

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
WALTER VAN GERVEN
fremsat den 8. maj 1990 *

Høje Domstol.

1. House of Lords (herefter benævnt »den forelæggende ret«) har forelagt følgende spørgsmål for Domstolen til præjudiciel afgørelse i medfør af EØF-Traktatens artikel 177:

»Var British Gas Corporation (på det pågældende tidspunkt) et organ af en sådan art, at appellerterne umiddelbart kan påberåbe sig ligebehandlingsdirektivet (76/207/EØF af 9.2.1976) ved de engelske domstole og tribunals, således at de er berettigede til at kræve erstatning med den begrundelse, at British Gas Corporation's politik med hensyn til pensionering var i strid med direktivet?«¹.

A. Foster og de andre appellanter i hovedsagen (herefter benævnt »appellerterne i hovedsagen«) er tidligere kvindelige ansatte i British Gas Corporation (herefter benævnt »BGC«); da de fyldte 60 år på forskellige tidspunkter mellem den 27. december 1985 og den 22. juli 1986 blev de i overensstemmelse med BGC's almindelige politik tvunget til at tage deres afsked. I samme periode

skulle mandlige ansatte i BGC først tage deres afsked, når de fyldte 65 år.

I dommene i Defrenne III², Burton³, Roberts⁴, Marshall⁵ og Beets-Propert⁶ statue-rede Domstolen, at en aldersgrænse som blev anvendt med det formål at bringe et arbejdsforhold til ophør, er et arbejdsvilkår, nærmere bestemt et afskedigelsesvilkår, hvis gyldighed skal undersøges i lyset af direktiv 76/207 om ligebehandling⁷.

Artikel 5, stk. 1, i direktivet bestemmer, at

»anvendelsen af princippet om ligebehandling for så vidt angår arbejdsvilkår, herunder afskedigelsesvilkår, indebærer, at mænd og kvinder sikres samme vilkår uden forskelsbehandling på grundlag af køn.«

Den forelæggende ret har påpeget, at Det Forenede Kongerige på det pågældende tidspunkt endnu ikke havde bragt sin nationale lovgivning i overensstemmelse med ligebehandlingsdirektivet. Section 6 (4) i Sex

2 — Dom af 15. juni 1978, Defrenne (149/77, Sml. s. 1365).

3 — Dom af 16. februar 1982, Burton (19/81, Sml. s. 555).

4 — Dom af 26. februar 1986, Roberts (151/84, Sml. s. 703).

5 — Dom af 26. februar 1986, Marshall (152/84, Sml. s. 723).

6 — Dom af 26. februar 1986, Beets-Propert (262/84, Sml. s. 773).

7 — Se også mit forslag til afgørelse i sag C-262/88, Barber (dom af 17. maj 1990, Sml. s. I-1889), punkt 26 in fine, samt punkt 32 og 33.

* Originalsprog: nederlandsk.

1 — Rådets direktiv 76/207/EØF af 9. februar 1976 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår (EFT 1976, L 39, s. 40).

Discrimination Act 1975, som dengang var i kraft, bestemte, at forbuddet i lovens section 6 (1) (b) og (2) mod, at en arbejdsgiver udøver forskelsbehandling af kvinder med hensyn til ansættelses- eller afskedigelsesvilkår eller ved på anden måde at behandle dem ugunstigt, ikke fandt anvendelse på bestemmelser i forbindelse med død eller pensionering⁸.

2. Parterne i hovedsagen er enige om, at den sondring, der foretages mellem mænd og kvinder i BGC's politik med hensyn til pensionering, på trods af section 6 (4) i Sex Discrimination Act 1975 er ulovlig, hvis artikel 5, stk. 1, i direktiv 76/207 finder direkte anvendelse på de for appellanterne i hovedsagen gældende afskedigelsesvilkår, men at BGC's politik er lovlig, hvis dette ikke er tilfældet.

I præmis 49 i Marshall-dommen af 26. februar 1986 i sag 152/84¹⁰ anførte Domstolen, at borgerne kun kan støtte ret på bestemmelser som artikel 5, stk. 1, i direktiv 76/207 over for »staten« — i dens egenskab af »arbejdsgiver eller offentlig myndighed« — i betragtning af, at »det er væsentligt at hindre, at medlemsstaten kan forbedre sin retsstilling ved ikke at efterkomme fællesskabsretten«¹¹. Derimod udelukkede Domstolen i præmis 48, at en sådan bestemmelse kan påberåbes over for private, eftersom et

direktiv ikke i sig selv kan skabe forpligtelser for private. Ifølge den terminologi, der sædvanligvis anvendes i den juridiske litteratur, betyder dette, at direktivbestemmelser, som efter deres indhold fremstår som ubetingede og tilstrækkelig præcise¹², og for hvilke gennemførelsesfristen er udløbet, har »vertikal direkte virkning«, men ikke »horisontal direkte virkning«.

Anmodningen om en præjudiciel afgørelse vedrører således spørgsmålet om, hvorvidt BGC på det pågældende tidspunkt var »staten« eller »en privat«. I førstnævnte tilfælde kan appellanterne i hovedsagen støtte ret på artikel 5, stk. 1, i direktiv 76/207 over for BGC, men ikke i det sidstnævnte.

3. På det pågældende tidspunkt var BGC en nationaliseret gasvirksomhed. Den er siden blevet privatiseret ved Gas Act 1986, i henhold til hvilken British Gas plc (herefter benævnt »indstævnte i hovedsagen«) blev oprettet. Dette selskab indtrådte den 24. august 1986 i BGC's rettigheder og forpligtelser¹³.

BGC's status — BGC var arbejdsgiver for appellanterne i hovedsagen på det pågældende tidspunkt — må ses i sammenhæng med nationaliseringen af gasproduktionen og -forsyningen i henhold til Gas Act 1948, som senere blev afløst af Gas Act 1972. I henhold til Gas Act 1948 blev ejendom, ret-

8 — Ændret ved section 2 (1) i Sex Discrimination Act 1986 med virkning fra den 7. november 1987.

9 — Jeg ser her bort fra de nationale retsinstansers forpligtelse til at fortolke bestemmelser i national ret i overensstemmelse med fællesskabsretten (dommene af 10. april 1984, von Colson, 14/83, Sml. s. 1891, og af 8. oktober 1987, Kolpinghuis Nijmegen, 80/86, Sml. s. 3969), idet House of Lords ikke har forelagt noget spørgsmål herom. Se også mit ovenfor i note 7 omtalte forslag til afgørelse i Barber-sagen, punkt 50.

10 — Sml. 1986, s. 749.

11 — Præmis 49.

12 — Præmisserne 55 og 52.

13 — Efter at monopolet på gasforsyning via rørledninger er blevet ophævet, er British Gas plc en af »the Public Gas Suppliers« (section 3 og section 7 i Gas Act 1986).

tigheder og forpligtelser tildelt »Area Boards« eller »Gas Council«. I medfør af Gas Act 1972 blev Gas Council til BGC, og førstnævntes ejendom, rettigheder og forpligtelser blev overført til sidstnævnte. BGC var en juridisk person, som udøvede sin virksomhed under offentligt tilsyn, og som havde monopol på gasforsyningen til boliger og virksomheder i Storbritannien. Medlemmerne af BGC's bestyrelse blev udpeget af Secretary of State, som også fastsatte deres vederlag [section 1 (2) (3)]. BGC havde til opgave at udvikle og opretholde en effektiv, koordineret og økonomisk gasforsyning i Storbritannien og at opfylde ethvert rimeligt behov for gas i Storbritannien, for så vidt det var økonomisk forsvarligt [section 2 (1)]. BGC havde pligt til fra tid til anden i samråd med Secretary of State at fastlægge et generelt forskningsprogram med hensyn til forhold vedrørende gasforsyningen [section 3 (3)].

