

Umeå University

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

Citation for the published paper:

Lindholm, J., Derlén, M. (2006)

"EG-domstolen behåller kontrollen: Kraven enligt CILFIT och Foto-Frost efter Gaston Schul"

Europarättslig tidskrift, (2): 377-388

Access to the published version may require subscription.

Permanent link to this version:

<http://urn.kb.se/resolve?urn=urn:nbn:se:umu:diva-17207>



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

EG-DOMSTOLEN BEHÅLLER KONTROLLEN

– Kraven enligt CILFIT och Foto-Frost efter
Gaston Schul

Johan Lindholm & Mattias Derlén*

1. INLEDNING

Frågan när nationella domstolar är skyldiga att inhämta förhandsavgöranden från EG-domstolen tillhör en av gemenskapsrättens mest omdebatterade. I början av december 2005 avgjorde EG-domstolens stora avdelning målet *Gaston Schul* och hade därmed åter tillfälle att yttra sig över samarbetet mellan medlemsstaternas och unionens domstolar.¹ Målet hade sin upprinnelse i en fråga från den nederländska domstolen *College van Beroep voor het bedrijfsleven* (hädanefter *College van Beroep*). Företaget *Gaston Schul* hade påförts en tilläggsimporttull avseende import av råörsocker från Brasilien, beräknad enligt artiklarna 4.1 och 4.2 i förordning 1423/95,² och överklagat denna till nationell domstol. *College van Beroep* hade att avgöra huruvida artiklarna 4.1 och 4.2 stod i strid med den så kallade grundförordningens³ artikel 15. Eftersom EG-domstolen funnit identiska artiklar olagliga var den nationella domstolen övertygad om att artiklarna 4.1 och 4.2 också var olagliga,⁴ men då den ansåg att

* Doktorander i Europarätt vid Umeå universitet.

¹ Mål C-461/03 *Gaston Schul Douane-Expéditeur BV mot Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit* [2005], ännu ej i rättsfallssamlingen (hädanefter *Gaston Schul*).

² Kommissionens förordning (EG) nr 1423/95 av den 23 juni 1995 om tillämpningsföreskrifter för import av produkter från sockersektorn med undantag av melass.

³ Rådets förordning (EEG) nr 1785/81 av den 30 juni 1981 om den gemensamma organisationen av marknaden för socker, i dess lydelse enligt rådets förordning (EG) nr 3290/94 av den 22 december 1994 om de anpassningar och övergångsåtgärder som krävs inom jordbrukssektorn för att genomföra avtalen som slöts inom ramen för de multilaterala handelsförhandlingarna i Uruguayrundan.

⁴ *College van Beroep* konstaterade att artiklarna 4.1 och 4.2 i förordning 1423/95 var identiska med artiklarna 3.1 och 3.3 i kommissionens förordning (EG) nr 1484/95 av den 28 juni 1995 om tillämpningsföreskrifter för ordningen för tillämpning av tilläggsbelopp för import och

endast EG-domstolen hade kompetens att besluta om gemenskapsrättsakters giltighet valde den ändå, med hänvisning till målet *Foto-Frost*⁵, att föra frågan om olaglighet vidare till Luxemburg.⁶ Svaret på denna materiella fråga var precis så uppenbart som College van Beroep förutskickat. Både generaladvokaten och EG-domstolen fann att artiklarna 4.1 och 4.2 i förordning 1423/95 var olagliga.⁷

Av mer intresse är den processuella fråga, vilken den nationella domstolen förde fram. College van Beroep frågade EG-domstolen huruvida en nationell sistainstans⁸ var skyldig att inhämta ett förhandsavgörande rörande en gemenskapsrättslig bestämmelses laglighet, även om EG-domstolen redan funnit motsvarande bestämmelser olagliga.⁹ Här frågar College van Beroep strängt taget om de undantag från plikten för nationella sistainstanser att föra vidare tolkningsfrågor till EG-domstolen vilka etablerades i målet *CILFIT*¹⁰ också kan appliceras på frågor om gemenskapsrättens laglighet, eller om den så kallade Foto-Frost-doktrinen är absolut. Återstoden av denna kommentar fokuserar på frågan hur rättsläget avseende skyldigheten att begära förhandsavgöranden från EG-domstolen angående gemenskapsrättens tolkning och laglighet ser ut efter domen i *Gaston Schul*.

2. BAKGRUND – ARTIKEL 230 OCH 234 EG

Lydelsen av artikel 234 EG ger vid handen att nationella sistainstanser har en skyldighet att begära förhandsavgöranden i samtliga mål där en gemenskapsrättslig fråga uppkommer, medan nationella domstolar vilka inte dömer i sista instans aldrig har en sådan skyldighet. Skenet bedrar dock, vilket knappast är

om fastställande av tilläggsbelopp för import av fjäderfäkött och ägg och av äggalbumin samt om upphävande av förordning nr 163/67/EEG, förordning 1484/95, och att artikel 15 i grundförordningen var identisk med artikel 5 i rådets förordning (EEG) nr 2777/75 av den 29 oktober 1975 om den gemensamma organisationen av marknaden för fjäderfäkött, i dess lydelse enligt förordning nr 3290/94. Eftersom EG-domstolen i mål C-317/99, *Kloosterboer Rotterdam*, REG 2001 s. I-9863 hade förklarat att artiklarna 3.1 och 3.3 i förordning 1484/95 var oförenliga med artikel 5 i förordning 2777/75, och därmed ogiltiga, stod det enligt College van Beroep klart att även artiklarna 4.1 och 4.2 i förordning 1423/95 var ogiltiga, se *Gaston Schul*, p. 8-11.

