

Umeå University

This is a published version of a paper published in *Europarättslig tidskrift*.

Citation for the published paper:

Derlén, M., Lindholm, J. (2007)

"Direktivs verkan före genomförandefristens utgång: preliminär, begränsad eller fullständig indirekt effekt?"

Europarättslig tidskrift, (1): 83-112

Access to the published version may require subscription.

Permanent link to this version:

<http://urn.kb.se/resolve?urn=urn:nbn:se:umu:diva-17458>



<http://umu.diva-portal.org>

DIREKTIVS VERKAN FÖRE GENOMFÖRANDEFRISTENS UTGÅNG

– Preliminär, begränsad eller fullständig indirekt
effekt?

Mattias Derlén & Johan Lindholm*

1. INLEDNING – ELEMENTÄRT OM DIREKTIVS EFFEKT VID OLIKA TIDPUNKTER

Direktiv har till sin natur olika ställning vid olika tidpunkter. De träder i kraft i anslutning till publiceringen¹ men har begränsad effekt till dess att de införlivats i de nationella rättsordningarna av medlemsstaterna i enlighet med artikel 249.3 EG. För detta ändamål framgår det av varje enskilt direktiv när direktivet skall vara införlivat. Mellan direktivets ikraftträdande och tiden för införlivande löper en genomförandefrist. Det faktiska införlivandet i en medlemsstat får ske närhelst under genomförandefristen. Införlivande av direktiv sker *de facto* ibland också efter genomförandefristens utgång. Det har länge varit känt att bestämmelser i direktiv inte kan ha direkt effekt innan genomförandefristen löpt ut,² i vart fall om medlemsstaten inte dessförinnan påbörjat implementering av direktivet.³

* Doktorander i Europarätt vid Umeå universitet. Vi vill tacka professor Pär Hallström och Jur dr Staffan Ingmanson som lämnat värdefulla synpunkter på tidigare utkast av denna artikel.

¹ Antingen vid en tidpunkt som anges i direktivet eller tjugo dagar efter publicering, artikel 254.1 EG, eller i förkommande fall när det delgivits, artikel 254.3 EG.

² Se bland annat målen 148/78 *Pubblico Ministero mot Tullio Ratti* [1979] svensk specialutgåva IV s. 439 (hädanefter *Ratti*), p. 39–47 och C-157/02 *Rieser Internationale Transporte GmbH mot Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs- AG (Asfinag)* [2004] REG I-1477 (hädanefter *Rieser*), p. 66–69, angående det senare se även Jane Reichel, ”Direkt effekt – EG-domstolen visar upp en återhållsam sida – kommentar till mål C-157/02 *Rieser mot Asfinag*” i Europarättslig Tidskrift nr 3 2004, s. 473–487.

³ Att det möjligen kan förhålla sig annorlunda i situationer där en medlemsstat implementerat ett direktiv i förtid diskuteras i avsnitt 4.2 nedan.

Detta innebär emellertid inte att direktiv helt saknar verkan i de nationella rättsordningarna innan denna tidpunkt. Principerna om indirekt effekt och spärrverkan har betraktats som två vägar på vilka direktiv kan påverka eller åtminstone begränsa den nationella rätten innan genomförandefristen löpt ut. Syftet med föreliggande artikel är att belysa direktivs verkan i enlighet med indirekt effekt och spärrverkan i nationella domstolar utifrån de senaste årens rättspraxis från EG-domstolen och förhoppningsvis stimulera till vidare diskussion. Vi hävdar att den sedan nästan 20 år pågående diskussionen om tidpunkten då traditionell indirekt effekt aktualiseras nu kan läggas till handlingarna, men att den pågående utvecklingen av principen om spärrverkan reser nya men närbesläktade frågor.

2. INDIREKT EFFEKT OCH TIDPUNKTEN DÅ TOLKNINGSSKYLDIGHETEN INTRÄDER

2.1 Kolpinghuis Nijmegen – det dunkelt sagda...

Principen om indirekt effekt⁴ har behandlats något styvmoderligt i den gemenskapsrättsliga doktrinen, åtminstone i jämförelse med sin mer kända ”kusin”; principen om direkt effekt. EG-domstolens praxis demonstrerar dock att principen om indirekt effekt är ett viktigt verktyg för att säkra gemenskapsrättens effektiva genomslag på nationell nivå. Principen etablerades av EG-domstolen i det välkända von Colson-målet.⁵ Med hänvisning till den så kallade lojalitetsplikten i artikel 10 EG⁶ klargjorde EG-domstolen att nationella domstolar är förpliktade att tolka nationell rätt i ljuset av gemenskapsrätten.⁷ Dock kvarstod flera frågetecken vad gällde principens räckvidd. De flesta av dessa klargjordes ganska snart av EG-domstolen.⁸ Frågan om *när* tolkningsskyldigheten enligt principen om indirekt effekt inträder kvarstod dock. Är medlemsstaternas domstolar skyldiga att tolka nationell rätt i ljuset av gemenskapsrätten först efter det

⁴ Principen omtalas även som principen om direktivkonform tolkning, då det normalt är frågan om tolkning av nationell rätt i enlighet med bestämmelser i direktiv som avses då man talar om indirekt effekt. Det bör emellertid betonas att även andra gemenskapsrättsliga instrument kan tillerkännas indirekt effekt, se vidare Trevor C. Hartley, *The Foundations of European Community Law*, femte upplagan, Oxford University Press, Oxford 2003, s. 219–220.

⁵ Mål 14/83 *Sabine von Colson och Elisabeth Kamann mot Land Nordrhein-Westfalen* [1984] svensk specialutgåva VII s. 577 (hädanefter *von Colson*).

⁶ Dåvarande artikel 5 EEG.

⁷ *von Colson*, p. 26–28.

⁸ Så framgår det exempelvis av målet C-106/89 *Marleasing SA mot Comercial Internacional de Alimentacion SA* [1990] svensk specialutgåva X s. 575 (hädanefter *Marleasing*), p. 6–9, att skyldigheten att tolka nationell rätt i ljuset av gemenskapsrätten gäller inte endast implementeringslagstiftning utan all nationell lagstiftning samt att principen om indirekt effekt gäller även rättsförhållanden mellan enskilda varmed så kallad horisontell indirekt effekt av direktiv är möjlig.

att genomförandefristen för direktivet i fråga löpt ut eller inträder denna skyldighet redan före denna tidpunkt?

Medan *von Colson* teg stilla på denna punkt gavs någon form av svar tre år senare i målet *Kolpinghuis Nijmegen*.⁹ Det senare målet gällde möjligheterna att ge direkt eller indirekt effekt till direktiv 80/777.¹⁰ Under perioden efter det att genomförandefristen för direktivet löpt ut men innan Nederländerna vidtagit de nödvändiga lagstiftningsåtgärderna sålde ett företag kolsyrat kranvatten under beteckningen mineralvatten. Åklagarmyndigheten ville använda direktivet i brottmålsprocessen mot företaget i fråga. Den nationella domstolen ställde fyra frågor till EG-domstolen. De första två frågorna rörde möjligheten att ge direkt effekt till direktivbestämmelserna. Den tredje frågan rörde möjligheten att ge indirekt effekt till desamma.¹¹ Samtliga dessa frågor besvarades negativt av EG-domstolen. Direktiv kan inte på egen hand ge upphov till skyldigheter för enskilda. Dessutom begränsas plikten för nationella domstolar att tolka i ljuset av gemenskapsrätten av allmänna principer och särskilt då principerna om rättssäkerhet och icke-retroaktivitet.¹² Med sin fjärde fråga ville den nationella domstolen veta om svaren på fråga 1–3 skulle bli annorlunda om försäljningen av mineralvatten skett innan genomförandefristen för direktivet i fråga löpt ut.¹³ EG-domstolens svar löd som följer:

Frågan om ett direktivs bestämmelser kan åberopas som sådana vid en nationell domstol är av intresse endast om den ifrågavarande medlemsstaten inte genomfört direktivet i nationell rätt inom föreskriven tid, eller om den genomfört direktivet på ett felaktigt sätt. Med hänsyn till att de två första frågorna besvarats nekande, skulle emellertid inte svaren på de frågorna bli annorlunda om den tidsfrist medlemsstaten erhållit för att anpassa den nationella lagstiftningen ännu inte löpt ut vid det relevanta datumet. *Såvitt gäller den tredje frågan, angående vilka begränsningar gemenskapsrätten skulle kunna innebära för den nationella domstolens skyldighet eller möjlighet att tolka de nationella rättsreglerna mot bakgrund av direktivet, är det för svaret på denna utan betydelse om genomförandefristen har löpt ut eller inte.*¹⁴

Detta svar, och särskilt den sista meningen, har givits olika tolkningar. Många har uppfattat det som att domstolar i medlemsstaterna är skyldiga att tolka nationell rätt mot bakgrund av bestämmelser i ett direktiv, även om genomförandefristen för det senare inte har löpt ut. Denna uppfattning har hävdats av ex-

⁹ Mål 80/86 *Brottmål mot Kolpinghuis Nijmegen BV* [1987] svensk specialutgåva IX s. 213 (hädanefter *Kolpinghuis Nijmegen*).

¹⁰ Rådets direktiv 80/777/EEG av den 15 juli 1980 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om utvinning och saluförande av naturliga mineralvatten.

¹¹ *Kolpinghuis Nijmegen*, p. 1–4.

¹² *Kolpinghuis Nijmegen*, p. 6–14.

¹³ *Kolpinghuis Nijmegen*, p. 4.

¹⁴ *Kolpinghuis Nijmegen*, p. 15, vår kursivering.

empelvis generaladvokaterna Darmon¹⁵ och Léger¹⁶ samt i doktrinen av bland annat Kakouris,¹⁷ O'Keeffe,¹⁸ Bernitz och Kjellgren,¹⁹ Swaine²⁰ och (så sent som 2005) Forshaw och Pilgerstorfer.²¹ Andra har uppfattat svaret så att EG-domstolen inte löste frågan om relevant tidpunkt i *Kolpinghuis Nijmegen*. Bland dessa kan nämnas Brechmann, Craig och de Búrca, Hartley samt Prechal. Dessa författare läser svaret ovan mer bokstavligt och förstår domstolens yttrande som att det *in casu* inte hade någon betydelse huruvida genomförandefristen löpt ut eller inte, eftersom indirekt effekt ändå inte kunde användas för att grundlägga straffrättsligt ansvar. Svaret skulle således inte säga något om betydelsen av huruvida genomförandefristen löpt ut eller ej i andra situationer.²²

Medan utvecklingen (eller med andra ord EG-domstolens senare praxis) gett Brechmann, Craig och de Búrca, Hartley och Prechal rätt har övertecknade ändå sympati för den tolkning av punkt 15 i *Kolpinghuis Nijmegen* vilken förespråkades av Darmon, Léger med flera. Deras sätt att läsa svaret från EG-domstolen ger det åtminstone en självständig betydelse, medan den mer bokstavliga tolkningen av punkt 15 i praktiken gör både frågan och svaret betydelselösa. Det faktum att tidpunkten inte har någon betydelse i just detta fall får ju närmast betecknas som ett ”god dag yxskaft” svar.

¹⁵ Förslag till avgörande av generaladvokat Darmon i förenade målen C-87/90, C-88/90 och C-89/90 *A. Verholen m.fl. mot Sociale Verzekeringsbank Amsterdam* [1991] ECR I-3757 (ej tillgängligt på svenska), föredraget den 29 maj 1991, p. 15.

¹⁶ Förslag till avgörande av generaladvokat Léger i mål C-5/94 *The Queen mot Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte: Hedley Lomas (Ireland) Ltd* [1996] REG I-2553, föredraget den 20 juni 1995, p. 64.

¹⁷ Constantinos N. Kakouris, ”The Judicial Protection of Individual Rights in the European Communities” i *Hastings International and Comparative Law Review* nr 16 1993 (symposium issue), s. 539–555, på s. 541–542 (dock utan direkt hänvisning till *Kolpinghuis Nijmegen* i detta avseende).

¹⁸ David O'Keeffe, ”Judicial Protection of the Individual by the European Court of Justice” i *Fordham International Law Journal* nr 19 februari 1996, s. 901–914, på s. 904 och not 19. O'Keeffe noterade dock att senare rättspraxis pekade i motsatt riktning, se s. 904 och not 20.

¹⁹ Ulf Bernitz och Anders Kjellgren, *Europarättens grunder*, Nordstedts Juridik AB, Stockholm 1999, s. 90 och not 38.

²⁰ Edward T. Swaine, ”Subsidiarity and Self-Interest: Federalism at the European Court of Justice” i *Harvard International Law Journal* nr 41 2000, s. 1–128, not 180 på s. 37.

²¹ Simon Forshaw och Marcus Pilgerstorfer, ”Illegally Formed Contracts of Employment and Equal Treatment at Work” i *Industrial Law Journal* nr 34 juni 2005, s. 158–177, på s. 166.