Secretary of State var beføjet til at forlange, at BGC aflagde beretning om sin virksomhed, og til — efter at have forelagt både Under- og Overhuset denne beretning — at give BGC de anvisninger, han på grundlag af beretningen måtte finde passende med henblik på, at virksomheden blev ledet så effektivt som muligt (section 4). BGC havde pligt til at følge sådanne anvisninger (section 4 (3)). Secretary of State kunne også efter samråd med BGC give generelle anvisninger med hensyn til udførelsen af BGC's opgaver, herunder udøvelsen af dets rettigheder som aktionær, når han fandt, at nationale interesser krævede det, og BGC havde pligt til at følge sådanne anvisninger (section 7). BGC havde pligt til så hurtigt som muligt efter udløbet af hvert regnskabsår at aflægge beretning til Secretary of State om udførelsen af sine opgaver i dette år og om sin politik og sine programmer (section 8).

BGC havde pligt til at udføre sine opgaver og udøve sin kontrol med underafdelingerne således, at man sikrede sig, at BGC's og underafdelingernes samlede indtægter over to år i det mindste var tilstrækkelige til at dække de samlede driftsomkostninger og oprette de reserver, der var nødvendige for at kunne følge Secretary of States anvisninger (section 14). Secretary of State kunne fra tid til anden efter samråd med BGC og med Finansministeriets billigelse forlange, at BGC skulle henlægge visse beløb til reserverne, hvad enten der var tale om specielle formål eller ej, og BGC havde pligt til at følge sådanne anvisninger (section 15). Hvis BGC's indtægter i et regnskabsår var betydeligt større end de samlede udgifter, kunne Secretary of State med Finansministeriets billigelse forlange, at BGC skulle udbetale så stor en del af disse indtægter til ham, som oversteg BGC's behov, og BGC havde pligt til at rette sig herefter.

I medfør af Gas Act 1972 var BGC ikke Secretary of States befuldmægtigede. BGC's ansatte var ikke ansatte under Kronen ifølge britisk arbejdsret. BGC havde ingen lovgivningsfunktioner.

Grundlaget for Marshall-dommen: »nemo auditur«

4. For nemheds skyld vil jeg begynde med at citere de centrale passager i Marshall-dommen. De findes i præmis 47-49 og i domskonklusionens andet punkt.

— præmis 47:

»Denne praksis bygger på det synspunkt, at det ville være uforeneligt med den bindende karakter, som artikel 189 til lægger direktiver, principielt at udelukke, at de forpligtelser, som direktivet pålægger, kan påberåbes af de berørte personer. Domstolen har følgelig fastslået, at en medlemsstat, som ikke inden for den fastsatte frist har truffet de i direktivet krævede gennemførelsesforanstaltninger, ikke over for private kan gøre gældende, at den ikke har opfyldt de forpligtelser, som direktivet pålægger.«

— præmis 48:

»Med hensyn til argumentet om, at et direktiv ikke kan gøres gældende over for en privat, bemærkes, at ifølge Traktatens artikel 189 består et direktivs bindende karakter, som er grundlaget for at støtte ret på det ved en national ret, kun i forhold til 'enhver medlemsstat, som det rettes til'. Heraf følger, at et direktiv ikke i sig selv kan skabe forpligtelser for private, og at en direktivbestemmelse derfor ikke som sådan kan påberåbes over for sådanne personer. Der må herefter tages stilling til, om sagsøgte i den foreliggende sag må anses for at have handlet i egenskab af en privat.«

— præmis 49:

»Det bemærkes i så henseende, at såfremt de retsundergivne i forhold til staten kan støtte ret på et direktiv, består

denne mulighed, uanset i hvilken egenskab staten har handlet, dvs. som arbejdsgiver eller som offentlig myndighed. Det er i begge tilfælde væsentligt at hindre, at medlemsstaten kan forbedre sin retsstilling ved ikke at efterkomme fællesskabsretten.«

— Domstolen kendte derfor for ret:

»Artikel 5, stk. 1, i Rådets direktiv 76/207 af 9. februar 1976, som forbyder enhver form for forskelsbehandling på grundlag af køn for så vidt angår arbejdsvilkår, herunder afskedigelsesvilkår, kan over for en statslig myndighed, der optræder som arbejdsgiver, påberåbes til støtte for, at enhver national bestemmelse, der ikke er i overensstemmelse med nævnte artikel 5, stk. 1, ikke kan finde anvendelse.«

5. I Marshall-dommen var muligheden for at støtte ret på en ubetinget og tilstrækkelig præcis bestemmelse i et direktiv over for en medlemsstat derfor helt klart knyttet sammen med medlemsstatens undladelse af at gennemføre direktivet korrekt og rettidigt i national ret¹⁴. Princippet »The State cannot plead its own wrong«¹⁵ eller princippet »nemo auditor propriam turpitudinem allegans« blev således betragtet som grundlaget for direktivbestemmers vertikale direkte virkning. Princippet blev imidlertid samtidig fortolket vidt: Borgerne kan påberåbe sig

14 — Se også dom af 5. april 1979, Ratti, præmis 22 (148/78, Sml. s. 1629), og generaladvokat Reischls forslag til afgørelse på s. 1653 samt dommen af 19. januar 1982, Becker, præmis 24 (8/81, Sml. s. 53).

15 — Health Authority påberåbte sig dette princip under den mundtlige forhandling i Marshall-sagen.

undladelsen over for medlemsstaten, uanset om staten handler som »arbejdsgiver eller som offentlig myndighed«; desuden kan borgerne — som det også fremgår af senere domme, som vil blive gennemgået i det følgende — påberåbe sig undladelsen over for uafhængige og/eller lokale myndigheder, som ikke selv er ansvarlige for undladelsen af at gennemføre direktivet i national ret.

Som jeg allerede har haft lejlighed til forklare i mit forslag til afgørelse i Barber-sagen¹⁶, er der således blevet tillagt den pågældende direktivbestemmelse en vis begrænset retsvirkning over for tredjemænd, dvs. over for andre myndigheder end den, der har gjort sig skyld i undladelsen. Grunden hertil er (og forbliver¹⁷) et ønske om at forhindre, at den pågældende medlemsstat forbedrer sin retsstilling på nogen som helst måde ved ikke at efterkomme fællesskabsretten.

6. Ved at give begrebet »stat« en så vid betydning fulgte Domstolen generaladvokat Sir Gordon Slynn's forslag til afgørelse, hvori han anførte, at:

»i relation til fællesskabsretten ... mener jeg imidlertid, at begrebet 'staten' skal forstås i vid forstand, dvs. også omfattende alle statslige organer (selv om et sådant resultat er i strid med tendensen i afgørelser i sager vedrørende suveræn immunitet, hvor der sondres mellem udøvelse af statsmagt og kommercielle og lignende aktiviteter). Med hensyn til spørgsmålet om beskæftigelse ... betyder det så alle ansatte ved sådanne organer og ikke kun i centraladministrationen«¹⁸.