⁵ Mål 314/85 *Foto-Frost mot Hauptzollamt Lübeck-Ost* [1987], svensk specialutgåva IX s. 233 (hädanefter *Foto-Frost*).

⁶ *Gaston Schul*, p. 12-14.

⁷ Förslag till avgörande av generaladvokat Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer i *Gaston Schul*, föredraget den 30 juni 2005, p. 28-34 och EG-domstolens dom i *Gaston Schul*, p. 26-32.

⁸ Nationella domstolar mot vars avgöranden det inte finns något rättsmedel enligt nationell lagstiftning, i enlighet med artikel 234.3 EG (hädanefter sistainstanser).

⁹ *Gaston Schul*, p. 12-14.

¹⁰ Mål 283/81 *Srl CILFIT and Lanificio di Gavardo SpA mot Ministero della sanità*, [1982] svensk specialutgåva VI s. 513 (hädanefter *CILFIT*)

ägnat att överraska på gemenskapsrättens område. Artikel 234 har genom EG-domstolens praxis både begränsats och utvidgats.

Artikel 234 begränsades genom EG-domstolens dom i det välkända målet *CILFIT*. I korthet innebar domen att nationella domstolar vilka dömer i sista instans befriades från skyldigheten att begära förhandsavgöranden från EG-domstolen om den gemenskapsrättsliga frågan var irrelevant för utkomsten av målet, om frågan redan avgjorts av EG-domstolen (så kallad *acte éclairée*) eller om den korrekta tillämpningen av gemenskapsrätten var uppenbar (så kallad *acte clair*). Nyttjandet av principen om *acte clair* kom emellertid med ett påtagligt aber. EG-domstolen slog fast att för att undkomma plikten att sända frågan vidare till Luxemburg måste den korrekta tillämpningen vara *lika uppenbar* för samtliga nationella domstolar och EG-domstolen. Detta krav innebar bland annat en skyldighet att jämföra samtliga språkversioner¹¹ av bestämmelsen i fråga och att ta hänsyn till gemenskapsrättens unika terminologi samt dess syften och utvecklingsstadium.¹²

Även om *CILFIT* tekniskt sett är en begränsning av den teoretiskt undantagslösa plikten att begära förhandsavgöranden, vilken ordalydelsen av artikel 234.3 EG ger stöd för, står det klart att EG-domstolen, genom att begära undersökning *in absurdum* för att principen om *acte clair* skulle kunna tillämpas, ville sända en varning till de nationella domstolarna.¹³ På senare år har EG-domstolen haft flera tillfällen att bemöta kritiken mot *CILFIT*. I målen *Wiener* och *Lyckeskog* framförde generaladvokat Jacobs respektive den danska regeringen kraftig kritik mot den stränga formuleringen av undantagen till artikel 234.3 EG, och särskilt kravet på jämförelse av samtliga språkversioner.¹⁴ I båda dessa mål har emellertid EG-domstolen duckat och valt att inte kommentera den framförda kritiken.

I det berömda målet *Foto-Frost* fick däremot artikel 234 EG en vidare tolkning. I *Foto-Frost* uppmanades EG-domstolen att besvara om det följer av arti-

¹¹ Eftersom EG-domstolen konsekvent använder begreppet språkversion tar vi oss samma frihet trots att det i denna kontext är en terminologisk tveksamhet enligt Wienkonventionen om traktaträtt från 1969, se vidare angående flerspråksterminologi Mala Tabory, *Multilingualism in International Law and Institutions*, Alpeen aan den Rijn 1980, s. 170-178.

¹² *CILFIT*, p. 10-20.

¹³ Se bland många andra Gerhard Bebr, "The Rambling Ghost of 'Cohn-Bendit': Acte Clair and the Court of Justice" i *Common Market Law Review* 1983 s. 466-472, G. Frederico Mancini och David T. Keeling "From CILFIT to ERT: The Constitutional Challenge facing the European Court" i *Yearbook of European Law* 1991 s. 1-13 och Hjalte Rasmussen, "The European Court's Acte Clair Strategy in C.I.L.F.I.T. – Or: Acte Clair, of Course! But What does it Mean?" i *European Law Review* 1984 s. 242-259.

