
DÄROM TVISTA DI LÄRDE – KORT OM MENINGSSKILJAKTIGHETERNA KRING SAMBANDET MELLAN INDIVIDUELLA RÄTTIGHETER OCH DIREKT EFFEKT

Erik Olsson & Johan Falk*

1. INLEDNING

Som diskuterats i tidigare krönikor är Sverige försenade med genomförandet av de nya upphandlingsdirektiven. Den tid vi nu befinner oss i, av Upphandlingsmyndigheten kallad mellantiden, ger upphov till en rad juridiska och praktiska problem för såväl upphandlande myndigheter som för våra domstolar. För att reda ut några av de rättsverkningar som uppkommer under ett försenat genomförande har regeringen uppdragit åt Upphandlingsmyndigheten att ge vägledning i hur upphandlande myndigheter och enheter bör agera fram till dess att en ny lagstiftning finns på plats. Detta uppdrag har resulterat i rapporten ”Nyheterna i den kommande lagstiftningen – och hur hanterar vi mellantiden?” Parallellt med detta har SKL Kommentus uppdragit åt Jörgen Hettne, docent vid Lunds Universitet, att genomlysa upphandlande myndigheters möjlighet att använda sig av de nya bestämmelserna i direktivet som omfattar den klassiska sektorn vilket resulterat i rapporten ”Analys av de nya bestämmelserna i direktiv 2014/24/EU: Kan de ha direkt effekt eller fungera som stöd vid direktivkonform tolkning av LOU?”

Vid en genomläsning av dessa två rapporter kan konstateras att de, trots att de grundar sig i snart sagt identiska uppdrag, i betydelsefulla delar återspeglar helt olika uppfattningar om direktivens rättsverkningar. Skillnaderna har, som vi uppfattar dem, främst sin grund i att de båda rapportförfattarna har olika

* Erik Olsson, advokat och delägare och Johan Falk, biträdande jurist. Båda vid Advokatfirman Kahn Pedersen.

uppfattning om hur EU-domstolens praxis rörande direkt och indirekt effekt (direktivkonform tolkning) ska förstås.

För att försöka reda ut dessa skillnader i synsätt och möjligen klarlägga några av de frågeställningar som de båda rapporterna helt eller delvis lämnar obesvarade arbetar vi just nu med att ta fram en tredje rapport i frågan om rättsverkningarna av Sveriges försenade genomförande. Vi hoppas kunna publicera vår rapport under oktober månad men vi tänkte redan i denna krönika kort behandla en av de mer centrala frågeställningar där det synes finnas skilda uppfattningar, nämligen huruvida direkt effekt av icke-genomförda direktiv är villkorat med att det måste vara fråga om sådana direktivsbestämmelser som förmedlar rättigheter för enskilda.

2. UPPHANDLINGSMYNDIGHETENS OCH HETTNES OLIKA UPPFATTNINGAR

Upphandlingsmyndigheten anger på sidan 11 i sin rapport följande villkor för att direkt effekt av en inte genomförd direktivsbestämmelse ska kunna komma ifråga efter det att tiden för genomförande löpt ut (dvs. beträffande nya upphandlingsdirektiven under tiden efter den 18 april 2016).

1. Bestämmelsen kan ge upphov till rättigheter för enskilda, exempelvis för anbudsgivare och leverantörer.
2. Bestämmelsen ska vara ovillkorlig, vilket innebär att den ska kunna tillämpas utan att det krävs kompletterande åtgärder eller lagstiftning av EU eller en medlemsstat.
3. Bestämmelsen är klar och precis, vilket innebär att den inte får vara så otydlig att den ger lagstiftaren ett alltför stort handlingsutrymme eller för stora valmöjligheter i samband med genomförandet av bestämmelsen i nationell rätt.

Hettne uppställer istället (sammanfattat) följande villkor för att direkt effekt ska vara möjlig efter det att fristen för genomförande löpt ut.

1. De aktuella bestämmelserna i direktivet innebär inte några skyldigheter för enskilda.
2. Reglerna måste vara tillräckligt precisa och ovillkorliga för att det överhuvudtaget ska vara möjligt att lägga dem till grund för rättstillämpning.

Den praktiska skillnaden mellan Upphandlingsmyndighetens synsätt och Hettnes synsätt är således framförallt att Upphandlingsmyndigheten inte anser att direkt effekt kan komma ifråga annat än när en bestämmelse förmedlar en rättighet för den enskilde medan Hettne menar att en bestämmelse kan få direkt

effekt även om så inte är fallet, så länge detta inte innebär att en enskild åläggs några skyldigheter.

Vid första påseende kan detta tyckas vara en förhållandevis liten nyansskillnad men i praktiken innebär Upphandlingsmyndighetens inställning att upphandlande myndigheter inte kan åberopa direkt effekt hos sådana bestämmelser som ger upphandlande myndigheter ökad handlingsfrihet medan Hettnes inställning tvärtom innebär att ett sådant åberopande visst är möjligt så länge bestämmelserna uppfyller övriga villkor för direkt effekt.

