktiven 68/151 och 78/660 dessa direktiv, och särskilt bestämmelserna i artikel 44.[2] g EG i förening med artikel 2.1 f och artikel 6 i direktiv 68/151 och artikel 2.2, 2.3 och 2.4 i direktiv 78/660, såsom det kompletterats genom direktiven 83/349 och 90/605), tolkas så att dessa bestämmelser utgör hinder för att tillämpa en lag i en medlemsstat enligt vilken det, med ändring av de påföljdsregler som redan är i kraft i fråga om överträdelser på det bolagsrättsliga området, vid åsidosättande av skyldigheter avseende skyddet av principen om offentlig och sanningsenlig information som ger en rättvisande bild av bolaget föreskrivs ett påföljdssystem som i praktiken inte uppfyller kriterierna att de påföljder som skall säkerställa detta skydd är effektiva, står i rimlig proportion till överträdelsen och är avskräckande?
- 2). Skall de ovannämnda direktiven, och särskilt bestämmelserna i artikel 44.[2] g EG, artikel 2.1 f och artikel 6 i direktiv 68/151 och artikel 2.2, 2.3 och 2.4 i direktiv 78/660, såsom det kompletterats genom direktiven 83/349 och 90/605), tolkas så att de utgör hinder för att tillämpa en lag i en medlemsstat enligt vilken åsidosättande av skyldigheter vad gäller offentliggörande och lämnande av rättvisande uppgifter om vissa bolagsakter (däribland balans- och resultaträkningen) inte är straffbelagt, när oriktiga uppgifter om bolaget eller utelämnade uppgifter är avgörande för en förändring i rörelseresultatet för räkenskapsåret eller en förändring i bolagets nettotillgångar som inte överstiger en viss procentuell gräns?

21 — Rörelseresultatet för räkenskapsåret före skatt har ändrats med högst 5 procent och nettotillgångarna med högst 1 procent (se den nya artikel 2621 tredje stycket i codice civile).

- 3) Skall de ovannämnda direktiven, och särskilt bestämmelserna i artikel 44.[2] g EG, artikel 2.1 f och artikel 6 i direktiv 68/151 och artikel 2.2, 2.3 och 2.4 i direktiv 78/660, såsom det kompletterats genom direktiven 83/349 och 90/605), tolkas så att de utgör hinder för att tillämpa en lag i en medlemsstat enligt vilken åsidosättande av bolagens skyldigheter vad gäller offentliggörande och lämnande av rättvisande uppgifter inte är straffbelagt när uppgifter lämnas som, fastän de är avsedda att vilseleda delägarna eller allmänheten i syfte att uppnå en oberättigad vinst, är en följd av uppskattade värden som, betraktade var för sig, inte avviker från en viss procentuell gräns?
- 4) Skall, oberoende av progressiva gränser eller nivåer, de ovannämnda direktiven, och särskilt bestämmelserna i artikel 44.[2] g EG, artikel 2.1 f och artikel 6 i direktiv 68/151 och artikel 2.2, 2.3 och 2.4 i direktiv 78/660, såsom det kompletterats genom direktiven 83/349 och 90/605), tolkas så att de utgör hinder för att tillämpa en lag i en medlemsstat enligt vilken åsidosättande av bolagens skyldigheter vad gäller offentliggörande och lämnande av rättvisande uppgifter inte är straffbelagt, när de oriktiga uppgifterna eller de bedrägligt utelämnade uppgifterna, och följaktligen de meddelanden och uppgifter som inte ger en rättvisande bild av bolagets tillgångar och skulder, ekonomiska ställning och resultat, inte ändrar koncernens tillgångar eller ekonomiska ställning "väsentligt" (även om fastställandet av begreppet väsentlig ändring ankommer på den nationella lagstiftaren)?
- 5) Skall de ovannämnda direktiven, och särskilt bestämmelserna i artikel 44.[2] g EG, artikel 2.1 f och artikel 6 i direktiv 68/151 och artikel 2.2, 2.3 och 2.4 i direktiv 78/660, såsom det kompletterats genom direktiven 83/349 och 90/605), tolkas så att de utgör hinder för att tillämpa en lag i en medlemsstat, i vilken det vid åsidosättande av bolagens skyldigheter vad gäller offentliggörande och lämnande av rättvisande uppgifter som uppställts till försvar för skyddet av "såväl bolagsmännens som tredje mans intressen", endast för delägarna och fordringsägarna föreskrivs en rätt att begära att åtal väcks, som får till följd att ett allmänt och effektivt skydd för tredje man utsluts?
- 6) Skall de ovannämnda direktiven, och särskilt bestämmelserna i artikel 44.[2] g EG, artikel 2.1 f och artikel 6 i direktiv 68/151 och artikel 2.2, 2.3 och 2.4 i direktiv 78/660, såsom det kompletterats genom direktiven 83/349 och 90/605), tolkas så att de utgör hinder för att tillämpa en lag i en medlemsstat, i vilken det — vid åsidosättande av bolagens skyldigheter vad gäller offent-

liggörande och lämnande av rättvisande uppgifter och som uppställts till skydd för "såväl bolagsmännens som tredjemans intressen" — föreskrivs en mekanism vad gäller väckande av åtal och ett påföljdssystem, vilka är särskilt differentierade och enligt vilka åtal kan väckas endast efter anmälan och strängare och effektiva påföljder uteslutande fastställs för överträdelse som medför skada för bolagsmän och fordringsägare?"

46. Genom beslut av den 29 oktober 2002 har Tribunale di Milano, fjärde brottmålsavdelningen, vilandeförklarat målet och begärt att domstolen skall meddela ett förhandsavgörande beträffande följande frågor:

1) Kan artikel 6 i direktiv 68/151 förstås så, att medlemsstaterna är skyldiga att föreskriva lämpliga påföljder inte bara för underlåtenhet att offentliggöra affärsdrivande bolags balans- och resultaträkningar, utan även för lämnande av oriktiga uppgifter i dessa dokument eller i andra meddelanden från bolag till delägare eller till allmänheten, eller lämnande av alla typer av oriktiga uppgifter angående bolagets tillgångar och skulder, ekonomiska ställning och resultat som bolaget är skyldigt att lämna som avser bolaget eller den koncern i vilken det ingår?

2) Skall begreppet lämplig påföljd förstås så — även i den mening som avses i artikel 5 EG — att det konkret skall bedömas mot bakgrund av (såväl de straffrättsliga som de processrättsliga) normsystemen i medlemsstaten huruvida en påföljd är lämplig, och att en sådan påföljd därvid skall vara "effektiv, konkret och reellt avskräckande"?

3) Uppfyller bestämmelserna i artiklarna 2621 och 2622 i codice civile i deras nya lydelse enligt lagstiftningsdekret nr 61,

D -- *Mål C-403/02, Marcello Dell'Utri m.fl.*

45. De åtalade Marcello Dell'Utri, Romano Luzi och Romano Comincioli har bl.a. anklagats för förfalskning av bokslut från tiden fram till år 1993.²² När dessa gärningar begicks var de straffbelagda enligt de tidigare artiklarna 2621 och 2640 i codice civile. Efter det att decreto legislativo 61/02 har trätt i kraft omfattas de av tillämpningsområdet för den nya artikel 2622 i codice civile.

22 — Såsom den åtalade Dell'Utri ytterligare har meddelat i sitt skriftliga yttrande är det i hans fall fråga om anklagelse för bokföringsmässiga oegentligheter i balansräkningen för firman Publitalia '80 SpA, som var verksam som "concessionaria di pubblicità" för Fininvestkoncernen och som Marcello Dell'Utri var ordförande för. Anklagelsen grundar sig bland annat på att svarta kassor (dolda reserver) upprättats.

som den italienska staten utfärdade den 11 april 2002, dessa krav? Kan en bestämmelse (den nya artikel 2621 i codice civile) i vilken det föreskrivs att sådant lämnande av oriktiga uppgifter i balansräkningen som inte har förorsakat ekonomisk skada, eller som har förorsakat ekonomisk skada men som inte kan föranleda åtal enligt den nya artikel 2622 i codice civile på grund av att det inte har gjorts en åtalsanmälan, utgör en *contravvenzione* (förseelse) och skall bestraffas med fängelse i ett år och sex månader anses "effektivt avskräcka" och vara "konkret lämplig"? Är det, slutligen, lämpligt att för sådana gärningar som avses i den nya artikel 2622 första stycket i codice civile (det vill säga gärningar som avser affärsdrivande bolag som inte är börsnoterade) föreskriva att åtal endast kan väckas efter åtalsanmälan av en part (det vill säga delägare och fordringsägare), och detta även i samband med det konkreta skyddet av allmänintresset av "insyn" i bolagsmarknaden, med tanke på denna marknads potentiella gemenskapsdimension?

48. De åtalade Berlusconi och Dell'Utri, Procura Generale presso la Corte di Appello di Lecce²³, den italienska regeringen samt kommissionen har överlämnat skriftliga yttranden till domstolen. Företrädare för de åtalade Berlusconi, Adelchi och Dell'Utri, för Procura della Repubblica presso il Tribunale ordinario di Milano,²⁴ för Procura Generale presso Corte di Appello di Lecce, för den italienska regeringen samt för kommissionen har yttrat sig muntligt vid förhandlingen den 13 juli 2004.

IV — Rättslig bedömning

A — Huruvida respektive begäran om förhandsavgörande kan upptas till sakprövning

49. De åtalade Berlusconi och Dell'Utri samt den italienska regeringen har uttryckt tvivel i frågan huruvida respektive begäran om förhandsavgörande kan upptas till sakprövning.

E — Förfarandet vid domstolen

47. Genom beslut av den 20 januari 2003 förenade domstolens ordförande de tre målen C-387/02, C-391/02 och C-403/02 vad gäller det skriftliga och det muntliga förfarandet samt domen.

1) Faktiska omständigheter

50. Den åtalade Dell'Utri anser först och främst att begäran om förhandsavgörande i

²³ — Allmänna åklagaren vid appellationsdomstolen i Lecce.

²⁴ — Åklagarmyndigheten i Milano.

mål C-403/02 inte innehåller någon som helst redovisning av de faktiska omständigheterna för målet vid den nationella domstolen och därför inte kan upptas till sakprövning.

51. Jag delar inte denna farhåga. Visserligen har Tribunale di Milano endast i ytterst knappa ordalag meddelat domstolen att de vid den domstolen åtalade personerna bland annat hade anklagats för förfalskning av bokslut från tiden fram till år 1993, att dessa gärningar ursprungligen hade varit straffbelagda enligt de tidigare artiklarna 2621 och 2640 i codice civile och att de hädanefter omfattades av den nya artikel 2622 i codice civile. Dessa uppgifter räcker dock för att frågorna till domstolen skall förstås.

52. Som bekant ankommer det inte på domstolen att vid meddelandet av förhandavgörande uttala sig om den konkreta tolkningen och tillämpningen av den italienska strafflagstiftningen. Domstolen skall i synnerhet inte avgöra frågan om huruvida den åtalade har gjort sig skyldig till förfalskning av bokslut eller inte. Det är därför inte avgörande för domstolen att i detalj få veta vilka gärningar som den åtalade anklagas för. Tvärtom räcker uppgiften att vissa — inte närmare beskrivna — gärningar har fört till åtal och att ett brottmål härom är anhängigt.

53. De båda kärnfrågor som domstolen skall behandla i föreliggande fall, nämligen dels frågan huruvida, i den mening som avses i de tillämpliga bolagsrättsliga direktiven,²⁵ den omständigheten att en *oriktig* bolagsuppgift offentliggörs skall likställas med *underlåtenheten att offentliggöra* den, dels frågan vad som skall förstås med lämpliga påföljder för oriktiga bolagsuppgifter, kan även på grundval av de summariska upplysningar som framlagts besvaras på ett användbart sätt.

2) Tillämpliga bestämmelser

54. De åtalade Berlusconi och Dell'Utri anser dessutom att i begäran om förhandavgörande i målen C-387/02 respektive C-403/02 har de nationella bestämmelserna återgetts i förkortad form, eftersom det där praktiskt taget endast förelåg kommentarer till den tidigare artikel 2621, den nya artikel 2621 och den nya artikel 2622 i codice civile, men inte en helhetsbild av de italienska bestämmelser som är tillämpliga på oriktiga bolagsuppgifter och som antagits för införlivande av de bolagsrättsliga direktiven.

55. Jag delar inte heller denna farhåga. En tillräcklig beskrivning av den rättsliga bak-

²⁵ — För enkelhetens skull kommer detta begrepp i det följande att användas som samlingsbegrepp för första, fjärde och sjunde direktivet.

grunden skall dels göra det möjligt för domstolen att komma fram till en tolkning av gemenskapsrätten som är användbar för den nationella domstolen, dels ge såväl medlemsstaternas regeringar som andra berörda parter möjlighet att avge yttranden i enlighet med artikel 23 i EG-stadgan för domstolen.²⁶ Med detta mål för ögonen skall det fastställas huruvida de uppgifter som lämnas i ett beslut om förhandsavgörande är tillräckliga eller inte.

56. I båda besluten om begäran om förhandsavgörande redovisas de väsentliga inslagen i såväl det tidigare som det nya italienska rättsläget och jämförs med varandra. I synnerhet har de hänskjutande domstolarna tillräckligt redovisat de brottsrekvisit som de skall pröva i de anhängiga brottmålsförfarandena. Därmed är det föreliggande fallet på intet vis jämförbart med de mål, i vilka domstolen har förklarat att tolkningsfrågor på grund av stora brister i hänvisningen till den faktiska eller rättsliga bakgrunden inte har kunnat upptas till sakprövning.²⁷

57. Det är visserligen riktigt att man i besluten om hänskjutande inte ytterligare gått in på alla andra bestämmelser som antagits i Italien för att införliva de bolags-

rättsliga direktiven. Såsom kommissionen har påpekat görs exempelvis inga kommentarer till en eventuell ogiltigförklaring av bolagsbesluten,²⁸ och inte heller till verkställande direktörens civilrättsliga ansvar vid förfalskning av bokslut. Att sådana ytterligare hänvisningar saknas innebär dock inte alls att besluten om hänskjutande missförstås eller till och med blir oanvändbara. Kompletterande upplysningar av detta slag är inte absolut nödvändiga som grund för att kunna besvara begäran om ett förhandsavgörande och för parternas yttranden. Den part som anser att det är ändamålsenligt kan för övrigt — såsom har skett — inkomma med synpunkter i målet om förhandsavgörande enligt artikel 23 i EG-stadgan för domstolen.

3) Betydelse för avgörandet

58. De åtalade Berlusconi och Dell'Utri samt den italienska regeringen anser slutligen att respektive begäran om förhandsavgörande inte heller kan upptas till sakprövning på den grunden att de frågor som ställts i respektive tvist vid de nationella domstolarna inte är relevanta. På grund av den straffrättsliga legalitetsprincipen (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) och principen om retroaktiv tillämpning av mildare strafflagstiftning står det enligt de åtalade från början fast att åtalen i vart fall måste bedömas enligt det nya rättsläget, det vill säga enligt de nya artiklarna 2621 och 2622 i codice civile i deras lydelse enligt decreto legislativo 61/02.

26 — Dom av den 25 mars 2004 i de förenade målen C-480/00, C-481/00, C-482/00, C-484/00, C-489/00, C-490/00, C-491/00, C-497/00, C-498/00 och C-499/00, Azienda Agricola Ettore Ribaldi m.fl. (REG 2004, s. I-2943), punkt 73, beslut av den 11 februari 2004 i de förenade målen C-438/03, C-439/03, C-509/03 och C-2/04, Cannito m.fl. (REG 2004, s. I-1605), punkterna 6–8 med ytterligare hänvisningar, dom av den 26 januari 1993 i de förenade målen C-320/90–C-322/90, Telemarsicabruzzo m.fl. (REG 1993, s. I-393; svensk specialutgåva, volym 14, s. 1), punkt 6.

27 — Se till exempel beslutet i målet Cannito (särskilt punkterna 9 och 10) och domen i målet Telemarsicabruzzo (särskilt punkterna 8 och 9), båda ovan fotnot 26.

28 — Exempelvis för att ogiltigförklara det beslut genom vilket ett bolags balansräkning fastställs.