¹⁴ Förslag till avgörande av generaladvokat Jacobs i mål 338/95 *Wiener S.I. GmbH v Hauptzollamt Emmerich*, REG 1997 s. I-6495 (hädanefter *Wiener*) föredraget den 10 juli 1997 samt den danska regeringens yttrande i mål 99/00, *Brottmål mot Kenny Lyckeskog*, REG 2002 s. I-4839 (hädanefter *Lyckeskog*). För vidare diskussion om målen *Wiener* och *Lyckeskog* se Mattias Derlén, "Nationella slutinstansers skyldighet att fråga EG-domstolen – CILFIT-doktrinen efter Lyckeskog" i *Europarättslig tidskrift* nr 1 2004 s. 85-93.

kel 234 EG att endast EG-domstolen är kompetent att avgöra EG-rättsliga rättsakters laglighet, vilket den nationella domstolen menade var fallet.¹⁵ Slutsatsen i *Foto-Frost* blev att endast EG-domstolen är behörig att avgöra frågor om en gemenskapsrättslig rättsakts olaglighet och att de nationella domstolarna följaktligen saknar befogenhet att avgöra sådana frågor.¹⁶ Detta var *Foto-Frost* "jurisdiktionssida". *Foto-Frost* hade emellertid även konsekvenser för förhandsbeskedsinstitutet, det vill säga en "förhandsbeskedsida". Domstolens tolkning av kompetensfördelningen mellan nationella och gemenskapsdomstolar enligt artikel 230 EG påverkade också hur artikel 234.2 EG bör tolkas. Om en nationell domstol ställs inför en situation där frågan om en EG-rättslig rättsakts laglighet är relevant, och den enligt artikel 230 EG (såsom den tolkats i *Foto-Frost*) inte har befogenhet att avgöra en sådan fråga, så blir den naturliga slutsatsen att den *skall* begära förhandsbesked från EG-domstolen trots att artikel 234 EG uttryckligen ger den ett handlingsutrymme.

CILFIT och *Foto-Frost* är i viss mån varandras motsatser. Medan *CILFIT* formellt sett befriade nationella sistainstanser från skyldigheten att begära förhandsbesked enligt artikel 234.3 EG i vissa situationer, påförde *Foto-Frost* lägre instanser en skyldighet att begära förhandsbesked när frågan om EG-rättens laglighet uppstår. Det är denna praxis som ånyo aktualiserades i *Gaston Schul*.

3. GENERALADVOKATENS YTTRANDE I GASTON SCHUL

Den uppenbart mycket litterärt bevandrade generaladvokaten Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer pekade i sitt förslag till avgörande i målet *Gaston Schul* på behovet av en revidering av såväl *CILFIT*- som *Foto-Frost*-doktrinen.

Vad gäller kraven för nyttjande av principen om *acte clair* enligt *CILFIT* slog Ruiz-Jarabo Colomer fast att dessa var omöjliga att tillämpa då de formulerades och att de idag framstår som befängda. Syftet med dessa krav var, enligt Ruiz-Jarabo Colomer, att motverka det dåtida missbruket av principen om *acte clair* i vissa nationella sistainstanser, och de har under dagens förhållanden tjänat ut

¹⁵ *Foto-Frost*, p. 11.

¹⁶ *Foto-Frost*, p. 17. EG-domstolen har emellertid i andra rättsfall givit nationell domstol vissa möjligheter att bevilja interimistisk lättnad från EG-rättens tillämpning. Se till exempel mål 107/76 *Hoffmann-La Roche mot Centrafarm Vertriebsgesellschaft Pharmazeutischer Erzeugnisse mbH*, [1977] svensk specialutgåva III s. 375, mål C-143/88 och C-92/89 *Zuckerfabrik Süderdithmarschen AG mot Hauptzollamt Itzehoe och Zuckerfabrik Süderdithmarschen AG mot Hauptzollamt Paderborn*, [1991] svensk specialutgåva XI s. 19; mål C-465/93 *Atlanta Fruchthandels-gesellschaft mbH m.fl. mot Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*, REG 1995 s. I-3761. Om detta, se allmänt Kenneth Nordback, *Interimistiska åtgärder i EG-rättsliga mål*, Iustus förlag, Uppsala 2005.

detta sitt syfte.¹⁷ Generaladvokaten tillade att EG-domstolen själv synes ha insett omöjligheten att tillämpa kraven, eftersom den inte hänvisar till fraseringen att den korrekta tillämpningen skall vara ”lika uppenbar för domstolarna i de övriga medlemsstaterna och för EG-domstolen”¹⁸ när *CILFIT* används i domstolens rättspraxis. Han hänförde sig vidare till det faktum att samma fraserings saknas i EG-domstolens informationsmeddelande angående begäran om förhandsavgörande från nationella domstolar.¹⁹ Således ansåg Ruiz-Jarabo Colomer att det fanns anledning att anta att EG-domstolen inte längre ser lika strikt på tillämpningen av *acte clair*. EG-domstolen borde därför ta sitt ansvar och korrigera *CILFIT*-doktrinen. Han hävdade att det rättsliga samarbetets principer krävde en mindre strikt hållning från EG-domstolens sida, då de nationella domstolarna idag har långt bättre kännedom om gemenskapsrätten än de hade 1983.²⁰ Slutligen hänvisade också generaladvokaten till den ökning av mål vid domstolen som kan förutses, takten av nyanslutningar samt den mättnad som skulle uppstå om *CILFIT*-kraven följdes strikt. Ett omtänkande skulle enligt Ruiz-Jarabo Colomer resultera i den önskvärda utvecklingen att EG-domstolen främst skulle komma att syssla med frågor av allmänt intresse.²¹

Liksom generaladvokat Jacobs i målet *Wiener*, till vilken Ruiz-Jarabo Colomer också hänvisade,²² fokuserade han på frågan om kompetensfördelningen mellan nationella domstolar och EG-domstolen. Speciellt formuleringen att behörigheten bör ”återföras” till de nationella domstolarna tyder på att Ruiz-Jarabo Colomer ansåg att EG-domstolen tagit på sig en för långtgående kompetens, vilken det nu är hög tid att begränsa.²³ Sammanfattningsvis synes han hävda att *CILFIT*-målet var ett barn av sin tid, en speciell reglering vilken gav EG-domstolen en ställning som under dagens förhållanden inte längre kan försvaras.