3. VARFÖR DENNA SKILLNAD I TOLKNING?

Det finns naturligtvis många olika skäl till varför två bedömningar av en rättsfråga kan skilja sig åt. Upphandlingsmyndighetens inställning är i viss mån försiktig och tar fasta på doktrin där förekomsten av en individuell rättighet ofta figurerat som ett kriterium vad avser direkt effekt. Hettnes analys å andra sidan tar sin utgångspunkt i ett lojalitets- och effektivitetsresonemang som bygger på att myndigheter och domstolar alltid ska göra sitt yttersta för att tillse att ett direktivs fulla ändamål åstadkoms, även vid bristande genomförande. Eftersom EU-domstolen inte uttryckligen begränsat direkt effekt till sådana bestämmelser som avser individuella rättigheter, saknas skäl för svenska myndigheter och domstolar att tillämpa en sådan begränsning då de närmar sig frågor om direkt effekt.

Enligt vår mening bottnar denna skillnad i uppfattning i en brist i EU-domstolens praxis, en otydlighet i vad direkt effekt av direktivsbestämmelser egentligen ska fylla för funktion – och kanske än viktigare – en otydlighet i vad som utgör den rättsliga utgångspunkten för direkt effekt av direktiv.

4. DIREKT EFFEKT – ETT EXTRAORDINÄRT REMEDIUM ELLER ETT UTTRYCK FÖR UNIONSRÄTTSLIG EFFEKTIVITET?

Den som gör gällande en extensiv tolkning av begreppet direkt effekt tar ofta sin utgångspunkt i de första avgörandena om direkt effekt avseende fördragets bestämmelser för att sedan arbeta sig vidare till EU-domstolens senare praxis avseende direkt effekt av direktiv. Med en sådan metod hamnar frågor om unionsrättslig effektivitet, unionsrättens företräde och medlemsstaternas skyldighet till en lojal tillämpning av unionsrätten i centrum av frågan om när direkt effekt ska användas. Det är då också lätt att dra slutsatsen att direkt effekt endast ska begränsas på det sätt som EU-domstolen uttryckligen sagt, dvs. exempelvis

om det skulle medföra att en direktivbestämmelse åberopas direkt för att ålägga den enskilde en skyldighet.

Enligt vår mening finns det emellertid anledning att vara försiktig med att se direkt effekt av direktiv som en förlängning av EU-domstolens praxis om direkt effekt av fördragsbestämmelser. Det som normalt kallas direkt effekt av fördragsbestämmelser är nämligen något som i flera avseenden är helt väsensskilt från det som kan kallas direkt effekt av direktiv.

EU-domstolen har i en rad avgöranden, med start i Van Gend en Loos, mål 26/62, fastslagit att fördragen inte bara är bindande för medlemsstaterna, utan även för dess medborgare, och således skapar rättigheter och skyldigheter för dessa oberoende av nationell lagstiftning.

”EEG-fördragets mål, som är att upprätta en gemensam marknad vars funktion direkt berör medborgarna i gemenskapen, innebär att fördraget är något mer än ett avtal som enbart skapar ömsesidiga skyldigheter mellan de avtalslutande staterna.

Denna uppfattning bekräftar av fördragets ingress, som utöver statsledningarna avser folken. På ett mera konkret sätt bekräftar uppfattningen av att det upprättats institutioner med självständiga befogenheter vars utövande berör såväl medlemsstaterna som deras medborgare.”

Domstolen resonerade vidare och fann att det är sprunget ur fördragets anda och uppbyggnad att det även ska gälla enskilda i medlemsländerna. EU-domstolen utvecklade resonemanget ytterligare i Costa mot ENEL, mål 6/64, genom följande uttalande.

”Ett så uttryckligen framställt förbud, som med fördraget trädde i kraft i hela gemenskapen och därmed ingår i medlemsstaternas rättssystem, utgör redan lag i dessa stater och berör direkt dessas medborgare, för vilka förbudet har skapat individuella rättigheter som det åligger de nationella domstolarna att skydda.”

Fördragen är således direkt bindande i medlemsländerna (gentemot dess folk) och behöver ingen ytterligare nationell åtgärd för att kunna åberopas. Begreppsmässigt är det i vår mening därför mer förtjänstfullt att tala om att fördragen är praktiskt juridiskt åberopbara snarare än att de har direkt effekt. Även om fördragen är riktat till medlemsstaterna, och det är dessa som tecknat fördragen, kan det även kan ge upphov till rättigheter och skyldigheter *erga omnes* eftersom fördragen i någon mening är en lagstiftningsprodukt och binder enskilda i medlemsstaterna i enlighet med den överföring av beslutanderätt som skedde i och med inträdandet i EU.

När man talar om direkt effekt av fördragen så menar man egentligen att fördragen har rättsverkningar precis som vilken lagstiftningsakt som helst och att det således, i den mån dess bestämmelser innehåller klara och tydliga rättigheter och skyldigheter, också ska ge upphov till sådana rättigheter och skyldigheter i alla relevanta situationer. När man talar om direkt effekt av fördragen är det

med andra ord ett sätt att säga att fördragen ska fungera som det är tänkt att fungera – att det är praktiskt juridiskt åberopbara.

