



Vad är en representant och vad är ett beslutsorgan? – analys

Analys

EU-domstolen 2022-12-22, mål [C-383/21](#)

EU-domstolens dom i de förenade målen C-383/21 och C-384/21, Sambre & Biesme, behandlar vad som i de svenska upphandlingslagarna benämns interna upphandlingar. För att sådana ska vara tillåtna krävs bland annat att den upphandlande myndigheten eller enheten har kontroll över leverantören. Kontrollen kan utövas tillsammans med andra upphandlande myndigheter eller enheter. För att sådan gemensam kontroll skall föreligga krävs att den upphandlande myndigheten eller enheten är representerad i leverantörens beslutande organ. Avgörande frågor är därför vad kravet på representation innebär och vad som utgör ett beslutande organ. I denna analys, som är skriven av JP Infonets expert Jon Kihlman, behandlas dessa frågor.

INLEDNING

EU-domstolens dom i de förenade målen C-383/21 och C-384/21, Sambre & Biesme, har för JP Infonets räkning redan analyserats av Sara-Li Olovsson och Erik Edström. Det finns ingen anledning att här upprepa vad de redan har skrivit. För en beskrivning av omständigheterna i målet och en övergripande analys av domen hänvisar jag därför till deras analys, EU-domstolen vägleder om intern upphandling och samarbeten – analys.

Avsikten med den här analysen är i stället att behandla några frågor som rättsfallet väcker och som inte omfattas av Sara-Lis och Eriks analys. Den ena av dem – vad som avses med en representant – ligger i gränslandet mellan mellanmansrätten och associationsrätten, medan den andra – vad som utgör en associations beslutsorgan – är strikt associationsrättslig.

TILLÄMPLIGA UPPHANDLINGSRÄTTSLIGA BESTÄMMELSER

Den del av domen som är relevant för de här behandlade frågorna finns i punkterna 53–75. De bestämmelser som i första hand aktualiseras är LOU-direktivets ([2014/24/EU](#)) artikel 12.1 a och 12.3.

Direktivbestämmelserna har implementerats i svensk rätt genom [3 kap. 11 §, 12 §](#) 1 stycket 1 p. och [13 §](#) lagen om offentlig upphandling (LOU). Motsvarande reglering finns även i såväl lagen om upphandling inom försörjningssektorerna (LUF) ([3 kap. 11 §, 12 §](#) 1 stycket 1 p. och [13 §](#)) som det bakomliggande direktivet ([2014/25/EU](#)) (artikel 28.1 a och 28.3). Bestämmelserna är i sak identiska. För att slippa upprepade dubbla – eller multipla – hänvisningar, och eftersom domen behandlar LOU-direktivet, kommer jag därför i det följande bara att hänvisa till LOU-direktivet. Allt som sägs gäller emellertid för tillämpningen av såväl LOU som LUF.

Direktivets här aktuella bestämmelser har följande lydelse:

”Artikel 12

Offentliga kontrakt mellan enheter i den offentliga sektorn

1. Ett offentligt kontrakt som en upphandlande myndighet tilldelar en privaträttslig eller offentlighetsrättslig juridisk person ska inte omfattas av tillämpningsområdet för detta direktiv om samtliga följande villkor är uppfyllda:

a) Den upphandlande myndigheten utövar kontroll över den berörda juridiska personen motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning.

[...]

3. En upphandlande myndighet som inte utövar kontroll över en privaträttslig eller offentlighetsrättslig juridisk person i den mening som avses i punkt 1 kan emellertid tilldela ett offentligt kontrakt till denna juridiska person utan att tillämpa detta direktiv om samtliga följande villkor är uppfyllda:

a) Den upphandlande myndigheten utövar tillsammans med andra upphandlande myndigheter kontroll över den berörda juridiska personen motsvarande den som de utövar över sina egna förvaltningar.

b) Den juridiska personen utför mer än 80 % av sin verksamhet för de kontrollerande upphandlande myndigheternas räkning eller för andra juridiska personer som samma upphandlande myndigheter utövar kontroll över.

c) Det finns inget direkt privat ägarintresse i den kontrollerade juridiska personens kapital med undantag för icke-kontrollerande och icke-blockerande former av privat ägarintresse i kapital som krävs enligt bestämmelser i nationell lagstiftning, i överensstämmelse med fördragen, och som inte utövar ett avgörande inflytande över den kontrollerade juridiska personen.

