



Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT

MICHAL BOBEK

föredraget den 15 april 2021¹

Mål C-561/19

**Conorzio Italian Management,
Catania Multiservizi SpA
mot
Rete Ferroviaria Italiana SpA**

(begäran om förhandsavgörande från Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen, Italien))

”Begäran om förhandsavgörande – Artikel 267 tredje stycket FEUF – En domstol i en medlemsstat, mot vars avgöranden det inte finns något rättsmedel enligt nationell lagstiftning – Skyldighet att begära förhandsavgörande – Omfattning – Undantag och kriterier som härrör från domen i målet Cilfit m.fl.”

Innehållsförteckning

I.	Inledning	2
II.	Tillämpliga bestämmelser	3
III.	Bakgrund, målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna	4
IV.	Bedömning	6
A.	De båda lagren	7
1.	Det yttre lagret: Det är alltid den nationella domstolen som beslutar	7
2.	Det djupare lagret: Bör alla frågor verkligen hänskjutas för förhandsavgörande?	9
B.	Domen i målet Cilfit (och dess efterföljare)	11
1.	Skälen till skyldigheten att begära förhandsavgörande	12

¹ Originalspråk: engelska.

2. Undantagen från skyldigheten	14
3. (Domstolens) efterföljande tillämpningspraxis	16
C. Problemen med domen i målet Cilfit	20
1. Konceptuella problem	20
2. Genomförbarhet	22
3. De unionsrättsliga rättsmedlens systemiska koherens	26
4. Utvecklingen av unionsrätten och unionens rättsordning	29
5. Slutsats i denna del	31
D. Mitt förslag	31
1. En allmän eller generaliserbar fråga om tolkningen av unionsrätten	32
2. Flera rimligt möjliga tolkningar	35
3. Ingen praxis från EU-domstolen	37
4. Skyldigheten att ange skälen (och den öppna frågan om verkställande av skyldigheten att begära ett förhandsavgörande)	38
V. Förslag till avgörande	41

I. Inledning

1. Jag misstänker att till skillnad från nationella domstolar i sista instans har studerande av unionsrätt alltid gillat domen i målet Cilfit m.fl.² Under de senaste ett eller två årtiondena har hjärtat hos många studerande av unionsrätt nog bultat av plötslig glädje och lättnad när de fått i uppgift att diskutera ”domen i målet Cilfit” och ”undantagen från skyldigheten att begära förhandsavgörande” på ett prov eller i en uppsats. Att ifrågasätta genomförbarheten av de undantag från skyldigheten att begära förhandsavgörande som fastställts i domen i målet Cilfit, särskilt undantaget avseende avsaknad av rimligt tvivel hos en nationell domstol i sista instans, är kanske inte den mest krävande argumentationsövningen. Är dessa domstolar verkligen skyldiga att jämföra (alla) de lika autentiska språkversionerna av unionsrätten? Hur ska de i praktiken kunna avgöra om en fråga är lika uppenbar för domstolarna i andra medlemsstater och för EU-domstolen?

2. Under ett antal år har skyldigheten att begära förhandsavgörande enligt artikel 267 tredje stycket FEUF, undantagen från denna skyldighet och framför allt dess verkställande metaforiskt sett varit unionsrättens sovande björnar. Vi är alla medvetna om att de finns där. Vi kan alla diskutera dem eller till och med skriva lärda avhandlingar om dem. I verkligheten är det

² Dom av den 6 oktober 1982, Cilfit m.fl. (283/81, EU:C:1982:335) (nedan kallad domen i målet Cilfit).

emellertid bäst att lämna dem orörda. Pragmatiskt (eller cyniskt) sett så fungerar hela systemet med förhandsavgöranden, eftersom ingen faktiskt tillämpar domen i målet Cilfit, åtminstone inte ordagrant. Ofta är idén om en björn bättre än att ha att göra med det levande djuret.

3. Av ett antal skäl som anges nedan anser jag att det är dags att domstolen ser över domen i målet Cilfit. Mitt förslag i detta hänseende är ganska enkelt: att anpassa skyldigheten att begära förhandsavgörande enligt artikel 267 tredje stycket FEUF och likaså undantagen från den så, att de speglar behoven i unionens nuvarande rättsordning och realistiskt kan tillämpas (och möjligen en dag verkställas).

4. Den föreslagna anpassningsprocessen kräver emellertid ett omfattande paradigmskifte. Logiken bakom och fokus för skyldigheten att begära förhandsavgörande och undantagen från den måste ändras från huruvida det enligt en domstols *subjektiva* bedömning föreligger rimligt tvivel om den korrekta *tillämpningen* av unionsrätten i det *enskilda målet*, till en mer *objektiv* nödvändighet att säkerställa en enhetlig *tolkning* av unionsrättsliga bestämmelser inom Europeiska unionen. Skyldigheten att begära förhandsavgörande bör med andra ord inte främst vara fokuserad på de korrekta svaren, utan i stället på att identifiera de rätta frågorna.

II. Tillämpliga bestämmelser

5. I artikel 267 FEUF anges följande:

”Europeiska unionens domstol ska vara behörig att meddela förhandsavgöranden angående

- a) tolkningen av fördragen,
- b) giltigheten och tolkningen av rättsakter som beslutas av unionens institutioner, organ eller byråer.

När en sådan fråga uppkommer vid en domstol i en medlemsstat får den domstolen, om den anser att ett beslut i frågan är nödvändigt för att döma i saken, begära att domstolen meddelar ett förhandsavgörande.

När en sådan fråga uppkommer i ett ärende vid en domstol i en medlemsstat, mot vars avgöranden det inte finns något rättsmedel enligt nationell lagstiftning, ska den nationella domstolen föra frågan vidare till domstolen.

...”

6. I artikel 99 i domstolens rättegångsregler föreskrivs följande:

”Om en fråga i en begäran om förhandsavgörande är identisk med en fråga som domstolen redan har avgjort, om svaret på en sådan fråga klart kan utläsas av rättspraxis eller om svaret på frågan inte lämnar utrymme för rimligt tvivel, får domstolen, på förslag av referenten och efter att ha hört generaladvokaten, när som helst avgöra målet genom särskilt uppsatt beslut som är motiverat.”

III. Bakgrund, målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

7. Den 23 februari 2006 tilldelades Consorzio Italian Management och Catania Multiservizi SpA (nedan kallade klagandena) ett kontrakt av Rete Ferroviaria Italiana SpA (nedan kallat RFI) som avsåg ”tjänster avseende städning och skötsel av offentliga lokaler och utrymmen samt servicefaciliteter på järnvägsstationer, anläggningar, kontor och verkstäder på olika platser inom ansvarsområdet för Direzione compartimentale movimento di Cagliari [(den lokala transportstyrelsen i Cagliari, Italien)]”.

8. Kontraktet innehöll en klausul som begränsade möjligheterna till prisjustering. Under kontraktets fullgörande begärde klagandena att RFI skulle justera det avtalade priset på grund av att utgifterna för genomförandet av kontraktet hade ökat till följd av ökade personalkostnader. RFI vägrade att göra detta.

9. Klagandena väckte talan mot RFI vid Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna (Regionala förvaltningsdomstolen i Sardinien, Italien, nedan kallad TAR). Genom dom av den 11 juni 2014 ogillade TAR talan. Den fann att artikel 115 i lagstiftningsdekret nr 163/2006 inte var tillämplig på verksamhet inom särskilda sektorer, såsom städtjänster, när de avser nödvändiga delar som omfattas av järnvägstransportnätet. TAR fann också att en prisjustering inte var obligatorisk enligt artikel 1664 i Codice Civile (civilagen) och att parterna kunde avvika från den bestämmelsen.

10. Klagandena överklagade denna dom vid Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen, Italien). De hävdade att artikel 115 i lagstiftningsdekret nr 163/2006 eller, i andra hand, artikel 1664 i civilagen var tillämplig. De ansåg vidare att de nationella reglerna stred mot direktiv 2004/17/EG³ i den mån de ledde till att prisjusteringar var uteslutna inom transportsektorn och avseende städkontrakt i den sektorn. De nationella reglerna ledde till en orättvis och oproportionerlig avtalsrättslig obalans som i sista hand påverkade reglerna för en effektiv marknad. Om direktiv 2004/17 skulle tolkas så, att prisjusteringar var uteslutna avseende alla kontrakt som ingåtts och genomfördes i de särskilda sektorerna, var det ogiltigt.

11. Mot denna bakgrund ställde Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) den 24 november 2016 följande två frågor till EU-domstolen för förhandsavgörande:

- ”1) Är en tolkning av nationell lagstiftning som innebär att det inte är tillåtet med prisjustering i kontrakt inom de så kallade särskilda sektorerna, i synnerhet i kontrakt som tilldelas för något annat än utövande av de typer av verksamhet som anges i [direktiv 2004/17], men som har en funktionell koppling till dessa, förenlig med unionsrätten (i synnerhet artikel 3.3 FEU, artiklarna 26 FEUF, 56–58 FEUF och 101 FEUF samt artikel 16 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna och direktiv [2004/17])?
- 2) Är direktiv [2004/17] (såvida det ska anses att förbud mot prisjustering i samtliga kontrakt som ingås och genomförs inom de så kallade särskilda sektorerna följer direkt av direktivet) förenligt med de unionsrättsliga principerna (i synnerhet artikel 3.1 FEU, artiklarna 26, 56–58 och 101 FEUF samt artikel 16 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna) ’mot bakgrund av att det är orättvist och oproportionerligt samt medför att den avtalsrättsliga balansen ändras och därmed även reglerna för en effektiv marknad’?”

³ Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (försörjningsdirektivet) (EUT L 134, 2004, s. 1).

12. EU-domstolen svarade genom dom av den 19 april 2018.⁴ Med avseende på den första frågan konstaterade EU-domstolen att den hänskjutande domstolen inte hade tillhandahållit någon förklaring till varför en tolkning av artikel 3.3 FEU eller artiklarna 26, 57, 58 och 101 FEUF var relevant för avgörandet av tvisten i det nationella målet. Artikel 16 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (nedan kallad stadgan) riktar sig, liksom övriga bestämmelser i stadgan, till medlemsstaterna endast när dessa tillämpar unionsrätten, vilket inte var fallet i det nationella målet. Domstolen konstaterade således att den första frågan inte kunde tas upp till prövning såvitt avsåg dessa bestämmelser.⁵

13. Beträffande direktiv 2004/17 och de allmänna principer som ligger till grund för det, särskilt likabehandlingsprincipen och öppenhetsprincipen, fann domstolen emellertid att de ska tolkas så, att de inte utgör hinder för nationella bestämmelser som inte föreskriver någon regelbunden prisjustering efter tilldelning av kontrakt inom de sektorer som omfattas av det direktivet. Med anledning av detta konstaterade domstolen att den andra frågan var hypotetisk.

14. Efter det att EU-domstolen hade meddelat sin dom begärde klagandena den 28 oktober 2018, inför den offentliga förhandling som skulle hållas den 14 november 2018, att Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) skulle ställa nya frågor till EU-domstolen för förhandsavgörande. Klagandena gjorde gällande att EU-domstolen i sin dom inte hade tagit ställning till huruvida städtjänster har en funktionell koppling till transporttjänster. De påpekade att EU-domstolen i sin dom hade presumerat att kontraktsförhållandet inte kunde förlängas, såsom det angetts i den ursprungliga anbudsinfordran. Detta speglar emellertid inte situationen i Italien, där tjänstekontrakt ofta förlängs av offentliga myndigheter, ibland på obestämd tid, vilket således skapar en situation med avtalsrättslig obalans. Till stöd för sin ståndpunkt hänvisade klagandena till skälen 9, 10 och 45 samt artikel 57 i direktiv 2004/17.

15. Enligt Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen), som ännu en gång är hänskjutande domstol i det nationella målet, har klagandena således begärt att ytterligare frågor ska hänskjutas för förhandsavgörande. Den hänskjutande domstolen vill emellertid få klarhet i huruvida den, under omständigheterna i det nationella målet, måste föra dessa frågor vidare till EU-domstolen enligt artikel 267 tredje stycket FEUF. Den anser att skyldigheten för en domstol i sista instans att hänskjuta en fråga för förhandsavgörande inte kan särskiljas från en ordning med ”rättegångshinder” som innebär att parterna ”en gång för alla” ska redogöra för den nationella domstolen om de aspekter i den nationella lagstiftningen som enligt deras uppfattning strider mot unionsrätten. I annat fall kan möjligheten att flera gånger i följd begära att frågor ska hänskjutas för förhandsavgörande, förutom att möjliggöra missbruk och i extrema fall ett faktiskt ”rättegångsmissbruk”, även som ett resultat av skyldigheten att begära förhandsavgörande urholka rätten till domstolsskydd och undergräva principen om ett snabbt och effektivt genomförande av rättsliga förfaranden.

16. Mot bakgrund av dessa faktiska och rättsliga omständigheter har Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) ställt följande frågor till EU-domstolen för förhandsavgörande:

”1) Är den nationella domstol vars avgöranden inte kan överklagas i princip skyldig att med stöd av artikel 267 FEUF begära förhandsavgörande angående tolkningen av unionsrätten, även då den aktuella frågan framställs av en part i målet efter det att ansökan respektive svaromål har ingetts, eller efter det att saken har förberetts för avgörande för första gången, eller även efter det att EU-domstolen redan har meddelat förhandsavgörande i samma tvist?

⁴ Dom av den 19 april 2018, Consorzio Italian Management och Catania Multiservizi (C-152/17, EU:C:2018:264).

⁵ Ibidem, punkterna 33–35.

- 2) Är artiklarna 115, 206 och 217 i lagstiftningsdekret nr 163/2006, såsom de har tolkats i förvaltningsrättslig praxis, i den mån de utesluter prisjustering i kontrakt som omfattas av de så kallade särskilda sektorerna, i synnerhet i kontrakt som tilldelas för något annat än utövande av de typer av verksamhet som anges i direktiv 2004/17, men som har ett ofrånkomligt instrumentellt samband med dessa, mot ovanstående bakgrund förenliga med unionsrätten (i synnerhet artiklarna 4.2 FEUF, 9 FEUF, 101.1 e FEUF, 106 FEUF, 151 FEUF – samt den europeiska sociala stadgan, som undertecknades i Turin den 18 oktober 1961, och 1989 års gemenskapsstadga om arbetstagares grundläggande sociala rättigheter, vartill nämnda artikel hänvisar – 152 FEUF, 153 FEUF och 156 FEUF; artiklarna 2 FEU och 3 FEU; samt artikel 28 i [stadgan])?
- 3) Är artiklarna 115, 206 och 217 i lagstiftningsdekret nr 163/2006, såsom de har tolkats i förvaltningsrättslig praxis, i den mån de utesluter prisjustering i kontrakt som omfattas av de så kallade särskilda sektorerna, i synnerhet i kontrakt som tilldelas för något annat än utövande av de typer av verksamhet som anges i direktiv 2004/17, men som har ett ofrånkomligt instrumentellt samband med dessa, mot ovanstående bakgrund förenliga med unionsrätten (i synnerhet artikel 28 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, likabehandlingsprincipen, som är fastställd i artiklarna 26 FEUF och 34 FEUF, samt principen om näringsfrihet, som även stadgas i artikel 16 i [stadgan])?”
17. Klagandena, RFI, den italienska regeringen och Europeiska kommissionen har inkommit med skriftliga yttranden. Samtliga dessa berörda parter samt den tyska och den franska regeringen närvarade vid förhandlingen den 15 juli 2020.

IV. Bedömning

18. I enlighet med domstolens begäran kommer jag i mitt förslag att fokusera på den första av de frågor som den hänskjutande domstolen har ställt. Denna fråga har två lager. Å ena sidan kan den första frågan utifrån dess lydelse kanske förstås så, att den hänskjutande domstolen endast vill få klarhet i huruvida en nationell domstol i sista instans är skyldig att begära förhandsavgörande i ett specifikt faktiskt scenario som innehåller tre aspekter: i) då frågan har framställts av en av parterna, ii) då frågan framställs av en part i målet efter det att ansökan respektive svaromål har ingetts, och iii) även efter det att en begäran om förhandsavgörande redan har lämnats in till EU-domstolen. Att besvara dessa frågor är inte svårt. Svaret följer nämligen av EU-domstolens fasta praxis (som det visas nedan i avsnitt A).

19. Å andra sidan anser jag att ett sådant svar inte skulle göra rättvisa åt de frågeställningar som den hänskjutande domstolen faktiskt har tagit upp. Den hänskjutande domstolen har påpekat att vissa av de ytterligare frågeställningar som parterna har tagit upp de facto kan avgöras på basen av det svar som EU-domstolen redan har tillhandahållit. Den har emellertid också påpekat att vissa av de nya frågeställningarna inte kan besvaras på detta sätt. Vad gäller dessa ytterligare frågeställningar har den hänskjutande domstolen påpekat att eftersom den enligt nationell rätt är en domstol i sista instans, är den skyldig att föra frågan vidare till EU-domstolen, när en fråga om tolkningen av unionsrätten uppkommer vid den.⁶

⁶ Den hänskjutande domstolen har härvid hänvisat till EU-domstolens fasta praxis, särskilt domen av den 18 juli 2013, Consiglio Nazionale dei Geologi (C-136/12, EU:C:2013:489, punkt 25).

20. I denna situation framträder den bredare frågeställningen i den första frågan i sin helhet: Omfattas precis alla mål där det fortfarande finns tvivel om den korrekta tillämpningen av unionsrätten i det särskilda målet av den skyldighet att begära förhandsavgörande som åligger domstolar i sista instans, oavsett om en tidigare begäran om förhandsavgörande i samma mål redan har framställts eller inte? Vilken omfattning har egentligen skyldigheten att begära förhandsavgörande och undantagen från den, särskilt med tanke på en sådan situation som i det nationella målet?

21. Innan jag föreslår ett svar på denna fråga kommer jag först att redogöra för de principer som för närvarande gäller för skyldigheten att begära förhandsavgörande och undantagen från den (B). Därefter kommer jag att undersöka de olika problem som denna rättspraxis medför och ange skälen till att jag anser att domstolen bör formulera skyldigheten att begära förhandsavgörande i ett annat ljus (C). Avslutningsvis kommer jag att lägga fram ett specifikt förslag i detta hänseende (D).

A. De båda lagren

22. De aspekter som den hänskjutande domstolen har tagit upp är relaterade till tre frågeställningar: i) *parternas roll* vid en begäran om förhandsavgörande, ii) vid vilken *tidpunkt* en begäran om förhandsavgörande bör inges med beaktande av de olika skeden som ett nationellt rättsligt förfarande kan bestå av och iii) möjligheten att inge en *andra begäran om förhandsavgörande* inom ramen för ett och samma rättsliga förfarande. Om dessa tre frågeställningar förstås som tre separata frågor och inte som tre facetter av en och samma fråga, kan svaret på dem enkelt utläsas av EU-domstolens fasta praxis.

1. Det yttre lagret: Det är alltid den nationella domstolen som beslutar

23. För det första ankommer det uteslutande på den hänskjutande domstolen att besluta huruvida ett avgörande av EU-domstolen är nödvändigt för att den ska kunna avgöra målet. När det gäller möjligheten att begära ett förhandsavgörande lyssnar en nationell domstol säkerligen, precis som vilken domstol som helst, på parternas synpunkter. Genom artikel 267 FEUF har emellertid ett direkt samarbete inrättats mellan domstolen och de nationella domstolarna genom ett förfarande där parterna inte tar några initiativ.⁷ Enbart den omständigheten att en part i en tvist i ett nationellt mål har tagit upp vissa frågeställningar om unionsrätten innebär således inte att den berörda domstolen är skyldig att anse att en fråga har uppkommit i den mening som avses i artikel 267 FEUF, vilket gör det obligatoriskt att begära förhandsavgörande.⁸ Detta innebär tvärtom också att en nationell domstol får begära förhandsavgörande på eget initiativ.⁹

⁷ Se, exempelvis, dom av den 12 februari 2008, *Kempter* (C-2/06, EU:C:2008:78, punkt 41), dom av den 9 november 2010, *VB Pénzügyi Lízing* (C-137/08, EU:C:2010:659, punkt 28), och dom av den 18 juli 2013, *Consiglio Nazionale dei Geologi* (C-136/12, EU:C:2013:489, punkt 28).

