Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
MACIEJ SZPUNAR
föredraget den 15 juli 2021 [1]

Mål C-261/20

Thelen Technopark Berlin GmbH
mot
MN

(begäran om förhandsavgörande från Bundesgerichtshof (Federala högsta domstolen (Tyskland))

”Begäran om förhandsavgörande – Direktiv 2006/123/EG – Artikel 15 – Arkitekt- och ingenjörsarvoden för planeringstjänster – Minimi- och maximiavgifter – Dom från EU-domstolen som fastställer att en medlemsstat har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt fördraget – Oförenlighet med ett direktiv – Fråga huruvida detta får göras gällande i en tvist mellan enskilda – Etableringsfrihet – Artikel 49 FEUF – Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna – Artikel 16 – Avtalsfrihet”

I. Inledning

1. Käranden har i ett tvistemål yrkat att svaranden ska betala arvode för den av käranden utförda tjänsten med ett högre belopp än det som parterna kommit överens om i avtalet. Käromålet grundas på en bestämmelse i nationell rätt som föreskriver att en tjänsteleverantör för en viss tjänst har rätt till arvode motsvarande åtminstone det minimibelopp som anges i nationella bestämmelser. Denna nationella bestämmelse strider emellertid mot ett direktiv. Frågan är då om käromålet ska bifallas?

2. Den hänskjutande domstolen har i målet att ta ställning till denna fråga. Utgången i målet beror på EU-domstolens bedömning av huruvida en nationell domstol – vid prövningen av om en talan som väckts av en enskild mot en annan enskild ska bifallas – får underlåta att tillämpa den nationella bestämmelse som åberopats till stöd för käromålet och som strider mot ett direktiv, i detta fall mot direktiv 2006/123/EG. [2]

[1] Originalspråk: polska.

[2] Europaparlamentets och rådets direktiv av den 12 december 2006 om tjänster på den inre marknaden (EUT L 376, 2006, s. 36).

II. Tillämpliga bestämmelser

A. Unionsrätt

3. Skälen 5, 6 och 64 i direktiv 2006/123 har följande lydelse:

”5. Det är … nödvändigt att undanröja hindren för tjänsteleverantörernas etableringsfrihet i medlemsstaterna och för den fria rörligheten för tjänster mellan medlemsstaterna samt att garantera tjänstemottagare och tjänsteleverantörer den rättsliga säkerhet som krävs för att de i praktiken skall kunna utöva dessa två grundläggande friheter i fördraget.

6. Det är inte möjligt att undanröja dessa hinder endast genom en direkt tillämpning av artiklarna 43 och 49 i fördraget [(nu artiklarna 49 och 56 FEUF)], dels eftersom det skulle vara synnerligen komplicerat för medlemsstaternas och gemenskapens institutioner att genomföra överträdelseförfaranden mot de berörda medlemsstaterna i varje enskilt fall, särskilt efter utvidgningen, dels eftersom många hinder inte kan undanröjas utan föregående samordning av de nationella lagstiftningarna, bland annat genom administrativt samarbete. Som Europaparlamentet och rådet har konstaterat möjliggör en gemenskapsrättsakt att en verklig inre marknad för tjänster kan uppnås.

…

64. För att inrätta en verklig inre marknad för tjänster är det nödvändigt att undanröja de begränsningar av etableringsfriheten och av den fria rörligheten för tjänster som ännu finns inskrivna i vissa medlemsstaters lagstiftning och som strider mot artiklarna 43 eller 49 i fördraget [(nu artiklarna 49 och 56 FEUF)]. De otillåtna begränsningarna påverkar särskilt den inre marknaden för tjänster och bör undanröjas systematiskt och så snart som möjligt.”

4. I artikel 2.1 i direktivet föreskrivs följande:

”Detta direktiv skall tillämpas på tjänster som tillhandahålls av tjänsteleverantörer som är etablerade i en medlemsstat.”

5. I artikel 15 i direktivet föreskrivs följande:

”1. Medlemsstaterna skall undersöka om det i deras respektive rättsordningar finns några krav av det slag som anges i punkt 2 och, om så är fallet, se till att dessa krav uppfyller villkoren i punkt 3. Medlemsstaterna skall anpassa sina lagar och andra författningar så att de blir förenliga med de villkoren.

2. Medlemsstaterna skall undersöka om det i deras respektive rättsordningar föreskrivs att följande icke-diskriminerande krav skall vara uppfyllda vid tillträde till eller utövande av tjänsteverksamhet:

…

g) Fasta minimi- och/eller maximiavgifter som tjänsteleverantören måste tillämpa.

…

3. Medlemsstaterna skall se till att kraven i punkt 2 uppfyller följande villkor:

a) Icke-diskriminering: kraven får varken vara direkt eller indirekt diskriminerande på grundval av nationalitet eller, i fråga om företag, var företaget har sitt säte.

b) Nödvändighet: kraven skall vara motiverade av tvingande hänsyn till allmänintresset.

c) Proportionalitet: kraven skall vara lämpliga för att säkerställa att det eftersträvade målet uppnås, de får inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå målet och det skall inte vara möjligt att ersätta dessa krav med andra, mindre begränsande åtgärder som skulle ge samma resultat.

…

5. I den ömsesidiga utvärderingsrapport som föreskrivs i artikel 39.1 skall medlemsstaterna ange

a) vilka krav de har för avsikt att behålla och varför de anser att dessa krav uppfyller villkoren i punkt 3,

b) vilka krav som har upphävts eller mildrats.

6. Från och med den 28 december 2006 får medlemsstaterna införa nya krav av den typ som avses i punkt 2, endast om dessa krav uppfyller villkoren i punkt 3.

…”

B. Tysk rätt

6. Vid tidpunkten för omständigheterna i det nationella målet reglerades arvoden för arkitekter och ingenjörer av Verordnung über die Honorare für Architekten- und Ingenieurleistungen (förordningen om arvoden för tjänster som tillhandahålls av arkitekter och ingenjörer) av den 10 juli 2013 [3] (nedan kallad HOAI).

7. I 1 § HOAI föreskrivs följande:

”I denna förordning fastställs regler för beräkning av arvoden för grundläggande tjänster som tillhandahålls av arkitekter och ingenjörer (uppdragstagare) med säte i Tyskland, förutsatt att dessa grundläggande tjänster omfattas av denna förordning och tillhandahålls från tyskt territorium.”

8. I 7 § HOAI föreskrivs följande:

”1. Arvodena ska baseras på det skriftliga avtal som ingåtts mellan avtalsparterna när uppdraget tilldelades och som omfattas av de minimi- och maximibelopp som fastställs i denna förordning.

2. …

[3] BGBl. I, s. 2276.

3. De minimibelopp som anges i HOAI kan i vissa undantagsfall underskridas genom skriftlig överenskommelse.

4. …

5. Om det inte finns något annat skriftligt avtal som ingåtts i samband med tilldelningen av uppdraget, ska minimiavgifter anses ha fastställts i enlighet med bestämmelserna i punkt 1.”

9. Genom Erste Verordnung zur Änderung der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (första förordningen om ändring av reglerna om arvoden för arkitekter och ingenjörer) av den 2 december 2020[4] ändrades 7 § HOAI. Ändringen trädde i kraft den 1 januari 2021. Från och med detta datum ska punkt 1 i 7 § HOAI ha följande lydelse:

”Arvodena ska baseras på det skriftliga avtal som ingåtts mellan avtalsparterna. Om något skriftligt avtal inte finns om storleken på arvodena för grundläggande tjänster ska grundbeloppen fastställas i enlighet med 6 §.”

III. Bakgrund, förfarandet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

10. Den 2 juni 2016 ingick MN (kärande), som driver en ingenjörsbyrå, och Thelen Technopark Berlin GmbH (svarande) ett avtal om tillhandahållande av ingenjörstjänster. Enligt detta avtal åtog sig käranden att till svaranden tillhandahålla byggtjänster i Berlin. Avtalsparterna kom överens om att käranden för sina tjänster skulle erhålla en totalersättning på 55 025 euro. På grundval av de löpande fakturor som käranden utfärdat betalade svaranden inalles ut 55 395,92 euro brutto till käranden.

11. I juli 2017 – efter att avtalet om tillhandahållande av ingenjörstjänster sagts upp genom skrivelse den 2 juni 2017 – utfärdade käranden en slutfaktura för tillhandahållna tjänster. Denna slutfaktura utfärdades med stöd av de minimiavgifter som anges i HOAI. Med hänsyn till redan erlagda betalningar samt det belopp som innehållits som säkerhet, väckte käranden därefter talan mot svaranden med yrkande om betalning av återstående belopp, nämligen 102 934,59 euro brutto, jämte ränta och uppkomna advokatkostnader.

12. Talan bifölls till största delen av domstolarna i första och andra instans. Svaranden har i sitt överklagande till Bundesgerichtshof (Federala högsta domstolen, Tyskland) yrkat att käromålet ska ogillas.

13. Enligt den hänskjutande domstolen beror utgången i målet på huruvida bestämmelserna i artikel 15.1, 15.2 g och 15.3 i direktiv 2006/123 ska anses vara tillämpliga i en tvist mellan enskilda på så sätt att det finns anledning att underlåta att tillämpa den bestämmelse i HOAI som utgör grunden för käromålet. Om denna fråga besvaras jakande, ska överklagandet bifallas. Det är EU-domstolens rättspraxis som utgör grunden för den hänskjutande domstolens bedömning att rättsläget är oklart.

4 BGBl. I, s. 2636.

14. I dom av den 4 juli 2019 i målet kommissionen/Tyskland [5] fastställde EU-domstolen nämligen att Förbundsrepubliken Tyskland hade underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 15.1, 15.2 g och 15.3 i direktiv 2006/123 genom att behålla de obligatoriska avgifterna i HOAI för planeringstjänster som tillhandahålls av arkitekter och ingenjörer.

15. EU-domstolen uttalade därefter, i beslut av den 6 februari 2020, hapeg dresden, [6] att artikel 15.1, 15.2 g och 15.3 i direktiv 2006/123 ska tolkas så, att dessa bestämmelser utgör hinder för nationella lagbestämmelser som förbjuder att det i avtal med arkitekter eller ingenjörer avtalas om ersättning som är lägre än de minimiavgifter som fastställs i HOAI.

16. Mot denna bakgrund beslutade Bundesgerichtshof (Federala högsta domstolen, Tyskland) att vilandeförklara målet och ställa följande frågor till EU-domstolen:

”1) Följer det av unionsrätten, särskilt artikel 4.3 FEU samt artiklarna 288 tredje stycket FEUF och 260.1 FEUF, att artikel 15.1, 15.2 g och 15.3 i direktiv 2006/123 … har direkt effekt inom ramen för ett pågående rättsligt förfarande mellan privatpersoner, på så sätt att de nationella bestämmelser inte får tillämpas vilka står i strid med direktivet och anges i 7 § HOAI, enligt vilken de i denna arvodestaxa fastställda minimipriserna för arkitekters och ingenjörers planerings- och övervakningstjänster är bindande – bortsett från vissa undantag – och en överenskommelse om arvoden i avtal med arkitekter eller ingenjörer vilken understiger minimipriserna är ogiltig?

2) Om den första frågan besvaras nekande:

   a) Strider Förbundsrepubliken Tysklands reglering av bindande minimipriser för arkitekters och ingenjörers planerings- och övervakningstjänster i 7 § HOAI mot den etableringsfrihet som föreskrivs i artikel 49 FEUF eller mot andra allmänna unionsrättsliga principer?

   b) För det fall fråga 2a besvaras jakande, ställs följande fråga: Följer det av ett sådant åsidosättande att de nationella bestämmelserna om bindande minimipriser (här 7 § HOAI) inte får tillämpas i ett pågående rättsligt förfarande mellan privatpersoner?”