16 — Jfr. ovenfor fodnote 7, punkt 52.

17 — I dom af 20. september 1988, Moormann, præmis 22 og 24 (190/87, Sml. s. 4689), anførte Domstolen, hvilke bestemmelser i Traktaten der danner grundlag for dette synspunkt (nemlig EØF-Traktatens 189, stk. 3, og artikel 5).

18 — Sml. 1986, s. 736.

Det fremgår af de faktiske omstændigheder, at Domstolen faktisk ønskede at lægge en videre betydning i udtrykket »staten« end den pågældende myndigheds »egen undladelse«. Sagen drejede sig om muligheden for at påberåbe sig artikel 5, stk. 1, i direktiv 76/207 over for en lokal Health Authority, som givetvis er »et organ under Ministry of Health« — mens de ansatte, herunder læger, plejepersonale og administrativt personale på hospitalerne, er ansatte under Kronen¹⁹ — men som på ingen måde var impliceret i eller kunne anses for ansvarlig for, at lovgivningen i den pågældende medlemsstat ikke havde gennemført direktivet i national ret.

I øvrigt antydes denne vide fortolkning i dommens ordvalg: På processproget — men også på de andre sprog²⁰ — anvender Domstolen synonyme udtryk, der overlapper hinanden, såsom »statsorgan«, »statsligt organ«, »offentlig myndighed« og »statslig myndighed«.

Senere afgørelser

7. Nogle få måneder efter dommen i Mars-hall-sagen traf Domstolen afgørelse i Johnston-sagen²¹, som drejede sig om, hvorvidt en ansat kunne påberåbe sig artikel 3, stk. 1,

19 — Ibidem.

20 — I den engelske, den franske, den tyske, den danske og den italienske version anvendes i præmis 12, 49, 50, 51 og 56 og konklusionens pkt. 2 fire synonyme, i den nederlandske version fem. Den måde, hvorpå de fire eller fem udtryk er fordelt på de seks nævnte passager, som er forskellige på de forskellige sprog, bekræfter, at begrebet »stat« må forstås i vid betydning, og angiver også, at det ikke af ordvalget på de forskellige sprog kan udledes, at definitionen af begrebet »stat« kan baseres på en af medlemsstaternes juridiske terminologi.

21 — Dom af 15. maj 1986, Johnston mod Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary (222/84, Sml. s. 1651).

og artikel 4 i direktiv 207/76 over for Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary. Den britiske regering, som gjorde gældende, at disse bestemmelser ikke kunne påberåbes, henviste til, at Chief Constable i henhold til forfatningen er uafhængig af staten²². Det forhindrede ikke Domstolen i at anføre følgende i forlængelse af Marshall-dommen:

»Ved den nævnte dom af 26. februar 1986 har Domstolen endvidere fastslået, at private kan støtte ret på direktiver over for en statsinstitution, uden at det herved gør nogen forskel, om den optræder som arbejdsgiver eller som offentlig myndighed. Med hensyn til en myndighed som politidirektøren bemærkes, at det fremgår af forelæggelseskendelsen, at politidirektøren er den tjenestemand, der forestår ledelsen af politiet. En sådan offentlig myndighed, der af staten har fået til opgave at opretholde den offentlige ro og orden, handler ikke i egenskab af privatperson, uanset hvilken stilling den i øvrigt har i forhold til andre statsinstitutioner. Myndigheden kan ikke forbedre sin retsstilling som følge af, at den stat, den repræsenterer, ikke har overholdt fællesskabetten«²³.

I dette citat er det påfaldende, at forholdet mellem chefen for den lokale politistyrke og »andre statsinstitutioner« anses for irrelevant, hvilket igen viser, at selvstændige myndigheder, som er uafhængige af andre statsinstitutioner, faktisk er omfattet af det vide udtryk »staten«, uanset om de befinder sig på det centrale eller det lokale niveau. Det er også påfaldende, at det i dommen anføres, at Chief Constable »af staten har

fået til opgave at opretholde den offentlige ro og orden«, og at det heraf udledes, at han ikke »handler i egenskab af privatperson«. Jeg går ud fra, at Domstolen i denne dom — i modsætning til Marshall-dommen — henviste til Chief Constables særlige offentlige opgaver, fordi opretholdelse af den offentlige orden betragtes som en offentlig opgave i alle medlemsstaterne, hvilket ikke er helt så klart med hensyn til sundhedsvæsenet. Det kunne tyde på, at selv om opgavens art ikke er afgørende for, om en myndighed har offentlig karakter, dvs. at den ikke er en privatperson, kan den ikke desto mindre give et nyttigt fingerpeg.

Endelig er den sidste sætning i den citerede præmis også værd at lægge mærke til, fordi det også heri nævnes, at staten ikke må forbedre sin retsstilling som følge af, at den ikke har overholdt fællesskabetten, og fordi den forbedrede retsstilling udtrykkeligt nævnes i forbindelse med en forfatningsmæssigt uafhængig lokal myndighed, *Chief Constable* of Northern Ireland.

8. Det synspunkt, Domstolen har givet udtryk for i Marshall-dommen, går igen i dommen af 22. juni 1989 i sag 103/88, Costanzo mod Milano kommune²⁴. Sagen vedrørte et direktiv om offentlige bygge- og anlægskontrakter. Domstolen blev spurgt, om en lokal myndighed ved gennemgangen af de enkelte bud var forpligtet til at undlade at anvende nationale regler, der var uforenelige med det pågældende direktiv, for hvilket gennemførelsesperioden var udløbet.

22 — Præmis 49.

23 — Præmis 56.

24 — Sml. s. 1839.

Domstolen statuerede, at

»sådanne direktivbestemmelser, når de opfylder de i Domstolen praksis forudsatte betingelser, kan påberåbes af borgerne ved de nationale domstole, og at samtlige forvaltninger, herunder sådanne lokalforvaltninger som kommuner er forpligtet til at anvende disse bestemmelser«²⁵.

Den meget vide fortolkning af begrebet »stat« gælder derfor ifølge Domstolen også uden for de grundlæggende rettigheder (ligebehandling af mænd og kvinder)²⁶: Alle administrative organer, på alle niveauer inden for den territoriale opdeling af en medlemsstat, udgør en del af »staten« i Marshall-dommens forstand.

Det er også klart, at »staten« ikke blot omfatter myndigheder, hvis beføjelser er »delegeret« fra den centrale myndighed. Kriteriet delegation af beføjelser er ikke altid foreneligt med de kommunale myndigheders retsstilling i de forskellige medlemsstater og er under alle omstændigheder aldeles uhenigtsmæssigt, når der er tale om medlemsstater, der har en føderal struktur.

25 — Præmis 31.

26 — En lige så vid fortolkning findes også i en dom, der ligger forud for Marshall-dommen, nemlig dommen af 22. september 1983, Auer (271/82, Sml. s. 2727), navnlig i generaladvokat Mancinis forslag til afgørelse, hvori han anførte, at et direktiv kan påberåbes over for institutioner, der, selv om de ikke er egentlige statsorganer, dog i en vis forstand på statens vegne udøver offentligretlige beføjelser (s. 2751). Sagen vedrørte faglige organisationer for dyrlæger, som havde en offentlig opgave, nemlig at anerkende faglige kvalifikationer, der var erhvervet i andre medlemsstater.