Generaladvokaten förklarade sig också mycket kritiskt till Foto-Frost-doktrinen och detta framförallt av tre anledningar. För det första, någon exklusiv kompetens för EG-domstolen att avgöra frågor om gemenskapsrättsliga rättsakter följer inte av lydelsen i artikel 230 EG.²⁴ För det andra, *Foto-Frost* medförde som ovan nämnt en skyldighet för nationella domstolar som inte är sista instans

¹⁷ För en beskrivning av framväxten av principen om *acte clair* i det franska domstolsväsendet se Kari Joutsamo, *The Role of Preliminary Rulings in the European Communities*, Helsingfors 1979, s. 187-192.

¹⁸ Lokutionen kommer från *CILFIT*, p. 16.

¹⁹ Se EG-domstolens Informationsmeddelande – Begäran om förhandsavgörande från nationella domstolar, 11/6 2005, EGT 2005/C 143/01, tillgängligt på <http://curia.eu.int/sv/instit/txt-docfr/autrestxts/txt8.pdf>, p. 12.

²⁰ Generaladvokaten hänförde till år 1983, se generaladvokatens förslag till avgörande i *Gaston Schul*, p. 58. Det bör emellertid påpekas att EG-domstolens dom i *CILFIT* avgavs den 6 oktober 1982.

²¹ Generaladvokatens förslag till avgörande i *Gaston Schul*, p. 44-59.

²² Generaladvokatens förslag till avgörande i *Gaston Schul*, p. 56 och 59.

²³ Generaladvokatens förslag till avgörande i *Gaston Schul*, p. 59.

²⁴ Generaladvokatens förslag till avgörande i *Gaston Schul*, p. 87.

att begära förhandsbesked kring frågor om EG-rättens laglighet, något som enligt generaladvokatens uppfattning stod i direkt strid med artikel 234.2 EG:s lydelse.²⁵ För det tredje, trots upprepade tillfällen har Foto-Frost-doktrinen inte medfört fördragsändringar.²⁶ Generaladvokatens ansåg mot bakgrund av detta att EG-domstolen givit sig själv ett ”artificiellt inrätta[t] monopol” för vilket medlemsstaterna har ”bristande acceptans”.²⁷

Dessa var generaladvokatens mer allmänna reflektioner kring CILFIT-doktrinen och Foto-Frost-doktrinen. Mot bakgrund av dessa ansåg han att EG-domstolen i *Gaston Schul* borde införa ett undantag liknande *acte clair* från nationella sistainstansers skyldighet att begära förhandsbesked i frågor om rättsaktens laglighet eller, annorlunda uttryckt, ett CILFIT-liknande undantag från *Foto-Frost*.²⁸

Generaladvokatens förslag att mildra kraven enligt CILFIT-doktrinen samt att tillåta undantag från Foto-Frost-doktrinen åtminstone då gemenskapsrättens olaglighet är uppenbar, torde kunna sammanfattas som ett önskemål om större befogenheter för de nationella domstolarna. Eftersom generaladvokaten underkände argumentet att artikel 230 EG ger EG-domstolen exklusiv kompetens att avgöra gemenskapsrättens giltighet kunde han fokusera på de nationella domstolarnas skyldigheter enligt artikel 234 EG. Förslagen kan således också ses som ett önskemål att medge samma undantag för frågor om laglighet som för frågor om tolkning, och därmed skapa bättre koherens i det EG-rättsliga systemet för förhandsavgöranden.

4. EG-DOMSTOLENS DOM I GASTON SCHUL

Generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomer levererade i sitt förslag till avgörande tydlig kritik mot såväl CILFIT- som Foto-Frost-doktrinen. Hans yttrande innehöll dessutom talrika referenser till grekisk mytologi.²⁹ Ironiskt nog torde EG-domstolens svar på hans drastiska förslag med en annan mytologisk referens kunna liknas vid den broms som stoppade Bellerofons försök att med Pegasos rida hela vägen upp till Olympen...

Vad gäller behovet av en revidering av CILFIT-doktrinen får EG-domstolens reaktion närmast betecknas som ett icke-svar. Den hänvisade till punkt 21 i CILFIT och de där uppräknade undantagen från skyldigheten för sistainstanser

²⁵ Generaladvokatens förslag till avgörande i *Gaston Schul*, p. 81.

²⁶ Generaladvokatens förslag till avgörande i *Gaston Schul*, p. 90.

²⁷ Generaladvokatens förslag till avgörande i *Gaston Schul*, p. 90.

²⁸ Generaladvokatens förslag till avgörande i *Gaston Schul*, p. 70-71, 91.

