

# Direkt effekt och direktivkonform tolkning

– om rättsläget i avvaktan på den  
svenska införlivningen av 2014 års  
upphandlingsdirektiv

---

På Advokatfirman Kahn Pedersen ser vi det som en naturlig del i vår roll som specialistbyrå att delta i den akademiska debatten för att bidra till att föra fram och utveckla särskilt svåra rättsfrågor inom våra specialistområden. Ett led i detta arbete är den skriftserie som denna rapport ingår i, och som utkommer med två till fyra nummer per år. Tanken med skriftserien är att lite mer djupgående utreda aktuella och mer komplicerade rättsfrågor, som vi märker är av intresse för våra klienter eller samhället i stort.

Eftersom målsättningen är att vårt arbete med rapporterna ska komma inte bara våra klienter och samarbetspartners till del, utan även ska kunna bidra till utvecklingen av de rättsområden som är våra specialistområden, tillhandahålls alla nummer av skriftserien kostnadsfritt på vår webbplats under en Creative Commons Erkännande-Inga Bearbetningar 4.0 Internationell Licens, vilket möjliggör mångfaldigande och spridning av materialet förutsatt att inga ändringar görs och att källan anges.

Ämnet för denna rapport, som har nummer 2016:2, är direkt effekt och direktivkonform tolkning, och då närmare bestämt med särskilt fokus på rättsläget i avvaktan på den svenska införlivningen av 2014 års upphandlingsdirektiv. Detta är ett ämne som inte bara varit föremål för omfattande debatt, utan även något som vi regelbundet får frågor om från såväl klienter som andra. Dessutom är både direkt effekt och direktivkonform tolkning rättsfigurer som det finns ett antal missuppfattningar om.

Mot denna bakgrund var det naturligt för oss att välja detta ämne för en rapport, och vår förhoppning är att rapporten ska bidra både till debatten och till att besvara ett antal frågor.

Detta är Advokatfirman Kahn Pedersens skriftserie 2016:2.

---

<b>1. INLEDNING</b>	<b>4</b>
Varför en rapport om direkt effekt och direktivkonform tolkning?	4
Disposition	6
<b>2. RÄTTLIG GRUND – HUR KAN DIREKTIV BINDA ENSKILDA?</b>	<b>7</b>
Lagstiftning – Sverige och EU	7
EU:s konstitution	8
Fördragens bindande verkan för enskilda	9
Sekundärrätten	11
EU-rättens ställning gentemot den inhemska rätten	13
Domstolarnas roll	13
EU-domstolen och de nationella domstolarna	14
<b>3. VARFÖR DIREKT EFFEKT OCH DIREKTIVKONFORM TOLKNING?</b>	<b>17</b>
Bevekelsegrunderna för direktivkonform tolkning	17
Bevekelsegrunderna för direkt effekt	19
<b>4. VAD ÄR DIREKTIVKONFORM TOLKNING OCH DIREKT EFFEKT?</b>	<b>23</b>
Direktivkonform tolkning	23
Tolkningsutrymmet	23
Exempel på direktivkonform tolkning av upphandlingsdirektiven	25
Skillnaden mellan EU-domstolens och de nationella domstolarnas tolkningsutrymme	27
Direktivkonform tolkning får inte ske <i>contra legem</i>	30
Exempel på potentiella tolkningar <i>contra legem</i>	31
Ska direktivkonform tolkning ske <i>ex officio</i> ?	32
Har nationell domstol en skyldighet att tolka direktivkonformt om det drabbar enskilda negativt?	33
Unionsrättens förhållande till svenska förarbeten	35
Möjligheten för lägre instans att frångå praxis	35
Direkt effekt	37
Är en individuell rättighet ett krav för direkt effekt?	37
Ovillkorlig och tillräckligt klar	41
Betydelsen av att genomförandetiden löpt ut	43
Begränsningar i direkt effekt	44
Ingen invers eller horisontell direkt effekt	44
Vertikal direkt effekt med negativa återverkningar för tredje man	48
Direkt effekt och ogiltighetssanktionen	49
Direkt effekts praktiska uttryck	52
Särskilt om försörjningssektorerna	54
<b>5. AVSLUTNING</b>	<b>58</b>
Kahn Pedersen	59

# 1. Inledning

## Varför en rapport om direkt effekt och direktivkonform tolkning?

Den 22 juni 2016 presenterade regeringen sitt förslag till nya upphandlingslagar, vilka är tänkta att träda i kraft den 1 januari 2017.<sup>1</sup> Under förutsättning att de får riksdagens bifall, något som i skrivande stund ter sig allt mer osannolikt, innebär det en försening av det svenska genomförandet av upphandlingsdirektiven med knappt tio månader.<sup>2</sup>

Som knappast undgått någon som är aktiv på upphandlingsområdet medför denna försening att alla upphandlingar som påbörjas under perioden mellan den 18 april 2016 (då den föreskrivna genomförandetiden löpte ut) och den 1 januari 2017 (eller det senare datum då lagarna träder i kraft) drabbas av en form av rättsligt vakuum där den befintliga nationella lagstiftningen gäller men där de nya upphandlingsdirektiven likväl ger upphov till rättsliga konsekvenser.

Under förutsättning att det köps ungefär lika mycket under dessa tio månader som under motsvarande period under tidigare år medför det försenade genomförandet att upphandlingar till ett värde om ca 500 miljarder kronor kommer att beröras av denna mellantidsreglering.<sup>3</sup> Räknat i rättsprocesser kan uppskattas att ca 2 500 mål kommer att avgöras i enlighet med mellantidsregleringen.<sup>4</sup> Rättsprocesser enligt detta regelverk kommer att dominera målskörden i förvaltningsdomstolarna under hela 2017 men kommer, i den mån målen fullföljs, även ge utslag i högre rätt under flera år därefter.

Regeringen insåg tidigt att förseningen skulle skapa en osäkerhet kring vad som gäller och uppdrog därför under våren 2016 åt Upphandlingsmyndigheten att ge vägledning kring hur upphandlande myndigheter och enheter bör tillämpa upphandlingslagstiftningen under perioden mellan den 18 april 2016 och fram till dess en ny lagstiftning finns på plats.<sup>5</sup> En period som Upphandlingsmyndigheten träffande kallar "mellantiden".

---

1 Prop. 2015/16:195, *Nytt regelverk om upphandling*.

2 Europaparlamentets och Rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (LOU-direktivet), Europaparlamentets och Rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG (LUF-direktivet), Europaparlamentets och Rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner (LUK-direktivet).

3 Konkurrensverket och Upphandlingsmyndigheten, (2015), *Siffror och fakta om offentlig upphandling – statistik om upphandlingar som genomförts under 2014*, (Rapport 2015:9), Konkurrensverket.

4 Domstolsstatistik 2015, Domstolsverket, Sveriges Domstolar.

5 Upphandlingsmyndighetens rapport, *Nyheterna i den kommande lagstiftningen – och hur hanterar vi mellantiden?*

Samtidigt som Upphandlingsmyndigheten publicerade sin rapport publicerade SKL Kommentus en analys upprättad av Jörgen Hettne rörande möjligheterna för upphandlande myndigheter att trots det försenade genomförandet använda bestämmelserna i det nya direktivet för den klassiska sektorn redan från den 18 april 2016.<sup>6</sup>

Som kan konstateras vid en genomläsning av dessa rapporter har Upphandlingsmyndigheten och Hettne på flera punkter motstridiga uppfattningar kring vilka möjligheter och utmaningar som de nya direktiven för med sig. Som vi kommer att visa i denna rapport beror dessa skillnader i uppfattning på en grundläggande skillnad i hur man ser på direktivs rättsverkningar och syftet med EU-domstolens praxis avseende direkt effekt och direktivkonform tolkning.<sup>7</sup>

I denna rapport ger vi vår syn på de rättsverkningar som det försenade genomförandet kommer att få, i hopp om att klarlägga den rättsliga grunden bakom det som i doktrin och EU-domstolens praxis kommit att kallas direkt effekt och direktivkonform tolkning. Vår förhoppning är att, snarare än att endast redogöra för innehållet i EU-domstolens praxis, sätta dessa rättsfigurer i ett nationellt sammanhang och ge en mer handfast vägledning till domstolar och andra som har att tillämpa dem.

Som kommer att framgå är det vår uppfattning att frågor om rättsverkningarna av icke genomförda direktiv måste ta sin utgångspunkt i en analys av den kompetens som faktiskt överförs till Europeiska unionen (EU) i och med Sveriges inträde och utifrån en förståelse av vilken roll svenska nationella domstolar har då de tillämpar unionsrätten inom ramen för ett upphandlingsmål. Vi kommer därför i denna rapport att lägga tonvikt på att analysera den bakomliggande rättsliga grunden för EU-domstolens resonemang då den först använde sig av direkt effekt och direktivkonform tolkning. Det är vår inställning att frågan om *hur* dessa rättsfigurer ska tillämpas inte kan besvaras utan en djupare förståelse av *varför* de tillskapats överhuvudtaget.

Frågor om rättsverkningarna av försent genomförda direktiv tillhör de mer komplicerade områdena i EU-rätten. Även om vi hoppas att våra resonemang ska vara till hjälp för alla som berörs av frågeställningarna är målgruppen för denna rapport i första hand upphandlingsjurister och andra upphandlingskunniga med god kännedom om såväl nuvarande lagstiftning som om de kommande upphandlingsdirektiven.

---

<sup>6</sup> Hettne, Jörgen, lektor vid juridiska institutionen, Lunds Universitet, *Analys av de nya bestämmelserna i direktiv 2014/24/EU: Kan de ha direkt effekt eller fungera som stöd vid direktivkonform tolkning av LOU?* SKL Kommentus, 2016.

<sup>7</sup> Direktivkonform tolkning kallas även indirekt effekt. Vi kommer i denna rapport genomgående använda oss av begreppet direktivkonform tolkning.

## Disposition

Denna rapport är disponerad på följande sätt. I avsnitt 2 redogör vi för Sveriges anslutning till EU och den lagstiftningsmakt som därigenom förts över till unionen. Utifrån detta redogör vi för unionslagstiftarens behörighet att besluta om direktiv samt för de möjligheter och begränsningar som är förenade med denna typ av rättsakt. Det är vår uppfattning att en förståelse för direktivs särställning bland de unionsrättsliga rättsakterna är helt avgörande för den rätta förståelsen av de rättsverkningar som ett direktiv kan få då det inte genomförts i tid. I avsnitt 3 redogör vi sedan för syftena bakom direkt effekt och direktivkonform tolkning såsom dessa formulerats av EU-domstolen. I avsnitt 4 redogör vi sedan, mot bakgrund av de skäl som redovisats i avsnitt 3, för hur direkt effekt och direktivkonform tolkning ska uppfattas och tillämpas. Vi adresserar också vissa av de missförstånd som kommit till uttryck i svensk doktrin rörande vad dessa rättsfigurer innebär. I avsnitt 5 sammanfattar vi våra slutsatser och ger ett antal rekommendationer kring hur myndigheter och domstolar på ett mer generellt plan bör förhålla sig till direkt effekt och direktivkonform tolkning av direktiv.

## 2. Rättslig grund – hur kan direktiv binda enskilda?

### Lagstiftning – Sverige och EU

*”Land skall med lag byggas”<sup>8</sup>*

En grundläggande princip för en rättsstat är att den enskilde endast kan bindas genom lag, den så kallade legalitetsprincipen. När vi här diskuterar direkt effekt och direktivkonform tolkning är det viktigt att komma ihåg att legalitetsprincipen utgör en grundförutsättning för denna diskussion. När en domstol tillämpar direkt effekt eller direktivkonform tolkning gör man detta inom ramen för en rättsprocess som ska resultera i en dom som på något sätt resulterar i rättsverkningar för parterna och som därmed dikterar hur dessa får agera framöver. Så kan endast ske om det finns en rättslig grund för domstolens avgörande.

För svenskt vidkommande framgår legalitetsprincipen bland annat av regeringsformens (RF) allra första paragraf. I 1 kap. 1 § RF anges att all offentlig makt i Sverige utgår från folket, vilket är ett uttryck för folksuveränitetsprincipen samt att den offentliga makten utövas under lagarna vilket är ett uttryck för maktutövningens lagbundenhet, dvs. legalitetsprincipen.<sup>9</sup> All utövning av offentlig makt kräver således ett författningsstöd. Som framgår av 1 kap. 4 § RF är det en av riksdagens huvuduppgifter att stifta lagar men även regeringen och andra förvaltningsmyndigheter samt kommuner har möjlighet att, i den utsträckning som framgår av 8 kap. RF, meddela förordningar respektive föreskrifter.

I och med Sveriges inträde i EU den 1 januari 1995 överlät riksdagen en del av sin lagstiftande kompetens till EU.<sup>10</sup> Samtidigt lagstiftade man om att det befintliga normsystem som redan byggts upp inom EU, i den utsträckning som fördragen föreskriver, ska gälla i Sverige och att Sverige ska tillämpa EU-rätten enligt de principer som EU-domstolen fastslagit och kan komma att fastslå.<sup>11</sup> På detta sätt blev även unionens rättsakter, i den utsträckning som fördraget föreskriver, bindande för enskilda i Sverige och kan därmed ge upphov till rättigheter och skyldigheter för dessa.

---

<sup>8</sup> Karl XV:s valspråk.

<sup>9</sup> Eliason, Marianne, m.fl., *Regeringsformen* (16 september 2016, Zeteo), kommentaren till 1 kap. 1 §; Warnling-Nerep, Wiweka. (red.), *Statsrättens grunder*, MTM, Johanneshov, 2015, s. 56.

<sup>10</sup> Anslutningsfördraget finns återgivet i prop. 1994/95:19, *Sveriges medlemskap i Europeiska unionen*, del 3.

<sup>11</sup> SFS 1994:1500, Lag med anledning av Sveriges anslutning till Europeiska unionen.

Eftersom konstitutionell kompetens endast kan överlåtas i den mån som RF tillåter, ansågs det emellertid även nödvändigt att uttryckligen i RF ange att riksdagen inom ramen för det europeiska samarbetet kan överlåta beslutanderätt till EU så länge som vissa grundläggande principer angivna i 10 kap. 6 § RF upprätthålls.<sup>12</sup> Bland annat får överlåtelser inte röra principerna för statskicket och måste uppfylla det fri- och rättighetskydd som ges i RF och i Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och grundläggande friheterna. Genom denna skrivning är det tydligt att vissa delar av den lagstiftande makt som riksdagen enligt 1 kap. 1 § RF fått av folket har delegerats vidare till EU:s institutioner. Två viktiga begränsningar gäller dock fortsatt. För det första ska denna makt fortsatt utövas under lagarna, dvs. legalitetsprincipen måste fortsatt respekteras även när det är unionens institutioner som utövar makt över den enskilde. För det andra kan makt endast anses överförd i den utsträckning som följer av de fördrag som reglerar unionens behörighet gentemot medlemsstaterna.

Att unionens institutioner endast har sådan makt som överförts till dem av medlemsstaterna framgår uttryckligen av artikel 5.2 i Fördraget om Europeiska unionen (FEU).

*”Enligt principen om tilldelade befogenheter ska unionen endast handla inom ramen för de befogenheter som medlemsstaterna har tilldelat den i fördragen för att nå de mål som fastställs där.”*

Detta stadgande klargör två viktiga huvudprinciper för unionsrätten. Dels att EU:s institutioner inte har kompetens att tilldela sig själva ytterligare kompetens; EU:s institutioner saknar vad som brukar benämnas som kompetens-kompetens.<sup>13</sup> Dels att det, i tillägg till den legalitetsprincip som får anses överförd från medlemsstaterna och som indirekt innebär att unionsrättslig makt endast kan utövas med stöd i lag, även finns en unionsrättslig legalitetsprincip i det att unionsrätten ska utövas under fördragen.<sup>14</sup> Ett annat sätt att uttrycka det är att på samma sätt som det är en svensk rättsprincip att *land med lag ska byggas* så är det en europeisk rättsprincip att *den Europeiska unionen med fördrag ska byggas*.

## EU:s konstitution

EU:s två grundpelare är de två grundfördragen, FEU och fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF). Därtill kommer rättighetsstadgan som kompletterar grundfördragen och är på samma, den

---

<sup>12</sup> Eliason, Marianne, m.fl., *Regeringsformen* (16 september 2016, Zeteo), kommentaren till 10 kap. 6 §.

<sup>13</sup> Från tyskans ”Kompetenz-Kompetenz”. Se bl.a. Bernitz, Ulf & Kjellgren, Anders, *Europarättens grunder*, 5. [omarb. och uppdaterade] uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2014, s. 37 och Schütze, Robert, *European constitutional law*, 2. [omarb. och uppdaterade] uppl., Cambridge University Press, Cambridge, 2016, s. 82. Se dock artikel 352 FEU beträffande restkompetens, något som inte kommer att behandlas inom ramen för denna rapport.

<sup>14</sup> Melin, Mats & Nergelius, Joakim, *EU:s konstitution – Maktfördelningen mellan den europeiska unionen, medlemsstaterna och medborgarna*, 7. [omarb. och uppdaterade] uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2012, s. 53; Bernitz & Kjellgren, *Europarättens grunder*, 2014, s. 36f.



högsta, nivå inom EU:s normhierarki.<sup>15</sup> Det är främst grundfördragen samt stadgan som är grunden för EU, *primärrätten*, och som utgör ett slags konstitutionellt skelett för *sekundärrätten*, dvs. de förordningar, direktiv och beslut som EU:s institutioner fattar.<sup>16</sup> Man kan säga att grundfördragen och stadgan förhåller sig till förordningar, direktiv och beslut på samma sätt som RF förhåller sig till av riksdagen beslutade lagar samt av regeringen och kommuner beslutade förordningar, föreskrifter och bemyndiganden.

I FEU fastställs grundläggande mål och värden för EU och den institutionella strukturen inom unionen. Här återfinns bland annat principen om EU:s tilldelade befogenheter samt inom unionen gällande rättsprinciper om lojalitet, subsidiaritet, proportionalitet.<sup>17</sup> FEUF är betydligt mer omfattande än FEU och innehåller en detaljerad normering av verksamheten inom EU.

## Fördragens bindande verkan för enskilda

Fördragen utgör, liksom RF gör för svenskt vidkommande, ett primärrättsligt ramverk vilket reglerar medlemsstaternas relation till unionen, hur sekundärrätten ska stiftas samt vilka behörigheter unionens olika institutioner har. Precis som i Sverige är det framförallt först genom sekundärrätten som unionsrätten får en praktisk verkan för den enskilde genom bestämmelser som ålägger rättigheter och skyldigheter i en enskild situation. Ett annat sätt att uttrycka det är att säga att fördragen, i stora delar, framförallt är riktade till medlemsstaterna och unionens institutioner snarare än till de människor, företag och andra organisationer som lever och verkar inom unionens geografiska område.

Det finns emellertid bestämmelser i fördragen som är formulerade på ett sådant sätt att de, direkt och utan behov av ytterligare sekundärrättslig lagstiftning, kan ge upphov till rättigheter och skyldigheter för enskilda som är medborgare i någon av unionens medlemsstater. I dessa delar kan man säga att fördragen går utöver att bara vara avtal mellan medlemsstaterna och istället blir en form av lagstiftningsakter med rättsverkningar *erga omnes*.<sup>18</sup> Att det förhåller sig på detta sätt konstaterade EU-domstolen tidigt i målet *Van Gend en Loos*<sup>19</sup> med följande motivering:

*”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.*

---

15 Bernitz & Kjellgren, *Europarättens grunder*, 2014, s. 33.

16 Schütze, *European constitutional law*, 2016, s. 52.

17 Artiklarna 4.3 och 5 FEU.

18 En förpliktande angelägenhet för alla.

19 Mål 26/62 *Van Gend en Loos*, EU:C:1963:1.

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

*Det bör för övrigt noteras att medborgarna i de stater som förenats i gemenskapen inbjuds att medverka i gemenskapens verksamhet genom Europaparlamentet och Ekonomiska och sociala kommittén.*

*Domstolens uppgift enligt artikel 177, vars syfte är att säkerställa att de nationella domstolarna tolkar fördraget på ett enhetligt sätt, bekräftar dessutom att staterna har tillerkänt gemenskapsrätten en auktoritet som kan åberopas av deras medborgare inför dessa domstolar.*

*Slutsatsen av detta måste bli att gemenskapen utgör en ny rättsordning inom folkrätten till vars förmån staterna, låt vara på begränsade områden, har inskränkt sina suveräna rättigheter och som inte enbart medlemsstaterna utan även dessas medborgare lyder under.*

*På samma sätt som gemenskapsrätten ålägger de enskilda förpliktelser, är den följaktligen även avsedd att oberoende av medlemsstaternas lagstiftning skapa rättigheter som blir en del av de enskildas rättsliga arv.”<sup>20</sup>*

Genom EU-domstolens fortsatta uttolkning av unionsrätten har i samma anda flera av de grundläggande principerna för EU, fastslagna genom artiklar i fördragen, ansetts vara direkt bindande inte enbart för medlemsstaterna eller EU:s institutioner men även för enskilda. Så är fallet bland annat vad gäller den allmänna likabehandlingsprincipen<sup>21</sup>, reglerna om fri rörlighet för arbetstagare<sup>22</sup>, fri rörlighet för kapital<sup>23</sup>, fri rörlighet för unionsmedborgare<sup>24</sup>, förbud mot kvantitativa importrestriktioner<sup>25</sup>, etableringsfriheten<sup>26</sup>, samt förbudet mot konkurrensbegränsade avtal och missbruk av dominerande ställning<sup>27</sup>.