⁸ Se, för ett tidigt avgörande, dom av den 6 oktober 1982, *Cilfit m.fl.* (283/81, EU:C:1982:335, punkt 9). Se även dom av den 10 januari 2006, *IATA och ELFAA* (C-344/04, EU:C:2006:10, punkt 28).

⁹ Se, för ett tidigt avgörande, dom av den 16 juni 1981, *Salonia* (126/80, EU:C:1981:136, punkt 7). Se även dom av den 15 januari 2013, *Križan m.fl.* (C-416/10, EU:C:2013:8, punkt 65).

24. För det andra ankommer det också på den nationella domstolen att ensam besluta när det är lämpligt att hänskjuta en fråga till EU-domstolen.¹⁰ Den nationella domstolen är bäst lämpad att bedöma i vilket skede av förfarandet ett förhandsavgörande av EU-domstolen är nödvändigt.¹¹ EU-domstolens enda krav är att tvisten är anhängig vid den nationella domstolen vid tidpunkten för begäran om förhandsavgörande.¹²

25. Sett ur EU-domstolens synvinkel och med beaktande av dess önskan att bistå den hänskjutande domstolen så långt som möjligt, kan EU-domstolen inte annat än välkomna situationer där den nationella domstolen beslutar att begära förhandsavgörande från EU-domstolen först efter det att en tvist och alla dess konsekvenser fullständigt har materialiserats vid den. En god rättskipning kan således i vissa fall kräva att ett förhandsavgörande begärs först efter det att den hänskjutande domstolen har hört båda parterna i en tvist. Emellertid är detta absolut inte i sig ett villkor som har ålagts av EU-domstolen.¹³

26. Enligt ett liknande tankesätt tror jag inte att EU-domstolen skulle ha invändningar mot nationella regler eller bestämmelser som kräver eller påbjuder en koncentrerings av förfarandet, särskilt vid appellationsdomstolar eller högsta domstolar, genom att parterna åläggs att anföra nya eller ytterligare argument före en viss tidpunkt eller ett visst skede i det rättsliga förfarandet. Det är emellertid riktigt att EU-domstolen tidigare i allmänhet har anfört kritik när en sådan tidsfrist eller koncentrerings av förfarandet har gjort det faktiskt omöjligt för nationella domstolar att hänskjuta frågor om nationella reglers förenlighet med unionsrätten.¹⁴

27. Logiken bakom EU-domstolens praxis på detta område handlar således om att säkerställa att nationella processrättsliga regler inte hindrar att frågor om unionsrätten ställs och att en begäran om förhandsavgörande kan framställas oavsett skede i det rättsliga förfarandet. Detta kan i praktiken leda till en ogiltigförklaring av begränsande nationella regler.¹⁵

28. I sammanhanget i förevarande mål förefaller det emellertid som om frågan avseende huruvida en eventuell skyldighet att begära förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF kan uppkomma "även då den aktuella frågan framställs [till den nationella domstolen] av en part i målet efter det att ansökan respektive svaromål har ingetts, eller efter det att saken har förberetts för avgörande för första gången" har ställts med ett annat resultat i tankarna. I förevarande mål förefaller det faktiskt inte finnas någon begränsande regel i den nationella lagstiftningen, utan parterna tillåts uppenbart (på nytt) inleda en diskussion vid den hänskjutande domstolen om aspekter som redan har varit föremål för en begäran om förhandsavgörande. Det vore emellertid minst sagt väldigt ovanligt om man skulle börja åberopa den "tillåtande" linje i rättspraxis som det erinras om ovan, i vilken det alltid kategoriskt har insisterats på att nationella domstolar har full frihet att ta upp *vilken som helst* fråga som rör unionsrätten i *vilket som helst* skede av det rättsliga förfarandet,

¹⁰ Se, exempelvis, dom av den 17 juli 2008, Coleman (C-303/06, EU:C:2008:415, punkt 29 och där angiven rättspraxis), och dom av den 22 december 2008, Les Vergers du Vieux Tauves (C-48/07, EU:C:2008:758, punkt 20 och där angiven rättspraxis).

¹¹ Se, exempelvis, dom av den 11 juni 1987, X (14/86, EU:C:1987:275, punkt 11).

¹² Se, exempelvis, dom av den 13 april 2000, Lehtonen och Castors Braine (C-176/96, EU:C:2000:201, punkt 19).

¹³ Se, för ett tidigt avgörande, dom av den 28 juni 1978, Simmenthal (70/77, EU:C:1978:139, punkterna 10 och 11). Se även, för en senare dom, exempelvis dom av den 1 februari 2017, Tolley (C-430/15, EU:C:2017:74, punkterna 32 och 33).

¹⁴ Se, exempelvis, dom av den 14 december 1995, Peterbroeck (C-312/93, EU:C:1995:437, punkterna 19 och 20). Se även, med särskilt avseende på en möjlig begränsning av möjligheten till överklagande eller överprövning, dom av den 4 juni 2002, Lyckeskog (C-99/00, EU:C:2002:329, punkterna 17 och 18).

¹⁵ Se även, mer allmänt, dom av den 5 oktober 2010, Elchinov (C-173/09, EU:C:2010:581, punkt 25), eller dom av den 15 januari 2013, Križan m.fl. (C-416/10, EU:C:2013:8, punkt 67).

för att plötsligt försöka uppnå motsatt resultat: att till följd av ett avgörande från EU-domstolen som har mottagits på nationell nivå sätta punkt för eventuella vidare diskussioner som tillåts enligt nationell rätt.

29. För det tredje skulle detta också rimma väldigt illa med EU-domstolens traditionella synsätt vad gäller den tredje av de aspekter som den hänskjutande domstolen har pekat ut: möjligheten att fråga på nytt. EU-domstolen har alltid insisterat på att nationella domstolar har frihet att vända sig till EU-domstolen om de finner det lämpligt, utan att den omständigheten att de bestämmelser vars tolkning har begärts redan har tolkats av EU-domstolen leder till att EU-domstolen hindras från att meddela ett nytt avgörande.¹⁶

30. Detta gäller också *inom* ett och samma nationella rättsliga förfarande. EU-domstolen har slagit fast att "[d]et kan vara berättigat att framställa en ny begäran om förhandsavgörande när den nationella domstolen stöter på svårigheter då det gäller förståelsen eller tillämpningen av domen, när begäran avser en ny rättsfråga till EU-domstolen eller när den nationella domstolen framlägger sådana nya omständigheter som kan medföra att EU-domstolen ändrar sitt svar på en fråga som redan ställts."¹⁷ Det är således alltid möjligt att framställa en ny begäran om förhandsavgörande om samma bestämmelser i unionsrätten, men också om eventuella andra bestämmelser eller frågeställningar inom samma rättsliga förfarande.

31. Av detta följer att det korta svaret på den första frågan är att en begäran om förhandsavgörande *kan* inges när som helst, oberoende av om EU-domstolen tidigare har meddelat ett förhandsavgörande inom ramen för samma rättsliga förfarande, så länge som den hänskjutande domstolen anser att EU-domstolens svar är nödvändigt för att den ska kunna avgöra målet. Detta beslut ska alltid fattas av den nationella domstolen med hänsyn till eventuella rimliga tvivel som den fortfarande kan ha om den korrekta tillämpningen av unionsrätten i det mål som är anhängigt vid den.

2. Det djupare lagret: Bör alla frågor verkligen hänskjutas för förhandsavgörande?

32. Det korta svaret är att den hänskjutande domstolen har exklusiv behörighet att (subjektivt) bedöma huruvida den behöver söka ytterligare vägledning från EU-domstolen. Är detta emellertid verkligen svaret? Eller är det i stället en beskrivning av problemet? Bör det faktiskt fortfarande föreligga en skyldighet att begära förhandsavgörande i en sådan situation som den förevarande?

33. Sedd i detta sammanhang når den hänskjutande domstolens första fråga ett annat, mycket djupare lager. Detta betonas ytterligare av den omständigheten att *alla de tre aspekter* som i det föregående avsnittet diskuteras som fristående frågor föreligger samtidigt i det nationella målet. Frågan blir således huruvida den hänskjutande domstolen fortfarande, trots alla dessa omständigheter, är skyldig att begära ett förhandsavgörande.

¹⁶ Se, exempelvis, dom av den 17 juli 2014, *Torresi* (C-58/13 och C-59/13, EU:C:2014:2088, punkt 32 och där angiven rättspraxis), dom av den 20 december 2017, *Schweppes* (C-291/16, EU:C:2017:990, punkt 26), och dom av den 6 november 2018, *Bauer och Willmeroth* (C-569/16 och C-570/16, EU:C:2018:871, punkt 21).

¹⁷ Se beslut av den 5 mars 1986, *Wünsche* (69/85, EU:C:1986:104, punkt 15), dom av den 11 juni 1987, *X* (14/86, EU:C:1987:275, punkt 12), dom av den 6 mars 2003, *Kaba* (C-466/00, EU:C:2003:127, punkt 39), och beslut av den 30 juni 2016, *Sokoll-Seebacher och Naderhirn* (C-634/15, EU:C:2016:510, punkt 19).

34. Jag tror inte att en sådan fråga kan besvaras ordentligt på det sätt som anges i det föregående avsnittet. Jag tror inte heller att den kan besvaras genom att hävda att förevarande mål endast avser huruvida ett tidigare avgörande från EU-domstolen har bindande verkan och ska respekteras. Det är visserligen riktigt att som det fastslogs redan i domen i målet *Da Costa*¹⁸ och senare bekräftades i domen i målet *Cilfit*¹⁹ kan grunden för skyldigheten att begära förhandsavgörande bortfalla genom verkan av den tolkning som EU-domstolen gjort med stöd av artikel 267 FEUF och skyldigheten på så sätt förlora sitt innehåll.²⁰ Detta gäller i än högre grad när den fråga som har uppkommit är praktiskt taget likalydande med en fråga som redan har varit föremål för ett förhandsavgörande i samma nationella mål.²¹

35. Den hänskjutande domstolen har emellertid tydligt angett att den har ställts inför ytterligare delvis nya aspekter i målet som inte tidigare har behandlats av EU-domstolen. Det handlar således inte om att ett tidigare avgörande av EU-domstolen inte har respekterats.

36. I ett sådant sammanhang är det omöjligt att konstatera att unionsrätten hindrar den italienska praxis enligt vilken parterna har möjlighet att yttra sig över ett svar som har erhållits från en högre domstol till följd av en begäran som framställts som en del av det rättsliga förfarandet i fråga. Vid förhandlingen angav den italienska regeringen att denna praxis tillämpas inte endast med avseende på svar som erhållits från EU-domstolen, utan också med avseende på svar som erhållits från den nationella författningsdomstolen till följd av en fråga om grundlagsenligheten som ställts av en nationell domstol. Under sådana omständigheter får parterna i det nationella målet yttra sig över vilka konsekvenser som ska dras i målet med hänsyn till den vägledning som har erhållits från en högre domstol.

37. Sammanfattningsvis hävdar jag att, förutom om domstolen vill upprepa det uppenbara utan att gå in på det djupare lagret i detta mål eller ganska radikalt ser över vissa av de aspekter som just har beskrivits, är en diskussion om arten och omfattningen av skyldigheten att begära förhandsavgörande motiverad i sammanhanget i förevarande mål. Deltagarna i förfarandet har framfört olika synsätt på detta.

38. Klagandena och motparten i det nationella målet har i sina yttranden huvudsakligen fokuserat på den andra och den tredje frågan. Vad gäller den första frågan har klagandena gjort gällande att en begäran om förhandsavgörande är överflödigt när det finns fast rättspraxis, utom om de relevanta prejudikaten är föråldrade eller om nya argument har anförts vid den hänskjutande domstolen, såsom är fallet i det nationella målet. Motparten anser att den hänskjutande domstolen inte borde ha hänskjutit nya frågor, eftersom tolkningen av de unionsrättsliga reglerna i fråga är tydlig och EU-domstolens praxis redan innehåller ett svar.

39. Den tyska, den franska och den italienska regeringen samt kommissionen har alla behandlat den första frågan mer ingående och har framfört en rad olika synsätt. Den tyska regeringen och kommissionen anser att det inte finns något skäl att se över domen i målet *Cilfit* på något sätt. Den tyska regeringen har betonat att kriterierna i domen i målet *Cilfit* har motstått tidens tand och bör upprätthållas.

¹⁸ Dom av den 27 mars 1963, *Da Costa* m.fl. (28/62 to 30/62, EU:C:1963:6).

¹⁹ Dom av den 6 oktober 1982, *Cilfit* m.fl. (283/81, EU:C:1982:335, punkterna 13 och 14).

²⁰ Vilket, såsom det tydliggjorts först senare, underförstått innebär att den nationella domstolen är bunden av den tolkning som EU-domstolen redan har gjort – se, för en senare dom, exempelvis dom av den 5 oktober 2010, *Elchinov* (C-173/09, EU:C:2010:581, punkterna 29 och 30), eller dom av den 5 juli 2016, *Ognyanov* (C-614/14, EU:C:2016:514, punkt 33).

²¹ Se, exempelvis, dom av den 4 november 1997, *Parfums Christian Dior* (C-337/95, EU:C:1997:517, punkt 29).

40. Den italienska regeringen har efterlyst en bättre avvägning mellan skyldigheten att begära förhandsavgörande och en god rättskipning. Den italienska regeringen anser att domstolar i sista instans kan anses åsidosätta artikel 267 tredje stycket FEUF endast om de underlåter att ta i beaktande frågor om unionsrätten som parterna har tagit upp eller förklarar dem ogrundade utan att ge någon motivering. Den italienska regeringen anser att motiveringen är avgörande. Motiveringen kan till och med mildra det ansvar som uppkommer för medlemsstaterna till följd av att deras domstolar i sista instans underlåtit att begära förhandsavgörande.

41. Den franska regeringen har hävdatt att kriterierna i domen i målet Cilfit bör (om)tolkas mot bakgrund av det övergripande syftet med artikel 267 FEUF och mot bakgrund av det nuvarande läget i unionsrätten, för att beakta de strukturella ändringar som har skett. Skyldigheten att begära förhandsavgörande bör fokusera på viktiga tolkningsfrågor och frågor som kan ge upphov till olika tolkningar i unionen och inte nödvändigtvis på enskilda mål i medlemsstaterna. Frågor som rör tillämpningen av unionsrätten bör inte utlösa skyldigheten att begära förhandsavgörande. Denna skyldighet bör upprätthållas endast avseende allmänna frågor eller frågor som även om de är mer kasuistiska kräver att EU-domstolen fastställer en allmän bedömningsram eller kriterierna för det rättsliga resonemanget. Även om domstolar i sista instans fortfarande får besluta att hänskjuta andra typer av frågor bör de nationella domstolarna beakta kravet på god rättskipning och kravet på att meddela avgöranden inom rimlig tid, särskilt när EU-domstolen har meddelat ett första förhandsavgörande inom ramen för samma förfarande.

B. Domen i målet Cilfit (och dess efterföljare)

42. Enligt artikel 267 tredje stycket FEUF är en domstol i en medlemsstat, mot vars avgörande det inte finns något rättsmedel enligt nationell lagstiftning, skyldig att hänskjuta frågor om unionsrättens tolkning eller giltighet till EU-domstolen.

43. Enligt lydelsen i fördraget föreligger således en tydlig skyldighet för domstolar i sista instans²² att hänskjuta de frågor som avses i första stycket i samma artikel till EU-domstolen. Såsom är fallet med ett antal primärrättsliga bestämmelser har resten emellertid helt enkelt konstruerats i rättspraxis.

44. Enligt lydelsen i fördraget görs det för det första ingen åtskillnad mellan tolkningsfrågor och giltighetsfrågor med avseende på omfattningen av skyldigheten att begära förhandsavgörande. När det gäller frågor som avser *giltigheten* har domstolen emellertid konstaterat att *alla* nationella domstolar, det vill säga inte endast domstolar i sista instans, har en oreserverad skyldighet att hänskjuta sådana frågor till EU-domstolen. Nationella domstolar har inte själva behörighet att avgöra huruvida rättsakter som har antagits av unionens institutioner är giltiga.²³ Kravet på enhetlighet är särskilt viktigt när det rör sig om en unionsrättsakts giltighet. Skilda uppfattningar

²² I återstoden av detta förslag använder jag detta välbekanta begrepp som förkortning för "en domstol i en medlemsstat, mot vars avgöranden det inte finns något rättsmedel enligt nationell lagstiftning". Se vidare, beträffande identifieringen av sådana domstolar i samband med olika *specifika* förfaranden, exempelvis dom av den 4 juni 2002, Lyckeskog (C-99/00, EU:C:2002:329, punkt 16), dom av den 16 december 2008, Cartesio (C-210/06, EU:C:2008:723, punkterna 76–78), dom av den 15 januari 2013, Krizan m.fl. (C-416/10, EU:C:2013:8, punkt 72), och dom av den 21 december 2016, Biuro podróży "Partner" (C-119/15, EU:C:2016:987, punkterna 52 och 53).

²³ Se, dom av den 22 oktober 1987, Foto-Frost (314/85, EU:C:1987:452, punkt 20), dom av den 6 december 2005, Gaston Schul Douane-expéditeur (C-461/03, EU:C:2005:742, punkt 17), och dom av den 21 december 2011, Air Transport Association of America m.fl. (C-366/10, EU:C:2011:864, punkt 47).

mellan medlemsstaternas domstolar i fråga om giltigheten av en unionsrättsakt skulle kunna äventyra den nödvändiga enhetligheten i unionens rättsordning som sådan och innebära ett åsidosättande av grundläggande rättssäkerhetskrav.²⁴

45. Sådana överväganden placerar frågor som rör unionsrättsakters giltighet på ett annat och separat spår. Särskilt ska påpekas att eftersom skälet till att det föreligger en kategorisk skyldighet för alla nationella domstolar att hänskjuta varje giltighetsfråga till EU-domstolen skiljer sig från skälen till att det föreligger en skyldighet att hänskjuta tolkningsfrågor, gäller detsamma även undantagen från dessa skyldigheter. Undantagen i domen i målet Cilfit är *inte tillämpliga* på skyldigheten att hänskjuta en fråga om *giltigheten*.²⁵

46. Redan här ska det betonas att diskussionen nedan uteslutande rör begäranden om förhandsavgörande om tolkningen av unionsrätten.

47. För det andra måste det medges att enligt lydelsen i artikel 267 tredje stycket FEUF fastställs däri *utan några undantag* en kategorisk skyldighet för nationella domstolar i sista instans att begära förhandsavgörande: "[n]är en sådan fråga *uppkommer ... ska* den nationella domstolen föra frågan vidare till domstolen". Undantagen avseende *tolkningsfrågor* har de facto införts genom domstolens praxis till följd av domen i målet Cilfit.

48. Jag påpekar absolut inte detta för att antyda att sådana undantag skulle vara felaktiga eller olagliga. Tvärtom, de är faktiskt nödvändiga. Skälet till att jag vill understryka detta innan jag inleder min diskussion nedan är för att betona den omständigheten att när det gäller arten och omfattningen av skyldigheten att begära förhandsavgörande eller undantagen från denna skyldighet är argumentet att "det kan inte ändras, eftersom det står så i fördraget" ganska underligt. När det gäller den exakta omfattningen av skyldigheten att begära förhandsavgörande är lydelsen i artikel 267 FEUF anmärkningsvärt öppen. När det gäller undantagen från denna skyldighet är fördraget fullständigt tyst. För att uttrycka det mer exakt: om man vill vara fullständigt texttrogen, skulle det till och med kunna hävdas att lydelsen i artikel 267 FEUF hindrar varje undantag från skyldigheten att begära förhandsavgörande.

1. Skälen till skyldigheten att begära förhandsavgörande

49. Allmänt taget har "[g]enom det system som införts genom artikel 267 FEUF ... ett direkt samarbete inrättats mellan domstolen och de nationella domstolarna, inom ramen för vilket de nationella domstolarna är nära delaktiga i att unionsrätten ges en *korrekt tillämpning* och *enhetlig tolkning* samt i att enskildas rättigheter enligt denna rättsordning skyddas".²⁶

50. Fördraget kräver emellertid mer av de nationella domstolar i sista instans som omfattas av artikel 267 tredje stycket FEUF än det kräver av andra domstolar enligt artikel 267 andra stycket FEUF. Därför måste det finnas några ytterligare, strukturella skäl till att domstolar i sista instans, utöver den *möjlighet* att begära förhandsavgörande som är öppen för alla nationella domstolar, har en *skyldighet* att göra detta.