²² Winfried Brechmann, *Die richtlinienkonforme Auslegung – Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der EG-Richtlinie*, Beck, München 1994, s. 62–63, Paul Craig och Gráinne de Búrca, *EU Law – Texts, Cases and Materials*, andra upplagan, Oxford University Press, Oxford 1998, s. 204, Hartley, a.a., not 103 på s. 220 och Sacha Prechal, *Directives in EC Law*, andra upplagan, Oxford University Press, Oxford 2005, s. 20–22. Vad gäller indirekt effekt vid förtida, felaktigt implementering se avsnitt 4.3 nedan.

2.2 Océano & Centrosteeel – två steg framåt, ett steg tillbaka

Den oklarhet vilken skapades genom punkt 15 i *Kolpinghuis Nijmegen* skingrades, åtminstone delvis, av *Centrosteeel*²³ och *Océano*²⁴ målen.

I *Océano* begärde en spansk domstol ett förhandsavgörande från EG-domstolen angående direktiv 93/13.²⁵ Svarandena i målet hade köpt uppslagsverk från sökandena och inte erlagt betalning. Sökandena hade då väckt talan, vilket enligt köpeavtalet skedde vid domstolen i Barcelona. Ingen av svarandena hade dock hemvist i Barcelona. Frågan från den spanska domstolen gällde huruvida den enligt direktiv 93/13 hade rätt att *ex officio* bedöma huruvida köpeavtalets prorogationsklausul var oskälig innan den beslutade om ansökan skulle tas upp till sakprövning.²⁶ Efter att ha konstaterat att så var fallet övergick EG-domstolen till att diskutera indirekt effekt.²⁷ Den hänvisade till ”fast rättspraxis” och betonade nationella domstolars förpliktelse att tolka nationell rätt mot bakgrund av direktivets ordalydelse och syfte.²⁸ Nästa punkt i domen innehåller en viktig nyhet (vilken dock nämns närmast *en passant*):

Vid tillämpningen av sådana bestämmelser i nationell rätt som var i kraft vid tidpunkten för omständigheterna och som det har erinrats om i punkterna 10 och 11 i förevarande dom ankommer det således på den nationella domstolen, vid vilken har anhängiggjorts ett mål som omfattas av direktivets tillämpningsområde och *där bakgrunden utgörs av omständigheter som har ägt rum efter det att fristen för att införliva löpte ut*, att i den utsträckning det är möjligt tolka bestämmelserna i enlighet med direktivet på ett sådant sätt att de kan tillämpas *ex officio*.²⁹

Centrosteeel beslutades av EG-domstolen mindre än en månad efter *Océano* och rörde möjligheten att ge direkt eller indirekt effekt till direktiv 86/653.³⁰ Medan italiensk lag krävde att företaget var inskrivna i ett register över handelsagenter och handelsrepresentanter för att ett agenturavtal skulle vara giltigt var det en-

²³ Mål C-456/98 *Centrosteeel Srl mot Adipol GmbH* [2000] REG I-6007 (hädanefter *Centrosteeel*).

²⁴ Förande målen C-240/98 till C-244/98 *Océano Grupo Editorial SA mot Roció Murciano Quintero* (C-240/98) och *Salvat Editores SA mot José M. Sánchez Alcón Prades* (C-241/98), *José Luis Copano Badillo* (C-242/98), *Mohammed Berroane* (C-243/98) och *Emilio Viñas Feliú* (C-244/98) [2000] REG I-4941 (hädanefter *Océano*).

²⁵ Rådets direktiv 93/13/EEG av den 5 april 1993 om oskäliga villkor i konsumentavtal.

²⁶ *Océano*, p. 15–19.

²⁷ *Océano*, p. 21–29. Vad gäller den materiella frågan i målet se vidare bland annat Torbjörn Andersson, ”EG-domstolens avgörande i *Océano*-målet samt konsumenträtt och forumregler i Sverige” i *Europarättslig Tidskrift* nr 4 2001 s. 565–573, på s. 565–568.

²⁸ *Océano*, p. 30. Med ”fast rättspraxis” avsågs här målen *Marleasing*, C-334/92 *Teodoro Wagner Miret mot Fondo de garantía salarial* [1993] svensk specialutgåva XIV s. I-477 (hädanefter *Wagner Miret*) samt C-91/92 *Paola Faccini Dori mot Recreb Srl* [1994] svensk specialutgåva XVI s. I-1 (hädanefter *Faccini Dori*).

²⁹ *Océano*, p. 31, vår kursivering.

³⁰ Rådets direktiv 86/653/EEG av den 18 december 1986 om samordning av medlemsstaternas lagar rörande självständiga handelsagenter.

ligt direktivet tillräckligt att agenturavtalet var upprättat skriftligt.³¹ Då rätts-tvisten i fråga rörde två enskilda kunde direktivet inte ges direkt effekt.³² EG-domstolen hänvisade dock till principen om indirekt effekt³³ och konkluderade:

Det ankommer således på den hänskjutande domstolen att, vid avgörandet av ett mål som faller inom direktivets tillämpningsområde och som *grundas på faktiska omständigheter som hänför sig till tiden efter utgången av fristen för införlivande av det sistnämnda*, när den tillämpar bestämmelser i nationell rätt eller fast inhemsk rättspraxis, *såsom förefaller vara fallet i målet vid den nationella domstolen*, tolka dessa på ett sådant sätt att de kan få en tillämpning som överensstämmer med direktivets mål.³⁴

Punkterna 31 i *Océano* och 17 i *Centrosteel* är intressanta på grund av deras explicita hänvisningar till omständigheter från tiden efter det att genomförandefristen löpt ut.³⁵ Vid första påsyn synes dessa mål slutgiltigt ha löst osäkerheten skapad av *Kolpinghuis Nijmegen*. I doktrinen var man dock inte övertygad om att EG-domstolen verkligen satt ned foten i tidsfrågan i *Océano* och *Centrosteel*. Vad gäller *Centrosteel*, vilket synes ha varit föremål för mer diskussion än *Océano* angående frågan om genomförandefristens betydelse,³⁶ noterade Betlem två osäkerhetsfaktorer. För det första tycktes det vara så att omständigheterna här *de facto* hänförelse sig till tiden efter genomförandefristens utgång, varför kriteriet inte påverkade målet i fråga.³⁷ EG-domstolens tendens att notera föreliggande omständigheter såsom vore de kriterier är välkänd.³⁸ För det andra noterade Betlem att hänvisningen till att genomförandefristen löpt ut endast

³¹ *Centrosteel*, p. 1–8.

³² *Centrosteel*, p. 15.

³³ *Centrosteel*, p. 16.

³⁴ *Centrosteel*, p. 17, vår kursivering.

³⁵ Punkt 17 i *Centrosteel* är också intressant med anledning av kravet från EG-domstolen att inte endast nationell lagstiftning utan även ”fast inhemsk rättspraxis” skall tolkas mot bakgrund av direktivet i fråga. För vidare diskussion om denna aspekt av *Centrosteel* se Gerrit Betlem, ”The Doctrine of Consistent Interpretation – Managing Legal Uncertainty” i *Oxford Journal of Legal Studies* nr 22 2002, s. 397–418, på s. 404–405.

³⁶ Se bland annat Damian Chalmers, Christos Hadjiemmanuil, Giorgio Monti och Adam Tomkins, *European Union Law – Text and Materials*, Cambridge University Press, Cambridge 2006, s. 387–388 och Betlem, a.a., s. 403–406, vilka endast diskuterar *Centrosteel*. Prechal hävdar explicit att *Centrosteel* ”remains isolated” och tar därmed inte hänsyn till *Océano*, se Prechal, a.a., s. 21.

³⁷ Betlem, a.a., s. 405.

³⁸ Ett exempel är omnämmandet av dåvarande artikel 12 som en skyldighet ”inte att handla utan att underlåta att handla” i *van Gend en Loos*, se mål 26/62 *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos mot Nederländska skatteförvaltningen* [1963] svensk specialutgåva I s. 161, vilket sedermera visade sig *inte* vara ett kriterium för direkt effekt, se exempelvis målet 57/65 *Firma Alfons Lütticke GmbH mot Hauptzollamt de Sarrelouis* [1966] svensk specialutgåva I s. 243.

förekom i domskälen och inte i domslutet.³⁹ Båda dessa observationer gäller likaledes för *Océano*. Diskussionen om genomförandefristen är även här begränsad till domskälen, medan domslutet i detta avseende endast innehåller den mer traditionella lokutionen om indirekt effekt.⁴⁰ Dessutom synes hänvisningen till genomförandefristen i punkt 31 också här vara kopplad till de föreliggande omständigheterna i målet. Det framgår av domen att såväl försäljningen av uppslagsverken som väckandet av talan skedde efter det att genomförandefristen löpt ut men innan implementeringslagstiftningen införts i Spanien.⁴¹ I punkt 31 ger EG-domstolen, bland annat genom bruket av ”den nationella domstolen” i bestämd form, sken av att beskriva de föreliggande omständigheterna.

I doktrinen finns även andra exempel på att rättsläget efter *Océano* och *Centrosteel* fortfarande upplevdes som oklart.⁴² Uppfattningen att *Océano* och *Centrosteel* inte upplevts som uppenbara förändringar eller förtydliganden av principen om indirekt effekt styrks även av det faktum att punkterna 31 och 17 inte alltid omtalats i samband med diskussioner om målen.⁴³

³⁹ Betlem, a.a., s. 405. Jfr p. 17 med domslutet. Det senare säger i detta avseende endast att ”[d]en nationella domstolen är då den tillämpar bestämmelser i nationell rätt som antagits före eller efter direktivet, skyldig att i den utsträckning det är möjligt tolka dem mot bakgrund av direktivets ordalydelse och syfte, så att de kan få en tillämpning som överensstämmer med direktivets mål”.

⁴⁰ Jämför punkt 31 i *Océano* med domslutet. Det senare följer till innehållet domslutet i *Centrosteel*.

⁴¹ *Océano*, p. 9–17.

⁴² Exempelvis så konstaterade Craig och de Búrca så sent som 2003 att frågan huruvida medlemsstaternas domstolar skall tolka nationell rätt mot bakgrund av direktiv vars genomförandefrist ännu inte löpt ut var olöst, trots att de i samma kapitel diskuterade både *Centrosteel* och *Océano* i allmänhet och till och med citerade punkt 31 från det senare målet, se Craig och de Búrca, a.a., not 100 på s. 215, jfr med s. 216–220 och särskilt s. 219. Osäkerheten lever kvar också i än nyare litteratur. Fisahn och Mushoff slår fast att frågan om relevant tidpunkt avseende direktivkonform tolkning inte avgjorts av EG-domstolen, se Andreas Fisahn och Tobias Mushoff, ”Vorwirkung und unmittelbare Wirkung Europäischer Richtlinien”, *Europarecht* nr 2 2005, s. 222–230, på s. 226. Även Arnull tycks vara något osäker, och hänvisar i detta avseende varken till *Centrosteel* eller till *Océano*, se Anthony Arnull, *The European Union and its Court of Justice*, andra upplagan, Oxford University Press, Oxford 2006, not 155 på s. 218–219. Det bör även noteras att vissa författare har framhärdat i uppfattningen, även efter år 2000, att nationella domstolar *har* en skyldighet att tolka nationell rätt mot bakgrund av direktiv vars genomförandefrist inte löpt ut, se diskussionen i avsnitt 2.1 ovan.

⁴³ Så presenterar exempelvis Olle Abrahamsson *Océano*-målet, inklusive dess diskussion om indirekt effekt, utan att kommentera hänvisningen till genomförandefristen i punkt 31, se Olle Abrahamsson, ”Avgöranden från EG-domstolen – första halvåret 2000” i *Svensk Juristtidning* 2000 s. 605–635, på s. 634–635. Än tydligare är detta i Jules Stuycks rättsfallskommentar om *Océano*. Stuyck diskuterar inte punkt 31 och frågan om genomförandefristens utgång, trots en i övrigt ingående diskussion om målets betydelse för principen om indirekt effekt, se Jules Stuyck, ”Case Law – Court of Justice”, *Common Market Law Review* nr 38 2001, s. 719–737. Här bör dock Torbjörn Anderssons kommentar till *Océano* uppmärksammas. Andersson diskuterar inte endast den materiella frågan i målet utan även EG-domstolens uttalande om indirekt effekt.