I litteraturen, likväl som i EU-domstolens praxis, talas det om att de bestämmelser som på detta sätt, utan behov av ytterligare lagstiftningsåtgärder, ger upphov till individuella rättigheter och skyldigheter

---

20 Mål 26/62 *Van Gend en Loos*, EU:C:1963:1.

21 Artikel 18.1 FEUF, Mål C-85/96 *Martinez Sala*, EU:C:1998:217.

22 Artikel 45 FEUF, Mål 41/74 *van Duyn*, EU:C:1974:133.

23 Artikel 63 FEUF, Förenade målen C-163/94, C-165/94 och C-250/94 *Brottmål mot Lucas Emilio Sanz de Lera m.fl.*, EU:C:1995:451.

24 Artikel 21 FEUF, Mål C-413/99 *Baumbast*, EU:C:2002:493.

25 Artikel 34 FEUF, Mål 74/76 *Iannelli & Volpi*, EU:C:1977:51.

26 Artikel 49 FEUF, Mål 2/74 *Reyners*, EU:C:1974:68.

27 Artiklarna 101 och 102 FEUF, Mål 37/79 *Marty mot Lauder*, EU:C:1980:190. Se även Bernitz & Kjellgren, *Europarättens grunder*, 2014, s. 114. Schütze är av uppfattningen att nästan alla förbud i fördragen har direkt effekt, även de mest allmänna. Schütze, *European constitutional law*, 2016, s. 87.

vilka kan verkställas av en nationell domstol eller myndighet i det enskilda fallet har *direkt effekt*.<sup>28</sup> Samma begrepp används också för att beskriva rättsverkningarna av icke-genomförda direktiv. Vi anser att detta är olyckligt eftersom direkt effekt av fördragen är någonting väsensskilt från direkt effekt av direktiv. För att undvika begrepps-förvirring anser vi det därför bättre att använda begreppet *praktisk rättslig åberopbarhet* då man talar om fördragsbestämmelser som utan vidare lagstiftningsåtgärder ger upphov till individuella rättigheter och skyldigheter vilka kan verkställas av en nationell domstol eller myndighet i det enskilda fallet. Även begreppet *direkt tillämplighet* används för att beskriva fördragsbestämmelsers rättsliga verkan.<sup>29</sup> Det används ibland som ett synonymt begrepp till direkt effekt och ibland för att beskriva de delar av unionsrätten som visserligen utan någon ytterligare åtgärd från medlemsstaten är en del av de nationella rättsordningarna, men som inte nödvändigtvis ger upphov till några till individuella rättigheter och skyldigheter vilka kan verkställas av en nationell domstol eller myndighet i det enskilda fallet. Med avseende på det senare sättet att använda begreppet, och för att koppla det till praktisk rättslig åberopbarhet, är således fördragen i sin helhet direkt tillämpliga och de bestämmelser som också kan ge upphov till individuella rättigheter och skyldigheter vilka kan verkställas av en nationell domstol eller myndighet i det enskilda fallet, praktiskt rättsligt åberopbara. Vi kommer fortsättningsvis i rapporten inte använda oss av begreppet direkt tillämplighet utan istället begreppsapparaten direktivkonform tolkning, direkt effekt samt praktisk rättslig åberopbarhet.

## Sekundärrätten

Även om fördragen, såsom nämnts i föregående avsnitt, i vissa fall såsom lag kan få en bindande verkan även för enskilda är det framförallt i form av sekundärrättsliga rättsakter som den unionsrättsliga rättsordningen kommer till uttryck på ett sätt som är bindande för enskilda.

I artikel 288 FEUF ges EU:s institutioner, främst rådet och Europaparlamentet, långtgående möjligheter att binda enskilda genom att anta sekundärrättsliga rättsakter.

*”När institutionerna utövar unionens befogenheter ska de anta förordningar, direktiv, beslut, rekommendationer och yttranden.*

*En förordning ska ha allmän giltighet. Den ska till alla delar vara bindande och direkt tillämplig i varje medlemsstat.*

---

<sup>28</sup> Schütze, *European constitutional law*, 2016, s. 81; Bernitz & Kjellgren, *Europarättens grunder*, 2014, s. 48f. För en bra översikt över litteraturen, se Prechal, Sacha, *Directives in EC law*, 2. reviderade uppl., Oxford Univ. Press, Oxford, 2005, s. 227f.

<sup>29</sup> Bernitz & Kjellgren, *Europarättens grunder*, 2014, s. 112; Schütze, *European constitutional law*, 2016, s. 80 f; Winter, J.A., *Direct applicability and direct effect two distinct and different concepts in community law*, *Common Market Law Review*, nr. 9 (1972): s. 425–438.

*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.*

*Ett beslut är till alla delar bindande. Om ett beslut anger till vem eller vilka det riktar sig, är det bindande endast för dessa.*

*Rekommendationer och yttranden ska inte vara bindande.”*

Förordningar, direktiv och beslut av generell karaktär får bindande verkan genom att de offentliggörs i Europeiska unionens officiella tidning.<sup>30</sup> Förordningar är till alla delar bindande och direkt tillämpliga i alla medlemsstater.<sup>31</sup> Det innebär att de ska tillämpas av domstolar och myndigheter som direkt gällande rätt och att de kan grunda såväl skyldigheter som rättigheter för enskilda. Även beslut är till alla delar bindande för dess adressater.

Direktiv är däremot bindande för medlemsstaterna endast med avseende på det resultat som ska uppnås. Ett direktiv kan beskrivas som en instruktion till nationella lagstiftare eller en form av indirekt lagstiftning<sup>32</sup>, som får genomslag i medlemsstaterna samtidigt som EU inte "lägger sig i" de inhemska rättsordningarna i onödan.<sup>33</sup> Direktiv är således en instruktion till medlemsstaterna att uppnå ett visst definierat mål, men det är upp till de nationella myndigheterna i medlemsstaterna att bestämma hur dessa mål ska uppnås, dvs. bestämma formen och tillvägagångssättet för genomförandet av direktivet i sina nationella rättsordningar. Genomförandet i nationell rätt, eller snarare konsekvenserna av ett bristande genomförande, kommer ingående att behandlas nedan.

Direktiv binder således endast medlemsstaterna, inte enskilda, och dess bestämmelser måste genomföras i den nationella rättsordningen för att få bindande verkan *erga omnes*. För att enskilda ska bli bundna av vad som föreskrivs i direktivet behöver alltså ytterligare åtgärder vidtas av medlemsstaten genom lagstiftning inom den tid som föreskrivs i direktivet.<sup>34</sup> Direktiv är alltså bindande *för* men inte *i* medlemsstaterna, till skillnad mot vad som t.ex. gäller för fördragen.<sup>35</sup> Direktiv är på så sätt en annan typ av rättsakt än förordningar och beslut, som är direkt bindande för enskilda.

---

30 Artikel 297 FEUF.

31 Artikel 288 FEUF.

32 Schütze, Robert, *European Union Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, s. 95f med där gjorda hänvisningar.

33 Prechal, *Directives in EC Law*, 2005, s. 5.

34 Om medlemsstaten redan har fullgoda regler som uppfyller direktivets mål behövs ingen lagstiftningsåtgärd vidtas, se t.ex. mål C-259/01 *Kommissionen mot Frankrike*, EU:C:2002:719, p. 17, "[...] när den nationella rättsordningen säkerställer att det berörda direktivet faktiskt tillämpas fullt ut, när den rättsliga situation som följer av dessa bestämmelser är tillräckligt klar och precis samt när de personer som berörs ges möjlighet att få full kännedom om sina rättigheter och i förekommande fall ges möjlighet att göra dem gällande vid nationell domstol [...]".

35 Schütze, *European constitutional law*, 2016, s. 95.

Den mest betydelsefulla, och tillika den normativa, delen av direktiv är avfattad i artiklar. Innan artikeldelen återfinns ingressen som är uppdelad i beaktandedel, där den rättsliga grunden anges, och skälen, där bestämmelserna i direktiven motiveras. Skälen är värdefulla som tolkningsdata för artikeldelen men de är inte normativa.<sup>36</sup> Efter artikeldelen kan det följa bilagor som i allmänhet innehåller föreskrifter eller tekniska uppgifter som av praktiska skäl inte placeras i artikeldelen.<sup>37</sup>

## EU-rättens ställning gentemot den inhemska rätten

EU-rättens ställning i relation till medlemsstaternas rättsordningar är numera fastslagen i en förklaring till Lissabonfördraget.<sup>38</sup> Där framgår att EU-rätten har företräde framför nationell rätt. Det är en princip som sedan länge gällt inom EU och som fastslogs första gången av EU-domstolen i målet *Costa mot E.N.E.L.*<sup>39</sup> Där fastslogs bland annat att medlemsstaterna har upplåtit vissa delar av sina suveräna rättigheter genom inrättandet av unionen och därigenom skapat ett regelverk som är tillämpligt på deras medborgare och på dem själva. En medlemsstat kan därför inte, med stöd av en nationell regel som tillkommit efter att landet har anslutit sig till EU, gå emot unionsrätten. Unionsrätten innebär således hinder mot att stifta nationell lagstiftning i konflikt med unionsrätten. Det gäller oavsett på vilken normhierarkisk nivå den nationella lagstiftningen befinner sig, dvs. EU-rätten har företräde även framför nationell grundlag.<sup>40</sup> En konsekvens av det sagda är att även nationella domstolar har att tillämpa EU-rätten.<sup>41</sup> Skyldigheten följer av lojalitetsprincipen i artikel 4.3 FEU.

## Domstolarnas roll

Vi har ovan, med utgångspunkt i RF och fördragen, redogjort för ramar för unionsrättens bindande verkan gentemot enskilda. För att tillförlitligt förstå de frågor om rättsverkningar vid försenat genomförande av direktiv är det emellertid viktigt att även gå igenom såväl EU-domstolens som svensk domstols roll i det svenska och unionsrättsliga rättssystemet.

EU-domstolens främsta uppgift är att säkerställa att lag och rätt

---

36 EGT C 73/01, 17.03.1999.

37 Interinstitutionella publikationshandboken, Europeiska unionens publikationsbyrå, Luxemburg, 2011, <http://dx.doi.org/10.2830/41799>, 2011, s. 38ff, s. 43 och beträffande ingressen se artikel 296 FEUF.

38 En förklaring är inte formellt bindande men utgör en tolkningsförklaring till fördragen som är avsedda att följas. I nämnda förklaring om företrädesrätten framgår också att den är tillskapad på basis av EU-domstolens fasta praxis om unionsrättens företräde.

39 Mål 6/64 *Costa mot E.N.E.L.*, EU:C:1964:66.

40 Mål 11/70 *Internationale Handelsgesellschaft*, EU:C:1970:114.

41 Prop. 1994/95:19, s. 524.

följs vid tolkning och tillämpning av fördragen.<sup>42</sup> Domstolen har även att granska lagenligheten av de rättsakter som antagits inom unionen, det vill säga dessa rättsakters förenlighet med fördragen samt meddela förhandsavgöranden rörande tolkningen av såväl fördragen som de rättsakter som beslutas av unionens institutioner.<sup>43</sup> Särskilt framträdande för EU-domstolen är den roll den har som uttydare av och praxisskapare inom unionsrätten. Som framgår av artikel 19.1 i FEU är EU-domstolen den främsta tolkaren av unionsrätten. EU-domstolen har, främst med stöd av artikel 19 i FEU<sup>44</sup>, fastslagit ett antal allmänna rättsprinciper för unionsrätten, varav direkt effekt för direktiv är en.<sup>45</sup> Vissa allmänna rättsprinciper har kodifierats medan andra fortfarande enbart framgår av EU-domstolens praxis. Generaladvokaten Verica Trstenjak sammanfattade doktrinen och fann en sorts minsta gemensamma nämnare beträffande uppfattningen om de allmänna rättsprinciperna i att de behövs för att tolka och fylla i de luckor som finns inom unionsrätten. Hon konstaterade att eftersom unionsrätten är en rättsordning under utveckling måste den på grund av sin öppenhet för integrationsutveckling ha luckor och behöver tolkas.<sup>46</sup> I enlighet med detta och med anledning av den utformning som fördragen har är det naturligt att EU-domstolens tolkning och utfyllnad av unionsrätten är omfattande, åtminstone inledningsvis.<sup>47</sup> För Sverige, och alla medlemsstater, är således EU-domstolens roll betydande i det att den tydliggör den beslutanderätt som gavs upp i samband med inträdet i EU. Det ska dock understrykas att det trots detta ytterst är fråga om *tolkning* av fördragen. EU-domstolen kan således inte tillskapa rätt som inte har stöd i den unionsrättsliga primärrätten.<sup>48</sup>

EU-domstolen är inte bunden av sin egen tidigare praxis men ser tidigare avgöranden som prejudikat och det hör till ovanligheterna att domstolen frångår sina tidigare avgöranden.<sup>49</sup> EU-domstolen är alltså inte rättsligt bunden av sin praxis, men i realiteten ändock närmast bunden de facto eftersom avsteg så sällan görs.<sup>50</sup>

## EU-DOMSTOLEN OCH DE NATIONELLA DOMSTOLARNA

Beträffande EU-domstolens ställning gentemot de nationella domstolarna, i detta fall särskilt de svenska, kan konstateras att det råder

---

42 Artikel 19.1 FEU.

43 Artikel 263 FEUF.

44 Hettne, Jörgen, *Rättsprinciper som styrmedel: allmänna rättsprinciper i EU:s domstol*, Norstedts juridik, Diss. Stockholm: Stockholms universitet, 2008, s. 49.

45 Craig, Paul & De Búrca, Gráinne, *EU law: text, cases, and materials*, 6. uppl., Oxford Univ. Press, Oxford, 2015.

46 Generaladvokaten Verica Trstenjaks förslag till avgörande i mål C-282/10 *Dominguez mot CICOA*, EU:C:2011:559, p. 92.

47 Hettne, *Rättsprinciper som styrmedel: allmänna rättsprinciper i EU:s domstol*, 2008, s. 49.

48 Artikel 19.1 FEU. EU-domstolens tolkningar kan dock vara högggradigt teleologiska vilket kommer behandlas nedan.

49 Bernitz & Kjellgren, *Europarättens grunder*, 2014, s. 183f.

50 Raitio, Juha, *The principle of legal certainty in EC law*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 2003, s. 86.

vad som brukar betecknas *konstitutionell pluralism*.<sup>51</sup> EU-domstolen är fördragsfäst som den högsta uttolkaren av EU-rätten samtidigt som de högsta uttolkarna av svensk rätt är Högsta domstolen (HD) och Högsta förvaltningsdomstolen (HFD).<sup>52</sup> EU-domstolens behörighet är således inte överordnad utan parallell med HD och HFD:s behörighet. Svenska domstolar har att tillämpa svensk rätt, som ofta innefattar unionslagstiftning eller är påverkad av unionslagstiftning. Att svenska domstolar ska tolka nationell lagstiftning i enlighet med unionsrätten innebär inte nödvändigtvis att svenska domstolar alltid ska eller kan tolka nationell lag som ger uttryck för unionsrättsliga regler på *samma sätt* som EU-domstolen tolkar unionsrätten. Istället har svenska domstolar att tolka och tillämpa nationell rätt och de delar av unionsrätten som är tillämpbara med iakttagande av vad EU-domstolen vid varje tillfälle uttalat om unionsrättens innehåll.

Det ska i detta sammanhang understrykas att EU-domstolen normalt inte har behörighet att fatta slutliga avgöranden i mål som rör fråga om huruvida en enskild uppfyllt sina rättigheter och skyldigheter enligt unionsrättslig lagstiftning. De mål där EU-domstolens avgöranden är slutliga är samtliga sådana som rör fråga om huruvida en medlemsstat eller någon av unionens institutioner agerat på ett sätt som är förenligt med unionsrätten.<sup>53</sup> Vad gäller tvister mellan enskilda eller mellan nationella myndigheter och enskilda och som rör tolkningen av unionsrättslig lagstiftning är det i stället den nationella högsta domstolen som är sista instans. EU-domstolen kan endast, efter en fråga från nationell domstol enligt artikel 267 FEUF, bidra med en unionsrättslig tolkning, på någon fråga som den nationella domstolen finner oklar och behöver få klarlagd inför sitt avgörande. Detta förhållande medför att nationella domstolars tolkning av unionsrätten är av väsentligt större praktisk betydelse för den enskilde än EU-domstolens. I tvister mellan enskilda eller mellan enskilda och nationella myndigheter är det nämligen, även i de fall där förhandsavgöranden inhämtas, den nationella domstolen som slutligt tolkar och tillämpar unionsrätten i det enskilda fallet.<sup>54</sup>

Av 1 kap. 8 § RF framgår att det för rättskipningen finns domstolar och för den offentliga förvaltningen statliga och kommunala förvaltningsmyndigheter. Domstolar ska alltså skipa rätt, medan den lagstiftande makten är förbehållen riksdagen, med de delegationsmöjligheter som beskrivits ovan. Maktodelningsprincipen är således för svensk del grundlagsfäst. Även om HFD:s främsta uppgift är att verka som en prejudikatinstans, vilket tydliggörs bland annat av de fullföljdsbegränsningar genom prövningstillstånd som finns för de flesta

---

51 Bergström, Carl Fredrik & Hettne, Jörgen, *Introduktion till EU-rätten*, 1. uppl., Studentlitteratur, Lund, 2014, s. 193 med där gjorda hänvisningar.

52 SFS 1974:152, RF 11 kap.

53 Artikel 251–281 FEUF.

54 Se vidare om möjligheten och skyldigheter för nationella domstolar att begära förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF i Olsson, Erik och Bogg, Martin, Ska man fråga för frågandets skull?, *Europarättslig tidskrift*, nr. 3 & 4 (2014).

måltyper,<sup>55</sup> är dock inte svenska underrätter formellt bundna av vad överrätt funnit genom prejudikat. Sverige har inte någon prejudikatbundenhet på det sätt som finns i länder som tillämpar principen om *stare decisis* där domare är skyldiga att respektera prejudikat.<sup>56</sup> En annan sak är att svenska domare givetvis bör respektera prejudikat från högsta instans om inte goda skäl talar emot.

---

<sup>55</sup> Eliason, Marianne, m.fl., *Regeringsformen* (16 september 2016, Zeteo), kommentaren till 11 kap. 1 §.

<sup>56</sup> Det finns ingen lagreglering i svensk rätt om bindande verkan för prejudikat. Se även NJA 1994 s. 194.



# 3. Varför direkt effekt och direktivkonform tolkning?

Som vi nämnde inledningsvis måste rättsverkningarna vid ett försenat genomförande av direktiv förstås utifrån de syften som ligger bakom EU-domstolens praxis avseende direkt effekt och direktivkonform tolkning. Att förstå varför dessa rättsbegrepp tillskapats är enligt vår mening en förutsättning för att förstå hur de ska tillämpas.

Vi kommer därför i detta avsnitt gå igenom de skäl och rättsliga grunder som EU-domstolen har åberopat i rättspraxis då den skapade det som idag är nationella domstolars skyldighet att iaktta direktivkonform tolkning och direkt effekt. Först därefter, i avsnitt 4, ska vi titta närmare på vad dessa rättsfigurer innebär i det enskilda fallet.

## Bevekelsegrunderna för direktivkonform tolkning

Principen om direktivkonform tolkning, etablerades av EU-domstolen i målen *von Colson* och *Hartz*.<sup>57</sup> Den rättsliga grunden för principen, såsom det uttrycktes av EU-domstolen i dessa första mål är dels direktivs bindande verkan såsom denna uttrycktes i artikel 189 EEG-fördraget, dels den lojalitetsplikt som framgick av artikel 5 EEG-fördraget.<sup>58</sup> I målet *von Colson* uttalade EU-domstolen bland annat följande:

*"[...] Det är emellertid nödvändigt att slå fast skyldigheten för medlemsstaterna till följd av ett direktiv att uppnå det resultat som föreskrivs i detta direktiv och deras förpliktelse enligt artikel 5 i fördraget att vidta alla lämpliga åtgärder, både allmänna och särskilda, för att säkerställa att denna skyldighet fullgörs, åligger alla myndigheter i medlemsstaterna, även domstolarna inom ramen för deras behörighet. Härav följer att den nationella domstolen, vid tillämpningen av nationell rätt och i synnerhet de bestämmelser i en nationell lag som har införts särskilt för genomförandet av ett direktiv, är skyldig att tolka den nationella rätten mot bakgrund av direktivets ordalydelse och syfte så att det resultat som avses i artikel 189 tredje stycket uppnås."*<sup>59</sup>

Genom att klargöra att den skyldighet som medlemsstater har att åstadkomma de resultat som ska uppnås enligt ett direktiv även åligger nationella domstolar, visade EU-domstolen att nationella domstolar, då de tolkar nationell rätt, utgör ett verktyg för det genomförande som medlemsstaten ska göra enligt artikel 288 FEUF.