17. Parterna i det nationella målet, Konungariket Nederländerna och Europeiska kommissionen har inkommit med skriftliga yttranden till EU-domstolen. Med undantag för svaranden i det nationella målet var dessa parter närvarande via ombud vid förhandlingen den 3 maj 2021.

IV. Rättslig bedömning

18. Den hänskjutande domstolen har ställt sina frågor till EU-domstolen för att få klarhet i huruvida det följer av unionsrätten att en nationell domstol, som har att pröva en tvist mellan enskilda, är skyldig att underlåta att tillämpa en nationell bestämmelse som käranden grundar sina anspråk på, i förevarande fall bestämmelsen i 7 § HOAI (nedan kallad den aktuella bestämmelsen), då denna bestämmelse strider mot direktiv 2006/123. Den hänskjutande domstolens frågor har sitt ursprung i ett klassiskt unionsrättsligt spörsmål, nämligen huruvida nationella domstolar i horisontella förhållanden ska tillämpa bestämmelserna i ett icke införlivat eller felaktigt införlivat direktiv efter det att fristen för införlivande av direktivet har löpt ut.

5 C-377/17, EU:C:2019:562.

6 C-137/18, ej publicerat, EU:C:2020:84.

19. I min bedömning kommer jag inledningsvis att i korthet erinra om EU-domstolens inställning i fråga om direktivs effekt i förhållandet mellan enskilda (avsnitt A). Jag kommer därefter att ange vilka omständigheter i det nationella målet som jag anser vara relevanta i målet (avsnitt B). Därefter kommer jag att undersöka kommissionens förslag vad gäller möjligheten till direktivkonform tolkning (avsnitt C). Slutligen kommer jag att undersöka skälen till att eventuellt underlåta att tillämpa en nationell bestämmelse som strider mot ett direktiv (avsnitt D).

A. Direktivs effekt i horisontella förhållanden

20. Det framgår av artikel 288 tredje stycket FEUF att ett direktiv, till skillnad från en förordning, är bindande för varje medlemsstat till vilken direktivet är riktat. Ett direktiv kan således inte i sig självt medföra några skyldigheter för enskilda, varför ett direktiv i princip inte kan åberopas gentemot dem.[7]

21. Ovannämnda förhållande beskrivs på så sätt att ett direktiv saknar horisontell direkt effekt. Sistnämnda begrepp används både för att beskriva att direktivet saknar effekt med avseende på enskildas rättigheter och skyldigheter och för att beskriva det förhållandet att ett direktiv inte kan tillämpas i en tvist mellan enskilda.

22. I detta sammanhang erinrar jag om att frågan om direktivs horisontella effekt ska skiljas från frågan om horisontell direkt effekt av primärrättsliga bestämmelser och förordningsbestämmelser. I det senare fallet talar vi om bestämmelser med horisontell effekt då deras tillämpningsområde omfattar enskildas handlande (privaträttsliga rättssubjekt). Det är med andra ord fråga om att utröna huruvida de skyldigheter eller förbud som följer av dessa bestämmelser direkt riktar sig till enskilda. Det är i detta avseende viktigt att understryka att även om dylika bestämmelser inte riktar sig till enskilda, så kan de åberopa dessa i en tvist med andra enskilda. Detta gäller framför allt då sådana bestämmelser åberopas för att få klarlagt huruvida de i en viss tvist tillämpliga bestämmelserna är förenliga med unionsrätten (så kallad legalitetsprövning).

23. Då direktiv inte har någon horisontell direkt effekt, är det fråga om ett annat problem. En direktivsbestämmelse kan nämligen inte åberopas i en tvist mot en enskild, oavsett om bestämmelsen åberopas för att direkt få klarlagt vilka rättigheter eller skyldigheter som följer av ett visst direktiv eller om bestämmelsen åberopas för att få klarlagt om nationella bestämmelser är förenliga med unionsrätten (så kallad legalitetsprövning). I så måtto är frågan huruvida konkreta bestämmelser i ett visst direktiv riktas till enskilda av underordnad betydelse.

24. Att ett direktiv inte har horisontell direkt effekt innebär emellertid inte att direktivet inte kan beaktas i en tvist mellan enskilda på ett sådant sätt att detta påverkar en annan enskilds rättsställning. EU-domstolen har i sin rättspraxis identifierat några situationer då ett direktiv kan beaktas på detta sätt. Mot bakgrund av tvisteföremålet och med beaktande av vad som gjorts gällande av parterna erinrar jag här endast om fyra av dessa situationer.

25. EU-domstolen har för det första uttalat att det ankommer på de nationella domstolarna att tolka nationell rätt i enlighet med direktiven (så kallad direktivkonform tolkning). De är skyldiga att i den utsträckning det är möjligt tolka bestämmelserna i nationell rätt mot bakgrund av ett

[7] Se särskilt dom av den 26 februari 1986, Marshall (152/84, EU:C:1986:84, punkt 48), dom av den 14 juli 1994, Faccini Dori (C-91/92, EU:C:1994:292, punkt 20), dom av den 5 oktober 2004, Pfeiffer m.fl. (C-397/01–C-403/01, EU:C:2004:584, punkt 108) samt dom av den 7 augusti 2018, Smith (C-122/17, EU:C:2018:631, punkt 42).

direktivs ordalydelse och syfte för att uppnå det resultat som eftersträvas i direktivet.[8] Att vid domstol åberopa ett direktiv för att åstadkomma en direktivkonform tolkning kan således innebära att direktivet beaktas vid lagtillämpningen.

26. För det andra kan åberopandet av direktivet om ett informationsförfarande beträffande tekniska standarder och föreskrifter,[9] i en situation då nationella tekniska föreskrifter antagits i strid med de skyldigheter som medlemsstaterna har enligt direktivet, medföra att dessa nationella tekniska föreskrifter inte får tillämpas. En medlemsstats underlåtenhet att fullgöra sina skyldigheter innebär nämligen att nationella tekniska föreskrifter som antagits i strid med nämnda skyldigheter inte får tillämpas i en tvist mellan enskilda, då det därvid är fråga om ett ”väsentligt förfarandefel”.[10]

27. För det fall det inte är möjligt att företa en direktivkonform tolkning är den nationella domstol som prövar en tvist mellan enskilda, för det tredje, skyldig att underlåta att tillämpa en nationell bestämmelse som strider mot ett direktiv när detta är nödvändigt för att iaktta en allmän unionsrättslig princip, inbegripet en princip som har kommit till uttryck i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna.[11] Grunden för att underlåta att tillämpa nationella bestämmelser utgörs emellertid i sådana fall inte av en direktivbestämmelse utan av en allmän unionsrättslig princip som konkretiserats genom direktivbestämmelsen.[12]

28. För det fjärde är det inte uteslutet att ett direktiv kan åberopas i en så kallad triangulär situation, det vill säga i en sådan situation då en tvist rörande ett direktiv på det vertikala planet mellan ett enskilt rättssubjekt och en stat får konsekvenser för tredje mans rättsställning.[13]

B. Specifika omständigheter i det nationella målet

29. Följande sakomständigheter i det nationella målet är av relevans i detta förfarande:

– Det nationella målet handlar om en tvist mellan enskilda (privaträttsliga rättssubjekt), och det aktuella rättsförhållandet har sitt ursprung i ett tjänsteavtal. Förhållandet mellan parterna är således av horisontell karaktär.

– Samtliga omständigheter i det nationella målet är att hänföra till ett och samma land.

8 Se särskilt dom av den 10 april 1984, von Colson och Kamann (14/83, EU:C:1984:153, punkt 26), dom av den 13 november 1990, Marleasing (C-106/89, EU:C:1990:395, punkt 8) och dom av den 5 oktober 2004, Pfeiffer m.fl. (C-397/01–C-403/01, EU:C:2004:584, punkterna 113–114).

9 Rådets direktiv 83/189/EEG av den 28 mars 1983 om ett informationsförfarande beträffande tekniska standarder och föreskrifter (EGT L 109, 1983, s. 8; svensk specialutgåva, område 13, volym 12, s. 154); sedermera Europaparlamentets och rådets direktiv 98/34/EEG av den 22 juni 1998 om ett informationsförfarande beträffande tekniska standarder och föreskrifter (EGT L 204, 1998, s. 37) och senast Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2015/1535 av den 9 september 2015 om ett informationsförfarande beträffande tekniska föreskrifter och beträffande föreskrifter för informationssamhällets tjänster (kodifiering) (EUT L 241, 2015, s. 1). Denna rättspraxis är även tillämplig med avseende på de skyldigheter som sägs i artikel 3.4 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/31/EG av den 8 juni 2000 om vissa rättsliga aspekter på informationssamhällets tjänster, särskilt elektronisk handel, på den inre marknaden (Direktiv om elektronisk handel) (EGT L 178, 2000, s. 1). Se, i detta avseende, dom av den 19 december 2019, Airbnb Ireland (C-390/18, EU:C:2019:1112, punkt 100).

10 Se dom av den 30 april 1996, CIA Security International (C-194/94, EU:C:1996:172, punkt 48) och dom av den 26 september 2000, Unilever (C-443/98, EU:C:2000:496, punkterna 44, 50 och 51).

11 Nedan kallad stadgan.

12 Se den rättspraxis som nämns i punkt 67 nedan.

13 Se särskilt dom av den 24 oktober 1996, Kraaijeveld m.fl. (C-72/95, EU:C:1996:404), och dom av den 7 januari 2004, Wells (C-201/02, EU:C:2004:12).

– Den rättsliga grunden för käromålet är en nationell bestämmelse som innebär att ett minimiarvode ska tillämpas i stället för en avtalsklausul där ersättningen till tjänsteleverantören fastställs till ett belopp som understiger detta minimiarvode.

– Denna nationella bestämmelse strider mot artikel 15.1, 15.2 g och 15.3 i direktiv 2006/123. [14]

– Det faktum att denna nationella bestämmelse strider mot nyssnämnda bestämmelser har slagits fast i en dom från EU-domstolen som meddelats inom ramen för ett förfarande enligt artikel 258 FEUF.

– Enligt den hänskjutande domstolen är det inte möjligt att tolka den aktuella bestämmelsen på ett sådant sätt att den överensstämmer med artikel 15.1, 15.2 g och 15.3 i direktiv 2006/123.

– Avtalet mellan parterna ingicks efter det att fristen för att införliva direktivet med den nationella rättsordningen hade löpt ut, men innan kommissionen väckte talan vid EU-domstolen i målet kommissionen/Tyskland. [15]

C. Huruvida det är möjligt att företa en direktivkonform tolkning

30. Det framgår av fast rättspraxis från EU-domstolen att frågan om det kan finnas anledning att underlåta att tillämpa en nationell bestämmelse i ett horisontellt förhållande på grund av att bestämmelsen strider mot ett direktiv, endast uppkommer om det inte är möjligt att företa en direktivkonform tolkning. [16]

31. Enligt den hänskjutande domstolen är det inte möjligt att tolka de nationella bestämmelserna på ett sådant sätt att de överensstämmer med direktiv 2006/123, eftersom det i ett sådant fall skulle vara fråga om en tolkning *contra legem*. Kommissionen har i sitt skriftliga yttrande och vid förhandlingen bestritt den hänskjutande domstolens bedömning.

32. Det är visserligen riktigt att EU-domstolen tidigare vid flera tillfällen har betonat att de nationella domstolarna är skyldiga att tolka sådana rättsakter som direktiv eller rambeslut på ett sätt som är förenligt med unionsrätten. EU-domstolen har emellertid även konsekvent funnit att principen om unionsrättskonform tolkning inte kan tjäna som grund för att tolka nationell rätt *contra legem*. [17] Eftersom EU-domstolen, såsom den själv har betonat, inte är behörig att uttala sig om tolkningen av en viss medlemsstats nationella rättsordning, [18] ankommer det i slutändan på den nationella domstolen att avgöra om en direktivkonform tolkning skulle innebära en tolkning *contra legem*. [19]

14 Jämför punkterna 14 och 15 i detta förslag till avgörande.

15 Dom av den 4 juli 2019, kommissionen/Tyskland (C-377/17, EU:C:2019:562).

16 Se särskilt dom av den 17 april 2018, Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257, punkterna 71–75 i domskälen och punkt 3 i domslutet) samt dom av den 6 november 2018, Bauer och Willmeroth (C-569/16 och C-570/16, EU:C:2018:871, punkt 25 i domskälen och punkt 2 i domslutet).

