



EKONOMI-
HÖGSKOLAN

Störande standardavtal

Om standardavtals konkurrensbegränsande
effekt vid upphandling av entreprenader

Erik Bjärholm

INSTITUTIONEN FÖR HANDELSRÄTT

Affärsjuridisk kandidatuppsats

15 högskolepoäng

HARH13

HT 2023

[denna sida ska vara blank]

Sammanfattning

Uppsatsen undersöker huruvida användningen av standardavtal vid offentlig upphandling av entreprenader inom Sverige innebär en inskränkning av den grundläggande unionsrättsliga friheten att tillhandahålla tjänster inom EU som säkerställs genom artikel 56 i Fördraget om Europeiska Unionens Funktionssätt. Entreprenadrätten är i Sverige oreglerad i lag och regleras istället genom standardavtal utformade av en intresseorganisation. Dessa standardavtal utnyttjas bland annat vid offentlig upphandling av entreprenader. Eftersom dessa standardavtal inte används någon annanstans än i Sverige är det stor risk att dess användning har som effekt att entreprenörer från andra länder utesluts från tillhandahållandet av entreprenader inom Sverige. Studien har därför som syfte att, med bakgrund i EU-rättslig metod och med utgångspunkt i praxis från EU domstolen, utreda huruvida användningen av standardavtal anses utgöra en inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster enligt domstolens bedömning. Frågeställningarna som skall besvaras lyder:

1. Borde användningen av standardavtal inom offentlig upphandling av entreprenader i Sverige anses utgöra en inskränkning i den fria rörligheten av tjänster inom EU?
2. Existerar det rättfärdigande omständigheter som medger användningen av standardavtal vid offentlig upphandling av entreprenadkontrakt och dess eventuella inskränkning i den fria rörligheten av tjänster inom EU?

För att uppnå sitt syfte och besvara frågeställningarna utgår studien från ett antal vägledande rättsfall från EU-domstolen som berör inskränkningar i friheten att tillhandahålla tjänster samt eventuella rättfärdigande grunder för dessa inskränkningar. Efter det tillämpas samma tolkningsmetod som domstolen använder sig av för att avgöra huruvida en inskränkning skall anses överträda artikel 56 eller om den är rättfärdigad med hänsyn till sitt syfte.

Slutsatsen i uppsatsen är att användningen av standardavtal inom offentlig upphandling av entreprenader borde anses vara inskränkande på utländska entreprenörers möjlighet att tillhandahålla tjänster och därav skall förbjudas enligt unionsrättslig lagstiftning. Studien har inte funnit tillräckligt starka rättfärdigande omständigheter som skulle ändra denna tolkning.

Ämnesord: EU-rätt, Frihet att tillhandahålla tjänster, Upphandlingsrätt, Entreprenadrätt, Standardavtal, FEUF, LOU, BKK.

Abstract

This paper examines whether the use of standard agreements within public procurement of contractors in Sweden constitutes a restriction of the freedom to provide services within EU, which is ensured through article 56 in the Treaty on the Functioning of the European Union. Contract-law is not regulated through law within Sweden but is instead regulated through standard agreements developed by an interest group. These standard agreements are, among other things, used in processes involving public procurement of contractors. Since these agreements are not used anywhere but in Sweden there is a concern that their usage has the effect of excluding contractors from other countries from providing contracts within Sweden. Therefore, the purpose of this study is to, based in EU-law methodology and case law from the EU-court, investigate whether the use of standard-agreements is to be considered a restriction of the freedom to provide services according to the judgement of the EU-court. The questions that are to be answered read as follows:

1. Should the usage of standard agreements within public procurement of contracts within Sweden be considered a restriction of the freedom to provide services within the EU?
2. Are there justificatory grounds that can justify the utilization of standard agreements within public procurement of contracts and their potential restriction of the free movement of services within the EU?

In order to achieve this purpose and answer the posed questions this study bases itself in established case-law from the EU-court pertaining to the restrictions of the freedom to provide services as well as possible justificatory grounds for such restrictions. After that the study applies the same method of deduction as the EU-court utilizes in order to conclude whether a restriction infringes on article 56 or whether it is justified with regard to its purpose.

The conclusion of this study is that the usage of standard agreements within public procurement of contracts should be considered an infringement of foreign contractors' abilities to provide services and should therefore be prohibited according to EU-law. There are no justificatory grounds with enough potency to alter this interpretation.

Keywords: EU-law, Freedom to provide services, Public Procurement Law, Contract-law, Standard-agreements, TFEU, LOU, BKK

Innehåll

Sammanfattning	3
Förkortningar	7
Begreppslista	7
1 Inledning	9
1.1 Bakgrund.....	9
1.2 Syfte och frågeställningar.....	10
1.3 Avgränsningar	10
1.4 Metod och material	10
1.4.1 Allmänna rättsprinciper och teleologisk tolkning	11
1.4.2 Analogitolkning.....	11
1.4.3 Användning av empiriskt material i rättsvetenskaplig kontext.....	12
1.5 Disposition	13
2 Entreprenadrätt och Upphandlingsrätt	14
2.1 Entreprenadrättens omfattning	14
2.2 Innehållet i ”Allmänna Bestämmelser”	14
2.2.1 Entreprenörens skyldigheter och ansvarsområden	15
2.2.2 Beställarens skyldigheter och ansvarsområden	15
2.2.3 Tvistelösning	16
2.2.4 FIDIC	16
2.3 Lagen om offentlig upphandling	17
2.4 Summering	18
3 Etableringsfrihet och frihet att tillhandahålla tjänster	20
3.1 Skillnaden mellan etableringsrätt och rätten att tillhandahålla tjänster.....	20
4 Inskränkningar i friheten att tillhandahålla tjänster	22
4.1 Artikel 56 FEUF.....	22
4.1.1 Diskriminering.....	23
4.2 Åtgärder som försvårar eller gör det mindre attraktivt att tillhandahålla tjänster	23
4.2.1 C-544/03 ”Mobistar”	23
4.2.2 C-439/99 ”Kommissionen mot Italien”	24
4.3 Double burden och erkännande av kvalifikationer	25
4.3.1 C-458/08 ”Kommissionen mot Portugal”	25
4.3.2 C-215/01 ”Schnitzer”	26
4.3.3 Förenade målen 62- och 63/81 ”Seco mot EVI”	27
4.4 Ökade kostnader och administrativa förfaranden	27
4.4.1 C-490/04 ”Kommissionen mot Tyskland”	27
4.4.2 C-369/96 ”Arblade”	28
4.4.3 Sammanfattning avsnitt 4	28
5 Rättfärdigande grunder för inskränkning av friheten att tillhandahålla tjänster	30
5.1 Artikel 51	30

5.2	Artikel 52	30
5.2.1	Prövning av åtgärder.....	32
5.3	Hänsyn till allmän ordning och allmänintresse	32
5.3.1	C-450/08 ”Kommissionen mot Portugal”	33
5.3.2	C-439/99 ”Kommissionen mot Italien”	33
5.3.3	C-369/96 ”Arblade”	34
6	Analys	36
6.1	Föreligger det en inskränkning av friheten att tillhandahålla tjänster?	36
6.1.1	Standardavtal försvårar och gör det mindre attraktivt att tillhandahålla tjänster inom Sverige	37
6.1.2	Standardavtal innebär en double burden för utländska entreprenörer som tillhandahåller tjänster i Sverige	38
6.1.3	Standardavtal innebär ökade kostnader och administrativa förfaranden för utländska entreprenörer i Sverige	39
6.2	Rättfärdigande av inskränkningar med hänsyn till allmän ordning eller allmänintresse	41
6.2.1	Allmän ordning, säkerhet och hälsa	41
6.2.2	Rättfärdigande med hänsyn till allmänintresse	42
6.3	Existerar det mindre inskränkande alternativ?	44
7	Sammanfattning och slutsats.....	46
	Källförteckning.....	48

Förkortningar

AB	Allmänna bestämmelser
ABT	Allmänna Bestämmelser för Totalentreprenader
BKK	Byggandets Kontraktskommitté
DAB	Dispute Adjudication Board (Tvistelösningsnämnd)
EU	Europeiska unionen
FIDIC	Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils [Eng] International Federation of Consulting Engineers
LOU	Lagen om Offentlig Upphandling

Begreppslista

Entreprenad	Ett åtagande att mot en bestämd summa pengar utföra ett arbete eller leverans inom, eller under, en viss tid.
Byggherre	Den beställande avtalsparten i en entreprenad
Entreprenör	Den levererande avtalsparten i en entreprenad
Underentreprenör	Företag anställd av entreprenören för att utföra arbeten inom entreprenaden
Offentlig upphandling	Ett förfarande inom vilken en myndighet annonserar ett arbete som behöver utföras, varpå entreprenörer inkommer med anbud för den kostnad som de kan utföra arbetet. Lägst anbud vinner.
Etableringsland	Det land inom EU från vilket en tjänsteutövare härstammar ifrån och har sin huvudsakliga etablering.
Värdland	Det land inom EU där en tjänsteutövare tillhandahåller tjänster utanför sitt ordinarie etableringsland.

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Tidigt 1900-tal formas en intresseorganisation vid namn Byggandets Kontraktskommitté, förkortat BKK. Intresseorganisationen består av representanter från flertalet bransch- och intresseorganisationer som alla representerar antingen byggherrar, entreprenörer eller konsulter. Organisationen kommer genom sitt arbete att definiera stora delar av det i övrigt oreglerade entreprenadrättsliga området i Sverige de närmaste hundra åren efter sin uppkomst.

Den svenska entreprenadmarknaden är idag i stort sett oreglerad i lagstiftning. Rättsliga förhållanden regleras istället i princip uteslutande genom användningen av tre standardavtal utformade av BKK. Dessa standardavtal används av majoriteten av marknadens parter och är också branschpraxis hos flera stora upphandlande myndigheter i Sverige som direkt hänvisar till dessa standardavtal i sina upphandlingsannonser. Som exempel använder sig Trafikverket, som har en upphandlingsvolym för entreprenader på ca 61 miljarder kronor årligen,¹ av dessa standardavtal i alla sina entreprenadupphandlingar och föreskriver att dessa helst skall tillämpas med så få avvikelser som möjligt.²

Med ovanstående information i åtanke riktar vi tankarna mot EU-rätten och de fyra grundläggande friheter som måste gälla för den ekonomiska gemenskapen inom EU, nämligen fri rörlighet för personer, kapital, varor och tjänster. Dessa grundläggande friheter fastslås i EU:s Fördrag om Europeiska Unionens Funktionssätt (FEUF), vars syfte är att reglera den gemensamma marknaden inom EU. Man skulle kunna likställa FEUF:s betydelse för EU med grundlagars betydelse för Sverige då bestämmelserna i FEUF stadgar grunder och principer som behöver beaktas vid utformningen av nationell lagstiftning inom medlemsländerna. För att en fri och gemensam handel skall kunna existera inom EU får det inte inom nationella territorier finnas regler eller förfaranden som inskränker dessa friheter.

Med tanke på vikten av att säkerställa fri rörlighet för tjänster inom EU, och det konstanta arbete som EU lägger ned på att genom direktiv och förordningar harmonisera nationell lagstiftning med unionsrättsliga principer, bör frågan ställas hur det samspelar med en bransch inom vilken inga nationella regler existerar och den enda reglering som finns att tillgå är ett antal standardavtal utformade av en intresseorganisation. Vilka problem kan entreprenörer från andra medlemsländer som vill tillhandahålla tjänster i Sverige stöta på när de försöker anpassa sig till denna icke-harmoniserade, privatreglerade marknad? Kan användningen av sådana standardavtal innebära en inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster?

¹ Trafikverket, 'Trafikverkets Inköpsvolym', uppdaterad 2023-02-27, hämtad 2023-11-13.

² Trafikverket, 'Avsteg från standardkontrakt AB04, ABT06 och ABK09', uppdaterad 2015-09-30, hämtad 2023-11-13.

1.2 Syfte och frågeställningar

Syftet med uppsatsen är att undersöka huruvida användningen av standardavtal inom offentlig upphandling av entreprenader i Sverige är att anse som ett hinder för den fria rörligheten av tjänster inom EU.

För att kunna besvara syftet utställs följande frågeställningar:

1. Borde användningen av standardavtal inom offentlig upphandling av entreprenader i Sverige anses utgöra en inskränkning i den fria rörligheten av tjänster inom EU?
2. Existerar det rättfärdigande omständigheter som medger användningen av standardavtal vid offentlig upphandling av entreprenadkontrakt och dess eventuella inskränkning i den fria rörligheten av tjänster inom EU?

1.3 Avgränsningar

Uppsatsen berör tre olika rättsområden: EU-rätt, upphandlingsrätt och entreprenadrätt. Alla tre av dessa rättsområden kommer inte kunna utvecklas i sin helhet inom ramen för uppsatsen, utan fokus kommer främst att ligga på EU-rätt och den praxis som existerar berörande fri rörlighet av tjänster. De andra rättsområdena agerar primärt som kontext för att förstå hur och varför det är ett problem att tillämpa standardavtal vid offentlig upphandling av entreprenader. Där finns också många angränsande rättspolitiska och upphandlingsrättsliga frågor som inte kommer att kunna utforskas inom ramen av uppsatsen, men som definitivt förtjänar utforskning.

1.4 Metod och material

Uppsatsen berör primärt EU-rätt och analysen kommer därför i första hand tillämpa en EU-rättslig metod. Eftersom EU har exklusiv befogenhet att reglera konkurrensrätten, vilket innebär att medlemsländer inte har någon möjlighet att själva lagstifta eller tolka lagregler på området, faller det sig naturligt att fokus huvudsakligen läggs på EU-domstolens tolkningar av konkurrensregler och inte på svenska rättskällor.³ EU-rätten bygger till stor del på praxis från EU-domstolen och kan liknas till ”*common law*” där praxis tillerkänns en mycket högre betydelse relativt till lagstiftning än vad som exempelvis kan ses i Sverige där lagstiftning och förarbeten istället tillskrivs den största rollen vid lagtolkning.⁴ I kombination med bristen på förarbeten till EU-fördragen innebär det att en stor del av uppsatsen har sin utgångspunkt i diverse rättsfall och dess betydelse för den fria rörligheten av tjänster. Till detta hör även bland annat förslag från generaladvokater som i sin tur beaktar såväl EU-förordningar och direktiv som doktrin på området.⁵ Det saknas olyckligtvis särskilt specifik doktrin på området. Mycket har skrivits om fri rörlighet för tjänster, men eftersom uppsatsen specifikt berör användningen av standardavtal har doktrin som rent allmänt berör fri rörlighet av tjänster ett begränsat värde för studien.

³ FEUF, artikel 3.

⁴ Hettne, Otken Eriksson, s. 41.

⁵ Betnitz, et.al., s. 74.

1.4.1 Allmänna rättsprinciper och teleologisk tolkning

Då unionsrätten är ett område under konstant utveckling och som till sin natur inte ännu är komplett utnyttjar EU-domstolen i stor utsträckning allmänna rättsprinciper som tolkningsbakgrund och rättskälla.⁶ EU-domstolen har i tidigare domar hållit att sekundärrättsliga bestämmelser så långt som möjligt skall tolkas i enlighet med fördrag och allmänna rättsprinciper.⁷ Fri rörlighet för tjänster är en sådan rättsprincip som EU domstolen använder som tolkningsbakgrund och därav tolkas åtgärder och syften som tas upp i uppsatsen mot denna.