Enligt de åtalade kan brottsrekvisiten i den tidigare artikel 2621 i codice civile, som gällde vid tidpunkten för gärningarna, under inga omständigheter tillämpas. Varken ett förhandsavgörande av domstolen eller det yrkande om lagprövning som de hänskjutande domstolarna överväger att inge till den italienska författningsdomstolen (Corte costituzionale)²⁹ kan ändra något härvidlag. Därmed behöver det inte prövas huruvida det nya rättsläget är förenligt med gemenskapsrätten.

Det är på intet vis självklart att lindrigare strafflagstiftning kan tillämpas retroaktivt trots att den strider mot gemenskapsrätten. Tvärtom kan minst lika väl en lösning tänkas, enligt vilken de nya brottsrekvisiten, i den mån de strider mot gemenskapsrättens mål, *inte skall tillämpas* och man i stället skall tillämpa de tidigare bestämmelserna som gällde vid tidpunkten för gärningarna.³⁰ Denna problematik har domstolen ännu inte ingående behandlat.

59. Denna uppfattning är inte övertygande och skälen därtill är följande:

60. Frågorna i alla tre målen har ställts i samband med konkreta brottmålsförfaranden. Avgörande för fortsättningen av dessa brottmålsförfaranden är huruvida sådana nationella bestämmelser som de som den italienska lagstiftaren har infört genom decreto legislativo 61/02 strider mot de bolagsrättsliga direktiven eller är förenliga med dem. Denna fråga vore utan betydelse för fortsättningen av målet vid den nationella domstolen enbart *om defaktiskt redan från början stod klart* att bestämmelser som de nya artiklarna 2621 och 2622 i codice civile såsom lindrigare strafflagstiftning *under alla förhållanden* skall tillämpas retroaktivt, till och med om de skulle strida mot gemenskapsrätten. Så är det dock inte — tvärtom.

61. För frågan huruvida tolkningsfrågorna kan upptas till sakprövning har det inte heller — tvärtemot vad de åtalade och den italienska regeringen anser — någon betydelse huruvida domstolens svar kan tillämpas i ett senare förfarande vid den italienska författningsdomstolen eller inte. Betydelsen av tolkningsfrågorna skall inte bedömas med hänsyn till ett eventuellt senare förfarande vid Corte costituzionale, utan med hänsyn till de brottmål som för närvarande är anhängiga vid de hänskjutande domstolarna. Dessa domstolar är *i enlighet med gemenskapsrätten* nämligen skyldiga att, redan *med stöd av egen besluts-*

29 — En författningsrättslig lagprövning skulle enligt uppgift från de hänskjutande domstolarna bland annat kunna avse frågan huruvida decreto legislativo 61/02 strider mot författningen, eftersom lagstiftaren har åsidosatt Italiens skyldigheter enligt gemenskapsrätten.

30 — Se i detta avseende punkt 131 och följande punkter i detta förslag till avgörande.

behörighetunderlåta att tillämpa varje bestämmelse i den nationella lagstiftningen om denna strider mot gemenskapsrätten. Härtill krävs inte något tidigare förfarande vid författningsdomstol³¹.

62. Även om man skulle *anta* att de hänskjutande domstolarna har ställt sina frågor *uteslutande* för att förbereda en senare lagprövning vid Corte costituzionale måste det enligt domstolens fasta rättspraxis allra först överlämnas åt de tre nationella domstolarna att bedöma huruvida deras frågor är nödvändiga. Enligt fast rättspraxis ankommer det nämligen uteslutande på den nationella domstol vid vilken tvisten anhängiggjorts, och som har ansvaret för det rättsliga avgörandet, att mot bakgrund av de särskilda omständigheterna i målet bedöma såväl om ett förhandsavgörande är nödvändigt för att döma i saken som relevansen av de frågor som ställs till EG-domstolen. EG-domstolen är följaktligen i princip skyldig att meddela ett förhandsavgörande när de frågor som ställts av den nationella domstolen avser tolkningen av gemenskapsrätten. EG-domstolen kan vägra att avgöra en fråga som en nationell domstol har ställt endast då det är uppenbart att den begärda tolkningen eller bedömningen av giltigheten av en gemenskapsbestämmelse inte har något samband med de verkliga omständigheterna eller föremålet för tvisten i målet vid den nationella domstolen, då frågan är hypotetisk eller då domstolen inte har tillgång till sådana

uppgifter om de faktiska eller rättsliga förhållandena som är nödvändiga för att kunna ge ett användbart svar på de frågor som ställts till den.³²

63. I föreliggande fall är det på intet sätt uppenbart att frågorna saknar samband med de verkliga omständigheterna eller med föremålet för ett mål som eventuellt skall förberedas vid författningsdomstolen eller att frågorna är hypotetiska. Visserligen har Corte costituzionale nyligen fastställt att yrkanden om lagprövning från tre italienska domstolar med avseende på de nya artiklarna 2621 och 2622 i codice civile inte kunde upptas till sakprövning.³³ Corte costituzionale har dock samma dag i ett annat mål om lagprövning uttryckligen uppskjutit prövningen av *de gemenskapsrättsliga aspekterna*, vilka särskilt i samband med artikel 117 första stycket i den italienska författningen³⁴ kan ha betydelse, till dess att domstolen meddelar ett beslut i föreliggande mål om förhandsavgörande. Corte costituzionale har därvid till och med direkt refererat till de vid EG-domstolen anhängiga målen C-387/02, C-391/02 och C-403/02.³⁵ Det kan alltså, även mot denna bakgrund, inte vara tal om att de frågor som ställts till domstolen inte skulle ha betydelse.

32 — Domen i målet Ribaldi (ovan fotnot 26), punkt 72, dom av den 7 januari 2003 i mål C-306/99, BIAO (REG 2003, s. I-1), punkterna 88 och 89, av den 13 mars 2001 i mål C-379/98, PreussenElektra (REG 2001, s. I-2099), punkterna 38 och 39, och av den 15 december 1995 i mål C-415/93, Bosman (REG 1995, s. I-4921), punkterna 59–61.

33 — Corte costituzionale dom nr 161/2004 av den 26 maj/1 juni 2004.

34 — I artikel 117 första stycket i den italienska författningen fastställs att statens och regionernas lagstiftande makt skall utövas med beaktande av författningen samt de förpliktelser som följer av gemenskapsrätten och av internationella förpliktelser.

35 — Corte costituzionale beslut nr 165/2004 av den 26 maj/1 juni 2004.

31 — För detaljerade uppgifter se punkt 132 och följande punkter i detta förslag till avgörande.

4) Slutsats

64. Av nämnda skäl anser jag att de tre framställningarna om begäran om förhandsavgörande kan upptas till sakprövning.³⁶

B — *Bedömning av frågorna vad innehållet beträffar*

65. För att lättare kunna överblicka de olika frågorna från de tre hänskjutande domstolarna kan det vara lämpligt att gruppera dem efter deras huvudsakliga innehåll och dela in dem i två stora ämnesområden, nämligen dels i frågan om det materiella tillämpningsområdet för artikel 6 första strecksatsen i första direktivet, dels i frågan om lämpliga påföljder för oriktiga bolagsuppgifter i årsbokslut.

66. I fråga om sammanställda redovisningar ställs samma frågor om tolkningen av artikel 38.6 i sjunde direktivet. Sätillvida gäller följande kommentarer i motsvarande grad.

1) Det materiella tillämpningsområdet för artikel 6 i första direktivet

67. För det första vill alla hänskjutande domstolar i huvudsak få veta huruvida det i artikel 6 första strecksatsen i första direktivet föreskrivs att medlemsstaterna skall föreskriva *lämpliga påföljder* endast för det fall att årsbokslut³⁷ över huvud taget inte offentliggörs, eller om det dessutom gäller för det fall att oriktiga årsbokslut vad innehållet beträffar offentliggörs.³⁸

68. Enligt ordalydelsen i artikel 6 första strecksatsen i första direktivet åläggs medlemsstaterna att föreskriva lämpliga påföljder för det fall att balans- och resultaträkningarna *inte* offentliggörs enligt artikel 2.1 f i direktivet³⁹.

69. Till skillnad från kommissionen och de båda åklagarmyndigheterna instämmer de åtalade Berlusconi och Dell'Utri i den italienska regeringens uppfattning att skyldigheten att föreskriva lämpliga påföljder med hänsyn till ordalydelsen endast omfattar en minimiharmonisering och inte utsträcker sig till att omfatta även offentliggörandet av *oriktiga* årsbokslut. I första direktivet före-

36 — Det kan för övrigt hänvisas till att domstolen hittills alltid har ansett att begäran om förhandsavgörande i liknande konstellationer har kunnat upptas till sakprövning. Se dom av den 26 september 1996 i mål C-341/94, Allain (REG 1996, s. I-4631), punkterna 12 och 13, dom av den 25 juni 1997 i de förenade målen C-304/94, C-330/94, C-342/94 och C-224/95, Tombesi m.fl. (REG 1997, s. I-3561), punkterna 39 och 40, och beslut av den 15 januari 2004 i mål C-235/02, Saetti och Frediani (REG 2004, s. I-1005), punkt 26. Se vidare kommentarerna i punkterna 25–27 i mitt förslag till avgörande av den 10 juni 2004 i mål C-457/02, Niselli (REG 2004, s. I-10853, s. I-10855).

37 — Se beträffande begreppet årsbokslut och dess sammansättning artikel 2.1 i fjärde direktivet. I det följande skall för enkelhetens skull begreppet årsbokslut användas.

38 — Så har det uttryckligen angetts i respektive första fråga i målen C-387/02 och C-403/02. I punkt 35 i beslutet om hänskjutande i mål C-391/02 har det redan förutsatts att lämpliga påföljder måste föreskrivas även för det fall att innehållsmässigt oriktiga årsbokslut offentliggörs.

39 — I artikel 38.6 i sjunde direktivet föreskrivs en till innehållet liknande bestämmelse för koncerners sammanställda redovisning.

skrivs endast en "formell offentlighet". Denna offentlighet ges en utformning vad innehållet beträffar först genom fjärde direktivet, i vilket det dock inte finns någon självständig bestämmelse om påföljder som motsvarar bestämmelsen i artikel 6 i första direktivet.

70. Det skall i detta avseende först fastställas att ordalydelsen av artikel 6 i första direktivet alls inte är så entydig. Bestämmelsen kan nämligen även förstås helt på det sättet att påföljder enbart för att *varje* offentliggörande har underlåtits skall föreskrivas även för att det *föreskrivna* offentliggörandet har underlåtits, det vill säga för att offentliggörandet av ett *vad innehållet beträffar riktigt* årsbokslut, i den mening som avses i artikel 2 och i artikel 471 i fjärde direktivet i förening med artikel 3 i första direktivet, har underlåtits.

71. Även om det restriktiva synsätt som de åtalade och den italienska regeringen företräder skulle utgöra en grundval, skall följande dock beaktas. Enligt fast rättspraxis skall vid tolkningen av en gemenskapsrättslig bestämmelse inte bara dess lydelse beaktas, utan också sammanhanget och de mål som

eftersträvas med de föreskrifter som den ingår i.⁴⁰ Vid beaktande av första direktivets bestämmelser samt mål framgår följande.

72. Det visar sig för det första att skyddet för tredje mans intressen i första direktivet har en särskild betydelse. Denna aspekt framhävs redan uttryckligen i fördraget genom gemenskapslagstiftarens uppdrag att utfärda direktiv (artikel 44.2 g EG). Dessutom återspeglas betydelsen av att skydda tredje mans intressen i andra och fjärde skälen i första direktivet, såsom för övrigt även i första skälet i fjärde direktivet och i första skälet i sjunde direktivet. Den skyldighet till offentliggörande som föreskrivs i dessa direktiv skall ge tredje man möjlighet att informera sig om ett bolags viktigaste dokument, till exempel om dess årsbokslut.

73. För det andra uppställs i artikel 2.3 i fjärde direktivet samt i fjärde skälet i detta den grundläggande principen att årsbokslutet skall ge en rättvisande bild av bolagets tillgångar och skulder, ekonomiska ställning och resultat.⁴¹ Denna princip har inte bara betydelse för fjärde direktivet, utan även vid tolkningen och tillämpningen av första

40 — Se exempelvis dom av den 13 november 2003 i mål C-294/01, Granarolo (REG 2003, s. I-13429), punkt 34 med ytterligare hänvisningar.

41 — Se, i detta avseende, även domen i målet BIAO (ovan fotnot 32), punkt 72 och följande punkter, och vidare dom av den 14 september 1999 i mål C-275/97, DE + ES Bauunternehmung (REG 1999, s. I-5331), punkterna 26 och 27, och av den 27 juni 1996 i mål C-234/94, Tomberger (REG 1996, s. I-3133), punkt 17, som rättats genom domstolens beslut av den 10 juli 1997, vilket inte offentliggjorts i rättsfallsamlingen). Detsamma följer för sammanställd redovisning av artikel 16.3, i förening med femte skälet i sjunde direktivet.

direktivet. Eftersom första direktivet nämligen kompletteras, vad gäller utformningen av innehållet i årsboks slut, genom fjärde direktivet⁴² och de båda direktiven i detta syfte även uttryckligen hänvisar till varandra,⁴³ skall de läsas och tolkas i ett sammanhang.

eller i vart fall kan informera sig därom.⁴⁴ Möjligheten för alla tredje män att gå tillbaka till bolagens årsboks slut verkar förtroendegivande för potentiella affärspartner och understöder därmed till slut en — även gränsöverskridande — verksamhet på den inre marknaden.⁴⁵

74. Vid tolkning och tillämpning av artikel 6 i första direktivet skall följaktligen såväl skyddet för berörd tredje man som principen om att ge en rättvisande bild av bolagets tillgångar och skulder, ekonomiska ställning och resultat särskilt uppmärksammas. Inte bara nuvarande utan även potentiella fordringsägare och investerare från andra medlemsstater måste när som helst kunna göra sig en tillförlitlig bild av ett företag för att bättre kunna uppskatta vilka risker en affärsförbindelse innebär och vilka ekonomiska medel som måste anskaffas. Som utomstående behöver de naturligtvis mer skydd än till exempel de auktoriserade bolagsmännen, vilka i olika stor omfattning har kännedom om det berörda bolagets tillgångar och skulder, ekonomiska ställning och resultat och medverkar i dess beslut,

75. Behovet av att skydda tredje man är dock särskilt stort, när ett årsboks slut visserligen har offentliggjorts, men detta dock visar en oriktig bild av bolagets tillgångar och skulder, ekonomiska ställning och resultat. Under det att tredje man i det fall att ett årsboks slut inte har offentliggjorts nämligen är varnad och över huvud taget inte kan sätta förtroende till bestämda tillgångar och skulder, bestämd ekonomisk ställning och resultat för det berörda bolaget, torde det vara ytterst svårt, om än inte helt omöjligt, att utan fördjupade kunskaper om företaget upptäcka fel i ett offentliggjort årsboks slut. Den italienska regeringens uppfattning, enligt vilken vem som helst kan kontrollera att ett offentliggjort årsboks slut är riktigt, är därför inte över-

42 — Dom av den 4 december 1997 i mål C-97/96, Daihatsu Deutschland (REG 1997, s. I-6843), punkt 14, och av den 29 september 1998 i mål C-191/95, kommissionen mot Tyskland (REG 1998, s. I-5449), punkt 66.

43 — I artikel 47.1 första stycket i fjärde direktivet hänvisas det uttryckligen till första direktivet. Omvänt tillkännages redan i artikel 2.1 första stycket i första direktivet att ett direktiv om samordning av innehållet i balans- och resultaträkningarna skall utfärdas, vilket har förverkligats genom fjärde direktivet.

44 — I frågan om tredje mans bristande kännedom om bolagets situation vad avser dess räkenskaper och finanser, se även domen i målet Daihatsu Deutschland (ovan fotnot 42), punkt 22. Generaladvokaten Cosmas har i punkt 32 i sitt förslag till avgörande av den 5 juni 1997 i mål C-191/95, kommissionen mot Tyskland (REG 1998, s. I-5449, s. I-5452) likaså framhållit, att skyldigheten att offentliggöra årsboks slut "syftar till att underrätta personer, som inte i tillräcklig utsträckning känner till bolagets situation eller vad som planeras i bolaget, för att dessa skall kunna bedöma huruvida det lönar sig att ingå något som helst rättsförhållande med detta".

