Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
ELEANOR SHARPSTON
föredraget den 22 juni 2017 [1]

Mål C-413/15

Elaine Farrell
mot
Alan Whitty
The Minister for the Environment, Ireland och Attorney General
Motor Insurers Bureau of Ireland (MIBI)

(begäran om förhandsavgörande från Supreme Court (Högsta domstolen) (Irland))

”Definition av en ’förlängning av staten’ vid fastställande av medlemsstats ansvar för underlåtenhet att införliva direktiv korrekt – Kriterier enligt vilka ett privat organ kan betraktas som en förlängning av staten”

1. Alltsedan domstolen utvecklade principen om direkt effekt av direktiv och fastställde att den kunde tillämpas på ”vertikala” tvister mellan enskilda och staten, men däremot valde att inte utsträcka den ”horisontellt” till tvister mellan enskilda, har det varit nödvändigt att känna till var gränserna går för vad som utgör ”staten” vid tillämpning av principen om vertikal direkt effekt. I förevarande begäran från Supreme Court (Högsta domstolen i Irland) granskas denna fråga närmare. Är Motor Insurers Bureau of Ireland (Irlands motorförsäkringsorgan) (det organ som har exklusivt ansvar för att kompensera sökande som har skadats, när föraren som har orsakat skadan är oförsäkrad eller oidentifierad”) (nedan kallat MIBI) en ”förlängning av staten” i den mening som avses i det test som har fastställts i domen i målet Foster m.fl. (nedan kallad domen i målet Foster)? [2] Om det är fallet är det MIBI, snarare än The Minister for the Environment, Ireland (Irlands miljöminister) (nedan kallad ministern) och Attorney General (Irlands justitieminister), som ska erlägga ersättning till en person som fallit offer för en vägtrafikolycka där föraren lagenligt var oförsäkrad enligt nationell rätt på grund av Irlands underlåtenhet att korrekt och i rätt tid genomföra de unionsrättsliga bestämmelser som kräver att alla passagerare i motorfordon ska omfattas av den försäkring som fordonets förare har tecknat.

1 Originalspråk: engelska.

2 Dom av den 12 juli 1990, Foster (C-188/89, EU:C:1990:313).

Tillämpliga bestämmelser

Unionsrätt

2. Med början 1972, sökte de olika direktiven som rör skyldigheten att teckna ansvarsförsäkring för motorfordon säkerställa att skadelidande vid vägtrafikolyckor var garanterade ersättning, samtidigt som bestämmelserna rörande fri rörlighet för resande lättades. I detta syfte ersattes det tidigare (relativt komplicerade) systemet med ”grönt kort” gradvis av ett särskilt unionssystem. Omfattningen av och egenskaperna för den obligatoriska försäkringen utvidgades genom successiva direktiv. [3]

3. Medan det i artikel 2 i rådets direktiv 72/166/EEG (nedan kallat första direktivet om motorfordonsförsäkring) [4] föreskrevs att medlemsstaterna skulle avstå från att kontrollera innehav av ansvarsförsäkring för fordon som normalt var hemmahörande inom en annan medlemsstats territorium, angavs det i artikel 3.1 att varje medlemsstat skulle ”vidta de åtgärder som är nödvändiga för att fordon som normalt är hemmahörande inom dess territorium skall omfattas av ansvarsförsäkring”. I artikel 3.1 angavs också att ”[f]örsäkringens omfattning och villkor bör bestämmas inom ramen för dessa åtgärder”.

4. I rådets direktiv 84/5/EEG (nedan kallat andra direktivet om motorfordonsförsäkring) [5] erkändes att det fortfarande förelåg väsentliga skillnader mellan de olika medlemsstaternas lagstiftning rörande omfattningen av den obligatoriska försäkringen, [6] och angavs det, särskilt, att det fanns ett behov att ”tillskapa ett organ som garanterar att skadelidande inte blir utan ersättning, när det fordon som orsakat skadan är oförsäkrat eller oidentifierat”. [7]

5. I artikel 1.1 angavs att ”[d]en försäkring som avses i artikel 3.1 i [första direktivet om motorfordonsförsäkring] skall obligatoriskt omfatta både sakskador och personskador”.

6. De första två leden i artikel 1.4 hade följande lydelse:

”Varje medlemsstat skall inrätta eller auktorisera ett organ med uppgift att svara för ersättning, åtminstone upp till den gräns som den obligatoriska försäkringen skall ersätta, för sakskador och personskador orsakade av oidentifierade fordon eller av fordon för vilka sådan obligatorisk försäkring som avses i punkt 1 inte tecknats. Denna bestämmelse skall inte påverka medlemsstaternas rätt att anse ersättning från detta organ som subsidiär eller ej och inte heller rätten att införa regler om skadereglering mellan detta organ och den person eller de personer som är ansvariga för olyckshändelsen och andra försäkringsgivare eller socialförsäkringsorgan som skall ersätta den skadelidande för samma skada. Medlemsstaterna får dock inte tillåta att organet, som villkor för betalning av ersättning, ställer krav på att den skadelidande kan visa att den som vållat skadan inte har förmåga eller vägrar att betala.

Den skadelidande skall under alla omständigheter kunna vända sig direkt till detta organ, som skall ha skyldighet att, på grundval av uppgifter som inhämtats från den skadelidande, lämna honom ett motiverat besked angående utbetalning av ersättning.

3 Se, angående utvecklingen av ansvarsförsäkring för motorfordon i unionen, dom av den 11 juli 2013, Csonka m.fl. (C-409/11, EU:C:2013:512, punkterna 26–38 och där angiven rättspraxis).

4 Rådets direktiv av den 24 april 1972 om tillnärmning av medlemsstaternas lagar och andra författningar om ansvarsförsäkring för motorfordon och kontroll av att försäkringsplikten fullgörs beträffande sådan ansvarighet (EGT L 103, 1972, s.1; svensk specialutgåva, område 6, volym 1, s. 111), i dess lydelse enligt rådets tredje direktiv av den 14 maj 1990 om tillnärmning av medlemsstaternas lagar och andra författningar om ansvarsförsäkring för motorfordon (EGT L 129, 1990, s. 33).

5 Rådets andra direktiv av den 30 december 1983 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om ansvarsförsäkring för motorfordon (EGT L 8, 1984, s. 17), i ändrad lydelse enligt tredje direktivet.

6 Se skäl 3.

7 Se skäl 6.

…”

7. I tredje direktivet om motorfordonsförsäkring angavs att det fortfarande förelåg betydande skillnader beträffande ansvarsförsäkring [8] och att skadelidande vid olyckshändelser med motorfordon bör tillförsäkras jämförbar behandling, oavsett var (inom unionen) skadan inträffar. [9] I direktivet angavs vidare att ”[s]ärskilt finns det i vissa medlemsstater luckor i den obligatoriska ansvarsförsäkringens omfattning beträffande passagerare i motorfordon. För att skydda denna särskilt sårbara grupp av skadelidande bör sådana luckor fyllas” [10] och olika förbättringar av hur organet för att ersätta dem som drabbas av skador orsakade av oförsäkrade eller oidentifierade fordon identifierades också. [11]

8. Artikel 1 har följande lydelse:

”Utan att det påverkar tillämpningen av artikel 2.1 andra stycket i [andra direktivet om motorfordonsförsäkring],[[12]] skall den försäkring som avses i artikel 3.1 i direktiv [första direktivet om motorfordonsförsäkring] omfatta ansvarighet för personskador som drabbar alla passagerare med undantag av föraren.

…”

9. Enligt artikel 6.2 i tredje direktivet om motorfordonsförsäkring skulle Irland senast den 31 december 1998 följa artikel 1 beträffande passagerare baktill på motorcykel samt senast den 31 december 1995 följa artikel 1 beträffande andra fordon.

Irländsk rätt

10. Section 56 i Road Traffic Act 1961 (1961 års vägtrafiklag) (nedan kallad 1961 års lag), i dess lydelse vid tidpunkten för omständigheterna i det nationella målet, måste alla förare av motorfordon ha försäkring för personskador och sakskador som drabbar tredje på part på allmän plats. Enligt section 65.1 krävdes dock inte försäkring för ”undantagna personer”. Således behövde, exempelvis, förare av nyttofordon utan baksäten enligt irländsk lag inte försäkring för deras egen vårdslöshet i trafik. [13]

11. Enligt section 78 är försäkringsgivare som är verksamma inom fordonsförsäkringar i Irland tvungna att vara medlemmar i MIBI. I denna egenskap är de också, i praktiken, bundna av de avtal som har ingåtts mellan MIBI och Irland. [14]

8 Skäl 3.

9 Skäl 4.

10 Skäl 5.

11 Se, särskilt, skälen 8, 9, 10 och 12.

12 I *första* stycket i artikel 2.1 anges att lagregler och villkor i försäkringsavtal som föreskriver att försäkringen inte omfattar fordon som nyttjas eller förs av vissa kategorier personer, inte ska, såvitt avser tillämpningen av artikel 3.1 i första direktivet om motorfordonsförsäkring, tillämpas på ersättningskrav från tredje man som orsakat skador vid en trafikolycka. I *andra* stycket anges dock att ”[b]estämmelser eller villkor som avses i första stycket får göras gällande gentemot personer som frivilligt färdats i det fordon som orsakat skadorna, om försäkringsgivaren kan bevisa att dessa personer känt till att fordonet var stulet”. Såvitt jag känner till är det inget som antyder att denna bestämmelse har relevans för omständigheterna i det nationella målet.

13 Den obligatoriska försäkringen omfattade inte delar av fordonet som inte var avsedda för passagerare.

14 Se punkt 19 nedan.

MIBI [15]

12. MIBI:s uppgift är bland annat att handlägga krav på ersättning när föraren av ett fordon är ansvarig men saknar försäkring och inte kan betala ersättning ur egen ficka till en person som har skadats i en trafikolycka. MIBI inrättades i november 1954,[16] i enlighet med en överenskommelse mellan Department of Local Government (ministeriet för lokal styrning) och de trafikförsäkringsbolag verksamma i Irland. MIBI är en juridisk person enligt irländsk rätt, närmare bestämt ett bolag med begränsat ansvar (company limited by gurarantee) utan aktiekapital.

13. Avtalet mellan Irland och försäkringsgivarna, som beskriver omfattningen av MIBI:s ansvar och befogenheter, har förnyats ett antal gånger. Det är avtalet mellan MIBI och ministern från 1988 som är relevant i målet vid den nationella domstolen.[17] Enligt klausul 2 i detta avtal kan en person som begär ersättning från en oförsäkrad eller oidentifierad förare vidta rättsliga åtgärder mot MIBI. Således kan MIBI instämmas till domstol av en sökande som har åsamkats personskada och vill tillämpa avtalet mellan Irland och försäkringsgivarna, trots att denna sökande inte är part i avtalet. I klausul 4 återges MIBI:s åtagande att betala ersättning till personer som skadats av oförsäkrade eller oidentifierade förare. Vidare blir MIBI skyldigt att betala ersättning när en dom mot en känd förare som utgör svaranden inte har verkställts i sin helhet inom 28 dagar, dock endast i de fall när domen avser ”ansvar för personskada eller sakskada som ska omfattas av godkänd försäkring enligt section 56 i [1961 års lag]”. Enligt beslutet om hänskjutande finns det ingen lagstiftning eller allmän bestämmelse som föreskriver att MIBI ska agera för den oförsäkrade eller oidentifierade förarens räkning. MIBI:s eventuella rättighet eller skyldighet i detta avseende grundar sig på MIBI:s avtal med ministern.

14. När en olycka äger rum och en oförsäkrad förare är inblandad försöker MIBI ingå avtal med denna förare där MIBI erhåller samma behörighet att företräda föraren som dennes försäkringsbolag skulle ha haft om föraren hade varit försäkrad. Om sådant avtal ingås, agerar MIBI på ett sätt som liknar det sätt ett vanligt försäkringsbolag skulle agera på när det handlägger ett krav på uppdrag av en försäkrad förare. MIBI betalar antingen kravet eller erhåller genom subrogation rätt att försvara kravet i domstol. När föraren vägrar att ingå sådant avtal verkar situationen vara sådan att MIBI helt enkelt ändå fortsätter att agera på den oförsäkrade förarens vägnar, varvid MIBI grundar sin behörighet och skyldighet att göra detta på det privaträttsliga avtalet med ministern. I brist på ett avtal med den oförsäkrade föraren kan MIBI endast återkräva ersättning som MIBI har betalat eller kostnader som MIBI har ådragit sig genom att väcka talan mot föraren för obehörig vinst. När föraren inte har identifierats agerar MIBI i enlighet med avtalet med ministern, men har inte möjlighet att väcka talan om återbetalning av den ersättning MIBI har utbetalat eller de kostnader MIBI har ådragit sig.

15. Förutom 1988 års avtal ingick ministern (för Irlands räkning) och försäkringsgivarna två ytterligare avtal den 31 mars 2004 respektive den 29 januari 2009. Dessa två avtal medförde vissa mindre ändringar i 1988 års avtal. Enligt den hänskjutande domstolen gjordes irländsk rätt enligt dessa avtal förenlig med tredje direktivet om motorfordonsförsäkring. Framför allt gjordes genom dessa avtal en korrigering av bristerna i samband med skyldigheten att ha försäkring för passagerare bak i skåpbilar utan säten (och beträffande passagerare som rimligen borde ha känt till att ett fordon var stulet till skillnad från dem som känt till detta).[18]

15 Beskrivningen nedan bygger dels på uppgifterna i beslutet om hänskjutande och parternas yttrande, samt dels på vad som framkommit genom svar på domstolens frågor vid förhandlingen.

16 Enligt beslutet om hänskjutande härrör MIBI:s stiftelseurkund och bolagsordning från juni 1946. Vad som hände mellan detta datum och dess ”inrättande” i november 1954 är oklart, men det är inte sannolikt att detta har relevans för förevarande förfarande. Det ska också anmärkas att MIBI verkar ha registrerats som bolag den 26 oktober 1955.

17 I detta avtal ersattes Minister for Local Government (kommunministern) av Minister for Transport (transportministern) som statens part i avtalet. 1998 års avtal var tillämpligt vid tidpunkten för Elaine Farrells olycka.

18 Såvitt jag känner till finns det inget i de faktiska omständigheterna som pekar på att denna bestämmelse har någon relevans i målet vid den nationella domstolen.

16. MIBI erhåller inte ekonomiskt stöd från Irland, utan MIBI finansieras i helhet av medlemmarna, det vill säga de försäkringsgivare som utfärdar ansvarsförsäkringar för motorfordon i Irland. Dessa försäkringsgivare betalar en avgift till en allmän fond vilken fastställs till ett belopp som är nödvändigt för att täcka de åtaganden MIBI faktiskt ådrar sig enligt systemet. [19] En viss försäkringsgivare kan i ett givet fall (särskilt när en oförsäkrad förare tidigare var försäkrad hos en identifierbar försäkringsgivare, men inte hade förnyat försäkringen i tid) blir en ”anknuten försäkringsgivare”. I sådana fall påtar sig försäkringsgivaren MIBI:s skyldigheter och betalar, vid behov, skadestånd och kostnader. Enligt den hänskjutande domstolen omfattar de försäkringspremier som allmänheten betalar för motorförsäkringar förarens individuella kostnad för att erhålla försäkring jämte en komponent som återspeglar kostnaden för försäkringsgivarens förväntade avgiftsskyldighet till MIBI. MIBI:s medlemmar (det vill säga försäkringsgivarna) finansierar således gemensamt skadeersättningen till skadelidande, de rättsliga kostnader MIBI ådrar sig eller blir skyldig att ersätta, samt de administrativa kostnaderna för MIBI. Rent faktiskt sker finansieringen genom medlemsavgifter som tas ut av försäkringsgivarna i och fastställs på grundval av deras respektive bruttoinkomst från premier som de erhåller genom att utfärda ansvarsförsäkringar för motorfordon i Irland (det vill säga på deras värdebaserade marknadsandel). [20]

17. Ändringar i MIBI:s stiftelseurkund och bolagsordning kräver tillstånd av berörd minister. Enligt den hänskjutande domstolen är detta inte ett särskilt krav som uppkommer till följd av MIBI:s särskilda funktion utan detta gäller alla bolag som begränsas av en garanti enligt section 28 i Companies Act 1964 (1963 års bolagslag).

18. Enligt section 3, jämförd med sections 8 och 9, i Insurance Act 1963 (1963 års försäkringslag) ska försäkringsgivare ha tillstånd för att kunna utfärda försäkring i Irland. [21] Enligt section 78 i 1961 års lag, är medlemskap i MIBI ett av villkoren för att beviljas sådant tillstånd.

19. Det är då och då nödvändigt att göra ändringar i avtalet mellan MIBI och ministern (exempelvis för att utöka de kategorier av motorfordonsförsäkring som MIBI är skyldigt att påta sig ansvaret för när föraren är okänd eller oförsäkrad). Den hänskjutande domstolen har angett att om en försäkringsgivare är medlem i MIBI, men inte vill godkänna ändringen i avtalet mellan MIBI och ministern, har försäkringsgivaren rätt att utträda som medlem i MIBI. Emellertid skulle försäkringsgivaren i sådana fall inte längre uppfylla villkoren för tillstånd och därför inte längre kunna utfärda motorfordonsförsäkringar i Irland.

Bakgrund, förfarandet och tolkningsfrågorna

20. Den 26 januari 1996 färdades Elaine Farrell i en skåpbil som ägdes och kördes av Alan Whitty. Skåpbilen var inte utformad eller konstruerad för att ha passagerare baktill. Elaine Farrell satt på golvet i skåpbilen när Alan Whitty förlorade kontrollen över fordonet. Elaine Farrell skadades. Alan Whitty var oförsäkrad. Enligt irländsk rätt vid tidpunkten var Alan Whitty inte skyldig att ha försäkring för vårdslöst vållande till kroppsskada hos Elaine Farrell. Hon tillhörde en grupp personer

19 Enligt klausul 1 i huvudavtalet mellan ministeriet för lokal styrning och motorfordonsförsäkringsföretag verksamma i Irland daterat den 10 mars 1955 åtog sig dessa försäkringsbolag att inrätta ett organ kallat Motor Insurers Bureau of Ireland, att bli medlemmar och att ombesörja att organet hade nödvändiga medel för att uppfylla sina skyldigheter.

20 Enligt regulation 16A.2 i European Communities (Non-Life Insurance) (Amendment) (No 2) Regulations, 1991 (lag 1991 om Europeiska gemenskaperna (icke livförsäkring) (ändring) (nr 2)), som infördes genom regulation 10 i European Communities (Non-Life Insurance) (Amendment) Regulations 1992 (lag 1992 om Europeiska gemenskaperna (icke livförsäkring) (ändring)), ska MIBI, samt den garantifond som inrättats enligt artikel 1.4 i andra direktivet om motorfordonsförsäkring, finansieras av dess medlemmar, till ett belopp som står i proportion till bruttopremieinkomsten. Bestämmelserna återges numera i huvudsak i regulation 34.2 och 3 i European Communities (Non-Life Insurance) Framework Regulations 1994 (1994 års ramlag om de Europeiska gemenskaperna (icke livförsäkring)).

