



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

M. BOBEK

fremsat den 15. april 2021¹

Sag C-561/19

**Consorzio Italian Management,
Catania Multiservizi SpA
mod
Rete Ferroviaria Italiana SpA**

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Consiglio di Stato (den øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Italien))

»Præjudiciel forelæggelse – artikel 267, stk. 3, TEUF – national ret, hvis afgørelser ifølge de nationale retsregler ikke kan appelleres – forelæggelsespligt – rækkevidde – undtagelser og kriterier afledt af dommen i sagen CILFIT m.fl.«

Indhold

I.	Indledning	2
II.	Relevante retsforordninger	3
III.	Faktiske omstændigheder, nationale retsforordninger og de præjudicielle spørgsmål	3
IV.	Bedømmelse	6
A.	Lagene	7
1.	Det ydre lag: Det tilkommer altid den nationale ret at træffe afgørelse	7
2.	Det dybere lag: Bør alle spørgsmål virkelig forelægges?	9
B.	Dommen i sagen CILFIT m.fl. (og dens efterkommere)	11
1.	Forelæggelsespligtens begrundelse	12

¹ Originalsprog: engelsk.

2. Undtagelserne til pligten	13
3. (Domstolens) efterfølgende anvendelsespraksis	15
C. Problemerne med dommen i sagen CILFIT m.fl.	19
1. Begrebsmæssigt	20
2. Gennemførlighed	22
3. EU-retlige retsmidlers systemiske sammenhæng	25
4. EU-rettens og retssystemets udvikling	28
5. Foreløbigt sammendrag	29
D. Forslaget	30
1. En generel eller generaliserbar problemstilling vedrørende fortolkning af EU-retten . . .	31
2. Flere fortolkninger, som rimeligvis er mulige	34
3. Ingen retspraksis fra Domstolen	35
4. Begrundelsespligten (og det åbne spørgsmål om håndhævelse af forelæggelsespligten) . .	37
V. Forslag til afgørelse	40

I. Indledning

1. Jeg har en formodning om, at studerende inden for EU-retten i modsætning til nationale retter i sidste instans altid har syntes godt om dommen i sagen CILFIT m.fl.² I løbet af de sidste 10-20 år har mange EU-jurastuderendes hjerter sandsynligvis banket med en pludselig opblussen af glæde og lettelse ved at se »dommen i sagen CILFIT m.fl.«, »undtagelser til forelæggelsespligten« og »drøft« i deres eksamens- eller essayopgaver. At stille spørgsmålstejn ved gennemførligheden af CILFIT-undtagelserne til pligten til at foretage en præjudiciel forelæggelse, navnlig undtagelsen, når den nationale ret i sidste instans, ikke nærer rimelig tvivl, er måske ikke den mest krævende argumentationsøvelse. Skal retterne virkelig foretage en sammenligning mellem (alle) EU-rettens autentiske sprogversioner med samme gyldighed? Hvorledes skal de i praksis afgøre, om sagen er tilsvarende åbenlys for retterne i andre medlemsstater og for Domstolen?

2. Pligten til at forelægge et præjudicielt spørgsmål i medfør af artikel 267, stk. 3, TEUF, undtagelserne til denne pligt og frem for alt håndhævelsen heraf har i en årrække været EU-rettens metaforiske slumrende løve. Vi er alle klar over, at den er der. Vi er alle i stand til at drøfte eller endog skrive lærde afhandlinger om den. I den virkelige verden er det imidlertid bedst, at den ikke bliver forstyrret. Pragmatisk (eller kynisk) set fungerer hele ordningen med præjudicielle afgørelser, fordi ingen faktisk anvender dommen i sagen CILFIT m.fl., i hvert fald ikke efter dens ordlyd. Ofte er forestillingen om en løve bedre end at skulle håndtere den i levende live.

² Dom af 6.10.1982 (283/81, EU:C:1982:335) (herefter »dommen i sagen CILFIT m.fl.«).

3. Af en række grunde, der redegøres for i dette forslag til afgørelse, foreslår jeg Domstolen, at det er tid til at genbesøge CILFIT-sagsakterne. Mit forslag i denne henseende er ganske enkelt: At tilpasse forelæggelsespligten i henhold til artikel 267, stk. 3, TEUF og ligeledes undtagelserne hertil, således at de afspejler behovene i det nuværende EU-retlige retssystem, og således at de derefter kan finde realistisk anvendelse (og muligvis en dag håndhæves).

4. Den foreslåede tilpasningsproces kræver dog et større paradigmeskift. Logikken og fokuset i forelæggelsespligten og undtagelserne hertil bør ændre sig fra, at der ikke er nogen rimelig tvivl om den korrekte *anvendelse* af EU-retten i en *individue*l sag godtgjort ved, at der er subjektiv juridisk tvivl, til en mere objektiv nødvendighed for at sikre ensartet fortolkning af EU-retten på tværs af Den Europæiske Union. Pligten til at forelægge et præjudicielt spørgsmål bør med andre ord ikke hovedsageligt fokusere på de korrekte svar, men snarere på at identificere de rette spørgsmål.

II. Relevante retsforskrifter

5. Artikel 267 TEUF bestemmer:

»Den Europæiske Unions Domstol har kompetence til at afgøre præjudicielle spørgsmål:

- a) om fortolkningen af traktaterne
- b) om gyldigheden og fortolkningen af retsakter udstedt af Unionens institutioner, organer, kontorer eller agenturer.

Såfremt et sådant spørgsmål rejses ved en ret i en af medlemsstaterne, kan denne ret, hvis den skønner, at en afgørelse af dette spørgsmål er nødvendig, før den afsiger sin dom, anmode Domstolen om at afgøre spørgsmålet.

Såfremt et sådant spørgsmål rejses under en retssag ved en national ret, hvis afgørelser ifølge de nationale retsregler ikke kan appelleres, er retten pligtig at indbringe sagen for Domstolen.

[...]

6. Artikel 99 i Domstolens procesreglement bestemmer:

»Såfremt et præjudicielt spørgsmål er identisk med et spørgsmål, Domstolen allerede har afgjort, såfremt besvarelsen af et sådant spørgsmål klart kan udledes af retspraksis, eller såfremt besvarelsen af det præjudicielle spørgsmål ikke giver anledning til nogen rimelig tvivl, kan Domstolen til enhver tid på forslag fra den refererende dommer og efter at have hørt generaladvokaten beslutte at træffe afgørelse ved begrundet kendelse.«

III. Faktiske omstændigheder, nationale retsforhandlinger og de præjudicielle spørgsmål

7. Den 23. februar 2006 blev Consorzio Italian Management og Catania Multiservizi SpA (herefter »sagsøgerne«) af Rete Ferroviaria Italiana SpA (herefter »RFI«) tildelt en kontrakt for »tjenesteydelser i form af rengøring og renovation i lokaler og andre offentligt tilgængelige

arealer samt servicefaciliteter på togstationer, anlæg, kontorer og værksteder forskellige steder inden for ansvarsområdet for Direzione compartimentale movimento di Cagliari [(den lokale trafikstyrelse i Cagliari, Italien)]«.

8. Kontrakten indeholdt en bestemmelse, som begrænsede prisrevision. Sagsøgerne anmodede under kontraktens udførelse RFI om at tilpasse kontraktprisen på grund af en hævdet stigning i kontraktomkostningerne, som skyldtes øgede personaleomkostninger. RFI afslog.

9. Sagsøgerne anlagde sag mod RFI ved Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna (den regionale forvaltningsdomstol for Sardinien, Italien, herefter »TAR«). Ved dom af 11. juni 2014 blev RFI frifundet. Retten fandt, at artikel 115 i lovdekret nr. 163/2006 ikke fandt anvendelse på virksomhed henhørende under de specielle sektorer, såsom rengøringstjenester, når de udgør en væsentlig del af jernbanetransportnettet. TAR fandt også, at prisrevision ikke var obligatorisk i henhold til artikel 1664 i Codice Civile (borgerlig lovbog), og at parterne kunne fravige denne regel.

10. Sagsøgerne iværksatte en appel til prøvelse af denne dom ved Consiglio di Stato (den øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Italien). De gjorde gældende, at artikel 115 i lovdekret nr. 163/2006 eller subsidiært artikel 1664 i den borgerlige lovbog fandt anvendelse. Endvidere tilsidesatte de nationale regler efter deres opfattelse direktiv 2004/17/EF³, for så vidt som de medførte, at en prisrevision inden for transportsektoren og tilknyttede rengøringskontrakter var udelukket. Reglerne medførte en urimelig og uforholdsmæssig kontraktuel ubalance, der i sidste ende fordrejede reglerne for markedets funktion. Hvis direktiv 2004/17 skal fortolkes således, at det er til hinder for prisrevision i alle kontrakter, der var indgået og gennemført inden for de specielle sektorer, er det ugyldigt.

11. På denne baggrund forelagde Consiglio di Stato (den øverste domstol i forvaltningsretlige sager) den 24. november 2016 Domstolen de følgende to spørgsmål med henblik på præjudiciel afgørelse:

- »(1) Er en fortolkning af national lovgivning, hvorefter prisrevision er udelukket i kontrakter vedrørende de såkaldte specielle sektorer, og i særdeleshed kontrakter indgået i andet øjemed end udøvelse af de i direktiv 2004/17 omhandlede former for virksomhed, men som har en vigtig tilknytning til disse, forenelig med EU-retten (i særdeleshed artikel 3, stk. 3, TEU, artikel 26 TEUF, artikel 56-58 TEUF, artikel 101 TEUF samt artikel 16 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder) og det nævnte direktiv?
- (2) Er direktiv 2004/17 (såfremt det antages, at udelukkelsen af prisrevision i alle kontrakter, som indgås og gennemføres i de såkaldte specielle sektorer, direkte følger af direktivet) foreneligt med de EU-retlige principper (i særdeleshed artikel 3, stk. 1, TEU, artikel 26 TEUF, artikel 56-58 TEUF, artikel 101 TEUF samt artikel 16 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder) »henset til uretmæssighed, urimelighed samt påvirkning af den kontraktmæssige balance og således af reglerne for et effektivt marked«?

12. Domstolen svarede ved dom af 19. april 2018⁴. Domstolen bemærkede vedrørende det første spørgsmål, at den forelæggende ret ikke havde givet nogen forklaring på relevansen af fortolkningen af artikel 3, stk. 3, TEU eller artikel 26 TEUF, 57-58 TEUF og 101 TEUF for

³ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 31.3.2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester (EUT 2004, L 134, s. 1).

⁴ Dom i sagen Consorzio Italian Management og Catania Multiservizi (C-152/17, EU:C:2018:264).

løsningen af tvisten i hovedsagen. Artikel 16 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (herefter »chartret«) gælder ligesom chartrets øvrige bestemmelser udelukkende for medlemsstaterne, når de gennemfører EU-retten, hvilket ikke var tilfældet i hovedsagen. Domstolen konkluderede dermed, at det første spørgsmål skulle afvises for så vidt angår disse bestemmelser⁵.

13. Hvad angår direktiv 2004/17 og de bagvedliggende principper, navnlig ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet, fandt Domstolen imidlertid, at de skulle fortolkes således, at de ikke var til hinder for nationale regler, der ikke foreskriver regelmæssig prisrevision efter tildeling af kontrakter i de sektorer, som er omfattet af direktivet. Domstolen fandt på baggrund af dette svar, at det andet spørgsmål var hypotetisk.

14. Den 28. oktober 2018 anmodede sagsøgerne Consiglio di Stato (den øverste domstol i forvaltningsretlige sager) efter afsigelsen af Domstolens dom og forud for afholdelsen af det offentlige retsmøde, der skulle finde sted den 14. november 2018, om at forelægge Domstolen nye præjudicielle spørgsmål. Sagsøgerne har nærmere bestemt gjort gældende, at Domstolen i sin dom ikke tog stilling til, om rengørings tjenester var funktionelt forbundet med transportydelsen. De har anført, at Domstolen i sin dom antog, at kontraktforholdets varighed ikke kunne forlænges, som det fremgik af de oprindelige udbudsbetingelser. Dette afspejler imidlertid ikke situationen i Italien, hvor offentlige myndigheder ofte forlænger tjenesteydelseskontrakter, nogle gange tidsbestemt, hvorved der skabes en situation med kontraktuel ubalance. Sagsøgerne har til støtte for deres standpunkt støttet sig til 9., 10. og 45. betragtning til direktiv 2004/17 og artikel 57 heri

15. Ifølge Consiglio di Stato (den øverste domstol i forvaltningsretlige sager), som atter er den forelæggende ret i hovedsagen, har sagsøgerne dermed stillet flere præjudicielle spørgsmål. Den forelæggende ret er dog i tvivl om, hvorvidt den skal forelægge Domstolen spørgsmål i henhold til artikel 267, stk. 3, TEUF under omstændighederne i hovedsagen. Retten er af den opfattelse, at pligten for en ret i sidste instans til at forelægge et præjudicielt spørgsmål ikke kan adskilles fra en ordning med »processuel præklusion«, som motiverer parterne til at gøre de aspekter af national ret, som de anser for uforenelige med EU-retten, gældende »en gang for alle« for den nationale ret. Ellers fører successive eller fortsatte forslag til præjudicielle spørgsmål – ud over at det kan give anledning til mulig misbrug og i ekstreme tilfælde et egentligt »procesmisbrug« – i sidste ende til, at retten til domstolsbeskyttelse som følge af forpligtelsen til at indgive en anmodning om præjudiciel afgørelse gøres meningsløs og underminerer princippet om, at retsforhandlinger skal afsluttes hurtigt og effektivt.

16. Det er på denne faktiske og retlige baggrund, at Consiglio di Stato (den øverste domstol i forvaltningsretlige sager) har forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»(1) Er en national ret, hvis afgørelse ikke kan appelleres, efter artikel 267 TEUF i princippet forpligtet til at foretage en præjudiciel forelæggelse af et spørgsmål vedrørende fortolkningen af EU-retten også i tilfælde, hvor en af sagens parter fremsætter et sådant spørgsmål efter indlevering af stævningen, eller efter at sagen er blevet voteret første gang, eller efter at der er blevet foretaget en første præjudiciel forelæggelse for Den Europæiske Unions Domstol?

⁵ Ibidem, præmis 33-35.

- (2) Er artikel 115, 206 og 217 i lovdekret nr. 163/2006, som fortolket i administrativ retspraksis, der udelukker prisrevision i kontrakter vedrørende de såkaldte specielle sektorer, i særdeleshed i kontrakter med anden genstand end den, hvortil direktiv 2004/17 henviser, men som har en instrumentel tilknytning til disse, i betragtning af det ovenfor anførte i overensstemmelse med EU-retten (bl.a. artikel 4[, stk. 2], TEUF, 9 TEUF, 101, [stk. 1, litra e]), TEUF, 106 TEUF, 151 TEUF – den europæiske socialpagt undertegnet i Torino den 18. oktober 1961 og fællesskabspagten af 1989 om arbejdstagernes grundlæggende arbejdsmarkedsmæssige og sociale rettigheder, som omhandlet heri – 152 TEUF, 153 TEUF, 156 TEUF, artikel 2 TEU og 3 TEU samt [chartrets] artikel 28 [...])?
- (3) Er artikel 115, 206 og 217 i lovdekret nr. 163/2006, som fortolket i administrativ retspraksis, der udelukker prisrevision i kontrakter vedrørende de såkaldte specielle sektorer, i særdeleshed i kontrakter med anden genstand end den, hvortil direktiv 2004/17 henviser, men som har en instrumentel tilknytning til disse, i betragtning af det ovenfor anførte i overensstemmelse med EU-retten (bl.a. [chartrets] artikel 28 [...], princippet om ligebehandling i artikel 26 TEUF og 34 TEUF samt princippet om den frie erhvervsudøvelse, som tillige er anerkendt i [chartrets] artikel 16 [...])?«

17. Sagsøgerne, RFI, den italienske regering og Europa-Kommissionen har indleveret skriftlige indlæg. Disse berørte parter deltog alle sammen med den tyske og den franske regering i retsmødet, der blev afholdt den 15. juli 2020.

IV. Bedømmelse

18. I overensstemmelse med Domstolens anmodning vil dette forslag til afgørelse fokusere på det første af den forelæggende rets spørgsmål. Spørgsmålet har to lag. På den ene side kan det første spørgsmål efter dets ordlyd måske forstås således, at der blot spørges, om en national ret i sidste instans skal foretage en forelæggelse i et specifikt faktisk scenarie med tre bestanddele: (i) når spørgsmålet rejses af en af parterne, (ii) når spørgsmålet rejses efter, at en part har indleveret det første processkrift, og (iii) endog efter, at der er blevet indgivet en anmodning om præjudiciel afgørelse til Domstolen. Det er ikke vanskeligt at besvare spørgsmålene. Svarene følger faktisk af Domstolens meget faste praksis (som det vil fremgå af afsnit A nedenfor).

19. På den anden side er jeg ikke af den opfattelse, at et sådant svar yder de problemstillinger, som den forelæggende ret faktisk har rejst, retfærdighed. Den forelæggende ret har anført, at parterne har rejst yderligere problemstillinger, som faktisk kan løses på grundlag af de svar, som Domstolen allerede har givet. Den forelæggende ret har imidlertid også anerkendt, at der er nye problemstillinger, som ikke kan afklares på denne måde. Hvad angår disse yderligere problemstillinger har den forelæggende ret påpeget, at da den selv er en ret i sidste instans ifølge de nationale retsregler, er den forpligtet til at indbringe sagen for Domstolen, når der rejses et spørgsmål om fortolkningen af EU-retten for den⁶.

20. På dette tidspunkt viser det første spørgsmåls bredere problemstilling sig fuldt ud: Er nogen eller alle sager, hvor der er vedvarende tvivl om den korrekte anvendelse af EU-retten i den bestemte sag, uanset om der allerede tidligere er blevet indgivet en anmodning om præjudiciel

⁶ Idet den har påberåbt sig Domstolens faste praksis i denne henseende, navnlig dom af 18.7.2013, Consiglio Nazionale dei Geologi (C-136/12, EU:C:2013:489, præmis 25).

afgørelse i den samme sag, omfattet af den forelæggelsespligt, der påhviler retter i sidste instans? Hvad er det rette omfang af pligten til at forelægge et præjudicielt spørgsmål og undtagelserne hertil, navnlig på baggrund af sager, såsom den i hovedsagen omhandlede?

21. Jeg vil, når jeg foreslår et svar på dette spørgsmål, begynde med at redegøre for de nuværende konturer af forelæggelsespligten og undtagelserne hertil (B). Dernæst vil jeg undersøge de forskellige problemer, som retspraksis rejser, hvorefter problemerne omdefinieres som grundene til, at jeg foreslår, at Domstolen udtrykker forelæggelsespligten i et andet lys (C). Endelig vil jeg afslutte med et specifikt forslag i denne henseende (D).

A. *Lagene*

22. De af den forelæggende ret påberåbte forhold vedrører tre problemstillinger: (i) *parternes rolle* i forbindelse, at et spørgsmål rejses, (ii) spørgsmålets *timing* i forhold til de forskellige stadier, som en national retslig procedure kan bestå af, og (iii) muligheden for en *anden anmodning* om præjudicielt afgørelse i de samme retsforhandlinger. Hvis disse tre problemstillinger forstås som tre særskilte spørgsmål og ikke som tre facetter af det samme spørgsmål, kan svaret herpå nemt udledes af Domstolens faste praksis.

1. *Det ydre lag: Det tilkommer altid den nationale ret at træffe afgørelse*

23. For det første tilkommer det alene den forelæggende ret at afgøre, om den er af den opfattelse, at en afgørelse fra Domstolen er nødvendig for, at den kan afsige dom. En national ret, ligesom enhver anden ret, vil sandsynligvis lytte til parternes synspunkter vedrørende muligheden for at forelægge et præjudicielt spørgsmål. Artikel 267 TEUF indførte imidlertid et direkte samarbejde mellem Domstolen og de nationale retter inden for rammerne af en procedure, hvor parterne ikke kan gribe ind i sagsbehandlingen⁷. Det blotte forhold, at en af tvistens parter har rejst visse EU-retlige problemstillinger i hovedsagen, betyder derfor ikke, at den pågældende ret skal lægge til grund, at der herved er rejst spørgsmål i den i artikel 267 TEUF omhandlede forstand, som skal forelægges⁸. Det betyder derimod også, at en national ret kan indgive en anmodning om præjudicielt afgørelse af egen drift⁹.