²⁴ Se, exempelvis, dom av den 22 oktober 1987, Foto-Frost (314/85, EU:C:1987:452, punkt 15), dom av den 6 december 2005, Gaston Schul Douane-expediteur (C-461/03, EU:C:2005:742, punkt 21), och dom av den 28 mars 2017, Rosneft (C-72/15, EU:C:2017:236, punkterna 78–80).

²⁵ Se dom av den 6 december 2005, Gaston Schul Douane-expediteur (C-461/03, EU:C:2005:742, punkterna 20 och 25).

²⁶ Yttrande 1/09 (Avtal om inrättande av ett enhetligt system för patenttvister) av den 8 mars 2011 (EU:C:2011:123, punkt 84). Min kursivering.

51. Det strukturella skälet till den skyldighet som åligger domstolar i sista instans fastställdes tidigt i domen i målet Hoffmann-Laroche: ”att förhindra att det i någon medlemsstat uppstår en inhemsk rättspraxis som inte står i överensstämmelse med de unionsrättsliga bestämmelserna”.²⁷ Det särskilda syftet med artikel 267 tredje stycket FEUF är med andra ord att ”hindra att det inom [unionen] uppkommer skillnader i rättspraxis i [unions]rättsliga frågor”.²⁸ Att denna skyldighet är begränsad till domstolar i sista instans motiveras särskilt av den omständigheten att ”en domstol som dömer i sista instans per definition är den sista domstolsinstansen där enskilda kan göra gällande sina rättigheter enligt unionsrätten. Domstolar som dömer i sista instans är skyldiga att säkerställa att rättsreglerna tolkas enhetligt på nationell nivå”.²⁹

52. Utöver viljan att bistå de nationella domstolarna för en korrekt tolkning eller tillämpning av unionsrätten i enskilda mål, vilket förefaller att vara den övergripande logiken bakom artikel 267 FEUF, har logiken bakom skyldigheten att begära förhandsavgörande angetts i systematiska, strukturella termer: att förhindra skillnader i unionens rättspraxis. Ganska logiskt eftersträvas det målet således bäst på nivån för dessa nationella domstolar som tenderar att vara anförtrödda uppgiften att säkerställa enhetlighet på nationell nivå.

53. Det ska emellertid erkännas att EU-domstolen i sina konstateranden (och sin tillämpningspraxis) under åren inte alltid har angett skälet till skyldigheten att begära förhandsavgörande i så konsekventa ordalag. Ibland har den använt begreppet enhetlig tolkning och tillämpning av unionsrätten,³⁰ ibland begreppet korrekt tillämpning och enhetlig tolkning³¹ och ibland endast enhetlig tillämpning.³²

54. Ibland kan dessa ändringar av ordvalet faktiskt endast vara oavsiktliga. Vid andra tillfällen indikerar de emellertid en djupare diskrepans. De antyder en fortsatt spänning när det gäller hur annorlunda den *skyldighet* som anges i artikel 267 tredje stycket FEUF ska tolkas jämfört med den *möjlighet* som anges i andra stycket.

55. Den *möjlighet* som anges i andra stycket, liksom det övergripande syftet med förfarandet för förhandsavgörande, är utan tvekan att bistå de nationella domstolarna vid avgörandet av *enskilda mål* som involverar unionsrättsliga aspekter. Detta individuella eller målinriktade ”mikrosyfte” tjänar förvisso på lång sikt det mer systematiska ”makrosyftet” med förfarandet för förhandsavgörande. Det bygger gradvis upp ett system med prejudikat (eller på EU-domstolens språk, fast rättspraxis) som underlättar en enhetlig tillämpning av unionsrätten inom Europeiska unionen.

²⁷ Dom av den 24 maj 1977, Hoffmann-Laroche (107/76, EU:C:1977:89, punkt 5), därefter upprepat i ett antal andra domar, såsom dom av den 2 april 2009, Pedro IV Servicios (C-260/07, EU:C:2009:215, punkt 32 och där angiven rättspraxis), dom av den 15 mars 2017, Aquino (C-3/16, EU:C:2017:209, punkt 33 och där angiven rättspraxis), och dom av den 4 oktober 2018, kommissionen mot Frankrike (Förskottsskatt) (C-416/17, EU:C:2018:811, punkt 109).

²⁸ Dom av den 24 maj 1977, Hoffmann-Laroche (107/76, EU:C:1977:89, punkt 7).

²⁹ Se, exempelvis, dom av den 15 mars 2017, Aquino (C-3/16, EU:C:2017:209, punkt 34).

³⁰ Se, exempelvis, dom av den 24 maj 1977, Hoffmann-Laroche (107/76, EU:C:1977:89, punkt 5), eller Europeiska unionens domstol, Rekommendationer till nationella domstolar om begäran om förhandsavgörande (EUT C 380, 2019, s. 1, punkt 1).

³¹ Se, exempelvis, dom av den 6 oktober 1982, Cilfit m.fl. (283/81, EU:C:1982:335, punkt 7), och yttrande 1/09 (Avtal om inrättande av ett enhetligt system för patenttvister) av den 8 mars 2011 (EU:C:2011:123, punkt 84).

³² Se, exempelvis, dom av den 21 december 2011, Air Transport Association of America m.fl. (C-366/10, EU:C:2011:864, punkt 47), och dom av den 28 mars 2017, Rosneft (C-72/15, EU:C:2017:236, punkt 80).

56. Kan *skyldigheten* att begära förhandsavgörande emellertid helt enkelt ses som en utvidgning av *möjligheten* att begära förhandsavgörande, i ett försök att identifiera situationer där något som grundar sig på möjligheten att begära förhandsavgörande plötsligt blir en strukturell skyldighet när en enskild nationell domstol som kanske har ”subjektiva tvivel” plötsligt finner sig vara i ”objektivt behov” av bistånd från EU-domstolen?

2. Undantagen från skyldigheten

57. Domen i målet Cilfit avsåg en tvist mellan importörer av ull och det italienska hälsovårdsministeriet rörande betalningen av en avgift för sundhetskontroll av ull som importerades från länder utanför (den dåvarande) gemenskapen. Importörerna hänvisade till en bestämmelse i en förordning som förbjöd medlemsstaterna att ta ut avgifter med verkan motsvarande en tull på vissa importerade animaliska produkter. Hälsoministeriet hävdade att ullen i fråga inte omfattades av fördraget och således inte av nämnda förordning.

58. Mot denna bakgrund hänsköt Corte Suprema di Cassazione (Högsta domstolen, Italien) en fråga om tolkningen av tredje stycket i dåvarande artikel 177 i EEG-fördraget (nu artikel 267 FEUF) för att få klarhet i huruvida skyldigheten att begära förhandsavgörande är automatisk eller villkorad av ett föregående konstaterande av att det finns rimliga tvivel rörande tolkningen. Enligt hälsoministeriet var tolkningen av förordningen så uppenbar att det inte förelåg något tvivel om tolkningen och det var därför inte nödvändigt att begära ett förhandsavgörande från EG-domstolen. De berörda importörerna gjorde gällande att eftersom en fråga om tolkningen av en förordning hade uppkommit vid en högre domstol, mot vars avgöranden det inte fanns något rättsmedel enligt nationell lagstiftning, kunde den domstolen inte undandra sig skyldigheten att föra frågan vidare till EG-domstolen.

59. I sin dom erinrade EG-domstolen först om syftet med skyldigheten att föra en fråga vidare till den, nämligen att ”säkerställa att gemenskapsrätten tillämpas korrekt och tolkas enhetligt i alla medlemsstater ... Avsikten med artikel 177 tredje stycket är i synnerhet att hindra att det inom gemenskapen uppkommer skillnader i rättspraxis i gemenskapsrättsliga frågor. Räckvidden av denna skyldighet skall därför bedömas med ledning av dessa syften ...”³³

60. Därefter konstaterade domstolen *med ledning av dessa syften* att skyldigheten att begära förhandsavgörande inte är absolut. Den angav tre undantag från denna skyldighet som åligger domstolar i sista instans.

61. För det första är domstolar i sista instans inte skyldiga att hänskjuta en tolkningsfråga ”om den frågan *inte är relevant*, dvs. om svaret på frågan inte under några omständigheter kan inverka på utgången av målet”.³⁴

62. Jag instämmer i att det är fullständigt möjligt att diskutera huruvida detta faktiskt utgör ett undantag från en skyldighet eller snarare utgör en bekräftelse på att det inte föreligger någon skyldighet. Om det inte finns någon (relevant) unionsrättslig fråga, vad bör eller kan det då ens frågas om? När den fråga som ställs helt saknar relevans för utgången av det nationella målet, föreligger inte en skyldighet att fråga och en sådan fråga kan dessutom helt enkelt inte tas upp till prövning.³⁵

³³ Dom av den 6 oktober 1982, Cilfit m.fl. (283/81, EU:C:1982:335, punkt 7).

³⁴ Ibidem, punkt 10. Min kursivering.

³⁵ För en senare dom, se dom av den 26 mars 2020, Miasto Łowicz och Prokurator Generalny (C-558/18 och C-563/18, EU:C:2020:234).

63. Emellertid anser jag att det första "undantaget" egentligen måste ses i sitt tidsmässiga sammanhang. Detta var första gången som domstolen konstaterade att oaktat ordalydelsen i artikel 267 tredje stycket FEUF var villkoret i andra stycket också tillämpligt. Genom att bygga en bro mellan dessa båda stycken i artikel 267 FEUF blev emellertid, vilket kanske är viktigare, det första undantaget strukturellt knutet till det enskilda målet och mikrosyftet med en begäran om förhandsavgörande: att bistå nationella domstolar (i första och sista instans) vid avgörandet av ett särskilt mål som är anhängigt vid dem när en unionsrättslig fråga uppkommer.

64. För det andra föreligger det inte en skyldighet att begära förhandsavgörande när "den fråga som uppkommit är praktiskt taget likalydande med en fråga som redan har varit föremål för ett förhandsavgörande i ett liknande fall"³⁶ eller i situationer där "det redan föreligger en rättspraxis hos EG-domstolen varigenom den ifrågavarande rättsfrågan har avgjorts, oavsett karaktären hos de förfaranden som lett fram till denna rättspraxis och även om de tvistiga frågorna inte är helt identiska".³⁷

65. Detta andra undantag, som vanligen beskrivs som "acte éclairé" (vilket begrepp även används på andra språk), omfattar situationer där domstolen redan har fastställt ett prejudikat. Detta undantag uppkom i förlängningen av tillämpningsområdet för domen i målet *Da Costa*, där domstolen hade konstaterat att "grunden för denna skyldighet [kan] bortfalla genom verkan av den tolkning som EU-domstolen gjort ... och skyldigheten [att begära förhandsavgörande] på så sätt förlora sitt innehåll".³⁸

66. För det tredje konstaterade domstolen att slutligen "kan den korrekta tillämpningen av [unions]rätten vara så uppenbar att det inte finns utrymme för något rimligt tvivel om hur frågan skall avgöras"³⁹ och att det då inte föreligger en skyldighet att begära förhandsavgörande. Detta är (enlig mitt förmenande) hur det mest välkända undantaget uppkom – undantaget avseende "inget rimligt tvivel" eller, som det också kallas, undantaget avseende "acte clair".

67. Vidare räknade domstolen upp flera krav som en nationell domstol måste vara övertygad om att de är uppfyllda för att dra slutsatsen att det inte finns något utrymme för rimligt tvivel om hur den unionsrättsliga bestämmelsen i fråga ska tolkas. Det kan vara öppet för diskussion huruvida kravet att den nationella domstolen måste vara "övertygad om att saken är lika uppenbar för domstolarna i de övriga medlemsstaterna och för EG-domstolen"⁴⁰ är ett av dessa specifika krav, eller huruvida det är ett allmänt kriterium som ger ytterligare vägledning i fråga om i vilken typ av situation det inte föreligger något rimligt tvivel.

68. Om det antas att detta är ett "allmänt" kriterium, räknade domstolen emellertid även upp ytterligare karakteristiska särdrag hos gemenskapsrätten, som den nationella domstolen bör ha i åtanke innan den drar en sådan slutsats. Dessa särdrag är bland annat att i) "[e]n tolkning av en gemenskapsrättslig bestämmelse kräver ... en jämförelse av de olika språkversionerna",⁴¹ ii) "de rättsliga begreppen inte nödvändigtvis har samma innehåll i gemenskapsrätten och i de olika nationella rättsordningarna"⁴² och iii) "varje gemenskapsrättslig bestämmelse [måste] sättas in i

³⁶ Dom av den 6 oktober 1982, *Cilfit* m.fl. (283/81, EU:C:1982:335, punkt 13).

³⁷ *Ibidem*, punkt 14.

³⁸ Dom av den 27 mars 1963, *Da Costa* m.fl. (28/62 till 30/62, EU:C:1963:6, s. 38).

³⁹ Dom av den 6 oktober 1982, *Cilfit* m.fl. (283/81, EU:C:1982:335, punkt 16).

⁴⁰ *Ibidem*, punkt 16.

⁴¹ *Ibidem*, punkt 18.

⁴² *Ibidem*, punkt 19.

sitt sammanhang och tolkas mot bakgrund av gemenskapsrätten som helhet, med hänsyn tagen till gemenskapsrättens syften och dess utvecklingsstadium vid den tidpunkt då den ifrågavarande bestämmelsen skall tillämpas”.⁴³

3. (*Domstolens*) efterföljande tillämpningspraxis

69. Det har under åren inte varit någon brist på bidrag från akademiker⁴⁴ eller till och med domstolar⁴⁵ i vilka det har diskuterats huruvida undantagen i domen i målet Cilfit och särskilt påpekandena med avseende på acte clair verkligen ska läsas som krav, varigenom en checklista har upprättats för nationella domstolar i sista instans, eller huruvida de mer ska ses som ett ”övergripande vägledande system” eller en ”verktygslåda”⁴⁶ och inte ska tas ordagrant.

70. Det som härvid är av betydelse är domstolens egen efterföljande praxis. Vad gäller denna praxis finns det två saker som särskilt bör påpekas. För det första har domstolen aldrig uttryckligen sett över eller nyanserat domen i målet Cilfit, trots att ett antal generaladvokater upprepade gånger har anmodat den att göra detta. Vad för det andra gäller de mål där kriterierna i domen i målet Cilfit faktiskt har tillämpats kan det sägas att domstolens tillämpningspraxis har varit tämligen varierande, särskilt under det senaste årtiondet.

71. I målet Intermodal Transports,⁴⁷ för det första, ville den hänskjutande domstolen få klarhet i huruvida den var skyldig att hänskjuta frågor om tolkningen av Kombinerade nomenklaturen (KN) under omständigheter där en part i en tvist rörande av en viss varas klassificering enligt KN hade åberopat en bedömning som en tullmyndighet hade gjort i ett bindande klassificeringsbesked (BKB) som hade utfärdats till tredjeman beträffande en liknande vara, när den hänskjutande domstolen ansåg att detta BKB inte var förenligt med KN. Enkelt uttryckt: Måste en domstol anse att rimligt tvivel föreligger under omständigheter där den gör en annan tolkning av lagbestämmelser än en myndighet i en annan medlemsstat?

72. EU-domstolen slog fast att det tredje undantaget i domen i målet Cilfit (acte clair) ändå kunde vara uppfyllt, trots att en myndighet i en annan medlemsstat hade tolkat unionsrätten på ett annat sätt. Domstolen ansåg att om tullmyndigheterna i en annan medlemsstat hade utfärdat ett klassificeringsbesked som föreföll strida mot den hänskjutande domstolens tolkning av KN avseende en liknande vara, ”måste nämnda domstol naturligtvis vara särskilt noggrann vid sin bedömning av huruvida det inte finns utrymme för något rimligt tvivel i fråga om den korrekta tillämpningen av KN”.⁴⁸ Förekomsten av ett sådant bindande klassificeringsbesked kunde

⁴³ Ibidem, punkt 20.

⁴⁴ För att endast nämna ett fåtal, se bland annat Rasmussen, H., ”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, Bebr, G., ”The Preliminary Proceedings or Article 177 EEC – Problems and Suggestions for Improvement”, i Schermers, HG, et al. (eds.), *Article 177 EEC: Experience and Problems*. North-Holland, Amsterdam, 1987, s. 355, Vaughan, D., ”The Advocate’s View”, i Andenas, M., *Article 177 References to the European Court – Policy and Practice*. Butterworths, London, 1994, s. 61, Broberg, M., ”Acte clair revisited: Adapting the acte clair criteria to the demands of time” (2008) 45 *CMLR*, s. 1383, Broberg, M., och Fenger, N., *Preliminary References to the European Court of Justice*, andra utgåvan., Oxford University Press, Oxford, 2014, s. 240–246.

⁴⁵ Se, exempelvis, yttranden från nationella domstolar i Schermers, HG, et al. (eds.), *Article 177 EEC: Experience and Problems*, North-Holland, Amsterdam, 1987, s. 53–134, den allmänna rapporten till det 18:e mötet i sammanslutningen av de högsta förvaltningsdomstolarna i Europeiska unionen, vilket hölls i Helsingfors den 20 och 21 maj 2002 om ämnet ”The Preliminary Reference to the Court of Justice of the European Communities”, s. 28 och 29. Se även Wattel, P. J., ”Köbler, Cilfit and Welthgrove: We can’t go on meeting like this”, *CMLR* 41, 2004, s. 177.

⁴⁶ För att låna det uttryck som generaladvokaten Wahl nyligen använde i sitt förslag till avgörande i de förenade målen X och van Dijk (C-72/14 och C-197/14, EU:C:2015:319, punkt 67).

⁴⁷ Dom av den 15 september 2005, Intermodal Transports (C-495/03, EU:C:2005:552).

⁴⁸ Ibidem, punkt 34.

emellertid inte i sig hindra den hänskjutande domstolen från att konstatera att den korrekta tillämpningen av ett tulltaxenummer i KN var så uppenbar att det inte fanns något utrymme för rimligt tvivel.⁴⁹

73. I domen i målen X och van Dijk,⁵⁰ för det andra, hade den hänskjutande domstolen (Hoge Raad der Nederlanden (Högsta domstolen, Nederländerna)) frågat huruvida den, trots den omständigheten att en domstol i lägre instans i Nederländerna hade begärt ett förhandsavgörande rörande samma frågeställning, ändå lagenligt kunde avgöra en tvist utan att begära förhandsavgörande från EU-domstolen och utan att invänta svaren på de frågor som domstolen i lägre instans hade ställt.

74. EU-domstolen konstaterade att den omständigheten att en domstol i lägre instans i en medlemsstat är tveksam till tolkningen av unionsbestämmelser inte utesluter att en domstol i sista instans i samma stat anser att bestämmelserna utgör *acte clair*. Först betonade den att "det ankommer på de nationella domstolar, mot vars avgöranden det inte finns något rättsmedel enligt nationell lagstiftning, att ensamma och på eget ansvar göra en oberoende bedömning av huruvida det är fråga om en *acte clair*".⁵¹ Den konstaterade vidare att "[d]et förhållandet att en domstol i lägre instans har framställt en begäran om förhandsavgörande angående samma frågeställning som den som uppkommit i målet vid den högsta nationella domstolen innebär *inte i sig* att villkoren i [domen i målet Cilfit] inte längre kan vara uppfyllda. Den sistnämnda domstolen kan således besluta att avstå från att begära ett förhandsavgörande och avgöra målet vid den domstolen på eget ansvar. Ett sådant förhållande medför därför *inte heller* att den högsta nationella domstolen är skyldig att invänta domstolens svar på den lägre instansens fråga."⁵²

75. I målet Ferreira Da Silva e Brito,⁵³ för det tredje, hade kärandena i en talan om civilrättsligt utomobligatoriskt skadeståndsansvar mot den portugisiska staten invänt mot den tolkning av "överlåtelse av en verksamhet" i den mening som avses i direktiv 2001/23/EG⁵⁴ som hade gjorts av Supremo Tribunal de Justiça (Högsta domstolen, Portugal). Enligt kärandena borde Supremo Tribunal de Justiça (Högsta domstolen) ha fullgjort sin skyldighet att begära förhandsavgörande och borde ha ställt en fråga om nämnda tolkning till EU-domstolen. Den hänskjutande domstolen, som var en domstol i lägre instans, ville få klarhet i huruvida artikel 267 FEUF ska tolkas så, att Supremo Tribunal de Justiça (Högsta domstolen), mot bakgrund av den omständigheten att de lägre nationella domstolsinstanserna som prövat målet hade meddelat motstridiga avgöranden, var skyldig att begära ett förhandsavgörande från EU-domstolen om tolkningen av begreppet "överlåtelse av en verksamhet" i den mening som avses i direktiv 2001/23.