För att tillämpa de allmänna rättsprinciperna vid tolkning av åtgärder som riskerar att inskränka på den fria rörligheten av tjänster använder sig uppsatsen av en EU-rättslig metod som kallas *teleologisk tolkning*. Teleologisk tolkning, även kallad ändamålsenlig tolkning, är en tolkningsmetod som EU-domstolen är mycket känd för. Tolkningsmetoden innebär att man utgår ifrån vad det är bestämmelsen syftar till att uppnå och huruvida formuleringen av bestämmelsen uppfyller ändamålet. I och med att bestämmelserna oftast är brett formulerade finns det utrymme för att tolka en bestämmelse ändamålsenligt även om det inte är det initiala intrycket man får vid läsning.⁸ När flera tolkningar är möjliga väljs den som är mest förenlig med bestämmelsens ursprungliga syfte samt det som stämmer bäst överens med allmänna rättsprinciper och fördragen. Den teleologiska tolkningsmetoden kommer att användas genomgående under uppsatsen för att undersöka inte bara de syften som artiklarna i FEUF ämnar uppfylla, utan även för att bedöma huruvida användningen av standardavtal vid offentlig upphandling tjänar upphandlingsrättens bakomliggande syften.

1.4.2 Analogitolkning

Analogitolkning är en tolkningsmetod som används flitigt av EU-domstolen, och som också är central genom uppsatsen då det saknas rättspraxis som berör det specifika område som undersöks samt då lagreglering på området är väldigt bred. Analogitolkningar innebär att man tillämpar lagregler eller praxis på ett rättsområde som de egentligen inte tillhör.⁹ Sådana tolkningar är framträdande i EU-domstolens domar främst eftersom de allmänna rättsprinciperna och fördragen är så pass generaliserade att de går att tillämpa på flera rättsområden, och den praxis som mynnar ut från dem kan tillämpas analogt på flera olika fall. Samma metodik kommer att tillämpas i uppsatsen för att försöka rama in ett rättsområde som till stor del inte behandlas varken i lag eller i rättspraxis, varför man får söka sig till intilliggande domar och lagar för att analogt tillämpa dessa på problemet kring användning av standardavtal.

⁶ Hettne, Otken Eriksson, s. 163.

⁷ Domstolens dom av den 25 november 1986, Marthe Klensch m.fl. mot statssekreteraren för jordbruk och vinodling, Förenade målen 201/85 och 202/85, EU:C:1986:439, p. 21. Även domstolens dom av den 5 mars 1991, Siegfried Rauh mot Hauptzollamt Nürnberg-Fürth, mål C-314/89, EU:C:1991:143, p. 17.

⁸ Hettne, Otken Eriksson, s. 168.

⁹ Ibid.

1.4.3 Användning av empiriskt material i rättsvetenskaplig kontext

Uppsatsen kommer till viss del att använda sig av empiriskt material för att bidra med kontext, bakgrundsinformation och perspektiv från bland annat upphandlande myndigheter, upphandlingsmyndigheten, konkurrensverket och andra relevanta aktörer. Användningen av empiriskt material för att tillhandahålla relevant bakgrundsinformation torde inte innebära några metodproblem i kontexten av en rättsvetenskaplig uppsats.¹⁰ Det empiriska materialet bidrar med kontext genom att bland annat förklara vissa företeelser och branscher för läsaren vilket säkerställer en viss grundkunskap som är viktig för att förstå det rättsliga problem som uppsatsen ämnar undersöka. Då exempelvis entreprenadrättens område är oreglerat i lag måste empiriskt material i form av andra källor, bortkopplade från officiella rättskällor enligt traditionell rättsvetenskaplig metod, användas för att förklara dessa områden och tillhandahålla den kontext och bakgrund som är nödvändig för att förstå uppsatsens syfte. Tillhandahållande av bakgrundsinformation och brist på relevanta rättskällor kan således motivera användningen av empiriskt material i rättsvetenskapliga studier.¹¹

¹⁰ Sandgren, sid. 736.

¹¹ Ibid, sid. 742.

1.5 Disposition

Inledning	Inledningen presenterar studiens bakgrund, syfte, frågeställningar och metod.
Entreprenadrätt och Upphandlingsrätt	Avsnittet presenterar bakomliggande syften och innehåll i entreprenadrättsliga regler och upphandlingsrättslig lag för att bidra läsaren med en kontext till problemet och reglernas användning.
Etableringsfrihet och friheten att tillhandahålla tjänster	Avsnittet avhandlar skillnader mellan de två unionsrättsliga friheterna etableringsfrihet och frihet att tillhandahålla tjänster för att fastställa vilka unionsrättsliga regler som entreprenörer är underkastade.
Inskränkningar i friheten att tillhandahålla tjänster	Avsnittet presenterar relevanta rättsfall från EU-domstolen som berör tolkningen av olika åtgärder som utgör inskränkningar i den fria rörligheten av tjänster.
Rättfärdigande grunder för inskränkning av friheten att tillhandahålla tjänster	Avsnittet presenterar relevanta EU-fördagsregler och rättsfall från EU-domstolen relaterade till rättfärdigande grunder för inskränkning av den fria rörligheten av tjänster.
Analys	Analysen går igenom de två tidigare avsnittens rättsfall och tillämpar domstolens tolkningsmetodik på användningen av standardavtal vid offentlig upphandling för att erinra om hur EU-domstolen skulle kunna antas göra sin bedömning om de ställdes inför problemet som uppsatsen fokuserar på.
Slutsats	Slutsatsen summerar och konkretiserar analysen och besvarar samtidigt studiens frågeställningar.

2 Entreprenadrätt och Upphandlingsrätt

2.1 Entreprenadrättens omfattning

Entreprenadrätt är ett rättsområde som i stort sett är helt oreglerad i nationell lagstiftning. Entreprenader har istället sedan tidigt 1900-tal reglerats genom en samling av standardavtal utformade av Byggnadets Kontraktskommitté (BKK), en intresseorganisation vars syfte är att tillgodose intressen för byggherrar, entreprenörer och konsulter. Standardavtalen är tre till antalet – AB 04, ABT 06 och ABK 09 – och avser olika former av entreprenader.¹² Dessa standardavtal används enbart vid upphandling av entreprenader i Sverige och utgör idag branschstandarden för såväl konstruktion av byggnader som anläggning och drift av infrastruktur.

Då de av BKK utformade standardavtalen inte bygger på lagstiftning utan är självständigt utformade av en intresseorganisation finns det inte heller några offentligt tillgängliga förarbeten att ta del av för att bättre förstå sig på de syften och överväganden som är förknippade med dess uppkomst. I stället går kortfattad information att finna på BKK:s hemsida där det bland annat anges de mål som BKK, genom användningen av deras standardavtal, ämnar uppnå på entreprenadmarknaden.¹³ Kort summerat inkluderar dessa; sund konkurrens, innovation, kvalitet och kostnadseffektivitet, bra samarbete, transparens, kvalitet, användarvänlighet, lägre transaktionskostnader och optimal riskfördelning. För att uppnå målen består BKK:s styrelse av representanter från intresseorganisationer för byggherrarna, byggföretagen, installatörs- och innovationsföretagen, samt medlemsorganisationer som representerar olika grupper av företag inom entreprenadbranschen. Genom samarbetet ges BKK vid utvecklingen av deras Allmänna Bestämmelser möjligheten att sondera marknaden och ta in åsikter från alla olika branschaktörer för att på så sätt nå samförstånd mellan diverse intressenter så att avtalen blir så jämlika som möjligt i termer av exempelvis riskfördelning.

2.2 Innehållet i ”Allmänna Bestämmelser”

Inom entreprenadverksamhet förekommer ett antal olika former av handlingar som reglerar omständigheter kring entreprenaden. Utöver allmänna föreskrifter som tillhandahålls av beställaren och som föreskriver hur entreprenadarbetet skall utföras, är standardavtalen AB 04, ABT 06 och ABK 09 några av de mest huvudsakliga handlingarna som dikterar regler inom många entreprenader. Detta avsnitt kommer att översiktligt gå igenom reglerna i ”Allmänna bestämmelser för totalentreprenader avseende byggnads-, anläggnings- och installationsarbeten” (ABT 06). Avtalet avser totalentreprenader, dvs. entreprenadarbeten där entreprenören står för både projektering och utförande, till skillnad från utförandeentreprenad som regleras genom AB 04 där beställaren står för projekteringen och entreprenören enbart för utförandet. Eftersom totalentreprenader innebär ett mer omfattande ansvar för entreprenören kommer bestämmelserna i ABT

¹² Hedberg, s. 13.

¹³ Byggnadets kontraktskommitté, ’om BKK’, hämtad 2023-11-13.

06 att agera som representativa i förevarande avsnitt, men det tål att nämnas att det såklart föreligger skillnader mellan alla tre standardavtal.

Bestämmelserna i ABT 06 berör dels entreprenörens respektive beställarens skyldigheter och ansvar i förhållande till entreprenaden, dels allmänna administrativa regler och förfaranden som exempelvis tvistelösning eller regler för hur entreprenaden skall organiseras. Avsnittets syfte är främst att summera de olika skyldigheterna och ansvarsområdena för entreprenören respektive beställaren, samt beröra några förfaranden av särskild betydelse för båda parter och som har relevans för studiens syfte.

2.2.1 Entreprenörens skyldigheter och ansvarsområden

Entreprenören är underställd ett stort antal skyldigheter och ansvarsområden både i förhållande till beställaren och till det arbete som utförs inom entreprenaden. Redan i 1:1 ABT 06 konstateras det att även om inga krav ställs genom beställarens kontraktshandlingar så har entreprenören ett s.k. ”*funktionsansvar*” som innebär att han är skyldig att leverera en produkt som fungerar för det avsedda ändamålet. 2:1 ABT 06 föreskriver i övrigt att entreprenaden skall genomföras i enlighet med entreprenadhandlingarna, dvs. beställarens krav och föreskrifter samt att entreprenören skall utföra sitt åtagande fackmässigt.

Utöver ansvaret för själva utförandet av entreprenaden har entreprenören också enligt 5:1 ABT 06 ett ansvar för eventuell skada som uppkommer på entreprenaden samt för fel som framträder under garantitiden,¹⁴ vilken är fem år från entreprenadens godkännande.¹⁵ En garanti innebär i ABT 06:s bemärkelse en skyldighet för entreprenören att avhjälpa felet, vilket skall företas av entreprenören inom två månader efter att skriftlig underrättelse har kommit entreprenören tillhanda.¹⁶ Entreprenören ansvarar även för åtgärder vidtagna av anställda eller underentreprenörer till entreprenören, samt för eventuella skadeståndsanspråk från tredje man mot beställaren som beror på entreprenaden. Entreprenören är endast friskriven om han inte rimligen kunnat förebygga eller begränsa skadan.

2.2.2 Beställarens skyldigheter och ansvarsområden

Beställaren av entreprenaden har också ett antal ansvarsområden och skyldigheter gentemot entreprenören och entreprenaden. Beställaren förväntas lämna föreskrifter, krav och kontraktshandlingar till entreprenören, samt förutsätts ha lämnat sådana uppgifter som kan erhållas vid en fackmässig undersökning av den fastighet eller del av fastighet som berörs av kontraksarbetet. Beställaren förväntas vidare enligt 1:11 ombesörja kostnader för bygglov, tillstånd, anmälningar och besiktning som erfordras för verksamheten.

Vad avser entreprenörens garantiansvar föreligger även en förpliktelse för beställaren att utan dröjsmål skriftligen underrätta entreprenören om upptäckter av

¹⁴ 5 kap. 5 § allmänna bestämmelser för totalentreprenader avseende bygnads-, anläggnings- och installationsarbeten (ABT 06).

¹⁵ 4 kap. 7 § ABT 06.

¹⁶ 5 kap. 17 §, 2st ABT 06.

skador eller andra fel. Underlåtelse att underrätta entreprenören inom rimlig tid kan innebära ersättningsskyldighet för ytterligare kostnader som orsakas på grund av försenad underrättelse. För avhjälpande av fel är beställaren skyldig att lämna entreprenören erforderligt tillträde till arbetsplatsen för avhjälpande av felet. Entreprenören kan dock bli ersättningsskyldig för eventuella olägenheter eller kostnader som uppstår för beställaren på grund av att arbete avbryts för avhjälpande.

2.2.3 Tvistelösning

Bestämmelserna om tvistelösning i ABT 06 tillämpas lika på båda parterna och kan åberopas av endera parten mot den andra. Tvistelösningsreglerna återfinns i kapitel 9 och 10 i ABT 06. Kapitel 9 föreskriver att tvister rörande kontraktshandlingar skall avgöras av allmän domstol eller genom skiljeförfarande, beroende på det omtvistade beloppets storlek. En tvist hänskjuten till domstol berättigar inte entreprenören att avbryta arbetet och berättigar inte heller beställaren att innehålla belopp som inte direkt omfattas av tvisten. Tvister som faller under den i 9:3 konstaterade beloppsgränsen på 150 prisbasbelopp skall tas till allmän domstol, belopp över gränsen skall lösas genom skiljedom.

Kapitel 10 i ABT 06 föreskriver en alternativ form av tvistelösning kallad "*förenklad tvistelösning*" som innebär att parterna gemensamt hänskjuter frågan till en ojävig skiljeperson, vanligtvis en advokat, som gemensamt har valts ut av parterna givet att en skiljeperson inte redan angivits i kontraktshandlingarna. När skiljeperson utsetts följer ett antal tidsfrister:

- Båda parter skall inom en vecka från det att skiljeperson utsetts skriftligen yttra sig och klargöra sin inställning i frågan.
- Part har därefter rätt att yttra sig en gång över vad motparten har anfört, vilket skall ske inom en vecka efter att motpartens första yttrande har mottagits.
- Skiljeperson skall inom fyra veckor efter att skriftligen ha mottagit de handlingar som parterna åberopar meddela parterna sitt beslut i skrift. Beslutet är bindande för parterna såvida de inte enas om annan lösning eller missnöjesanmälan upprättas.
- Om en av parterna är missnöjd med beslutet skall missnöjesanmälan göras skriftligen till motparten inom en månad från det att skiljepersonen har meddelat sitt beslut. Om missnöjesanmälan inte upprättas i tid innebär det att båda parterna har accepterat beslutet.

Det finns fortfarande möjlighet för parterna att väcka talan i domstol angående en tvist som prövas genom förenklad tvistelösning. Tvistelösningen skall i sådana fall avbrytas och skiljepersonens arvode betalas av parten som avbrutit tvistelösningen.

2.2.4 FIDIC

Det är värt att poängtera att det även på ett internationellt plan används standardavtal för att reglera förhållanden mellan byggherre och entreprenör. De mest använda och

vanligaste standardavtalen är de av International Federation of Consulting Engineers (FIDIC) utvecklade standardavtalen, som även dessa delas upp beroende på vilken form av entreprenad som avses. FIDIC används idag i ca 100 länder världen över och representerar mer än 40 000 företag globalt.¹⁷ FIDIC-avtalen är till utformning och syfte på många sätt ganska lika BKK:s standardavtal, med ett par nämnvärda distinktioner.