57 Mål 14/83, *von Colson*, EU:C:1984:153; mål 79/83 *Harz mot Deutsche Tradax*, EU:C:1984:155.

58 Nuvarande artikel 288 FEUF och artikel 4.3 FEU.

59 Mål 14/83, *von Colson*, EU:C:1984:153, p. 26.

EU-domstolen kombinerar denna skyldighet med ett lojalitets- och effektivitetsresonemang hämtat ur det som idag är artikel 4.3 FEU och som anger att medlemsstaterna ska vidta alla lämpliga åtgärder, både allmänna och särskilda, för att säkerställa att de skyldigheter fullgörs som följer av fördragen eller av unionens institutioners akter. När man utsträcker även denna skyldighet till de nationella domstolarna blir således resultatet att en domstol ska vidta alla lämpliga åtgärder, inom ramen för sin behörighet, för att uppnå de resultat som föreskrivs av ett direktiv. Det är denna skyldighet som kallas för direktivkonform tolkning.

Principen innebär att nationella domstolar är förpliktade att tolka den nationella rätten i ljuset av unionsrätten för att säkerställa att medlemsstaterna fullgör de skyldigheter som följer av unionens rättsakter. Trots att skyldigheten att tolka direktivkonformt uppstår först efter att införlivandefristen för direktiv löpt ut, har EU-domstolen i *Adeneler* slagit fast att medlemsstater har en skyldighet, redan från ett direktivs ikraftträdande, att garantera att de unionsrättsliga bestämmelserna får full verkan.<sup>60</sup> Medlemsstaterna ska därför så långt som möjligt, avhålla sig från att tolka den nationella rätten på ett sätt som efter utgången av införlivandefristen riskerar att allvarligt äventyra de mål som eftersträvas med direktivet.<sup>61</sup>

EU-domstolen har efter *von Colson* och *Hartz* befast principen om direktivkonform tolkning i ett antal efterkommande avgöranden.<sup>62</sup> Bland annat uttalade EU-domstolen i målet *Marleasing* att en nationell domstol har en skyldighet att *så långt som möjligt* tolka den nationella lagstiftningen i ljuset av innehållet och syftet med direktivet för att därmed uppnå det resultat som varit avsett samt i överensstämmelse med fördraget.<sup>63</sup> Detta effektivitetsresonemang, med innebörden att såväl nationella domstolar som myndigheter har en skyldighet att inom ramen för sin behörighet garantera unionsrättens fulla genomslag, återkommer även i målen *Mau*, *Pfeiffer* och *Henkel*.<sup>64</sup>

Det kan konstateras att EU-domstolen huvudsakligen har motiverat tillämpningen av direktivkonform tolkning utifrån ett effektivitets- och lojalitetsperspektiv, där det yttersta syftet är att uppnå unionsrättens fulla genomslag i en nationell kontext.

Till skillnad från vad som är fallet med direkt effekt, som ska behandlas nedan, är direktivkonform tolkning inte någon särskilt udda rättsfigur eller något som är unikt för unionsrätten. Tvärtom ligger det i en domstols roll i en rättsstat att den ska tolka bestämmelser

---

60 Mål C-212/04 *Adeneler m.fl.*, EU:C:2006:443, p. 116.

61 Mål C-212/04 *Adeneler m.fl.*, EU:C:2006:443, p. 121–123.

62 Se bl.a. mål 80/86, *Kolpinghuis Nijmegen*, EU:C:1987:431, p. 12–13; mål 31/87 *Beentjes*, EU:C:1988:422, p. 39; mål C-106/89 *Marleasing*, EU:C:1990:395, p. 6; mål C-91/92 *Faccini Dori*, EU:C:1994:292, p. 26; förenade målen C-397 och 403-01 *Pfeiffer m.fl.*, EU:C:2004:584, p. 110–116; mål C-268/06 *Impact*, EU:C:2008:223, p. 40–43.

63 Mål C-106/89 *Marleasing*, EU:C:1990:395.

64 Mål C-160/01 *Mau*, EU:C:2003:280, p.34; förenade målen C-397 och 403-01 *Pfeiffer m.fl.*, EU:C:2004:584, p. 114; mål C-218-01 *Henkel*, EU:C:2004:88, p. 60.

i lagstiftningen så att dessa så långt som möjligt står i överensstämmelse med lagstiftarens syften, såsom dessa kommer till uttryck i bakomliggande rättskällor. På samma sätt som en svensk domstol kan förmodas vända sig till förarbetena vid tolkning av svensk lag för att på så sätt utröna lagstiftarens vilja och lägga sig så nära denna som möjligt ska domstolen även beakta lagstiftarens vilja i den mån denna kommer till uttryck i ett unionsrättsligt direktiv. Det framstår inte heller som orimligt att en nationell domstol, i syfte att undvika konflikt mellan olika delar av rättsordningen, tolkar respektive dels bestämmelser så att förenlighet uppstår. Vidare framstår det inte som avvikande att tolka en normhierarkiskt lägre stående rättsakt i förenlighet med en högre stående rättsakt. Direktivkonform tolkning är således en helt naturlig verkan av ett traditionellt rättssystem, då all lagstiftning ska tolkas dels så att lagstiftarens intentioner får fullt genomslag, dels i ljuset av högre rätt.

## Bevekelsegrunderna för direkt effekt

Inte sällan när bevekelsegrunderna för direkt effekt diskuteras, tas utgångspunkt i EU-domstolens praxis kring det vi i avsnitt 2 kallat fördragets praktiska rättsliga åberopbarhet. 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. Anledningen till detta är, som EU-domstolen uttrycker det i *Costa mot E.N.E.L.* att fördraget vid sitt undertecknande *"trädde i kraft i hela gemenskapen och därmed ingår i medlemsstaternas rättssystem, utgör redan lag i dessa stater och berör direkt dessas medborgare [...]"*.<sup>65</sup>

Om fördragets bestämmelser ska anses utgöra lag i medlemsstaterna är det inte särskilt konstigt att nationella domstolar, inom ramen för sin behörighet och i enlighet med de principer som kommer till uttryck i 4.3 FEU, ska tillåta att dessa bestämmelser åberopas i nationell domstol.

När man talar om direkt effekt av fördraget menar man egentligen att fördraget 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 fördraget är det med andra ord ett sätt att säga att fördraget ska fungera som det är tänkt att fungera – att det är praktiskt rättsligt åberopbart.

När man däremot talar om direkt effekt av direktiv är detta en helt väsensskild frågeställning med en helt annan rättslig utgångspunkt. Där resonemang om direkt effekt för fördraget tar sin utgångspunkt i artikel 4.3 FEU om lojalitet och effektivitet samt i fördragets (erga omnes) bindande verkan måste en diskussion om den rättsliga verkan

---

<sup>65</sup> Mål 6/64 *Costa mot E.N.E.L.*, EU:C:1964:66, s. 220.

av direkt effekt för direktiv ta sin utgångspunkt i artikel 288 FEUF, som 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 begränsad på så sätt att det endast är bindande gentemot medlemsstaterna (dvs. inte gentemot dess medborgare på det sätt som gäller för fördraget) 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 för direktiv måste enligt vår mening förstås utifrån den situation där den kommer ifråga, dvs. som ett svar på situationer när artikel 288 FEUF inte fungerat som avsett och den nationella lagstiftaren inte (i tid) vidtagit tillräckliga åtgärder för att uppnå de resultat som direktivet i fråga föreskriver. Med denna utgångspunkt kan sägas att det som kallas direkt effekt för fördrag är ett uttryck för en fungerande tillämpning av unionsrätten medan det som kallas direkt effekt för direktiv är en form av remedium i den enskilda situationen vid en icke-fungerande nationell tillämpning av artikel 288 FEUF.

Att det förhåller sig på detta sätt framgår också av de bevekelsegrunder som EU-domstolen använde då den i målen *Van Duyn* och *Ratti* för första gången fann att även direktiv kunde få direkt effekt trots deras karaktär av icke-bindande rättsakter enligt fördraget.<sup>66</sup> Det är tydligt att domstolen var väl medveten om den rättsliga utmaning man stod inför. Att medge en direktivsbestämmelse direkt effekt i nationell domstol skulle innebära ett betydande avsteg från vad som föreskrivits i fördraget avseende direktivs bindande egenskaper, och likaledes ett väsentligt ingrepp i medlemsstaternas nationella autonomi. Samtidigt kunde det inte tillåtas att den medlemsstat som avstår från att genomföra ett direktiv, och därmed underlåter att fullgöra sina skyldigheter enligt artikel 288 FEUF, hamnar i en bättre position i förhållande till de enskilda som försöker göra sina rättigheter gällande, än de medlemsstater som fullgjort sina skyldigheter. De bevekelsegrunder som EU-domstolen åberopat till grund för direkt effekt av direktiv kan summeras som följer:

- Effektivitetsargumentet. Direktiv skulle förlora sin effektiva tillämpning om enskilda helt fråntogs möjligheten att gentemot en medlemsstat åberopa den skyldighet som den enligt artikel 288 FEUF har att genomföra de mål som ett direktiv föreskriver.

---

<sup>66</sup> Mål 41/74 *van Duyn*, EU:C:1974:133; mål 148/78 *Ratti*, EU:C:1979:110.

- Systematikargumentet. Fördragens systematik, och då i synnerhet artikel 267 FEUF som ger nationella domstolar en ovillkorlig rätt att hänskjuta tolkningsfrågor till EU-domstolen avseende unionens alla rättsakter, bygger på förutsättningen att enskilda också kan åberopa dessa rättsakter vid de nationella domstolarna.
- Rättsskyddsargumentet. I den mån en bestämmelse innebär rättigheter för en enskild kräver rättssäkerheten för de berörda personerna att de ska kunna åberopa denna trots att den fastställts i en normerande rättsakt som inte utan vidare har direkt effekt i sin helhet.
- Estoppelargumentet. Argumentet framfördes för första gången i *Ratti* på följande sätt:

*”Den medlemsstat som inte inom föreskriven tid har vidtagit de i direktivet föreskrivna åtgärderna för genomförandet av detta, kan följaktligen inte gentemot de enskilda åberopa sin egen underlåtenhet att fullgöra de skyldigheter som direktivet innehåller. Härav följer att om ett enskilt rättssubjekt som har följt bestämmelserna i ett direktiv, som en stat har underlåtit att införa i sin interna rättsordning, väcker talan vid en nationell domstol och yrkar att en nationell bestämmelse som är oförenlig med direktivet i fråga inte skall tillämpas, skall den nationella domstolen bifalla yrkandet om skyldigheten i fråga är ovillkorlig och tillräckligt precis.”<sup>67</sup>*

I *Becker* åberopade EU-domstolen rättsskyddsargumentet, systematikargumentet och estoppel-argumentet.<sup>68</sup> Samma rättsskyddsresonemang återkom sedermera i målet *Marshall*, i vilket EU-domstolen helt utelämnade effektivitetsresonemanget.<sup>69</sup> EU-domstolen har där efter, i en rad efterföljande mål, befast rättsskyddsresonemanget med hänvisning till ovanstående praxis.<sup>70</sup>

Idag kan konstateras att EU-domstolen i princip förefaller ha övergivit effektivitetsresonemang som stöd för direkt effekt av direktiv. Istället motiveras direkt effekt för direktivsbestämmelser i princip uteslutande med rättsskyddshänsyn och med estoppelargumentet, dvs. att den medlemsstat som underlåtit att genomföra ett direktiv i tid eller på ett korrekt sätt inte ska kunna åberopa denna underlåtenhet mot den enskilde.

I doktrin framhålls ibland ett likformighetsargument som en bidragande grund till varför direktivsbestämmelser ska tillmätas direkt effekt.<sup>71</sup> Vi är dock inte övertygade av detta argument som en grund för direkt effekt. Syftet med direktiv är nämligen att möjliggöra en

<sup>67</sup> Mål 148/78 *Ratti*, EU:C:1979:110, p. 22–23.

<sup>68</sup> Mål 8/81 *Becker*, EU:C:1982:7, p. 23–25.

<sup>69</sup> Mål 152/84 *Marshall*, EU:C:1986:84, p. 46–49.

<sup>70</sup> Se bl.a. mål 80/86 *Kolpinghuis Nijmegen*, EU:C:1987:431, p. 7–8; mål C-188/89 *Foster*, EU:C:1990:313, p. 16–17; de förenade målen C-6/90 och 9/90 *Francovich och Bonifaci*, EU:C:1991:428, p. 11–17; samt mål C-157-02 *Rieser Internationale Transporte*, EU:C:2004:76, p. 22.

<sup>71</sup> Hettne, Jörgen, *Analys av de nya bestämmelserna i direktiv 2014/24/EU: Kan de ha direkt effekt eller fungera som stöd vid direktivkonform tolkning av LOU*, s. 5 f.

anpassning till förhållandena i varje medlemsstat och på så vis minska konfliktytan mellan unionsrätten och den nationella rättskulturen.<sup>72</sup> Det är således ofrånkomligt, och dessutom avsiktligt, att de nationella genomförandeakterna kommer att se olika ut beroende på respektive medlemsstats unika rättstradition. Av EU-domstolens praxis framgår dessutom att likformighetsresonemanget framförallt har blivit aktuellt när direktivsbestämmelser betraktats som en utkristallisering av fördraget, vilket således får tolkas som att det är själva fördraget, och inte direktiven som sådana, som ska tillämpas och tolkas på ett enhetligt sätt.<sup>73</sup> Likformighetsargumentet torde således få större betydelse vid direktivkonform tolkning än vid direkt effekt.

---

<sup>72</sup> Rickert, Beate, *Grundrechtsgeltung bei der Umsetzung europäischer Richtlinien in innerstaatliches Recht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1997, s. 31. Mål C-275/06 *Promusicae*, EU:C:2008:54, p. 67.

<sup>73</sup> Jfr C-212-04 *Adeneler m.fl.*, EU:C:2006:443, p. 116.

# 4. Vad är direktivkonform tolkning och direkt effekt?

## Direktivkonform tolkning

Vi kommer i detta avsnitt att, med utgångspunkt i den syftesanalys som vi gjort i föregående avsnitt, redogöra för den närmare innebörden av direktivkonform tolkning.

Inledningsvis redogör vi kort för innebörden av direktivkonform tolkning, såsom denna kommit i uttryck i EU-domstolens praxis, och diskuterar EU-domstolens och den nationella domstolens tolkningsutrymme, skillnaden däremellan samt den nationella domstolens roll och behörighet vid direktivkonform tolkning.

Därefter redogör vi för under vilka förutsättningar direktivkonform tolkning kan göras gällande, där vi bland annat berör frågan om *contra legem*-tolkning (tolkning i strid med ordalydelsen i nationell lagstiftning), möjligheten att tillämpa direktivkonform tolkning *ex officio* (på domstolens eget initiativ) och om direktivkonform tolkning är möjlig i situationer där enskilda kan drabbas negativt eller åläggs skyldigheter.

Slutligen behandlar vi frågan om unionsrättens relation till de svenska förarbetena, möjligheten för lägre instans att frångå praxis från högre instans och det eventuella behovet av genomförandelagstiftning trots möjligheten till direktivkonform tolkning.

## TOLKNINGSUTRYMMET

Som nämnts ovan innebär direktivkonform tolkning att nationella domstolar har skyldighet att så långt som möjligt tolka den nationella rätten i ljuset av EU-rätten.<sup>74</sup> Den nationella domstolens skyldighet att beakta direktivets innehåll begränsas dock av allmänna EU-rättsliga principer, särskilt av principen om rättssäkerhet och icke-retroaktivitet.<sup>75</sup> Detta innebär att rättigheten begränsas i de fall en sådan tolkning ålägger en enskild en skyldighet som följer av ett direktiv som ännu inte införlivats eller när den leder till ett straffrättsligt ansvar som uppkommer eller skärps på grund av direktivet.<sup>76</sup> Vidare begränsas denna skyldighet av den nationella domstolens behörighet, vilken är att tolka rätt, inte att skapa rätt. Slutligen begränsas de nationella myndigheternas skyldighet att tolka sin na-

---

74 Mål 14/83 *von Colson*, EU:C:1984:153, p.26.

75 Mål 80/86 *Kolpinghuis Nijmegen*, EU:C:1987:431, p. 13.

76 Mål C-168/95 *Arcaro*, EU:C:1996:363, p. 42 ; mål 80/86 *Kolpinghuis Nijmegen*, EU:C:1987:431, p. 13-14.

tionella rätt direktivkonformt om en sådan tolkning skulle vara *contra legem*, dvs. gå direkt emot den aktuella nationella rättsaktens ordalydelse.<sup>77</sup>

Det är återkommande i EU-domstolens praxis att, vid direktivkonform tolkning, ta hänsyn till den aktuella bestämmelsens ordalydelse, kontext och syfte.<sup>78</sup> Det bör understrykas att skyldigheten att tolka nationell rätt i enlighet med ett direktivs syfte och ordalydelse inte begränsas av att den direktivsbestämmelse som i den enskilda situationen är aktuell som tolkningsdata är klar och entydig. Därvid är skyldigheten att tolka nationell rätt i ljuset av ett icke-genomfört direktiv mer långtgående än skyldigheten att i vissa situationer medge en viss bestämmelse direkt effekt (vilken är villkorad av att den aktuella bestämmelsen är klar och entydig). Inte heller begränsar sig direktivkonform tolkning till sådana direktivsbestämmelser (eller ändamål) som förmedlar individuella rättigheter. Tolkningsskyldigheten gäller för direktiv i sin helhet för det ändamål som ska uppnås och således även i de situationer (vilka inte är ovanliga) då detta ändamål framstår som dunkelt eller tvetydigt. Den domstol som har att tolka nationell lag direktivkonformt kan således inte fjärma sig från denna skyldighet med en hänvisning till att direktivets syfte inte står i klar dager, utan har i sin dömande verksamhet att ta hänsyn till samtliga direktivbestämmelser som framstår som relevanta för den tvist som domstolen har att avgöra.

Vidare följer av EU-domstolens praxis att en domstol är skyldig att ta hänsyn till hela den nationella rättsordningen i samband med direktivkonform tolkning. I målet *Pfeiffer* uttalade EU-domstolen att:

*"[...] Även om den princip som följer av gemenskapsrätten, att nationell rätt skall tolkas direktivkonformt, i första hand rör bestämmelser i nationell rätt som antagits för att införliva direktivet i fråga, är denna princip emellertid inte begränsad till tolkningen av dessa bestämmelser, utan den kräver även att den nationella domstolen beaktar **hela den nationella rätten** för att bedöma i vilken mån den kan tillämpas utan att det leder till ett resultat som strider mot det som eftersträvas genom direktivet (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet *Carbonari m.fl.*, punkterna 49 och 50)."*<sup>79</sup>

Som tolkningsdata finns det även anledning att tillmäta direktivets många skäl betydelse. Skälen är ofta fler än artiklarna och kan ge värdefull information om det ändamål som direktivet ska uppnå och om hur vissa delar av direktiven ska förstås.<sup>80</sup> Inte minst förhåller det sig på detta sätt med de nya upphandlingsdirektiven där skälen är

---

77 Mål C-176/12 *Association de médiation sociale (AMS)*, EU:C:2014:2, p. 39, som hänvisar till mål C-268/06 *Impact*, EU:C:2008:223, p. 100; mål C-212/04 *Adeneler*, EU:C:2006:443, p. 110, se även analogt mål C-105/03 *Pupino*, EU:C:2005:386, p. 44 och 47.

78 Mål 292/82 *Merck*, EU:C:1983:335, p.12; mål 337/82 *Nikolaus Brenneri*, EU:C:1984:69, p.10; mål 80/86 *Kolpinghuis Nijmegen*, EU:C:1987:431, p.12; mål C-106/89 *Marleasing*, EU:C:1990:395, p. 8.

79 Förenade målen C-397 och 403-01 *Pfeiffer m.fl.*, EU:C:2004:584, p. 115.

80 Bernitz & Kjellgren, *Europarättens grunder*, 2014, s. 187.



nästan lika omfattande som artiklarna och där flera viktiga ändamål med direktiven framgår på ett mycket tydligare sätt av skälen än av artiklarna.