24. For det andet tilkommer det også alene den nationale ret at afgøre, hvornår det er passende at forelægge Domstolen et præjudicielt spørgsmål¹⁰. Den nationale ret er bedst i stand til at vurdere, på hvilket tidspunkt der er behov for en præjudicielt afgørelse fra Domstolen¹¹. Domstolen kræver kun, at tvisten verserer på tidspunktet for anmodningen om præjudicielt afgørelse¹².

25. Ud fra Domstolens synspunkt og dennes ønske om at bistå den forelæggende ret mest muligt kan situationer, hvor den nationale ret beslutter først at foretage en forelæggelse for Domstolen efter, at en tvist og alle konsekvenserne heraf har vist sig fuldt ud for retten, bestemt kun bydes

⁷ Jf. f.eks. dom af 12.2.2008, *Kempter* (C-2/06, EU:C:2008:78, præmis 41), af 9.11.2010, *VB Pénzügyi Lízing* (C-137/08, EU:C:2010:659, præmis 28), og af 18.7.2013, *Consiglio Nazionale dei Geologi* (C-136/12, EU:C:2013:489, præmis 28).

⁸ Allerede dom af 6.10.1982, *CILFIT* m.fl. (283/81, EU:C:1982:335, præmis 9). Jf. også dom af 10.1.2006, *IATA og ELFAA* (C-344/04, EU:C:2006:10, præmis 28).

⁹ Allerede dom af 16.6.1981, *Salonia* (126/80, EU:C:1981:136, præmis 7). Jf. også dom af 15.1.2013, *Križan* m.fl. (C-416/10, EU:C:2013:8, præmis 65).

¹⁰ Jf. f.eks. dom af 17.7.2008, *Coleman* (C-303/06, EU:C:2008:415, præmis 29 og den deri nævnte retspraksis), og af 22.12.2008, *Les Vergers du Vieux Tauves* (C-48/07, EU:C:2008:758, præmis 20 og den deri nævnte retspraksis).

¹¹ Jf. f.eks. dom af 11.6.1987, *X* (14/86, EU:C:1987:275, præmis 11).

¹² Jf. f.eks. dom af 13.4.2000, *Lehtonen og Castors Braine* (C-176/96, EU:C:2000:201, præmis 19).

velkommen. I nogle tilfælde kan god retspleje dermed kræve, at den forelæggende ret først indgiver en anmodning til Domstolen, når den forelæggende ret har hørt begge parter i tvisten. Dette er dog bestemt ikke i sig selv en betingelse, som Domstolen har stillet¹³.

26. Tilsvarende er jeg ikke af den opfattelse, at Domstolen er imod nationale regler eller bestemmelser, som kræver forening af tvister, navnlig ved appeldomstole eller de øverste domstole, ved at pålægge parterne at fremsætte nye eller yderligere argumenter på et bestemt tidspunkt eller stadium i den retslige procedure. Det er imidlertid korrekt, at Domstolen tidligere generelt har taget afstand herfra, hvis sådanne frister eller forening af sager gjorde det faktisk umuligt for de nationale retter at stille spørgsmål vedrørende nationale reglers overensstemmelse med EU-retten¹⁴.

27. Logikken i Domstolens praksis på dette område er dermed at sikre, at nationale procedureregler ikke er til hinder for, at EU-retlige forhold rejses, således at en anmodning om præjudiciel afgørelse kan indgives uanset retsforhandlingernes stadium. Dette kan sandsynligvis i praksis føre til den mulige ophævelse af restriktive nationale regler¹⁵.

28. I forbindelse med denne sag forekommer det imidlertid, at spørgsmålet, om en mulig forelæggelsespligt i henhold til artikel 267 TEUF kan opstå »også i tilfælde, hvor en af sagens parter [for den nationale ret] fremsætter et sådant spørgsmål efter indlevering af stævningen, eller efter at sagen er blevet voteret første gang«, er blevet rejst for at nå et andet udfald. Det forekommer i denne sag, at der faktisk ikke er en begrænsende regel i national ret, idet parterne tilsyneladende kan indlede drøftelser (på ny) af forhold for den forelæggende ret, som allerede har været genstand for en anmodning om præjudiciel afgørelse. Det er dog mildest talt meget usædvanligt, hvis man begynder at påberåbe sig den »muliggørende« linje i retspraksis, som altid kategorisk har insisteret på, at det står nationale dommere helt frit at rejse *ethvert* EU-retligt forhold på *ethvert* tidspunkt under retsforhandlingerne, for pludseligt at søge det modsatte resultat: At lukke ned for enhver yderligere drøftelse, der er tilladt i henhold til national ret, efter at der på nationalt niveau er modtaget en afgørelse fra Domstolen.

29. For det tredje passer det også dårligt med Domstolens traditionelle tilgang til det tredje forhold, som den forelæggende ret har identificeret: Muligheden for at spørge igen. Domstolen har i denne henseende altid insisteret på, at det står de nationale retter helt frit at forelægge en sag for Domstolen, hvis de finder det påkrævet, og uden at den omstændighed, at de bestemmelser, som ønskes fortolket, allerede er fortolket af Domstolen, bevirker, at Domstolen ikke på ny kan træffe afgørelse herom¹⁶.

30. Det samme gælder i de *samme* nationale retsforhandlinger. Ifølge Domstolen »[er der] adgang til at indbringe en sådan sag, såfremt den nationale domstol har vanskeligheder med hensyn til forståelsen eller anvendelsen af dommen, såfremt den nationale ret forelægger Domstolen et nyt retsspørgsmål, eller såfremt retten fremfører nye synspunkter, på grundlag af hvilke Domstolen

¹³ Allerede dom af 28.6.1978, Simmenthal (70/77, EU:C:1978:139, præmis 10 og 11). Jf. også for nylig f.eks. dom af 1.2.2017, Tolley (C-430/15, EU:C:2017:74, præmis 32 og 33).

¹⁴ Jf. f.eks. dom af 14.12.1995, Peterbroeck (C-312/93, EU:C:1995:437, præmis 19 og 20). Jf. også hvad navnlig angår den mulige begrænsning af rækkevidden af (tredjeinstans)appeller dom af 4.6.2002, Lyckeskog (C-99/00, EU:C:2002:329, præmis 17 og 18).

¹⁵ Jf. også mere generelt dom af 5.10.2010, Elchinov (C-173/09, EU:C:2010:581, præmis 25), eller af 15.1.2013, Krizan m.fl. (C-416/10, EU:C:2013:8, præmis 67).

¹⁶ Jf. f.eks. dom af 17.7.2014, Torresi (C-58/13 og C-59/13, EU:C:2014:2088, præmis 32 og den deri nævnte retspraksis), af 20.12.2017, Schweppes (C-291/16, EU:C:2017:990, præmis 26), og af 6.11.2018, Bauer og Willmeroth (C-569/16 og C-570/16, EU:C:2018:871, præmis 21).

kan tænkes at ville ændre sin besvarelse af et tidligere spørgsmål»¹⁷. En ny forelæggelse er dermed altid mulig vedrørende de samme EU-retlige bestemmelser, men også vedrørende potentielt andre bestemmelser eller problemstillinger i de samme retsforhandlinger.

31. Det følger heraf, at det korte svar på det første spørgsmål er, at en anmodning om præjudiciel afgørelse *kan* indgives på ethvert tidspunkt, uanset at Domstolen har afsagt en tidligere præjudiciel dom i de samme retsforhandlinger, så længe den forelæggende ret er af den opfattelse, at Domstolens svar er nødvendigt for, at den kan afsige dom. Det er altid den nationale ret, der, henset til enhver rimelig tvivl, som den fortsat måtte have vedrørende den korrekte anvendelse af EU-retten i den for retten verserende sag, skal afgøre det.

2. Det dybere lag: Bør alle spørgsmål virkelig forelægges?

32. Kort sagt forbliver alt dette inden for den forelæggende rets enekompetence og dennes bedømmelse af det (subjektive) behov for at anmode Domstolen om yderligere vejledning. Men er det reelt svaret? Eller er det snarere beskrivelsen af problemet? Bør der stadig være en forelæggelsespligt i sager som den foreliggende?

33. Set i denne sammenhæng når den forelæggende rets første spørgsmål et andet, meget dybere lag. Dette understreges yderligere af, at *alle de tre forhold*, der er drøftet i ovenstående afsnit som fritstående spørgsmål, er til stede i hovedsagen samtidigt. Spørgsmålet bliver dermed, om den forelæggende ret, på trods af alle disse omstændigheder, stadig har en forpligtelse til at foretage en forelæggelse.

34. Jeg er derfor ikke af den opfattelse, at et sådant spørgsmål kan besvares behørigt på den måde, der er redegjort for i ovenstående afsnit. Jeg er heller ikke af den opfattelse, at det kan besvares ved at foreslå, at den foreliggende sag blot vedrører retskraften og overholdelsen af en tidligere dom fra Domstolen. Det er bestemt korrekt, at retskraften af Domstolens fortolkning, allerede siden dommen i sagen *Da Costa m.fl.*¹⁸ og som senere konsolideret i dommen i sagen *CILFIT m.fl.*¹⁹, i medfør af artikel 267 TEUF kan bevirke, at forudsætningen for denne forpligtelse bortfalder, og at den således bliver indholdsløs²⁰. Dette er så meget desto mere tilfældet, når det rejste spørgsmål materielt set er identisk med et spørgsmål, som allerede har været genstand for en præjudiciel afgørelse i de samme nationale retsforhandlinger²¹.

35. Den forelæggende ret har dog klart anført, at den står delvist over for nye, yderligere forhold i sagen, som Domstolen ikke tidligere har taget stilling til. Problemstillingen er dermed ikke, at der ses bort fra nogen tidligere afgørelse fra Domstolen.

36. I en sådan sammenhæng er det umuligt at anføre, at EU-retten er til hinder for den italienske praksis, hvorefter parterne får mulighed for at indlevere deres indlæg vedrørende et svar på et spørgsmål, der blev modtaget fra en højere ret efter en anmodning, der udgjorde en del af

¹⁷ Jf. kendelse af 5.3.1986, *Wünsche* (69/85, EU:C:1986:104, præmis 15), dom af 11.6.1987, *X* (14/86, EU:C:1987:275, præmis 12), dom af 6.3.2003, *Kaba* (C-466/00, EU:C:2003:127, præmis 39), og kendelse af 30.6.2016, *Sokoll-Seebacher og Naderhirn* (C-634/15, EU:C:2016:510, præmis 19).

¹⁸ Dom af 27.3.1963, *Da Costa m.fl.* (28/62-30/62, EU:C:1963:6).

¹⁹ Dom af 6.10.1982, *CILFIT m.fl.* (283/81, EU:C:1982:335, præmis 13-14).

²⁰ Med den stiltiende formodning, der først blev udtrykkelig senere, at den nationale dommer er bundet af den fortolkning, som Domstolen allerede har foretaget – jf. for nyere eksempler f.eks. dom af 5.10.2010, *Elchinov* (C-173/09, EU:C:2010:581, præmis 29 og 30), eller af 5.7.2016, *Ognyanov* (C-614/14, EU:C:2016:514, præmis 33).

²¹ Jf. f.eks. dom af 4.11.1997, *Parfums Christian Dior* (C-337/95, EU:C:1997:517, præmis 29).

retsforhandlingerne. I retsmødet anførte den italienske regering, at dette ikke kun er den vedtagne praksis for svar modtaget fra Domstolen, men også for svar modtaget fra den nationale forfatningsdomstol efter den nationale dommers forelæggelse af et forfatningsretligt spørgsmål. Under sådanne omstændigheder får parterne i hovedsagen indflydelse på de konsekvenser, der skal drages for deres sag under hensyntagen til den højere retsinstans' vejledning.

37. Sammenfattet foreslår jeg, at det, medmindre Domstolen måtte ønske at gentage det åbenlyse uden at beskæftige sig med sagens dybere lag, eller medmindre Domstolen måtte ønske ganske radikalt at revidere nogle af de forhold, der netop er redegjort for, er nødvendigt med en drøftelse af arten og rækkevidden af pligten til at forelægge et præjudicielt spørgsmål i forbindelse med denne sag. De berørte parter har fremsat forskellige synspunkter herom.

38. Sagsøgerne og sagsøgte i hovedsagen har hovedsagelig fokuseret på spørgsmål 2 og 3 i deres indlæg. Hvad angår det første spørgsmål har sagsøgerne anført, at anmodningerne om præjudiciel afgørelse er overflødige, hvor der allerede er fast retspraksis, medmindre de relevante præjudikater er for gamle, eller hvor der er gjort nye argumenter gældende for den forelæggende ret, hvilket er tilfældet i hovedsagen. Sagsøgte er af den opfattelse, at den forelæggende ret ikke burde have forelagt nye spørgsmål, da fortolkningen af de omtvistede EU-retlige regler er klar, og at Domstolens praksis allerede giver et svar.

39. Den tyske, franske og italienske regering og Kommissionen har alle behandlet det første spørgsmål mere detaljeret og gjort en række synspunkter gældende. Den tyske regering og Kommissionen er af den opfattelse, at der ikke er nogen grund til at revidere dommen i sagen CILFIT m.fl. på nogen måde. Den tyske regering har påpeget, at CILFIT-kriterierne har stået sin prøve og bør opretholdes.

40. Den italienske regering har krævet en bedre afbalancering af forelæggelsespligten med god retspleje. Ifølge denne regering tilsidesætter retter i sidste instans kun artikel 267, stk. 3, TEUF, hvis de undlader at tage hensyn til EU-retlige spørgsmål, som parterne har rejst, eller erklærer dem for ugrundede uden at give en begrundelse herfor. Regeringen er af den opfattelse, at begrundelsen er afgørende. Den kan endog afbøde medlemsstaters ansvar for den manglende forelæggelse fra deres retter i sidste instans.

41. Den franske regering har foreslået, at CILFIT-kriterierne bør (gen)fortolkes i lyset af det overordnede formål med artikel 267 TEUF og i lyset af EU-rettens nuværende udviklingstrin under hensyntagen til de strukturelle ændringer, der er sket. Forelæggelsespligten bør fokusere på vigtige fortolkningsspørgsmål og på spørgsmål, som kan give anledning til divergerende fortolkninger i Unionen, ikke nødvendigvis på individuelle sager i medlemsstaterne. Spørgsmål vedrørende EU-rettens anvendelse bør ikke udløse forelæggelsespligten. En sådan pligt bør kun opretholdes for generelle spørgsmål eller spørgsmål, som, om end kasuistiske, kræver, at Domstolen opstiller en generel ramme for bedømmelsen eller kriterier for retlige argumenter. Selv om retter i sidste instans stadig kan beslutte at forelægge andre typer spørgsmål, bør de nationale retter tage kravene om god retspleje og om afsigelse af domme inden for rimelig tid i betragtning, navnlig når Domstolen har afsagt en første præjudiciel afgørelse i de samme retsforhandlinger.

B. Dommen i sagen CILFIT m.fl. (og dens efterkommere)

42. I medfør af artikel 267, stk. 3, TEUF har en national ret, hvis afgørelser ifølge de nationale retsregler ikke kan appelleres, pligt til at forelægge Domstolen spørgsmål om fortolkningen eller gyldigheden af EU-retten.

43. Der påhviler dermed klart retter i sidste instans²² en pligt i henhold til traktatens ordlyd til at forelægge Domstolen spørgsmål, der er omfattet af artiklens stk. 1. Som det er tilfældet med en række primærretlige bestemmelser, er resten imidlertid blot skabt i retspraksis.

44. For det første sonderer traktatens ordlyd ikke mellem fortolkningsspørgsmål og gyldighedsspørgsmål for så vidt angår forelæggelsespligtens rækkevidde. Hvad angår *gyldighedsspørgsmål* har Domstolen udtalt, at *alle* nationale retter, dvs. ikke kun retterne i sidste instans, har en uforbeholden pligt til at forelægge Domstolen sådanne spørgsmål. Nationale retter er ikke selv beføjede til at træffe afgørelse om gyldigheden af retsakter fra Unionens institutioner²³. Kravet om ensartethed er af afgørende betydning, når der rejses tvivl om gyldigheden af en EU-akt. Meningsforskelle hos retterne i medlemsstaterne med hensyn til gyldigheden af EU-retsakter kan anfægte selve enheden af den EU-retlige retsorden og anfægte det grundlæggende krav om retssikkerhed²⁴.

45. Sådanne betragtninger placerer spørgsmål vedrørende EU-retsakter på et andet og særskilt spor. Eftersom begrundelsen for, at alle nationale retter har en kategorisk pligt til at forelægge Domstolen enhver problemstilling vedrørende gyldigheden, er en anden end grunden til, at der er pligt til at forelægge fortolkningsspørgsmål, er det samme ganske afgørende korrekt for så vidt angår undtagelserne hertil. CILFIT-undtagelserne finder *ikke anvendelse* på pligten til at forelægge et *gyldighedsspørgsmål*²⁵.

46. Det bør allerede på dette tidspunkt fremhæves, at den følgende drøftelse i dette forslag til afgørelse udelukkende vedrører anmodninger om præjudiciel afgørelse om fortolkningen af EU-retten.

47. For det andet er det rimeligt at anerkende, at artikel 267, stk. 3, TEUF i henhold til ordlyden opstiller en kategorisk pligt, der påhviler nationale retter i sidste instans, til at foretage en forelæggelse, *uden nogen undtagelser*: »Såfremt et sådant spørgsmål rejses [...], er retten *pligtig* at indbringe sagen for Domstolen«. Det er i denne henseende Domstolens praksis, som faktisk har indskrevet CILFIT-undtagelserne vedrørende *fortolkningsspørgsmål*.

48. Jeg gør bestemt ikke dette forhold gældende for at insinuere, at sådanne undtagelser ikke er korrekte eller lovlige. Tværtimod er de faktisk nødvendige. Grunden til mit ønske om at understrege dette indledningsvist i den efterfølgende drøftelse er imidlertid at fremhæve, at når det kommer til forelæggelsespligtens art og rækkevidde eller undtagelserne hertil, er argumentet,

²² Jeg vil i hele dette forslag til afgørelse anvende dette velkendte udtryk som en kort form af »national ret, hvis afgørelser ifølge de nationale retsregler ikke kan appelleres«. Yderligere om identifikationen af sådanne retter i forbindelse med de enkelte *specifikke* retsforhandlinger jf. f.eks. dom af 4.6.2002, Lyckeskog (C-99/00, EU:C:2002:329, præmis 16), af 16.12.2008, Cartesio (C-210/06, EU:C:2008:723, præmis 76-78), af 15.1.2013, Krizan m.fl. (C-416/10, EU:C:2013:8, præmis 72), og af 21.12.2016, Biuro podróży »Partner« (C-119/15, EU:C:2016:987, præmis 52 og 53).

²³ Jf. dom af 22.10.1987, Foto-Frost (314/85, EU:C:1987:452, præmis 20), af 6.12.2005, Gaston Schul Douane-expediteur (C-461/03, EU:C:2005:742, præmis 17), og af 21.12.2011, Air Transport Association of America m.fl. (C-366/10, EU:C:2011:864, præmis 47).

²⁴ Jf. f.eks. dom af 22.10.1987, Foto-Frost (314/85, EU:C:1987:452, præmis 15), af 6.12.2005, Gaston Schul Douane-expediteur (C-461/03, EU:C:2005:742, præmis 21), og af 28.3.2017, Rosneft (C-72/15, EU:C:2017:236, præmis 78-80).

²⁵ Jf. dom af 6.12.2005, Gaston Schul Douane-expediteur (C-461/03, EU:C:2005:742, præmis 20 og 25).

hvorefter »dette kan ikke ændres, fordi det er skrevet på denne måde i traktaten«, en smule ejendommeligt. For så vidt angår den nøjagtige rækkevidde af pligten til at indgive en anmodning om præjudiciel afgørelse har artikel 267 TEUF en påfaldende åben ordlyd. Hvad angår undtagelserne til pligten indeholder traktaten slet intet herom. For at være mere præcis, hvis man måtte ønske at være en irriterende ordlydsfortolker, kan man endog foreslå, at ordlyden af artikel 267 TEUF er til hinder for, at der er nogen undtagelser til forelæggelsespligten.

1. Forelæggelsespligtens begrundelse

49. Generelt fastslår »[d]en ved artikel 267 TEUF indførte ordning [...] et direkte samarbejde mellem Domstolen og de nationale retter, inden for rammerne af hvilket de sidstnævnte retter aktivt deltager i den *korrekte anvendelse og ensartede fortolkning* af EU-retten samt i beskyttelsen af de rettigheder, som denne retsorden giver borgerne«²⁶.