45 — Betydelsen av de direktiv som utfärdats enligt artikel 44.2 g EG för att förverkliga den inre marknaden understryks även av domstolen i domen i målet Daihatsu Deutschland (ovan fotnot 42), punkt 18. Se, för ett liknande resonemang, redan dom av den 12 november 1974 i mål 32/74, Haaga (REG 1974, s. 1201), punkt 6.

tygande. Tvärtom litar tredje man generellt sett på att de uppgifter som angetts i ett årsbokslut är riktiga när detta har offentliggjorts. Det är desto viktigare att skydda detta förtroende — och till sist allmänhetens samt marknadernas förtroende.⁴⁶

76. Av det sammanhang i vilket bestämmelsen i artikel 6 i första direktivet ingår samt av denna bestämmelses innebörd och syfte följer därför en skyldighet för medlemsstaterna att föreskriva lämpliga påföljder inte endast för det fall att årsbokslut inte offentliggörs, utan i all synnerhet även när vad innehållet beträffar oriktiga årsbokslut offentliggörs.

77. Mot denna slutsats kan inte invändas att det enligt ordalydelsen i fjärde direktivet inte finns några fristående skyldigheter för medlemsstaterna att föreskriva påföljder.⁴⁷ På grund av det ovannämnda sammanhanget i vilket bestämmelser i första och fjärde direktivet ingår beror det nämligen inte alls på huruvida fjärde direktivet innehåller en egen bestämmelse som kan jämföras med

artikel 6 i första direktivet. Just på grund av att fjärde direktivet vad innehållet beträffar kompletterar det första direktivet och att artikel 47.1 första stycket i fjärde direktivet uttryckligen hänvisar till bestämmelserna om offentliggörande i första direktivet, var det inte absolut nödvändigt med en särskild bestämmelse om påföljder i fjärde direktivet. Omvänt (och följdriktigt) har det i fjärde direktivet på det ställe där det *inte* hänvisar till bestämmelserna om offentliggörande i första direktivet (jämför artikel 47.1 a i fjärde direktivet⁴⁸) införts en fristående skyldighet för medlemsstaterna att föreskriva lämpliga påföljder. Allt detta ligger nära slutsatsen att gemenskapslagstiftaren med första och fjärde direktivet ville förplikta medlemsstaterna att tillse att det finns ett *påföljdssystem utan brister* och att även de i artikel 6 i första direktivet föreskrivna påföljderna, på grund av hänvisningen till detta direktiv, i normalfallet skulle komma att tillämpas. Endast de fall i vilka det *inte* hänvisas till första direktivet omfattas av en fristående skyldighet att föreskriva påföljder enligt fjärde direktivet (jämför artikel 47.1 a sista meningen i detta).

46 — Den stora betydelsen av att årsbokslut är riktiga, inte endast för bolagsmän och fördringsägare utan även för finansmarknaderna och för den allmänna ekonomin, har exempelvis framhållits även i den i Bryssel den 4 november 2002 offentliggjorda rapporten av en högnivågrupp av experter på bolagsrätt, som på kommissionens uppdrag har lämnat rekommendationer för den europeiska gemenskapsrätten: Rapport från högnivågruppen av experter på bolagsrätt om modernare bolagsrätt och effektivare företagsstyrning i Europeiska unionen — Handlingsplan, sidan 71 och följande sidor; avdelning 4.3 första stycket. Kan läsas (den 20 juli 2004) på http://europa.eu.int/comm/internal_market/de/company/company/modern/index.htm.

47 — Se, för ett liknande resonemang, även om det endast avser påföljder för underlåtenhet att offentliggöra årsbokslut, generaladvokaten Cosmas förslag till avgörande av den 5 juni 1997 i mål C-191/95 (ovan fotnot 44), punkt 30.

78. Den åtalade Dell'Utris uppfattning, enligt vilken medlemsstaterna *endast* i de i fjärde direktivet uttryckligen nämnda undantagen är skyldiga att föreskriva påföljder för vad innehållet beträffar oriktiga årsbokslut,

48 — Artikel 47.1 i fjärde direktivet infogades genom direktiv 90/605.

övertygar mig inte. Då undantagsbestämmelserna i fjärde direktivet, särskilt artikel 47.1 a, till övervägande delen berör mindre företag, skulle den absurda följden av ett sådant synsätt nämligen vara att mindre företag i fråga om oriktiga bolagsuppgifter skulle behandlas strängare än större företag.

80. Även om denna tolkning av artikel 6 i första direktivet inte skulle följas är medlemsstaterna för övrigt även i enlighet med deras trohetsplikt till gemenskapen skyldiga att sörja för att offentliggörande av vad innehållet beträffar oriktiga årsbokslut straffas på ett verksamt sätt. När en gemenskapsrättslig reglering inte innehåller någon särskild bestämmelse i vilken föreskrivs om påföljd vid överträdelse av densamma och inte heller innehåller någon hänvisning i detta hänseende till nationella lagar eller andra författningar, är medlemsstaterna enligt artikel 10 EG skyldiga att vidta alla lämpliga åtgärder för att säkerställa gemenskapsrättens tillämplighet och verkan.⁵¹

79. Den av den åtalade Berlusconi åberopade domen i målet Rabobank⁴⁹ leder inte heller till någon annan slutsats. I nämnda dom är det inte alls bestämmelserna om offentliggörande i första direktivet utan den lagstadgade rätten för organ vid kapitalassociationer att företräda bolaget som avhandlas. Av denna dom kan slutsatsen inte dras att alla bestämmelser i första direktivet skall tolkas så snävt och så nära ordalydelsen som möjligt. Snarare har domstolen även i domen i målet Rabobank fallit tillbaka på metoden för en systematisk tolkning, genom att i sina överväganden ta med kommissionens förslag till ett femte direktiv på bolagsrättens område.⁵⁰ Domstolen har alltså i domen i målet Rabobank metodiskt gått till väga på ett sätt som mycket liknar det sätt som jag föreslår genom min hänvisning till sammanhanget i vilket bestämmelserna i första och fjärde direktivet ingår.

81. Sammanfattningsvis gäller därför följande:

Enligt artikel 6 första strecksatsen i första direktivet, i förening med artikel 2.3 och artikel 47.1 första stycket i fjärde direktivet och med artikel 10 EG, skall medlemsstaterna föreskriva lämpliga påföljder inte endast för det fall att årsbokslut över huvud taget inte offentliggörs, utan även för det fall att vad innehållet beträffar oriktiga årsbokslut offentliggörs. På motsvarande sätt skall artikel 38.6 i sjunde direktivet tolkas, som är tillämplig på sammanställda redovisningar.

51 — Fast rättspraxis sedan domen av den 21 september 1989 i mål 68/88, kommissionen mot Grekland (REG 1989, s. 2965; svensk specialutgåva, volym 10, s. 153), punkt 23. Se även domen i målet Allain (ovan fotnot 36), punkt 24, samt dom av den 30 september 2003 i mål C-167/01, Inspire Art (REG 2003, s. I-10155), punkt 62, och av den 15 januari 2004 i mål C-230/01, Penycod (REG 2004, s. I-937), punkt 36.

49 — Dom av den 16 december 1997 i mål C-104/96, Coöperatieve Rabobank "Vecht en Plassengebied" (REG 1997, s. I-7211), särskilt punkterna 22–25.

50 — Domen i målet Rabobank (ovan fotnot 49), punkterna 25–27.

2. Huruvida påföljderna för oriktiga bolagsuppgifter är lämpliga

61/02 motsvarar gemenskapsrättens mål. Kommissionen och de båda åklagarmyndigheter som har deltagit i förfarandet vid domstolen har motsatt uppfattning.

82. De hänskjutande domstolarna vill dessutom i huvudsak få veta vad som skall förstås med lämpliga påföljder för oriktiga bolagsuppgifter. Dels har de helt allmänt frågat efter kriterierna för att bedöma huruvida påföljderna är lämpliga,⁵² dels är det framför allt fråga om sådana bestämmelser som bestämmelserna i det italienska decreto legislativo 61/02, genom vilka ett progressivt påföljdssystem har införts,⁵³ vilka får följder för preskriptionen av de straffbara gärningarna,⁵⁴ och genom vilka det har införts krav på åtalansmälan⁵⁵ och föreskrivits toleransgränser under vilka oriktiga bolagsuppgifter inte skall bestraffas.⁵⁶

84. Visserligen kan domstolen i samband med ett förfarande enligt artikel 234 EG inte själv avgöra huruvida nationella rättsregler är förenliga med gemenskapsrätten eller hur nationella bestämmelser skall tolkas. Domstolen kan därför exempelvis inte uttala sig om straffsatsens storlek enligt den nya artikel 2621 i codice civile.⁵⁷ Domstolen är dock behörig att tillhandahålla de nationella domstolarna alla sådana uppgifter om gemenskapsrättens tolkning som gör det möjligt för dem att för avgörandet av de mål som anhängiggjorts vid dem pröva den nationella lagstiftningens förenlighet med gemenskapsrätten.⁵⁸

83. De åtalade samt den italienska regeringen har utgått ifrån att bestämmelser som de som införts genom decreto legislativo

a) Påföljdernas effektivitet, proportionerlighet och avskräckande verkan

85. Enligt artikel 6 första strecksatsen i första direktivet åläggs medlemsstaterna att

52 — Se särskilt den andra tolkningsfrågan i målen C-387/02 respektive C-403/02 samt den första tolkningsfrågan i målet C-391/02.

53 — Se i detta avseende särskilt den sjätte tolkningsfrågan i målet C-391/02.

54 — Se i detta avseende skälen till den andra tolkningsfrågan i målen C-387/02 respektive C-403/02 samt till den första tolkningsfrågan i målet C-391/02.

55 — Se i detta avseende den femte och den sjätte tolkningsfrågan i mål C-391/02 samt den tredje tolkningsfrågan i mål C-403/02.

56 — Se i detta avseende den tredje tolkningsfrågan i mål C-387/02 samt den andra, den tredje och den fjärde tolkningsfrågan i mål C-391/02.

57 — Därpå syftar exempelvis den första delen av den tredje tolkningsfrågan i mål C-403/02.

58 — Fast rättspraxis. Se domen i målet Tombesi (ovan fotnot 36), punkt 36, samt dom av den 9 september 2003 i mål C-151/02, Jaeger (REG 2003, s. I-8389), punkt 43, av den 3 maj 2001 i mål C-28/99, Verdonck m.fl. (REG 2001, s. I-3399), punkt 28, och av den 15 december 1993 i mål C-292/92, Hünermund m.fl. (REG 1993, s. I-6787; svensk specialutgåva, volym 14, s. 467), punkt 8. Se, för ett liknande resonemang, domen i målet Inspire Art (ovan fotnot 51), punkt 63.

föreskriva *lämpliga påföljder* endast för det fall att den redan diskuterade skyldigheten till offentliggörande åsidosätts. Genom bestämmelsen överläts därmed, i överensstämmelse med artikel 249.3 EG, åt de nationella myndigheterna att bestämma form och tillvägagångssätt, vilket alltså ger dem ett icke oväsentligt utrymme för skönsmässig bedömning.

86. Detta utrymme för skönsmässig bedömning är dock inte obegränsat. Om en gemenskapsrättslig reglering inte innehåller någon särskild bestämmelse i vilken föreskrivs om påföljd vid överträdelse av densamma eller om det i denna därvidlag hänvisas till bestämmelser i nationella lagar och förordningar, så är medlemsstaterna enligt redan nämnd rättspraxis enligt artikel 10 EG skyldiga att vidta alla lämpliga åtgärder för att säkerställa gemenskapsrättens fullständiga verkan. Även om medlemsstaterna fortfarande får bestämma påföljderna måste de nämligen beakta att överträdelser av gemenskapsrätten beivras enligt regler motsvarande de processuella och materiella regler som gäller för överträdelser av samma art och svårighetsgrad enligt nationell rätt, varvid påföljden i vart fall skall *vara effektiv, stå i rimlig proportion till överträdelsen samt vara avskräckande*.⁵⁹

87. Något stöd för att det skulle föreligga en diskriminering mellan det rent nationella och det gemenskapsrättsliga sakförhållandet

finns inte i föreliggande fall. Därför skall följande kommentarer enbart ta upp kriterierna *effektivitet, proportionerlighet och avskräckande verkan*. De utgör i föreliggande fall normen för att bedöma frågan huruvida bestämmelser som de som införts genom decreto legislativo 61/02 är förenliga med artikel 6 i första direktivet. Särskild betydelse skall enligt de redan nämnda målbestämmelserna i första och fjärde direktivet⁶⁰ därvid tillmätas inte endast bolagsmännens och fordringsägarnas intressen, utan också skyddet för andra tredje mäns intressen och förtroende för en rättvisande bild av bolagets tillgångar och skulder, ekonomiska ställning och resultat. De i den nationella lagstiftningen föreskrivna påföljderna måste på ett effektivt, proportionerligt och avskräckande sätt säkerställa också just detta skydd.

88. En påföljdsreglering är effektiv om den är så utformad att det i praktiken inte görs omöjligt eller orimligt svårt att ådöma den föreskrivna påföljden (och därmed förverkliga de i gemenskapsrätten fastställda målen⁶¹). Detta framgår av *effektivitetsprin-*

60 — Se andra skälet i första direktivet och första skälet i fjärde direktivet samt kommentarerna i punkterna 72–75 i detta förslag till avgörande.

61 — Den senare aspekten har generaladvokaten Van Gerven framhållit i punkt 8 i sitt förslag till avgörande av den 5 december 1989 i mål C-326/88, Hansen (REG 1990, s. I-2911, s. I-2919; svensk specialutgåva, volym 10, s. 459). Effektiv betyder enligt hans uppfattning att "medlemsstaterna bland annat är skyldiga att söka uppnå och genomföra målen för de berörda gemenskapsrättsliga bestämmelserna".

59 — Fast rättspraxis alltsedan domen i målet kommissionen mot Grekland (ovan fotnot 51), punkterna 23 och 24. Se även domarna i målen Allain (ovan fotnot 36), punkt 24, och Inspire Art (ovan fotnot 51), punkt 62.

cipen,⁶² vilken enligt rättspraxis skall tillämpas överallt där det i ett sakförhållande refereras till gemenskapsrätten, men det — till exempel för det förfarande som skall tillämpas — inte finns några gemenskapsrättsliga bestämmelser och medlemsstaterna följaktligen tillämpar nationella bestämmelser. Därvid gäller effektivitetsprincipen inte endast när den enskilde åberopar sina rättigheter enligt gemenskapsrätten gentemot en medlemsstat utan även omvänt när en medlemsstat omsätter gemenskapsrättens mål gentemot den enskilde.⁶³

89. En påföljd är *avskräckande*, om den enskilde därigenom hindras från att överträda de mål och bestämmelser som fastställts i gemenskapsrätten.⁶⁴ Det beror därvid inte enbart på påföljdens art och storlek⁶⁵ utan även på hur sannolikt det är att den kommer att ådömas. Den som gör sig skyldig till en överträdelse måste befara att påföljden faktiskt även kan komma att ådömas honom. I detta hänseende sammanfaller kriteriet avskräckande verkan delvis med kriteriet effektivitet.

90. En påföljd är *proportionerlig*, om den är lämplig för att uppnå de legitima syften som eftersträvas genom den (alltså i synnerhet *effektiv* och *avskräckande*) och dessutom är nödvändig. Om valet står mellan flera lämpliga påföljder skall den minst betungande väljas. Vidare måste de verkningar som påföljden får för den berörda stå i lämplig proportion till de eftersträvade målen.⁶⁶

91. Varje fall, i vilket frågan gäller om en nationell bestämmelse innehåller en i denna mening effektiv, proportionerlig och avskräckande påföljd, skall bedömas med beaktande av den ställning denna bestämmelse har inom förfarandet i dess helhet, inklusive dess förlopp och särdrag vid de olika nationella domstolarna.⁶⁷

92. Sammanfattningsvis framgår därför följande:

Påföljder är i den mening som avses i artikel 6 i första direktivet lämpliga, om de är

62 — Se dom av den 7 januari 2004 i mål C-201/02, Delena Wells (REG 2004, s. I-4599), punkt 67, med ytterligare hänvisningar, och av den 14 december 1995 i mål C-312/93, Peterbroeck (REG 1995, s. I-4599), punkt 12.