21 Section 78 i 1961 års lag infördes genom regulation 9 i European Communities (Road Traffic) (Compulsory Insurance) Regulations 1992 (1992 års lag om Europeiska gemenskaperna (vägtrafik) (obligatorisk försäkring)), med verkan från den 20 november 1992. Vissa ”undantagna personer” (huvudsakligen lagreglerade myndigheter) måste utfärda ett åtagande att handlägga anspråk från tredje part på villkor som liknar dem som har avtalats mellan MIBI och ministern.

som, även om de omfattades av tredje direktivet om motorfordonsförsäkring och hade rätt till skydd enligt detta direktiv, inte hade sådana rättigheter enligt irländsk rätt. Även om sådan försäkring var obligatorisk i enlighet med tredje direktivet om motorfordonsförsäkring hade denna del av direktivet vid tidpunkten ännu inte införlivats med irländsk rätt.

21. Elaine Farrell ansökte om ersättning från MIBI.

22. MIBI avslog Elaine Farrells ansökan om ersättning, eftersom ansvar för de personskador hon lidit inte var sådant ansvar som skulle täckas av försäkring enligt nationell rätt.

23. Elaine Farrell väckte talan vid irländsk domstol och High Court (Förvaltningsöverdomstolen) framställde vederbörligen en begäran om förhandsavgörande till förevarande domstol, där High Court (Förvaltningsöverdomstolen) sökte klargörande kring tolkningen av tredje direktivet om motorfordonsförsäkring.

24. I domen i målet Farrell [22] fann domstolen att artikel 1 i tredje direktivet om motorfordonsförsäkring utgjorde hinder mot nationell lagstiftning enligt vilken den obligatoriska ansvarsförsäkringen för motorfordon inte omfattar ansvar för personskador som drabbar personer som färdas i en del av ett motorfordon som varken har utformats eller försetts med sittplatser för passagerare. Domstolen fann vidare att bestämmelsen hade direkt effekt. Domstolen fann dock att det ankom på den nationella domstolen att pröva huruvida en enskild kunde åberopa artikel 1 i tredje direktivet om motorfordonsförsäkring mot ett organ som MIBI. [23]

25. Den hänskjutande domstolen har förklarat att Elaine Farrell nu har erhållit en lämplig summa pengar i ersättning. [24] Emellertid är det tvistigt huruvida MIBI eller ministern och Irlands justitieminister (nedan gemensamt kallade medlemsstaten) ska bära kostnaderna för denna ersättning. Den hänskjutande domstolen menar att svaret beror på huruvida MIBI är en förlängning av staten.

26. Mot denna bakgrund har den hänskjutande domstolen ställt följande frågor till domstolen:

”1) Ska testet i punkt 20 i [domen i målet Foster] rörande frågan vad som är en förlängning av staten tillämpas

a) kumulativt eller

b) alternativt?

2) I den mån de olika omständigheter som identifierades i [domen i målet Foster] i stället kan anses utgöra de kriterier som ska beaktas vid en helhetsbedömning – som en domstol ska göra för att avgöra huruvida ett visst organ är en förlängning av staten, finns det då någon grundläggande princip som domstolen ska beakta vid denna prövning?

3) Är det, för att detta organ ska anses utgöra en förlängning av staten, tillräckligt att medlemsstaten har gett organet ett stort mått av ansvar för det påstådda syftet att fullgöra skyldigheter enligt EU-rätten, eller är det dessutom nödvändigt att ett sådant organ också har a) särskilda befogenheter eller b) verkar under medlemsstatens direkta kontroll eller övervakning?”

27. MIBI, ministern, Irland och Irlands justitieminister, den franska regeringen och kommissionen har inkommit med skriftliga yttranden samt yttrat sig muntligen vid förhandlingen den 5 juli 2016.

22 Dom av den 19 april 2007, C-356/05, EU:C:2007:229 (nedan kallad domen i målet Farrell I).

23 Dom av den 19 april 2007, Farrell I (C-356/05, EU:C:2007:229, punkt 44).

24 Den hänskjutande domstolen har inte fått närmare upplysningar om ersättningen och de saknar relevans i förhållande till tolkningsfrågorna.

Bedömning

Inledande synpunkter: bakgrunden till testet i domen i målet Foster

28. Principen att unionsrätten inte bara är tillämplig mellan stater utan också skapar rättigheter för enskilda härrör från domen i målet van Gend & Loos.[25] Argumentet bakom vertikal direkt effekt av direktiv följer samma logik. En tydlig, precis och ovillkorlig bestämmelse i ett direktiv föreskriver en rättighet som medlemsstaterna, vid genomförandet av direktivet, åtog sig att skapa för enskilda. Även om det har lämnats till medlemsstaterna att bestämma ”form och tillvägagångssätt” för att genomföra ett direktiv i nationell rätt, ska ett direktiv ”med avseende på det resultat som ska uppnås vara bindande för varje medlemsstat till vilket det är riktat” (båda bestämmelserna återfinns i artikel 288 tredje stycket FEUF). I princip ska en medlemsstat självfallet uppfylla sina skyldigheter och genomföra varje direktiv helt och korrekt inom tidsfristen för genomförande. Direktivet blir då, på sätt och vis, osynligt, eftersom de rättigheter som skapas genom det därmed helt och hållet har föreskrivits i nationell rätt.

29. I vissa fall går det dock inte till på detta sätt och enskilda tvingas då att förlita sig på direktivet som sådant. Vid utvecklingen av principen om direktivens vertikala direkta effekt har domstolen betonat att en medlemsstat inte kan åberopa sin egen underlåtenhet att fullgöra de skyldigheter som direktivet medför och att enskilda därför kan åberopa bestämmelser i direktiv som är tydliga, precisa och ovillkorliga mot medlemsstaten.[26]

30. Det framgår också av domstolens praxis att det saknar betydelse i vilken exakt egenskap medlemsstaten agerar.[27] Inte heller är det ett villkor som måste vara uppfyllt för att det ska föreligga vertikal direkt effekt att den särskilda del av ”staten” som är svarande i ett visst mål ska ha faktiskt ansvar för medlemsstatens brist att genomföra direktivet i fråga.[28]

31. Det är snarare så, att alla skulle ha varit tvungna att iaktta de rättigheter som tillerkändes enskilda enligt direktivet, om medlemsstaten hade genomfört direktivet på rätt sätt. Därför måste i allra minsta fall alla organ som utgör en del av staten vara tvungna att iaktta dessa rättigheter för enskilda.

32. Om en rättighet i ett direktiv som har direkt effekt inte kan åberopas (eftersom svaranden inte är staten eller en förlängning av staten) kan den allmänna regeln beskrivas på följande sätt. Ett direktiv anger, oftast i relativt abstrakta termer, de rättigheter som ska genomföras i och utfyllas genom nationell rätt. Eftersom de rättigheter som föreskrivs i unionsrätt måste vara verksamma, kan en rättighet inte existera utan en motsvarande påföljd (*ubi jus, ibi remedium*). Det första steget är därför att kontrollera vad som redan föreskrivs i nationell rätt (om något) som kan utgöra ett (delvis)

25 Dom av den 5 februari 1963, van Gend & Loos (26/62, EU:C:1963:1), ”… gemenskapen utgör en ny rättsordning inom folkrätten till vars förmån staterna, låt vara på begränsade områden, har inskränkt sina suveräna rättigheter och som inte enbart medlemsstaterna utan även dessas medborgare lyder under. På samma sätt som gemenskapsrätten ålägger de enskilda förpliktelser, är den följaktligen även avsedd att oberoende av medlemsstaternas lagstiftning skapa rättigheter som blir en del av de enskildas rättsliga arv. Rättigheterna uppkommer inte enbart då detta uttryckligen sägs i fördraget, utan även på grund av de skyldigheter som fördraget på ett väl angivet sätt ålägger såväl de enskilda som medlemsstaterna och gemenskapens institutioner” (punkt 12). Teorin om direkt effekt som domstolen hade skapat mottogs dock inte enbart positivt. I en välkänd, tidig artikel *”The doctrine of ’direct effect’: an infant disease of Community law*”, som publicerades i nytryck i *E.L.Rev*. 2015, 40(2), s. 135–153), anförde Judge Pierre Pescatore att ”legal rules, by their very nature, have a practical purpose. Any legal rule is devised so as to operate effectively (we are accustomed, in French, to speak here about *effet utile*). If it is not operative, it is not a rule of law. … Practical operation for all concerned, which is nothing else than ’direct effect’, must be considered as being the normal condition of any rule of law … In other words, ’direct effect’ must be presumed, it has not to be established *a priori*” (”rättsregler har till sin natur ett praktiskt syfte. Rättsregler utformas så, att de kan tillämpas effektivt (på franska talar vi här om effet utile). Om rättsregeln inte kan tillämpas, utgör den inte en rättsregel. … Praktisk tillämpning för alla inblandade, vilket inte är annat än ’direkt effekt’ måste anses vara det normala tillståndet för rättsregler … Med andra ord måste ’direkt effekt’ förutsättas, det måste inte styrkas *a priori*”) (se s. 135).

26 Se, bland annat, dom av den 12 juli 1990, Foster (C-188/89, EU:C:1990:313, punkt 16 och där angiven rättspraxis).

27 Dom av den 12 juli 1990, Foster (C-188/89, EU:C:1990:313, punkt 17 och där angiven rättspraxis).

28 I domen i målet Marshall (dom av den 26 februari 1986, 152/84, EU:C:1986:84) påstods inte att hälsovårdsmyndigheterna hade något ansvar för underlåtelsen att genomföra det i målet aktuella direktivet.

genomförande av direktivet [29] och, samtidigt, att undersöka huruvida direktivet i sig har angett en påföljd som ska tillämpas enligt nationell rätt i händelse av överträdelse. Nästa steg är att undersöka vilka rättsmedel som är tillgängliga i nationell rätt i syfte att använda dessa i sådana fall som tillämpligt rättsmedel, samtidigt som den nationella processrättens autonomi iakttas genom att tillämpa de nu (klassiska) principerna om jämlikhet och effektivitet inom ramen för den övergripande skyldigheten att nationell lagstiftning ska tolkas i enlighet med unionsrätten (”interprétation conforme”). [30] Det är bara när detta inte medför effektivt skydd för den rättighet som garanteras enligt unionsrätten, som principen om statens ansvar ska tillämpas. Statens skadeståndsansvar är således inte ett rättsmedel som ska tillämpas i första hand, utan ett som ska tillämpas som en sista utväg.

33. Den bedömning jag har beskrivit är ofta en komplicerad och utförlig process. En konform tolkning av nationell lagstiftning är inte möjlig om denna skulle vara *contra legem*. [31] För att kunna utkräva skadestånd mot staten [32] måste sökanden antingen inträda i rättegången mot medlemsstaten som medsvarande (med den därmed sammanhängande risken för kostnader mot medlemsstaten om talan skulle vara framgångsrik mot huvudsvaranden) eller att väcka talan mot medlemsstaten efter att först ha väckt talan mot huvudsvaranden och förlorat. Med mindre än rättegången inleds till följd av fullständig underlåtelse att genomföra ett direktiv är det inte självklart att skadestånd skulle utdömas mot medlemsstaten. [33]

29 Det är ofta så, att ett lagstiftningsinitiativ har medfört ett partiellt eller bristfälligt genomförande. Även när detta inte är fallet kan det finnas tidigare lagstiftning på det område som omfattas av direktivet som kan tolkas mot bakgrund av kraven i direktivet.

30 I syfte att vara koncis kommer jag nedan att använda den franska termen.

31 Se dom av den 13 november 1990, Marleasing (C-106/89, EU:C:1990:395, punkterna 8–14), för ett uttalande om principen ”interprétation conforme” som är nästan samtida med domen i målet Foster (domen i målet Marleasing bygger i sin tur på dom av den 10 april 1984, von Colson och Kamann, EU:C:1984:153, punkt 26). För en noggrann utredning om den exakta omfattningen och begränsning av denna skyldighet, se en senare domen av den 5 oktober 2004, Pfeiffer m.fl. (C-397/01–C-403/01, EU:C:2004:584, punkterna 107–119). Domstolen klargjorde utom allt tvivel i domen i målet Dominguez (dom av den 24 januari 2012, C-282/10, EU:C:2012:33) att ”[d]en nationella domstolens skyldighet att beakta ett direktivs innehåll vid tolkningen och tillämpningen av relevanta bestämmelser i nationell rätt begränsas således av allmänna rättsprinciper och den kan inte tjäna som grund för att nationell rätt tolkas *contra legem*” (punkt 25 och där angiven rättspraxis).

32 Principen om sådant skadestånd härrör från domen i målet Francovich m.fl. (dom av den 19 november 1991, C-6/90 och C-9/90, EU:C:1991:428). I det målet var bestämmelserna i direktiv 89/987/EEG ovillkorliga och tillräckligt precisa med avseende på innehållet i garantin för betalning av arbetstagares utestående lönefordringar, men inte med avseende på identiteten på person som var skyldig att utfärda garantin och domstolen undersökte därför huruvida staten hade ett skadeståndsansvar. Domstolen fann att sådant ansvar kunde föreligga i princip och fastställde tre villkor (i punkterna 39–41) för att sådant ansvar skulle föreligga. Testet i detta mål verkade antyda att staten har strikt ansvar om villkoren är uppfyllda. I domen i målet Brasserie du pêcheur och Factortame (dom av den 5 mars 1996, C-46/93 och C-48/93, EU:C:1996:79), fastställde domstolen att även om detta var testet när en medlemsstat var skyldig att inom en viss tidsfrist vidta alla åtgärder som är nödvändiga för att uppnå det resultat som föreskrivs i ett direktiv (punkt 46), så var testet under förhållanden där medlemsstaten åtnjöt ett vidsträckt utrymme för skönsmässig bedömning av om överträdelsen var ”tillräckligt klar” (punkt 51) ”huruvida en medlemsstat … uppenbart och allvarligt har missbedömt gränserna för sitt utrymme för skönsmässig bedömning” (punkt 55).

33 Såsom generaladvokaten Jacobs mycket skarpt iakttog i punkterna 30 och 31 i sitt förslag till avgörande i målet Vaneetveld (C-316/93, EU:C:1994:32):

> ”30. Möjligheten för en enskild, enligt domen i målet Francovich, att kräva skadestånd av medlemsstaten när ett direktiv inte har genomförts på riktigt sätt är inte, enligt min uppfattning, ett tillräckligt alternativ i stället för direkt tillämpning av direktiv. Det skulle ofta kräva att sökanden inledde två olika rättsliga förfaranden, antingen samtidigt eller efter varandra, ett mot den privaträttsliga motparten och ett mot den offentliga myndigheten, vilket knappast kan vara förenligt med kravet på ett effektivt rättsmedel.
>
> 31. Det kan inte ifrågasättas, anser jag, att det skulle minska rättssäkerheten att införa skyldigheter på enskilda. Tvärtom är den kanske mest betydelsefulla egenskapen med befintlig rättspraxis på denna punkt att den har skapat osäkerhet. Den har för det första lett till en mycket vidsträckt tolkning av begreppet medlemsstat, vilket har medfört att direktiv kan tillämpas även mot kommersiella företag där det förekommer ett visst moment av statlig inblandning eller kontroll, oavsett om dessa företag inte har något ansvar för medlemsstatens underlåtelse att genomföra direktivet och oavsett att de indirekt kan konkurrera med företag i den privata sektorn mot vilka samma direktiv inte kan tillämpas. Den har också lett till stor osäkerhet i fråga om tillämpningsområdet för nationell lagstiftning, mot bakgrund av skyldigheten för nationella direktiv som inte har genomförts på riktigt sätt. När nationell lagstiftning tolkas extensivt i syfte att ge verkan åt ett direktiv kan resultatet dessutom mycket väl vara att införa skyldigheter för enskilda som de inte skulle ha utan direktivet. Redan direktiv som inte har genomförts på rätt sätt kan därför ge upphov skyldigheter för enskilda. Mot denna bakgrund verkar det inte vara ett skäligt motargument att direkt tillämpning av direktiv mot enskilda skulle vara ett hot mot rättssäkerheten. Tvärtom kan det mycket väl främja större rättssäkerhet, och ett mer enhetligt system, om bestämmelserna i detta direktiv ansågs direkt tillämpliga mot enskilda i lämpliga omständigheter.”

34. När det, emellertid, *inte finns något* i nationell rätt som kan betraktas som ett genomförande av den rättighet som skulle ha säkerställts i enlighet med direktivet (som i förevarande fall) står valet mellan två alternativ. Om det är uppenbart att svaranden (i detta fall MIBI) rätteligen ska betraktas som ”staten” eller ”en förlängning av staten”, kan sökanden direkt åberopa de rättigheter enligt direktivet som har direkt effekt (vertikal direkt effekt) och erhålla ersättning från denna svarande. Om det inte är fallet måste ersättning sökas från medlemsstaten i form av skadestånd i enlighet med den princip som klart uttryckts av domstolen i målet Dillenkofer. [34]

Den första frågan

35. Den hänskjutande domstolen har ställt den första frågan för att få klarhet i huruvida testet i domen i målet Foster ska tillämpas kumulativt eller alternativt. Det är en rimlig fråga. Punkt 18 i domen i målet Foster har uttryckts alternativt: ”… domstolen [har] i en serie mål ansett att ovillkorliga och tillräckligt precisa bestämmelser i ett direktiv kunde åberopas av enskilda gentemot organ *eller* enheter som var underställda staten, stod under tillsyn av denna *eller* hade särskilda befogenheter utöver dem som följer av de rättsregler som gäller i förhållandet mellan enskilda”. [35] Punkt 20 har däremot formulerats på ett sätt som förefaller kumulativt: ”Härav följer att bland de organ gentemot vilka sådana bestämmelser i ett direktiv som kan ha direkt effekt kan åberopas, ingår under alla förhållanden ett organ som, oavsett sin rättsliga form, i enlighet med en av staten antagen rättsakt har fått i uppdrag att utöva offentlig serviceverksamhet under statens tillsyn *och* som med anledning härav har särskilda befogenheter utöver dem som följer av de rättsregler som gäller i förhållandet mellan enskilda.” [36]

36. En logisk förutsättning för den första frågan är att de faktorer som domstolen angav i domen i målet Foster utgör en uttömmande lista på vad som ska vid bedömning av huruvida en svarande är en förlängning av staten inom ramen för vertikal direkt effekt. Om testet är alternativt skulle det räcka att antingen omständigheten A, B, C *eller* D är för handen. Om det är kumulativt måste alla omständigheterna A, B, C *och* D vara för handen. Däremot saknar det i båda fallen relevans huruvida en ytterligare omständighet (exempelvis E eller F) är (eller inte är) för handen. Med andra ord är förutsättningen att domstolen i domen i målet Foster avsåg att fastställa – och fastställde – alla de faktorer som skulle ha betydelse för att bedöma huruvida en viss svarande utgör, eller inte utgör, en förlängning av staten inom ramen för vertikal direkt effekt.

37. Jag skulle vilja påstå att en närmare granskning av domstolens skäl i domen i målet Foster emellertid visar att domstolen *inte* avsåg att ta sig an den (riskfyllda) övningen att försöka förutspå alla möjliga framtida konstellationer av faktiska omständigheter som skulle kunna göra det nödvändigt att fastställa huruvida en svarande är en förlängning av staten. Det var snarare så, att domstolen hämtade omständigheter från tidigare mål i den utsträckning som krävdes för att besvara den aktuella tolkningsfrågan i målet Foster. Om detta är riktigt innebär det att svaret på den första frågan måste vara att testet i domen i målet Foster varken är alternativt eller kumulativt.