2.3 Adeneler – klarhet till slut?

Genom det nyligen avgjorda målet *Adeneler* aktualiserades frågan om genomförandefristens betydelse för indirekt effekt återigen.⁴⁴ I målet hade kärandena ingått avtal om tidsbegränsade anställningar i perioden efter det att direktiv 1999/70⁴⁵ trätt i kraft men innan genomförandefristen löpt ut. Den grekiska domstolen frågade explicit från vilken tidpunkt den var skyldig att tolka nationell rätt mot bakgrund av direktivet. Den angav tre alternativa tidpunkter; dagen för direktivets ikraftträdande (a), dagen då direktivets genomförandefrist löpte ut (b) samt slutligen dagen då de nationella implementeringsbestämmelserna trädde i kraft (c).⁴⁶

När EG-domstolen avgjorde *Adeneler* hade tvistigheterna rörande punkt 15 i *Kolpinghuis Nijmegen* pågått i nästan 20 år.⁴⁷ Förväntningarna på ett slutgiltigt klagörande från EG-domstolen var rimligtvis stora. Det är svårt att tänka sig en mer otvetydig och direkt fråga gällande tidpunkten när indirekt effekt aktualiseras än den grekiska domstolens första fråga i målet. De som trodde att inte ens EG-domstolen denna gång skulle kunna blanda bort korten blev dock besvikna. Det började emellertid bra. Efter att ha introducerat principen om indirekt effekt i allmänhet övergick EG-domstolen till frågan om relevant tidpunkt.⁴⁸ Här kopplade EG-domstolen principen om indirekt effekt till principen om direkt effekt, och antydde att den förra är subsidiär till den senare eller med andra ord att den förra främst aktualiseras då den senare inte är för handen.⁴⁹ Domstolen hänvisade även till punkt 43 i *Inter-Environnement Wallonie*, där medlemsstaternas frihet att inte implementera direktiv innan genomförandefristen löpt ut betonas.⁵⁰ Härefter konkluderade EG-domstolen:

Han diskuterar inte målet såsom en ändring eller ett förtydligande av principen om indirekt effekt, men antyder genom sitt ordval att det faktum att genomförandefristen hade löpt ut *de facto* var ett kriterium i målet och inte endast en notering av existerande omständigheter. Andersson säger "[e]ftersom bakgrunden till de nationella tvisterna utgjordes av omständigheter som *inträffat efter implementeringsfristens utgång*, menade domstolen, ankom det nu på den spanska domstolen att, i den utsträckning det var möjligt, tolka de spanska bestämmelserna som var i kraft när omständigheterna inträffade på sådant sätt att bestämmelserna i enlighet med direktivet kunde tillämpas *ex officio*", vår kursivering. Sålunda verkar Andersson anse antingen att *Océano* klargjort frågan från *Kolpinghuis Nijmegen* eller, möjligen ännu troligare, att det redan sedan tidigare varit klart att genomförandefristen måste ha löpt ut för att principen om indirekt effekt skall aktualiseras. Se Andersson, a.a., citatet från s. 568.gjy

⁴⁴ Mål C-212/04 *Konstantinos Adeneler med flera mot Ellinikos Organismos Galaktos (ELOG)* [2006] dom av EG-domstolens stora avdelning den 4 juli 2006, ännu ej i rättsfallssamlingen (hädanefter *Adeneler*).

⁴⁵ Rådets direktiv 1999/70/EG av den 28 juni 1999 om ramavtalet om visstidsarbete under-tecknat av EFS, UNICE och CEEP.

⁴⁶ *Adeneler*, p. 24–32.

⁴⁷ Se diskussionen i avsnitt 2.1 ovan.

⁴⁸ *Adeneler*, p. 108–112.

⁴⁹ *Adeneler*, p. 113.

⁵⁰ *Adeneler*, p. 114. Målet *Inter-Environnement Wallonie* diskuteras i avsnitt 3.2 nedan.

Härav följer att om ett direktiv införlivas för sent inträder inte de nationella domstolarnas allmänna skyldighet att tolka den nationella rätten konformt med direktivet förrän dess införlivandefrist har löpt ut.⁵¹

Således meddelar EG-domstolen här, utan skymten av osäkerhet, att ovan redovisade alternativ (b) är korrekt. Den starka kopplingen mellan principerna om direkt och indirekt effekt som tidigare har antagits i litteraturen⁵² etableras här slutgiltigt av EG-domstolen. Problemet med EG-domstolens svar på fråga ett i *Adeneler* är att domen inte avslutades med ovan citerade punkt 115. Domstolen fortsatte med att kommentera alternativ (a) och (c) såsom formulerade av den grekiska domstolen. Dessa uttalanden diskuteras närmare nedan.⁵³

3. SPÄRRVERKAN INNAN INDIREKT EFFEKT

3.1 Återigen *Adeneler*

Även om således direkt effekt och nu efter *Adeneler* även indirekt effekt i dess traditionella innebörd saknar betydelse innan genomförandefristens utgång⁵⁴ visade det sig i nämnda dom att ett annat rättsligt institut ger direktiv viss verkan innan dess. Den klarhet *Adeneler* tycktes bringa med sitt ovanligt tydliga besked i ovan citerat stycke, förbyttes direkt i förvirring då EG-domstolen kommenterade relevansen av tidpunkten för direktivets ikraftträdande, alternativ (a).⁵⁵ I sin slutsats uttalade EG-domstolen följande.

Härav följer att medlemsstaternas domstolar från och med det datum då ett direktiv träder i kraft i den utsträckning det är möjligt *skall avhålla sig från att tolka den nationella rätten på ett sätt som efter utgången av införlivandefristen riskerar att allvarligt äventyra de mål som eftersträvas med direktivet*.⁵⁶

Detta kryptiska uttalande förtjänar djupare analys. Något kort kan man konstatera att domstolen genom detta yttrande sammanflätat principerna om indirekt effekt och det som på engelska brukar kallas för *preemption* och på svenska

⁵¹ *Adeneler*, p. 115.

⁵² Se exempelvis Bernitz och Kjellgren, a.a., s. 88, Hartley, a.a., s. 219–220 och Claus Gulmann och Karsten Hagel-Sørensen, EF-ret, tredje upplagan, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, Köpenhamn 1988, s. 135–136.

⁵³ Se avsnitt 3.1 och 3.4 angående alternativ (a) och 4.4 angående alternativ (c).

⁵⁴ Se dock diskussionen i avsnitt 4 nedan angående förtida, felaktig implementering.

⁵⁵ *Adeneler*, p. 117–123.

⁵⁶ *Adeneler*, p. 123, vår kursivering.

spärrverkan,⁵⁷ antagligen ett begrepp lånat från tyskans *Sperrwirkung*.⁵⁸ Det är också klart av det citerade stycket att spärrverkan av direktiv påverkar domstolarnas tolkningsverksamhet redan innan genomförandefristens utgång på ett sätt som starkt påminner om indirekt effekt. Detta skall utvecklas vidare nedan. Det är dock lämpligt att först säga något om teorin om spärrverkan i allmänhet samt att klargöra på vilken grund EG-domstolen i *Adeneler* utvidgar denna till att omfatta nationella domstolarnas tolkning av nationell rätt.

3.2 Teorin om EG-rättens spärrverkan

Spärrverkan aktualiseras inom områden där det råder delad kompetens, det vill säga, där både gemenskapen och medlemsstaterna kan agera. Anledningen till att spärrverkan på detta sätt begränsas är att konflikter mellan EG-rätt och nationell rätt inte uppkommer på områden där gemenskapen har exklusiv kompetens: sådana frågor får medlemsstaterna överhuvudtaget inte reglera. På sådana områden där de två delar kompetens kan emellertid nationell rätt och EG-rätt stå i strid med varandra. Frågan hur sådana konflikter skall lösas besvaras som säkert bekant av principen om EG-rättens företräde: när nationell rätt strider mot EG-rätten har den senare företräde framför ”någon som helst nationell lagtext”.⁵⁹ Principen om EG-rättens företräde reglerar således *hur* konflikter mellan nationell rätt och EG-rätten skall lösas.

Företrädesprincipen saknar emellertid betydelse för att avgöra *om* en konflikt råder. Det är här teorin om EG-rättens spärrverkan kommer in. Teorin om EG-rättens spärrverkan är relaterad till principen om EG-rättens företräde. Cramér menar att spärrverkan är en ”naturlig konsekvens” av EG-rättens företräde.⁶⁰ Några andra författare menar att de är två sidor av samma mynt: spärrverkansteorin förklarar om en konflikt råder mellan nationell rätt och EG-rätten genom

⁵⁷ Det svenska uttrycket lanserades antagligen i Per Cramér, *Neutralitet och europeisk integration*, Norstedts, Stockholm 1998, s. 434. Tyvärr saknas en komplett svensk terminologi för teorin om spärrverkan. Teorin som sådan kommer ursprungligen från USA. Andreas Furrer, ”The Principle of Pre-emption in European Union Law” i *Sources and Categories of European Union Law: A Comparative and Reform Perspective*, Nomos, Baden-Baden 1996, s. 521–540, på s. 522, António Goucha Soares, ”Pre-emption, Conflicts of Powers and Subsidiarity” i *European Law Review* nr 23 1998, på s. 132. Vi har därför valt uttryck som i största utsträckning överensstämmer med den på engelska förhärskande begreppsapparaten.

⁵⁸ Se exempelvis Prechal, a.a., s. 22.

⁵⁹ Mål 6/64 *Costa mot ENEL* [1964] svensk specialutgåva I s. 211, s. 218 citerad och mål 11/70 *Internationale Handelsgesellschaft mBH mot Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel* [1970] svensk specialutgåva I s. 503, p. 3 (”bestämmelser i nationell lagstiftning, av vilket slag de än kan vara”).

⁶⁰ Cramér, a.a., s. 434.

att avgöra hur stort område EG-rätten ockuperar.⁶¹ Teorin om spärrverkan inrymmer olika, alternativa sätt att bedöma storleken på detta område. Även om EG-domstolen noga undviker att använda begreppet är det den som utvecklat teorin om spärrverkan på samma sätt som de flesta av EG-rättens teorier kring förhållandet mellan gemenskap och medlemsstat. Konceptet har funnits med i domstolens praxis nästan lika länge som företrädesprincipen.

Vad innebär då spärrverkan? Den första gången teorin om spärrverkan uttrycktes i EG-domstolens praxis, i rättsfallet *Walt Wilhelm*, så formulerade domstolen kortfattat teorins centrala punkt. Denna är enligt EG-domstolen att EG-rätt ”får inte variera från stat till stat genom inverkan av nationella rättsakter för att inte gemenskapssystemets funktion skall hindras och förvekligheten av fördragets mål äventyras.”⁶² Även om denna beskrivning alltjämt är korrekt finns det anledning att klargöra teorin om spärrverkan som utvecklats sedan domen i *Walt Wilhelm*. Teorin om spärrverkan innehåller tre grundläggande uppdelningar som man bör känna till. För det första, spärrverkan verkar både framåt och bakåt i tiden. Spärrverkan gör att existerande nationell reglering undanträngs när EG-rättslig reglering introduceras. Den gör också att ny nationell rätt inte kan introduceras på det område som EG-rätten ockuperar. För det andra, spärrverkan kan fungera antingen negativt eller positivt. Den kan förklara vilket område EG-rätten ockuperar men också vilket område EG-rätten inte ockuperar. För det tredje, spärrverkan uppstår antingen explicit eller implicit. Vilket av dessa det är fråga om saknar betydelse för effekterna av att EG-rätten har ockuperat ett område. De olika typerna av spärrverkan definierar dock det ockuperade området på olika sätt och på olika grund.

Man kan identifiera fem typer av spärrverkan. Vi börjar med de två typer som reglerar explicit spärrverkan vilka är *explicit sparande* och *explicit spärrverkan*. Den förstnämnda uppstår när en EG-rättslig reglering uttryckligen anger att man inte avser förta medlemsstaterna möjligheten att reglera vissa frågor,⁶³ den senare när den EG-rättsliga regleringen uttryckligen förbjuder medlemsstaterna

⁶¹ Samuel Krislov, Claus-Dieter Ehlermann och Joseph Weiler, ”Political Organs and the Decision-Making Process” i *Integration through Law*, vol. 1, bok 1, Mauro Cappelletti, Monica Secombe och Joseph Weiler red., Walter de Gruyter, New York 1986, s. 3–110, på s. 90, Robert Schütze, ”Supremacy Without Pre-emption? The Very Slowly Emergent Doctrine of Community Preemption” i *Common Market Law Review* nr 43 2006, s. 1023, 1044 och Michael Waelbroeck, ”The Emergent Doctrine of Community Preemption” i *Courts and Free Markets: Perspectives from the United States and Europe*, vol. 2, Clarendon Press, Oxford 1982, s. 548–580, på s. 551.

⁶² Mål 14/68 *Walt Wilhelm m.fl. mot Bundeskartellamt* [1969] svensk specialutgåva I s. 379 (hädanefter *Walt Wilhelm*), p. 4.