När man däremot talar om direkt effekt av direktiv är detta en väsensskild frågeställning med en helt annan rättslig utgångspunkt. Där resonemang om direkt effekt av fördragen tar sin utgångspunkt i artikel 4 om lojalitet och effektivitet samt i fördragens (*erga omnes*) bindande verkan så måste en diskussion om den rättsliga verkan av direktiv ta sin utgångspunkt i artikel 288 vilken särskilt anger den rättsliga verkan av direktiv.

”Ett direktiv ska med avseende på det resultat som ska uppnås vara bindande för varje medlemsstat till vilken det är riktat, men ska överlåta åt de nationella myndigheterna att bestämma form och tillvägagångssätt för genomförandet.”

Som framgår är ett direktivs bindande verkan begränsat på så sätt att det endast är bindande gentemot medlemsstaterna (dvs. inte gentemot dess folk på det sätt som gäller för fördragen) och endast med avseende på de ändamål som direktivet syftar till. Ett annat sätt att uttrycka det är att ett direktiv – när allt fungerar som det ska – inte i sig ger upphov till några rättsverkningar som går att åberopa i nationell domstol. Dessa rättsverkningar ska istället uppstå genom den nationella rättsordningen som lojalt ska anpassas efter de ändamål som ett direktiv föreskriver.

EU-domstolens praxis avseende direkt effekt av direktiv måste enligt vår mening förstås utifrån den situation där den kommer ifråga, dvs. som ett svar på när artikel 288 inte fungerat som avsett och den nationella lagstiftaren inte (i tid) vidtagit tillräckliga åtgärder för att uppnå de resultat som direktivet föreskriver. Med denna utgångspunkt kan sägas att det som kallas direkt effekt av fördragen är ett uttryck för en fungerande tillämpning av unionsrätten medan det som kallas direkt effekt av direktiv är en form av remedium i den enskilda situationen vid en icke-fungerande nationell tillämpning av artikel 288.

Det ska här tilläggas att det är fråga om ett förhållandevis extraordinärt remedium. Vad EU-domstolen i praktiken gör då den informerar en nationell domstol om att en viss bestämmelse i ett direktiv ska tillerkännas direkt effekt är att be den nationella domstolen att skapa lag där lag inte finns. Det finns uppenbara legalitetsinvändningar som kan göras mot en sådan rättsfigur, invändningar som enligt vår mening sträcker sig utöver enbart problematiken i att man inte bör (kan) ålägga enskilda skyldigheter utan stöd i lag.

När EU-domstolen tillerkänner en direktivsbestämmelse direkt effekt gör den det som ett avsteg från vad som uttryckligen anges i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt om direktivs bindande verkan. När en nationell domstol i sin tur gör motsvarande övning gör man det som ett avsteg från grundläggande legalitetsprinciper. Även om EU-domstolen inte uttryckligen angett att direkt effekt endast kan komma ifråga när fråga är om att skydda den enskildes rättigheter så är det enligt vår mening mycket som talar för att direkt

effekt enbart kan anses rättsligt motiverat i situationer då den enskildes annars riskerar gå rättslös, dvs. som en form av extraordinärt remedium. Om man betraktar direkt effekt som ett extraordinärt remedium måste dess användning rimligen kunna motiveras av tungt vägande skäl. Att den enskilde inte ska berövas sina rättigheter enkom för att en medlemsstat underlåtit att genomföra ett direktiv i tid får anses vara ett sådant tungt vägande skäl. Det är för oss mindre tydligt att det samma kan sägas om det förhållandet att en myndighet, på grund av ett försenat genomförande, annars riskerar gå miste om ett handlingsalternativ som ett nytt direktiv föreskriver.

Måhända är det så Upphandlingsmyndigheten resonerat då den, till skillnad från Hettne, avhåller sig från att tillmäta bestämmelser direkt effekt annat än i de fall då de förmedlar enskilda rättigheter. Även om den läsning av EU-domstolens praxis som Hettne förordar kanske kan anses leda till en mer effektiv (eller annorlunda uttryckt – mer lojal) tillämpning av de ändamål som upphandlingsdirektiven föreskriver så är Upphandlingsmyndighetens restriktivitet på intet sätt opåkallad.

5. AVSLUTANDE KOMMENTARER

Vår bästa tid är nu. Upphandlingsmyndigheten och Hettnes rapporter är utmärkt resonerade bedömningar av de rättsverkningar som ett försenat genomförande kan få. Det är sällan som diskussioner om direkt effekt blir så praktiskt orienterade som här är fallet och de båda rapporterna får närmast anses vara obligatorisk läsning för alla som intresserar sig för unionsrättens praktiska genomslag i den nationella rättsordningen (även utanför upphandlingsrättens område). Samtidigt illustrerar skillnaderna mellan Upphandlingsmyndighetens och Hettnes bedömningar just hur dunkel unionsrättens korrekta tillämpning är i situationer av försenat genomförande. Att det fortfarande förhåller sig på detta sätt, 42 år efter Van Duyn:s, mål 41/74, avkunnande, kan endast EU-domstolen klandras för.