50. Traktaten kræver imidlertid mere af de nationale retter i sidste instans, som omhandlet i artikel 267, stk. 3, TEUF, end af enhver anden ret i henhold til stk. 2 heri. Der må derfor være nogle yderligere, strukturelle grunde til, hvorfor – ud over *skønsbeføjelsen* til at forelægge spørgsmål, som er til rådighed for alle nationale retter – retter i sidste instans har *pligt* til at forelægge.

51. Den strukturelle begrundelse for den pligt, der påhviler retter i sidste instans, blev fremsat tidligt i Hoffmann-Laroche-dommen: »at hindre, at der i en medlemsstat skabes national retspraksis, som ikke er i overensstemmelse med [EU-]retten«²⁷. Med andre ord er det særlige formål med artikel 267, stk. 3 TEUF behovet for »at undgå, at der inden for [Unionen] opstår afvigende retspraksis vedrørende [EU]-retlige spørgsmål«²⁸. Forpligtelsens begrænsning til retter i sidste instans er specifikt begrundet i, at »en ret, der træffer afgørelse som sidste instans, pr. definition [er] den sidste instans, hvor borgerne kan gøre de rettigheder gældende, der følger af EU-retten. De retter, som træffer afgørelse i sidste instans, har på nationalt plan til opgave at sikre en ensartet fortolkning af retsreglerne«²⁹.

52. Ud over ønsket om at bistå den nationale ret med den korrekte fortolkning eller anvendelse af EU-retten i den individuelle sag, hvilket forekommer at være den altoverskyggende logik for artikel 267 TEUF, er logikken for forelæggelsespligten blevet udtrykt i systemiske, strukturelle termer: At forhindre afvigelser i EU-retspraksis. Logisk forfølges dette mål bedst på disse nationale retters niveau, idet de sædvanligvis selv er betroet målet om at sikre enhed på nationalt niveau.

²⁶ Udtalelse 1/09 (Aftale om indførelse af en fælles patentdomstolsordning) af 8.3.2011 (EU:C:2011:123, præmis 84). Min fremhævelse.

²⁷ Dom af 24.5.1977, Hoffmann-Laroche (107/76, EU:C:1977:89, præmis 5), efterfølgende gentaget i en række andre domme, såsom dom af 2.4.2009, Pedro IV Servicios (C-260/07, EU:C:2009:215, præmis 32 og den deri nævnte retspraksis), af 15.3.2017, Aquino (C-3/16, EU:C:2017:209, præmis 33 og den deri nævnte retspraksis), og af 4.10.2018, Kommissionen mod Frankrig (forskudsskat) (C-416/17, EU:C:2018:811, præmis 109).

²⁸ Dom af 24.5.1977, Hoffmann-Laroche (107/76, EU:C:1977:89, præmis 7).

²⁹ Jf. f.eks. dom af 15.3.2017, Aquino (C-3/16, EU:C:2017:209, præmis 34).

53. Det er imidlertid rimeligt at anerkende, at begrundelsen for forelæggelsespligten ikke altid er blevet udtrykt så konsekvent i Domstolens udtalelser (og anvendelsespraksis) gennem årene. Nogle gange er de anvendte udtryk ensartet fortolkning og anvendelse af EU-retten³⁰, nogle gange er udtrykket behørig eller korrekt anvendelse og ensartet fortolkning³¹ og nogle gange endog bare ensartet anvendelse³².

54. Der kan blot være tale om ubevidste ændringer i den anvendte ordlyd. I andre tilfælde er de dog tegn på en dybere afvigelse. De antyder en vedvarende spænding i, hvor anderledes *forpligtelsen* i artikel 267, stk. 3, TEUF bør fortolkes i forhold til *muligheden* i henhold til stk. 2.

55. *Muligheden* i henhold til stk. 2 og det overordnede formål med den præjudicielle forelæggelsesprocedure er uden tvivl at bistå nationale retter med at løse *individuelle* sager omhandlende EU-retlige forhold. Dette sagsfokuserede »mikro-formål« tjener bestemt på langt sagt det mere systemiske »makro-formål« med den præjudicielle forelæggelsesprocedure. Den opbygger gradvist en ordning med præjudikater (eller med Domstolens sprogbrug fast retspraksis), som hjælper med at sikre anvendelsen af EU-retten ensartet på tværs af Den Europæiske Union.

56. Kan *forpligtelsen* til at foretage en forelæggelse imidlertid forstås som blot en forlængelse af *muligheden* til at foretage en forelæggelse, som et forsøg på at identificere tilfælde, hvor noget, som tager udgangspunkt i muligheden for at forelægge, pludselig bliver en strukturel forpligtelse, hvorved den individuelle nationale dommer, som måske er »subjektivt i tvivl«, pludselig har et »objektivt behov« for Domstolens bistand?

2. Undtagelserne til pligten

57. Dommen i sagen CILFIT m.fl. omhandlede en tvist mellem uldimportører og det italienske sundhedsministerium vedrørende en afgift for sundhedskontrol af uld importeret fra lande uden for det (daværende) Fællesskab. Importørerne støttede sig til en bestemmelse i en forordning, der forbød medlemsstaterne at pålægge afgifter med tilsvarende virkning som told på import af visse animalske produkter. Sundhedsministeriet gjorde gældende, at uld ikke var omfattet af traktaten og dermed ikke var underlagt forordningen.

58. Corte Suprema di Cassazione (kassationsdomstolen, Italien) forelagde på denne baggrund et spørgsmål om fortolkningen af den daværende artikel 177, stk. 3, i EØF-traktaten (nu artikel 267 TEUF), hvor den nærmere bestemt spurgte, om forpligtelsen til at forelægge er automatisk eller betinget af, at der først er fastslået en rimelig fortolkningsmæssig tvivl. Ifølge sundhedsministeriet var fortolkningen af forordningen så åbenlys, at muligheden for nogen fortolkningsmæssig tvivl var udelukket, hvorved behovet for at forelægge Domstolen sagen var overflødiggjort. De pågældende importører gjorde gældende, at eftersom der var blevet rejst et spørgsmål om fortolkningen af en forordning for en øverste domstol, hvis afgørelser ikke kunne appelleres i henhold til national ret, havde retten pligt til at forelægge Domstolen sagen.

³⁰ F.eks. dom af 24.5.1977, Hoffmann-Laroche (107/76, EU:C:1977:89, præmis 5), eller Den Europæiske Unions Domstol, Anbefalinger til de nationale retter vedrørende forelæggelse af præjudicielle spørgsmål (EUT 2019, C 380, s. 1, punkt 1).

³¹ F.eks. dom af 6.10.1982, CILFIT m.fl. (283/81, EU:C:1982:335, præmis 7), og udtalelse 1/09 (Aftale om indførelse af en fælles patentdomstolsordning) af 8.3.2011 (EU:C:2011:123, præmis 84).

³² F.eks. dom af 21.12.2011, Air Transport Association of America m.fl. (C-366/10, EU:C:2011:864, præmis 47), og af 28.3.2017, Rosneft (C-72/15, EU:C:2017:236, præmis 80).

59. Domstolen erindrede i dommen først om formålet med forpligtelsen til at forelægge, som var at »sikre, at EF-retten anvendes korrekt og fortolkes ensartet i alle medlemsstaterne. Formålet med artikel 177, stk. 3, er navnlig at undgå, at der inden for Fællesskabet opstår afvigende retspraksis vedrørende EF-retlige spørgsmål. Rækkevidden af denne pligt skal således vurderes på grundlag af bestemmelsens målsætning [...]«³³.

60. *Henset til disse formål* fandt Domstolen derefter, at forpligtelsen til at foretage en forelæggelse ikke er absolut. Den opstillede tre undtagelser til forelæggelsespligten for retter i sidste instans.

61. For det første har retter i sidste instans ikke pligt til at forelægge et fortolkningsspørgsmål, »hvis *ikke* spørgsmålet er *relevant*, dvs. hvis besvarelsen af spørgsmålet under ingen omstændigheder kan påvirke sagens afgørelse«³⁴.

62. Jeg er enig i, at en drøftelse af, om dette faktisk er en undtagelse til en pligt eller snarere en bekræftelse af, at det er ikke er en pligt, er ganske mulig. Hvis der ikke er nogen (relevant) EU-retlig problemstilling, hvad skal eller kan der så spørges om? Når det præjudicielle spørgsmål ikke er relevant for hovedsagens udfald, er der ingen forelæggelsespligt, men et spørgsmål vil også simpelthen skulle afvises³⁵.

63. Jeg er imidlertid af den opfattelse, at den første »undtagelse« bør forstås i den tidsmæssige sammenhæng, hvori den indgår. Dette var den første gang, hvor Domstolen udtalte, at den samme betingelse – på trods af ordlyden af artikel 267, stk. 3, TEUF – i artiklens stk. 2 også skulle finde anvendelse der. Den første undtagelse blev imidlertid og måske vigtigere ved at bygge bro mellem de to stykker i artikel 267 TEUF strukturelt knyttet til den individuelle sag og mikro-formålet med anmodningen om præjudiciel afgørelse: At bistå nationale retter (i første og sidste instans) ved løsningen af en bestemt tvist, der verserer for dem, og hvor der opstår et EU-retligt spørgsmål.

64. For det andet er der ingen pligt til at forelægge, når »det rejste spørgsmål materielt set er identisk med et spørgsmål, som allerede har været genstand for en præjudiciel afgørelse i et lignende tilfælde«³⁶, og i situationer, hvor »det pågældende retsspørgsmål er afgjort i Domstolens tidligere praksis; dette gælder uden hensyn til karakteren af de sager, som er afgjort i den pågældende praksis, også selv om de omhandlede spørgsmål ikke er helt identiske«³⁷.

65. Den anden undtagelse, der er i daglig tale beskrives som »acte éclairé« (også på andre sprog), omfatter situationer, hvor Domstolen allerede har skabt præcedens. Den opstod som en udvidelse af anvendelsesområdet for dommen i sagen Da Costa m.fl., hvor Domstolen fandt, at »retskraften af Domstolens fortolkning [kan] [...] bevirke, at forudsætningen for denne forpligtelse [til at forelægge] bortfalder, og at den således bliver indholdsløs«³⁸.

³³ Dom af 6.10.1982, CILFIT m.fl. (283/81, EU:C:1982:335, præmis 7).

³⁴ Samme sted, præmis 10. Min fremhævelse.

³⁵ For et nyere eksempel jf. dom af 26.3.2020, Miasto Łowicz og Prokurator Generalny (C-558/18 og C-563/18, EU:C:2020:234).

³⁶ Dom af 6.10.1982, CILFIT m.fl. (283/81, EU:C:1982:335, præmis 13).

³⁷ Samme sted, præmis 14.

³⁸ Dom af 27.3.1963, Da Costa m.fl. (28/62 – 30/62, EU:C:1963:6, s. 397).

66. For det tredje bemærkede Domstolen endelig, at der ikke er forelæggelsespligt, når »den korrekte anvendelse af [EU-]retten [kan] fremgå med en sådan klarhed, at der ikke foreligger nogen rimelig tvivl om afgørelsen af det rejste spørgsmål«³⁹. Det er således, at den (formentlig) mest velkendt undtagelse blev til »ingen rimelig tvivl-undtagelsen« eller også kendt som »acte clair-undtagelsen« på andre sprog.

67. Domstolen fortsatte med at opregne flere krav, som en national ret skal være overbevist om er opfyldt, inden den når til den konklusion, at der ikke foreligger nogen rimelig tvivl om, hvorledes den omtvistede EU-retlige bestemmelse skal fortolkes. Det kan drøftes, om kravet om, at den national ret skal »være overbevist om, at hverken de øvrige medlemsstaters retter eller Domstolen vil være i tvivl om afgørelsen«⁴⁰, er et af disse specifikke krav, eller om det faktisk er en form for generelt kriterium, der giver yderligere vejledning om den type situationer, hvor der ikke er nogen rimelig tvivl.

68. Hvis det antages, at der er tale om et »generelt« kriterium, fortsatte Domstolen imidlertid med at opregne yderligere karakteristiske egenskaber ved fællesskabsretten, som en national ret bør have in mente, inden den drager en sådan konklusion. De omfatter: (i) »[f]ortolkningen af en EF-retlig bestemmelse kan [...] først ske efter en sammenligning af de sproglige versioner«⁴¹, (ii) »indholdet af de retlige begreber [er] ikke nødvendigvis [...] det samme i EF-retten som i de forskellige nationale retsordener«⁴², og (iii) »de enkelte EF-regler [skal] vurderes i deres rette sammenhæng og fortolkes i lyset af EF-rettens bestemmelser som helhed, den bagved liggende målsætning og EF-rettens udviklingstrin på tidspunktet for de pågældende bestemmelsers anvendelse«⁴³.

3. (Domstolens) efterfølgende anvendelsespraksis

69. Gennem årene har der ikke været mangel på akademiske⁴⁴ eller endog retslige⁴⁵ bidrag til drøftelsen af, om CILFIT-undtagelserne, navnlig forholdene vedrørende acte clair, faktisk bør forstås som krav, hvorved der opstilles en tjekliste for de nationale retter i sidste instans, eller om de nærmere bør tilgås som en form for »overordnet vejledningsordning« eller et »redskab«⁴⁶, der ikke skal tages bogstaveligt.

³⁹ Dom af 6.10.1982, CILFIT m.fl. (283/81, EU:C:1982:335, præmis 16).

⁴⁰ Samme sted, præmis 16.

⁴¹ Samme sted, præmis 18.

⁴² Samme sted, præmis 19.

⁴³ Samme sted, præmis 20.

⁴⁴ Blandt de mange jf. især H. Rasmussen, »The European Court's Acte Clair Strategy in C.I.L.F.I.T. Or: Acte Clair, of Course! But What does it Mean?«, 9 *EL Rev.* (1984), s. 242, G. Bebr, *The Preliminary Proceedings or Article 177 EEC – Problems and Suggestions for Improvement*, i HG. Schermers m.fl. (red.), *Article 177 EEC: Experience and Problems*. North-Holland, Amsterdam, 1987, s. 355, D. Vaughan, *The Advocate's View*, i M. Andenas, *Article 177 References to the European Court – Policy and Practice*. Butterworths, London, 1994, s. 61, M. Broberg, »Acte clair revisited: Adapting the acte clair criteria to the demands of time« (2008) 45 *CMLR*, s. 1383, og M. Broberg og N. Fenger, *Preliminary References to the European Court of Justice*, 2. udg., Oxford University Press, Oxford, 2014, s. 240-246.

⁴⁵ Jf. allerede f.eks. de nationale retslige synspunkter i HG Schermers m.fl. (red.), *Article 177 EEC: Experience and Problems*. North-Holland, Amsterdam, 1987, s. 53-134, og General report to the 18th Colloquium of the Association of the Councils of State and Supreme Administrative Jurisdictions of the European Union i Helsinki, 20. og 21.5.2002, om emnet »The Preliminary Reference to the Court of Justice of the European Communities«, s. 28-29, jf. også P. J. Wattel, »Köbler, CILFIT and Welthgrove: We can't go on meeting like this«, *CMLR* 41, 2004, s. 177.

⁴⁶ For at låne det udtryk, som generaladvokat Wahl for nylig anvendte i forslag til afgørelse X og van Dijk (C-72/14 og C-197/14, EU:C:2015:319, punkt 67).

70. Det betydningsfulde i denne henseende er Domstolens egen efterfølgende praksis herom. Det er to forhold i retspraksis, som er særligt bemærkelsesværdige. For det første har Domstolen aldrig udtrykkeligt revideret eller nuanceret dommen i sagen CILFIT m.fl., selv om den gentagne gange er blevet opfordret hertil af en række generaladvokater. For det andet kan man vedrørende sager omhandlende den faktiske anvendelse af CILFIT-kriterierne sige, at anvendelsen af Domstolens praksis har været noget forskelligartet, navnlig inden for de seneste ti år.

71. For det første ønskede den forelæggende ret i Intermodal Transports-sagen⁴⁷ afklaring af, om den skulle forelægge spørgsmål om fortolkningen af den kombinerede nomenklatur (KN) under omstændigheder, hvor en part i en tvist vedrørende klassifikationen af en vis vare påberåber sig en afgørelse fra en toldmyndighed, som opstillede bindende tarifieringsoplysninger (BTI), udstedt til en tredjemand for en tilsvarende vare, og hvor den forelæggende ret er af den opfattelse, at BTI er uoverensstemmende med KN. Kort sagt skal der så anses for at foreligge rimelig tvivl, når en ret har en anden juridisk opfattelse end en administrative myndighed i en anden medlemsstat?

72. Domstolen afgjorde, at den tredje CILFIT-undtagelse (*acte clair*) stadig kunne opfyldes på trods af, at en administrativ myndighed i en anden medlemsstat havde en anden fortolkning af EU-retten. Ifølge Domstolen bør den omstændighed, at toldmyndighederne i en anden medlemsstat har udstedt en bindende tarifieringsoplysning, som tilsyneladende afspejler en anden fortolkning af KN end den fortolkning, den forelæggende ret mener burde anlægges vedrørende et lignende produkt, som er omtvistet i sagen, »bør dog utvivlsomt anspore retten til at være særlig agtpågivende ved vurderingen af, hvorvidt der ikke er rimelig tvivl om den korrekte anvendelse af KN«⁴⁸. Den omstændighed, at der er meddelt en sådan BFI, kan dog ikke i sig selv forhindre den forelæggende ret i at nå til den konklusion, at den korrekte anvendelse af en position i KN fremgår med en sådan klarhed, at der ikke foreligger nogen rimelig tvivl⁴⁹.

73. For det andet spurgte den forelæggende ret (Hoge Raad der Nederlanden) (Nederlandenes øverste domstol) i sagen X og van Dijk⁵⁰, om Hoge Raad (den øverste domstol) på trods af det forhold, at en lavere ret i Nederlandene havde indgivet en anmodning om præjudiciel afgørelse vedrørende den samme problemstilling, stadig lovligt kunne træffe afgørelse i en tvist uden at forelægge Domstolen præjudicielle spørgsmål og uden at afvente svarene på de af den lavere ret forelagte præjudicielle spørgsmål.

74. Domstolen udtalte, at det forhold, at en lavere ret i en medlemsstat er i fortolkningstvivl, ikke er til hinder for, at der foreligger *acte clair* for en ret i sidste instans i den samme stat. Domstolen understregede for det første, at »det udelukkende tilkommer de nationale retsinstanser, hvis afgørelser ifølge de nationale retsregler ikke kan appelleres, selvstændigt og uafhængigt at vurdere, om der foreligger en »acte clair««⁵¹. Den udtalte videre, at »[f]or så vidt som den omstændighed, at en lavere retsinstans har forelagt Domstolen et præjudicielt spørgsmål vedrørende samme problematik som den, der er rejst i den tvist, som er indbragt for den nationale retsinstans, som træffer afgørelse i sidste instans, ikke *i sig selv* indebærer, at betingelserne i [dommen sagen CILFIT m.fl.] ikke længere kan opfyldes, således at denne sidstnævnte retsinstans vil kunne beslutte at undlade at indbringe sagen for Domstolen og selvstændigt træffe

⁴⁷ Dom af 15.9.2005, Intermodal Transports (C-495/03, EU:C:2005:552).

⁴⁸ Samme sted, præmis 34.

⁴⁹ Samme sted, præmis 35.

⁵⁰ Dom af 9.9.2015 (C-72/14 og C-197/14, EU:C:2015:564).

⁵¹ Samme sted, præmis 59.

afgørelse vedrørende det spørgsmål, der er forelagt den, bemærkes endeligt, at en sådan omstændighed heller ikke pålægger den højeste nationale retsinstans at afvente Domstolens besvarelse af det præjudicielle spørgsmål, der er forelagt af den lavere retsinstans»⁵².