17 Se särskilt dom av den 15 april 2008, Impact (C-268/06, EU:C:2008:223, punkt 100) och dom av den 29 juni 2017, Popławski (C-579/15, EU:C:2017:503, punkt 33 och där angiven rättspraxis).

18 Se särskilt dom av den 16 februari 2017, Agro Foreign Trade & Agency (C-507/15, EU:C:2017:129, punkt 23).

19 Se särskilt dom av den 29 juni 2017, Popławski (C-579/15, EU:C:2017:503, punkt 39) och dom av den 17 april 2018, Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257, punkterna 73–75).

33. I detta sammanhang kan jag å ena sidan dela kommissionens uppfattning att det i begäran om förhandsavgörande angivna tolkningsutrymmet, såsom detta tolkningsutrymme har beskrivits av den hänskjutande domstolen, framstår som överdrivet snävt. Detta gör sig särskilt gällande mot bakgrund av den rättspraxis från tyska domstolar som det redogjorts för i begäran om förhandsavgörande, av vilken det framgår att det med åberopande av principen om god tro i den tyska civillagen tidigare varit möjligt att i ett antal liknande mål underlåta att beakta den aktuella bestämmelsen i tysk rätt. Å andra sidan kan jag – mot bakgrund av den hänskjutande domstolens kategoriska ståndpunkt att denna rättspraxis inte kan tillämpas i förevarande fall – inte se hur EU-domstolen skulle kunna sätta sig i den hänskjutande domstolens ställe vid bedömningen av utrymmet i tysk rätt för en direktivkonform tolkning.

D. Den hänskjutande domstolens eventuella skäl för att underlåta att tillämpa den aktuella bestämmelsen

1. Särdrag hos direktiv 2006/123 såsom ett medel som konkretiserar den inre marknadens grundläggande frihet

34. Jag anser att man vid bedömningen av förevarande mål ska börja med att närmare undersöka särdragen i direktiv 2006/123 såsom ett instrument som konkretiserar bland annat etableringsfriheten enligt artikel 49 FEUF. Denna frågeställning har visserligen inte uttryckligen tagits upp av parterna i deras respektive yttranden, men det framstår ändå som önskvärt att EU-domstolen i förevarande mål uttalar sig om det närmare förhållandet mellan artikel 49 FEUF och direktiv 2006/123.

35. När det gäller den första delen av den hänskjutande domstolens andra fråga anser kommissionen det vara uteslutet att det utifrån artikel 49 FEUF skulle gå att härleda att en nationell domstol ska underlåta att tillämpa en nationell bestämmelse som strider mot nämnda artikel. Enligt kommissionen är det i förevarande fall inte möjligt att beakta artikel 49 FEUF eftersom den aktuella tyska bestämmelsen endast är tillämplig på interna förhållanden. Detta argument grundar sig på antagandet att om det i förevarande fall förelåg någon gränsöverskridande omständighet och den aktuella tyska bestämmelsen var tillämplig, så skulle det vara möjligt att åberopa artikel 49 FEUF. Detta skulle även innebära att en faktisk situation som omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 2006/123 även skulle kunna bedömas mot bakgrund av artikel 49 FEUF. Jag är mycket tveksam till om så är fallet och jag skulle här vilja uppmärksamma EU-domstolen på mina skäl för denna bedömning. Enligt min mening kan dessa tvivel motivera att direktiv 2006/123 kan tillämpas direkt i förevarande mål.

36. Låt oss således ägna närmare uppmärksamhet åt vad som är specifikt i kapitel III i direktiv 2006/123; det är detta kapitel som konkretiserar den i artikel 49 FEUF angivna etableringsfriheten med avseende på nästan alla slags tjänster. Direktiv 2006/123 skiljer sig härvid från andra sekundärrättsakter som harmoniserar, och vanligtvis begränsar, utvalda delar av etableringsfriheten på ett visst område.[20] Detta innebär att de regler som utarbetats i rättspraxis om förhållandet mellan fördragets friheter och vidtagna åtgärder för harmonisering av utvalda aspekter av dessa friheter, inte automatiskt kan överföras på direktiv 2006/123.

[20] Exempelvis rådets direktiv 77/249/EEG av den 22 mars 1977 om underlättande för advokater att effektivt begagna sig av friheten att tillhandahålla tjänster (EGT L 78, 1977, s. 17; svensk specialutgåva, område 6, volym 1, s. 196).

37. För det första skulle jag vilja erinra om två mycket viktiga avgöranden från EU-domstolen. I domen i målet Rina Services slog EU-domstolen fast att när en viss frågeställning omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 2006/123, ska den inte prövas ytterligare mot bakgrund av bestämmelserna i fördraget.[21] Vidare uttalade EU-domstolen i domen X och Visser att bestämmelserna i kapitel III i direktiv 2006/123 om tjänsteleverantörers etableringsfrihet även är tillämpliga i en situation där samtliga relevanta omständigheter är att hänföra till en och samma medlemsstat.[22]

38. För det andra ska det påpekas att dessa omständigheter entydigt visar att unionslagstiftaren, genom att anta direktiv 2006/123, avsåg att genomföra, eller konkretisera, två grundläggande friheter på den inre marknaden, däribland etableringsfriheten.[23] Syftet med direktiv 2006/123 är inte att harmonisera vissa utvalda aspekter av tjänsteverksamheten, utan att precisera själva fördraget. I detta syfte tar direktivet i stor utsträckning hänsyn till EU-domstolens praxis, bland annat genom att precisera förbudet mot vissa begränsningar eller genom att precisera tillämpliga undantag. Vad sedan beträffar artikel 15 i direktivet framgår det klart att syftet med den artikeln är att förena medlemsstaternas lagstiftningsbefogenheter i fråga om krav på utövande av ekonomisk verksamhet med det faktiska utövandet av den i fördraget garanterade etableringsfriheten.

39. Två slutsatser kan dras av ovanstående analys. För det första: även om de nationella bestämmelser som är föremål för prövning omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 2006/123 och är *oförenliga* med detta direktiv, så saknas det anledning att pröva huruvida sådana bestämmelser är förenliga med fördraget. Det rör sig därvid om en uppenbar slutsats och EU-domstolen förefaller inte hysa några tvivel i detta avseende.[24] För det andra, vilket enligt min mening är den naturliga följden av domen i målet Rina Services[25]: om de nationella bestämmelser som är föremål för prövning omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 2006/123 och är *förenliga* med detta direktiv, så kan de inte ifrågasättas på grundval av fördragets bestämmelser om friheten att tillhandahålla tjänster och etableringsfriheten.[26]

40. Denna logik ger enligt min mening upphov till tvivel om huruvida det finns grund för kommissionens argument att om det fanns någon gränsöverskridande faktor i målet och om den aktuella tyska bestämmelsen var tillämplig, så skulle det vara möjligt att åberopa artikel 49 FEUF. Detta skulle nämligen betyda att en och samma faktiska situation skulle kunna bedömas såväl utifrån förenligheten med direktiv 2006/123 som utifrån förenligheten med artikel 49 FEUF. Detta skulle enligt min mening strida mot unionslagstiftarens avsikt, som, när direktivet antogs, var att i ett sammanhang reglera etableringsfriheten när det gäller tjänstesektorn. Med andra ord kan inte alla dessa kategorier och aspekter av etableringsfriheten som omfattas av tillämpningsområdet för detta direktiv bedömas mot bakgrund av artikel 49 FEUF.

21 Dom av den 16 juni 2015, Rina Services m.fl. (C-593/13, EU:C:2015:399, punkt 23 och följande punkter).

22 Se dom av den 30 januari 2018, X och Visser (C-360/15 och C-31/16, EU:C:2018:44, punkterna 99–110 i domskälen samt punkt 3 i domslutet).

23 Jämför skäl 5, 6 och 64 i direktiv 2006/123. Se även dom av den 16 juni 2015, Rina Services m.fl. (C-593/13, EU:C:2015:399, punkt 40), där EU-domstolen uttalat att direktiv 2006/123 är en sekundärrättsakt som konkretiserar en grundläggande frihet som anges i EUF-fördraget.

24 Se dom av den 23 februari 2016, kommissionen/Ungern (C-179/14, EU:C:2016:108, punkt 118), och dom av den 30 januari 2018, X och Visser (C-360/15 och C-31/16, EU:C:2018:44, punkt 137).

25 Dom av den 16 juni 2015 (C-593/13, EU:C:2015:399).

26 Det torde vara möjligt att ifrågasätta sådana nationella bestämmelser endast om konkreta bestämmelser i ett tjänstedirektiv visar sig vara oförenliga med fördraget.

41. Samtidigt är bestämmelserna i kapitel III i direktiv 2006/123, såsom framgår av domen i målet X och Visser,[27] även tillämpliga i en situation där alla relevanta omständigheter är att hänföra till en och samma medlemsstat. Denna dom bekräftar enligt min mening unionslagstiftarens avsikt att direktiv 2006/123 – inom direktivets tillämpningsområde – ska utvidga etableringsfriheten till att även omfatta rent interna förhållanden.[28]

42. Att godta antagandet att kapitel III i direktiv 2006/123 konkretiserar etableringsfriheten i artikel 49 FEUF innebär enligt min mening att det är särskilt viktigt att anknyta till problematiken med en horisontell tillämpning av detta direktiv.

43. Jag är övertygad om att när en given situation omfattas av tillämpningsområdet för kapitel III i direktiv 2006/123 så ska det inte vara möjligt att åberopa etableringsfriheten enligt artikel 49 FEUF för att på så sätt göra gällande att en medlemsstats bestämmelser inte får tillämpas i en tvist mot ett annat enskilt rättssubjekt. En sådan möjlighet skulle strida inte bara mot tanken att etableringsfriheten konkretiseras genom direktiv 2006/123. Detta skulle även leda till komplicerade bedömningar av etableringsfrihetens materiella räckvidd. Således skulle man behöva pröva huruvida en given nationell lagstiftning som strider mot direktivet även strider mot artikel 49 FEUF, varvid det rent hypotetiskt antas att direktivet inte antagits. Det framstår enligt min mening som klarlagt att en sådan lösning skulle undergräva den ändamålsenliga verkan (*effet utile*) av direktiv 2006/123.

44. Det är rent teoretiskt möjligt att man på traditionellt sätt utesluter att horisontell direkt effekt föreligger och att man – oberoende av huruvida det i målet finns något gränsöverskridande anknytningsmoment eller ej – anser att bestämmelserna i kapitel III i direktivet inte får åberopas gentemot enskilda rättssubjekt. En sådan lösning skulle enligt min mening vara uppenbart oacceptabel redan av den anledningen att en sekundärrättsakt som direktiv 2006/123 inte i något fall kan begränsa tillämpningsområdet för de friheter som finns stadfästa i fördraget, även vad avser åberopandet därav i en tvist mot en enskild.

45. Således återstår det endast att konstatera, vilket enligt min mening är den korrekta bedömningen, att kapitel III i direktiv 2006/123 inte bara konkretiserar den i fördraget stadfästa etableringsfriheten utan även utvidgar etableringsfriheten till att omfatta rent interna förhållanden. Bestämmelserna i nämnda kapitel får åberopas i en tvist mot en annan enskild på samma sätt som det i liknande situationer är tillåtet att direkt åberopa den i fördraget stadfästa etableringsfriheten.

