
SKA MAN FRÅGA FÖR FRÅGANDETS SKULL? – OM ATT BEGÄRA FÖRHANDESAVGÖRANDE I UPPHANDLINGSMÅL

Erik Olsson och Martin Bogg*

1. INLEDNING

Visst är det konstigt att Högsta förvaltningsdomstolen inte en enda gång har begärt förhandsavgörande av EU-domstolen i upphandlingsmål?

I upphandlingsrätten, där det finns lika många åsikter som det finns aktörer, finns det få påståenden som lika effektivt gör motståndare till bundsförvanter. ”3 500 mål om året!”, utbrister den ena, ”i princip uteslutande unionsrätt!”, instämmer den andra. Med en röst citerar de sedan CILFIT-kriterierna¹ och tidigare meningsskiljaktigheter är med ens som bortblåsta. Alla är ense om att det inte bara är fel utan en smärre rättsskandal att Högsta förvaltningsdomstolen aldrig har begärt förhandsavgörande från EU-domstolen.

Vad som är underligt med denna konsensus är att det sällan är någon som pratar om ett särskilt mål där Högsta förvaltningsdomstolen borde ha begärt förhandsavgörande. Istället pratar man mer allmänt om den unionsrättsliga karaktären i upphandlingsrätten, hur många rättsfrågor som är oklara samt hur många mål som avgörs varje år. Få tycks ha gjort en egen bedömning av huruvida en skyldighet att begära förhandsavgörande faktiskt förelåg i något av de

* Erik Olsson, advokat vid Advokatfirman Delphi, Stockholm och Martin Bogg, jurist vid Advokatfirman Delphi, Stockholm.

¹ CILFIT-kriterierna kallas populärt de kriterier som reglerar de fall när en nationell domstol i sista instans är skyldiga, respektive har en rätt att avstå ifrån, att begära förhandsavgörande av EU-domstolen, se mål 283/81, CILFIT mot Ministero della Sanità.

upphandlingsmål som Högsta förvaltningsdomstolen prövat.² I denna krönika, och nästa, är det just en sådan övning vi ska ägna oss åt.

Om möjligheten till förhandsavgörande rätteligen kan kallas kronjuvelen inom ramen för EU-domstolens behörighet³ så får läran om när sådant förhandsavgörande ska eller bör begäras sägas vara kronjuvelen i unionsrättslig doktrin. Flera av vår tids största juridiska tänkare har ägnat sig åt ämnet varför försiktighet och en rejäl dos ödmjukhet bör iakttas när man närmar sig frågeställningar som har med relationen mellan EU-domstolen och nationella domstolar att göra.⁴ Vi ber er därför att ta dessa två artiklar för vad de är; två praktikers försök att få ihop en tillsynes olöslig akademisk ekvation inom ramen för det område där vi verkar – offentlig upphandling.

För att skapa oss underlag för vår bedömning kommer vi i avsnitt 2 gå igenom och analysera dels artikel 267 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt [FEUF] och dels CILFIT-kriterierna, dvs. de kriterier som bestämmer om en domstol i sista instans är skyldig att begära förhandsavgörande från EU-domstolen. I avsnitt 3 behandlar vi i korthet den kritik som framställts mot Högsta domstolen och Högsta förvaltningsdomstolens ”obenägenhet” att inhämta förhandsavgörande. Vidare kommer vi i avsnitt 4 att diskutera det svenska prövningstillståndet i Högsta förvaltningsdomstolen och vad detta har för betydelse för skyldigheten att begära förhandsavgörande. I avsnitt 5 drar vi våra egna sammanfattande slutsatser kring relationen mellan CILFIT-kriterierna och det svenska prövningstillståndet.

I nästa krönika kommer vi behandla CILFIT-kriteriernas praktiska tillämpning när prövningstillstånd väl har meddelats samt försöka tillämpa dessa på några av de mer kontroversiella upphandlingsmålen i syfte att bedöma om ovan nämnda kritik är befogad.

² Märk dock Åberg, *Svenska domstolars begäranden om förhandsavgörande – En studie av Högsta förvaltningsdomstolens beslut avseende offentlig upphandling*, ERT 2012 s. 407 ff., samt Johansson & Ahmed, *De högsta domstolsinstansernas motiveringskyldighet vid beslut att inte inhämta förhandsavgörande från EG-domstolen – En papperstiger?*, ERT 2009 s. 783 ff. Dessa artiklar undersöker dock framförallt eventuella brister i Högsta domstolen och Högsta förvaltningsdomstolens uppfyllande av den så kallade motiveringskyldighet i lag (2006:502) med vissa bestämmelser om förhandsavgörande från Europeiska unionens domstol, dvs. skyldigheten för domstolar i sista instans att motivera varför en begäran om förhandsavgörande inte gjordes. Detta är något annat än att undersöka huruvida en begäran om förhandsavgörande överhuvudtaget var påkallad.

³ Craig and de Búrca, *EU Law – Text, Cases and Materials*, 4th ed. s. 460.

⁴ Eftersom en sådan här fotnot per definition riskerar utelämnas flera som rätteligen borde nämnas nöjer vi oss här med att endast nämna en sådan tänkare, Sir Thomas Bingham. För allmänheten är han förmodligen framförallt känd för sin fantastiska lilla bok ”*The rule of law*” om rättsstatens väsen. Han har dock ägnat särskilt intresse åt frågan om förhandsavgörande, se bland annat Bingham, ”*The National Judge’s View*”, Andenas (Ed.), *Article 177 References to the European Court – Policy and Practice* (Butterworths, 1994). Som förhoppningsvis framgår av följande fotnoter och hänvisningar är han i detta avseende i gott sällskap.

2. CILFIT-KRITERIERN OCH SKYLDIGHETEN ATT BEGÄRA FÖRHANDSAVGÖRANDE

2.1 Artikel 267 FEUF – Den fördragsrättsliga utgångspunkten

Det brukar heta att all unionsrätt börjar i fördraget och så är det naturligtvis också med begäran om förhandsavgörande. I artikel 267 FEUF (tidigare artikel 234 i EG-fördraget) regleras möjligheten respektive skyldigheten för en nationell domstol att hänskjuta frågor rörande unionsrättens tolkning till EU-domstolen för förhandsavgörande.

Bestämmelsen förmedlar en serie mycket viktiga budskap. Av första stycket framgår att EU-domstolen är ensamt behörig att *tolka* unionsrättsliga akter (EU-domstolen är dock inte behörig att *tillämpa* unionsrätten i en nationell kontext eller att ogiltigförklara en nationell lagbestämmelse eller ett nationellt beslut). I andra stycket framgår att nationella domstolar har en *rättighet* att hänskjuta en unionsrättslig tolkningsfråga till EU-domstolen om de anser att de behöver EU-domstolens tolkning för att (rätt) kunna avgöra målet. Slutligen framgår av tredje stycket att nationella domstolar i sista instans i motsvarande situation har en *skyldighet* att hänskjuta en sådan tolkningsfråga.

Andra stycket i artikel 267 FEUF bygger på att den absoluta huvuddelen av unionsrättslig rättskipning sker i nationella domstolar och inte i EU-domstolen. De nationella domstolarna har att tillämpa unionsrätten och ansvarar för att säkerställa dess genomslag och korrekta tillämpning i de mål som kommer inför dem.⁵

Unionslagstiftaren inser samtidigt att den nationella domstolen kan behöva stöd i denna uppgift. En nationell domstol, som identifierat en unionsrättslig tolkningsfråga, ges därför en möjlighet att hänskjuta frågan till EU-domstolen och därmed få vägledning inför det egna avgörandet. För att låna en referens från ett populärt underhållningsprogram: den nationella domstolen sitter själv i heta stolen men har möjlighet att ringa en vän. Denna möjlighet fråntar inte den nationella domstolen sin dömande roll men ger förhoppningsvis den nationella domstolen de verktyg den behöver för att avgöra målet på ett sätt som är förenligt med unionsrätten.

Att andra stycket i artikel 267 FEUF framförallt är avsett att underlätta för den nationella domstolens verksamhet framgår inte minst av den stora frihet som den nationella domstolen har vad avser att avgöra när ett förhandsavgörande ska begäras. I doktrin talas om att det föreligger en *presumption of relevance* där EU-domstolen utgår ifrån att den fråga som den nationella domstolen stäl-

⁵ Se bland annat Bernitz, *Förhandsavgöranden av EU-domstolen – Svenska domstolars hållning och praxis*, SIEPS rapport 2010:2 s. 86.

ler är relevant och EU-domstolen är i princip skyldig att besvara denna så länge det inte finns uppenbara hinder mot att domstolen ger ett adekvat svar.⁶

EU-domstolens möjligheter att avvisa en begäran om förhandsavgörande är nog avgränsade.