För tillämpningen av första stycket a ska de upphandlande myndigheterna anses utöva gemensam kontroll över en juridisk person om samtliga följande villkor är uppfyllda:

i) Den kontrollerade juridiska personens beslutsorgan består av representanter från samtliga deltagande upphandlande myndigheter. Enskilda representanter får företräda flera eller samtliga av de deltagande upphandlande myndigheterna.

ii) Dessa upphandlande myndigheter har tillsammans ett avgörande inflytande såväl över den kontrollerade juridiska personens strategiska mål som över dess viktiga beslut.

iii) Den kontrollerade juridiska personen har inget eget intresse som strider mot de kontrollerande upphandlande myndigheternas intressen.”

Av artikel 12.1 a framgår således att undantagets tillämpning kräver att den upphandlande myndigheten utövar en kontroll över leverantören som svarar mot den kontroll som myndigheten utövar över sin egen förvaltning. Av artikel 12.3 a framgår att sådan kontroll kan utövas gemensamt av flera upphandlande myndigheter. Av artikel 12.3 andra stycket i framgår sedan att sådan kontroll förutsätter att leverantörens beslutsorgan består av representanter från samtliga deltagande upphandlande myndigheter. Av artikel 12.3 andra stycket ii framgår att det organ som avses är det i vilken associationens strategiska mål och andra viktiga beslut kan fattas. Det är följaktligen artikel 12.3 andra stycket i och ii som är föremål för den fortsatta analysen.

SAMVERKAN I KOMMUNALFÖRBUND

Kommuner kan enligt [3 kap. 8 §](#) kommunallagen samverka i kommunalförbund. I sådana förbund skall det enligt [9 kap. 3 §](#) kommunallagen ”som beslutande församling finnas ett förbundsfullmäktige eller en förbundsdirektion”. I den sålunda angivna beslutande församlingen skall enligt bestämmelsens tredje stycke ”varje förbundsmedlem [...] vara representerad [...] med minst en ledamot och en ersättare”. En beslutande församling svarar rimligtvis mot vad som i upphandlingsdirektiven benämns beslutsorgan.

Kommunalförbund vållar därför inga problem i förhållande till den här behandlade upphandlingsrättsliga bestämmelsen. Varje medlem är representerad i dess beslutande organ.

SAMVERKAN I AKTIEBOLAG OCH EKONOMISKA FÖRENINGAR

Inget hindrar emellertid att upphandlande myndigheter samverkar i andra former än de kommunalrättsliga. Vanliga sådana samverkansformer är inte minst aktiebolag och ekonomiska föreningar. Domens relevans för dem är beroende av vad som avses med ett representantskap och vad som avses med ett beslutsorgan.

Vad är en representant?

En representant representerar någon annan. Representanten måste därför i någon mening ha en huvudman. Inom juridiken är en representant många gånger en fullmäktig, men kan också allt efter förutsättningarna vara till exempel en kommissionär eller handelsagent.

En representant kan naturligtvis också vara styrelseledamot i en juridisk person. När så är fallet – och detta är viktigt för analysen – är den juridiska personen representantens huvudman.

De centrala associationsrättsliga lagarna i Sverige – aktiebolagslagen ([2005:551](#), ABL) och lagen om ekonomiska föreningar ([2018:672](#), EFL) – innehåller åtskilliga bestämmelser som befäster den relationen. Bland dem kan särskilt nämnas att styrelsen företräder associationen och tecknar dess firma ([8 kap. 35 §](#) ABL och [7 kap. 35 §](#) EFL), att varje styrelseledamot har ett skadeståndssanktionerat ansvar gentemot i första hand associationen ([29 kap. 1 §](#) ABL och [21 kap. 1 §](#) EFL) samt att en styrelseledamot inte får ens handlägga frågor om avtal mellan associationen och någon annan, om styrelseledamoten i frågan har ett väsentligt intresse som kan strida mot associationens ([8 kap. 23 § 1](#) stycket 2 p. ABL och [7 kap. 23 § 1](#) stycket 2 p. EFL) eller om styrelseledamoten ensam eller tillsammans med någon annan får företräda även motparten ([8 kap. 23 § 1](#) stycket 3 p. ABL och [7 kap. 23 § 1](#) stycket 3 p. EFL).