To eller tre kategorier?

9. Indtil nu er jeg stiltiende gået ud fra, at det tilkommer Domstolen at afstikke grænser inden for fællesskabsretten, som vil hjælpe de nationale domstole med at afgrænse begrebet »staten« fra begrebet »privatperson«. Dette grundlæggende synspunkt er i øvrigt underforstået i de ovenfor nævnte sager, skønt Domstolen i Marshall-sagen og Johnston-sagen i et vist omfang kunne falde tilbage på den nationale rets egne konstateringer. I nærværende sag er dette helt klart ikke tilfældet: Den forelæggende ret har ikke foretaget nogen vurdering af, om BGC udgjorde en del af »staten« eller ej; tværtimod går den i de spørgsmål, den har forelagt for Domstolen, ud fra, at det tilkommer *Domstolen* at afstikke de fællesskabsretlige rammer, *inden for hvilke* de nationale domstole kan afgøre, om direktivbestemmelser direkte virkning kan gøres gældende over for dette eller hint organ.

Jeg kan tilslutte mig dette synspunkt, som i øvrigt ikke er blevet anfægtet af nogen af de parter, der har indgivet indlæg. Hvis Domstolen ikke selv fastlagde det fællesskabsretlige grundlag, ville resultatet blive en fuldstændig mangel på ensartethed blandt medlemsstaterne med hensyn til direktivbestemmelser direkte virkning.

10. Afstikningen af de fællesskabsretlige rammer for afgrænsningen af begrebet »staten« rejser et grundlæggende spørgsmål. Er begreberne »stat« og »privatperson« tilsammen udtømmende, eller findes der en tredje kategori af personer eller organer imellem disse kategorier? En sådan mellemliggende kategori kunne omfatte organer som f. eks. offentlige virksomheder — f. eks. BGC i den foreliggende sag — statslige universite-

ter eller endog private universiteter, som udelukkende eller næsten udelukkende finansieres af staten, o. l. Hvis det accepteres, at der findes en sådan kategori, opstår spørgsmålet, om den med hensyn til direktivbestemmelser direkte virkning skal side-stilles med kategorien »staten« eller kategorien »privatpersoner«.

Som appellanterne i hovedsagen har anført, kan der ikke i de domme, der er henvist til ovenfor, findes nogen støtte for, at der findes en mellemliggende kategori. Præmis 48 i Marshall-dommen går ud fra, at der findes to kategorier, og ikke tre, når det i den sidste sætning anføres: »Der må herefter tages stilling til, om sagsøgte i den foreliggende sag må anses for at have handlet i egenskab af en privat«. I den passage af forslaget til afgørelse i denne sag, som er citeret ovenfor, synes Sir Gordon Slynn også at medtage både »udøvelse af statsmagt« og »kommercielle og lignende aktiviteter« under begrebet »staten« i fællesskabsretten. Dette synspunkt finder også støtte i nogle domme, som Domstolen senere har afsagt, nemlig i Kolpinghuis-Nijmegen-dommen af 8. oktober 1987²⁷ og Bussenidommen af 22. februar 1990²⁸.

Fordelen ved at operere med to kategorier er, at man kan gribe afgrænsningsproblemet an fra to sider. Man kan spørge, hvem der hører ind under staten, og i tilslutning her-

til, hvem der må betragtes som en privatperson. Det forekommer imidlertid lettere at afgøre, hvem der er privatperson, og hvem der ikke er, på grundlag af den gængse opfattelse. Således er offentlige virksomheder ikke privatpersoner i den betydning, dette ord har i almindelig sprogbrug, hvilket fører til den konklusion, at de må henhøre under »staten«, hvis man går ud fra, at der findes to kategorier.

Skønt der efter min opfattelse ikke i Domstolens praksis på dette område er grundlag for at antage, at der findes tre kategorier, vil jeg ikke anvende sådanne definitioner af begreberne »privatpersoner« og »staten«, som er komplementære og underbygger hinanden. Spørgsmålet er ikke, hvem der *in abstracto* henhører under staten, eller hvem der er en privatperson, men over for hvem det kan gøres gældende, at en medlemsstat ikke har gennemført et direktiv i sin nationale lovgivning inden for de fastsatte frister og på korrekt vis, under hensyntagen til de grunde, der ligger bag. Ifølge Marshall-dommen og Johnston-dommen er grundsynspunktet det, at en medlemsstat og enhver offentlig myndighed, som har fået overdraget en opgave af staten — uanset i hvilken egenskab denne myndighed handler, eller hvilken stilling den har i forhold til andre offentlige myndigheder — ikke under nogen omstændigheder må forbedre sin retsstilling som følge af, at medlemsstaten ikke har efterkommet fællesskabsretten.

27 — Jfr. ovenfor, fodnote 9. Sagen drejede sig om en medlemsstat, som over for en privatperson ville påberåbe sig et direktiv, som endnu ikke var blevet gennemført i national ret; Domstolen nægtede den naturligvis tilladelse hertil på grundlag af dommen i Marshall-sagen. Der er heller ikke noget i denne dom, der tyder på, at Domstolen ikke gik ud fra, at der kun findes to kategorier.

28 — Dom af 22. februar 1990, Bussenid, præmisserne 22 og 24 (C-221/88, Sml. s. I-495). Denne sag vedrørte henstillinger i medfør af EKSF-Traktaten, om hvilke Domstolen i præmis 21 udtalte, at de er retsakter af samme beskaffenhed som direktiver i henhold til EØF-Traktaten.

Det må nu under hensyntagen hertil undersøges, om en offentlig virksomhed som BGC heller ikke må forbedre sin retsstilling som følge af, at dens medlemsstat ikke har efterkommet fællesskabsretten, og om virksomheden i den forstand må anses for at være omfattet af begrebet »staten«.

Sammenligning med andre områder af fællesskabsretten

11. Før jeg gør rede for parternes synspunkter og for mit eget standpunkt, vil jeg til sammenligning gennemgå visse områder inden for fællesskabsretten, hvor et myndighedsbegreb spiller en rolle. Den vigtigste generelle konklusion, der kan drages af denne sammenligning, er, at man forsøger at nå frem til den fortolkning af enhver regel, som er mest i overensstemmelse med dens plads i Traktaten og dermed med formålet med det myndighedsbegreb, som anvendes. Denne konklusion taler for, at der også i denne sammenhæng bør vælges en fremgangsmåde, der består i at give begrebet »staten« et indhold, som svarer så nøje som muligt til begrundelsen for Marshall-dommen, som jeg har henvist til ovenfor. Der kan også af sammenligningen udledes en række kriterier, som kan være nyttige i denne sammenhæng.