46. Frågan huruvida den aktuella nationella bestämmelsen strider mot artikel 15.2 g i direktiv 2006/123 ska således avgöras i särskild ordning av den nationella domstolen, med bortseende från den rättspraxis som utesluter horisontell direkt effekt hos direktiv.

47. Jag anser följaktligen att för det fall det inte är möjligt att företa en unionsrättskonform tolkning så ska en nationell domstol – som har att pröva en tvist mellan enskilda där yrkandet grundar sig på en nationell bestämmelse som fastställer minimiavgifter för tjänsteleverantörer på ett sätt som strider mot artikel 15.1, 15.2 g och 15.3 i direktiv 2006/123 – underlåta att tillämpa

[27] Dom av den 30 januari 2018, X och Visser (C-360/15 och C-31/16, EU:C:2018:44, punkt 3 i domslutet).

[28] Det är svårt att inte notera att en sådan lösning har många fördelar. Det är nämligen inte nödvändigt att beträffande varje sakomständighet leta efter gränsöverskridande inslag (som ofta kan vara svåra att påvisa) för att en frihet i fördraget ska kunna tillämpas direkt.

denna nationella bestämmelse. Denna skyldighet åligger den nationella domstolen enligt artikel 15.2 g och 15.3 i direktiv 2006/123, i det att dessa bestämmelser konkretiserar den i artikel 49 FEUF stadfästa etableringsfriheten.

2. Analog tillämpning av rättspraxis angående tekniska föreskrifter

48. Den nederländska regeringen har bland annat föreslagit att EU-domstolen i förevarande mål analogivis tillämpar sin rättspraxis angående oanmälda tekniska föreskrifter.

49. EU-domstolen har själv uttalat att dess rättspraxis angående tekniska föreskrifter är av undantagskaraktär och att det inte finns anledning att denna rättspraxis ska utvidgas till att även omfatta andra situationer. De mål där EU-domstolen har lagt fast denna rättspraxis [29] har kännetecknats av att det åberopade direktivet – i det att det inte grundar vare sig några rättigheter eller skyldigheter för enskilda – inte fastställde det materiella innehållet i den rättsregel på grundval av vilken den nationella domstolen hade att avgöra det anhängiggjorda målet. Rättspraxis som avser avsaknad av möjlighet att i en tvist mellan enskilda åberopa ett icke införlivat direktiv var således inte relevant i dessa mål. [30]

50. Förevarande mål påminner inte om de mål som handlar om oanmälda tekniska föreskrifter. I artikel 15.2 g och 15.3 i direktivet är det inte fråga om någon anmälningsskyldighet. Det finns således inte någon anledning att analogivis tillämpa rättspraxis angående oanmälda tekniska föreskrifter.

3. Att använda direktivet som ”sköld” och inte som ”svärd”

51. Enligt den nederländska regeringen följer det av EU-domstolens rättspraxis [31] att en direktivbestämmelse inte kan åberopas av en enskild för att på så sätt åstadkomma att en skyldighet som följer av direktivet åläggs en annan enskild i en situation där någon sådan skyldighet inte följer av nationell rätt (den enskilde kan inte använda direktivbestämmelsen såsom ”ett svärd”). Däremot innebär detta inte, enligt den nederländska regeringen, att en enskild inte kan åberopa en direktivbestämmelse i en situation där motparten försöker ålägga den enskilde en skyldighet som föreskrivs i nationell rätt som strider mot ett direktiv. Den nederländska regeringen anser att det i denna andra situation (där direktivet används som ”en sköld”) ankommer på den nationella domstolen att underlåta att tillämpa den nationella bestämmelsen.

52. Kommissionen anser det vara nödvändigt att göra en sådan åtskillnad. Kommissionen har understrukit att det i EU-domstolens rättspraxis anges att ett direktiv inte *i sig* kan medföra några skyldigheter för en enskild, varför det inte är möjligt att åberopa direktivet *som sådant* gentemot enskilda. I detta mål följer kärandens skyldighet att *hålla sig till* överenskommet pris av avtalet. Svarandens bestridande av kärandens yrkande på högre ersättning grundar sig inte enbart på direktivet i sig utan på direktivet i förening med avtalet. Det är således inte fråga om en situation där specifika rättigheter för enskilda följer av ett direktiv *i sig* eller av direktivet *som sådant*.

[29] Se särskilt dom av den 30 april 1996, CIA Security International (C-194/94, EU:C:1996:172, punkt 48); dom av den 26 september 2000, Unilever (C-443/98, EU:C:2000:496, punkterna 44, 50 och 51) och dom av den 19 december 2019, Airbnb Ireland (C-390/18, EU:C:2019:1112, punkt 100).

[30] Dom av den 7 augusti 2018, Smith (C-122/17, EU:C:2018:631, punkt 53).

[31] Den nederländska regeringen har hänvisat till dom av den 7 augusti 2018, Smith (C-122/17, EU:C:2018:631), och dom av den 24 januari 2012, Dominguez (C-282/10, EU:C:2012:33).

53. Enligt kommissionen framstår det emellertid som oklart om detta är av avgörande betydelse i detta mål. För det första har EU-domstolen i sin rättspraxis kategoriskt uttalat att ett direktiv inte kan åberopas i en tvist mellan enskilda för att undgå tillämpning av bestämmelser i en medlemsstat som strider mot detta direktiv.[32] För det andra anser kommissionen detta med hänsyn till vad som är specifikt för privaträttsliga avtal, nämligen det faktum att avtalsparterna själva gör en intresseavvägning när de reglerar sina respektive rättigheter och skyldigheter. Det ligger i sakens natur att om ett direktiv beaktas så innebär det med nödvändighet en försämring för en av parterna, vilket innebär att frågan huruvida direktivet medför en rättighet eller en skyldighet inte är av avgörande betydelse. Det rör sig nämligen i huvudsak om två sidor av samma mynt.

54. Jag delar kommissionens bedömning i denna del.

55. För det första anser jag att uppfattningen att ett direktiv i sig skulle ha andra verkningar i horisontella förhållanden beroende på om direktivet används som ”svärd” eller som ”sköld” inte vinner stöd av ordalydelsen i artikel 288 tredje stycket FEUF. Denna bestämmelse medför inte att nationella bestämmelser som strider mot direktivet i ett horisontellt förhållande förlorar sin ändamålsenliga verkan.

56. Såsom kommissionen med rätta har påpekat framgår det i huvudsak av EU-domstolens rättspraxis att det inte är möjligt att utifrån direktiv dra rättsliga konsekvenser, oavsett om det är fråga om rättigheter eller skyldigheter, för enskilda gentemot andra enskilda. Frågan huruvida ett direktiv medför en skyldighet som en avtalspart önskar ålägga den andra avtalsparten, eller huruvida direktivet endast medför ett förbud mot att ålägga den andra avtalsparten en skyldighet som följer av nationell rätt, är nämligen avhängig den aktuella processuella systematiken och vilket perspektiv som valts, vilket innebär att denna åtskillnad inte grundar sig på något objektivt kriterium.

57. Om det i ett direktiv föreskrivs ett förbud mot att anta bestämmelser som för parterna fastställer en minimiersättning för en viss tjänst, så kan det uppenbarligen anses vara fråga om en situation där den nationella bestämmelsen medför en skyldighet att erlägga betalning med ett högre belopp än det som avtalats mellan parterna, mot vilket direktivet fungerar som ett skydd såsom en ”sköld”. Det kan emellertid även anses vara fråga om en situation där det indirekt ur direktivet går att härleda rättigheter och konkreta skyldigheter för de enskilda, det vill säga en rätt för tjänstemottagaren att inte behöva betala det pris som anges i avtalet och en skyldighet för tjänsteleverantören att anse att om det i avtalet överenskomna priser erläggs så medför det att tjänstemottagaren befrias från sina avtalsenliga förpliktelser. Som försvar mot käromål håller tjänstemottagaren således med ena handen upp en ”sköld” samtidigt som denne med den andra handen delar ut ett hugg med ”sitt svärd”; dessa åtgärder vidtas för att förmå tjänsteleverantören att acceptera att ett lägre belopp än minimiersättningen erläggs med befriande verkan.

58. Låt oss tänka oss att tjänstemottagaren felaktigt har betalat högre ersättning än den avtalsenliga och därefter begärt återbetalning från tjänsteleverantören. Tjänstemottagaren vill därvid ålägga tjänsteleverantören att betala åter de belopp som felaktigt betalts ut för mycket. Tjänstemottagaren skulle i detta avseende åberopa direktivet som ett ”svärd”. Detsamma skulle vara fallet om avtalsparterna hade kommit överens om en ersättning som översteg tillämpliga maximibelopp och tjänsteleverantören, efter att ha erhållit betalning endast med maximibeloppet, kräver betalning av skillnaden mellan detta maximibelopp och det belopp som

[32] Dom av den 7 augusti 2018, Smith (C-122/17, EU:C:2018:631, punkt 44).

anges i avtalet. Denne vill i själva verket ålägga tjänstemottagaren att betala avtalat pris i enlighet med direktivet. I detta mål har vi visserligen inte att göra med sådana typfall, men det är logiskt att lösningen i samtliga fall måste vara densamma: om en nationell bestämmelse inte kan tillämpas så kan den inte tillämpas i någon av dessa situationer. Argumentet att en enskild åläggs en skyldighet säkerställer inte att denna effekt uppnås i varje processuellt system och detta argument grundas dessutom på ett otydligt och vagt kriterium.

59. Om man betraktar den lösning som föreslagits av den nederländska regeringen ur ett något annorlunda perspektiv, kan man koncentrera sig på själva möjligheten att åberopa ett direktiv gentemot en enskild. Direktivets verkan som ”sköld” skulle således innebära att en nationell bestämmelse som strider mot ett direktiv inte används vid beslutsfattandet. Ett direktivs verkan som ”sköld” motsvarar i denna mening att direktivet får åberopas för att få till stånd att en nationell bestämmelse inte tillämpas (på franska *invocabilité d'exclusion*) vilket är motsatsen till att direktivet åberopas för att en direktivbestämmelse ska tillämpas vid beslutsfattandet (på franska *invocabilité de substitution*). [33]

60. Kriteriet att dela upp direktivets effekt som ”sköld” och ”svärd” (om det godtas att detta kriterium motsvarar uppdelningen i uteslutning (*exclusion)* och ersättning (*substitution*)) är kanske mer precist, men det är möjligt att tänka sig situationer där en sådan åtskillnad visar sig vara svår att använda sig av.

61. Saken är den att trots att detta har förordats av generaladvokaterna Saggio, [34] Alber [35] och Ruiz-Jarabo Colomer [36], så förefaller det som att EU-domstolen slutligen avfärdat detta begrepp i domen i målet Pfeiffer. [37]

62. Den skyldighet avseende arbetstid som var i fråga i sistnämnda mål och som stred mot ett direktiv följde nämligen av ett kollektivavtal som det hänvisades till i ett av arbetstagaren ingånget avtal, inte av lag. Skillnaden mellan de båda målen består i att i det ena målet strider den skyldighet som strider mot direktivet samtidigt direkt mot en prisklausul i parternas avtal (detta mål), medan i det andra målet så var det inte fråga om något sådant, eftersom det aktuella avtalet inte innehöll någon klausul om arbetstid, utan i stället hänvisade till det kollektivavtal som gav upphov till denna skyldighet (det mål som avgjordes genom domen Pfeiffer). [38] Det kan emellertid hävdas att avsaknaden av en avtalsklausul innebar att skyldigheten i detta avseende fastställdes genom en lagbestämmelse som begränsade arbetstagarens maximala arbetstid. Den omständigheten att oförenligheten med direktivet i förevarande fall följer direkt av innehållet i avtalet, kan enligt min mening inte anses innebära att det i förevarande fall måste dras en annan slutsats vad gäller ett direktivs horisontella direkta effekt.