²⁹ Ruiz-Jarabo Colomer jämförde de nationella domstolarnas plikt att begära förhandsavgöranden i frågor om gemenskapsrättens giltighet med det meningslösa arbete Sisyfos utförde enligt den grekiska mytologin, se generaladvokatens förslag till avgörande i *Gaston Schul*, p. 1-4 och 89.

att begära ett förhandsavgörande.³⁰ Någon explicit kommentar till generaladvokatens argument att CILFIT-doktrinen bör revideras gavs inte. Detta kan i sig knappast ses som överraskande. Med tanke på att EG-domstolen valt att inte kommentera sådana frågor ens där de ställts direkt av den hänskjutande nationella domstolen skulle det vara överraskande om den gjorde så då dessa rests spontant av generaladvokaten.³¹ Däremot kan EG-domstolens hänvisning till målet *Intermodal Transports* ses som ett implicit svar på generaladvokatens förslag.³² I detta mål yttrade sig nämligen EG-domstolen över hur långt en nationell sistainstans är tvungen att gå för att säkerställa att den korrekta tillämpningen av gemenskapsrätten är ”lika uppenbar för domstolarna i de övriga medlemsstaterna och för EG-domstolen”.³³ I målet erinrade EG-domstolen om detta kriterium, men slog samtidigt fast att en nationell sistainstans inte automatiskt är skyldig att begära ett förhandsavgörande om den vill avvika från en tolkning av gemenskapsrätten utförd av ett icke rättsskipande organ i en annan medlemsstat. EG-domstolen underströk att det är den nationella domstolen som har att avgöra huruvida den korrekta tillämpningen av gemenskapsrätten är så uppenbar att det saknas utrymme för rimligt tvivel. Den tillade dock att en nationell domstol måste vara särskilt noggrann då den ämnar avvika från en tolkning utförd av ett icke rättsskipande organ i en annan medlemsstat, och särskilt beakta ”gemenskapsrättens särdrag, de särskilda svårigheter som dess tolkning medför samt risken för skillnader i rättspraxis inom gemenskapen”.³⁴ Hänvisningen till uppenbarhetsrekvisitet och de tre ovan citerade bedömningsgrunderna i *Intermodal Transports* torde, tillsammans med bland annat den tidigare domen i målet *Köbler*,³⁵ klargöra att CILFIT-doktrinen huvudsakligen står fast. Samtidigt kan EG-domstolens betonande av den nationella sistainstansens handlingsutrymme, och nedtonandet av vikten av divergerande tolkningar mellan en nationell domstol och en myndighet i en annan medlemsstat, ses som en viss öppning mot en något generösare tillämpning av uppenbarhetsrekvisitet.

³⁰ *Gaston Schul*, p. 16.

³¹ Se målet *Lyckeskog* där den svenska hovrättens fråga om ytterligare undantag från artikel 234.3 EG förblev obesvarad.

³² Mål C-495/03 *Intermodal Transports BV mot Staatssecretaris van Financiën*, [2005] ännu ej i rättsfallssamlingen (hädanefter *Intermodal Transports*). Observera att denna dom gavs den 15 september 2005, således efter generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomers yttrande.

³³ Lokutionen kommer från *CILFIT*, p. 16.

³⁴ *Intermodal Transports*, p. 26-45, citatet från p. 33. Med ”gemenskapsrättens särdrag och de särskilda svårigheter som dess tolkning medför” torde avses de tre faktorer vilka hänvisas till under denna rubrik i målet *CILFIT*, det vill säga gemenskapsrättens flerspråkighet, dess unika terminologi samt hänsynen till gemenskapsrättens syften och utvecklingsstadium, se *CILFIT*, p. 16-20.

³⁵ Se mål C-224/01 *Gerhard Köbler mot Republiken Österrike*, REG 2003 s. I-10239 och Ulf Bernitz, ”Kommissionen ingriper mot svenska sistainstansers obenägenhet att begära förhandsavgöranden” i *Europarättslig tidskrift* nr 1 2005, s. 109-116, på s. 113.

Vad gäller *Gaston Schul* inverkan på *Foto-Frost* kan man konstatera att tre av domskälen i *Gaston Schul* var identiska med de i *Foto-Frost*. För det första, divergens kring hur EG-rätten skall tolkas som uppstår till följd av *CILFIT* kan i viss mån tolereras men det är inte fallet kring EG-rättens laglighet. Sådana frågor måste därför i högre grad avgöras av EG-domstolen.³⁶ För det andra, EG-fördraget innehåller ”ett fullständigt system” för hur gemenskapsrättens laglighet skall kontrolleras och det ”inre sammanhanget” i detta system riskeras om EG-rättens laglighet prövas av nationella domstolar.³⁷ För det tredje, EG-domstolen ansåg att den är bättre lämpad än nationella domstolar att avgöra frågor om gemenskaprättsliga handlingars laglighet.³⁸

Domstolen i *Gaston Schul* hade emellertid två saker att ta ställning till som inte var uppe till prövning i *Foto-Frost*: dels effekten av att ett tidigare, vägledande avgörande från EG-domstolen existerar, dels argumentet att det skulle förkorta handläggningstiderna om de nationella domstolar själva fick avgöra EG-rättens laglighet. Vad gäller den första faktorn konstaterade EG-domstolen att man inte bara för att två regler ”vid en första anblick förefaller likartade” kan anta att de är lika lagliga eller olagliga. Det krävs enligt domstolen ”djupare granskning” av till exempel ”det rättsliga sammanhanget” eller ”de faktiska omständigheterna” för att avgöra om en rättsregel är olaglig eller ej.³⁹ Vad gäller det processekonomiska argumentet, vilket i generaladvokatens tycke var relevant,⁴⁰ konstaterade EG-domstolen helt kort att det inte kan ”anföras som skäl för att undergräva gemenskapsdomstolens *exklusiva behörighet* att avgöra gemenskapsrättens giltighet.”⁴¹