En annan sak är att en nationell domstol i högsta instans, då den korrekta tolkningen av unionsrätten framstår som oklar, i vissa situationer kan ha en skyldighet att tillse att en sådan oklarhet blir utredd genom att begära EU-domstolens förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF. Med tanke på att endast en bråkdel av alla mål som prövas i lägre instans faktiskt kommer inför HD eller HFD bör även domstol i lägre instans, då den står inför en oklar direktivbestämmelse, allvarligt överväga att själv utnyttja möjligheten i artikel 267 FEUF att begära EU-domstolens förhandsavgörande för att uppnå klarhet.<sup>81</sup>

Den nationella domstolen ska alltid i första hand undersöka möjligheten att tolka nationella bestämmelser direktivkonformt. Om direktivkonform tolkning inte är möjlig, på grund av att direktivets bestämmelser inte kan tolkas in i den nationella rätten, ska den nationella domstolen gå vidare med att avgöra om direktivets bestämmelser har direkt effekt utifrån de rekvisit som redogörs för närmare nedan. Den nationella domstolen ska således, även för det fall ett direktivs bestämmelser har direkt effekt, i första hand försöka tolka bestämmelserna direktivkonformt.<sup>82</sup>

#### EXEMPEL PÅ DIREKTIVKONFORM TOLKNING AV UPPHANDLINGSDIREKTIVEN

En nyhet i LOU-direktivet är att upphandlande myndigheter ges en uttrycklig möjlighet att bestämma om anbud får lämnas för ett, flera eller alla delkontrakt och även begränsa antalet delkontrakt som kan tilldelas en och samma anbudsgivare.<sup>83</sup> Begränsningsmöjligheten som införs genom direktivet innebär ingen tillkommande rättighet för enskilda (leverantörer) varför bestämmelserna inte kan ge upphov till direkt effekt. Nuvarande LOU, liksom bakomliggande direktiv, förbjuder inte upphandlande myndigheter att införa begränsningar enligt ovan, så länge som huvudprincipen i 12 kap. 1 § LOU, om att anta antingen det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga eller det anbud som har lägst pris, respekteras. Eftersom inget uttryckligt förbud finns ska det inledningsvis konstateras att, vid en direktivkonform tolkning, bestämmelserna inte ger upphov till någon problematik gällande tolkning *contra legem*. Frågan blir istället om det är möjligt att tolka in begränsningarna i lokutionen *ekonomiskt mest fördelaktiga*. Upphandlingsmyndighetens uppfattning är att det utrymmet enligt dagens

---

<sup>81</sup> Se vidare om relationen mellan HFDs restriktivitet vad avser beslut om prövningstillstånd och kammarrättens möjlighet att begära förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF i Olsson, Erik och Bogg, Martin, Ska man fråga för frågandets skull?, *Europarättslig tidskrift* nr. 3 & 4 (2014).

<sup>82</sup> Mål C-282/10 *Dominguez*, EU:C:2012:33, p. 31–32.

<sup>83</sup> LOU-direktivet, artikel 46.

rättsläge är begränsat. Upphandlingsmyndigheten hänvisar i detta avseende till Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 4283-08 och Konkurrensverkets yttrande i samma mål.<sup>84</sup>

Vår uppfattning är att innan den 18 april 2016 fanns det små möjligheter att föreskriva begränsningar av det slag som nu lanseras genom direktivet, men att läget efter den 18 april 2016 delvis är ett annat. Eftersom den nationella tolkningskyldigheten sträcker sig *så långt som möjligt* anser vi att Upphandlingsmyndigheten är för försiktig i sin bedömning. Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet bör, under den så kallade mellantiden, kunna inbegripa att bestämma om anbud får lämnas för ett, flera eller alla delkontrakt och även begränsa antalet delkontrakt som kan tilldelas en anbudsgivare. Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kan då bli, i det enskilda fallet, det anbud som är lämnat av en leverantör som inte har tilldelats något annat delkontrakt. Det blir ytterligare en möjlighet för den upphandlande myndigheten att närmare ange vad som avses med det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet i den aktuella upphandlingen. För stor vikt kan i detta avseende inte läggas vid tidigare praxis, eftersom denna i de delar där den inte är förenligt med direktivet ska bortses ifrån enligt principen om EU-rättens företräde.

Ett annat exempel på en tolkning som borde vara både möjlig och påkallad är de nya bestämmelser som begränsar upphandlande myndigheters möjligheter att uppställa krav på att leverantörer ska ha viss omsättning. Enligt bestämmelsen, som framgår av artikel 58.3 i LOU-direktivet, får en upphandlande myndighets krav på att en leverantör ska ha viss omsättning som huvudregel inte vara högre än två gånger så högt som det uppskattade värdet av upphandlingen. Högre krav tillåts endast om det finns särskilda skäl.

Nu gällande LOU saknar motsvarande reglering. I 11 kap. 7 § LOU framgår endast att en upphandlande myndighet, som bevis på en leverantörs ekonomiska kapacitet, får begära uppgifter om företagets samlade omsättning och, i förekommande fall, omsättningen för det verksamhetsområde som upphandlingen gäller för de tre senaste verksamhetsåren eller den kortare tid under vilken verksamheten bedrivits. Däremot får det redan idag anses följa av proportionalitetsprincipen, såsom denna kommer till uttryck i 1 kap. 9 § LOU, att ett omsättningskrav måste stå i rimlig proportion till det som upphandlas och i praxis har kammarrätterna vid ett antal tillfällen prövat huruvida ett visst omsättningskrav är förenligt med proportionalitetsprincipen.<sup>85</sup> Utifrån detta torde det vara fullt möjligt, och påkallat, för en förvaltningsdomstol att under mellantiden tolka befintliga bestämmelser i LOU på så sätt att ett omsättningskrav som överstiger två gånger det uppskattade värdet av upphandlingen endast anses vara proportionerligt om det finns särskilda skäl.

---

<sup>84</sup> Upphandlingsmyndighetens rapport, *Nyheterna i den kommande lagstiftningen – och hur hanterar vi mellantiden?* s. 45.

<sup>85</sup> Se t.ex. Kammarrätten i Jönköping, dom 2010-12-16, mål nr 1072-10, samt Kammarrätten i Sundsvall, dom 2012-07-05, mål nr 1105-12.

## SKILLNADEN MELLAN EU-DOMSTOLENS OCH DE NATIONELLA DOMSTOLARNAS TOLKNINGSUTRYMME

Det bör dock understrykas att det inte nödvändigtvis är så att en tolkning som EU-domstolen kan göra av unionsrätten är möjlig för en nationell domstol att göra av korresponderande nationell rätt. EU-domstolen har i sin praxis gett uttryck för långtgående begreppstolkningar, vilka inte sällan har mycket litet stöd i ordalydelsen i de bestämmelser som varit föremål för tolkning. Det är långtifrån självklart, eller snarare framstår det som osannolikt, att nationell rätt och nationell rättstradition alltid skulle ge en nationell domstol motsvarande tolkningsutrymme.

Ett utmärkt exempel för att illustrera denna skillnad i tolkningsutrymme följer av HFD:s dom i det så kallade SYSAV-avgörandet.<sup>86</sup> I målet ställdes HFD inför frågan om kontraktsbegreppet i dåvarande LOU, som i relevanta avseenden hade samma lydelse som motsvarande begrepp i det underliggande upphandlingsdirektivet, kunde tolkas så att ett visst undantag från detta begrepp, vilket utkristalliserats i en serie avgöranden från EU-domstolen, kunde tillämpas även i Sverige.<sup>87</sup> HFD svarade nekande på denna fråga med följande motivering:

*”Regeringsrätten konstaterar att LOU:s ordalydelse svårligen ger utrymme för en tolkning innebärande att kommunerna när de köper tjänster från kommunala bolag skulle vara undantagna från LOU:s regelverk. Tvärtom torde det allmänt anses att LOU inte medger att kommuner och landsting utan formell upphandling köper varor och tjänster från sina egna bolag (se t.ex. Hentze, Sylvén, Offentlig upphandling s. 36, SOU 1999:139 s. 71 och 2001:31 s. 293; jfr prop. 2001/02:142 s. 84, SOU 2006:28 s. 264 f.; jfr prop. 2006/07:128 s. 188 f.). Regeringsrätten har också gett uttryck för denna uppfattning, se RÅ 2000 ref. 60.*

*EG-domstolen har i ett antal domar, se t.ex. EG-domstolens dom i mål C-295/05 Tragsa, uttalat att direktiv 92/50 inte utgör hinder mot nationell lagstiftning som innebär att företag som på visst sätt är knutna till en upphandlande enhet (de så kallade Teckal-kriterierna) utför uppdrag åt enheten utan iakttagande av direktivets bestämmelser. Då den nationella lagstiftningen i Sverige inte innehåller några sådana undantag från upphandlingsskyldigheten aktualiseras enligt Regeringsrättens mening inte frågan om tillämpning av Teckal-kriterierna i de nu aktuella målen. Skäl saknas därmed också att inhämta förhandsavgörande från EG-domstolen.”*

När HFD meddelade sitt avgörande i SYSAV blev det föremål för en hel del kritik.<sup>88</sup> Kritiken gick i huvudsak ut på att det var illojalt av HFD att

---

<sup>86</sup> RÅ 2008 ref 26.

<sup>87</sup> Det s.k. Teckalundantaget, efter EU-domstolens avgörande i C-107/98 *Teckal*, EU:C:1999:562.

<sup>88</sup> Dalman, Lena, särskilt yttrande till SOU 2011:43, *Offentlig upphandling från eget företag?! – och vissa andra frågor*, s. 731 f; Rosén Andersson Helena, Alm Jerker och Johansson Martin, Regeringsrättens domar i Sysav-målen är oförenliga med EG-rätten, *Anbudsjournalen* nr 48:2008, s.3; Sundstrand, Andrea, *Offentlig upphandling verksamhet i rörelse*, Karnov nyheter, 5 oktober 2009; Palm, Ulf, Sveriges Kommuner och Landsting, *SYSAV-målet och LOU*, cirkulär 08:34, 9 maj 2008.

i sin tolkning av begrepp i svensk rätt inte hänföra sig till samma tolkning som EU-domstolen gjort av motsvarande begrepp i de underliggande direktiven, en kritik som Hettne fortsatt synes gör gällande.<sup>89</sup>

Enligt vår bedömning är denna kritik missriktad och underskattar de stora rättskulturella skillnader som dikterar EU-domstolens respektive HFD:s tolkningsutrymme. Därmed bortser man från en viktig begränsning i nationella domstolars skyldighet att tolka nationell lagstiftning direktivkonformt, nämligen att så endast ska ske inom ramen för *dess behörighet*. Behörighetsbegreppet är här, vilket ofta förbises i debatten kring direktivkonform tolkning, i allra högsta grad rättskulturellt.

När EU-domstolen i *Teckal* och efterföljande avgöranden tolkar kontraktsbegreppet i upphandlingsdirektiven gör den det utifrån en (för en domstol i högsta instans) förhållandevis unik position.<sup>90</sup> EU-domstolen är högsta instans i en ny rättsordning som etablerats först i och med EEG-fördragets undertecknande den 25 mars 1957. Fördragets svepande avfattning och den naturliga tröghet som gör sig gällande när flera medlemsstater ska komma överens om en ny rättsordnings mer detaljerade uttryck har gjort att EU-domstolen i många situationer fått (tvingats) iklädda sig en utfyllande roll i sin tolkning av de unionsrättsliga rättsakterna. Detta har föranlett tolkningar vilka, som HFD uttrycker det, svårligen ges utrymme i de tolkade begreppens ordalydelse. Givet EU-domstolens roll, unionens funktion och relativt korta tillblivelsehistoria samt fördragets utformning är det inte särskilt konstigt att EU-domstolen både ansett sig ha behörighet och vara nödgad att stundtals använda en expansiv och höggradigt teleologisk tolkningsmetod för att bidra till unionens förverkligande.

Vad som däremot hade varit besynnerligt är om HFD, eller någon annan nationell domstol i sista instans, automatiskt skulle anse sig ha motsvarande mandat. När HFD närmar sig en begreppstolkningssituation gör man det från en utgångspunkt som skiljer sig radikalt från EU-domstolens. Utan att här fördjupa oss i den svenska rättsstatens grundvalar kan konstateras att Magnus Erikssons landslagar trädde i kraft för över 600 år sedan och att den svenska rättsstaten, till skillnad från den rättsordning som EU-domstolen förvaltar, i någon bemärkelse är fullständig och tidsprövad. Det är också en rättsordning som till stor del präglas av ett rättspositivistiskt synsätt och där stor betydelse fästs vid lagens ordalydelse. Det innebär att HFD:s roll (och behörighet), i långt högre grad än EU-domstolens, är förvaltande snarare än utfyllande. Det saknas således i huvudsak anledning (och det är väl oftast inte att rekommendera) att HFD tar på sig en utfyllande roll i samma utsträckning som EU-domstolen gör. Ett annat sätt att uttrycka det är att HFD, utifrån den rättstradition

---

<sup>89</sup> Hettne, Jörgen, *Analys av de nya bestämmelserna i direktiv 2014/24/EU: Kan de ha direkt effekt eller fungera som stöd vid direktivkonform tolkning av LOU*, s. 13, och Rättsutlåtande ang. införlivning av de s.k. Teckal-kriterierna i svensk upphandlingsrätt. Bilaga 4 till SOU 2011:43, *Offentlig upphandling från eget företag?! – och vissa andra frågor*.

<sup>90</sup> Se bla. mål C-26/03 *Stadt Halle*, EU:C:2005:5; C-324/07 *Coditel Brabant*, EU:C:2008:621.

den har att förvalta och det mandat RF givit den, inte har samma behörighet som EU-domstolen att hänge sig åt tolkningsövningar som går allt för långt ifrån lagens bokstav.

Det ska här hållas i minne att HFD, om den hade "tolkat in" Teckal-undantaget i det svenska kontraktsbegreppet i LOU, inte bara uttalat sig om Teckal-kriteriernas tillämpning, utan därutöver skapat ett (långt mer omvälvande) prejudikat avseende HFD:s syn på det egna tolkningsutrymmet i den svenska rättsordningen.

Det finns säkert någon som anser att den svenska rättstraditionen de facto ger utrymme för en tolkningsmetod som är mer expansiv och oberoende av lagens bokstav och det går säkert att hitta något exempel i HFD:s praxis som antyder att en sådan tolkningsmetod finns att hämta någonstans i den svenska rättsordningen. Hade sådan rättspraxis kunnat identifieras hade detta kunnat anföras som argument, i enlighet med EU-domstolens avgörande i *Pfeiffer*, för att HFD eftersom de medgett sig ett sådant utrymme i en annan situation även är skyldig att ta sig det utrymmet i situationer som rör direktivkonform tolkning.<sup>91</sup> En sådan argumentation måste emellertid föras utifrån en analys av svensk tolkningstradition och inte, såsom skett i den kritik som framförts avseende SYSAV, utifrån unionsrättsliga argument.

Som framgår av exemplet SYSAV begränsas en svensk förvaltningsdomstols skyldighet till direktivkonform tolkning ytterst av den svenska rättstraditionen och de tolkningsmöjligheter som denna medger. Även om tolkningsskyldigheterna är expansiva, "*så långt som möjligt*", är frågan om *vad som är möjligt* en fråga för svensk rätt.

Det är även viktigt att domstolen inte gör så extensiva tolkningar att den ger sig in på vad som egentligen är lagstiftarens domän. Det är tydligt att syftet med direktivkonform tolkning i viss mån är att det ska vara reparativt i förhållande till lagstiftarens misslyckande men det är samtidigt viktigt att denna funktion inte innebär en erodering av den för en rättsstat mycket viktiga rollfördelningen mellan den lagstiftande och den dömande makten. En tolkning av lagen, till skillnad från användning av direkt effekt, gäller även utanför det enskilda målets ramar, och det är viktigt att den enskilda domstolen överväger var gränsen går mellan vad som är en traditionell tolkningsövning, vilket domstolar är satta att göra, och när en sådan tolkning snarare blir någon form av kvasilagstiftande övning.

Vad som sagts ovan ska inte ge intrycket av att det svenska tolkningsutrymmet, vilket således sätter ramarna för direktivkonform tolkning i Sverige, är statiskt eller opåverkat av Sveriges medlemskap i unionen. Tvärtom är det nog många som skulle argumentera för att Sveriges medlemskap i unionen och svensk rätts beröring med unionsrätten successivt har påverkat de svenska tolkningsmetoderna i en expan-

---

91 Förenade målen C-397 och 403-01 *Pfeiffer m.fl.*, EU:C:2004:584.

siv riktning från det textuella till det teleologiska.<sup>92</sup> EU-domstolens krav i *Adeneler* på att en domstol ska använda samtliga tillgängliga tolkningsmetoder, i hela rättsordningen, för att uppnå en direktivkonform tolkning torde rimligen ha en accelererande effekt på denna utveckling, eftersom den innebär att om HFD någon gång har använt en expansiv tolkning är underrätterna i princip skyldiga att ta sig motsvarande utrymme i därpå följande tolkningssituationer.<sup>93</sup> Detta förhållande, som kanske kan beskrivas som den *indirekta snöbollseffekten*, förtjänar en vaken och varsam hantering. Den indirekta snöbollseffekten kommer sannolikt på sikt att leda till en tillnärmning av nationella domstolars tolkningsmetoder till en expansiv tolkningsmetod som är mer lik den som EU-domstolen använder. En sådan utveckling kommer sannolikt också stärka unionsrättens genomslag och bidra till ett multilateralt närmande av de nationella rättstraditionerna mot någon form av alleuropeisk tolkningsmetodik. Måhända är detta en bra sak. Men man bör också reflektera över de rättsäkerhetsförluster som en sådan utveckling kan föra med sig. Att rätt ska följa av lag är en bra princip för en rättsstat att upprätthålla. Att EU-domstolen i viss mån låtit denna princip stå tillbaka till gagn för unionens förverkligande innebär inte nödvändigtvis att svenska domstolar ska göra samma värdering. Vem vet – i takt med att unionen blir äldre och lämnar en inledande expansiv fas till förmån för en mer konsoliderande – kommer kanske EU-domstolen även för egen del se ett allt mindre behov av alltför stora tolkningsutflykter från den underliggande unionsaktens bokstavslydelse. Tillsviare bör varje domstol som är satt att, som EU-domstolen uttrycker det: *inom ramen för sin behörighet* utöva direktivkonform tolkning, noga överväga vad denna behörighet har för ramar. Denna övning är en fråga för svensk rätt, inte unionsrätten.

## DIREKTIVKONFORM TOLKNING FÅR INTE SKE *CONTRA LEGEM*

Som nämnts inledningsvis har även EU-domstolen uppställt vissa begränsningar för hur långt en direktivkonform tolkning kan gå. I *AMS* anger domstolen att skyldigheten till direktivkonform tolkning begränsas av allmänna rättsprinciper och inte kan tjäna som grund för att nationell rätt tolkas *contra legem*.<sup>94</sup> Men att en bestämmelse inte kan tolkas *contra legem*, det vill säga tvärtemot lagens bokstav, är endast en yttersta begränsning. Det finns naturligtvis en rad tolkningar, som i och för sig inte är *contra legem*, men som likväl inte är möjliga att göra. Först och främst kräver en tolkning att det är en tolkning, dvs. det måste finnas någon bestämmelse i den nationella lagstiftning som tolkningen kan utgå ifrån. Det är således inte möjligt att tolka på ett sätt som innebär att man skapar ny rätt, som inte har stöd i lag. Inom upphandlingsrätten finns det en del generella be-

---

92 Se t.ex., Bernitz & Kjellgren, *Europarättens grunder*, 2014, s. 110.

93 Mål C-212/04, *Adeneler*, EU:C:2006:443, p 111.

94 Mål C-176/12, *AMS*, EU:C:2014:2. Motsvarande uttalande har även gjorts i mål C-282/10 *Dominguez*, EU:C:2012:33; mål C-105/03 *Pupino*, EU:C:2005:386; mål C-286/06 *Impact*, EU:C:2008:223; förenade målen C378/07-C380/07 *Angelidaki m.fl.*, EU:C:2009:250; samt i mål C212/04, *Adeneler*, EU:C:2006:443.

stämmelser, såsom 1 kap. 9 § LOU respektive 1 kap. 24 § LUF vilka anger de generella principerna för upphandling på ett brett sätt och där många av de bestämmelser som tillkommit genom de nya direktiven säkert kan tolkas in, men det är viktigt att en domstol trots allt ser till att de tolkningar man gör går att hänga upp på någon bestämmelse i befintlig nationell lagstiftning.