75. For det tredje anfægtede sagsøgerne i dommen i sagen Ferreira Da Silva e Brito⁵³, i en sag om den portugisiske stats erstatningsansvar uden for kontraktforhold, den fortolkning af »overførsel af en bedrift« i den i direktiv 2001/23/EF⁵⁴ omhandlede forstand, som Supremo Tribunal de Justiça (den øverste domstol, Portugal) havde lagt til grund. Ifølge sagsøgerne burde Supremo Tribunal de Justiça (den øverste domstol) have overholdt forpligtelsen til at forelægge og have forelagt Domstolen et spørgsmål vedrørende problemstillingen. Den forelæggende lavere ret havde spurgt Domstolen, om artikel 267 TEUF skulle fortolkes således, at Supremo Tribunal de Justiça (den øverste domstol), henset til det forhold, at de lavere nationale retter, der havde behandlet sagen, havde afsagt modsigende afgørelser, var pligtig at forelægge Domstolen et præjudicielt spørgsmål vedrørende den korrekte fortolkning af begrebet »overførsel af en bedrift« i den i direktiv 2001/23 omhandlede forstand.

76. Domstolen udtalte, at »den omstændighed, at de nationale retsinstanser har afsagt indbyrdes modstridende afgørelser, [kan] *ikke i sig selv* udgøre et afgørende element, der kan udløse forpligtelsen i henhold til artikel 267, stk. 3, TEUF. Den ret, der træffer afgørelse i sidste instans, kan nemlig, uanset at de underordnede retter har anlagt en bestemt fortolkning af en EU-retlig bestemmelse, vurdere, at den fortolkning, som denne ret har til hensigt at give den nævnte bestemmelse – som er forskellig fra den, der er anlagt af disse retter – ikke giver anledning til, at der kan rejses nogen rimelig tvivl«⁵⁵. I modsætning til dommen i sagen X og van Dijk var Domstolen af den opfattelse, at under omstændighederne i hovedsagen og som følge af modstridende retninger i retspraksis på nationalt niveau sammen med det forhold, at begrebet ofte giver anledning til fortolkningsvanskeligheder i de forskellige medlemsstater, er en national ret, hvis afgørelser ifølge de nationale retsregler ikke kan appelleres, forpligtet til at forelægge sagen for Domstolen for at fjerne risikoen for en urigtig fortolkning af EU-retten⁵⁶.

77. For det fjerde udelukkede Domstolen i dommen i sagen Association France Nature Environnement⁵⁷, selv om den ikke udtrykkeligt tog stilling til problemstillingen om rimelig tvivl, anvendelsen af CILFIT-undtagelserne (konkret både *acte clair* og *acte éclairé*). I den specifikke sammenhæng, hvor en ret i sidste instans påtænker at gøre brug af undtagelsesvisse beføjelser, som giver den mulighed for at beslutte at opretholde visse virkninger af en national foranstaltning, som er uforenelige med EU-retten, opretholdt Domstolen en streng tilgang til forpligtelsen til at forelægge.

78. Domstolen gentog først kriterierne for, at der er tale om »acte clair«⁵⁸, for at bemærke, »[f]or så vidt angår en sag som den i hovedsagen omhandlede, at når spørgsmålet om muligheden for en national ret for *ratione temporis* at begrænse visse virkninger af en afgørelse, hvorved det fastslås, at en bestemmelse i de nationale retsregler, der er blevet vedtaget under tilsidesættelse af de forpligtelser, der følger af [et] direktiv [...], er ulovlig, for det første ikke har været behandlet af

⁵² Samme sted, præmis 61. Min fremhævelse.

⁵³ Dom af 9.9.2015, Ferreira da Silva e Brito m.fl. (C-160/14, EU:C:2015:565).

⁵⁴ Rådets direktiv af 12.3.2001 om tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varetagelse af arbejdstagernes rettigheder i forbindelse med overførsel af virksomheder eller bedrifter eller af dele af virksomheder eller bedrifter (EFT 2001, L 82, s. 16).

⁵⁵ Dom af 9.9.2015, Ferreira da Silva e Brito m.fl. (C-160/14, EU:C:2015:565, præmis 41 og 42). Min fremhævelse.

⁵⁶ Samme sted, præmis 44.

⁵⁷ Dom af 28.7.2016 (C-379/15, EU:C:2016:603).

⁵⁸ Samme sted, præmis 48.

Domstolen siden [den første] dom [...] ⁵⁹, og at en sådan mulighed for det andet har *karakter af en undtagelse*, [...] skal en national ret, hvis afgørelser ikke kan appelleres, forelægge Domstolen en præjudiciel anmodning, når den nærer *den mindste tvivl* med hensyn til den korrekte fortolkning eller anvendelse af EU-retten« ⁶⁰. »Nærmere bestemt bemærkes, at eftersom udøvelsen af denne mulighed, der har karakter af en undtagelse, kan påvirke overholdelsen af EU-rettens forrang, kan den nationale ret kun undtages fra pligten til at forelægge Domstolen en præjudiciel afgørelse, for så vidt som retten er overbevist om, at udøvelsen af denne mulighed, der har karakter af en undtagelse, ikke giver anledning til nogen rimelig tvivl. Der skal desuden redegøres for fraværet af en sådan tvivl på detaljeret vis« ⁶¹.

79. Hvis denne retspraksis betragtes samlet, er der mindst tre forhold, der er værd at bemærke.

80. Selv om alle sagerne for det første henviser til dommen i sagen CILFIT m.fl., og nogle af dem endog påberåber sig undtagelserne deri, anvendte ingen af dem faktisk CILFIT-undtagelserne. Det kan antydes, at der er tale om faktiske forhold, som de nationale retter skal anvende. Det er dog ikke helt korrekt, fordi det i disse sager faktisk var Domstolen selv, der foretog bedømmelsen af, om den forelæggende ret gyldigt kan påberåbe sig CILFIT-undtagelserne, oftest undtagelsen om *acte clair*, under sådanne omstændigheder. Selv hvis Domstolen tydeligt foretager denne form for bedømmelse, forekommer den ikke at anvende sin egen test.

81. For det andet viser den retspraksis, der ovenfor er henvist til, ganske godt de vanskeligheder, som dette medfører for anvendelsespraksis på grund af den begrebsmæssige manglende klarhed i den rimelige tvivls »subjektive-objektive« karakter. Er det rent subjektiv tvivl, dvs. tvivl i den nationale dommers hoved? Eller er tvivlen kun subjektiv, så længe den ikke er modbevist af vægtige objektive indicier? Eller bør dommeren faktisk subjektivt have forstået, at der er objektiv tvivl? De første to sager, Intermodal Transports-dommen og dommen i sagen X og van Dijk, falder ud til den subjektive og dermed den respektfulde side (det påhviler i sidste ende nationale dommer, som ved bedst). De to andre sager, dommen i sagen Ferreira Da Silva e Brito og dommen i sagen Association France Nature Environnement, falder derimod ud til den objektive side (i lyset af de objektive omstændigheder burde dommeren have vidst bedre).

82. For det tredje medfører en sådan variation, for så vidt angår testen, naturligvis noget forskellige udfald. Hver sag har bestemt forskellige faktiske omstændigheder. Hvad angår den overordnede tilgang er det dog ikke umiddelbart klart, hvorledes man forliger f.eks. dommen i sagen X og van Dijk med dommen i sagen Ferreira Da Silva e Brito. Man kunne antage, at der sandsynligvis er rimelig tvivl (dermed ikke *acte clair*), hvis der er objektive indbyrdes modstridende synspunkter vedrørende fortolkningen af de samme bestemmelser. Det er korrekt, at hvis man blander argumenter vedrørende formel myndighed eller magtadskillelse ind i det, kan man adskille Intermodal Transports-dommen: Selv hvis der er afvigende retlige fortolkninger af den samme EU-retlige akt på tværs af jurisdiktioner, er de »kun« administrative myndigheders arbejde, de er ikke domsafsigelser.

83. Der var imidlertid i både dommen i sagen X og van Dijk og dommen i sagen Ferreira Da Silva e Brito afvigende domsafsigelser vedrørende de samme EU-retlige forhold fra de respektive jurisdiktioner. Eftersom begge disse sager vedrørte *forskellige* retsforhandlinger i medlemsstaterne, kan det næppe påstås, at de hver især vedrørte en »enkeltstående fejl« begået

⁵⁹ Dom af 28.2.2012, Inter-Environnement Wallonie og Terre wallonne (C-41/11, EU:C:2012:103).

⁶⁰ Dom af 28.7.2016, Association France Nature Environnement (C-379/15, EU:C:2016:603, præmis 51). Min fremhævelse.

⁶¹ Samme sted, præmis 52. Min fremhævelse.

af en lavere ret, der blot ventede på at blive korrigeret af en ret i sidste instans. Der var objektivt forskellige fortolkninger af de samme retsforordninger i forskellige retsforhandlinger i den samme medlemsstat.

84. Igen, hver sag har forskellige faktiske omstændigheder. Man kan dermed identificere potentielt relevante faktiske forskelle mellem de to sager, som berettiger et forskelligt udfald. Den måske mest spændende vil være at antyde, at selv om dommen i sagen X og van Dijk vedrørte en anerkendt fortolkningsmæssig afvigelse udelukkende inden for det samme nationale retssystem, var afvigelsen i dommen i sagen Ferreira Da Silva e Brito ikke kun i den samme medlemsstat, men tilsyneladende også på *tværs af Unionen*. Som Domstolen bemærkede i den sidstnævnte dom, har »fortolkningen af begrebet »overførsel af en bedrift« [...] rejst adskillige spørgsmål fra et stort antal nationale retter, som følgelig ser sig nødsaget til at forelægge sagen for Domstolen. Disse spørgsmål er ikke alene udtryk for, at der foreligger fortolkningsvanskeligheder, men ligeledes, at risikoen for afvigende retspraksis på EU-niveau er til stede«⁶².

85. Var det faktisk Domstolens hensigt pludseligt at begynde at forstå dommen i sagen CILFIT m.fl. bogstaveligt, dvs. at en national ret »må [...] være overbevist om, at hverken de *øvrige* medlemsstaters retter eller Domstolen vil være i tvivl om afgørelsen«⁶³, hvilket er til hinder for modstridende afgørelser af EU-retlige forhold, der kommer fra den *samme* medlemsstat? En sådan forståelse er interessant nok mulig. Der er ikke desto mindre en vigtig skjult forudsætning deri, nemlig at det påhviler de respektive nationale øverste domstole at »rydde op« og ensarte national retspraksis. Det er kun, når der er fortolkningsmæssige afvigelser på tværs af medlemsstaterne, at forelæggelsespligten udløses⁶⁴.

86. Det ændrer dog ikke på, at det generelt er vanskeligt at forlige Domstolens seneste retspraksis, der er redegjort for i dette afsnit. Dette forhold har ansporet en række akademikere til at overveje, om Domstolen har lempet, lidt stiltiende, CILFIT-kriterierne for *acte clair*⁶⁵. Det forekommer, at visse nationale retter også har forstået det på samme måde⁶⁶.

87. Sammenfattet foreslår jeg, at de afvigelser i retspraksis, der er redegjort for, allerede *i sig selv* berettiger, at Domstolen (Store Afdeling) griber ind for at afklare den nøjagtige rækkevidde af forelæggelsespligten i henhold til artikel 267, stk. 3, TEUF og de mulige undtagelser til denne pligt for nærværende.

C. Problemerne med dommen i sagen CILFIT m.fl.

88. I dette afsnit forsøger jeg at påpege de problemer (C), som efter min opfattelse bør vejlede den revision af dommen i sagen CILFIT m.fl., der foreslås i det følgende afsnit (D). Jeg inddeler problemerne i fire kategorier: de begrebsmæssige, som var til stede og iboende i dommen i sagen

⁶² Dom af 9.9.2015, Ferreira da Silva e Brito m.fl. (C-160/14, EU:C:2015:565, præmis 43).

⁶³ Dom af 6.10.1982, CILFIT m.fl. (283/81, EU:C:1982:335, præmis 16). Min fremhævelse.

⁶⁴ Jf. dog herom generaladvokat Wahls forslag til afgørelse X og van Dijk (C-72/14 og C-197/14, EU:C:2015:319, punkt 68).

⁶⁵ Jf. f.eks. A. Kornezov, »The New Format of the *Acte Clair* Doctrine and its Consequences«, *CMLR*, bind 53, 2016, s. 1317, A. Limante, Recent Development in the *Acte Clair* Case Law of the EU Court of Justice: Towards a more Flexible Approach, *JCMS*, bind 54, 2016, s. 1384, og S. Gervasoni, »CJUE et cours suprêmes: repenser les termes du dialogue des juges?«, *AJDA*, 2019, s. 150.

⁶⁶ Jf. f.eks. dom fra Ústavní soud (forfatningsdomstolen, Den Tjekkiske Republik) af 11.9.2018, sag nr. II.ÚS 3432/17 (ECLI:CZ:US:2018:2.US.3432 17.1). I den sag nægtede Ústavní soud (forfatningsdomstolen), idet den gentagne gange støttede sig til dommen i sagen Ferreira Da Silva e Brito, i strid med sin tidligere praksis at pålægge den tjekkiske Nejvyšší soud (den øverste domstol, Den Tjekkiske Republik) en sanktion, selv om Nejvyšší soud havde anerkendt, at den ikke havde foretaget en forelæggelse i en situation, hvor der var afsagt indbyrdes modstridende domme om det samme EU-retlige forhold i Den Tjekkiske Republik. Kritisk jf. f.eks. J. Malenovský, Protichůdné zájmy v řízení o předběžné otázce a její důsledky, *Právní rozhledy*, C.H. Beck, 6/2019, s. 191.

CILFIT m.fl. helt fra begyndelsen (1), dem, der vedrører CILFIT-kriteriernes *gennemførlighed* (2), dem, der vedrører CILFIT-kriteriernes *systemiske* uoverensstemmelse med andre former for EU-retlige retsforhandlinger og retsmidler (3), og endelig dem, der er opstået senere på grund af EU-rettens og EU-retssystemets efterfølgende *udvikling* (4).

1. Begrebsmæssigt

89. Der er en række mangler i de oprindelige plantegninger for udformningen af dommen i sagen CILFIT m.fl. Det er grunden til, at CILFIT-kriterierne var begrebsmæssigt problematiske fra begyndelsen.

90. Først og fremmest er der det, jeg vil kalde

»Hoffmann-Laroche-CILFIT-uoverensstemmelsen«. Logikken i CILFIT-undtagelserne svarer kort sagt ikke til karakteren af pligten til at forelægge et præjudicielt spørgsmål i Hoffmann-Laroche-dommen.

91. Domstolen har siden Hoffmann-Laroche-dommen i 1977 fortsat insisteret på, at forelæggelsespligtens formål er at undgå, at der opstår retspraksis fra en medlemsstat, som afviger fra retspraksis i andre medlemsstater og også fra Domstolens praksis⁶⁷. Logikken bag en sådan forelæggelsespligt er åbenlyst *strukturel* og fokuseret på ensartet *fortolkning* på tværs af Den Europæiske Union. Den udløsende faktor og karakteren heraf forekommer objektiv, idet der fokuseres på retspraksis generelt, og ikke blot på den individuelle sag for den forelæggende ret: Der må ikke være afvigende national *retspraksis* (»la jurisprudence«, »die Rechtsprechung«, »guirisprudenza« eller »rechtspraak«, som det fremgik af andre officielle sprogversioner på det tidspunkt).⁶⁸

92. Omkring fem år senere, da undtagelserne til pligten blev opstillet i dommen i sagen CILFIT m.fl., blev den logik, som vejledte undtagelserne, hovedsagelig fokuseret på den *individuelle* sag og den *subjektive* retslige tøven i den *specifikke* sag. Den eneste reelle undtagelse, der tager hensyn til strukturelle eller systemiske betragtninger, som anmoder den nationale dommer om at se videre end de individuelle sagsakter, er undtagelsen om *acte éclairé*: Der er præcedens. Den første undtagelse (bekræftelsen af spørgsmålets relevans) vedrører derimod udelukkende den specifikke sag. Væsentligst er, at undtagelsen om *acte clair* opfattes som en underlig kombination af forhold vedrørende den individuelle sag, hvoraf nogle er objektive og generelle, men som frem for alt er subjektive.

93. Det er efter min opfattelse heri, at det reelle problem består. Man forventer normalt, at undtagelserne til en pligt spejler pligtens overordnede logik og formål. De bør på en måde udgøre den anden side af den samme velkendte mønt. Undtagelserne er faktisk adskilte fra den pligt, som de burde fremkalde. Selv om dommen i sagen CILFIT m.fl. bekendtgjorte, at den ønskede at følge formålene i Hoffmann-Laroche-dommen⁶⁹, fortolker den ikke desto mindre undtagelserne ud fra en helt anden logik.

94. For det andet og som en sidebemærkning forekommer den tredje undtagelses (*acte clair*) oprindelse at bekræfte tvivlen vedrørende egnetheden af denne særskilte retlige transplantation. I dommen i sagen CILFIT m.fl. tilsluttede Domstolen sig i det væsentlige sagsøgtens anbringender,

⁶⁷ Jf. ovenfor, punkt 51 i dette forslag til afgørelse.

⁶⁸ Dom af 24.5.1977, Hoffmann-Laroche (107/76, EU:C:1977:89, præmis 5).

⁶⁹ Jf. ovenfor, punkt 59 og 60 i dette forslag til afgørelse.

og tilsyneladende den forelæggende rets argumenter, og gjorde dem til sine egne: Fortolkningen af den omtvistede forordning var »så åbenlys, at der ikke foreligger nogen fortolkningstvivil, hvorfor det må antages at være unødvendigt at forelægge Domstolen spørgsmålet til præjudiciel afgørelse«⁷⁰. Domstolen støttede i vidt omfang denne tilgang i dommen, selv om den kvalificerede den en anelse ved at tilføje »rimelig« for at kendetegne fortolkningstvivilens karakter.

95. Det forhold, at undtagelsen opstod i forbindelse med en bestemt tvist, er i sig selv uproblematisk. Det mere tvivlsomme forhold er muligheden for at transplantere noget, som var en karakteristisk fransk doktrin udarbejdet i en helt anden sammenhæng med et andet formål, til en form for *sui generis* EU-retsforhandlinger⁷¹. Det, der blev kendt som »*acte clair* teorien«, blev anvendt i fransk ret i forskellige sammenhænge, navnlig i sager vedrørende fortolkningen af traktater. Selv om det i princippet udelukkende tilkommer udenrigsministeren at fortolke traktaterne (de nationale retter er blot betroet at anvende fortolkningen i sagen), støttede de franske retter sig på teorien for at styrke retsvæsenets fortolkningsmæssige beføjelser til skade for den udøvende magts⁷². Fra 1964 begyndte Conseil d'État (den øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Frankrig) at anvende teorien i forbindelse med forelæggelsespligten for at kvalificere denne sidstnævnte til sin egen fordel⁷³. Domstolen tog teorien til sig, idet den formentlig havde til hensigt at kontrollere den nationale anvendelse af *acte clair*-praksis, og transplanterede et redskab, der havde en helt anden funktion i dets oprindelige system, i Unionens retsorden.

96. Selv hvis man for det tredje måtte tro, at sådanne transfunktionelle retlige transplantationer faktisk er mulige uden at bringe den (modtagende) patients helbred i fare, ændrer det ikke på, at det, der er blevet transplanteret til det (dåværende Fællesskabs) retsorden, ganske enkelt havde en anden funktion. CILFIT-undtagelserne, navnlig undtagelsen om *acte clair*, forblev koncentreret om, at der ikke er rimelig tvivl for så vidt angår en *individuel sags udfald*. Sprogbrugen vedrørte fortsat den korrekte fortolkning og anvendelsen af EU-retten i den specifikke sag.

97. Et krav om at efterprøve den korrekte retsanvendelse i hver individuel sag er imidlertid meget vanskeligt at opfylde. Dette ideal er meget vanskeligt at opnå, selv i nationale systemer, som er af *hierarkisk* karakter, som i vidt omfang støttes på omfattende individuel overvågning af, at individuelle afgørelser er korrekte, og hvor de øverste retter efterprøver tusindvis eller snarere titusindvis af afgørelser om året. En sådan ideel og systemisk logik er imidlertid fremmed i forhold til mere *koordinerede* domstolsforvaltningsordninger, som i vidt omfang støtter sig til præjudikatsværdien, og inden for hvilke et enkelt præjudikat kan have betydning⁷⁴. Efter min opfattelse kan det drøftes, hvor tæt det nuværende EU-retlige retssystem er på det sidstnævnte, koordinerede ideal. Det er dog bestemt noget helt andet end den tidligere, hierarkiske model.

⁷⁰ Jf. dom af 6.10.1982, CILFIT m.fl. (283/81, EU:C:1982:335, præmis 3).