FIDIC stipulerar att beställaren vid kontraktstecknandet skall tillsätta en ”*Engineer*” som företräder beställaren i kontakt med entreprenören, samt agerar tvistelösare och fattar beslut i tvistemål mellan beställare och entreprenör. ”*The Engineer*” skall då agera oberoende tredjepart, även om de i verkliga fall företräder beställaren, och framställa ett utlåtande i den tvistiga frågan. Om det fortfarande kvarstår tvistigheter även efter beslutet har meddelats av ”*The Engineer*” kan frågan hänskjutas till en ”*Dispute Adjudication Board*” (*DAB*) som kan utses på förhand eller vid behov, bestående av en representant från beställaren respektive entreprenören, samt en opartisk tredjepart som agerar utslagsdomare. Tvistelösningsnämnden meddelar i sin tur ett eget beslut i frågan som, såvida inte frågan överklagas och tas till domstol, är bindande för båda parterna att följa.¹⁸ Medlemmarna i tvistelösningsnämnden brukar vara personer med erfarenhet av entreprenadbranschen vars jobb helt eller delvis består i att bistå som domare i tvistelösningsnämnder.

2.3 Lagen om offentlig upphandling

Lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU) reglerar det upphandlingsförfarande som myndigheter måste genomgå när de skall köpa in varor eller tjänster. Översiktligt kan upphandlingsförfarandet beskrivas i ett antal steg som börjar med att det uppstår ett behov av att göra ett inköp eller investering i ny infrastruktur. Marknaden analyseras för att kunna kartlägga vad det är som behöver beställas, vilket formuleras till ett upphandlingsdokument innehållande de krav som ställs på leverantörerna. När en sammanställning har upprättats annonseras upphandlingen i en annonsdatabas samt i vissa fall på en EU-databas. Leverantörerna lämnar sedan in anbud i vilka de uppger hur de uppfyller kraven, samt en kostnadskalkyl för hur mycket de kan erbjuda sina tjänster för. Efter att anbudstiden löpt ut genomförs det en prövning av anbuderna med grund i antingen förhållandet pris-kvalitet, kostnad eller pris. Det finns även visst utrymme för andra faktorer såsom miljöpåverkan, sociopolitisk effekt etc. som kan påverka avvägningen av ett anbud. Efter att ett anbud har utsetts baserat på ett av dessa kriterier tilldelas annonsen till en leverantör och tilldelningsbeslutet annonseras ut.¹⁹

LOU härstammar från ett EU-direktiv om offentlig upphandling²⁰ som, utöver att beröra den faktiska lagstiftningen som skall implementeras, även lyfter ett antal skäl till direktivets uppkomst och relevans. Redan i direktivets första punkt går det att läsa att:

¹⁷ FIDIC, 'About us', hämtad 2023-11-13.

¹⁸ Lindahl 'Fördelar med FIDIC jämfört med svenska standardavtal', hämtad 2023-11-13.

¹⁹ Upphandlingsmyndigheten, 'Genomför upphandlingen', hämtad 2023-11-13.

²⁰ Europaparlamentets och Rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.

”Offentlig upphandling av medlemsstaternas myndigheter eller för deras räkning måste överensstämma med principerna i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget), särskilt om fri förlighet för varor, etableringsfrihet och frihet att tillhandahålla tjänster samt de principer som följer därav [...]”²¹

Vad som framgår av citatet är alltså att direktivet om offentlig upphandling. Inre marknadsakten har bland annat till syfte att säkerställa att offentlig upphandling på nationell nivå sker med beaktande av funktionen av EU:s inre marknad och den fria rörlighet som skall gälla inom den.

Direktivet om offentlig upphandling bygger även på ett av Kommissionen utfärdat meddelande: Inre marknadsakten, som bland annat tar upp offentlig upphandling och förespråkar en omarbetning som ger upphov till ett upphandlingsförfarande med större fokus på miljö, innovation och socialt ansvar samt effektivare och enklare förfaranden.²² Det påpekas dock att strävan mot effektivare förfaranden inte får ske på bekostnad av den EU-övergripande tillgången till offentlig upphandling, utan tillgången till marknaderna måste ytterligare underlättas, främst för små och medelstora företag. Dessa målsättningar reflekteras till stor del även i regeringens proposition 2015/16:195 ”Nytt regelverk om upphandling”, som utgör en del av förarbetena till lagen om offentlig upphandling.

Sammanfattningsvis kan alltså konstateras att LOU bland annat reglerar offentlig upphandling av tjänster. Lagen skall i enlighet med dess bakomliggande EU-direktiv bidra till god konkurrens, vilket också innebär anpassning till EU:s inre marknad. En god konkurrens bidrar till att förverkliga de andra målen i direktivet, såsom innovation, miljöhänsyn och samhällshänsyn då fler konkurrenter innebär ett större behov för varje individuell entreprenör att utveckla sin verksamhet. Vidare är det viktigt att offentlig upphandling bidrar till och säkerställer effektivt utnyttjande av skattemedel genom att säkerställa den bästa kvaliteten till det lägsta priset.

2.4 Summering

Avsnitten ovan har bidragit till en överblick över innehållet och bakgrunden till entreprenadrätten och upphandlingsrätten. Dessa rättsområden är inte fokus i denna uppsats, men bidrar med en viktig kontext för att förstå problematiken som ligger bakom uppsatsens syfte.

Uppsatsen undersöker huruvida användningen av standardavtal vid offentlig upphandling av entreprenader äventyrar friheten att tillhandahålla tjänster inom EU. Entreprenadrätt utgör således en viktig kontext då det dels är faktumet att entreprenadbranschen är oregerad i lag, dels det faktum att den regleras genom nationella standardavtal, som riskerar att innebära en inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster. Vilket normsystem som sedermera föredras av entreprenadmarknadens aktörer och som över tid har vuxit fram som branschpraxis över de senaste 100 åren kan dock inte självständigt utgöra en inskränkning i friheten att

²¹ Ibid, p. 1.

²² Europeiska kommissionen, *Meddelande från Kommissionen till Europaparlamentet, rådet, europeiska ekonomiska och sociala kommittén och regionskommittén – inre marknadsakten – tolv åtgärder för att stimulera tillväxten och stärka förtroendet för inre marknaden ”Gemensamma insatser för att skapa ny tillväxt”*, KOM(2011) 206 Slutlig.

tillhandahålla tjänster då unionsrätten inte har någon räckvidd att påverka utvecklingen av privata marknader inom medlemsländerna. Av denna anledning utgör även offentlig upphandling en viktig kontext eftersom det faktum att statliga myndigheter under förfarandet av offentlig upphandling föreskriver användningen av standardavtal riskerar att innebära en inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster. Svenska myndigheter är tvungna att, som stipulerat i förarbeten till LOU, beakta EU:s inre marknad vid offentlig upphandling. Genom att föreskriva användningen av standardavtal vid offentlig upphandling riskerar Sverige att bryta mot denna skyldighet. Av denna anledning utgör båda dessa rättsområden viktiga kontexter för att förstå den grundläggande problematik som uppsatsen försöker komma åt.

Uppsatsen kommer således inte vidare att fokusera på vare sig entreprenadrätt eller upphandlingsrätt, då den huvudsakliga problematiken ligger i den unionsrättsliga tolkningen av vad som utgör en inskränkning i den fria rörligheten av tjänster, för att sedan kunna pröva huruvida användningen av standardavtal faller inom denna tolkning.

3 Etableringsfrihet och frihet att tillhandahålla tjänster

3.1 Skillnaden mellan etableringsrätt och rätten att tillhandahålla tjänster

Då uppsatsen fokuserar på friheten att tillhandahålla tjänster behöver det fastställas den skillnad som föreligger mellan den i artiklarna 49–55 FEUF stadgade etableringsrätten och den i artiklarna 56–62 FEUF föreskrivna rätten att tillhandahålla tjänster. Dessa två grundläggande rättigheter berörs av olika bestämmelser i funktionsfördraget och det är därför viktigt att särskilja mellan dem då domstolen i praxis har uttalat att tjänstereglerna är subsidiära reglerna om etablering.²³ Särskiljning mellan bestämmelserna krävs följaktligen för att kunna konstatera under vilka bestämmelser entreprenadverksamhet faller så att analogitolkningar sker med utgångspunkt i rätt unionsrättsliga bestämmelser och praxis.

Gränsdragningen mellan bestämmelserna är något komplicerad då det beror på ett antal faktorer som genom en samlad bedömning konstaterar huruvida en tjänsteutövare skall anses vara etablerad i en medlemsstat eller ej. Domstolens förhållningspunkter demonstreras bland annat genom det vägledande rättsfallet C-215/01 Schnitzer:

”Vad beträffar den tillfälliga karaktären på den verksamhet som bedrivs i värdmedlemsstaten har domstolen uttalat att den skall bedömas inte bara i förhållande till tjänstens varaktighet, utan även i förhållande till hur ofta den tillhandahållits och dess regelbundenhet och kontinuitet. Att verksamheten är tillfällig utesluter inte att den som i fördragets mening tillhandahåller tjänster kan förse sig med en viss infrastruktur i värdmedlemsstaten (däri inbegripet ett kontor eller en byrå) i den mån detta är nödvändigt för att kunna fullgöra den ifrågakvarande tjänsten.”²⁴

Domstolen ställer upp ett antal omständigheter som behöver övervägas vid en bedömning av etablering respektive tillhandahållande av tjänster. Varaktighet syftar till hur länge varje tjänst tillhandahålls, regelbundenhet och kontinuitet syftar till hur ofta tjänsten tillhandahålls. Av detta följer – med stöd i bland annat rättsfallen C-55/94 Gebhard och C-458/08 Kommissionen v. Portugal – att enbart det faktum att en tjänsteutövare tillhandahåller en tjänst under en längre tid inte i sig innebär att tjänsteutövaren är etablerad i landet inom vilket tjänsterna tillhandahålls.²⁵ I praxis har domstolen som exempel på verksamheter som omfattas av sådana längre tidsperspektiv bland annat nämnt byggnadsentreprenader, som ibland kan sträcka sig

²³ Domstolens dom av den 30 november 1995, Reinhard Gebhard mot Consiglio dell’Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano, mål C-55/94, EU:C:1995:411, p. 22.

²⁴ Domstolens dom av den 11 december 2003, Bruno Schnitzer, mål C-215/01, EU:C:2003:662, p. 28.

²⁵ Domstolens dom av den 30 november 1995, Reinhard Gebhard mot Consiglio dell’Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano, mål C-55/94, EU:C:1995:411, p. 27. och Domstolens dom av den 18 november 2010, Kommissionen mot Portugal, mål C-458/08, EU:C:2010:692, p. 85.

över flera år utan att för den delen behöva innebära en etablering av tjänsteutövaren i värdstaten.²⁶

Eftersom entreprenadverksamhet ofta innefattar arbeten som sträcker sig över flera år och därmed även kräver att man etablerar kontor, investerar i maskiner, tar med sig personal till medlemslandet osv. är det lätt att felaktigt anta att all entreprenadverksamhet faller under reglerna för etablering. Förhoppningen är att det ovan anförda klargör att entreprenadverksamhet, trots att det innehar karaktärsdragen av en etableringsverksamhet och många gånger kräver uppförandet av kontor och maskineri, kan tillhandahållas som en tjänst inom unionen och kan därmed likväl omfattas av reglerna för tillhandahållande av tjänster.

²⁶ EU-domsolens dom, C-458/08, p. 85. och EU-domstolens dom, C-215/01, p. 30.

4 Inskränkningar i friheten att tillhandahålla tjänster

4.1 Artikel 56 FEUF

Artikel 56 FEUF är den huvudsakliga artikeln i kapitlet om friheten att tillhandahålla tjänster. Artikel 56 lyder:

”Inom ramen för nedanstående bestämmelser ska inskränkningar i friheten att tillhandahålla tjänster inom unionen förbjudas beträffande medborgare i medlemsstater som har etablerat sig i en annan medlemsstat än mottagaren av tjänsten.”

Artikeln stipulerar att det inte får föreligga hinder för personer eller företag etablerade i ett medlemsland inom EU att tillhandahålla tjänster till mottagare etablerade i andra medlemsländer. Fördragsbestämmelsen är formulerad på ett sådant sätt att den tillåter stort tolkningsutrymme avseende vad som utgör en ”inskränkning”. Lyckligtvis går det att ytterligare precisera bestämmelsen genom utlåtanden ur etablerad praxis från EU-domstolen.²⁷

”Enligt fast rättspraxis innebär artikel 49 EG inte bara att det är nödvändigt att avskaffa all form av diskriminering, på grund av nationalitet, av en tjänsteleverantör som är etablerad i en annan medlemsstat, utan även att det är nödvändigt att avskaffa varje inskränkning – även om den är tillämplig på inhemska tjänsteleverantörer och tjänsteleverantörer från andra medlemsstater utan åtskillnad – som innebär att tjänster som tillhandahålls av en tjänsteleverantör som är etablerad i en annan medlemsstat, där denne lagligen utför liknande tjänster, förbjuds, hindras eller blir mindre attraktiva.”²⁸

En inskränkning innebär alltså en åtgärd som är diskriminerande på grund av nationalitet och som förbjuder, hindrar eller gör det mindre attraktivt för tjänsteutövare från andra medlemsländer att tillhandahålla tjänster på den inre marknaden. I senare avsnitt kommer ett antal exempel från EU-rättslig praxis att tas upp för att närmare undersöka vilka olika former av inskränkningar som kan föreligga samt hur domstolen ställer sig till dessa. Först behöver dock det centrala begreppet ”diskriminering” behandlas närmare för att få en bättre förståelse för varför vissa av de åtgärder som senare tas upp kategoriseras som diskriminerande.

²⁷ Se bland annat Domstolens dom C-458/08, p. 83., Domstolens dom av den 15 januari 2002, Kommissionen mot Italien, mål C-439/99, EU:C:2002:14, p. 22., Domstolens dom av den 8 september 2005, Förenade målen Mobistar SA mot Commune de Fléron och Belgacom Mobile SA mot Commune de Schaerbeek, mål C-544/03 och C-545/03, EU:C:2005:518, p. 29., Domstolens dom av den 18 juli 2007, Kommissionen mot Tyskland, Mål C-490/04, EU:C:2007:430, p. 63., Domstolens dom av den 23 november 1999, Brottmål mot Jean Claude Arblade, mål C-369/96, EU:C:1999:575, p. 33., Eu-domstolens dom, C-76/90 p. 12., Domstolens dom av den 3 december 1974, Johannes Henricus Maria van Bindbergen mot Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid, mål C-33/74, EU:C:1974:131, p. 10., och Domstolens dom av den 5 oktober 1994, Kommissionen mot Frankrike, mål C-381/93, EU:C:1994:370, p. 17.

²⁸ EU-domstolens dom C-490/04, p. 63.

4.1.1 Diskriminering

Kravet på att åtgärden skall tillämpas på ett icke-diskriminerande sätt innebär att tillämpningen eller effekten av åtgärden inte får ge fördelar till inhemska tjänsteutövare framför tjänsteutövare från andra medlemsstater. Diskriminering av tjänsteutövare kan ta två olika skepnader: direkt eller indirekt diskriminering. *Direkt- eller öppen diskriminering* innebär att nationalitet är den tydliga och uttalat särskiljande faktorn som påverkar behandlingen av nationella respektive internationella tjänsteutövare.²⁹ Här kan det röra sig om allt från regler som förbjuder utländska aktörer att bedriva verksamhet, till regler som ställer ytterligare krav på tjänsteutövare från andra medlemsländer som inhemska tjänsteutövare inte behöver beakta. Direkt diskriminering är relativt sällan förekommande. *Indirekt- eller dold diskriminering* innebär istället att det saknas en uttalad distinktion mellan inhemska och internationella tjänsteutövare, men att effekten av åtgärden ändå är oproportionerligt missgynnande för tjänsteutövare från andra medlemsstater i jämförelse med nationella tjänsteutövare.³⁰ Definitionen kan bland annat återfinnas i EU-domstolens dom i målet C-62/81 ”Seco” i vilken domstolen konstaterade att det inte enbart är öppen diskriminering som är förbjuden utan även ”[...] alla former av förtäckt diskriminering som, även om de grundas på kriterier som framstår som neutrala, i praktiken leder till samma resultat.”³¹ Åtgärder som är indirekt diskriminerande är alltså alla åtgärder som, trots att den inte uttalat tillämpas olika på nationella och internationella tjänsteutövare, ändå har effekten av att missgynna internationella tjänsteutövare i relation till nationella aktörer.