Domstolen har vägrat att lämna förhandsavgörande i fall där frågorna rör tolkning av nationella bestämmelser och inte EU-rättsliga.⁷ Även i fall då frågorna saknat egentligt samband med förhållandena i målet,⁸ när den nationella domstolens förfarande inte kommer att utmynna i något juridiskt bindande beslut,⁹ när det inte rör sig om någon egentlig rättstvist¹⁰ eller för frågor av rent hypotetisk karaktär har förhandsavgörande inte lämnats.¹¹ När parterna konstruerat¹² eller framtingat en rättstvist¹³ har någon rätt till förhandsavgörande inte heller ansetts föreligga, även om praxis på området inte är helt konsekvent.¹⁴ Slutligen har förhandsavgörande vägrats när omständigheterna i de aktuella tvisterna så som de framställts till EU-domstolen är för oklara och outredda för att ett samband med EU-rätten och dess tillämpning ska kunna visas.¹⁵

EU-domstolen har i senare praxis sammanfattat det som att den ”*får särskilt underlåta att besvara en tolkningsfråga om det är uppenbart att den begärda tolkningen av unionsrätten inte har något samband med de verkliga omständigheterna eller föremålet för tvisten i målet vid den nationella domstolen, eller när frågan är hypotetisk.*”¹⁶

Hur förhåller sig då tredje stycket i artikel 267 FEUF, och dess skyldighet för domstolar i sista instans att begära förhandsavgörande, till den rättighet som domstolar har enligt andra stycket? Vi vill här göra gällande att syftet med tredje

⁶ Se Xavier Groussot, *Spirit, are you there? – reinforced judicial dialogue and the preliminary ruling procedure*, ERT 2008 s. 949–950, Se även mål C-458/06, *Gourmet Classic*, p. 21–24.

⁷ Se mål 93/75, *Alderblum mot Caisse Nationale d’Assurance Vieillesse des Travailleurs Salaries*.

⁸ Se målen C-286/88, *Falciola mot Comune di Pavia* och C-143/94, *Furlanis mot ANAS*.

⁹ Se mål 138/80, *Borker*.

¹⁰ Se mål C-111/94, *Job Centre Coop Arl*.

¹¹ Se mål C-83/91, *Meilicke mot ADV/ORGA*.

¹² Se mål 104/79, *Foglia mot Novello I* och mål 244/80, *Foglia mot Novello II*.

¹³ Se målen C-297/88, C-197/89, *Dzodzi mot Belgien*.

¹⁴ Se bl.a. mål C-150/88, *Eau de Cologne mot Provide*.

¹⁵ Se bl.a. mål C-153/00, *Paul der Weduwe och avvisningsbeslutet i mål C-190/02, Viacom Outdoor Srl*. Ett annat bevis för EU-domstolens beredvillighet att vara nationella domstolar behjälpliga är EU-domstolens avgöranden rörande sin behörighet i situationer av så kallad ”gold-plating” eller överskjutande implementering, såsom exempelvis 15 kap. LOU. I mål C-3/04, *Poseidon Chartering*, fann EU-domstolen att det finns ett gemenskapsrättsligt intresse av enhetlighet även vad gäller överskjutande implementering. Vi ser domen framförallt som ett uttryck för att EU-domstolen gör sitt yttersta för att hitta den behörighet som den behöver för att kunna hjälpa en kollega med en uppriktigt avsedd unionsrättslig fråga.

¹⁶ Förenade målen C-165/09 till C-167/09.

stycket är ett helt annat. Såsom EU-domstolens uttryckte det redan i Hoffman-La Roche:

”Inom ramen för artikel [267], vars syfte är att säkerställa en enhetlig tolkning och tillämpning av gemenskapsrätten i alla medlemsstater, har tredje stycket särskilt till ändamål att förhindra att det i någon medlemsstat uppstår en inhemsk rättspraxis som inte står i överensstämmelse med gemenskapsrättsreglerna.”¹⁷

Där det andra stycket, vilket gäller samtliga domstolar (inklusive domstolar i högsta instans), syftar till att främja en korrekt tillämpning av unionsrätten genom att ge domstolarna verktyg att använda efter eget gottfinnande, syftar tredje stycket framförallt till att förhindra skada i form av att en divergent (och med unionsrätten oförenlig) praxis utvecklas i någon medlemsstat. Anledningen till att denna bestämmelse endast riktar sig till domstolar i sista instans är att det endast är där praxis skapas. I underinstanserna finns normalt inte den risk för skada som tredje stycket syftar till att förhindra.

2.2 CILFIT-kriteriernas innehåll och syfte

Som vi sett ovan innehåller tredje stycket i artikel 267 FEUF en absolut skyldighet för domstolar i sista instans att hänskjuta unionsrättsliga tolkningsfrågor till EU-domstolen i de fall svaret på dessa frågor är nödvändigt för målets avgörande. EU-domstolen kom emellertid mycket tidigt att begränsa denna skyldighet.

Redan i mål *Da Costa En Schaake m.fl.*¹⁸ uttalade EU-domstolen att skyldigheten kan bortfalla genom tidigare tolkning som EU-domstolen gjort med stöd av artikel 267 FEUF. Så är särskilt fallet när den fråga som uppkommit är praktiskt taget likalydande med en fråga som redan varit föremål för ett förhandsavgörande. Undantaget kallas ibland för *acte éclairé*.¹⁹

EU-domstolen kom att ytterligare inskränka skyldigheten att begära förhandsavgöranden i det för området helt centrala målet CILFIT. I målet anges två ytterligare situationer, förutom *acte éclairé*, då en nationell domstol är undantagen skyldigheten. Den första situationen är när den nationella domstolen bedömt att den ifrågavarande tolkningsfrågan inte är relevant. Behövs inte den EU-rättsliga frågan besvaras för att avgöra målet i sak behöver den nationella domstolen inte heller begära något förhandsavgörande.

¹⁷ Se mål 107/76, *Hoffman-La Roche*, p. 5. Generaladvokat Stix-Hackl uttryckte det i mål C-495/03 *Intermodal Transports* p. 42 som att regeln syftar till ”att förhindra att frågor om tolkningen eller giltigheten av gemenskapsrätten hamnar i en nationell återvändsgränd”.

¹⁸ Se mål C-28/62, *Da Costa En Schaake m.fl.*

¹⁹ Med *éclairé* menas klarlagt.

Det andra undantaget, och det klart viktigaste, är *acte clair*-doktrinen. Om den korrekta tillämpningen av EU-rätten är så uppenbar att det inte finns utrymme för något rimligt tvivel om hur frågan ska avgöras, behöver något förhandsavgörande inte begäras. Innan den nationella domstolen drar slutsatsen att så är fallet, måste den dock vara övertygad om att saken är lika uppenbar för domstolarna i de övriga medlemsstaterna och för EU-domstolen. Vid denna bedömning måste den nationella domstolen beakta rättsaktens olika officiella språkversioner och de skillnader som föreligger avseende legaldefinitioner och terminologi. Något som även ska beaktas är unionsrättens karaktäristiska drag och de tolkningsproblem som dessa medför. Unionsrätten måste dessutom tolkas i sitt sammanhang, med hänsyn till dess ändamål, syfte och utvecklingsstadium vid den tidpunkt då den ifrågavarande bestämmelsen ska tillämpas. *Acte clair*-doktrinen tar således sikte på situationer då det p.g.a. reglernas klarhet inte föreligger något behov av EU-rättslig tolkning.

Genom CILFIT försökte EU-domstolen uppnå en rimlig balans mellan behovet av att undvika onödiga begäranden om förhandsavgörande och behovet av att säkerställa en enhetlig tolkning och tillämpning av EU-rätten.²⁰ CILFIT-kriterierna kan närmast beskrivas som en kompromiss mellan att utöka nationella domstolars ansvar och att uppställa strikta villkor för att förhindra att *acte clair*-doktrinen används som en ursäkt för att kringgå EU-rätten.²¹ För att förhindra det senare var det viktigt för EU-domstolen att ringa in doktrinen tillämpningsområde för att säkerställa en restriktiv tolkning. Det kan konstateras att resultatet av denna kompromiss blev ett undantag som, enligt sin ordalydelse, är mycket snävt utformat. Tolkningen ska inte bara vara *uppenbar* för den nationella domstolen, domstolen ska även undersöka huruvida tolkningen är uppenbar för övriga medlemsländer och de där rådande språkversionerna.

En nationell domstol i sista instans är skyldig att *ex officio* undersöka huruvida det mål som det har framför sig innehåller en sådan tolkningsfråga som medför skyldighet att begära förhandsavgörande. Dock framgår av EU-domstolens avgöranden i *Van Schijndel*²² att denna skyldighet inte föreligger vad avser omständigheter som, enligt nationella processuella regler, ligger utanför prövningsramen för den nationella domstolens bedömning.