63. Sammanfattningsvis anser jag i denna del att bestämmelsen i artikel 288 tredje stycket FEUF och EU-domstolens praxis inte utgör grund för att anse att enskildas rättigheter och skyldigheter i allmänhet kan skapas med bindande verkan tack vare att en direktivbestämmelse ”som sådan”

33 Se förslag till avgörande av generaladvokaten Léger i målet Linster (C-287/98, EU:C:2000:3, punkt 57 och följande punkter) samt den däri citerade artikeln av Y. Galmot och J-C. Bonichot, La Cour de justice des Communautés européennes et la transposition des directives en droit national, *Revue française de droit administratif*, 4(1), januari–februari 1988, s. 16.

34 Se förslag till avgörande av generaladvokaten Saggio i de förenade målen Océano Grupo Editorial och Salvat Editores (C-240/98–C-244/98, EU:C:1999:620, punkt 38).

35 Se förslag till avgörande av generaladvokaten Alber i målet Collino och Chiappero (C-343/98, EU:C:2000:23, punkt 30).

36 Se förslag till avgörande av generaladvokaten Ruiz-Jarabo Colomer i de förenade målen Pfeiffer m.fl. (C-397/01–C-403/01, EU:C:2003:245, punkt 58).

37 Dom av den 5 oktober 2004 (C-397/01–C-403/01, EU:C:2004:584).

38 Dom av den 5 oktober 2004 (C-397/01–C-403/01, EU:C:2004:584).

beaktas vid fastställandet av den rättsliga grunden för hur en tvist mellan enskilda ska avgöras. I detta sammanhang ska det anses att det vid fastställandet av den rättsliga grunden saknar betydelse huruvida en nationell bestämmelse ska uteslutas eller ersättas med en direktivbestämmelse eller om grunden ska kompletteras med en direktivbestämmelse. Till syvende och sist kan begreppen ”ersättning” eller ”uteslutning” av en nationell bestämmelse i ett horisontellt förhållande endast vara lämpliga för att avgöra vilken verkan ett eventuellt beaktande av ett direktiv har vid rättstillämpningen. Det finns emellertid ingen anledning att anse att ett direktiv har horisontell direkt effekt om detta endast leder till att rätten underlåter att tillämpa en nationell bestämmelse.

4. Åberopande av allmänna unionsrättsliga principer, inklusive avtalsfriheten

64. Kommissionen har i sitt skriftliga yttrande föreslagit, som ett alternativ, att den aktuella bestämmelsen inte ska tillämpas på grund av att den strider mot den i artikel 16 i stadgan stadfästa avtalsfriheten. Avtalsfriheten innefattar parternas frihet att själva fastställa vilket pris som ska betalas för en tjänst. Denna frihet begränsas av den nationella bestämmelsen som föreskriver obligatoriska minimibelopp för vissa tjänster. Med hänsyn till att begränsningen av denna frihet är oproportionerlig anser kommissionen att den aktuella tyska bestämmelsen inte ska tillämpas av den nationella domstolen, eftersom den strider mot artikel 16 i stadgan.

65. Jag kommer nedan att beskriva vilka villkor som följer av nuvarande rättspraxis i fråga om möjligheten att åberopa stadgan för att underlåta att tillämpa en nationell bestämmelse som strider mot ett direktiv (underavsnitt a). Därefter kommer jag att undersöka om dessa villkor är uppfyllda vad gäller avtalsfriheten och rätten att fastställa priset (underavsnitt b). Slutligen kommer jag att bedöma huruvida den bestämmelse som garanterar denna frihet kan vara tillämplig i förevarande fall (underavsnitt c).

a) Villkoren för att åberopa allmänna unionsrättsliga principer, inbegripet de som konkretiserats i stadgan

66. I sin rättspraxis som följer av domen i målet Mangold [39] har EU-domstolen medgett att det är möjligt att i ett horisontellt förhållande underlåta att tillämpa nationella bestämmelser som strider mot ett direktiv när så erfordras enligt allmänna unionsrättsliga principer, inbegripet de principer som konkretiserats i stadgan. [40]

67. EU-domstolen har därför slagit fast att det föreligger skäl för att inte tillämpa nationella bestämmelser som strider mot bestämmelserna i rådets direktiv 2000/78/EG, [41] i den mån detta är nödvändigt för att iaktta de allmänna unionsrättsliga principerna såsom principen om förbud mot diskriminering på grund av ålder, [42] principen om förbud mot diskriminering på grund av religion

39 Dom av den 22 november 2005 (C-144/04, EU:C:2005:709, punkt 76).

40 Förhållandet mellan de allmänna unionsrättsliga principerna och de grundläggande rättigheter som stadfästs i stadgan är inte klart beskrivet i EU-domstolens praxis. I sitt förslag till avgörande i målet Prigge m.fl. (C-447/09, EU:C:2011:321) har generaladvokaten Cruz Villalón ansett att alltsedan Lissabonfördragets ikraftträdande har den allmänna unionsrättsliga principen om diskrimineringsförbud konkretiserats i ”Lissabonstadgan” (punkt 26 i förslaget till avgörande). För att förenkla det hela kommer jag i detta förslag till avgörande att använda begreppet ”de allmänna unionsrättsliga principer som bland annat konkretiserats i stadgan”.

41 Rådets direktiv 2000/78/EG av den 27 november 2000 om inrättande av en allmän ram för likabehandling i arbetslivet (EGT L 303, 2000, s. 16).

42 Se bland annat dom av den 22 november 2005, Mangold (C-144/04, EU:C:2005:709, punkt 76); dom av den 19 januari 2010, Kücükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21, punkt 46) och dom av den 19 april 2016, DI (C-441/14, EU:C:2016:278, punkterna 35–37).

eller övertygelse[43] och rätten till ett effektivt domstolsskydd.[44] I målen rörande direktiv 2003/88/EG[45] ansåg EU-domstolen att det förelåg skäl för att inte tillämpa nationella bestämmelser som inskränker arbetstagarens rätt till årlig betald semester som garanteras i artikel 31.2 i stadgan.[46]

68. EU-domstolen motsatte sig däremot tillämpningen av ett sådant synsätt på de skyldigheter som följer av artikel 1 i rådets tredje direktiv 90/232/EEG,[47] med motiveringen att denna bestämmelse inte kan anses utgöra en konkretisering av en allmän unionsrättslig princip.[48] Detsamma gäller bestämmelserna i direktiv 2002/14/EG[49] varvid EU-domstolen uttalade att förbudet i artikel 3.1 i direktivet inte kan härledas såsom en direkt tillämplig rättsregel vare sig från ordalydelsen i artikel 27 i stadgan eller från förklaringarna avseende denna artikel.[50]

69. EU-domstolens praxis har i doktrinen kritiserats på så sätt att den leder till en alltför restriktiv tillämpning av stadgan i förhållandet mellan enskilda[51] och till att den underordnas vaga kriterier.[52] Generaladvokaterna har tidigare även förordat en mer extensiv tillämpning av stadgan i horisontella förhållanden.[53] EU-domstolen är emellertid i princip trogen sitt försiktiga och kasuistiskt synsätt.[54]

70. Paradoxen i det hela är att stadgans verkan (stadgan är en primärrättslig rättsakt med samma rang som fördragen) – på grund av att direktiv inte är tillämpliga på horisontella förhållanden – i horisontella förhållanden upptäckts under flera år ”successivt” i samband med förhandsavgöranden avseende möjligheten att underlåta att tillämpa en nationell bestämmelse som strider mot ett direktiv som inte har införlivats eller som inte har införlivats på ett korrekt sätt. Inom detta område har stadgan nämligen visat sig vara av särskilt praktisk betydelse genom att den de facto, genom att använda det alkemiska språket, utgör en ”de vises sten” i unionsrätten, vilket gör det möjligt att ändra oädla normer (normer som inte skapar horisontell

43 Se bland annat dom av den 17 april 2018, Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257, punkterna 76, 77 och 79), dom av den 11 september 2018, IR (C-68/17, EU:C:2018:696, punkterna 69–71) och dom av den 22 januari 2019, Cresco Investigation (C-193/17, EU:C:2019:43, punkterna 76 och 80).

44 Se dom av den 17 april 2018, Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257, punkt 78).

45 Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/88/EG av den 4 november 2003 om arbetstidens förläggning i vissa avseenden (EUT L 299, 2003, s. 9).

46 Se, bland annat, dom av den 6 november 2018, Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften (C-684/16, EU:C:2018:874, punkterna 71, 80 och 81 i domskälen samt punkt 2 i domslutet) och dom av den 6 november 2018, Bauer och Willmeroth (C-569/16 och C-570/16, EU:C:2018:871, punkterna 80, 84 och 91).

47 Rådets tredje direktiv 90/232/EEG av den 14 maj 1990 om tillnärmning av medlemsstaternas lagar och andra författningar om ansvarsförsäkring för motorfordon (EGT L 129, 1990, s. 33).

48 Se dom av den 7 augusti 2018, Smith (C-122/17, EU:C:2018:631, punkt 48).

49 Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/14/EG av den 11 mars 2002 om inrättande av en allmän ram för information till och samråd med arbetstagare i Europeiska gemenskapen (EGT L 80, 2002, s. 29).

50 Dom av den 15 januari 2014, Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2014:2, punkt 46).

51 Se, exempelvis, D. Leczykiewicz, Horizontal application of the Charter of Fundamental Rights, *European Law Review*, 2013, 38(4), s. 479–497.

52 Se exempelvis E. Frantziou, *The horizontal effect of fundamental rights in the European Union: a constitutional analysis*, Oxford, Oxford University Press, 2019, där följande anges: ”[t]he judgments remain rooted in largely unpredictable, case-by-case assessments, which predominantly concern direct effect, but marginalise the overall significance of horizontality in the field of fundamental rights (as well as the risk of its over-extension)” (s. 114).

53 Se bland annat förslag till avgörande från generaladvokaten Cruz Villalón i målet Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2013:491, punkterna 34–38).

54 Mot bakgrund av rättspraxis som nyligen meddelats av EU-domstolen kan man emellertid fråga sig om generaladvokaten Bot även i dag skulle vara av samma åsikt som den han hade i sitt förslag till avgörande i de förenade målen Bauer och Willmeroth (C-569/16 och C-57/16, EU:C:2018:337, punkt 95) där han ansåg att EU-domstolens synsätt vid den tidpunkten var ”överdrivet restriktivt”.

verkan hos direktivbestämmelser) till ädla normer (normer som skapar sådan verkan). Det är vid detta tillfälle som principerna om när det är möjligt att åberopa stadgan har utvecklats i förhållandet mellan enskilda.

71. Mot bakgrund av EU-domstolens nuvarande rättspraxis är det väsentliga villkoret för att en bestämmelse i stadgan ska kunna utgöra en självständig grund för beslut i mål vid nationella domstolar att den är ”tillräcklig i sig”.[55] Bestämmelsen i fråga måste nämligen vara tillräcklig för att i sig själv ge enskilda en rätt som de kan åberopa i tvister mot andra enskilda. Därvid måste en tvingande och ovillkorlig rättighet följa därav. Det sistnämnda villkoret är inte uppfyllt när det för att fastställa innehållet i denna rättighet är nödvändigt att anta ytterligare bestämmelser, oavsett om det är unionsrättsliga eller nationella bestämmelser.[56]

72. Tillämpningsvillkoret avseende en bestämmelse i stadgan för att medföra horisontell effekt hos en direktivbestämmelse är dessutom underordnat att det finns ett samband mellan en specifik bestämmelse i stadgan och en bestämmelse i ett direktiv. När det gäller vissa rättigheter ska detta samband bestå i en konkretisering av en bestämmelse i stadgan genom en bestämmelse i ett direktiv.[57]

73. Är dessa villkor uppfyllda med avseende på artikel 16 i stadgan i den mån den garanterar avtalsfriheten?