⁶³ Se exempelvis rådets direktiv 85/577/EEG av den 20 december 1985 för att skydda konsumenten i de fall då avtal ingås utanför fasta affärsställen, artikel 8 och rådets direktiv 73/241/EEG av den 24 juli 1973 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om kakao- och chokladvaror avsedda som livsmedel, artikel 14(2) (a).

från att reglera ett område trots att den saknar EG-rättslig reglering.⁶⁴ En annan uppenbar form av spärrverkan är *direkt konfliktspärrverkan* enligt vilken nationell lagstiftning inte kan reglera en fråga i direkt strid med ett uttryckligt stadgande i EG-rätten.⁶⁵

Dessa typer av spärrverkan är knappast kontroversiella eller komplicerade. Det kan man däremot inte säga om de två typerna av implicit spärrverkan. Idén bakom implicit spärrverkan är att gemenskapen, trots att den inte uttryckt det, egentligen avser att förhindra nationell reglering av ett icke reglerat område över vilket den delar kompetens med medlemsstaterna. En första typ av implicit spärrverkan är *fältspärrverkan*. Tanken bakom denna är att gemenskapen genom en genomgripande reglering av en sektion eller ett fält implicit avsåg undandra medlemsstaterna allt utrymme för ytterliggare reglering, även i sådana frågor som inte uttryckligen reglerats i EG-rättsliga rättsakter.⁶⁶ Fältspärrverkan begränsar medlemsstaternas möjlighet till lagstiftning, men det är den sista typen av spärrverkan, indirekt konfliktspärrverkan (att jämföras med direkt konfliktspärrverkan ovan) eller *hinderspärrverkan* som den också kan kallas, som är mer kontroversiell. Teorin bakom hinderspärrverkan är att gemenskapen indirekt avser att förhindra medlemsstaterna från att anta lagstiftning som skulle förta syftet med en EG-rättslig reglering, med andra ord förhindra den från att uppnå sin avsedda effekt. Att medlemsstaterna skall avstå från att vidta sådana åtgärder känns igen från folkrätten⁶⁷ och har diskuterats i andra sammanhang,⁶⁸ men tanken att EG-rätten kan ha hinderspärrverkan antyddes första gången i

⁶⁴ Se exempelvis rådets direktiv 70/524/EEG av den 23 november 1970 om fodertillsatser, artikel 13, tolkat i mål 195/84 *Denkavit Futtermittel GmbH mot Land Nordrhein-Westfalen* [1985] ECR 3181 (ej tillgängligt på svenska) och Eugene Daniel Cross, "Pre-emption of Member State Law in the European Economic Community: A Framework for Analysis" i *Common Market Law Review* nr 29 1992, s. 447–472, på s. 456–459.

⁶⁵ Cross, a.a., s. 463–465. Huruvida direkt konfliktspärrverkan överhuvudtaget bör betraktas som en form av spärrverkan råder det oenighet om. Schütze, a.a., s. 1037. Enligt Cross, a.a., och Soares, a.a., s. 133, skall direkt konfliktverkan sorteras under kategorin konfliktspärrverkan tillsammans med hinderspärrverkan som behandlas nedan. Det finns dock enligt vår mening pedagogiska fördelar med att särskilja direkt och indirekt konfliktspärrverkan. Schütze, a.a., s. 1042, refererar till denna typ av spärrverkan som *rule pre-emption*.

⁶⁶ Se exempelvis mål 159/73 *Hannoversche Zucker AG Rethen-Weetzen mot Hauptzollamt Hannover* [1974] ECR 121 (ej tillgängligt på svenska), p. 4, mål 218/85 *Association comité économique agricole régional fruits et légumes de Bretagne (CERAFEL) mot A. Le Champion* [1986] ECR 3513 (ej tillgängligt på svenska), p. 12–15, mål 255/86 *Kommisionen mot Belgien* [1988] ECR 693 (ej tillgängligt på svenska), p. 9–12, Cross, a.a., s. 459–463 och Soares, a.a., s. 136–137.

⁶⁷ Se exempelvis 1969 års Wienkonvention om traktaträtten (*Vienna Convention on the Law of Treaties*), artikel 18.

⁶⁸ Se förenade målen 3/76, 4/76 och 6/76 *Brottmål mot Cornelis Kramer m.fl.* [1976] svensk specialutgåva III s. 155, p. 42–45 och generaladvokat Trabucchi's förslag till avgörande samma mål, föredraget den 22 juni 1976. Se vidare härom Pär Hallström, "Medlemsstaternas verkställande av EG-rätten" i *Juridisk Tidskrift* nr 1 1992–93, s. 59, på s. 64.

målet *Diamantarbeiders*^{69, 70} I målet uttalade EG-domstolen att införandet av en förordning hindrar implicit medlemsstaterna från att anta nationell lagstiftning som skulle stå i strid med förordningens syfte och alltså inte endast angående frågor som uttryckligen regleras i förordningen.⁷¹

Vilken betydelse har då teorin om spärrverkan för direktivs verkan innan genomförandefristens utgång? Det har sedan några år tillbaka stått klart att direktiv har viss hinderspärrverkan från tiden för publicering till genomförandefristens utgång. Att en medlemsstat inte får vidta åtgärder som hindrar gemenskapsrättslig lagstiftning från att nå sin avsedda effekt har stått klart under längre tid.⁷² Något som slagits fast först relativt nyligen är när denna hinderspärrverkan slår till, det vill något tillspetsat säga, tidpunkten då medlemsstaterna måste upphöra med att hindra EG-rätten.

Frågan ställdes på sin spets i *Inter-Environnement Wallonie*.⁷³ I målet förklarade EG-domstolen att ett direktiv inte påför den nationella lagstiftaren någon positiv förpliktelse förrän implementeringstiden gått ut, det är ju först då som direktivet skall ha införlivats i nationell rätt. Detta innebär dock inte att direktiv fram till dess är verkningslösa. Enligt *Wallonie* kräver EG-rätten att den nationella lagstiftaren ”måste avhålla sig från att vidta åtgärder som allvarligt äventyrar det i direktivet föreskrivna resultatet” redan från när direktivet träder i kraft.⁷⁴ Av *Inter-Environnement Wallonie* följer att vad avser de nationella lagstiftarna uppstår hinderspärrverkan redan när direktivet antas: efter den tidpunkten får inte medlemsstaten vidta åtgärder som riskerar hindra direktivet från att uppnå sitt avsedda resultat.⁷⁵ Det rör sig alltså om en skyldighet att vara passiv. *Inter-Environnement Wallonie* har sedermera bekräftats av EG-domstolen, bland annat i *ATRAL*⁷⁶ och *Mangold*.⁷⁷

⁶⁹ Förenade målen 37–38/73 *Sociaal fonds voor de diamantarbeiders mot NV Indiamex och Association de fait De Belder* [1973] svensk specialutgåva II s. 187 (hädanefter *Diamantarbeiders*).

⁷⁰ Waelbroeck, a.a., s. 554.

⁷¹ *Diamantarbeiders*, p. 13. Domen illustrerar också det nära sambandet mellan, å ena sidan, hinderspärrverkan och, å andra sidan, EG-rättens krav på att medlemsstaterna skall avhålla sig från att upprätta hinder för uppnåendet av den gemensamma marknaden. Tillämpningen av dessa leder inte sällan till samma resultat. Den centrala skillnaden mellan de två ligger i att förbudet i det första fallet är implicit, i det senare explicit.

⁷² Se mål 223/78 *Brottmål mot Adriano Grosoli* [1979] ECR 2621 (ej tillgänglig på svenska), p. 7 och mål 36/80 *Irish Creamery Milk Suppliers Association mot Irland* [1981] svensk specialutgåva VI s. 29, p. 19.

⁷³ Mål C-129/96 *Inter-Environnement Wallonie ASBL mot Région Wallonie* [1997] REG s. I-7411 (hädanefter *Inter-Environnement Wallonie*).

⁷⁴ *Inter-Environnement Wallonie*, p. 45.

⁷⁵ *Inter-Environnement Wallonie*, p. 50.

⁷⁶ Mål C-14/02 *ATRAL Sa mot Belgien* [2003] REG s. I-4431 (hädanefter *ATRAL*), p. 58.

⁷⁷ Mål C-144/04 *Mangold mot Rüdiger Helm* [2005] REG s. I-9981 (hädanefter *Mangold*), p. 67.

3.3 Stegen fram till *Adeneler* – Wippel och Mangold

Såsom framgått ovan förknippas teorin om spärrverkan normalt med restriktioner för lagstiftaren medan indirekt effekt berör framförallt skyldigheter för de nationella domstolarna. I punkt 123 i *Adeneler* kopplade dock EG-domstolen samman dessa båda principer. Detta drag från EG-domstolen kan förefalla överraskande, men det bör ses som kulmen på en diskussion initierad av generaladvokaterna Kokott och Tizzano.

I sitt yttrande i *Adeneler* kopplade generaladvokat Kokott samman indirekt effekt och spärrverkan, men på ett annat sätt än EG-domstolen senare skulle göra.⁷⁸ Hon inledde med att hänvisa till EG-domstolens tidigare rättspraxis rörande indirekt effekt, varvid hon noterade att skyldigheten att tolka nationell rätt mot bakgrund av ett direktiv åtminstone inträdde då genomförandefristen löpt ut. Härmed avvisade Kokott ovan redovisade alternativ (c). Det är särskilt intressant att notera att generaladvokaten i just (och endast) detta sammanhang åberopade *Centrosteeel*.⁷⁹ Därmed tycks hon hävda att målet säger endast just detta, det vill säga att det inte utesluter indirekt effekt innan genomförandefristen löpt ut. Kokott fortsatte med att hävda att den för indirekt effekt relevanta tidpunkten var dagen för direktivets ikraftträdande, det vill säga alternativ (a). Stöd för denna uppfattning fann hon i artikel 249 tredje stycket EG jämförd med artikel 10 EG. Till att börja med noterade Kokott att direktiv var bindande från dagen för deras ikraftträdande, och att EG-domstolen ur detta förhållande skapat plikten för medlemsstaterna att under genomförandefristen avhålla sig från att vidta åtgärder vilka skulle kunna allvarligt äventyra direktivets resultat.⁸⁰ Emellertid ansåg generaladvokaten att artiklarna 249 och 10 skapade inte endast denna passivitetsplikt utan även en positiv skyldighet för medlemsstaterna att vidta alla lämpliga åtgärder. Efter att ha etablerat denna allmänna positiva skyldighet drog Kokott två slutsatser. För det första uppstår skyldigheten vad gäller direktiv redan vid dagen för ikraftträdandet. För det andra omfattar skyldigheten alla offentliga myndigheter i medlemsstaterna, därmed även domstolarna.⁸¹ Här efter försvarade Kokott sin ståndpunkt mot tre möjliga invändningar. Invändning nummer ett rörde gränsen mot direkt effekt. Generaladvokaten tillstod att medlemsstaternas domstolar inte var förpliktade att underlåta att tillämpa befintliga nationella regler innan genomförandefristen löpt ut. Emeller-

⁷⁸ Generaladvokat Kokotts förslag till avgörande i *Adeneler*, föredraget den 27 oktober 2005, p. 42–54.

⁷⁹ Generaladvokatens förslag till avgörande i *Adeneler*, p. 44, not 27.

⁸⁰ Generaladvokatens förslag till avgörande i *Adeneler*, p. 47–48. Kokott hänvisade här till *Inter-Environnement Wallonie* (p. 48, not 34) och därmed till principen om spärrverkan eller närmare bestämt hinderspärverkan.

⁸¹ Generaladvokatens förslag till avgörande i *Adeneler*, p. 49. Såsom exempel på de nationella domstolarnas bundenhet av gemenskapsrätten pekade Kokott (p. 50) på det faktum att de är skyldiga att ta hänsyn även till icke bindande rekommendationer.

tid ansåg Kokott att denna begränsning inte hade någon bäring på den föreliggande diskussionen om indirekt effekt. Den senare principen krävde att domstolarna skulle tolka nationell lagstiftning mot bakgrund av gemenskapsrätten, och inte att de skulle avstå från att tillämpa den nationella rätten.⁸² Invändning nummer två rörde betydelsen av genomförandefristen. Kokott medgav här att existensen av en genomförandefrist medförde att de nationella lagstiftarna inte var förpliktade att implementera direktivet innan fristen löpt ut. Denna frist grundades dock i tekniska svårigheter kopplade till lagstiftning, varför medlemsstaternas domstolar inte kunde tillgodoräkna sig detta uppskov.⁸³ Slutligen berörde invändning nummer tre förhållandet mellan domstolarna och lagstiftaren. Kokott ansåg inte att en förpliktelse för medlemsstaternas domstolar att tillämpa indirekt effekt redan från ett direktivs ikraftträdande skulle kunna leda till att dessa föregrep eller handlade i strid med lagstiftarens senare åtgärder då både domstolarna och lagstiftaren var skyldiga att uppnå det av direktivet fastlagda resultatet.⁸⁴

Kokotts resonemang i *Adeneler* utsträcker principen om indirekt effekt till att gälla även innan genomförandefristen löpt ut. Hennes resonemang får förstås så att hinderspärverkan enligt *Inter-Environnement Wallonie* utgör den negativa (passiva) konsekvensen av lojalitetsplikten i artikel 10 EG, medan indirekt effekt utgör den positiva (aktiva) konsekvensen av densamma. Problemet med Kokotts teori är frågan när denna positiva skyldighet skall inträda. Det torde vara klart att artikel 10 EG kräver aktiva åtgärder även av medlemsstaternas domstolar.⁸⁵ Något uppenbart stöd för att denna positiva skyldighet inträder redan när direktivet i fråga träder i kraft står dock enligt vårt synsätt inte att finna. I *Adeneler* hänvisade Kokott i detta avseende till punkt 40–42 i *Inter-Environnement Wallonie*.⁸⁶ Medan dessa avsnitt uppenbart stöder den första delen av resonemanget (domstolarna omfattas av artikel 10 EG) säger de ingenting om tidpunkten då den positiva skyldigheten inträder. I punkt 41 av *Inter-Environnement Wallonie* noterade förvisso EG-domstolen att direktiv får rättsverknningar redan då de träder i kraft.⁸⁷ Senare i målet förklarade dock EG-domstolen att dessa rättsverknningar manifesteras i den negativa skyldigheten att avhålla sig från att vidta vissa åtgärder, vilken betecknas som hinderspärverkan.⁸⁸ Utifrån den allmänna lojalitetsplikten i artikel 10 EG kan man argumentera för en

⁸² Generaladvokatens förslag till avgörande i *Adeneler*, p. 51.