I de allra flesta associationer utses styrelsen av bolags- eller föreningsstämman. Det anges i [8 kap. 8 §](#) ABL och [7 kap. 6 §](#) EFL.

Ledamöterna får således sitt uppdrag från stämman och inte på något annat sätt. Ledamöterna representerar därför aldrig någon annan än associationen. Genom att representera associationen kan dock ledamoten i någon mening i förlängningen därav sägas representera även aktieägar- eller medlemskollektivet. Den representerar däremot aldrig enskilda aktieägare eller medlemmar.

Det förekommer emellertid att styrelseledamöter får utses på annat sätt. Även det följer av [8 kap. 8 §](#) ABL och [7 kap. 6 §](#) EFL, där det anges att en sådan ordning kan vara beslutad i bolagsordningen eller stadgarna. En enskild aktieägare eller föreningsmedlem kan således i undantagsfall ha en rätt att utse hela eller en del av styrelsen.

En styrelseledamot som utsetts på det viset skulle kunna sägas vara den enskilda aktieägarens eller medlemmens representant i styrelsen. Reglerna i ABL eller EFL innebär emellertid att även en sådan styrelseledamot – i situationer där den måste välja mellan vad som är bäst för den association i vilken den har styrelseuppdraget och vad som är bäst för den som har utsett personen till styrelseledamot – måste sätta associationens intressen främst. Inte heller då är det därför särskilt korrekt att betrakta personen som en representant för den bakomliggande aktieägaren eller medlemmen.

Vad är ett beslutsorgan?

Ett beslutsorgan är, naturligtvis, det organ i vilket beslut fattas. I de flesta associationer finns emellertid två sådana, i lagarna angivna och reglerade, organ: styrelsen och stämman. Styrelsens uppgift är inte minst att förvalta associationens angelägenheter och löpande fatta de beslut som erfordras ([8 kap. 4 §](#) ABL och [7 kap. 4 §](#) EFL) samt att verkställa sådana beslut ([8 kap. 35 §](#) ABL och [7 kap. 35 §](#) EFL). Styrelsens beslutsrätt är emellertid i princip underordnad vad stämman har beslutat. Det följer, åtminstone indirekt, av [8 kap. 41 § 2](#) stycket ABL och [7 kap. 42 § 2](#) stycket EFL.

Den yttersta beslutsrätten i ett aktiebolag eller en ekonomisk förening ligger således hos stämman. Den – och bara den – har makten att besluta om de strategiska målen för associationen. När andra beslut är tillräckligt viktiga omfattas inte heller de av styrelsens mandat, utan kan bara fattas av stämman. Och – inte minst – det är stämman som i de flesta associationer utser styrelsen.

Särskilt om begränsning av rösträtt m.m.

Huvudregeln beträffande såväl aktiebolag som ekonomiska föreningar är att alla aktier har lika rätt i bolaget ([4 kap. 1 § ABL](#)) och att varje medlem har en röst ([6 kap. 3 § EFL](#)). I båda fallen kan den sålunda angivna likhetsprincipen begränsas genom bolagsordningen eller stadgarna. Så kan till exempel ske genom en uppdelning mellan olika aktieslag. Som framgår av [4 kap. 5 § ABL](#) får emellertid ingen aktie ha ett röstvärde som överstiger tio gånger röstvärdet för en annan aktie. Enligt svensk rätt måste således varje aktieägare i och för sig ha rösträtt, låt vara att den kan vara tämligen begränsad.

DOMENS OMFATTNING

I den här behandlade delen är domens omfattning tämligen begränsad. Den besvarar bara frågan om det behandlade kravet är uppfyllt "enbart av det skälet att den kontrollerade juridiska personens styrelse har en ledamot som representerar en annan upphandlande myndighet och även sitter i den förstnämnda upphandlande myndighetens styrelse" (min kursivering). Av domen framgår att ett sådant förhållande inte i sig räcker för att kravet skall vara uppfyllt. Domen säger däremot inget i övrigt om hur de behandlade kraven kan uppfyllas.