63 — Se exempelvis dom av den 26 juni 2003 i mål C-404/00, kommissionen mot Spanien (REG 2003, s. I-6695), punkt 24, av den 16 juli 1998 i mål C-298/96, Oelmühle Hamburg und Schmidt Söhne (REG 1998, s. I-4767), punkt 24, och av den 21 september 1983 i de förenade målen 205/82–215/82, Deutsche Milchkontor m.fl. (REG 1983, s. 2633); svensk specialutgåva, volym 7, s. 233), punkt 19.

64 — Se, för ett liknande resonemang, generaladvokaten Van Gervens förslag till avgörande av den 5 december 1989 i målet Hansen (ovan fotnot 6), punkt 8: "Avskräckande" och "proportionerliga" innebär att påföljderna med hänsyn till de eftersträvade målen måste vara tillräckliga men inte får vara överdrivet stränga."

65 — Dom av den 18 oktober 2001 i mål C-354/99, kommissionen mot Irland (REG 2001, s. I-7657), punkt 47, och dessutom punkt 27 i generaladvokaten Geelhoeds förslag till avgörande av den 5 april 2001 (REG 2001, s. I-7660). Se även domarna av den 8 juni 1994 i mål C-382/92, kommissionen mot Förenade kungariket (REG 1994, s. I-2435; svensk specialutgåva, volym 15, s. 169), punkterna 56–58, och i mål C-383/92, kommissionen mot Förenade kungariket (REG 1994, s. I-2479; svensk specialutgåva, volym 15, s. 187), punkterna 41 och 42.

66 — Se, i fråga om proportionalitetsprincipen, till exempel dom av den 3 juli 2003 i mål C-220/01, Lennox (REG 2003, s. I-7091), punkt 76, av den 12 mars 2002 i de förenade målen C-27/00 och C-122/00, Omega Air m.fl. (REG 2002, s. I-2569), punkt 62, och av den 11 juli 1989 i mål 265/87, Schröder (REG 1989, s. 2237; svensk specialutgåva, volym 10, s. 97), punkt 21. Se även dom av den 23 januari 1997 i mål C-29/95, Pastoors och Trans-Cap (REG 1997, s. I-285), punkt 24 sista mening och punkterna 25–28.

67 — Se, för ett liknande resonemang, i frågan huruvida nationella processuella bestämmelser är förenliga med effektivitetsprincipen, i fast rättspraxis exempelvis domen i målet Peterbroeck (ovan fotnot 62), punkt 14, samt dom av den 10 april 2003 i mål C-276/01, Steffensen (REG 2003, s. I-3735), punkt 66, av den 27 februari 2003 i mål C-327/00, Santex (REG 2003, s. I-1877), punkt 56, och av den 21 november 2002 i mål C-473/00, Cofidis (REG 2002, s. I-10875), punkt 37.

effektiva, proportionerliga och avskräckande. Särskild betydelse skall därvid 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. Varje fall, i vilket frågan gäller om en nationell bestämmelse innehåller en effektiv, proportionerlig och avskräckande påföljd, skall bedömas med beaktande av den ställning denna bestämmelse har inom förfarandet i dess helhet, dess förlopp och särdrag vid de olika nationella domstolarna.

94. Utgångspunkten för bedömningen av dessa bestämmelser skall vara den förebild som ligger till grund för fjärde direktivet. Enligt artikel 2.3 i fjärde direktivet krävs det att ett bolags årsbokslut skall ge en rättvisande bild av bolagets tillgångar, skulder, ekonomiska ställning och resultat. Denna princip har central betydelse i direktivets bestämmelser om årsbokslut.⁶⁸ Detta illustreras särskilt i artikel 2.4 och 2.5 i fjärde direktivet. Vid tvivelsmål skall avsteg till och med göras från andra bestämmelser i fjärde direktivet för att säkerställa att årsbokslutet ger en rättvisande bild av de faktiska förhållandena (artikel 2.5 första meningen), och det kan till och med bli nödvändigt att för detta överskrida kraven i fjärde direktivet (artikel 2.4).⁶⁹

b) Toleransgränser

95. Som redan nämnts skall såväl bolagsmännens som tredje mans förtroende för att årsboksluten är materiellt riktiga skyddas genom dessa bestämmelser.

93. Enligt såväl den nya artikel 2621 tredje stycket första meningen som den nya artikel 2622 femte stycket första meningen i codice civile är oriktiga bolagsuppgifter inte straffbelagda, om genom gärningen redovisningen av bolagets eller koncernens tillgångar och skulder, ekonomiska ställning och resultat inte förfälskas på ett betydande sätt. Dessutom innehåller båda bestämmelserna i procent angivna toleransgränser (jämför den nya artikel 2621, tredje stycket andra meningen och fjärde stycket samt den nya artikel 2622 femte stycket andra meningen och sjätte stycket i codice civile). Då bestämmelserna i de båda straffrättsliga lagstiftningarna är lika skall de lämpligen behandlas först.

96. Av detta följer i princip två helt olika saker. Om fel i ett årsbokslut eller i en sammanställd redovisning är ägnade att rubba förtroendet för att ett bolags tillgångar och skulder, ekonomiska ställning och resultat redovisas på ett riktigt sätt, så kan det enligt principen om effektiva påföljder inte

68 — Se i detta avseende även den rättspraxis som anges i fotnot 41.

69 — Artikel 16 i sjunde direktivet innehåller motsvarande bestämmelser för sammanställd redovisning.

finnas någon tolerans för detta. I annat fall skulle det mål omintetgöras som eftersträvas med direktiven. Om däremot fel i ett årsbokslut *inte* är ägnade att rubba detta förtroende, så kan de föreskrivna påföljderna bli lägre eller till och med bortfalla helt.

det föreligger ett fel som endast får obetydliga verkningar eller en förfalskning som inte kan accepteras. Annars skulle det nämligen finnas stor risk för att det i skuggan av de av lagstiftaren tillåtna toleransgränserna skulle uppkomma vida utbredda och avsiktligt medräknade fel i årsbokslut. En sådan utveckling skulle framför allt i efterhand kunna rubba tredje mans förtroende och därmed hela affärslivets förtroende för att årsbokslut är riktiga.

97. Bestämmelser som lämnar tillräckligt utrymme för att omständigheterna i det enskilda fallet skall kunna beaktas, kan rättfärdigas om tolkningen och tillämpningen av dessa normer är förenlig med direktiven. I jämförelse därmed kan de rent kvantitativa verkningarna av ett fel, som det hänvisas till i den nya artikel 2621 tredje stycket andra meningen och fjärde stycket, samt den nya artikel 2622 femte stycket andra meningen och sjätte stycket i *codice civile*, endast utgöra en första hållpunkt för att bedöma huruvida detta fel är ägnat att rubba förtroendet för att ett bolags tillgångar och skulder, ekonomiska ställning och resultat redovisas på ett riktigt sätt.

98. Visserligen äventyras inte *i vanliga fall* bolagsmännens och tredje mans intressen samt skyddet för deras förtroende för att årsboksluten är riktiga, så länge bolagets eller koncernens tillgångar och skulder, ekonomiska ställning och resultat genom eventuellt bokföringsfel inte rent siffermässigt förfalskas på ett betydande sätt. För att likväl förebygga missbruk och uppmuntra till största möjliga noggrannhet när årsboksluten utformas, måste det alltid överlämnas till en bedömning i det enskilda fallet, huruvida

99. Det kan i synnerhet inte heller föreligga någon som helst tolerans, om, såsom det förutsätts i de nya artiklarna 2621 och 2622 i *codice civile*, oriktiga uppgifter uppsåttligt samt med avsikt att vilseleda respektive att berikas sätts in i ett årsbokslut och sedan offentliggörs, även om verkningarna av förfalskningen rent kvantitativt är obetydliga. Principen om en sanningsenlig bild av ett bolags tillgångar och skulder, ekonomiska ställning och resultat tjänar, som redan nämnts, nämligen skyddet för tredje mans intressen och förtroendet för att affärslivet visar att årsboksluten är riktiga. Om det tilläts att det, uppsåttligt och med avsikten att vilseleda respektive att berikas, lämnas oriktiga uppgifter i årsbokslut, skulle detta förtroende varaktigt svikas och därmed strida mot målsättningen i de bolagsrättsliga direktiven.

100. Mot denna bakgrund förefaller toleransgränser respektive skäl för att utesluta straff, såsom de föreskrivs i den nya artikel 2621 tredje och fjärde styckena, samt i den nya artikel 2622 femte och sjätte styckena i codice civile, inte kunna vara tillräckliga för kraven i gemenskapsrätten på effektiva (och även avskräckande) påföljder.

101. Det skall för övrigt påpekas att man även i Amerikas förenta stater i exempelvis förvaltningspraxis från Securities and Exchange Commission (SEC), utgår från att kvantitativa toleransgränser inte är lämpliga, i vart fall om det därmed grundas ett obestridligt antagande *utan* möjlighet till en omfattande bedömning av samtliga omständigheter i det enskilda fallet.⁷⁰

102. Gentemot de synsätt som företräds här kan inte heller invändas att de minimis-reglerna i gemenskapsrätten är allmänt erkända.⁷¹ Det är visserligen riktigt att det

i den europeiska konkurrensrätten finns vissa trösklar för märkbar påverkan. Sådana trösklar tillämpas dock endast där det säkerställs att konkurrensreglernas innebörd och syfte samt praktiska verkan inte skadas.

103. Så till exempel krävs det i fråga om statliga stöd enligt artikel 3 i den tillämpliga förordningen för gruppundantag⁷² att vissa kontroller genomförs för att säkerställa att de stöd som beviljats som stöd av mindre betydelse inte påverkar handeln mellan medlemsstaterna och inte snedvrider konkurrensen.⁷³ En jämförelse med dessa de minimis-regler ligger alltså, eventuellt, följande slutsats nära. Toleransgränser kan endast förekomma om innebörden och syftet med de tillämpliga bestämmelserna inte motarbetas, det vill säga i fallet med årsbokslut skyddet för tredje mans och allmänhetens förtroende för bolagsuppgifter.

104. En jämförelse med de de minimis-regler som gäller i fråga om artikel 81 EG är minst lika belysande. I denna artikel har nämligen särskilt tungt vägande begränsningar, såsom exempelvis prisöverenskomelser eller bildandet av områdeskarteller (så kallade kärnbegränsningar), från första början undantagits från tillämpningsområdet för de minimis-reglerna. Begränsningarna omfattas därmed alljämt undantagslöst av

70 — SEC Staff Accounting Bulletin, No. 99, 17 CFR Part 211 [Release No. SAB 99], av den 12 augusti 1999, kan läsas (den 13 juli 2004) på www.sec.gov/interps/account/sab99.htm. Enligt förvaltningen vid SEC gäller följande: "Exclusive reliance on certain quantitative benchmarks to assess materiality in preparing financial statements and performing audits of those financial statements is inappropriate; misstatements are not immaterial simply because they fall beneath a numerical threshold." För att bedöma huruvida en kvantitativt obetydlig avvikelse ändock är av betydelse kvalitativt sett, anges i denna som ett av många kriterier dessutom följande: "whether the misstatement involves concealment of an unlawful transaction." Även det förhållandet att en oriktig uppgift lämnas uppsåtligt kan ha betydelse för bedömning av den: "In certain circumstances, intentional immaterial misstatements are unlawful."

71 — Detta är dock en uppfattning som den åtalade Berlusconi har framfört i sitt skriftliga yttrande.

72 — Kommissionens förordning (EG) nr 69/2001 av den 12 januari 2001 om tillämpningen av artiklarna 87 och 88 i EG-fördraget på stöd av mindre betydelse (EGT L 10, s. 30).

73 — Se femte och sjunde skälen i förordning nr 69/2001 (ovan fotnot 72).

tillämpningsområdet för den europeiska kartellagstiftningen.⁷⁴ Om dessa tankar överförs till området för oriktiga bolagsuppgifter, så ligger, eventuellt, följande slutsats nära. De fall där tredje mans och allmänhetens förtroende för att ett bolags uppgifter är riktiga har skadats på ett särskilt ingripande sätt, särskilt genom sådana oriktiga uppgifter i årsbokslut som lämnats uppsåtligen och i avsikt att vilseleda respektive att berikas, får inte alls tolereras, även om bolagets eller koncernens tillgångar och skulder, ekonomiska ställning och resultat rent siffermässigt inte förfalskats på ett betydande sätt genom förfalskningarna.

Samma bestämmelser utgör dock hinder för att tillämpa en nationell bestämmelse, enligt vilken straffbarheten för oriktiga bolagsuppgifter — utan att det görs en samlad bedömning av samtliga omständigheter i det enskilda fallet — ändå alltid bortfaller om de oriktiga uppgifterna eller underlåtenheten har lett till en ändring som med högst en viss procentsats avviker från det korrekta värdet.

Artikel 38.6 i förening med artikel 38.1 och artikel 16.3 i sjunde direktivet skall tolkas på motsvarande sätt.

105. Sammanfattningsvis gäller således följande:

c) Preskriptionsfrister för brottmålsförfarandet

Artikel 6 första strecksatsen i första direktivet i förening med artikel 2.3 och artikel 47.1 första stycket i fjärde direktivet utgör inte något hinder för att tillämpa en nationell bestämmelse, enligt vilken oriktiga bolagsuppgifter inte är straffbara, om redovisningen av bolagets eller koncernens tillgångar och skulder, ekonomiska ställning och resultat genom gärningen inte förfalskas på ett betydande sätt, utom om gärningen begicks uppsåtligen och i avsikt att vilseleda respektive att berikas.

106. Vad avser preskriptionen har decreto legislativo 61/02 lett till att de tillämpliga tidsfristerna har förkortats väsentligt. Detta inverkar särskilt på åtal av straffbelagda gärningar enligt den nyinförda artikel 2621 i codice civile. För detta brott, vilket framställs som den allmänna straffbara gärningen för oriktiga bolagsuppgifter, uppgår fristen hädanefter till tre år. Om denna frist avbryts inträder preskriptionsfristen senast efter fyra år och sex månader.⁷⁵

⁷⁴ — Se punkt 11 i Tillkännagivande från kommissionen om avtal av mindre betydelse som inte märkbart begränsar konkurrensen enligt artikel 81.1 i Fördraget (de minimis) (EGT C 368, 2001, s. 13).

⁷⁵ — Detta kan jämföras med att det för den tidigare artikel 2621 codice civile gällde en preskriptionstid av tio år. Om denna frist avbröts inträdde preskriptionen senast efter femton år (se exempelvis punkt 42 i beslutet om hänskjutande i mål C-391/02).

107. Det finns inga principiella betänkligheter mot att medlemsstaterna låter påföljder, som de med stöd av gemenskapsrätten har infört, underkastas preskription. Sådana preskriptionsfrister tjänar nämligen rättssäkerheten, och rättssäkerhetsprincipen är även på gemenskapsnivå erkänd som en allmän rättsprincip.⁷⁶ Följdriktigt förekommer det även i gemenskapsrätten jämförbara preskriptionsfrister, till exempel i bestämmelserna om skyddet för gemenskapernas finansiella intressen,⁷⁷ och inom ramen för konkurrenspolitiken.⁷⁸

avskräckande verkan.⁷⁹ Oriktiga bolagsuppgifter får alltså inte enbart teoretiskt beläggas med påföljder. Påföljdssystemet skall snarare utformas så, att var och en som framlägger ett oriktigt årsbokslut även faktiskt måste befara att han kan ådömas påföljder.⁸⁰

109. Huruvida preskriptionsbestämmelser som de bestämmelser som är tillämpliga på den nya artikel 2621 och den nya artikel 2622 i codice civile motsvarar de just beskrivna kraven på effektiva och avskräckande påföljder skall å ena sidan bedömas med beaktande av de ifrågasvarande straffbara handlingarnas art och svårighetsgrad och å andra sidan med beaktande av hur de preskriptionsbestämmelser som föreskrivs i den nationella lagstiftningen har utformats.⁸¹ Det ankommer därvid inte endast på preskriptionsfristens längd, utan exempelvis även på den tidpunkt när denna frist börjar löpa, på eventuella händelser som hindrar respektive avbryter preskriptionen och på de verkningar ett sådant hinder respektive avbrott får. Likaså får det inte heller bortses

108. Såsom förekomsten av sådana preskriptionsfrister dessutom visar krävs det enligt gemenskapsrätten ingalunda att det i varje enskilt fall faktiskt även måste komma därhän att en påföljd ådöms. Det måste däremot säkerställas att de tillämpliga preskriptionsreglerna inte undergräver de föreskrivna påföljdernas effektivitet och

76 — Dom av den 24 juni 2004 i mål C-278/02, Handlbauer (REG 2004, s. I-6171), punkt 40, som senare bekräftats genom domstolens beslut av den 14 juli 2004, vilket inte har offentliggjorts i domstolens rättsfallssamling.