76. Domstolen konstaterade att "[e]ndast den omständigheten att det finns motstridiga avgöranden som meddelats av andra nationella domstolar är i detta hänseende *inte* en avgörande omständighet som medför att den skyldighet som stadgas i artikel 267 tredje stycket FEUF aktualiseras. Den domstol som dömer i sista instans kan nämligen utan hinder av att de lägre domstolsinstanserna tolkat en unionsbestämmelse på ett visst sätt, finna att den tolkning som den domstolen avser att ge bestämmelsen – vilken skiljer sig från den som de lägre

⁴⁹ Ibidem, punkt 35.

⁵⁰ Dom av den 9 september 2015, X och van Dijk (C-72/14 och C-197/14, EU:C:2015:564).

⁵¹ Ibidem, punkt 59.

⁵² Ibidem, punkt 61. Min kursivering.

⁵³ Dom av den 9 september 2015, Ferreira da Silva e Brito m.fl. (C-160/14, EU:C:2015:565).

⁵⁴ Rådets direktiv 2001/23/EG av den 12 mars 2001 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagares rättigheter vid överlåtelse av företag, verksamheter eller delar av företag eller verksamheter (EGT L 82, 2001, s. 16).

domstolsinstanserna kommit fram till – utan rimligt tvivel är den påbudna tolkningen.”⁵⁵ Till skillnad från i domen i målen X och van Dijk ansåg domstolen emellertid att en nationell domstol, mot vars avgöranden det inte finns något rättsmedel enligt nationell lagstiftning – under omständigheterna i det målet, vilka kännetecknades av såväl motstridiga riktningar i nationell rättspraxis som av återkommande svårigheterna med tolkningen av detta begrepp i de olika medlemsstaterna – måste begära ett förhandsavgörande från EU-domstolen för att förhindra att unionsrätten tolkas felaktigt.⁵⁶

77. I domen i målet Association France Nature Environnement,⁵⁷ för det fjärde, uteslöt domstolen, även om den inte uttryckligen tog upp frågeställningen om rimligt tvivel, att undantagen i domen i målet Cilfit var tillämpliga (avseende acte clair såväl som acte éclairé). I det särskilda sammanhanget att en domstol i sista instans avsåg att nyttja möjligheten att undantagsvis förordna att vissa verkningar av en nationell rättsakt som strider mot unionsrätten ska bestå, antog domstolen ett strikt synsätt på skyldigheten att begära förhandsavgörande.

78. Domstolen erinrade först om kriteriet för att acte clair ska anses föreligga⁵⁸ och påpekade att ”[v]ad gäller ett sådant mål som det nu aktuella ska den nationella domstol mot vars avgöranden det inte längre finns något rättsmedel begära ett förhandsavgörande från domstolen när den hyser *minsta tvivel* om den korrekta tolkningen eller tillämpningen av unionsrätten, eftersom frågan om möjligheten för en nationell domstol att begränsa vissa verkningar i tiden av en ogiltigförklaring av en nationell bestämmelse som har antagits i strid med kraven i [ett direktiv] inte har prövats av domstolen sedan [den första] domen,⁵⁹ och eftersom en sådan möjlighet tillämpas *undantagsvis*, ...”⁶⁰ ”Eftersom nyttjandet av denna möjlighet, som ska tillämpas undantagsvis, kan skada iakttagandet av principen om unionsrättens företräde, kan nämnda nationella domstol undantas från skyldigheten att begära ett förhandsavgörande endast om den är övertygad om att nyttjandet av denna möjlighet, som ska tillämpas undantagsvis, inte ger upphov till något rimligt tvivel. Frånvaron av ett sådant tvivel ska dessutom redogöras för på ett detaljerat sätt.”⁶¹

79. När ovannämnda rättspraxis betraktas tillsammans finns det åtminstone tre saker som bör påpekas.

80. Det bör för det första påpekas att även om det i samtliga ovannämnda domar hänvisas till domen i målet Cilfit och i vissa av dem till och med till de undantag som har fastställts i den domen, tillämpades kriterierna i domen i målet Cilfit egentligen inte i någon av dem. Det skulle kunna påstås att dessa kriterier utgör faktiska omständigheter som ska tillämpas av nationella domstolar. Ett sådant påstående är emellertid inte fullständigt korrekt, eftersom det i dessa mål faktiskt var EU-domstolen själv som gjorde bedömningen av huruvida undantagen i domen i målet Cilfit, oftast undantaget avseende acte clair, med giltighet kunde ha tillämpats av den hänskjutande domstolen under omständigheterna i fråga. Även om EU-domstolen helt klart gör denna typ av bedömning, verkar den dock inte tillämpa sina egna kriterier.

⁵⁵ Dom av den 9 september 2015, Ferrerira da Silva e Brito m.fl. (C-160/14, EU:C:2015:565, punkterna 41 och 42). Min kursivering.

⁵⁶ Ibidem, punkt 44 i domen.

⁵⁷ Dom av den 28 juli 2016, Association France Nature Environnement (C-379/15, EU:C:2016:603).

⁵⁸ Ibidem, punkt 48.

⁵⁹ Dom av den 28 februari 2012, Inter-Environnement Wallonie och Terre wallonne (C-41/11, EU:C:2012:103).

⁶⁰ Dom av den 28 juli 2016, Association France Nature Environment (C-379/15, EU:C:2016:603, punkt 51). Min kursivering.

⁶¹ Ibidem, punkt 52. Min kursivering.

81. Den rättspraxis som anges ovan demonstrerar, för det andra, mycket väl den svårighet som uppstår i tillämpningspraxisen till följd av den konceptuella oklarheten i den subjektiva/objektiva bedömningen av huruvida rimligt tvivel föreligger. Är tvivlen rent subjektiva, det vill säga tvivel som har uppkommit hos den nationella domstolen? Eller är tvivlen subjektiva endast så länge de inte har vederlagts av stark objektiv indiciebevisning? Eller borde den nationella domstolen faktiskt subjektivt ha förstått att objektiva tvivel förelåg? I domarna i de båda förstnämnda målen, *Intermodal Transports* samt *X och van Dijk*, lutade domstolen snarast åt den subjektiva och således respekttagande sidan (det är sist och slutligen den nationella domstolen som vet bäst). I de båda andra målen, *Ferreira Da Silva e Brito* och *Association France Nature Environnement*, lutade den däremot kraftigt åt den objektiva sidan (mot bakgrund av de objektiva omständigheterna borde den nationella domstolen ha vetat bättre).

82. En sådan variation i tillämpningen av kriterierna ger naturligtvis, för det tredje, tämligen olika resultat. Omständigheterna i varje enskilt mål är naturligtvis olika. När det gäller det övergripande tillvägagångssättet framgår det emellertid inte omedelbart hur exempelvis domen i målen *X och van Dijk* är förenlig med domen i målet *Ferreira Da Silva e Brito*. Man skulle tro att rimliga tvivel sannolikt föreligger (och att det således inte rör sig om *acte clair*) om det föreligger objektiva motstridiga synsätt på tolkningen av samma bestämmelser. Det är riktigt att domen i målet *Intermodal Transports* kan särskiljas, om man även tar hänsyn till argument som avser formell behörighet eller separering av befogenheter: även om samma unionsrättsliga bestämmelse hade tolkats olika i olika jurisdiktioner, var det ”endast” myndigheter som hade gjort dessa tolkningar, inte domstolar.

83. Vad gäller såväl domen i målen *X och van Dijk* som domen i målet *Ferreira Da Silva e Brito* hade emellertid domstolar inom respektive jurisdiktion gjort olika tolkningar av samma unionsrättsliga bestämmelser. Eftersom båda dessa mål avsåg *olika* förfaranden i de medlemsstaterna, kan det knappast hävdas att något av dem avsåg ett ”engångsmisslag” av en domstol i lägre instans som väntade på att korrigeras av en domstol i sista instans. Det förelåg objektivt olika tolkningar av samma lagbestämmelser i olika förfaranden i samma medlemsstat.

84. Det ska ännu en gång upprepas att omständigheterna i varje enskilt mål är olika. Man skulle således kunna identifiera eventuella relevanta skillnader i de faktiska omständigheterna mellan de båda målen, som skulle motivera att resultatet blev olika. Den kanske mest intressanta skillnaden vore om det hävdades att medan målen *X och van Dijk* avsåg en erkänd skillnad i tolkningen *endast inom ett och samma* nationella rättssystem, förelåg den skillnad i tolkningen som avsågs i målet *Ferreira Da Silva e Brito* inom en medlemsstat, men uppenbart också *inom unionen*. Som domstolen påpekade i sistnämnda dom ”har tolkningen av begreppet ’överlåtelse av en verksamhet’ gett upphov till frågeställningar hos ett stort antal nationella domstolar, vilka således ansett sig vara tvungna att föra frågorna vidare till EU-domstolen. Dessa frågeställningar vittnar inte enbart om svårigheter med tolkningen, utan även om att det finns risk för skillnader i rättspraxis inom unionen”.⁶²

85. Var det faktiskt EU-domstolens avsikt att plötsligt börja ta domen i målet *Cilfit* bokstavligt, det vill säga att en nationell domstol måste ”vara övertygad om att saken är lika uppenbar för domstolarna i *de övriga* medlemsstaterna och för EG-domstolen”,⁶³ med uteslutande av motstridiga avgöranden avseende unionsrättsliga frågor som kommer *inom samma* medlemsstat? Intressant nog är en sådan läsning möjlig. Här i gömmer sig emellertid en mycket

⁶² Dom av den 9 september 2015, *Ferreira da Silva e Brito* m.fl. (C-160/14, EU:C:2015:565, punkt 43).

⁶³ Dom av den 6 oktober 1982, *Cilfit* m.fl. (283/81, EU:C:1982:335, punkt 16). Min kursivering.

viktig premiss, nämligen att det ankommer på respektive nationell högsta domstol att "få ordning i sitt eget hus" och förenhetliga den nationella rättspraxisen. Först då, när det finns skillnader i tolkningen mellan medlemsstaterna, skulle skyldigheten att begära förhandsavgörande träda in.⁶⁴

86. Faktum kvarstår emellertid att det på det hela taget inte är lätt att få domstolens senare praxis som beskrivs i detta avsnitt att stämma överens. Denna omständighet har uppmuntrat ett antal akademiker att spekulera i huruvida domstolen närmast underförstått har lättat på kriteriet avseende *acte clair* i domen i målet Cilfit.⁶⁵ Det verkar som om vissa nationella domstolar också har uppfattat det på samma sätt.⁶⁶

87. Sammanfattningsvis anser jag att skillnaderna i den rättspraxis som jag har beskrivit ovan redan *i sig* motiverar ett ingripande av domstolen (stora avdelningen) i syfte att klargöra den exakta omfattningen av skyldigheten att begära förhandsavgörande enligt artikel 267 tredje stycket FEUF och de möjliga undantagen från denna skyldighet.

C. Problemen med domen i målet Cilfit

88. I det här avsnittet pekar jag ut de problem (C) som enligt min mening bör vägleda den översyn av domen i målet Cilfit som jag föreslår i nästa avsnitt (D). Jag har delat in problemen i fyra kategorier: de som är *konceptuella* och som redan från början förelåg som en konstitutiv del av domen i målet Cilfit (1), de som avser *genomförbarheten* av kriterierna i domen i målet Cilfit (2), de som rör den *systemiska* inkonsekvensen hos kriterierna i domen i målet Cilfit med andra typer av rättsliga förfaranden och rättsmedel i unionsrätten (3) och slutligen de som har uppkommit senare på grund av den efterföljande *utvecklingen* av unionsrätten och unionens rättsordning (4).

1. Konceptuella problem

89. Det finns ett antal svaga punkter i den ursprungliga planskissen till och utformningen av domen i målet Cilfit. Det är därför som kriterierna i domen i målet Cilfit var konceptuellt problematiska redan från början.

90. Först och främst har vi vad jag skulle kalla mesalliansen mellan domen i målet Hoffmann-Laroche och domen i målet Cilfit. Enkelt uttryckt motsvarar logiken bakom undantagen i domen i målet Cilfit inte arten av skyldigheten att begära förhandsavgörande i domen i målet Hoffmann-Laroche.

91. Ända sedan domen i målet Hoffmann-Laroche meddelades 1977 har domstolen fortsatt att insistera på att syftet med skyldigheten att begära förhandsavgörande är att förhindra att det i någon medlemsstat uppstår en rättspraxis som inte står i överensstämmelse med övriga

⁶⁴ Se emellertid förslag till avgörande av generaladvokaten Wahl i de förenade målen X och van Dijk (C-72/14 och C-197/14, EU:C:2015:319, punkt 68).

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

⁶⁶ Se, exempelvis, dom från Ústavní soud (Författningsdomstolen, Tjeckien) av den 11 september 2018, mål nr II.ÚS 3432/17 (ECLI:CZ:US:2018:2.US.3432.17.1). I det målet, i vilket Ústavní soud upprepade gånger hänvisade till domen i målet Ferreira Da Silva e Brito, vägrade denna domstol, i strid med sin tidigare rättspraxis, att kritisera Nejvyšší soud (Högsta domstolen, Tjeckien) för påstådd underlåtenhet att begära förhandsavgörande i en situation där motstridiga avgöranden rörande samma unionsrättsliga bestämmelser hade meddelats inom Tjeckien. Beträffande kritik, se exempelvis Malenovský J., "Protichůdné zájmy v řízení o předběžné otázce a její důsledky", *Právní rozhledy*, C.H. Beck 2019, 6/2019, s. 191.

medlemsstaters rättspraxis eller domstolens praxis.⁶⁷ Logiken bakom en sådan skyldighet att begära förhandsavgörande är helt klart *strukturell* och fokuserar på en enhetlig *tolkning* inom Europeiska unionen. Dess utlösande faktor och art är *objektiva*, eftersom den fokuserar på rättspraxis i allmänhet och inte endast på det enskilda målet vid den hänskjutande domstolen: det ska inte finnas några skillnader i den nationella *rättspraxisen* ("case-law", "la jurisprudence", "die Rechtsprechung", "guirispudenza" eller "rechtspraak", såsom det vid den tiden angavs i de officiella språken).⁶⁸

92. Omkring fem år senare, när undantagen från den domen fastställdes i domen i målet Cilfit, fokuserade logiken bakom undantagen främst på det *enskilda* målet och den nationella domstolens *subjektiva* tvivel i det *specifika* målet. Det enda undantag som verkligen tar strukturella och systemiska hänsyn och kräver att den nationella domstolen ska se längre än till det enskilda målet är undantaget avseende *acte éclairé*: förekomsten av prejudikat. Det första undantaget (bekräftelse av att frågan är relevant) avser däremot uteslutande det specifika målet. Viktigast av allt ska påpekas att undantaget avseende *acte clair* är en underlig kombination av omständigheter med avseende på det enskilda fallet, varav vissa är objektiva och allmänna, men varav de flesta är subjektiva.

93. Enligt min mening är det här som det verkliga problemet ligger. Man skulle normalt förvänta sig att undantagen från en skyldighet speglar den övergripande logiken bakom och syftet med skyldigheten. På ett sätt bör de utgöra den andra sidan av samma mynt. Det i målet aktuella undantagen är emellertid helt avskilda från den skyldighet som de är avsedda att få till stånd. Även om domstolen i domen i målet Cilfit förklarade att den eftersträfvade de syften som hade angetts i domen i målet Hoffmann-Laroche,⁶⁹ utformade den emellertid undantagen enligt en helt annan logik.

94. För det andra och litet vid sidan om ska det påpekas att uppkomsten till det tredje undantaget (*acte clair*) verkar bekräfta tvivlen avseende huruvida denna överföring till en annan dom var systemiskt lämplig. Det verkar som om domstolen i domen i målet Cilfit i grund och botten tog motpartens argument och tydligen även den hänskjutande domstolens argument och gjorde dem till sina egna: hur förordningen i fråga skulle tolkas var "så uppenbart att det inte förel[åg] något tvivel om tolkningen och [det var därför] onödigt att begära ett förhandsavgörande av domstolen".⁷⁰ EU-domstolen bekräftade i sin dom till stor del detta synsätt, även om den begränsade det något genom att lägga till "rimligt" för att karakterisera typen av tvivel om tolkningen.

95. Det förhållandet att detta undantag föddes ur omständigheterna i ett särskilt mål är i sig oproblematiskt. Det som mer kan ifrågasättas är huruvida något som utgjorde en särpräglad fransk doktrin, som hade utformats i ett helt annat sammanhang och för ett annat syfte, kunde överföras på ett unionsrättsligt förfarande av sitt eget slag.⁷¹ Det som blev känt som "teorin om *acte clair*" tillämpades i fransk rätt i olika sammanhang, särskilt i mål som innebar en tolkning av fördragen. Även om det i princip ankom på utrikesministeriet ensamt att tolka fördragen (de nationella domstolarna var endast anförtrodda att tillämpa denna tolkning på enskilda mål), använde sig de

⁶⁷ Se punkt 51 ovan.

⁶⁸ Dom av den 24 maj 1977, Hoffmann-Laroche (107/76, EU:C:1977:89, punkt 5).

⁶⁹ Se punkterna 59–60 ovan.

⁷⁰ Se dom av den 6 oktober 1982, Cilfit m.fl. (283/81, EU:C:1982:335, punkt 3).

⁷¹ Se, i det avseendet, förslag till avgörande av generaladvokaten Capotorti i målet Cilfit m.fl. (283/81, ej publicerat, EU:C:1982:267) som efter att kritiskt ha förklarat ursprunget till den franska "teorin om *acte clair*" även vägrade att hämta inspiration från italiensk konstitutionell rätt (kriteriet avseende "uppenbar avsaknad av relevans") för att bestämma omfattningen av skyldigheten att begära förhandsavgörande enligt unionsrätten.

franska domstolarna av teorin om *acte clair* för att stärka domstolarnas tolkningsbehörighet framom den verkställande maktens.⁷² Från och med 1964 började Conseil d'État (Högsta förvaltningsdomstolen, Frankrike) tillämpa teorin i samband med skyldigheten att begära förhandsavgörande, i syfte att modifiera denna skyldighet efter eget skön.⁷³ Troligen i syfte att få kontroll över den nationella användningen av praxisen avseende *acte clair*, tog EU-domstolen den som sin egen och överförde en konstruktion till unionens rättsordning som hade haft en helt annan funktion i sitt ursprungssystem.

96. För det tredje ska det påpekas att även under antagandet att en sådan transfunktionell överföring eller transplantation mellan rättsordningar verkligen är möjlig utan att riskera (den mottagande) patientens hälsa, kvarstår det faktum att det som överfördes till (den dåvarande gemenskaps)rättsordningen helt enkelt hade en annan funktion. Undantagen i domen i målet Cilfit, särskilt undantaget avseende *acte clair*, förblev centrerad kring avsaknaden av rimligt tvivel när det gällde *utgången i ett enskilt mål*. Ordvalet handlade fortfarande om en korrekt tolkning och tillämpning av unionsrätten i det specifika målet.