5. AVSLUTANDE ANALYS

I sin dom i *Gaston Schul* meddelade EG-domstolen följande slutsats rörande den processuella fråga vilken fördes fram av *College van Beroep*:

”[A]rtikel 234 tredje stycket EG innebär att en nationell domstol, mot vars avgöranden det inte finns något rättsmedel enligt nationell lagstiftning, är skyldig att vända sig till domstolen med en fråga avseende giltigheten av bestämmelser i en förordning, även om domstolen tidigare har funnit motsvarande bestämmelser i en liknande förordning ogiltiga.”⁴²

Frågan är vad EG-domstolen i och med denna slutsats har sagt, och inte har sagt.

³⁶ Jämför *Gaston Schul*, p. 21 med *Foto-Frost*, p. 15.

³⁷ Jämför *Gaston Schul*, p. 22 med *Foto-Frost*, p. 16.

³⁸ Jämför *Gaston Schul*, p. 24 med *Foto-Frost*, p. 18.

³⁹ *Gaston Schul*, p. 20.

⁴⁰ Generaladvokatens förslag till avgörande i *Gaston Schul*, p. 88.

⁴¹ *Gaston Schul*, p. 23, vår kursivering.

⁴² *Gaston Schul*, p. 25, vår kursivering.

Först kan konstateras att detta yttrande uppenbarligen inte medför någon förändring av CILFIT-doktrinen i sig. Det har ovan redan konstaterats att CILFIT-doktrinen i huvudsak ligger fast efter *Gaston Schul*. EG-domstolens referens till *Intermodal Transports* öppnar förvisso för en viss möjlighet att tillämpa uppenbarhetsrekvisitet något mindre strängt, men någon fundamental ändring av CILFIT kan knappast anses stå för dörren.

Hur förhåller det sig då med möjligheten för nationella sista instanser att använda någon de tre undantagen från CILFIT för att förklara gemenskapsrätten olaglig utan att föra frågan vidare till Luxemburg? Om lustigheten ursäktas kan man först konstatera att frågan om relevans inte är relevant. Om gemenskapsrätten inte är relevant i målet uppstår näppeligen frågan om dess laglighet. Därmed kvarstår principerna om *acte clair* och *acte éclairé*. Även om betoningen på tidigare rättspraxis i EG-domstolens och generaladvokatens slutsatser⁴³ kan leda tankarna till *acte éclairé* torde det stå klart att det är principen om *acte clair* som diskuteras.⁴⁴ Här är det nämligen inte fråga om att EG-domstolen redan avgjort ”den ifrågavarande rättsfrågan”, vilket skulle utgöra *acte éclairé*.⁴⁵ I de fall då EG-domstolen funnit en gemenskapsrättslig bestämmelse olaglig har nationella domstolar självklart ingen plikt att begära ett förhandsavgörande för att kunna avstå från att tillämpa densamma. Plikten för nationella domstolar i en sådan situation ligger istället i att följa EG-domstolens beslut.⁴⁶ Själva anledningen till osäkerheten om en gemenskapsrättslig bestämmelses laglighet är att EG-domstolen inte uttalat sig om denna. Den enda grund vilken då skulle kunna möjliggöra för en nationell sista instans att finna bestämmelsen olaglig utan att hänföra frågan till EG-domstolen är principen om *acte clair*. Genom domen i *Gaston Schul* framgår att *inte ens* när EG-domstolen funnit en liknande bestämmelse olaglig får den nationella domstolen utgå från att en bestämmelses olaglighet är ”så uppenbar att det inte finns utrymme för något rimligt tvivel”.⁴⁷ EG-domstolen konstaterade i sin dom, såsom noterats ovan, att bestämmelser vilka vid en första anblick förefaller likartade vid en djupare granskning kan visa sig vara icke jämförbara.⁴⁸ Uppenbarligen var EG-domstolen obenägen att låta de nationella domstolarna ge sig i kast med denna komplicerade granskning.

⁴³ Generaladvokaten konkluderade att nationella sista instanser kan avstå från att tillämpa gemenskapsrätten utan att begära ett förhandsavgörande ”när EG-domstolen själv redan har ogiltigförklarat en annan likvärdig bestämmelse och samma ogiltighetsgrund gäller för rättsakten i fråga”, se generaladvokatens förslag till avgörande i *Gaston Schul*, p. 92

⁴⁴ Detta är särskilt tydligt i generaladvokatens yttrande, se framför allt p. 67, 70 och 82 i generaladvokatens förslag till avgörande i *Gaston Schul*.

⁴⁵ CILFIT, p. 14.

⁴⁶ Se bland annat målet 66/80 *SpA International Chemical Corporation mot Amministrazione delle finanze dello Stato*, [1981] svensk specialutgåva VI s. 97, vilket diskuteras av Paul Craig och Gráinne de Búrca, *EU Law – Text, Cases and Materials*, tredje upplagan, Oxford University Press 2003, s. 442-444.

⁴⁷ CILFIT, p. 16.