12. For det første kan der henvises til begrebet støtte i EØF-Traktatens artikel 92's forstand. Efter Domstolens faste praksis kan der ikke sondres »mellem tilfælde, hvor støtten ydes direkte af staten, og tilfælde, hvor støtten ydes af offentlige eller private organer, som staten opretter eller udpeger med henblik på at administrere støtten«²⁹. Som konkrete tegn på støttens offentlige karakter henviste Domstolen f. eks. til, at en medlemsstat direkte eller indirekte besad 50% af aktierne i den virksomhed, som ydede støtten, at den direkte eller indirekte udpegede halvdelen af medlemmerne i bestyrelsen, og at en minister skulle godkende de tariffer, der blev anvendt af den virksom-

hed, som ydede støtten³⁰. Af disse forhold fremgik det tilstrækkelig klart, at virksomheden på ingen måde handlede selvstændigt ved fastsættelsen af tarifferne, men at den handlede under de offentlige myndigheders kontrol og efter deres direktiver³¹. Heraf kunne det sluttes, at fastsættelsen af den omtvistede tarif var et resultat af medlemsstatens adfærd og følgelig kunne falde ind under begrebet statsstøtte i den i Traktatens artikel 92 forudsatte betydning³².

Denne definition af staten som den, der står bag støtten, er udtryk for en vid fortolkning, der svarer til formålet med EØF-Traktatens artikel 92, stk. 1, som er at omfatte *al støtte*: »statsstøtte eller støtte som ydes ved hjælp af statsmidler *under enhver tænkelig form*«³³.

Kommissionens direktiv 80/723/EØF af 25. juni 1980 om gennemskueligheden af de økonomiske forbindelser mellem medlemsstaterne og de offentlige virksomheder³⁴ har en lidt anden målsætning. Det fremgår af den sjette betragtning i direktivets præambel, at dets formål er at »give mulighed for klart at sondre mellem statens rolle som offentlig myndighed og som ejer«. Herefter defineres i artikel 2 først »offentlige myndigheder« (staten samt lokale organer) og derefter »offentlig virksomhed« (enhver virksomhed, på hvilke de offentlige myndigheder direkte eller indirekte kan have en dominerende indflydelse som følge af ejer-

30 — Præmis 36.

31 — Præmis 37.

32 — Præmis 38.

33 — Min fremhævelse.

34 — EFT L 195, s. 35, som udvidet ved direktiv 85/413/EØF af 24. juli 1985 (EFT L 229, s. 20).

29 — Jfr. f. eks. dom af 2. februar 1988, Van der Kooy, præmis 35 (67/85, 68/85 og 70/85, Sml. s. 219).

forhold, kapitalindskud eller de regler, der gælder for virksomheden)³⁵.

13. Et andet område inden for fællesskabsretten, som kan danne grundlag for en sammenligning, er offentlige bygge- og anlægskontrakter. I Rådets direktiv 71/305/EØF af 26. juli 1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter³⁶ beskrives »staten, lokale myndigheder, offentligretlige organer og sammenslutninger af en/et eller flere af disse lokale myndigheder eller offentligretlige organer« som »ordregivende myndighed«.

Ved »offentligretligt organ« forstås ethvert organ, a) hvis opgave det er at imødekomme almenhedens behov, dog ikke på det erhvervs- eller forretningsmæssige område, b) som er en juridisk person, og c) hvis drift enten for mere end halvdelens vedkommende finansieres af staten og de lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer, eller hvis drift er underlagt disses kontrol, eller hvortil staten, de lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer kan udpege mere end halvdelens af medlemmerne i administrations-, ledelses- eller tilsynsorganet (jfr. direktivets artikel 1). I direktivets artikel 1a bestemmes det dernæst, at de ordregivende myndigheder skal sørge for, at bestemmelserne i direktivet bliver overholdt, når de yder direkte tilskud på mere end 50% til en bygge- og anlægskon-

trakt, som indgås af andre end dem selv. Dette statsbegreb fortolkes også smidigt af Domstolen i overensstemmelse med retsaktens formål³⁷.

14. Et tredje muligt udgangspunkt for en sammenligning er undtagelsesbestemmelsen i artikel 4, stk. 5, første punkt, i Rådets sjette momsdirektiv³⁸. Som det fremgår af denne bestemmelse, er den begrænset til virksomhed eller transaktioner, som stater, regioner, amter, kommuner og andre offentligretlige organer udøver eller foretager i deres egen skab af »offentlig myndighed«. Det fremgår også af Domstolens praksis³⁹. Der må derfor her opstilles en sontring, alt efter om den offentlige myndighed handler som offentlig myndighed eller som en normal afgiftspligtig person.

15. Et sidste udgangspunkt for sammenligningen⁴⁰ kan findes i Domstolens praksis om EØF-Traktatens artikel 30, hvori det afgøres, om en bestemt restriktiv praksis kan tilskrives myndighederne. I *Buy Irish*-dommen blev det godtgjort, at den restriktive praksis (en kampagne til fremme af afsætningen af irske varer) kunne tilskrives regeringen, og at Irland derfor havde undladt at

35 — Som generaladvokat Mischo anførte i sit forslag til afgørelse i sag 118/85 må der ved fastlæggelsen af begrebet »offentlig virksomhed... lægges større vægt på funktionelle overvejelser end på, hvilken retlig form den pågældende enhed har«, dom af 16. juni 1987, Kommissionen mod Italien (Sml. s. 2599), s. 2617 i forslaget til afgørelse. Se også dommens præmisser 7-15.

36 — EFT 1971 II, s. 613, senest ændret ved direktiv 89/440/EØF (EFT L 210, s. 1).

37 — Dom af 20. september 1988, Beentjes mod den nederlandske stat (31/87, Sml. s. 4635), præmis 11 og 40, og generaladvokat Darmons forslag til afgørelse, afsnit 10-20.

38 — Rådets sjette direktiv 77/388/EØF af 17. maj 1977 om harmonisering af medlemsstaternes lovgivning om omsætningsafgifter — Det fælles merværdisystem: ensartet beregningsgrundlag (EFT L 145, s. 1).

39 — I dom af 17. oktober 1989 i de forenede sager 231/87 og 129/88, Carpaneto Piacentino (Sml. s. 3233) har Domstolen i præmis 15 understreget, at der i den nævnte bestemmelse opstilles en sontring mellem de pågældende organers virksomhed »som offentligretlige retssubjekter« og »som privatretlige retssubjekter«.

40 — Jeg vil her lade begrebet »den offentlige administration« i EØF-Traktatens artikel 48, stk. 4, ude af betragtning; som en undtagelse fra et af Traktatens grundlæggende principper må det fortolkes snævert og har således kun ringe relevans for det begreb »staten«, som undersøges her.

opfylde sine forpligtelser i henhold til artikel 30⁴¹. Beviset for, at den pågældende kampagne var en »foranstaltning« i artikel 30's forstand udledtes af, at regeringen havde taget en række omhyggeligt forberedte initiativer, selv om den faktiske gennemførelse af disse initiativer var overladt til et privat selskab.

I forbindelse med de frie varebevægelser kan der desuden henvises til Domstolens definition af begrebet statslige handelsmonopoler i artikel 37: denne artikel omhandler navnlig »tilfælde, hvor en stats myndigheder — via et organ oprettet i dette øjemed eller via et statskoncessioneret monopol — kan kontrollere eller lede samhandelen mellem medlemsstaterne eller øve mærkbar indflydelse derpå«. Bestemmelsen omfatter »den situation, at det pågældende monopol udøves af en virksomhed, henholdsvis en koncern, eller af lokale forvaltningsorganer i vedkommende stat, som f. eks. kommunerne«⁴². Ethvert instrument, hvormed de nationale myndigheder kan øve indflydelse på varebevægelserne, er derfor omfattet af artikel 37, uanset om det organ, »der anvendes«, er omfattet af privatretten eller af offentlig ret.