97. Skyldigheten att kontrollera att lagstiftningen tillämpas korrekt i varje enskilt mål är emellertid en komplicerad uppgift. Detta ideal är mycket svårt att uppnå till och med i nationella system av *hierarkisk* natur som förlitar sig på omfattande enskilda kontroller av att enskilda beslut är korrekta och inom vilka de högre domstolarna årligen ser över tusentals eller snarare tiotusentals avgöranden. En sådan idealisk och systemisk logik är emellertid främmande för mer *koordinerade* system för domstolsförvaltning, som i hög grad stöder sig på prejudikat och inom vilka ett ensamt prejudikat kan väga tungt.⁷⁴ Enligt min mening kan det diskuteras hur nära sistnämnda koordinerade ideal som unionens nuvarande rättsordning befinner sig. Men den befinner sig definitivt världar ifrån den förstnämnda hierarkiska modellen.

98. Slutligen ska påpekas att de undantag från skyldigheten att begära förhandsavgörande som fastställts i domen i målet Cilfit har en tendens att sudda ut den linje mellan tolkning och tillämpning av unionsrätten som utgör grunden för en korrekt behörighetsfördelning enligt artikel 267 FEUF. Om det som måste fastställas för att ett undantag från skyldigheten att begära förhandsavgörande ska utlösas är att det inte föreligger något rimligt tvivel om den korrekta tillämpningen av unionsrätten i ett specifikt mål som är för handen, var går då den åtminstone ungefärliga gränsen mellan EU-domstolens åligganden och de nationella domstolarnas åligganden?

2. Genomförbarhet

99. Det finns inget behov av att återuppväcka diskussionen om huruvida kriterierna i domen i målet Cilfit, särskilt de som avser avsaknaden av rimligt tvivel om den korrekta tolkningen och tillämpningen av unionsrätten i ett specifikt mål (undantaget avseende *acte clair*), utgör en checklista eller helt enkelt en verktygslåda. Faktum är att oavsett vilket så fungerar de inte. Om de utgör en checklista, är det omöjligt att fullständiggöra denna checklista. Om de utgör en

⁷² Beträffande franska domstolars praxis avseende *acte clair* i allmänhet, se exempelvis, Lagrange, M., "Cour de justice européenne et tribunaux nationaux – La théorie de 'l'acte clair': pomme de discorde ou trait d'union?", *Gazette du Palais*, 19 mars 1971, nr 76–78, s. 1. Särskilt med avseende på unionsrätten, se exempelvis, Lesguillons, H., "Les juges français et l'article 177", *Cahiers de droit européen* 4, 1968, s. 253.

⁷³ Conseil d'État (Högsta förvaltningsdomstolen, Frankrike), dom av den 19 juni 1964, Société des pétroles Shell-Berre, nr 47007, känd som den första domen där Conseil d'État (Högsta förvaltningsdomstolen) tillämpade teorin om *acte clair* på unionsrätten.

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

verktygslåda, blir problemet att välja vilket verktyg som bör användas i ett enskilt mål. Sistnämnda problem blir sedan uppenbart allvarligt i skedet för ett eventuellt verkställande av skyldigheten att begära förhandsavgörande: Om det inte finns några tydliga kriterier, hur kan då denna skyldighet någonsin verkställas utan att verkställandet blir godtyckligt?

100. Ett antal generaladvokater har tidigare påpekat att dessa kriterier inte är genomförbara. Det som dessutom också är intressant är att de inte tillämpas av de nationella domstolarna eller Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna (nedan kallad Europadomstolen), inbegripet de domstolar som faktiskt verkställer skyldigheten att begära förhandsavgörande.

101. För det första, för att börja med generaladvokaten Jacobs och hans tveksamhet inför vissa damplaggs klassificering som pyjamasar enligt tulltaxan, har ett antal av mina lärda föregångare kritiserat de praktiska svårigheter som är förenade med undantaget avseende *acte clair*. I sitt förslag till avgörande i målet Wiener tillbakavisade generaladvokaten Jacobs det synsätt enligt vilket ”domen i målet [Cilfit] skall anses kräva att de nationella domstolarna undersöker varje gemenskapsrättslig bestämmelse på alla de officiella gemenskapsspråken ... Detta skulle i många fall innebära en oproportionerlig ansträngning från de nationella domstolarnas sida” och påpekade att det skulle vara ganska underligt att kräva att de nationella domstolarna ska använda sig av en metod som det inte förefaller vanligt att EU-domstolen själv tillämpar.⁷⁵ Han påpekade också att ”[om] domen i målet [Cilfit] skulle tillämpas strikt, skulle alla gemenskapsrättsliga frågor, ..., obligatoriskt hänskjutas av alla domstolar som var sista instans”.⁷⁶

102. I sitt förslag till avgörande i målet Intermodal Transports ansåg generaladvokaten Stix-Hackl att ett krav på att de nationella domstolarna ska pröva en gemenskapsrättslig bestämmelse på alla de officiella gemenskapsspråken ”skulle innebära en i praktiken omöjlig börda för dessa domstolar”.⁷⁷ Enligt henne kan kriterierna i domen i målet Cilfit inte användas som ”något slags schematisk vägledning [att strikt hålla sig till]”.⁷⁸ I sitt förslag till avgörande i målet Gaston Schul betonade generaladvokaten Ruiz-Jarabo behovet av att helt se över domen i målet Cilfit och påpekade att ”det föreslagna ’testet’ inte [var] möjligt att tillämpa vid den tidpunkt då det formulerades, men under de förhållanden som råder år 2005 framstår det som befängd”.⁷⁹ I sitt förslag till avgörande i målen X och van Dijk betonade generaladvokaten Wahl vikten av det inneboende utrymme för skönsmässig bedömning som nationella domstolar i sista instans måste ha vid bedömningen av huruvida de är skyldiga att begära ett förhandsavgörande. Han hävdade att kriterierna i domen i målet Cilfit bör ses som en verktygslåda och konstaterade att ”[o]m en nationell domstol i sista instans är tillräckligt säker på sin egen tolkning och tar på sig ansvaret (och eventuellt kritiken) för sin lösning av en unionsrättslig fråga utan hjälp av EU-domstolen, bör den ha rättslig möjlighet att göra det.”⁸⁰

⁷⁵ Förslag till avgörande av generaladvokaten Jacobs i målet Wiener SI (C-338/95, EU:C:1997:352, punkt 65). Men se förslag till avgörande av generaladvokaten Tizzano i målet Lyckeskog (C-99/00, EU:C:2002:108, punkt 75).

⁷⁶ Förslag till avgörande av generaladvokaten Jacobs i målet Wiener SI (C-338/95, EU:C:1997:352, punkt 58).

⁷⁷ Förslag till avgörande av generaladvokaten Stix-Hackl i målet Intermodal Transports (C-495/03, EU:C:2005:215, punkt 99).

⁷⁸ Ibidem, punkt 100.

⁷⁹ Förslag till avgörande av generaladvokaten Ruiz-Jarabo Colomer i målet Gaston Schul Douane-expediteur (C-461/03, EU:C:2005:415, punkt 52).

⁸⁰ Förslag till avgörande av generaladvokaten Wahl i de förenade målen X och van Dijk (C-72/14 och C-197/14, EU:C:2015:319, punkt 69).

103. Jag anser inte att det är nödvändigt att upprepa de argument som redan så värtaligt har anförts av de generaladvokater som citerats ovan eller för att visa varför och hur kriterierna i domen i målet Cilfit, om de tas var för sig och för vad de är, är fullständigt ogenomförbara. Som generaladvokaten Wahl så träffande och slagfärdigt uttryckte det ”skulle det på sin höjd vara lika troligt att träffa på en ’riktig’ acte clair-situation som att stöta ihop med en enhörning”.⁸¹

104. För att uttrycka det enkelt plågas kriterierna i domen i målet Cilfit för identifiering av undantaget avseende acte clair ofrånkomligen av det konceptuella problem som har pekats ut ovan.⁸² Å ena sidan rymmer de en stor andel *subjektivism* som är omöjlig att fastställa och således inte kan bli föremål för prövning: den nationella domstolen måste inte bara vara ”övertygad om att saken är lika uppenbar för domstolarna i de övriga medlemsstaterna och för EG-domstolen”, utan även att förhandsavgörandet är ”nödvändigt för att döma i saken” och det måste föreligga subjektivt ”rimligt tvivel”. Å andra sidan är de aspekter som anges i *objektiva* termer helt enkelt omöjliga att uppnå, åtminstone för dödliga nationella domare som inte har samma egenskaper, tid och resurser som Dworkins domare Herkules (och som skulle krävas för att jämföra (alla) språkversioner och tolka varje bestämmelse i unionsrätten mot bakgrund av unionsrätten som helhet och samtidigt ha perfekt kunskap om unionsrättens utveckling vid den tidpunkt då bestämmelsen i fråga tolkas).

105. För det andra tillämpar nationella domstolar i sista instans vid prövningen av det tredje undantaget från skyldigheten att begära förhandsavgörande knappast kriterierna i domen i målet Cilfit avseende acte clair på ett konsekvent och systematiskt sätt, vilket är ganska förståeligt mot bakgrund av föregående punkt.⁸³ Det finns visserligen tillfällen när nationella domstolar i sista instans har citerat domen i målet Cilfit. Detta innebär emellertid inte att de kriterier som anges i den domen, särskilt de specifika kraven avseende förekomsten av acte clair faktiskt har tillämpats som sådana.⁸⁴ Det finns tillfällen när nationella domstolar har ersatt kriterierna i domen i målet Cilfit med sina egna kriterier och normer. Exempelvis anser franska högre domstolar ofta att skyldigheten att begära förhandsavgörande utlöses när det finns en ”allvarlig svårighet” att tolka unionsrätten, vilket gör skyldigheten att begära förhandsavgörande mycket vagare än vad som

⁸¹ Ibidem, punkt 62.

⁸² Se punkt 81 ovan.

⁸³ För jämförande exempel se, exempelvis, de olika nationella rapporterna till det 18:e mötet i sammanslutningen av de högsta förvaltningsdomstolarna i Europeiska unionen, vilket hölls i Helsingfors den 20 och 21 maj 2002 om ämnet ”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>), promemoria nr 19/004 från maj 2019 om ”Application of the Cilfit case-law by national courts or tribunals against whose decisions there is no judicial remedy under national law”, vilken har sammanställts av domstolens generaldirektorat för bibliotek, forskning och dokumentation (https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2020-01/ndr-Cilfit_synthese_en.pdf), eller Fenger, N., och Broberg, M., ”Finding Light in the Darkness: On The Actual Application of the Acte Clair Doctrine”, 30 *Yearbook of European Law*, volym 30, nr 1, 2011, s. 180.

⁸⁴ Vilket har resulterat i användning av begreppet ”inget rimligt tvivel”, men med ändrat innehåll. Se, exempelvis, i Cypern, Anotato Dikastirio (Högsta domstolen), Cypra Limited mot Kipriakis Dimokratias, överklagande 78/2009 av den 15 juni 2013 (det finns en skyldighet att begära förhandsavgörande endast när unionsrätten i fråga inte är ”utom tvivel”). I engelsk rätt har ett något vagare kriterium än kravet på ”inget rimligt tvivel” genomförts, se O’Byrne mot Aventis Pasteur SA [2008] UKHL 34 (House of Lords), punkt 23 (inget behov att begära förhandsavgörande när det är tydligt att det inte finns några rimliga argument mot tolkningen av bestämmelsen i fråga (”clearly beyond the bounds of reasonable argument”)) och R. (on the application of Buckinghamshire CC) mot Secretary of State for Transport [2014] UKSC 3 (Supreme Court), punkt 127) (inget behov att begära förhandsavgörande när det inte finns några rimliga invändningar mot tolkningen av bestämmelsen i fråga (”beyond reasonable dispute”)).

följer av ordalydelsen och andan i domen i målet Cilfit.⁸⁵ På liknande sätt har andra högre domstolar även fokuserat på den uppkomna frågans art som skäl för skyldigheten att begära förhandsavgörande, oavsett huruvida det funnits tvivel om tolkningen.⁸⁶

106. För det tredje finns det några medlemsstater där uppfyllandet av skyldigheten att begära förhandsavgörande kontrolleras av författningsdomstolarna till följd av en enskild konstitutionell talan genom vilken rätten till en laga domstol eller en rättvis rättegång återopats.⁸⁷ I dessa rättsordningar är den övergripande måttstock som tillämpas emellertid mycket lättare än den i domen i målet Cilfit och rör sig kring begreppen en uppenbart ohållbar eller godtycklig tolkning av unionsrätten, ofta kopplade till en skyldighet att ordentligt motivera varför en begäran om förhandsavgörande till unionsdomstolen inte är nödvändig.⁸⁸

107. Det skulle kunna hävdas att nationella författningsdomstolar prövar skyldigheten att begära förhandsavgörande från EU-domstolen enligt artikel 267 tredje stycket FEUF i linje med sina *nationella* normer och uppfattningar om grundlagsenlighet och skydd av grundläggande rättigheter. Detta gäller definitivt när den relevanta rättigheten i sig (rätten till laga domstol, en rättvis rättegång, ett korrekt rättsligt förfarande eller dylikt) är en rättighet som garanteras i den nationella rättsordningen. Situationen är en annan vad gäller den interna måttstocken, det vill säga de särskilda villkor under vilka en begäran om förhandsavgörande bör göras. Det kan rimligen antas att den nationella grundlagen inte innehåller några bestämmelser i detta hänseende. Ändå förfaller det inte som om någon av de nationella domstolarna faktiskt har tillämpat domen i målet Cilfit när det gäller det faktiska verkställandet av skyldigheten att begära förhandsavgörande.

108. För det fjärde har Europadomstolen hänvisat till kriterierna i domen i målet Cilfit när den, med avseende på rätten till en rättvis rättegång enligt artikel 6.1 i Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (nedan kallad Europakonventionen), har prövat underlåtenhet från nationella domstolar i sista instans att begära förhandsavgörande från EU-domstolen. I exempelvis målet Dhahbi mot Italien fann Europadomstolen att artikel 6.1 i Europakonventionen hade åsidosatts på grund av att den nationella domstolen inte hade motiverat varför den vägrat att begära ett förhandsavgörande från EU-domstolen. Europadomstolen påpekade att den italienska högsta domstolen inte hade hänvisat till klagandens begäran om förhandsavgörande eller hade förklarat skälen till varför den

⁸⁵ Se, exempelvis, Conseil d'État (Högsta förvaltningsdomstolen), 1e/6e SSR, dom av den 26 februari 2014, nr 354603, ECLI:FR:XX:2014:354603.20140226, Cour de cassation (Kassationsdomstolen), 1e civ., dom av den 11 juli 2018, nr 17–18177, ECLI:FR:CCASS:2018:C100737. Medan förstnämnda domstol i allmänhet hänvisar till kriteriet "allvarlig svårighet", använder den sistnämnda även andra kriterier.

⁸⁶ När det i ett mål uppkommer "tolkningsfrågor av allmänt intresse" (cypriotiska Anotato Dikastirio Kyprou (Högsta domstolen), Proedros Tis Demokratias mot Vouli Ton Antiprosopon, överklagande 5/2016 av den 5 april 2017) eller när det rör sig om en fråga om tolkningen, inte tillämpningen, av unionsrätten (maltesiska Qorti Tal-Appell (Appellationsdomstolen), dom av den 26 juni 2007, GIE Pari Mutuel Urbain (PMU) mot Bell Med Ltd & Computer Aided Technologies Ltd, (224/2006/1)).

⁸⁷ För en jämförande översikt, se Solar, N., *Vorlagepflichtverletzung mitgliedstaatlicher Gerichte und ihre Sanierung*, Neuer Wissenschaftlicher Verlag, Wien, 2004, eller Warnke, M., *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. Mer nyligen, se exempelvis, de enskilda landsrapporterna i Coutron, L. (dir.), *L'obligation de renvoi préjudiciel: une obligation sanctionnée?*, Bruylant, Bryssel, 2014, eller de enskilda bidragen i specialutgåvan 2015, 16 *German Law Journal* 6, särskilt Lacchi, C., "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", 16 *German Law Journal* 6, 2015, s. 1663.

⁸⁸ För en illustration, se exempelvis, i Tyskland, Bundesverfassungsgericht (Federala författningsdomstolen), beslut av den 9 maj 2018 – 2 BvR 37/18, i Spanien, Tribunal Constitucional (Författningsdomstolen), 19 april 2004, STC 58/2004 (ECLI:ES:TC:2004:58), i Tjeckien, Ústavní soud (Författningsdomstolen), 8 januari 2009, nr II. ÚS 1009/08, i Kroatien, Ustavni sud Republike Hrvatske (Republiken Kroatiens författningsdomstol), beslut nr U-III-2521/2015 av den 13 december 2016, i Slovakien, Ústavný súd (Författningsdomstolen), dom av den 18 april 2012, nr II. ÚS 140/2010, i Slovenien, Ustavno sodišče (Författningsdomstolen), beslut nr Up-1056/11 av den 21 november 2013, ECLI:SI:USRS:2013:Up.1056.11.

ansåg att den fråga som uppkommit inte nödvändiggjorde en begäran om förhandsavgörande från EU-domstolen och inte heller hade hänvisat till sin rättspraxis.⁸⁹ I andra fall har Europadomstolen emellertid ansett att en summarisk motivering av vägran att begära förhandsavgörande var tillräcklig när den nationella domstolen i en annan del av sin dom redan hade konstaterat att en sådan begäran var överflödig.⁹⁰ Europadomstolen har också fastslagit att när en nationell domstol i sista instans vägrar eller underlåter att begära förhandsavgörande, måste denna domstol motivera sin vägran mot bakgrund av de undantag som fastställts i EU-domstolens praxis. Den måste särskilt ange skälen till att den har funnit att frågan inte är relevant, huruvida den unionsrättsliga bestämmelsen i fråga redan har tolkats av EU-domstolen eller huruvida den korrekta tillämpningen av unionsrätten är så uppenbar att den inte lämnar något utrymme för rimligt tvivel.⁹¹

109. Även om Europadomstolen vid sin prövning hänvisar till domen i målet Cilfit ligger dess fokus i allmänhet på motiveringen av det nationella beslutet att inte begära förhandsavgörande. Utan att närmare gå in på saken och definitivt utan att närmare pröva huruvida rimligt tvivel inte föreligger, såsom det faktiskt krävs enligt domen i målet Cilfit, prövar Europadomstolen således huruvida nationella domstolar i sista instans vederbörligen har förklarat varför de anser att kriterierna i domen i målet Cilfit är uppfyllda, utan att själv i sak pröva huruvida detta faktiskt är fallet.

110. Sammanfattningsvis framgår den omständigheten att det saknas en genomförbar, rimlig vägledning till logiken bakom eller tillämpningen av kriterierna i domen i målet Cilfit inte endast av den (överraskande enhetliga) kritik som under åren har framförts av tidigare generaladvokater. Det samma framgår också av den enkla omständigheten att ingen av de som har i uppgift att tillämpa denna skyldighet och särskilt ingen av de som faktiskt verkställer den tycks följa EU-domstolens vägledning. Detta beror enligt min mening inte på att de på något sätt skulle nonchalera EU-domstolen. Det är snarare en naturlig självbevarelsemekanism. Ingen kan förpliktas att göra det omöjliga (*impossibilium nulla est obligatio*).

3. De unionsrättsliga rättsmedlens systemiska koherens

111. Det finns ytterligare ett argument till varför domen i målet Cilfit behöver ses över avsevärt: de unionsrättsliga rättsmedlens systemiska, horisontella koherens. Sagt i ett nötskal är kriterierna i domen i målet Cilfit märkligt avskilda från unionsrättens egna medel att verkställa skyldigheten att begära förhandsavgörande enligt artikel 267 tredje stycket FEUF.

112. För närvarande finns det inget specifikt unionsrättsligt rättsmedel som parterna kan använda sig av, om de anser att deras rätt att få en fråga hänskjuten till EU-domstolen enligt artikel 267 tredje stycket FEUF har åsidosatts.⁹² Detta är en logisk konsekvens av EU-domstolens insisterande på att parterna i ett nationellt mål inte automatiskt har rätt att kräva att en begäran

⁸⁹ Europadomstolen, 8 april 2014, Dhahbi mot Italien, CE:ECHR:2014:0408JUD001712009, § 33. För de senaste konstaterandena om åsidosättanden se, exempelvis, Europadomstolen, 16 april 2019, Baltic Master mot Litauen, CE:ECHR:2019:0416JUD005509216, § 36–38, och 13 februari 2020, Sanofi Pasteur mot Frankrike, CE:ECHR:2020:0213JUD002513716, § 81.