⁴⁸ *Gaston Schul*, p. 20.

Slutligen skall det noteras att även bruket av andra varianter av *acte clair* utesluts av *Gaston Schul*. Om de nationella sista instanserna inte ens får avstå från att begära förhandsavgöranden i en situation som den föreliggande, då identiska bestämmelser i en annan förordning förklarats olagliga av EG-domstolen, följer det *a fortiori* att svagare grunder för *acte clair*, såsom en bestämmelses ordalydelse, inte accepteras av EG-domstolen.⁴⁹

En annan sak som fångar uppmärksamheten när man läser EG-domstolens ovan citerade domslut är att den endast uttalar sig om nationella sista instansers skyldighet att begära förhandsavgörande, något den konstaterar är absolut och utan undantag. Det följer emellertid tämligen klart redan av ordalydelsen i artikel 234.3 EG att nationella sista instanser måste hänskjuta frågor om EG-rättens laglighet till EG-domstolen och sedan domen i *Foto-Frost* har det nog också varit den gängse rådande uppfattningen om rättsläget.⁵⁰ Det svar som EG-domstolen gav *College van Beroep* i *Gaston Schul*, och som citerades ovan, är således tämligen okontroversiellt även om de resonemang som ledde fram till det kan diskuteras.

En mer intressant fråga som *Foto-Frost*-doktrinen innehåller och som är svårare att besvara är i vilken mån nationella domstolar som *inte* utgör sista instans i artikel 234.3 EG:s mening, *skall* begära förhandsbesked i frågor om EG-rättens laglighet. *Foto-Frost* har tolkats som att alla nationella domstolar har samma skyldighet,⁵¹ men *Gaston Schul* berör inte uttryckligen ämnet. *College van Beroep* hade endast bett EG-domstolen att uttala sig om sista instanser,⁵² vilket kan förklara varför EG-domstolen inte uttalade sig om lägre instansers position. Domstolen brukar dock inte låta sig hindras av de nationella domstolarnas formuleringar och hade den önskat revidera *Foto-Frost*-doktrinen gav *Gaston Schul* den en möjlighet.⁵³

⁴⁹ Redan generaladvokat Mancini i sitt yttrande i målet *Foto-Frost* avisade ett sådant bruk av *acte clair*. Han slog fast att "[e]qually unacceptable is the view, put forward by some writers, that the national court may declare a Community measure inapplicable at least when the measure is 'clairement illégal'". Såsom anledning för denna sin inställning hänvisade Mancini till EG-domstolens praxis att en gemenskapsrättslig bestämmelse måste presumeras vara giltig till dess att EG-domstolen funnit den ogiltig, se generaladvokatens förslag till avgörande i *Foto-Frost*, s. 4220.

⁵⁰ Se till exempel Manfred Zuleeg, "Enforcement of Community Law" i *Compliance and Enforcement of Community Law*, J.A.E. Vervaele red., Kluwer Law, Haag 1999, s. 357.

⁵¹ Se till exempel Jörgen Hettne och Ida Otken Eriksson (red.), *EU-rättslig metod*, Norstedts, Stockholm 2005, s. 187, Thomas de la Mare, "Article 177 and Legal Interpretation" i *The Evolution of EU Law*, Paul Craig och Gráinne de Búrca red., Oxford University Press, West Sussex 1999, s. 215, s. 223.

⁵² *Gaston Schul*, p. 14.

⁵³ Måhända kan det vara idén om en sådan mer omfattande revidering, vilket också generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomers förslag till avgörande uppmanar till, som motiverade EG-domstolens stora avdelning att ta upp *Gaston Schul* som, något tillspetsat, egentligen endast gäller om EG-domstolen verkligen menade vad de sa i *Foto-Frost*.

Trots att *Gaston Schul* inte uttryckligen berör de lägre nationella instansernas skyldighet att begära förhandsbesked kring frågor om EG-rättens laglighet kan man möjligen ändå dra vissa slutsatser kring frågan från domen. Det är svårt att förena den jurisdiktionssida och förhandsbeskedssida som *Foto-Frost* etablerade och som även återfinns i *Gaston Schul*. Måhända är det omöjligt att tolka artiklarna 230 och 234.2 EG på ett förenligt sätt.⁵⁴ Om, å ena sidan, artikel 230 EG tolkas på det sätt som följer av *Gaston Schul*, att EG-domstolen är exklusivt behörig att avgöra frågor om gemenskapsrättens giltighet, så följer det därav att nationella domstolar som inte är sistainstans *de facto* förlorar det handlingsutrymme som artikel 234.2 EG uttryckligen ger dem. Om man, å andra sidan, tolkar artikel 234.2 EG närmare sin ordalydelse som att lägre nationella domstolar inte behöver begära förhandsbesked i frågor om EG-rättens laglighet så innebär det, enligt vad generaladvokat Mancini påpekade i *Foto-Frost*, paradoxalt att de har en vidare kompetens än nationella sistainstanser.⁵⁵

Måhända är en sådan ordning ologisk men den ger knappast upphov till praktiska problem. Att nationella sistainstanser är mer begränsade än lägre instanser när det gäller att avgöra frågor om EG-rättens laglighet följer direkt av artikel 234 EG:s ordalydelse och det är ett resultat som man får uppfatta att medlemsstaterna varit villiga att acceptera för att försäkra sig om att EG-rätten i vart fall i slutändan tolkas och tillämpas korrekt. Vidare kan man konstatera att en sådan "paradoxal" ordning alldeles oavsett *CILFIT* gäller för frågor om EG-rättens tolkning.