77 — Artikel 3 i rådets förordning (EG, Euratom) nr 2988/95 av den 18 december 1995 om skydd av Europeiska gemenskapernas finansiella intressen (EGT L 312, s. 1, nedan kallad förordning nr 2988/95).

78 — Artiklarna 25 och 26 i rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget (EGT L 1, 2003, s. 1). En bestämmelse om tidsfrister som liknar preskription finns även i artikel 15 i rådets förordning (EG) nr 659/1999 av den 22 mars 1999 om tillämpningsföreskrifter för artikel 93 i EG-fördraget (EGT L 83, s. 1). Det skall dock framhållas att respektive tidsfrister enligt artikel 25.6 i förordning nr 1/2002 och enligt artikel 15.2 fjärde meningen i förordning nr 659/1999 upphör att löpa så länge som ett domstolsförfarande är anhängigt.

79 — Liknande överväganden påträffas även i annat sammanhang, nämligen i rättspraxis avseende frågan huruvida vissa processuella tidsfrister i nationell lagstiftning kan tillämpas på sakförhållanden vad gäller gemenskapsrätten. Domstolen har i denna rättspraxis i princip tillåtit att (undantags-)frister får fastställas, men att sådana tidsfrister enligt effektivitetsprincipen dock inte får göra det praktiskt taget omöjligt eller alltför svårt att genomföra gemenskapsrätten. Se i detta avseende dom av den 15 september 1998 i mål C-231/96, Edis (REG 1996, s. I-4951), punkterna 34 och 35, och av den 17 juni 2004 i mål C-30/02, Recheio — Cash & Carry (REG 2004, s. I-6051), punkterna 17 och 18.

80 — Se även punkterna 88 och 89 i detta förslag till avgörande.

81 — Om de hänskjutande domstolarna vid bedömningen av det italienska tidsfristsystemet också, såsom den åtalade Berlusconi har föreslagit, skulle stödja sig på statistik, skulle de vara tvungna att klokt nog se till att sådan statistik är beviskraftig, det vill säga att den specifikt avser de straffbara gärningar som här är i fråga, och att den tillåter en jämförelse mellan tidsfristens verkningar enligt den gamla och enligt den nya lagstiftningen.

från hur mycket tid som rättsväsendet med hänsyn till såväl de faktiska omständigheternas komplexitet som den personliga och materiella uppläggningsen i normala fall behöver för förundersökning och för domstolsförfarandet. I gengäld skall det beaktas att enligt artikel 6.1 första meningen i konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna⁸² samt enligt artikel 47 andra stycket första meningen i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna⁸³ skall var och en, särskilt den som är åtalad i ett brottmål, skyddas för orimligt långvariga förfaranden. Varaktigheten av förfarandet skall emellertid bedömas med hänsyn till de särskilda omständigheterna i varje enskilt mål och även till målets komplexitet.⁸⁴

110. Om en preskriptionsbestämmelse med beaktande av alla dessa synpunkter leder till

82 — Undertecknad den 4 november 1950 i Rom.

83 — EGT C 364, 2000, s. 1. Även om några bindande rättsverkningar som kan jämföras med primärrätten inte har uppkommit genom denna stadga, ger den dock åtminstone, som källa till erkännande av rättigheter, upplysning om de grundläggande rättigheter som garanteras genom gemenskapens rättsordning. Se, för ett liknande synsätt, generaladvokaten Poiares Maduros förslag till avgörande av den 29 juni 2004 i mål C-181/03 P, Nardone (REG 2004, s. I-199, s. I-201), punkt 51, generaladvokaten Mischos förslag till avgörande av den 20 september 2001 i de förenade målen C-20/00 och C-64/00, Booker Aquaculture och Hydro Seafood (REG 2001, s. I-7411, på s. I-7415), punkt 126, generaladvokaten Tizzanos förslag till avgörande av den 18 februari 2001 i mål C-173/99, BECTU (REG 2001, s. I-4881, s. I-4883), punkt 28, samt generaladvokaten Légers förslag till avgörande av den 10 juli 2001 i mål C-353/99 P, Hautala (REG 2001, s. I-9565, s. I-9567), punkterna 82 och 83.

84 — Dom av den 17 december 1998 i mål C-185/95 P, Baustahlgewebe (REG 1998, s. I-8417), särskilt punkterna 21, 29 och 47, och av den 15 oktober 2002 i de förenade målen C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P, C-251/99 P, C-252/99 P och C-254/99 P, Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. (REG 2002, s. I-8375), särskilt punkt 187.

att det inte kan eller endast sällan kan förväntas att det föreskrivna straffet faktiskt ådöms, kan det inte vara tal om en effektiv och avskräckande påföljd.

111. Enligt uppgift från alla de hänskjutande domstolarna kan särskilt i fallet med ett brott enligt den nya artikel 2621 i codice civile de — ofta omfattande och långvariga — förundersökningarna och domstolsförfarandet, vilket regelbundet sträcker sig över tre instanser, i normala fall inte avslutas innan preskriptionen inträder. Mot denna bakgrund är det mycket tveklaktigt huruvida en bestämmelse som den nya artikel 2621 i codice civile kan anses vara en effektiv och avskräckande påföljd i den mening som avses i artikel 6 första strecksatsen i första direktivet.

112. Sammanfattningsvis gäller således följande:

Artikel 6 första strecksatsen i första direktivet i förening med artikel 2.3 och artikel 47.1 första stycket i fjärde direktivet utgör hinder för att tillämpa en preskriptionsbestämmelse, som innebär att det inte kan eller endast sällan kan förväntas att de föreskrivna påföljderna faktiskt ådöms. Artikel 38.6 i förening med artikel 38.1 och artikel 16.3 i sjunde direktivet skall tolkas på motsvarande sätt.

d) Progressivt påföljdssystem och krav på åtalsanmälan

113. Den straffbara gärningen enligt den nya artikel 2622 i codice civile utmärker sig visserligen genom att straffsatsen är väsentligt högre än i den nya artikel 2621 och även är underkastad längre preskriptionsfrister. Ett brottmålsförfarande tillåts i regel dock endast efter det att de skadelidande bolagsmännen eller fordringsägarna har gjort en åtalsanmälan. Därmed kan gärningen i regel inte beivras ex officio och inte heller efter åtalsanmälan av annan tredje man än den skadelidande fordringsägaren.

114. Visserligen står det medlemsstaterna fritt att införa ett progressivt påföljdssystem och exempelvis föreskriva strängare straff för det fall att oriktiga bolagsuppgifter — utöver den immateriella skada som i regel uppkommer på grund av att förtroendet för att årsbokslut är riktiga har svikits — leder till förmögenhetsförluster. Principen om att påföljder skall vara proportionerliga föranleder till och med att kvalificerade straffbelagda gärningar införs för vilka det vid uppkomst av förmögenhetsförlust föreskrivs strängare straff än för den allmänna straffbelagda gärningen och för vilka det i gengäld förutsätts att den skadelidande gör en åtalsanmälan för att åtal skall kunna väckas.

115. Bestämmelser vilka åtföljs av ett krav på åtalsanmälan är i sig dock inte ägnade att

uppfylla den gemenskapsrättsliga skyldigheten att föreskriva lämpliga påföljder, såsom den åläggs medlemsstaterna enligt artikel 6 i första direktivet. På grund av att dess reglering om åtalsanmälan begränsas till skadade bolagsmän eller fordringsägare kan en bestämmelse som den nya artikel 2622 i codice civile nämligen inte på ett effektivt sätt säkerställa skyddet för *alla* tredje mäns intressen, utan på sin höjd vissa tredje män. Såsom domstolen dock redan har fastställt i domen i målet Daihatsu Deutschland skall artikel 6 i första direktivet tolkas på så sätt att den utgör hinder för att tillämpa en nationell lagstiftning som endast gör det möjligt för bolagsmän, borgenärer samt gemensam företagsnämnd eller bolagets företagsnämnd att yrka att påföljden skall ådömas.⁸⁵ Av ovan nämnda skäl⁸⁶ är övervägandena i domen i målet Daihatsu Deutschland ingalunda begränsade till fall av *underlåtenhet att offentliggöra årsbokslut*. Snarare måste de — i strid med de åtalade Berlusconi och Dell'Utris uppfattning — i all synnerhet gälla även för det fall att *oriktiga årsbokslut offentliggörs*.

116. Sådana kvalificerade brottsrekvisit såsom de som föreskrivs i den nya artikel 2622 i codice civile kan därmed eventuellt komplettera ett i den nationella lagstiftningen i alla fall redan föreskrivet system av effektiva, proportionerliga och avskräckande

85 — Domen i målet Daihatsu Deutschland (ovan fotnot 42), punkt 23. Se även domen i målet kommissionen mot Tyskland (ovan fotnot 42), punkt 67, och beslutet av den 23 september 2004 i de förenade målen C-435/02 och C-103/03, Springer och Weske (REG 2004, s. I-8663), punkterna 28–35.

86 — Punkterna 67–81 i detta förslag till avgörande.

påföljder. På grund av att de begränsas till att skydda bolagsmännens och fordringsägarnas intressen är de däremot inte ägnade att reglera eventuella underskott i samband med skyddet för (andra) tredje mäns intressen, antingen beträffande eventuella förmögenhetsförluster eller även endast beträffande den rent ideella skada som kan uppstå om allmänhetens förtroende för att årsbokslut är riktiga sviks.

orktiga uppgifter som eventuellt uppträder hos de få börsnoterade företagen som får övervägas, liksom även de straffbelagda gärningar som leder till skada för staten eller för Europeiska gemenskaperna. Tvärtom måste alla fall av oriktiga bolagsuppgifter övervägas, inte minst de som avser icke börsnoterade företag och som inte leder till någon skada för det allmänna.

117. Om de hänskjutande domstolarna således skulle komma fram till slutsatsen att den allmänna straffbelagda gärningen i den nya artikel 2621 i codice civile exempelvis på grund av toleransgränserna eller den preskriptionsbestämmelse som är tillämplig på den inte utgör någon effektiv och avskräckande påföljd,⁸⁷ så kan inte heller en bestämmelse som den nya artikel 2622 i codice civile, enligt vilken kravet på ansvarsyrkande begränsas till enbart bolagsmän och fordringsägare, avhjälpa denna brist.

119. Sammanfattningsvis gäller således följande:

118. För övrigt kan det för en samlad bedömning av denna bestämmelse inte ha någon betydelse att det i vart fall i undantagsfall är möjligt att väcka åtal ex officio enligt den nya artikel 2622 andra och tredje styckena. Det är självklart att det vid bedömningen av påföljdernas effektivitet och avskräckande verkan inte endast är de

Artikel 6 första strecksatsen i första direktivet i förening med artikel 2.3 och artikel 47.1 första stycket i fjärde direktivet utgör inte något hinder för att tillämpa en nationell bestämmelse, enligt vilken påföljder med vilka vissa personers förmögenhetsintressen skyddas i regel endast kan ådömas efter den skadelidandes anmälan. Detta förutsätter dock att det därutöver finns en allmän bestämmelse i vilken det till skydd för tredje mans intressen, även oberoende av en eventuell förmögenhetsförlust, föreskrivs effektiva, proportionerliga och avskräckande påföljder, vilka kan ådömas ex officio. Artikel 38.6 i förening med artikel 38.1 och artikel 16.3 i sjunde direktivet skall tolkas på motsvarande sätt.

87 — Se i detta avseende punkterna 93–104 och 106–111 i detta förslag till avgörande.

e) Sammanhanget i dess helhet av bestämmelser i civilrättslagstiftningen, i strafflagstiftningen och i lagstiftningen om administrativa sanktionsåtgärder

— möjligheten att ådöma bolaget vissa administrativa sanktioner för sådana oriktiga bolagsuppgifter som bolaget lämnat i eget intresse,⁹⁰

120. De åtalade Berlusconi, Adelchi och Dell'Utri samt den italienska regeringen har hänvisat till att det vid bedömningen av det nya italienska påföljdssystemet för oriktiga bolagsuppgifter skall tas hänsyn även till de icke straffrättsliga inslagen, det vill säga bestämmelser i civilrättslagstiftningen och i lagstiftningen om administrativa påföljder. Även kommissionens yttrande kan i vart fall i princip förstås på det sättet. I detta sammanhang har det *exempelvis* hänvisats till följande bestämmelser:

— möjligheten att utdöma böter för underlåtenhet att framlägga bokslut eller att inte ha framlagt det i rätt tid⁹¹ och

— bestämmelserna om granskning av årsboksluten och de sammanställda redovisningarna av för detta särskilt godkända personer med särskilt ansvar.⁹²

— det civilrättsliga ansvaret för den som är ansvarig för oriktiga bolagsuppgifter,⁸⁸

121. Som redan påpekats⁹³ lämnas medlemsstaterna genom artikel 6 i första direktivet ett inte obetydligt utrymme för skönsmåsig bedömning vid utformningen av sina nationella påföljdssystem. Det följer därför på intet vis av artikel 6 i första direktivet att det endast är påföljder enligt strafflagstift-

— möjligheten att överklaga bolagets beslut att fastställa ett (oriktigt) bokslut,⁸⁹

90 — I detta sammanhang har de olika sidorna hänvisat till den nya artikel 25b i decreto legislativo 231/01 (som infogats genom decreto legislativo 61/02).

91 — I detta sammanhang har det nämligen hänvisats till den nya artikel 2630 i codice civile.

92 — I detta sammanhang har de åtalade Berlusconi och Dell'Utri bland annat hänvisat till artikel 2409a–2409f i codice civile, som införts genom decreto legislativo 6/03 av den 17 januari 2003 (GURI nr 17 av den 22 januari 2003).

93 — Se punkterna 85–87 i detta förslag till avgörande.

88 — I detta sammanhang har de åtalade Berlusconi och Dell'Utri exempelvis nämnt bland annat artiklarna 2393–2395 i codice civile.

89 — I detta sammanhang har de åtalade Berlusconi och Dell'Utri exempelvis hänvisat till artikel 2379 och till den nya artikel 2434a i codice civile.

ningen som skall ådömas.⁹⁴ Från gemenskapsrättslig synpunkt skall det i princip inte heller invändas mot att bestämmelser i strafflagstiftningen kombineras med bestämmelser i den civilrättsliga lagstiftningen och bestämmelser i lagstiftningen om administrativa sanktionsåtgärder. För att bedöma samspelet mellan sådana bestämmelser skall tvärtom endast principen om effektiva, proportionerliga och avskräckande påföljder gälla.

122. Det ankommer på de hänskjutande domstolarna att bedöma sammanhanget i dess helhet av det påföljdssystem som den italienska lagstiftaren har föreskrivit och att bedöma kriterierna effektivitet, proportionerlighet och avskräckande verkan.⁹⁵ Domstolen kan såtillvida endast ge sådana upplysningar om tolkningen av gemenskapsrätten som ger den nationella domstolen möjlighet att göra en sådan bedömning av den nationella lagstiftningen.