#### EXEMPEL PÅ POTENTIELLA TOLKNINGAR *CONTRA LEGEM*

Enligt 5 kap. 5 § LOU ska antal leverantörer vara minst tre om den upphandlande myndigheten vill ingå ramavtal med flera leverantörer.<sup>95</sup> En motsvarande begränsning saknas dock i det nya LOU-direktivet, enligt vilken ramavtal kan slutas med "fler än en ekonomisk aktör".<sup>96</sup> Den upphandlande myndigheten kan således enligt direktivet ingå ramavtal med endast två leverantörer.

Som nämnts ovan måste det vid direktivkonform tolkning finnas bestämmelser i den nationella lagstiftningen som tolkningen kan utgå ifrån. Den svenska lagstiftningen tillåter inte att ramavtal med flera leverantörer ingås med färre än tre leverantörer. Direktivets bestämmelse kan därför inte tolkas direktivkonformt, då en sådan tolkning vore *contra legem*, dvs. skulle gå emot lagens bokstav. I praktiken innebär detta att den upphandlande myndigheten inte kan tillämpa direktivet genom direktivkonform tolkning för att därigenom ingå ramavtal med två leverantörer. Under mellantiden måste därför upphandlande myndigheter tillämpa den befintliga bestämmelsen i 5 kap 5 § LOU.

Ytterligare ett exempel som är relevant i sammanhanget är Teckalundantagets tillämplighet avseende horisontella köp, dvs. den situationen att anskaffning sker mellan två systerbolag inom samma koncern, vilka båda står under kontroll av samma upphandlande myndighet.

Nuvarande bestämmelser återfinns i 2 kap. 10 a § LOU och innebär att begreppet *kontrakt* i LOU inte omfattar avtal som sluts mellan en upphandlande myndighet och en juridisk person eller gemensam nämnd enligt kommunallagen (1991:900), under förutsättning dels att den upphandlande myndigheten kontrollerar den juridiska person som den ingår avtalet med (det så kallade kontrollkriteriet), dels att den juridiska personen bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den upphandlande myndigheten (det så kallade verksamhetskriteriet). Om dessa förutsättningar är uppfyllda är avtalet således undantaget från LOU:s tillämpningsområde.

I dagsläget omfattar den aktuella bestämmelsen i LOU endast vertikal köp dvs. situationer då en anskaffning görs i rakt ned- eller uppstigande led. Kontrollkriteriet i artikel 12.2 i LOU-direktivet är

---

<sup>95</sup> Detta under förutsättning att tillräckligt många leverantörer uppfyller urvalskriterierna och att tillräckligt många godtagbara anbud uppfyller tilldelningskriterierna.

<sup>96</sup> LOU-direktivet, artikel 33.4.

emellertid mer vittgående såtillvida att bestämmelsen även gäller för det fall den kontrollerade juridiska personen är en upphandlande myndighet, och myndigheten tilldelar ett kontrakt till en annan juridisk person "som kontrolleras av samma upphandlande myndighet". Till skillnad från LOU omfattar således det nya LOU-direktivet även horisontella köp.

I förarbetena till 2 kap. 10 a § LOU uttalade regeringen, vad beträffar horisontella köp, att EU-domstolens funktionella synsätt å ena sidan talar för att köp utan föregående annonsering skulle vara tillåtna även i dessa fall. Kärnan i Teckal-undantaget är nämligen relationen mellan parterna, i bemärkelsen att en fristående enhet i vissa fall kan betraktas som jämställd med enheter som ingår i en upphandlande myndighets egen organisation.<sup>97</sup> Å andra sidan ansåg regeringen att det är svårt att hävda att två systerbolag utövar kontroll över varandras verksamhet på det sätt som krävs enligt Teckal-kriterierna, och att denna fråga därför får lösas av domstolarna, och ytterst av EU-domstolen.<sup>98</sup> Under dessa förutsättningar och med hänsyn till att förarbetena även öppnar upp för denna möjlighet kan således argumenteras för att en domstol, genom direktivkonform tolkning, skulle kunna utsträcka den befintliga bestämmelsen i 2 kap. 10 a § LOU till att också omfatta horisontella köp. Emellertid skulle en sådan tolkning stå i strid med den faktiska ordalydelsen i LOU, eftersom bestämmelsen, såsom den är utformad idag, förutsätter att kontrollen utövas vertikalt (dvs. att den upphandlande myndigheten kontrollerar den juridiska person som den ingår avtal med). En sådan tolkning skulle således ske *contra legem*.

### SKA DIREKTIVKONFORM TOLKNING SKE EX OFFICIO?

En annan fråga är om den nationella domstolen ska tillämpa direktivkonform tolkning *ex officio*, dvs. på eget initiativ.

HFD har tidigare berört frågan om huruvida en domstol i mål om offentlig upphandling får grunda sin bedömning på *omständigheter* som inte har åberopats av sökanden vid prövningen av om en upphandling har varit felaktig.<sup>99</sup> HFD menade att det var en naturlig följd av att enskilda i de flesta fall har en offentlig motpart i förvaltningsprocesser, att officialprincipen gjorde sig mindre gällande. Dock menade domstolen att mål om offentlig upphandling, som rör ekonomiska förhållanden mellan enskilda näringsidkare, hade en större likhet med mål inom den allmänna processrätten som tillämpar förhandlingsprincipen än med mål som är typiska i förvaltningsprocess. Mot denna bakgrund fann HFD att officialprincipen ska tillämpas försiktigt i mål om offentlig upphandling och att huvudregeln är att den part som ansöker om överprövningen har åberopsbördan vad gäller grunderna för sin talan.

---

97 Prop. 2011/12:106, *Offentlig upphandling från eget företag – och vissa andra frågor*, s. 71.

98 Prop. 2011/12:106, s. 65–72.

99 RÅ 2009 ref. 69.



Syftet med direktivkonform tolkning, är som ovan nämnts, att skydda den enskildes rättigheter i de fall en medlemsstat misslyckats med att följa ett direktiv. Detta talar för att de nationella domstolarna ska tillämpa direktivkonform tolkning ex officio. Vi anser inte att HFD:s resonemang kring åberopsbördan talar emot detta. I målet hade (dåvarande) länsrätten grundat sin dom på att förfrågningsunderlaget inte var transparent, en omständighet som sökanden inte hade åberopat. Domstolen ålägger således parterna att åberopa de omständigheter som parterna grundar sin talan på. Detta är därmed inte att jämföra med vilka rättsregler som parterna åberopar. För att uppfylla syftet med direktivkonform tolkning och därigenom tillvarata den enskildes rättigheter borde således domstolarna inte vara begränsade av att den enskilde inte åberopar direktivets bestämmelser som tolkningsdata. Det synsättet stämmer även väl överens med principen om att domstolen känner rätten (*jura novit curia*).

#### **HAR NATIONELL DOMSTOL EN SKYLDIGHET ATT TOLKA DIREKTIVKONFORMT OM DET DRABBAR ENSKILDA NEGATIVT?**

Hettne gör i sin rapport gällande att bestämmelser som innebär ett nytt och ofördelaktigare rättsläge för enskilda än vad som gäller enligt 2004 års direktiv eller nuvarande LOU inte bör kunna utgöra grund för direktivkonform tolkning.<sup>100</sup> Vi kan inte hitta något stöd för denna inställning i EU-domstolens praxis. Tvärtom är det fullt tänkbart att en bestämmelse, som tidigare tolkats på ett för den enskilda leverantören fördelaktigt sätt, med användning av de nya tolkningsdata som direktiven innebär, kan komma att tolkas på ett sätt som i det enskilda fallet framstår som mer negativt för leverantören. Ramen utgörs i stället av vad som utifrån svensk tolkningstradition utgör en möjlig tolkning av befintliga bestämmelser. Den yttersta gränsen vad avser tolkning till nackdel för den enskilde är om tolkningen går så långt ifrån den svenska lagens ordalydelse att den rättsverkan som tolkningen resulterar i inte längre kan anses framgå av lag. I en sådan situation är fråga inte längre om tolkning av lag utan istället om att låta direktivet få egna rättsverkningar gentemot en enskild, vilket inte är möjligt enligt hur ramarna för direktivs verkan är formulerade i artikel 288 FEUF. Svensk lag, tolkad i ljuset av ett icke genomfört direktiv, kan emellertid leda både till negativa konsekvenser för en enskild och föranleda skyldigheter för denne.

Som exempel på bestämmelser som innebär en nackdel för enskild kan nämnas de nya bestämmelserna i LOU-direktivet om obligatorisk uteslutning av leverantörer som gjort sig skyldiga till terroristbrott, finansiering av terrorism och användande av barnarbete samt människohandel. Nuvarande reglering i LOU, föreskriver inte obligatorisk uteslutning för ovan uppräknade brott. Enligt 10 kap. 2 § 1 st. 3–4p LOU får leverantörer dock uteslutas om de gjort sig skyldiga till ett

---

<sup>100</sup> Se Hettne, Jörgen, *Analys av de nya bestämmelserna i direktiv 2014/24/EU: Kan de ha direkt effekt eller fungera som stöd vid direktivkonform tolkning av LOU*, s. 28 f.

allvarligt fel eller brott i yrkesutövningen. Således fakultativa uteslutningsgrunder. Enligt Hettnes mening bör inte direktivbestämmelserna kunna ges effekt genom direktivkonform tolkning eftersom de sätter leverantörerna i ett nytt och ofördelaktigare läge jämfört med dagens LOU.<sup>101</sup> Vi delar inte denna uppfattning.

Den första frågan som ska besvaras är om terroristbrott, finansiering av terrorism och användande av barnarbete samt människohandel kan anses utgöra ett allvarligt fel eller brott i yrkesutövningen och om dessa brott således kan utgöra grund för uteslutning enligt dagens LOU. EU-domstolen har uttalat att allvarliga fel i yrkesutövningen omfattar:

*“(..) alla felaktiga ageranden som inverkar på den ifrågavarande aktörens trovärdighet i professionellt avseende och inte endast överträdelser av i strikt mening etiska regler för den yrkesgrupp som aktören tillhör.”<sup>102</sup>*

Att terroristbrott, finansiering av terrorism och användande av barnarbete samt människohandel inverkar på en leverantörs trovärdighet i professionellt avseende torde vara helt okontroversiellt. Det är således möjligt att utesluta leverantörer på dessa grunder idag. Då det går att utesluta leverantörer på de grunderna enligt dagens LOU blir nästa fråga att besvara om nuvarande möjlighet till uteslutning kan tolkas direktivkonformt till att innebära skyldighet. Vår uppfattning är att det är möjligt. Som nämnts ovan är nationella domstolar skyldiga att göra den direktivkonforma tolkningsövningen av nationell lagstiftning så långt som möjligt. Nuvarande LOU innebär inget förbud mot att utesluta dessa leverantörer utan ger en handlingsfrihet till den upphandlande myndigheten/enheten. Denna handlingsfrihet beskärs nu genom direktivet som alltså konkretiserar vad *får* i detta fall innebär, nämligen *ska*. Följande exempel illustrerar ordningen på ett enkelt sätt.



Nuvarande LOU ger upphandlande myndighet/enhet alternativen A (utesluta) eller B (inte utesluta). Direktivet ger endast alternativet A. En direktivkonform tolkning sker således inom ramen för vad som

<sup>101</sup> Se Hettne, Jörgen, *Analys av de nya bestämmelserna i direktiv 2014/24/EU: Kan de ha direkt effekt eller fungera som stöd vid direktivkonform tolkning av LOU*, s. 28.

<sup>102</sup> Mål C-465/11 *Forposta*, EU:C:2012:801, p. 27.

framgår av svensk lagstiftning eftersom alternativ A redan är ett möjligt handlingsalternativ.

## UNIONSRÄTTENS FÖRHÅLLANDE TILL SVENSKA FÖRARBETEN

Allt sedan EU-domstolen meddelade dom i *Björnekulla* har de svenska förarbetenas roll, i vart fall i relation till unionsrätten, förändrats.<sup>103</sup> EU-domstolen uttalade med önskvärd tydlighet att den svenska domstolen är skyldig att göra en direktivkonform tolkning av nationell rätt, och detta oavsett vad förarbetena till den nationella bestämmelsen säger.<sup>104</sup> I förarbetena till de nya upphandlingslagarna uttalar regeringen, som instämmer i Lagrådets bedömning, att möjligheterna för lagstiftaren att göra auktoritativa uttalanden i förarbetena om sådant som regleras i direktiv är begränsade.<sup>105</sup> Av intresse är även EU-domstolens dom i *Kommissionen mot Sverige* där EU-domstolen godtog att Sverige, vid genomförandet av ett direktiv, inte i lagtext tog med en bilaga till direktivet som innehöll en inte uttömmande lista med oskäliga avtalsvillkor, utan istället tog med den i förarbetena till lagen som genomförde direktivet.<sup>106</sup> EU-domstolen ger därvid uttryck för respekt för den nordiska rättstraditionen av att använda förarbeten som en viktig källa till lagtolkning, under de i målet specifika omständigheterna och under den förutsättningen att förarbetena är lättillgängliga för allmänheten. Den avgörande skillnaden mot *Björnekulla* synes vara att i det fallet gick förarbetena mot vad en direktivkonform tolkning skulle innebära varför de, enligt principen om unionsrättens företräde, måste bortses ifrån. När förarbetena inte går i strid med unionsrätten borde de fortsatt kunna användas, i enlighet med direktivens speciella karaktär av att införlivas i enlighet med medlemsstaternas interna rättsordning, för tolkning av svensk lagstiftning som är ett resultat av ett direktiv. Sverige borde således inte vara mer förhindrat att fortsätta använda förarbeten för lagtolkning än i den utsträckning som detta följer av de generella principer och begränsningar som utgörs av EU-rättens företräde.

## MÖJLIGHETEN FÖR LÄGRE INSTANS ATT FRÅNGÅ PRAXIS

En relaterad fråga i detta avseende är i vilken mån en lägre instans ska avvika från tidigare tolkningar av en bestämmelse som gjorts av HFD om en sådan avvikande tolkning skulle innebära en tolkning som i högre grad är förenlig med de nya direktiven. EU-domstolen har trätt varsamt fram i denna fråga. Frågan undviks med viss elegans av EU-domstolen i *Centrosteeel*.

*”Det ankommer således på den hänskjutande domstolen att, vid avgörandet av ett mål som faller inom direktivets tillämpningsområde*

---

103 Mål C-371/02 *Björnekulla*, EU:C:2004:275.

104 Mål C-371/02 *Björnekulla*, EU:C:2004:275, p.13.

105 Prop. 2015/16:195, s. 313.

106 Mål C-478/99 *Kommissionen mot Sverige*, EU:C:2002:281.

*och som grundas på faktiska omständigheter som hänför sig till tiden efter utgången av fristen för införlivande av det sistnämnda, när den tillämpar bestämmelser i nationell rätt eller fast inhemska rättspraxis, såsom förefaller vara fallet i målet vid den nationella domstolen, tolka dessa på ett sådant sätt att de kan få en tillämpning som överensstämmer med direktivets mål.”<sup>107</sup>*

Utän att svara på frågan om en lägre instans är tvungen att gå emot praxis från högsta instans anger EU-domstolen att man ska tolka sådan praxis så att förenlighet med direktiven uppkommer. Frågan kvarstår dock hur en domstol har att agera om den tolkning som lägre rätt anser sig behöva göra är helt oförenlig med tidigare praxis från högsta instans. Uppstår då en skyldighet för en lägre instans att, på samma sätt som enligt *Björnekulla*<sup>108</sup> gäller för förarbeten, i sin tolkning bortse från HFD:s praxis?

Enligt vår mening måste även denna fråga besvaras utifrån en analys av den aktuella domstolens behörighet enligt nationell rätt. I Sverige är underinstanser formellt inte bundna av tidigare avgöranden från HD och HFD. HD:s och HFD:s avgöranden är istället vägledande och bindande endast på rationell grund, dvs. de binder lägre instanser främst genom sin kvalitet och i det att den domstol som inte följer ett prejudikat kan förvänta sig att få sitt avgörande ändrat i högre instans. Detta gör att en svensk domstol alltid har formell behörighet att bortse från ett avgörande i högre instans när lämplighetsskäl talar för detta. Enligt vår mening medför denna *möjlighet*, för svenskt vidkommande, en *skyldighet* att avvika från tidigare prejudikat när så krävs enligt principen om direktivkonform tolkning.<sup>109</sup> Avsteget kan då motiveras med att det direktiv, som ska tolkas vid en direktivkonform tolkning, utgör en ny omständighet som skiljer situationen från den tidigare bedömda situationen. Nya tolkningsdata har helt enkelt tillkommit. Under förutsättning att lägre instans har rätt i sin bedömning borde den också kunna förlita sig på att HD eller HFD, för det fall de finner det lämpligt att ta upp rättsfrågan till prövning på nytt, också kommer att ändra sin tidigare praxis.

---

107 Mål C-456/98 *Centrosteeel*, EU:C:2000:402.

108 Mål C-371/02 *Björnekulla*, EU:C:2004:275.

109 Märk att det skulle kunna förhålla sig på annat sätt i nationella rättsordningar som bygger på *stare decisis*, dvs. där underrätt under vissa förutsättningar är rättsligt bundna av högre rätts avgöranden.

## Direkt effekt

Vi kommer i detta avsnitt att, med utgångspunkt i den syftesanalys som vi gjort i föregående avsnitt, redogöra för den närmare betydelsen av de olika rekvisiten för direkt effekt.

Först behandlar vi frågan om huruvida det finns ett krav på att fråga ska vara om en individuell rättighet för att ett direktiv ska få direkt effekt.

Vi diskuterar därefter hur rekvisiten ovillkorlig och tillräckligt klar ska tolkas.

Sedan följer ett avsnitt om de ytterligare begränsningar som finns vad gäller vilka situationer direkt effekt kan göras gällande.

Vi redogör slutligen för vad direkt effekt innebär i praktiken och hur det ska tillämpas av domstolarna.

### ÄR EN INDIVIDUELL RÄTTIGHET ETT KRAV FÖR DIREKT EFFEKT?

En av de stora skillnaderna mellan Upphandlingsmyndighetens och Hettnes syn på direkt effekt är 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 direkt effekt inte kan åberopas för sådana bestämmelser som ger upphandlande myndigheter ökad handlingsfrihet. Hettnes inställning däremot innebär att ett sådant åberopande är möjligt så länge bestämmelserna uppfyller övriga villkor för direkt effekt.

Utifrån de nya direktiven innebär detta att Hettne, i sin analys av det nya direktivet för den klassiska sektorn, menar att följande bestämmelser kan (och ska) tillmätas direkt effekt och därmed användas redan under mellantiden av upphandlande myndigheter:<sup>110</sup>

- artikel 10 (d) avseende juridiska tjänster som undantas från tjänste-kontrakt;
- artikel 5.2 avseende separata operativa enheter (vid beräkning av värdet av en upphandling);
- artiklarna 26.3 och 31 avseende innovationspartnerskap;
- artikel 47.3 (b) avseende förlängning av annonseringstiden vid väsentliga ändringar av underlaget;
- artikel 34 avseende dynamiska inköpssystem;

---

<sup>110</sup> Hettne, Jörgen, *Analys av de nya bestämmelserna i direktiv 2014/24/EU: Kan de ha direkt effekt eller fungera som stöd vid direktivkonform tolkning av LOU*, s 24; 26–27.

- artikel 36 avseende elektroniska kataloger; samt
- artikel 46 avseende uppdelning av upphandlingar och anbud på delkontrakt.

Upphandlingsmyndigheten, å andra sidan, menar att ingen av dessa bestämmelser kan ges direkt effekt, eftersom direkt effekt endast kan komma ifråga där en direktivsbestämmelse förmedlar en individuell rättighet.

Vem har då rätt?

För att kunna besvara denna fråga måste man fråga sig vad direkt effekt egentligen är till för, dvs. vilket syfte som ligger bakom att rättsfiguren överhuvudtaget skapades. Vi har i avsnitt 3 ovan redogjort för att EU-domstolen i huvudsak har använt fyra argument för att ge stöd åt läran om direkt effekt, nämligen; *effektivitetsargumentet*, *systematikargumentet*, *rättsskyddsargumentet* och *estoppelargumentet*. Vilket eller vilka av dessa argument som ska anses utgöra den mest betydande rättsliga grunden för direkt effekt avgör också, enligt vår mening, frågan om huruvida direkt effekt förutsätter att en bestämmelse förmedlar en individuell rättighet.

Om man ser direkt effekt som ett verktyg för unionsrättens effektivitet och fulla genomslag, dvs. effektivitetsargumentet, eller argumenterar utifrån att fördragets systematik kräver att även icke-genomförda direktiv ska få fullt genomslag, talar detta för en extensiv tolkning av direkt effekt där alla bestämmelser som är praktiskt (juridiskt) användbara, också ska vara praktiskt rättligt åberopbara. Den som gör gällande en sådan extensiv tolkning av begreppet direkt effekt tar ofta sin utgångspunkt i de första avgörandena avseende direkt effekt för fördragets bestämmelser, för att sedan arbeta sig vidare till EU-domstolens senare praxis avseende direkt effekt för direktiv.<sup>111</sup> Med en sådan metod hamnar frågor om unionsrättslig effektivitet, unionsrättens företrädare 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.