4.2 Åtgärder som försvårar eller gör det mindre attraktivt att tillhandahålla tjänster

Som konstateras ovan får det alltså inte föreligga åtgärder som förbjuder, förhindrar eller gör det mindre attraktivt att tillhandahålla tjänster i en annan medlemsstat. Det förefaller vara ganska tydligt vilka former av åtgärder som innebär ett direkt förbud mot att tillhandahålla tjänster, men vilka åtgärder som utgör hinder eller riskerar att göra det mindre attraktivt att tillhandahålla tjänster på den inre marknaden är otydligare. Därför undersöker följande avsnitt ett antal åtgärder som domstolen har bedömt kan göra det svårare eller mindre attraktivt att tillhandahålla tjänster i landet.

4.2.1 C-544/03 ”Mobistar”

Mål C-544/03 ”Mobistar” berörde nationell lagstiftning som ålade teleoperatörer att betala en särskild avgift till ägare av antenner och master för mobiltelefoni i utbyte mot rätt att använda sig av dessa vid tillhandahållande av sina mobiltjänster. Tvistigheten som uppstod i målet berörde huruvida dessa avgifter utgjorde ett hinder för friheten att tillhandahålla tjänster.

²⁹ St. Clair Renard., s. 93.

³⁰ St. Clair Renard., s. 94.

³¹ Domstolens dom av den 3 februari 1982, Seco SA och Desquenue & Giral SA mot Etablissement d'assurance contre la vieillesse et l'invalidité, förenade målen C-62/81 och 63/81, EU:C:1982:34, p. 8.

Domstolen fastställde i målet att åtgärder som endast får till följd att ytterligare kostnader för tillhandahållande av tjänster uppstår, dvs. att avgifterna tillämpas lika både på inhemska och utländska operatörer, inte omfattas av artikel 56. Utländska operatörer påverkades inte i högre grad, varken faktiskt eller rättsligt, av dessa avgifter jämfört med inhemska operatörer. Eftersom det således inte förelåg någon diskriminering, varken direkt eller indirekt ansågs inte avgifterna utgöra en diskriminerande åtgärd och därmed inte heller en inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster.

Domstolen lyfte dock i sin bedömning en omständighet som är högst relevant för uppsatsen, nämligen frågan om exklusiva och speciella rättigheter som förelegat för operatörer som etablerat sig tidigt på marknaden. Domstolen erinrade om att det tidigare på mobilkommunikationsmarknaden hade tillerkänts särskilda rättigheter eller förmåner till vissa mobiloperatörer, vilket senare behövde avskaffas genom direktiv utfärdade av EU. Skälet för avskaffandet var att förmånerna snedvred konkurrensen genom att begränsa tillgången för utländska mobiloperatörer som försökte etablera sig på marknaden. Tillgången begränsades som en konsekvens av de exklusiva rättigheter till antenner som tidigare getts till inhemska operatörer och som skapade ett sorts rådande oligopol på den knappa infrastruktur som krävdes för att tillhandahålla mobiltjänster inom landet.

Domstolen framhöll här att även om sådana förmåner inte längre existerade vid tiden för domstolens bedömning, så kunde det mycket väl vara fallet att operatörer som hade haft sådana rättigheter fortfarande åtnjöt särskilda konkurrensfördelar som ett resultat av dessa. Operatörer som hade befunnit sig länge på marknaden och som tidigare åtnjutit sådana fördelar hade nämligen tack vare dessa haft möjlighet att amortera sina omkostnader för upprättande av nät. De krav som nya operatörer på marknaden ställdes inför avseende upprättande av egen infrastruktur och den geografiska täckning som näten måste uppfylla, kunde påverka dessa operatörers möjlighet att kontrollera sina omkostnader och kunde därför innebära mer ogynnsamma förhållanden i jämförelse med äldre operatörer på marknaden. Förhållanden som, trots att de inte längre föreligger på marknaden, tidigare har gett vissa aktörer särskilda förmåner kan alltså utgöra en omständighet som *försvårar* och gör tillhandahållandet av tjänster *mindre attraktivt* för utländska operatörer som vill tillhandahålla tjänster inom landet.

4.2.2 C-439/99 "Kommissionen mot Italien"

C-439/99 Kommissionen mot Italien är ett rättsfall som berörde utländska mässorganisatörers möjligheter att tillhandahålla tjänster i form av arrangemang av mässor inom Italien. Enligt italiensk lag uppställdes ett stort antal krav som behövde uppfyllas av mässorganisatörerna för att de skulle få lov att tillhandahålla tjänster inom territoriet. Ett av dessa krav föreskrev att mässorganisatörens verksamhet var beroende av att lokalt etablerade aktörer skulle vara deltagande, om än bara av rådgivande karaktär, i förfarandet för godkännande och auktorisation av organisatörer samt avseende beviljandet av subventioner till dem.

Domstolen framhöll i sin bedömning dels att krav på auktorisation eller officiellt godkännande utgjorde en inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster, dels att

involveringen av lokala aktörer som står i direkt konkurrens till företagen som söker auktorisation på samma sätt utgjorde en kränkning av friheten att tillhandahålla tjänster eftersom det då fanns möjligheter för lokala aktörer att försena beslut, föreslå överdrivna restriktioner eller ta del av väsentlig information om konkurrenterna.³²

Omständigheten att konkurrenter till viss del har möjlighet att diktera villkor för inträde eller förutsättningar för tillhandahållande av tjänster inom ett visst land utgör således i domstolens mening en inskränkning i den fria rörligheten för tjänster då det sannolikt innebär att det blir mindre attraktivt för tjänsteutövare från andra medlemsländer att tillhandahålla tjänster inom landet.

4.3 Double burden och erkännande av kvalifikationer

Domstolen har genom rättspraxis konsekvent vidhållit att en åtgärd inte är förenlig med gemenskapsrätten om det är så att tjänsteutövare från andra medlemsländer som påverkas av åtgärden redan är underställda liknande krav i deras etableringsland.³³

“[...] as a fundamental principle of the Treaty, the freedom to provide services may be limited only by rules which are justified by imperative reasons relating to the public interest and which apply to all persons or undertakings pursuing an activity in the State of destination, in so far as that interest is not protected by the rules to which the person providing the services is subject in the Member State in which he is established.”³⁴

Principen som representeras genom citatet ovan kallas ”*double burden*” och innebär att en tjänsteutövare behöver underkasta sig två länders regler, vilket många gånger är orimligt betungande då det innebär ökade kostnader och ytterligare administrativa bördor som egentligen inte leder till en högre kvalitet på tjänsten, eftersom etableringslandet redan har infört regler som uppfyller samma syfte som värdmedlemsstaten ämnar uppfylla.³⁵ Således kan bedömningen av en åtgärd vara sådan att den uppfyller sitt syfte och inte går utöver vad som är nödvändigt, men att tjänsteutövare från andra medlemsländer ändå inte skall vara underkastade den eftersom de redan lyder under liknande lagstiftning från sitt etableringsland. De rättsfall som presenteras nedan utgör exempel på sådana förfaranden.

4.3.1 C-458/08 ”Kommissionen mot Portugal”

Mål C-458/08 berörde en inskränkning i den fria rörligheten för tjänster som uppstod till följd av särskilda krav som Portugal uppställt för tillhandahållandet av byggtjänster inom landet. För att en entreprenör skulle få lov att tillhandahålla byggtjänster inom Portugal krävdes det att de tilldelades en licens som utfärdades av ett statligt institut i Portugal. För att vara berättigad till licensen behövde entreprenören tillgodose vissa krav som visade på kommersiell lämplighet, teknisk kapacitet och ekonomisk samt finansiell kapacitet. Kommersiell lämplighet syftade till lämpligheten av själva projektet och entreprenören ur ett kommersiellt perspektiv

³² Se även förslag till avgörande av generaladvokat Alber, föredraget den 29 maj 2001, Frankrike mot Monsanto Company och Kommissionen, C-248/99, EU:C:2001:292, p. 165.

³³ Se bland annat EU-domstolens dom C-76/90, p. 15., EU-domstolens dom C-215/01, p. 17., Domstolens dom av den 17 december 1981, brottmål mot Alfred John Webb, mål C-279/80, EU:C:1981:314, p. 17., och EU-domstolens dom C-154/89 p. 14.

³⁴ Domstolens dom C-76/90, p. 15.

³⁵ St. Clair Renard.

och demonstrerades oftast med utdrag från belastningsregister. Teknisk kapacitet syftade till organisationsstrukturen, HR-kapacitet, antal anställda och framför allt tidigare professionell erfarenhet. Ekonomisk och finansiell kapacitet syftade till omsättning och finansiell stabilitet grundat i likviditet och soliditet inom företaget. Det bakomliggande syftet var enligt Portugal att säkerställa att entreprenören uppfyllde särskilda krav för att garantera säkerheten under konstruktionen med avseende både på säkerhet för människor samt för miljön och ekonomin, samt även skydda det historiska arkitektoniska arvet inom landet.

Åtgärden innebar en double burden för de entreprenörer som kom från andra medlemsstater och som behövde uppfylla både sin egen medlemsstats och Portugals krav på entreprenadverksamhet. I sitt utlåtande konstaterade EU-domstolen att kravet innebar en inskränkning i artikel 56. Tjänstutövare har rätt enligt unionsrätten att tillhandahålla tjänster i andra medlemsstater under sin ursprungliga professionella titel utan att behöva be om erkännande av sina professionella kvalifikationer i den medlemsstaten som denne tillhandahåller sina tjänster.³⁶ Domstolen konstaterade därför att Portugal hade misslyckats med att uppfylla sina förpliktelser enligt artikel 56 FEUF. Liknande argumentation framfördes av domstolen i mål C-439/99 Kommissionen mot Italien inom vilket det också föreskrevs att tjänsteutövare behövde officiellt godkännande från myndigheter för att få tillhandahålla tjänster inom Italien. Här framförde domstolen också att tjänsteutövarna redan var underkastade liknande regler i etableringslandet och att ytterligare regler uppställda av Italien utgjorde en double burden, trots att reglerna i sig var rättfärdigade med hänsyn till allmän ordning och säkerhet. Världmedlemsstatens regler kan således anses inskränkande trots att de, tolkade i ett vakuum där de inte ställs mot andra medlemsstaters lagstiftning, skulle kunna vara motiverade.

4.3.2 C-215/01 ”Schnitzer”

En vidareutveckling av ovan presenterade praxis påträffas i mål C-215/01 ”Schnitzer” som berörde en tysk lagstiftning som krävde att hantverkare som ville utöva hantverksverksamhet skulle registreras i ett nationellt hantverksregister, vilket endast skedde efter att hantverkaren avlagt ett godkänt mästarprov. Här krävdes att hantverkare, för att godkännas tillträde till marknaden, visade på sina professionella kvalifikationer genom att avlägga ett hantverksprov trots att de redan hade godkännande att utföra samma verksamhet i sitt etableringsland.

Det framgår inte i målet att den aktuella åtgärden är att anse som en double burden då domstolen ansåg att den var berättigad utifrån sitt syfte. Domstolen framhöll dock en annan viktig punkt som utvecklar en eventuell problematik kring double burden-åtgärder, nämligen det faktum att de inte får lov att fördröja eller försvåra utövandet av en i en annan medlemsstat etablerad persons rätt att tillhandahålla tjänster i världstaten. I det aktuella fallet ansågs ett krav på registrering som en försening av möjligheten att tillhandahålla tjänster eftersom själva registreringen, efter att bedömning av huruvida kraven som ställts är uppfyllda, torde vara automatisk.

³⁶ Se även EU-domstolens dom, C-55/94, inom vilket en tysk jurist verksam i Italien blev anmäld för att arbeta under titeln ”advokat” trots att han inte var del av det italienska advokatsamfundet. Domstolen konstaterar att professionella kvalifikationer måste erkännas mellan gränser och att en person som således lagligen utför advokatycket i en medlemsstat även har rätt att göra detta i andra medlemsstater.

Sådana ytterligare administrativa förfaranden som åläggs tjänstutövaren att själv behöva säkerställa kan utgöra en inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster då det försvårar eller försenar tillhandahållandet av tjänster i medlemsstaten.

4.3.3 Förenade målen 62- och 63/81 ”Seco mot EVI”

Slutligen skall det också konstateras att double burden, utöver dubbel regelefterlevnad, även kan ta en annan form som bland annat demonstreras i målet ”Seco mot EVI”.³⁷ I målet ställdes det krav på att företaget Seco skulle betala socialavgifter för sina arbetstagare till det land inom vilket företaget tillhandahöll tjänster. De nationella reglerna var utformade på ett sådant sätt att det föreskrevs att både arbetsgivare och arbetstagare skulle betala in socialavgifter, men att arbetstagarna kunde undslippa betalning om så önskades. Arbetsgivaren hade dock inte samma möjlighet, utan var tvungen att betala in socialavgifter till värdlandet. Om arbetstagarna valde att inte betala in socialavgifterna fick de heller inte några sociala förmåner, trots att arbetsgivaren fortfarande betalade socialavgifter för sina anställda.

Domstolen framhöll att inskränkningarna bestod i att Seco redan var skyldig att betala socialavgifter för sina arbetstagare i det land företaget var etablerat, och att betalningen av socialavgifter i värdlandet inte ledde till några faktiska ytterligare förmåner för arbetstagarna. Vad som demonstreras i det aktuella fallet är alltså att double burden också kan innebära en ekonomisk börda i form av att tjänsteutövare från andra medlemsstater åläggs ytterligare kostnader som de redan betalar i etableringslandet men som de även blir tvungna att betala i värdlandet utan att detta resulterar i ytterligare nyttigheter för tjänsteutövaren.

4.4 Ökade kostnader och administrativa förfaranden

Utöver de ovan presenterade formerna av inskränkningar kan tillhandahållande av tjänster även försvåras eller göras mindre attraktivt på grund av att tjänsteutövare åläggs ytterligare kostnader eller administrativa förfaranden. I följande avsnitt kommer ett antal rättsfall som berör sådana åtgärder att presenteras.

4.4.1 C-490/04 ”Kommissionen mot Tyskland”

Mål C-490/04 Kommissionen mot Tyskland är ett rättsfall som berörde tysk lagstiftning som föreskrev att arbetsgivare som var etablerade utanför Tyskland hade en skyldighet att i Tyskland förvara sådana handlingar som var nödvändiga för att kontrollera att nationella rättsliga skyldigheter efterföljdes. Dessa handlingar skulle översättas till tyska och förvaras på byggarbetsplatsen så att kontrollmyndigheter kunde få åtkomst till dem. Kommissionen anförde att skyldigheten utgjorde en inskränkning i den fria rörligheten av tjänster eftersom detta ytterligare administrativa åtagande, som endast tillämpades på utländska tjänsteutövare, innebar en oproportionerligt betungande skyldighet.