En ytterligare begränsning i skyldigheten att begära förhandsavgörande är naturligtvis EU-domstolens praxis vad avser fall då EU-domstolen anser att det inte är möjligt att besvara en begäran om förhandsavgörande, se ovan. I situationer då EU-domstolen inte anser sig behörig att besvara en fråga finns det

²⁰ Se General advokat A. Tizzanos förslag till dom i mål C-99/00, *Lyckeskog*, p. 56.

²¹ Se Lenaerts, *The unity of European law and the overload of the EJ – The system of preliminary ruling revisited*, *The Future of the European Judicial System in a Comparative Perspective* (Eds), Pernice/Kokott/Saunders, s. 222.

²² De förenade målen C-430/93 och C-431/93, *Van Schijndel*.

naturligtvis inte någon skyldighet för en nationell domstol i sista instans att ställa den.²³ Undantaget från denna regel är de situationer då EU-domstolens grund för avvisning beror på bristfälligheter i begäran som sådan.²⁴ I sådana fall står det den nationella domstolen fritt att inkomma med en ny, förbättrad begäran.²⁵

Vi har ovan beskrivit att domstolen försökte uppnå en balans mellan att undvika onödiga begäran om förhandsavgörande och behovet av att säkerställa en enhetlig rättstillämpning. Detta är dock bara en del av den viktiga funktion som CILFIT-kriterierna fyller. Nationella domstolars tillämpning av *acte clair* och *acte éclairé* är ensamt avgörande för EU-domstolens status som prejudikatsbildande domstol. Funnes ingen *acte clair* och *acte éclairé* hade det nämligen inte varit möjligt för en nationell domstol i sista instans att hänvisa till EU-domstolens avgörande i någon rättsfråga utan att först hänskjuta målet genom förhandsavgörande. Det är bara genom att nationella domstolar i sista instans kan hänvisa till att en rättsfråga redan är avgjord av EU-domstolen som EU-domstolens avgörande får prejudikatverkan utanför det mål där begäran om förhandsavgörande gjorts. I detta avseende är nationella domstolars (stundtals frikostiga) tillämpning av rätten att avstå från att begära förhandsavgörande förmodligen det enskilt viktigaste medlet för unionsrättens genomslag i nationell rättspraxis.

2.3 Kritiken mot CILFIT – tre vise hen

Målet CILFIT var en av 108 begäran om förhandsavgöranden som anhängiggjordes vid EU-domstolen 1981. Det kan inte utesluta att en del av bevekelsegrunden för domstolens stränga formulering av CILFIT-kriterierna var att EU-domstolen var oroad över att en allt för avslappnad formulering av *acte clair* skulle leda till att EU-domstolen inte fick tillräckligt underlag för att utveckla unionsrätten i en önskad takt.²⁶

²³ Se mål 93/75, Alderblum mot Caisse Nationale d'Assurance Vieillesse des Travailleurs Salaries, målen C-286/88, Falciola mot Comune di Pavia och C-143/94, Furlanis mot ANAS, mål 138/80, Borker, mål C-111/94, Job Centre Coop Arl, mål C-83/91, Meilicke mot ADV/ ORGA, mål 104/79, Foglia mot Novello I och mål 244/80, Foglia mot Novello II, målen C-297/88, C-197/89, Dzodzi mot Belgien, mål C-150/88, Eau de Cologne mot Provide.

²⁴ Mål C-153/00, Paul der Weduwe och avvisningsbeslutet i mål C-190/02.

²⁵ Se de förenade målen C-165/09 till C-167/09, Stichting Natuur en Milieu m.fl. p. 52.

²⁶ Det ska dock understrykas att detta inte framgår av domskälen i CILFIT och att det dessutom är tveksamt om EU-domstolen skulle ha haft fördragsrättslig befogenhet att använda sin praxis i syfte att öka den egna måltillströmningen. En annan förklaring som diskuteras i doktrin är EU-domstolens vilja att skilja det unionsrättsliga *acte clair* begreppet från motsvarande begrepp i fransk rätt. Såsom detta begrepp kommit att tolkas av *Conseil d'État* var det endast i undantagsfall som en fråga rörande internationella fördrag behövde hänskjutas för tolkning

Idag är verkligheten en annan. Under år 2013 inkom 450 nya mål om förhandsavgöranden, vilket är det högsta antalet någonsin. Den genomsnittliga handläggningstiden är 16,3 månader.²⁷ Det kan konstateras att om det någon gång funnits en vilja hos domstolen att öka antalet mål så borde denna vilja nu rimligen avtagit.

CILFIT-kriteriernas snäva utformning och det stora inflödet av begäranden om förhandsavgörande har utsatts för omfattande kritik i doktrin.²⁸ Kritiken har emellertid inte bara kommit utifrån, utan även från domstolens egna ledamöter. Bland dessa kan i synnerhet tre generaladvokater nämnas, Jacobs, Stix-Hackls och Tizzano, vilka får sägas ha en samsyn vad gäller den underliggande problematiken men något olika angreppssätt för att lösa den.

Först ut var Jacobs. I Wiener-målet föreslog Jacobs en betydande revidering av inte bara CILFIT-kriterierna utan av EU-domstolens sätt att skriva sina avgöranden.²⁹ Jacobs menade att EU-domstolens vana att ge konkreta besked i sakfrågan för den nationella domstolen är problematisk, då denna inställning leder till att EU-domstolen drar till sig ett mycket stort antal tolkningsfrågor. Jacobs fortsatte sitt resonemang och anförde att ”nettoresultatet härav är att domstolens ingripande kan begäras i alla mål som gäller en fråga om gemenskapsrätt i alla domstolar i alla medlemsstater”, vilket skulle medföra att ”domstolen inte skulle kunna klara av ett så stort antal mål som då skulle uppstå”.³⁰ Jacobs slutsats var att ”den enda lämpliga lösningen förefaller mig vara ett större mått av återhållsamhet både från de nationella domstolarnas sida och från domstolens sida”.

Jacobs menade att CILFIT-kriterierna endast ska gälla i fall ”när det rör sig om en allmän fråga och när det finns ett verkligt behov av en enhetlig tolkning”.³¹ Just vad det gäller skyldigheten för domstolar i sista instans att utföra en jämförelse mellan rättsaktens olika språkversioner ansåg han att domen i målet CILFIT inte ska anses kräva att de nationella domstolarna undersöker varje gemenskapsrättslig bestämmelse på alla de officiella gemenskapsspråken, utan att den ska ”snarare betraktas som en nödvändig försiktighetsåtgärd mot att inta en

av regeringen. Se i detta avseende Xavier Groussot, *Spirit, are you there? – reinforced judicial dialogue and the preliminary ruling procedure*, ERT 2008 s. 940.

²⁷ Se EU-domstolens årsrapport s. 10. Anmärkningsvärt nog så beskriver EU-domstolen i sin årsrapport i kommentar till handläggningstiden att ”statistiken är mycket positiv”.

²⁸ Se bl.a. Report of the reflection group on the future of the judicial system of the European Communities, januari 2000, Lenaerts, *The unity of European law and the overload of the EJ – The system of preliminary ruling revisited*, *The Future of the European Judicial System in a Comparative Perspective* (Eds), Pernice/Kokott/Saunders, s. 211 ff., Broberg, *Acte clair revisited: Adapting the acte clair criteria to the demands of the times*, CMLR 45: 1383–1397, 2008.

²⁹ Generaladvokatens förslag till avgörande i mål C-338/95, Wiener SI.

³⁰ Se Generaladvokatens förslag till avgörande i mål C-338/95, Wiener SI, p. 15.

³¹ Se Generaladvokatens förslag till avgörande i mål C-338/95, Wiener SI, p. 64.

*alltför bokstavlig hållning vid tolkningen av gemenskapsrättsliga bestämmelser [...].*³²

Jacobs argumentation i Wiener SI upprepades i generaladvokat Stix-Hackls förslag till avgörande i målet Intermodal Transports.³³ I punkt 100 i sitt förslag till avgörande anger Stix-Hackl följande om hur CILFIT-kriterierna ska tolkas: ”CILFIT-villkoren skall alltså inte förstås som något slags schematisk vägledning för nationella domstolar som är sista instans med ledning av vilken det går att dra en objektiv och tydlig skiljelinje mellan tolkningsfrågor som dessa undantagsvis själva får lösa och tolkningsfrågor som skall föras vidare till domstolen”.³⁴ Stix-Hackl menade istället, i likhet med Jacobs, att ”villkoren skall göra den nationella domstolen medveten om gemenskapsrättens särdrag och varna för förhastade eller ensidiga slutsatser och därmed leda till en ’reflekterad övertygelse’”.³⁵

Hon var dock inte beredd att förespråka en ändring av CILFIT-kriterierna, med hänsyn till svårigheterna att utforma ett nytt mer objektivt ”filter” för vilka frågor som bör tolkas av EU-domstolen.³⁶ Som Stix-Hackls mycket riktigt påpekar är även konstaterandet att en fråga är klart och tydligt avgjord en unionsrättslig och i allra högsta grad subjektiv tolkningsfråga. Det test som Jacobs föreslår där den nationella domstolen dessutom skulle ta ställning till om det rör sig om en allmän fråga där det finns ett verkligt behov av en enhetlig tolkning skulle endast införa ett ytterligare moment av unionsrättslig bedömning för de nationella domstolarna. Bättre då, synes Stix-Hackls anse, att låta domstolarna hålla sig till CILFIT-kriterierna men samtidigt välkomna att de i rimlig mån bortser från dessa. CILFIT-kriterierna är visserligen bristfälliga men eftersom det inte går att formulera bättre kriterier bör de inte ändras utan istället är det den nationella domstolens ansvar att på egen risk bedöma när skyldighet att begära förhandsavgörande uppstår utifrån dessa kriterier.