74. Innan jag besvarar denna fråga vill jag framhålla att förevarande mål i huvudsak inte avser den horisontella direkta effekten av en bestämmelse i stadgan i klassisk bemärkelse. Frågan är nämligen inte huruvida en bestämmelse i stadgan direkt ålägger en av avtalsparterna några skyldigheter, utan huruvida man kan underlåta att tillämpa en nationell bestämmelse i en tvist mellan enskilda på grund av att den är oförenlig med en bestämmelse i stadgan, i förevarande fall artikel 16 i stadgan. Även i detta fall måste dessa villkor emellertid vara uppfyllda i den mån de avgör huruvida en bestämmelse i stadgan har direkt effekt, det vill säga huruvida den är direkt tillämplig i ett pågående mål.

55 Se i detta avseende förslag till avgörande från generaladvokaten Bot i de förenade målen Bauer och Willmeroth (C-569/16 och C-570/16, EU:C:2018:337, punkterna 80 och 82 och där angiven rättspraxis).

56 K. Lenaerts, The Role of the EU Charter in the Member States, i: *The EU Charter of Fundamental Rights in the Member States*, Oxford, Hart, 2020, s. 32 och 33, samt S. Prechal, Horizontal direct effect of the Charter of Fundamental Rights of the EU, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 66 (2020), s. 420.

57 Detta villkor är inte absolut. I tidigare rättspraxis verkar det vara av grundläggande betydelse (se, exempelvis, dom av den 19 januari 2010, Kücükdeveci, C-555/07, EU:C:2010:21, punkt 21, dom av den 19 april 2016, DI, C-441/14, EU:C:2016:278, punkterna 22, 27, 35 och 38, och dom av den 7 augusti 2018, Smith, C-122/17, EU:C:2018:631, punkt 48). Å andra sidan fastslog EU-domstolen i sin dom av den 6 november 2018, Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften (C-684/16, EU:C:2018:874, punkterna 78 och 79) att rätten till årlig betald semester inte måste konkretiseras i sekundärrätten. EU-domstolen kom fram till en liknande slutsats i sin dom av den 17 april 2018, Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257, punkt 78) när det gäller rätten till ett effektivt domstolsskydd.

b) Avtalsfrihet

1) Inledande synpunkter

75. Avtalsfriheten [58] är en av de grundläggande privaträttsliga principerna, utöver principen om avtals verkställighet och principen om god tro. Även om det är riktigt att avtalsfriheten kan härledas till antiken är det traditionellt vedertaget att denna frihet för första gången till fullo kom till uttryck i code Napoléon (Napoleonkoden). [59]

76. Man kan ibland få intryck av att avtalsfriheten, med engelsk terminologi, utgör *the elephant in the room* (elefanten i rummet). Den har enligt min mening ännu inte funnit sin plats i det unionsrättsliga systemet. Den utgör emellertid hörnstenen i det systemet, särskilt mot bakgrund av hur de grundläggande friheterna fungerar. [60] Man kan inte utan avtalsfriheten tänka sig en inre marknad och en högt konkurrenskraftig social marknadsekonomi som avses i artikel 3.3 FEU eller en ekonomisk politik med iakttagande av principen om en öppen marknadsekonomi med fri konkurrens, enligt artikel 119 FEUF. Icke desto mindre ligger avtalsfriheten gömd bakom hela systemet med andra unionsrättsliga principer och rättigheter.

77. Detta mål skulle kunna vara ett tillfälle för EU-domstolen att närmare undersöka avtalsfriheten och precisera dess plats i det unionsrättsliga systemet.

2) Erkännandet av avtalsfriheten i rättsregler och i rättspraxis

78. Enligt gällande rätt garanteras avtalsfriheten genom artikel 16 i stadgan. Även om avtalsfriheten inte uttryckligen nämns däri framgår det av förklaringarna avseende stadgan om de grundläggande rättigheterna [61] att denna frihet utgör en del av näringsfriheten, vilken är stadfäst i denna artikel.

79. En bestämmelse i stadgan kan garantera olika fri- och rättigheter och skapa olika principer [62] och vissa kan uppfylla villkoren för att ligga till grund för avgöranden som meddelas vid de nationella domstolarna, andra inte. [63] Den omständigheten att artikel 16 i stadgan bland annat avser avtalsfriheten innebär inte att villkoren för att åberopa denna frihet vid de nationella domstolarna även är tillämpliga på andra fri- och rättigheter som garanteras i artikeln. Med hänsyn till saken i förevarande mål kommer jag att begränsa min prövning till avtalsfriheten och därefter till den särskilda rättighet som följer därav.

58 I polsk undervisning används ofta begreppet ”principen om avtalsfrihet”. För att inte ge intrycket av att jag redan på förhand bestämt mig för att kvalificera avtalsfriheten som en ”princip” och inte som en ”rättighet” i den mening som avses i artikel 52 i stadgan så kommer jag i detta förslag till avgörande att använda mig av begreppet ”avtalsfrihet”.

59 R. Trzaskowski, *Granice swobody kształtowania treści i celu umów obligacyjnych. Artykuł 353(1) k.c.*, Kraków, Zakamycze, 2005, s. 41; han anger emellertid, i likhet med J. Ghestin, *Traité de droit civil. La formation du contrat*, Paris, 1993, s. 41, att artikel 1134 i Napoleonkoden, som traditionellt anses ha sitt ursprung i denna princip, inte uttrycker denna i sak.

60 Såsom J. Basedow nyligen påpekade, ”[w]hile the freedom of contract was a necessary element in the overall scheme of the internal market from the very beginning, it has only much more recently been acknowledged as a principle of EU law.” (J. Basedow, EU Private Law. Anatomy of a Growing Legal Order, Intersentia, Cambridge – Antwerp – Chicago, 2021, s. 426, Nb 68.).

61 Förklaringar avseende stadgan om de grundläggande rättigheterna (EUT C 303, 2007, s. 17, nedan kallade ”förklaringarna avseende stadgan”).

62 Se förklaringarna avseende stadgan med avseende på artikel 52.5 i stadgan.

63 K. Lenaerts, a.a., s. 33, som huvudsakligen anger att artikel 31.2 i stadgan har horisontell direkt effekt.

80. Det framgår uttryckligen av förklaringarna avseende stadgan att artikel 16 i stadgan endast kodifierar rättspraxis från EU-domstolen som redan erkänt avtalsfrihetens tillämplighet i unionsrätten.[64] Avtalsfrihetens ställning som unionsrättslig princip har därefter bekräftats i EU-domstolens praxis som meddelats efter det att stadgan antogs.[65] Det kan således anses att den utgör en väl etablerad frihet som garanteras av unionsrätten. Den utgör en rättighet och inte en princip i den mening som avses i artikel 52.5 i stadgan.[66]

3) Innehållet i avtalsfriheten

81. Avtalsfriheten utgör en undertyp av frihet i allmänhet. Det rör sig om friheten att ingå privaträttsliga åtaganden. Denna frihet likställs ofta med en enskilds självbestämmanderätt, som dock är mer extensiv, i det att den inte avser alla rättsakter utan endast avtal.[67]

82. Det anses traditionellt sett vara vedertaget att avtalsfriheten i vart fall utgörs av följande friheter: friheten att ingå avtal, avtalsparternas valmöjligheter, fastställandet av avtalsinnehållet och därigenom även nivån på åtagandet samt avtalsform.[68] Rätten att fritt fastställa innehållet i rättsförhållandet mellan parterna innefattar rätten att bestämma storleken på de ömsesidiga prestationerna, särskilt priset eller vederlaget för motpartens prestation.

83. Denna frihetstanke återspeglas i EU-domstolens praxis. EU-domstolen har uttryckligen angett att den omständigheten att en medlemsstat tvingar en enskild att ingå ett avtal utgör en grov kränkning av avtalsfriheten,[69] att avtalsfriheten innefattar bland annat rätten att fritt välja ekonomisk partner,[70] parternas rätt att fritt ingå ömsesidiga åtaganden,[71] däribland att komma överens om priset för en prestation,[72] och slutligen rätten att ändra ingånget avtal.[73]

64 I förklaringarna avseende stadgan anges i detta avseende dom av den 16 januari 1979, Sukkerfabriken Nykøbing (151/78, EU:C:1979:4, punkt 19) och dom av den 5 oktober 1999, Spanien/kommissionen (C-240/97, EU:C:1999:479, punkt 99).

65 Se bland annat dom av den 22 januari 2013, Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28, punkterna 42 och 43), dom av den 18 juli 2013, Alemo-Herron m.fl. (C-426/11, EU:C:2013:521, punkterna 32–35) och dom av den 24 september 2020, YS (Tjänstepension till högre tjänstemän) (C-223/19, EU:C:2020:753, punkt 86).

66 Dom av den 22 januari 2013, Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28, punkterna 43–48). Se även P. Oliver, What purpose does article 16 of the Charter serve?, i *General Principles of EU law and European Private Law*, The Netherlands, Wolters Kluwer, 2013, § 12.06, s. 295–296; H. D. Jarass, Art.16 Unternehmerische Freiheit, *Charta der Grundrechte des Europäischen Union. Kommentar*, 4. Aufl., München, C.H. Beck, 2021, Rn. 2.

67 P. Machnikowski, *Swoboda umów według art. 353(1) k.c. Konstrukcja prawna*., Warszawa, C.H. Beck, 2005, s. 2 och 3.

68 Ibidem, s. 3 och 4. Denna definition stämmer med lydelsen av artikel 1102 i code civil français (franska civillagen) där följande anges: ”[c]hacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi”. Se även C. von Bar, E. Clive and Hans Schulte-Nölke (éd.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Outline Edition, München, Sellier, 2009, Book II – I:102: Party Autonomy (1) ”Parties are free to make a contract or other juridical act and to determine its contents, subject to any applicable mandatory rules” samt Principes d’UNIDROIT 2016, art. 1.1, med rubriken ”Freedom of contract”, med följande innehåll: ”The parties are free to enter into a contract and to determine its content”.

69 Se, bland annat, dom av den 28 april 2009, kommissionen/Italien (C-518/06, EU:C:2009:270, punkterna 66–71).

70 Se, bland annat, dom av den 22 januari 2013, Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28, punkt 43), och dom av den 20 december 2017, Polkomtel (C-277/16, EU:C:2017:989, punkt 50).

71 Se, bland annat, dom av den 20 maj 2010, Harms (C-434/08, EU:C:2010:285, punkt 36).

72 Se, bland annat, dom av den 22 januari 2013, Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28, punkt 43); dom av den 20 december 2017, Polkomtel (C-277/16, EU:C:2017:989, punkt 50) och dom av den 24 september 2020, YS (Tjänstepension till högre tjänstemän) (C-223/19, EU:C:2020:753, punkt 86).

73 Se, bland annat, dom av den 5 oktober 1999, Spanien/kommissionen (C-240/97, EU:C:1999:479, punkt 99).

84. Mot bakgrund av det ovan anförda anser jag att avtalsfriheten är en rättighet som erkänns såväl i medlemsstaternas rättsordningar som i unionsrätten. För enskilda följer härav vissa rättigheter som åtföljs av en motsvarande skyldighet att avstå från att inkräkta på partsautonomin, bland annat genom att föreskriva att avtal ska ingås eller sägas upp eller genom att uppställa krav på ett visst avtalsinnehåll.

4) Betydelsen av hänvisningen i artikel 16 i stadgan

85. Det finns skäl att betvivla det allmängiltiga i den slutsats som jag nyss gjort, detta med hänsyn till innehållet i artikel 16 i stadgan. Det framgår nämligen av denna artikel att näringsfriheten erkänns ”i enlighet med unionsrätten samt nationell lagstiftning och praxis”. I domen i målet Association de médiation sociale[74] har EU-domstolen uttalat följande: ”Det framgår … tydligt av lydelsen av artikel 27 i stadgan[75] att för att den artikeln ska få sin fulla verkan måste den preciseras genom bestämmelser i unionsrätten eller i nationell rätt.”[76] Det förbud som är aktuellt i förevarande mål kunde således inte härledas, såsom en direkt tillämplig rättsregel, vare sig ur lydelsen i artikel 27 i stadgan eller ur förklaringarna avseende stadgan.[77]

86. I motsats till de rättigheter som avses i artikel 27 i stadgan anges emellertid avtalsfriheten, även om den inte uttryckligen nämns i ordalydelsen i artikel 16, i förklaringarna avseende stadgan såsom skyddad genom denna bestämmelse. Avtalsfriheten har även bekräftats i EU-domstolens rättspraxis. Det finns således ingen anledning att på denna direkt tillämpa den rättspraxis som avser artikel 27 i stadgan.