I respons till Kommissionens argument framförde domstolen följande:

³⁷ EU-domstolens dom, förenade målen 62/81 och 63/81.

”För det första skall det slås fast att nämnda bestämmelse, genom att den medför en skyldighet att översätta de aktuella handlingarna till tyska, utgör en inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster. Denna skyldighet medför nämligen extra utgifter och en extra administrativ och ekonomisk börda för de företag som är etablerade i en annan medlemsstat, så att dessa företag i konkurrensmässigt avseende inte är likställda med de arbetsgivare som är etablerade i värdmedlemsstaten, vilket kan medföra att de avhålls från att tillhandahålla tjänster i denna medlemsstat”³⁸

Ytterligare administrativa och ekonomiska bördor kan enligt EU-domstolen innebära en inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster då det försätter tjänsteutövare i konkurrensmässigt sämre situationer jämfört med nationella aktörer.

4.4.2 C-369/96 ”Arblade”

Mål C-369/96 Arblade var ett mål som bland annat tog upp inskränkningar som beror på administrativa kostnader. Belgisk lagstiftning uppställde ett antal krav på arbetsgivare som tillhandahöll tjänster inom Belgien, varav två är av intresse för uppsatsen: krav på att föra anställningsrelaterade handlingar samt krav på förvaring av nämnda anställningsrelaterade handlingar.

Det första kravet begärde att arbetsgivare från andra medlemsstater som tillhandahöll tjänster inom Belgien upprättade en arbetsordning, personalregister och personligt konto för varje utstationerad arbetstagare. Domstolen framhöll här att en sådan skyldighet medförde ytterligare utgifter och administrativa samt ekonomiska bördor för utländska tjänsteutövare, vilket sedermera – i likhet med fallet i mål C-490/04 Kommissionen mot Tyskland – ledde till ett försämrat konkurrensläge för dessa aktörer i förhållande till inhemska arbetsgivare.³⁹ Det framgick även i rättshandlingarna i ärendet att de utländska tjänsteutövarna som var i fråga i målet redan omfattades av regler med liknande syfte till de som uppställdes av belgiska myndigheter i sitt etableringsland.

I fråga om det andra kravet begärde Belgien dels att sådana handlingar som nämns i det första kravet skulle förvaras åtkomligt på arbetsplatsen eller hos sådana ombud som företrädde arbetsgivaren, dels att sådana handlingar, efter det att arbetsgivaren inte längre sysselsatte arbetstagare i Belgien, skulle förvaras hos ombud inom landet i fem år. Med liknande motivering till den som presenterades i mål C-490/04 framhöll domstolen att sådana krav inte under några omständigheter kunde anses berättigade.⁴⁰ Även ett sådant krav innebar ökade administrativa bördor och ytterligare kostnader för entreprenörer som befann sig utanför landet än vad det gjorde för aktörer etablerade inom Belgien.

4.4.3 Sammanfattning avsnitt 4

Sammanfattningsvis kan det konstateras att inskränkningar i den fria rörligheten för tjänster bland annat kan ta formen av en double burden där entreprenören utsätts för ytterligare kostnader, godkännanden eller krav som redan uppfylls i etableringslandet. Inskränkningar kan också innebära att tillhandahållandet av tjänster försvåras

³⁸ EU-domstolens dom C-490/04, p. 68 och 69.

³⁹ EU-domstolens dom C-369/96, p. 58.

⁴⁰ Ibid, p. 77.

eller görs mindre attraktivt genom att utländska tjänsteutövare exempelvis har sämre konkurrensförutsättningar jämfört med nationella aktörer, eller att deras tillgång till marknaden försvåras eller förhindras av nationellt etablerade konkurrenter. Slutligen kan inskränkningarna även ta formen av ökade kostnader eller administrativa förfaranden som tjänsteutövaren åläggs och som får som konsekvens att tjänstetillhandahållandet försenas, försvåras eller görs mindre attraktivt för utländska aktörer.

5 Rättfärdigande grunder för inskränkning av friheten att tillhandahålla tjänster

Artikel 62 FEUF föreskriver att vissa undantagsgrunder kan föreligga som medför att åtgärder som innebär en inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster är berättigade. Artikel 62 hänvisar tillbaka till artiklarna 51–54 FEUF som berör rättfärdigande omständigheter för inskränkningar av etableringsfriheten, men som således även skall gälla på tjänsteområdet.

5.1 Artikel 51

Artikel 51 inleder med att förklara att verksamhet som är förenad med utövandet av offentlig makt inte omfattas av bestämmelserna om fri rörlighet för tjänster. Viktigt att poängtera i detta sammanhang är att utövande av offentlig makt inte innefattar entreprenader, även om ett led i tillhandahållandet av dessa tjänster ofta innefattar offentlig upphandling, vilket genomförs av offentliga organ. Enligt Europaparlamentet skall tolkningen av begreppet ”utövande av offentlig makt” tolkas restriktivt, och enbart omfatta verksamheter som innebär ett faktiskt utövande av offentlig makt. Verksamheter som till viss del innefattar utövande av offentlig makt eller kontakt med organ som utövar offentlig makt omfattas inte av bestämmelsen.⁴¹ För en närmare precisering kan ledning sökas i mål C-392/15 ”Kommissionen mot Ungern” i vilket kommissionen anför att begreppet skall innebära ”utövandet av en beslutsbehörighet som innebär att det görs avsteg från allmänna regler, vilket återspeglas genom en behörighet att vidta åtgärder oberoende av vad andra rättssubjekt vill, eller till och med i strid med vad de vill.”⁴² Med ledning av definitionen bör enbart konstateras att entreprenadverksamheten, trots sin kontakt med offentlig upphandling och upphandlande organ som har förutsättningen att utöva offentlig makt, inte omfattas av undantaget i artikel 51.

5.2 Artikel 52

Artikel 52 är den huvudsakliga artikel som berör undantagsgrunder för inskränkningar av den fria rörligheten av tjänster, och den artikel som detta avsnitt kommer att fokusera på. Artikel 52 konstaterar att inskränkningar i friheten att tillhandahålla tjänster kan rättfärdigas med hänsyn till allmän ordning, säkerhet eller hälsa. Artikel 52 är brett hållen och erbjuder ett stort tolkningsutrymme för vad som faller inom definitionen av allmän ordning.

⁴¹ Europaparlamentet, ”Etableringsfrihet och frihet att tillhandahålla tjänster, hämtad 2023-12-02.

⁴² Domstolens dom av den 1 februari 2017, Kommissionen mot Ungern, mål C-392/15, EU:C:2017:73, p. 64.

Här krävs att en viktig distinktion görs mellan hänsyn till begreppet allmän ordning och hänsyn till det i rättspraxis framvuxna begreppet ”allmänintresse”. Undantag som grundar sig i allmänintresse kan endast befalla sådana åtgärder som tillämpas lika för alla, dvs. åtgärder som inte är direkt diskriminerande.⁴³ Då undantagsgrunden ”allmänintresse” är mycket mer flexibel och generös än allmän ordning är det viktigt att dessa begrepp skiljs åt.⁴⁴

Innan specifika exempel tas upp är det även viktigt att först lyfta att det, utöver de tre grunderna som uppställs i artikel 52, även genom rättspraxis har vuxit fram ett antal ytterligare rekvisit som måste uppfyllas för att en åtgärd skall vara undantagen bestämmelserna i artikel 56 FEUF. I mål C-55/94 ”Gebhard” framför domstolen följande:

”Det framgår emellertid av domstolens rättspraxis att nationella åtgärder som kan hindra eller göra det mindre attraktivt att utöva de grundläggande friheter som garanteras av fördraget skall uppfylla fyra förutsättningar. De skall vara tillämpliga på ett icke-diskriminerande sätt, de skall framstå som motiverade med hänsyn till ett trängande allmänintresse, de skall vara ägnade att säkerställa förverkligandet av den målsättning som eftersträvas genom dem och de skall inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå denna målsättning.”⁴⁵

För att en åtgärd skall vara rättfärdigad enligt etablerad domstolspraxis skall åtgärden, utöver att vara motiverad med hänsyn till ett trängande allmänintresse, även tillämpas på ett icke-diskriminerande sätt, säkerställa förverkligandet av målsättningen med åtgärden samt inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå den.

Ytterligare en förutsättning för tolkning av lydelsen i artikel 52 som har vuxit fram genom praxis är att rättfärdigande grunder skall tolkas restriktivt.⁴⁶

”I gemenskapsrätten skall begreppet allmän ordning, i synnerhet när det används för att motivera ett undantag från den grundläggande friheten att tillhandahålla tjänster, dessutom tolkas restriktivt, så att dess räckvidd inte kan bestämmas ensidigt av varje medlemsstat utan kontroll av gemenskapens institutioner. Således kan allmän ordning med framgång åberopas enbart då det föreligger ett verkligt och tillräckligt allvarligt hot som påverkar ett grundläggande samhällsintresse.”⁴⁷

Vad som konstateras genom ovan citat och även konsekvent genom rättspraxis från EU-domstolen är att artikel 52, liksom andra bestämmelser som avviker från en grundläggande princip i fördraget, skall tolkas restriktivt. Detsamma gäller själva tolkningen av begreppet ”allmän ordning”. Då begreppet i sig är av väldigt bred karaktär klargör domstolen att dess tolkning oavsett skall vara restriktiv och att det måste föreligga ett tillräckligt stort hot mot ett grundläggande samhällsintresse för att en avvikelse från friheten att tillhandahålla tjänster skall vara motiverad. Domstolen försöker genom sitt yttrande begränsa individuella medlemsstaters utrymme för skönmässig bedömning vad gäller innebörden av begreppet ”allmän

⁴³ St. Clair Renard, s. 223.

⁴⁴ St. Clair Renard, s. 85.

⁴⁵ EU-domstolens dom C-55/94, p. 37.

⁴⁶ Se bland annat EU-domstolens dom C-490/04 p. 86., Domstolens dom av den 18 december 2007, Laval un Partneri Ltd mot Svenska Byggnadsarbetareförbundet, mål C-341/05, EU:C:2007:809, p. 117., och Domstolens dom av den 19 januari 1999, brottmål mot Donatella Calfa, mål C-348/96, EU:C:1999:6, p. 24.

⁴⁷ Domstolens dom av den 14 oktober 2004, Omega Spielhallen mot Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn, mål C-36/02, EU:C:2004:614, p. 30.

ordning”. Samtidigt har domstolen, på grund av att tolkningen av begreppet allmän ordning kan variera från land till land och från en tid till en annan, i praxis tillerkänt medlemsländerna visst tolkningsutrymme avseende begreppets innebörd.⁴⁸ Sammantaget kan då konstateras att ”allmän ordning” och ”allmänintresse” skall tolkas restriktivt, men kan erkännas visst utrymme för tolkning beroende på omständigheterna i det specifika målet.

5.2.1 Prövning av åtgärder

Citatet ovan från C-55/94 ”Gebhard” kan också sägas exemplifiera den tolkningsmetodik som domstolen tillämpar när de bedömer huruvida en åtgärd bör anses rättfärdigad eller ej. Domstolen inleder med att pröva huruvida åtgärden tillämpas på ett icke-diskriminerande sätt. Åtgärder som är direkt diskriminerande, dvs. att åtgärden gör skillnad på inhemska och utländska aktörer, kan inte vara rättfärdigade enligt artikel 52. Om åtgärden innebär dold diskriminering och således tillämpas likvärdigt på alla aktörer går domstolen vidare för att pröva om åtgärden kan motiveras med hänsyn till allmänintresse, allmän ordning, säkerhet eller hälsa. Här skall då, som konstaterats ovan, en restriktiv tolkning av begreppen tillämpas. Saknas det rättfärdigande hänsyn anses åtgärden vara inskränkande och bör förbjudas. Om domstolen istället finner att det existerar rättfärdigande hänsyn behöver de också pröva ifall åtgärden faktiskt verkar för att säkerställa uppfyllandet av den hänsyn som domstolen tillerkänt den. Om även så är fallet prövar domstolen slutligen om det finns mindre inskränkande åtgärder som uppfyller samma syfte som den aktuella åtgärden.

De två första överväganden kan sägas utgöra sakliga bedömningar som har sin grund i fakta, medan de två sista utgör en sorts proportionalitetsprövning som består i att väga graden av inskränkning på den fria rörligheten av tjänster mot skyddsvärdet av det bakomliggande syftet med åtgärden. Om det finns mindre inskränkande åtgärder som uppnår samma syfte så väger den inskränkande åtgärden plötsligt mindre eftersom det skyddsvärda syftet är lika viktigt, men den specifika åtgärden inte är nödvändig. Finner domstolen att det existerar mindre inskränkande åtgärder så tenderar de att bedöma den aktuella åtgärden som inskränkande då inskränkningen inte står i proportion till åtgärdens syfte.

5.3 Hänsyn till allmän ordning och allmänintresse

Som tidigare berörts görs skälighetsbedömningen med utgångspunkt i allmän ordning, hälsa och säkerhet, alternativt allmänintresse. Då dessa begrepp bjuder in till så pass bred tolkning krävs det, för att få en ordentlig förståelse för begreppen, att man söker sig till rättspraxis för att börja kartlägga den gränsdragning som EU-domstolen gör kring de syften som anses ligga i allmänhetens intresse samt vilka som faller utanför.

⁴⁸ EU-domstolens dom C-36/02, p. 31.

5.3.1 C-450/08 ”Kommissionen mot Portugal”

Mål C-458/08 ”Kommissionen mot Portugal” som presenterades i avsnitt 4.3.1 är ett mål som berörde ett av Portugal lagstiftat krav på att entreprenörer som önskade tillhandahålla byggnadstjänster inom landet skulle anskaffa sig en licens utfärdad av ett statligt institut inom Portugal. Utan licensen var man som entreprenör inte behörig att utföra byggnadsarbeten inom landet. Ett sådant krav utgjorde, som konstaterats i tidigare avsnitt, en inskränkning av den fria rörligheten för tjänster.

Portugal lyfte i domen att syftet bakom den lagstiftning som var uppe för prövning i målet var att garantera kvaliteten och säkerheten av byggnader, skydda miljön, skydda det arkitektoniska arvet samt konsumenter och användare av byggnaderna. Domstolen fastställde att dessa syften ansågs utgöra rättfärdigande grunder för inskränkningen med hänsyn till allmänintresset. Domstolen fortskred sedan till att pröva proportionaliteten av lagstiftningen för att fastställa om den dels uppfyllde det syfte som beskrivits ovan, dels om det existerade mindre inskränkande åtgärder som kunde uppnå samma resultat.

Den huvudsakliga omständigheten som domstolen prövade i fråga om proportionaliteten av Portugals lagstiftning var huruvida det var tillräckligt med de kontroller och den auktorisering för bedrivande av verksamhet som genomfördes i den stat som tjänsteutövaren var etablerad i. Ytterligare auktorisering utgjorde i sådana fall en double burden som gick utöver vad som var nödvändigt då syftet redan uppnåddes genom regler i etableringslandet. Domstolen framhöll att system med förhandstillstånd, enligt etablerad rättspraxis, kunde godtas trots att det inskränker en grundläggande frihet om den grundas på objektiva, icke-diskriminerande kriterier som är kända på förhand för att på så sätt begränsa de nationella myndigheternas utrymme för skönsmässig bedömning. Sådana förutsättningar förelåg sedermera inte i det aktuella målet. Domstolen konstaterade i sin slutliga kommentar att Portugals krav på att alla entreprenörer som är etablerade i en annan medlemsstat skulle uppfylla de krav som tidigare nämnts i uppsatsen, utesluter möjligheten att beakta likvärdiga nationella krav i etableringslandet som berättigar tjänsteutövaren att bedriva entreprenadverksamhet inom detta land och utgör därmed en inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster.