⁸³ Generaladvokatens förslag till avgörande i *Adeneler*, p. 52.

⁸⁴ Generaladvokatens förslag till avgörande i *Adeneler*, p. 53.

⁸⁵ Detta framgår exempelvis av p. 26 i *von Colson* och p. 40 i *Inter-Environnement Wallonie*.

⁸⁶ Generaladvokatens förslag till avgörande i *Adeneler*, p. 49: "När det gäller direktiv som fordrar införlivande uppkommer denna gemenskapsrättsliga skyldighet att uppnå det i direktivet föreskrivna resultatet redan vid ikraftträdandet", fotnot utelämnad.

⁸⁷ Denna diskussion gällde för övrigt direktiv vilka blev gällande genom delgivning enligt dåvarande artikel 191.2 EEG, nuvarande artikel 254.3 EG.

⁸⁸ *Inter-Environnement Wallonie*, p. 43–45.

positiv skyldighet för medlemsstaternas domstolar att agera redan innan genomförandefristen löpt ut.⁸⁹ Däremot är det tveksamt om en sådan skyldighet kan härledas direkt från målet *Inter-Environnement Wallonie*.

Om Kokotts diskussion om indirekt effekt i *Adeneler* till viss del kopplas samman med principen om hinderspärreverkan (och framför allt *Inter-Environnement Wallonie*, vilket är det ledande målet på området) så har denna sammanflätning varit än tydligare i tidigare diskussioner av Kokott och Tizzano. De ovan diskuterade målen *Océano* och *Centrosteel* tycktes ju (förvisso med viss resterande osäkerhet) tydligt peka mot att principen om indirekt effekt aktualiserades först efter det att genomförandefristen löpt ut. I två mål från 2004 och 2005 argumenterade emellertid generaladvokaterna Kokott och Tizzano, delvis utifrån principen om spärrverkan, för motsatt lösning.⁹⁰

Målet *Wippel* rörde bland annat frågor om behovsanställning och arbetstagarbegreppet, och beslutades av EG-domstolen 2004.⁹¹ Direktiv 97/81⁹² var av relevans för målet. Genomförandefristen för direktivet hade inte löpt ut när det aktuella anställningsförhållandet ingicks. Frågan var därför vilken betydelse direktivet skulle tillmätas avseende denna tidsperiod.⁹³ Generaladvokat Kokott hänvisade till bland annat *Inter-Environnement Wallonie* och betonade att direktiv hade rättsverkningar redan innan genomförandefristen löpt ut, i det att medlemsstaterna var förpliktade att avhålla sig från alla åtgärder som skulle kunna allvarligt äventyra direktivets mål.⁹⁴ Kokott tog emellertid denna förpliktelse ett steg längre och hävdade att direktiv även kunde ha andra, mer långtgående rättsverkningar. Hon gjorde gällande att syftet med genomförandefristen för direktivet i fråga var att tillåta tid för lagstiftning samt avtalsförhandlingar mellan arbetsmarknadens parter. Detta skulle emellertid ses som ett undantag till huvudregeln att direktivets mål är bindande då det träder i kraft. Således ansåg Kokott att medlemsstaternas domstolar var bundna av direktivet från dagen för dess ikraftträdande.⁹⁵ Hon konkluderade att de politiska värderingar vilka

⁸⁹ Den osannolikt breda fraseringen av artikel 10 EG torde i sig kunna grunda vilka skyldigheter som helst för medlemsstaterna, vilket med all önskvärd tydlighet framgår av EG-domstolens praxis.

⁹⁰ Redan 1999 hävdade generaladvokat Alber, med hänvisning till *Inter-Environnement Wallonie*, att nationell lagstiftning skulle tolkas och tillämpas i enlighet med ett direktiv, även om dess genomförandefrist inte löpt ut, se generaladvokat Albers förslag till avgörande i mål C-165/98 *Ministère public, Eric Guillaume m.fl. mot André Mazzoleni, Inter Surveillance Assistance SARL* [2001] REG I-2189 (hädanefter *Mazzoleni*), föredraget den 29 september 1999, p. 12 och not 6. Alber diskuterade dock inte närmare hur *Inter-Environnement Wallonie* skapade denna plikt.

⁹¹ Mål C-313/02 *Nicole Wippel mot Peek & Cloppenburg GmbH & Co. KG* [2004] REG I-9483 (hädanefter *Wippel*).

⁹² Rådets direktiv 97/81/EG av den 15 december 1997 om ramavtalet om deltidarbete under tecknat av UNICE, CEEP och EFS.

⁹³ Generaladvokat Kokotts förslag till avgörande i *Wippel*, föredraget den 18 maj 2004, p. 57–58.

⁹⁴ Generaladvokatens förslag till avgörande i *Wippel*, p. 59.

⁹⁵ Generaladvokatens förslag till avgörande i *Wippel*, p. 60.

låg till grund för direktivet skulle tillämpas av domstolarna när de senare tolkade generalklausuler och obestämda rättsbegrepp i nationell rätt. Domstolarna kunde inte anses föregripa lagstiftaren om de endast utförde sitt uppdrag att tolka redan existerande nationell lagstiftning innehållande sådana generalklausuler eller obestämda rättsbegrepp.⁹⁶ Kokotts slutsats var att "[e]nligt min mening skall därför bestämmelser i nationell rätt, *särskilt* generalklausuler och obestämda rättsbegrepp, tolkas och tillämpas i överensstämmelse med direktivet även före utgången av fristen för införlivande".⁹⁷

Kokotts resonemang böljar fram och åter och är något svårt att följa. Framför allt noterar vi en diskrepans mellan diskussionen och slutsatsen. I punkterna 57–62 diskuterar Kokott huvudsakligen *in casu* och synes begränsa den nationella domstolens tolkningsplikt till generalklausuler och obestämda rättsbegrepp.⁹⁸ I sin slutsats skapar hon dock en allmän och långtgående plikt för medlemsstaternas domstolar, vilken inte begränsas till generalklausuler och obestämda rättsbegrepp.⁹⁹ Kokott hänvisar inte explicit till vare sig indirekt effekt eller spärrverkan. Hon baserar sin argumentation på bland annat *Inter-Environnement Wallonie*, vilket skulle kunna peka på att det är principen om spärrverkan som diskuteras. Emellertid står det också klart att den upprättade skyldigheten är en tolkningsplikt, vilket innebär en tillämpning av principen om indirekt effekt. Sammantaget synes det som att Kokott skapat en hybrid av de två principerna, eller åtminstone utsträckt indirekt effekt att gälla även innan genomförandefristen löpt ut med hjälp av ett resonemang kring spärrverkan. I efterhand har dock Kokott själv hävdad att det var principen om indirekt effekt som hon diskuterade i *Wippel*.¹⁰⁰ Under alla omständigheter innebär Kokotts resonemang att medlemsstaternas domstolar inte endast jämföras med lagstiftaren utan faktiskt påförs längre gående förpliktelser. Medan lagstiftaren måste avhålla sig från vissa åtgärder (en negativ förpliktelse) åläggs domstolarna en positiv förpliktelse att tolka nationell lagstiftning i enlighet med direktivet. EG-domstolen valde emellertid att ducka vad gäller frågan om relevant tidpunkt för indirekt effekt i *Wippel* och kommenterade därmed inte Kokotts förslag.

Målet *Mangold* rörde frågor liknande dem i *Wippel* och här diskuterade generaladvokat Tizzano frågan om tidpunkten då indirekt effekt aktualiseras.¹⁰¹ Arbetsdomstolen i München hade ställt ett antal frågor till EG-domstolen, va-

⁹⁶ Generaladvokatens förslag till avgörande i *Wippel*, p. 61–62.

⁹⁷ Generaladvokatens förslag till avgörande i *Wippel*, p. 63, vår kursivering.

⁹⁸ I liknande riktning, dock ej lika långtgående, noterar Prechal att nationella domstolar *får* tolka direktivkonformt även innan genomförandefristen löpt ut för det fall att tolkningen rymms inom den nationella lagstiftningen, se Prechal, a.a., s. 22.

⁹⁹ Denna diskrepans påminner onekligen om EG-domstolen i *von Colson*, där man dock gick längre i domskälen än i domslutet vad gäller den nationella lagstiftning som omfattas av indirekt effekt, jfr p. 26 och domslutet p. 3 i *von Colson*.

¹⁰⁰ Generaladvokat Kokotts förslag till avgörande i *Adeneler*, p. 42–45.

¹⁰¹ Generaladvokat Tizzanos förslag till avgörande i *Mangold*, föredraget den 30 juni 2005.

rav en rörde huruvida den, för det fall att de relevanta tyska reglerna fanns stå i strid med gemenskapsrätten, skulle underlåta att tillämpa de tyska reglerna i ett mål mellan enskilda.¹⁰² Denna fråga diskuterades i detalj av Tizzano. Han besvarade frågan nekande och underströk att horisontell direkt effekt av direktiv inte var möjlig, vilket gällde *a fortiori* då genomförandefristen inte hade löpt ut. Således kunde arbetsdomstolen, enligt Tizzano, inte underlåta att tillämpa den relevanta tyska regeln.¹⁰³ Han tillade dock att arbetsdomstolen fortfarande hade skyldigheter i enlighet med principen om indirekt effekt. Tizzano noterade att skyldigheten att tolka direktivkonformt otvetydigt gällde för direktiv 1999/70,¹⁰⁴ där genomförandefristen löpt ut. Detta hjälpte emellertid föga då nämnda direktiv hade begränsad betydelse i målet. Tizzano hävdade dock att principen om indirekt effekt gällde även för de direktiv, bland annat direktiv 2000/78,¹⁰⁵ där genomförandefristen inte hade löpt ut. Han angav två huvudsakliga skäl för att så var fallet. För det första ansåg han att indirekt effekt var en strukturell effekt av gemenskapsrätten, vilken möjliggjorde en anpassning av medlemsstaternas rättsystem och vilken gällde för alla rättskällor inom gemenskapen. Eftersom direktiv var en sådan rättskälla, med rättsverkningar även innan genomförandefristen löpt ut, stod det enligt Tizzano klart att indirekt effekt gällde även för dessa. För det andra hänvisade generaladvokaten till EG-domstolens rättspraxis angående spärrverkan. Då den senare gällde även medlemsstaternas domstolar konkluderade Tizzano:¹⁰⁶

Härav följer således att så länge fristen inte har löpt ut skall även dessa domstolar vid utövandet av sina behörigheter göra allt som är möjligt för att hindra att det resultat som avses i direktivet äventyras. De skall med andra ord på samma sätt ge företräde för den tolkning av den nationella rätten som ligger närmast direktivets ordalydelse och syfte.

¹⁰² Generaladvokatens förslag till avgörande i *Mangold*, p. 16–19.

¹⁰³ Generaladvokatens förslag till avgörande i *Mangold*, p. 106–111. Vi finner det något oväntat att Tizzano valde att diskutera frågan utifrån traditionell horisontell direkt effekt av direktiv. Då frågan berörde en eventuell skyldighet att underlåta att tillämpa viss nationell lagstiftning kunde det, enligt vårt perspektiv, ha legat nära till hands att istället fokusera på vad som brukar kallas triangulära situationer eller på engelska ”incidental horizontal effect”, representerat av framför allt målen C-194/94 *CIA Security International SA mot Signalson SA och Securitel SPRL* [1996] REG I-2201 och C-443/98 *Unilever Italia SpA mot Central Food SpA* [2000] REG I-7535, vilket även EG-domstolen senare gjorde. Se vidare bland annat Craig och de Búrca, a.a., s. 220–227 samt Jörgen Hettne och Ida Orken Eriksson (red.) *EU-rättslig metod – Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, Norstedts Juridik AB, Stockholm 2005, s. 107–108.

¹⁰⁴ Rådets direktiv 1999/70/EG av den 28 juni 1999 om ramavtalet om visstidsarbete under tecknat av EFS, UNICE och CEEP.

¹⁰⁵ Rådets direktiv 2000/78/EG av den 27 november 2000 om inrättande av en allmän ram för likabehandling.

¹⁰⁶ Generaladvokatens förslag till avgörande i *Mangold*, p. 112–120, citatet från p. 120.

Tizzanos diskussion rörande betydelsen av genomförandefristen är, jämfört med Kokotts diskussion i *Wippel*, mer rakt på sak och han diskuterade explicit just principen om indirekt effekt. Det är dock mer som förenar än som skiljer de båda generaladvokaterna åt. Liksom Kokott knöt Tizzano samman indirekt effekt och spärrverkan. Hans ovan redovisade andra argument rör just spärrverkan och han använde denna princip för att grundlägga en tolkningsskyldighet för nationella domstolar redan innan genomförandefristen löpt ut. Liksom lagstiftaren skall medlemsstaternas domstolar enligt Tizzano förhindra att direktivets resultat äventyras. I realiteten innebär detta dock en längre gående förpliktelse för domstolarna än för lagstiftaren. Medan den senare endast behöver avhålla sig från att agera, eller med andra ord lagstifta i strid mot direktivet, måste domstolarna aktivt tolka nationell rätt i enlighet med direktivet.