Motsvarande inställning togs av Tizzano med den skillnaden att Tizzano anser att CILFIT-kriterierna, även enligt sin ordalydelse, tillåter en mer flexibel hållning till när förhandsavgörande bör begäras och att det således helt saknas anledning att ändra dessa.³⁷

Man kan sammanfatta de tre generaladvokaternas inställning på följande sätt. Jacobs riktar kritik mot CILFIT och föreslår att dess kriterier ska ändras till att endast avse principiellt viktiga frågor. Stix-Hackle riktar motsvarande kritik mot CILFIT men anser att det inte går att utveckla ett lämpligare test och att kriterierna därför bör behållas. Tizzano anser å sin sida att CILFIT rymmer

³² Generaladvokatens förslag till avgörande i mål C-338/95, Wiener SI, p. 65.

³³ Mål C-495/03, Intermodal Transports.

³⁴ Se Generaladvokatens förslag till avgörande i mål C-495/03, Intermodal Transports, p. 100.

³⁵ Se Generaladvokatens förslag till avgörande i mål C-495/03, Intermodal Transports, p. 102.

³⁶ Se Generaladvokatens förslag till avgörande i mål C-495/03, Intermodal Transports, p. 104.

³⁷ Generaladvokat Tizzano, mål C-99/00, Lyckeskog, p. 75–76.

en tolkning som är mer dynamisk och förlåtande mot den nationella domstolen och att kriterierna därför inte behöver ändras.³⁸

Trots denna omfattande kritik synes EU-domstolen hittills inte övergivit CILFIT-kriterierna utan hänvisar konsekvent till detta avgörande när frågan kommer upp. Det kan dock noteras att hänvisningen till jämförelse mellan olika språkversioner i tysthet har fallit bort från hur EU-domstolen väljer att återge innehållet i CILFIT. EU-domstolens nuvarande formulering kan exemplifieras med följande stycke:

”Det ska erinras om att när en unionsrättslig fråga uppkommer vid en domstol mot vars avgöranden det inte finns något rättsmedel enligt nationell lagstiftning, ska den domstolen fullgöra sin skyldighet att hänskjuta frågan till EU-domstolen, om den inte har funnit att den uppkomna frågan saknar relevans, att den aktuella unionsbestämmelsen redan har tolkats av EU-domstolen eller att den korrekta tolkningen av unionsrätten är så uppenbar att det inte finns utrymme för något rimligt tvivel (se, bland annat, dom av den 6 oktober 1982 i mål 283/81, Cilfit m.fl., REG 1982, s. 3415; svensk specialutgåva, volym 6, s. 513, punkt 21).”³⁹

För oss verkar det som om EU-domstolen i tysthet accepterat Tizzanos (och i mindre utsträckning Jacobs) inställning vad avser olämpligheten i att göra en analys av hur bestämmelsen skulle te sig i alla andra språkversioner för alla andra domstolar. Däremot synes EU-domstolen inte ha accepterat Jacobs krav på att det ska röra sig om en allmän fråga där det finns ett verkligt behov av en enhetlig tolkning utan alla oklara tolkningsfrågor, stora som små, ska hänskjutas. EU-domstolen understryker dock i senare praxis att det krävs att dessa frågor verkligen är av betydelse för det nationella målets avgörande. Att målet innehåller en unionsrättslig tolkningsfråga räcker således enligt vår bedömning inte för att skyldighet att hänskjuta ska uppstå, det krävs istället att den nationella domstolen måste passera genom denna tolkningsfråga för att kunna avgöra målet.⁴⁰

Avslutningsvis bör EU-domstolens avgörande i målet Köbler⁴¹ nämnas. Av domen framgår att en överträdelse av artikel 267 tredje stycket FEUF i sig inte

³⁸ Det ska i sammanhanget nämnas att även Generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomer riktat kritik mot CILFIT-kriterierna och föreslagit att dessa bör ändras. I sitt mycket illustrativa yttrande liknar Colomer de nationella domstolarnas position med den arme kung Sisyfos, dömd av gudarna att gång på gång rulla en sten uppför en kulle bara för att se den rulla ned igen så fort han nått toppen. Som Colomer antyder har Sisyfos fått detta straff för sin djärvhet, något som gudarna såg som ett trots mot deras upphöjdhet. Denna, det oproportionerliga straffets tematik, tycker vi oss kunna skönja även i Jacobs yttrande där han påtalar det oproportionerliga i att tillämpa CILFIT på alla domstolsavgörande bara för att undvika risken för något fåtal felaktiga domar genom att parafasera det engelska talesättet ”don't use a sledgehammer to crack a nut”, se generaladvokatens förslag till avgörande i mål C-338/95, Wiener SI, p. 63.

³⁹ Se de förenade målen C 128/09–C 131/09, C 134/09 och C 135/09, Antoine Boxus m.fl. mot Région Walloone punkten 31.

⁴⁰ Se mål C-136/12, Consiglio Nazionale dei Geologi, punkten 26.

⁴¹ Mål C-224/01, Gebhard Köbler mot Republiken Österrike.

kan ligga till grund för en skadeståndstalan för överträdelse av unionsrätten. Däremot kan underlåtelse av en sådan skyldighet vara en försvårande omständighet då man bedömer huruvida den nationella domstolens felaktiga tillämpning av en annan unionsrättslig bestämmelse varit uppenbar. Att en nationell domstol dömer fel i sak blir mindre förlåtligt om den nationella domstolen först åsidosatt sin skyldighet att begära förhandsavgörande.⁴²

3. KRITIKEN MOT HÖGSTA (FÖRVALTNINGS) DOMSTOLEN OCH FRÅGAN OM MEDDELARSKYLDIGHET

De nationella domstolarnas lösning på CILFIT-kriteriernas problematiska utformning har runt om i Europa varit att tillämpa vad som verkar vara en klart vidare tolkning av *acte clair*-doktrinen än den som framgår vid en strikt bokstavstolkning av CILFIT.⁴³ Kanske är detta också att föredra, konsekvensen av en mer strikt tolkning hade antagligen inneburit att EU-domstolen skulle gå under av antalet begäranden om förhandsavgörande.⁴⁴

Särskilt i Sverige har kritik riktats mot att Högsta förvaltningsdomstolen och Högsta domstolen i mindre utsträckning än vissa andra nationella domstolar hänskjuter mål till EU-domstolen för förhandsavgörande.⁴⁵ I kritiken har jämförelse gjorts med bland annat Österrike, Belgien och Nederländerna som i för-

⁴² Se Ida Otken Eriksson, *Medlemsstaternas skadeståndsansvar för nationella domstolars överträdelser av gemenskapsrätten: Björnen sover...*, ERT 2004 s. 199. Ida Otken Eriksson förhåller sig kritisk till avgörandet och synes anse att det hade varit lättare för EU-domstolen att döma ut skadestånd på grundval av överträdelsen av artikel 267 FEUF som sådan snarare än den underliggande överträdelse. Enligt vår mening är detta emellertid inte möjligt eftersom artikel 267 FEUF inte förmedlar någon rättighet för enskild, vilket är ett av rekvisiten för att skadestånd ska kunna utdömas på unionsrättslig grund.

⁴³ Ett talande exempel som påvisar denna klyfta mellan vad som anges i CILFIT och nationella domstolars syn på artikel 267 FEUF är Staffan Vängbys uttalande i Juridisk Tidskrift. Se Vängby, *Förhandsavgöranden från EG-domstolen – en replik till Jan-Mikael Bexhed*, JT 1999–2000, s. 248 ff. Enligt Staffan Vängbys mening bör svenska domstolar ”*avstå från att inhämta förhandsavgörande i andra fall än när man efter en egen inträngande analys av EG-rätten fortfarande känner sig osäker och i verkligt behov av ett sådant avgörande*”. Uttalandet ger uttryck för en mer avslappnad hållning till skyldigheten att hänskjuta än vad som framgår av en bokstavstolkning av CILFIT.

⁴⁴ Se Broberg, *Acte Clair Revisited: Adapting the Acte Clair Criteria to the Demands of the Times*, Common Market Law Review 2008, s. 1384 och Bernitz & Kjellgren, *Europarättens grunder*, 4 u., s. 181.