⁷¹ Jf. i denne henseende generaladvokat Capotortis forslag til afgørelse CILFIT m.fl. (283/81, EU:C:1982:267), som efter kritisk at have forklaret oprindelsen af den franske »*acte clair* teori« også nægtede at lade sig inspirere af italiensk forfatningsret (testen om »klart ubegrundet«) for at fastlægge forelæggelsespligtens rækkevidde i henhold til EU-retten.

⁷² Om de franske retters praksis vedrørende »*acte clair*« generelt, jf. f.eks. M. Lagrange, »Cour de justice européenne et tribunaux nationaux – La théorie de »l'*acte clair*«: pomme de discorde ou trait d'union?«, *Gazette du Palais*, 19.3.1971, nr. 76-78, s. 1, i den specifikke EU-retlige sammenhæng, jf. f.eks. H. Lesguillons, »Les juges français et l'article 177«, *Cahiers de droit européen* 4, 1968, s. 253.

⁷³ Dom af 19.6.1964 fra det franske Conseil d'État (den øverste domstol i forvaltningsretlige sager), Société des pétroles Shell-Berre, nr. 47007, kendt som den første dom, hvor Conseil d'État (den øverste domstol i forvaltningsretlige sager) anvendte »*acte clair* teorien« på EU-retten.

⁷⁴ Jf. M.R. Damaška, *The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process*, Yale University Press, 1986, s. 16.

98. Endelig er CILFIT-undtagelserne til forelæggelsespligten tilbøjelige til at sløre grænsen mellem fortolkning og anvendelse af EU-retten, som påpeger den korrekte fordeling af opgaver i henhold til artikel 267 TEUF. Hvis det, der skal fastslås, for at en undtagelse til forelæggelsespligten udløses, er, at der ikke er nogen rimelig tvivl om den korrekte anvendelse af EU-retten i en specifik verserende sag, hvor er så de i det mindste omtrentlige grænser mellem Domstolens opgaver og de nationale retters opgaver?

2. Gennemførlighed

99. Det er ufornuddent at genoplive drøftelsen af, om CILFIT-kriterierne, navnlig kriterierne om, hvorvidt der er nogen rimelig tvivl om den korrekte fortolkning og anvendelse af EU-retten i en specifik sag (*acte clair* undtagelsen), udgør en tjekliste eller blot er et redskab. Det er et faktum, at de under alle omstændigheder ikke fungerer. Hvis de udgør en tjekliste, er det umuligt at opfylde tjeklisten. Hvis de udgør et redskab, bliver det iboende problem et problem om at vælge, hvilket redskab der skal anvendes i en individuel sag. Det sidstnævnte problem bliver så åbenlyst alvorligt på tidspunktet for den potentielle håndhævelse af forelæggelsespligten: Hvis der ikke er nogen klare kriterier, hvorledes kan pligten så håndhæves, uden at håndhævelsen bliver vilkårlig?

100. En række generaladvokater har tidligere kommenteret den manglende gennemførlighed. Det interessante er endvidere også, at nationale retter og Menneskerettighedsdomstolen, herunder retter, som faktisk håndhæver pligten til at foretage en forelæggelse, ikke anvender disse kriterier.

101. Hvis man for det første begynder med generaladvokat Jacobs' tøven for så vidt angår visse beklædningsgenstande til kvinder og tarifieringen heraf som pyjamas med henblik på fortoldning, har en række af mine lærde forgængere kritiseret de praktiske vanskeligheder, der er forbundet med undtagelsen om *acte clair*. I Wiener-sagen forkastede generaladvokat Jacobs det synspunkt, at »[dommen i sagen CILFIT m.fl.] kræver, at de nationale retter undersøger en hvilken som helst fællesskabsbestemmelse på alle Fællesskabets officielle sprog [...] Dette ville i mange tilfælde kræve uforholdsmæssige anstrengelser fra de nationale retters side«, idet han anførte, at det vil være ganske underligt at pålægge de nationale retter at anvende en metode, som »Domstolen selv sjældent [bruger]«⁷⁵. Han påpegede også, at »[h]vis man skulle anvende dommen i sagen CILFIT m.fl. efter ordene, [...] ville alle spørgsmål om fællesskabsretten [...] skulle indbringes af alle retter, hvis afgørelser ikke kan appelleres«⁷⁶.

102. Generaladvokat Stix-Hackl anførte i sit forslag til afgørelse Intermodal Transports, at hvis nationale retter blev pålagt at efterprøve en daværende fællesskabsretlig bestemmelse på hver af Fællesskabets officielle sprog, »ville [det] medføre en utålelig byrde [...] [for] nationale retter«⁷⁷. Efter hendes opfattelse kan CILFIT-kriterierne ikke anvendes som »en slags skematisk brugsvejledning [...]«⁷⁸. Generaladvokat Ruiz-Jarabo [Colomer] understregede i forslaget til afgørelse Gaston Schul behovet for at revidere dommen i sagen CILFIT m.fl. i dens helhed, idet han anførte, at »[d]en foreslåede »test« var umulig at foretage på det tidspunkt, hvor den blev formuleret, men under de forhold, der råder i 2005, synes den surrealistisk [...]«⁷⁹. Generaladvokat Wahl søgte i forslaget til afgørelse X og van Dijk at fremhæve vigtigheden af det

⁷⁵ Generaladvokat Jacobs' forslag til afgørelse Wiener SI (C-338/95, EU:C:1997:352, punkt 65). Jf. dog også generaladvokat Tizzanos forslag til afgørelse Lyckeskog (C-99/00, EU:C:2002:108, punkt 75).

⁷⁶ Generaladvokat Jacobs' forslag til afgørelse Wiener SI (C-338/95, EU:C:1997:352, punkt 58).

⁷⁷ C-495/03, EU:C:2005:215 (punkt 99).

⁷⁸ Samme sted, punkt 100.

⁷⁹ Generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomers forslag til afgørelse Gaston Schul Douane-expediteur (C-461/03, EU:C:2005:415, punkt 52).

iboende skøn, som de nationale retter i sidste instans skal have ved bedømmelsen af, om forelæggelsespligten er indtruffet, idet han foreslog, at CILFIT-kriterierne bør ses som et redskab, og idet han konkluderede, at »[s]åfremt en national ret i sidste instans er sikker nok på sin egen fortolkning til at påtage sig ansvaret (og eventuelt tage skylden) for at tage stilling til et EU-retligt spørgsmål uden Domstolens bistand, bør den være retligt berettiget til at gøre dette«⁸⁰.

103. Der er efter min opfattelse intet behov for at gentage argumenter, som de generaladvokater, der er citeret ovenfor, allerede så veltalende har fremsat, eller at godtgøre, hvorfor og hvorledes CILFIT-kriterierne, hvis de hver især tages bogstaveligt, er helt ugennemførlige. Som generaladvokat Wahl så relevant og vittigt har anført, ville »en »egentlig« »acte clair«-situation i bedste fald være usandsynlig« [egentlig »lige så usandsynlig som at møde en enhjørning«]⁸¹.

104. CILFIT-kriterierne vedrørende identifikationen af undtagelsen om *acte clair* hjemsøges kort sagt uundgåeligt af det begrebsmæssige problem, der allerede er fremhævet ovenfor⁸². På den ene side er der en stor del ikke-dokumenterbar *subjektivisme*, som dermed ikke kan efterprøves: De nationale retter skal være »overbevist om, at hverken de øvrige medlemsstaters retter eller Domstolen vil være i tvivl om afgørelsen«, men også, at den er »nødvendig for sagens afgørelse«, og at de nærer subjektiv »rimelig tvivl«. På den anden side er disse forhold, som er udtrykt *objektivt*, simpelthen uopnåelige, ikke mindst for dødelige nationale dommere, der ikke har samme egenskaber, tid og ressourcer som Dworkins dommer Herkules (som sammenligner (alle) sprogversioner, fortolker hver EU-retlig bestemmelse i lyset af EU-retten som helhed, samtidig med, at han ved alt om dens udvikling indtil det tidspunkt, hvor bestemmelsen skal fortolkes).

105. For det andet – og i nogen grad forståeligt efter det ovenstående punkt – anvender nationale retter i sidste instans næppe CILFIT-kriterierne på en konsistent og systematisk måde ved undersøgelsen af den tredje undtagelse til forelæggelsespligten⁸³. Der er ganske vist tilfælde, hvor nationale retter i sidste instans har henvist til dommen i sagen CILFIT m.fl. Det betyder dog ikke, at de i dommen opstillede kriterier, navnlig de specifikke krav om, at der skal foreligge *acte clair*, faktisk anvendes som sådan⁸⁴. Der er tilfælde, hvor nationale retter erstatter CILFIT-kriterierne med deres egne kriterier og standarder. F.eks. er de franske øverste retter ofte af den opfattelse, at forelæggelsespligten udløses, hvor det er »yderst vanskeligt« at fortolke EU-retten, hvorved

⁸⁰ C-72/14 og C-197/14, EU:C:2015:319 (punkt 69).

⁸¹ Samme sted, punkt 62.

⁸² Jf. ovenfor, punkt 81 i dette forslag til afgørelse.

⁸³ For komparative eksempler jf. f.eks. de forskellige nationale rapporter til 18. Colloquium of the Association of the Councils of State and Supreme Administrative Jurisdictions of the European Union i Helsinki, 20.-21.5.2002, vedrørende emnet »The Preliminary Reference to the Court of Justice of the European Communities« (<http://www.aca-europe.eu/index.php/en/colloques-top-en/240-18th-colloquium-in-helsinki-from-20-to-21-may-2002>), forskningsnotat nr. 19/004 fra maj 2019 indsamlet af Domstolens generaldirektorat for biblioteket, forskning og dokumentation vedrørende »Application of the Cilfit case-law by national courts or tribunals against whose decisions there is no judicial remedy under national law« (https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2020-01/ndr-cilfit_synthese_en.pdf), eller N. Fenger og M. Broberg, »Finding Light in the Darkness: On The Actual Application of the *Acte Clair* Doctrine« *Yearbook of European Law*, bind 30, nr. 1, 2011, s. 180.

⁸⁴ Hvilket i sidste ende fører til, at begrebet »ingen rimelig tvivl« anvendes, men med ændret indhold. Jf. f.eks. i Cypren, Anotato Dikastirio (den øverste domstol), dommen i sagen *Cypra Limited* mod *Kipriakis Dimokratias*, appel 78/2009 af 15.6.2013 (der er kun pligt til at forelægge, når den omtvistede EU-ret ikke er »utvivlsom«), i engelsk ret blev der gennemført en lidt løsere test end kravet om »ingen rimelig tvivl«, jf. dommen i sagen *O'Byrne* mod *Aventis Pasteur SA* [2008] UKHL 34 (House of Lords), præmis 23 (ufornødent at forelægge, når fortolkningen af den omtvistede bestemmelse »åbenlyst ligger uden for grænserne af det, der med rimelighed kan argumenteres for«) og i sagen *R. (on the application of Buckinghamshire CC)* mod *Secretary of State for Transport* [2014] UKSC 3 (Supreme Court), præmis 127 (ufornødent at forelægge, når fortolkningen af den omtvistede bestemmelse »ikke rimeligvis kan drøftes«).

forelæggelsespligten bliver meget løsere end det, der følger af ordlyden af og ånden i dommen i sagen CILFIT m.fl.⁸⁵. Tilsvarende har andre øverste retter også fokuseret på det rejste spørgsmåls art, uanset om der er fortolkningsmæssig tvivl, som grundlag for forelæggelsespligten⁸⁶.

106. For det tredje er der nogle medlemsstater, hvor forelæggelsespligtens overholdelse kontrolleres af forfatningsdomstole gennem en individuel forfatningsretlig klage, hvor retten til en lovlig dommer eller retfærdig rettergang påberåbes⁸⁷. I disse systemer er den vedtagne overordnede målestok dog faktisk meget lettere end i dommen i sagen CILFIT m.fl., idet den kredser om begreberne om en åbenlyst uholdbar eller vilkårlig fortolkning af EU-retten, ofte sammenkoblet med pligten til behørigt at begrunde, hvorfor det var uforholdende med en forelæggelse for Domstolen⁸⁸.

107. Det kan antydes, at nationale forfatningsdomstole efterprøver pligten til at foretage en forelæggelse for Domstolen i henhold til artikel 267, stk. 3, TEUF i overensstemmelse med deres *nationale* standarder og begreber om forfatningsmæssighed og beskyttelse af grundlæggende rettigheder. Det er bestemt korrekt for så vidt identifikationen af den relevante nationale ret per se (retten til en lovlig dommer, en retfærdig rettergang eller retssikkerhed mv.) er en, der er garanteret i det nationale retssystem. Det er en anden historie med den interne målestok, dvs. de specifikke betingelser, hvorunder en anmodning om præjudiciel afgørelse bør indgives. Vedrørende den sidstnævnte problemstilling er det rimeligt at antage, at nationale forfatningsregler ikke siger noget herom. Når det imidlertid kommer til den effektive håndhævelse af pligten, forekommer ingen af de nationale forfatningsdomstole faktisk at have taget dommen i sagen CILFIT m.fl. til sig.

108. For det fjerde påberåber Menneskerettighedsdomstolen sig CILFIT-kriterierne, når den efterprøver, om nationale retter i sidste instans har undladt at indhente en præjudiciel afgørelse fra Domstolen, i forbindelse med retten til en retfærdig rettergang i henhold til artikel 6, stk. 1, i den europæiske menneskerettighedskonventionen (herefter »EMRK«). Menneskerettighedsdomstolen fandt f.eks., at EMRK's artikel 6, stk. 1, var blevet krænket i sagen Dhahbi mod Italien, idet den nationale ret ikke havde begrundet, hvorfor den havde afslået at forelægge Domstolen et spørgsmål. Menneskerettighedsdomstolen bemærkede, at den italienske kassationsdomstol hverken havde henvist til sagsøgerens anmodning om præjudiciel afgørelse, forklaret grundene til, at den var af den opfattelse, at det rejste spørgsmål ikke retfærdiggjorde en

⁸⁵ Jf. f.eks. Conseil d'État (den øverste domstol i forvaltningsretlige sager), 1e/6e SSR, dom af 26.2.2014, nr. 354603, ECLI:FR:XX:2014:354603 20140226, og Cour de Cassation (kassationsdomstolen), 1e civ., dom af 11.7.2018, nr. 17-18177, ECLI:FR:CCASS:2018:C100737. Mens den førstnævnte ret generelt støtter sig til kriteriet om »yderst vanskeligt«, anvender den sidstnævnte også andre kriterier.

⁸⁶ Når sagen rejser »fortolkningsspørgsmål af almen interesse« (den cypriotiske Anotato Diskastiro Kyprou (den øverste domstol), dommen i sagen Proedros Tis Demokratias mod Vouli Ton Antiprosopon, appel 5/2016 af 5.4.2017), eller når det omtvistede er et spørgsmål om fortolkning af EU-retten og ikke dens anvendelse (den maltesiske Qorti Tal-Appell (appeldomstolen), dom af 26.6.2007, GIE Pari Mutuel Urbain (PMU) mod Bell Med Ltd & Computer Aided Technologies Ltd (224/2006/1)).

⁸⁷ For et komparativt overblik jf. allerede N. Solar, *Vorlagepflichtverletzung mitgliedstaatlicher Gerichte und ihre Sanierung*, Neuer Wissenschaftlicher Verlag, Wien, 2004, eller M. Warnke, *Die Vorlagepflicht nach Art. 234 Abs. 3 EGV in der Rechtsprechungspraxis des BVerfG im Vergleich zu den Verfassungsgerichtsbarkeit der EG-Mitgliedstaaten*. Peter Lang, Frankfurt, 2004. Nyere jf. f.eks. de individuelle landerapporter i L. Coutron (red.), *L'obligation de renvoi préjudiciel à la Cour de Justice: une obligation sanctionnée?*, Bruylant, Bruxelles, 2014, eller de individuelle bidrag i særudgaven af 2015, *German Law Journal*, bind 16/6, navnlig C. Lacchi, »Review by Constitutional Courts of the Obligation of National Courts of Last Instance to Refer a Preliminary Question to the Court of Justice of the EU«, s. 1663.

⁸⁸ Til illustration jf. f.eks. i Tyskland, Bundesverfassungsgericht (forbundsdomstolen i forfatningsretlige sager), kendelse af 9.5.2018 – 2 BvR 37/18, i Spanien, Tribunal Constitucional (forfatningsdomstolen), 19.4.2004, STC 58/2004 ((ECLI:ES:TC:2004:58)), i Den Tjekkiske Republik, Ústavní soud (forfatningsdomstolen), 8.1.2009, nr. II. ÚS 1009/08, i Kroatien, Ustavni sud Republike Hrvatske (forfatningsdomstolen), afgørelse nr. U-III-2521/2015 af 13.12.2016, i Slovakiet, Ústavný súd (forfatningsdomstolen), dom af 18.4.2012, nr. II. ÚS 140/2010, i Slovenien, Ustavno sodišče (forfatningsdomstolen), afgørelse nr. Up-1056/11 af 21.11.2013, ECLI:SI:USRS:2013:Up.1056 11.

forelæggelse for Domstolen, eller henvist til sin praksis⁸⁹. Menneskerettighedsdomstolen har dog andre steder været af den opfattelse, at en kortfattet begrundelse for afslaget på en anmodning om præjudiciel afgørelse var tilstrækkelig, når den national ret allerede i en anden del af dommen havde konkluderet, at en sådan forelæggelse var overflødig⁹⁰. Menneskerettighedsdomstolen har også udtalt, at når en national ret i sidste instans afslår eller undlader at forelægge et præjudicielt spørgsmål, skal retten begrunde et sådant afslag i lyset af undtagelserne i Domstolens praksis. Retten skal navnlig angive grundene til, at den er af den opfattelse, at spørgsmålet er irrelevant, om Domstolen allerede har fortolket den pågældende EU-retlige bestemmelse, eller om den korrekte anvendelse af EU-retten er så åbenlys, at der ikke er mulighed for nogen rimelig tvivl⁹¹.

109. Selv om Menneskerettighedsdomstolens efterprøvelse generelt henviser til CILFIT-afgørelsen, er fokus stadig på begrundelsen for en national afgørelse om at undlade at foretage en forelæggelse. Menneskerettighedsdomstolen efterprøver dermed uden at dvæle ved realiteten, bestemt ikke i form af en detaljeret undersøgelse af faktoren »ingen rimelig tvivl«, således som faktisk krævet i dommen i sagen CILFIT m.fl., om nationale retter i sidste instans behørigt har forklaret, hvorfor de anser CILFIT-kriterierne for at være opfyldt uden, at Menneskerettighedsdomstolen selv undersøger realiteten i, om dette faktisk er tilfældet.

110. Sammenfattende afspejles manglen på enhver rimelig vejledning til logikken og anvendelsen af CILFIT-kriterierne ikke kun i de tidligere generaladvokaters (overraskende overensstemmende) kritik gennem årene. De samme forhold stammer også fra den blotte omstændighed, at ingen af dem, der har til opgave at anvende forpligtelsen, navnlig dem, som faktisk håndhæver den, forekommer at følge Domstolens vejledning. Dette skyldes efter min opfattelse ikke, at de på den ene eller anden måde forsøger at ignorere Domstolen. Det er snarere en naturlig selvopretholdelsesmekanisme. *Impossibilium nulla est obligatio*.

3. EU-retlige retsmidlers systemiske sammenhæng

111. Der er endnu et argument for, hvorfor dommen i sagen CILFIT m.fl. skal revideres: EU-retlige retsmidlers systemiske, horisontale sammenhæng. Kort sagt er CILFIT-kriterierne endog sært frakoblet EU-rettens egne midler til håndhævelse af forpligtelsen til at foretage en forelæggelse i henhold til artikel 267, stk. 3, TEUF.

112. For nærværende står der bestemt ingen specifikke EU-retlige retsmidler til rådighed for parterne, som de kan anvende, hvis de er af den opfattelse, at deres ret til at få en sag forelagt for Domstolen i henhold til artikel 267, stk. 3, TEUF, er blevet tilsidesat⁹². Dette er en logisk følge af Domstolens insisteren på, at parterne i hovedsagen ikke har en automatisk ret til, at der indgives en anmodning om præjudiciel afgørelse, for så vidt som artikel 267 TEUF ikke udgør et middel til genoprejsning, der står til rådighed for parterne i en sag, der verserer for en national ret⁹³. På

⁸⁹ Menneskerettighedsdomstolens dom af 8.4.2014, CE:ECHR:2014:0408JUD001712009, § 33. For de nyeste sager, hvor en krænkelse er blevet fastslået, jf. f.eks. Menneskerettighedsdomstolens dom af 16.4.2019, *Baltic Master mod Litauen*, CE:ECHR:2019:0416JUD005509216, §§ 36-38, og af 13.2.2020, *Sanofi Pasteur mod Frankrig*, CE:ECHR:2020:0213JUD002513716, § 81.