38. Det är därför nödvändigt att gå tillbaka och titta lite närmare på domen i målet Foster. [37]

34 Dom av den 8 oktober 1996, Dillenkofer m.fl. (C-178/94, C-179/94 och C-188/94–C-190/94, EU:C:1996:375, punkterna 16 och 19–29): en logisk slutsats på grundval av vad domstolen redan angett i målet Francovich m.fl. (punkterna 39–41) och fastställt i målet Brasserie du pêcheur och Factortame (punkt 46). Det faktum att valet står mellan två alternativ kan förklara varför Elaine Farrell, lyckligtvis, redan har erhållit ersättning för sina skador (se punkt 25 ovan).

35 Min kursivering.

36 Min kursivering. Det faktum att den inte finns någon konjunktion före ordet ”och” måste innebära att de olika faktorer som räknas upp fram till denna punkt ska tolkas kumulativt.

37 Denna uppgift underlättas tack vare en historisk lustighet. Jag var rättssekreterare i målet Foster för Sir Gordon Slynn, då tillförordnad ordförande för domstolen och var den som huvudsakligen skrev domen.

39. De centrala omständigheterna kan enkelt återges. Fem kvinnliga anställda hos British Gas Corporation (nedan kallat BGC) var skyldiga att gå i pension vid 60 års ålder enligt BGC:s interna regler som krävde att anställda gick i pension när de uppnådde statlig pensionsålder (vilken vid den aktuella tidpunkten var 60 för kvinnor och 65 för män). De fem kvinnorna ville fortsätta att arbeta och väckte därför talan i Industrial Tribunal (Arbetsdomstolen i första instans) och yrkade att även om BGC:s regler var tillåtna enligt nationella bestämmelser, stred de mot artikel 5.1 i rådets direktiv 76/2007/EEG.[38] De gjorde gällande att de kunde åberopa denna bestämmelse mot BGC.

40. BGC:s kända egenskaper, såsom de framgår av domen, var följande:[39] Enligt bestämmelserna i Gas Act av 1972, som BGC lydde under vid tidpunkten för de faktiska omständigheterna i målet vid den nationella domstolen, var BGC ett genom lag upprättat organ (statutory corporation) som hade till uppgift att i monopolställning utveckla och upprätthålla ett system för gasdistribution i Storbritannien. Ledamöterna av BGC:s ledningsorgan utsågs av vederbörande minister. Denne hade också behörighet att ge BGC direktiv av allmän karaktär i frågor som berör nationella intressen liksom instruktioner i fråga om företagets ledning. BGC var för sin del skyldig att förelägga ministern periodiska rapporter om genomförandet av sina uppgifter, om sin ledning och om sina program. Rapporterna överlämnades därefter till parlamentets båda kamrar. För övrigt gav Gas Act av 1972 BGC rätt att med samtycke av ministern, lägga fram lagförslag för parlamentet. Uppgifterna i målet, såsom de återgetts i protokollet från förhandlingen, innehöll också informationen att BGC, enligt engelsk rätt, var ett ”offentligt organ” och en ”offentlig myndighet” i den mening som avsågs i olika nationella lagar.

41. Industrial Tribunal (Arbetsdomstolen i första instans), Employment Appeal Tribunal (Arbetsdomstolen i andra instans) och Court of Appeal (Appellationsdomstolen) ogillade arbetstagarnas yrkanden. Arbetstagarna överklagade också till House of Lords (Högsta domstolen), som hänsköt tolkningsfrågor till domstolen för förhandsavgörande i det ärende som blev mål C-188/89.

42. Efter att ha avgjort en inledande fråga rörande upptagande till sakprövning, prövade domstolen i punkt 16 i domen tolkningsfrågan i sak.

43. Domstolen började med att ange förutsättningarna för målet. Till att börja med erinrade domstolen (i punkt 16) om att direktivens ändamålsenliga verkan (som kräver att medlemsstaterna ska iaktta ett visst handlingssätt) skulle försvagas om de enskilda var förhindrade att vid domstolen åberopa dem och om de nationella domstolarna var förhindrade att beakta dem. Detta hade redan fastställts så tidigt som 1982 i domen i målet Becker.[40] ”Följaktligen” kunde inte en medlemsstat, som underlåtit att inom föreskriven tid genomföra ett direktiv, gentemot de enskilda ”åberopa sin egen underlåtenhet att fullgöra de skyldigheter som direktivet medför”. ”Följaktligen” kunde bestämmelser i ett direktiv med direkt effekt åberopas i) ”gentemot alla nationella föreskrifter som är oförenliga med ett direktiv” eller ii) ”i den mån bestämmelserna fastställer rättigheter som de enskilda kan göra gällande gentemot staten”.

38 Rådets direktiv av den 9 februari 1976 om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor (EGT L 39, 1976, s. 40; svensk special utgåva, område 5, volym 1, s. 191).

39 Det nedanstående har hämtats från punkterna 3–7 i domen i målet Foster.

40 Dom av den 19 januari 1982, 8/81, EU:C:1982:7. Motparten i målet Becker var det kommunala skattekontoret. Strukturellt utgjorde myndigheten en del av staten som var underställd staten och stod under dess tillsyn. Skattekontoret hade vidare ”särskilda befogenheter” att ta ut och pålägga avgifter i syfte att möjliggöra avtalade offentliga utgifter.

44. Därefter (i punkt 17) angav domstolen att den redan i domen i målet Marshall [41] hade slagit fast att det, när det gäller vertikal direkt effekt, saknar relevans exakt vilken egenskap som staten som svarande agerar i (i domen i målet Marshall var detta ”oavsett om [staten agerar som] arbetsgivare eller offentlig myndighet”). Domstolen angav här vad som var kärnan till varför den ansåg att direktiv skulle ha direkt effekt mot medlemsstaterna: ”I båda fallen *är det angeläget att staten hindras från att dra nytta av sin underlåtenhet att följa [unionsrätten]*”. [42]

45. Domstolen definierade därefter (i punkt 18) de olika typer av svarande mot vilka en enskild kan åberopa ”ovillkorliga och tillräckligt precisa bestämmelser i ett direktiv” (i korthet vad som utgjorde en förlängning av staten inom ramen för vertikal direkt effekt). Genom den inledande frasen, ”På grundval av dessa överväganden har domstolen i en serie mål ansett att…”, informeras läsaren om att domstolen avser att ange en teoretisk formel där alla de ingående delarna härrör från befintlig rättspraxis.

46. Det är därför knappast förvånande att domstolen omedelbart (i punkt 19) styrkte sitt påstående att allt det den just har sagt härrörde från befintlig rättspraxis. Listan med rättsfall i punkt 19 presenteras genom formuleringen ”[d]omstolen har *således* fastställt att …”. De respektive mål som räknas upp – Becker (”skattemyndigheter”), [43] Busseni (”skattemyndigheter”), [44] Costanzo (”lokala eller regionala myndigheter”), [45] Johnston (”konstitutionellt oavhängiga myndigheter som har till uppgift att upprätthålla allmän ordning och säkerhet”) [46] och Marshall (”offentliga myndigheter som ansvarar för hälsovård”) [47] – kan hänföras till en eller flera av de olika delarna i den teoretiska formel som domstolen fastställde i punkt 18.

47. Här vill jag anmärka att punkterna 18 och 19 i domen lika gärna kunde ha formulerats i omvänd ordning. Oavsett om man säger ”i) så här kommer jag att formulera testet i teoretiska ordalag, och ii) ni kan se de egenskaper jag har fastställt i följande mål som domstolen redan har avgjort” (den faktiska ordningen i punkterna) eller ”i) titta, här är olika mål som domstolen redan har avgjort som uppvisar vissa egenskaper, och ii) så här kommer jag att formulera testet i teoretiska ordalag” (omvänd ordning), är argumentationen i stort sett densamma.

41 Dom av den 26 februari 1986, 152/84, EU:C:1986:84. Motparten i målet Marshall var Southampton and South-West Hampshire Health Authority (Southampton och South-West Hampshire hälsomyndighet) (den organisation som vid den aktuella tidpunkten ansvarade för sjukhus och läkarvård i det geografiska område den tilldelats). Strukturellt var den inte en del av staten, men var underställd staten och stod under dess tillsyn. Domstolen har inte angett huruvida organisationen hade ”särskilda befogenheter” och det är inte heller något som antyder att den hade sådana befogenheter (se vidare nedan punkt 49). Organisationen hade uppenbart ett uppdrag att tjäna allmänhetens intresse genom att tillhandahålla lämplig allmän hälsovård inom det område den tilldelats. Funktionellt sett kunde den därför anses agera på statens vägnar.

42 Min kursivering.

43 Min kursivering. Dom av den 19 januari 1982, 8/81, EU:C:1982:7.

44 Dom av den 22 februari 1990, C-221/88, EU:C:1990:84. I detta mål fann domstolen att Europeiska kol- och stålgemenskapen (EKSG), i avsaknad av genomförandeåtgärder, kunde åberopa en rekommendation (efter utgången av den för genomförandet föreskrivna fristen) mot en medlemsstat som inte hade genomfört denna. Erkännandet av företrädesrätten för EKSG:s fordringar gällde dock bara i förhållande till denna stat – varvid dessa fordringar kunde få samma ställning som statens fordringar – men förminskade inte för andra borgenärer än staten de rättigheter som utan hänsynstagande till rekommendationen skulle följa av tillämpningen av den nationella lagstiftningen om borgenärers rättigheter. Se punkt 30 och punkt 1 i domslutet.

45 Dom av den 22 juni 1989, 103/88, EU:C:1989:256. Motparten i målet Costanzo var en italiensk kommunstyrelse. Strukturellt utgjorde den en del av staten och delade statens strukturella behörighet och stod under dess tillsyn samt innehade normala statliga befogenheter (såsom rätten att reglera) och driva verksamhet i syfte att tjäna allmänhetens intresse.

46 Dom av den 15 maj 1986, 222/84, EU:C:1986:206. Motparten i målet Johnston var Chief Constable vid Royal Ulster Constabulary (Polischefen vid Ulster Constabulary), den befattningshavare som ansvarade för Nordirlands polis. I domen beskrivs polisen (företrädd av polischefen) som en oberoende myndighet som utövade statlig befogenhet och tillsyn och som innehade ”särskilda befogenheter” (eftersom staten hade monopol på laglig användning av våld) och hade uppgiften att upprätthålla allmän säkerhet och ordning.

47 Dom av den 26 februari 1986, 152/84, EU:C:1986:84. Jag har redan beskrivit motpartens egenskaper i detta mål (se ovan fotnot 42). Med avseende på huruvida motparten hade ”särskilda befogenheter”, se vidare punkt 49 nedan.

48. Domstolen skulle ha kunnat stanna vid detta, efter att ha angett den teoretiska formeln. Strängt taget ankom det på den hänskjutande domstolen att besvara frågan huruvida BGC var en förlängning av staten enligt detta test med tillämpning av de faktiska omständigheterna.[48] Den hänskjutande domstolen hade dock formulerat frågan i termer av ”[v]ar BGC … ett organ av sådan art att klagandena har rätt att vid engelska domstolar direkt åberopa [direktiv 76/207] och således kräva skadestånd på den grunden att BGC:s pensioneringspraxis stred mot direktivet?” och domstolen ansåg uppenbarligen att det hade framkommit tillräckliga uppgifter i målet för att kunna ge tydlig vägledning om vad svaret skulle vara.[49] De olika faktiska omständigheter som tillhandahållits angående BGC räckte för att visa *att BGC faktiskt uppfyllde vart och ett av de uppräknade kriterierna*.[50] Domstolen gick därför vidare och angav (i punkt 20) att ”[h]ärav följer” att ”bland de organ gentemot vilka sådana bestämmelser i ett direktiv som kan ha direkt effekt kan åberopas, *ingår under alla förhållanden*” ett organ som har de egenskaper som räknas upp i punkt 18 (tillsammans med ytterligare förklaringar).[51]

49. Här ska anges att de ytterligare förklaringarna i punkt 20 passar bättre ihop med tanken att punkten innehåller den praktiska *tillämpningen* av den teoretiska formuleringen på BGC, snarare än att den innehåller den teoretiska formeln i sig. För det första görs en hänvisning till ”*ett organ som, oavsett sin rättsliga form*”, vilket utvidgar (eventuellt något slumpartat) det tidigare testet, vilket härrörde från rättspraxis som i huvudsak avsåg *offentliga* myndigheter, till andra organ vars ”rättsliga form” kunde var delvis offentlig och delvis privat eller, förvisso, helt privat, snarare än helt offentlig.[52] För det andra har det angetts att organet i fråga är ett organ som ”har fått i uppdrag att *utöva offentlig serviceverksamhet*” (det görs ingen uttrycklig hänvisning till att ”utöva offentlig serviceverksamhet” i punkt 18). För det tredje gäller de ”*särskilda befogenheter* utöver dem som följer av de rättsregler som gäller i förhållandet mellan enskilda” (som redan angavs i punkt 18) ”*med anledning härav*” – det vill säga för att göra det möjligt för organet att utöva offentlig serviceverksamhet. För det fjärde hade visserligen tre av de organ som angavs i den rättspraxis som räknades upp i punkt 19 ”särskilda befogenheter”, men det fjärde (hälsovårdsmyndigheterna i målet Marshall) hade inte sådana befogenheter. Detta gör att det är oklart huruvida denna aspekt ska tolkas så, att den utgör en nödvändig del av definitionen av vad som utgör en förlängning av staten inom ramen för vertikal direkt effekt. BGC *hade* dock sådana särskilda befogenheter.[53] Dessa ytterligare förklaringar anger för den nationella domstolen (i relativt öppna termer) att de uppgifter domstolen genom beslutet om hänskjutande hade fått angående BGC, räckte för att fastställa att BGC utgjorde en förlängning av staten.

48 Domstolen hade till och med tidigare (i punkt 15) påpekat att den var ”behörig att genom förhandsavgörande fastställa gentemot vilka kategorier av rättssubjekt ett direktivs bestämmelser kan åberopas”, medan det ankom på ”de nationella domstolarna att avgöra om en part i något där anhängigt mål hör till någon av de på så sätt bestämda kategorierna”.

49 Det händer att domstolen ger den hänskjutande domstolen en tydlig antydan om vad resultatet av att tillämpa den teoretiska vägledning domstolen just lämnat bör vara. Ett tydligt exempel cirka sex år efter domen i målet Foster återfinns i ”det tredje Factortame-målet” (dom av den 5 mars 1996, Brasserie du pêcheur och Factortame, C-46/93 och C-48/93, EU:C:1996:79). I punkt 51 i nämnda dom formulerade domstolen testet för när skadestånd kan utkrävas av en medlemsstat för brott mot unionsrätten och i punkt 56 angav domstolen i allmänna termer ”de omständigheter som den behöriga domstolen kan behöva ta hänsyn till”. Därefter, i punkterna 58–64, gav domstolen vägledning till de två hänskjutande domstolarna, Bundesgerichtshof (Federala högsta domstolen) respektive High Court of Justice, Queen’s Bench Division, Divisional Court (Överdomstolen) – i fråga om de troliga svaren (”… lämpligt att påminna om vissa omständigheter som de nationella domstolarna skulle kunna ta hänsyn till”). De olika försvårande omständigheterna som angavs i punkterna 61–64, med avseende på Förenade kungarikets regerings antagande av Merchant Shipping Act 1988 (handelssjöfartslagen från 1988) pekade samtliga på att skadestånd borde utgå i det målet. Detta var också utgången i målet, efter livliga invändningar från regeringens sida, när målet väl avgjordes vid den nationella domstolen.

50 Domstolen verkar ha grundat sin slutsats att BGC hade särskilda befogenheter på omständigheten att det hade monopol på gasdistributionen (punkt 3).

51 Min kursivering.

52 Se vidare punkterna 62, 79–105, 114 och 120.1 nedan.

53 Se fotnot 51 ovan.

50. Det som kanske är mest avslöjande är dock orden ”*ingår under alla förhållanden*”. Genom dessa bekräftas att domstolen i punkt 20 inte har försökt formulera någon form av allmänt test eller försökt täcka in alla framtida möjligheter. Punkten behandlar i stället det aktuella målet varvid domstolen förklarade för den nationella domstolen att ”oavsett vilka *andra* organ som utgör (eller inte utgör) en förlängning av staten, *utgör* ett organ som har *alla* dessa egenskaper en förlängning av staten – och det var det ni frågade om”.

51. En sådan tolkning stöds av det som följer mellan punkt 20 och domslutet. I punkt 21 erinrade domstolen om att den redan i målet Marshall [54] uttalade att artikel 5.1 i direktiv 76/207 uppfyllde testet för direkt effekt. Punkterna 20 och 21 har sedan lagts samman (i punkt 22, som sedan upprepas i domslutet) för att ge den hänskjutande domstolen ett precist svar på tolkningsfrågan. Det har inte ansetts nödvändigt – eller till och med ansetts olämpligt – att i domslutet upprepa orden ”ingår under alla förhållanden” från punkt 20.

52. Min slutsats är att domstolen i målet Foster inte hade någon avsikt att uttömmande och för all framtid räkna upp alla aspekter av det test som ska tillämpas för att fastställa vad som utgör en förlängning av staten inom ramen för vertikal direkt effekt. Domstolen konstruerade i stället en teoretisk formel utifrån befintlig rättspraxis (punkt 18) som den sedan tillämpade med förklaringar för att identifiera ett organ med egenskaper som gjorde att det i alla händelser skulle omfattas i kategorin förlängning av staten (punkt 20). Och där upphör avgörandet. Varken formuleringen av det faktiska testet utifrån föreliggande rättspraxis i punkt 18 eller tillämpningen av testet i punkt 20 är avsett att vara uttömmande, och det är varken logiskt eller vettigt att i efterhand tolka dem på ett sådant sätt.

53. Härav framgår att svaret på den första frågan är att testet i domen i målet Foster, med avseende på vad som utgör en förlängning av staten inom ramen för vertikal direkt effekt av direktiv, har angetts i punkt 18 i nämnda dom och inte i punkt 20. Testet i punkt 18 ska varken tolkas kumulativt eller alternativt. Det utgör snarare en icke uttömmande lista på faktorer som kan ha betydelse för denna bedömning.