⁴⁵ Se Bernitz, *Samarbetet mellan EG-domstolen och nationella domstolar*, ERT 2009 s. 454 och *Kommissionen ingriper mot svenska sista instansers obenägenhet att begära förhandsavgöranden*, ERT 2005 s. 109, *Förhandsavgöranden av EU-domstolen – Svenska domstolars hållning och praxis*, SIEPS rapport 2010:2 s. 86.

hållande till sin befolkningsmängd begär betydligt fler förhandsavgörande än Sverige.⁴⁶

Även kommissionen har i motiverat yttrande av den 13 oktober 2004 riktat kritik mot Sverige vad avser framförallt Högsta domstolens obenägenhet att begära förhandsavgörande.⁴⁷ Särskild kritik riktades mot att Högsta domstolen föreföll obenägen att begära förhandsavgörande i samband med att domstolen tar ställning till om prövningstillstånd ska meddelas. Kommissionen var även kritisk mot att avslag på begäran om förhandstillstånd inte motiveras och att det därför är svårt för kommissionen att, som fördragets väktare, kontrollera huruvida Högsta domstolen respektive Högsta förvaltningsdomstolen uppfyller sina skyldigheter enligt artikel 267 FEUF. Kommissionen ansåg att Sverige borde ha vidtagit åtgärder mot att de högsta domstolsinstanserna inte begär förhandsbesked i samband med att de tar ställning till prövningstillstånd och dessa borde ha ålagts att motivera sina beslut om avslag på prövningstillstånd så att (kommissionen) kan kontrollera om artikel 267 FEUF har iakttagits. Eftersom Sverige avstått från sådana åtgärder hade Sverige, enligt det motiverade yttrandet, inte uppfyllt sina skyldigheter enligt nuvarande artikel 267 FEUF.

Det är enligt vår mening tveksamt om kommissionen verkligen har befogenhet att kräva att Sverige tillser att domstolar i sista instans använder sig av prövningstillståndsinstitutet på ett annat sätt än vad som tidigare varit fallet eller att de öppet motiverar sina avslag på prövningstillstånd. De två grunder som kommissionen åberopar, nämligen att det finns en risk för att det utvecklas en praxis som inte står i överensstämmelse med gemenskapsrätten samt att det måste kunna kontrolleras av kommissionen hur domstolarna tillämpar artikel 267 FEUF är i bästa fall rättsligt tveksamma. Som vi nedan ska utveckla uppstår ingen praxis med mindre än att Högsta förvaltningsdomstolen respektive Högsta domstolen faktiskt meddelar prövningstillstånd. Att försöka förmå dessa domstolar att meddela *fler* prövningstillstånd är således inte i sig ett verktyg för att förhindra att det uppstår en praxis som inte står i överensstämmelse med gemenskapsrätten. Om kommissionen hade identifierat en felaktig rättstillämpning i kammarrätt eller hovrätt hade kritik naturligtvis kunnat riktas

⁴⁶ Det ska dock noteras att inget av dessa länder har ett system som kräver prövningstillstånd i sista instans. I praktiken innebär detta att exempelvis Österrikes högsta förvaltningsdomstol sakprövar mellan 5 000 till 20 000 mål om året medan motsvarande siffra för Högsta förvaltningsdomstolen är ca 130 mål. Ställt i relation till antalet sakprövade mål, snarare än till befolkningsunderlag, synes den österrikiska högsta förvaltningsdomstolen betydligt sämre än Högsta förvaltningsdomstolen på att begära förhandsavgörande.

⁴⁷ Se Europeiska kommissionens motiverade yttrande av den 13 oktober 2004, ärende nummer 2003/2161 C(2004) 3899. Kommissionen anmärkte särskilt på att Högsta domstolen fram till år 2012 endast hade begärt förhandsavgörande i tre fall, vilket kommissionen ansåg orimligt lite i förhållande till ”*antal mål som överklagats och vari gemenskapsrätten kan ha varit relevant*”.

direkt mot denna, alldeles oavsett om frågan prövats i sista instans. Slutligen kan ifrågasättas vilken fördragsbestämmelse som ger kommissionen rätt att kräva att Högsta domstolen eller Högsta förvaltningsdomstolen motiverar sina avslag på prövningstillstånd. Någon sådan skyldighet finns inte enligt EU-domstolens praxis. Det är att sträcka lojalitetsprincipen långt att påstå att det finns en särskild motiveringsskyldighet för nationella domstolar enkom med syftet att kommissionen på ett mer effektivt sätt ska kunna fullgöra sina skyldigheter.⁴⁸

Den svenska regeringen valde emellertid att inte låta saken drivas inför EU-domstolen, utan införde istället en lag om motiveringsskyldighet⁴⁹ för domstol i sista instans i enlighet med kommissionens begäran. Om frågan verkligen skulle ha prövats inför EU-domstolen, är det tveksamt om kommissionens talan hade bifallits.

4. PRÖVNINGSTILLSTÅNDETS BETYDELSE FÖR BEGÄRAN OM FÖRHANDESAVGÖRANDE

4.1 Förutsättningar för prövningstillstånd

För att Högsta förvaltningsdomstolen och Högsta domstolen ska ta upp ett överklagande till prövning krävs att prövningstillstånd meddelas enligt 36 § förvaltningsprocesslagen (1971:291) [FPL] respektive 54 kap. 10 § rättegångsbalken (1942:740) [RB].

Prövningstillstånd i Högsta förvaltningsdomstolen får enligt 36 § FPL meddelas om det antingen är av vikt för ledning av rättstillämpningen (prejudikatdispens), eller om det finns synnerliga skäl, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag (extraordinär dispens).

Vidare får, om prövningstillstånd meddelas i ett av två eller flera likartade mål som samtidigt ligger för bedömning, prövningstillstånd meddelas även i övriga mål (följddispens).⁵⁰ Det finns inget krav om att Högsta förvaltnings-

⁴⁸ Se Broberg, *Acte Clair Revisited: Adapting the Acte Clair Criteria to the Demands of the Times*, *Common Market Law Review* 2008, s. 1395. Märk dock att Bernitz synes vara av uppfattningen att Europadomstolens avgörande i Ullens de Schooten-målet, mål nr 3989/07 och 38353/07, ger ytterligare stöd för kommissionens talan, se Bernitz I *Preliminary reference and the Swedish courts: What explains the continued restrictive attitude?*, *Constitutionalizing the EU judicial system – Essays in honor of Pernilla Lind* (Eds), Cardonnel/Rosas/Wahl, s. 178–180. Mot en sådan slutsats kan dock anföras att målet rörde belgisk domstol som inte var föremål för regler om prövningstillstånd. Målet rör således motiveringsskyldighet för vägran att begära förhandsavgörande inom ramen för ett mål som prövas i sak.

⁴⁹ Se lag (2006:502) med vissa bestämmelser om förhandsavgörande från Europeiska unionens domstol.

⁵⁰ Grunder för prövningstillstånd för Högsta domstolen är likalydande, se 54 kap. 10 § RB.

domstolens avgöranden avseende prövningstillstånd ska motiveras, utom i de fall där fråga om förhandsavgörande aktualiserats.⁵¹

Den i praktiken viktigaste grunden för prövningstillstånd är prejudikatdispens. Av bestämmelsens utformning framgår att Högsta förvaltningsdomstolen har stort utrymme att bedöma vad som är av vikt för rättstillämpningen, och Högsta förvaltningsdomstolen har också intagit en restriktiv hållning till huruvida prövningstillstånd ska meddelas. Är behovet av prejudikat tillräckligt stort kan detta ensamt medföra att prövningstillstånd meddelas, trots att omständigheterna i övrigt talar mot att prövningstillstånd ska meddelas. Om kammarrätterna kommit fram till olika avgöranden i frågan eller om kammarrätterna i flera avgöranden avvikit från Högsta förvaltningsdomstolens tidigare praxis finns normalt också ett stort behov av prejudikat. Något annat som har betydelse för behovet av prejudikat är vilken betydelse rättsfrågan i vanliga fall har för den enskilde. Vid ingripande åtgärder, så som t.ex. frihetsberövanden, eller om det gäller stora belopp, får behovet av prejudikat anses mer betydelsefullt.⁵²

Den aktuella rättsfrågan bör även vara tydlig och väl avgränsad, utan att vara beroende av särskilda omständigheter som i regel varierar från fall till fall. Förekommer det tvistiga sakfrågor i målet är detta något som talar mot att prövningstillstånd ska meddelas, om nu inte prejudikatet ska avse just bevisfrågor.