5.3.2 C-439/99 ”Kommissionen mot Italien”

Mål C-439/99 Kommissionen mot Italien är ett rättsfall som togs upp i avsnitt 4.2.2 och berörde italiensk lagstiftning som uppställde en rad med krav för att godkänna utländska mässorganisatörer att tillhandahålla tjänster inom landet. I likhet med rättsfallet presenterat ovan erinrar domstolen i detta rättsfall om att krav på officiellt godkännande kan vara berättigat med hänsyn till ett allmänintresse som består i att säkerställa kvaliteten och säkerheten kring evenemanget. Domstolen framhöll i likhet med tidigare mål att dessa åtgärder inte är berättigade om intresset tillgodoses av regler som tjänsteutövaren redan är underkastad i etableringslandet.⁴⁹

En ytterligare omständighet som var uppe för prövning i målet och som togs upp i avsnitt 4.2.2 är kravet på att lokalt etablerade aktörer skall vara delaktiga i

⁴⁹ EU-domstolens dom C-439/99, p. 27.

godkännandeprocessen. Vid prövning av proportionaliteten av kravet konstaterade domstolen att det kunde föreligga rättfärdigande omständigheter av allmänintresse med hänsyn till den kunskap som företrädare för det lokala näringslivet har om den inhemska marknaden, men att så endast var fallet om det avsåg aktörer vilka inte konkurrerade med de tjänsteutövare som sökte godkännande för åtkomst till marknaden. Då aktörerna i det aktuella målet stod i konkurrens till de utländska tjänsteutövarna ansåg domstolen inte att kravet var rättfärdigat.

5.3.3 C-369/96 "Arblade"

Mål C-369/96 "Arblade" har tidigare avhandlats i avsnitt 4.4.2 där två krav, uppställda av belgiska myndigheter, innebar inskränkningar i friheten att tillhandahålla tjänster. Det första kravet föreskrev att tjänsteutövare skulle producera och förvara vissa anställningsrelaterade handlingar för att möjliggöra för lokala myndigheter att kontrollera dessa på arbetsplatsen. Syftet med dessa nationella bestämmelser var att skydda de rättigheter som tillerkändes arbetstagare inom landet. Domstolen framhöll tydligt i samband med argumentationen att skydd av arbetstagare utgjorde en legitim grund för rättfärdigande. Om kravet å andra sidan hade uppförts i rent administrativt syfte utgjorde detta inte en tillräckligt stark grund för att rättfärdiga den inskränkning som åtgärden gav upphov till.

Domstolen framhöll vidare en annan viktig punkt, vilket är att tvingande hänsyn av allmänintresse som rättfärdigade de materiella bestämmelserna i regleringen även kunde rättfärdiga de medel som tillämpades för att säkerställa efterlevnaden av nämnda materiella bestämmelser. Vad det innebar i det aktuella fallet var att så länge myndighetskontrollerna tjänade ett rättfärdigande syfte kunde kravet att på arbetsplatsen förvara relevanta handlingar rättfärdigas enbart genom att den säkerställde att kontrollen kunde genomföras. Domstolen lyfte dock också att det inte var tillräckligt att åtgärden underlättade för myndigheterna att utföra sina kontroller, utan det krävdes att det var praktiskt omöjligt att genomföra kontrollerna utan åtgärden.

Liknande argumentation fördes i mål C-490/04 som presenterades i avsnitt 4.4.1 och berörde likartade omständigheter som i C-369/96. Domstolen framhöll även i detta mål att krav på översättande och förvaring av anställningsrelaterade handlingar på arbetsplatsen innebar en inskränkning i den fria rörligheten av tjänster. Vid en proportionalitetsbedömning av åtgärden lyfte domstolen dock att det i det aktuella fallet inte ansågs vara praktiskt möjligt att genomföra kontrollerna utan att uppställa krav på att entreprenören översätter och förvarar handlingarna på arbetsplatsen, och konstaterade därför att åtgärden var rättfärdigad i brist på mindre inskränkande alternativ.

Det andra kravet som togs upp i 4.4.2 föreskrev en skyldighet för tjänsteutövaren att förvara dessa handlingar hos ett ombud inom landet i fem år efter att tjänsteutövaren hade slutat sysselsätta arbetstagare i landet. Domstolen förklarade att kravet kunde rättfärdigas med hänsyn till skydd för arbetstagarna under förutsättning att det inte finns någon möjlighet för myndigheterna att utföra sina uppgifter om företaget inte har ett ombud i landet. Domstolen utvecklade vidare att kravet på att lagra dessa uppgifter i fem år efter att tjänsteutövaren hade upphört sin verksamhet i landet inte

kunde anses vara berättigat då det gick utöver vad som var nödvändigt då mindre inskränkande alternativ existerade, såsom möjligheten att skicka dessa handlingar till berörda myndigheter och istället låta dessa lagerhålla relevanta handlingar. Omständigheterna var alltså inte sådana att myndigheternas arbete var omöjligt utan existensen av ett ombud inom landet, och således kunde kravet inte heller anses rättfärdigat då det inte stod i proportion till inskränkningen.

6 Analys

Efter att nu ha klarlagt domstolens tolkning av fri rörlighet för tjänster och vad som utgör en inskränkning av denna frihet är det dags att tillämpa domstolens tolkningsmodell på användningen av standardavtal inom offentlig upphandling av entreprenader. Målsättningen är att på så sätt försöka konstatera huruvida domstolen kan förväntas tolka användningen av standardavtal som en inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster inom Sverige. Bedömningen kommer att ha sin utgångspunkt i det förfarande som domstolen använder i sina egna bedömningar, och som förklaras genom nedan citat från EU-domstolen.

” [...] först prövas om kraven enligt denna bestämmelse i AEntG kan inskränka friheten att tillhandahålla tjänster. Därefter skall det i förekommande fall prövas om tvingande hänsyn till allmänintresset på det aktuella området kan motivera sådana inskränkningar i friheten att tillhandahålla tjänster. Om så är fallet skall det slutligen prövas om inte samma resultat kan uppnås genom att använda mindre ingripande bestämmelser.”⁵⁰

Prövningen kommer ske i tre steg där det första steget innebär en diskussion kring huruvida åtgärderna i sig, dvs. användningen av standardavtal, faktiskt kan innebära en påverkan på tjänsteutövares villighet att tillhandahålla tjänster inom Sverige. Om det fastställs att det kan föreligga en sådan inskränkning, skall det sedan diskuteras ifall inskränkningen kan motiveras utifrån hänsyn till allmän ordning, säkerhet eller allmänintresse. Om så är fallet, skall det slutligen göras en proportionalitetsbedömning där andra eventuella lösningar som uppfyller samma mål men innebär en mindre inskränkning undersöks.

6.1 Föreligger det en inskränkning av friheten att tillhandahålla tjänster?

För att komma fram till huruvida användningen av standardavtal utgör en inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster behöver man närma sig frågan med en analog tolkningsmetod då det, som demonstrerats genom rättsfallsgenomgången i tidigare avsnitt, saknas rättsfall som precis berör de frågor som tas upp i uppsatsen. Vad man dock kan se är att det finns paralleller att dra mellan omständigheterna i ovan rättsfall och sådana omständigheter som föreligger för entreprenörer som försöker ta sig in på den svenska marknaden idag. Det går därför att spekulera kring vilka överväganden domstolen kan förväntas göra om de ställs inför en liknande frågeställning till den som avhandlas i uppsatsen, även om sådan rättspraxis är obefintlig i dagsläget. Det ska initialt också lyftas att det i uppsatsen är fråga om indirekt diskriminering avseende användningen av standardavtal. Användningen är inte beroende av entreprenörens etableringsland och tillämpas utan åtskillnad på utländska och nationella aktörer. Det är således enbart de potentiella effekter som

⁵⁰ EU-domstolens dom C-490/04, p. 67.

användningen har som kan verka missgynnande för utländska aktörer och utgör därav en form av indirekt diskriminering.

6.1.1 Standardavtal försvårar och gör det mindre attraktivt att tillhandahålla tjänster inom Sverige

Som konstaterats tidigare i uppsatsen får nationella åtgärder inte innebära att tillhandahållandet av tjänster inom landet försvåras eller görs mindre attraktivt för internationella aktörer. Avseende användningen av standardavtal vid offentlig upphandling av entreprenader anser jag att det föreligger ett antal omständigheter som riskerar att försvåra eller göra det mindre attraktivt för entreprenörer från andra länder att tillhandahålla tjänster i Sverige.

En sådan omständighet berör standardavtalens uppkomst och upphovsmän. Det faktum att en intresseorganisation som företräder nationellt etablerade aktörers intressen har utvecklat avtalen anser jag ger upphov till en liknande problematik till den som domstolen tog upp i mål C-544/03 ”Mobistar”. Domstolen konstaterade i målet att nationella aktörer som hade varit etablerade under en längre tid hade åtnjutit särskilda förmåner som möjliggjort för dem att kontrollera och amortera sina omkostnader vid etablering av nödvändig infrastruktur. Intresseorganisationers involvering i regleringen av entreprenadrätt kan ge upphov till liknande fördelar för nationella aktörer inom Sverige.

Genom att den svenska marknadens aktörer åtnjuter representation vid framförhandlingar av standardavtalen menar jag att de har haft en möjlighet att både styra standardavtalens utformning utefter egna rutiner och behov och även löpande anpassa sin verksamhet efter standardavtalets utformning och framväxt. Sådan kontroll är inte en förmån som erfordrats internationella aktörer, som inte har haft möjlighet att påverka standardavtalen på något meningsfullt sätt då de oftast saknar representation i landet. Problematiken förvärras ytterligare av det faktum att entreprenadrätten är utom räckhåll för unionsrätten och därmed saknar harmonisering, vilket får som konsekvens att utländska entreprenörer inte kan förvänta sig att underkastas samma regler i Sverige som i etableringslandet.

Konsekvensen av nationella aktörers möjlighet att påverka regleringen av entreprenadbranschen bör vara att dessa aktörer har haft en större möjlighet att kontrollera och amortera sådana omkostnader som är associerade med anpassningen av sin verksamhet utefter standardavtalen. Internationella entreprenörer som inte har erhållit samma förmån försätts då, likt aktörerna i C-544/03 ”Mobistar”, i en konkurrensmässigt försämrad situation jämfört med nationella aktörer. Utländska entreprenörer får det jämförelsevis svårare att kontrollera sina omkostnader.

Ytterligare en problematisk omständighet med intresseorganisationers involvering i utformningen av standardavtalen och följaktligen även regleringen av hela entreprenadrätten vilar just i deras inblandning. EU-domstolen framhöll i mål C-439/99 ”Kommissionen mot Italien” att involvering av konkurrerande aktörer i godkännandeförfaranden för licenser och subventioner för internationella aktörer utgjorde en kränkning av den fria rörligheten för tjänster. Domstolen ponerade att inblandningen av konkurrerande aktörer kunde innebära att tillhandahållandet av tjänster försvårades eller försenades genom att de konkurrerande aktörerna

uppställde svåra krav och förfaranden i ett försök att avskräcka internationella aktörer.

Jag anser att en liknande risk föreligger när intresseorganisationer som företräder nationella aktörers intressen blir satta att reglera hela entreprenadmarknaden. Det föreligger i samband med detta en påtaglig risk att reglerna anpassas med nationella aktörers intressen i åtanke framför internationella. Sådana prioriteringar är givetvis ingenting som sker uttalat, eller ens medvetet i många fall. Frågan bör oavsett lyftas hur neutrala intresseorganisationer egentligen kan förväntas vara samt hur ofta de rimligen beaktar och prioriterar internationella omständigheter framför nationella? Enligt min åsikt är det föga troligt att standardavtalen har utvecklats med en övergripande internationell- eller unionsrättslig hänsyn. Det föreligger således enligt mig en risk att bestämmelserna, trots att det inte uttalat framgår i avtalen, har utformats ur ett nationellt perspektiv med nationella intressen i åtanke och att en sådan bristande neutralitet kan verka avskräckande för internationella aktörer.

Summerat bör det framhållas att involveringen av nationella intresseorganisationer i regleringen av entreprenadbranschen kan få till följd att nationella aktörer har möjligheten att kontrollera sina omkostnader genom kontinuerlig anpassning av verksamheten utefter standardavtalen och vice versa. Standardavtalen riskerar också lida av ett bristande internationellt perspektiv till förmån för nationella intressen på grund av involveringen av intresseorganisationer. Båda dessa förutsättningar ger i sin tur upphov till en potentiell inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster inom EU.

6.1.2 Standardavtal innebär en double burden för utländska entreprenörer som tillhandahåller tjänster i Sverige

Eftersom entreprenader, både inom Sverige och internationellt, regleras genom upprättandet av standardavtal mellan beställare och entreprenör för varje enskild entreprenad torde entreprenörer sällan utsättas för double burden. Trots det har denna uppsats presenterat flera exempel på entreprenörer som utsätts för en sådan inskränkning, oftast på grund av att medlemsländer uppställer krav som entreprenören redan efterlever i etableringslandet. Specifika bestämmelser i standardavtalen kan utgöra sådana krav som innebär en double burden för de entreprenörer som måste lyda under dem.

Enligt min åsikt är kravet på fackmässighet i utfört arbete, som återfinns i 2:1 ABT 06, ett sådant krav som riskerar att utgöra en double burden. Anledningen till att jag bedömer det som en risk är för att en bedömning av fackmässighet innebär en subjektiv utvärdering av arbetets kvalitet med utgångspunkt i inofficiell branschpraxis, handelssed och förväntad kvalitet av arbeten utförda av liknande nationella entreprenörer. Det föreligger således en påtaglig risk att arbeten utförda av internationella entreprenörer redan uppfyller sådana krav på fackmässighet som uppställs i etableringslandet, men samtidigt underställs striktare krav på kvalitet i Sverige, med konsekvensen att entreprenörens arbete riskerar att underkännas av beställaren.

Då det inte kommuniceras på ett tydligt sätt vilka bedömningskriterier som iakttas vid en fackmässighetsbedömning befinner sig utländska entreprenörer i en mer utsatt situation jämfört med nationella aktörer som besitter mer kunskap om handelssed, branschpraxis och vad som anses vara fackmässigt utfört arbete inom Sverige.

Till detta argument bör lyftas in domstolens ställningstagande avseende medlemsländers utrymme för skönsmässig bedömning. Som domstolen erinrade om i mål C-450/08 ”Kommissionen mot Portugal”, kunde krav på förhandstillstånd godtas om de grundades på icke-diskriminerande kriterier som var kända på förhand, för att minska utrymmet för myndigheters skönsmässiga bedömning avseende vilka som fick tillträde till marknaden.⁵¹ Liknande argumentation förs också av domstolen i mål C-369/96 ”Arblade”, där domstolen framför att bestämmelser måste vara tillräckligt preciserade och tillgängliga så att det inte för tjänsteutövaren blir omöjligt eller orimligt svårt att ta reda på vilka skyldigheter som åligger honom.⁵²

Sådana förutsättningar torde också gälla för fackmässighetsbedömningar, dvs. att det behöver fastställas tydliga kriterier för vad som anses fackmässigt så att bedömningen inte utmynnar i en subjektiv bedömning av omväxlande, kontextberoende kriterier. Otydligheten och subjektiviteten i kravet på fackmässighet innebär således enligt min åsikt att det föreligger en risk för att internationella entreprenörer underkastas striktare krav på kvalitet i utfört arbete vilket kan resultera i att arbetet blir underkänt av beställaren och utgör därför en double burden och konsekvent även en inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster.