54. Innan jag övergår till den andra fråga ska jag först kortfattat (och vid sidan om) behandla en intressant egenskap av de aspekter som domstolen använde för att skapa testet, nämligen hänvisningen till ”särskilda befogenheter”. I den ursprungliga franska version som använts för att utarbeta och diskutera förslaget användes termen ”pouvoirs exorbitants”. Detta är ett särskilt begrepp i fransk offentlig rätt och det engelska uttrycket ”special powers” är inte en särskild lämplig översättning av detta. [55] *Locus classicus* för begreppet offentlig serviceverksamhet i fransk offentlig rätt är, såvitt jag förstår, Tribunal des conflits avgörande av den 8 februari 1873 i målet Blanco, [56] där det fastställdes dels att staten kunde bli skadeståndsskyldig till följd av den ”offentliga serviceverksamhetens” agerande, dels att förvaltningsdomstolarna (till skillnad från de allmänna domstolarna) hade exklusiv behörighet att pröva sådana mål. [57] Conseil d’États (Högsta förvaltningsdomstolen) dom i målet Bureau

54 Dom av den 26 februari 1986, 152/84, EU:C:1986:84.

55 Eftersom begäran hade framställts av en domstol i Förenade kungariket är den engelska språkversionen den ”bindande” språkversionen och den föreslagna översättningen granskades såväl av den brittiske domaren (Sir Gordon Slynn) som dennes seniora rättssekreterare (jag själv) tillsammans med dåvarande chefen för domstolens engelska språktjänst. Vi var medvetna om det faktum att ”särskilda befogenheter” inte helt fångade alla nyanser i det franska utkastet, men vid tidpunkten var det ingen som kunde komma på något bättre förslag. En kontroll av några av de övriga språkversionerna av domen visar att uttrycket har översatts till ”poderes exorbitantes” på spanska, ”besondere Rechte” på tyska, ”poteri” på italienska (utan hänvisning till att befogenheterna var särskilda), ”bijzondere bevoegdheden” på nederländska och ”poderes exorbitantes” på portugisiska. Detta antyder att det på vissa språk var enklare att översätta begreppet än på andra språk.

56 Tribunal des conflits av den 8 februari 1873, 00012, offentliggjord i recueil Lebon (den franska texten finns på https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007605886).

57 Domen i målet Blanco handlade om ett yrkande om skadestånd som framställts i ett mål på vägnar av en för en underårig persons räkning, som hade skadats till följd av åtgärder av anställda hos tobaksmyndigheterna i Bordeaux. Den centrala delen av den (korta) domen hade lydelse: ”Då det ansvar som kan åligga staten på grund av skada som enskilda har orsakats till följd av handlingar av personer som är anställda i statens offentliga verksamhet inte kan regleras genom principer som föreskrivs i civillagen med avseende på förhållandet mellan enskilda, då detta ansvar är varken allmänt eller absolut, då det omfattas av särskilda bestämmelser som kan skilja sig åt beroende på de krav som ställs på tjänsten och kravet att väga statens rättigheter mot de enskildas rättigheter, då den administrativa myndigheten … således ensam är behörig att pröva dem.”

Veritas [58] ger ytterligare värdefull vägledning om begreppet ”l’exercise des prérogatives de puissance publique … conférées pour l’exécution de la mission de service public dont [la société en question] est investie” i fransk rätt (utövande av statens befogenheter … som tilldelats i syfte att möjliggöra för [bolaget i fråga] att genomföra sitt mandat att utöva offentlig serviceverksamhet). Oavsett det föregående har dock domstolen inte i domen i målet Foster försökt definiera ”särskilda befogenheter” inom ramen för unionsrätten, utom genom att säga att sådana befogenheter går ”utöver dem som följer av de rättsregler som gäller i förhållandet mellan enskilda”. Jag återkommer till begreppet längre fram, särskilt i samband med den tredje tolkningsfrågan. [59]

Den andra frågan

55. Den hänskjutande domstolen har ställt den andra frågan för att få klarhet i huruvida det – under förutsättning att de faktorer som angavs i domen i målet Foster utgör ett paket med faktorer som ska beaktas (såsom jag har angett i mitt förslag till svar på den första frågan) snarare än ett restriktivt, kumulativt test – finns en grundläggande princip bakom de olika angivna faktorerna som en nationell domstol ska tillämpa på de aktuella omständigheterna i målet för att avgöra huruvida en viss svarande är, eller inte är, en förlängning av staten inom ramen för vertikal direkt effekt av direktiv.

56. Det är nödvändigt att börja med att ställa frågan huruvida den rättspraxis som har utvecklats efter domen i målet Foster slutligt visar huruvida domstolen, *efter* den domen, på ett bindande sätt har valt ett kumulativt eller alternativt test (så att den andra frågan blir överflödig) eller lagt mer vikt vid någon eller några av de faktorer som angavs i domen i målet Foster.

57. Såvitt jag kan se är svaret helt kort ”nej” i båda avseendena. För ordningens skull ska jag dock undersöka denna rättspraxis närmare. Jag kommer att behandla denna rättspraxis i kronologisk ordning, baserat på de datum då avgörandena meddelades.

58. Det första avgörandet av relevans efter domen i målet Foster var domen i målet Kampelmann m.fl. [60] Helmut Kampelmann och tre av dennes arbetskamrater (sökandena i målen C-253/96–C-256/96) var anställda hos Landschaftsverband (Regionstyrelsen) som ansvarade för, bland annat, byggnation och underhåll av vägar i regionen Westfalen-Lippe och för att betjäna flera av delstatens vägunderhållsmyndigheter. [61] Andreas Schade (mål C-257/96) och Klaus Haseley (mål C-258/96) var anställda hos Stadtwerke Witten (Kommunala arbetsavdelningen i Witten) respektive Stadtwerke Altena (Kommunala arbetsavdelningen i Altena), som var offentliga företag som handhade energiförsörjningstjänsten i Witten respektive Altena. [62] De ville åberopa artikel 2.2 c ii i rådets direktiv 91/533 [63] mot sina respektive arbetsgivare direkt inom ramen för en tvist angående deras

58 Dom av den 23 mars 1983, Conseil d’État, SA Bureau Véritas et autres, no 33803, 34462. I domen i målet Bureau Veritas hade Buerau Veritas och franska staten överklagat en rättsfråga i ett mål där ett flygbolag hade väckt talan om skadestånd mot Bureau Veritas i dess egenskap av myndighet med behörighet att utfärda luftvärdighetsbevis till följd av myndighetens dröjsmål med att utfärda sådant bevis. Domstolen fann att staten hade gett Bureau Veritas i uppgift att utöva en offentlig serviceverksamhet och utöva tillförordnade offentliga rättigheter i detta syfte. Konsekvensen av detta var att staten själv inte ansågs skadeståndsskyldig för den skada som orsakats av Bureau Veritas.

59 Se punkt 129 nedan och följande punkter.

60 Dom av den 4 december 1997, C-253/96–C-258/96, EU:C:1997:585.

61 Punkt 12 i domen.

62 Punkt 17 i domen.

63 Direktiv av den 14 oktober 1991 om arbetsgivares skyldighet att upplysa arbetstagarna om de regler som är tillämpliga på anställningsavtalet eller anställningsförhållandet (EGT L 288, 1991 s. 32; svensk specialutgåva, område 5, volym 5, s. 97).

tjänstegradering. Efter att ha fastställt att bestämmelsen hade direkt effekt,[64] angav domstolen en utökad version av den alternativa uppräkningen i punkt 18 i domen i målet Foster[65] och besvarade den hänskjutande domstolens andra tolkningsfråga med en upprepning av formeln i punkt 18 i domen i målet Foster.[66]

59. Motparten i målet Collina och Chiappero[67] var Telecom Italia, det efterträdande bolaget till ett antal företag som hade ensamrätt att tillhandahålla telekommunikationstjänster avsedda för allmänheten som beviljats av den italienska staten.[68] Sökandena bestred villkoren för sin övergång från den ursprungliga koncessionshavaren till den efterföljande.[69] Den hänskjutande domstolen ansåg att en företagsöverlåtelse rent objektivt hade ägt rum men angav att en specialreglering hade inrättats i italiensk rätt som utgjorde ett undantag från de allmänna bestämmelserna om företagsöverlåtelser, vilket innebar att kärandenas yrkanden inte kunde bifallas. Den hänskjutande domstolen frågade domstolen huruvida undantagsbestämmelserna i lag nr 58/92 var förenliga med rådets direktiv 77/187/EEG.[70]

60. Telecom Italia gjorde gällande att begäran om förhandsavgörande inte kunde tas upp till sakprövning och angav att den hänskjutande domstolen ”under inga omständigheter kan tillämpa [bestämmelserna i direktiv 77/187] på tvisten vid denna domstol, vilken uteslutande är en tvist mellan enskilda”.[71] Domstolen delade uppfattningen att ett direktiv, i enlighet med fast rättspraxis, inte kunde ha horisontell direkt effekt. Domstolen erinrade emellertid därefter om principen om ”interprétation conforme” samt om att när enskilda rättssubjekt har möjlighet att stödja sig på ett direktiv i en talan gentemot staten, kan de göra detta oavsett i vilken egenskap denna agerar, eftersom det är angeläget att staten hindras från att dra nytta av sin underlåtenhet att följa (vad som då var) gemenskapsrätten. Domstolen citerade sedan punkt 20 i domen i målet Foster, överlät på den nationella domstolen att avgöra huruvida sökanden kunde åberopa direktiv 77/187 direkt och övergick sedan till att besvara den sakfråga som hade ställts.[72]

61. I domen i målet Rieser Internationale Transporte,[73] hade sökanden i målet, ett åkeriföretag, väckt talan om återbetalning av vägtullar för användning av Brennermotorvägen som det ansåg sig ha betalat för mycket. Motparten (Asfinag) var det bolag som hade ansvar för byggande, planering, hantering, underhåll och finansiering av de österrikiska motorvägarna och motortrafiklederna, till vilka Brennermotorvägen hörde, enligt ett avtal mellan detta bolag och dess enda aktieägare, den österrikiska staten. Åkeriföretaget (och kommissionen) ansåg att de relevanta bestämmelserna i det omtvistade direktivet kunde åberopas mot en sådan enhet som Asfinag, på grund av de nära band som förenade

64 Punkt 45 i domen.

65 ”Däremot kan ett direktiv åberopas gentemot organ eller enheter som är underställda staten, står under tillsyn av denna eller har särskilda befogenheter utöver dem som följer av de rättsregler som gäller i förhållandet mellan enskilda, såsom lokala myndigheter eller organ som, oavsett sin rättsliga form, i enlighet med en av staten antagen rättsakt har fått i uppdrag att fullgöra en tjänst av allmänintresse under statens tillsyn.” (punkt 46). Det är intressant att den punkten i domen varken hänvisar till punkt 18 eller 20 i domen i målet Foster, utan till punkt 19 samt till domen i målet Costanzo (dom av den 22 juni 1989, 103/88, EU:C:1989:256), punkt 31 (”… när de enligt domstolens rättspraxis erforderliga villkoren för att de enskilda vid de nationella domstolarna skall kunna åberopa bestämmelserna i ett direktiv är uppfyllda, är alla förvaltningsorgan, inbegripet lokala myndigheter såsom kommuner, skyldiga att tillämpa dessa bestämmelser”).

66 Punkt 47 i domen och punkt 2 i domslutet.

67 Dom av den 14 september 2000, C-343/98, EU:C:2000:441.

68 Se punkterna 7–9 i domen.

69 Se punkterna 10–13 i domen.

70 Direktiv av den 14 februari 1977 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagares rättigheter vid överlåtelse av företag, verksamheter eller delar av verksamheter (EGT L 61, 1977, s. 26; svensk specialutgåva, område 5, volym 2, s. 91).

71 Punkt 19 i domen.

72 Se punkterna 20–25 i domen. Omständigheten att domstolen utnyttjade punkt 20 i domen i målet Foster (där det angavs att ett organ som uppfyller de angivna kriterierna ”under alla förhållanden” ingår bland de gentemot vilka bestämmelser i ett direktiv som kan ha direkt effekt kan åberopas) kan ses som en försiktig antydan till den nationella domstolen om att Telecom Italia faktiskt var en förlängning av staten inom med avseende på vertikal direkt effekt.

73 Dom av den 5 februari 2004, C-157/02, EU:C:2004:76.

detta bolag med staten vid förvaltningen av de österrikiska motorvägarna. Asfinag bestred denna tolkning, eftersom det hade bildats i form av ett privaträttsligt aktiebolag, dess ledning inte var bunden av instruktioner från organ som var hänförliga till österrikiska staten, det inte fullgjorde något statligt uppdrag och det uppbar vägtullarna för egen räkning.[74]

62. Efter att ha angett de grundläggande principerna bakom direkt effekt, såsom de fastställts i domarna i målen Becker,[75] Marshall[76] och Foster,[77] återgav domstolen ord för ord testet i punkt 20 i domen i målet Foster, såsom det återgetts i domen i målet Collino och Chiappero.[78] Därefter genomförde domstolen en noggrann undersökning av de upplysningar som lämnats i beslutet om hänskjutande.[79] Domstolen ansåg att det av dessa omständigheter framgick att Asfinag var ett organ som med stöd av en rättsakt från en myndighet har getts i uppdrag att utöva offentlig serviceverksamhet under myndighetens tillsyn och som med anledning härav har särskilda befogenheter utöver dem som följer av de rättsregler som gäller i förhållandet mellan enskilda.[80] Domstolen drog därför slutsatsen att ”ett sådant organ, oavsett dess rättsliga form, [ingår] bland de organ gentemot vilka sådana bestämmelser i ett direktiv som kan ha direkt effekt kan åberopas”.[81]

63. Såsom jag uppfattar domen i målet Rieser Internationale Transporte gjorde domstolen exakt samma sak där som den hade gjort i domen i målet Foster. Domstolen ansåg att den, på grundval av upplysningarna i målet, kunde fastställa att Asfinag uppfyllde *alla* de faktorer som hade räknats upp i domen i målet Foster. Asfinag ”ingick därför under alla förhållanden” bland de organ mot vilka bestämmelser i ett direktiv som kan ha direkt effekt kan åberopas. Här bör tilläggas att det klart framgår av domen i målet Rieser Internationale Transporte att ett privaträttsligt aktiebolag, vars ledning inte är bunden av instruktioner från organ som är hänförliga till österrikiska staten, ändå kan utgöra en förlängning av staten inom ramen för vertikal direkt effekt.

64. Domen i målet Sozialhilfeverband Rohrbach,[82] avsåg frågan huruvida anställningsavtalen avseende arbetstagare i Sozialhilfeverband, ett offentligrättsligt kommunalförbund för socialt bistånd, hade överlåtits till två nya allmännyttiga bolag med begränsat ansvar vars enda aktieägare var Sozialhilfeverband. Begäran om förhandsavgörande avgjordes genom motiverat beslut i enlighet med vad som nu är artikel 99 i domstolens rättegångsregler, Domstolen verkar framför allt ha betonat omständigheten att de nya aktiebolagen kontrollerades av den enda aktieägaren som själv var en förlängning av staten. Såvitt jag kan se undersökte domstolen inte egentligen huruvida Sozialhilfeverband hade särskilda befogenheter.[83]

65. I domen i målet Vasallo[84] var motparten ett sjukhus och frågan huruvida det var en förlängning av staten uppkom inom ramen för ett yrkande att begäran inte kunde upptas till sakprövning. Sjukhuset angav att det varken löd under den italienska staten eller under något ministerium. Det var en oberoende inrättning med egna ledningsorgan vilka, inom ramen för förvaltningen av sjukhuset, skulle tillämpa bestämmelser i den nationella rätten, vilka inte kunde ifrågasättas eller frångås.[85] Domstolen nöjde sig med att konstatera att det följde av beslutet om hänskjutande att den nationella domstolen

74 Se punkterna 20 och 21 i domen.

75 Dom av den 19 januari 1982, 8/81, EU:C:1982:7, punkterna 23–25.

76 Dom av den 26 februari 1986, 152/84, EU:C:1986:84, punkt 49.

77 Dom av den 12 juli 1990, C-188/89, EU:C:1990:313, punkterna 16 och 17.

78 Dom av den 14 september 2000, C-343/98, EU:C:2000:441, punkt 23.

79 Se punkterna 25 och 26 i domen.

80 Punkt 27 i domen. I fråga om aspekten ”särskilda befogenheter” i detta test kriterier, se dock vidare nedan punkt 130 och följande punkter.

81 Se punkt 28 i domen.

82 Beslut av den 26 maj 2005, C-297/03, EU:C:2005:315.

83 Se punkterna 11 och 12 i det motiverade beslutet för mer information om de omständigheter som låg till grund för domstolens avgörande. Domstolens korta bedömning av fråga 1 (den fråga som är relevant i förevarande mål) återfinns i punkterna 27–30. Bedömningen nämner inte några ”särskilda befogenheter”.

84 Dom av den 7 september 2006, C-180/04, EU:C:2006:518.

85 Punkt 24 i domen.

betraktade det som klarlagt att sjukhuset var en offentlig inrättning som var knuten till den offentliga sektorn. Detta räckte för att domstolen (med samma utvidgade formulering av testet för en förlängning av staten som hade angetts i domen i målet Kampelmann m.fl.) skulle finna att sjukhusets invändning om rättegångshinder inte kunde godtas.[86] Inte heller i detta fall innehåller domstolens bedömning någon utredning om ”särskilda befogenheter”. Det är inte heller troligt, på grundval av sakens natur, (se domen i målet Marshall) att ett offentligt sjukhus skulle ha sådana befogenheter.

66. I domen i målet Farrell I citerade domstolen testet i punkt 20 i domen i målet Foster (jämte domen i målet Collino och Chiappero i punkt 20 och domen i målet Rieser Internationale Transporte i punkt 24), snarare än punkt 18 i domen i målet Foster. Domstolen angav dock omedelbart uttryckligen att den inte hade tillräckligt med information för att kunna fastställa huruvida MIBI var en förlängning av staten och överlät därför denna fråga åt den nationella domstolen,[87] vilket ledde till förevarande begäran om förhandsavgörande.

67. I domen i målet Dominguez,[88] avgjorde stora avdelningen ett mål enligt arbetstidsdirektivet i ny lydelse (direktiv 2003/88/EG[89]) som en anställd hade väckt mot Centre informatique du Centre Ouest Atlantique (Centrum för databehandling för regionen Centre Ouest Atlantique) som, enligt domstolens anmärkning, var ett ”socialförsäkringsorgan”.[90] Domstolen nöjde sig med att citera punkt 20 i domen i målet Foster och överlät åt den nationella domstolen att avgöra huruvida en bestämmelse i unionsrätten med direkt effekt (artikel 7.1 i direktiv 2003/88) kunde åberopas gentemot motparten i fråga.[91] Inte heller i detta mål fastställdes uttryckligen huruvida motparten hade några särskilda befogenheter.

68. I domen i målet Carratù[92] prövade domstolen klausuler om tidsbegränsning i anställningsavtal. Motparten var Poste Italiane (Italienska posten). Domstolens motivering i förhållande till argumentet om en förlängning av staten var kortfattad.[93] Domstolen noterade att Poste Italiane var en enhet som helt ägdes av italienska staten genom sin enda aktieägare, finansministeriet, och att den var underställd kontroll av staten och Corte dei Conti (Revisionsrätten) genom att en av dess ledamöter satt i bolagets styrelse. Mot denna bakgrund fann domstolen att Poste Italiane uppfyllde den kumulativa versionen av faktorerna i domen i målet Foster, då den ingick ”bland de enheter” mot vilka vertikal direkt effekt kunde åberopas till stöd.[94]

69. Jag ska erkänna att jag inte är lika säker på att jag helt förstår domen i målet Portgás (femte avdelningen),[95] som meddelades samma dag som domen i målet Carratù (tredje avdelningen).