Detta synsätt har också visst stöd i EU-domstolens uttalanden i punkt 25 i *Becker*.<sup>112</sup>

*”Följaktligen kan de enskilda, i brist på inom fristerna vidtagna genomförandeåtgärder, gentemot alla nationella föreskrifter som är oförenliga med ett direktiv åberopa sådana bestämmelser i direktivet*

111 Se mål 41/74 *van Duyn*, EU:C:1974:133; mål 148/789 *Ratti*, EU:C:1979:110 beträffande direkt effekt av direktiv. Se mål 26/62 *Van Gend en Loos*, EU:C:1963:1, mål C-9/70 *Grad*, EU:C:1970:78 och mål 39/72 *Kommissionen mot Italien*, EU:C:1973:13, beträffande direkt effekt av fördraget och förordningar.

112 Mål 8/81 *Becker*, EU:C:1982:7, p. 25. Se även de förenade målen C-6/90 och 9/90 *Francovich och Bonifaci*, EU:C:1991:428, p. 11.

*som vad innehållet beträffar framstår som ovillkorliga och tillräckligt precisa. De enskilda kan också åberopa dessa bestämmelser i den mån som bestämmelserna fastställer rättigheter som de enskilda kan göra gällande gentemot staten.”*

Domstolens användning av ordet *också* ger intryck av att rekvisiten ”ovillkorlig och tillräckligt tydlig” är alternativa till förekomsten av en individuell rättighet på så sätt att direktivsbestämmelser kan få direkt effekt dels om de är ovillkorliga och tillräckligt tydliga, dels om de förmedlar en individuell rättighet. Motsvarande formulering förekommer i EU-domstolens avgörande *Francovich och Bonifaci*, och i *Rieser Internationale Transporte* samt i *Foster*.<sup>113</sup> Det finns dock, enligt vår mening, tungt vägande argument som talar mot en sådan tolkning. Först kan konstateras att EU-domstolen i målet *Becker* anger att direkt effekt är en ”*minimigaranti till förmån för de enskilda som lidit en rättsförlust på grund av att direktivet inte genomförts*”.<sup>114</sup> Domstolen anför således tydligt ett rättsskyddsargument snarare än ett effektivitetsargument till stöd för direkt effekt i det enskilda fallet. Som nämnts i avsnitt 3 ovan synes EU-domstolen i sin senare praxis helt ha övergivit effektivitets- och systematikargument som grund för direkt effekt till förmån för rättsskydds- och estoppelargumenten.

Som framgått av avsnitt 3 ovan förekommer effektivitetsargument framförallt när EU-domstolen behandlar direkt effekt för fördragsbestämmelser. Det finns emellertid anledning till stor försiktighet då man ur praxis avseende direkt effekt för fördraget försöker dra slutsatser om direkt effekt för direktiv. Det som normalt kallas direkt effekt för fördragsbestämmelser (av oss; praktisk rättslig åberopbarhet) är nämligen något som i flera avseenden skiljer sig markant från det som kan kallas direkt effekt för direktiv.

EU-domstolen har i en rad avgöranden, med start i *Van Gend en Loos* 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 bekräftas av fördragets ingress, som utöver statsledningarna avser folken. På ett mera konkret sätt bekräftas uppfattningen av att det upprättats institutioner med självständiga befogenheter vars utövande berör såväl medlemsstaterna som deras medborgare.”*<sup>115</sup>

---

113 Förenade målen C-6/90 och 9/90 *Francovich och Bonifaci*, EU:C:1991:428, p.11; mål C-157/02 *Rieser Internationale Transporte*, EU:C:2004:76, p.22; mål C-188/89 *Foster*, EU:C:1990:313, p.16.

114 Mål 8/81 *Becker*, EU:C:1982:7, p. 29.

115 Mål 26/62 *Van Gend en Loos*, EU:C:1963:1.

Fördragen är således direkt bindande i medlemsstaterna (gentemot dess invånare) och behöver ingen ytterligare nationell åtgärd för att kunna åberopas. Även om fördraget är riktat till medlemsstaterna, och det är dessa som tecknat fördraget, kan det även ge upphov till rättigheter och skyldigheter erga omnes eftersom fördraget i någon mening är en lagstiftningsprodukt och binder enskilda i medlemsstaterna i enlighet med den överföring av beslutanderätt som skedde i och med inträdet i EU. När man talar om direkt effekt för fördraget menar man egentligen att fördraget 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 för fördraget är det med andra ord ett sätt att säga att fördraget ska fungera som det är tänkt att fungera – att det är praktiskt rättsligt åberopbart.

När man däremot talar om direkt effekt för direktiv är detta en väsensskild frågeställning med en helt annan rättslig utgångspunkt. Där resonemang om direkt effekt för fördraget tar sin utgångspunkt i artikel 4 FEU om lojalitet och effektivitet samt i fördragets (erga omnes) bindande verkan måste en diskussion om den rättsliga verkan av direktiv ta sin utgångspunkt i artikel 288 FEUF, som särskilt anger den rättsliga verkan av direktiv.

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 FEUF inte fungerat som avsett och den nationella lagstiftaren inte (i tid) vidtagit tillräckliga åtgärder för att uppnå de resultat som direktivet i fråga föreskriver. Med denna utgångspunkt kan sägas att det som kallas direkt effekt av fördrag 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 FEUF. 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.

Även om EU-domstolen inte uttryckligen angett att direkt effekt endast kan komma ifråga när fråga är om att skydda den enskildes rättigheter är det enligt vår mening mycket som talar för att direkt effekt enbart kan anses rättsligt motiverat i situationer då den enskilde 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 förhållande att en myndighet, på grund av ett försenat genomförande, annars riskerar gå miste om ett handlingsalternativ som ett nytt direktiv föreskriver.

Även om det naturligtvis är så att den enskilda upphandlande myndigheten svårligen kan hållas ansvarig för Sveriges misslyckande vad avser att genomföra upphandlingsdirektiven i tid håller vi det för osannolikt att det rättsskyddsargument som ligger till grund för direkt effekt kan utsträckas till att även omfatta rättsskydd för upphandlande myndigheter. I detta avseende ska hållas i minnet att EU-domstolen, i sin praxis rörande vilka subjekt direkt effekt kan åberopas emot, tydligt betraktar upphandlande myndigheter som ett organ under staten. EU-domstolen synes härvid vara av uppfattningen att en upphandlande myndighet, inte kan åberopa sitt misslyckande gentemot en enskild (estoppelargumentet) och att det därför är möjligt för den enskilde att åberopa direkt effekt gentemot myndigheten. I detta avseende betraktas alltså myndigheten som en del av den stat som misslyckats med ett genomförande och som i viss mån ska hållas ansvarig för detta. Det vore, enligt vår mening, besynnerligt om en sådan myndighet samtidigt kan anses som ett offer för det försenade genomförandet och därmed kunna åberopa någon form av rättsskyddsargument som grund för direkt effekt.

## OVILLKORLIG OCH TILLRÄCKLIGT KLAR

Som ovan nämnts, har enskilda genom principen om direkt effekt tillerkänts möjlighet att åberopa bestämmelser i EU-direktiv direkt vid nationella domstolar. Detta under förutsättning att den aktuella bestämmelsen var ovillkorlig och tillräckligt klar.<sup>116</sup> De rekvisit som EU-domstolen här ställer upp, dvs. att den åberopade rättigheten ska vara ovillkorlig och tillräckligt klar känns igen från de rekvisit som ställts upp för att en fördragsbestämmelse ska vara åberopbar i nationell domstol. Till skillnad från rekvisitet om att bestämmelsen ska skapa rätt för enskilda, vilket vi menar är en begränsning som är nära knuten till direktivs rättsverkan enligt artikel 288 FEUF, är dessa rekvisit av mer praktisk karaktär. Direktiv, likväl som fördraget, innehåller många bestämmelser vilka utgör målsättningsstadganden eller som är beroende av att ytterligare åtgärder vidtas inom ramen för den nationella rättsordningen för att bestämmelserna ska kunna bli tillräckligt tydliga till sin innebörd för att en domstol överhuvudtaget ska kunna tillämpa dem inom ramen för en rättsprocess. Genom att uppställa kravet på att en rättighet ska vara tillräckligt tydlig och klar understryker domstolen att det endast är sådana bestämmelser som framstår som tillämpbara i en rättsprocess som kan ge upphov till en skyldighet för en domstol att tillämpa dem direkt. Om en direktivs-

---

<sup>116</sup> Mål 9/70 *Grad*, EU:C:1970:78, p.9; mål 41/74 *van Duyn*, EU:C:1974:133, p. 12; se även t.ex. mål 51/76 *Verbond van Nederlandse Ondernemingen*, EU:C:1977:12, p.21-24; mål 103/88 *Fratelli Costanzo*, EU:C:1989:256, p. 29.

bestämmelse däremot endast utgör ett målsättningsstadgande eller om det förutsätter att den nationella lagstiftaren vidtar ytterligare åtgärder för att innehållet i en viss rättighet ska framstå som tydligt och tillämpligt inom ramen för en domstolsprövning har den nationella domstolen ingen skyldighet att tillmäta bestämmelsen direkt effekt. Det ska här, precis som är fallet med direktivkonform tolkning, understrykas att en domstol aldrig ska ikläda sig en lagstiftande roll och inom ramen för en rättsprocess fatta beslut som det egentligen åligger den nationella lagstiftaren att fatta. Om så krävs, för att en viss rättighet ska kunna få verkan inom ramen för en rättstvist är det sannolikt fråga om en rättighet som inte kan få direkt effekt.

I sammanhanget bör dock understrykas att det kan uppkomma situationer då den nationella lagstiftaren de facto har fattat dessa beslut, även om de inte ännu kommit till uttryck i gällande lag. Så kan exempelvis vara fallet under perioden mellan det att riksdagen antagit en proposition och lagen har trätt ikraft. Under denna period kan bestämmelser som annars, på grund av att de är beroende av ytterligare lagstiftningsåtgärder, inte skulle anses tillräckligt klara och ovillkorliga, med stöd av de uttalanden som görs i propositionen komma att uppfylla dessa rekvisit. Att så är fallet framgår av EU-domstolens avgörande i *Riksskatteverket mot Gharehveran*, där EU-domstolen bland annat uttalade följande:

*”På samma sätt som enskilda inte kan förvägras rätten att åberopa tillräckligt precisa och ovillkorliga bestämmelser som kan tillämpas fristående i förhållande till andra bestämmelser i ett direktiv som inte är tillräckligt precisa och ovillkorliga (dom av den 19 januari 1982 i mål 8/81, Becker, REG 1982, s. 53; svensk specialutgåva, volym 6, s. 285, punkterna 29 och 30), kan enskilda åberopa sådana bestämmelser som på ett precist och ovillkorligt sätt ger dem rättigheter enligt direktivet, när medlemsstaten i fråga till fullo har utnyttjat sitt utrymme för skönsässig bedömning avseende de bestämmelser i direktivet som, på grund av att de inte genomförts, varit det enda hindret mot att enskilda faktiskt utövar de rättigheter som framgår av direktivet.”<sup>117</sup>*

A fortiori blir så fallet om en domstol har att pröva huruvida en bestämmelse har direkt effekt efter det att nya LOU har trätt ikraft men som avser en upphandling som påbörjades innan detta. I en sådan situation kan en domstol inte finna att en viss bestämmelse inte är tillräckligt klar och tydlig om den genom de åtgärder som vidtagits i den nya lagen blir tillräckligt klar och tydlig för att tillämpas inom ramen för en domstolsprocess. I en sådan situation torde det således vara ytterst få bestämmelser som inte kan anses ha direkt effekt om det är fråga om bestämmelser som tagits upp i den nya lagen och som där har till syfte att förmedla rättigheter för enskilda.

---

117 Mål C-441/99 *Riksskatteverket mot Gharehveran*, EU:C:2001:551.

## BETYDELSEN AV ATT GENOMFÖRANDETIDEN LÖPT UT

Ett centralt rekvisit för att direkt effekt av direktivsbestämmelser ska vara möjligt är att genomförandetiden för det aktuella direktivet löpt ut. Att det förhåller sig på detta sätt styrker också vår tes ovan om att det framförallt är rättsskyddsargument och estoppelargument som ligger till grund för direkt effekt av direktiv.

Direktiv får rättslig verkan gentemot medlemsstaterna redan från tillfället då de träder ikraft. Effektivitetsargument kan således anföras redan då och EU-domstolen har bland annat i *Inter-Environnement Wallonie* uttalat att myndigheter, redan från ikraftträdandedagen är skyldiga att avhålla sig från att vidta åtgärder som allvarligt äventyrar det i direktivet föreskrivna resultatet.<sup>118</sup> Som framgår kanske ännu tydligare av EU-domstolens avgörande i *Adeneler* gäller denna skyldighet även för domstolar som alltså är skyldiga att, i den utsträckning det är möjligt, avhålla sig från att tolka den nationella rätten på ett sätt som efter utgången av införlivandefristen riskerar att allvarligt äventyra de mål som eftersträvas med direktivet.<sup>119</sup> Dessa passiva skyldigheter är i sin helhet motiverade utifrån ett effektivitetsargument, vilket inte minst framgår av punkt 122 i *Adeneler*.

*"Eftersom samtliga myndigheter i medlemsstaterna är skyldiga att garantera att de gemenskapsrättsliga bestämmelserna ges full verkan (se domen i det ovannämnda målet Francovich m.fl., punkt 32, dom av den 13 januari 2004 i mål C-453/00, Kühne & Heitz, REG 2004, s. I-837, punkt 20, liksom domen i det ovannämnda målet Pfeiffer m.fl., punkt 111) omfattas även de nationella domstolarna av den i den föregående punkten angivna skyldigheten att avhålla sig från att vidta vissa åtgärder."*<sup>120</sup>

Detta är också naturligt eftersom det här handlar om en skyldighet för alla myndigheter att bidra till ett effektivt genomförande inom föreskriven tid, dvs. att medverka till att direktiv får den verkan som artikel 288 FEUF föreskriver. Utifrån ett systematikargument kan vidare konstateras att nationella domstolar, redan innan dess att genomförandetiden för ett direktiv löpt ut, kan ställa frågor kring direktivets tolkning inom ramen för ett förhandsavgörande.<sup>121</sup>

Vad gäller direkt effekt är det emellertid annorlunda. Som framgår av *Inter-Environnement Wallonie*, kan en medlemsstat inte klandras för att inte ha införlivat direktivet i sin rättsordning innan tidsfristen har löpt ut. Det finns med andra ord inget estoppelargument att ta till innan dess att genomförandeperioden löpt ut.<sup>122</sup> Att det förhåller sig på detta sätt framgår även av EU-domstolens avgörande i *Ratti*, där

---

118 Mål C-129/96 *Inter-Environnement Wallonie*, EU:C:1997:216.

119 Mål C-212/04 *Adeneler*, EU:C:2006:443, p. 123.

120 Mål C-212/04 *Adeneler*, EU:C:2006:443, p. 122.

121 Mål C308/06 *Intertanko*, EU:C:2008:312.

122 Mål C-41/11 *Inter-Environnement Wallonie*, EU:C:2012:103, p. 43.

EU-domstolen understryker att en enskild som av någon anledning inrättat sig efter ett direktiv redan innan det att direktivets genomförandetid löpt ut, inte kan anses ha några berättigade förväntningar på att direktivets bestämmelser ska gå att åberopa inom ramen för den nationella rättsordningen.<sup>123</sup> Det rättsskyddsargument som EU-domstolen lägger till grund för direkt effekt för direktiv uppträder således först när genomförandetiden löpt ut (även om direktivet gentemot medlemsstaten får rättsverkningar redan vid ikraftträdandet). I EU-domstolens avgörande i *Kolpinghuis Nijmegen*, uttrycker domstolen det som att direkt effekt endast är av intresse om den ifrågasvarande medlemsstaten inte genomfört direktivet inom föreskriven tid, eller om den genomfört det på ett felaktigt sätt.<sup>124</sup>

EU-domstolens avgörande i *Mangold* kan uppfattas som att det finns situationer då domstolen låter en direktivbestämmelse få direkt effekt, trots att genomförandetiden inte löpt ut.<sup>125</sup> I målet, som rörde åberopande av en direktivbestämmelse i ett ännu icke-genomfört direktiv avseende likabehandling i arbetslivet, instruerade EU-domstolen den nationella domstolen att åsidosätta nationell rätt som stod i strid med direktivet, trots att genomförandetiden inte löpt ut. Som framgår av EU-domstolens resonemang var grunden för detta emellertid inte direktivets bestämmelser som sådana, utan bakomliggande principer om icke-diskriminering vilka ansågs gällande alldeles oavsett direktivets införlivande. I *Mangold* var det således generella unionsrättsliga principer, snarare än direktivbestämmelserna, som gavs direkt praktisk åberopbarhet.

Det kan avslutningsvis konstateras att EU-domstolen i *Norma* utan vidare omsvep har uteslutit direkt effekt för tjänstekoncessionsdirektivets ogiltighetssanktion innan dess att genomförandefristen löpt ut.<sup>126</sup> Det torde mot denna bakgrund stå utom tvivel att genomförandetidens passerande är en absolut och ovillkorlig förutsättning för direkt effekt. Att det förhåller sig på detta sätt stärker intrycket av att rättsskydd och estoppelargument är de huvudsakliga, om inte enda, grunderna med vilka direkt effekt kan anses motiverat och att detta medför att direkt effekt endast kan komma ifråga för skydd av individuella rättigheter. Vi ska nu bedöma de begränsningar som finns beträffande direkt effekt av direktiv.

## **BEGRÄNSNINGAR I DIREKT EFFEKT**

### **INGEN INVERS ELLER HORISONTELL DIREKT EFFEKT**

Som framgår ovan är rätten att åberopa direktiven inför nationella domstolar begränsad till tvister mellan enskilda och medlemsstaten (i vid bemärkelse). En bestämmelse i ett direktiv kan således inte

---

123 Mål 148/78 *Ratti*, EU:C:1979:110, p.45–47.

124 Mål 80/86 *Kolpinghuis Nijmegen*, EU:C:1987:431, p.15.

125 Mål C-144/04 *Mangold*, EU:C:2005:709.

126 Mål C-348/10 *Norma*, EU:C:2011:721.

åberopas gentemot en enskild.<sup>127</sup> Direktiv kan däremot åberopas mot alla organ och enheter som är underställda staten, står under dess tillsyn eller har särskilda befogenheter utöver dem som följer av de rättsregler som gäller i förhållandet mellan enskilda.<sup>128</sup> Att en direktivsbestämmelse inte kan åberopas direkt gentemot en enskild beror ytterst på begränsningarna i unionens kompetens och den legalitetsprincip som vi redogjort för i avsnitt 2. Eftersom unionens kompetens är överförd från medlemsstaterna är den också begränsad på samma sätt som medlemsstaternas kompetens är. En viktig begränsning i detta avseende är att en stat inte kan binda en enskild utan stöd i lag (legalitetsprincipen). Som vi har konstaterat ovan gäller motsvarande begränsning även i unionsrätten.

Det renaste exemplet på otillåtet åberopande av direkt effekt gentemot en enskild är det som kallas invers (eller omvänd) direkt effekt, dvs. när staten eller ett organ under staten försöker åberopa en icke-genomförd direktivsbestämmelse i en tvist mot en enskild. I *Kolpinghuis Nijmegen* uttrycker domstolen det på följande sätt med hänvisning till *Marshall*:

*"I en dom av den 26 februari 1986 i mål 152/84 Marshall (Rec. s. 723) har domstolen dock framhållit att direktivet enligt artikel 189 i fördraget har bindande karaktär – vilket är en förutsättning för att det skall kunna åberopas vid nationell domstol – endast i förhållande till "varje medlemsstat till vilken det är riktat". Härav följer att ett direktiv inte i sig kan ge upphov till skyldigheter för en enskild och att en bestämmelse i ett direktiv som sådan alltså inte kan åberopas gentemot denne vid en nationell domstol.*

*Svaret på de två första frågorna blir alltså att en nationell myndighet inte gentemot en enskild kan åberopa en bestämmelse i ett direktiv vars erforderliga genomförande i nationell rätt ännu inte ägt rum."*<sup>129</sup>

Motsvarande resonemang finns i *Pretoré di Salo mot X; Berlusconi; brottmål mot X; Arcaro; Faccini Dori; El Corte Ingles* samt *Pfeiffer*.<sup>130</sup>

Vissa av EU-domstolens avgöranden, såsom *Berlusconi*, kan ge intryck av att förbudet mot invers direkt effekt endast gäller då fråga är om att ålägga den enskilde ett straffrättsligt ansvar.<sup>131</sup> Vår bedömning är emellertid att förbudet mot invers effekt är bredare än så, och innefattar allt som på något sätt innebär att den enskildes agerande binds

---

127 Mål 152/84 *Marshall*, EU:C:1986:84, p. 48; mål 31/87 *Beentjes*, EU:C:1988:422, p. 40; mål C-168/95 *Arcaro*, EU:C:1996:363, p.36 & p.41; mål C-91/92 *Faccini Dori*, EU:C:1994:292, p. 30.