16. Som jeg har nævnt, illustrerer alle disse eksempler ønsket om at give begrebet »staten« »effektiv virkning«, dvs. et sådant indhold, at målsætningen med den pågældende regel realiseres bedst muligt *her og nu*. Alt ef-

ter denne målsætning kan begrebet »stat« fortolkes vidt [f. eks. i forbindelse med statsstøtte i henhold til artikel 92 (jfr. ovenfor punkt 12), med offentlige myndigheders opgaver (jfr. ovenfor punkt 13) eller med statslige monopoler i henhold til artikel 37 (jfr. ovenfor punkt 15)], eller der kan opstilles en sondring, alt efter hvilken rolle staten spiller [f.eks. i forbindelse med gennemskueligheden af forbindelserne mellem medlemsstaterne og de offentlige virksomheder, ved at der sondres mellem staten som offentlig myndighed og som ejer (jfr. ovenfor punkt 12), og i forbindelse med opkrævning af moms, ved at der sondres mellem den virksomhed, som udøves af et organ i dets egenskab af offentlig myndighed eller afgiftspligtig person (jfr. ovenfor punkt 14)].

Der er endnu et punkt, der må fremhæves: hver gang begrebet »stat« fortolkes vidt i lyset af det formål, der ligger til grund for reglen, henvises der til kriteriet faktisk kontrol, dominerende indflydelse og myndighedernes mulighed for at give bindende anvisninger, uanset på hvilken måde det sker [i kraft af ejendomsret, økonomisk deltagelse, ledelsesmæssig afhængighed eller lovbestemmelser (jfr. ovenfor punkt 12, 13 og 15)]. En lidt anden, men ikke desto mindre parallel tankegang ligger bag det kriterium, der blev anvendt i Buy Irish-dommen (jfr. ovenfor punkt 15), nemlig muligheden for at tilskrive regeringen en bestemt fremgangsmåde. Hver gang går man ud fra, at der er en »kerne« af offentlig myndighed (som defineres så vidt, at alle centrale, regionale og lokale myndigheder er omfattet), som med henblik på anvendelsen af den pågældende regel gennem sin kontrol eller indflydelse videregiver sin »karakter af offentlig myndighed« til andre organer eller transaktioner, selv om de er omfattet af privatretten.

41 — Dom af 24. november 1982, Kommissionen mod Irland, præmis 29 og 30 (249/81, Sml. s. 4005).

42 — Dom af 4 maj 1988, Bodson, præmis 13 (30/87, Sml. s. 2479).

Parternes standpunkter

17. I lyset af det anførte vil jeg nu kort gennemgå og kommentere de indlæg, der er indgivet til Domstolen.

Appellanterne i hovedsagen går ind for en vid fortolkning af begrebet »staten«. De støtter sig herved til generaladvokat Sir Gordon Slynn's forslag til afgørelse i Marshall-sagen og til dommen i Costanzo-sagen. De forkaster et kriterium på offentlig myndighed, der udelukkende er baseret på »statens klassiske opgaver«, eftersom en bedømmelse af, hvad der er »statens opgaver«, kan føre til ulighed mellem medlemsstaterne og usikkerhed med hensyn til anvendelsen. De afviser også den tanke, at det kun er organer under Kronen eller organer, der ikke har forretningsmæssig karakter, der bør betragtes som offentlige myndigheder.

Selv om appellanterne i hovedsagen ikke udtrykker det så radikalt i deres indlæg, går de i virkeligheden ud fra, at enhver virksomhed, som faktisk kontrolleres af de politiske myndigheder, som f. eks. BGC på det pågældende tidspunkt, må være omfattet af begrebet »staten«. Så radikalt udtrykt forekommer dette synspunkt mig at være for vidtgående, for så vidt som det omfatter enhver form for offentlig kontrol, selv om den ikke har noget at gøre med det område, som medlemsstatens undladelse af at gennemføre en bestemt direktivbestemmelse i sin nationale ret vedrører.

18. Indstævnte i hovedsagen indtager et restriktivt standpunkt. På grundlag af princip-

pet om, at staten ikke kan forbedre sin retsstilling som følge af sit eget retsbrud, foreslår indstævnte, at begrebet »staten« forstås således, at det omfatter de tre statsmagter i Montesquieus forstand, herunder organer, som udøver de beføjelser, der tilkommer disse tre statsmagter, i kraft af delegation. I alle medlemsstaterne er opretholdelse af den offentlige orden omfattet af disse beføjelser.

Jeg mener ikke, at delegation (som en status som ansat under Kronen, så vidt jeg har forstået, hænger sammen med) er et passende kriterium i forbindelse med det problem, vi har at gøre med her. For det første hænger dette kriterium nøje sammen med statens struktur: Det er vanskeligt at anvende i lande med en føderal struktur — hvor forskellige myndigheder har selvstændige beføjelser — og er derfor uegnet som grundlag for en fællesskabsretlig vurdering. Efter min opfattelse er sondringen mellem de offentlige myndigheders klassiske og ikke-klassiske opgaver heller ikke til nogen nytte (jfr. nedenfor punkt 19). Endelig og frem for alt forekommer det mig, at et kriterium, der bygger på »delegation« er uforeneligt med den vide opfattelse, Domstolen har givet udtryk for f. eks. i Johnston- og Costanzo-dommene (jfr. ovenfor punkt 7 og 8), hvori princippet »nemo auditur« fortolkes vidt, således at en undladelse, der må tilskrives de myndigheder, som faktisk ikke har overholdt deres forpligtelser, også kan gøres gældende over for de fuldstændig uafhængige offentlige myndigheder, der er henvist til ovenfor. Det er i øvrigt værd at lægge mærke til, at indstævnte i hovedsagen ikke nævner Costanzo-dommen.

19. Det Forenede Kongeriges bemærkninger går i samme retning som indstævntes. Under retsmødet oplyste Det Forenede Kongeriges repræsentant, at der er to kategorier af organer, som kan falde ind under begrebet »staten« i Marshall-dommens

forstand: organer, som direkte eller som befuldmægtigede varetager statens klassiske lovgivende, dømmende og udøvende funktioner, og organer, som varetager andre funktioner (f. eks. gasforsyning), når staten har påtaget sig selv at varetage disse funktioner eller at delegerer dem til andre. Den omstændighed, at statsorganer i BGC's tilfælde fører et vist tilsyn, er imidlertid ikke tilstrækkelig til at bringe BGC ind under begrebet »staten«; kontrol er altså ikke et afgørende kriterium.

Her støder man igen på de samme vanskeligheder som før: Hvad henhører egentlig under statens (navnlig den udøvende myndigheds) klassiske opgaver? Ifølge Det Forenede Kongerige er opretholdelse af den offentlige ro og orden omfattet (selv om selv denne opgave i et vist omfang kan »privatiseres«, ved at den overlades til godkendte vagtselskaber), men ikke vand-, gas- og elforsyning, selv om en sådan er af væsentlig betydning for befolkningen og industrien i en moderne velfærdsstat. Og hvad så med den offentlige sundhed, som i Marshalldommen antoges at falde ind under statens opgaver, skønt sundhedsvæsenet — som Kommissionen anfører i sit skriftlige indlæg — i nogle medlemsstater i vidt omfang er »privatiseret«? Det Forenede Kongerige medtager ikke desto mindre den »Health Authority«, der er tale om i Marshall-sagen, under begrebet »staten«, idet det bl. a. henviser til, at dens ansatte er »Crown Servants«. Vi vender dermed tilbage til begrebet delegation, der, som det allede er blevet fremhævet, er uegnet som grundlag for fællesskabsretlige rammer (jfr. ovenfor punkt 18).