70. Vid den aktuella tidpunkten var Portgás ett aktiebolag enligt portugisisk rätt som hade koncession med ensamrätt för tillhandahållande av gas i den mening som avsågs i artikel 2 i rådets direktiv 93/38/EEG.[96] Bolaget erhöll bidrag från Europeiska regionala utvecklingsfonden, som det använde, framför allt, för att finansiera upphandling av gasmätare. Efter en revision begärde en gren

86 Se punkterna 26 och 27 i domen.

87 Dom av den 19 april 2007, Farrell I (C-356/05, EU:C:2007:229, punkterna 40 och 41).

88 Dom av den 24 januari 2012, C-282/10, EU:C:2012:33.

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

90 Punkt 36 i domen.

91 Punkterna 39 och 40 i domen.

92 Dom av den 12 december 2013, C-361/12, EU:C:2013:830.

93 Det som i det följande återges från detta mål har hämtats från punkterna 29–31 i domen.

94 Det är intressant att domstolen inte citerade domen i målet Foster direkt, utan stödde sig på domen i målet Kuso (dom av den 12 september 2013, C-614/11, EU:C:2013:544) (ett mål som avgjordes utan att föregås av ett förslag till avgörande), som citerar punkt 20 i domen i målet Foster. Det verkar inte heller ha gjorts någon särskild prövning i fråga om aspekten ”särskilda befogenheter” i testet i domen i målet Foster.

95 Dom av den 12 december 2013, C-425/12, EU:C:2013:829.

96 Direktiv av den 14 juni 1993 om samordning av upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna (EGT L 199, 1993, s. 84; svensk specialutgåva, område 6, volym 4, s. 177), i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 98/4/EG av den 16 februari 1998 (EGT L 101, 1998, s. 1).

av den portugisiska staten (verkställande direktören för Programa Operacional Norte (det operativa programmet Nord)) att stödet skulle återbetalas, eftersom Portgás inte hade uppfyllt de relevanta unionsbestämmelserna i direktiv 93/38 som reglerade sådana offentliga upphandlingar. Bestämmelserna hade inte ännu införlivats med portugisisk rätt. Var Portgás en förlängning av staten inom ramen för vertikal direkt effekt av direktiv och kunde i sådana fall den portugisiska staten själv åberopa det ännu ej genomförda direktivet mot Portgás?

71. I sitt förslag till avgörande gjorde generaladvokaten Wahl en bedömning i två delar: dels i) mot vem, dels ii) av vem, kan bestämmelserna i ett direktiv med direkt effekt åberopas ”vertikalt”? Generaladvokaten utgick från punkt 20 i domen i målet Foster, och fann att denna punkt fastställde det test som hade använts av domstolen i det målet.[97] Han drog slutsatsen att det faktum att Portgás var koncessionshavare med ensamrätt att tillhandahålla en allmännyttig tjänst och upphandlande enhet i den mening som avses i artikel 2 i direktiv 93/38 inte nödvändigtvis innebar att det skulle betraktas som en förlängning av staten och att det ankom på den hänskjutande domstolen att pröva huruvida alla dessa villkor var uppfyllda, eftersom denna ”inte [hade] lämnat tillräckliga uppgifter om Portgás för att det ska kunna avgöras om detta företag vid tidpunkten för de faktiska omständigheterna i tvisten hade särskilda befogenheter och var under offentliga myndigheters tillsyn … i enlighet med den regel som fastställdes i domen i [målet Foster] och det synsätt som domstolen traditionellt tillämpat i liknande mål”.[98] Om emellertid Portgás var en förlängning av staten fanns det inget hinder för att åberopa bestämmelserna i direktiv 93/38 mot detta företag.[99]

72. I domen angav domstolen först att de relevanta bestämmelserna i direktiv 93/38 faktiskt var ovillkorliga och tillräckligt precisa för att ha direkt effekt.[100] Därefter citerade domstolen punkt 20 i domen i målet Foster, såsom denna återspeglats i domen i målet Collino och Chiappero (punkt 23), domen i målet Rieser Internationale Transporte (punkt 24), domen i målet Farrell I (punkt 40) och domen i målet Dominguez (punkt 39).[101] Utifrån denna rättspraxis kunde domstolen fastställa att ”även om en enskild ingår i den personkrets som omfattas av tillämpningsområdet för ett direktiv kan … direktivet i sig inte åberopas gentemot [dem] inför de nationella domstolarna” (jag delar denna uppfattning, men skulle vilja påstå att den härrör från domen i målet Faccini Dori,[102] och inte den rättspraxis som angetts).

73. Domstolen angav sedan direkt att ”… den omständigheten att ett privat företag som är koncessionshavare – med ensamrätt – av en allmännyttig tjänst är en enhet som uttryckligen omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 93/38 inte i sig få till följd att bestämmelserna i direktivet ska kunna åberopas gentemot företaget”.[103] I detta avseende ställer jag mig bakom slutsatsen, men på en

97 Se punkt 35 och fotnot 16 i förslaget till avgörande. Det framgår av vad jag redan har sagt att jag anser att det är punkt 18 som är den centrala punkten i domen i målet Foster, och inte punkt 20. I detta sammanhang ska anmärkas att generaladvokaten Wahl citerar förslaget till avgörande av generaladvokaten van Gerven i målet Foster (C-188/89, EU:C:1990:188) som det (enda) stödet för tanken att ”den omständigheten att ett privat företag har fått i uppdrag att tillhandahålla en allmännyttig tjänst i egenskap av koncessionshavare med ensamrätt är inte tillräcklig för att bestämmelser i ett direktiv som inte har införlivats i den nationella rättsordningen ska kunna åberopas mot det. Det måste konstateras att företaget i fråga har särskilda befogenheter och står under en offentlig myndighets tillsyn.” Sedan domstolen i målet Foster inte utnyttjade detta påstående är det svårt att se hur det citerade stödet för saken framåt.

98 Se punkt 45 i förslaget till avgörande. Generaladvokaten Wahl citerade ”bland annat, domen i det ovannämnda målet Collino och Chiappero (punkt 24), det ovannämnda målet Farrell (punkt 41) och det ovannämnda målet Dominguez (punkt 40)” till stöd för vad han beskrev som ”det synsätt som domstolen traditionellt tillämpat”. Det kan vara så, att generaladvokaten med detta menade att ”avgörandet på grundval av de faktiska omständigheterna skulle lämnas till den nationella domstolen” (vilket domstolen också gjort i alla tre mål han hänvisade till). Om han emellertid menade att det finns ett ”traditionellt synsätt” som innebär att det krävs att alla faktorer som räknades upp i punkt 20 i domen i målet Foster kumulativt ska vara uppfyllda för att ett organ ska kunna betraktas som en förlängning av staten, framgår det av vad jag sagt tidigare (i punkterna 43–54) att jag inte kan godta att ett sådant synsätt medvetet och konsekvent har genomförts i domstolens praxis.

99 Se punkterna 62–66 i förslaget till avgörande av generaladvokat Wahl.

100 Se punkterna 19 och 20 i domen.

101 Se min ingående bedömning av vart och ett av dessa mål ovan. De enskilda punkterna som citerades i punkt 24 i domen i målet Portgás citerar punkt 20 i domen i målet Foster (och innehåller uttryck som klart visar att ett organ som uppfyller alla kriterier som har fastställts där ingår bland dem som utgör en ”förlängning av staten”). De citerade målen stöder, enligt mig, inte påståendet att punkt 20 i domen i målet Foster utgör en absolut definition som omfattar alla organ som är en förlängning av staten.

102 Dom av den 14 juli 1994, C-91/92, EU:C:1994:292, punkterna 19–25 (särskilt punkterna 24 och 25).

103 Se punkt 25 i domen.

något annorlunda grund. Det förefaller mig så, att artikel 2 endast definierar det materiella tillämpningsområdet för direktiv 93/38. Den har uppenbart två grenar: Artikel 2.1 a (offentliga myndigheter eller offentliga företag) och artikel 2.1 b (upphandlande enheter som *inte* är offentliga myndigheter eller offentliga företag, men som bedriver någon av de verksamheter som anges i artikel 2.2 och ”vars verksamhet bygger på särskilda rättigheter eller ensamrätt, beviljad av en behörig myndighet i någon av medlemsstaterna”). Jag kan inte se att denna definition av det materiella tillämpningsområdet (som besvarar frågan ”vem måste iaktta direktivet när det väl har genomförts?”) automatiskt besvarar den annorlunda frågan ”om direktivet *inte* har genomförts, kan det då med verkan åberopas mot alla de organ som definierats på så sätt att de omfattas av tillämpningsområdet?”.

74. Därefter angav domstolen att det ”krävs … att den allmännyttiga tjänsten tillhandahålls under statens tillsyn och att företaget har särskilda befogenheter utöver dem som följer av de rättsregler som gäller i förhållanden mellan enskilda” och hänvisade till punkterna 25–27 i domen i målet Rieser Internationale Transporte som stöd för detta påstående. Jag har redan behandlat detta mål.[104] Dessa tre punkter i domen i målet Rieser Internationale Transporte innehöll *tillämpningen* av punkt 20 i domen i målet Foster på de angivna omständigheterna i målet Rieser Internationale Transporte som ledde till slutsatsen (i punkt 28 som inte citerades i domen i målet Portgás) att ”ett sådant organ, oavsett dess rättsliga form, [*ingår*] bland de organ gentemot vilka sådana bestämmelser i ett direktiv som kan ha direkt effekt kan åberopas”.[105] De stöder inte i sig påståendet att alla faktorer som räknades upp i punkt 20 i domen i målet Foster alltid måste vara uppfylla för att ett organ riktigt ska kunna klassificeras som en förlängning av staten.

75. I punkterna 27–30 undersökte domstolen de upplysningar den hade rörande Portgás. Då den inte hade alla nödvändiga upplysningar för att slutligt kunna fastställa huruvida Portgás *utgjorde* en förlängning av staten, överlämnade domstolen åt den nationella domstolen att genomföra den nödvändiga bedömningen (punkt 31, som innehåller en omformulering av punkt 20 i domen i målet Foster).[106] I den andra delen av domen behandlades sedan frågan huruvida staten själv kan åberopa ett icke genomfört direktiv mot en förlängning av staten – en fråga som domstolen, i likhet med generaladvokaten, besvarade jakande.[107]

76. Med största respekt vill jag anföra att femte avdelningen i målet Portgás verkar ha utgått från en ofullständig uppfattning om det test som ska genomföras. Inte heller verkar denna avdelnings uppfattning att alla de faktorer som räknades upp i punkt 20 i domen i målet Foster ska vara uppfyllda ha återspeglats på annan plats i domstolens praxis efter domen i målet Foster.

77. Min slutsats av denna granskning av domstolens praxis efter domen i målet Foster är att domstolen inte nödvändigtvis har beslutat att välja ett restriktivt, kumulativt test för vad som utgör en förlängning av staten inom ramen för vertikal direkt effekt av direktiv. Det är visserligen riktigt att domstolen har tenderat att hänvisa till punkt 20 i domen i målet Foster i större utsträckning än den har hänvisat till punkt 18 i samma dom. Det förefaller dock mig så, att domstolen, i fråga om resultatet, inte strängt har krävt att alla faktorer som nämns där ska vara uppfyllda. Domstolen verkar

104 Se ovan punkterna 61–64.

105 Min kursivering.

106 En något modifierad version av denna omformulering återkommer sedan i domslutets andra punkt. Med avseende på aspekten ”särskilda befogenheter” i testet, se vidare nedan punkt 130 och följande punkter.

107 Sedan dess har akademiker funderat över huruvida detta sistnämnda problem verkligen inte har något samband med frågan om direktivets (horisontella eller vertikala) direkta effekt, såsom både generaladvokaten och domstolen verkade anföra (genom att i stället betona medlemsstatens skyldighet att säkerställa att ett direktiv uppfylls). Se, exempelvis, Albors-Llorens, Albertina, ”*The direct effect of EU Directives: fresh controversy or a storm in a tea-cup? Comment on Portgás*” i (2014) *EL.Rev* s. 851.

snarare, på samma sätt som i målet Foster, ha gett slutlig, särskild vägledning till den nationella domstolen i de fall den ansett att den hade tillräckliga upplysningar för att göra detta (framför allt i domen i målet Rieser Internationale Transport). I övriga fall har domstolen överlämnat åt den nationella domstolen att fastställa huruvida testet är uppfyllt. [108]

78. Även om jag har fel i denna uppfattning har domstolen, med tanke på att frågan hur en förlängning av staten ska definieras inom ramen för vertikal direkt effekt av direktiv nu är föremål för prövning i stora avdelningen, möjlighet i förevarande mål att tillhandahålla de klargöranden som kan behövas.

Inspiration från andra områden inom unionsrätten

79. Här vill jag stanna upp och undersöka huruvida det går att finna vägledning på tre andra områden inom unionsrätten, nämligen statligt stöd, reglerna angående tillhandahållande av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse och offentlig upphandling, där domstolen redan har undersökt frågor som begreppsmässigt inte ligger alltför långt ifrån problemet i förevarande mål som avser hur testet i domen i målet Foster ska förfinas för att fastställa vad som utgör en förlängning av staten inom ramen för vertikal direkt effekt av direktiv. På alla dessa områden inom unionsrätten ingår ett element med offentlig befogenhet och tillhandahållande av tjänster mot ersättning och på alla dessa områden ingår staten förbindelser med olika typer av organ eller företag. Jag vill inte göra gällande att några av de uppsättningar regler som tillämpas på dessa områden i unionsrätten kan överföras automatiskt eller som helhet på förevarande situation. De kan dock bidra till att ge vägledning om vilka kriterier som bör antas för att dra gränsen mellan ”staten och dess förlängningar” samt ”enskilda”.

– *Statligt stöd (artikel 107 FEUF)*

80. Det är ofta nödvändigt att bedöma huruvida en åtgärd utgör statligt stöd i den mening som avses i artikel 107 FEUF. I detta sammanhang används testet huruvida en viss åtgärd till förmån för ett företag ”härleds från staten” för att fastställa huruvida en åtgärd ska anses utgöra ”stöd som ges av en medlemsstat eller med hjälp av statliga medel”. För att det ska vara fråga om statligt stöd ska en åtgärd, å ena sidan, kunna tillskrivas staten och, å andra sidan, ha beviljats genom statliga medel.

81. När en offentlig myndighet beviljar en förmån till en mottagare kan åtgärden per definition tillskrivas staten, även om myndigheten i fråga är rättsligt oberoende i förhållande till andra offentliga myndigheter. [109] Det följer av fast rättspraxis att det inte finns anledning att göra åtskillnad mellan fall där stödet ges direkt av staten och fall där det ges av offentliga eller privata organ som staten inrättat eller utsett för att administrera stödet. [110] Detsamma gäller när en offentlig myndighet utser ett offentligt eller privat organ för att administrera en åtgärd som innebär en förmån. Det kan nämligen inte enligt unionsrätten vara tillåtet att genom att helt enkelt skapa självständiga myndigheter med uppgift att distribuera stöd kringgå reglerna om statligt stöd. [111]

108 Se ovan punkterna 58, 60, 65, 66 och 67.

109 Se kommissionens tillkännagivande om begreppet statligt stöd som avses i artikel 107.1 FEUF (nedan kallat kommissionens tillkännagivande om statligt stöd). Detta tillkännagivande ändrades senast i juni 2016 (EUT C 262, 2016, s. 1).

110 Dom av den 16 maj 2002, Frankrike/kommissionen (C-482/99, EU:C:2002:294, punkt 23).

111 Dom av den 16 maj 2002, Frankrike/kommissionen (C-482/99, EU:C:2002:294, punkt 23 och där angiven rättspraxis), och dom av den 20 november 2003, GEMO (C-126/01, EU:C:2003:622, punkt 23). Se vidare dom av den 12 december 1996, Air France/kommissionen (T-358/94, EU:T:1996:194, punkt 62). Se, slutligen, förslag till avgörande av generaladvokaten Kokott i målet UTECA (C-222/07, EU:C:2008:468, punkt 124).

82. När en förmån beviljas genom ett offentligt företag är det inte lika uppenbart att åtgärden ska tillskrivas staten. [112] I sådana fall är det nödvändigt att fastställa huruvida de offentliga myndigheterna kan anses ha varit delaktiga på ett eller annat sätt i dessa åtgärder. Endast det faktum att en åtgärd har vidtagits av ett offentligt företag är inte tillräckligt för åtgärden ska tillskrivas staten. [113] Det krävs emellertid inte att det visas att de offentliga myndigheterna, i ett visst fall, har uppmuntrat det offentliga företaget att vidta de aktuella stödåtgärderna. [114]

83. Med tanke på att det är nödvändigt att det finns ett nära samband mellan staten och offentligägda företag, finns det en verklig risk att staten beviljar stöd via dessa företag på ett föga öppet sätt och med åsidosättande av fördragets bestämmelser om statligt stöd. [115] Vidare är det just på grund av dessa nära relationer mellan staten och det offentligägda företaget i allmänhet mycket svårt för en utomstående att i ett konkret fall bevisa att ett sådant företag faktiskt har vidtagit stödåtgärder på myndigheternas begäran. [116]

84. Av dessa skäl kan det *härledas ur* omständigheterna i det enskilda fallet och det sammanhang i vilket åtgärden vidtagits att en stödåtgärd som vidtagits av ett offentligägt företag kan tillskrivas staten. [117]

85. Med avseende på statliga medel är det normalt endast förmåner som direkt eller indirekt har beviljats ur statliga medel som kan utgöra statligt stöd i den mening som avses i artikel 107.1 FEUF. Det framgår dock av rättspraxis att medel från privata organ också, under vissa omständigheter, kan anses utgöra statliga medel i den mening som avses i artikel 107.1 FEUF. Medlens ursprung saknar relevans, förutsatt att de, innan de överförs till mottagaren, direkt eller indirekt kontrollerades av staten och därför kunde disponeras av de nationella myndigheterna. [118] Det är inte nödvändigt att medlen överförs i den offentliga myndighetens ägande. [119]

86. Innebär detta att när ett företag eller organ erhåller medel från den statliga budgeten och denna finansiering uppfyller villkoren för att betraktas som statligt stöd enligt artikel 107 FEUF, är detta tillräckligt för att en stödmottagare ska kunna betraktas som en förlängning av staten inom ramen vertikal direkt effekt av direktiv? Det anser jag inte. Det förefaller därför mig så, att en privat bank eller kolgruva som mottar stöd för omorganisering inte skulle bli en förlängning av staten i den mening som avses i den rättspraxis som bygger på domen i målet Foster. I andra änden av spektrumet

112 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 16 maj 2002, Frankrike/kommissionen (C-482/99, EU:C:2002:294, punkt 24). En användbar definition av vad som utgör ett offentligt företag finns i kommissionens direktiv 2006/111/EG av den 16 november 2006 om insyn i de finansiella förbindelserna mellan medlemsstater och offentliga företag samt i vissa företags ekonomiska verksamhet (EUT L 318, 2006, s.17). I artikel 2 b i detta direktiv anges att ”offentliga företag” är ”varje företag, över vilket de offentliga myndigheterna direkt eller indirekt kan utöva ett dominerande inflytande till följd av ägarskap, finansiell medverkan eller gällande regler”.

113 Dom av den 16 maj 2002, Frankrike/kommissionen (C-482/99, EU:C:2002:294, punkt 52). Se även dom av den 26 juni 2008, Air SIJ/kommissionen (T-442/03, EU:T:2008:228, punkterna 93–100).