Man bör enligt vårt tycke i första hand fokusera på jurisdiktionsfrågan. Huruvida EG-domstolen på ett område har ingen kompetens, exklusiv kompetens eller delad kompetens med de nationella domstolarna är direkt avgörande för om det finns en förhandsbeskedsfråga och, i så fall, hur den bör bemötas. Att sammanblanda jurisdiktions- och förhandsbeskedsfrågan ger upphov till märkliga resultat. Till exempel förefaller det överflödigt att som EG-domstolen gjorde i *Gaston Schul* göra lämplighetsöverväganden kring vilken domstol, EG-domstolen eller den nationella domstolen, som har de bästa förutsättningarna att avgöra frågor om EG-rättens laglighet om endast EG-domstolen och inte den nationella domstolen har kompetens på området.⁵⁶

Mot bakgrund av detta bör något avslutningsvis sägas om hur kompetensfrågan hanterades i *Gaston Schul*. Generaladvokaten gjorde mycket klart att han ansåg att den hittills rådande tolkningen av artikel 230 EG är felaktig och att EG-domstolen inte alls har exklusiv kompetens att avgöra frågor om EG-rättens giltighet. Delad kompetens av sådana frågor mellan EG-domstolen och de na-

⁵⁴ Generaladvokatens förslag till avgörande i *Foto-Frost*, s. 4218.

⁵⁵ Generaladvokatens förslag till avgörande i *Foto-Frost*, s. 4218.

⁵⁶ Jämför *Gaston Schul*, p. 23 och p. 24.

tionella domstolarna vore, i hans mening, både logiskt och praktiskt förenlig med artikel 234 EG.⁵⁷

EG-domstolen avstod dock från att dela kompetensen över frågor om gemenskapsrättens giltighet med de nationella domstolarna och tycks därmed även ha avgjort frågan om lägre nationella domstolars skyldighet att hänskjuta sådana frågor. Har EG-domstolen exklusiv kompetens i frågor om EG-rättens giltighet gentemot nationella sista instanser måste detsamma rimligen även gälla gentemot lägre instanser. Annorlunda uttryckt kan man säga att om EG-domstolen i framtiden önskar ge lägre nationella domstolar möjligheten att i några situationer besluta om EG-rättens olaglighet, utan att begära förhandsavgöranden, måste den ändra sin tolkning av artikel 230 EG, från exklusiv till delad kompetens.⁵⁸

⁵⁷ Generaladvokatens förslag till avgörande i *Gaston Schul*, p. 87-91.

⁵⁸ Det framstår således som att nationella domstolar som inte är sista instanser måste hänskjuta frågor om en gemenskapsrättslig akts ogiltighet till EG-domstolen. Domstolen har emellertid uttalat att sådana lägre nationella domstolar (men inte nödvändigtvis nationella sista instanser) är behöriga att förklara EG-rätten giltig. *Foto-Frost*, p. 14. Det ligger mot bakgrund av detta nära till hands att ifrågasätta om artiklarna 230 eller 234 EG påför en lägre nationell domstol en skyldighet att begära att EG-domstolen uttalar sig om EG-rättens giltighet. Kan man tänka sig att en sådan nationell domstol i ett mål där EG-rättens giltighet helt uppenbart kan ifrågasättas väljer att presumera att EG-rätten är giltig till dess EG-domstolen uttalat annorlunda? Något tydligt svar på denna fråga tycks inte kunna ges. Å ena sidan bör nationella domstolar tämligen långtgående presumera att gemenskapens rätten är giltig. Mål 101/78 *Granaria BV mot Hoofdprodukschap voor Akkerbouwprodukten*, [1979] svensk specialutgåva s. 369, generaladvokat Jacobs i mål C-50/00P *Unión de Pequeños Agricultores (UPA) mot Europeiska unionens råd*, REG 2002 s. I-6677, p. 42. Å andra sidan har EG-domstolen också uttalat att nationella domstolar genom den allmänna lojalitetsplikten i artikel 10 EG är skyldiga att tolka nationell rätt på ett sådant sätt att personer kan få till stånd en prövning av en EG-rättslig rättsakts ogiltighet genom förhandsbeskedsinstitutet i de situationer där de inte kan föra sådan talan inför EG-domstolen med stöd av artikel 230 EG. *UPA*, p. 39-42. Hur långt denna skyldighet sträcker sig återstår att se. Se även John Temple Lang, "Actions for Declarations that Community Regulations are Invalid: The Duties of National Courts under Article 10 EC" *European Law Review* 2003, 28 (1), s. 102-111 (anser att nationella domstolar är skyldiga begära förhandsbesked om en förordnings giltighet "if it is open to serious question") och Manfred Zuleeg, "Enforcement of Community Law" i *Compliance and Enforcement of Community Law*, J.A.E. Vervaele red., Kluwer Law, Haag 1999, s. 357 (hänför en skyldighet för alla nationella domstolar att begära förhandsbesked i frågor om EG-rättens skyldighet om sådan fråga uppkommer ur *Foto-Frost*).