Om parterna i underinstanserna inte insett vilken den intressanta rättsfrågan är har rättsfrågan troligtvis inte blivit belyst tillräckligt väl för att lämpa sig som ett prejudikat. Klagande part bör inte argumentera för att kammarrättens avgörande är felaktigt – den omständigheten att kammarrättens avgörande är felaktigt har väldigt liten betydelse för huruvida det föreligger ett behov av prejudikat. En faktor som starkt talar mot att prövningstillstånd meddelas är om de bestämmelser som målet rör ändrats eller inom en snar framtid ska ändras. Det eventuella prejudikatet blir då tämligen betydelselöst.

Det är ovanligt att prövningstillstånd meddelas om klagandens talan avser vitt skilda rättsfrågor. Att samtliga av dessa rättsfrågor förtjänar prövningstillstånd är inte särskilt sannolikt och Högsta förvaltningsdomstolen har hittills uppvisat en tämligen återhållsam praxis avseende möjligheten att avgränsa ett prövningstillstånd till viss del av det beslut som den fullföljda talan avser. Vilken inverkan som de nya bestämmelserna om partiellt prövningstillstånd i 36 a och b §§ FPL kommer att få i detta avseende återstår att se.

Förekomsten av en intressant rättsfråga innebär inte per automatik att prövningstillstånd meddelas. Är rättsfrågan inte avgränsad, t.ex. om flera rättsfrågor går in i varandra, eller om sakomständigheterna är tvistiga eller inte klarlagda,

⁵¹ Se ovan ang. kommissionens talan mot Sverige och den motiveringsskyldighet som därefter infördes i svensk rätt.

⁵² Se närmare om förutsättningarna att bevilja prövningstillstånd Baekkevold, *Prövningstillstånd i Regeringsrätten*, Skattenytt nr 9 2002, s. 473 ff.

kan det mycket väl vara så att Högsta förvaltningsdomstolen avstår från att meddela prövningstillstånd för att istället vänta på ett mål som är mer ”rent” och därmed lämpar sig bättre som ett prejudikat.

4.2 Lyckeskogs inverkan på prövningstillståndet

Den klassiska svenska uppfattningen vad det gäller förutsättningarna för prövningstillstånd och behovet av prejudikat som redovisats ovan påverkas dock på flera sätt av systemet med förhandsavgörande till EU-domstolen.

En första fråga är huruvida det förhållandet att Högsta förvaltningsdomstolen i princip fritt väljer vilka mål som medges prövningstillstånd medför att det är kammarrätten snarare än Högsta förvaltningsdomstolen som ska anses som domstol i sista instans i den bemärkelse som avses enligt artikel 267 tredje stycket FEUF. Frågan besvarades i målet Lyckeskog.⁵³

Syftet med systemet med förhandsavgörande uppnås enligt EU-domstolen när de högsta domstolsinstanserna, mot vars avgörande det inte finns något rättsmedel, är bundna av skyldigheten att begära förhandsavgörande. Den omständigheten att det krävs prövningstillstånd för att överklagandet ska tas upp till prövning medför inte att parterna saknar rättsmedel.⁵⁴ Enligt EU-domstolen kan således varken hovrätt eller kammarrätt anses utgöra domstol i sista instans, varför någon skyldighet enligt artikel 267 tredje stycket FEUF att begära förhandsavgörande inte föreligger för dessa instanser.

En andra fråga är om EU-domstolens uttalanden i Lyckeskog medför en utökad skyldighet för domstol i sista instans att meddela prövningstillstånd. Högsta domstolen uttalade i NJA 2004 s. 735 angående förhållandet mellan skyldigheten att begära förhandsavgörande och förutsättningarna att meddela prövningstillstånd följande:

”I de fall skyldighet föreligger för HD att i ett mål begära förhandsavgörande av EG-domstolen bör det regelmässigt vara av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av domstolen (jfr punkt 17 i Lyckeskog-domen). Även om det någon gång skulle kunna förekomma att 54 kap. 10 § RB inte direkt ger stöd för att meddela prövningstillstånd i ett mål där en EG-rättslig tolkningsfråga nödvändigtvis måste besvaras för att saken skall kunna avgöras, skall HD ändå iaktta den skyldighet som följer av tredje stycket i artikel 234. I ett sådant fall kan HD begära förhandsavgörande innan frågan om prövningstillstånd avgörs.”

Av Högsta domstolens uttalande framgår att begreppet ”*ledning för rättstillämpningen*” i 54 kap. 10 § RB, vilket är likalydande med 36 § FPL, även måste inne-

⁵³ Se mål C-99/00, Lyckeskog, p. 14.

⁵⁴ Se mål C-99/00, Lyckeskog, p. 15–16.

fatta en prövning i förhållande till EU-rätten. Det har i doktrin gjorts gällande att denna prövning sträcker sig så långt att behovet av förhandsavgörande utgör en *självständig* grund för meddelande av prövningstillstånd, vilken bör införas i lagtexten.⁵⁵ Vi delar inte denna uppfattning. Så som Högsta domstolen uttryckt sig, talar den omständigheten att det föreligger en skyldighet att begära ett förhandsavgörande för att det *normalt* även är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet också prövas av domstolen. Hade behovet av förhandsavgörande utgjort en självständig grund för att meddela prövningstillstånd, skulle naturligtvis prövningstillstånd *alltid* meddelas i mål där det föreligger en skyldighet att begära förhandsavgörande. Behovet av prövningstillstånd utgör därmed enligt Högsta domstolens uttalande inte en självständig grund för prövningstillstånd utan påverkar endast bedömningen, tillsammans med övriga faktorer, av huruvida behov av prejudikat föreligger.

Även om förekomsten av en oklar unionsrättslig tolkningsfråga, vilken är av betydelse för målets avgörande, naturligtvis starkt talar för att skäl för prövningstillstånd också föreligger är det inte svårt att tänka sig mål som i och för sig medför en skyldighet att begära förhandsavgörande men som likväl inte förtjänar prövningstillstånd. Till exempel har EU-domstolen inga som helst invändningar mot att pröva tolkningen av redan obsoleta bestämmelser och ägnar inte sällan stor uppmärksamhet åt direktivsbestämmelser som vid tillfället för EU-domstolens avgörande sedan länge upphävts och ersatts av ny lagstiftning. En nationell prejudikatinstans bör av lätt insedda skäl inte ägna sig åt den typen av övningar om inte bestämmelsen ifråga är oförändrad i den nya lagstiftningen.

Det kan vidare framhållas att behovet av en skyndsam handläggning i upphandlingsmål i vissa situationer skulle kunna göra det olämpligt att meddela prövningstillstånd även i mål som innehåller oklara unionsrättsliga frågor, om inte särskilt tunga skäl talar för att prövningstillstånd meddelas. Naturligtvis ska felaktigt genomförda upphandlingar inte få leda till att avtal tecknas, men uppgiften att se till att så inte blir fallet åvilar enligt vår mening framförallt förvaltningsrätten och kammarrätten, inte Högsta förvaltningsdomstolen. Om Högsta förvaltningsdomstolen gör bedömningen att prövningstillstånd inte behöver meddelas till ledning av rättstillämpningen bör den kunna förlita sig på att underinstanserna ser till att rätt skipas och bör, med hänvisning inte minst till behovet av en skyndsam handläggning, avstå från att meddela prövningstillstånd.

⁵⁵ Se Bernitz, *Förhandsavgöranden av EU-domstolen*, Sieps 2010:2, s. 37–38.

4.3 Att fråga för frågandets skull

Vi har ovan kunnat konstatera att Högsta domstolen inte anser att behovet av begäran om förhandsavgörande utgör en självständig grund för prövningstillstånd samt att man mycket väl kan tänka sig mål som kan uppfylla CILFIT-kriterierna utan att för den sakens skull vara prejudikatsvärdiga. Det förfarande som Högsta domstolen föreslår för sådana fall, nämligen att begäran ska göras innan domstolen tar ställning till frågan om prövningstillstånd, knyter an till EU-domstolens uttalande i målet Lyckeskog.⁵⁶ Högsta domstolens ställningstagande i denna del är dock problematiskt av flera skäl.

En grundläggande förutsättning i de allra flesta fall för att överhuvudtaget börja diskutera behovet av ett prejudikat och meddelande av prövningstillstånd är att rättsläget är oklart, till vilket även skyldigheten att begära förhandsavgörande anknyter.⁵⁷ Till skillnad från ändringsdispens,⁵⁸ där det eventuella framtida domslutet är avgörande för huruvida prövningstillstånd ska meddelas eller inte, är det vid prejudikatdispens själva *oklarheten* som är det väsentliga, varför en begäran om förhandsavgörande och det efterföljande svaret från EU-domstolen saknar betydelse för frågan om prövningstillstånd ska meddelas. Tvärtom kan en begäran om förhandsavgörande, om den görs innan det att prövningstillstånd meddelas, medföra att den eventuella oklarhet som hade kunnat läggas till grund för prövningstillstånd undanröjs. Om begäran om förhandsavgörande får ett verkligt klarläggande svar kommer det inte finnas något fortsatt behov av prejudikat och det rätta i en sådan situation skulle vara att avslå prövningstillstånd direkt efter det att förhandsavgörandet meddelats.