6.1.3 Standardavtal innebär ökade kostnader och administrativa förfaranden för utländska entreprenörer i Sverige

Åtgärder som innebär ökade kostnader eller administrativa förfaranden har i denna uppsats tagit formen av krav på uppförande och förvarande av handlingar på arbetsplatsen. Inga sådana krav existerar i svenska standardavtal, men det existerar däremot andra krav som kan innebära ytterligare administrativa förfaranden och kostnader för utländska entreprenörer. Mer specifikt åsyftas den i 5:17 ABT 06 föreskrivna avhjälpandeskyldigheten som åligger entreprenören, vilken fastställer att avhjälpande av fel på entreprenaden skall företas inom två månader från det att underrättelse tillställts entreprenören, såvida inte annat avtalats. Denna skyldighet att avhjälpa fel på entreprenaden löper under den s.k. ”garantitiden” vilken enligt 4:7 ABT 06 är fem år från entreprenadens godkännande.

Kravet på avhjälpande kan vid första anblick verka enkelt och likvärdigt både för nationella och internationella aktörer, men riskerar i min mening att innebära en tyngre administrativ och ekonomisk börda för internationella aktörer jämfört med nationella. Den större bördan som följer av kravet på avhjälpande är tvåfaldigt. Kravet är dels administrativt tyngre med tanke på den tidsfrist på två månader som föreligger, dels ekonomisk då det kan innebära större kostnader för utländska entreprenörer att samordna ett avhjälpande än vad det rimligen gör för nationella aktörer.

⁵¹ EU-domstolens dom C-450/08, p. 107.

⁵² EU-domstolens dom C-369/96, p. 43.

Den administrativa bördan torde, enligt mig, uppstå på grund av att en utländsk entreprenör som har överlämnat en entreprenad och därmed avslutat sitt arbete inom landet rimligen avvecklar sin verksamhet och förflyttar verksamheten och dess anställda tillbaka till etableringslandet. Att då sedan, med en tidsfrist på två månader, åläggas att avhjälpa ett fel inom värdlandet torde innebära mycket större kostnader för utländska entreprenörer än vad det gör för inhemska. Förutsättningarna går i linje med vad som framhölls i mål C-369/96 "Arblade" där det ställdes krav på entreprenörer att hos ombud förvara handlingar i fem år efter avveckling av verksamheten i landet. Domstolen bedömde kravet som helt utan rättfärdigande då det existerade mindre inskränkande åtgärder. Den större bördan består således i att entreprenören behöver återetablera nödvändig infrastruktur, utstationera arbetskraft, transportera material eller maskiner etc., vilket är en process som nationella aktörer inte behöver genomgå.

Om entreprenören inte önskar avhjälpa felet på egen hand finns givetvis möjligheten att anställa nationellt etablerade entreprenörer i Sverige som kan avhjälpa felet. Här framträder istället den större ekonomiska bördan. Rimligen är det dyrare för både nationella och internationella entreprenörer att anlita extern arbetskraft för att avhjälpa ett fel jämfört med att med interna medel avhjälpa felet. En sådan valmöjlighet föreligger sedermera inte för den utländska entreprenören som kanske inte har möjligheten att själv avhjälpa felet, antingen för att det är för logistiskt betungande, eller för att det är kostsammare att återetablera sig i landet än att anlita externa entreprenörer. Det föreligger således inte en jämlik och proportionerlig kostnad för nationella och internationella aktörer avseende kravet på avhjälpan av fel i entreprenaden då internationella entreprenörer åsamkas större administrativa och ekonomiska bördor än nationella aktörer.

Självfallet bör det i samband med denna diskussion lyftas att det måste finnas regler avseende avhjälpan och garantiansvar i avtalsbestämmelserna för att garantera viss säkerhet till beställaren samt även för att säkerställa en viss grundläggande kvalitet i arbetet från första början. Det är inte så mycket regeln i sig utan snarare den, enligt min uppfattning, oskäligt korta tidsfristen på två månader inom vilken entreprenören måste avhjälpa problemet. Två månader kan förefalla vara gott om tid, vilket det säkerligen är för entreprenörer som befinner sig inom Sverige. Dessvärre torde det som argumenterats för ovan innebära en mycket större administrativ och ekonomisk ansats för entreprenörer utanför Sverige att företa inom ett spann på två månader.

Ytterligare en bestämmelse som jag anser riskerar innebära ytterligare kostnader och administrativa förfaranden för utländska entreprenörer är tvistelösningsreglerna i kapitel 9 och 10 i ABT 06. Som tidigare presenterats kan tvistelösning antingen företas genom förenklad tvistelösning eller genom domstols- eller skiljeförfarande. Vid förenklad tvistelösning åläggs båda parterna att producera och tillhandahålla relevant material till tvisteperson inom en vecka från det att förfarandet påbörjats. De har sedan ytterligare en vecka på sig att svara på det som motpart har anfört.

Att ställa krav på en utländsk entreprenör som inte är bekant med förenklad tvistelösning, och vad som typiskt efterfrågas under sådana förfaranden, att inom en vecka producera sådant material medan deras motpart har lång och relevant

erfarenhet av samma process torde rimligen innebära en tyngre administrativ börda för internationella entreprenörer. Domstolen framhåller i mål C-369/96 ”Arblade” och C-490/04 ”Kommissionen mot Tyskland” att uppförande, översättning och förvaring av anställningsrelaterade handlingar på arbetsplatsen ansågs ålägga entreprenören ytterligare administrativa bördor och innebar därmed en inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster. Om domstolen anser att sådana förhållandevis enkla administrativa ålägganden är inskränkande, torde även kravet på att inom en vecka producera relevant material för ett tvistelösningsförfarande utgöra en sådan administrativ börda som inskränker friheten att tillhandahålla tjänster inom Sverige.

6.2 Rättfärdigande av inskränkningar med hänsyn till allmän ordning eller allmänintresse

I linje med domstolens tolkningsmetod har nu den första bedömningen genomförts, nämligen prövningen av huruvida det föreligger en inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster. Det har genom prövningen fastställts att det existerar flertalet omständigheter som kan verka inskränkande på internationella entreprenörers vilja och möjlighet att tillhandahålla tjänster inom Sverige. För att fortsätta med prövningen enligt domstolens metodik bör nu prövas om dessa inskränkningar kan medges genom rättfärdigande syften och omständigheter med hänsyn till allmän ordning, säkerhet, hälsa eller allmänintresse.

6.2.1 Allmän ordning, säkerhet och hälsa

Definitionen av allmän ordning, säkerhet och hälsa är brett hållen och en konkret betydelse av begreppen saknas, varför det krävs att de tolkas utefter varje enskilt fall och tillskrivs en mening beroende på den kontext som de sätts i. I kontexten av entreprenadrätt saknas det i stort sett föreskrifter med hänsyn av allmän ordning, säkerhet eller hälsa. Regler om exempelvis besiktning eller avhjälpande kan innebära indirekta säkerhetsföreskrifter då de ställer krav på att kvaliteten av det utförda arbetet kontrolleras, men i övrigt saknas det konkreta säkerhetsföreskrifter i ABT 06.

Den bestämmelse i standardavtalen som enligt min uppfattning mest efterliknar en säkerhetsföreskrift är det tidigare nämnda fackmässighetskravet som stipuleras i 2:1 ABT 06. Som fastställdes i avsnitt 6.1.2 är det sannolikt att kravet på fackmässighet utgör en double burden för internationella entreprenörer då de riskerar att underställas striktare krav i Sverige än i etableringslandet, samt då kravet är odefinierat och grundar sig i omväxlande subjektiva kriterier vilket försvårar för entreprenören att veta vilka skyldigheter han har att förhålla sig till.

Kravet på fackmässighet efterliknar en säkerhetsföreskrift då det utgör ett sorts minimikrav för kvaliteten av det arbete som entreprenören utför och således tjänar till att garantera säkerheten för de personer som brukar entreprenaden. Ett sådant syfte skall anses godkänt enligt domstolens egen bedömning i mål C-450/08 ”Kommissionen mot Portugal”, där domstolen fastställde att åtgärder som ämnade säkerställa kvaliteten och säkerheten av byggnader samt skydda konsumenter och användare av byggnaderna utgjorde rättfärdigande grunder för inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster. Det kan således argumenteras för att en liknande bedömning kan tillämpas på kravet på fackmässighet med grund i att det är ämnat

som en skyddsåtgärd för att säkerställa kvaliteten och skyddet för brukare av entreprenaden.

I fråga om problematiken avseende den oprecisa och löst hållna naturen av kravet på fackmässighet fastställdes det tidigare i uppsatsen att domstolen i praxis har fastställt att krav på entreprenörer måste vara kända på förhand för att minska myndigheters utrymme för skönmässig bedömning. Denna uppfattning reflekteras även genom domstolens inställning att rättfärdigande grunder skall tolkas restriktivt för att begränsa medlemsländers möjlighet till individuell tolkning av dess innebörd. Domstolen har samtidigt genom mål C-36/01 "Omega" fastställt att medlemsländer behöver visst utrymme för tolkning av unionsrättsliga begrepp som "allmän ordning" då sådana begrepp erhåller olika betydelser från land till land och även från en tid till en annan. Sådan variation föreligger utan tvekan i fråga om fackmässighet då innebörden till stor del beror på nationell branschpraxis, handelssed och nationella aktörers förmåga.

Frågan som kvarstår är då vilket övervägande som väger tyngst? Enligt min åsikt torde det anses för långtgående att låta medlemsländer fritt använda begreppet fackmässighet när de utformar krav, då det är för många variabler som påverkar dess innebörd. Kriterierna som behöver efterlevas kan bero på bransch, projekt, entreprenör, beställare, andra aktörer på marknaden, nya innovationer och kunskap etc. Alla dessa variabler fränkopplar frågan om fackmässighet från omständigheter som låg till grund för domstolens tidigare bedömning avseende medlemsländers tolkningsutrymme för begreppet "allmän ordning", vilket lättare kan definieras på ett övergripande plan.

Avseende kravet på avhjälpande torde även det kravet innebära en sorts säkerhetsföreskrift eftersom fel i entreprenaden kan innebära stora risker för användarna om de inte avhjälpas i tid. På grund av den särskilda risk som kan föreligga vid fel på byggnader och liknande entreprenadarbeten torde bestämmelsen vara av sådan vikt att dess säkerhetshänsyn motiverar den korta tidsfrist på två månader som föreligger, då felet behöver åtgärdas så snabbt som möjligt för att inte utsätta användarna för onödig risk.

6.2.2 Rättfärdigande med hänsyn till allmänintresse

Rättfärdigande med hänsyn till allmänintresse är som tidigare konstaterat en betydligt bredare och mer generös undantagsgrund än allmän ordning. Till skillnad från diskussionen i föregående avsnitt kräver hänsyn av allmänintresse att man ser bortom de enskilda bestämmelserna i standardavtalen och istället intar ett helhetsperspektiv på användningen av standardavtal i relation till målen uppsatta i förarbetena till LOU.

Offentlig upphandling skall, i enlighet med vad som anförts genom förarbeten, EU-direktiv och inre marknadsakten, utöver att prioritera miljö, innovation och socialt ansvar, även innebära en förenkling och effektivisering av upphandlingsförfarandet för att bland annat möjliggöra för små och medelstora företag att lättare kunna delta i upphandlingar. Användningen av standardavtal kan sägas verka i linje med målsättningen att effektivisera och förenkla upphandlingsförfarandet. Användningen

kan också sägas möjliggöra för mindre företag att kunna delta i upphandlingar då det eliminerar behovet för varje enskild entreprenör att själva behöva upprätta omfattande och komplicerade avtal med beställare utan låter dem istället vila på axlarna av större intresseorganisationer som representerar deras intressen. Ett enklare och effektivare upphandlingsförfarande där fler aktörer av olika storlekar får tillgång till marknaden torde ligga i allmänhetens intresse då det följaktligen innebär en resurseffektivare användning av skattemedel till följd av sänkta transaktionskostnader och ökad konkurrens.

Ett steg i processen att uppnå enklare och effektivare upphandlingsförfaranden är givetvis själva utformningen av standardavtalen. I samband med detta bör tas upp rättfärdigande av den inskränkning som föreligger på grund av intresseorganisationers involvering i uppförandet av standardavtalen. Som påpekades av domstolen i mål C-439/99 ”Kommissionen mot Italien” kan involveringen av lokala aktörer anses rättfärdigat med hänsyn till den kunskap som de besitter avseende den nationella marknaden så länge dessa aktörer inte står i direkt konkurrens med de aktörer som påverkas av reglerna. Involveringen av BKK som ett led i införlivandet av målsättningarna med LOU kan anses rättfärdigat med hänsyn till den kunskap som intresseorganisationerna besitter avseende entreprenadmarknaden och branschen som helhet, men faller samtidigt på det faktum att de nationella aktörerna står i direkt konkurrens med internationella entreprenörer.

Ett centralt villkor som uppställs i samband med målsättningen av enklare och effektivare upphandlingsförfaranden är att denna effektivisering inte får ske på bekostnad av internationella aktörers tillgång till den svenska marknaden. De argument som har förts ovan gällande standardavtalens förmåga att effektivisera upphandling och släppa in mindre aktörer stämmer ur en nationell kontext. Internationellt föreligger dock inte samma förutsättningar, utan användningen av standardavtal har motsatt effekt mot den nationella. Användningen av standardavtal riskerar som tidigare konstaterat leda till ökade transaktionskostnader och administrativa förfaranden för internationella aktörer, dvs. motsatsen till ett effektivare upphandlingsförfarande. Mindre internationella aktörer som har sämre finansiella förutsättningar än stora internationella entreprenörer torde således även få sämre tillgång till den svenska marknaden då de inte alltid kan antas besitta tillräckliga finansiella medel för att kunna anpassa sig till nya regelsystem.

Eftersom standardavtalen på ett nationellt plan tjänar ett syfte med hänsyn till allmänintresse genom att effektivisera upphandling och släppa in mindre aktörer på marknaden, samtidigt som det har direkt motsatt effekt på utländska aktörer är frågan som naturligt uppstår huruvida de nationella effekter som användningen har är tillräckligt för att motivera den internationella inskränkning som samtidigt följer av den? Eftersom målsättningarna tillhörande LOU framförallt är uppställda av EU genom direktiv och inre marknadsakten borde dess införlivande också betraktas ur ett unionsrättsligt perspektiv. Det är därför enligt min uppfattning svårt att tro att en åtgärd som enbart uppfyller målsättningarna på ett nationellt plan samtidigt som det försvårar för aktörer från andra medlemsländer skulle undantas reglerna i artikel 52 enbart för att det tjänar ett allmänintresse inom Sverige.

6.3 Existerar det mindre inskränkande alternativ?

Det avslutande steget i domstolens bedömning av rättfärdigande grunder består i en proportionalitetsbedömning i vilken det erinras om huruvida det existerar mindre inskränkande åtgärder och följaktligen om den aktuella åtgärden står i proportion till den inskränkning som den ger upphov till.