128 Mål C-188/89 *Foster*, EU:C:1990:313, p. 18. Se även mål C-343/98, *Collino och Chiappero*; mål C-157/02 *Rieser Internationale Transporte*, EU:C:2004:76; mål C-356/05, *Farrell*, EU:C:2007:229; samt mål C-425/12, *Portgás*, EU:C:2013:829; mål C-282/10 *Dominguez*, EU:C:2012:33, mål C-46/15 *Ambisig*, EU:C:2016:530..

129 Mål 80/86 *Kolpinghuis Nijmegen*, EU:C:1987:431.

130 Mål 14/86, *Pretoré di Salo mot X*, EU:C:1987:275, förenade målen C-387/02, C-391/02 och 403/02, *Berlusconi*, EU:C:2005:270; mål C-60/02, *Brottmål mot X*, EU:C:2004:10; mål C-168/95, *Arcaro*, EU:C:1996:363; mål C-91/92 *Faccini Dori*, EU:C:1994:292; mål C-192/94 *El Corte Ingles*, EU:C:1996:88; samt förenade målen C-397 och 403-01 *Pfeiffer m.fl.*, EU:C:2004:584.

131 Mål C-60/02 *Berlusconi*, EU:C:2004:10.

genom en icke genomförd direktivsbestämmelse. Bevekelsegrunden för förbudet mot invers direkt effekt är nämligen inte att enskilda inte bör åläggas straffansvar utan stöd i lag, utan snarare att den enskilde inte kan åläggas någon skyldighet överhuvudtaget utan stöd i lag. Det är således direktivs bindande verkan, snarare än de särskilda hänsyn som är förknippade med straffrättsligt ansvar, som utgör begränsningen för hur direkt effekt kan åberopas. Att det förhåller sig på detta sätt blir särskilt tydligt i EU-domstolens avgörande i mål *Faccini Dori*, där EU-domstolens motiverar förbudet mot horisontell direkt effekt (åberopande av direkt effekt i tvister mellan enskilda) på följande sätt:

*"I det avseendet skall det endast anmärkas att, såsom framgår av ovannämnda dom av den 26 februari 1986, Marshall (punkterna 48 och 49), rättspraxis rörande möjligheten att åberopa direktiv gentemot statliga inrättningar grundas på den bindande verkan som artikel 189 tillerkänner direktivet, en bindande verkan som dock enbart gäller i förhållande till "varje medlemsstat till vilken det är riktat". Genom denna rättspraxis skall "staten hindras från att dra nytta av sin underlåtenhet att följa gemenskapsrätten".*

*Det skulle nämligen vara oacceptabelt om en stat, när gemenskapslagstiftaren kräver att den skall anta vissa bestämmelser som skall reglera statens eller statliga inrättningars förhållanden till enskilda och ge enskilda vissa rättigheter, skulle kunna åberopa sin underlåtenhet att fullgöra sina skyldigheter för att beröva enskilda dessa rättigheter. Domstolen har således godtagit att vissa bestämmelser i direktiv om ingående av offentliga upphandlingskontrakt (se dom av den 22 juni 1989 i målet 103/88 Fratelli Costanzo, Rec. s. 1839) och i direktiv om harmonisering av omsättningskatter (se dom av den 19 januari 1982 i målet 8/81 Becker, Rec. s. 53) kan åberopas gentemot staten (eller statliga inrättningar).*

*Att utsträcka denna rättspraxis till att även omfatta förhållanden mellan enskilda skulle innebära att gemenskapen gavs rätt att ålägga enskilda skyldigheter med omedelbar verkan, trots att den endast givits sådan behörighet i de fall där den har fått rätt att anta förordningar."<sup>132</sup>*

Än tydligare blir det måhända i EU-domstolens avgörande i *Arcaro* där domstolen uttalade följande:

*"Domstolen har nämligen understrukit att en ovillkorlig och tillräckligt precis bestämmelse i ett direktiv som inte har införlivats kan åberopas vid en nationell domstol enbart av enskilda gentemot "varje medlemsstat som direktivet är riktat till". Av detta följer att ett direktiv i sig inte kan skapa några skyldigheter för en enskild och att en bestämmelse i ett direktiv i det syftet inte kan åberopas gentemot en sådan person (dom av den 26 februari 1986, Marshall, 152/84, Rec. s. 723, punkt 48, och av den 8 oktober 1987, Kolpinghuis Nijmegen,*

---

132 Mål C-91/92 *Faccini Dori*, EU:C:1994:292, p.22-24.

80/86, Rec. s. 3969, punkt 9). Domstolen har förtydligat att avsikten med denna rättspraxis är att undvika att en stat kan dra fördel av att inte följa gemenskapsrätten (dom av den 14 juli 1994, *Faccini Dori*, C-91/92, Rec. s. 1-3325, punkt 22, och av den 7 mars 1996, *El Corte Ingles*, C-192/94, REG s. 1-1281, punkt 16).<sup>133</sup>

Som framgår av dessa uttalanden är begränsningarna i direkt effekt motiverade av två skäl; först och främst av att direktiv, såsom framgår av fördraget, inte kan binda enskilda. Detta är i grund och botten ett legalitetsargument vilket också framgår av att domstolen understryker att detta skulle innebära att domstolen, om det utsträckte sin praxis avseende direkt effekt till att även gälla tvister mellan enskilda, de facto skulle överskrida sin behörighet.

Det andra argumentet är att invers direkt effekt skulle innebära att myndigheter kunde dra nytta av (eller åtminstone inte drabbas) av sin underlåtenhet att genomföra ett direktiv. Eftersom "avsikten med" EU-domstolens praxis avseende direkt effekt "är att undvika att en stat kan dra fördel av att inte följa gemenskapsrätten" vore det därför i strid med denna praxis att utsträcka direkt effekt till situationer där staten kan åberopa direkt effekt mot enskilda.<sup>134</sup> Här ser vi hur stark inverkan det så kallade estoppel-argumentet har på EU-domstolens syn på direkt effekt. Domstolen verkar helt avfärda all tillämpning av direkt effekt som på ett eller annat sätt kan vara gynnande för staten (eller i förlängningen dess myndigheter). Detta konstaterande utgör ytterligare stöd för att det vore främmande att låta upphandlande myndigheter använda sig av direkt effekt i domstol. Av samma skäl är det enligt EU-domstolens praxis inte möjligt att åberopa direkt effekt för direktiv i horisontella situationer, dvs. i tvister mellan enskilda.<sup>135</sup>

Hettne framhåller i sin rapport, under avsnittet om direkt effekt, att enskilda endast bör åläggas nya skyldigheter om detta är förenligt med principen om rättssäkerhet. Han framhåller även att det finns flera fördragsbestämmelser som har tillmätts horisontell direkt effekt som ett slags bevis för att det åtminstone är teoretiskt möjligt att ett direktiv kan tillmätas invers direkt effekt, så länge detta inte innebär några skyldigheter för den enskilda. Som framgått ovan är detta emellertid, enligt vår mening, en felaktig utgångspunkt. Som framgår av EU-domstolens praxis är det artikel 288 FEUF, och den behörighetsbegränsning som denna innebär som medför att inga nya skyldigheter kan åläggas den enskilde på grundval direkt av ett direktiv. Den rättspraxis som finns avseende horisontell direkt effekt för fördragsbestämmelser saknar relevans eftersom fördraget, till skillnad från direktiv, kan binda enskilda. Det får därför, av grundläggande legalitetsskäl, hållas för uteslutet att direktiv kan få invers direkt effekt eller horisontell direkt effekt. Som vi kommer att behandla nedan medför detta

---

133 Mål C-168/95 *Arcaro*, EU:C:1996:363.

134 Se även förenade målen C-397 och 403-01 *Pfeiffer m.fl.*, EU:C:2004:584, p.108, och där angiven praxis samt mål 152/84 *Marshall*, EU:C:1986:84, p. 47.

135 Mål C-91/92 *Faccini Dori*, EU:C:1994:292, p.22-24.

emellertid inte att åberopande av direkt effekt aldrig kan tillåtas där detta medför negativa konsekvenser för en annan enskild.

#### VERTIKAL DIREKT EFFEKT MED NEGATIVA ÅTERVERKNINGAR FÖR TREDJE MAN

Vi har ovan konstaterat att enskilda inte kan åberopa rättigheter i ett direktiv gentemot annan enskild som då drabbas av skyldigheter, dvs. direktiv kan inte ge horisontell direkt effekt. Vad som däremot är möjligt är att direkt effekt för direktiv kan ge *negativa återverkningar* för tredje man. Följande exempel kan illustrera ordningen.

Leverantör A begär överprövning av en upphandling under åberopande av att dess rättigheter enligt ett direktiv som medlemsstaten är försenad med att genomföra har trätts för när och att upphandlingen därför ska göras om. Om leverantör A vinner framgång med sin talan och domstolen bestämmer att upphandlingen ska göras om blir konsekvensen att leverantör B, som om leverantör A inte hade klagat på upphandlingen hade vunnit, drabbas negativt.

Ett annat mer direkt exempel på negativa återverkningar är att A ansöker om överprövning och med åberopande av direkt effekt gör gällande att den vinnande anbudsgivaren B:s anbud ska förkastas. Om domstolen delar A:s bedömning medför detta att domstolen kommer att förordna om att upphandlingen ska rättas på så sätt att upphandlingen endast får avslutas genom att ett nytt tilldelningsbeslut meddelas varvid B:s anbud inte längre ska tas upp till utvärdering. Även om det indirekt framgår av *Fratelli Constanzo*, *Kraaijeveld* och *WWF* att EU-domstolen inte anser att denna typ av negativa återverkningar för tredje man utesluter tillämpningen av direkt effekt var det först i målen *Wells* och *Salzburger Flughafen* som frågan ordentligt togs upp till prövning.<sup>136</sup>

I *Wells* gjorde en enskild i en talan gentemot en myndighet gällande att ett tillstånd att få bedriva utvinning ur ett stenbrott skulle återkallas eftersom tillståndet inte hade föregåtts av upprättande av en sådan miljökonsekvensbeskrivning som krävdes enligt ett icke-genomfört direktiv. Frågan uppstod därvid om den enskilde kunde åberopa direkt effekt för att på så sätt förmå en myndighet att återkalla ett tidigare meddelat tillstånd, trots att detta otvivelaktigt skulle leda till negativa konsekvenser för det företag som innehade tillståndet. EU-domstolen ansåg emellertid att dessa negativa konsekvenser inte kunde anses utgöra *invers direkt effekt* eftersom det de facto inte, genom tillämpningen av direkt effekt i det enskilda fallet, uppstod några skyldigheter för ägarna av stenbrottet.

I *Salzburger Flughafen*, som också rörde skyldigheten att upprätta en miljökonsekvensbeskrivning för att få tillstånd att bedriva en viss

---

<sup>136</sup> Mål 103/88 *Fratelli Constanzo*, EU:C:1989:256; mål C-72/95 *Kraaijeveld*, EU:C:1996:404; mål C-435/97 *WWF mot Bozen*, EU:C:1999:418; mål C-201/02 *Wells*, EU:C:2004:12; och mål C-244/12 *Salzburger Flughafen*, EU:C:2013:203.



verksamhet (i detta fall flygplatsverksamhet), fann domstolen att ägarna av marken var tvungna att stå följderna av att den berörda medlemsstaten hade genomfört ett direktiv för sent. Om det i det nationella målet konstateras att en miljökonsekvensbedömning är nödvändig, blir Salzburger Flughafen, i egenskap markägare, även tvungen att stå följderna av ett sådant beslut. Här blir gränsen mellan en negativ återverkan för tredje man och åläggande av skyldigheter för denna särskilt otydlig. I praktiken blir effekten av åberopande av direkt effekt i en sådan situation att Salzburger Flughafen, under förutsättning att den vill behålla sitt tillstånd att bedriva flygplatsverksamhet, är tvungen att upprätta en miljökonsekvensbeskrivning trots att det inte följer av nationell rätt att en sådan skyldighet föreligger.

HFD var tidigt ute med att tillmäta direktiv direkt effekt även där detta kunde få påtagliga negativa konsekvenser för tredje man. I RÅ 1996 ref. 50 fann HFD att en befintlig bestämmelse i dåvarande LOU, om att prövning av en upphandling kan ske fram till dess att beslut om tilldelning fattats, skulle ersättas med gällande direktivs bestämmelse om att sådan prövning kan ske fram till dess att avtal tecknats. HFD fann inte hinder i det förhållandet att detta innebär att den som tilldelats kontraktet genom tilldelningsbeslutet därmed riskerade förlora det kontrakt som den tilldelats.

## DIREKT EFFEKT OCH OGILTIGHETSSANKTIONEN

En situation där frågan om direkt effekts negativa återverkningar för tredje man ställs på sin spets är frågan om möjligheten för en leverantör att ansöka om överprövning av giltigheten av ett avtal. Denna fråga kommer med största sannolikhet att aktualiseras under mellantiden i förhållande till avtal rörande tjänstekoncessioner. Som framgår av 1 kap. 2 § LOU omfattas tilldelning av tjänstekoncessioner inte av lagens bestämmelser om rättsmedel. Som framgår av HFD:s avgörande i HFD 2012 ref. 29 finns det i Sverige inga andra möjligheter till att få tilldelningen av tjänstekoncessioner prövad än genom en skadeståndstalan. Genom det nya LUK-direktivet införs ett krav om att samma rättsmedel som reglerar LOU och LUF ska gälla även för tjänstekoncessioner. Därmed uppställs ett krav både på att det ska vara möjligt att överpröva beslut inom ramen för ett upphandlingsförfarande samt, exempelvis vid direkttilldelning, på att det ska vara möjligt att ansöka om överprövning av ett ingånget avtals giltighet.

Det kan konstateras att rätten att kunna ansöka om överprövning av ett avtals giltighet är en individuell rättighet som framstår som klar och tydlig till sin utformning och omfattning. Jämförelse kan här göras med EU-domstolens avgörande i mål *Koppensteiner* där EU-domstolen fann att rätten att kunna överpröva avbrytandebeslut är sådan att den kan tillmätas direkt effekt.<sup>137</sup> Det enda hindret mot att tillmäta möjligheten att ansöka om överprövning av ett avtals giltighet direkt

---

<sup>137</sup> Mål C-15/04 *Koppensteiner*. HFD har, efter det att EU-domstolens avgörande meddelats, angett att avbrytandebeslut kan överprövas enligt LOU, se RÅ 2005 ref. 62.

effekt är således den negativa verkan som ogiltighetssanktionen har för den part som ingått det aktuella avtalet med den upphandlande myndigheten. EU-domstolen fick inom ramen för ett förhandsavgörande i *Norma* frågan om avtalspartens intresse innebar hinder mot direkt effekt i fall med ogiltighetstalan, men undvek frågan med hänvisning till att sakomständigheterna i målet var sådana att direkt effekt ändå inte kunde komma ifråga eftersom genomförandetiden inte löpt ut.<sup>138</sup> Kammarrätten i Stockholm har i mål 2733-11 funnit att ändringsdirektivets regler om *ogiltighet* kan få direkt effekt och också förklarat ett avtal ogiltigt på denna grund.<sup>139</sup> Kammarrätten resonerar på ett utförligt och pedagogiskt sätt kring kriterierna för direkt effekt och om de är applicerbara under de aktuella förutsättningarna i målet. Kammarrätten tycks emellertid ha bortsett från konsekvensen av sitt resonerande, nämligen att kammarrätten genom sin dom ogiltigförklarar ett civilrättsligt bindande avtal som den vinnande leverantören ingått med den upphandlande myndigheten. Kammarrätten synes med andra ord inte ha tagit ställning till om de negativa konsekvenserna av kammarrättens avgörande är acceptabla.

Enligt vår mening finns det tungt vägande skäl mot att tillåta direkt effekt för ogiltighetssanktionen. Om en förvaltningsdomstol, via direkt effekt, förordnar att en myndighet ska göra om en upphandling eller rätta ett tilldelningsbeslut utgör detta en myndighets bindande instruktion till en annan myndighet. Att den upphandlande myndigheten har att rätta sig efter detta följer i viss mån av ett effektivitetsresonemang där den upphandlande myndigheten ska vidta alla möjliga åtgärder för att lindra de negativa återverkningarna av ett försenat genomförande. Den upphandlande myndighetens åtgärder härvidlag kan i och för sig få negativa följdverkningar för enskilda, men dessa följdverkningar är indirekta och får sina slutliga konsekvenser först när den upphandlande myndigheten verkställer ändringarna i enlighet med förvaltningsrätten instruktioner.

Med ogiltighetssanktionen förhåller det sig annorlunda. När en förvaltningsdomstol förordnar att ett avtal ska ogiltigförklaras blir avtalet en nullitet omedelbart efter det att domen vunnit laga kraft. Det krävs således inga ytterligare åtgärder från myndighetens sida för att ogiltigheten ska få full rättsverkan, utan påverkan på den enskildes intressen uppstår omedelbart i och med lagakraftvunnen dom. En domstols förordnande om ogiltighet av ett civilrättsligt avtal är dessutom en förhållandevis ovanlig och mycket ingripande sanktion som enligt vår mening inte utan vidare bör tillåtas utan stöd i lag. Som framgår av EU-domstolens resonemang i *MedEval* är ogiltighetsförklaringens karaktär sådan att den medför särskilda krav på rättssäkerhet.

*”Ogiltigförklaringen av ett kontrakt som ingåtts efter det att ett*

---

138 Mål C-348/10 *Norma*, EU:C:2011:721, p. 63.

139 Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling (Text av betydelse för EES).

*offentligt upphandlingsförfarande genomförts medför nämligen att det inte längre existerar och att fullgörelsen av kontraktet eventuellt upphör, vilket utgör ett betydande ingrepp av domstolar eller förvaltningsmyndigheter i avtalsförhållanden mellan enskilda och statliga organ. Ett sådant beslut kan också skapa avsevärda störningar och ekonomiska förluster, inte enbart för den anbudsgivare som tilldelats det offentliga kontraktet i fråga, utan även för den upphandlande myndigheten, och därigenom för allmänheten, som är den slutliga användaren av de byggtreprenader eller tjänster som upphandlats genom kontraktet. Såsom det framgår av skäl 25 och 27 i direktiv 2007/66 har unionslagstiftaren således lagt större vikt vid de rätts-säkerhetskrav som ställs på en talan som syftar till att ett avtal ska förklaras ogiltigt än på en talan om skadestånd.”<sup>140</sup>*

Enligt vår mening talar dessa rättssäkerhetsresonemang samt grundläggande legalitetskrav för att en domstol inte ska kunna förordna om ogiltighet av ett civilrättslig bindande avtal annat än när så följer av lag. Eftersom direktiv inte utgör lag borde det inte, trots att bestämmelsen som sådan lämpar sig för direkt effekt, vara möjligt för en förvaltningsdomstol att på grundval av direkt effekt förklara ett avtal ogiltigt. En annan sak är att en myndighet, som ingått ett avtal i strid med tjänstekoncessionsbestämmelserna, kan ha en skyldighet att avveckla avtalet så snart som möjligt inom ramen för vad avtalet tillåter. Att en sådan skyldighet föreligger får, åtminstone indirekt, anses följa av EU-domstolens avgörande i *Kommissionen mot Tyskland*.<sup>141</sup>

Att det enligt vår bedömning kan vara svårt för en förvaltningsdomstol att förklara ett avtal ogiltigt enbart på grundval av direkt effekt innebär inte nödvändigtvis att domstolen ska avstå från att pröva ett sådant mål. Den enskilde som för talan kan fortfarande ha ett berättigat intresse av att få rättssynligheten av en direkttilldelning prövad inom ramen för en förvaltningsprocess, inte minst för att en sådan bedömning kan vara till vägledning inför ett eventuellt framställande av ett skadeståndsanspråk. Den förvaltningsdomstol som finner att man av rättssäkerhets- och legalitetshänsyn är förhindrad att ogiltigförklara ett avtal kan således, för att balansera dessa hänsyn mot den enskildes intresse av att få sin talan prövad, finna att avtalet inte utgör hinder mot att pröva huruvida direkttilldelningen var förenlig med tjänstekoncessionsdirektivet eller inte. En sådan ordning hade vi i Sverige även vad avser LOU fram till dess att ogiltighetssanktionens infördes, varvid det var möjligt att få lagenligheten i ett direkttilldelat avtal prövad i förvaltningsdomstol, även om det inte var möjligt att få avtalet som sådant ogiltigförklarat. En annan lösning kan vara att förklara avtalet ogiltigt men samtidigt besluta att avtalet ska få bestå, på grund av tvingande hänsyn till allmänintresset enligt 16 kap. 13 § LOU. Detta förutsätter att domstolen finner att det är möjligt att tolka 16 kap. 13 § LOU på så sätt att bestämmelsen omfattar sådana rättsskyddshänsyn som, enligt vad som anförs ovan, gör sig gällande

---

140 Mål C-166/14 *MedEval*, EU:C:2015:779.

141 Mål C-503/04 *Kommissionen mot Tyskland*, EU:C:2007:432.

som hinder mot att på grundval av direkt effekt ogiltigförklara ett avtal.