Det kan även ifrågasättas om EU-domstolen inte, för det fall den visste att den nationella domstolen övervägde att avslå begäran om prövningstillstånd efter det att begäran om förhandsavgörande gjorts, skulle avvisa talan med hänvisning till att EU-domstolens avgörande rörande en viss unionsrättslig tolkningsfråga i så fall saknar betydelse för målets avgörande.⁵⁹ Enligt vår mening skulle det endast vara lämpligt att begära förhandsavgörande, innan det att prövningstillstånd meddelas, om begäran rörde tolkningen av artikel 267 FEUF och hur dessa bestämmelser förhåller sig till nationella bestämmelser om prövningstillstånd. Att begära förhandsavgörande även om förutsättningarna för prövningstillstånd inte anses uppfyllda skulle endast göras för att blidka domstolens skyldighet enligt artikel 267 FEUF i mål som i övrigt inte lämpar sig för prejudikat. Domstolen frågar för frågandets skull.

⁵⁶ Se mål C-99/00, Lyckeskog, p. 18.

⁵⁷ Se dock ovan om att underinstansers från tidigare klara prejudikat avvikande praxis kan föranleda ett behov av ett nytt prejudikat.

⁵⁸ Se FPL 34 a § 1 st. 1–2 p. och RB 49 kap. 14 § 1 st. 1–2 p.

⁵⁹ Se mål C-83/91, Meilicke mot ADV/ORGA.

Att som berörd part behöva vänta i drygt 16 månader för att sedan nekas prövningstillstånd vore enligt vår mening provocerande för parterna och ett slöseri med domstolens begränsade resurser. Denna icke önskvärda situation kan undvikas genom att helt enkelt neka prövningstillstånd, i de fall prövningstillstånd inte i övrigt är påkallat, utan att först begära ett förhandsavgörande.

Mycket tyder också på att våra domstolar i sista instans intagit detta enligt vår mening pragmatiska förhållningssätt. Bland de mål där Högsta förvaltningsdomstolen valt att inte meddela prövningstillstånd och där någon av parterna aktualiserat frågan om förhandsavgörande, har följande motivering om att inte bifalla yrkandet om förhandsavgörande avgivits:

”I målet aktualiseras förutom [EU-rättslig] problematik också andra frågeställningar, bl.a. rörande tolkningen av förfrågningsunderlaget. Omständigheterna i målet är sådana att det inför ställningstagandet till frågan om prövningstillstånd inte finns anledning att inhämta förhandsavgörande från [EU-domstolen]. [Högsta förvaltningsdomstolen] avslår yrkandet om inhämtande av förhandsavgörande.”⁶⁰

Motiveringen anknyter tydligt till de faktorer som redovisats ovan som är av betydelse vid bedömningen av om förutsättningar för prövningstillstånd föreligger. Av motiveringen att döma är den intressanta rättsfrågan inte tillräckligt avgränsad och målet aktualiserar allt för många frågor för att lämpa sig som ett prejudikat. Vid sådana omständigheter finns enligt Högsta förvaltningsdomstolen *inför ställningstagandet till frågan om prövningstillstånd* inte anledning att inhämta ett förhandsavgörande. Motsatsvis kan utläsas att för målets avgörande i sak, skulle en skyldighet att begära förhandsavgörande mycket väl kunna föreligga enligt artikel 267 FEUF.⁶¹

Återigen framhåller Högsta förvaltningsdomstolen att det just för frågan om prövningstillstånd inte finns skäl att inhämta förhandsavgörande. Ovanstående exempel kan kontrasteras mot bl.a. nedan angivna motiveringar då prövningstillstånd inte meddelats, där Högsta förvaltningsdomstolen tydligt uttalar att någon skyldighet enligt artikel 267 tredje stycket FEUF inte föreligger, vare sig inför frågan om prövningstillstånd eller i målet i sak.

”Mot bakgrund av omständigheterna i målet finner [Högsta förvaltningsdomstolen] att den aktualiserade gemenskapsrättsliga problematiken inte innefattar någon sär-

⁶⁰ Motiveringen förekommer bl.a. i mål nr 5082-06, beslut av den 17 augusti 2006, mål nr 6885-06, beslut av den 21 november 2006, mål nr 5700-10, beslut av den 20 oktober 2010 samt mål nr 7542-10, beslut av den 23 december 2010.

⁶¹ Ett annat exempel som påvisar Högsta förvaltningsdomstolens synsätt är följande motivering vid beslut att inte meddela prövningstillstånd: ”*Utredningen i målet visar inte att det finns skäl att – inför ställningstagandet till frågan om prövningstillstånd – inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen.*” Se mål nr 6824-10, beslut av den 26 november 2010.

skild tolkningsfråga som är sådan att [Högsta förvaltningsdomstolen] är skyldig att inhämta förhandsavgörande från [EU-domstolen].⁶²

”[Högsta förvaltningsdomstolen] finner att den gemenskapsrättsliga reglering som aktualiserats i målet redan har tolkats av [EU-domstolen]. [Högsta förvaltningsdomstolen] finner därför inte anledning att inhämta förhandsavgörande från [EU-domstolen].⁶³

Det kan tyckas kontroversiellt att Högsta förvaltningsdomstolen till synes åsidosätter skyldigheten att inhämta förhandsavgörande genom att endast inte meddela prövningstillstånd. Vi menar dock att den praxis som Högsta förvaltningsdomstolen verkar ha satt i system, att vid mål som inte uppfyller förutsättningarna för prövningstillstånd men där en skyldighet enligt artikel 267 tredje stycket FEUF föreligger endast neka prövningstillstånd, ligger i linje med syftet bakom systemet med förhandsavgörande, att säkra en enhetlig tolkning och tillämpning av EU-rätten i medlemsstaterna.⁶⁴ Nekas prövningstillstånd, kan en disparat EU-rättslig praxis svårligen uppstå, något avgörande i sak meddelas nämligen aldrig. Visserligen gör man ingen nytta i den bemärkelsen att den EU-rättsliga rättsutvecklingen inte drivs framåt, men någon skada uppstår heller inte.

Synsättet stämmer även överens med kravet på att en begäran enligt artikel 267 FEUF ska vara nödvändig för målets avgörande. Högsta förvaltningsdomstolen behöver normalt inte passera genom någon unionsrättslig tolkningsfråga för att komma fram till att prövningstillstånd inte bör meddelas. Förekomsten av en sådan tolkningsfråga kan visserligen mycket väl leda till att prövningstillstånd meddelas men frågan om ett mål ska tas upp till prövning är inte unionsrättslig utan avgörs helt enligt FPL.

Man skulle kunna fråga sig huruvida Högsta förvaltningsdomstolen, förutom att tillse att det inte utvecklas en praxis som står i strid med unionsrätten, även har en skyldighet att tillse att unionsrätten utvecklas genom att viktiga och klara rättsfrågor hänskjuts till EU-domstolen. Vårt svar på denna fråga är att Högsta förvaltningsdomstolen mycket väl kan ha en sådan skyldighet men att denna i så fall grundar sig på FPL:s bestämmelser och på domstolens roll i den svenska rättsordningen, snarare än på unionsrätten.

Högsta förvaltningsdomstolens roll är att bilda en praxiskarta till vägledning för, och till utveckling av, svensk rättstillämpning. I den mån denna funktion kräver att även rena unionsrättsliga tolkningsfrågor klargörs, ligger det inom

⁶² Se t.ex. mål nr 260-08, beslut av den 16 maj 2008 och mål nr 23-09, beslut av den 21 april 2009.

⁶³ Se t.ex. mål nr 8016-06, beslut av den 27 februari 2007 och mål nr 1855-07, beslut av den 4 juli 2007.

⁶⁴ Se ovan avsnitt 2.

ramen för Högsta förvaltningsdomstolens uppdrag att släppa upp ett lämpligt mål och inom ramen för detta mål begära förhandsavgörande. Denna skyldighet följer dock av förvaltningsprocesslagen och inte av unionsrätten. Däremot är Högsta förvaltningsdomstolen enligt lojalitetsprincipen skyldig att se till att den egna praxiskartan inte utvecklas på ett sätt som *står i strid* med unionsrätten. Denna skyldighet kan uppnås genom att prövningstillstånd meddelas och att förhandsavgörande begärs på ett sådant sätt att risken för ett felaktigt avgörande minskas. Men skyldigheten kan faktiskt också, åtminstone i det enskilda fallet, fullgöras genom att prövningstillstånd inte meddelas.