I fråga om alternativa lösningar till användningen av BKK:s standardavtal i Sverige bör det fastställas att de av FIDIC utvecklade internationella standardavtalen enligt min uppfattning utgör ett utmärkt och mindre inskränkande alternativ. FIDIC:s standardavtal har ett mer internationellt perspektiv både till sin utformning och i sina bestämmelser samtidigt som många grundläggande koncept och syften delas mellan FIDIC:s och BKK:s avtal.⁵³ Dessa likheter, men framförallt skillnader, innebär en konkurrensnärlig utjämning för nationella och internationella entreprenörer samtidigt som det inte innebär en alltför stor anpassning för nationella aktörer. Det kan således konstateras att användningen av FIDIC:s standardavtal torde uppnå samma syfte som BKK:s avtal, samtidigt som de innebär en mindre inskränkning för aktörer från andra medlemsländer.

Ett exempel på hur FIDIC-avtalen främjar utländska aktörer går att finna genom att analysera en av de största skillnaderna mellan FIDIC-avtalen och BKK:s avtal, nämligen tvistelösningsförfarandet. FIDIC föreskriver att beställaren tillsätter en Engineer som skall agera ombud för beställaren och medla mellan beställare och entreprenör. The Engineer har långtgående förpliktelser och är djupt insatt i entreprenaden, varvid en av förpliktelserna är att agera tvistelösare och meddela beslut vid tvist mellan entreprenör och beställare. Om beslutet som meddelas av The Engineer bestrids stipulerar FIDIC-avtalen att man istället vänder sig till en gemensamt utnämnd tvistelösningsnämnd (DAB) för att lösa tvistigheten. Dessa två förfaranden måste företas innan parterna kan åberopa tvistelösning genom skiljedom.

Enligt min åsikt uppnår detta förfarande en mycket mer jämlik relation mellan entreprenör och beställare där The Engineer möjliggör för förbättrad kontakt och förståelse mellan entreprenör och beställare. Användningen av The Engineer som tvistelösare innebär också effektivare tvistelösning då The Engineer redan är insatt i verksamheten och således besitter nödvändig information för att fatta ett informerat beslut, i kontrast till tvistelösare i förenklad tvistelösning som behöver få till sig all relevant information och sedan sätta sig in i verksamheten från början. Tvistelösning genom DAB har liknande fördelar på det sätt att den oftast består av personer som har lång erfarenhet av branschen och även av att bedöma tvistigheter i entreprenader.

Användningen av FIDIC-avtal uppnår till stor del samma syften som BKK:s standardavtal tack vare likheterna till Allmänna Bestämmelser. Samtidigt genomsyras FIDIC-avtalen av ett internationellt perspektiv och innehåller förfaranden som jämnar ut spelplanen mellan nationella och internationella entreprenörer. Genom att säkerställa att aktörer från olika länder har samma avtal att förhålla sig till skapas en större gränsöverskridande kunskapsbas för entreprenörer inom EU vilket underlättar handel mellan länder. Vidare underlättar FIDIC-avtalen

⁵³ Magnusson., Ahston., *Trafikverket Slutrapport*, sida 32.

förståelsen mellan den nationella beställaren och den internationella entreprenören genom användningen av The Engineer som utgör ett medel för bättre intern kommunikation, förståelse och tvistelösning. Med dessa fördelar i åtanke samtidigt som det erinras om att FIDIC- avtalen, som konstaterat, uppnår samma syfte och i stort innehåller liknande bestämmelser till de som går att finna i Allmänna Bestämmelser, kan det säkert konstateras att FIDIC-avtalen utgör ett mindre inskränkande alternativ som konsekvent gör användningen av Allmänna Bestämmelser oproportionerligt inskränkande i förhållande till det syfte som uppnås genom dess användning.

7 Sammanfattning och slutsats

Av vad som anförts ovan anser jag att följande slutsatser bör dras: användningen av standardavtal har en definitiv effekt på internationella aktörer genom att inskränka deras möjligheter och vilja att tillhandahålla tjänster inom Sverige. Inskränkningarna kan bland annat bestå i att konkurrerande nationella företag historiskt har kontrollerat och reglerat branschen, en omständighet som fortfarande råder idag och som har möjliggjort för nationella företag att kontrollera sina omkostnader och anpassa standardavtalen utefter sin egen verksamhet. En annan möjlig inskränkning följer av att entreprenörer underkastas krav på fackmässighet i sitt arbete, vilket riskerar att innebära en double burden för internationella entreprenörer som redan uppfyller liknande krav i etableringslandet. Slutligen kan inskränkningarna även ta formen av ytterligare administrativa förfaranden och ökade kostnader. Denna belastning härstammar dels från själva användningen av standardavtal vilket kräver en stor administrativ anpassning för internationella aktörer, dels från avtals specifika krav såsom kravet på avhjälpande inom två månader från underrättelse, vilket innebär en oproportionerligt större börda för internationella aktörer jämfört med nationella.

Vissa av dessa omständigheter kan rättfärdigas utifrån grunder stipulerade i artikel 52 FEUF eller genom grunder framvuxna i praxis från EU-domstolen. Kravet på avhjälpande torde vara av sådan vikt i säkerhetshänseende att den olägenhet som det innebär för utländska entreprenörer att avhjälpa felet inom viss tid vägs upp av intresset att skydda användare av entreprenaden från skada till följd av att felet inte avhjälpas i tid. De andra inskränkningarna torde sedermera inte vara rättfärdigade på grund av någon undantagshänsyn.

Effektivare upphandlingsförfarande får enligt EU inte ske på bekostnad av tillgång till marknaden, och det allmänintresse som tjänas genom användningen av standardavtal för att effektivisera förfarandet bör därför inte heller anses tillräckligt för att motivera konsekvenserna av åtgärden i fråga. Fackmässighetskravet blir också underkänt i proportionalitetsbedömningen då det utan tvekan existerar mindre inskränkande alternativ till användningen av detta arbiträra begrepp. BKK skulle exempelvis kunna stipulera i klartext vilka kriterier som ett arbete bedöms på för att anses godkänt, så att entreprenörerna på förhand vet vilka skyldigheter de har gentemot beställaren.

Involveringen av intresseorganisationer i regleringen av entreprenadbranschen kan enligt domstolspraxis motiveras med hänsyn till den kunskap som aktörerna på marknaden besitter, med undantag för omständigheter då aktörerna står i direkt konkurrens med de aktörer som omfattas av regleringen. Således faller även denna omständighet på det faktum att inblandningen av konkurrerande aktörer i regleringen av branschen riskerar att göra det svårare eller mindre attraktivt för internationella entreprenörer att tillhandahålla tjänster i Sverige då branschens regler kan förmodas sakna ett internationellt perspektiv.

I min åsikt är ett gemensamt internationellt standardavtal den absolut mest rimliga och jämlika lösningen på problemet med användningen av nationella standardavtal. Nationella standardavtal kommer enligt min uppfattning i stort sett alltid att innebära att internationella aktörer som inte har varit delaktiga i utformningen av avtalen missgynnas och avskräcks genom sämre konkurrensförutsättningar, komplicerade administrativa förfaranden och tvistelösningar där internationella aktörer befinner sig i underläge. Jag är såklart inte likgiltig till det faktum att en reform inom vilken entreprenadbranschen förändras till att använda sig av internationella standardavtal innebär avsevärda kostnader för nationella entreprenörer och beställare som måste anpassa sina rutiner, kompetenser och förfaranden. Men jag uppmanar den som argumenterar för att anpassningen utgör en orimlig kostnad för svenska entreprenörer att bära, att i sådana fall vända på myntet och reflektera över att det är exakt samma omständigheter som internationella aktörer ställs inför när de önskar tillhandahålla entreprenadtjänster i Sverige. Om det är orimligt för den svenska marknaden att ställa om, är det också orimligt att förvänta sig att den internationella marknaden skall ställa om för Sverige.

För att sammanfatta och besvara frågeställningarna som presenterades i inledningen till uppsatsen bör följande konstateras. Användningen av standardavtal inom offentlig upphandling av entreprenader inom Sverige bör med grund i ovan anförda argument och omständigheter anses utgöra en inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster inom Sverige. Rättfärdigande omständigheter för användningen av standardavtal, såsom hänsyn till allmän säkerhet och allmänintresse existerar, men står inte i proportion till den inskränkning som de ger upphov till då det existerar mindre inskränkande alternativ i form av FIDIC-avtalen. Det bör således konstateras att Sverige, genom sina upphandlande myndigheter, har misslyckats att fullfölja sina förpliktelser i enlighet med artikel 56 och att användningen av standardavtal vid offentlig upphandling av entreprenadarbeten borde anses utgöra en inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster och därmed förbjudas. Eventuella rättfärdigandegrunder, trots att de existerar, bör ej godkännas då det syfte som de tjäna inte står i proportion till den inskränkning som de ger upphov till eftersom det existerar mindre inskränkande alternativ som uppnår samma syfte.

Källförteckning

Offentligt tryck

Europeiska kommissionen, Meddelande från Kommissionen till Europaparlamentet, rådet, europeiska ekonomiska och sociala kommittén och regionskommittén: *inremarknadsakten - tolv åtgärder för att stimulera tillväxten och stärka förtroendet för inre marknaden "Gemensamma insatser för att skapa ny tillväxt"*, KOM(2011) 206 Slutlig

Europaparlamentets och Rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.

Standardavtal

Byggnadens Kontraktskommitté, Allmänna Bestämmelser för byggnads-, anläggnings- och installationsentreprenader AB04, Svensk Byggtjänst, Stockholm, 2018.

Byggnadens Kontraktskommitté, Allmänna Bestämmelser för Totalentreprenader avseende byggnads- anläggnings- och installationsarbeten ABT06, Svensk Byggtjänst, Stockholm, 2006.

Byggnadens Kontraktskommitté, Allmänna Bestämmelser för Konsultuppdrag inom arkitekt- och ingenjörsverksamhet av år 2009 ABK 09, Svensk Byggtjänst, Stockholm, 2009.

Litteratur

Bernitz, Ulf. et al. *Finna rätt – juristens källmaterial och arbetsmetoder*, 16:e uppl., Nordstedts Juridik, Stockholm 2023.

Hedberg, Stig. *Entreprenadjuridik: Anvisningar och råd*, Svensk Byggtjänst, Stockholm 2013.

Hettne, Jörgen, Otken Eriksson, Ida. (red.), *EU-rättslig metod – teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, 2 uppl., Nordstedts Juridik, Stockholm 2011.

Sandgren, Claes, Om empiri och rättsvetenskap del I, *Juridisk Tidsskrift*, 1995–96, s. 726-, hämtad 2023-11-21

St Clair Renard, Susanne, *Fri rörlighet för tjänster – tolkning av artikel 49 EGF*, Iustus Förlag, Uppsala 2007.

Övriga källor

Magnusson Jennie., Ahston, Camilla., *Slutrapport FIDIC*, Rapport TRV 2017/23060, Trafikverket, 2017, <https://www.diva-portal.org/smash/record.jsf?pid=diva2%3A1747349&dswid=-5848>

Internetkällor

- Bygandets Kontraktskommitté, *Om BKK*, <https://foreningenbkk.se/verksamhet/>, hämtad 2023-11-13
- Europaparlamentet, *Etableringsfrihet och frihet att tillhandahålla tjänster*, <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/sv/sheet/40/etableringsfrihet-och-frihet-att-tillhandahalla-tjanster>, publicerad 04-2023, hämtad 2023-12-02.
- FIDIC, *Member Associations*, <https://fidic.org/about-us>, hämtad 2023-11-13
- Mildner, Per, Lindahl, *Fördelar med FIDIC jämfört med Svenska standardavtal*, <https://www.lindahl.se/aktuellt/insikter/2023/fordelar-med-fidic-jamfort-med-svenska-standardavtal/> hämtad 2023-11-13
- Trafikverket, *Trafikverkets Inköpsvolym*, <https://bransch.trafikverket.se/for-dig-i-branschen/upphandling/leverantorsmarknadsanalys/trafikverkets-inkopsvolym-och-leverantorsmarknad/>, hämtad 2023-11-13
- Trafikverket, *Avsteg från standardkontrakt AB04, ABT06 och ABK09*, <https://bransch.trafikverket.se/for-dig-i-branschen/upphandling/Sa-upphandlar-vi/Forfragningsunderlag/avsteg/>, hämtad 2023-11-13
- Upphandlingsmyndigheten, *Genomför upphandlingen*, <https://www.upphandlingsmyndigheten.se/inkopsprocessen/genomfor-upphandlingen/>, hämtad 2023-11-13

Rättsfallsförteckning

- Domstolens dom av den 3 december 1974, Johannes Henricus Maria van Bindbergen mot Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid, mål C-33/74, EU:C:1974:131.
- Domstolens dom av den 10 juli 1980, Kommissionen mot Frankrike, mål C-152/78, EU:C:1980:187.
- Domstolens dom av den 17 december 1981, brottmål mot Alfred John Webb, mål C-279/80, EU:C:1981:314
- Domstolens dom av den 3 februari 1982, Seco SA och Desquenne & Giral SA mot Etablissement d'assurance contre la vieillesse et l'invalidité, förenade målen C-62/81 och 63/81, EU:C:1982:34.
- Domstolens dom av den 26 februari 1991, Kommissionen mot Frankrike, mål C-154/89, EU:C:1991:76.
- Domstolens dom av den 25 juli 1991, Manfred Säger mot Dennemeyer & Co Ltd., mål C-76/90, EU:C:1991:331, 13.
- Domstolens dom av den 5 oktober 1994, Kommissionen mot Frankrike, mål C-381/93, EU:C:1994:370.
- Domstolens dom av den 30 november 1995, Reinhard Gebhard mot Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano, mål C-55/94, EU:C:1995:411.
- Domstolens dom av den 23 november 1999, Brottmål mot Jean Claude Arblade, mål C-369/96, EU:C:1999:575.
- Domstolens dom av den 19 januari 1999, brottmål mot Donatella Calfa, mål C-348/96, EU:C:1999:6
- Förslag till avgörande av generaladvokat Alber, föredraget den 29 maj 2001, Frankrike mot Monsanto Company och Kommissionen, C-248/99, EU:C:2001:292.
- Domstolens dom av den 15 januari 2002, Kommissionen mot Italien, mål C-439/99, EU:C:2002:14.
- Domstolens dom av den 11 december 2003, Bruno Schnitzer, mål C-215/01, EU:C:2003:662.
- Domstolens dom av den 14 oktober 2004, Omega Spielhallen mot Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn, mål C-36/02, EU:C:2004:614
- Domstolens dom av den 8 september 2005, Förenade målen Mobistar SA mot Commune de Fléron och Belgacom Mobile SA mot Commune de Schaerbeek, mål C-544/03 och C-545/03, EU:C:2005:518.
- Domstolens dom av den 18 juli 2007, Kommissionen mot Tyskland, Mål C-490/04, EU:C:2007:430.
- Domstolens dom av den 18 december 2007, Laval un Partneri Ltd mot Svenska Byggnadsarbetareförbundet, mål C-341/05, EU:C:2007:809
- Domstolens dom av den 18 november 2010, Kommissionen mot Portugal, mål C-458/08, EU:C:2010:692,
- Domstolens dom av den 1 februari 2017, Kommissionen mot Ungern, mål C-392/15, EU:C:2017:73