⁹⁰ Menneskerettighedsdomstolens dom af 24.4.2018, *Baydar mod Nederlandene*, CE:ECHR:2018:0424JUD005538514, § 43.

⁹¹ Menneskerettighedsdomstolens dom af 20.9.2011, *Ullens de Schooten og Rezabek mod Belgien*, CE:ECHR:2011:0929JUD000398907 og 3835307, § 62, og af 10.4.2012, *Vergauwen m.fl. mod Belgien*, CE:ECHR:2012:0410JUD00483204, §§ 89 og 90.

⁹² I 1975 foreslog Domstolen i en rapport, at der skulle indføres et passende retsmiddel for tilsidesættelse af den daværende artikel 177 EØF enten i form af et direkte sagsanlæg fra parterne i hovedsagen ved Domstolen, et traktatbrudssøgsmål eller endelig et erstatningssøgsmål mod den pågældende stat anlagt af den part, der har lidt skade (Rapporter om Den Europæiske Union. Bulletin for De Europæiske Fællesskaber (Supplement 9/75, s. 18)).

⁹³ Jf. i denne retning dom af 18.7.2013, *Consiglio Nazionale dei Geologi (C-136/12, EU:C:2013:489, præmis 28 og den deri nævnte retspraksis)*.

baggrund af den (nu) robuste nationale forfatningsretlige retspraksis⁹⁴ og Menneskerettighedsdomstolens praksis⁹⁵, hvoraf det fremgår, at hvis de (objektive) kriterier for forelæggelsespligten er opfyldt, har parterne i retsforhandlingerne en (subjektiv) ret til at få sagen forelagt for Domstolen, hvilket er en del af deres ret til en retfærdig rettergang, kan man ikke desto mindre være af den opfattelse, at dette måske ikke er den eneste mulige tilgang⁹⁶.

113. Eftersom der ikke er et »direkte« retsmiddel, kan den mulige håndhævelse af forelæggelsespligten i henhold til artikel 267, stk. 3, TEUF muligvis være enten en sag om statsligt ansvar eller et traktatbrudssøgsmål. Det er imidlertid netop her, at problemstillingerne bliver komplicerede.

114. På den anden side har der siden Köbler-dommen været mulighed for at få genoprejsning ved de nationale retter og opnå erstatning for tab, der er forvoldt ved, at en ret, der træffer afgørelse som sidste instans, har krænket individuelle rettigheder⁹⁷. For at der kan gives medhold i en sådan sag, skal den bestemmelse, der er tilsidesat, have til formål at tillægge borgerne rettigheder, tilsidesættelsen skal være tilstrækkelig kvalificeret, og der skal være en direkte årsagsforbindelse mellem tilsidesættelsen af den forpligtelse, som påhviler staten, og de skadelidtes tab. De samme betingelser finder anvendelse på statens erstatningsansvar for tab, der er forvoldt ved en afgørelse truffet af en national ret som sidste instans⁹⁸.

115. Der er imidlertid to problemer. For det første er artikel 267, stk. 3, TEUF ikke en regel, som har »til formål at tillægge borgerne rettigheder«, hvorfor den manglende overholdelse af forpligtelsen til at forelægge ikke *i sig selv* kan udløse statsligt ansvar. For det andet spiller CILFIT-kriterierne uanset dette ingen rolle ved bedømmelsen af, om der er sket en tilsidesættelse af andre EU-retlige regler⁹⁹, i det mindste objektivt set. Standarden i sådanne situationer er åbenbart tilsidesættelse af gældende ret, som kan føre til en tilstrækkeligt grov tilsidesættelse¹⁰⁰.

116. På den anden side er der traktatbrudssøgsmålet i henhold til artikel 258 TEUF. Det, som i en årrække kun var muligt i teorien¹⁰¹, blev først fuldstændigt gennemført i 2018. Domstolen fandt i domskonklusionen i dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig¹⁰², at en medlemsstat havde tilsidesat EU-retten, *specifikt* da en ret i sidste instans havde undladt at foretage en (enkelt) forelæggelse for Domstolen til opfyldelse af forpligtelsen til at forelægge i henhold til artikel 267, stk. 3, TEUF i en situation, hvor fortolkningen af de pågældende materielle EU-retlige bestemmelser ikke fremgik med en sådan klarhed, at den ikke efterlod nogen rimelig tvivl.

⁹⁴ Redegjort for ovenfor i punkt 106 i dette forslag til afgørelse.

⁹⁵ Jf. ovenfor, punkt 108 og 109 i dette forslag til afgørelse.

⁹⁶ Jf. i denne henseende f.eks. J. Baquero Cruz, »The Preliminary Rulings Procedure: Cornerstone or Broken Atlas?« i J. Baquero Cruz, *What's Left of the Law of Integration? Decay and Resistance in European Union Law*. Oxford University Press, 2018, s. 64 og 65.

⁹⁷ Dom af 30.9.2003 (C-224/01, EU:C:2003:513, præmis 36).

⁹⁸ Jf. f.eks. dom af 30.9.2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513, præmis 51 og 52), af 28.7.2016, Tomášová (C-168/15, EU:C:2016:602, præmis 22 og 23), og af 29.7.2019, Hochtief Solutions Magyarországi Fióktelepe (C-620/17, EU:C:2019:630, præmis 35 og 36).

⁹⁹ Selv om de forekommer at finde anvendelse – jf. i denne retning dom af 30.9.2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513, præmis 118).

¹⁰⁰ Hvor tilsidesættelsen af forpligtelsen til at foretage en forelæggelse kan udgøre blot et af de faktorer, der skal tages i betragtning. Jf. f.eks. dom af 30.9.2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513, præmis 55), af 28.7.2016, Tomášová (C-168/15, EU:C:2016:602, præmis 25), og af 29.7.2019, Hochtief Solutions Magyarországi Fióktelepe (C-620/17, EU:C:2019:630, præmis 42).

¹⁰¹ Hvor de tidligere tilkendegivelser er dom af 9.12.2003, Kommissionen mod Italien (C-129/00, EU:C:2003:656), og af 12.11.2009, Kommissionen mod Spanien (C-154/08, ikke trykt i Sml., EU:C:2009:695). Begge sager vedrørte generelt national retspraksis' eller administrativ praksis' uoverensstemmelse med andre, materielle EU-retlige bestemmelser. Især i den sidstnævnte sag var det imidlertid ganske klart, at det var Tribunal Supremo (den øverste domstol, Spanien), der havde skylden for, at der ikke var foretaget en forelæggelse (jf. navnlig dommens præmis 124-126).

¹⁰² Dom af 4.10.2018, Kommissionen mod Frankrig (Forskudsskat) (C-416/17, EU:C:2018:811).

117. Domstolen støttede sig til dommen i sagen CILFIT m.fl.¹⁰³ eller i det mindste det generelle krav heri om, at der ikke må være rimelig tvivl, da den drog den konklusion. Domstolen bemærkede for det første, at Conseil d'État (den øverste domstol i forvaltningsretlige sager) havde valgt at fravige en af Domstolens tidligere domme vedrørende lovgivning i Det Forenede Kongerige med den begrundelse, at den pågældende britiske ordning var forskellig fra den franske ordning, »selv om [retten] ikke kunne være sikker på, at dens ræsonnement ville være lige så indlysende for Domstolen«¹⁰⁴. Domstolen udtalte dermed, at Conseil d'États (den øverste domstol i forvaltningsretlige sager) manglende anmodning om præjudiciel afgørelse i to af dens domme »medførte, at den løsning, som Conseil d'État ([den] øverste domstol i forvaltningsretlige sager) valgte i nævnte domme, var baseret på en fortolkning af bestemmelserne i artikel 49 TEUF og 63 TEUF, som er i strid med den fortolkning, der er anlagt af disse bestemmelser i nærværende dom, hvilket indebærer, at det ikke på det tidspunkt, hvor Conseil d'État ([den] øverste domstol i forvaltningsretlige sager) afsagde dom, kunne udelukkes, at der forelå en rimelig tvivl med hensyn til fortolkningen heraf«¹⁰⁵.

118. Der er tre forhold, som er værd at bemærke i forhold til den sidstnævnte dom. For det første var det i traktatbrudssagerne utvivlsomt op til Domstolen selv at anvende dommen i sagen CILFIT m.fl. Domstolen var dog i dommen tilfreds med blot at udtale, at det generelle kriterium fandtes i dommen i sagen CILFIT m.fl., uden at den efterprøvede nogen specifikke kriterier eller anvendte dem. Der er en iøjnefaldende mangel på drøftelse af ikke kun potentielt modstridende domme herom fra retterne i sidste instans i andre medlemsstater eller endog fra andre franske retter, men også af Domstolens egen praksis på området, med undtagelse af et enkelt præjudikat.

119. For det andet passer en sådan effektiv bekræftelse af en »strengere CILFIT-dom«, i det mindste for så vidt angår ånden, ikke rigtig med Domstolens seneste praksis på området, som den navnlig fremgår af dommen i sagen X og van Dijk og i sagen Ferreira Da Silva e Brito, der er drøftet ovenfor¹⁰⁶. Mens en lettere hånd forekom at være den nye regel i navnlig dommen i sagen X og van Dijk, blev denne lettere hånd pludselig atter til et fast greb.

120. For det tredje efterlader dette sandsynligvis visse aktører med en dårlig smag i munden i form af en selektivitet, som er vanskelig at forsvare, for så vidt angår hvad der faktisk skal anvendes og håndhæves, samt hvorfor og hvorledes denne anvendelse og håndhævelse finder sted. Dette antyder ikke, at Kommissionen, som det fremgår af fast retspraksis, har et fuldstændigt skøn for så vidt angår, om den måtte ønske at indlede en procedure i henhold til artikel 258 TEUF¹⁰⁷. Det tilsigtede heller ikke at anfægte udfaldet af dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig: Hvis dommen i sagen CILFIT m.fl. nu skal tages alvorligt, var der bestemt rimelig tvivl om den korrekte anvendelse af EU-retten i dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig¹⁰⁸.

121. Pointen er en hel anden: Den overordnede mangel på (horisontal) overensstemmelse ved strafpålæggelse for forelæggelsespligten i henhold til artikel 267, stk. 3, TEUF i EU-retten. Domstolens egen praksis om pligtens rækkevidde, bestemt den nyere retspraksis, forekommer

¹⁰³ Samme sted, præmis 110.

¹⁰⁴ Samme sted, præmis 111.

¹⁰⁵ Samme sted, præmis 112.

¹⁰⁶ Jf. ovenfor, punkt 73-86 i dette forslag til afgørelse.

¹⁰⁷ Jf. dom af 14.2.1989, Star Fruit mod Kommissionen (247/87, EU:C:1989:58, præmis 11).

¹⁰⁸ Bedømt allerede ud fra den omstændighed, at den samme juridiske problemstilling heller ikke var åbenlys for Conseil d'États (den øverste domstol i forvaltningsretlige sager) *egen rapporteur public i den samme sag*. Jf. generaladvokat Wathelets forslag til afgørelse Kommissionen mod Frankrig (C-416/17, EU:C:2018:626, punkt 56, 81 og 99).

ikke at være i tråd med den nyligt (gen)opdagede håndhævelse af pligten i henhold til artikel 258 TEUF og fuldstændigt frakoblet i forhold til statsligt ansvar. Bør disse imidlertid ikke være facetter af en og den samme forpligtelse til at indgive en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 267, stk. 3, TEUF?

4. EU-rettens og retssystemets udvikling

122. Efter min opfattelse er det uforholdsmæssigt at dvæle længe ved det åbenlyse: Hvor meget Den Europæiske Union har ændret sig i løbet af de sidste 40 år. Med en enkelt nyere undtagelse er antallet af medlemmer konstant vokset. Det samme gælder antallet af officielle sprog og antallet af retter, som kan række ud til Domstolen. For nærværende er EU-rettens eget anvendelsesområde og vidde simpelthen uden fortilfælde. Det er efter gennemførelsen af det indre marked og ikke mindre end fem på hinanden følgende traktatændringer blevet vanskeligt at finde et område, hvor der ikke er nogen EU-lovgivning til rådighed, eller hvor der ikke er behov for Domstolens fortolkningsbistand. Disse faktorer fører til et svimlende antal nye anmodninger om præjudiciel afgørelse, mens Domstolens juridiske ressourcer ikke er ubegrænsede.

123. Midt i dette meget ændrede retlige landskab står ikke desto mindre den ubevægelige titan fra en for længst svunden tid, dommen i sagen CILFIT m.fl., som insisterer på, at retter i sidste instans skal foretage forelæggelser i alle sager, hvor der er nogen form for tvivl. Efter min opfattelse er det uforholdsmæssigt at gennemgå alle de systemiske ændringer en efter en for at godtgøre, hvorledes de ændrer inputkonfigurationen for logikken i dommen i sagen CILFIT m.fl.¹⁰⁹. I stedet foretrækker jeg konkluderende at påpege et andet, dybere anliggende.

124. Som miljøet har ændret sig, og systemet er modnet, har karakteren af den præjudicielle forelæggelsesprocedure også udviklet sig. En procedure, som oprindeligt blev udtænkt som en med partnerskab og retsligt samarbejde mellem ligemænd, har gradvist og ganske uundgåeligt udviklet sig til en, som lægger større vægt på opbygning af præjudikater med henblik på systemisk ensartethed. Sprogbrugen med »bistand« og »partnerskab« findes stadig, men de mangeårige og mere omhyggelige iagttagere af systemet har bemærket en række vertikale forhold, der gradvist er blevet indført.

125. Dette lægger større vægt på makro-formålet (eller det offentlige formål) med Domstolens afgørelser i form af at sikre ensartet fortolkning og yderligere retsudvikling. Der er bestemt altid og vil altid være den individuelle sag og den mere mikro (eller private) side af en tvist. I en procedure som den præjudicielle forelæggelsesprocedure, hvor den forelæggende ret skal fastslå de faktiske omstændigheder og afgøre den individuelle sag, ændres fokus imidlertid stadig mere a fortiori til andet end de specifikke sagsakter.

126. For at drage endnu en systemisk parallel: Artikel 58a, der for nylig er indført i statuten for Den Europæiske Unions Domstol, fastsatte en filtreringsmekanisme for appeller på visse områder fra Retten til Domstolen. Alle sådanne appeller kan kun fortsætte til realitetsbehandling, hvis Domstolen beslutter, at den skal admitteres, fordi den rejser »et vigtigt spørgsmål for EU-rettens ensartede anvendelse, sammenhæng eller udvikling«¹¹⁰. Hvis sådanne betragtninger

¹⁰⁹ I denne henseende kan jeg kun tilslutte mig mine lærde forgængere ved at anføre, at selv om det antages, at dommen i sagen CILFIT m.fl. var funktionsdygtig på tidspunktet for undfangelsen heraf, quod non, er den bestemt ikke ældet med ynde – generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomers forslag til afgørelse Gaston Schul Douane-expediteur (C-461/03, EU:C:2005:415, punkt 52), og også generaladvokat Jacobs' forslag til afgørelse Wiener SI (C-338/95, EU:C:1997:352, punkt 59 og 60).

¹¹⁰ Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU, Euratom) 2019/629 af 17.4.2019 om ændring af protokol nr. 3 vedrørende statuten for Den Europæiske Unions Domstol (EUT 2019, L 111, s. 1).

er gyldige for så vidt angår direkte søgsmål, hvor det kun er Den Europæiske Unions Domstol, der kan træffe afgørelse, og dermed tvister for både Retten og Domstolen, og hvor der hovedsagelig er tale om at afgøre den individuelle sag, bør den samme logik da ikke a fortiori finde anvendelse på præjudicielle afgørelser?

127. Endelig indebærer modningen af et retssystem også en modning af dets bestanddele. I dag har nationale retter et meget større kendskab til EU-retten generelt og til den præjudicielle forelæggelsesprocedure især. Der er og vil altid være individuelle undtagelser. Et potentielt (modvilligt) træ bør dog ikke få lov til at overskygge den (overensstemmende) skov. Nationale retter i sidste instans, navnlig de retter, som strukturelt har til opgave at sikre enhed og ensartet anvendelse af retten i deres egen jurisdiktion, har været Domstolens privilegerede partnere ved identifikationen af sager med strukturel betydning for Unionens retsorden. Bør den (ofte hævdede i stedet for faktiske) gensidige tillid ikke også være af relevans vertikalt?

128. Det forhold, at de nationale retter i sidste instans er i stand til at håndtere den præjudicielle forelæggelsesprocedure, godtgøres for nærværende efter min opfattelse på en ganske uortodoks måde: Nemlig, at de ikke følger dommen i sagen CILFIT m.fl. Selv om det kan lyde kættersk, godtgør nationale retter i sidste instans ved at udvise en selvbeherskelse og et skøn, der er uforeneligt med de af Domstolen opstillede kriterier i dommen i sagen CILFIT m.fl., en ganske god forståelse af systemets sande karakter. Man kan kun forestille sig det modsatte scenarie, hvor (nogle) nationale retter i sidste instans måtte tage den gode soldat Svejks¹¹¹ tilgang til sig og faktisk anvende dommen i sagen CILFIT m.fl. efter dens ordlyd på alle sager, der verserer for dem. Domstolens årlige retsliste vil pludseligt have mange flere nuller bagefter, og systemet vil bryde sammen inden for kort tid.

5. *Foreløbigt sammendrag*

129. Dommen i sagen CILFIT m.fl. har ikke kun været problematisk for så vidt angår gennemførligheden, men frem over alt (og før det) er den blevet fejlagtigt udformet. CILFIT-undtagelsernes karakter modsvarer ikke karakteren af forelæggelsespligten i Hoffmann-Laroche-dommen, som den skulle håndhæve. En pligt, som blev fastslået for at sikre en ensartet fortolkning af retspraksis på tværs af Unionen, kan ikke betinges af, at der ikke er subjektiv tvivl om den korrekte anvendelse af EU-retten i den specifikke sag.

130. Alle de øvrige problemstillinger, der er redegjort for i dette afsnit, skyldes delvist denne begrebsmæssige uoverensstemmelse, mens de tilføjer deres egne problemer. CILFIT-kriterierne anvendes dermed hverken af Domstolen selv eller af de nationale retter, herunder de nationale eller internationale jurisdiktioner, som faktisk håndhæver dem. CILFIT-kriterierne forbliver også afkoblet fra andre EU-retlige metoder til håndhævelse af forpligtelsen til at forelægge, som påhviler retter i sidste instans. Sådanne betragtninger er på en måde næppe overraskende: Eftersom dommen i sagen CILFIT m.fl. (som den fremstår) ikke med rimelighed kan håndhæves, skal der indføres andre målestokke.

¹¹¹ Den gode soldat Svejks er en fascinerende figur i tjekkisk litteratur, kendt bl.a. for sine talrige godtgørelser af den ødelæggende kraft af sanseløs lydighed. Svejks undergravede faktisk den østrig-ungarske hærskamphandlinger i den første verdenskrig ved at følge hver eneste ordre, som hans overordnede udstedte, i alle detaljer uden nogensinde at stille spørgsmålstegn ved indholdet heraf eller at tilpasse dem til omstændighederne. Jf. fra de mange udgaver J. Hašek, *The Good Soldier Svejks and His Fortunes in the World War*, Penguin Classics, 2005.

D. Forslaget

131. Efter min opfattelse bør Domstolen i første omgang atter bekræfte forelæggelsespligtens formål og rækkevidde i henhold til artikel 267, stk. 3, TEUF, som den allerede fremgik af Hoffmann-Laroche-dommen. I anden omgang bør dommen i sagen CILFIT m.fl. imidlertid revideres med henblik på de mulige undtagelser, der passer til pligten.