Det ska framhållas att det synsätt vi gör gällande ovan kan medföra att enskilda går miste om sina rättigheter enligt unionsrätten genom att ett beslut om att inte meddela prövningstillstånd stänger möjligheten att rätta ett kammaravgörande som står i strid med unionsrätten. Högsta förvaltningsdomstolen meddelar kanske prövningstillstånd vid ett senare tillfälle om kammarrätten vid upprepade tillfällen dömer i strid med gällande unionsrätt men detta är till föga tröst för den enskilde som fått sitt mål feldömt. Vårt svar på en sådan kritik är att den snarare borde riktas mot kammarrätten som dömt fel än Högsta förvaltningsdomstolen som inte meddelat prövningstillstånd. Kammarrätten är sista ändringsinstans och måste som sådan vinnlägga sig om att döma rätt även i de svåraste unionsrättsliga frågor. Unionsrättens fulla genomslag kräver att alla domstolar, även de undre instanserna, beaktar unionsrätten och strävar efter att avgöra mål på ett sätt som är förenligt med denna. Även om kammarrätten, enligt EU-domstolens avgörande i Lyckeskog, inte har någon skyldighet att begära ett förhandsavgörande, så är det under alla omständigheter att rekommendera att den kammarrätt som står inför ett domslut där unionsrättslig vägledning behövs, utnyttjar sin möjlighet att begära förhandsavgörande. Kammarrätten kan, i egenskap av sista ändringsinstans, aldrig freda sig med att Högsta förvaltningsdomstolen kan meddela prövningstillstånd, begära förhandsavgörande och rätta till målet om det blir fel. Det är ett oönskat resultat av Lyckeskog om någon uppfattat detta avgörande som en ursäkt för kammarrätten att avstå från att begära förhandsavgörande även i situationer där kammarrätten misstänker att det kan finnas en risk för att kammarrättens tänkta avgörande kan komma att stå i strid med unionsrätten.

Vidare ska understrykas att detta gäller på precis motsvarande villkor för svensk rätt som för unionsrätt. Även i ett mål som rör allemansrättens utnyttjande för midsommarfirande⁶⁵ finns det endast två domstolsinstanser i vilka man kan räkna med att få en felaktig dom undanröjd. Det likvärdighetstest som

⁶⁵ Det finns säkert någon skickligare unionsrättare än författarna som kan hitta en tolkningsfråga även i en sådan situation. Vår poäng är endast att motsvarande begränsningar i möjligheten till prövning gäller för helt inhemsk rätt som för unionsrätten.

gäller för nationella processuella regler är därmed uppfyllt.⁶⁶ Vad gäller effektivitetstestet så kan konstateras att den enskilde, trots allt, får en prövning i två instanser och därmed får anses kunnat få tillgång till tillräckligt effektiva rättsmedel för att tillvarata sin rätt. Allt annat hade inneburit ett underkännande av den svenska instansordningen. Man kan naturligtvis inte veta, men vi har svårt att tro att EU-domstolen skulle kräva att Sverige omvandlade Högsta förvaltningsdomstolen till en ändringsinstans just vad avser mål innehållande oklara unionsrättsliga frågor. EU-domstolens respekt för det nationella processuella självbestämmandet är i vår mening allt för stor för ett sådant krav på särbehandling av de unionsrättsliga målen.

Det har sagts att det aldrig är fel för Högsta förvaltningsdomstolen att inte meddela prövningstillstånd. Uttalandet är tillspetsat men är samtidigt en viktig beskrivning av Högsta förvaltningsdomstolens roll i den svenska rättsordningen. Högsta förvaltningsdomstolen ska leda rättsutvecklingen och har i denna funktion getts rätt att ur de mål som anhängiggörs hos den välja ”russin ur kakan” för att samlat bygga en praxiskarta som ger underinstanserna, och i förlängningen samhället i stort, en så klar bild av gällande rätt som möjligt. Högsta förvaltningsdomstolen prövar bara en bråkdel, ca 2 procent, av alla mål som överklagas dit.⁶⁷ 98 procent sorteras bort för att de av en eller annan anledning inte passar in i den praxiskarta Högsta förvaltningsdomstolen bygger och således skulle kunna medföra att rättspraxis fördunklas eller blir onödigt omfattande.⁶⁸ Den praxisordning vi valt i Sverige bygger på övertygelsen att Högsta förvaltningsdomstolen med ett fåtal noga utvalda, och väl motiverade, avgöranden ska kunna agera vägledande för de stora mängder rättstillämpning som sker i underinstanserna. För att detta ska vara möjligt måste Högsta förvaltningsdomstolen enligt vår mening ges stort utrymme att själv bestämma vilka mål som tas upp till prövning.

Vår ordning är naturligtvis inte den enda tänkbara. Olika rättstraditioner ger upphov till olika ordningar och bland unionens medlemmar finns ett brett spektrum av lösningar representerat. Det finns länder, såsom exempelvis Storbritannien, som är än mer sparsmakad i vad den högsta domstolsinstansen tar upp till prövning.⁶⁹ Men det finns också länder som Österrike, vars högsta förvaltningsdomstol, traditionellt, inte överhuvudtaget använder sig av prövningstillstånd utan sakprövar samtliga de drygt 5 000 till 20 000 mål som årligen

⁶⁶ Se mål 33/76, Rewe, p. 5 och de förenade målen C-430/93 och C-431/93, Van Schijndel p. 15.

⁶⁷ Se domstolsstatistik 2013.

⁶⁸ Det ska inte glömmas att alltför många avgöranden från en praxisinstans i sig riskerar medföra att innehållet i praxis blir mer otillgängligt. Se Generaladvokat Jacobs förslag till avgörande i C-338/95, Wiener SI, p. 21, för likande resonemang fast avseende EU-domstolens praxis.

⁶⁹ Storbritanniens högsta domstol prövar endast 80 till 100 mål om året inom samtliga rättsområden.

anhängiggörs hos den.⁷⁰ Det är inte svårt att förstå att det österrikiska systemet ger upphov till fler förhandsavgöranden, men frågan är om det går att säga att det också är ett bättre system för att skapa prejudikat till vägledning för den nationella rättsordningen. Vi vill inte ta ställning i denna fråga och vår gissning är att EU-domstolen inte vill det heller. Även om unionsrätten ska tillämpas på ett likartat sätt i hela unionen måste respektive medlemsstat själv i stor utsträckning få bestämma hur detta uppnås. Detta gäller i synnerhet för sådana grundläggande nationella angelägenheter som hur man inom sin rättsordning väljer att bygga praxis.

5. SLUTSATSER

Så är det då så konstigt att Högsta förvaltningsdomstolen inte en enda gång har begärt förhandsavgörande av EU-domstolen i upphandlingsmål?

Det är för tidigt för oss att redan i denna krönika svara på den frågan. Vi har ovan kunnat konstatera att det inte på unionsrättslig grund går att kritisera Högsta förvaltningsdomstolen för att den inte i tillräcklig mån meddelar prövningstillstånd i mål som innehåller unionsrättsliga tolkningsfrågor. Inte heller går det att hävda att förekomsten av sådana tolkningsfrågor skulle utgöra en egen grund för prövningstillstånd enligt FPL. Man kan visserligen anse att Högsta förvaltningsdomstolen generellt borde ta upp fler mål till prövning, något som i sig förmodligen hade lett till fler begäran om förhandsavgörande, men det är i så fall en rättspolitisk invändning om hur man bäst bildar prejudikat till vägledning för rättstillämpningen i Sverige.

Eftersom Högsta förvaltningsdomstolen i hög grad själv råder över vilka mål som den tar upp till prövning och då kammarrätten är den sista ”ändringsinstansen” är det av stor vikt att kammarrätten själv tar ansvar för unionsrättens korrekta tillämpning och, där så behövs för att detta ska kunna garanteras, utnyttjar sin möjlighet att inhämta förhandsavgörande. Kammarrätten bör inte räkna med att Högsta förvaltningsdomstolen meddelar prövningstillstånd i högre grad än vad som gäller för övriga mål.

Det saknas även grund att kritisera att Högsta förvaltningsdomstolen inte begär förhandsavgörande i samband med att den tar ställning till frågan om prövningstillstånd. Tvärtom vore det enligt vår mening rakt olämpligt att begära förhandsavgörande om inte också prövningstillstånd ska meddelas.

⁷⁰ Märk att den österrikiska förvaltningsdomstolen januari 2014 infört ett prövningstillståndssystem. Det ska bli intressant att se om detta påverkar mängden begäranden om förhandsavgörande som denna domstol skickar.

Ska man fråga för frågandets skull? – om att begära förhandsavgöranden i upphandlingsmål

Mot denna bakgrund kan vi inte komma till någon annan slutsats än att kritiken mot Högsta förvaltningsdomstolen, i den del som avser prövningstillståndets relation till begäran om förhandsavgörande, är obefogad.

I nästa krönika kommer vi att undersöka hur CILFIT-kriterierna bör tillämpas när ett upphandlingsmål tagits upp till prövning i sak och om det finns anledning att kritisera Högsta förvaltningsdomstolen i det avseendet.