87. Jag anser även att hänvisningen till unionsrätten och till nationell rätt i artikel 16 i stadgan är av ett annat slag än hänvisningen i artikel 27 i stadgan. I det sistnämnda fallet rör det sig om en hänvisning till bestämmelser enligt vilka en rättighet endast skapas, medan det i det första fallet rör sig om en hänvisning till bestämmelser som definierar formerna för utövandet av en redan befintlig rättighet som garanteras i stadgan.

88. Det framgår av förklaringarna avseende stadgan att den i artikel 16 garanterade rättigheten ”ska visserligen utövas med iakttagande av unionsrätten och nationell lagstiftning. Den kan begränsas enligt artikel 52.1 i stadgan”. Såsom EU-domstolen har understrukit är näringsfriheten emellertid inte en absolut rättighet, utan den ska beaktas i förhållande till vilken funktion den har i samhället.[78] Den kan bli föremål för omfattande myndighetsingrepp, som i det allmännas intresse begränsar hur näringsverksamhet får bedrivas.[79] Detsamma gäller avtalsfriheten.

89. I detta sammanhang delar jag den åsikt som uttryckts i doktrinen, nämligen att hänvisningen i artikel 16 i stadgan endast syftar till att understryka att, när det gäller den rättighet som garanteras i denna artikel, en högre grad av inblandning från statens sida är tillåten än för andra rättigheter.

74 Dom av den 15 januari 2014 (C-176/12, EU:C:2014:2).

75 Artikel 27 i stadgan har följande lydelse: ”Arbetstagarna eller deras representanter ska på lämpliga nivåer garanteras rätt till information och samråd vid lämplig tidpunkt, i de fall och på de villkor som föreskrivs i unionsrätten samt i nationell lagstiftning och praxis.”

76 Dom av den 15 januari 2014, Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2014:2, punkt 45).

77 Dom av den 15 januari 2014, Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2014:2, punkt 46).

78 Se, bland annat, dom av den 9 september 2004, Spanien och Finland/parlamentet och rådet (C-184/02 och C-223/02, EU:C:2004:497, punkterna 51 och 52), dom av den 6 september 2012, Deutsches Weintor (C-544/10, EU:C:2012:526, punkt 54), dom av den 22 januari 2013, Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28, punkt 45) och dom av den 24 september 2020, YS (Tjänstepension till högre tjänstemän) (C-223/19, EU:C:2020:753, punkt 88).

79 Dom av den 22 januari 2013, Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28, punkt 46).

Denna hänvisning vittnar emellertid inte om någon begränsning av den skyddsnivå som garanteras genom denna rätt, vare sig av dess principiella status eller av dess ställning som rättighet i ”andra kategorin”. [80]

90. Detta ändrar inte det faktum att det i praktiken är ovanligt att avgöranden grundas på artikel 16 i stadgan. [81] I förhållande till andra grundläggande rättigheter måste näringsfriheten, och därmed även avtalsfriheten, ofta ge företräde åt andra värden som skyddas av unionsrätten. [82] Nödvändigheten av betydande ingrepp i avtalsfriheten kommer särskilt till uttryck vad gäller reglerade marknader och konsumentavtal.

5) Huruvida artikel 16 i stadgan är tillräcklig i sig i det att det av denna bestämmelse följer en rätt för avtalsparterna att komma överens om priset på en prestation

91. Bland dessa rättigheter som utgör innehållet i avtalsfriheten och som erkänts i EU-domstolens rättspraxis, är det avtalsparternas rätt att komma överens om innehållet i avtalet genom att fastställa priset för prestationen som är av vikt i detta mål. Jag kommer att begränsa min fortsatta prövning till denna rättighet.

92. Jag anser att parternas rätt att komma överens om priset för den prestation som avtalet avser är så klar, uppenbar och entydig att det saknas anledning att precisera dess innehåll i unionsrätten eller i nationell rätt.

93. I den mån den garanterar parternas frihet att själva bestämma priset på en prestation är artikel 16 således en bestämmelse som är ”tillräcklig i sig”. Den uppfyller således det väsentliga villkoret för att ha direkt effekt.

6) Tillåtna begränsningar av avtalsfriheten vad gäller rätten att komma överens om priset

94. Det framgår av vad som anförts i punkt 88 ovan att förekomsten av en inskränkning i avtalsfriheten utgör en naturlig del av friheten i sig. Avtalsfrihetens innehåll bestäms i huvudsak negativt genom de inskränkningar som föreskrivs i unionsrätten och i medlemsstaternas rättsordningar. Frågan huruvida dessa inskränkningar kan godtas ska bedömas mot bakgrund av artikel 52.1 i stadgan.

95. En inskränkning i denna frihet kan följa av nationell rätt eller av unionsrätten, eller i förekommande fall av båda två. [83]

[80] Se i detta avseende exempelvis T. Leonard, J. Salteur, Article 16. Liberté d’entreprise, i: F. Picod, C. Rizcallah, S. Van Drooghenbroeck (éd.), *Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne: commentaire article par article. 2e éd.*, Bruxelles, Bruylant, 2020. s. 407, § 15, s. 415, § 24; H. D. Jarass, a.a., Rn. 20.

[81] P. Oliver, a.a., § 12.08, s. 299. Författaren anser att denna bestämmelse är förbehållen extrema fall.

[82] Exempelvis, avseende en immateriell rättighet, se dom av den 24 november 2011, Scarlet Extended (C-70/10, EU:C:2011:771, punkt 50), eller, avseende allmänhetens rätt till information, dom av den 22 januari 2013, Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28, punkt 66).

[83] Mot bakgrund av principen om unionsrättens företräde får de inskränkningar som föreskrivs i nationell rätt inte strida mot de inskränkningar som föreskrivs i unionsrätten.

7) Åberopande av artikel 16 i stadgan i ett horisontellt förhållande

96. Den fråga som uppkommer är hur parternas rättighet att komma överens om priset skulle kunna åberopas i en tvist mellan enskilda. Möjligheten att åberopa den aktuella rättigheten ingår nämligen inte helt och hållet i en modell som utvecklats i rättspraxis.

97. EU-domstolens praxis om att det är möjligt att direkt åberopa allmänna unionsrättsliga principer, inklusive de principer som konkretiserats i stadgan, avsåg enskildas subjektiva rättigheter som medförde precisa rättigheter motsvarande skyldigheter för de enskilda som var motparter i målet. Rätten till semester eller rätten till att inte diskrimineras svarade mot en skyldighet för motparten, oavsett om det var en skyldighet att bevilja semester eller eventuellt motsvarigheten för ej uttagen semester, eller om det var en skyldighet att bevilja rättigheter till andra personer som befinner sig i samma situation. [84]

98. Vad gäller rätten att i avtal komma överens om priset så gör sig detta resonemang inte gällande. Avtalsfriheten innebär, å ena sidan, att en enskild har rätt att inte utsättas för inblandning såvitt avser avtalsparternas partsautonomi, oavsett om det är fråga om potentiell eller faktisk inblandning. Det rör sig inte om en så kvantifierbar rätt som rätten semester eller anställning. Å andra sidan rör det sig inte om en rättighet för en enskild som är inblandad i en tvist. Ett ingrepp i avtalsfriheten tar sig nämligen huvudsakligen uttryck i inskränkningar i utövandet av denna frihet som införs av ett externt organ med avseende på ett befintligt eller potentiellt rättsförhållande. Det är otvivelaktigt staten som inför sådana inskränkningar, i förekommande fall en enhet som får anta tvingande bestämmelser som anger hur avtal ska ingås på ett visst område. Det är däremot inte en annan enskild, särskilt avtalskontrahenten, som är den som åläggs förpliktelser avseende avtalsfriheten. [85]

99. Man kan nämligen inte likställa rätten att begära utbetalning av avtalat pris med rätten att fastställa innehållet i ett rättsförhållande, inklusive priset. Den första rätten grundar sig nämligen inte på avtalsfriheten, utan på ett redan ingått särskilt avtal. Att avtalet inte fullgörs eller fullgörs felaktigt av en av avtalsparterna utgör inte något ingrepp i avtalsfriheten, utan ett åsidosättande av principen om att ingångna förpliktelser ska hållas. [86]

100. Såsom kommissionen med rätta påpekat vid förhandlingen skyddar avtalsfriheten båda avtalsparterna mot yttre påverkan och inte den ena avtalsparten mot den andra. Den grundläggande rätten att komma överens om priset är en allmängiltig rättighet för båda parterna och inte en rättighet för den ena avtalsparten gentemot den andra.

101. Härav följer att ett åsidosättande av de rättigheter som följer av avtalsfriheten först sker vertikalt. Detta är inte ovanligt eftersom ett åsidosättande av en grundläggande rättighet i princip, i alla situationer där EU-domstolen har erkänt att stadgan har horisontell direkt effekt, först har skett i ett vertikalt förhållande, då staten inte säkerställt ett adekvat skydd för enskildas

[84] Även om EU-domstolen inte själv uttalat det så motsvaras rätten till att få ersättning för ej uttagen semester av en skyldighet för arbetsgivaren att betala kontant ersättning.

[85] H.D. Jarass, a.a., Rn. 2.

[86] Se, i detta avseende, den klara åtskillnad som görs mellan dessa principer i UNIDROIT Principles 2016, kommentar till artikel 1.3, med rubriken ”Binding character of contract”: ”1. The principle pacta sunt servanda. This Article lays down another basic principle of contract law …”.

grundläggande rättigheter. Först därefter uppkommer frågan huruvida en annan enskild, i avsaknad av en bestämmelse som säkerställer detta skydd, var skyldig att agera på ett visst lämpligt sätt. [87]

102. Det som är speciellt då det är fråga om ett åsidosättande av avtalsfriheten är att detta åsidosättande formellt sett sker i förhållande till båda avtalsparterna. Detta åsidosättande kan emellertid ta sig uttryck på olika sätt i vardera avtalsparts intresse av att få sin sak prövad. För den ena avtalsparten kan det innebära ytterligare en rättighet medan det för den andra kan innebära en skyldighet.

103. Eftersom det grundläggande sättet att inskränka avtalsfriheten är att staten ålägger inskränkningar, är det möjligt att skydda sig mot en sådan inskränkning i en tvist med en avtalspart som har en rättighet emligt denna inskränkning endast genom att det görs gällande att inskränkningen är rättsstridig. Inskränkningens lagenlighet beror på huruvida den uppfyller de villkor som ska vara uppfyllda beträffande de inskränkningar i de fri- och rättigheter som anges i artikel 52.1 i stadgan. Om det slås fast att en inskränkning är rättsstridig så innebär det att det är fråga om en kränkning av en grundläggande rättighet som garanteras i artikel 16 i stadgan.