Övriga rättsmedel som koncessionsdirektivet medför, såsom intermistiskt beslut om att avtal inte får ingås och möjligheten att överpröva en upphandling av en koncession, kan tveklöst vara möjliga att åberopa och för domstolen att tillämpa även under mellantiden.

## DIREKT EFFEKTS PRAKTISKA UTTRYCK

En annan tillämpningsfråga som gör sig gällande är hur direkt effekt ska användas i praktiken, dvs. hur man som domare ska använda direkt effekt i det enskilda målet.

EU-domstolens praxis innehåller inte särskilt mycket vägledning kring *hur* direkt effekt ska komma till uttryck i den nationella rättsprocessen. Detta är egentligen inte konstigt eftersom EU-domstolen inte har behörighet att själv förklara en nationell rättsakt ogiltig eller oförenlig med direktivet eller överhuvudtaget ge nationell domstol instruktioner om hur den, mot bakgrund av vad som kommit till uttryck om unionsrättens innebörd, ska förhålla sig till nationell rätt. EU-domstolen kan endast uttrycka att en viss direktivsbestämmelse har direkt effekt och det är sedan den nationella domstolens sak att reda ut vad detta innebär för det mål den har att avgöra. En skyldighet som dock framgår med tydlighet redan av *Ratti* är att en domstol ska *avstå från att tillämpa nationella bestämmelser som förhindrar att en viss rättighet utövas*.<sup>142</sup> Rent praktiskt torde detta kunna gå till så att den nationella domstolen i det enskilda målet helt enkelt håller handen för den bestämmelse som förhindrar rättighetens utövande och sedan tillämpar lagen i övrigt.

Implicit i direkt effekt ligger emellertid en mer långtgående skyldighet än att bara avstå från att tillämpa nationella bestämmelser som förhindrar att en viss rättighet utövas. Det kan nämligen finnas situationer då en rättighet inte kan uppnås endast genom sådant avstående utan där det istället måste bli fråga om att tillskapa en rättighet i den nationella rättsordningen som överhuvudtaget inte finns. I sådana situationer får den nationella domstolen helt enkelt låta direktivsbestämmelsen som sådan gälla som lag i den enskilda situationen. En sådan metod för att ge en direktivsbestämmelse direkt effekt i den enskilda situationen bör enligt vår mening endast användas i den mån motsvarande effekt inte kan uppnås genom avstående från tillämpning av någon enskild lagbestämmelse. Anledningen till detta låter sig enklast illustreras i de fall fråga är om ett direktiv som inte överhuvudtaget har någon motsvarighet i befintlig nationell lagstiftning, såsom är fallet med koncessionsdirektivet. Om en nationell domstol, vilket får hållas för sannolikt, skulle finna att koncessionsdirektivets bestämmelser om annonsering, förfarande, tilldelning och

---

142 Mål 148/78 *Ratti*, EU:C:1979:110, se p. 20–23.

rättsmedel helt eller delvis är sådana att de ska tillmätas direkt effekt, skulle de i teorin kunna lösa detta genom att det tillåter att den sökande leverantören åberopar de relevanta direktivsbestämmelserna och att domstolen sedan lägger dessa till grund för sitt avgörande. Problemet med en sådan metod är att domstolen samtidigt ställs inför en rad praktiska problem. Koncessionsdirektivet är ingen fullständig reglering och besvarar inte frågor om vilken domstol som är behörig (huruvida det är förvaltningsrätt eller allmän domstol samt vilken förvaltningsrätt eller allmän domstol som ska pröva målet), rättsverkningarna av domstolens avgörande i ett mål om överprövning av koncession (rätta eller göra om), huruvida underinstansens avgörande kan överklagas samt om prövningstillstånd i så fall krävs, för att bara ta några exempel. Man skulle visserligen kunna tänka sig att domstolen löser detta genom allmänna rättsregler, analogier till anknutna rättsområden, regler om restkompetens, jämförelser med föreslagna regler såsom dessa framgår av propositionen, etc. men risken är att en sådan metod blir både tungrodd och leder till att domstolen i onödig utsträckning tar på sig en lagstiftande roll. Av denna anledning, och med hänvisning till den restriktivitet med vilken en domstol bör närma sig fråga om att avgöra ett mål utan stöd i lag, är det därför vår uppfattning att en domstol alltid i första hand bör söka efter en lösning där aktuella direktivsbestämmelser får genomslag genom *avstående och tolkning* snarare än genom direkt tillämpning.

Vad avser överprövning av tjänstekoncession skulle man exempelvis kunna tänka sig att domstolen bortser från bestämmelsen i 1 kap. 2 § LOU som anger att endast 1 kap. 12 § ska vara tillämplig på tjänstekoncessioner. På så sätt möjliggörs en prövning av tjänstekoncessioner enligt LOU:s bestämmelser om rättsmedel såsom dessa framgår av 16 kap. LOU. När målet väl är uppe för prövning får domstolen anpassa sin tillämpning och tolkning av LOU beroende på vilken annan bestämmelse i koncessionsdirektivet som sökanden gör gällande att den upphandlande myndigheten överträtt. Under förutsättning att motsvarande bestämmelse eller skyldighet finns i LOU kan domstolen avgöra målet med användning av LOU:s bestämmelser. Om domstolen emellertid finner att den relevanta skyldigheten i någon del avviker från LOU:s bestämmelser får domstolen antingen försöka tolka bestämmelsen i LOU så att den i det enskilda fallet åstadkommer det resultat som eftersträvas i direktivet eller, om så inte är möjligt, återigen tillämpa direkt effekt och lägga den underliggande direktivsbestämmelsen till grund för sitt avgörande i just den del där den avviker. Av legalitetsskäl bör dock domstolen så långt som möjligt försöka lösa tvisten med tolkning av befintlig lagstiftning och endast använda direkt effekt i den utsträckning det inte genom tolkning av befintlig lagstiftning går att ge den enskilde de rättigheter som denna har enligt koncessionsdirektivet.<sup>143</sup>

Det bör understrykas att en nationell domstol avstående från tillämpning av en nationell bestämmelse i en enskild situation inte innebär

---

143 Jfr mål C-91/92 *Faccini Dori*, EU:C:1994:292, p. 26–27.

att denna bestämmelse ska anses upphävd. Lagen fortsätter att vara vad den är men bortses från i det enskilda fallet.<sup>144</sup> En domstols användning av direkt effekt i det enskilda fallet får således endast verkan mellan parterna och gör inte att den aktuella bestämmelsen i övriga situationer ska betraktas som en nullitet. Om domstolens resonemang vad avser att den relevanta bestämmelsen måste bortses ifrån för att en viss rättighet ska kunna få genomslag i svensk rätt är förnuftigt och välresonerat är det emellertid sannolikt att andra domstolar som vid senare tillfällen sätts i motsvarande situation kommer att agera på samma sätt vilket naturligtvis, på sikt, kan medföra att den aktuella åsidosatta bestämmelsen i realiteten blir så gott som upphävd. Det måste dock inte bli så i alla fall och det är naturligtvis tänkbart att olika domstolar använder olika metoder för att nå samma resultat, där den ena domstolens metod kräver åsidosättande av en viss bestämmelse, medan den andra domstolens metod kräver åsidosättande av en annan bestämmelse eller kanske utvidgandet av en annan befintlig rättighets tillämpningsområde för att nå motsvarande resultat.

## SÄRSKILT OM FÖRSÖRJNINGSEKTORERNA

Genomförandet av det nya LUF-direktivet kommer att medföra flera förändringar för försörjningssektorerna. Dessa förändringar kommer i stora drag att innebära utökade rättigheter för enskilda leverantörer, liksom utökade skyldigheter för upphandlande enheter att iaktta formella upphandlingsförfaranden. Eftersom rättighetsargumentet är centralt för att motivera tillämpligheten av direkt effekt, kommer direkt effekt att få större betydelse för försörjningssektorerna än för den klassiska sektorn, där förändringarna huvudsakligen kommer att medföra uppmjukade bestämmelser för upphandlande myndigheter.

En väsentlig förändring för försörjningssektorerna gäller bestämmelserna avseende ramavtal. Enligt LOU är ett ramavtals löptid begränsad till maximalt fyra år. En längre löptid än fyra år måste motiveras av särskilda skäl. Motsvarande begränsning gällande ramavtals löptid saknas emellertid i LUF. En upphandlande enhet är således förhållandevis fri att bestämma utformning och löptid för ramavtal inom försörjningssektorerna. Att reglering i nämnda avseende saknas innebär dock inte att ramavtal får löpa på obegränsad tid. Av förarbetena framgår att uppdragen likväl måste konkurrensutsättas med regelbundna mellanrum och att den upphandlande enheten, vid bedömningen av vilken löptid som är lämplig, ska utgå från ramavtalsbestämmelserna i LOU.<sup>145</sup> I detta sammanhang kan dock konstateras att det i praxis sällan förekommer att en upphandling enligt LUF blir föremål för överprövning enbart baserat på ramavtalets löptid. Det kan således ifrågasättas huruvida de riktlinjer som uttalas i förarbetena

---

<sup>144</sup> Jans, Jan H., Prechal, Sacha & Widdershoven, Robert J. G. M. (red.), *Europeanisation of public law*, 2. uppl., Europa Law Publ., Groningen, 2015. s. 129–132

<sup>145</sup> Prop. 2006/07:128, *Ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster*, s. 177 f.

verkligen har haft bäring i praktiken. Avsaknaden av praxis indikerar snarare att de upphandlande enheterna i realiteten har en större flexibilitet att bestämma ett ramavtals löptid än vad som faktiskt framgår av förarbetena.

Bestämmelserna i det nya LUF-direktivet innebär att löptiden för ramavtal begränsas till åtta år, om inte särskilda skäl föreligger.<sup>146</sup>

Frågan är då om den aktuella bestämmelsen kan få genomslag i svensk rätt genom direktivkonform tolkning. Enligt vår bedömning kan det inte uteslutas att en domstol kan komma att underkänna ett ramavtal som löper under längre tid än åtta år. Detta genom att tolka in den aktuella bestämmelsen i befintlig lag genom en hänvisning till de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § LUF. Som redovisats ovan måste uppdragen, enligt förarbetena, konkurrensutsättas med regelbundna mellanrum. Under sådana förhållanden är det möjligt att argumentera för att kravet på regelbundenhet ska tolkas i ljuset av direktivet och att en sådan regelbundenhet därmed ska anses vara åtta år. Det kan vidare konstateras att en sådan tolkning inte strider mot ordalydelsen i LUF och därför inte sker *contra legem*.

För det fall en domstol emellertid skulle finna att det inte är möjligt att genom direktivkonform tolkning tolka in nämnda bestämmelse i befintlig lag, är frågan om bestämmelsen istället kan få direkt effekt. Enligt Upphandlingsmyndigheten skulle det kunna hävdas att denna bestämmelse innebär en rättighet för de leverantörer som vill delta i en kommande upphandling, men att det är osäkert huruvida rättighetsrequisitet vad gäller direkt effekt kan utsträckas till att även omfatta en sådan situation. Upphandlingsmyndigheten rekommenderar emellertid att den försiktiga myndigheten tillämpar en ramavtalstid om åtta år.<sup>147</sup> Vi instämmer delvis i Upphandlingsmyndighetens bedömning och anser att bestämmelsen ska tillmätas direkt effekt. I det avseendet kan konstateras att bestämmelsen är klar och precis samt ovillkorlig till sin karaktär. Vidare kan konstateras att bestämmelsen innebär en rättighet för enskilda leverantörer som vill delta i en kommande upphandling, såtillvida att de har rätt att få uppdragen konkurrensutsatta med viss regelbundenhet. Att en vinnande leverantör kan drabbas av negativa åverkningar i kommersiellt hänseende genom att en konkurrerande leverantör ansöker om överprövning av ett ramavtal vars löptid överskrider åtta år, får, enligt de resonemang som framgår ovan, anses utgöra en acceptabel negativ återverkan på tredje man.

Vidare innebär LUF-direktivet påtagliga förändringar beträffande

---

<sup>146</sup> I skäl 72 i LUF-direktivet, som anknyter till bestämmelsen om löptid, anges att särskilda skäl kan föreligga ifråga om allmännyttiga företag som tillhandahåller grundläggande tjänster till allmänheten. Detta gäller exempelvis ramavtal som syftar till att säkerställa ordinarie och extraordinära underhåll av nät som kan kräva dyrbar utrustning som används av personal som fått högt specialiserad utbildning för ett särskilt ändamål för att säkerställa kontinuiteten i tjänster och minimera eventuella avbrott.

<sup>147</sup> Upphandlingsmyndighetens rapport, *Nyheterna i den kommande lagstiftningen – och hur hanterar vi mellantiden?* s. 38.

förfarandet vid upphandling av ramavtal. Förändringarna ska ställas i relation till den mycket knapphändiga reglering som finns i nuvarande LUF, och som hittills inneburit stora friheter för upphandlande enheter. Enligt skäl 71 har de nuvarande bestämmelserna setts över mot bakgrund av ett behov av att öka konkurrensen genom att förbättra öppenheten och tillträdet till upphandling som genomförs genom ramavtal. Exempelvis införs en reglering beträffande i vilken utsträckning villkoren i ett ramavtal får ändras utan ett nytt upphandlingsförfarande.<sup>148</sup> Vidare föreskrivs att kontrakt som grundas på ramavtal ska tilldelas på grundval av objektiva regler och kriterier, som får inbegripa en förnyad konkurrensutsättning för de ekonomiska aktörer som är parter i det ingångna ramavtalet.<sup>149</sup> Dessa regler och kriterier ska anges i upphandlingsdokumenten för ramavtalet. Vidare förekommer bestämmelser om förfarandet vid en förnyad konkurrensutsättning, som bland annat reglerar vilka tilldelningsgrunder som får tillämpas och hur långa tidsfrister som ska gälla för anbuds lämning.

Frågan är huruvida en domstol, inom ramen för reglering i nu gällande LUF, kan tillämpa dessa bestämmelser genom en direktivkonform tolkning. Upphandlingsmyndigheten har i denna del uttalat att en direktivkonform tolkning torde vara möjlig. Vi anser dock att denna slutsats kan ifrågasättas. I det avseendet kan konstateras att nuvarande bestämmelser i LUF beträffande förfarandet vid upphandling av kontrakt som grundar sig på ramavtal, inte uppställer något krav på särskilt förfarande.<sup>150</sup> Det har i svensk rätt inte införts någon motsvarighet till artikel 14.4 i LUF-direktivet, med innebörden att upphandlande enheter inte får använda ramavtal på ett otillbörligt sätt eller så att konkurrensen snedvrids. Visserligen har denna del inte tagits in i paragrafen eftersom förbudet har ansetts följa av de allmänna principerna för upphandling i 1 kap. 24 § LUF.<sup>151</sup> Det kan således argumenteras för att de ändringar som följer av LUF-direktivet, i viss mån redan existerar i svensk rätt och därför kan tolkas in i befintlig lag. Vidare kan argumenteras för att en direktivkonform tolkning är förenlig med ordalydelsen i LUF och därmed inte sker *contra legem*. Även om så skulle vara fallet är det emellertid tveksamt om en sådan tolkning är förenlig med legalitetsprincipen. Att tolka in de mycket detaljerade direktivbestämmelserna i den befintliga lagtexten skulle nämligen innebära att domstolen i det närmaste skapar lag, snarare än att tolka och tillämpa den. Det finns av dessa skäl anledning att ifrågasätta om en direktivkonform tolkning är möjlig i en sådan utsträckning att den motsvarar LUF-direktivets fullständiga reglering.

Vad härefter gäller frågan om bestämmelserna istället kan få direkt effekt, är vår uppfattning att så är fallet. Bestämmelserna är klara och precisa, om än komplicerade, till sin karaktär, och under alla omständigheter har deras innebörd klargjorts i regeringens förslag till

---

148 Se artikel 89 i LUF-direktivet.

149 Artikel 51.2 första stycket i LUF-direktivet.

150 Se 4 kap. 2 § 9 p. LUF.

151 Prop. 2006/07:128 s. 492.



nya upphandlingslagar.<sup>152</sup> Vidare har denna typ av förfaranderegler tidigare tillmätts direkt effekt av EU-domstolen, med hänvisning till att de skapar rättigheter för den enskilde i bemärkelsen att leverantörer har rätt till ett tydligt och förutsebart förfarande.<sup>153</sup>

Rent praktiskt kommer förvaltningsrätten, för att säkerställa LUF-direktivets fulla genomslag och de enskildas rättigheter som detta förmedlar, vara tvungen att använda en kombination av direktivkonform tolkning och direkt effekt på det sätt som beskrivits under avsnitt 3 ovan.

---

<sup>152</sup> Prop. 2015/16:195.

<sup>153</sup> Se bl.a. mål C-76/97 *Tögel*, EU:C:1998:432.

## 5. Avslutning

Frågor om icke genomförda direktivs rättsverkningar är komplicerade men de är inte oförklarliga. Unionsrätten verkar inte i ett vakuum utan bygger i slutändan på samma legalitetsprinciper som utgör grunden för svensk rätt. En domstol som närmar sig dessa frågor bör därför göra detta på samma sätt som alla andra rättsfrågor och i detta inte blint hänvisa till EU-domstolens praxis utan att först ha försökt förstå de bevekelsegrunder och de rättsakter som ligger bakom EU-domstolens avgöranden.

När man använder sig av direktivkonform tolkning eller direkt effekt bör man också vara medveten om att dessa rättsfigurer måste passas in i en nationell kontext och i de rättstraditioner som dikterar den nationella domstolens behörighet och roll i förhållande till lagstiftaren. En domstol ska inte upphöra att vara en domstol enbart för att ge genomslag åt ett icke-genomfört direktiv. De rättsprinciper på vilken rättstaten bygger är trots allt viktigare än unionsrättens fulla genomslag i det enskilda fallet. Det är här viktigt att förstå att en nationell domstol har en annan roll och ett annat tolkningsutrymme än EU-domstolen och att det inte alltid är möjligt för en nationell domstol att ge genomslag för EU-domstolens praxis i sin helhet. Ibland måste helt enkelt konstateras att nationell lagstiftning måste till för att uppnå ett sådant genomslag.

Det är också dessa grundläggande rättsprinciper som medför att direkt effekt inte bör utsträckas längre än vad som är nödvändigt för att tillgodose den enskildes rätt till skydd mot Sveriges misslyckade genomförande. Man bör härvid särskilt beakta vilken ovanlig rättsfigur direkt effekt av direktiv faktiskt är och inte acceptera resonemang om direkt effekt som inte har ett tydligt stöd i EU-domstolens praxis. Härvid bör domstolen, vilket så vitt vi kan se ännu inte har skett i svensk rättspraxis, reflektera över huruvida användning av direkt effekt i en enskild situation kan innebära rättsverkningar för tredje man och huruvida dessa rättsverkningar är acceptabla eller inte. Det kan konstateras att EU-domstolens praxis vad rör dessa frågor är ofullständig och att det finns anledning för den domstol som ställs inför dessa frågor att överväga om inte en begäran om förhandsavgörande ska tillställas EU-domstolen. Detta gäller såväl för HD och HFD som för domstolar i lägre instans.

---

## Advokatfirman Kahn Pedersen

Kahn Pedersen är en advokatbyrå helt inriktad på specialiserad affärsjuridik. Vi åtar oss uppdrag enbart inom de områden vi är bäst på – IT-relaterad juridik och kommersiella avtal, outsourcing, integritetsskydd och offentlig upphandling.

Författarna till denna rapport är:

**Erik Olsson**, advokat och partner i Kahn Pedersens verksamhetsgrupp för offentlig upphandling.

**Johan Falk**, biträdande jurist i Kahn Pedersens verksamhetsgrupp för offentlig upphandling.

**Tahmina Sahibli**, biträdande jurist i Kahn Pedersens verksamhetsgrupp för offentlig upphandling.

**Emily Tomas da Costa**, biträdande jurist i Kahn Pedersens verksamhetsgrupp för offentlig upphandling.

---

[www.kahnpedersen.se](http://www.kahnpedersen.se)

ISBN 978-91-983215-1-7