132. Hoffmann-Laroche-dommen udtalte, at formålet med forpligtelsen til at foretage en forelæggelse er »at hindre, at der i en medlemsstat skabes national retspraksis, som ikke er i overensstemmelse med [EU-]retten«¹¹². I tråd med denne logik kan der udpeges tre forhold. For det første er det, der skal opnås, ensartet fortolkning, ikke korrekt anvendelse. For det andet skal fokus være på »retspraksis«, ikke på udfaldet i hver eneste sag er korrekt. For det tredje vedrører det forskellig retspraksis i nogen af medlemsstaterne og naturligvis a fortiori på tværs af Den Europæiske Union. Logisk set skal begge typer afvigelser undgås: Ud fra synspunktet om EU-retten systemiske sammenhæng vil der, hvis en medlemsstat eller dele af den, eller endog et jurisdiktionssystem inden for medlemsstaten, måtte virke i henhold til andre regler end dem, der finder anvendelse andre steder i Den Europæiske Union, ikke være nogen ensartet fortolkningen inden for Unionen.

133. Med andre ord skal forelæggelsespligtens fokus ændres fra, at der ikke er nogen *subjektiv* rimelig tvivl om den korrekte *anvendelse* af EU-retten for så vidt angår den *specifikke* sags udfald, til, at der er påvist en *objektiv* afvigelse i den nationale retspraksis, hvilket dermed truer den ensartede *fortolkning* af EU-retten i Den Europæiske Union. På denne måde flytter fokus sig også fra at fastslå det korrekte svar i den for den nationale ret verserende sag til identifikationen af den rette slags spørgsmål.

134. I tråd med denne logik vil jeg foreslå, at en ret i en medlemsstat, hvis afgørelser ifølge de nationale retsregler ikke kan appelleres, skal forelægge Domstolen sagen, forudsat at den rejser (i) en generel problemstilling vedrørende fortolkningen af EU-retten (i modsætning til anvendelsen heraf), (ii) for hvilken der objektivt er mere end en rimelig mulig fortolkning, og (iii) for hvilken svaret ikke kan udledes af Domstolens eksisterende praksis (eller med hensyn til hvilken den forelæggende ret ønsker at afvige denne retspraksis).

135. Formuleret på denne måde indeholder forelæggelsespligten allerede i sig selv sine egne undtagelser. De(n) potentielle undtagelse(r) til forelæggelsespligten udløses kun, hvis en af tre kumulative betingelser for, at der foreligger en problemstilling vedrørende fortolkningen af EU-retten, som er underlagt forelæggelsespligten, ikke er opfyldt. Hvis en national ret i sidste instans måtte være af den opfattelse, at en af de tre betingelser ikke er opfyldt, selv hvis den står over for en problemstilling om fortolkning af EU-retten, har retten imidlertid pligt til klart at identificere, hvilken af de tre betingelser der ikke er opfyldt, og begrunde, hvorfor den er af den opfattelse, at dette er tilfældet.

136. Inden jeg undersøger disse tre betingelser mere detaljeret, ønsker jeg at påpege to vigtige forhold.

137. For det første er det forhold, at der ikke er en *pligt* til at foretage en forelæggelse i en given sag i henhold til artikel 267, stk. 3, TEUF, bestemt ikke til hinder for, at en ret i sidste instans ønsker at anmode om Domstolens bistand i henhold til artikel 267, stk. 2, TEUF, hvis den måtte

¹¹² Jf. ovenfor, punkt 51 i dette forslag til afgørelse.

finde det nødvendigt for at afgøre den individuelle sag, der verserer for den. At der ikke er en pligt til at gøre noget, er ikke til hinder for muligheden for at gøre noget. En sag, som ikke er omfattet af anvendelsesområdet for forpligtelsen i henhold til artikel 267, stk. 3, TEUF, kan stadig være omfattet af stk. 2: »en national ret, hvis afgørelser ifølge de nationale retsregler ikke kan appelleres«, er og forbliver under alle omstændigheder »en ret i en af medlemsstaterne«. Den førstnævnte er en logisk delmængde af den sidstnævnte.

138. For det andet kan det atter gentages, at alt det anførte og alt, der følger heraf, udelukkende vedrører præjudicielle spørgsmål om fortolkning. Forpligtelsen til at foretage en forelæggelse vedrørende en EU-retsakts gyldighed er fortsat underlagt en streng forelæggelsespligt uden undtagelser¹¹³.

1. En generel eller generaliserbar problemstilling vedrørende fortolkning af EU-retten

139. Denne betingelse er umiddelbart åbenlys. Det kan endog foreslås, at dette er, hvad den præjudicielle forelæggelsesprocedure altid har omhandlet. Realiteten er ikke desto mindre lidt mere forskelligartet. Domstolens lejlighedsvis insisteren på, at der ikke er nogen rimelig tvivl om den *korrekte anvendelse* af EU-retten i den for retten i sidste instans verserende sag, har ledt en række retter til også at forelægge Domstolen faktiske og ganske specifikke problemstillinger. Tre eksempler kan illustrere dette fænomen.

140. For det første foretog Domstolen tidligere begyndende med Wallentin-Hermann-dommen en fortolkning af begrebet »usædvanlige omstændigheder« i artikel 5, stk. 3, i forordning nr. 261/2004¹¹⁴, hvor Domstolen udtalte, at »usædvanlige omstændigheder« henviser til »en begivenhed, som [...] ikke er et led i det berørte luftfartsselskabs sædvanlige aktivitetsudøvelse og ligger uden for luftfartsselskabets faktiske kontrol [...]«¹¹⁵. Det er bestemt sandsynligt, at der er en række yderligere sager, som bekræfter og afklarer den nøjagtige rækkevidde af en sådan definition. Udgør alle nye faktiske scenarier, hvor hver af dem blot spørger, om en bestemt række omstændigheder (premissa minor) atter er omfattet af den fortolkende definition, der allerede findes i EU-retten (premissa maior), reelt tilfælde af fortolkning af EU-retten? Domstolen blev i en række sager derefter opfordret til at kategorisere det følgende som »usædvanlige omstændigheder«: Et sammenstød mellem et fly og en fugl¹¹⁶, lukningen af det europæiske luftrum som følge af et vulkanudbrud på Island¹¹⁷, en passagers forstyrrende adfærd, som begrundede, at piloten omdirigerede flyet, »medmindre det transporterende luftfartsselskab har bidraget til, at denne adfærd indtraf, eller hvis denne transportør undlod at træffe passende foranstaltninger på grundlag af tegn, der indikerede en sådan adfærd«¹¹⁸, eller beskadigelse af et dæk på et luftfartøj forårsaget af en fremmed genstand, såsom en løs genstand, der ligger på en lufthavns start- og landingsbane¹¹⁹.

¹¹³ Som allerede anført ovenfor i punkt 64 i dette forslag til afgørelse.

¹¹⁴ Europa-Parlamentets og Rådets forordning af 11.2.2004 om fælles bestemmelser om kompensation og bistand til luftfartspassagerer ved boardingafvisning og ved aflysning eller lange forsinkelser og om ophævelse af forordning (EØF) nr. 295/91 (EUT 2004, L 46, s. 1).

¹¹⁵ Dom af 22.12.2008, Wallentin-Hermann (C-549/07, EU:C:2008:771, præmis 23). For efterfølgende bekræftelser, jf. f.eks. dom af 31.1.2013, McDonagh (C-12/11, EU:C:2013:43, præmis 29), og af 11.6.2020, Transportes Aéreos Portugueses (C-74/19, EU:C:2020:460, præmis 37 og den deri nævnte retspraksis).

¹¹⁶ Dom af 4.5.2017, Pešková og Peška (C-315/15, EU:C:2017:342, præmis 26).

¹¹⁷ Dom af 31.1.2013, McDonagh (C-12/11, EU:C:2013:43, præmis 34).

¹¹⁸ Dom af 11.6.2020, Transportes Aéreos Portugueses (C-74/19, EU:C:2020:460, præmis 48).

¹¹⁹ Dom af 4.4.2019, Germanwings (C-501/17, EU:C:2019:288, præmis 34).

141. For det andet og i samme tråd har Domstolen i sager vedrørende forsikring over for civilretligt ansvar for så vidt angår brugen af motorkøretøjer afsagt flere domme om begrebet »anvendelse af et køretøj« i henhold til artikel 3 i direktiv 2009/103/EF¹²⁰. Ifølge Domstolen dækker dette begreb enhver anvendelse af et køretøj, som er i overensstemmelse med dette køretøjs almindelige brug¹²¹, dvs. enhver anvendelse af køretøjet som et transportmiddel¹²². Domstolen er imidlertid efterfølgende blevet opfordret til at bekræfte, om de følgende faktiske situationer også udgør »[færdsel med] køretøjer«: »en traktormanøvre på en gårdsplads [...] for at placere den anhænger, som traktoren er udstyret med, i en lade«¹²³, »en situation, hvor en landbrugstraktor er involveret i en ulykke, når dens vigtigste funktion på tidspunktet for ulykkens indtræden ikke var at tjene som transportmiddel, men bestod i som arbejdsmaskine at generere den drivkraft, der var nødvendig for at aktivere pumpen på en ukrudtsmiddelsprøjte«¹²⁴, »en situation, hvor passageren i et køretøj, der holdt parkeret på en parkeringsplads, ved at åbne køretøjets dør er stødt imod og har beskadiget det køretøj, der holdt parkeret ved siden af«¹²⁵, eller en »situation [...], hvor et køretøj parkeret i en bygnings private garage, som anvendes i overensstemmelse med køretøjets brug som transportmiddel, er brudt i brand med udspring i køretøjets elektriske kredsløb og har startet en ildebrand, hvorved denne bygning blev beskadiget [...], selv om nævnte køretøj havde holdt stille i mere end 24 timer inden brandens opståen«¹²⁶.

142. For det tredje kan der måske udledes et endelig eksempel af begrebet »arbejdstid« i henhold til direktiv 2003/88/EF¹²⁷. I henhold til fast retspraksis er hovedkravet for klassifikationen som »arbejdstid« i den i direktiv 2003/88 omhandlede forstand, at arbejdstageren er forpligtet til fysisk at opholde sig på det sted, som arbejdsgiveren har anvist, for dér at være til arbejdsgiverens rådighed med henblik på straks at kunne udføre arbejde, såfremt der opstår behov herfor. Denne forpligtelse, der udelukker, at de berørte arbejdstagere kan vælge, hvor de vil opholde sig i venteperioderne, skal anses for at indgå i udførelsen af deres arbejde¹²⁸. Domstolen blev imidlertid efter denne generelle definition atter anmodet om at subsumere faktisk detaljerede situationer vedrørende forskellige former for vagtperioder eller venteperioder for læger og andet indsats- eller redningspersonale under definitionen. Domstolen fandt dermed, at tid i vagttjeneste udgør arbejdstid, hvis arbejdstageren skal være fysisk tilstede på sundhedscenteret¹²⁹, selv hvis den berørte person har lov til at hvile sig på arbejdsstedet i de perioder, hvor hans arbejdsydelser ikke er påkrævet¹³⁰, eller begrebet »arbejdstid« bør finde anvendelse på »en

¹²⁰ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 16.9.2009 om ansvarsforsikring for motorkøretøjer og kontrollen med forsikringspligtens overholdelse (EUT 2009, L 263, s. 11).

¹²¹ Jf. dom af 4.9.2014, Vnuk (C-162/13, EU:C:2014:2146, præmis 59). Jf. også dom af 28.11.2017, Rodrigues de Andrade (C-514/16, EU:C:2017:908, præmis 34), og af 15.11.2018, BTA Baltic Insurance Company (C-648/17, EU:C:2018:917, præmis 34).

¹²² Jf. f.eks. dom af 28.11.2017, Rodrigues de Andrade (C-514/16, EU:C:2017:908, præmis 38), af 20.12.2017, Núñez Torreiro (C-334/16, EU:C:2017:1007, præmis 29), og af 15.11.2018, BTA Baltic Insurance Company (C-648/17, EU:C:2018:917, præmis 44).

¹²³ Dom af 4.9.2014, Vnuk (C-162/13, EU:C:2014:2146, præmis 59 og domskonklusionen).

¹²⁴ Dom af 28.11.2017, Rodrigues de Andrade (C-514/16, EU:C:2017:908, præmis 42 og domskonklusionen).

¹²⁵ Dom af 15.11.2018, BTA Baltic Insurance Company (C-648/17, EU:C:2018:917, præmis 48 og domskonklusionen).

¹²⁶ Dom af 20.6.2019, Línea Directa Aseguradora (C-100/18, EU:C:2019:517, præmis 48 og domskonklusionen).

¹²⁷ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 4.11.2003 om visse aspekter i forbindelse med tilrettelæggelse af arbejdstiden (EUT 2003, L 299, s. 9). I henhold til direktivets artikel 2, nr. 1), betyder »arbejdstid« »det tidsrum, hvori arbejdstageren er på arbejde og står til arbejdsgiverens rådighed under udførelsen af sin beskæftigelse eller sine opgaver i overensstemmelse med national lovgivning og/eller praksis«.

¹²⁸ Jf. f.eks. dom af 9.9.2003, Jaeger (C-151/02, EU:C:2003:437, præmis 63), kendelse af 4.3.2011, Grigore (C-258/10, ikke trykt i Sml., EU:C:2011:122, præmis 53 og den deri nævnte retspraksis), og dom af 21.2.2018, Matzak (C-518/15, EU:C:2018:82, præmis 59).

¹²⁹ Dom af 3.10.2000, Simap (C-303/98, EU:C:2000:528), og kendelse af 3.7.2001, CIG (C-241/99, EU:C:2001:371).

¹³⁰ Dom af 9.9.2003, Jaeger (C-151/02, EU:C:2003:437, præmis 71).

situation, hvor en [brandmand] er forpligtet til at udføre en tilkaldevagt i hjemmet, til dér at stå til rådighed for sin arbejdsgiver og til at kunne nå frem til sit arbejdssted inden for en frist på otte minutter«¹³¹.

143. Domstolen har uden tvivl på alle disse områder givet de nationale retter et nyttigt svar. Jeg kan dog kun være enig med generaladvokat Jacobs i, at »detaljerede svar på meget specifikke spørgsmål ikke altid bidrager til en sådan ensartet retsanvendelse. De ansporer måske bare til at stille yderligere spørgsmål«¹³².

144. I mit nyligt fremsatte forslag til afgørelse *Van Ameyde España*, som er endnu en sag vedrørende ansvarsforsikring for motorkøretøjer, forelagt af Tribunal Supremo (den øverste domstol, Spanien), forsøgte jeg mere konkret at foreslå, hvor linjen (som pr. definition er ganske flygtig) mellem fortolkningen og anvendelsen af EU-retten kunne ligge. Jeg kan kun henvise til det forslag til afgørelse som et faktisk casestudie¹³³. Hvad angår den første betingelse, hvorunder forpligtelsen til at foretage en forelæggelse bør henhøre, vil jeg tilføje det følgende.

145. Forelæggelsespligten bør udløses, når en national ret i sidste instans står over for en problemstilling vedrørende fortolkning af EU-retten formuleret på et rimeligt og passende abstraktionsniveau. Abstraktionsniveauet defineres logisk af den omtvistede retsbestemmelses anvendelsesområde og formål. I den særlige sammenhæng med (ubestemte) EU-retlige retsbegreber er Domstolens opgave at foretage en fortolkning af begrebet. Anvendelsen heraf, herunder de specifikke faktiske omstændigheders subsumering under definitionen, er et anliggende vedrørende anvendelsen af EU-retten.

146. En simpel anvendelse kan bestemt hurtigt blive til fortolkning, forudsat f.eks. at den forelæggende ret opfordrer Domstolen til at indskrænke, udvide, kvalificere eller afvige fra den allerede givne definition. Den forelæggende ret bør, forudsat at det er dette, der anmodes om, dog anføre dette forhold klart, idet den forklarer, hvorfor netop den sag, der forelægges, er mere end blot endnu en bekræftelse (og i denne forstand anvendelse) af den tidligere udtalte premissa maior.

147. Endvidere bør den ønskede fortolkning i denne forstand og i denne dimension have *generel eller generaliserbar* indvirkning. Fortolkningsspørgsmålet bør vedrøre et generelt, potentielt tilbagevendende spørgsmål om fortolkning af EU-retten. Jeg ønsker at understrege, at *dette ikke er* et kriterium vedrørende den retlige betydning eller vigtigheden af det stillede spørgsmål. Det er et andet, meget enklere spørgsmål for den nationale ret: Vil det spørgsmål, som jeg nu står over for, sandsynligvis opstå igen, enten for mig eller for mine kolleger i andre medlemsstater? Bør jeg anmode Domstolen om vejledning med henblik på ensartet fortolkning af EU-retten?

148. En sådan mental øvelse hjælper ikke kun med formuleringen af det spørgsmål, der skal forelægges, på et passende abstraktionsniveau, fordi det tvinger en til at identificere generelle, transversale problemer. Den hjælper også med at luge meget snævre, enkeltstående eller isolerede sager ud, som – selv hvis der potentielt rejses en problemstilling vedrørende fortolkning af EU-retten – blot er uden generel, strukturel indvirkning. Under alle omstændigheder kan det antages, at hovedparten af de nationale retter i sidste instans er yderst velbevandrede i sådan

¹³¹ Dom af 21.2.2018, Matzak (C-518/15, EU:C:2018:82, præmis 65).

¹³² Forslag til afgørelse Wiener SI (C-338/95, EU:C:1997:352, punkt 50).

¹³³ Mit forslag til afgørelse *Van Ameyde España SA* (C-923/19, EU:C:2021:125)

tænkning, dog måske hovedsagelig inden for rammerne af deres egne systemer. En tilsvarende form for tænkning og overvejelse bør blot anvendes på et bredere, større niveau i Unionens retsorden.

149. Sammenfattet foreslår jeg bestemt ikke, at vi skiller os af med en enhjørning for omgående at erstatte den med en anden¹³⁴. Idéen om, at der er en klar grænse mellem, hvornår fortolkninger ender, og anvendelser begynder og omvendt. Formålet med forelæggelsespligten er at sikre den ensartede fortolkning af EU-retten, ikke den korrekte anvendelse heraf. Den søgte ensartethed vedrører ikke og har aldrig vedrørt hver enkelt sags *enkeltstående udfald*, men de retsregler, der skal finde anvendelse. Dette betyder logisk set, at der kan være forskelligartethed for så vidt angår de specifikke udfald, selv om der er en rimelig grad af ensartede retsfor skrifter.

2. Flere fortolkninger, som rimeligvis er mulige

150. Er det *objektivt* muligt at fortolke et specifikt forhold i EU-retten på forskellige måder? En nødvendig del af hver af betingelserne for forelæggelsespligten vil altid være at undersøge alternativerne. Når det er sagt – i modsætning til den iboende interne og subjektive usikkerhed i form af enhver tvivl om en individuel sags udfald – er det det forhold, at der er plausible alternativer, som giver lignende betragtninger et mere *eksternt* og *objektivt* ståsted. Forslaget er dermed at refokusere opmærksomheden fra en simpel »jeg ved det ikke« til »dette er de alternativer, som jeg kan vælge mellem«.

151. Jeg understreger vigtigheden af adjektivet »mulig« eller »plausibel«. Jeg foreslår bestemt ikke, at en forelæggende ret er forpligtet til at opstille alle alternativer fuldstændigt, at begrunde dem alle eller endog forklare, hvilken af dem den foretrækker¹³⁵. Der bør dog være mere end blot subjektiv tvivl eller endog manglende kendskab til at begrunde en forelæggelsespligt.

152. Når der er foreslået to eller flere mulige fortolkninger for den nationale ret i sidste instans, bliver forelæggelsespligten dog streng. Det er trods alt netop af denne grund, at pligten oprindeligt blev pålagt: Den skal finde anvendelse, når der er en række valgmuligheder »på bordet«. De følgende scenarier er særligt relevante som eksempler på, hvornår en sådan situation kan opstå.

153. For det første er der eksempler på, at nationale retter har fortolket den samme regel forskelligt i endelige afgørelser. Enhver anden ret, der skal træffe afgørelse som sidste instans i en tvist, som omhandler det samme EU-retlige forhold, og som har *påvist en afvigelse* i fortolkningen af den samme regel, skal foretage en forelæggelse for at afklare, hvilken del af retspraksis der faktisk er korrekt. Det er ligegyldigt, om en sådan påvist afvigelse findes inden for den samme medlemsstat eller i flere medlemsstater. Jeg kan faktisk heller ikke se logikken i, at afvigelser i dele af national retspraksis ikke er tilstrækkelig til, at der objektivt er afvigende retspraksis vedrørende det samme forhold inden for Unionen¹³⁶, medmindre det måtte være en enkeltstående form for omvendt forskelsbehandling. Den logik, der ligger bag

¹³⁴ For at vende tilbage til den metafor, som generaladvokat Wahl anvendte, ovenfor i punkt 103 i dette forslag til afgørelse.