Precis som i *Wippel* så valde EG-domstolen i *Mangold* att inte kommentera frågan om indirekt effekt. Här löste istället domstolen frågan genom att hänvisa till skyldigheten för medlemsstaternas domstolar att underlåta att tillämpa nationell lagstiftning som strider mot gemenskapsrätten, vad som kommit att kallas triangulära situationer. EG-domstolen fann att förbudet mot diskriminering på grund av ålder var del av den allmänna principen om likabehandling, och den senare var inte beroende av att genomförandefristen för direktivet i fråga hade löpt ut. Således var lösningen på det föreliggande problemet inte att tolka nationell rätt utan att underlåta att tillämpa densamma då den stred mot gemenskapsrätten.¹⁰⁷

3.4 Vad innebär Adeneler för de nationella domstolarna?

Mot denna bakgrund är vi redo att återvända till målet *Adeneler* och, mer bestämt, EG-domstolens ovan citerade slutsats i punkten 123. Vad avser de nationella domstolarnas verksamhet finns det två saker i den senare delen av *Adeneler*-domen som är värda att uppmärksammas.

För det första slår domstolen fast vissa principiella utgångspunkter för de nationella domstolarnas gemenskapsrättsliga skyldigheter. Det har sedan länge stått klart att nationella domstolar omfattas av de skyldigheter som medlemsstaten har och som följer av EG-fördraget. Det framgår också av praxis att nationella domstolar omfattas av medlemsstatens allmänna skyldighet att säkerställa EG-rättens fulla verkan¹⁰⁸ och mer specifikt av skyldigheten under artik-

¹⁰⁷ *Mangold*, p. 75–77. Vad gäller triangulära situationer se ovan not 103. Även Tridimas tycks se EG-domstolens resonemang i *Mangold* som ett utslag av triangulära situationer, se anförande av Takis Tridimas på temat Recent Developments on EU Judicial Protection vid Annual European Law Conference, King's College, London, den 10 mars 2006.

¹⁰⁸ Målen 106/77 *Amministrazione delle Finanze dello Stato mot Simmenthal* [1978] svensk specialutgåva IV s. 75, p. 14–16 och C-6/90 & C-9/90 *Andrea Francovich och Danila Bonifaci m.fl. mot Italienska republiken* [1991] svensk specialutgåva XI s. I-435, p. 32.

larna 10 och 249 EG att vidta nödvändiga åtgärder för att uppnå målen med ett direktiv.¹⁰⁹ I *Adeneler* kopplar EG-domstolen samman nationella domstolars skyldighet att säkerställa EG-rättens fulla verkan med den hinder spärrverkan som omfattar medlemsstaterna enligt *Inter-Environnement Wallonie*. Från det datum då ett direktiv träder i kraft får inte en nationell domstol vidta åtgärder som kan allvarligt äventyra att ett direktiv inte får sin avsedda verkan.¹¹⁰ Även om *Inter-Environnement Wallonie* har givits många – mer eller mindre långtgående – tolkningar¹¹¹ säger aldrig EG-domstolen uttryckligen i målet att även de nationella domstolarna omfattas av ”medlemsstaternas” skyldighet att avstå från hindrande åtgärder.

En andra, långt mer komplex fråga som berörs av *Adeneler* är vad de nationella domstolarnas skyldighet att avstå från hindrande åtgärder innebär för deras verksamhet. Av domen följer att nationella domstolar vid tolkning av nationell rätt skall avhålla sig från tolkning som ”efter utgången av införlivandefristen riskerar att allvarligt äventyra de mål som eftersträvas med direktivet.”¹¹² Denna skyldighet påminner tydligt om indirekt effekt men det är också klart att det inte är fråga om samma sak. Uttalandet innebär att en typ av ”preliminär” indirekt effekt gäller mellan tidpunkten då ett direktiv träder i kraft och tidpunkten då tiden för implementering löper ut och ”fullständig” indirekt effekt träder i kraft.¹¹³ Den i punkten 123 beskrivna preliminära indirekta effekten avviker från den fullständiga i framförallt tre hänseenden. För det första, den gäller redan från tiden för direktivets ikraftträdande. För det andra, den ger endast upphov till en negativ förpliktelse: skyldigheten att avstå från att göra vissa tolkningar. För det tredje, den är villkorad till situationer där målen med direktivet allvarligt äventyras. Vad denna preliminära indirekta effekt innebär för de nationella domstolarnas verksamhet är dock inte klart från det citerade stycket. Man kan, som vi förstår det, tolka EG-domstolen på tre sätt.

Ett sätt att förstå preliminär indirekt effekt är mot bakgrund av fullständig indirekt effekt. På detta sätt kan det citerade uttalandet förstås på så sätt att en nationell domstol är skyldig att på samma sätt som för fullständig indirekt effekt i möjligaste utsträckning tolka nationell rätt på ett sätt som främjar direktivets resultat men innan implementeringstidens utgång endast om en annan

¹⁰⁹ *Marleasing*, p. 8 (artiklarna 10 och 249 EG) och mål C-72/95 *Aannemerbedrijf P.K. Kraaijveld BV e.a. mot Gedeputeerde Staten van Zuid-Holland* [1996] REG s. I-5403, p. 55 (artikel 249 EG).

¹¹⁰ *Adeneler*, p. 121–122.

¹¹¹ Se bland många andra generaladvokaterna Kokott och Tizzano, vars förhållningssätt diskuteras i avsnitt 3.3 ovan, och Maria Svahn, ”Borde e-handelsdirektivet redan tillämpas?” i *Euro-parättslig tidskrift* nr 4 2001, s. 551–561, på s. 554.

¹¹² *Adeneler*, p. 123.

¹¹³ Med begreppet ”fullständig indirekt effekt” avser vi plikten, etablerad bland annat i *Marleasing*, att tolka all nationell lagstiftning, antagen före eller efter direktivet och oavsett om den är avsedd att genomföra direktivet eller ej, i ljuset av syftet med direktivet.

tolkning skulle allvarligt äventyra uppnåendet av direktivets syfte efter implementeringstidens utgång. Det vill säga, det måste föreligga risk för framtida allvarlig och irreparabel skada för direktivets syfte för att indirekt effekt skall inträda innan implementeringsfristen löpt ut eller direktivet införlivats. Härvid kan man anta att den nationella domstolen skall iakttä samma förfarande som för fullständig indirekt effekt till exempel vad gäller tolkningsmetoder. Det torde också vara så att tolkningen vid preliminär indirekt effekt skall göras mot "bakgrund av direktivets ordalydelse och syfte så att det resultat som avses i direktivet uppnås"¹¹⁴ på samma sätt som för fullständig indirekt effekt. De enda skillnaderna mellan preliminär och fullständig indirekt effekt skulle i så fall vara att de löper vid olika tidpunkter och att den förra förutsätter att syftet med direktivet lider kvalificerad skada.

Dess relativa lättfattlighet gör en sådan tolkning lockande men den är inte helt överensstämmande med lydelsen i punkten 123. En mer bokstavs nära tolkning av punkten ger för handen att det är frågan om någonting annat. Att nationella domstolar inte skall tolka nationell rätt på ett sätt som äventyrar målet med direktivet är strikt sett inte samma sak som att nationell rätt skall tolkas direktivkonformt. Läser man texten motsatsvis, vilket i och för sig sällan är att rekommendera när det gäller EG-domstolens domar, skall nationell rätt fram till implementeringsfristens utgång tolkas på vilket sätt som helst, oavsett direktivets innehåll, som inte äventyrar uppnåendet av direktivets mål. Preliminär indirekt effekt skulle i så fall utgöra något mer markant annat än fullständig indirekt effekt.

Ingen av dessa tolkningar är dock särskilt tilltalande. En första brist är att det är svårt att förstå vad preliminär indirekt effekt faktiskt kräver av nationella domstolar. Att finna ett praktiskt exempel där fortsatt tolkning av nationell rätt skulle leda till framtida allvarlig och irreparabel skada till direktivets syfte har varit oss övermäktigt. Det finns också en annan, mer principiell kritik mot inträttandet av preliminär indirekt effekt med någon av dessa innebörder. Det förefaller rent allmänt tveksamt att överföra teorin om spärrverkan, som enligt utläggningen ovan förklarar övergången från delad kompetens mellan två lagstiftare till exklusiv kompetens, till domstolars dömande verksamhet.

I så fall förefaller det oss lämpligare att tolka det EG-domstolen säger i *Adeneler* mot bakgrund av tidigare praxis kring spärrverkan även om detta innebär att man måste göra visst våld på texten.¹¹⁵ Möjligen kan man förstå den senare delen av *Adeneler* som ett uttryck för att EG-domstolen försöker ställa de nationella domstolarna i deras rättsskapande verksamhet på samma nivå som de nationella lagstiftarna. Det förefaller rimligt att domstolar i sin normskapande

¹¹⁴ *Adeneler*, p. 108.

¹¹⁵ En sådan tolkning förutsätter att man inte tillmäter skrivelsen "som efter utgången av införlivandefristen" bokstavlig betydelse.

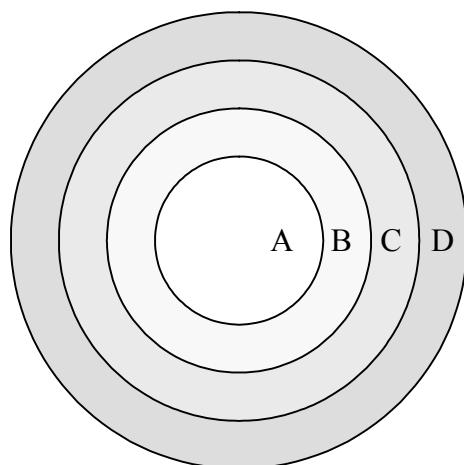
verksamhet omfattas av samma EG-rättsliga begränsningar som lagstiftande församlingar. Preliminär indirekt effekt skall i så fall förstås som att domstolar genom tolkning inte får förhindra att målen med ett direktiv uppnås (hinder-spärrverkan) och att denna skyldighet, precis som motsvarande begränsning för den nationella lagstiftaren, infaller redan från tiden för ikraftträdande. En sådan tolkning är inte bara teoretiskt sund, det faktum att EG-domstolen uttrycker de nationella domstolarnas förpliktelser i negativa termer och att den lutar sig mot praxis om legislativ spärrverkan antyder att man velat sätta domstolen på samma fot som lagstiftaren. Det problematiska med att överföra teorin om spärrverkan, vilken är anpassad för lagstiftaren, till domstolarnas dömande verksamhet är att de senare inte kan vara passiva i ordets egentliga bemärkelse. Lagstiftaren kan avstå från att agera genom att inte anta ny lagstiftning men domstolarna har inte möjlighet att undgå att ta ställning. Vi menar dock att man åtminstone för vissa situationer kan "översätta" den negativa plikten från spärrverkan till domstolarnas verksamhet. I *Inter-Environnement Wallonie* och efterföljande praxis trycker EG-domstolen på att "medlemsstaterna . . . måste avhålla sig från att vidta åtgärder som allvarligt äventyrar det i direktivet föreskrivna resultatet."¹¹⁶ Om detta skall överföras till de nationella domstolarnas verksamhet skulle preliminär indirekt effekt i så fall innebära att nationella domstolar från ett direktivs ikraftträdande måste avstå från att tolka befintlig nationell rätt på ett nytt sätt som skulle stå i strid med direktivets avsedda resultat. Även de alternativa tolkningarna presenterade ovan torde förbjuda detta. Däremot skulle preliminär indirekt effekt inte kräva positiva åtgärder från medlemsstaternas domstolar. Det vill säga, det krävs inte att de överger en sedan tidigare etablerad tolkning av nationell rätt för att närma sig direktivets mål. Denna diskussion kan illustreras på följande sätt.

I figuren nedan motsvarar fälten A–D fyra olika tolkningar vilka samtliga rymms inom en nationell regels tolkningsutrymme. Tolkningen B är den sedan tidigare, av nationella domstolar, etablerade tolkningen. Tolkningen D är den tolkning vilken stämmer bäst överens med målen för direktivet i fråga. Tolkningen C ligger närmare direktivets mål än B och tolkningen A ligger längre bort från direktivets mål än B. I denna, något teoretiska, situation skulle preliminär indirekt effekt *tillåta* att nationella domstolar höll fast vid tolkning B eller gick över till tolkning C eller D.¹¹⁷ Däremot skulle principen *förbjuda* att

¹¹⁶ *Inter-Environnement Wallonie*, p. 50, *ATRAL*, p. 58 ("under ett direktivs införlivandefrist måste medlemsstaterna avhålla sig från att vidta åtgärder som allvarligt äventyrar att det i direktivet föreskrivna resultatet uppnås") och *Mangold*, p. 67 ("under ett direktivs införlivandefrist skall medlemsstaterna avhålla sig från att vidta åtgärder som allvarligt äventyrar det resultat som föreskrivs i direktivet").