123. Härvidlag skall det först erinras om att påföljder vilka endast kan utdömas efter anmälan av vissa personer, nämligen bolagsmän och fordringsägare, från början inte kan vara ägnade att i samband med att allmänt skydda tredje mans intressen reglera even-

tuella underskott.⁹⁶ Lika litet får skyddet av tredje mans intressen vara beroende av att någon slags skada uppkommer för denna tredje man. Det som skall skyddas är inte endast tredje mans förmögenhetsintressen, utan även och just tredje mans intresse av en sanningsenlig information om bolagets tillgångar och skulder, ekonomiska ställning och resultat, och därmed affärlivets förtroende för att årsbokslut är riktiga. Om detta skydd inte ges, är påföljdernas effektivitet bristfällig från början.

124. Även det förhållandet att tredje man i förekommande fall kan utverka sådana civilrättsliga åtgärder som att exempelvis bolagsbeslut för fastställande av årsbokslut ogiltigförklaras,⁹⁷ är i sig inte tillräckligt för att tala om en effektiv påföljd. Att påföljderna är effektiva och framför allt har en avskräckande karaktär förutsätter, såsom redan nämnts, att den som framlägger oriktiga årsbokslut också faktiskt måste befara att han kan ådömas påföljder. Därför måste det ytterligare undersökas åtminstone huruvida det är sannolikt⁹⁸ att tredje man över huvud taget kan anhängiggöra en form av talan som

96 — Se i detta avseende punkterna 115–117 i detta förslag till avgörande med hänvisningar till domarna i målen *Daihatsu Deutschland* och *kommissionen mot Tyskland* (båda ovan fotnot 42).

97 — Härtill har exempelvis de åtalade *Berlusconi* och *Dell'Utri* hänvisat i sina skriftliga yttranden. Åklagarmyndigheten vid appellationsdomstolen i Lecce har i sina skriftliga förklaringar däremot framhållit att exempelvis vid börsnoterade företag kan inte alla tredje män utverka en sådan ogiltigförklaring. Även de åtalade *Berlusconi* och *Dell'Utri* har i sina inlagor nämnt några begränsningar i tredje mans rätt att överklaga (se exempelvis artikel 2434a i *codice civile*).

98 — Såsom generaladvokaten *Cosmas* har betonat i sitt förslag till avgörande av den 5 juni 1997 i mål C-191/95 (ovan fotnot 44), punkt 33, har de personer som har rätt att göra en ansökan inte alltid intresse av att inleda ett dylikt förfarande.

94 — Dom av den 2 oktober 1991 i mål C-7/90, *Vandevenne m.fl.* (REG 1991, s. I-4371), punkt 17, och dessutom generaladvokaten *Van Gervens* förslag till avgörande av den 19 februari 1991, punkt 8. Se, för ett liknande resonemang, dom av den 12 september 1996 i de förenade målen C-58/95, C-75/95, C-112/95, C-119/95, C-123/95, C-135/95, C-140/95, C-141/95, C-154/95 och C-157/95, *Gallotti m.fl.* (REG 1996, s. I-4345), punkterna 14 och 15.

95 — Se, för ett liknande resonemang, exempelvis domen i målet *Inspire Art* (ovan fotnot 51), punkterna 62 och 63. Se även punkt 91 i detta förslag till avgörande.

exempelvis en begäran om ogiltigförklaring vid de behöriga nationella domstolarna, och huruvida det finns utsikt för att detta lyckas.

125. I den mån som andra bestämmelser i fråga om faktiska omständigheter knyter an till de nya artiklarna 2621 och 2622 i codice civile skall det vid bedömningen av dem beaktas att eventuella brister i dessa brottsrekvisit, till exempel toleransgränserna, omedelbart påverkar även påföljdsbestämmelserna och därmed kan skada deras effektivitet och avskräckande verkan. Detta gäller till exempel beträffande en bestämmelse som artikel 2641 i codice civile,⁹⁹ i vilken det föreskrivs att den ökning av förmögenheten som uppnåtts orätmätigt skall förfalla och att medel skall förverkas. Detta gäller likaså för administrativa sanktionsåtgärder som de som införts i artikel 25b i decreto legislativo 231/01. Även i dessa hänvisas det till brottsrekvisiten i de nya artiklarna 2621 och 2622 i codice civile.

126. Beträffande artikel 25b i decreto legislativo 231/01 skall det dessutom beaktas att denna bestämmelse endast är tillämplig på gärningar som begåtts i bolagets intresse och att bolaget under vissa förutsättningar kan rentvå sig från skuld.¹⁰⁰ Bestämmelser vars tillämpningsområde är begränsat på det sättet kan visserligen utgöra ett meningsfullt

komplement till påföljdssystemet i sin helhet men kan dock inte reglera eventuella underskott i samband med det allmänna skyddet för tredje mans intressen. Skyddet för tredje mans intresse av att få sanningsenlig information om det berörda bolagets tillgångar och skulder, ekonomiska ställning och resultat skall nämligen garanteras vara effektivt även när någon till egen fördel, och inte nödvändigtvis i bolagets intresse eller till skada för någon annan person, har lämnat oriktiga uppgifter i ett årsbokslut.

127. Dessutom skall i fråga om bestämmelser som artikel 25b i decreto legislativo 231/01 även storleken på de där föreskrivna påföljderna prövas i förhållande till deras avskräckande verkan. Om det visar sig att de böter som föreskrivs är så låga att de inte är motiverade i förhållande till svårhetsgraden av de ifrågavarande överträdelseerna av de tillämpliga bestämmelserna om bokslut, och till det berörda företagens storlek, så kan sådana bestämmelser inte betecknas som avskräckande. De är då inte heller av detta skäl ägnade att avhjälpa eventuella brister i de straffrättsliga påföljderna enligt de nya artiklarna 2621 och 2622 i codice civile.

128. Beträffande bestämmelser som den nya artikel 2630 i codice civile räcker hänvisningen att det enligt artikel 6 i första

99 — Enligt lydelsen av decreto legislativo 61/02. Såväl den åtalade Berlusconi som den åtalade Dell'Utri har uttryckligen hänvisat till denna bestämmelse.

100 — Se även artiklarna 5 och 6 i decreto legislativo 231/01.

direktivet, såsom påpekats ovan¹⁰¹, krävs lämpliga påföljder inte endast för det fall att årsbokslut inte offentliggörs, utan även för det fall att oriktiga årsbokslut offentliggörs.

129. Granskningen av bokslut av auktoriserad revisor¹⁰² är visserligen tveklöst en central del i det regelverk genom vilket det skall säkerställas att bolagsuppgifterna är riktiga vad innehållet beträffar. Det är dock fråga om en *förebyggande kontroll*. Däremot krävs det enligt artikel 6 i första direktivet, redan enligt ordalydelsen i denna (påföljder),¹⁰³ av medlemsstaterna att deras förfarande med lämpliga åtgärder — åtminstone också — skall vara av *repressiv art*. Detsamma följer för övrigt även av sambandet mellan bestämmelserna i fjärde och sjunde direktivet samt av innebörden och målet med bestämmelserna om granskning av bokslut. Revisorns förebyggande verksamhet skall på intet vis ersätta medlemsstaternas repressiva åtgärder eller reglera deras underskott. Denna verksamhet har snarare tänkts som ett andra oberoende bärande ben i ett

system genom vilket det skall garanteras att årsbokslut och sammanställda redovisningar är riktiga vad innehållet beträffar. Gemenskapslagstiftaren ålägger medlemsstaterna att säkerställa *såväl* en effektiv förebyggande *som* en effektiv repressiv kontroll.

130. I fråga om straffrättslagstiftningen skall det slutligen beaktas att vissa bestämmelser förutsätter att ett brott (*delitto*) har begåtts¹⁰⁴ och att en förseelse (*contravvenzione*) i enlighet med den nya artikel 2621 i codice civile därför inte från början kommer i fråga som en anknypningspunkt för dem.

C — Följderna för de vid de hänskjutande domstolarna anhängiga brottmålen av att nationella bestämmelser strider mot direktiven

131. För att ge de hänskjutande domstolarna ett användbart svar för avgörandet av de brottmål som är anhängiga vid dem, skall det därutöver undersökas vilken verkan den här föreslagna tolkningen av de bolagsrättsliga direktiven får i ett nationellt domstolsförfarande.¹⁰⁵ Därvid skall det hänvisas till de

101 — Punkterna 67–81 i detta förslag till avgörande.

102 — Se i detta sammanhang artikel 51 i fjärde direktivet och artikel 37 i sjunde direktivet. Se dessutom artiklarna 23–27 i rådets åttonde direktiv av den 10 april 1984 grundat på artikel 54.3 g i fördraget, om godkännande av personer som har ansvar för lagstadgad revision av räkenskaper (EGT L 126, s. 20, svensk specialutgåva, område 17, volym 1, s. 73, senast ändrad genom Avtalet om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet — Bilaga XXII, EGT L 1, 1994, s. 517). Artikel 54.3 i EG-fördraget motsvarar artikel 44.2 EG.

103 — Ännu tydligare än i den tyska språkversionen av bestämmelsen talas det till exempel i den franska versionen om "sanctions appropriées", i den italienska om "adeguate sanzioni", i den spanska om "sanciones apropiadas", i den portugisiska om "sanções apropriadas", i den nederländska om "passende sancties" och i den engelska om "appropriate penalties".

104 — I den muntliga förhandlingen har åklagarmyndigheten i Lecce exempelvis hänvisat till att det straff som innebär yrkesförbud för företagsdirektörer endast kan ådömas i samband med ett brott (delitto).

105 — Se, i fråga om samma problem, redan mitt förslag till avgörande i målet Niselli (ovan fotnot 36), punkterna 52–75.

nationella domstolarnas allmänna och på alla håll kända skyldighet att genomföra gemenskapsrättens mål. Vidare skall gränserna för tillämpningen av direktiven i brottmål och slutligen principen om retroaktiv tillämpning av den lindrigare lagstiftningen nämnas.

133. Till detta skall följande anmärkas. Det är självklart att det inte faller under EG-domstolens behörighet att ta ställning till hur en medlemsstats författning skall tolkas eller att kontrollera huruvida en nationell rättsakt är förenlig med den. Däremot är det domstolens uppgift att genom sin rättspraxis se till att gemenskapsrätten tillämpas på ett enhetligt och effektivt sätt i alla medlemsstaterna. I detta avseende kan domstolen inom ramen för sin behörighet att tolka gemenskapsrätten ge de hänskjutande domstolarna de upplysningar om lagstiftningen som är nödvändiga.

1) Nationella domstolars skyldighet att genomföra gemenskapsrättens mål

132. I åtminstone två tvister vid de nationella domstolarna har de behöriga åklagarna vid respektive nationell domstol anmärkt att de genom decreto legislativo 61/02 införda lagändringarna strider mot författningen.¹⁰⁶ Alla de tre hänskjutande domstolarna överväger att framlägga decreto legislativo 61/02 till den italienska författningsdomstolen för att det skall prövas huruvida dekretet är förenligt med författningen. I sitt beslut om hänskjutande i målet C-387/02 har Tribunale di Milano exempelvis påpekat att "utgången i målet beror på huruvida bestämmelserna finns överensstämma med konstitutionen. Det ankommer på Corte costituzionale (författningsdomstolen) att avgöra huruvida detta är fallet ...".

134. Enligt domstolens fasta rättspraxis är nationella domstolar skyldiga att tillämpa gemenskapsrätten och att underlåta att tillämpa nationell lagstiftning som kan strida mot denna. Detta är den logiska följden av att tillämpningen av gemenskapsrätten skall ges företräde.¹⁰⁷ I domen i målet Simmenthal har domstolen i detta hänseende förklarat att den nationella domstolen är skyldig att tillämpa gemenskapsrätten genom att "... underlåta att tillämpa varje bestämmelse i den nationella lagstiftningen som kan strida mot gemenskapsrätten, oavsett om den bestämmelsen antagits före eller efter gemenskapsregeln ...".¹⁰⁸

135. Dessutom är en nationell domstol skyldig att säkerställa att gemenskapsrätts-

107 — Fast rättspraxis alltsedan domen av den 15 juli 1964 i mål 6/64, Costa mot ENEL (REG 1964; svensk specialutgåva, volym 1, s. 211).

108 — Dom av den 9 mars 1978 i mål 106/77, Staatliche Finanzverwaltung mot Simmenthal (REG 1978, s. 629; svensk specialutgåva, volym 4, s. 75), punkterna 21–23. Se även dom av den 19 juni 1990 i mål C-213/89, Factortame (REG 1990, s. 1-2433; svensk specialutgåva, volym 10, s. 435), punkt 20, och av den 19 november 1991 i de förenade målen C-6/90 och C-9/90, Francovich m.fl. (REG 1991, s. 1-5357; svensk specialutgåva, volym 11, s. 435), punkt 32.

106 — De har därvid åberopat artikel 3 i den italienska författningen (likabehandlingsprincipen) samt artiklarna 11 och 117 i den italienska författningen (Italiens internationella, särskilt gemenskapsrättsliga förpliktelser). Se i detta sammanhang även fotnot 34.

bestämmelserna ges full verkan ”genom att med stöd av sin egenbehörighet, om det behövs, underlåta att tillämpa varje motstridande — även senare — bestämmelse i nationell lagstiftning, utan att domstolen behöver begära eller avvakta ett föregående avskaffande av en sådan bestämmelse genom lagstiftning eller något annat konstitutionellt förfarande”.¹⁰⁹

136. De hänskjutande domstolarna är i kraft av gemenskapsrätten, särskilt enligt artiklarna 10 EG och 249 EG tredje stycket, alltså skyldiga att genomföra de gemenskapsrättsliga direktivens mål i de brottmålsförfaranden som är anhängiga vid dem, utan att det i detta avseende krävs ett tidigare beslut av den italienska författningsdomstolen i frågan huruvida decreto legislativo 61/02 eventuellt strider mot författningen.

137. Allt detta utesluter självklart inte att en nationell lagstiftningsakt som decreto legislativo 61/02 enligt respektive nationella bestämmelser *dessutom* även underställs en granskning av författningsdomstolen, varigenom det allmänt fastställs huruvida rättsakten är grundlagsenlig och i förekommande fall huruvida den är giltig.

138. Oberoende av om en sådan granskning av författningsdomstolen genomförs, och

109 — Domen i målet *Simmenthal* (ovan fotnot 108), punkt 24, min kursivering. Se även dom av den 8 juni 2000 i mål C-258/98, *Carra* m.fl. (REG 2000, s. I-4217), punkt 16, och av den 18 september 2003 i mål C-416/00, *Morellato* (REG 2003, s. I-9343), punkterna 43 och 44.

oberoende av om decreto legislativo 61/02 är förenligt eller inte med den italienska författningen, måste de hänskjutande domstolarna i det konkreta fallet, det vill säga i de brottmålsförfaranden som är anhängiga vid dem, dock *redan nu underlåta att tillämpa* denna förordning, som ersätter en lag, närmare bestämt *såvitt* de förändringar som föreskrivs i denna strider mot gemenskapsrätten. Domstolens svar på frågorna från de hänskjutande domstolarna är bindande för alla nationella domstolar vid deras avgörande av de mål som är anhängiga vid dem.¹¹⁰ Av den tolkning som domstolen gör följer därvid hur innebörden och räckvidden av bestämmelserna i de gemenskapsrättsliga direktiven skall förstås och tillämpas *efter det att de har trätt i kraft* respektive hur de skulle ha förståtts och tillämpats.¹¹¹

2) Gränserna för tillämpning av direktiv i brottmålsförfaranden

139. De åtalade Berlusconi, Adelchi och Dell’Utri samt den italienska regeringen har hänvisat till den straffrättsliga legalitetsprincipen. Av denna princip följer att de åtalade till följd av tillämpningen av de bolagsrättsliga direktiven varken kunde hotas av ett åtal

110 — Dom av den 24 juni 1969 i mål 29/68, *Milch-, Fett- und Eierkontor mot Hauptzollamt Saarbrücken* (REG 1969, s. 165), punkterna 2 och 3. Se även dom av den 3 februari 1977 i mål 52/76, *Benedetti mot Munari* (REG 1977, s. 163), punkterna 26–27, och domstolens beslut av den 5 mars 1986 i mål 69/85, *Wünsche III* (REG 1986, s. 947; svensk specialutgåva, volym 8, s. 497), punkterna 13–15, samt yttrande nr 1/91 av den 14 december 1991 (REG 1991, s. I-6079), punkt 61.