114 Dom av den 16 maj 2002, Frankrike/kommissionen (C-482/99, EU:C:2002:294, punkt 53). Det är inte heller nödvändigt att styrka att det offentliga företaget, i ett visst fall, skulle ha handlat annorlunda om det hade handlat självständigt, se dom av den 25 juni 2015, SACE och Sace BT/kommissionen (T-305/13, EU:T:2015:435, punkt 48).

115 Dom av den 16 maj 2002, Frankrike/kommissionen (C-482/99, EU:C:2002:294, punkt 53).

116 Dom av den 16 maj 2002, Frankrike/kommissionen (C-482/99, EU:C:2002:294, punkt 54).

117 Dom av den 16 maj 2002, Frankrike/kommissionen (C-482/99, EU:C:2002:294, punkt 55) (min kursivering). De åtgärder som talar för att en åtgärd kan tillskrivas staten räknas upp i punkt 3.1.1 i kommissionens tillkännagivande om statligt stöd. Dessa åtgärder omfattar det offentliga företagets integrering i den offentliga förvaltningen, det faktum att det företag genom vilket stödet beviljades måste ta hänsyn till direktiv som utfärdats av regeringsorgan, arten av det offentliga företagets verksamhet och huruvida det bedriver denna verksamhet på marknaden under normala konkurrensförhållanden i förhållande till privata aktörer.

118 Se, exempelvis, dom av den 17 juli 2008, Essent Netwerk Noord m.fl. (C-206/06, EU:C:2008:413, punkt 70), och dom av den 16 maj 2000, Frankrike/Ladbroke Racing och kommissionen, C-83/98 P, EU:C:2000:248, punkt 50.

119 Se dom av den 12 december 1996, Air France/kommissionen (T-358/94, EU:T:1996:194, punkterna 65–67), angående stöd som beviljades av Caisse des Dépôts et Consignations och finansierades genom frivilliga insättningar från enskilda som när som helst kunde tas ut. Eftersom Caisse des Dépôts et Consignations kunde använda medel från det överskott som uppkom till följd av insättningar som överskred uttag, som om de permanent stod till dess förfogande ansågs dessa utgöra statliga medel. Se även dom av den 16 maj 2000, Frankrike/Ladbroke Racing och kommissionen (C-83/98 P, EU:C:2000:248, punkt 50).

kan jag inte heller se att enbart det faktum att ett företag eller organ får betalt ut statliga medel för leverans varor eller tjänster skulle göra detta företag eller organ till en förlängning av staten. Ett företag som ansvarar för att leverera kontorsmaterial till ett ministerium enligt ett avtal som har tilldelats efter offentlig upphandling skulle därför inte omfattas av definitionen.

– *Tjänster av allmänt ekonomiskt intresse*

87. Företag som har fått i uppdrag att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse i den mening som avses i artikel 106.2 FEU är ”underkastade reglerna i fördragen, särskilt konkurrensreglerna, i den mån tillämpningen av dessa regler inte rättsligt eller i praktiken hindrar att de särskilda uppgifter som tilldelats dem fullgörs”. [120] Så länge företagen kan se till att de omfattas av bestämmelsen, kommer det faktum att de erhåller statliga medel eller beviljas särskilda eller exklusiva rättigheter inte att medföra att arrangemanget betraktas som (förbjudet) statligt stöd. De fyra villkor som avgör huruvida ett visst företag tillhandahåller tjänster av allmänt ekonomiskt intresse definierades i den välkända domen i målet Altmark. [121]

88. Enligt det första villkoret i domen i målet Altmark (det enda av de fyra villkoren som är relevant i förevarande diskussion) krävs att ”det mottagande företaget faktiskt [ska] ha ålagts skyldigheten att tillhandahålla allmännyttiga tjänster, och dessa skyldigheter skall vara klart definierade”. Till detta villkor har tribunalen därefter lagt till två ytterligare krav, nämligen att ”det skall f*öreligga en av en offentlig myndighet vidtagen åtgärd varigenom de aktuella aktörerna har tilldelats* ett uppdrag av allmänt ekonomiskt intresse, och att uppdraget skall vara samhällsomfattande och obligatoriskt till sin karaktär” samt att ”medlemsstaten skall ange skälen till att den anser att den aktuella tjänsten, *på grund av sin särskilda karaktär*, förtjänar att betecknas som en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse och *särskiljas från annan ekonomisk verksamhet*”. [122]

89. Av denna rättspraxis, jämförd med kommissionens praxis rörande företag som menar att de utgör företag som tillhandahåller tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, [123] framgår att sådana tjänster rör *verksamhet som omfattas av statens offentliga uppdrag vilken staten har beslutat av något skäl att uppdra åt en tredjepart*. Om vi tillämpar ett något annorlunda synsätt: medlemsstaternas myndigheter (på nationell, regional eller lokal nivå beroende på fördelningen av behörigheter enligt nationell rätt) klassificerar de tjänster som ska tillhandahållas som tjänster av allmänt ekonomiskt intresse och gör, därför, så att de omfattas av särskilda skyldigheter att tillhandahålla allmänna tjänster. Termen tjänster av allmänt ekonomiskt intresse omfattar såväl ekonomiska tjänster som tillhandahållande av andra tjänster. [124]

90. Den avgörande egenskapen för ett företag som tillhandahåller tjänster av allmänt ekonomiskt intresse är att något tillhandahålls vars tillhandahållande tjänar allmänhetens goda men som inte skulle tillhandahållas (eller endast skulle tillhandahållas under andra förhållanden vad gäller objektiv kvalitet, säkerhet, prisvärdhet, likabehandling eller allmän tillgång) av den fria marknaden i avsaknad

120 Bestämmelsen är också tillämplig på företag ”som har karaktären av fiskala monopol”. Jag anser inte att denna senare kategori är relevant i förevarande diskussion.

121 Dom av den 24 juli 2003, Altmark Trans and Regierungspräsidium Magdeburg, (C-280/00, EU:C:2003:415, punkt 89 och följande punkter) (nedan kallad domen i målet Altmark).

122 Se dom av den 12 februari 2008, BUPA m.fl./kommissionen (T-289/03, EU:T:2008:29, punkt 172) (min kursivering). Se även dom av den 10 december 1991, Merci convenzionali Porto di Genova (C-179/90, EU:C:1991:464, punkt 27).

123 Se arbetsdokument från kommissionens avdelningar av den 29 april 2013 ”Guide to the application of the European Union rules on State aid, public procurement and the internal market to services of general economic interest, and in particular to social services of general interest” (SWD(2013) 53 final/2). Se även meddelande från kommissionen om Europeiska unionens rambestämmelser för statligt stöd i form av ersättning för offentliga tjänster (2011) (EUT C 8, 2011, s. 15).

124 Meddelande från kommissionen till Europaparlamentet, rådet, Europeiska ekonomiska sociala kommittén samt regionkommittén ”*En kvalitetsram för tjänster av allmänt intresse i Europa*” KOM(2011)900 slutlig, s. 3.

av offentlig intervention (det så kallade marknadsmisslyckandetestet).[125] Ett uppenbart exempel skulle vara att driva ett apotek i en glesbefolkad landsbygd. Domstolen har därför fastställt att tjänster av allmänt ekonomiskt intresse är tjänster av särskild karaktär i jämförelse med annan ekonomisk verksamhet.[126] Enligt fast rättspraxis har de offentliga myndigheterna i medlemsstaterna ett betydligt utrymme för skönsmässig bedömning när det kommer till att fastställa vad de anser utgör tjänster av allmänt ekonomiskt intresse och kommissionen kan endast ifrågasätta medlemsstaternas definition av sådana tjänster om det förekommit ett uppenbart fel.[127] Det är värt att anmärka (men föga förvånande) att omfattningen av och strukturen för tjänster av allmänt ekonomiskt intresse skiljer sig avsevärt mellan olika medlemsstater, beroende på medlemsstatens historia och kultur i frågan om statlig intervention. Tjänster av allmänt ekonomiskt intresse är därför mycket varierande. Användarnas behov och intressen skiljer sig åt beroende på den geografiska, sociala och kulturella omgivningen. Det är därför (förnuftigt nog) upp till de offentliga myndigheterna i varje medlemsstat att fastställa egenskaperna för och omfattningen av vad de klassificerar som tjänster av allmänt intresse.

91. Att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse kräver att leverantören godkänner vissa begränsningar eller särskilda uppgifter som inte skulle vara tillämpliga om företaget skulle tillhandahålla liknande tjänster kommersiellt. En ej uttömmande uppräkning av dessa kan exempelvis omfatta att tillhandahålla tjänsterna generellt till alla som efterfrågar dem (snarare än att ha frihet att välja sina kunder), att alltid behöva tillhandahålla tjänsterna (snarare än att ha frihet att välja om, när och var de ska tillhandahållas) och att vara tvungen att tillhandahålla tjänsterna oavsett som det är affärsmässigt att tillhandahålla en tjänst till en viss kund eller under vissa omständigheter. I gengäld erhåller den som tillhandahåller tjänster av allmänt ekonomiskt intresse normalt någon form av exklusiva rättigheter och betalning från staten på en högre nivå än leverantören skulle ha erhållit under de normala marknadsförutsättningarna för den tjänst som tillhandahålls.

92. Den som tillhandahåller tjänster av allmänt ekonomiskt intresse kan också i vissa fall komma att tilldelas särskilda befogenheter i den mening som avses i den rättspraxis som bygger på domen i målet Foster (exempelvis befogenheten att tillämpa tvångsåtgärder mot enskilda) *men detta är inte alltid fallet*. Jag återkommer till denna viktiga fråga nedan.[128]

125 Ibidem, s. 3. Se även Meddelande från kommissionen – Tjänster i allmänhetens intresse i Europa (EGT C 17, 2001, s. 4), punkt 14, vari anges att ”[i] fall då myndigheterna bedömer att en viss tjänst ligger i allmänhetens intresse och att marknadskrafterna inte förväntas leda till att denna tjänst tillhandahålls på ett tillfredsställande sätt, kan de emellertid fastställa en rad kriterier för hur dessa behov skall uppfyllas och låta tjänsten omfattas av en förpliktelse”. Se, mer särskilt, inom ramen för statligt stöd på marknaden för bredbandsnät, meddelande från kommissionen om EU:s riktlinjer för tillämpning av reglerna för statligt stöd på snabb utbyggnad av bredbandsnät (EUT C 25, 2013, s. 1), punkt 20, vari anges att ”kommissionen [anser] att när det gäller områden där privata investerare redan har finansierat bredbandsinfrastruktur (eller håller på att ytterligare utvidga nätet) och redan tillhandahåller konkurrenskraftiga bredbandstjänster med tillräcklig täckning, kan utbyggnaden av parallell konkurrerande och offentligt finansierad bredbandsinfrastruktur inte anses utgöra en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse i den mening som avses i artikel 106.2 i EUF-fördraget”. Se även dom av den 16 september 2013, Colt Télécommunications France/kommissionen (T-79/10, ej publicerad, EU:T:2013:463, punkt 154), där tribunalen fann att ”förekomsten av ett marknadsmisslyckande är en förutsättning för att klassificera en verksamhet som [en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse]”.

126 Dom av den 10 december 1991, Merci convenzionali porto di Genova (C-179/90, EU:C:1991:464), punkt 27, dom av den 17 juli 1997, GT-Link (C-242/95, EU:C:1997:376, punkt 53), och dom av den 18 juni 1998, Corsica Ferries France (C-266/96, EU:C:1998:306, punkt 45).

127 Se, exempelvis, förslag till avgörande av generaladvokaten Tizzano i målet Ferring (C-53/00, EU:C:2001:253, punkt 51). Se även dom av den 15 juni 2005, Olsen/kommissionen (T-17/02, EU:T:2005:218, punkt 216 och där angiven rättspraxis), samt vidare meddelande från kommissionen om tillämpningen av Europeiska unionens regler om statligt stöd på ersättning för tillhandahållande av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse (EUT C 8, 2012, s. 4), punkt 46.

128 Se nedan punkt 129 och följande punkter.

– *Offentlig upphandling*

93. I unionens lagstiftning om offentlig upphandling sammanfaller begreppet ”staten” och dess förlängningar med begreppet ”upphandlande myndighet”. Detta avgör i sin tur huruvida ett avtal ska tilldelas enligt reglerna om offentlig upphandling eller kan tilldelas enligt en annan ordning. [129]

94. I artikel 2.1 i direktiv 2014/24/EU definieras ”upphandlande myndigheter” som ”statliga, regionala eller lokala myndigheter, offentligrättsliga organ eller sammanslutningar av en eller flera sådana myndigheter eller ett eller flera sådana organ”. Enligt artikel 2.1.4 avses med ”offentligrättsliga organ”, ”varje organ som har samtliga följande egenskaper: a) De har särskilt inrättats för att *tillgodose behov i det allmännas intresse, utan industriell eller kommersiell karaktär*. b) De är *juridiska personer*. c) De *finansieras till största delen av statliga*, regionala eller lokala myndigheter, eller av andra offentligrättsliga organ, *eller står under administrativ tillsyn av sådana myndigheter eller organ*; eller de har *ett förvaltnings-, lednings- eller kontrollorgan* där mer än hälften av ledamöterna utses av staten, regionala eller lokala myndigheter, eller av andra offentligrättsliga organ”. [130]

95. Dessa kumulativa villkor [131] avser inte bara organets *rättsliga ställning* (juridisk person) och dess *strukturella koppling* till staten (genom finansiering eller kontroll), utan även den upphandlande myndighetens allmänna uppdrag (tillgodose behov i det allmänna intresset, att inte ha industriell eller kommersiell karaktär).

96. Vid första påseende kan denna definition förefalla mer begränsad än det klassiska testet i domen i målet Foster. I praktiken har dock domstolen tolkat den extensivt och med hänsyn till de särskilda omständigheterna i varje enskilt fall.

97. I domen i målet University of Cambridge fann domstolen således att ”[ä]ven om ett visst organs finansiering kan avslöja att detta organ är nära knutet till en upphandlande myndighet kan det ändå konstateras att detta kriterium inte har en oinskränkt räckvidd. De utbetalningar som görs av en upphandlande myndighet får inte alla till följd att det skapas ett särskilt underordnande- eller beroendeförhållande eller att ett sådant förhållande fördjupas. Endast sådana bidrag som genom ett ekonomiskt stöd utan särskild motprestation finansierar eller stöder det berörda organets verksamhet kan anses som ’offentlig finansiering’”. [132] Därav framgick att uttrycket ”’finansieras av [en eller flera upphandlande myndigheter]’ i artikel 1 b andra stycket tredje strecksatsen i direktiven 92/50, 93/36 och 93/37 skall tolkas så, att det omfattar bidrag och stipendier som betalas av en eller flera upphandlande myndigheter för att främja forskningsarbete samt studentstipendier för namngivna studenters undervisningsavgifter som de lokala utbildningsmyndigheterna betalar till universiteten. Utbetalningar som gjorts av en eller flera upphandlande myndigheter, antingen för forskningsarbeten inom ramen för ett avtal om tillhandahållande av tjänster eller som ersättning för andra utförda tjänster, såsom konsultuppdrag eller organiserande av konferenser, utgör däremot inte offentlig finansiering i den mening som avses i nämnda direktiv”. [133]

129 Se artikel 1.1 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (EUT L 94, 2014, s. 65). I artikel 1.4 betonas att ”[d]etta direktiv påverkar inte medlemsstaternas frihet att i enlighet med unionsrätten definiera vad de anser vara tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, hur dessa tjänster bör organiseras och finansieras i enlighet med bestämmelserna om statligt stöd samt vilka särskilda krav de bör underställas. Detta direktiv påverkar inte heller myndigheters beslut om huruvida, hur och i vilken omfattning de önskar utöva offentliga funktioner själva, i enlighet med artikel 14 i EUF-fördraget och protokoll nr 26”.

130 Min kursivering.

131 Domstolen fastställde att tre av dessa villkor var kumulativa i dom av den 15 januari 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl. (C-44/96, EU:C:1998:4, punkt 21). Se, vidare, dom av den 16 oktober 2003, kommissionen/Spanien (C-283/00, EU:C:2003:544, punkt 69).

132 Dom av den 3 oktober 2000, University of Cambridge (C-380/98, EU:C:2000:529, punkt 21).

133 Dom av den 3 oktober 2000, University of Cambridge (C-380/98, EU:C:2000:529, punkt 26). Domstolen angav därefter att ”[k]valificeringen av ett sådant organ som universitetet som ’upphandlande myndighet’ skall således göras på årsbasis. Det budgetår under vilket ett visst upphandlingsförfarande påbörjas måste anses vara den lämpligaste perioden för att beräkna finansieringen av detta organ” (punkterna 40 och 41).

98. I domen i målet Mannesmann Anlagenbau fann domstolen att en sådan enhet som Österreichische Staatsdruckerei (Österrikes offentliga tryckeri), vars verksamhet bestod i tryckning med rotationspressar, så kallade heatsets, vilken hade inrättats enligt lag och bedrev verksamhet som hade allmänt intresse, men också av kommersiell karaktär, skulle betraktas som ett organ som lyder under offentlig rätt och följaktligen som en upphandlande myndighet. Detta betydde att de upphandlingskontrakt för byggentreprenader, oavsett slag, som tilldelades av denna enhet skulle betraktas som offentliga upphandlingskontrakt för byggentreprenader.[134] I huvudsak fann domstolen att från det ögonblick då ett organ utövar en del av sina uppgifter i allmänhetens intresse omfattas organet av tillämpningsområdet för direktivet om offentlig upphandling i fråga om samtliga upphandlingar.

99. I domen i målet Adolf Truley betonade domstolen att begreppet ”allmänna intressen” skulle ges en självständig och enhetlig tolkning inom hela gemenskapen och skulle tolkas med hänsyn till direktivets sammanhang och syfte.[135] Domstolen utvecklade sin uppfattning ytterligare i domen i målet kommissionen/Spanien och angav att ”förekomsten eller frånvaron av allmänna intressen som inte har industriell eller kommersiell karaktär skall bedömas med hänsyn till samtliga relevanta faktiska och rättsliga omständigheter, såsom de omständigheter som var aktuella vid bildandet av det berörda organet och på vilka villkor som organet utövar sin verksamhet, inklusive bland annat huruvida det saknas konkurrens på marknaden, huruvida det saknas ett huvudsakligt vinstsyfte, huruvida organet inte står risken för den verksamhet som utövas liksom huruvida den aktuella verksamheten åtnjuter offentlig finansiering”.[136]

100. I allmänhet är allmännyttiga behov, vilka är avgörande för att fastställa huruvida ett organ har ett offentligt uppdrag, behov ”som dels tillgodoses på annat sätt än genom utbud av varor eller tjänster på marknaden, dels … behov som staten, av skäl som har samband med allmänintresset, väljer att själv tillgodose eller som den avser att fortsätta att ha ett avgörande inflytande på”.[137]

101. Här kan det vara lämpligt att stanna upp för ett ögonblick för att granska läget och ställa några frågor. Ska alla organ eller företag som har tilldelats ett offentligt uppdrag som uppfyller det första villkoret i domen i målet Altmark, eller som har utsetts att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, anses utgöra en förlängning av staten? Om svaret på någon del av denna fråga är ”ja” (oavsett, kan det påstås, om detta är ett tillräckligt, eller bara ett nödvändigt, krav för att omfattas av denna definition), bör då det ytterligare villkoret ställas att ett offentligt uppdrag klart ska definierats som ett sådant i relevanta lagregler eller myndighetsbestämmelser? Ett sådant ytterligare villkor kan utgöra ett viktigt bidrag till att öka rättssäkerheten, både för organet eller företaget i fråga och för den enskilde som önskar åberopa principen om vertikal direkt effekt av direktiv. Vidare, när ett organ, med avseende på viss verksamhet den utövar, betraktas som en förlängning av staten, ska detta organ då betraktas som en förlängning av staten i fråga om all verksamhet den utövar eller är det en alltför vidsträckt princip?