Domen gällde ett bolag i vilket det fanns fem aktieslag. Den aktieägare som domen gällde var ägare till en C-aktie, vilka inte gav någon reell rätt att vare sig utse styrelseledamöter eller i övrigt påverka några beslut vid stämman. En styrelseledamot i det bolagets styrelse råkade – genom att vara utsedd av en annan aktieägare – sitta i den kontrollerade associationens styrelse. Det innebar dock inte att det förstnämnda bolaget skulle anses vara representerat av den styrelseledamoten.

EU-domstolen tycks ha ansett att bolagets styrelse är det beslutsorgan som utövar den i direktivet förutsatta kontrollen. Det må vara korrekt om styrelseledamöterna utses direkt av enskilda aktieägare, medan övriga aktieägare inte har någon möjlighet att påverka styrelsens sammansättning. Åtminstone för svenskt vidkommande måste emellertid även en sådan bedömning sättas i fråga, eftersom den bygger på förutsättningen att styrelsen i alla frågor skulle ha rätt att agera oberoende av stämmans beslut. När så inte är fallet – och det är det aldrig i ett svenskt aktiebolag eller en svensk förening – motsvarar styrelsen inte kravet enligt LOU-direktivets artikel 12.3 andra stycket ii att beslutsorganet måste ha "ett avgörande inflytande såväl över den kontrollerade juridiska personens strategiska mål som över dess viktiga beslut". Den makten har bara stämman.

SLUTSATSER

För kommunalförbund och liknande samverkansformer, där det redan av lagstiftningen följer att varje medlem skall vara representerad i samverkansformens beslutsorgan, vållar domen rimligtvis inga problem. Medlemmar i sådana sammanslutningar kan fortsätta tillämpa [4 kap. 5 § LOU](#), åtminstone såvitt gäller de här behandlade kraven för dess tillämpning.

För aktiebolag med olika aktieslag och för ekonomiska och andra föreningar där det av stadgarna följer att rösträtten fördelas olika kan domen däremot innebära en inskränkning av möjligheten att tillämpa [4 kap. 5 § LOU](#). Det gäller åtminstone för de aktieägare eller medlemmar som på grund av fördelningen mellan aktieslag eller av rösträtt i realiteten har betagits alla möjligheter att påverka besluten vid stämman, inklusive valet av styrelse.

I stort sett alla svenska aktiebolag och ekonomiska föreningar saknar emellertid särskild reglering av rösträtt och av hur styrelseledamöter utses, liksom av hur andra beslut fattas. Det innebär att alla aktier i bolagen har lika rätt och att varje medlem i föreningarna har en röst. I så måtto har varje aktieägare eller medlem lika rätt i associationen; varje aktieägare eller medlem har likvärdig representation vid associationens stämma och därför samma möjlighet som alla andra aktieägare eller medlemmar att påverka besluten vid stämman.

I alla sådana associationer är det stämman – och bara stämman – som utser styrelsen. Enskilda styrelsemedlemmar representerar därför aldrig enskilda aktieägare eller enskilda medlemmar. Om något, representerar de i stället stämman, eller om man så vill samtliga aktieägare eller medlemmar.

Med de relativt marginella begränsningar som följer av [8 kap. 41 § 2 stycket ABL](#) och [7 kap. 42 § 2 stycket EFL](#) är styrelsen därtill alltid skyldig att följa stämmans direktiv. Det innebär inte minst att det är stämman som ytterst beslutar om associationens strategiska mål och fattar alla viktiga beslut, eller som åtminstone har makten att göra det.

Det är därför i sådana bolag och föreningar stämman som är associationens beslutande organ i den mening som avses i EU-domstolens dom. Alla aktieägare och medlemmar är representerade vid stämman eller har åtminstone rätt att vara det.

Domen innebär därför såvitt jag kan bedöma inget hinder mot att upphandlande myndigheter som tillsammans med andra upphandlande myndigheter är aktieägare i vanliga aktiebolag och medlemmar i vanliga föreningar handlar från sådana bolag eller föreningar med tillämpning av upphandlingslagstiftningens undantag för intern upphandling.

Senast uppdaterad
2023-02-09

Utgivare
JP Infonet

[Jon Kihlman](#) Advokat,
jur.dr



Författad av