¹³⁵ Som det tidligere er blevet foreslået under overskriften »green light procedure« eller andre måder til reformering af den præjudicielle forelæggelsesprocedure – jf. f.eks. O. Due, »The Working Party Report« i A. Dashwood og AC Johnston, *The Future of the Judicial System of the European Union*, Hart, Oxford, 2001. På den anden side er dette bestemt til hinder for, at den forelæggende ret gør det, hvis den måtte ønske det.

¹³⁶ Jf. også i denne retning generaladvokat Wahls forslag til afgørelse X og van Dijk (C-72/14 og C-197/14, EU:C:2015:319, punkt 68).

Hoffmann-Laroche-dommen, er trods alt, at der er en afvigelse fra den fælles tilgang »i en af medlemsstaterne«, og med god grund: Der er ingen ensartet fortolkning, hvis dele af en medlemsstat går deres egne veje?

154. Jeg vil dog fremhæve de eksisterende *endelige* afgørelser, der er afsagt på nationalt niveau. Det søgte er en udtalt forskel i fortolkningen på horisontalt niveau, uanset om det er inden for den samme medlemsstat (forskellige appeldomstole, forskellige afdelinger eller udformninger af de øverste domstole) eller på tværs af medlemsstaterne. Det samme gælder ikke nødvendigvis for *en enkelt retssag*, som stadig er under afgørelse. I en sådan situation, hvor f.eks. den fortolkning, som retten i første instans foretog, er en anden end den af appelretten foretagne, og hvor sagen nu verserer for en øverste domstol, kan der også være to eller flere tilgange til den samme regel. I modsætning til en situation, hvor der er afvigende fortolkninger på tværs af individuelle endelige afgørelser afsagt af forskellige retter, betyder det dog ikke automatisk, at der er flere rimelige og plausible måder, hvorpå den samme EU-regel kan fortolkes. Inden for en og samme procedure kan det faktisk ikke udelukkes, at en ret blot har begået en fejl. Afvigende retspraksis i forskellige retsforhandlinger er derimod ikke længere en fejl, men et strukturelt problem for både EU-retten og national ret.

155. For det andet skal alle andre situationer, endog situationen med forskellige fortolkninger inden for de samme retsforhandlinger, så simpelthen bedømmes i lyset af hver enkelt sag. Var der faktisk i de for retten i sidste instans verserende retsforhandlinger plausible alternativer til fortolkningen af de samme regler, uanset hvor de stammer fra? De kan have været i parternes indlæg, de kan stamme fra de forskellige aktører i de nationale retsforhandlinger, eller de kan komme fra de forskellige tidligere domme i de samme retsforhandlinger, hvor forskellen ikke var en fejl, men snarere en tilkendegivelse af plausible alternativer.

156. Herudover kan sådan tvivl vedrørende valget mellem mulige fortolkninger af en regel naturligvis altid stamme fra den nationale ret selv. På baggrund af alt det ovenstående i dette afsnit ønsker jeg dog at fremhæve et ganske vigtigt forhold: Virkelighed og realisme. Man kan næppe forvente, at nationale retter i sidste instans pludselig bliver til forskningscentre for komparativ EU-ret, hvorved de selv, dvs. ex officio, gennemfører søgning i retspraksis fra andre nationale retter i andre medlemsstater eller begynder proaktivt at lede efter fortolkningsproblemer.

157. Når det er sagt, kan det bestemt forventes af nationale retter i sidste instans, at de bør anerkende, at der objektivt er en afvigelse i den retlige fortolkning, hvis de udtrykkeligt er blevet gjort opmærksom på denne afvigelse af en af aktørerne i de for dem verserende retsforhandlinger, navnlig af parterne selv. Forudsat, at der faktisk er en afvigelse i den mulige retlige fortolkning godtgjort ved mulige alternativer – for at anvende CILFIT-sprogbrugen – må det antages, at der objektivt og eksternt er fastslået (rimelig) tvivl i den for dem verserende tvist, og der kan derfor ikke ses bort fra forelæggelsespligten med henblik på at sikre ensartet fortolkning.

3. Ingen retspraksis fra Domstolen

158. Der vil sandsynligvis ikke være mangel på (heftige) drøftelser om, hvad der i en bestemt situation udgør »fast retspraksis«, og om alle forstår, hvad der nøjagtigt er blevet »fastslået«, på samme måde. På et begrebsmæssigt niveau er det faktisk dommen i sagen Da Costa m.fl.¹³⁷, som

¹³⁷ Dom af 27.3.1963, Da Costa m.fl. (28/62 to 30/62, EU:C:1963:6).

fastholdt og udvidet i dommen i sagen CILFIT m.fl.¹³⁸, der i det mindste skal revideres. En national ret i sidste instans skal foretage en forelæggelse, hvis den står over for et nyt spørgsmål om fortolkning af EU-retten eller et spørgsmål, som ikke kan afgøres fuldt ud på grundlag af Domstolens eksisterende praksis, eller hvor det er hensigtsmæssigt at opfordre Domstolen til at afklare eller revidere nogle af dennes tidligere afgørelser.

159. Kort sagt er den anden betingelse og den nærværende, tredje betingelse facetter af den samme betænkelighed – den første betingelse, ensartet fortolkning af EU-retten – i forskellige former for retninger og med forskellige aktører. Den anden betingelse omhandler horisontal sammenhæng og national retspraksis, mens den tredje betingelse fokuserer på Domstolens afgørelser og retsvirkningerne heraf.

160. En national ret i sidste instans er derfor ikke forpligtet til at forelægge et spørgsmål om fortolkning af EU-retten, hvis Domstolen allerede har fortolket den samme bestemmelse. Det samme gælder i den situation, hvor Domstolens tidligere afgørelser, der er afsagt i en hvilken som helst form for retsforhandlinger, allerede har ydet tilstrækkelig fortolkningsmæssig vejledning, der gør det muligt for den nationale ret at træffe afgørelse i den for retten verserende sag på grundlag af eksisterende retspraksis.

161. Jeg vil blot konkludere med tre yderligere afklaringer i denne henseende.

162. For det første kan det være værd igen at påpege den logiske forbindelse mellem den tredje betingelse og den første: Det, der skal fastslås, og som bør kunne udledes klart af retspraksis, er den *EU-regel*, der skal finde anvendelse, ikke en bestemt sags udfald. F.eks. blev den EU-retlige fortolkning af det, der udgør »usædvanlige omstændigheder«, dermed igen fastslået på det tidspunkt, hvor Domstolen udtalte og bekræftede definitionen heraf. Medmindre en ret i sidste instans måtte stå over for en situation, hvor den ønsker at revidere, forfine eller afvige fra denne definition, skal den blot anvende den uden at være forpligtet til at søge vejledning om, hvorvidt f.eks. der også ud over de faktiske scenarier, som Domstolen allerede har behandlet¹³⁹, er tale om usædvanlige omstændigheder, hvis der løber en hjort eller en nøgen mand rundt på landingsbanen.

163. For det andet kan det være rimeligt at anerkende, at selv om Domstolens sprogbrug omfatter terminologien »fast retspraksis« eller »tidligere afgørelser«, kan der faktisk nogle gange være tale om et enkelt præjudikat. Dette afhænger bestemt af indholdet og klarheden af den EU-regel, der skulle fastslås i den tidligere afgørelse, og den sammenhæng, hvori den indgår¹⁴⁰. Et klart formuleret retligt standpunkt, selv hvis det kun udtales en enkelt gang (og dermed knap udgør ægte »fast retspraksis« i ægte civilretlig tradition, hvori det skal have været gentaget mange gange for faktisk at blive bindende), kan fra begyndelsen indebære, at en national ret i sidste instans fritages for at foretage en forelæggelse.

164. For det tredje har en national ret, navnlig en national ret i sidste instans, altid mulighed for at opfordre Domstolen til at tilpasse, forfine, afklare eller endog afvige fra dennes tidligere afgørelser. Hvis en national ret i sidste instans ønsker at afvige fra den fortolkning af EU-retten, som

¹³⁸ Dom af 6.10.1982, CILFIT m.fl. (283/81, EU:C:1982:335, præmis 13 og 14).

¹³⁹ Redegjort for ovenfor i punkt 139 i dette forslag til afgørelse.

¹⁴⁰ Man kan bare sammenligne med de sager, der er drøftet i dette forslag til afgørelse, dom af 4.10.2018, Kommissionen mod Frankrig (Forskudsskat) (C-416/17, EU:C:2018:811), på den ene side, og dom af 28.7.2016, Association France Nature Environnement (C-379/15, EU:C:2016:603), på den anden side.

Domstolen tidligere har foretaget, er den nationale ret imidlertid forpligtet til at foretage en forelæggelse, hvor den forklarer Domstolen grundene til, at den er uenig, og ideelt redegør for, hvad der efter den forelæggende rets opfattelse burde være den rette tilgang¹⁴¹.

165. For fuldstændighedens skyld kan det tilføjes, at et sådant »afklarende« scenarie kan omfatte ikke kun situationer, hvor den nationale ret faktisk ønsker, at Domstolen skal ændre sin praksis¹⁴², men også tilfælde med afvigelser i Domstolens praksis, som en national ret har påvist i forbindelse med, at den skal anvende vejledning på nationalt niveau. I sådanne (forhåbentligt sjældne) situationer er der en forelæggelsespligt, netop af hensyn til ensartet fortolkning af EU-retten på tværs af Den Europæiske Union, for at forebygge afvigelser mellem nationale retter, hvor nogle af dem støtter sig til del af Domstolens praksis, mens andre anvender en anden.

4. Begrundelsespligten (og det åbne spørgsmål om håndhævelse af forelæggelsespligten)

166. I mit forslag i dette forslag til afgørelse indeholder forelæggelsespligtens rækkevidde allerede undtagelserne. De er to sider af samme sag. Der er kun en pligt til at forelægge, når alle tre betingelser, der er opregnet i dette afsnit, er opfyldt. Pligten opstår ikke (eller – afhængigt af konstruktionen – der udløses en undtagelse), hvis en af betingelserne ikke er opfyldt: Enten er der ingen problemstilling vedrørende fortolkning af EU-retten, der er kun en enkelt rimelig mulig fortolkning af den omtvistede EU-ret, eller et svar kan findes i Domstolens eksisterende praksis.

167. Når det er sagt, er der under alle omstændigheder en transversal pligt eller endog en fjerde betingelse: Uanset hvilken af de tre betingelser, den nationale ret i sidste instans måtte påberåbe sig, er retten forpligtet til at give en *tilstrækkelig begrundelse* for sin konklusion om, at den for retten verserende sag ikke er omfattet af forpligtelsen til at foretage en forelæggelse i medfør af artikel 267, stk. 3, TEUF.

168. Der er naturligvis ingen almen gyldig målestok for, hvad der udgør en passende og dermed tilstrækkelig begrundelse. Det afhænger alt sammen af sagens art, dens kompleksitet og frem for alt de argumenter, der er gjort gældende for den ret, der skal træffe afgørelse, og de argumenter, der fremgår af sagsakterne. En national ret i sidste instans er imidlertid under alle omstændigheder, forudsat at der faktisk er blevet rejst et relevant EU-retligt forhold for retten, forpligtet til klart og specifikt at angive, hvilken af de tre betingelser (undtagelser) der angiveligt finder anvendelse i sagen, og at give i det mindste en summarisk forklaring på, hvorfor det er tilfældet.

169. Jeg er af den opfattelse, at det er vigtigt at fremhæve denne forpligtelse klart. En generel, vag og i vidt omfang ikke-underbygget henvisning til »acte clair« eller dommen i sagen CILFIT m.fl. uden nogen reel og sagsspecifik begrundelse i forhold til den pågældende sags realitet opfylder ikke dette minimumskrav¹⁴³. I den ganske objektive og eksterne tilgang til forelæggelsespligten af hensyn til den systemiske ensartethed i fortolkningen, der er talt for i dette forslag til afgørelse, er den begrundelse, som den nationale ret i sidste instans skal give, en reaktion på de forhold, som parterne har henledt rettens opmærksomhed på, eller fordi de klart fremgår af selve

¹⁴¹ Jf. f.eks. den nyere dom af 5.12.2017, M.A.S. og M.B. (C-42/17, EU:C:2017:936).

¹⁴² Hvor »afklarende« tjener som en eufemisme for reel omstødelse.

¹⁴³ Jf. allerede i denne retning dom af 28.7.2016, Association France Nature Environnement (C-379/15, EU:C:2016:603, præmis 53).

retsforhandlingerne eller sagsakterne. Begrundelsespligten svarer dermed naturligt til en dommers pligt til at reagere på alle de relevante omstændigheder eller argumenter, som fremsættes for ham eller hende.

170. En dommer er kort sagt ikke forpligtet til at gå ud og lede efter fortolkningsproblemer, som muligvis kan opstå for så vidt angår en bestemt EU-retlig bestemmelse. De fortolkningsproblemer, der gøres gældende for ham eller hende, navnlig de problemer, som parterne har påberåbt sig, kan ikke »fejles ind under gulvtæppet« uden en behørig begrundelse ved blot i en sætning at anføre, at alt står klart, og at der ikke er nogen rimelig tvivl.

171. Endelig er pligten til at give en fyldestgørende begrundelse, selv om den sandsynligvis allerede følger af relevante nationale regler, efter min opfattelse også en forpligtelse, som EU-retten pålægger i henhold til chartrets artikel 47. Det er ganske logisk, at hvis et EU-retligt forhold gøres gyldigt gældende i nationale retsforhandlinger, vil sagen sandsynligvis for så vidt som angår anvendelsen af andre EU-retlige elementer være omfattet af EU-rettens anvendelsesområde. Der er endvidere selve artikel 267 TEUF, som finder anvendelse i en sådan sag. En sådan sag og enhver national afgørelse i sagen er derfor klart et tilfælde af gennemførelse af EU-retten i henhold til chartrets artikel 51, stk. 1.

172. Jeg vil bevidst lade det blive ved det. Problemstillinger vedrørende forelæggelsespligten er måske et anliggende for fremtidige sager. Inden sådanne sager i fremtiden kan drøftes, skal forelæggelsespligtens rækkevidde og karakter dog først revideres i betydeligt omfang. Kun hvis og når dette første skridt er taget, kan det blive relevant at drøfte det efterfølgende spørgsmål om retsmidler.

173. Jeg konkluderer med tre generelle bemærkninger.

174. Hvorfor er det for det første nødvendigt at genbesøge CILFIT-sagsakterne nu? Efter at have læst de overbevisende forslag til afgørelse fra mine lærde forgængere, som er citeret i dette forslag til afgørelse, er det åbenlyst, at Domstolen sandsynligvis ikke vil tage let på at genbesøge sagsakterne. Endvidere – og med et glimt i øjet – kan det foreslås, at eftersom dommen i sagen CILFIT m.fl. ikke har virket i 40 år, vil et par år eller årtier mere ikke gøre nogen forskel. Der er også en vis smuk enkelthed og visdom i inerti, navnlig når systemet generelt finder en slags ligevægt. For at vende tilbage til den metafor, jeg anvendte i indledningen af dette forslag til afgørelse, kan det være klogere at lade den slumrende løve ligge. Hvis den vågner, er der ingen, der ved, hvem den vil bide.

175. Selv om en sådan tankegang kan være tiltalende, har den klare begrænsninger. Det er ikke sundt for en rets institutionelle myndighed og legitimitet at blive anset for irrelevant, når der ses bort fra vejledning, der kommer fra kernen, og med god grund. Hvis en sådan manglende relevans herudover berører et af de afgørende parametre for hele retssystemet, hvor systemet for så vidt angår dets rette funktion og i det mindste en del af håndhævelsen heraf må støtte sig på andre, kan der opstå en ganske usund skepsis over for regler, der eventuelt spreder sig til andre områder og andre problemstillinger. Endelig kan der sandsynligvis opstå spændinger, hvis en sådan omhyggelig ligevægt mister balancen på grund af et pludseligt udbrud af selektiv håndhævelse af sådanne regler, hvor dem, der er genstand for en sådan håndhævelse, med rette kan spørge: Hvorfor os? På denne måde, hvor løven nu er vågnet, bliver det uomgængeligt nødvendigt at revidere reglerne, således at de kan håndhæves ensartet over for alle.

176. For det andet kan det foreslås, at mit forslag i dette forslag til afgørelse ved at fokusere på makrofunktionen eller den offentlige funktion af forelæggelsespligten forsømmer de individuelle parter i en retssag og deres subjektive rettigheder. Endvidere kommer definitionen af forelæggelsespligtens rækkevidde og undtagelserne til pligten vagt til udtryk, når den adskilles fra subjektiv tvivl i den individuelle sag, idet den så støttes på abstrakte begreber, såsom afvigelse i fortolkningen.

177. Efter min opfattelse er det netop den manglende klarhed i den begrebsmæssige sondring mellem den makro/mikro (offentlige/private) funktion af og de objektive/subjektive betingelser for forelæggelsespligten, der er grunden til problemerne med dommen i sagen CILFIT m.fl. Endvidere var det i dommen i sagen CILFIT m.fl. foretagne valg enestående på endnu en anden måde: Forelæggelsespligten blev hovedsageligt underlagt de individuelle og subjektive betingelser i den specifikke sag, der verserer for en ret i sidste instans, uden at personerne får nogen rettigheder overhovedet til at håndhæve denne pligt.

178. Hvis, som jeg foreslår her, forelæggelsespligtens altovervejende systemiske og strukturelle karakter anerkendes, hvilken så vil bygge på mere objektive betragtninger vedrørende de systemiske behov, der opstår i den individuelle sag, kan dette muligvis give individuelle parter i en retssag endnu mere at bygge argumenter på i en individuel sag end subjektiv retlig tvivl. Endvidere er de her foreslåede betingelser, selv om de er delvist adskilt fra omstændighederne i en individuel sag, på grund af deres art og udtryk faktisk meget mere præcise end betingelserne i dommen i sagen CILFIT m.fl. Herudover, og i modsætning til de fortsatte og endeløse drøftelser af, hvorvidt undtagelserne i dommen i sagen CILFIT m.fl. faktisk udgør en tjekliste eller blot et værktøj, udgør de her foreslåede betingelser åbenlyst en tjekliste med en bekræftelse på den dertil svarende pligt til at give en specifik og fyldestgørende begrundelse.

179. For det tredje og endelig vil en sådan »løsgørelse« af CILFIT, som fokuserer på den korrekte anvendelse af EU-retten i hver sag, der verserer for en ret i sidste instans, ikke længere udgøre en fralæggelse af Domstolens hovedansvar for så vidt angår sikringen af EU-rettens enhed og ensartethed?

180. Jeg har i dette forslag til afgørelse brugt en del plads på at forsøge at forklare, hvorfor jeg er af den opfattelse, at CILFIT-ensartetheden for så vidt angår den korrekte anvendelse af EU-retten i hver individuel sag er en myte. På baggrund af Unionens retssystems decentraliserede og spredte karakter, er det bedste, der nogensinde kan opnås, en rimelig ensartethed i fortolkningen af EU-retten, hvor denne form for ensartethed allerede er en ordentlig mundfuld. Hvad angår ensartetheden i anvendelse og udfald er svaret ganske simpelt: Ingen kan miste det, de aldrig har haft¹⁴⁴.

¹⁴⁴ I. Walton, »The Complete Angler«, Gay & Bird, London, 1901, kapitel V.

V. Forslag til afgørelse

181. Jeg anbefaler Domstolen at besvare det første præjudicielle spørgsmål fra Consiglio di Stato (den øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Italien) som følger:

»I henhold til artikel 267, stk. 3, TEUF skal en national ret, hvis afgørelser ifølge de nationale retsregler ikke kan appelleres, forelægge Domstolen en sag, hvis sagen rejser for det første en generel problemstilling vedrørende fortolkning af EU-retten, som for det andet rimeligvis kan fortolkes på mere end én mulig måde, og for det tredje den måde, hvorpå den omtvistede EU-ret skal fortolkes, ikke kan udledes af Domstolens eksisterende praksis. Hvis en sådan national ret, for hvilken en problemstilling vedrørende fortolkning af EU-retten er blevet rejst, beslutter at undlade at indgive en anmodning om præjudiciel afgørelse i medfør af bestemmelsen, skal den give en fyldestgørende begrundelse, som forklarer, hvilken af de tre betingelser der ikke er opfyldt, og hvorfor.«