⁹⁰ Europadomstolen, 24 april 2018, Baydar mot Nederländerna, CE:ECHR:2018:0424JUD00 5538514, § 43.

⁹¹ Europadomstolen, 20 september 2011, Ullens de Schooten och Rezabek mot Belgien, CE:ECHR:2011:0929JUD000398907 och 3835307, § 62, och 10 april 2012, Vergauwen m.fl. mot Belgien, CE:ECHR:2012:0410JUD00483204, § 89 och 90.

⁹² Domstolen föreslog i en rapport 1975 att ett lämpligt rättsmedel skulle inrättas mot överträdelser av dåvarande artikel 177 EEG, antingen i form av direkt ansökan till domstolen av parterna i det nationella målet eller obligatorisk talan om underlåtenhet eller också skadeståndstalan mot den berörda staten på begäran av den part som lidit skada ("Report on European Union", *Bulletin of the European Communities*, tillägg 9/75, s. 18).

om förhandsavgörande ska inges, eftersom artikel 267 FEUF inte utgör ett sätt att få upprättelse för parterna i ett mål vid en nationell domstol.⁹³ Med hänsyn till (numera) fast nationell konstitutionell rättspraxis⁹⁴ och praxis från Europadomstolen⁹⁵ enligt vilken parterna i ett mål, som en del av rätten till en rättvis rättegång, har en (subjektiv) rätt att få sin sak hänskjuten till EU-domstolen, förutsatt att de (objektiva) kriterierna för att skyldigheten att begära förhandsavgörande ska föreligga är uppfyllda, kanske det ändå kan anses att detta inte är det enda möjliga synsättet.⁹⁶

113. Eftersom det inte finns något ”direkt” rättsmedel, skulle möjligheten att verkställa skyldigheten att begära förhandsavgörande enligt artikel 267 tredje stycket FEUF eventuellt kunna vara en fråga om antingen statens ansvar eller fördragsbrott. Det är emellertid just här som frågeställningarna blir komplicerade.

114. Å ena sidan finns det sedan domen i målet Köbler möjlighet att vid nationell domstol få ersättning för den skada som vållats genom åsidosättande av enskildas rättigheter till följd av ett avgörande av en domstol som dömer i sista instans.⁹⁷ För att man ska kunna vinna framgång med en sådan talan måste den rättsregel som har överträtts ha till syfte att ge enskilda rättigheter, överträdelsen måste vara tillräckligt klar och det måste finnas ett direkt orsakssamband mellan åsidosättandet av medlemsstatens skyldighet och den skada som de drabbade personerna har lidit. Samma förutsättningar gäller för statens ansvar för skada som vållats genom ett avgörande av en nationell domstol som dömer i sista instans.⁹⁸

115. Det finns emellertid två problem. För det första kan underlåtenhet att fullgöra skyldigheten att begära förhandsavgörande inte *i sig* utlösa statens ansvar, eftersom artikel 267 tredje stycket FEUF inte är en regel som har ”till syfte att ge enskilda rättigheter”. För det andra spelar kriterierna i domen i målet Cilfit, oavsett detta, föga eller ingen roll vid bedömningen av huruvida det har skett en överträdelse av andra unionsrättsliga regler,⁹⁹ åtminstone inte objektivt sett. Det som ska beaktas i sådana situationer är huruvida det föreligger ett *uppenbart åsidosättande* av den tillämpliga lagstiftningen som kan leda till en *tillräckligt allvarlig överträdelse*.¹⁰⁰

⁹³ Se, för ett liknande resonemang, dom av den 18 juli 2013, Consiglio Nazionale dei Geologi och Autorità Garante della Concorrenza e del mercato (C-136/12, EU:C:2013:489, punkt 28 och där angiven rättspraxis).

⁹⁴ Som beskrivs i punkt 106 ovan.

⁹⁵ Se punkterna 108 och 109 ovan.

⁹⁶ Se, exempelvis, Baquero Cruz, J., ”The Preliminary Rulings Procedure: Cornerstone or Broken Atlas?” i Baquero Cruz, J., *What's Left of the Law of Integration? Decay and Resistance in European Union Law*, Oxford University Press, 2018, s. 64 och 65.

⁹⁷ Dom av den 30 september 2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513, punkt 36).

⁹⁸ Se, exempelvis, dom av den 30 september 2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513, punkterna 51 och 52), dom av den 28 juli 2016, Tomášová (C-168/15, EU:C:2016:602, punkterna 22 och 23), och dom av den 29 juli 2019, Hochtief Solutions Magyarországi Fióktelepe (C-620/17, EU:C:2019:630, punkterna 35 och 36).

⁹⁹ Även om de skulle förefalla att vara tillämpliga – se, för ett liknande resonemang, dom av den 30 september 2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513, punkt 118).

¹⁰⁰ Varvid en underlåtenhet att fullgöra skyldigheten att begära förhandsavgörande kanske endast är en av de faktorer som ska beaktas. Se, exempelvis, dom av den 30 september 2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513, punkt 55), dom av den 28 juli 2016, Tomášová (C-168/15, EU:C:2016:602, punkt 25), och dom av den 29 juli 2019, Hochtief Solutions Magyarországi Fióktelepe (C-620/17, EU:C:2019:630, punkt 42).

116. Å andra sidan finns fördragsbrottsförfarandet enligt artikel 258 FEUF. Det som under ett antal år varit endast teoretiskt möjligt¹⁰¹ genomfördes för första gången till fullo år 2018. I domslutet i domen i målet kommissionen mot Frankrike¹⁰² fann domstolen att en medlemsstat hade gjort sig skyldig till en överträdelse av unionsrätten *specifikt* på grund av att en domstol i sista instans inte hade framställt en (*enda*) begäran om förhandsavgörande till EU-domstolen i syfte att fullgöra sin skyldighet enligt artikel 267 tredje stycket FEUF i en situation där tolkningen av de unionsrättsliga materiella bestämmelserna i fråga inte var så uppenbar att den inte lämnade något utrymme för tvivel.

117. För att nå denna slutsats hänvisade domstolen till domen i målet Cilfit¹⁰³ eller åtminstone dess allmänna krav avseende avsaknaden av rimligt tvivel. Domstolen påpekade först att Conseil d'État (Högsta förvaltningsdomstolen) hade valt att avvika från en tidigare dom från EU-domstolen rörande Förenade kungarikets lagstiftning, med motiveringen att det brittiska systemet i fråga var annorlunda än det franska systemet, "trots att den domstolen inte kunde vara säker på att EU-domstolen uppfattade detta lika tydligt".¹⁰⁴ Domstolen slog således fast att det förhållandet att Conseil d'État (Högsta förvaltningsdomstolen) i två av sina domar hade underlåtit att begära ett förhandsavgörande "medförde att den domstolen, i dessa domar, slog fast en lösning som grundades på en tolkning av artiklarna 49 och 63 FEUF som strider mot den som slagits fast i förevarande dom. Detta innebär att det inte kunde uteslutas att det förelåg rimligt tvivel med avseende på denna tolkning vid den tidpunkt då Conseil d'État (Högsta förvaltningsdomstolen) meddelade sina domar."¹⁰⁵

118. Det finns tre aspekter som är värda att notera beträffande sistnämnda dom. För det första ankom det i dessa överträdelseförfaranden utan tvekan på domstolen själv att tillämpa domen i målet Cilfit. I nämnda dom, konstaterade domstolen emellertid endast att det allmänna kriterium som fastställts i domen i målet Cilfit, utan att vare sig gå igenom några av de specifika kriterierna eller tillämpa dem. Det finns en slående avsaknad av all diskussion om eventuella motstridiga domar i frågan från domstolar i sista instans i andra medlemsstater och även från andra franska domstolar, men också om domstolens egen tidigare praxis i frågan, med undantag för ett enda prejudikat.

119. För det andra överensstämmer en sådan faktisk bekräftelse av en "striktare tillämpning av domen i målet Cilfit", åtminstone till sin anda, inte riktigt med domstolens senaste praxis i samma fråga, vilket framgår särskilt av de ovan diskuterade domarna i målen X och van Dijk samt Ferreira Da Silva e Brito.¹⁰⁶ Medan ett lätt grepp verkade vara den nya regeln särskilt i domen i målen X och van Dijk, omvandlades detta lätta grepp plötsligt ännu en gång till ett fast sådant.

120. För det tredje lämnar allt detta sannolikt en något bitter eftersmak hos vissa, i form av en knappast försvarbar selektivitet när det gäller vad som faktiskt tillämpas och verkställs samt varför och hur denna tillämpning och verkställighet äger rum. Detta innebär inte på något sätt att kommission inte skulle ha utrymme att fullständigt skönsmässigt besluta om huruvida den

¹⁰¹ Tidigare indikationer utgörs av dom av den 9 december 2003, kommissionen mot Italien (C-129/00, EU:C:2003:656), och dom av den 12 november 2009, kommissionen mot Spanien (C-154/08, ej publicerad, EU:C:2009:695). I båda dessa mål avsåg förfarandet i allmänhet huruvida nationell rätt eller förvaltningspraxis var oförenlig med andra materiella bestämmelser i unionsrätten. Särskilt i det sistnämnda målet var det emellertid ganska tydligt att talan hade sitt upphov i att Tribunal Supremo (Högsta domstolen, Spanien) hade underlåtit att begära ett förhandsavgörande (se, särskilt, punkterna 124–126 i den domen).

¹⁰² Dom av den 4 oktober 2018, kommissionen mot Frankrike (Förskottsskatt) (C-416/17, EU:C:2018:811).

¹⁰³ Ibidem, punkt 110.

¹⁰⁴ Ibidem, punkt 111.

¹⁰⁵ Ibidem, punkt 112.

¹⁰⁶ Se punkterna 73–86 ovan.

ska väcka talan enligt artikel 258 FEUF, såsom den faktiskt har enligt fast rättspraxis.¹⁰⁷ Avsikten är inte heller att ifrågasätta domstolens avgörande i domen i målet kommissionen mot Frankrike: om domen i målet Cilfit nu ska tas seriöst så förelåg det i målet kommissionen mot Frankrike faktiskt rimligt tvivel om den korrekta tillämpningen av unionsrätten.¹⁰⁸

121. Den springande punkten är något annat: den övergripande avsaknaden av (horisontell) koherens i unionsrätten vad gäller påföljderna vid underlåtenhet att fullgöra den unionsrättsliga skyldigheten att begära förhandsavgörande enligt artikel 267 tredje stycket FEUF. Domstolens egen praxis om omfattningen av denna skyldighet enligt artikel 267 FEUF, särskilt nyare praxis, förefaller inte ligga i linje med det nyligen (åter)upptäckta verkställandet av denna skyldighet enligt artikel 258 FEUF och förefaller att vara helt avskild från statens ansvar. Borde dessa inte emellertid vara två aspekter av en och samma skyldighet att begära förhandsavgörande enligt artikel 267 tredje stycket FEUF?

4. Utvecklingen av unionsrätten och unionens rättsordning

122. Jag anser inte att det är nödvändigt att gå närmare in på det uppenbara: exakt hur mycket Europeiska unionen har förändrats under de senaste 40 åren. Med ett undantag på senare tid har antalet medlemmar konstant ökat. Det har också antalet officiella språk och antalet domstolar som kan vända sig till EU-domstolen. Själva unionsrätten har numera en omfattning och bredd som helt enkelt saknar motsvarighet. Sedan den inre marknaden genomfördes och inte mindre än fem på varandra följande ändringar av fördragen därefter har det blivit svårt att hitta något område där det inte finns någon unionslagstiftning eller där domstolens tolkningshjälp inte behövs. Dessa faktorer har resulterat i ett överväldigande antal nya begäranden om förhandsavgörande samtidigt som domstolens resurser inte är gränslösa.

123. Mitt i detta starkt förändrade rättsliga landskap står en orörlig titan från en för länge sedan svunnen tid, domen i målet Cilfit, och insisterar på att domstolar i sista instans ska begära förhandsavgörande i varje mål där någon form av rimligt tvivel föreligger. Jag anser inte att det är nödvändigt att gå igenom alla de systemiska ändringarna en efter en för att visa hur de har ändrat konfigurationen av indata för logiken i domen i målet Cilfit.¹⁰⁹ Jag föredrar att i stället peka på en annan och djupare fråga.

124. Allteftersom omgivningen har förändrats och systemet har mognat, har även förfarandet för förhandsavgörande utvecklats till sin natur. Inom ett förfarande som i sin ursprungliga utformning byggde på partnerskap och rättsligt samarbete mellan likar har gradvis och ganska oundvikligen utvecklats till en som lägger större betoning på prejudikat i syfte att skapa ett enhetligt system. Visserligen talas det fortfarande om "bistånd" och "partnerskap", men mer långvariga och noggranna observatörer av systemet har noterat att ett antal vertikala aspekter gradvis har införts.

¹⁰⁷ Se dom av den 14 februari 1989, *Star Fruit* mot kommissionen (247/87, EU:C:1989:58, punkt 11).

¹⁰⁸ Redan att döma av det förhållandet att samma rättsfråga inte heller var uppenbar för Conseil d'États (Högsta förvaltningsdomstolen) *egen föredragande i samma förfarande*. Se förslag till avgörande av generaladvokaten Wathelet i målet kommissionen mot Frankrike (C-416/17, EU:C:2018:626, punkterna 56, 81 och 99).

¹⁰⁹ Jag kan härvid endast ansluta mig till mina lärda föregångares konstaterande att även under antagandet att domen i målet Cilfit hade varit möjlig att tillämpa vid den tidpunkt då den formulerades, vilket inte var fallet, har den definitivt inte åldrats väl – förslag till avgörande av generaladvokaten Ruiz-Jarabo Colomer i målet *Gaston Schul Douane-expéditeur* (C-461/03, EU:C:2005:415, punkt 52) och även förslag till avgörande av generaladvokaten Jacobs i målet *Wiener SI* (C-338/95, EU:C:1997:352, punkterna 59 och 60).

125. Detta lägger större betoning på makrosyftet (eller det offentliga syftet) med domstolens avgöranden, som är att säkerställa en enhetlig tillämpning och vidareutveckling av lagstiftningen. Visserligen finns det och kommer alltid att finnas enskilda mål och en mikrodimension (eller privat dimension) av tvister. Blicken riktas emellertid allt mer bortom den specifika ärendeakten, i synnerhet i ett sådant förfarande som förfarandet för förhandsavgörande, där det är den hänskjutande domstolen som ska pröva de faktiska omständigheterna och avgöra det enskilda målet.

126. För att dra en annan systemisk parallell: genom den nyligen infogade artikel 58a i stadgan för Europeiska unionens domstol har en filtreringsmekanism införts för överklaganden vid domstolen av tribunalens avgöranden inom vissa områden. Prövningstillstånd för ett sådant överklagande ska meddelas endast om domstolen beslutar det, eftersom överklagandet aktualiserar ”en fråga som är av vikt för enhetligheten eller konsekvensen i, eller utvecklingen av, unionsrätten”.¹¹⁰ Om sådana överväganden gäller med avseende på en direkt talan, vid vilken EU-domstolen är den enda domstolen, och tvisten vid båda unionsdomstolarna således främst handlar om att avgöra det enskilda målet, borde inte samma resonemang med desto större skäl vara tillämpligt på förhandsavgöranden?

127. Det ska slutligen påpekas att allteftersom en rättsordning mognar så mognar också dess beståndsdelar. I dag är de nationella domstolarna mycket mer bekanta med unionsrätten i allmänhet och förfarandet för förhandsavgörande i synnerhet. Det finns och kommer alltid att finnas enskilda undantag. Ett (eventuellt motsträvt) träd bör emellertid inte få överskugga en hel (tillmötesgående) skog. De nationella domstolarna i sista instans, särskilt de som strukturellt har i uppgift att säkerställa enhet och en enhetlig tillämpning av lagstiftningen inom sina respektive jurisdiktioner, har varit privilegierade partner till domstolen vid identifieringen av mål av strukturell betydelse för unionens rättsordning. Borde inte det (ofta snarare bedyrade än befintliga) ömsesidiga förtroendet vara tillämpligt även vertikalt?

128. Det förhållandet att de nationella domstolarna i sista instans kan hantera förfarandet för förhandsavgörande bevisas för närvarande på ett enligt min mening ganska oortodox sätt, nämligen av att de inte följer domen i målet Cilfit. Även om det kan låta som heresi visar de nationella domstolarna i sista instans, genom att utöva självbehärskning och urskillningsförmåga på ett sätt som är oförenligt med de kriterier som domstolen fastställt i domen i målet Cilfit, faktiskt en mycket god förståelse av systemets sanna natur. Man kan endast föreställa sig ett motsatt scenario, där (en del av) de nationella domstolarna i sista instans skulle omfamna den gode soldaten Švejk:s strategi¹¹¹ och faktiskt skulle tillämpa domen i målet Cilfit bokstavligt på alla mål som är anhängiga vid dem. EU-domstolens domstolsregister skulle varje år plötsligt innehålla tusentals fler ärenden och systemet skulle snabbt kollapsa.

¹¹⁰ Europaparlamentets och rådets förordning (EU, Euratom) 2019/629 av den 17 april 2019 om ändring av protokoll nr 3 om stadgan för Europeiska unionens domstol (EUT L 111, 2019, s. 1).

¹¹¹ Den gode soldaten Švejk är en intressant tjeckisk litterär figur, känd bland annat för ett stort antal uppvisanden av den destruktiva kraften i vettlös lydnad. Švejk underminerade den österrikisk-ungerska arméns operationer under första världskriget genom att ordagrant följa precis varje order från sina överordnade, utan att någonsin ifrågasätta deras innehåll eller anpassa dem efter omständigheterna. Se, för en av de många olika utgåvorna, Hašek, J., *The Good Soldier Švejk and His Fortunes in the World War*, Penguin Classics, 2005.

5. Slutsats i denna del

129. Domen i målet Cilfit har varit problematisk inte endast när det gäller dess genomförbarhet, men framför allt (eller innan dess) blev den felaktigt utformad. Undantagen i domen i målet Cilfit matchar inte arten av den skyldighet i domen i målet Hoffmann-Laroche som de var avsedda att verkställa. En skyldighet som har fastställts i syfte att säkerställa en enhetlig tillämpning av rättspraxis inom unionen kan inte omfattas av ett krav på avsaknad av subjektiva tvivel om den korrekta tillämpningen av unionsrätten i det specifika målet.

130. Alla de övriga frågeställningar som har beskrivits i detta avsnitt är delvis en följd av denna konceptuella mesallians, samtidigt som de tillför egna problem. Kriterierna i domen i målet Cilfit tillämpas således inte av vare sig EU-domstolen själv eller av de nationella domstolarna, inbegripet de nationella eller internationella domstolar som faktiskt verkställer dem. Kriterierna i domen i målet Cilfit förblir också avskilda från andra unionsrättsliga metoder att verkställa den skyldighet att begära förhandsavgörande som åligger domstolar i sista instans. Sådana överväganden är på ett sätt knappast överraskande: eftersom domen i målet Cilfit (i nuvarande utformning) inte rimligen kan verkställas, måste andra måttstockar införas.

D. Mitt förslag

131. Enligt min mening bör domstolen i ett första steg på nytt fastställa syftet med och omfattningen av den skyldighet att begära förhandsavgörande enligt artikel 267 tredje stycket FEUF som fastslogs redan i domen i målet Hoffmann-Laroche. I ett andra steg måste domen i målet Cilfit emellertid ses över så att de möjliga undantagen matchar denna skyldighet.

132. I domen i målet Hoffmann-Laroche konstaterades att syftet med skyldigheten att begära förhandsavgörande är ”att förhindra att det i någon medlemsstat uppstår en inhemsk rättspraxis som inte står i överensstämmelse med gemenskapsrättsreglerna”.¹¹² Utifrån detta konstaterande kan tre saker påpekas. För det första är det som ska uppnås en enhetlig tolkning, inte en korrekt tillämpning. För det andra ska fokus ligga på ”rättspraxis”, inte på en korrekt utgång i varje enskilt mål. För det tredje rör den avvikelser i rättspraxis inom medlemsstaterna, och naturligtvis i ännu högre grad inom Europeiska unionen, som ska förhindras. Logiskt måste båda typer av avvikelser undvikas: när det gäller att uppnå systemisk koherens i unionsrätten föreligger inte en enhetlig tolkning inom Europeiska unionen, om en medlemsstat eller delar av den, eller till och med ett domstolssystem i den medlemsstaten, verkar enligt andra regler än de som tillämpas i andra delar av unionen.