111 — Dom av den 27 mars 1980 i mål 61/79, *Denkavit italiana* (REG 1980, s. 1205; svensk specialutgåva, volym 5, s. 149), punkterna 16 och 17, och i de förenade målen 66/79, 127/79 och 128/79, *Meridionale Industria Salumi* m.fl. (REG 1980, s. 1237; svensk specialutgåva, volym 5, s. 163), punkt 9, samt dom av den 22 oktober 1998 i de förenade målen C-10/97–C-22/97, *IN.CO.GE.90* m.fl. (REG 1998, s. I-6307), punkt 23, och av den 13 januari 2004 i mål C-453/00, *Kühne & Heitz* (REG 2004, s. I-837), punkt 21.

eller av andra och strängare straff än de som föreskrivs i de nya artiklarna 2621 och 2622 codice civile. Åklagarmyndigheten i Milano och kommissionen, som deltar i förfarandet, är av motsatt uppfattning.

nella konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter¹¹⁴ samt i artikel 49 första stycket första meningen i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna.¹¹⁵ På grund av denna regel, som också förbjuder att straffbestämmelser tolkas extensivt till nackdel för den berörda personen, har det i brottmålsförfaranden dessutom satts snäva gränser för den tolkning som är förenlig med direktiven.¹¹⁶

a) I rättspraxis klarlagda principer

140. I rättspraxis har det redan klarlagts att ett 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.¹¹²

142. Å andra sidan har domstolen grundat regeln att direktiv inte i sig kan utgöra grundval för straffrättsligt ansvar eller en skärpning av det straffrättsliga ansvaret på det förhållandet att ett direktiv inte i sig kan ge upphov till skyldigheter för en enskild.¹¹⁷

141. Å ena sidan följer detta fastställande av den straffrättsliga legalitetsprincipen (*nullum crimen, nulla poena sine lege*),¹¹³ som hör till de allmänna rättsprinciperna som är gemensamma för medlemsstaternas författningstraditioner och som också är förankrad i artikel 7 i Europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, i artikel 15 första stycket första meningen i Internatio-

143. Principen att ett direktiv inte i sig kan ge upphov till skyldigheter för en enskild har — nyligen i målet Pfeiffer — visserligen

112 — Dom av den 11 juni 1987 i mål 14/86, Pretore di Salò mot X (REG 1987, s. 2545; svensk specialutgåva, volym 9, s. 111), punkt 20, av den 26 september 1996 i mål C-168/95, Arcaro (REG 1996, s. I-4705), punkt 36, och av den 7 januari 2004 i mål C-60/02, X (REG 2004, s. I-651), punkt 61.

113 — Generaladvokaten Ruiz-Jarabo Colomers förslag till avgörande av den 18 juni 1996 i de förenade målen C-74/95 och C-129/95, X (REG 1996, s. I-6609, s.I-6612), punkt 43. Generaladvokaten Jacobs förslag till avgörande av den 24 oktober 1996 i de förenade målen C-304/94, C-330/94, C-342/94 och C-224/95, Tombesi m.fl. (REG 1997, s. I-3564), punkt 37.

114 — Framlagd för undertecknande den 19 december 1966 (UN Treaty Series, volym 999, s. 171).

115 — Se i detta avseende domstolens dom av den 12 december 1996 i de förenade målen C-74/95 och C-129/95, X (REG 1996, s. I-6609), punkt 25, med hänvisning till domarna från Europadomstolen för de mänskliga rättigheterna av den 25 maj 1993 (Kokkinakis, serie A, nr 260-A, § 52), och av den 22 november 1995 (S.W. mot Förenade kungariket, serie A, nr 335-B, § 35, och nr 335-C, § 33). Se även domstolens dom av den 10 juli 1984 i mål 63/83, Kirk (REG 1984, s. 2689; svensk specialutgåva, volym 7, s. 623), punkt 22.

116 — Se i detta sammanhang särskilt dom i de förenade målen C-74/95 och C-129/95 (ovan fotnot 115), punkterna 24 och 25, vidare dom av den 8 oktober 1987 i mål 80/86, Kolpinghuis Nijmegen (REG 1987, s. 3969; svensk specialutgåva, volym 9, s. 213), punkt 13, och domen i målet Arcaro (ovan fotnot 112), punkt 42.

117 — Domarna i målen Pretore di Salò (ovan fotnot 112), punkt 19, Arcaro (ovan fotnot 112), punkt 36, och Daihatsu Deutschland (ovan fotnot 42), punkt 24, samtliga med hänvisning till domen av den 26 februari 1986 i mål 152/84, Marshall (REG 1986, s. 723; svensk specialutgåva, volym 8, s. 457), punkt 48. Se dessutom domen i målet Tombesi (ovan fotnot 36), punkt 42, och domen i de förenade målen C-74/95 och C-129/95 (ovan fotnot 115), punkt 23.

ifrågasatts av generaladvokaten Ruiz-Jarabo Colomer för det fall att ett direktiv skall tillämpas direkt i förhållandet mellan två enskilda.¹¹⁸ Generaladvokaten har dock själv hänvisat till att andra kriterier gäller i brottmålsförfaranden, i vilka den enskilde konfronteras med staten.¹¹⁹ Slutligen är det således ostridigt att den direkta verkan av ett direktiv i vart fall i ett brottmålsförfarande inte kan leda till att den enskilde åläggs förpliktelser.

bestämmelser som utfärdats för att genomföra dem.¹²⁰ Lika litet följer de åtalades straffbarhet direkt av artikel 10 EG. Att beakta artikel 10 EG samt de gemenskapsrättsliga direktivens mål har nämligen endast till följd att de lagändringar som genom decreto legislativo 61/02 införts efter det att gärningen begicks, och som innebär att straffet lindras och att möjligheterna att väcka åtal försvåras eller helt utesluts, i förekommande fall inte får tillämpas. Där emot är den nationella lagen i dess lydelse vid tidpunkten för gärningen fortfarande tillämplig. Därmed grundar sig de åtalades straffbarhet på den nationella lagstiftning som gällde vid tidpunkten för gärningen, nämligen på den tidigare artikel 2621 i codice civile.

b) Principerna som berör föreliggande fall

144. Inget av de skäl som domstolen har anfört för att begränsa verkan av direktiv i brottmålsförfaranden är tillämpligt i föreliggande fall.

145. Sålunda berörs inte den straffrättsliga legalitetsprincipen, då det straffrättsliga ansvaret för de åtalade i tvisterna vid de nationella domstolarna på intet sätt framgår direkt av de gemenskapsrättsliga direktiven och därmed är oberoende av de nationella

146. Häremot kan det inte invändas att den straffbara gärning som hittills angavs i den tidigare artikel 2621 i codice civile, till följd av att den upphävts genom decreto legislativo 61/02, "oåterkalleligt har upphört att gälla" och inte kan "återuppstå". På grund av den fortgående skyldigheten att sörja för effektiva, proportionerliga och avskräckande påföljder är det enligt gemenskapsrätten förbjudet för den nationella lagstiftaren att utan vidare upphäva en bestående påföljdsreglering, utan att genast ersätta denna genom andra effektiva, proportionerliga och avskräckande påföljder. Detta förbud mot att ointetgöra målen för ett direktiv,¹²¹ gäller nämligen inte endast innan tidsfristen för deras införlivande löper ut, utan i all

118 — Förslag till avgörande av den 6 maj 2003 i de förenade målen C-397/01–C-403/01 (REG 2003, s. I-8835, s. I-8839). Eftersom principfrågan om den direkta verkan av direktiv mellan enskilda enligt domstolen därmed väcktes hänsköt den frågan till stora avdelningen och återupptog den muntliga förhandlingen. I sitt andra förslag till avgörande av den 27 april 2004 bekräftade generaladvokaten sin ståndpunkt.

119 — Punkt 38 i det (andra) förslaget till avgörande av den 27 april 2004 i de förenade målen C-397/01–C-403/01, Pfeiffer.

120 — Se i detta sammanhang hänvisningarna i fotnot 112.

121 — Dom av den 18 december 1997 i mål C-129/96, Inter-Environnement Wallonie (REG 1997, s. I-7411), punkt 45, av den 8 maj 2003 i mål C-14/02, ATRAL (REG 2003, s. I-4431), punkt 58, och av den 5 februari 2004 i mål C-157/02, Rieser (REG 2004, s. I-1477), punkt 66.

synnerhet även därefter. Om en rättsakt om upphävande som den som anges i decreto legislativo 61/02 således strider mot målen i gemenskapsrätten, så får just denna rättsakt om upphävande således inte heller tillämpas i tvisterna vid de nationella domstolarna. Om emellertid rättsakten om upphävande inte tillämpas har den tidigare artikel 2621 i codice civile i föreliggande fall inte alls "oåterkalleligt upphört att gälla", och frågan huruvida den kan "återuppstå" uppkommer inte.

148. I ett fall som det föreliggande kan något åsidosättande av principen *nullum crimen, nulla poena sine lege* inte befaras. Detta har domstolen i domen i målet Tombesi också bekräftat.¹²³ I vart fall torde "... de gärningar som lett till åtal vid de nationella domstolarna ... ha varit straffbara enligt nationell rätt när de begicks. De [nationella bestämmelser], enligt vilka dessa gärningar [enligt nationell lagstiftning] inte längre kunde beivras ..., trädde inte i kraft förrän senare. Mot denna bakgrund saknas anledning att undersöka vilka följder den straffrättsliga legalitetsprincipen skulle kunna få för tillämpningen av förordning ...".

147. Även om det emellertid antas att den tidigare strafflagstiftningen, det vill säga den tidigare artikel 2621 i codice civile, nu är upphävd, utesluter det på intet vis att brottsrekvisiten enligt denna artikel fortfarande tillämpas på gärningar som begåtts innan den upphävdes. Det motsvarar tvärtom just den straffrättsliga legalitetsprincipen (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), att en gärning alltid skall bedömas enligt den strafflagstiftning som gällde vid den tidpunkt då gärningen begicks. Exempelvis skulle väl ingen på allvar tvivla på att en äldre lindrigare strafflagstiftning fortfarande skall tillämpas, om lagstiftaren under tiden har skärpt straffbarheten. Att tillämpligheten av den äldre strafflagstiftningen under motsatta förhållanden ifrågasätts i föreliggande fall berör i grunden inte särskilt frågan huruvida den straffrättsliga legalitetsprincipen upprätthålls, utan tvärtom frågan huruvida ett undantag från denna princip kan göras till förmån för en retroaktiv tillämpning av den senare lindrigare strafflagstiftningen.¹²²

149. Detta påstående kan helt och fullt överföras på det föreliggande fallet. Fallet Tombesi, såsom för övrigt även fallet Niselli,¹²⁴ överensstämmer nämligen på de avgörande punkterna med det fall som föreligger här. Varken här eller där har det i princip ifrågasatts att överträdelser av tillämpliga bestämmelser (lagstiftning om avfall respektive bokslut) är straffbara. Här som där är det snarare fråga om en förändring av de brottsrekvisit, som utgör grund för bestraffningen. Här som där hade ändringen av de nationella bestämmelserna till följd att vissa gärningar gick fria från straff, vilka dessförinnan hade varit straffbelagda. Medan det exempelvis i föreliggande fall på nytt infördes vissa toleransgränser (tröskelvärden), under vilka oriktiga bolagsuppgifter inte är straffbara, så skulle i fallen Tombesi och Niselli avfallsbegreppet och därmed straffbarheten av vissa överträdelser av

122 — Se i detta sammanhang punkt 154 och följande punkter i detta förslag till avgörande.

123 — Ovan fotnot 36, punkt 43. Se dessutom beslutet i mål Saetti (ovan fotnot 36), punkt 26.

124 — Ovan fotnot 36.

avfallsagstiftningen förstås på ett nytt (och snävare) sätt.¹²⁵ Det som, här som där, är avgörande är att *gärningarna vid den tidpunkt då de begicks var straffbara enligt nationell lagstiftning*.

150. Det skall endast för fullständighetens skull även anmärkas att det i föreliggande fall inte heller krävs någon som helst med direktiven överensstämmande tolkning av den nationella lagstiftningen som innebär en utvidgning av sakförhållandet, och som skulle kunna äventyra förbudet för en extensiv tolkning till nackdel för de åtalade. Som redan nämnts betingas grundandet av straffbarhet — genom att decreto legislativo 61/02 inte tillämpas — särskilt av den tidigare artikel 2621 i codice civile, enligt vilken enligt uppgift från de hänskjutande domstolarna sådana gärningar avseende oriktiga bolagsuppgifter, såsom de som har föranlett åtal här, redan vid tidpunkten för gärningarna tveklöst var straffbara. Den vid tidpunkten för gärningarna gällande lagstiftningen behöver därför på intet vis tolkas extensivt för att motsvara de bolagsrättsliga direktivens mål.

125 — För frågan om föreliggande fall kan jämföras med målen Tombeš och Niselli har det för övrigt ingen betydelse huruvida decreto legislativo 61/02 leder till (delvis) abolitio criminis, såsom den åtalade Dell'Utri anser, eller att det föreligger en "kontinuitet av bestämmelserna" mellan de gamla och de nya brottsrekvisiten, såsom Tribunale di Milano har framhållit i sitt beslut om hänskjutande i mål C-403/02 och såsom den italienska regeringen har framhållit i sin inläga. Det som är avgörande är, här som där, att vissa gärningar till följd av en lagändring blir straffria, som tidigare (och vid tidpunkten för gärningarna) fortfarande var straffbara. Tvisten om abolitio criminis och om "kontinuitet av bestämmelserna" är av rent akademisk art.

151. Slutligen grundar de bolagsrättsliga direktiven och artikel 10 EG *som sådana* i föreliggande konstellation inte heller någon som helst skyldighet för de enskilda. Frågan vilka skyldigheter som åligger den enskilda skall alltid avgöras enligt det rättsläge som gällde vid den tidpunkt då de aktuella gärningarna begicks, eftersom skyldigheter endast kan uppställas med avseende på ett framtida beteende. Skyldigheter (respektive förbud) kan inte grundas eller ändras retroaktivt. De gärningar som de åtalade i målen vid de nationella domstolarna har anklagats för var, när de begicks, straffbelagda enligt en nationell italiensk lag, särskilt enligt den tidigare artikel 2621 i codice civile. Hotet om straff härleddes vid tidpunkten för gärningarna på intet vis från direktiven eller från artikel 10 EG.

152. Fallet skulle eventuellt kunna bedömas annorlunda om de sakförhållanden som de åtalade anklagats för hade inträffat *efter* det att decreto legislativo 61/02 hade utfärdats. Om decreto legislativo 61/02 inte skulle tillämpas på gärningar som begåtts efter det att den utfärdats, så skulle man snarare kunna tala om att tillämpningen av ett direktiv eller av artikel 10 EG grundar direkta skyldigheter. I föreliggande fall behöver denna synpunkt dock inte fördjupas, eftersom, såsom redan visats, alla de gärningar som de åtalade anklagats för utan undantag begicks *innan* decreto legislativo 61/02 utfärdades. De åtalade kunde således vid tidpunkten för gärningarna inte lita på att de sakförhållanden som de anklagats för skulle

bestraffas lindrigare än enligt den tidigare artikel 2621 i codice civile eller att de helt och hållet skulle gå fria från straff.

153. Av alla dessa skäl utgör den straffrättsliga legalitetsprincipen i föreliggande fall på intet vis hinder mot underlåtenhet att tillämpa decreto legislativo 61/02. Att beakta de gemenskapsrättsliga direktiven och artikel 10 EG leder exempelvis inte till att förpliktelser grundas för de åtalade, utan har på sin höjd indirekta negativa återverkningar för dem. Detta befriar emellertid inte den nationella domstolen från dess skyldighet enligt artikel 249 tredje stycket EG och artikel 10 EG att genomföra direktivens mål.¹²⁶

3) Huruvida den lindrigare strafflagstiftningen skall tillämpas retroaktivt

154. Enligt de åtalade Berlusconi och Dell'Utris samt den italienska regeringens uppfattning skall i målen vid de nationella domstolarna de genom decreto legislativo 61/02 införda nya artiklarna 2621 och 2622 i codice civile dock i vart fall såsom lindrigare strafflagstiftning tillämpas retroaktivt. Åklagarmyndigheten i Milano och kommissionen har motsatt uppfattning.