Hovedindvendingen mod den opfattelse, der gøres gældende, er imidlertid også her, at der ikke gøres rede for, hvorfor en med-

lemsstats forsømmelighed ikke også — når henses til de tilfælde, der allerede er nævnt i Marshall-dommen — skulle kunne gøres gældende over for andre offentlige organer, som ikke henhører under staten (i klassisk forstand) eller har fået delegeret opgaver af denne.

20. Endelig er der ifølge Kommissionen forskellige kriterier, på grundlag af hvilke et offentligt organ kan bringes ind under begrebet »staten« i Marshall-dommens forstand. For det første er der kriteriet »varetagelse af en offentlig opgave på statens vegne«. Dette kriterium omfatter offentlige virksomheder, som er oprettet inden for nationaliserede erhvervsgræne, såsom BGC, offentlige organer, som har regulerende beføjelser, og universiteter, som udsteder eksamensbeviser, der anerkendes af medlemsstaterne. Hvis dette kriterium anvendes alene, opstår der et problem med hensyn til virksomheder, hvori staten ejer alle aktierne eller har aktiemajoriteten. Ifølge Kommissionen er der ingen gyldig grund til at behandle en virksomhed, hvori staten har en kontrollerende interesse, anderledes end en nationaliseret virksomhed. Den har derfor rejst spørgsmålet om, hvorvidt der ikke ud over dette kriterium bør anvendes et kriterium, der består i »statslig kontrol med det pågældende organ i forbindelse med det område, der er tale om«, hvorefter den undersøger, hvad der skal forstås ved kontrol. Det er ikke tilstrækkeligt, at staten yder væsentlige tilskud til det pågældende organ, og heller ikke, at den på forskellig vis kan udøve tvang (eftersom staten lige så vel kan tvinge en privatperson til at gøre noget ved hjælp af generelle regler). Kontrol på grundlag af en lovbestemt ret er heller ikke en overbevisende løsning; alle de omstændigheder, herunder også faktiske omstændigheder, som muliggør en kontrol (med andre ord den »økonomiske realitet«), må tages i betragtning.

Efter disse vigtige bemærkninger, som efter min opfattelse bringer os et godt stykke i den rigtige retning, konkluderer Kommissionen ikke desto mindre, at Royal Ulster Constabulary selv på grundlag af et sådant kontrol-kriterium ikke ville være omfattet af begrebet »staten«, eftersom det udøver sine funktioner uafhængigt. Den kommer derfor til den konklusion, at det ikke synes at være muligt at formulere et kriterium, der dækker alle mulige situationer, men at både kriteriet »varetagelse af en offentlig opgave« og kriteriet »reel kontrol« kan bringe en person, i dette tilfælde en arbejdsgiver, ind under begrebet »staten« i Marshall-dommens forstand. I den foreliggende sag er BGC under alle omstændigheder et offentligt organ (»public body«), og det svar, der skal gives den forelæggende ret, kan derfor begrænses til denne kategori af organer.

Forslag til løsning

21. De indlæg, der er indgivet til Domstolen, indeholder en række elementer, som kan medvirke til at give et passende svar på det spørgsmål, der er forelagt af House of Lords.

Som jeg allerede flere gange har understreget, må udgangspunktet være den argumentation, der ligger bag dommene i Marshall-sagen og Johnston-sagen. Hverken en medlemsstat eller et hvilket som helst andet offentligt organ, der har fået pålagt en bestemt opgave af den medlemsstat, fra hvilken det har sin myndighed, bør kunne forbedre sin retsstilling som følge af medlemsstatens undladelse af at gennemføre den pågældende direktivbestemmelse i sin lovgivning. Dette rejser imidlertid spørgsmålet om, hvor vidt udtrykkene »offentligt organ«, »der har fået pålagt en bestemt opgave« og »fra hvilken det har sin myndighed« egentlig rækker. I øvrigt er det ikke muligt at give disse udtryk en præcis fællesskabsretlig betydning: Det er vanskeligt at

afgøre, om et organ hører til en offentlig myndighed, om en bestemt opgave er en offentlig opgave, og om et organ har sin myndighed fra staten (hvad enten det udøver myndighed, som er delegeret fra staten, eller ej), og der er betydelige forskelle i disse udtrykks betydning ikke blot fra den ene medlemsstat til den anden og inden for hver enkelt medlemsstat alt efter tidspunktet, men også i fællesskabsretten — for så vidt som de anvendes der — alt efter det område, der er tale om.

I de ovenfor omtalte afgørelser har Domstolen — efter min opfattelse med rette — ikke forsøgt at definere disse begreber abstrakt. Det fremgår imidlertid af afgørelserne, at begrebet offentligt organ skal forstås vidt, og at alle organer, der i kraft af en medlemsstats forfatningsmæssige struktur har myndighed over borgerne, er omfattet af begrebet »staten«. I den forbindelse er det uden betydning, hvorledes denne myndighed (som jeg vil kalde offentlig myndighed) er organiseret, og hvilket forhold der er mellem de forskellige organer, som udøver denne myndighed. I lyset af Marshall-, Johnston- og Costanzo-dommene (og dommen i Auer-sagen⁴³, som ligger forud for disse), kan der ikke være tvivl om, at de alle er omfattet af begrebet »staten«, uden at der er behov for et kriterium, der består i, om der er sket delegation fra andre offentlige myndigheder, eller om disse kan føre kontrol. Så meget er sikkert.

Spørgsmålet i den sag, der nu foreligger til afgørelse, er, hvor meget videre disse domme rækker, navnlig med hensyn til virksomheder, i dette tilfælde offentlige virksomheder, der som sådan ikke har nogen myndighed i snæver forstand over borgerne. Efter min opfattelse må dette spørgsmål besvares således: Disse afgørelser kan udvides til

43 — Dom af 22. september 1983, Auer, præmis 19 (271/82, Sml. s. 2727), og generaladvokat Mancinis forslag til afgørelse s. 2751.

også at omfatte tilfælde, hvor »staten« (i den vide betydning, der er beskrevet i det foregående punkt) har givet sig selv beføjelser, som sætter den i stand til at øve afgørende indflydelse på organers adfærd — hvad enten de er offentlige eller private og uanset deres aktivitetssfære — på det område, det direktiv, som ikke er blevet korrekt gennemført, vedrører. Det er i den forbindelse uden betydning, på hvilken måde »staten« kan øve indflydelse på disse organers adfærd: *de jure* eller *de facto*, f. eks. fordi den offentlige myndighed har en generel eller speciel beføjelse til at (eller simpelt hen blot rent faktisk kan) give disse organer bindende anvisninger — uanset om dette sker under udøvelsen af statens rettigheder som aktionær — godkendt det pågældende organs afgørelser på forhånd eller stille dem i bero eller ophæve dem på et senere tidspunkt, udpege eller afsætte (flertallet af) dets bestyrelse eller helt eller delvis at opføre med at finansiere det, således at dets fortsatte eksistens trues, dog med det forbehold, at 1) muligheden for at øve indflydelse må hidrøre fra en anden beføjelse end en generel beføjelse i henhold til en lov (idet alle borgere, der er underkastet sådanne generelle normative beføjelser ellers ville blive bragt ind under anvendelsesområdet for de afgørelser, der blev indledt med Marshalldommen, hvorved disse ville skyde over målet), og 2) muligheden for at øve indflydelse, som jeg allerede har anført, bl. a. eller især skal stå i forbindelse med det område, den direktivbestemmelse, som endnu ikke er blevet gennemført, vedrører eller kan vedrøre.