102. Två exempel kan i detta läge användas för att betona de praktiska problem som uppkommer när testet i domen i målet Foster tillämpas enligt nuvarande formulering.

103. I mitt första exempel är X ett företag som tillhandahåller säkerhetstjänster. X har två kontrakt. Ett är med en stor privat advokatbyrå som önskar säkerställa att den har lämpliga säkerhetsanordningar på plats för sina lokaler. Det andra kontraktet har ingåtts med staten, som har ”lagt ut” vissa fångvaktaruppgifter på ett fängelse med medelhög säkerhet på entreprenad. Objektivt sett är de

134 Dom av den 15 januari 1998, Mannesman Anlagenbau Austria m.fl. (C-44/96, EU:C:1998:4, punkt 35).

135 Dom av den 27 februari 2003, Adolf Truley (C-373/00, EU:C:2003:110, punkterna 33–40).

136 Dom av den 16 oktober 2003, kommissionen/Spanien (C-283/00, EU:C:2003:544, punkt 81).

137 Dom av den 10 maj 2001, Agorà and Excelsior (C-223/99 och C-260/99, EU:C:2001:259, punkt 37).

faktiska tjänster som utövas i de två exemplen i stort sett identiska. Det första kontraktet är ett normalt privaträttsligt avtal mellan två privata subjekt. Det andra avtalet kräver att X utövar ett offentligt uppdrag som har tilldelats av staten. X utövar, genom delegation, statens egen behörighet och har därför särskilda befogenheter (framför allt befogenheten att hålla någon fängslad).

104. I mitt andra exempel är Y ett företag som tillhandahåller färjetjänster. Y driver två färjelinjer. Den ena är en populär linje med många potentiella kunder, både vad avser godstransport och passagerartransport. Två andra företag konkurrerar med Y på denna linje men det finns fortfarande lönsamma möjligheter och Y kan, beroende på efterfrågan, välja hur tät färjetrafik företaget ska tillhandahålla. Linjen är en hållbar kommersiell verksamhet. Den andra linjen går mellan fastlandet och en liten, avlägsen ö. Färjan är öns livlina till världen utanför. Färjan drevs tidigare under kommunens direkta kontroll, men den lokala myndigheten har nu satt igång ett upphandlingsförfarande rörande kontraktet i syfte att utse en (enda) leverantör. Linjen är motsatsen till en hållbar kommersiell verksamhet. Den upphandlande myndigheten har angett att färjan ska drivas året runt, i alla väder och oavsett hur många passagerare eller vilka lastvolymer som kommer finnas ombord ett visst fartyg för en viss seglats. Y lämnar in ett anbud och tilldelas kontraktet. När Y utövar sin verksamhet på den första linjen är Y ett vanligt kommersiellt företag. När Y utövar sin verksamhet på den andra linjen utövar Y ett offentligt uppdrag. Färjetjänsterna till ön är uppenbarligen en tjänst i allmänt ekonomiskt intresse. Med de villkor som har föreskrivits av den lokala myndigheten är kontraktet inte särskilt attraktivt i ett rent kommersiellt perspektiv. Även om Y försökte uppnå någon typ av förmånlig behandling, exklusivitet eller särskilda befogenheter, är sådana aspekter inte nödvändiga för att utöva tjänster av allmänt ekonomiskt intresse och kanske därför inte beviljades.

105. Det framgår av dessa två exempel att samma organ, beroende på de särskilda omständigheterna i varje enskilt fall, kan vara en förlängning av staten avseende vissa av sina aktiviteter och inte en förlängning av staten avseende andra aktiviteter. Det är viktigt att betona att denna avgränsning *inte* görs på grundval av den *egenskap* som organet agerar i. Det framgår av domarna i målen Marshall och Foster att detta saknar relevans, och mycket riktigt agerar både X och Y i samma egenskap i de två situationer jag beskriver i de två exemplen. Tvärtom är den avgörande skillnaden i respektive exempel att organet i den ena situationen agerar rent kommersiellt, medan samma organ har ett offentligt uppdrag i den andra situationen. Det framgår också av dessa exempel att även om X har ”särskilda befogenheter” när det utövar ett offentligt uppdrag har Y inte sådana befogenheter.

106. Mot denna bakgrund ska jag nu återgå till den hänskjutande domstolens andra tolkningsfråga.

107. Till att börja med framstår det för mig så, att den centrala grundläggande principen framgår tydligt av fast rättspraxis. Denna princip är att enskilda kan åberopa bestämmelser i direktiv som är precisa och ovillkorliga mot en medlemsstat, oavsett i vilken egenskap staten agerar, eftersom ”det är angeläget att staten hindras från att dra nytta av sin underlåtenhet att följa [unionsrätten]”. [138]

108. Vidare ska anmärkas (kanske uppenbart) att det ofta kostar att tilldela enskilda rättigheter. För att bara ta ett exempel innebär skyddet för anställningsrättigheter att en arbetsgivare måste behålla arbetstagaren i fråga eller betala ersättning för brott mot anställningsavtalet.

138 Se, bland annat, dom av den 15 februari 1986, Marshall (C-152/84, EU:C:1986:84, punkt 49), dom av den 12 juli 1990, Foster (C-188/89, EU:C:1990:313, punkt 17), och dom av den 14 september 2000, Collino och Chiappero (C-343/98, EU:C:2000:441, punkt 23). I punkt 30 i sitt förslag till avgörande av den 18 september 2013 i målet Portgás (C-425/12, EU:C:2013:623), angav generaladvokaten Wahl (genom att citera domen i målet Marshall, punkt 47) att ”…erkännandet av direktivens direkta effekt grundar sig på två kompletterande mål: nödvändigheten att effektivt garantera de rättigheter för enskilda som följer av dessa rättsakter och ett behov av att vidta sanktioner mot nationella myndigheter som underlåter att respektera deras bindande verkan och inte säkerställer en effektiv tillämpning av dem”. Jag delar helt och hållet den första delen av detta uttalande. I den utsträckning som inte bara efterföljande avgöranden, utan även domen i målet Marshall självt, fastställer att organ som över huvud taget inte hade något att göra med (och inte hade någon möjlighet att påverka) statens underlåtelse att genomföra direktivet fortfarande ska iaktta bestämmelser i detta direktiv som har direkt effekt enligt principen om vertikal direkt effekt om de ska betraktas som en förlängning av staten, måste jag dock erkänna att jag inte helt kan ställa mig bakom den andra delen av detta uttalande.

109. Därefter måste principen om vad som utgör en förlängning av staten, med avseende på vertikal direkt effekt, vara ett självständigt begrepp i unionsrätten. Begreppet reglerar direkt vem som kan, och inte kan, åberopa rättigheter med direkt effekt i ett direktiv som inte har införlivats i rätt tid av medlemsstaten. Det grundläggande kravet att unionsrätten ska tillämpas enhetligt i hela unionen [139] hindrar att en definition antas vars tillämpningsområde varierar beroende på de definitioner som ingår i de olika nationella rättssystemen för vad som utgör ”offentliga tjänster” eller ”särskilda befogenheter” eller för vad som ska klassificeras som ”staten” enligt nationell grundlag.

110. Dessutom är det just på grund av skillnaderna i nationella termer och definitioner som definitionen enligt unionsrätten av vad som utgör en förlängning av staten måste formuleras i abstrakta termer.

111. Slutligen är det mycket som har ändrats sedan domstolen meddelade sitt avgörande i målet Foster 1990. Många medlemsstater har betydligt ökat de antal uppdrag de inte längre utför ”internt”. Egenskaperna hos de enheter som de överför dessa uppdrag på har också blivit mer varierade. Även om förfarandet att privatisera statliga tillgångar och, i samband med detta, de uppgifter som tidigare ankom på staten (vilket var fallet i målet Marshall) inte på något sätt har upphört, är det nu lika möjligt att dessa uppgifter överförs till ”offentlig-privat samverkan” genom att läggas ut på entreprenad eller genom koncession.

112. Låt oss börja med att klargöra vad som *saknar* betydelse för denna definition.

113. Inledningsvis framgår det av domen i målet Foster och efterföljande rättspraxis (framför allt domen i målet Rieser Internationale Transporte och domen i målet Sozialhilfeverband Rohrbach) att motpartens rättsliga ställning saknar relevans. [140]

114. Vidare framgår det att ”staten” inte måste ha en ställning där den utövar löpande kontroll eller styrning av organets verksamhet. [141] I detta avseende verkar hänvisningen i det tidigare testet till att organet ska stå ”under statens tillsyn” nu vara överspelad.

115. Det framgår också klart att organet, *om* det ägs eller kontrolleras av staten, kommer att betraktas som en förlängning av staten. [142] Det förefaller mig helt legitimt. Staten är därmed skyldig att betala för att iaktta de rättigheter som tillförsäkras genom ett direktiv som den skulle ha genomfört i nationell rätt.

116. På liknande sätt utgör alla delar av ”statsapparaten” – kommunala, regionala eller lokala myndigheter och liknande – nästan självklart en förlängning av staten. Strukturellt sett kan dessa helt enkelt ses som en del av staten – därmed bör de också behandlas på detta sätt utan vidare utredning. [143]

117. Jag anser att även hänvisningen till ”underställda staten” i det tidigare testet inte kräver någon ytterligare förklaring i detta läge. För mig framgår det klart av domstolens praxis efter domen i målet Foster att detta uttryck ska betraktas så, att staten har skapat de omständigheter och ordningar som gör att organet kan agera.

139 Se, exempelvis, dom av den 21 maj 1985, Schul Douane-Expediteur (47/84, EU:C:1985:216, punkt 17), dom av den 3 juli 2012, UsedSoft (C-128/11, EU:C:2012:407, punkt 40), dom av den 9 november 2016, Wathelet (C-149/15, EU:C:2016:840, punkt 29), och dom av den 2 mars 2017, J.D. (C-4/16, EU:C:2017:153, punkt 24).

140 Se, särskilt, punkterna 35, 49 och 64 ovan.

141 Se ovan punkt 65.

142 Se ovan punkt 68.

143 Det framgick redan av den rättspraxis som föregick domen i målet Foster, som citerades i punkt 19 i domen i målet Foster, att vissa organ som strukturellt utgjorde en del av staten skulle betraktas som staten själv, bland annat skattemyndigheter (dom av den 19 januari 1982, Becker, 8/81, EU:C:1982:7, och dom av den 22 februari 1990, Busseni, C-221/88, EU:C:1990:84), och lokala eller regionala myndigheter (dom av den 22 juni 1989, Costanzo, 103/88, EU:C:1989:256).

118. Slutligen saknar frågan rörande finansiering relevans. Det är inte nödvändigt att ett organ finansieras av staten för att det ska kunna vara en förlängning av den. [144]

119. De övriga centrala faktorerna i det paket som tillsammans utgör testet för att fastställa huruvida ett organ är, eller inte är, en förlängning av staten inom ramen för direktivens vertikala direkta effekt närmar sig frågan från ett funktionellt perspektiv (”utövar organet i fråga funktioner som i någon bemärkelse är ’statslika’?”). [145] Enligt min uppfattning är dessa faktorer – åtminstone i den utsträckning som avser de test som angavs i domen i målet Foster och efterföljande rättspraxis – följande: i) huruvida staten har uppdragit åt organet i fråga att utöva ett offentligt uppdrag som staten annars hade kunde välja att utföra själv, och ii) huruvida staten har gett detta organ någon form av ytterligare befogenheter som gör att det kan uppfylla uppgiften på ett ändamålsenligt sätt (detta är bara ett annat sätt att säga ”särskilda befogenheter utöver dem som följer av de rättsregler som gäller i förhållandet mellan enskilda”). Den första omfattar många olika typer av offentliga uppdrag, från att driva sjukhus och utbildningsinstitutioner till att upprätthålla fängelser och att ombesörja centrala tjänster i avlägsna delar av ett land. Den andra är ofta en naturlig följd av att organet tilldelas det offentliga uppdraget.

120. Jag vill därför föreslå att domstolen, som svar på den andra frågan, ska fastställa att den nationella domstolen, vid bedömningen av om en viss svarande är en förlängning av staten inom ramen för vertikal direkt effekt av direktiv, ska beakta följande kriterier:

1) Det berörda organets rättsliga form saknar relevans.

2) Det krävs inte att ”staten” har en ställning där den utövar löpande kontroll eller styrning av organets verksamhet.

3) Om staten äger eller kontrollerar organet i fråga ska detta organ anses vara en förlängning av staten, utan att det är nödvändigt att kontrollera huruvida andra kriterier är uppfyllda.

4) Alla kommunala, regionala eller lokala myndigheter eller likställda organ ska automatiskt betraktas som en förlängning av staten.

5) Det krävs inte att organet i fråga finansieras av staten.

6) Om staten har uppdragit åt organet i fråga att utöva ett offentligt uppdrag som staten annars hade kunnat välja att utföra själv och om staten har gett detta organ någon form av ytterligare befogenheter som gör att det kan uppfylla uppgiften på ett ändamålsenligt sätt, ska organet i fråga under alla omständigheter betraktas som en förlängning av staten.

När den nationella domstolen genomför denna prövning, ska den beakta den bakomliggande, grundläggande principen att enskilda kan åberopa bestämmelser i direktiv som är precisa och ovillkorliga mot en medlemsstat, oavsett i vilken egenskap staten agerar, eftersom det är angeläget att staten hindras från att dra nytta av sin underlåtenhet att följa unionsrätten.

121. Jag ska nedan under mitt svar på den tredje frågan behandla huruvida det är *nödvändigt*, när uppgiften att utöva en offentlig tjänst har uppdragits åt ett organ med de egenskaper som beskrivs ovan i punkt 120.6, att staten även tilldelar organet ”särskilda befogenheter”.

144 Se ovan punkterna 61 och 62.

145 I punkt 19 i domen i målet Foster, nämnde domstolen två organ som utifrån sin funktion var förlängningar av staten: konstitutionellt oavhängiga myndigheter som har till uppgift att upprätthålla allmän ordning och säkerhet (dom av den 15 maj 1986, Johnston, 222/84, EU:C:1986:206) och offentliga myndigheter som ansvarar för hälsovård (dom av den 26 februari 1986, Marshall, 152/84, EU:C:1986:84).

Den tredje frågan

122. Den hänskjutande domstolen har ställt den tredje frågan för att få klarhet i huruvida den omständigheten att en medlemsstat har gett ett organ (såsom MIBI) att stort mått av ansvar för det påstådda syftet att fullgöra skyldigheter enligt unionsrätten räcker för att organet ska klassificeras som en förlängning av staten inom ramen för vertikal direkt effekt. Eller krävs det, för att enskilda mot organet ska kunna åberopa en bestämmelse i ett direktiv som har direkt effekt, att organ ska ha beviljats i) särskilda befogenheter eller ii) verkar under medlemsstatens direkta kontroll eller övervakning?

123. Jag vill inledningsvis påpeka att direktiv kommer i alla former och storlekar. Vissa av dem – såsom olika arbetsmarknadsdirektiv – skapar rättigheter och ålägger generella skyldigheter för alla anställda och arbetsgivare, endast med vissa begränsade undantag.[146] I andra anges de parametrar inom vilka vissa rättigheter som härleds från unionsrätten ska utövas[147] eller hur vissa delar av ekonomin ska regleras.[148] Ytterligare andra kräver att medlemsstaterna ska tilldela ett särskilt organ vissa uppgifter som ska utföras till följd av skyldigheter som har skapats och rättigheter som har tilldelats enligt direktivet.

124. Det är det som är fallet här. Det framgår att skyldigheten att säkerställa att förare var försäkrade för den risk som låg till grund för Elaine Farrells skada återfinns direkt i unionsrätten, nämligen i artikel 1 i tredje direktivet om motorfordonsförsäkring. Enligt artikel 1.4 första stycket i andra direktivet om motorfordonsförsäkring var medlemsstaterna tidigare tvungna att inrätta en mekanism för att hantera risken att en förare som inte var försäkrad för en risk som denne hade en obligatorisk skyldighet att försäkra sig för skulle orsaka en olycka. Sammantaget innebar dessa två skyldigheter att Irland var tvungen att säkerställa att en förares ansvar gentemot en passagerare i Elaine Farrells ställning skulle uppfyllas antingen av förarens egen försäkringsgivare eller (om föraren inte kunde identifieras eller var oförsäkrad) av det organ som av Irland hade fått uppdraget att uppfylla sådana anspråk.

125. Som medlemsstat kunde Irland ha valt mellan olika sätt att genomföra denna sistnämnda skyldighet. Således kunde Irland ha gjort en gren av staten i sig (såsom transportministeriet) ansvarigt för att uppfylla anspråk från skadelidande för skador som orsakats av oförsäkrade förare. Irland kunde också ha inrättat en ny, särskild offentligrättslig enhet och tilldelat denna detta ansvar. Eller så kunde Irland ha gjort vad den faktiskt gjorde, nämligen ta ett befintligt privaträttsligt organ med relevanta liknande skyldigheter och överföra de nya, ytterligare uppgifterna som följde av artikel 1 i tredje direktivet om motorfordonsförsäkringar på detta organ.

126. Vidare är detta – som kommissionen mycket riktigt har angett – ett ovanligt fall såtillvida att det i själva syftet med MIBI just ingår att hantera anspråk från skadelidande i olyckor där föraren är oförsäkrad. Det är i detta *särskilda sammanhang* som frågan uppkommer huruvida MIBI *också* är skyldigt att uppfylla detta särskilda anspråk, trots att Irland vid tidpunkten inte hade genomfört alla sina skyldigheter enligt unionsrätten på rätt sätt i nationell rätt och inte (ännu) hade utsett MIBI att betala denna särskilda ersättning. I detta avseende skiljer sig förevarande mål från situationer av det

146 Se, exempelvis, Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/73/EG av den 23 september 2002 om ändring av rådets direktiv 76/207/EEG om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor (EGT L 269, 2002, s. 15).

147 Se, exempelvis direktivet om erkännande av yrkeskvalifikationer (Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/36/EG av den 7 september 2005 om erkännande av yrkeskvalifikationer (EUT L 255, 2005, s. 22)), i ändrad lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2013/55/EG av den 20 november 2013 om ändring av direktiv 2005/36 och förordning (EU) nr 1024/2012 om administrativt samarbete genom informationssystemet för den inre marknaden (nedan kallad IMI-förordningen) (EUT L 354, 2013, s. 13). Allmän information om hanteringen av systemet med ömsesidigt erkännande finns på http://ec.europa.eu/growth/single-market/services/free-movement-professionals_en.