155. I sin tidigare rättspraxis har domstolen inordnat frågan om retroaktiv tillämpning av lindrigare strafflagstiftning som en fråga för nationell lagstiftning som skall bedömas av respektive hänskjutande domstol.¹²⁷ I målet Allain¹²⁸ har domstolen till exempel bekräftat att ett beteende som ursprungligen stred mot gemenskapsrätten och på grund därav var straffbart enligt nationell lagstiftning vid tillämpning av nationella principer om förfarandet (särskilt principen om retroaktiv tillämpning av lindrigare lagstiftning) kan bedömas på nytt, om det faktiska och rättsliga läget har ändrats senare.

156. Kravet på retroaktiv tillämpning av lindrigare strafflagstiftning är dock inte endast förankrat i nästan alla 25 medlemsstaters nationella rättsordningar,¹²⁹ utan är även internationellt accepterat.¹³⁰ Kravet har dessutom redan sedan någon tid tillbaka funnit sin väg in i den gemenskapsrättsliga sekundärrätten, till exempel i reglerna om

126 — Se domen i målet Delena Wells (ovan fotnot 62), punkt 57, och mitt förslag till avgörande av den 29 januari 2004 i mål C-127/02, Landelijke Vereniging tot Behoud van de Waddenzee m.fl., dom av den 7 september 2004, punkt 146 och följande punkter.

127 — Se domen i målet Allain (punkt 12), beslutet i målet Saetti och Frediani (punkt 26) och domen i målet Tombesi (punkterna 42 och 43), samtliga ovan fotnot 36. Se, för ett liknande resonemang, även dom av den 23 februari 1995 i de förenade målen C-358/93 och C-416/93, Bordessa m.fl. (REG 1995, s. I-361), punkt 9, av den 14 december 1995 i de förenade målen C-163/94, C-165/94 och C-250/94, Sanz de Lera m.fl. (REG 1995, s. I-4821), punkt 14, av den 29 februari 1996 i mål C-193/94, Skanavi och Chryssanthakopoulos (REG 1996, s. I-929), punkt 17, och av den 29 oktober 1998 i mål C-230/97, Awoyemi (REG 1998, s. I-6781), punkt 38. Se vidare generaladvokaten Jacobs förslag till avgörande i de förenade målen Tombesi m.fl. (ovan fotnot 113), punkt 35.

128 — Se domen (ovan fotnot 36).

129 — I Italien har till exempel detta krav förankrats i artikel 2.3 i codice penale, i Tyskland i 2 § tredje stycket Strafgesetzbuch (strafflagen). Det är bara i Irland och i Förenade kungariket som denna princip inte erkänns.

130 — Se till exempel artikel 15.1 tredje meningen i Internationella konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter.

administrativa sanktionsåtgärder på grund av oegentligheter till skada för gemenskapens finansiella intressen.¹³¹ Dessutom har denna princip även upptagits i artikel 49 första stycket tredje meningen i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna.

157. Av allt detta följer att denna princip på intet vis skall anses vara enbart en rent nationell rättsprincip, utan även en allmän rättsprincip i gemenskapsrätten,¹³² som den nationella domstolen i princip måste ta hänsyn till när den tillämpar den nationella lagstiftning som antagits för att genomföra de bolagsrättsliga direktiven.¹³³

158. I och med att detta har fastställts är det dock ännu inte klarlagt huruvida lindrigare strafflagstiftning kan tillämpas retroaktivt även om den strider mot gemenskapsrätten. Gäller således bestämmelser som de nya artiklarna 2621 och 2622 i codice civile till och med retroaktivt för sådana gärningar som begåtts innan bestämmelserna utfärdades,

om de strider mot de bolagsrättsliga direktiven? För att kunna besvara denna fråga skall bakgrunden till den retroaktiva tillämpningen av lindrigare strafflagstiftning undersökas närmare.

159. Att tillämpa senare, lindrigare strafflagstiftning innebär ett undantag från den redan nämnda grundläggande straffrättsliga legalitetsprincipen (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). En annan lagstiftning än den som gällde vid tidpunkten för gärningarna tillämpas då retroaktivt.

160. Detta undantag ligger slutligen till grund för lämplighetsöverbäganden som inte kan väga lika högt som exempelvis grunden för den straffrättsliga legalitetsprincipens giltighet, det vill säga den rättssäkerhetsprincip som följer av rättsstatsprincipen. Följaktligen har principen om retroaktiv tillämpning av lindrigare strafflagstiftning i de flesta nationella rättsordningar inte heller konstitutionell status, utan är endast förankrad i vanlig lagstiftning. Vidare förekommer inte sällan begränsningar, till exempel om en gärnings straffbarhet grundats på en lagstiftning vars giltighet från början varit tidsbegränsad.¹³⁴

131 — Se artikel 2.2 i förordning nr 2988/95 och även dom av den 1 juli 2004 i mål C-295/02, Gerken (REG 2004, s. I-6369), punkterna 52–58.

132 — Frågan huruvida det handlar om en gemenskapsrättslig princip har generaladvokaten Fennelly redan tagit upp i sitt förslag till avgörande av den 7 mars 1996 i mål C-341/94, Allain (REG 1996, s. I-4633), punkt 43, men följaktligen lämnat obesvarad. Generaladvokaten Léger har i sitt förslag till avgörande av den 16 juli 1998 i mål C-230/97, Awoyemi (REG 1998, s. I-6784), punkterna 31 och 32, med hänvisning till tidigare rättspraxis besvarat frågan nekande.

133 — I fråga om skyldigheten att beakta de allmänna rättsprinciperna i gemenskapsrätten, se exempelvis dom av den 26 oktober 1995 i mål C-36/94, Siesse (REG 1995, s. I-3573), punkt 21.

134 — I Italien får exempelvis lindrigare strafflagstiftning inte tillämpas om en lagakraftvunnen dom redan har avkunnats eller om det är fråga om undantagslagstiftning eller lagstiftning som är begränsad i tiden (artikel 2.3 och 2.4 i codice penale). Kommissionen har dessutom hänvisat till den italienska författningsdomstolens (Corte costituzionale) dom nr 51 av den 19/22 februari 1985, enligt vilken principen om retroaktiv tillämpning av lindrigare strafflagstiftning inte gäller för ett lagdekret (decreto legge), vilket parlamentet efter utfärdandet inte har förvandlat till lag och som därför retroaktivt förlorat sin giltighet. Se i detta avseende även artikel 77 tredje stycket i den italienska förfatningen.

161. Till grund för att tillämpa lindrigare strafflagstiftning retroaktivt ligger övervägandet att en åtalad inte skall dömas på grund av ett beteende som enligt lagstiftarens (ändrade) uppfattning vid tidpunkten för brottmålsförfarandet inte längre är straffvärt. De förändrade lagstiftande bedömningarna skall därför komma den åtalade till godo. På detta vis säkerställs särskilt rättsordningens samstämmighet. Genom att lindrigare lagstiftning tillämpas retroaktivt tas det dessutom hänsyn till att allmän- och individualpreventionens straffsyften bortfaller så snart det ifrågakvarande beteendet inte längre är straffbelagt.

163. Om nämligen den nationella lagstiftaren vid utfärdandet av en ny, lindrigare strafflag överträder gemenskapsrättens mål, så främjar denne på intet vis de tillämpliga bestämmelsernas samstämmighet. Snarare äventyrar denne rättsordningens enhetlighet. I ett sådant fall finns det ingen anledning att göra undantag från en grundläggande rättsstatlig princip som den straffrättsliga legalitetsprincipen. Tvärtom kräver skyddet för rättsordningens samstämmighet att det ges möjlighet för den överordnade gemenskapsrätten att genomföras.

164. Självklart bortfaller allmän- och individualpreventionens straffsyften inte heller, om ett beteende endast enligt den nationella lagstiftarens uppfattning skall vara straffritt, medan det i gemenskapsrätten för samma beteende föreskrivs oförändrat effektiva, proportionerliga och avskräckande påföljder.

162. I ett fall som avser gemenskapsrätten motiveras den retroaktiva tillämpningen av lindrigare strafflagstiftning endast om gemenskapsrättens företrädare fortfarande skyddas, om det således även tas hänsyn till gemenskapslagstiftarens värderingar och den nationella lagstiftarens (förändrade) uppfattning är förenlig med gemenskapslagstiftarens mål. Det har inte framkommit varför den nationella lagstiftarens förändrade värdering i frågan huruvida den enskildes beteende är straffvärt retroaktivt skall komma denne till godo, om denna värdering strider mot de oförändrade, kvarstående gemenskapsrättsliga målen.¹³⁵

165. Såvida de nationella bestämmelserna inte är förenliga med gemenskapsrätten måste det således vara de hänskjutande domstolarnas skyldighet att möjliggöra att de bolagsrättsliga direktivens mål genomförs genom att de nämnda domstolarna underlåter att tillämpa dessa nationella bestämmelser, även om det är fråga om lindrigare strafflagstiftning. När denna punkt nåtts skulle man kunna säga att en senare utfärdad strafflagstiftning som strider mot gemenskapsrätten inte är någon *tillämplig* lindrigare strafflagstiftning.

135 — Situationen vore en annan i det motsatta fallet, om den strafflagstiftning som gällde vid tidpunkten för gärningen var den lindrigare strafflagstiftningen respektive om det vid tidpunkten för gärningen över huvud taget inte förelåg någon straffbarhet. Då är det inte fråga om ett undantag från den grundläggande rättsstatliga straffrättsliga legalitetsprincipen, utan helt enkelt om dess tillämpning. Den lindrigare strafflagstiftningen respektive straffriheten måste under dessa omständigheter gälla även om det dåvarande nationella rättsläget stred mot gemenskapsrätten.

166. Något annat skulle för övrigt inte kunna gälla om kravet på retroaktiv tillämpning av den lindrigare strafflagstiftningen — mot den här företrädde uppfattningen¹³⁶ — inte betraktades som en gemenskapsrättslig princip, utan endast som en fråga för den nationella lagstiftningen. Även om nationella bestämmelser tillämpas sätter gemenskapen gränser för medlemsstaternas behörighet.¹³⁷ Av gemenskapsrättens företräde följer att de hänskjutande domstolarna i de anhängiga brottmålsförfarandena måste beakta gemenskapsrätten samt särskilt de mål och värderingar av gemenskapslagstiftaren som kommer till uttryck i de bolagsrättsliga direktiven.¹³⁸

168. Domstolens fastställanden i domen i målet Allain¹³⁹ motsäger inte heller den uppfattning som företräds här. Till skillnad från föreliggande fall hade i målet Allain den faktiska och *gemenskapsrättsliga* ramen nämligen ändrats senare till fördel för den åtalade. Samma resonemang gäller för målen Awoyemi samt Skanavi och Chryssanthakopoulos, i vilka gemenskapsrätten likaså hade ändrats under tiden.¹⁴⁰ Sådana konstellationer skall inte jämföras med att det *på nationell nivå* senare införs bestämmelser som är fördelaktiga för den åtalade *men som strider mot gemenskapsrätten*.

4) Slutsats

167. En retroaktiv tillämpning av lindrigare strafflagstiftning som föreskrivs i nationell lagstiftning får därför inte äventyra en effektiv och i alla medlemsstater enhetlig tillämpning av de bolagsrättsliga direktiven. Den får inte i något fall få till följd att ett beteende som vid tidpunkten för gärningen är straffbar, med åsidosättande av gemenskapsrättens mål, inte bestraffas retroaktivt.

169. Det skall således fastställas att domstolen i en medlemsstat är skyldig att, utan att dessförinnan anlita den nationella författningsdomstolen, genomföra ett direktivs mål så, att den underlåter att tillämpa en efter gärningen utfärdad lindrigare strafflagstiftning, om denna lagstiftning är oförenlig med direktivet.

136 — Punkterna 156 och 157 i detta förslag till avgörande.

137 — I fråga om den straffrättsliga lagstiftningen och reglerna om det straffrättsliga förfarandet kommer denna tanke till uttryck i exempelvis dom av den 2 februari 1989 i mål 186/87, Cowan (REG 1989, s. 195; svensk specialutgåva, volym 10, s. 1), punkt 19, och av den 24 november 1998 i mål C-274/96, Bickel och Franz (REG 1998, s. I-7637), punkt 17.

138 — I fråga om skyldigheten att säkerställa att gemenskapsrätten genomförs och att den i praktiken är effektiv, se även punkterna 88 och 134–136 i detta förslag till avgörande.

139 — Ovan fotnot 36.

140 — Se domarna (ovan fotnot 127).

V — Förslag till avgörande

170. Mot bakgrund av ovanstående överväganden föreslår jag att domstolen skall besvara frågorna från Tribunale di Milano och Corte di Appello di Lecce på följande sätt:

- ”1) Enligt artikel 6 första strecksatsen i rådets första direktiv 68/151/EEG av den 9 mars 1968, i förening med artikel 2.3 och artikel 47.1 första stycket i rådets fjärde direktiv 78/660/EEG av den 25 juli 1978 och med artikel 10 EG, skall medlemsstaterna föreskriva lämpliga påföljder inte endast för det fall att årsbokslut eller sammanställda redovisningar över huvud taget inte offentliggörs, utan även för det fall att vad innehållet beträffar oriktiga årsbokslut eller sammanställda redovisningar offentliggörs.

- 2) Påföljder är i den mening som avses i artikel 6 i första direktivet lämpliga, om de är effektiva, proportionerliga och avskräckande. Särskild betydelse skall därvid 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. Varje fall, i vilket frågan gäller om en nationell bestämmelse innehåller en effektiv, proportionerlig och avskräckande påföljd, skall bedömas med beaktande av den ställning denna bestämmelse har inom förfarandet i dess helhet, dess förlopp och särdrag vid de olika nationella domstolarna.

- 3) Artikel 6 första strecksatsen i första direktivet i förening med artikel 2.3 och artikel 47.1 första stycket i fjärde direktivet utgör inte något hinder för att tillämpa en nationell bestämmelse, enligt vilken oriktiga bolagsuppgifter inte är straffbara, om redovisningen av bolagets eller koncernens tillgångar och skulder, ekonomiska ställning och resultat genom gärningen inte förfalskas på ett betydande sätt, utom om gärningen begicks uppsåtligen och i avsikt att vilseleda respektive att berikas.

Samma bestämmelser utgör dock hinder för att tillämpa en nationell bestämmelse, enligt vilken straffbarheten för oriktiga bolagsuppgifter — utan att det görs en samlad bedömning av samtliga omständigheter i det enskilda fallet — ändå alltid bortfaller om de oriktiga uppgifterna eller underlåtenheten har lett till en ändring som med högst en viss procentsats avviker från det korrekta värdet.

- 4) Artikel 6 första strecksatsen i första direktivet i förening med artikel 2.3 och artikel 47.1 första stycket i fjärde direktivet utgör hinder för att tillämpa en preskriptionsbestämmelse, som innebär att det inte kan eller endast sällan kan förväntas att de föreskrivna påföljderna faktiskt ådöms.

- 5) Artikel 6 första strecksatsen i första direktivet i förening med artikel 2.3 och artikel 47.1 första stycket i fjärde direktivet utgör inte något hinder för att tillämpa en nationell bestämmelse, enligt vilken påföljder med vilka vissa personers förmögenhetsintressen skyddas i regel endast kan ådömas efter den skadelidandes anmälan. Detta förutsätter dock att det därutöver finns en allmän bestämmelse i vilken det till skydd för tredje mans intressen, även oberoende av en eventuell förmögenhetsförlust, föreskrivs effektiva, proportionerliga och avskräckande påföljder, vilka kan ådömas ex officio.

- 6) Artikel 38.6, som är tillämplig på sammanställda redovisningar, skall i förening med artikel 38.1 och artikel 16.3 i rådets sjunde direktiv 83/349/EEG av den 13 juni 1983 tolkas på motsvarande sätt.

- 7) Domstolen i en medlemsstat är skyldig att, utan att dessförinnan vända sig till den nationella författningsdomstolen, genomföra ett direktivs mål så, att den underlåter att tillämpa en efter gärningen utfärdad lindrigare strafflagstiftning, om denna lagstiftning är oförenlig med direktivet.”