133. Med andra ord måste fokus för skyldigheten att begära förhandsavgörande ändras från huruvida det föreligger *subjektivt* rimligt tvivel om den korrekta *tillämpningen* av unionsrätten med avseende på utgången i det *specifika* målet till huruvida det i stället föreligger en *objektiv* skillnad som upptäckts i *rättspraxis* på nationell nivå, varigenom en enhetlig *tolkning* av unionsrätten inom Europeiska unionen hotas. På detta sätt flyttas fokus också från att fastställa det korrekta svaret i målet vid den nationella domstolen till att identifiera rätt slag av frågor.

134. Enligt denna logik föreslår jag att enligt artikel 267 tredje stycket FEUF ska en domstol i en medlemsstat, mot vars avgöranden det inte finns något rättsmedel enligt nationell lagstiftning, hänskjuta målet till EU-domstolen förutsatt att det uppkommit i) en allmän fråga om tolkningen

¹¹² Se punkt 51 ovan.

av unionsrätten (och inte om dess tillämpning), ii) avseende vilken det objektivt sett finns mer än en rimligt möjlig tolkning och iii) där man inte kan sluta sig till svaret utifrån EU-domstolens befintliga praxis (eller där den hänskjutande domstolen önskar avvika från denna praxis).

135. Formulerad på detta sätt innehåller skyldigheten att begära förhandsavgörande redan i sig sina egna undantag. Det eller de möjliga undantagen från skyldigheten att begära förhandsavgörande utlöses endast om något av dessa tre kumulativa villkor för att en fråga om tolkningen av unionsrätten ska anses föreligga som omfattas av skyldigheten att begära förhandsavgörande inte är uppfyllt. Om en nationell domstol i sista instans skulle anse att, även när det har uppkommit en fråga om tolkningen av unionsrätten i det nationella målet, något av dessa tre villkor inte är uppfyllt, är den emellertid skyldig att tydligt ange vilket av de tre villkoren som inte är uppfyllt och ange skälen till att den anser att så är fallet.

136. Innan jag går närmare in på dessa tre villkor ska två viktiga påpekanden göras.

137. För det första utgör det förhållandet att det inte föreligger någon *skyldighet* att begära förhandsavgörande i ett givet mål enligt artikel 267 tredje stycket FEUF absolut inget hinder för att en domstol i sista instans att begära bistånd av EU-domstolen i enlighet med artikel 267 andra stycket FEUF, om den skulle bedöma att detta ändå är nödvändigt för att avgöra det enskilda mål som är anhängigt vid den. Avsaknaden av en skyldighet att göra något hindrar inte möjligheten att göra samma sak. Ett mål som inte faller under skyldigheten enligt artikel 267 tredje stycket FEUF kan ändå inordnas under andra stycket i samma artikel: "en domstol i en medlemsstat, mot vars avgöranden det inte finns något rättsmedel" är och förblir under alla omständigheter "en domstol i en medlemsstat". Det förstnämnda är en logisk delmängd av det sistnämnda.

138. För det andra kan det återigen upprepas att allt som har sagts ovan och allt som sägs nedan uteslutande gäller tolkningsfrågor. Frågor som avser en unionsrättsakts giltighet omfattas fortfarande utan undantag av en strikt skyldighet att begära förhandsavgörande.¹¹³

1. En allmän eller generaliserbar fråga om tolkningen av unionsrätten

139. Detta villkor är vid första anblicken uppenbart. Det skulle till och med kunna hävdas att detta är vad förfarandet för förhandsavgörande alltid har handlat om. Verkligheten är emellertid något mer skiftande. Att domstolen en och annan gång har insisterat på att det inte får föreligga något rimligt tvivel om den *korrekta tillämpningen* av unionsrätten i målet vid domstolen i sista instans har lett till att ett antal domstolar också har begärt förhandsavgöranden om sakfrågor och ganska specifika frågor till EU-domstolen. Tre exempel får illustrera denna företeelse.

140. För det första tillhandahöll domstolen tidigare en tolkning av begreppet "extraordinära omständigheter" i den mening som avses i artikel 5.3 i förordning (EG) nr 261/2004¹¹⁴ på ett tidigt stadium, med början i domen i målet Wallentin-Hermann, där domstolen konstaterade att begreppet "extraordinära omständigheter" skulle förstås som "en händelse som ... faller utanför det berörda lufttrafikföretagets normala verksamhet och som ligger utanför dess faktiska

¹¹³ Som det anges i punkt 64 ovan.

¹¹⁴ Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 261/2004 av den 11 februari 2004 om fastställande av gemensamma regler om kompensation och assistans till passagerare vid nekad ombordstigning och inställda eller kraftigt försenade flygningar och om upphävande av förordning (EEG) nr 295/91 (EEG) nr 295/91 (EUT L 46, 2004, s. 1).

kontroll”.¹¹⁵ Det kommer troligen alltid att finnas en rad ytterligare mål som bekräftar och klargör exakt vad en sådan definition omfattar. Är alla nya faktiska scenarier, där det i vart och ett endast frågas huruvida en särskild rad omständigheter (*premissa minor*) ännu en gång kan inordnas under den tolkningsdefinition som redan tillhandahållits i unionsrätten (*premissa maior*), emellertid verkligen något som omfattas av tolkningen av unionsrätten? Domstolen har därefter i ett antal mål anmodats att kategorisera följande som ”extraordinära omständigheter”: en kollision mellan en fågel och ett flygplan,¹¹⁶ stängningen av en del av det europeiska luftrummet till följd av ett utbrott av en isländsk vulkan,¹¹⁷ en passagerares störande beteende som har motiverat att piloten beslutat om omdirigering av flygningen ”om inte det lufttrafikföretag som utför flygningen har bidragit till uppkomsten av detta beteende eller underlåtit att vidta lämpliga åtgärder mot bakgrund av varningstecken på ett sådant beteende”,¹¹⁸ eller en skada på ett flygplansdäck som beror på att det legat ett främmande föremål, såsom löst skräp, på banan på en flygplats.¹¹⁹

141. För det andra har domstolen när det gällt frågor som rört ansvarsförsäkring för motorfordon på liknande sätt meddelat flera avgöranden om begreppet ”användning av fordon” i den mening som avses i artikel 3 i direktiv 2009/103/EG.¹²⁰ Enligt domstolen täcker detta begrepp all användning av ett fordon som överensstämmer med dess sedvanliga funktion,¹²¹ det vill säga all användning av det fordonet som transportmedel.¹²² Därefter har domstolen emellertid anmodats att bekräfta huruvida även följande faktiska situationer också utgör ”användning av fordon”: ”manövrering av en traktor på gården till ett lantbruk i syfte att köra in det släpfordon som traktorn var försedd med i en lada”,¹²³ ”en situation där en jordbrukstraktor har varit inblandad i en olycka när traktorns huvudfunktion vid olyckstillfället inte var att tjäna som transportmedel utan att, i egenskap av arbetsmaskin, generera den kraft som behövdes för att driva en pump för spridning av bekämpningsmedel”,¹²⁴ ”en situation där en passagerare i ett fordon som är parkerat på en parkeringsplats stöter emot och skadar det fordon som är parkerat intill genom att öppna fordonets dörr”,¹²⁵ eller en ”situation ... där ett fordon som står parkerat i ett privat garage i en fastighet och som används i enlighet med sin funktion som transportmedel har fattat eld, vilket orsakar en brand som har sitt ursprung i fordonets elektriska system och orsakar skada på denna fastighet, ... även om fordonet inte hade flyttats på över 24 timmar innan branden uppstod”.¹²⁶

¹¹⁵ Dom av den 22 december 2008, Wallentin-Hermann (C-549/07, EU:C:2008:771, punkt 23). För senare bekräftanden se, exempelvis, dom av den 31 januari 2013, McDonagh (C-12/11, EU:C:2013:43, punkt 29), och dom av den 11 juni 2020, Transportes Aéreos Portugueses (C-74/19, EU:C:2020:460, punkt 37 och där angiven rättspraxis).

¹¹⁶ Dom av den 4 maj 2017, Pešková och Peška (C-315/15, EU:C:2017:342, punkt 26).

¹¹⁷ Dom av den 31 januari 2013, McDonagh (C-12/11, EU:C:2013:43, punkt 34).

¹¹⁸ Dom av den 11 juni 2020, Transportes Aéreos Portugueses (C-74/19, EU:C:2020:460, punkt 48).

¹¹⁹ Dom av den 4 april 2019, Germanwings (C-501/17, EU:C:2019:288, punkt 34).

¹²⁰ Europaparlamentet och rådets direktiv 2009/103/EG av den 16 september 2009 om ansvarsförsäkring för motorfordon och kontroll av att försäkringsplikten fullgörs beträffande sådan ansvarighet (EUT L 263, 2009, s. 11).

¹²¹ Se dom av den 4 september 2014, Vnuk (C-162/13, EU:C:2014:2146, punkt 59). Se även dom av den 28 november 2017, Rodrigues de Andrade (C-514/16, EU:C:2017:908, punkt 34), och dom av den 15 november 2018, BTA Baltic Insurance Company (C-648/17, EU:C:2018:917, punkt 34).

¹²² Se, exempelvis, dom av den 28 november 2017, Rodrigues de Andrade (C-514/16, EU:C:2017:908, punkt 38), dom av den 20 december 2017, Núñez Torreiro (C-334/16, EU:C:2017:1007, punkt 29), och dom av den 15 november 2018, BTA Baltic Insurance Company (C-648/17, EU:C:2018:917, punkt 44).

¹²³ Dom av den 4 september 2014, Vnuk (C-162/13, EU:C:2014:2146, punkt 59 och domslutet).

¹²⁴ Dom av den 28 november 2017, Rodrigues de Andrade (C-514/16, EU:C:2017:908, punkt 42 och domslutet).

¹²⁵ Dom av den 15 november 2018, BTA Baltic Insurance Company (C-648/17, EU:C:2018:917, punkt 48 och domslutet).

¹²⁶ Dom av den 20 juni 2019, Línea Directa Aseguradora (C-100/18, EU:C:2019:517, punkt 48 och domslutet).

142. Det tredje exemplet slutligen utgörs av tolkningen av begreppet "arbetstid" enligt direktiv 2003/88/EG.¹²⁷ Enligt fast rättspraxis utgör nyckelkravet för en klassificering som "arbetstid" i den mening som avses i direktiv 2003/88 att arbetstagaren måste vara fysiskt närvarande på en plats som arbetsgivaren bestämmer och hålla sig tillgänglig för denne för att omedelbart kunna tillhandahålla lämpliga tjänster när behov uppkommer. Dyliga skyldigheter gör det omöjligt för de berörda arbetstagarna att välja sin vistelseort under jourtjänstgöringarna och ska därför anses ingå i utförandet av deras arbetsuppgifter.¹²⁸ Till följd av denna allmänna definition har domstolen emellertid anmodats att under denna definition inordna i faktiskt avseende detaljerade situationer som rört olika former av jourtjänstgöring eller bakjour för sjukvårdspersonal och utryckningspersonal. Domstolen har således fastslagit att fullgjord jourtid utgör arbetstid om det krävs att den anställde är fysiskt närvarande på sjukvårdsinrättningen,¹²⁹ även om den berörde får vila sig på arbetsplatsen under den tid hans tjänster inte tas i anspråk,¹³⁰ eller att begreppet "arbetstid" är tillämpligt på "en situation där en [brandman] är tvungen att under sin jourtjänstgöring befinna sig i hemmet, stå till arbetsgivarens förfogande där och kunna infinna sig på arbetsplatsen inom åtta minuter."¹³¹

143. Inom alla dessa områden har domstolen förvisso utan tvekan tillhandahållit de nationella domstolarna ett användbart svar. Jag kan emellertid inte annat än ännu en gång instämma med generaladvokaten Jacobs i att "detaljerade svar på specifika frågor inte alltid befrämjar en ... enhetlig tillämpning. Sådana svar kan ha som enda verkan att ytterligare frågor uppkommer."¹³²

144. I mitt förslag till avgörande i målet Van Ameyde España nyligen, som var ännu ett mål som avsåg ansvarsförsäkring för motorfordon och i vilket begäran hade inletts av Tribunal Supremo (Högsta domstolen, Spanien), försökte jag i mer konkreta ordalag föreslå var (den per definition ganska obestämbara) linjen mellan tolkning och tillämpning av unionsrätten skulle kunna gå. Jag kan inte annat än hänvisa till det förslaget som en faktisk fallstudie.¹³³ Vad gäller det första villkoret för när en skyldighet att begära förhandsavgörande egentligen borde föreligga vill jag tillägga det nedanstående.

145. Skyldigheten att begära förhandsavgörande borde utlösas när det i en nationell domstol i sista instans uppkommer en fråga om *tolkningen* av unionsrätten, formulerad på en rimlig och lämplig abstraktionsnivå. Denna abstraktionsnivå bestäms logiskt av den ifrågavarande lagbestämmelsens räckvidd och syfte. I det särskilda sammanhanget med (obestämbara) unionsrättsliga begrepp är domstolens uppgift att tillhandahålla en tolkning av begreppet i fråga. Tillämpningen av det, inbegripet inordnandet av specifika faktiska omständigheter under definitionen i fråga, är en fråga om tillämpning av unionsrätten.

146. Ren tillämpning kan visserligen snabbt övergå i tolkning, om en hänskjutande domstol exempelvis skulle anmoda EU-domstolen att inskränka, bredda, kvalificera eller avvika från en definition som redan tillhandahållits. Förutsatt att detta faktiskt är det som begärs borde den

¹²⁷ Enligt artikel 2.1 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/88/EG av den 4 november 2003 om arbetstidens förläggning i vissa avseenden (EUT L 299, 2003, s. 9) avses med arbetstid "all tid i enlighet med nationell lagstiftning eller praxis då arbetstagaren står till arbetsgivarens förfogande samt därvid utför aktiviteter eller uppgifter".

¹²⁸ Se, exempelvis, dom av den 9 september 2003, Jaeger (C-151/02, EU:C:2003:437, punkt 63), beslut av den 4 mars 2011, Grigore (C-258/10, ej publicerat, EU:C:2011:122, punkt 53 och där angiven rättspraxis), och dom av den 21 februari 2018, Matzak (C-518/15, EU:C:2018:82, punkt 59).

¹²⁹ Dom av den 3 oktober 2000, Simap (C-303/98, EU:C:2000:528), och beslut av den 3 juli 2001, CIG (C-241/99, EU:C:2001:371).

¹³⁰ Dom av den 9 september 2003, Jaeger (C-151/02, EU:C:2003:437, punkt 71).

¹³¹ Dom av den 21 februari 2018, Matzak (C-518/15, EU:C:2018:82, punkt 65).

¹³² Generaladvokaten Jacobs i sitt förslag till avgörande i målet Wiener SI (C-338/95, EU:C:1997:352, punkt 50).

¹³³ Mitt förslag till avgörande av den 23 februari 2021 i målet Van Ameyde España SA (C-923/19, EU:C:2021:125).

hänskjutande domstolen emellertid ange detta tydligt och specifikt förklara varför det som begärs är något mer än bara en bekräftelse på (och i denna mening tillämpning av) den tidigare angivna *premissa maior*.

147. Dessutom borde den begärda tolkningen i denna mening och denna dimension ha en *allmän eller generaliserbar* inverkan. Tolkningsfrågan borde avse en allmän, potentiellt återkommande fråga om tolkningen av unionsrätten. Det ska betonas att *detta inte är* ett kriterium med avseende på den ställda frågans rättsliga betydelse eller vikt. Det är en annan, mycket enklare fråga som den nationella domstolen ska ställa sig: Kan den nu uppkomna frågan uppkomma igen, antingen vid denna domstol eller vid en domstol i en annan medlemsstat? Bör vägledning av EU-domstolen begäras för att främja en enhetlig tolkning av unionsrätten?

148. En sådan mental övning hjälper inte endast till med att formulera den fråga som ska ställas på en lämplig abstraktionsnivå, eftersom den tvingar en att identifiera allmänna, tvärgående problem. Den hjälper också till med att rensa ut mycket smala, ovanliga mål som uppkommer en enda gång och som, även om de eventuellt föranleder en fråga om tolkningen av unionsrätten, helt enkelt inte har en allmän, strukturell inverkan. Det kan under alla omständigheter med säkerhet antas att majoriteten av de nationella domstolarna i sista instans är mycket väl förtrogna med detta sätt att tänka, om än främst inom ramarna för sin egen rättsordning. Ett liknande sätt att tänka och reflektera borde helt enkelt tillämpas på den bredare, högre nivån för unionens rättsordning.

149. Sammanfattningsvis föreslår jag absolut inte att man ska göra sig av med en enhörning för att omedelbart ersätta den med en annan:¹³⁴ idén om att det finns en tydlig gräns mellan var tolkningen slutar och tillämpningen börjar och tvärtom. Syftet med skyldigheten att begära förhandsavgörande är emellertid att säkerställa en enhetlig tolkning av unionsrätten, inte en korrekt tillämpning av denna lag. Enhetlighet eftersträvas således inte, och har aldrig eftersträövats, på nivån för det *individuella avgörandet* i varje enskilt mål, utan på nivån för de *rättsregler* som ska tillämpas. Detta innebär logiskt att även om det finns en rimlig grad av enhetlighet vid tillämpningen av rättsreglerna, kan det specifika avgörandet i olika mål bli väldigt olika.

2. Flera rimligt möjliga tolkningar

150. Är det *objektivt* möjligt att tolka en specifik fråga inom unionsrätten på olika sätt? Som en nödvändig del av vart och ett av villkoren för skyldigheten att begära förhandsavgörande ingår alltid att undersöka alternativen. Med detta sagt är det – i motsats till den till sin natur *interna* och *subjektiva* osäkerheten i form av eventuellt rimligt tvivel om utgången av ett enskilt mål – förekomsten av plausibla alternativ som på en mer *extern* och *objektiv* grund föranleder liknande överväganden. Härav förslaget att skifta fokus från enbart ”jag vet inte” till ”det här är de alternativ jag har att välja mellan”.

¹³⁴ För att återkomma till den metafor som generaladvokaten Wahl gjorde, se punkt 103 ovan.

151. Jag betonar vikten av adjektiven "möjlig" och "plausibel". Jag föreslår absolut inte att en hänskjutande domstol ska vara skyldig att ange alternativen till fullo, resonera igenom dem eller till och med förklara vilket av dem som den föredrar.¹³⁵ Det måste emellertid finnas något mer än enbart ett subjektivt tvivel eller till och med avsaknad av kunskaper för att motivera en skyldighet att begära förhandsavgörande.

152. Så snart två eller flera möjliga tolkningar har lagts fram för en nationell domstol i sista instans blir skyldigheten att begära förhandsavgörande strikt. När allt kommer omkring är det just av detta skäl som denna skyldighet ålades till att börja med: när det finns ett val mellan flera alternativ som lagts fram "på bordet". Följande scenarier är särskilt relevanta som en illustration av när en sådan situation kan uppkomma.

153. För det första finns det exempel på att olika tolkningar av samma regel har tillämpats i slutliga avgöranden från nationella domstolar. Varje annan domstol i sista instans vid vilken en tvist anhängiggörs avseende samma aspekter av unionsrätten och som har *upptäckt en skillnad* i tolkningen av samma regel är skyldig att begära förhandsavgörande i syfte att få klarhet i vilken linje i rättspraxis som faktiskt är korrekt. Det spelar ingen roll huruvida en sådan upptäckt skillnad föreligger inom en och samma medlemsstat eller mellan olika medlemsstater. Jag kan inte heller förstå den logik enligt vilken skillnader mellan olika linjer i nationell rättspraxis inte skulle räcka för att det objektivt ska föreligga en skillnad i rättspraxis avseende samma fråga inom unionen,¹³⁶ förutom om det skulle röra sig om en udda variant av omvänd diskriminering. Den bakomliggande logiken i domen i målet Hoffmann-Laroche är när allt kommer omkring att avvikelser sker från det gemensamma synsättet "i någon medlemsstat" och detta av goda skäl. Det finns väl ingen enhetlig tolkning om stora delar av en medlemsstat helt enkelt går sin egen väg?