¹¹⁷ Det faktum att den nationella domstolen får gå över till tolkningen D torde stå utom tvivel. Eftersom preliminär indirekt effekt tillåter den nationella domstolen att stanna kvar vid tolkningen B torde det följa *a fortiori* att den också får gå över till tolkningen C, vilken är mer gynnsam från gemenskapens perspektiv. Målet C-420/92 *Elizabeth Bramhill mot Chief Adjudication*

domstolarna övergick till tolkning A. Sammanfattningsvis innebär alltså preliminär indirekt effekt i vart fall att medlemsstaternas domstolar tillåts (men inte tvingas) förbättra en existerande tolkning av nationell lagstiftning så att den bättre uppnår gemenskapens mål och att de förbjuds att förändra tolkningen så att nationell rätt förs längre bort från direktivets mål.



Det är således möjligt att konstruera en situation där medlemsstaternas domstolar kan påföras en negativ förpliktelse vad gäller tolkningen av nationell lagstiftning. Problemet är att situationen kräver en redan etablerad tolkning av nationell rätt. Om en sådan etablerad tolkning inte existerar ter det sig ogörligt att konstruera en negativ tolkningsplikt och principen om preliminär indirekt effekt säger oss i sådana lägen ingenting.

Om denna tolkning av *Adeneler* är korrekt innebär det att generaladvokaterna Kokott och Tizzano fått delvis rätt, delvis fel. Å ena sidan har EG-domstolen till slut hörsammat att både nationella lagstiftare och nationella domstolar skall omfattas av spärrverkan på samma sätt som gäller EG-rättsliga förpliktelser i andra hänseenden. Å andra sidan likställer EG-domstolen de två fullt ut och påför domstolarna samma negativa förpliktelser i normskapande verksamhet som gäller för lagstiftning, medan generaladvokaterna föredrar en mer långtgående positiv förpliktelse för domstolarna. EG-domstolens förhållningsätt är mer logiskt konsekvent men generaladvokaternas inställning är mer pragmatisk. Diskussionen ovan demonstrerar att det är svårt att konstruera en enbart negativ förpliktelse för de nationella domstolarna.

Officer [1994] ECR I-3191 (ej tillgängligt på svenska), p. 19–21 demonstrerar i allmänhet att EG-domstolen ställt sig positiv till förbättringar i nationell lagstiftning, även om dessa ej till fullo uppnått gemenskapsrättens mål.

4. FÖRTIDA MEN FELAKTIG IMPLEMENTERING

4.1 Inledning

I diskussionen ovan har vi utgått från att medlemsstaten inte vidtagit några åtgärder för att implementera direktiv under implementeringsfristen. Så är i verkligheten inte alltid fallet. Att medlemsstater vidtar vissa implementeringsåtgärder redan under implementeringstiden torde inte vara ovanligt. I den mån sådana förtida implementeringsåtgärder är i allt korrekta leder de inte till några bekymmer eftersom det underliggande direktivets eventuella direkta som indirekta effekt då saknar betydelse. Annorlunda förhåller det sig om en medlemsstat valt att i förtid implementera ett direktiv i nationell rätt men därvid gjort det felaktigt.

4.2 Direkt effekt

Domstolen har aldrig uttömmande besvarat om förtida men felaktig implementering leder till att ett direktiv får direkt effekt.¹¹⁸ Vad gäller direkt effekt har EG-domstolen å ena sidan antytt att en medlemsstat generellt sett inte skall belastas för att den varit passiv före genomförandefristens utgång,¹¹⁹ vilket skulle tala för att frågan skall besvaras nekande. Å andra sidan har EG-domstolen ibland uttalat att enskilda kan använda bestämmelser i ett direktiv direkt mot en medlemsstat ”såväl när denna underlåter att i tid genomföra direktivet i nationell rätt som när den genomför direktivet på ett felaktigt sätt”,¹²⁰ vilket skulle kunna antyda ett jakande svar på frågan.¹²¹ Det närmaste EG-domstolen hittills kommit att slutgiltigt besvara frågan var när den i *Hansa Fleisch* uttalade att enskilda endast kan stödja sig direkt på ett beslut efter implementeringsfristens utgång *eller om beslutet implementerats i tid men felaktigt*.¹²² Tydligheten i detta uttalande är emellertid skenbar eftersom EG-domstolen i nästa punkt lika uttryckligt förklarade att enskilda inte kan förlita sig på ett beslut gentemot en

¹¹⁸ Hartley, a.a., s. 210.

¹¹⁹ Se exempelvis *Ratti*, p. 42–44 och *Rieser*, p. 67–68.

¹²⁰ Målet 152/84 *M. H. Marshall mot Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority* [1986] svensk specialutgåva VIII s. 457 (hädanefter *Marshall*), p. 46. Marshall i sin tur hänvisar till målet 8/81 *Ursula Becker mot Finanzamt Münster-Innenstadt* [1982] svensk specialutgåva VI s.285 (hädanefter *Becker*). *Becker* skulle också kunna läsas som ett stöd för att direkt effekt skulle kunna förekomma vid förtida, felaktig implementering. Domstolen konstaterade här nämligen att problem uppstår om en medlemsstat inte korrekt implementerar ett direktiv, ”särskilt om” direktivet inte genomförs innan utgången av fristen, se *Becker* p. 20.

¹²¹ Generaladvokat Jacobs förslag till avgörande i målet C-156/91 *Hansa Fleisch Ernst Mundt GmbH & Co. KG mot Landrat des Kreises Schleswig-Flensburg* [1992] ECR I-5567 (ej tillgängligt på svenska) (hädanefter *Hansa Fleisch*), föredraget den 25 juni 1992, p. 17–18.

¹²² *Hansa Fleisch*, p. 19.

medlemsstat förrän implementeringsperioden passerat.¹²³ Det senare uttalandet får även stöd i målet *Suffritti*, vilket meddelades mindre än en månad efter *Hansa Fleisch*.¹²⁴ Här förklarade EG-domstolen att "it is only where a Member State has not correctly implemented a directive upon the expiry of the period prescribed for its implementation that individuals may, upon certain conditions, assert before the national courts rights which they derive directly from the provisions of that directive".¹²⁵

Frågan har inte heller tydligt besvarats i doktrinen. Vad gäller argument för förtida direkt effekt menar Hartley att en förtida implementering av ett direktiv kan tolkas som att medlemsstaten avstått från implementeringsfristen.¹²⁶ Vidare har den tidigare nämnda domen i *Inter-Environnement Wallonie*, där EG-domstolen slog fast att nationella lagstiftare under implementeringsfristen inte får vidta åtgärder som riskerar äventyra uppnåendet av det med direktivet avsedda resultat,¹²⁷ i doktrinen åberopas till stöd för att förtida men felaktig implementering leder till direkt effekt.¹²⁸ Mot denna tolkning står efterföljande praxis av vilken det följer att det för verkningarna av den skyldighet som medlemsstaterna har enligt *Inter-Environnement Wallonie* saknar betydelse om den nationella lagstiftningen syftar till att införliva direktivet.¹²⁹ Om medlemsstaternas förpliktelser av *Inter-Environnement Wallonie* är de samma för alla typer av nationella åtgärder verkar det osannolikt att felaktiga implementeringsåtgärder skulle träffas av direkt effekt medan till exempel partiella implementeringsåtgärder inte skulle göra det.¹³⁰ Detta resonemang anknyter till det relaterade problemet att det i praktiken ofta är svårt att särskilja felaktig implementering från partiell implementering.¹³¹ Det finns således skäl för att inte särreglera just felaktiga implementeringsåtgärder. Avslutningsvis förefaller det principiellt olämpligt om den medlemsstat som i god tid försöker implementera ett direktiv skulle hamna i ett sämre läge än den medlemsstat som i det längsta förhåller sig

¹²³ *Hansa Fleisch*, p. 20. Man bör även notera att *Hansa Fleisch de facto* gällde ett beslut och inte ett direktiv. Emellertid rörde det sig om ett beslut som skulle genomföras av medlemsstaterna inom en viss period, varför likheterna med ett direktiv är slående. Generaladvokat Jacobs diskussion var särskilt allmän och han likställde uppenbarligen det aktuella beslutet med ett direktiv, se bland annat p. 18 och 23 i hans förslag till avgörande i *Hansa Fleisch*.

¹²⁴ Förenade målen C-140/91, C-141/91, C-278/91 och C-279/91 *Mauro Suffritti m.fl. mot Istituto Nazionale della Previdenza Sociale* [1992] ECR I-6337 (ej tillgängligt på svenska) (hädanefter *Suffritti*).

¹²⁵ *Suffritti*, p. 13. Uttalandet upprepades i målet C-321/97 *Ulla-Brith Andersson och Susannne Wäkerås-Andersson mot Svenska staten* [1999] REG I-3551, p. 44.

¹²⁶ Hartley, a.a., s. 210.

¹²⁷ *Inter-Environnement Wallonie*, p. 45.

¹²⁸ Hartley, a.a., not 48 på s. 210 och Josephine Steiner, Lorna Woods och Christian Twigg-Flesner, *EU Law*, nionde upplagan, Oxford University Press, Oxford 2006, s. 96.

¹²⁹ *ATRAL*, p. 58–59, *Mangold*, p. 67–68 och *Adeneler*, p. 121.

¹³⁰ Men se Steiner, Woods och Twigg-Flesner, a.a., s. 96, som tvärt emot anser att domen i *Mangold* styrker ovannämnda tolkning av *Inter-Environnement Wallonie*.

¹³¹ Generaladvokatens förslag till avgörande i *Hansa Fleisch*, p. 20.

passiv.¹³² Sammantaget anser vi att skälen för att felaktig implementering av ett direktiv skulle resultera i direkt effekt sannolikt inte är tillräckligt starka för att genombryta den väletablerade huvudregeln att direktiv får direkt effekt först efter implementeringsfristens utgång.¹³³

4.3 Indirekt effekt

Liksom frågan om direkt effekt har EG-domstolen inte slutgiltigt avgjort huruvida förtida, felaktig implementering kan leda till att ett direktiv får indirekt effekt. I doktrinen hävdar Prechal att nationella domstolar inte är skyldiga att tolka nationell lagstiftning i enlighet med ett direktiv vars genomförandefrist inte löpt ut, förutom i fall av förtida implementering. I sådana fall skall implementeringslagstiftningen – men inte annan nationell lagstiftning – tolkas i ljuset av direktivet.¹³⁴ Prechal gör gällande att denna slutsats följer av *Inter-Environnement Wallonie*, eftersom en icke direktivkonform tolkning av lagstiftningen skulle kunna medföra att direktivets syften inte uppnåddes då genomförandefristen löpte ut.¹³⁵ Denna läsning av *Inter-Environnement Wallonie* ligger, paradoxalt nog, i linje med argumenten från generaladvokaterna Kokott och Tizzano.¹³⁶ Även om de senare, tvärtemot Prechal, anser att indirekt effekt aktualiseras redan då direktivet träder i kraft blandar alla tre samman principerna om spärrverkan och indirekt effekt på ett olyckligt sätt. Vår kritik skall inte missförstås. Vi är eniga med Prechal om att en begränsad form av indirekt effekt inträder vid förtida, felaktig implementering. Vi anser dock inte att denna slutsats följer av *Inter-Environnement Wallonie*. Det enda EG-domstolen uttalar sig om i det senare målet är lagstiftarens skyldighet att avhålla sig från att vidta vissa åtgärder. Målet ålägger inte de nationella domstolarna en skyldighet att tolka förtida, felaktig implementeringslagstiftning i ljuset av direktivet.

Till stöd för sin uppfattning hänvisar Prechal även till målet *Mazzoleni*.¹³⁷ Här avböjde EG-domstolen att svara på en fråga från en belgisk domstol eftersom ”fristen för införlivande av direktivet inte hade löpt ut och direktivet inte hade genomförts med nationell lagstiftning”.¹³⁸ Återigen är vi tveksamma till huruvida skyldigheten att tolka förtida, felaktig implementeringslagstiftning direktivkonformt följer av detta mål. Prechal läser uppenbarligen in mycket i det

¹³² Generaladvokatens förslag till avgörande i *Hansa Fleisch*, p. 21, Hartley, a.a., på s. 210.

¹³³ Se ovan not 2. Detta är även generaladvokat Jacobs slutsats i *Hansa Fleisch*, p. 19.

¹³⁴ Denna variant av indirekt effekt benämner vi här *begränsad indirekt effekt*.

¹³⁵ Prechal, a.a., s. 21–22. Prechal får medhåll i sak av Hartley, a.a., not 103 på s. 220, som dock endast diskuterar frågan i yttersta korthet och inte anger något skäl för sin ståndpunkt att förtida, felaktig implementering aktualiserar indirekt effekt.

¹³⁶ Se diskussionen i avsnitt 3.3 ovan.

¹³⁷ Prechal, a.a., s. 22 not 62.

¹³⁸ *Mazzoleni*, p. 17.