148 Se, exempelvis, Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/21/EG av den 7 mars 2002 om ett gemensamt regelverk för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster (EGT L 108, 2002, s. 33), i ändrad lydelse enligt förordning (EG) nr 544/2009 och direktiv 2009/140/EG.

slag som ledde till domen i målet Marshall,[149] där motparten, *av andra skäl, i ett helt annat sammanhang*, ansågs utgöra en förlängning av staten och därför ansågs skyldig att ge verkan åt de arbetsrättsliga bestämmelser med direkt effekt som M.H. Marshall hade enligt artikel 5.1 i direktiv 76/207. Här är den rättighet med direkt effekt som Elaine Farrell önskar åberopa (ersättning för skador hon ådragit sig som passagerare i ett motorfordon) enligt artikel 1 i tredje direktivet om motorfordonsförsäkring just den typ av rättighet som Irland redan hade uppdragit åt MIBI att ansvara för när föraren inte kunde identifieras eller var oförsäkrad.

127. Den tredje frågan är dock den fråga som har generell betydelse för tillämpningen av unionsrätten i hela unionen. Jag vill därför uppmuntra stora avdelningen att inte besvara frågan smalt (exempelvis med hänvisning till omständigheten att alla bilförsäkringsföretag i Irland måste vara medlemmar i MIBI, vilket kan betraktas som en variant av ämnet särskilda befogenheter[150] utan i stället behandla den (centrala) principfråga som den hänskjutande domstolen har ställt.

128. Såsom jag antydde i mitt svar på den andra frågan, skulle det räcka att medlemsstaten beviljar särskilda befogenheter eller utövar direkt kontroll eller tillsyn för att ett aktuellt organ ska betraktas som en förlängning av staten. Den hänskjutande domstolen har ställt den tredje frågan för att få klarhet i huruvida någon av dessa faktorer utgör en nödvändig del av den bakomliggande ekvationen. Om det inte är fallet, räcker det att organet i fråga har uppdragits skyldigheten att fullgöra uppgifter som annars skulle ha utförts av medlemsstaten själv?

129. I detta sammanhang blir begreppet ”särskilda befogenheter” speciellt relevant. För att förstå vilken funktion detta begrepp spelar är det värt att återvända till domen i målet Foster.

130. Som jag nämnde ovan i punkt 52, var domstolens avsikt i det målet inte att föreskriva ett uttömmande och permanent test. Det är snarare så, att domstolen konstruerade en formel utifrån existerande rättspraxis.

131. Domstolen angav således i punkt 18 i domen i målet Foster att den i en serie mål hade ansett att vertikal direkt effekt kunde uppkomma när organ eller enheter ”var underställda staten, stod under tillsyn av denna *eller* hade särskilda befogenheter”.[151] I punkt 19 räknade domstolen upp fyra mål. Tre av dessa rörde organ (skattemyndigheterna, lokala eller regionala myndigheter och ett offentligt sjukhus) som var underställda staten eller stod under dess tillsyn. De uppfyllde testet på dessa grunder. Medan de två första också kanske skulle ha uppfyllt testet på grundval av de befogenheter som de uppenbarligen hade, är detta inte fallet i fråga om det offentliga sjukhuset. Det fjärde målet (Johnston) rörde en konstitutionellt oavhängig myndighet som ansvarade för att upprätthålla allmän ordning och säkerhet. Den hade, i praktiken, beviljats särskilda befogenheter i detta syfte.

132. Det förefaller mig så, att domstolen, genom att hänvisa till domen i målet Johnston, valde ett mål som uppfyllde det test som domstolen just hade ställt upp, inte på grund av att organet i fråga (såsom var fallet i de andra tre exemplen) var ”underställt staten, eller stod tillsyn av denna”, utan på grund av att de hade ”särskilda befogenheter”. På detta sätt betonade domstolen något som var en avgörande faktor i det särskilda målet.

149 Dom av den 26 februari 1986, 152/84, EU:C:1986:84.

150 Det är också den (något ovanliga) ordningen som gör att MIBI kan förhandla med skadelidande och väcka talan trots att *trots att* MIBI inte har något särskilt avtal eller uppdrag som ger det befogenhet att göra detta. Det ska noteras att det faktum att alla bilförsäkringsföretag måste vara medlemmar i MIBI är en garanti för att samma förutsättningar, konkurrensrättsligt, gäller för alla och att MIBI alltid, i det långa loppet, kommer att kunna täcka sina kostnader om det måste betala ytterligare, oförutsedd ersättning. MIBI kommer bara att höja sina medlemsavgifter, och medlemmarna kommer bara att höja de extra belopp de lägger på enskilda försäkringsavtal de utfärdar i syfte att finansiera sina avgifter till MIBI.

151 Dom av den 12 juli 1990, C-188/89, EU:C:1990:313, punkt 23 (min kursivering).

133. Inom ramen för detta är det intressant att lägga märke till att uttrycket ”särskilda befogenheter” faktiskt inte har använts i domen i målet Johnston. Istället hänvisade domstolen där till ”[e]n … offentlig myndighet, som av staten har fått i uppdrag att upprätthålla allmän ordning och säkerhet”. [152] Domstolen lade till att ett sådant organ ”inte [kan] dra fördel av att den stat till vilken den hör åsidosätter [unions]rätten”.

134. Här bör flera andra punkter poängteras.

135. För det första innehåller domen i målet Foster (eller för den delen efterföljande rättspraxis) inte någon definition av vad som egentligen avses med ”särskilda befogenheter”. Vi får endast veta att sådana befogenheter går ”utöver dem som följer av de rättsregler som gäller i förhållandet mellan enskilda”. Med tanke på att testet i domen i målet Foster ska tillämpas på ett enhetligt sätt i hela unionen, måste begreppet – om det ska förbli en del av testet – ha en självständig betydelse i unionsrätten. Trots detta har denna term, som har lånats från ett nationellt rättssystem, [153] fortfarande 20 år efter domen i målet Foster, inte getts en tydlig, självständig betydelse i unionsrätten.

136. För det andra har min granskning av domstolens praxis [154] efter domen i målet Foster inte visat på något konsekvent förfarande för att kontrollera, och fastställa, vilka särskilda befogenheter som förekommer i varje enskilt fall. Organ som ansvarar för byggande av vägar eller handhar energiförsörjningstjänster, [155] tillhandahållande av telekommunikationstjänster avsedda för allmänheten med ensamrätt, [156] det privata bolag som ansvarar för ett nationellt motorvägsnät, [157] socialförsäkringsorgan, [158] ett sjukhus i den offentliga sektorn, [159] ett regionkontor som hanterade socialförsäkringar [160] och posttjänsten i en medlemsstat [161] ansågs alla ha offentliga uppdrag. Det är inte alls lika tydligt på grundval av upplysningarna i målen att de också med nödvändighet hade särskilda befogenheter. I domen i målet Portgás [162] angav domstolen uttryckligen att ett företag *inte* nödvändigtvis hade särskilda befogenheter bara för att det hade särskilda rättigheter och ensamrätt och återförvisade denna särskilda fråga till den nationella domstolen för vidare prövning. [163]

137. Vidare, även om vissa typer av extra befogenheter ofta kan krävas för att utöva ett offentligt uppdrag är det inte uppenbart att de alltid kommer att behövas. Sådana befogenheter framgår kanske tydligast inom ramen för tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. I många ekonomiska sektorer (såsom telekommunikationer, vatten, gas och el) kan staten numera bevilja särskilda eller exklusiva rättigheter. [164]

138. Min slutsats är därför att det inte är nödvändigt, och därmed inte eller motiverat att kräva, att organet i fråga också måste ha ”särskilda befogenheter” för att kunna vara en förlängning av staten.

152 Dom av den 15 maj 1986, 222/84, EU:C:1986:84, punkt 56.

153 Se ovan punkt 54.

154 Se punkt 58 och följande punkter ovan.

155 Se dom av den 4 december 1997, Kampelmann m.fl. (C-253/96–C-258/96, EU:C:1997:585, och punkt 58).

156 Se dom av den 14 september 2000, Collino och Chiappero (C-343/98, EU:C:2000:441), och punkterna 59 och 60 ovan.

157 Se dom av den 5 februari 2004, Rieser Internationale Transporte (C-157/02, EU:C:2004:76), och punkterna 61–63 ovan. I punkt 12 i domen anges att Asfinag enligt avtalet mellan bolaget och den österrikiska staten (som beskrevs både som licens och avtal) gavs rätt att ”i eget namn och för egen räkning ta ut vägtullar och trafikavgifter för att täcka sina egna kostnader”. Domstolens efterföljande bedömning var fokuserad på statlig kontroll (punkt 25) och omständigheten att Asfinag ”inte har rätt att på eget initiativ fastställa beloppet av de vägtullar som tas ut. Detta belopp är fastställt i lag” (punkt 26). Domstolen drog omedelbart slutsatsen att Asfinag var en förlängning av staten, *utan* att ange vilka särskilda befogenheter det hade (punkt 27).

158 Se dom av den 26 maj 2005, Sozialhilfeverband Rohrbach (C-297/03, EU:C:2005:315), och punkt 64 ovan.

159 Se dom av den 7 september 2006, Vassallo (C-180/04, EU:C:2006:518), och punkt 65 ovan.

160 Se dom av den 24 januari 2012, Dominguez (C-282/10, EU:C:2012:33), och punkt 67 ovan.

161 Se dom av den 12 december 2013, Carratú (C-361/12, EU:C:2013:830), och punkt 68 ovan.

162 Dom av den 12 december 2013, Portgás (C-425/12, EU:C:2013:829). Se vidare punkterna 69–76 ovan.

163 Dom av den 12 december 2013, Portgás (C-425/12, EU:C:2013:829, punkterna 30 och 31).

164 Se ovan punkt 112.

139. Det är dock viktigt att tydligt ange att inte varje person eller organ som utför verksamhet i det allmänna intresset kommer att vara en förlängning av staten. Jag vill göra följande anmärkningar i detta avseende.

140. För det första måste det finnas ett organ, med vilket jag avser en juridisk person. En fysisk person kan inte vara en förlängning av staten.

141. För det andra är det så, att när ett organ utför en mängd olika funktioner där vissa utgör en uppgift som den har anförtrotts av staten och andra inte, är det bara med avseende på den första gruppen aktiviteter som den kan utgöra en förlängning av staten. Här skiljer sig således min uppfattning från domstolens uppfattning i mål rörande offentlig upphandling.[165] Medan ett organ som är ”upphandlande myndighet” inom ramen för bestämmelserna om offentlig upphandling som följd av detta alltid måste övervaka och uppfylla reglerna på detta område av unionsrätten,[166] kan det unionsrättsliga område som en enskild kan tillämpa mot ett organ som är en förlängning av staten inom ramen för vertikal direkt effekt av vara mycket större och inte lika tydligt definierat. Det verkar därför inte lämpligt att tillämpa ett synsätt där ett organ ska betraktas som en förlängning av staten i alla situationer, eftersom den har betraktats som en sådan i en situation.

142. För det tredje måste det uppdrag som har anförtrotts åt organet utgöra organets kärnverksamhet (eller, i tillämpliga fall, kärnverksamheten för den delen av det berörda organet).

143. För det fjärde måste organet i fråga bedriva verksamhet som utförs i det allmännas intresse. Det måste avse ett uppdrag som organet har anförtrotts av medlemsstaten i fråga och som skulle utföras av staten själv om det inte utfördes av organet.

144. I detta avseende omfattar begreppet ”uppdrag” verksamhet som bedrivs i ett syfte som inte är rent kommersiellt. Det måste med andra ord finnas en allmännyttig aspekt. Således skulle tillhandahållande av en nationell posttjänst, med en skyldighet att leverera post till alla landets adresser, omfattas av denna kategori. Att tillhandahålla lokala postleveranser i syfte att erhålla vinst skulle däremot inte göra det.

145. Jag vill här lägga till att vad som kan utgöra ett uppdrag som genomförs i det allmännas intresse kan variera mellan olika medlemsstater.[167] Således kan, exempelvis, en medlemsstat anse att det är dess skyldighet att säkerställa att alla invånare är anslutna till ett fiberoptiskt bredbandsnät, medan andra anser att detta helt ska regleras av marknadskrafterna. I det förra fallet skulle ett organ som har anförtrotts uppdraget utgöra en förlängning av staten. I det senare fallet skulle en privat operatör som tillhandahåller samma tjänst inte vara det.

146. Det förefaller mig så, att det offentliga uppdraget, med hänsyn till rättssäkerheten såväl för organet i fråga som för enskilda som kan vilja väcka talan mot organet, måste tydligt ha definierats som sådant i de relevanta lag- eller myndighetsbestämmelserna.

147. Jag föreslår därför att domstolen ska besvara den tredje frågan så, att kriterierna som har fastställts i svaret på fråga 2 också ska tillämpas när en medlemsstat har gett organet ett stort mått av ansvar för det påstådda syftet att fullgöra skyldigheter enligt unionsrätten. Det är inte nödvändigt att organet har särskilda befogenheter som går utöver dem som följer av de rättsregler som gäller i förhållandet mellan enskilda.

165 Se ovan punkt 98.

166 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 3 oktober 2000, University of Cambridge (C-380/98, EU:C:2000:529, punkt 40).

167 Se ovan punkt 90.

Postskriptum

148. Mitt arbete med att upprätta detta förslag och föreslå svar på de tre tolkningsfrågorna har ofrånkomligen skett mot bakgrund av den (omstridda) frågan huruvida det i målet Faccini Dori [168] var riktigt av domstolen att inte godta horisontell direkt effekt, [169] i motsats till vad generaladvokaten Lenz hade angett i sitt förslag till avgörande i målet [170] och de motiveringar som tillhandahållits av två andra generaladvokater i tidigare mål. [171] Min arbetshypotes har varit att domstolen inte skulle anse att detta är rätt plats att på nytt inleda denna debatt.

149. Jag anser det dock nödvändigt att påpeka att domstolen, i den utsträckning svarandens *rättsliga ställning* har saknat relevans – och att den gjort det, sedan domen i målet Foster – för frågan huruvida svaranden utgör en förlängning av staten, redan har godtagit att ett privaträttsligt organ kan vara skyldigt att ge verkan åt rättigheter i ett direktiv med direkt effekt i en talan mot en annan enskild. På detta sätt har domstolen faktiskt redan gett stöd för en begränsad form av horisontell direkt effekt.

150. Det finns – i princip – tre tillvägagångssätt som kan användas (och har använts) för att fylla det tomrum som har uppkommit till följd av bristen på allmän horisontell direkt effekt: i) en vidsträckt inställning till vad som ska betraktas som en förlängning av staten, ii) att ta principen om ”interprétation conforme” till sin yttersta gräns och iii) som något att falla tillbaka på, skadeståndsansvar för staten. Från utgångspunkten att skapa ett ändamålsenligt skydd för enskilda rättigheter är förevarande situation långt ifrån tillfredsställande. Den medför svårigheter för sökande och osäkerhet för svarande. Jag delar den uppfattning som tidigare har framförts av generaladvokater och uppmanar domstolen att på nytt behandla och kritiskt granska de argument som angavs i domen i målet Faccini Dori [172] för att inte godta horisontell direkt effekt. [173]

Förslag till avgörande

151. Mot bakgrund av vad som anförts ovan föreslår jag att domstolen ska besvara de tolkningsfrågor som ställts av Supreme Court of Ireland (Högsta domstolen, Irland) på följande sätt:

1) Testet i domen i målet Foster m.fl., [174] med avseende på vad som utgör en förlängning av staten inom ramen för vertikal direkt effekt av direktiv, har angetts i punkt 18 i nämnda dom och inte i punkt 20. Testet i punkt 18 ska varken tolkas kumulativt eller alternativt. Det innehåller snarare en icke uttömmande lista på aspekter som kan ha betydelse för en sådan bedömning.

168 Dom av den 14 juli 1994, C-91/92, EU:C:1994:292.

169 För några exempel på de många kritiska studier angående denna rättspraxis, se Tridimas, Takis, ”*Black, White and Shades of Grey: Horizontality Revisited*” (2002) 21 *Y.B.E.L.*, s. 327; Dashwood, Alan, ”*From Van Duyn to Mangold via Marshall: reducing Direct Effect to Absurdity*” (2006-7) 9 *C.Y.E.L.S.*, s. 81; Dougan, Michael, ”*When worlds collide*! Competing Visions of the Relationship between Direct Effect and Supremacy” (2007) 44 *C.M.L.Rev.*, s. 931; Craig, Paul, ”*The Legal Effects of Directives: Policy, Rules and Exceptions*” (2009) 34 *E.L.Rev*, s. 349; and de Mol, Mirjam, ”*Dominguez: A Deafening Silence*” (2012) 8 *European Constitutional Law Review*, s. 280.

170 Förslag till avgörande av den 9 februari 1994 (C-91/92, EU:C:1994:45, punkt 47).

171 Se förslag till avgörande av generaladvokaten van Gerven av den 26 januari 1993 i målet Marshall II (C-271/91, EU:C:1993:30, punkt 12), och förslag till avgörande av generaladvokaten Jacobs av den 27 januari 1994 i målet Vaneetveld (C-316/93, EU:C:1994:32, punkt 15 och följande punkter). Generaladvokaten Trstenjak tog på nytt upp de bakomliggande frågorna i olika delar av sitt förslag till avgörande av den 8 september 2011 i målet Dominguez (C-282/10, EU:C:2011:559).

172 Dom av den 14 juli 1994, C-91/92, EU:C:1994:292.

173 I detta avseende ansluter jag mig som helhet till generaladvokaten Jacobs iakttagelser i punkterna 30 och 31 i sitt förslag till avgörande i målet Vaneetveld (C-316/93, EU:C:1994:32), vilka citerats i sin helhet i fotnot 33 ovan.

174 Dom av den 12 juli 1990, C-188/89, EU:C:1990:313.

2) Vid bedömningen av om en viss svarande är en förlängning av staten inom ramen för vertikal direkt effekt ska den nationella domstolen beakta följande kriterier:

   i) Det berörda organets rättsliga form saknar relevans.

   ii) Det krävs inte att staten har en ställning där den utövar löpande kontroll eller styrning av organets verksamhet.

   iii) Om staten äger eller kontrollerar organet i fråga ska detta organ anses vara en förlängning av staten, utan att det är nödvändigt att kontrollera huruvida andra kriterier är uppfyllda.

   iv) Alla kommunala, regionala eller lokala myndigheter eller likställda organ ska automatiskt betraktas som en förlängning av staten.

   v) Det krävs inte att organet i fråga finansieras av staten.

   vi) Om staten har uppdragit åt organet i fråga att utöva ett offentligt uppdrag som staten annars hade kunnat välja att utföra själv och om staten har gett detta organ någon form av ytterligare befogenheter som gör att det kan uppfylla uppgiften på ett ändamålsenligt sätt, ska organet i fråga under alla omständigheter betraktas som en förlängning av staten.

   När den nationella domstolen genomför denna prövning, ska den beakta den bakomliggande, grundläggande principen att enskilda kan åberopa bestämmelser i direktiv som är precisa och ovillkorliga mot en medlemsstat, oavsett i vilken egenskap staten agerar, eftersom det är angeläget att staten hindras från att dra nytta av sin underlåtenhet att följa unionsrätten.

3) Kriterierna som har fastställts i svaret på fråga 2 ska även tillämpas när en medlemsstat har gett organet ett stort mått av ansvar för det påstådda syftet att fullgöra skyldigheter enligt unionsrätten. Det är inte nödvändigt att organet har särskilda befogenheter som går utöver dem som följer av de rättsregler som gäller i förhållandet mellan enskilda.