154. Jag vill emellertid lägga betoning på de *slutliga* befintliga avgöranden som meddelas på nationell nivå. Det som eftersöks är en uttalad skillnad i tolkningen på den horisontella nivån, oavsett om det är inom samma medlemsstat (olika appellationsdomstolar, olika avdelningar eller sammansättningar i de högsta domstolarna) eller mellan medlemsstaterna. Det samma behöver inte nödvändigtvis gälla med avseende på *ett och samma förfarande* som fortfarande är under avgörande. En sådan situation, där exempelvis den tolkning som har gjorts i domstolen i första instans skiljer sig från den som tillämpats av appellationsdomstolen och där målet nu är anhängigt vid en högsta domstol, kan också involvera ett eller flera synsätt på samma regel. I motsats till en situation där det finns skilda tolkningar mellan enskilda slutliga beslut som meddelats av olika domstolar, betyder detta emellertid inte automatiskt att det finns mer rimliga och plausibla sätt att tolka samma unionsrättsliga regel. Inom ett och samma förfarande kan det inte uteslutas att en domstol helt enkelt har gjort ett misstag. Skillnader i rättspraxis mellan olika förfaranden är däremot inte längre ett misstag, utan ett strukturellt problem för såväl unionsrätten som nationell rätt.

155. För det andra ska alla övriga situationer, även en situation där olika tolkningar har tillämpats inom ett och samma förfarande, helt enkelt bedömas mot bakgrund av det enskilda målet. Föreligger det i förfarandet vid domstolen i sista instans verkligen plausibla alternativ till tolkningen av samma regler, oberoende var dessa alternativ härrör ifrån? De kan härröra från

¹³⁵ Som det tidigare har föreslagits inom ramen för ett "grönt ljus-förfarande" eller andra sätt att reformera förfarandet för förhandsavgörande – se, exempelvis, Due, O., "The Working Party Report" i Dashwood, A., och Johnston, A.C., *The Future of the Judicial System of the European Union*, Hart, Oxford, 2001. Å andra sidan hindrar detta absolut inte att den hänskjutande domstolen gör detta, om den så önskar.

¹³⁶ Se även, för ett liknande resonemang, förslag till avgörande av generaladvokaten Wahl i de förenade målen X och van Dijk (C-72/14 och C-197/14, EU:C:2015:319, punkt 68).

parternas inlagor, från de olika deltagarna i det nationella rättsliga förfarandet eller från olika tidigare domar inom samma förfarande, där skillnaden inte var ett misstag utan snarare en manifestation av plausibla alternativ.

156. Tvivel vad gäller valet mellan möjliga tolkningar av en regel kan naturligtvis dessutom alltid härröra från den nationella domstolen själv. Mot bakgrund av det som anförts ovan i detta avsnitt vill jag emellertid understryka en ganska viktig punkt: verklighet och realism. Man kan knappast förvänta sig att nationella domstolar i sista instans plötsligt ska förvandlas till forskningscenter för komparativ unionsrätt och själva ex officio börjar undersöka rättspraxis från andra nationella domstolar i andra medlemsstater eller aktivt börjar försöka hitta tolkningsproblem.

157. Med detta sagt kan man däremot definitivt förvänta sig av nationella domstolar i sista instans att de erkänner att det objektivt finns en skillnad i den rättsliga tolkningen, om någon av deltagarna i förfarandet vid dem – särskilt parterna själva – uttryckligen har uppmärksammat dem på denna skillnad. Förutsatt att det faktiskt finns en skillnad mellan möjliga rättsliga tolkningar, vilket visas av att det finns möjliga alternativ, då kan – för att använda terminologin i domen i målet Cilfit – (rimligt) tvivel anses ha fastställts objektivt och externt i en tvist vid dem och skyldigheten att begära förhandsavgörande i syfte att säkerställa en enhetlig tolkning av unionsrätten kan då inte ignoreras.

3. Ingen praxis från EU-domstolen

158. Det kommer sannolikt inte att råda någon brist på (upphettade) diskussioner om exakt vad som utgör ”fast rättspraxis” i ett specifikt scenario och om huruvida alla har samma uppfattning om exakt vad det är som har ”fastslagits”. På konceptuell nivå är det emellertid faktiskt domen i målet Da Costa,¹³⁷ såsom den har fastställts och utvidgats genom domen i målet Cilfit,¹³⁸ som kräver den minsta översynen. En nationell domstol i sista instans är skyldig att begära förhandsavgörande om det vid den har uppkommit en ny fråga om tolkningen av unionsrätten eller en fråga som inte helt kan avgöras på basen av EU-domstolens befintliga praxis eller när det är lämpligt att be EU-domstolen att klargöra eller se över vissa av sina tidigare avgöranden.

159. För att uttrycka det enkelt är det andra och det aktuella tredje villkoret artikuleringar av samma problem – det första villkoret berör den enhetliga tolkningen av unionsrätten – som går i olika riktningar med olika deltagare. Det andra villkoret rör horisontell koherens och nationell rättspraxis, med det tredje villkoret är fokuserat på EU-domstolens avgöranden och deras verkningar.

160. En nationell domstol i sista instans är därför inte skyldig att hänskjuta en fråga om tolkningen av unionsrätten, om samma bestämmelse redan har tolkats av EU-domstolen. Det samma gäller i den situationen att EU-domstolens tidigare avgöranden, oavsett typ av förfarande, redan har tillhandahållit tillräcklig vägledning om tolkningen för att den nationella domstolen utan tvekan ska kunna avgöra målet på basen av befintlig rättspraxis.

161. Jag ska endast avsluta med ytterligare tre klargöranden i detta hänseende.

¹³⁷ Dom av den 27 mars 1963, Da Costa m.fl. (28/62 till 30/62, EU:C:1963:6).

¹³⁸ Dom av den 6 oktober 1982, Cilfit m.fl. (283/81, EU:C:1982:335, punkterna 13 och 14).

162. För det första kan det vara värt att ännu en gång påpeka det logiska sambandet mellan det tredje och det första villkoret: det som ska fastställas och som tydligt bör gå att sluta sig till av rättspraxis är den *unionsrättsliga regel* som ska tillämpas, inte utgången av det specifika målet. Således fastslogs exempelvis den unionsrättsliga tolkningen av vad som utgör en ”extraordinär omständighet” samtidigt som definitionen av detta begrepp konstaterades och bekräftades av EU-domstolen. Om en domstol i sista instans inte står inför en situation där den vill se över, finslipa eller avvika från den definitionen, ska den helt enkelt tillämpa den, utan att den är skyldig att söka vägledning om huruvida det, utöver alla de faktiska scenarier som redan har behandlats av EU-domstolen,¹³⁹ föreligger en extraordinär omständighet även när det springer ett rådjur eller en naken man på landningsbanan.

163. För det andra kan det vara skäligt att påpeka att även om EU-domstolen använder begrepp såsom ”fast rättspraxis” eller ”tidigare avgöranden”, kan det ibland faktiskt röra sig om ett enda prejudikat. Detta beror helt på innehållet, sammanhanget och tydligheten i den unionsrättsliga regel som har fastställts i det tidigare avgörandet.¹⁴⁰ Redan en tydligt formulerad standpunkt av EU-domstolen kan, även om den endast uttalats en gång och således knappast utgör genuin ”fast rättspraxis” enligt verklig civilrättslig tradition, där den skulle ha upprepats många gånger innan den faktiskt blev bindande, emellertid omedelbart befria en nationell domstol i sista instans från att begära förhandsavgörande.

164. För det tredje har en nationell domstol, och särskilt en nationell domstol i sista instans, alltid möjlighet att begära att EU-domstolen ska anpassa, förfina, klargöra eller till och med avvika från sina tidigare avgöranden. Om en nationell domstol i sista instans vill avvika från EU-domstolens tidigare tolkning av unionsrätten, är den emellertid skyldig att begära förhandsavgörande och för EU-domstolen förklara skälen till att den inte instämmer i dess tolkning samt – i idealfallet – ange vilket synsätt den anser är korrekt.¹⁴¹

165. För fullständighetens skull kan det tilläggas att ett scenario med ett sådant ”klargörande” kan omfatta inte endast situationer där en nationell domstol faktiskt vill att EU-domstolen ska ändra sin praxis,¹⁴² utan också situationer där skillnader i EU-domstolens praxis har upptäckts av en nationell domstol som har anmodats att tillämpa denna praxis på nationell nivå. I sådana (förhoppningsvis sällsynta) situationer föreligger en skyldighet att begära förhandsavgörande just för att säkerställa en enhetlig tolkning av unionsrätten inom Europeiska unionen, i syfte att förhindra skillnader mellan nationella domstolar till följd av att vissa stöder sig på en linje i EU-domstolens praxis medan andra tillämpar en annan.

4. Skyldigheten att ange skälen (och den öppna frågan om verkställande av skyldigheten att begära ett förhandsavgörande)

166. I det förslag jag har lagt fram ovan innehåller omfattningen av skyldigheten redan undantagen. De är två sidor av samma mynt. För att en skyldighet att begära förhandsavgörande ska uppkomma måste alla de tre villkor som beskrivs i detta avsnitt vara uppfyllda. För att en sådan skyldighet inte ska uppkomma (eller beroende på hur man ser det, för att ett undantag ska

¹³⁹ Se punkt 134 ovan.

¹⁴⁰ Jämför, av de mål som har diskuterats ovan, dom av den 4 oktober 2018, kommissionen mot Frankrike (Förskottsskatt) (C-416/17, EU:C:2018:811), å ena sidan, och dom av den 28 juli 2016, Association France Nature Environnement (C-379/15, EU:C:2016:603), å andra sidan.

¹⁴¹ För ett exempel på detta se, från senare tid, dom av den 5 december 2017, M.A.S. och M.B. (C-42/17, EU:C:2017:936).

¹⁴² Varvid ”klargörande” fungerar som en eufemism för ett faktiskt upphävande.

utlösas), måste det konstateras att ett av de tre villkoren inte är uppfyllt: det föreligger inte en fråga om tolkningen av unionsrätten, det finns endast en rimligt möjlig tolkning av unionsrätten i fråga eller det finns praxis från EU-domstolen i frågan som redan tillhandahåller ett svar.

167. Med detta sagt finns det i samtliga fall en tvärgående skyldighet eller till och med ett fjärde villkor: oavsett vilket av dessa tre villkor som den nationell domstolen i sista instans hänvisar till är den skyldig att tillhandahålla en *tillräcklig motivering* av sin slutsats att det mål som är anhängigt vid den inte omfattas av skyldigheten att begära förhandsavgörande enligt artikel 267 tredje stycket FEUF.

168. Det finns naturligtvis ingen universell måttstock för vad som är en lämplig och således tillräcklig motivering. Det beror helt på typen av mål, dess komplexitet och framför allt de argument som har anförts vid den beslutande domstolen och argumenten i ärendeakten. Förutsatt att en relevant unionsrättslig fråga faktiskt har uppkommit vid en nationell domstol i sista instans är denna domstol emellertid under alla omständigheter skyldig att tydligt och specifikt ange vilket av de tre villkoren (undantagen) som den anser är tillämpligt i målet i fråga och att tillhandahålla åtminstone en kortfattad förklaring till varför så är fallet.

169. Jag anser att det är viktigt att tydligt understryka denna skyldighet. En allmän, vag och till stor del ogrundad hänvisning till *acte clair* eller till domen i målet *Cilfit*, utan att det tillhandahålls något riktigt resonemang som avser det specifika målet och som exakt visar varför en skyldighet att begära förhandsavgörande avseende saken i målet i fråga inte föreligger, uppfyller inte detta minimikrav.¹⁴³ Enligt det faktiskt ganska objektiva och externa synsätt på skyldigheten att begära förhandsavgörande i syfte att säkerställa systemisk enhetlighet i tolkningen som förespråkas i detta förslag till avgörande ska en nationell domstol i sista instans tvärtom tillhandahålla ett resonemang där den prövar de aspekter som den har uppmärksammat på av parterna eller som tydligt framgår av det rättsliga förfarandet och själva ärendeakten. Skyldigheten att lämna en motivering korrelerar således naturligt med en domstols skyldighet att pröva alla relevanta faktiska omständigheter och argument som anförts vid den.

170. För att uttrycka det enkelt är en domstol inte skyldig att leta efter möjliga tolkningsproblem som kan uppkomma med avseende på en viss unionsrättslig bestämmelse. De tolkningsproblem som läggs fram för den, särskilt sådana som läggs fram av parterna i målet, kan emellertid inte "sopas under mattan" utan en ordentlig motivering, genom att helt enkelt i en enda mening konstatera att "allt är klart och utom rimligt tvivel".

171. Slutligen är skyldigheten att lämna en tillräcklig motivering, även om den sannolikt redan följer av relevanta nationella regler, enligt min mening även en skyldighet som åläggs i unionsrätten genom artikel 47 i stadgan. Det är ganska logiskt att om en unionsrättslig fråga på ett giltigt sätt har uppkommit under ett nationellt rättsligt förfarande, omfattas målet i fråga sannolikt, såvitt avser tillämpligheten av andra aspekter av unionsrätten, av unionsrättens tillämpningsområde. Dessutom är artikel 267 FEUF i sig tillämplig i ett sådant mål. Ett sådant mål och ett nationellt beslut som fattas med avseende på det utgör därför helt klart tillämpning av unionsrätten enligt artikel 51.1 i stadgan.

¹⁴³ Se dom av den 28 juli 2016, *Association France Nature Environnement* (C-379/15, EU:C:2016:603, punkt 53).

172. Det är med avsikt som jag avbryter här. Frågeställningar som rör verkställandet av skyldigheten att begära förhandsavgörande är kanske något som kan tas upp i framtiden. Innan sådana frågeställningar någon dag kan diskuteras måste emellertid omfattningen och arten av skyldigheten att begära förhandsavgörande först avsevärt ses över. Endast om och när detta första steg har tagits kan det bli relevant att diskutera den senare frågan om rättsmedel.

173. Jag ska avsluta med tre allmänna anmärkningar.

174. För det första, varför är det nödvändigt att just nu se över domen i målet Cilfit? Efter att ha läst igenom de övertygande förslag till avgörande från mina lärda föregångare som jag har citerat ovan står det klart att domstolen inte med lätthet kommer att öppna den ärendekanten på nytt. Dessutom kan det smått ironiskt hävdas att eftersom domen i målet Cilfit inte har fungerat på 40 år, gör ytterligare några år eller årtionden inte någon skillnad. Det finns också en viss vacker enkelhet och visdom i det oföränderliga, särskilt när systemet som helhet har uppnått någon slags jämvikt. För att återkomma till den metafor som jag använde mig av i inledningen är det kanske bäst att låta den björn som sover sova. Om den väcks, vet man aldrig vem den kommer att riva.

175. Även om ett sådant tankesätt kan vara lockande har det sina tydliga begränsningar. Det är inte hälsosamt för en domstols auktoritet och legitimitet som institution att betraktas som irrelevant, eftersom den vägledning som kommer från centrum ignoreras, och detta av goda skäl. Om en sådan avsaknad av relevans berör någon av de avgörande parametrarna för hela rättssystemet, för vars korrekta funktion och åtminstone vars delvisa verkställande detta system måste förlita sig på andra, kan dessutom en ganska ohälsosam skepticism mot rättsregler uppkomma och eventuellt sprida sig till andra områden och frågor. Slutligen kan spänningar uppstå, om en sådan noga avvägd jämvikt rubbas genom ett plötsligt utbrott av selektivt verkställande av rättsregler, varvid de som blir föremål för detta verkställande med rätta kan fråga sig: Varför oss? På detta sätt blir det, nu när björnen har vaknat, absolut nödvändigt att se över reglerna så att de kan verkställas lika för alla.

176. För det andra kan det kanske anses att jag i detta förslag till avgörande, genom att fokusera på makrofunktionen eller den offentliga funktionen hos skyldigheten att begära förhandsavgörande, har bortsett från de enskilda parterna i ett mål och deras subjektiva rättigheter. Omfattningen av skyldigheten att begära förhandsavgörande och undantagen från denna skyldighet blir dessutom vaga i sin artikulering, när de avskiljs från subjektiva tvivel i det enskilda målet och är beroende av abstrakta begrepp, såsom skillnader i tolkningen.

177. Enligt min mening är det just avsaknaden av klarhet när det gäller att konceptuellt skilja mellan den offentliga/privata funktionen och de objektiva/subjektiva villkoren för skyldigheten att begära förhandsavgörande som orsakar problemen med domen i målet Cilfit. Det val som gjordes i domen i målet Cilfit var dessutom ganska unikt i avseende på ytterligare en aspekt: skyldigheten att begära förhandsavgörande gjordes huvudsakligen beroende av individuella och subjektiva villkor i det specifika målet vid en domstol i sista instans, utan att enskilda emellertid gavs någon som helst rätt att göra gällande denna skyldighet.

178. Om den övervägande systemiska och strukturella karaktären hos skyldigheten att begära förhandsavgörande skulle erkännas, såsom jag har föreslagit, och skyldigheten då skulle grundas på mer objektiva överväganden av de systemiska behov som uppkommer i det enskilda målet, som alla kan ge de enskilda parterna i ett mål mycket mer att grunda sina argument i det enskilda målet på än subjektiva rättsliga tvivel. Dessutom är de villkor som jag har föreslagit, även om de är delvis avskilda från omständigheterna i det enskilda målet, till sin art och formulering faktiskt

mycket precisare än de som fastställdes i domen i målet Cilfit. Som en kontrast till den pågående och ändlösa diskussionen om huruvida undantagen i domen i målet Cilfit faktiskt utgör en checklista eller helt enkelt en verktygslåda utgör dessutom de villkor som jag har föreslagit helt klart en checklista, vilket bekräftar den därmed förenade skyldigheten att lämna en specifik och tillräcklig motivering.

179. Skulle inte, för det tredje och slutligen, ett sådant ”lösgörande” av det strikta greppet i domen i målet Cilfit, vilken inte längre är fokuserad på en korrekt tillämpning av unionsrätten i varje mål vid en domstol i sista instans, innebära att EU-domstolen avsäger sig sitt nyckelansvar att säkerställa enhet och enhetlighet i unionsrätten?

180. Jag har använt ganska mycket utrymme i det här förslaget åt att försöka förklara varför jag anser att den enhetlighet som eftersträvas genom domen i målet Cilfit med avseende på en korrekt tillämpning av unionsrätten i varje enskilt mål är en myt. Mot bakgrund av den decentraliserade och diffusa karaktären hos unionens rättsordning är det bästa som någonsin kan uppnås en rimlig enhetlighet vid tolkningen av unionsrätten, och redan att uppnå denna typ av enhetlighet är lättare sagt än gjort. När det gäller att uppnå en enhetlig tillämpning och enhetlighet i utgången av enskilda mål är svaret ganska enkelt: man kan inte förlora vad man inte har.¹⁴⁴

V. Förslag till avgörande

181. Jag föreslår att domstolen svarar på den första av de frågor som har ställts av Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen, Italien) på följande sätt:

Enligt artikel 267 tredje stycket FEUF ska en domstol i en medlemsstat, mot vars avgöranden det inte finns något rättsmedel enligt nationell lagstiftning, begära förhandsavgörande av EU-domstolen, förutsatt att det i det nationella målet har uppkommit, för det första, en allmän fråga om tolkningen av unionsrätten som, för det andra, rimligen kan tolkas på mer än ett möjligt sätt och, för det tredje, det av EU-domstolens befintliga praxis inte går att sluta sig till hur denna unionsrättsliga fråga ska tolkas. Om en sådan nationell domstol, vid vilken en fråga om tolkningen av unionsrätten har uppkommit, beslutar att inte begära förhandsavgörande enligt denna bestämmelse, är den skyldig att lämna en tillräcklig motivering som förklarar vilket av dessa tre villkor som inte är uppfyllt och varför.

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