”och” som EG-domstolen använde i punkt 17. Vi menar dock att målet är något mer komplext.¹³⁹ Sammanfattningsvis delar vi således Prechals slutsats angående begränsad indirekt effekt, men vi har svårt att se att denna skyldighet skulle följa från de av Prechal citerade rättsfallen.

Generaladvokat Jacobs kom i sitt yttrande i *Hansa Fleisch* till samma slutsats som Prechal, men med hjälp av delvis andra argument.¹⁴⁰ Jacobs, som diskuterade frågan ingående, avvisade tanken på att fullständig indirekt effekt skulle inträda vid förtida, felaktig implementering. Innan genomförandefristen löpt ut har nationella domstolar endast skyldighet att tolka implementeringslagstiftning i ljuset av aktuellt direktiv. I annat fall skulle domstolarna, enligt Jacobs, föregripa lagstiftarens beslut om hur direktivet skall genomföras. Den fullständiga varianten av indirekt effekt inträder först efter det att genomförandefristen löpt ut.¹⁴¹ Till stöd för en mer begränsad indirekt effekt, avseende implementeringslagstiftning, anförde Jacobs en rad praktiska argument. Han hänvisade bland annat till nuvarande artikel 10 EG och hävdade att när en medlemsstat beslutat genomföra gemenskapsrättsliga bestämmelser är alla nationella myndigheter skyldiga att underlätta detta genomförande. Jacobs noterade vidare att det vore olyckligt om implementeringslagstiftning tolkades olika före respektive efter det att genomförandefristen löpt ut. Slutligen noterade han i detta sammanhang att man kan utgå från att de nationella lagstiftarna vill att lagstiftning som genomförs ett direktiv skall tolkas i ljuset av det senare.¹⁴²

Vi finner Jacobs praktiska argument för en begränsad indirekt effekt övertygande. Vad är det då som skulle kunna tala emot en sådan princip? För det första torde det redan ha framkommit att det finns begränsat stöd i EG-domsto-

¹³⁹ EG-domstolen betraktade uppenbarligen den första frågan om hypotetisk, se *Mazzoleni* p. 18. Prechal verkar anse att frågan var hypotetisk eftersom genomförandefristen inte löpt ut och införlivande faktiskt inte skett. Man skulle dock även kunna hävda att frågan var hypotetisk av andra orsaker. *Mazzoleni* rörde ett brottmål mot det franska företaget Inter Surveillance Assistance (ISA) och dess direktör André Mazzoleni i Belgien. ISA anklagades för att betala sina anställda i Belgien mindre än den belgiska minimilönen. ISA ansåg sig endast behöva följa den franska lagstiftningen och hävdade att direktivet i fråga inte var tillämpligt för deltidsarbete, se *Mazzoleni* p. 1–13. Det framgår av generaladvokatens yttrande i målet att den belgiska regeringen ville använda direktivet för att konkretisera kraven på arbetsgivaren, i det här fallet ISA, se generaladvokat Albers förslag till avgörande i *Mazzoleni*, p. 11. Vi vet efter bland annat *Kolpinghuis Nijmegen* att en medlemsstat inte kan använda ett direktiv direkt eller indirekt gentemot enskilda utan att ha implementerat detsamma. I *Mazzoleni* hade direktivet ännu inte implementerats och kunde därför inte användas. Frågan från den belgiska domstolen skulle även därför kunna vara utan relevans för den nationella rättsprocessen och inte nödvändig att besvara. Slutligen bör det noteras att Albers valde en annan linje. Han hänvisade till att ISA ”åberopat tillämpningsområdet” för direktivet och hävdade att den nationella lagstiftningen redan i detta läge skulle tolkas och tillämpas i enlighet med direktivet, se generaladvokatens förslag till avgörande i *Mazzoleni*, p. 12–13.

¹⁴⁰ Generaladvokatens förslag till avgörande i *Hansa Fleisch*, p. 23–27.

¹⁴¹ Generaladvokatens förslag till avgörande i *Hansa Fleisch*, p. 24.

¹⁴² Generaladvokatens förslag till avgörande i *Hansa Fleisch*, p. 23.

lens praxis för begränsad indirekt effekt. Diskussionen nedan angående *Adeneler* illustrerar dock att visst stöd nu står att få från EG-domstolen i denna fråga. I övrigt skulle man kunna invända att det är inkonsekvent att förtida, felaktig implementering aktualiserar (en begränsad form av) indirekt effekt men inte direkt effekt. I just *Adeneler* betonade ju EG-domstolen det nära sambandet mellan direkt och indirekt effekt.¹⁴³ Borde då inte samma förutsättningar gälla för båda principerna?¹⁴⁴ Jacobs berörde indirekt denna fråga i *Hansa Fleisch* när han diskuterade behovet av att bestämma huruvida en nationell lagstiftningsåtgärd är menad att genomföra direktivet. Vad gäller direkt effekt anförde snarast Jacobs svårigheten att kunna göra detta som ett argument emot att förtida, felaktig implementering skulle aktualisera direkt effekt.¹⁴⁵ När han övergick till att diskutera indirekt effekt hävdade han dock att kontroll av lagstiftarens syfte är en naturlig del av all lagtolkning.¹⁴⁶ Just skillnaden i karaktär mellan direkt och indirekt effekt kan utgöra del av förklaringen till att principerna behandlas olika när det kommer till begränsade effekter av direktiv. Man kan hävda att principen om direkt effekt är en påföljd gentemot medlemsstater som inte har genomfört ett direktiv inom fristen. I sådant fall är det naturligt att principen inte aktualiseras innan fristen löpt ut. Innan dess har medlemsstaten möjlighet att vidta rättelse och uppfylla sina förpliktelser enligt gemenskapsrätten. Principen om indirekt effekt följer dock snarare, som Jacobs antyder, av den allmänna lojalitetsplikten i artikel 10 EG. Medlemsstaternas domstolar skall tolka nationell lagstiftning som anknyter till gemenskapsrätten på bästa sätt. Därmed är det naturligt att denna plikt uppstår så snart sådan lagstiftning föreligger. Det problematiska i avsaknaden av begränsad direkt effekt avhjälpas därmed av principen om begränsad indirekt effekt på ett sätt som för tankarna till förhållandet mellan horisontell direkt respektive indirekt effekt.

4.4 Läget efter *Adeneler* – begränsad indirekt effekt bekräftad?

Det i denna artikel redan flitigt diskuterade målet *Adeneler* utgör enligt oss visst stöd för existensen av principen om begränsad indirekt effekt. Förutom att diskutera alternativ (a)¹⁴⁷ och (b)¹⁴⁸ avhandlade även EG-domstolen alternativ (c). Här slog EG-domstolen fast att principen om indirekt effekt inte är och inte kan vara beroende av när medlemsstaterna faktiskt implementerar direktivbestämmelserna i fråga ”i fall där ett direktiv har införlivats för sent”.¹⁴⁹ Läser man

¹⁴³ Se avsnitt 2.3 ovan.

¹⁴⁴ Se exempelvis *Betlem, a.a.*, s. 403.

¹⁴⁵ Generaladvokatens förslag till avgörande i *Hansa Fleisch*, p. 20.

¹⁴⁶ Generaladvokatens förslag till avgörande i *Hansa Fleisch*, p. 25.

¹⁴⁷ Se avsnitt 3.4 ovan.

¹⁴⁸ Se avsnitt 2.3 ovan.

¹⁴⁹ *Adeneler*, p. 116.

punkt 115¹⁵⁰ och 116 av domen *e contrario* tycks EG-domstolen således säga att om implementeringsåtgärderna antas *innan* genomförandefristen löper ut skulle denna tidigare tidpunkt kunna vara relevant för när principen om indirekt effekt aktualiseras. EG-domstolens domar är förvisso normalt sällsynt illa ägnade för slutsatser *e contrario*, men vi kan åtminstone slå fast att EG-domstolen i punkt 115 och 116 i *Adeneler* inte uteslutit att principen om indirekt effekt kan aktualiseras innan genomförandefristen löpt ut i de fall då medlemsstaten i fråga *de facto* implementerat direktivet innan denna tidpunkt. Detta, tillsammans med de praktiska argumenten redovisade ovan, ger enligt oss vid handen att nationella domstolar kan ha en skyldighet att tolka nationell implementeringslagstiftning i ljuset av direktivet även innan genomförandefristen löpt ut.

5. SAMMANFATTNING – VAD GÄLLER NÄR?

För att konkret sammanfatta vår uppfattning om rättsläget efter *Adeneler* finns det pedagogiska fördelar med att åtskilja situationer där det faktiska införlivandet av ett direktiv inträffat före (scenario 1) genomförandefristens utgång från situationer där det skett först efter (scenario 2).

När ett direktiv implementeras felaktigt före genomförandefristens utgång så reglerar enligt *Adeneler* preliminär indirekt effekt domstolens tolkande verksamhet fram till dess att implementering sker. Vid den tidpunkten tar begränsad indirekt effekt över och gäller till dess att genomförandefristen löper ut.¹⁵¹ Slutligen, när genomförandefristen löpt ut får direktivet såväl direkt som fullständig indirekt effekt förutsatt att de allmänna kraven för detta är uppfyllda.¹⁵² Under den period då direkt och fullständig indirekt effekt löper parallellt får dock den senare en sekundär roll i förhållande till den tidigare eftersom indirekt effekt tillämpas särskilt för direktiv som saknar direkt effekt.¹⁵³

Detta skall jämföras med scenario 2, det vill säga situationer där direktivet införlivas först efter det att genomförandefristen löpt ut. I dessa situationer inträder den nationella domstolens skyldighet att bedriva fullständig direktivkonform tolkning av nationell rätt vid implementeringstidens utgång. Detta innebär att ett direktiv från genomförandefristens utgång får såväl direkt som fullständig indirekt effekt. Innan genomförandefristens utgång är domstolen endast bunden av preliminär indirekt effekt.

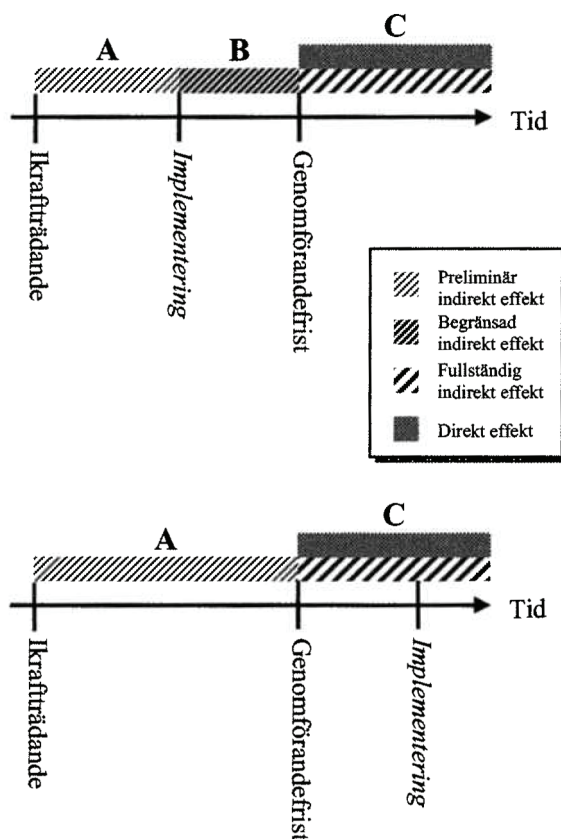
¹⁵⁰ I p. 115 av *Adeneler* slog EG-domstolen fast att ”om ett direktiv införlivas för sent inträder inte de nationella domstolarnas *allmänna* skyldighet att tolka den nationella rätten konformt med direktivet förrän dess införlivandefrist har löpt ut”, vår kursivering.

¹⁵¹ Se ovan avsnitt 4.3 och 4.4.

¹⁵² Se diskussionen i avsnitt 4 ovan.

¹⁵³ *Adeneler*, p. 113.

Direktivets verkan bör således indelas i tre perioder. Under period A gäller endast preliminär indirekt effekt, under period B gäller endast begränsad indirekt effekt och under period C gäller i förekommande fall direkt och fullständig indirekt effekt parallellt. Under period A är den nationella domstolen, i enlighet med vad som utvecklades ovan,¹⁵⁴ i vart fall skyldig att avstå från att tolka befintlig nationell rätt på ett nytt sätt som förhindrar direktivets avsedda resultat (en negativ förpliktelse). Under period B skall den nationella domstolen tolka implementeringslagstiftningen ”mot bakgrund av direktivets ordalydelse och syfte”¹⁵⁵ så att det avsedda resultatet uppnås (en positiv förpliktelse). Under period C, slutligen, skall den nationella domstolen tillämpa direktivet direkt i den mån nationell rätt i något hänseende avviker. Om direkt effekt inte är möjlig skall istället all nationell rätt tolkas i ljuset av direktivet. Tiden innan genomförandefristens utgång kan inkludera både A och B eller endast A beroende på om medlemsstaten valt att implementera direktivet innan genomförandefristens utgång.



¹⁵⁴ Se diskussionen i avsnitt 3.4 ovan.

¹⁵⁵ Von Colson, p. 26.