Så snart »staten« (i vid forstand) har forbeholdt sig en sådan beføjelse til at øve indflydelse på et organ (i dette tilfælde BGC), bl. a. med hensyn til det område, den pågældende direktivbestemmelse vedrører, har den i forhold til borgerne bragt dette organ inden for sin myndighedssfære. Borgerne

kan derfor også over for dette organ påberåbe sig medlemsstatens undladelse af at gennemføre et direktiv. Det ligger i argumentationen i Marshalldommen og de øvrige domme i tilslutning hertil, at staten ikke kan forbedre sin retsstilling som følge af sin forsømmelighed med hensyn til noget, der ligger inden for det ansvarsområde, den frivilligt har påtaget sig, uanset hvem den har delegeret dette ansvar til.

22. Herefter skal jeg foreslå, at den forelæggende rets spørgsmål besvares som følger. Borgerne kan påberåbe sig en ubetinget og tilstrækkelig præcis bestemmelse såsom artikel 5, stk. 1, i direktiv 76/207 over for en juridisk person eller et organ, i dette tilfælde en offentlig virksomhed, med hensyn til hvilken staten — forstået som ethvert organ, der er udstyret med offentlig myndighed, uanset dets stilling i forhold til andre offentlige organer eller arten af de opgaver, det har fået overdraget — har påtaget sig et ansvar, som sætter den i stand til at øve afgørende indflydelse på denne juridiske persons eller dette organs adfærd på en hvilken som helst måde (undtagen ved generel lovgivning) for så vidt angår det område, på hvilket den relevante direktivbestemmelse pålægger en medlemsstat en forpligtelse, som den har undladt at gennemføre i sin nationale lovgivning.

Det tilkommer de nationale domstole at anvende dette kriterium i de konkrete sager. Jeg vil imidlertid gerne have lov til at påpege, at vedkommende Secretary of State i BGC's tilfælde på det pågældende tidspunkt var beføjet til at give BGC bindende anvisninger både med hensyn til en så effektiv le-

delse af virksomheden som muligt og generelt med hensyn til udøvelsen og udførelsen af dens opgaver, når nationale interesser krævede det (jfr. ovenfor punkt 3). Det forekommer mig, at overholdelse af lov og ret, herunder fællesskabsretten, som er bindende for medlemsstaten, er et mål, der er af national interesse, således at der *kunne* have være givet BGC bindende instrukser om at overholde bestemmelserne i direktiv 76/207, som på det pågældende tidspunkt endnu ikke formelt var blevet gennemført i national lovgivning. Desuden var det Secretary of State, som udpegede medlemmerne af BGC's bestyrelse, og som formentlig også kunne tvinge dem til at træde tilbage, ligesom han kunne lægge pres på virksomhedens ledelse gennem sine økonomiske dispositioner.

Da der ikke findes specifikke regler i fællesskabsretten, må dette spørgsmål principielt besvares i overensstemmelse med medlemsstatens nationale lovgivning. Fællesskabsretten begrænser dog medlemsstaternes frihed til at fastlægge de indholdsmæssige og processuelle aspekter af de sanktioner, der er forbundet med de forpligtelser, der påhviler en medlemsstat i henhold til et direktiv.

Specielt med hensyn til sanktioner i forbindelse med forpligtelsen i henhold til artikel 5, stk 1, i direktiv 76/207, som denne sag drejer sig om, statuerede Domstolen i præmis 28 i von Colson-dommen af 10. april 1984⁴⁴, at

I den forbindelse vil jeg også gerne påpege, at det ovenfor foreslåede svar *mutatis mutandis*, dvs. når henses til forskellen i formålene med de forskellige retsforskrifter, er i overensstemmelse med lovgivningen og praksis på andre områder af fællesskabsretten, hvor begrebet »staten« ligesom i den foreliggende situation må fortolkes vidt: også på disse områder bringes andre organer end dem, der er udstyret med offentlig myndighed, ind under den pågældende forskrift, når myndighederne kan øve indflydelse på deres adfærd (jfr. ovenfor punkt 16).

»selv om direktiv 76/207 med hensyn til sanktioner i anledning af overtrædelse af forbuddet mod forskelsbehandling giver medlemsstaterne valgfrihed mellem de forskellige løsninger, der er egnet til at virkeliggøre direktivets mål, følger det imidlertid af direktivet, at hvis en medlemsstat vælger at give krav på erstatning som sanktion i tilfælde af en overtrædelse af det nævnte forbud, skal erstatningens effektivitet og afskrækkende virkning sikres ved, at den i hvert fald skal modsvare det lidte tab, og den skal derfor overstige en rent symbolsk erstatning«.

Spørgsmålet om erstatning

23. Med den anden del af sit spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om appellerne, hvis de kan støtte ret på ligebehandlingsdirektivet over for BGC, »er berettigede til at kræve erstatning med den begrundelse, at BGC's politik med hensyn til pensionering var i strid med direktivet«.

Det påhviler den nationale domstol at undersøge, hvorledes dette krav, der følger af fællesskabsretten, kan opfyldes efter national ret.

44 — Jfr. ovenfor fodnote 9; se også præmis 23 og 26.

Konklusion

24. Jeg skal foreslå, at det af House of Lords forelagte spørgsmål besvares således:

»Borgerne kan påberåbe sig en ubetinget og tilstrækkelig præcis bestemmelse såsom artikel 5, stk. 1, i direktiv 76/207/EØF over for en virksomhed, med hensyn til hvilken staten — forstået som ethvert organ, der er udstyret med offentlig myndighed, uanset dets stilling i forhold til andre offentlige organer eller arten af de opgaver, det har fået overdraget — har påtaget sig et ansvar, som sætter den i stand til at øve afgørende indflydelse på denne virksomheds adfærd på en hvilken som helst måde (undtagen ved generel lovgivning) for så vidt angår det område, på hvilket den relevante direktivbestemmelse pålægger en medlemsstat en forpligtelse, som den har undladt at gennemføre i sin nationale lovgivning.

Selv om direktiv 76/207 med hensyn til sanktioner i anledning af overtrædelse af forbuddet mod forskelsbehandling giver medlemsstaterne valgfrihed mellem de forskellige løsninger, der er egnet til at virkeliggøre direktivets mål, følger det imidlertid af direktivet, at hvis en medlemsstat vælger at give krav på erstatning som sanktion i tilfælde af en overtrædelse af det nævnte forbud, skal erstatningens effektivitet og afskrækkende virkning sikres ved, at den i hvert fald skal modsvare det lidte tab. Det påhviler den nationale domstol at undersøge, hvorledes dette krav, der følger af fællesskabsretten, kan opfyldes efter national ret«