104. Mot bakgrund av det ovan anförda framgår det att ett mål som det förevarande inte rör den horisontella direkta effekten i dess klassiska bemärkelse, det vill säga den där en rättsregel riktar sig till en enskild som följaktligen är skyldig att agera på ett visst sätt. Det är fråga om att i en tvist åberopa stadgan som ett kontrollmedel för att på så sätt visa att den bestämmelse som utgör grunden för käromålet är rättsstridig. [88]

105. Jag kan inte se varför artikel 16 i stadgan inte skulle kunna utgöra en sådan standard för legalitetsprövning. Denna artikel är tillräckligt precis och ovillkorlig i den mån den är relevant för lösningen av förevarande mål, det vill säga i den mån den innebär att enskilda är fria att komma överens om vilket pris som ska betalas. För det fall denna artikel träds förnär genom en nationell bestämmelse inom stadgans tillämpningsområde, bör samma principer tillämpas som de som är tillämpliga vid konflikt mellan nationella bestämmelser och fördragsbestämmelser, det vill säga att man ska underlåta att tillämpa den nationella bestämmelsen. [89]

106. Denna slutsats strider inte på något sätt mot artikel 51.1 i stadgan. EU-domstolen har nämligen redan uttalat att den omständigheten att vissa primärrättsliga bestämmelser i första hand är tillämpliga på medlemsstaterna inte utesluter att dessa bestämmelser kan tillämpas i förhållanden mellan enskilda. [90]

87 Se, i detta avseende, E. Frantziou, a.a., s. 39, där följande anges: ”Indeed, it is not necessary to view vertical and horizontal obligations to protect fundamental rights as emphatically separate issues. Responsibility for violations of fundamental rights operates on a spectrum, which ranges from state obligations to the duties we owe to one another”.

88 I doktrinen likställs denna situation med triangulära situationer (se punkt 28 ovan). D. Leczykiewicz, Horizontal Effect of Fundamental Rights: In Search of Social Justice or Private Autonomy in EU Law, i *General Principles of EU law and European Private Law*, The Netherlands, Wolters Kluwer, 2013, § 6.06, s. 185.

89 Se, bland annat, dom av den 9 mars 1978, Simmenthal (106/77, EU:C:1978:49, punkt 25).

90 Se dom av den 6 november 2018, Bauer och Willmeroth (C-569/16 och C-570/16, EU:C:2018:871, punkt 88).

c) Åberopande av avtalsfriheten i det nationella målet

107. Förevarande mål omfattas av tillämpningsområdet för artikel 16 i stadgan. Genom den aktuella nationella bestämmelsen införs nämligen en begränsning av den avtalsfrihet som garanteras i denna artikel och den omfattas av tillämpningsområdet för unionsrättsliga bestämmelser, nämligen artikel 15.1, 15.2 g och 15.3 i direktiv 2006/123.

108. Den aktuella nationella bestämmelsen strider mot ovannämnda bestämmelser i direktiv 2006/123, vilket uttryckligen framgår av domen i målet kommissionen/Tyskland [91] och av beslutet i målet hapeg dresden. [92] En dom som meddelas enligt artikel 258 FEUF är bindande för de nationella domstolarna.

109. Bestämmelserna i artikel 15.2 g och 15.3 i direktiv 2006/123 uppställer särskilda krav för medlemsstaterna när det gäller att i nationell rätt anta bestämmelser om prisreglering för de tjänster som omfattas av kapitel III i direktivet. [93]

110. Unionslagstiftaren har redan, genom att anta dessa bestämmelser, gjort en avvägning mellan de olika grundläggande rättigheter som aktualiseras och bedömt huruvida åtgärden är proportionerlig.

111. Inom tillämpningsområdet för artikel 15.2 g och 15.3 i direktiv 2006/123 ska de inskränkningar i avtalsfriheten som följer av nationell rätt ske med iakttagande av de begränsningar som följer av unionsbestämmelserna.

112. Den oförenlighet som EU-domstolen fastställde i domen i målet kommissionen/Tyskland [94] mellan, å ena sidan, den aktuella nationella bestämmelse som begränsade rätten att fritt komma överens om priset och, å andra sidan, en unionsbestämmelse som fastställer gränserna för antagandet av sådana bestämmelser, innebär således att det är nödvändigt att underlåta att tillämpa den nationella bestämmelsen. Vid en sådan oförenlighet råder det nämligen inget tvivel om att begränsningen av rätten att fritt fastställa priset enligt nationell rätt inte uppfyller villkoren i artikel 52.1 i stadgan. Således strider begränsningen mot artikel 16 i stadgan.

113. Mot bakgrund av det ovan anförda ska den nationella domstolen i det nationella målet underlåta att tillämpa den aktuella nationella bestämmelsen som strider mot direktiv 2006/123, eftersom det är nödvändigt att iaktta den grundläggande rätten till avtalsfrihet, det vill säga parternas rätt att komma överens om priset.

114. Det är därför jag – oberoende av förslaget i del 1 i avsnitt D ovan – anser att en nationell domstol som har att pröva en tvist mellan enskilda där yrkandet grundar sig på en nationell bestämmelse som fastställer minimiavgifter för tjänsteleverantörer på ett sätt som strider mot nämnda artikel 15.1, 15.2 g och 15.3 i direktiv 2006/123, för det fall det inte är möjligt att göra en unionsrättskonform tolkning, ska underlåta att tillämpa en sådan nationell bestämmelse. Denna skyldighet åligger den nationella domstolen enligt artikel 16 i stadgan.

91 Dom av den 4 juli 2019 (C-377/17, EU:C:2019:562).

92 Beslut av den 6 februari 2020 (C-137/18, ej publicerat, EU:C:2020:84).

93 Det kan i detta avseende noteras att artikel 15.2 g och 15.3 i direktiv 2006/123 inte innehåller något absolut förbud mot prisreglering, utan endast en skyldighet att se till att bestämmelserna om minimi- och maximiavgifter för tjänsterna uppfyller kraven i artikel 15.3, det vill säga icke-diskriminering, nödvändighet och proportionalitet.

94 Dom av den 4 juli 2019 (C-377/17, EU:C:2019:562).

5. Skyldigheten att följa en dom där EU-domstolen fastställt att en medlemsstat gjort sig skyldig till fördragsbrott

115. I förevarande fall uppkommer frågan huruvida en nationell domstol är skyldig att underlåta att tillämpa den aktuella nationella bestämmelsen på grund av en dom som meddelats med stöd av artikel 258 FEUF, där EU-domstolen fastställt att denna bestämmelse är oförenlig med ett direktiv.

116. Enligt EU-domstolens fasta praxis är en sådan dom som meddelats med stöd av artikel 258 FEUF och som innebär att en medlemsstat har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt fördraget en fastställelsedom.[95] En sådan dom ger inte desto mindre upphov till skyldigheter för de statliga myndigheter som ska verkställa domen. Denna skyldighet åligger även de domstolar som har till uppgift att säkerställa att dessa skyldigheter iakttas när de utövar sina uppgifter,[96] bland annat att underlåta att tillämpa de bestämmelser som strider mot unionsrätten.[97]

117. Utgör denna sistnämnda skyldighet en självständig grund för att i ett horisontellt förhållande underlåta att tillämpa en nationell bestämmelse som strider mot ett direktiv?

118. Jag anser inte det.

119. För det första framgår det av EU-domstolens praxis att domstolen, inom ramen för ett förfarande enligt artikel 258 FEUF, inte är behörig att upphäva medlemsstaternas rättsakter.[98] Om det godtogs att en nationell bestämmelse vars oförenlighet med ett direktiv följer av en dom som meddelats med stöd av artikel 258 FEUF inte kan tillämpas av domstolarna på grund av denna dom, så skulle detta leda till följder som är likvärdiga med bestämmelsens upphävande.

120. För det andra är, såsom EU-domstolen själv underströk i domen i målet Waterkeyn m.fl.,[99] domstolarna i en medlemsstat, när det har meddelats en dom i vilken det fastställs att denna medlemsstat har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt fördraget, enligt (nuvarande) artikel 260.1 FEUF skyldiga att dra konsekvenserna av denna dom. Det ska emellertid beaktas att konkreta rättigheter för enskilda inte följer av den domen, utan av unionsbestämmelser som har direkt effekt i den nationella rättsordningen.

121. Denna argumentation står även i överensstämmelse med EU-domstolens praxis avseende en medlemsstats skadeståndsansvar vid underlåtet eller felaktigt införlivande av ett direktiv. Denna praxis inleddes genom domen i målet Francovich,[100] av vilken det framgår att grunden för en skadeståndstalan i en sådan situation utgörs av unionsbestämmelser och inte av den dom i sig där det fastställs att medlemsstaten underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt fördraget.[101]

122. Jag anser därför att en dom som meddelats med stöd av artikel 258 FEUF, trots att den ålägger domstolarna i en medlemsstat precisa skyldigheter, inte skapar någon mer vidsträckt behörighet för dessa domstolar än den behörighet som de redan har. Om en nationell bestämmelse strider mot en unionsbestämmelse med direkt effekt, följer det således av

95 Dom av den 16 december 1960, Humblet/État belge (6/60-IMM, EU:C:1960:48).

96 Se bland annat dom av den 14 december 1982, Waterkeyn m.fl. (314/81–316/81 och 83/82, EU:C:1982:430, punkt 14).

97 Se bland annat dom av den 13 juli 1972, kommissionen/Italien (48/71, EU:C:1972:65, punkt 7), och dom av den 19 januari 1993, kommissionen/Italien (C-101/91, EU:C:1993:16, punkt 24).

98 Dom av den 16 december 1960, Humblet/Belgia (6/60-IMM, EU:C:1960:48, s. 1145).

99 Dom av den 14 december 1982 (314/81–316/81 och 83/82, EU:C:1982:430, punkt 16).

100 Dom av den 19 november 1991 (C-6/90 och C-9/90, EU:C:1991:428).

101 Se punkterna 40, 41 och 44 i denna dom.

unionsrätten att en nationell domstol är skyldig att underlåta att tillämpa en nationell bestämmelse, varvid en dom meddelad med stöd av artikel 258 FEUF endast aktualiserar denna skyldighet.

123. Artikel 260.1 FEUF kan inte tolkas så, att en dom som meddelats med stöd av artikel 258 FEUF skulle leda till att enskilda åläggs sådana nya skyldigheter som i enlighet med artikel 288 tredje stycket FEUF inte kan åläggas enskilda genom ett direktiv i sig. I ett sådant fall skulle en dom som meddelats med stöd av artikel 258 FEUF medföra att den bindande verkan hos bestämmelserna i ett direktiv ändras såsom en unionsrättslig rättskälla.

124. På samma sätt som tolkningen av en direktivbestämmelse i ett förhandsavgörande är bindande för den hänskjutande domstolen, men inte medför någon ändring av hur direktivet ska tillämpas i horisontella relationer, anser jag att det inte heller är så att en dom som meddelats med stöd av artikel 258 FEUF skulle ha en sådan verkan.

125. Denna dom föranleder säkerligen en viss tolkning av unionsrätten. Den är bindande för de nationella domstolarna då de tillämpar unionsrätten. Det ankommer på den hänskjutande domstolen att beakta denna tolkning. Det har i detta avseende föga betydelse att denna skyldighet sammanfaller med skyldigheten att följa en dom som meddelats inom ramen för ett förfarande enligt artikel 258 FEUF.

126. Av dessa skäl anser jag att en dom som meddelas med tillämpning av artikel 258 FEUF inte i sig själv gör det möjligt att i ett horisontellt förhållande underlåta att tillämpa en nationell bestämmelse som strider mot det direktiv som var föremål för prövning i domen.

V. Förslag till avgörande

127. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att EU-domstolen besvarar de frågor som Bundesgerichtshof (Federala högsta domstolen, Tyskland) har ställt på följande sätt:

En nationell domstol – som har att pröva en tvist mellan enskilda där yrkandet grundar sig på en nationell bestämmelse som fastställer minimiavgifter för tjänsteleverantörer på ett sätt som strider mot artikel 15.1, 15.2 g och 15.3 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/123/EG av den 12 december 2006 om tjänster på den inre marknaden – ska underlåta att tillämpa en sådan nationell bestämmelse. Denna skyldighet åligger den nationella domstolen enligt

– artikel 15.2 g och 15.3 i direktiv 2006/123 i det att dessa bestämmelser konkretiserar etableringsfriheten enligt artikel 49 FEUF, och

– artikel 16 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna.