

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
GIUSEPPE TESAURO

fremsat den 28. november 1995 *

Indhold

De faktiske omstændigheder, de nationale lovgivninger og de præjudicielle spørgsmål	I - 1067
a) Sag C-46/93 (Brasserie du pêcheur)	I - 1068
b) Sag C-48/93 (Factortame III)	I - 1070
Formulering af problemet og disposition for forslaget til afgørelse	I - 1074
I. Princippet om statens ansvar i henhold til fællesskabsretten: grundlag og rækkevidde	I - 1076
a) Den i Domstolens praksis fastslåede erstatningspligt for medlemsstater, der ikke opfylder deres forpligtelser: Francovich-dommen og dennes forløbere	I - 1078
b) Det »fællesskabsretlige« princip om ansvar: blot et middel til at udfylde et hul i retsbeskyttelsen eller et princip med videre rækkevidde?	I - 1082
c) Statens erstatningspligt som følge af lovgivers virksomhed	I - 1088
II. Betingelserne for statens erstatningspligt	I - 1095
1. Francovich-løsningen	I - 1097
2. Retspraksis vedrørende artikel 215, stk. 2	I - 1100
3. De »fællesskabsretlige« kriterier for de almindelige ansvarsbetingelser	I - 1104
a) Den skadevoldende handling: overtrædelse af fællesskabsbestemmelser	I - 1105
— Den åbenbare og grove karakter af overtrædelsen	I - 1106
— Culpaa: en nødvendig betingelse?	I - 1111
b) Et tab skal være indtrådt	I - 1114

* Originalsprog: italiensk.

c) Årsagsforbindelsen	I - 1116
— Den skadelidte persons adfærd	I - 1117
— Erstatningssag og annullationssøgsmål: selvstændighed eller afhængighed?	I - 1117
4. De andre betingelser	I - 1120
5. Tidspunktet for erstatningspligtens indtræden	I - 1123
III. Besvarelser af de nationale retsinstitansers spørgsmål	I - 1124
a) Sag C-46/93 (Brasserie du pêcheur)	I - 1124
b) Sag C-48/93 (Factortame III)	I - 1126
Forslag til afgørelse	I - 1128

1. Spørgsmålet om statens ansvar for overtrædelse af fællesskabsretten og om den deraf følgende pligt til at betale erstatning til borgerne gør fortsat, efter at det også har været genstand for den berømte Francovich-dom ¹, krav på stor interesse. Den nævnte dom har imidlertid ikke afklaret samtlige spørgsmål; en række spørgsmål er stadig ubesvarede, i nogle tilfælde vedrørende vigtige punkter.

De af Bundesgerichtshof (sag C-46/93) og af High Court of Justice (sag C-48/93) stillede spørgsmål, som på ny vedrører spørgsmålet om overtrædelser af traktatbestemmelser, som allerede er fastslået af Domstolen i tidligere domme, giver således anledning til, om ikke at løse alle de resterende problemer, der foreligger på dette komplicerede område, så i det mindste til at give en yderligere afklaring heraf, især vedrørende spørgsmålet om statens ansvar i andre tilfælde end manglende

gennemførelse af direktiver og vedrørende de *fællesskabsretlige* betingelser, hvorunder borgerne har krav på erstatning.

De overvejelser, som Domstolen skal foretage, vedrører en række vigtige institutionelle spørgsmål og især forholdet mellem fællesskabsretten og de nationale retssystemer. Det er dermed et område, hvor man har mulighed for at bedømme, om fællesskabsrettsordenen som helhed virker på rette måde.

De faktiske omstændigheder, de nationale lovgivninger og de præjudicielle spørgsmål

1 — Dom af 19.11.1991, forenede sager C-6/90 og C-9/90, Sml. I, s. 5357.

2. Idet jeg henviser til retsmøderapporten angående en nærmere fremstilling af de

relevante retsregler og de faktiske omstændigheder, der har givet anledning til nærværende sag, skal jeg her blot nævne de punkter, der har mest direkte betydning for min undersøgelse.

a) *Sag C-46/93 (Brasserie du pêcheur)*

3. Brasserie du pêcheur SA, et fransk bryggeri med hjemsted i Schiltigheim (Alsace), anfører, at det i slutningen af 1981 måtte indstille eksporten af øl til Forbundsrepublikken Tyskland, fordi det af selskabet fremstillede øl ikke opfyldte det tyske »Reinheitsgebot« i § 9 og 10 i Biersteuergesetz² (lov om afgift af øl, herefter »BiStG«). Som det fremgik af indlæggene under den mundtlige forhandling, var der nærmere tale om, at den fortsatte kontrol, som detailhandlerne blev underkastet af de tyske myndigheder, der herefter betragtede øllet som ikke forskriftsmæssigt, foranledigede Brasserie du pêcheur's tyske eneimportør til ikke at forny forhandleraftalen.

Efter dommen af 12. marts 1987³, hvori Domstolen fastslog, at forbuddet mod at bringe øl i handelen, der var importeret fra

andre medlemsstater og ikke opfyldte betingelserne i BiStG, var i strid med traktatens artikel 30, anlagde Brasserie du pêcheur sag mod Forbundsrepublikken Tyskland med krav om erstatning af det tab, selskabet har lidt som følge af denne indførselsrestriktion i perioden 1981-1987, med et beløb på 1 800 000 DM, hvilket blot svarer til en del af det faktisk lidt tab. Efter at sagsøgte var blevet frifundet i underinstanserne, har Brasserie du pêcheur fastholdt påstanden under den revisionsanke, det har indbragt for Bundesgerichtshof.

4. Bundesgerichtshof anfører, at den i sagen omhandlede overtrædelse må betragtes som en undladelse fra lovgivers side, for så vidt som denne ikke har sørget for at ændre BiStG, således at den er i overensstemmelse med fællesskabsretten, og henviser til, at skadeserstatning i Forbundsrepublikken Tyskland ydes i henhold til § 839 i Bürgerliches Gesetzbuch (den tyske borgerlige lovbog, herefter »BGB«), sammenholdt med artikel 34 i Grundgesetz (grundloven). Sidstnævnte bestemmelses stk. 1 lyder: »Tilsidesætter en person i forbindelse med udøvelsen af et offentligt hverv, som er betroet ham, sine tjenesteplichter over for tredjemand, påhviler ansvaret i princippet staten eller den offentlige forvaltningsenhed, hvor han gør tjeneste«. Derimod bestemmer BGB § 839, stk. 1, at såfremt en tjenestemand forsætligt eller uagtsomt krænker en ham over for tredjemand påhvilende tjenesteplicht, skal han erstatte den deraf opståede skade. Hvis tjenestemanden har udvist uagtsomhed, kan han kun drages til ansvar, såfremt den skadelidte ikke har anden mulighed for at blive holdt skadesløs.

² — Lov af 14.3.1952 (BGBl. I, s.149), som affattet den 14.12.1976 (BGBl. I, s. 3341). Jeg skal blot nævne, at ifølge § 10 må betegnelsen »Bier« (øl) kun anvendes for et produkt, der brygges i overensstemmelse med »Reinheitsgebot«, der udtømmende fremgår af lovens § 9.

³ — Sag 178/84, Kommissionen mod Tyskland, Sml. s. 1227.

Ud over at der skal være tale om udøvelse af et offentligt hverv og om krænkelse af en tjenesteplicht, er anvendelsen af de omhandlede regler således undergivet den yderligere betingelse, at tredjemand kan anses for berørt (*Drittbezogenheit*) af den tjenesteplicht, der er tilsidesat, hvilket indebærer, at staten kun ifalder ansvar for tilsidesættelse af pligter, der gælder over for tredjemand. Netop denne sidstnævnte betingelse er imidlertid normalt ikke opfyldt ved uretmæssig lovgivning, herunder i forbindelse med det i nærværende sag omhandlede ulovlige forhold ⁴. Som det er understreget af den nationale domstol, varetager lovgiver med BiStG opgaver over for almenheden, som ikke særligt berører bestemte personer eller persongrupper, der kan anses for tredjemænd i de ovennævnte bestemmelsers forstand ⁵.

Endvidere bemærker den forelæggende ret, at der i denne sag heller ikke kan pålægges staten et ansvar for et ulovligt ekspropriationslignende indgreb på grundlag af det princip herom, der er udviklet i Bundesgerichtshof's praksis ⁶. Efter den forelæggende rets opfattelse må dette være konklusionen, for så vidt som det omhandlede

princip, således som det fremgår af denne retspraksis, ikke åbner mulighed for erstatning for tab, der skyldes grundlovsstridige love, hvormed må sidestilles erstatning for tab som følge af en tilsidesættelse af en fællesskabsforpligtelse. I øvrigt er der under alle omstændigheder ikke i den konkrete sag sket et indgreb i en ejendomsretligt beskyttet retsstilling for sagsøgeren.

5. Bundesgerichtshof fandt, at der ikke i tysk ret er hjemmel for at yde erstatning for det af sagsøgeren lidte tab, og den har følgende forelagt Domstolen en anmodning om præjudiciel afgørelse for at fastslå, om princippet om statens ansvar for tab, der er forvoldt ved overtrædelser af fællesskabsretten, som må tilskrives staten, således som det fremgår af den ovenfor nævnte Francovich-dom, finder anvendelse i den for retten verserende sag. Domstolen har nærmere bestemt fået forelagt følgende spørgsmål til besvarelse:

»1) Gælder det fællesskabsretlige princip om, at medlemsstaterne har pligt til at yde erstatning for skader, der påføres den enkelte borger ved overtrædelser af fællesskabsretten, som kan tilregnes de pågældende stater, også, såfremt overtrædelser består i, at en formel parlamentslov ikke bliver tilpasset fællesskabsrettens trinshøjere normer (i det konkrete tilfælde: manglende tilpasning

4 — Der gælder nemlig de samme bestemmelser for uretmæssig lovgivning (*legislatives Unrecht*) som for de administrative myndigheders ansvar (*Amtshaftung*). Netop derfor anses muligheden for at yde erstatning for tab, der skyldes uretmæssig lovgivning — et i Tyskland stadig meget omvistet spørgsmål — af alle for givet, såfremt der er tale om love, der regulerer enkelttilfælde (*Einzelfallgesetze*), eller om en generel retsakt som f.eks. en plan for arealudnyttelse (*Bebauungsplan*).

5 — Ordningen synes i øvrigt ikke at være meget forskellig fra den ordning — som skal være særegen for det italienske system — hvorefter der sondres mellem subjektiv ret og berettiget interesse.

6 — Jf. *BGHZ* (Samling af Afgørelser fra Bundesgerichtshof i Civile Sager) 90, s. 17, og især s. 29 ff.

af § 9 og 10 i den tyske Biersteuergesetz til EØF-traktatens artikel 30)?

der kræves en fuldstændig erstatning af samtlige formuetab, herunder tabt fortjeneste?

2) Kan national ret undergive et eventuelt krav på erstatning de samme begrænsninger, som gælder i tilfælde af, at en national lov strider mod trindhøjere nationale bestemmelser, f.eks. i tilfælde af, at en almindelig tysk forbundslov strider mod Forbundsrepublikken Tysklands grundlov?

b) Omfatter erstatningspligten også skader, der allerede var opstået, inden det ved EF-Domstolens dom af 12. marts 1987 (sag 178/84) blev fastslået, at § 10 i den tyske Biersteuergesetz var i strid med trindhøjere fællesskabsret?»

3) Kan national ret betinge et erstatningskrav af, at et statsligt organ, som er ansvarligt for den manglende tilpasning, har handlet culpøst (forsætligt eller uagtsomt)?

b) *Sag C-48/93 (Factortame III)*

4) Såfremt spørgsmål 1) besvares bekræftende og spørgsmål 2) benægtende:

6. Sagen om erstatning for tab som følge af anvendelsen af Merchant Shipping Act 1988 (lov af 1988 om handelsflåden), som er anlagt af de 97 sagsøgere i hovedsagen, ligger i forlængelse af den berømte Factortame-sag, som jeg her blot skal nævne hovedpunkterne i.

a) Kan erstatningspligten efter national ret da begrænses til erstatning for skader på bestemte individuelle retsgoder, f.eks. ejendomsretten, eller må

For det første bemærkes, at den omhandlede lov foreskrev oprettet et nyt skibsregister for alle britiske fiskerfartøjer, dvs. også dem, der allerede var registreret i det gamle register.

Den nye registreringsordning indeholdt strengere betingelser vedrørende nationalitet, fast ophold og bopæl for de juridiske og fysiske personer, der var de virkelige ejere af fartøjet. De fiskerfartøjer, der ikke opfyldte disse betingelser, kunne ikke registreres i det nye register og havde derfor ikke ret til at drive fiskeri under britisk flag.

Den nye registerordning gav anledning til en retssag ved Divisional Court, som ved kendelse af 10. marts 1989 udsatte anvendelsen af ordningen ved et foreløbigt forbud, som senere blev ophævet af Court of Appeal⁷. Samtidig forelagde Divisional Court en præjudiciel anmodning vedrørende de fællesskabsretlige spørgsmål, som sagsøgerne havde rejst, som Domstolen tog stilling til ved dom af 25. juli 1991⁸. Herved fastslog Domstolen, at de krav om nationalitet, fast ophold og bopæl for ejere af fiskerfartøjer, som stilledes efter den nye registreringsordning i Det Forenede Kongerige, var i strid med fællesskabsretten og især med traktatens artikel 52.

I mellemtiden havde Kommissionen i medfør af traktatens artikel 169 anlagt sag mod Det Forenede Kongerige i anledning af den nævnte lovs påståede uforenelighed med fællesskabsretten, dog kun for så vidt angik betingelserne vedrørende nationalitet. Den havde endvidere begæret, at anvendelsen af loven som en foreløbig foranstaltning indtil videre blev udsat, hvilken begæring Domstolen imødekom ved kendelse af 10. oktober 1989⁹. Efter denne afgørelse foretog Det Forenede Kongerige en delvis ændring af den omhandlede lov med virkning fra den 2. november 1989. Ved dom af 4. oktober 1991¹⁰ fastslog Domstolen derefter, at Det Forenede Kongerige som følge af nationalitetskravene til fartøjejerne ikke havde overholdt de forpligtelser, der påhviler det i henhold til traktatens artikel 7, 52 og 221.

Allerede den 2. oktober 1991 afsagde Divisional Court en kendelse til opfyldelse af Factortame II-dommen, hvorved den gav tilladelse til registrering af 79 sagsøgers fiskerfartøjer og anmodede disse sagsøgere om at specificere deres erstatningskrav mod Secretary of State for Transport. Ved kendelse af 18. november 1992 gav den endvidere en række selskaber og flere andre personer tilladelse til at indtræde i sagen og/eller nedlægge påstand om erstatning; den gav endvidere Rawlings (sagsøger 37) tilladelse til at udvide sin erstatningspåstand til at omfatte en påstand om »eksemplarisk« erstatning for de offentlige myndigheders forfatningsstridige adfærd (*exemplary damages for unconstitutional behaviour*).

7 — Det skal her for fuldstændighedens skyld nævnes, at efter at sagsøgerne havde appelleret til House of Lords, forelagde denne ved kendelse af 18.5.1989 Domstolen to præjudicielle spørgsmål om, hvorvidt de nationale retsinstanter har beføjelse — og i givet fald i hvilket omfang — til at fastsætte foreløbige forholdsregler i sager, der vedrører rettligheder i henhold til fællesskabsretten. I dom af 19.6.1990, sag C-213/89, Factortame m.fl., Sml. I, s. 2433, herefter »Factortame I-dommen«, kendte Domstolen for ret, at »fællesskabsretten skal fortolkes således, at en national retsinstant, som i en sag vedrørende fællesskabsretten finder, at det eneste, der er til hinder for, at den træffer foreløbige forholdsregler, er en national retsregel, skal tilsidesætte denne regel«. Den 11.10.1990 stadfæstede House of Lords følgelig det af Divisional Court nedlagte foreløbige forbud, indtil der blev truffet afgørelse om realiteten.

8 — Sag C-221/89, Factortame m.fl., Sml. I, s. 3905, herefter »Factortame II-dommen«.

9 — Sag 246/89 R, Kommissionen mod Det Forenede Kongerige, Sml. s. 3125.

10 — Sag C-246/89, Kommissionen mod Det Forenede Kongerige, Sml. I, s. 4585.

Den af sagsøgerne krævede erstatning vedrører forskellige tabsposter, herunder især omkostninger og tabt fortjeneste fra ikrafttrædelsen af den anfægtede nye lovgivning (1.4.1989) og indtil det tidspunkt, hvor de kunne genoptage fiskeriet ¹¹.

7. I engelsk ret er statens erstatningsansvar fastslået i retspraksis. Der anvendes navnlig de samme retsbrudsformer (de enkelte *torts*), som begrundet det privatretlige ansvar, for så vidt som de kan foreligge i forbindelse med de offentlige myndigheders adfærd.

Der antages for det første at kunne gøres krav på erstatning, såfremt et tab er forvoldt ved uagtsomhed (*tort of negligence*) i forbindelse med udøvelsen af forvaltningsvirksomhed, herunder også i forbindelse med regelfastsættelse ¹². Da det imidlertid er en betingelse for ethvert søgsmål af denne art, at der påhviler de offentlige myndigheder en »påpasselighedspligt« (*duty of care*), og da en sådan pligt ifølge retspraksis ikke foreligger i

tilfælde af rent økonomiske tab ¹³, hvilket udelukker, at der kan ydes erstatning for den slags tab, bliver resultatet, at en overtrædelse af fællesskabsretten vanskeligt kan begrunde et ansvar. Begrebet påpasselighedspligt og dennes rækkevidde er for tiden genstand for indgående overvejelser i retspraksis i Det Forenede Kongerige ¹⁴.

For det andet kan de offentlige myndigheder drages til ansvar i tilfælde af tilsidesættelse af en forpligtelse, der følger af loven (*breach of statutory duty*). I praksis er muligheden for at opnå erstatning dog stærkt begrænset i denne situation, da det er den herskende opfattelse, at muligheden for at anvende administrative retsmidler for at sikre, at lovgivningen overholdes, er til hinder for, at der anlægges en erstatningssag ¹⁵. Ganske vist er det netop i sådanne sager antaget, at der ifaldes erstatningsansvar for overtrædelser af fællesskabsretten, men kun såfremt der er tale om »privatretlige søgsmål« ¹⁶.

11 — Selv om den forelæggende ret kun henviser til den 2.11.1989, den dato, da den omhandlede lov delvist blev ophævet, skal det bemærkes, at denne ophævelse i overensstemmelse med Domstolens kendelse i sag 246/89 R alene vedrørte de bestemmelser, der var diskriminerende på grundlag af nationalitet. Det følger heraf, således som sagsøgerne i hovedsagen har anført i deres skriftlige indlæg i nærværende sag, at den omhandlede lov med hensyn til de andre betingelser, der blev anset for diskriminerende (krav om fast ophold eller bopæl), og som blev behandlet i sag C-221/89, Factorame II, først ophørte med at have skadelige virkninger den 11.10.1990, da House of Lords i overensstemmelse med Domstolens dom af 19.6.1990, Factorame I, stadfæstede det foreløbige forbud, der var blevet begæret. Der henvises i denne forbindelse til note 7.

12 — Jf. f.eks. dommen vedrørende Wallace Edward Rowling, 1988, AC 473.

13 — Den omtalte pligt er begrænset til typetilfælde, hvoraf følger, at der ikke ifaldes ansvar for enhver skadegørende handling, der er foretaget culpøst. Der findes dog i ældre retspraksis afgørelser, hvorefter påpasselighedspligten er blevet sidestillet med *neighbourhood principle*, der i det væsentlige svarer til *neminem laedere*, eftersom det indeholder et forbud mod at skade nogen, i forhold til hvem det med rimelighed kunne forudses, at der forelå en skaderisiko (se i denne retning f.eks. dommen i sagen Donoghue mod Stevenson, 1932, AC 562).

14 — Jf. f.eks. dommen i sagen Lonhro mod Tebbit, 1992, A All ER, s. 280.

15 — Se f.eks. Thornton, 1979, QB, 626.

16 — Jf. dommen i sagen Garden Cottage Foods, 1984, 1 AC 130 HL, hvori House of Lords i det væsentlige tiltrådte, omend i et obiter dictum (sagen drejede sig nemlig om en begæring om foreløbige forholdsregler), at der skulle betales erstatning til en person, der havde lidt tab som følge af en adfærd, der var i strid med traktatens artikel 85 og 86, og som var blevet fulgt af private personer såvel som af den offentlige forvaltning, dog forudsat, at denne handlede ligesom en privat borger.

Når der derimod er tale om en krænkelse, der udelukkende vedrører den offentlige ret, kan der kun ifaldes ansvar for misbrug af beføjelser ved udøvelsen af en offentlig funktion (*misfeasance in public office*). Dette er den eneste *tort*, der ikke vedrører private mellemværender, men specielt de offentlige myndigheder. Kravet om, at der skal foreligge en bevidst ulovlig adfærd, udelukker imidlertid muligheden for at opnå erstatning for de lidte tab, også hvor disse følger af overtrædelser af fællesskabsretten. Som den forelæggende ret selv har nævnt i forelæggelseskendelsen, har Court of Appeal i Bourgoïn-sagen¹⁷ fastslået, at staten hverken efter engelsk ret eller efter fællesskabsretten er forpligtet til at betale erstatning til ofrene for en adfærd, der er fastslået at være i strid med fællesskabsretten, medmindre det fremgår, at ministeren handlede med viden om, at den anfægtede retsakt var ulovlig, og med forsæt til at påføre sagsøgerne et tab. Efter Francovich-dommen har House of Lords imidlertid givet udtryk for tvivl med hensyn til, om afgørelsen i Bourgoïn-dommen er rigtig¹⁸.

forelagt Domstolen en anmodning om præjudiciel afgørelse, hvorunder den har stillet følgende spørgsmål:

»1) I betragtning af alle omstændighederne i sagen, hvor

a) en medlemsstats lovgivning indeholdt nationalitetskrav og krav om bopæl og fast ophold for ejere og bestyrere af fiskerfartøjer og for selskabsdeltagere og bestyrelsesmedlemmer i selskaber, der ejer og bestyrer fartøjer, og

8. Den nationale ret finder, at anvendelsen af engelsk retspraksis må føre til, at sagsøgernes erstatningspåstand forkastes. Da retten endvidere ikke anser det for klart, at princippet om statens ansvar for tab, der er forvoldt borgerne ved overtrædelser af fællesskabsretten, som må tilregnes den, således som det er fastslået ved Francovich-dommen, også finder anvendelse i nærværende sag, har den

b) betingelserne blev kendt i strid med EØF-traktatens artikel 5, 7, 52 og 221 i Domstolens domme i sagerne C-221/89 og C-246/89,

17 — Dom i sagen Bourgoïn SA mod Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, 1986, 1 QB, s. 716 AC.

18 — Dom i sagen Kirklees Metropolitan Borough Council mod Wickes Building Supplies Ltd, 1992, 3 WLR, s. 170, og især s. 188.

har de personer, som var ejere eller bestyrere af sådanne fartøjer, eller bestyrelsesmedlemmer og/eller selskabsdeltagere i selskaber, der

ejede og bestyrede fartøjer, da i henhold til fællesskabsretten et erstatningskrav mod medlemsstaten for de tab, de har lidt som følge af en eller flere af de nævnte overtrædelser af EØF-traktaten?

2) Såfremt spørgsmål 1) besvares bekræftende: Hvilke forhold skal den nationale domstol i givet fald i henhold til fællesskabsretten tage hensyn til ved fastlæggelsen af krav på erstatning og renter heraf vedrørende:

a) Udgifter og/eller tabt fortjeneste og/eller mistede indtægter i perioden, efter at de nævnte betingelser trådte i kraft, hvor det var nødvendigt at oplægge fartøjerne, træffe andre foranstaltninger med henblik på fiskeri og/eller søge at opnå registrering andetsteds.

b) Tab som følge af salg til priser under markedsværdien af fartøjer, parter heri eller andele i selskaber, der ejer fartøjer.

c) Tab som følge af sikkerhedsstillelser, bøder og udgifter til retlig bistand i forbindelse med påståede forseelser forbundet med udelukkelsen af fartøjerne fra det nationale register.

d) Tab som følge af, at de berørte personer ikke kunne eje og forestå driften af yderligere fartøjer.

e) Mistede vederlag for bestyrelse af fartøjer.

f) Udgifter afholdt i forsøg på at begrænse de ovennævnte tab.

g) 'Exemplary damages' som påstået?«

Formulering af problemet og disposition for forslaget til afgørelse

9. Spørgsmålet om statens ansvar for overtrædelser af fællesskabsretten — som er af stor betydning såvel i principiel henseende som under hensyn til eventuelle konsekvenser for medlemsstaterne, såfremt der i bred almindelighed antages at gælde et sådant ansvar — er indviklet og på ingen måde uden faldgruber, således som det også ses af den omfattende debat i litteraturen, der er ført i de seneste år.

Domstolen anmodes i nærværende sag om at fastslå, hvorvidt, på hvilke betingelser og for hvilke typer af tab der påhviler staten en forpligtelse til at betale erstatning til borgere, der har lidt tab som følge af anvendelsen af nationale love, der er i strid med fællesskabsretten¹⁹.

10. Det skal herefter for det første fastslås, om forpligtelsen til at betale erstatning bør begrænses til den situation, der allerede er blevet behandlet i Francovich-dommen, nemlig manglende gennemførelse af et direktiv, hvis bestemmelser, selv om de i visse henseender er klare, ikke kan påberåbes direkte af borgerne for at opnå den ydelse, som direktivet giver dem ret til, eller om den også kan omfatte den situation, hvor borgerens tab, som det er tilfældet i denne sag, skyldes anvendelsen af en national lov, der er i strid med fællesskabsbestemmelser, som borgerne direkte kan støtte ret på ved de nationale domstole. Med henblik herpå anser jeg det for hensigtsmæssigt at omtale de betingelser, hvorunder staterne — indtil nu — er blevet anset for erstatningspligtige for overtrædelse af fællesskabsretten, og på denne måde beskrive grundlaget for ansvaret i henhold til fællesskabsretten. Jeg anser det endvidere for nyttigt at behandle spørgsmålet om statens påståede manglende ansvar for lovgivers handlinger, som også er blevet gjort gældende (om end med en vis forsigtighed) i

denne sag for på dette grundlag abstrakt og principielt at afvise, at staten ifalder ansvar under de i nærværende sag omhandlede omstændigheder.

For det andet skal det fastslås, hvorvidt ansvarsbetingelserne er dem, der findes inden for det enkelte nationale retssystem — med de velkendte begrænsninger, der fremgår af en række afgørelser fra Domstolen — eller om det tværtimod er fællesskabsretten selv, der i det mindste angiver de *materielle betingelser*, der er tilstrækkelige for, at den ulovligt handlende medlemsstat bliver forpligtet til at erstatte det forvoldte tab. Såfremt denne anden opfattelse går af med sejren, er det indlysende, at man må tage stilling til, om det er tilstrækkeligt, at en hvilken som helst overtrædelse påfører borgeren et tab, eller om der kræves noget mere, således som de fleste af medlemsstaterne har hævdet under nærværende sag, og navnlig, om dette yderligere element kan sidestilles med et krav om culpa, eller om der kræves andre betingelser, som f.eks. dem, som Domstolen har fastslået med hensyn til fællesskabsinstitutionernes ansvar uden for kontrakt (i henhold til artikel 215). Hvad dernæst angår spørgsmålet om årsagsforbindelse, må der f.eks. tages stilling til, hvorvidt den omstændighed, at den overtrådte fællesskabsbestemmelse efter sin art sætter borgeren i stand til direkte at beskytte sine rettigheder og dermed allerede materielt fjerne den ulovlige situation, kan tillægges nogen betydning, ligesom det under alle omstændigheder må fastslås, på hvilket tidspunkt erstatningspligten opstår. Det vil endelig være nødvendigt at se på de *procesuelle betingelser*, som erstatningskravet er

19 — Vedrørende den herfra forskellige situation, hvor staten drages til ansvar for skade, der er forvoldt ved en adfærd fra forvaltningens side, som er i strid med fællesskabsretten, henvises til den verserende sag C-5/94, Lomas. I øvrigt behandler generaladvokat Léger's forslag til afgørelse, der er fremsat den 20.6.1995, også en række spørgsmål, der er af interesse for nærværende sag.

undergivet, såvel som på kriterierne for opgørelsen af tabet.

Jeg skal til sidst foretage en undersøgelse af de to konkrete sager for derefter at foreslå et svar på de spørgsmål, der er anledningen til nærværende sag.

11. Dette er da de punkter, som jeg skal behandle, og de problemer, som jeg skal prøve at give svar på. Den undersøgelse, som følger, er derfor delt i tre dele. I den første del behandles princippet om statens ansvar i henhold til fællesskabsretten med henblik på at klargøre princippet grundlag og rækkevidde, også for så vidt angår lovgivers retsstridige adfærd, og især med henblik på at vurdere, om erstatningssøgsmålet kun har en subsidiær karakter, dvs. at kravet kun kan rejses, såfremt borgeren ikke har andre midler til at gennemføre de rettigheder, som fællesskabsretten giver ham, eller om det har en mere generel rækkevidde.

I — *Princippet om statens ansvar i henhold til fællesskabsretten: grundlag og rækkevidde*

For så vidt angår ansvarsbetingelserne skal jeg med det samme bemærke, at de materielle minimumsbetingelser til forskel fra de formelle betingelser må og skal være fælles og dermed fællesskabsretlige. Dette er efter min mening den eneste måde, hvorpå det kan undgås, at der for en og samme overtrædelse ikke gives den samme sikkerhed for erstatning i de forskellige medlemsstater, og at der dermed opstår en forskelsbehandling mellem borgerne, som et fællesskab, der er et retsfællesskab, ikke kan acceptere. I den anden del behandles følgelig de betingelser, hvorunder borgeren kan opnå erstatning, dvs. de fællesskabsretlige betingelser for ansvaret, såvel som de grænser, som fællesskabsretten indebærer for de processuelle betingelser. Disse sidstnævnte er efter min opfattelse ligesom kriterierne for opgørelsen af tabet fortsat undergivet national ret.

12. Den tanke, at staten er ansvarlig for tab som følge af lovgivningsvirksomhed, er på ingen måde overraskende. Det princip, som de fleste *privatretlige regler* om ansvar uden for kontrakt bygger på, er *neminem laedere*, som forskelligt fortolket og afgrænset, hvorefter enhver er forpligtet til at erstatte tab, der skyldes hans egen adfærd i strid med en retlig forpligtelse²⁰. Det er uden tvivl dette princip, der ligger til grund for de forskellige ordninger, der generelt hviler på de af domstolene skabte begreber, vedrørende de *offentlige myndigheders* ansvar, som ganske vist udviser særlige, originale træk på grund af selve arten af den virksomhed, som de udøver, navnlig for så vidt angår lovgivervirksomhed. Også de offentlige myndigheders ansvar er nemlig snævert, ja nødvendigvis, forbundet med en skade, der er ulovlig, fordi den skyldes en retsstridig adfærd; det er i en vis forstand to sider af samme sag.

20 — Selv om dette princip ikke har den samme almindelige rækkevidde i alle retssystemer — således som det allerede fremgår af det britiske system, hvor en begrænsning følger af det (begrænsede) område, hvor der er en *duty of care* — står det dog fast, at for så vidt som det hviler på tanken om retsstridig skade, kan det betragtes som udgangspunkt for enhver drøftelse af spørgsmålet om ansvar.

For så vidt angår de offentlige myndigheder er det rigtigt, at netop i betragtning af arten af den udøvede virksomhed og følgerne af, at der generelt blev antaget at være ansvar og erstatningspligt, er tendensen til enhver tid gået i retning af på forskellig måde at begrænse ansvarets område. Rækkevidden af denne begrænsning, der som en foreløbig angivelse kan sammenfattes i det berømte udsagn, hvorefter der er tale om et »hverken generelt eller absolut«²¹ ansvar, hænger således sammen med nødvendigheden af at forene de modstående og konkurrerende involverede interesser, nemlig på den ene side den skadelidte persons interesse i i det mindste at opnå en økonomisk erstatning for det tab, han har lidt som følge af en foranstaltning fra statens side, især ved lovgivning, og på den anden side statens interesse i ikke altid og under alle omstændigheder at blive draget til ansvar for det tab, som dens institutioner forvolder ved udøvelsen af de institutionelle opgaver, der er tillagt dem.

Afgrænsningen af ansvarets rækkevidde er naturligvis i tidens løb og i de forskellige retssystemer undergået væsentlige ændringer. Efter at *retsstatsprincippet* er fastslået, er der navnlig, i hvert fald i de mest udviklede retssystemer, mere og mere sket en forskydning af hovedvægten fra skadevolderens adfærd til den skadelidte persons rettigheder, således som det er tilfældet for ansvaret i almindelighed. På dette grundlag er statens ansvar og den deraf følgende forpligtelse til at betale erstatning til sidst blevet et middel til at sanktionere en retsstridig og/eller skadevoldende adfærd og dermed et middel til at gøre borgernes retsbeskyttelse effektiv.

13. Den netop beskrevne tankegang giver mig anledning til en første enkel konstatering vedrørende princippet om statens ansvar for overtrædelser af fællesskabsretten. Den omstændighed, at medlemsstaterne kan blive draget til ansvar, om det så også er under betingelser, der på forskellige måder begrænser ansvarets område, for tab som følge af de offentlige myndigheders regelfastsættelse, fører allerede til den antagelse, at det ikke er rimeligt, at de altid og under alle omstændigheder skulle være ansvarsfri for overtrædelser af fællesskabsretten, der har en formueretlig virkning for de borgere, der udsættes for følgerne af sådanne overtrædelser.

Kort sagt, i det mindste i det omfang princippet om statens ansvar er en traditionel bestanddel af samtlige retsordener²², må det også finde anvendelse, såfremt den ulovlige adfærd foreligger i form af overtrædelse af en fællesskabsbestemmelse.

14. Det skal dernæst med det samme bemærkes, at selv om det i det væsentlige påhviler staten, og dermed dennes institutioner, at sikre, at fællesskabsretten anvendes korrekt, og navnlig at sikre borgerne den fulde virkning af de rettigheder, som de er tillagt, så er det lige så klart, at det tilkommer Domstolen, såfremt der er spørgsmål om rettigheder,

21 — Blanco-dommen afsagt af Frankrigs Tribunal des conflits den 8.2.1873, D. 1873, II, 20.

22 — For et overblik over hovedindholdet af gældende ret på området i de forskellige medlemsstater henvises til Schockweiler-Wivenes-Godart: »Le régime de la responsabilité extra-contractuelle du fait d'actes juridiques dans la Communauté européenne«, *Revue trimestrielle de droit européen*, 1990, s. 27 ff., især s. 54.

som en borger har i henhold til fællesskabsbestemmelserne, at kontrollere, at de nationale retsordener yder beskyttelsen i behørigt omfang. Denne kontrol er endog ved flere lejligheder gennemført så vidt, at det er blevet pålagt den pågældende stat at indføre et retsmiddel, der ikke bestod efter dens egen retsorden²³.

Det ville følgelig ikke harmonere med retspraksis på området og de karakteristiske træk ved retssystemet som helhed, navnlig med henblik på kompetencefordelingen mellem Fællesskabet og medlemsstaterne, såfremt fællesskabsretten ikke tillagde erstatningsspørgsmålet nogen som helst interesse, idet den i så henseende og uden den mindste kontrol henholdt sig til den enkelte nationale retsorden.

a) Den i Domstolens praksis fastslåede erstatningspligt for medlemsstater, der ikke opfylder deres forpligtelser: Francovichdommen og dennes forløbere

15. Francovichdommen, der må og skal være udgangspunktet for en drøftelse af spørgsmålet om statens erstatningsansvar for overtrædelse af fællesskabsretten, er indtil i dag blot det klareste svar på spørgsmålet. Sagen drejede sig som bekendt om

manglende gennemførelse af direktivet om beskyttelse af arbejdstagerne i tilfælde af arbejdsgiverens insolvens, hvorefter det påhviler medlemsstaterne at indføre en mindstegarantiordning for løntilgodehaverne. En italiensk retsinstans havde forelagt Domstolen det spørgsmål, om borgerne, hvor en medlemsstat ikke havde gennemført dette direktiv, kunne gøre fællesskabsbestemmelserne gældende direkte for de nationale retsinstanser for at få de heri hjemlede rettigheder samt under alle omstændigheder gøre krav på erstatning fra medlemsstaten, såfremt der var tale om et direktiv uden direkte virkning. For Domstolen forelå der således ikke alene et spørgsmål om den direkte virkning af visse bestemmelser i et direktiv, men tillige det spørgsmål, hvorvidt den manglende gennemførelse af dette direktiv gav anledning til skadeserstatning²⁴.

Mens Domstolen fandt, at de omhandlede direktivbestemmelser var tilstrækkelig præcise og ubetingede med hensyn til fastlæggelsen af den personkreds, som var omfattet af garantien, og af garantiens indhold, kom den til det resultat, at de nævnte bestemmelser

24 — Jeg minder om, at en italiensk ret allerede i sagen *Enichem Base m.fl.*, dom af 13.7.1989, sag 380/87, Sml. s. 2491, havde spurgt Domstolen, om det følger af fællesskabsretten, at »forvaltningen ... er forpligtet til at erstatte en skade, såfremt den ved en ulovlig akt (retsstridigt) overtræder en subjektiv ret i henhold til fællesskabsretten, der efter inkorporering i den italienske retsorden fremtræder som en retmæssig interesse, men fortsat bevarer sin fællesskabskarakter« (retsmøderapport, a.st., s. 2494 ff.). Hverken generaladvokaten eller Domstolen besvarede dette spørgsmål, da det efter besvarelsen af de øvrige spørgsmål var blevet uden genstand. Det skal imidlertid bemærkes, at både Det Forenede Kongerige og den italienske regering i deres indlæg havde anført, at en eventuel ret til erstatning alene måtte afhænge af de materielle og processuelle betingelser herfor i de nationale retsordener.

23 — Se herom nedenfor, punkt 43-47.

ikke kunne påberåbes direkte ved den nationale domstol som støtte for et krav om den ydelse, de pågældende havde ret til efter direktivet. Det fremgik navnlig ikke, hvem der var »debitor«, og i øvrigt kunne staten ikke anses som debitor, alene fordi den ikke rettidigt havde truffet foranstaltninger til gennemførelse af det omhandlede direktiv.

16. Herefter undersøgte Domstolen muligheden for, at en borger kan kræve og opnå erstatning for eventuelle tab, og den mindede herved først om fællesskabsrettens væsentlige kendetegn og især om de opgaver, der påhviler de nationale retsinstanser. Den drog på dette grundlag den lapidariske og ikke desto mindre ubestridelige konklusion, at »der følger ... af selve traktatens system et princip om, at staten er erstatningsansvarlig for tab, som er forvoldt private på grund af tilsidesættelser af fællesskabsretten, der må tilregnes staten« (præmis 35).

Dette princip udledte Domstolen nærmere af to grundlæggende træk ved Fællesskabets retsorden. For det første anførte den, at »fællesskabsrettens fulde virkning ville blive afsvækket, og beskyttelsen af de i fællesskabsretten anerkendte rettigheder ville blive forringet, såfremt private var afskåret fra at opnå erstatning for en krænkelse af deres rettigheder som følge af en tilsidesættelse af fællesskabsretten, der må tilregnes en medlemsstat« (præmis 33). Domstolen understregede dernæst, at det navnlig er nødvendigt, at der består en adgang til at gøre erstatningskrav

gældende mod en medlemsstat »i tilfælde, hvor fællesskabsrettens fulde virkning afhænger af, at der træffes foranstaltninger fra medlemsstatens side, således som i denne sag, og hvor private derfor ikke kan påberåbe sig de i fællesskabsretten anerkendte rettigheder ved de nationale domstole, når medlemsstaten ikke har truffet sådanne foranstaltninger« (præmis 34).

For det andet udledte den, ligesom i dommen i sagen Humblet mod den belgiske stat²⁵, en sådan erstatningspligt af EF-traktatens artikel 5, »hvorefter medlemsstaterne skal træffe alle almindelige eller særlige foranstaltninger, som er egnet til at sikre opfyldelsen af de forpligtelser, der påhviler dem efter fællesskabsretten«. Til disse forpligtelser må netop regnes »forpligtelsen til at bringe ulovlige følgevirkninger af en tilsidesættelse af fællesskabsretten til ophør« (præmis 36).

17. Synspunktet var således, hvilke midler der er til rådighed med henblik på at styrke fællesskabsbestemmelsernes effektivitet ved at garantere en effektiv beskyttelse ved domstolene af de rettigheder, der følger af disse bestemmelser, og endvidere med henblik på ikke at lade medlemsstaternes traktatbrud være uden følger, herunder også mærkbare følger.

25 — Dom af 16.12.1960, sag 6/60, Sml. 1954-1964, s. 207, org. ref.: Rec. s. 1125, især s. 1146. Den relevante bestemmelse var i den sag EKSF-traktatens artikel 86, der svarer til EF-traktatens artikel 5.

Det er således netop med disse mål for øje, at borgerens stilling er blevet anvendt og har fået tildelt sin rette betydning. Statens erstatningsansvar over for borgerne for et tab, der skyldes lovgivers passivitet, har Domstolen i sidste ende betragtet som et middel til at sikre beskyttelsen af borgerne og dermed samtidig en korrekt gennemførelse af fællesskabsretten. Således betragtet har ansvaret rødder, der rækker dybt ned, såvel hvad angår konkrete præjudikater vedrørende medlemsstaternes ansvar og erstatningspligt²⁶, som vedrørende det mere generelle spørgsmål om den effektive beskyttelse af de rettigheder, som borgerne har i medfør af fællesskabsbestemmelserne²⁷.

18. Det må således ikke overses, at der allerede fra begyndelsen af 1960'erne findes udtalelser i Domstolens praksis, om så blot i form af en bibemærkning, vedrørende pligten til at betale erstatning for overtrædelser af fællesskabsretten af forskellig art. Jeg henviser i første række til den tidligere nævnte dom i sagen Humblet mod den belgiske stat, hvori Domstolen navnlig fastslog, at hvis den »i en dom konstaterer, at en ved lov eller administrativt tilbleven retsakt, som hidrører fra myndighederne i en medlemsstat, strider mod fællesskabsretten, er denne stat i medfør

af EKSF-traktatens artikel 86 forpligtet til både at ophæve den pågældende retsakt og at råde bod på de ulovlige virkninger, den eventuelt har frembragt«²⁸.

19. Endvidere er det netop under henvisning til, at medlemsstatens traktatbrud kan give borgerne et krav på erstatning, at Domstolen i en række sager har forkastet en afvisningspåstand, selv om medlemsstaten, der var søgt i en traktatbrudssag, i tiden mellem den begrundede udtalelse og sagen ved Domstolen havde truffet de nødvendige foranstaltninger med henblik på gennemførelsen af den forpligtelse, som sagen drejede sig om²⁹.

28 — Dommen nævnt ovenfor i note 25. I denne sag var der nærmere bestemt tale om, at den belgiske regering skulle træffe de fornødne foranstaltninger med henblik på annullation af en retsakt og tilbagebetaling af de med urette opkrævede beløb; men den af Domstolen anvendte generelle formulering — »råde bod på de ulovlige virkninger« — kan tilstrækkelig klart også omfatte erstatning af et eventuelt tab.

29 — En meget klar tilkendegivelse i denne retning er udtalelsen om, at »... en dom afsagt af Domstolen i henhold til traktatens artikel 169 og 171 [kan] ... være af materiel interesse med henblik på fastsættelsen af grundlaget for det ansvar, som en medlemsstat som følge af sin passivitet kan pådrage sig over for andre medlemsstater, over for Fællesskabet eller over for enkeltpersoner«, dom af 7.2.1973, sag 39/72, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 101, præmis 11. Lad mig endvidere nævne udtalelsen i samme retning om, at selv i et tilfælde, hvor traktatbruddet er bragt til ophør, kan der være interesse i at forfølge sagen med henblik på at fastsætte »grundlaget for det ansvar, som en medlemsstat på grund af sin passivitet kan pådrage sig over for bl.a. private«, dom af 20.2.1986, sag 309/84, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 599, præmis 18. Den ovennævnte udtalelse fra Domstolen forekommer ganske hyppigt: dom af 5.6.1986, sag 103/84, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 1759, præmis 9, af 17.6.1987, sag 154/85, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 2717, præmis 6, og af 18.1.1990, sag C-287/87, Kommissionen mod Grækenland, Sml. I, s. 125, summarisk offentliggørelse. For så vidt angår udtalelsen om, at den retlige interesse i sagsanlægget »kan bestå i, at Domstolen fastslår grundlaget for det ansvar, som en medlemsstat kan pådrage sig som følge af sit traktatbrud, navnlig over for dem, som kan støtte ret herpå«, henvises endvidere til dom af 24.3.1988, sag 240/86, Kommissionen mod Grækenland, Sml. s. 1835, præmis 14, af 30.5.1991, sag C-361/88, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 2567, præmis 31, og af 19.3.1991, sag C-249/88, Kommissionen mod Belgien, Sml. I, s. 1275, præmis 41. Det er klart, at man ikke kan fortolke udtalelser af denne art som grundlag for, at borgerne har krav på erstatning for tab, som skyldes overtrædelser af traktaten, men alene, at borgerne i det omfang, det er hjemlet i national ret, har mulighed for at gøre krav på erstatning for en sådan overtrædelse.

26 — Der mangler heller ikke fortalere herfor i litteraturen: Pescatore: »Responsabilité des États membres en cas de manquement aux règles communautaires«, *Foro Padano*, 1972, s. 10 ff.; Kovar: »Voies de droit ouvertes aux individus devant les instances nationales en cas de violation des normes et décisions du droit communautaires«, *Les recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européen*, Bruxelles, 1978, s. 245 ff., især s. 272 ff.; Barav: »Damages in the Domestic Courts for Breaches of Community Law by National Public Authorities«, *Non Contractual Liability of the European Communities*, Europa Instituut University of Leiden, 1988, s. 149 ff.

27 — Se vedrørende dette spørgsmål nedenfor punkt 27-32.

20. Medlemsstaternes erstatningspligt over for borgerne er udtrykt endnu mere direkte og klart i Russo-dommen ³⁰, hvori Domstolen udtalte, at »såfremt et sådant tab er opstået som følge af en overtrædelse af fællesskabsretten, påhviler det den pågældende stat i forhold til skadelidte at påtage sig de heraf følgende konsekvenser på grundlag af de nationale retsregler om statens erstatningsansvar«.

21. Det fremgår således klart af de anførte udtalelser, at en medlemsstat uden tvivl kan afkræves erstatning for tab, der er påført borgerne på grund af et retsbrud, der består i en overtrædelse af fællesskabsbestemmelser, eller som følger af denne overtrædelse.

Det præciseres imidlertid i den nævnte retspraksis, at ansvaret skal være fastslået af den nationale dommer »på grundlag af de nationale retsregler om statens erstatningsansvar« ³¹. Det var således principielt på grundlag af den enkelte nationale retsorden, at der

skulle tages stilling til, om det påhvilede staten at erstatte tab som følge af dens overtrædelse af fællesskabsretten ³².

22. På dette bestemte punkt synes den ovennævnte retspraksis imidlertid at være forladt ved Francovich-dommen, hvori den erstatningspligt, der påhviler medlemsstater, som tilsidesætter deres forpligtelser, støttes på fællesskabsretten også for så vidt angår betingelserne for erstatningspligten.

I det væsentlige bemærkes, at Domstolen i Francovich-dommen ikke lod det blive derved, at det overlades til national ret at drage *alle* de retlige konsekvenser, der følger af overtrædelsen af fællesskabsbestemmelsen, men fastslog, at staten efter fællesskabsretten er erstatningspligtig over for borgerne, hvorved den — i det mindste for *dette* ansvarstilfælde — også fastlagde de »fællesskabsretlige« betingelser for denne pligt.

30 — Dom af 22.1.1976, sag 60/75, Sml. s. 45, præmis 9.

31 — Russo-dommen, nævnt i den foregående note, præmis 9.

32 — Denne opfattelse er senere blevet bekræftet i dom af 13.2.1979, sag 101/78, Granaria, Sml. s. 623, præmis 14, hvori Domstolen udtalte, at »spørgsmålet, om en national myndighed skal erstatte skader, som medlemsstaternes organer og embedsmænd har forvoldt private ved anvendelse af fællesskabsretten, det være sig ved en krænkelse af fællesskabsretten eller ved en handling eller undladelse i strid med den nationale ret, er ikke omfattet af traktatens artikel 215, stk. 2, men skal bedømmes af de nationale domstole på grundlag af den pågældende medlemsstats nationale ret«.

b) Det »fællesskabsretlige« princip om ansvar: blot et middel til at udfylde et hul i retsbeskyttelsen eller et princip med videre rækkevidde?

23. Det punkt, som nu skal behandles, er netop spørgsmålet, om den opfattelse, der fremgår af praksis før Francovich-dommen, (stadig) er begrundet, eller om en erstatningspligt for medlemsstaterne med hjemmel i fællesskabsretten kan og bør foreligge også i andre tilfælde end manglende gennemførelse af direktiver.

Det må navnlig undersøges, om det er et fællesskabsretligt krav, at retten til erstatning også sikres ved overtrædelse af direkte anvendelige bestemmelser, eller om den omstændighed, at borgeren i dette tilfælde umiddelbart kan støtte ret på den omhandlede bestemmelse og således på denne måde opnå beskyttelse for den krævede ret, udelukker muligheden herfor.

24. I nærværende sag har den tyske og den nederlandske regering og Irland i deres indlæg indtaget dette andet standpunkt. Til støtte for deres opfattelse har de gjort gældende, at fællesskabslovgiveren ikke har haft til hensigt at indføre en ordning, hvor medlemsstaterne generelt er ansvarlige for overtrædelser af fællesskabsretten. Dette bekræftes tillige af den omstændighed, at medlemsstaterne ikke har indført nogen

bestemmelse herom i forbindelse med Maastricht-traktaten. Hertil kommer ifølge den tyske regering, at det hverken ville være foreneligt med kompetencefordelingen mellem fællesskabsinstitutionerne og medlemsstaterne, således som fastlagt ved traktaten, eller med princippet om institutionel ligevægt, at retspraksis udbygger fællesskabsretten ud over de tilfælde, hvor der er tale om en berettiget udfyldning af et hul i lovgivningen.

Når alt kommer til alt, har retten til erstatning efter de ovennævnte regeringers opfattelse blot en subsidiær beskyttelsesfunktion, dvs. at retten kun består, når der er tale om bestemmelser, der ikke på anden måde kan håndhæves ved de nationale domstole. Med Francovich-dommen har Domstolen i det væsentlige villet udfylde et hul i retsbeskyttelsessystemet, idet den ved at indføre en erstatningspligt pålagde den stat, der havde tilsidesat sine forpligtelser, en sanktion. Såfremt borgeren derimod allerede har mulighed for at anlægge en sag, hvorunder han direkte kan gøre de fællesskabsretlige bestemmelser gældende, er det på ingen måde nødvendigt og heller ikke begrundet, at der efter fællesskabsretsordenen består en erstatningspligt. Følgelig kan der alene tilkomme borgeren et krav på erstatning, såfremt og i det omfang dette har hjemmel i national ret.

25. Jeg mener ikke, at denne opfattelse kan godtages. For det første fremgår det af Domstolens egen praksis, hvori der i en række

sager er antaget at være erstatningsansvar for staten for overtrædelse af direkte anvendelige bestemmelser, at adgangen til en materiel beskyttelse ikke udelukker en beskyttelse i penge³³. Og selv om Domstolen i disse tilfælde ganske vist nøjedes med at fastslå, at der påhvilede medlemsstaten en pligt til at erstatte tab, som den er skyld i, på grundlag af de nationale retsregler, så er det lige så rigtigt — bl.a. — at der var tale om sager, hvor genstanden for de spørgsmål, som den nationale retsinstans havde forelagt, ikke omfattede det særlige spørgsmål om krav på erstatning.

Da dette emne særligt blev taget under behandling i Francovich-dommen, fandt Domstolen anledning til at fastslå, at princippet om ansvar følger af selve fællesskabsretten, og denne generelle og principielle konstatering gælder for alle tilfælde af overtrædelse af fællesskabsretten og ikke kun ved manglende gennemførelse af direktiver³⁴. Hvad denne sidste situation angår, præciserede Domstolen blot, at et krav på erstatning »navnlig [er] nødvendigt«, netop fordi borgeren ellers ville blive frataget enhver beskyttelse uden hensyn til de rettigheder, direktivet tillægger ham. Denne

bemærkning udelukker imidlertid ikke, at der eventuelt skal betales erstatning for tab som følge af overtrædelser af anden art, så meget mere som Domstolen herefter slog fast, at *betingelserne for, at der kan kræves erstatning, afhænger af den tilsidesættelse af fællesskabsretten, der har forvoldt tabet* (præmis 38).

26. Princippet om, at staten ifalder ansvar for overtrædelse af direkte anvendelige fællesskabsbestemmelser, forekommer mig heller ikke på noget punkt at være uforeneligt med den ved traktaten fastlagte kompetencefordeling mellem fællesskabsinstitutionerne og medlemsstaterne. Jeg skal i så henseende blot bemærke, at det netop er overtrædelsen af fællesskabsretten, der forstyrrer ligevægten i den kompetencefordeling, som staterne frivilligt har godkendt og tiltrådt. Et eventuelt fællesskabsretligt krav om, at tab som følge af en sådan overtrædelse skal erstattes, er blot et middel til at genoprette den ligevægt, der er gjort indgreb i.

Statens ansvar for regelfastsættelse (lovgivers eller forvaltningens) er også ud fra dette synspunkt en naturlig og nødvendig bestanddel af den fællesskabsretsorden, som medlemsstaterne har skabt ved traktaten. Man kommer nemlig ikke uden om, at det er medlemsstaterne, der helt frivilligt har aftalt de traktatbestemmelser, der er hele systemets grundlag, og det er stadig medlemsstaterne,

33 — Jeg henviser såvel til den allerede nævnte Russo-dom, der vedrørte en forordning om den fælles markedsordning for landbruget, som til dom af 12.7.1990, sag C-188/89, Foster m.fl., Sml. I, s. 3313, præmis 22, hvori Domstolen fastslog, at artikel 5, stk. 1, i direktiv 76/207/EØF om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder »til støtte for et erstatningskrav kan påberåbes over for et organ«, som har fået til opgave at yde offentlig servicevirksomhed. Se endvidere vedrørende en overtrædelse af artikel 30 dom af 5.6.1986, Kommissionen mod Italien, nævnt ovenfor i note 29, præmis 9.

34 — Jf. navnlig dommens præmis 33, 35 og 37.

der har den afgørende hovedrolle i forbindelse med udarbejdelsen af fællesskabsbestemmelserne. At hævde et princip om ansvar for traktatbrud betyder således blot, at systemets effektivitet højes, og det indebærer på ingen måde et tillæg til lovgivers virksomhed og endnu mindre en erstatning af denne.

disse pålægges en forpligtelse, f.eks. til at fjerne visse hindringer og ikke genindføre dem, bliver den deraf følgende ret for borgeren til at få fjernet disse hindringer præciseret og gjort relevant, med den senere følge, at han kan gøre denne ret gældende ved en national domstol for at opnå en passende beskyttelse af den. På denne måde fastslås og styrkes den ret, der følger af statens forpligtelse, og som borgeren ville have opnået, hvis denne forpligtelse var blevet forskriftsmæssigt og nøjagtigt gennemført.

27. Rigtigheden af det anførte bekræftes yderligere, når henses til, at statens erstatningsansvar over for borgeren for tab, der skyldes en handling eller undladelse i forbindelse med regelfastsættelse, af Domstolen — lad mig gentage det — betragtes som et middel til at sikre beskyttelsen af borgerne og, som en følgevirkning, tillige sikre en rigtig gennemførelse af fællesskabsretten i samtlige medlemsstater.

Denne konstatering har ikke alene gyldighed for så vidt angår rettens materielle indhold, men også på det processuelle plan. Jeg minder om, at Domstolen selv har understreget, at medlemsstaternes borgere ville blive frataget »enhver umiddelbar beskyttelse af deres ... individuelle rettigheder«, såfremt det måtte antages, at garantierne mod overtrædelse af de bestemmelser i traktaten, der pålægger staterne forpligtelser, er begrænset til dem, der følger af artikel 169³⁵. I sidste ende bruges borgerens retsstilling, der direkte afhænger af en traktatbestemmelse, selv om denne bestemmelse ikke er anvendt forkert, til at sikre en fuldstændig og effektiv retsbeskyttelse, hvilket medlemsstatens overholdelse af den pågældende bestemmelse skulle have sikret.

Betragtningen er kort og godt nøjagtig den samme som den, der er lagt til grund i den nu faste retspraksis, der har fastslået den direkte virkning i den forstand, at borgeren direkte for de nationale domstole kan påberåbe sig såvel traktatens bestemmelser som de afledte retsakter, forudsat naturligvis, at der er tale om tilstrækkeligt klare, præcise og ubetingede bestemmelser.

29. Det samme synspunkt kommer endnu tydeligere frem i de domme, ved hvilke der

28. Såfremt det fastslås, at der er knyttet direkte virkning til en traktatbestemmelse, der er rettet til medlemsstaterne, og hvorved

35 — Dom af 5.2.1963, sag 26/62, Van Gend & Loos, Sml. 1954-1964, s. 375, navnlige s. 380, org. ref.: Rec. s. 3, navnlige s. 25.

fra et bestemt tidspunkt er blevet pålagt sanktioner for manglende eller for sen gennemførelse direktiver, idet der også er blevet tillagt disse direktiver direkte virkning, naturligvis under forudsætning af, at de opfylder visse betingelser³⁶. Dette bekræfter den konstatering, at fællesskabssystemet også i forbindelse med direktiver har anset borgernes retsstilling for en effektiv løftestang med henblik på at sikre anvendelsen af direktiver, hvor en forskriftsmæssig gennemførelse ikke er sket.

30. Det er endvidere betegnende, at Domstolen har bekræftet statens erstatningspligt med henvisning til de samme betingelser, som den fastslog i Francovich-dommen, i en sag, hvor det netop var omtvistet, om det i retsforhold mellem private borgere var muligt at påberåbe sig den direkte virkning

af bestemmelserne i et direktiv, der ikke var blevet gennemført inden for de fastsatte frister³⁷.

Den antagne forpligtelse til at betale erstatning, såfremt et direktiv ikke kan påberåbes direkte for en national retsinstans — hvad enten dette skyldes, at der ikke er knyttet direkte virkning til alle de bestemmelser, der er nødvendige for at opnå den ret, som dette direktiv tillægger borgerne, eller fordi der ikke er direkte »horisontal« virkning i forbindelse med præcise og ubetingede direktiver — er således tillige et middel til at styrke borgernes retsstilling, for så vidt som det herved bliver muligt i det mindste økonomisk at yde godtgørelse for den uligevægt, som statens overtrædelse har medført.

31. For at sikre en fuldstændig og effektiv beskyttelse af de rettigheder, der følger af en bestemmelse med direkte virkning, der binder den medlemsstat, den retter sig til,

36 — Dette er så meget rigtigere, som den direkte virkning fra begyndelsen har haft og stadig har såkaldt vertikal virkning, hvorved man ligesom har villet underbygge den tanke, at der snarere er tale om et middel til at sikre, at staterne ikke drager fordel af deres pligtforsømmelse, end en egenskab ved den pågældende bestemmelse i sig selv. Det er ligeledes betegnende, at Domstolens praksis vedrørende direktiver er blevet stadig mere forfinet og udstrakt stadig videre. Således er der sket en udvidelse af den gruppe offentlige forvaltningsenheder, i forhold til hvilke der kan støttes ret på et direktiv (jf. dom af 22.6.1989, sag 103/88, Fratelli Costanzo, Sml. s. 1839, og den ovenfor i note 33 citerede Foster-dom); det er endvidere blevet understreget, at det påhviler medlemsstaternes domstole og forvaltning at fortolke national ret i lyset af direktivets ordlyd og formål (jf. dom af 10.4.1984, sag 14/83, Von Colson og Kamann, Sml. s. 1891, og af 13.11.1990, sag C-106/89, Marleasing, Sml. I, s. 4135, præmis 8). Det skal i denne forbindelse blot nævnes, at princippet om fællesskabskonform fortolkning gælder for direktiver som sådan, uanset om de måtte have direkte virkning, og uanset over for hvem de nationale bestemmelser gøres gældende, og man er således ikke meget langt fra de praktiske virkninger, som slet og ret ville følge af den horisontale virkning af præcise og ubetingede direktiver.

37 — Dom af 14.7.1994, sag C-91/92, Faccini Dori, Sml. I, s. 3325, præmis 27. Efter at have nævnt, at de berørte parter kan gøre et ikke gennemført direktiv gældende derved, at de direkte for den nationale retsinstans påberåber sig de bestemmelser, der har direkte virkning, eller, hvis dette ikke er muligt, ved at kræve, at de relevante bestemmelser i national ret fortolkes på en måde, der så vidt muligt er i overensstemmelse med vedkommende direktiv, udtalte Domstolen nemlig, at »såfremt de med direktivet tilsigtede mål ikke kan nås gennem fortolkning ... er medlemsstaterne ifølge fællesskabsretten forpligtet til at erstatte tab, som er forvoldt private som følge af undladelsen af at gennemføre direktivet.« Se i samme retning endvidere dom af 16.12.1993, sag C-334/92, Wagner Miret, Sml. I, s. 6911, præmis 23. Selv om den sag drejede sig om et direktiv, nemlig det samme, som blev omhandlet i Francovich-sagen, der allerede var blevet gennemført i national ret, opstod problemet, fordi de relevante nationale bestemmelser ikke omfattede en kategori af arbejdstagere, som direktivet således ikke var blevet gennemført for.

bruger man i sidste instans den ret, borgeren har, og som direkte er skabt ved denne bestemmelse. For at sikre beskyttelsen af de rettigheder, der følger af en bestemmelse, som ikke har direkte virkning — i den forstand, at den ikke kan påberåbes direkte ved de nationale domstole — men alligevel pålægger staten en forpligtelse, bruger man den skadelidte borgers ret til at få erstatning, såfremt staten har tilsidesat denne forpligtelse.

Princippet er således det samme: For at sikre gennemførelsen af en bestemmelse, der er bindende for staten, anvender man borgerens retsstilling, idet man enten anvender dennes *fuldstændige og materielle indhold* eller dens *økonomiske indhold*. Også resultatet er det samme: På den ene side råder man bod på den pågældende medlemsstats manglende opfyldelse af sine forpligtelser; på den anden side sikrer man borgeren en effektiv beskyttelse af de rettigheder, som han har i medfør af fællesskabsbestemmelserne. Det er bestemmelsens effektivitet og — som en følgevirkning — systemets effektivitet som helhed, der herved bliver forstærket.

32. Det fremgår tilstrækkeligt klart af de foranstående bemærkninger, at Francovich-dommen på ingen måde er et mærkværdigt tilfælde i Domstolens praksis, men er et fuldstændigt logisk og konsekvent udslag af et princip, der adskillige gange og uden at blive bestridt er blevet fastslået af denne instans, nemlig princippet om fællesskabsbestemmel-

sernes effektivitet og dermed princippet om den fuldstændige retsbeskyttelse³⁸.

Der er her utvivlsomt tale om et princip, der findes i ethvert retssystem, det være sig i Fællesskabets retsorden eller i national ret. Det er endvidere ubestrideligt, at overholdelsen af dette princip kan indebære et krav om, at der efter omstændighederne skal sikres borgerne en ret til erstatning for tab, der skyldes de offentlige myndigheders virksomhed eller passivitet i forbindelse med regelfastsættelse, hvorved det er uden betydning, hvorvidt borgeren, ud over at han kan anlægge erstatningssag, råder over andre midler til at gøre gældende, at der foreligger et indgreb i en ret, der tilkommer ham i medfør af fællesskabsretten.

33. Dernæst bemærkes, at den — nu ubestridte — antagelse, at staten er erstatningspligtig over for borgerne i tilfælde af manglende gennemførelse af et direktiv, dvs. i tilfælde af manglende opfyldelse af den forpligtelse, der påhviler staten (tilsidesættelse af traktatens artikel 189 såvel som af artikel 5), der kun indirekte kan henføres til en overtrædelse af en ret for den enkelte borger, så

38 — Om det synspunkt, at »the decision in Francovich is undoubtedly consistent with, and a natural and logical extension of, the Court's case law« og at, efter at man havde anerkendt den direkte virkning og medlemsstaternes pligt til at sikre fællesskabsbestemmelsernes fulde virkning, »it was but a small step to guarantee their full effect by holding states liable in damages for infringements of those rights for which they were responsible«, henvises til Steiner: »From direct effects to Francovich: shifting means of enforcement of Community Law«, *European Law Review*, 1993, s. 3 ff., især s. 9. Som bekendt er litteraturen vedrørende Francovich-dommen nu meget omfattende. Blandt de nyeste bidrag henvises til Zenger: »Die Haftung der EG-Mitgliedstaaten für die Anwendung europarechtswidriger Rechtsnormen«, München 1995.

meget mere indebærer, at denne samme beskyttelse skal kunne gives, såfremt den pågældende overtrædelse *direkte* vedrører bestemmelser, der tillægger vedkommende borger en subjektiv ret, og som derfor kan påberåbes direkte for de nationale domstole.

Heraf følger, at den opfattelse, at man ikke kan »gå videre« end at antage ansvar i tilfælde af manglende gennemførelse af et direktiv, ikke alene må afvises af de grunde, som jeg har anført i det foregående, men også undlader at tage i betragtning, at det netop er den i Francovich-dommen omhandlede situation, som snarere udgør den yderste (og ikke den første) grænse for, hvor langt Domstolens praksis kan gå. Det fremgår således ved en nærmere betragtning, at Francovich-dommen har skabt et middel til beskyttelse (i det mindste i økonomisk henseende) i et tilfælde, hvor den beskyttelse, der var hjemlet, var den i artikel 169 omhandlede, som ikke er en direkte beskyttelse for borgeren. Ved overtrædelser af direkte anvendelige bestemmelser findes beskyttelsen derimod allerede og kan gøres direkte gældende af borgeren, således at der alene er tale om, at man supplerer den med den nødløsning, som beskyttelsen i penge er. I dette tilfælde foretager man derfor heller ikke det »lille« logiske spring, som derimod er nødvendigt for at komme fra overtrædelsen af artikel 189 til krænkelsen af den ret, som potentielt er tillagt borgeren ved direktivet.

Det må heller ikke overses, at direkte anvendelige bestemmelser ifølge fast retspraksis »skal udfolde deres virkninger fuldt ud og

ensartet i alle medlemsstater fra deres ikrafttræden og under hele deres gyldighedsperiode«³⁹, og at »denne virkning [ligeledes] gælder ... for enhver dommer, der inden for sin kompetence har til opgave som organ i en medlemsstat at beskytte rettigheder, som private er udstyret med af fællesskabsretten«⁴⁰. Det er således klart, at den direkte anvendelige fællesskabsbestemmelse giver borgeren en subjektiv ret fra dens ikrafttræden og under hele dens gyldighedsperiode, uafhængigt af, ja endog uden hensyn til en ældre eller yngre national bestemmelse, som eventuelt måtte underkende denne ret. Det fremgår følgelig, at den nationale dommer skal sikre en fuldstændig og effektiv retslig beskyttelse af de rettigheder, som den omhandlede fællesskabsbestemmelse tillægger borgeren.

34. Det er ubestrideligt, at overtrædelsen af en retsregel medfører en uligevægt, idet den begrænser eller ophæver den krænkede ret, det vil i nærværende sag sige den ret, der tilkommer en borger; der er heller ingen tvivl om, at enhver subjektiv retsstilling eller, hvis man foretrækker det, enhver »ret« har et materielt indhold og et økonomisk indhold, der som regel kan beregnes. En effektiv retsbeskyttelse i tilfælde af overtrædelse af en bestemmelse, der tildeler en subjektiv ret, er ensbetydende med at sikre genoprettelsen af

39 — Se bl.a. dom af 9.3.1978, sag 106/77, Simmenthal, Sml. s. 629, præmis 14, og af 10.7.1980, sag 811/79, Ariete, Sml. s. 2545, præmis 5.

40 — Den i foregående note nævnte Simmenthal-dom, præmis 16.

indholdet af den ret, der er blevet krænkede som følge af tilsidesættelsen af retsreglen. Og såfremt det er en retsakt fra en offentlig myndighed — en forvaltningsakt eller en lov — der retsstridigt gør indgreb i den private ret, påhviler det udstederen af denne retsakt at genoprette borgerens ret eller i det mindste det økonomiske indhold af denne ret.

melse, hvor denne mulighed derimod foreligger.

c) Statens erstatningspligt som følge af lovgivers virksomhed

Genoprettelsen af det økonomiske indhold er, når alt kommer til alt, en nødløsning, en minimumsafhjælpning sammenlignet med en fuldstændig genopretning i materiel henseende, hvilket er og bliver det bedste beskyttelsesmiddel. Den foranstaltning, der består i, at den ulovlige retsakt annulleres, eller at der ikke tages hensyn til den lov, der er uforenelig med en højerestående retsregel, er nødvendig i en retsstat. Sommetider er dette imidlertid ikke tilstrækkeligt, hvorfor det kan vise sig nødvendigt, således at beskyttelsen bliver reel og effektiv, også at genoprette det økonomiske indhold af den krænkede ret og derfor yde erstatning for tabet. Genoprettelsen i økonomisk henseende af den krænkede ret er således ikke noget særskilt eller supplerende og endnu mindre noget nyt. Det er heller ikke en form for kunstig og fjerntliggende *option* i en retsorden, der tilstræber at være effektiv og skal være det.

35. Jeg mener ikke, at den anførte konklusion kan afvises med henvisning til, at overtrædelser af fællesskabsretten af og til eller ofte må tilregnes lovgiver.

Jeg minder herved om, at der i Francovichdommen, som i øvrigt ikke er blevet kritiseret af nogen af de medlemsstater, der har afgivet indlæg i nærværende sag, ikke foretages nogen sondring efter, om tabet skyldes en overtrædelse i form af lovgiverens eller forvaltningens undladelser. Der er givetvis ingen grund til at antage, at løsningen skulle være en anden for så vidt angår de i nærværende sag omhandlede tilfælde.

Sammenfattende bemærkes, at princippet om statens erstatningsansvar skal finde anvendelse såvel som en alternativ som en supplerende løsning til den materielle beskyttelse; princippet skal følgelig finde anvendelse ved overtrædelse af såvel bestemmelser, som ikke er direkte anvendelige — i den forstand at borgerne ikke kan støtte direkte ret på dem ved de nationale domstole — som af bestem-

Som de nationale retsinstanser har anført i deres respektive forelæggelseskendelser, er det imidlertid i henhold til disses nationale ret ikke muligt at yde erstatning for de i sagen omhandlede tab, netop fordi overtrædelserne af fællesskabsretten her må tilregnes lovgiveren, enten fordi denne har undladt at ændre en national lov for at bringe den i

overensstemmelse med fællesskabsretten (Brasserie du pêcheur-sagen, C-46/93), eller fordi lovgiver har vedtaget en national lov, der er uforenelig med fællesskabsretten (Factortame III-sagen, C-48/93). Da det ikke er muligt at anlægge erstatningssag i anledning af lovgiverens handlinger eller undladelser, fører den nationale ret således i sådanne tilfælde til, at selve princippet om ansvar afvises.

36. Det er rigtigt, at det tidligere var ret vidt antaget, at der gælder ansvarsfrihed for staten for lovgiverens handlinger. Begrundelsen herfor var den betragtning, at kongen ikke kan handle retsstridigt, eller der henvises, i en mere moderne og demokratisk version, til parlamentets suverænitet. Sagt på en anden måde er lovgiveren som det højeste udtryk for folkets suverænitet og også under hensyn til den demokratiske legitimitet, som lovgiver har, principielt ikke omfattet af de almindelige ansvarsregler.

Denne opfattelse, som navnlig er trængt igennem i de retssystemer, hvor der ikke er hjemmel for prøvelse af lovens overensstemmelse med forskrifter af højere rang, synes dog at måtte modificeres, såfremt der findes en højerestående regel, hvorefter det er muligt at prøve og i givet fald underkende lovligheden af lovgivers virksomhed. Det skal imidlertid bemærkes, at selv i de retssystemer, hvori der ikke alene findes en klar og formel rangorden i forholdet mellem forfatningsbestemmelserne og lovgivningen, men også en særlig ordning til løbende kontrol af,

at denne rangorden respekteres (f.eks. Tyskland, Østrig, Spanien og Italien), er spørgsmålet, om der eventuelt skal betales erstatning for tab forvoldt af en forfatningsstridig lov, langt fra afklaret⁴¹. Det står dog fast, at man i denne situation ikke i alle tilfælde kan udelukke, at staten bliver draget til ansvar for tab, der er forvoldt som følge af love, der er blevet kendt forfatningsstridige.

37. Når lovgiver ved udførelsen af sine egentlige opgaver skal iagttage visse grænser, der følger af højerestående regler, er der faktisk fra et generelt retsteoretisk synspunkt intet til hinder for, at staten kan blive forpligtet til at erstatte de tab, der er forvoldt af love, der har overskredet disse grænser. Under disse omstændigheder er ansvaret for lovgiverens handlinger begrebsmæssigt ikke meget langt fra eller forskelligt fra forvaltningens ansvar for sin regelfastsættelse, et ansvar, som i dag er generelt antaget på alle breddegrader.

41 — For eksempel er denne mulighed i Forbundsrepublikken Tyskland ikke udelukket som sådan, men kun i det omfang den krænkede tjenestepigt ikke kan antages at vedrøre en bestemt tredjemand, hvilket, således som jeg allerede har anført, normalt vil være tilfældet, hvor der er tale om en retsstridig handling, der må tilregnes lovgiveren; derimod antages denne mulighed netop af de ovennævnte grunde klart at være tilstede i forbindelse med love, der regulerer enkelttilfælde. I øvrigt er det den herskende opfattelse i teorien, at der i hvert fald i tilfælde af krænkelse af de grundlæggende rettigheder bør være krav på erstatning (jf. herom blandt andre Haverkate: »Amtshaftung bei legislativem Unrecht und die Grundrechtsbildung des Gesetzgebers«, *N/W*, 1973, s. 441). I Italien, hvor spørgsmålet stadig er omdebatteret, antages den nævnte mulighed f.eks. at bestå i det specielle tilfælde, hvor et forfatningsstridigt forhold er konstateret i præsidentdekreter om ekspropriation, som er udstedt i forbindelse med gennemførelsen af jordreformen, hvorved forpligtelsen til at betale erstatning i øvrigt blev pålagt den myndighed, der forestod landbrugsreformen, selv om der ikke kunne lægges denne myndighed nogen ulovlig adfærd til last. Under henvisning hertil betragtes erstatningen i denne situation snarere som en tilbagebetaling af en ulovlig berigelse og er alene bestemt af det mistede gods værdi (se mere generelt herom Zagrebelsky: »Processo costituzionale«, *Enciclopedia del diritto* XXXVI, 1987, s. 639).

Men dette er ikke det hele. Som bekendt kan der efter de fleste retsordener under visse betingelser ydes erstatning for det økonomiske tab, som borgeren lider som følge af en handling fra lovgivers side, der er fuldstændig lovlig, fordi den foretages uden den mindste overtrædelse af en gældende bestemmelse: Jeg tænker på nationalisering og ekspropriation til offentlige formål. Heraf følger, at hvis det antages, at det offer, der af hensyn til almenvellet *lovligt* pålægges borgeren i retlig og økonomisk henseende, skal være ledsaget af en rimelig erstatning, ville det i det mindste være ejendommeligt, hvis man ikke ville acceptere den mindste erstatningsmulighed, såfremt dette tab er forvoldt ved en generel retsakt, der er *ulovlig*, fordi den er i strid med en højerestående retsregel (en forfatningsbestemmelse, en fællesskabsforskrift eller i hvert fald en bestemmelse med forrang for den pågældende retsakt).

38. Det er dernæst næppe nødvendigt at anføre, at for så vidt angår de retsforhold, der er omfattet af folkeretten, er det den almindelige og klare opfattelse, at staten ifalder ansvar for lovgivers handlinger⁴². Blandt de mange eksempler skal nævnes det princip, som er fastslået af Den Faste Domstol for Mellemfolkelig Retspleje, og hvorefter erstatningspligten er den direkte følge af en skadegørende, folkeretsstridig handling, der kan

tilregnes en stat. Den udtalte nærmere: »*Det er et princip i folkeretten, at krænkelsen af en forpligtelse medfører pligt til at yde erstatning på en passende måde. Erstatningen er således den nødvendige bestanddel af en manglende anvendelse af en konvention, uden at det er nødvendigt, at dette foreskrives i konventionen selv*«⁴³.

39. Jeg er naturligvis opmærksom på den omstændighed, at statens forpligtelse i henhold til international ret til at yde skadeserstatning, selv når erstatningen faktisk genoprette et formuetab, der er påført private, består i forhold til en eller flere stater og ikke, således som det gøres gældende i nærværende sag, direkte over for de enkelte personer.

Jeg mener imidlertid ikke, at det er muligt at se bort fra fællesskabsretsordenens særlige karakteristiske træk. Denne retsorden er i hvert fald, for så vidt det har interesse for nærværende sag, baseret på en traktat. Traktaten indeholder i lighed med andre overenskomster om oprettelse af internationale organisationer en række forpligtelser for medlemsstaterne med henblik på virkeliggørelsen af de erklærede formål, der frivilligt er tiltrådt, såvel som vedrørende funktionerne for et system af institutioner, hvis beføjelser i meget vidt omfang, men ikke fuldstændigt, er fastlagt på forhånd. For så vidt angår Fællesskabet har det traktatmæssige grundlag imidlertid som særligt endemål en integration, dvs. »at skabe grundlag for en stadig

42 — Efter folkeretten er der nemlig alene tale om, at staten ifalder ansvar i sin helhed, dvs. betragtet som en enhed: Det gør derfor ingen forskel, om den skadevoldende krænkelse skal tilregnes lovgiveren, domstolene eller forvaltningen. Dette samme synspunkt kan man i øvrigt se i Domstolens praksis vedrørende traktatens artikel 169: Tilsidesættelsen af en fællesskabsforpligtelse henregnes under alle omstændigheder til staten, uanset hvilken forvaltningsenhed det konkret påhviler at gennemføre denne forpligtelse (jf. bl.a. dom af 5.5.1970, sag 77/69, Kommissionen mod Belgien, Sml. s. 47, org. ref.: Rec. s. 237, præmis 15, af 18.11.1970, sag 8/70, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 187, org. ref.: Rec. s. 961, præmis 9, og af 26.2.1976, sag 52/75, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 277, præmis 14).

43 — Dom af 26.7.1927, Chorzow Factory (*PCIJ*, serie A, nr. 8, s. 21), mine fremhævelser. Det samme princip er senere blevet bekræftet af Den Internationale Domstol i dens responsum af 30.3.1950 vedrørende fortolkningen af fredstraktaterne med Bulgarien, Ungarn og Rumænien (*ICJ*, 1950, s. 228).

snævrere sammenslutning mellem de europæiske folk«⁴⁴, bl.a. ved hjælp af virkeliggørelsen af det fælles marked. Det fremgår af det anførte, at de traditionelle — jeg kan også sige folkeretlige — instrumenter, som er indført for at opnå en korrekt og nøje gennemførelse af medlemsstaternes forpligtelser, har bevirket og fortsat bevirker, at der i meget vidt omfang tillægges borgernes retsstilling den største direkte betydning. Grunden hertil er, at staternes og fællesskabsinstitutionernes forpligtelser i et system som det, fællesskabssystemet ønskede og ønsker at blive, i første række tilsigter at skabe rettigheder for borgerne. Dette er den ramme, som traktatens forfattere har lagt, og som fællesskabslovgiver har styrket.

borgerne såvel som medlemsstaterne og fællesskabsinstitutionerne forpligtelser.

41. Det må herefter anerkendes, at når der er tale om bestemmelser — fællesskabsretlige bestemmelser — der regulerer borgernes stilling, og hvis forrang frem for bestemmelserne i national ret er blevet fastslået, er der ikke grundlag for en påstand om, at den nationale lovgiver generelt er ansvarsfri. Selve tanken om, at staten som lovgiver er ansvarlig i forbindelse med de forpligtelser, som fællesskabsretten pålægger, og som således er tiltrådt af staterne selv ved en traktat, eller som er indført i henhold til de senere procedurer, der er fastsat i dette øjemed, er tværtimod i fuld overensstemmelse med — og følger dermed af — de væsentlige og typiske træk ved Fællesskabets retsorden.

40. Domstolen har i en velkendt praksis blot taget denne klare hensigt til efterretning, som traktatens forfattere og derefter lovgiveren har givet udtryk for, og har anført, at EF-traktaten har indført en særlig retsorden, »til hvis fordel staterne, omend inden for begrænsede områder, har indskrænket deres suveræne rettigheder«⁴⁵. Retssubjekterne for denne retsorden er ikke blot medlemsstaterne, men også borgerne, som fællesskabsretten tillægger rettigheder, som bliver en del af deres juridiske formue, og som ikke blot opstår, når de udtrykkeligt er indrømmet i traktaten, men også, når traktaten pålægger

42. I sidste ende bemærkes, at det ikke alene efter Francovich-dommen, men allerede på grund af den særlige karakter af Fællesskabets retsorden, når den betragtes i sin helhed, ikke har nogen betydning, om det retsstridige forhold må tilregnes lovgiveren eller den udøvende myndighed.

I øvrigt er spørgsmålet om statens ansvar som lovgiver under alle omstændigheder ikke længere et problem i de tilfælde, hvor det ulovlige forhold vedrører direkte anvendelige bestemmelser. Domstolens udtalelse, hvorefter »det ... i øvrigt [vil] være ulogisk at statuere, at private kan påberåbe sig bestemmelser i et direktiv, der opfylder de ovenfor

44 — Jeg henviser til præamblen til traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab.

45 — Se navnlig dommen i Van Gend & Loos-sagen, nævnt ovenfor i note 35, og dom af 15.7.1964, sag 6/64, Costa, Sml. 1954-1964, s. 531, org. ref.: Rec. s. 1141.

angivne betingelser, ved de nationale domstole i tvister med forvaltningen, hvis det samtidigt antages, at forvaltningen ikke er forpligtet til at anvende direktivets bestemmelser og bortse fra de bestemmelser i national ret, der ikke er i overensstemmelse hermed«⁴⁶, indebærer nemlig, at det også påhviler den offentlige forvaltning at sikre beskyttelsen af de rettigheder, der tilkommer borgerne i medfør af direkte anvendelige fællesskabsbestemmelser. Det følger af dette synspunkt, at det efter omstændighederne med sikkerhed er muligt at drage den offentlige forvaltning til ansvar for det forhold, at den har truffet skadegørende foranstaltninger ved gennemførelsen af en lov, der anses for uforenelig med fællesskabsretten, eller i hvert fald for det forhold, at den har anvendt en sådan lov.

Det er denne opfattelse, der f.eks. synes at være lagt til grund af Frankrigs Conseil d'État, idet den anser staten ansvarlig for en fejl (*faute*)⁴⁷ begået af administrationen, i det mindste når denne har gjort brug af en skønsebeføjelse, som den er blevet tillagt ved en national lov, der strider mod fællesskabsretten⁴⁸. Det er rigtigt, at ansvaret i sager af

denne art stadig udspringer af en ulovlig adfærd, der må tilregnes lovgiveren, dvs. af en lov, der er uforenelig med fællesskabsretten. Men det er naturligt og et spørgsmål, der skal afgøres efter national ret, om det procesuelt og/eller materielretligt er »nødvendigt« eller dog er den korrekte fremgangsmåde, at man griber til at henregne forholdet til administrationen, for at lovgiver kan drages til ansvar.

43. Hvad der kræves efter fællesskabsretten er, for så vidt som det har betydning for nærværende sag, at der under alle omstændigheder findes de nødvendige midler for, at borgeren kan kræve, og i givet fald opnå, erstatning for tab som følge af overtrædelser af fællesskabsretten. I denne forbindelse er det i øvrigt vigtigt, at man gør sig klart, at vanskeligheden ved at fastlægge en søgsmålsadgang, der endnu ikke er indført eller er tilladt i medlemsstaternes retssystemer, hverken er uoverstigelig eller ny. Det er den ikke som følge af de konkrete omstændigheder i nærværende sag, men også fordi Domstolen allerede har overvundet den i nogle historiske og ubestridte afsnit i sin retspraksis.

46 — Fratelli Costanzo-dommen, nævnt ovenfor i note 36, præmis 31.

47 — Det er næppe nødvendigt at gøre opmærksom på, at for så vidt angår de administrative myndigheders regelfastsættelse forstås udtrykket fejl (*faute*) i fransk teori og forvaltningsretspraksis (der har skabt begrebet) som en brist i det offentlige funktion, dvs. at der ikke, hvilket kan forekomme overraskende, tages hensyn til culpa. Et ofte anført princip går således ud på, at »enhver ulovlig afgørelse er principielt en fejl« (toute décision illégale est en principe fautive). Kort sagt svarer i det franske system forskellen mellem *responsabilité pour faute* og *responsabilité sans faute* ikke til forskellen mellem culpaansvar og objektivt ansvar, men derimod, omend med en vis tilnærmelse, til forskellen mellem ansvar for ulovlige handlinger og ansvar for lovlige handlinger.

48 — Dom af 28.2.1992, Société Arizona Tobacco Products, i *AJDA*, 1992, s. 210. Derimod har Cour administrative d'appel de Paris i dom af 1.7.1992, Société Dangeville (i *AJDA*, 1992, s. 728, med Prétot's kritiske kommentarer), henvist i generelle vendinger til statens ansvar som grundlag for statens forpligtelse til at betale erstatning, fordi lovgiver havde skabt en situation, der var ulovlig i forhold til fællesskabsretten.

Der anførte bekræftes navnlig af sager som Simmenthal⁴⁹ og Factortame I⁵⁰, to sager, hvori der for Domstolen forelå det spørgsmål, hvorvidt et bestemt retsmiddel, som efter det nationale retsplejesystem ikke kunne anvendes for den nationale retsinstans,

49 — Dom af 9.3.1978, sag 106/77, Sml. s. 629.

50 — Dommen nævnt ovenfor i note 7.

kunne eller skulle findes og anvendes i medfør af fællesskabsretten.

44. Simmenthal-sagen drejede sig om en italiensk domstols beføjelse til efter sin egen bestemmelse og uden videre at undlade at anvende en national bestemmelse, uden først at skulle indhente en afgørelse fra forfatningsdomstolen om, at den omhandlede bestemmelse var forfatningsstridig. Domstolen henviste til fællesskabsretten som grundlag for den nationale domstols kompetence og forpligtelse til ikke at anvende den med fællesskabsretten stridende bestemmelse, en løsning, der ikke kendtes i det nationale system, og gik endog imod en klar og fast retspraksis ved den italienske forfatningsdomstol, og dermed indførte Domstolen en undtagelse fra medlemsstatens autonomi for så vidt angår de midler, hvormed domstolene yder beskyttelse for de rettigheder, som borgerne har ifølge fællesskabsretten. Det er bemærkelsesværdigt, også med henblik på nærværende sag, at det forhold, som Domstolen allerede i Simmenthal-sagen fandt uacceptabelt, ikke var en manglende beskyttelse, men den blotte forsinkelse i forbindelse med beskyttelsen, hvorved den i øvrigt tillagde dette forhold større betydning end de fordele ud fra et retssikkerhedssynspunkt, som trods alt klart lå i et system, der hvilede på prøvelse af forfatningsmæssigheden, således som det var blevet anvendt indtil da.

domstol ifølge sin nationale ret ikke har en beføjelse — i den konkrete sag beføjelse til foreløbigt at udsætte anvendelsen af en national lov på grund af denne lovs formodede, men endnu ikke fastslåede uforenelighed med fællesskabsretten — kunne findes en hjemmel i fællesskabsretten selv for den omhandlede beføjelse. Ligesom i Simmenthal-sagen svarede Domstolen, at den nationale domstol skal fjerne en hindring for den effektive beskyttelse ved domstolene af en ret, som tilkommer en borger i medfør af fællesskabsbestemmelserne: Den bestemmelse, der eventuelt udgør hindringen, må følgelig ikke anvendes.

45. Alt taget i betragtning er medlemsstaternes selvstændighed for så vidt angår retsmidlerne i forbindelse med overtrædelse af rettigheder, der følger af fællesskabsretordenen, selv om den er blevet fastslået af Domstolen⁵¹, undergivet væsentlige undtagelser: Dette gælder navnlig overalt, hvor dette viser sig nødvendigt for at sikre en rigtig gennemførelse af fællesskabsretten og en fuldstændig og effektiv beskyttelse af borgernes rettigheder i medfør af denne.

Mens Domstolen således i dommen i Salgoil-sagen understregede de nationale domstoles forpligtelse til at sikre borgerne en direkte og

51 — Jf. dom af 7.7.1981, sag 158/80, Rewe, Sml. s. 1805, præmis 44, hvori Domstolen udtalte, at det ikke med traktaten har været meningen at skabe nye søgsmålmuligheder i forhold til dem, der allerede fandtes i de nationale retsordener, og heller ikke at begrænse domstolens valgmulighed med hensyn til de bedst egnede midler til at yde beskyttelse. Denne udtalelse har i virkeligheden et langt mindre absolut indhold, end det synes ved første øjekast.

I Factortame I-sagen forelå på ny, nøjagtigt som i Simmenthal-sagen, det spørgsmål, om der i en situation, hvor den nationale

umiddelbar beskyttelse af deres interesser, idet den dog bemærkede, »at det tilkommer hver enkelt medlemsstats retsorden at udpege den kompetente domsmyndighed og i denne forbindelse at kvalificere de nævnte rettigheder efter kriterierne i intern ret«⁵², så er denne uklarhed væk i Bozzetti-dommen. Heri fastslår Domstolen nemlig igen forpligtelsen til »konkret« at sikre den effektive beskyttelse af borgernes rettigheder, og at det kun er inden for disse præcise grænser (»på baggrund heraf«), at »det ikke [tilkommer] Domstolen at medvirke ved afgørelsen af de kompetencespørgsmål, som den nærmere afgrænsning af visse på fællesskabsretten hvilende retspositioner nationalretligt kan give anledning til«⁵³. Indskuddet »på denne baggrund« er klart den vigtigste nøgle til forståelsen, for så vidt som det angiver grænserne for de nationale systemers selvstændighed; det er efter min mening ikke et rent tilfælde, at præmis 42 i Francovich-dommen indeholder det samme indskud (o.a.: her oversat »med dette forbehold«).

46. Det må heller ikke overses, at også fællesskabslovgiver har indført undtagelser fra medlemsstaternes selvstændighed, f.eks. vedrørende offentlige kontrakter, der er omfattet af fællesskabsretten, og netop vedrørende skadeserstatning. Jeg tænker naturligvis på Rådets direktiv 89/665/EØF af 21. december 1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- og bygge- og

anlægskontrakter⁵⁴ samt på Rådets tilsvarende direktiv 92/13/EØF af 25. februar 1992 om klageprocedurer vedrørende kontrakter inden for de såkaldte udelukkede sektorer⁵⁵.

I betragtning af den store forskel mellem de ordninger, der gælder i medlemsstaternes retssystemer, har fællesskabslovgiver ikke alene lovgivet vedrørende spørgsmål, der angår den materielle og dermed reelle beskyttelse, men har også indført en ordening, hvorefter der — hvilket sikkert var noget nyt for en hel del nationale retsordener — i tilfælde af manglende eller utilstrækkelig reel beskyttelse skal betales erstatning som følge af, at kontraktindgåelsesproceduren er ulovlig⁵⁶.

47. Det kan alt i alt med sikkerhed fastslås, at der er tale om en selvstændighed — nemlig den der tilkommer medlemsstaterne med hensyn til de retsmidler, der står til rådighed i tilfælde af krænkelse af rettigheder, der

54 — EFT L 395, s. 33.

55 — Direktiv om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelse af fællesskabsreglerne for fremgangsmåden ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation (EFT L 76, s. 14).

56 — Bestemmelsen herom har ført til væsentlige nydannelser i adskillige medlemsstaters retssystemer. Således i det italienske system — som dog var blandt dem, der ydede den største beskyttelse, og i hvert fald et af de få, hvor det var muligt som følge af annullationen af den ulovlige forvaltningsakt også at opnå annullation af den til anden side indgåede kontrakt — hvor muligheden for at få erstatning som følge af et indgreb i positioner, der traditionelt blev henregnet til kategorien berettigede interesser og ikke til kategorien subjektive rettigheder, udgør en regulær *kulturrevolution*, selv om muligheden alene består i forbindelse med forhold, der er omfattet af fællesskabsretten (jf. Cassazione, 5.3.1993, nr. 2667, *Foro it.*, 1993, I, 3062).

52 — Dom af 19.12.1968, sag 13/68, Sml. 1965-1968, s. 553, især s. 559, org. ref.: Rec. s. 661, især s. 675 ff.

53 — Dom af 9.7.1985, sag 179/84, Sml. s. 2301, præmis 17.

hviler på fællesskabsbestemmelser — der har nær sammenhæng med det resultat, som fællesskabsretten tilstræber ⁵⁷.

gelse ansvaret indtræder og parallelt hermed borgerens krav på erstatning.

Såfremt medlemsstaterne overtræder fællesskabsbestemmelserne, består det resultat, der skal nås, for så vidt det har relevans for nærværende sag, med henblik på at sikre, at fællesskabsretsordenen som helhed fungerer tilfredsstillende, deri, at der, hvis de nærmere betingelser i øvrigt er opfyldt, skal ske en genopretning af den samme retsstilling, i det mindste i henseende til dens økonomiske indhold, som den, der havde foreligget, hvis staten ikke havde tilsidesat den forpligtelse, der påhviler den i medfør af fællesskabsretten.

Da der ikke findes særlige fællesskabsbestemmelser på området, består problemet reelt i at fastlægge de betingelser, hvorunder staten ifalder ansvar, samt i, hvorledes det konkret kan fastslås, at disse betingelser er opfyldt. Det må endvidere nøje vurderes, om de overvejede løsninger er praktisk anvendelige.

II — *Betingelserne for statens erstatningspligt*

49. Fællesskabsretten kunne sikkert og vist, således som nogle medlemsstater har foreslået det under nærværende sag, nøjes med at fastslå princippet om ansvar og erstatningspligt og samtidig overlade det til den enkelte nationale retsorden at fastsætte betingelserne herfor og de nærmere processuelle samt materielle regler herom.

48. Ansvaret indtræder således ved ethvert tilfælde af overtrædelse af fællesskabsretten, herunder den situation, hvor tabet skyldes overtrædelser af direkte anvendelige traktatbestemmelser, uanset hvilket statsligt organ (dvs. også lovgiveren) skaden må tilregnes. Det skal nu undersøges, under hvilke betin-

En sådan løsning indebærer imidlertid, således som jeg allerede har anført i begyndelsen af min gennemgang, betydelige mangler, heriblandt først og fremmest den, at løsningen ikke sikrer det resultat, der tilstræbes med det i fællesskabsretten fastslåede princip om ansvar, dvs. en fuldstændig og effektiv beskyttelse af de rettigheder, der tilkommer borgeren i medfør af den fællesskabsbestemmelse, som formodes at være overtrådt. At der herved er tale om en reel risiko, fremgår af selve de spørgsmål, som de forelæggende retsinstanser har følt sig foranlediget til at

⁵⁷ — Se vedrørende en til dels forskellig holdning forslag til afgørelse fra generaladvokat Jacobs fremsat den 15.6.1995 i de forenede sager C-430/93 og C-431/93, Van Schijndel og Van Veen (hvori Domstolen afsagde dom den 14.12.1995, Sml. I, s. 4705, 4707).

stille, netop fordi den anvendelige nationale ret ikke i disse tilfælde hjemler nogen erstatning. I øvrigt er det under alle omstændigheder helt klart, at en blot henvisning til national ret indebærer den risiko, at man siger god for en diskriminerende ordning, i det omfang der i forbindelse med den samme overtrædelse ydes fællesskabsborgerne en forskellig beskyttelse eller endog nogle af dem ingen beskyttelse.

erstatningsansvar for det forvoldte tab gennemføres efter nationale regler, angav og definerede den selv de betingelser, som, når de er opfyldt, giver »private et krav på erstatning, der følger direkte af fællesskabsretten« (præmis 41). Den medlemsstat, som den manglende gennemførelse af et direktiv må tilregnes, skal således under alle omstændigheder, og forudsat at de af Domstolen angivne betingelser er opfyldt, betale erstatning til borgeren for tabet.

50. For at sikre en beskyttelse i alle medlemsstater, der er, om ikke fuldstændig identisk, så i det mindste ensartet, er det kort og godt nødvendigt, at det er fællesskabsretten selv, der fastsætter i det mindste de minimumsbetingelser, der er afgørende for retten til erstatning, og især kriterierne for, hvorledes disse betingelser skal fastslås, såvel som de »fællesskabsretlige« grænser, som gælder for de »nationale« erstatningsbetingelser, såvel processuelle som andre betingelser.

Dette må imidlertid ikke forstås således, at det ved enhver overtrædelse af fællesskabsretten er tilstrækkeligt, at disse betingelser er opfyldt, for at der kan opnås erstatning. Domstolen har således selv fastslået, at »medens princippet om statens ansvar således følger af fællesskabsretten, afhænger betingelserne for, at der kan kræves erstatning på dette grundlag, af den tilsidesættelse af fællesskabsretten, der har forvoldt tabet« (præmis 38).

Dette er også den løsning, Domstolen er gået ind for i Francovich-dommen, omend med visse særlige træk, der har sammenhæng med den pågældende sag. Der er ingen grund til at tro, at denne løsning alene finder anvendelse på tilfælde af manglende gennemførelse af et direktiv og ikke også på overtrædelse af direkte anvendelige bestemmelser.

52. De betingelser, der er nødvendige for, at medlemsstaterne ifalder ansvar, kan følgelig være forskellige fra det ene tilfælde til det andet. Dog må der, ligesom i Francovich-dommen, være tale om betingelser, der angives og defineres i fællesskabsretten selv.

51. Jeg minder om, at mens Domstolen i Francovich-dommen præciserede, at statens

Med andre ord, såfremt der foreligger en overtrædelse af traktatbestemmelser med

direkte virkning, kan de i Francovich-dommen angivne betingelser meget vel ikke være nødvendige for og/eller tilstrækkelige til at begrunde et krav på erstatning. Selv i denne situation er det dog nødvendigt at fastlægge de betingelser, der er tilstrækkelige for, at borgeren kan opnå erstatning. Det er næppe nødvendigt at understrege, at de *tilstrækkelige betingelser*, således som det fremgår af Francovich-dommen, vedrører de *materielle betingelser* for ansvaret.

53. En hurtig gennemgang af reglerne om det offentlige ansvar i medlemsstaternes retssystemer viser, at det i det mindste i princippet kan anses for generelt antaget, at ansvaret for den skadevoldende handling påhviler den, som handlingen kan tilregnes, forudsat at der er årsagsforbindelse mellem handlingen og tabet.

De materielle ansvarsbetingelser er kort sagt mere eller mindre de samme overalt: Et faktisk tab, en årsagsforbindelse mellem tabet og skadevolderens adfærd, samt at denne adfærd er ulovlig. Forskellene — der i nogle tilfælde er så væsentlige, at de f.eks. vedrører spørgsmålet om, hvilke individuelle interesser der beskyttes⁵⁸ — vedrører derimod den måde,

hvorpå disse betingelser defineres, og kriterierne for at fastslå, at de er opfyldt.

54. Med henblik på nærværende undersøgelse er det derfor ikke nødvendigt at fastslå de almindelige ansvarsbetingelser, som faktisk er næsten identiske i de forskellige retsordener, men derimod at fastlægge kriterierne for at fastslå, at disse betingelser er opfyldt, eller, hvis man foretrækker det, de kriterier, på grundlag af hvilke der kan gives en fælles definition af de omhandlede betingelser.

Jeg anser det i dette øjemed for hensigtsmæssigt først at behandle de betingelser, som Domstolen i tilfælde af manglende gennemførelse af direktiver har anset for tilstrækkelige til at give borgeren et krav på erstatning.

1. Francovich-løsningen

55. Statens erstatningspligt i anledning af lovgivers passivitet er blevet anerkendt af Domstolen i tilfælde af manglende gennemførelse af et direktiv inden for den fastsatte frist, såfremt følgende tre betingelser er opfyldt: »For det første skal de mål, der tilsigtes med direktivet, indebære, at private tillægges rettigheder, for det andet skal indholdet af disse rettigheder kunne fastslås på grundlag af selve direktivets bestemmelser,

58 — Der skal i så henseende blot henvises til særegenhederne (se dog note 5) ved det italienske system for så vidt angår den manglende mulighed for erstatning for indgreb i legitime interesser. Vedrørende det »problematiske spørgsmål om den erstatningsmæssige beskyttelse for legitime interesser« efter italiensk retspraksis henvises til Ponzanelli: »L'Europa e la responsabilità civile«, *Foro It.*, 1992, IV, col. 150. I Enichem Base-sagen, nævnt ovenfor i note 24, vedrørte det af den nationale domstol rejste spørgsmål netop et indgreb i en legitim interesse.

og for det tredje skal der være årsagsforbindelse mellem statens tilsidesættelse af sin forpligtelse og de skadelidtes tab⁵⁹.

Et første spørgsmål må besvares: Er disse betingelser nødvendige og tilstrækkelige, også såfremt tabet er forvoldt på grund af tilsidesættelse af en direkte anvendelig traktatbestemmelse?

56. Idet jeg foreløbig ser bort fra betingelsen vedrørende årsagssammenhæng, som er en klassisk betingelse for culpaansvaret, skal jeg først bemærke, at den første betingelse, hvorefter det med direktivet foreskrevne resultat skal indebære, at der tillægges borgerne retigheder, vedrører bestemmelsen af den individuelle ret, som kan give anledning til erstatning, hvis den krænkes. På baggrund af retspraksis på området må det antages, at Domstolen hermed generelt henviser til alle individuelle retspositioner, der beskyttes i henhold til fællesskabsretten; der er følgelig og pr. definition tale om en betingelse, der altid er opfyldt i forbindelse med direkte anvendelige bestemmelser.

Med den anden betingelse, som ved første øjekast blot synes at være en præcisering af

den første, understreges det, at den af direktivet følgende ret skal have et præcist indhold, dvs. at man kan fastlægge dens genstand, og det følger heraf, at også denne betingelse principielt må anses for opfyldt i forbindelse med traktatbestemmelser med direkte virkning⁶⁰. Det skal på dette sted understreges, at i Francovich-sagen, såvel som i de forenede sager C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 og C-190/94, Dillenkofers m.fl., hvori jeg også fremsætter forslag til afgørelse i dag, er den ret, der tillægges borgerne, fuldstændigt sammenfaldende med det økonomiske indhold af denne ret, som tilkommer dem i medfør af de omhandlede fællesskabsbestemmelser, dvs. med det tab, for hvilket der kan kræves erstatning⁶¹. Dette vil naturligvis ikke sige, at den nævnte betingelse skal fortolkes således, at den eventuelle erstatning for det tab, som borgerne har lidt, er betinget af, at det på grundlag af den overtrådte bestemmelse er muligt at fastslå det nøjagtige indhold af det formuetaf, som borgeren har lidt. Det er tværtimod tilstrækkeligt, at der som følge af overtrædelser af den omhandlede bestemmelse — en bestemmelse, som tillægger borgeren en ret, hvis genstand kan fastslås præcist — er gjort indgreb i den skadelidtes økonomiske interesser. I modsat fald ville der kun kunne fås erstatning i de tilfælde, hvor den overtrådte bestemmelse netop har til formål at tillægge borgerne en »formueret«.

57. Jeg drager på grundlag af det anførte en første konklusion: Betingelserne, som

59 — De tre nævnte bestemmelser, som Domstolen fastslog i Francovich-dommen (præmis 40), gengives imidlertid her med de ord, hvormed Domstolen bekræftede og sammenfattede dem i Facchini Dori-dommen, nævnt ovenfor i note 37, præmis 27.

60 — Se vedrørende dette spørgsmål nedenfor punkt 75.

61 — Jeg minder om, at der i Francovich-sagen var spørgsmål om det beløb, der tilkommer arbejdstagerne som følge af arbejdsgiverens insolvens; i Dillenkofersagen var der spørgsmål om indbetalinger foretaget af købere af pakkereser for rejseudrejser, der aldrig blev leveret.

Domstolen har fastslået i Francovich-dommen, er, for så vidt de vedrører en ret, som borgeren må være i besiddelse af for at kunne gøre et krav på erstatning gældende, klart nødvendige samt opfyldt, selv når der er tale om direkte anvendelige traktatbestemmelser. Spørgsmålet er herefter, om de altid er tilstrækkelige.

havde noget skøn, og i hvert fald ikke for så vidt angår fristen for gennemførelse af direktivet, var ikke blevet nået; der var heller ingen usikkerhed med hensyn til, at der var lidt et tab, som i det væsentlige var sammenfaldende med det beløb, som sagsøgeren ville have haft ret til, såfremt direktivet var blevet gennemført inden for den fastsatte frist.

For at belyse dette spørgsmål må det først undersøges, med hvilken begrundelse Domstolen har nøjedes med de nævnte betingelser og ikke også — f.eks. — har fastlagt de kriterier, på grundlag af hvilke det kan fastslås, at den omhandlede overtrædelse af fællesskabsretten udgør en ulovlig adfærd, der påfører staten et ansvar. Som jeg allerede har nævnt det, henviste Domstolen ved denne lejlighed udtrykkeligt blot til en af de klassiske ansvarsbetingelser, nemlig årsagsforbindelsen. Derimod angav den ingen yderligere præciseringer vedrørende betingelsen om, at skadevolderens adfærd skal være retsstridig, og at der skal være lidt et tab, og pålagde heller ikke den nationale domstol at foretage en nærmere efterprøvelse i så henseende.

Domstolen, som forinden havde fastslået, at borgeren ikke kunne påberåbe sig direktivet direkte ved den nationale retsinstans, fastslog følgelig under disse omstændigheder blot, at der som betingelse for at pålægge den retsstridigt handlende medlemsstat et erstatningsansvar skal kunne påvises en præcis og konkret ret, der tilkommer borgeren.

58. Det valg, som Domstolen således foretog i Francovich-dommen, skyldes efter min opfattelse ganske enkelt den omstændighed, at det i den pågældende sag allerede umiddelbart var klart, at de to betingelser, som jeg netop har nævnt, var opfyldt. Der kunne nemlig ikke foreligge den mindst tvivl om, at den omtvistede *undladelse* fra statens side var retsstridig: Det med direktivet tilsigtede resultat, med hensyn til hvilket staten ikke

59. Det er, for at opsummere, ubestrideligt, at Francovich-sagen, for så vidt angår spørgsmålet om statens ansvar og erstatningsforpligtelsen, næsten fremtrådte som et lærebogseksempel. Den omstændighed, at Domstolen i sagen ikke fandt det fornødent nærmere at angive grænserne for statens ansvar, idet den navnlig undlod at angive de *fællesskabsretlige* kriterier for, at statens adfærd er retsstridig, skal følgelig alene bedømmes under hensyn til de særlige omstændigheder i den sag, den havde fået forelagt. Det er i så henseende interessant, at reaktionerne blandt forfatterne har været

forskelligartede, ja endog modstridende: Nogle har hævdet, at Domstolen dermed alene har villet sanktionere grove eller culpose overtrædelser⁶²; andre mener derimod, at det fremgår af denne dom, at enhver overtrædelse af fællesskabsretten udløser ansvar og erstatningspligt⁶³.

60. En anden fortolkning af Francovichdommen ville medføre, at enhver overtrædelse af fællesskabsretten, hvorved der gøres indgreb i de økonomiske interesser for en borger, som har en ret, der gøres gældende med hjemmel i den overtrådte bestemmelse, i sig selv og automatisk giver ret til erstatning.

Den omstændighed, at Francovichdommen ikke indeholder en klar definition af de kriterier, der efter fællesskabsretten indebærer, at staten ifalder ansvar, hænger nøje sammen med, at denne sag var så særlig ligetil. Domstolens bemærkning om, at ansvarsbetingelserne afhænger »af den tilsidesættelse af fællesskabsretten, der har forvoldt tabet«, skal følgelig forstås ikke alene således, at de almindelige ansvarsbetingelser er forskellige alt efter overtrædelsens art, men også på den måde, at de særlige karakteristiske egenskaber ved en bestemt overtrædelsestype, såsom manglende gennemførelse af et direktiv inden for den fastsatte frist, vil kunne overflødiggøre en nærmere undersøgelse af, hvorvidt en eller flere af de nævnte betingelser er opfyldt.

Jeg tror imidlertid ikke, at det er dette resultat, der er tilstræbt af Domstolen, og heller ikke af fællesskabsretten. I øvrigt ville et sådant resultat i virkeligheden ikke være rimeligt, eftersom alle retsordener som tidligere nævnt på den ene eller den anden måde begrænser ansvaret som følge af de offentlige myndigheders regelfastsættelse. Desuden fremgår der en anden opfattelse af Domstolens egen praksis vedrørende fællesskabsinstitutionernes ansvar uden for kontrakt i forbindelse med deres lovgivningsvirksomhed.

2. Retspraksis vedrørende artikel 215, stk. 2

62 — Blandt andre Temple Lang: »New Legal Effects Resulting from the Failure of States to Fulfil Obligations under European Community Law: The Francovich Judgment«, *Fordham International Law Journal*, 1992-1993, s. 1 ff., som fremhæver, at den manglende gennemførelse af et direktiv udgør en bevidst, dvs. forsætlig overtrædelse og af samme grund indebærer culpa.

63 — Vedrørende den opfattelse, at der er tale om et objektivt ansvar, for hvilket culpa er uden betydning, se f.eks. Caranta: »Governmental Liability after Francovich«, *The Cambridge Law Journal*, 1993, s. 272 ff., og Tatham: »Les recours contre les atteintes portées aux normes communautaires par les pouvoirs publics en Angleterre«, *Cahiers de droit européen*, 1993, s. 597 ff.

61. Selv om dette ikke er det rette sted for en undersøgelse og drøftelse af denne praksis, finder jeg det nødvendigt i det mindste at gøre opmærksom på, at en afklaret og grundig overvejelse af spørgsmålet er en nødvendighed. For under den nærværende sag har medlemsstaterne til stadighed henvist til den nævnte praksis og henstillet, at de samme kriterier som dem, der er fastslået i forbindelse med denne praksis, også finder

anvendelse for så vidt angår princippet om statens ansvar for overtrædelser af fællesskabsretten, som må tilregnes den.

Denne opfattelse synes ikke ganske ubegrundet, når henses til, for det første, at artikel 215, stk. 2, for så vidt angår erstatning for skader, der er forvoldt af institutionerne under udøvelsen af deres hverv, henviser til de almindelige retsgrundsætninger, der er fælles for medlemsstaternes retssystemer, og for det andet, at denne retspraksis følgelig i mangel af ensartede regler på området kunne og burde være en hensigtsmæssig referenceramme for fælles regler om staternes ansvar.

62. Domstolen synes — i det mindste for en første betragtning og anderledes, end hvad generaladvokat Mischo havde foreslået i sit forslag til afgørelse i Francovich-dommen — ikke at have villet stille de samme snævre betingelser for statens ansvar, som efter praksis stilles vedrørende Fællesskabets ansvar.

Før jeg går i gang med undersøgelsen af hver enkelt af de almindelige ansvarsbetingelser, anser jeg det dog for hensigtsmæssigt at gøre nogle bemærkninger med henblik på bedømmelsen af, om og i hvilket omfang en overtrædelse af fællesskabsretten, som må tilregnes staten, kan sammenlignes med en overtrædelse begået af fællesskabsinstitutioner,

og hvorvidt de kriterier, der er fastslået i retspraksis på området, i det mindste for beslægtede tilfælde kan udgøre en hensigtsmæssig referenceramme.

63. Lad mig i så henseende først fastslå, at efter fast praksis »forudsætter Fællesskabets ansvar for generelle retsakter opfyldelse af en række betingelser vedrørende retsstridigheden af den adfærd, som institutionerne hævdes at have udvist, eksistensen af et tab og årsagsforbindelsen mellem den pågældende adfærd og det påberåbte tab«⁶⁴. De materielle betingelser er således de samme, og anderledes kunne det ikke være, også når der er tale om fællesskabsinstitutionernes ansvar.

I den samme praksis er der imidlertid navnlig for så vidt angår spørgsmålet om retsstridigheden af den adfærd, der må tilregnes institutionerne, fastslået nogle betingelser, der er så restriktive, at de i praksis gør det yderst vanskeligt at få dømt en fællesskabsinstitution til at erstatte det forvoldte tab⁶⁵.

64. De i retspraksis fastsatte begrænsninger for sagsanlæg i medfør af traktatens artikel 215 hviler i realiteten på den udbredte opfattelse, hvorefter det tab, der er forvoldt af

64 — Jf. således f.eks. dom af 8.12.1987, sag 50/86, Grands Moulins de Paris mod Rådet og Kommissionen, Sml. s. 4833, præmis 7.

65 — Således foreligger der indtil i dag kun otte afgørelser, hvorved fællesskabsinstitutioner er blevet dømt til at erstatte det forvoldte tab.

lovgiveren, principielt ikke skal erstattes. Domstolen har i øvrigt forklaret denne restriktive opfattelse med henvisning til, at »den lovgivende magt, selv hvor der findes en domstolskontrol med gyldigheden af dens akter, ikke må hindres i sine dispositioner ved udsigten til erstatningskrav, hver gang den i den almene interesse skal træffe generelle foranstaltninger, som kan skade privates interesser«⁶⁶.

Dette princip er imidlertid adskillige gange blevet anvendt på en måde, der giver anledning til undren.

65. Grænserne for Fællesskabets ansvar er således blevet gjort gældende og anvendt ikke alene for generelle retsakter, der indebærer et vidt skøn for vedkommende institution, men også vedrørende retsakter, der hører til gennemførelsesbestemmelsernes område (typetilfældet er Kommissionens gennemførelsesforordninger)⁶⁷. De restriktive kriterier, der er fastslået for så vidt angår bedømmelsen af Fællesskabets ansvar for generelle retsakter, er i det væsentlige også

blevet anvendt af Domstolen i de tilfælde, hvor skaden skyldes en individuel foranstaltning, der ikke bygger på et økonomisk-politisk valg i et sådant omfang, at der kræves den størst mulige beskyttelse af institutionernes skønsmæssige.

Det ville ubestrideligt være mere korrekt at anvende forskellige ansvarsregler alt efter, om der er tale om en virksomhed af egentlig lovgivningsmæssig karakter eller om en udøvende virksomhed, da den kompetence, der er tillagt fællesskabsinstitutionerne, er væsentligt forskellig i de to tilfælde⁶⁸. Mere generelt bemærkes, at den omstændighed, at der kræves en nærmest vilkårlig adfærd, for at Fællesskabet ifalder ansvar uden for kontrakt, er berettiget, når fællesskabsinstitutionen, som det er tilfældet inden for landbrugspolitikken, råder over et vidt skøn; derimod er dette krav ikke berettiget, når de betingelser, hvorunder institutionen udøver sin kompetence, er klart og præcist defineret⁶⁹. I dette sidstnævnte tilfælde må

66 — Dom af 25.5.1978, forenede sager 83/76, 94/76, 4/77, 15/77 og 40/77, HNL mod Rådet og Kommissionen, Sml. s. 1209, præmis 5.

67 — Jf. f.eks. dom af 19.9.1985, forenede sager 194/83-206/83, Asteris m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 2815, præmis 21 og 22, hvori Domstolen fastslog, at Fællesskabet ikke havde pådraget sig ansvar derved, at Kommissionen ved gennemførelsen af en rådsforordning havde foretaget en urigtig fastsættelse af en fællesskabsstøtte til fremstilling af tomatkoncentrater. Jf. endvidere dom af 26.6.1990, sag C-152/88, Sofrimport mod Kommissionen, Sml. I, s. 2477, hvori Domstolen ganske vist kendte Fællesskabet ansvarlig for en kommissionsforordning, der i det væsentlige havde et individuelt indhold, og som var udstedt til gennemførelse af en kommissionsforordning, som igen gennemførte en rådsforordning, men herved henviste Domstolen til de samme strenge kriterier som dem, der anvendes for generelle retsakter, som bygger på et økonomisk-politisk valg.

68 — Jf. herved generaladvokat Biancarelli's forslag til afgørelse i sagen Stahlwerke Peine-Salzgitter mod Kommissionen, som blev afgjort ved Rettens dom af 27.6.1991, sag T-120/89, Sml. II, s. 279, især s. 340, hvor det udtales, at det afgørende med hensyn til ansvaret »navnlig [er] den skønsmargen, Kommissionen råder over, når den træffer sin beslutning, og den mere eller mindre komplicerede økonomiske sammenhæng, hvori beslutningen træffes«.

69 — Dette spørgsmål er for nyligt blevet rejst og drøftet for Retten i en sag om antidumpingafgifter, hvori sagsøgeren gjorde gældende, at Fællesskabets ansvar skal bedømmes forskelligt afhængig af, om den overtrædelse, der lægges institutionerne til last, vedrører bestemmelser, der indebærer bedømmelse af komplicerede økonomiske forhold, eller, som i den pågældende sag, bestemmelser om fremgangsmåden, der skal overholdes af institutionerne. Retten fandt imidlertid ikke at kunne tiltræde denne opfattelse og fastslog blot lapidarisk, at forordningerne vedrørende antidumpingforanstaltninger er generelle retsakter, der bygger på et økonomisk-politisk valg, dom af 18.9.1995, sag T-167/94, Nölle mod Rådet og Kommissionen, Sml. II, s. 2589, præmis 44-52.

overtrædelsen af den pågældende bestemmelse under alle omstændigheder antages at påføre Fællesskabet et ansvar ⁷⁰.

66. Når alt kommer til alt bemærkes, at når det i henhold til Francovich-dommen må antages, at det tab, der skyldes en national lovbestemmelse, som er uforenelig med en fællesskabsbestemmelse, vil kunne erstattes, er det ikke let at forstå, hvorfor det tab, der skyldes en fællesskabsretsakt, *der er uforenelig med den samme fællesskabsbestemmelse*, kun skulle kunne give anledning til erstatning, såfremt de restriktive betingelser, som Domstolen (hidtil) har fastsat, er opfyldt ⁷¹. Dernæst bemærkes, at i et retsfællesskab, som i stadig højere grad er opmærksom på og har forståelse for borgernes beskyttelse, også med hensyn til en erstatning, burde der i det mindste udvises samme opmærksomhed over for de tilfælde, hvor det af borgerne lidt tab skyldes et retsstridigt forhold, der kan tilregnes fællesskabsinstitutionerne selv ⁷².

Ud fra dette synspunkt mener jeg heller ikke, at man med føje kan hævde, at såfremt betin-

gelserne vedrørende et søgsmål i medfør af artikel 215 overføres på nationale erstatningssager, kunne dette være et tilbageskridt i forhold til gældende ret i visse retsordener. Under hensyn til kravene til beskyttelse af de rettigheder, som fællesskabsretsordenen tillægger borgerne, er det nemlig uacceptabelt, at den retsbeskyttelse, der kan opnås på fællesskabsniveau, følger nogle mere restriktive og i sidste instans mindre liberale kriterier end dem, der finder anvendelse i det mindste i nogle medlemsstater ⁷³.

67. På grundlag af det anførte finder jeg, at der ikke — naturligvis i sammenlignelige situationer — er grund til at anvende forskellige kriterier afhængigt af, om krænkelsen af fællesskabsretten skal tilregnes en stat eller en fællesskabsinstitution. Derimod vil og bør forskellige situationer kunne føre til forskellige løsninger for så vidt angår de kriterier, der finder anvendelse med henblik på at fastslå, at ansvarsbetingelserne er opfyldt, hvad enten ansvaret er medlemsstaternes eller fællesskabsinstitutionernes.

70 — Se i samme retning endvidere generaladvokat Darmon's forslag til afgørelse i forbindelse med dom af 8.4.1992, sag C-55/90, Cato mod Kommissionen, Sml. I, s. 2533, især s. 2561.

71 — Dette spørgsmål blev også berørt i Bourgoin-sagen, da den blev behandlet ved Court of Appeal, Civil Division, den 29.7.1985 (*Common Market Law Report* 1986, s. 267): jf. Simon-Barav: »La responsabilité de l'administration nationale en cas de violation du droit communautaire«, *RMC*, 1987, s. 165, og især s. 170 ff.; Oliver: »Enforcing Community Rights in the English Courts«, *The Modern Law Review*, 1987, s. 881, og især s. 899 ff.

72 — Se således f.eks. Cartabia: »Omissioni del legislatore, diritti sociali e risarcimento dei danni«, *Giurisprudenza Costituzionale*, 1992, s. 505 ff.

73 — Se herom indlæggene på FIDE-kongres 1992: FIDE, »La sanction des infractions au droit communautaire«, bind II, Lissabon 1992.

grænser, som fællesskabsbestemmelserne fastsætter for deres adfærd, ikke er klart bestemt, måske endog inden for områder, der (også) henhører under deres kompetence; og, lad mig gøre det helt klart, dette gælder uafhængigt af, hvorvidt den »overtrådte« bestemmelse har direkte virkning. Derimod bør det være lettere at anse medlemsstaterne for ansvarlige — ligesom fællesskabsinstitutionerne — såfremt overtrædelsen ikke har forbindelse med udøvelsen af et skøn.

effektiv beskyttelse af de rettigheder, der tilkommer borgerne i medfør af fællesskabsretten, ikke være forskelligt i de samme situationer, alt efter om det er en medlemsstat eller Fællesskabet, der er årsag til skaden.

68. Alt i alt bør der indføres nogle ansvarsregler, der er forskellige af hensyn til, om fællesskabsinstitutionerne (og de nationale myndigheder) har et vidt skøn, eller dette ikke er tilfældet. Dette er efter min mening den mest korrekte og sammenhængende måde, hvorpå der kan tilvejebringes den nødvendige harmonisering af ansvarsbetingelserne, da det, for at sige det mildt, ville være ejendommeligt, såfremt man i situationer af samme art vil anse staterne for ansvarlige for overtrædelser af fællesskabsretten og samtidig anvende andre, mindre strenge betingelser herfor end dem, som Domstolen anvender med hensyn til fællesskabsinstitutionernes ansvar.

69. I forbindelse med den følgende undersøgelse skal der således som et holdepunkt for fastlæggelsen af den erstatningspligt, der påhviler medlemsstaterne, også tages hensyn til de betingelser, som Domstolen har fastlagt i sin praksis vedrørende artikel 215. Dette betyder naturligvis ikke en »blind« overførelse af disse (restriktive) betingelser på det område, vi har at gøre med her. Jeg er da også opmærksom på, at medlemsstaterne, når de anvender fællesskabsretten, generelt har en meget begrænset bevægelsesfrihed, således at de omhandlede betingelser i denne situation meget lettere kan udløse et ansvar. Samtidig mener jeg ikke, at det kan udelukkes, at en eventuel mangel på klarhed med hensyn til den forpligtelse, der påhviler staten, kan gøre det nødvendigt at anvende sådanne restriktive kriterier, selv om staten ikke — på det nævnte område — har et væsentligt skøn.

3. De »fællesskabsretlige« kriterier for de almindelige ansvarsbetingelser

I et retsfællesskab, som tilstræber, at samtlige aktører i systemet uden fortrinsstilling for nogen er undergivet en judiciel prøvelse af deres retsakter og adfærd, kan kravet om en

70. Kommet så vidt skal jeg tage fat på undersøgelsen af de forskellige materielle

ansvarsbetingelser, først den skadevoldende handling, det vil i den her foreliggende sammenhæng sige overtrædelsen af direkte anvendelige fællesskabsbestemmelser.

a) Den skadevoldende handling: overtrædelse af *fællesskabsbestemmelser*

71. Fastlæggelsen af grænserne for ansvaret hænger først og fremmest og i det væsentlige sammen med definitionen af den retsstridige adfærd. Det er klart, at den skadevoldende adfærd, i sagen her vedtagelsen af en lov, skal være i strid med retsordenens regler. For at en sådan retsstridighed kan pådrage et ansvar og dermed give anledning til erstatning, anvender de forskellige medlemsstater imidlertid forskellige begreber ⁷⁴, som ikke altid har nøjagtig den samme betydning, og som derfor i den konkrete anvendelse kan føre til forskellige løsninger for så vidt angår overtrædelse af en og samme bestemmelse. Dette bekræfter, hvis der ellers stadig skulle være behov herfor, at det især for så vidt angår den skadegørende handling er nødvendigt at fastlægge nogle kriterier, ved hjælp af hvilke, der kan opstilles en fælles definition.

Med hensyn til det offentliges fastsættelse af generelle retsakter er der gjort et første

forsøg i denne retning inden for Europarådet i form af en anbefaling, hvis princip I fastslår: *»Doit être assurée la réparation des dommages causés par un acte dû à un manquement des pouvoirs publics à la conduite à laquelle, selon le droit, on peut raisonnablement s'attendre de leur part à l'égard de la personne lésée. Le manquement est présumé en cas de violation d'une norme juridique établie«* ⁷⁵. Ifølge denne anbefaling er det forhold, at retsakten er retsstridig, således ikke i sig selv nok til, at staten ifalder ansvar: Det kræves endvidere, bortset fra tilfælde, hvor den bestemmelse, der menes at være overtrådt, er klar, at den adfærd, der lægges de offentlige myndigheder til last, ikke er »rimelig«.

72. For så vidt angår Domstolens praksis vedrørende ansvar uden for kontrakt bemærkes, at det heri fast er antaget, at såfremt det påståede tab skyldes en generel retsakt, der bygger på et økonomisk-politisk valg, er det ikke tilstrækkeligt til at påføre Fællesskabet ansvar, at den pågældende retsakt er ugyldig. I tilfælde af denne art ⁷⁶ ifalder Fællesskabet kun ansvar, såfremt der foreligger en *tilstrækkeligt kvalificeret krænkelse af en højere retsregel til beskyttelse af borgerne* ⁷⁷.

75 — Anbefaling R (84) 15 af 18.9.1984.

76 — Som jeg imidlertid allerede har nævnt, bygger alle generelle fællesskabsretsakter efter den nævnte retspraksis tilsyneladende på et økonomisk-politisk valg.

77 — Jf. navnlig den ovenfor i note 66 nævnte dom i sagen HNL mod Rådet og Kommissionen, præmis 4, og dom af 19.5.1992, forenede sager C-104/89 og C-37/90, Mulder m.fl. mod Rådet og Kommissionen, Sml. I, s. 3061, præmis 12.

74 — Man kan, for kun at tage nogle få retsordener, blot tænke på *illecto* i italiensk ret, det franske *faute*, det tyske *Verschulden* samt — i engelsk ret — *breach of duty of care* eller *misfeasance in public office*.

Det følger heraf, at mens det i det mindste er en nødvendig betingelse for ansvar uden for kontrakt, at den skadevoldende retsakt er retsstridig, skal det med det samme tilføjes, at et sådant ansvar, for så vidt angår tab, der er forvoldt ved retsakter, der bygger på et økonomisk-politisk valg, afhænger af to andre betingelser, nemlig at den overtrådte bestemmelse er »en højere retsregel til beskyttelse af borgerne«, og at krænkelsen er »tilstrækkeligt kvalificeret« (»grave«, »hinreichend qualifiziert«, »sufficiently serious breach«).

— Den åbenbare og grove karakter af overtrædelsen

74. Med alle de forbehold og de sondringer in mente, som pånøder sig, når der er tale om Fællesskabets ansvar, skal det herefter undersøges, om overtrædelsen også for så vidt angår medlemsstaternes ansvar skal være åbenbar og grov, hvorved det naturligvis må præciseres, hvad der skal forstås ved, at krænkelsen er åbenbar og grov.

73. Når dette er sagt, skal det bemærkes, at samtlige medlemsstater, der har afgivet indlæg i nærværende sag, har afvist, at der er et fuldstændigt sammenfald mellem grundene til, at retsaksen er ugyldig, og ansvarsbetingelserne, idet de har gjort gældende, at ikke enhver overtrædelse af fællesskabsretten kan påføre staten et ansvar og dermed pligt til at betale erstatning til borgeren.

Som tidligere anført defineres dette kriterium i den relevante retspraksis således, at »i fællesskabsretlig sammenhæng, som er kendetegnet ved udøvelsen af et vidt skøn, der er uomgængeligt nødvendigt for iværksættelsen af den fælles landbrugspolitik, kan Fællesskabet kun ifalde ansvar i det særlige tilfælde, hvor den pågældende institution åbenbart og groft har overskredet grænserne for udøvelsen af sine beføjelser«⁷⁸, forudsat naturligvis, at overtrædelsen angår en højere retsregel til beskyttelse af borgerne.

For at begrunde erstatningspligten for den stat, der handler retsstridigt, har man således dels henvist til de kriterier, der er fastslået i retspraksis vedrørende artikel 215, det vil i det væsentlige sige begrebet grov og åbenbar krænkelse, og dels til culpa som en nødvendig betingelse for at »kvalificere« overtrædelsen af retsreglen (som alvorlig) eller under alle omstændigheder som en nødvendig og naturlig ansvarsbetingelse.

75. Denne sidste betingelse synes, for så vidt det har betydning for nærværende sag, at være den mindst omtvistede. Det er nemlig

78 — Dommen i sagen Grands Moulins de Paris mod Rådet og Kommissionen, nævnt ovenfor i note 64, præmis 8. Se også bl.a. dom af 18.4.1991, sag C-63/89, Assurances du Crédit mod Rådet og Kommissionen, Sml. I, s. 1799, præmis 12, samt senest dom af 14.9.1995, sag T-571/93, Lefebvre m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 2379, præmis 32.

klart, at den overtrådte bestemmelse skal kunne hjemle en subjektiv ret for borgeren, for at denne kan rejse krav om erstatning. Der er i øvrigt på denne måde, man skal forstå de to første betingelser, som Domstolen angav i Francovich-dommen, og som både kræves opfyldt og er opfyldt i forbindelse med direkte anvendelige bestemmelser, således som det tidligere er anført.

For så vidt angår direkte anvendelige traktatbestemmelser, altså nøjagtigt den situation, som foreligger i nærværende sag, anser jeg det for hensigtsmæssigt at præcisere nogle yderligere forhold. Det skal her navnlig understreges, at den omstændighed, at sådanne bestemmelser nogle gange eller ofte også skal beskytte andre, principielt almene interesser, ikke i sig selv kan antages at udelukke, at de er bestemmelser til beskyttelse af borgerne.

76. Hvad dernæst angår den omstændighed, at den overtrådte bestemmelse skal være en *højere* retsregel, er det næppe nødvendigt at minde om, at såfremt en generel retsakt er retsstridig, betyder dette — pr. definition — at retsakten er uforenelig med en ranghøjere retsregel. I virkeligheden er dette udtryk blevet anvendt i sager vedrørende artikel 215, hvor der ikke var tale om at pålægge sanktion for enhver overtrædelse af de grænser, der fulgte af forskrifter på højere niveau — selv om disse skulle beskytte borgerne — men udelukkende for krænkelse af almindelige retsgrundsætninger, og således er det i sidste ende brugt til at kvalificere den pågældende overtrædelse som grov.

Lad mig i den forbindelse med det samme sige, at jeg ikke anser det for rimeligt at foreslå den samme løsning også for så vidt angår staternes ansvar for overtrædelse af fællesskabsretten. For hvis det antages, at der pålægges staterne en erstatningspligt for at sikre borgerne en effektiv beskyttelse af de rettigheder, som de har i medfør af fællesskabsbestemmelser, så følger det heraf, at det ikke ville være let at påvise de forhold, der kunne begrunde en begrænsning af denne beskyttelse til alene at omfatte tilfælde, hvor en særlig kategori af bestemmelser er overtrådt, selv om disse måtte være grundlæggende for Fællesskabets retsorden.

77. Hvis man ser sagen fra den skadelidtes synspunkt, er det nemlig fuldstændig klart, at enhver overtrædelse af en fællesskabsbestemmelse, der tillægger ham en subjektiv ret, bør kunne give anledning til erstatning. Overtrædelsen af en bestemmelse i en forordning kan følgelig ikke have andre virkninger for borgeren end dem, der følger af overtrædelsen af en traktatbestemmelse; det forekommer mig i øvrigt mere end nogensinde irrelevant at opstille sondringer mellem bestemmelserne i traktaten selv og f.eks. opstille en regel om, at der kun indtræder ansvar for den pågældende medlemsstat ved overtrædelse af nogle af disse, nemlig de grundlæggende bestemmelser, og ikke for de andres vedkommende ⁷⁹.

79 — Det måtte således yderligere fastslås, hvilke de bestemmelser er, som i betragtning af deres indhold og for at sikre deres fulde virkning også fortjener beskyttelse ved hjælp af en erstatningspligt: Er forbudet mod forskelsbehandling på grundlag af bopæl, som uden tvivl er grundlæggende med henblik på at sikre en effektiv fri udveksling af tjenesteydelser, lige så eller mindre grundlæggende end forbudet mod enhver forskelsbehandling på grundlag af nationalitet?

Jeg mener alt taget i betragtning, at det ud fra det indtil nu behandlede synspunkt er tilstrækkeligt, at den overtrådte bestemmelse tillægger borgeren en ret, hvis indhold kan bestemmes og er præcist. Dette må også gælde, hvis det ellers er nødvendigt at sige det, for så vidt angår fællesskabsinstitutionernes ansvar.

78. Efter at dette er gjort klart, skal jeg nu nærmere bestemme det begreb, som er relevant her, nemlig at kränkelsen er grov og åbenbar.

Med henblik på fastlæggelsen af de grænser, inden for hvilke det retsstridige forhold kan medføre ansvar, kan og må den afgørende faktor efter min mening være skønsbeføjelsens omfang, uanset hvilken rang den krænkede bestemmelse har (bestemmelse i traktaten eller i afledet ret, under alle omstændigheder med forrang frem for national ret), og uanset hvilket niveau den retsakt, som krænker den, har (udstedt af lovgiver eller af den udøvende myndighed). Det mere eller mindre vide skøn, som staten har, falder i øvrigt, i hvert fald i de fleste sager, sammen med den større eller mindre klarhed og præcisering af den forpligtelse, der påhviler den. Det er uden tvivl muligt, at der findes forpligtelser, som ikke er helt klare, eller — bedre udtrykt — hvis grænser er upræcise, selv i de tilfælde, hvor det skøn, der tilkommer staterne, har ringe eller overhovedet ingen betydning. Følgen er, at de grænser, der gælder for statens adfærd, i så fald af samme grund ikke er særlig klart defineret, hvorfor situationen reelt ikke er meget forskellig fra den, hvor der tilkommer staterne et vidt skøn.

79. Dette betyder, at staten også i forbindelse med direkte anvendelige bestemmelser kan begå overtrædelser, som dog ikke i og dermed skal betegnes som *åbenbare og grove*. Lad os tage et eksempel vedrørende to bestemmelser i traktaten, der har direkte virkning. Forbuddet mod al forskelsbehandling på grundlag af nationalitet (traktatens artikel 6) angiver klart og konkret borgerens ret, som ganske enkelt og uden mulighed for noget alternativ er retten til ikke at blive forskelsbehandlet. Det samme kan ikke siges om den bestemmelse, der indeholder forbuddet mod kvantitative restriktioner og foranstaltninger med tilsvarende virkning, i betragtning af hvor forskellige de situationer er, der kan være tale om på dette område (traktatens artikel 30). I dette sidste tilfælde kan den i sig selv helt klare ret, som borgeren har til ikke at blive hæmmet i sin virksomhed af foranstaltninger, der er forbudt efter den nævnte bestemmelse, være underkastet en begrænsning som følge af bestemmelserne i traktatens artikel 36 eller, hvor der er tale om bestemmelser, der anvendes uden forskel, som følge af tvingende hensyn, som staten påberåber sig for at tilgodese et formål, der anses for beskyttelsesværdigt i fællesskabsretten selv. Det følger heraf, at den omhandlede statslige foranstaltning, der principielt er uforenelig med fællesskabsretten, meget vel vil kunne falde uden for anvendelsesområdet for artikel 30 eller være omfattet af de i traktatens artikel 36 hjemlede undtagelser. Det er næppe nødvendigt at understrege, at det med henblik herpå kan vise sig nødvendigt, at den nationale domstol og/eller Fællesskabets retsinstanser foretager en forudgående bedømmelse.

Det skal endvidere bemærkes, at det væsentlige i forbindelse med nærværende undersøgelse ikke er, om staterne inden for et bestemt område har eller ikke har et vidt skøn, men derimod spørgsmålet om, hvor

vide bedømmelsesmarginer de har i forhold til den særlige bestemmelse, der tillægger borgeren en ret⁸⁰. Det er netop i denne forstand, at skønnet i sidste ende kommer til at svare til den større eller mindre klarhed ved den forpligtelse, som bestemmelsen pålægger staterne.

Sammenfattende bemærkes, at inden for samtlige områder og med hensyn til samtlige de bestemmelser, der ikke overlader medlemsstaterne et meget vidt skøn i den ovenfor angivne forstand, må der antages at foreligge et ansvar og være pligt til at betale erstatning, allerede når der foreligger en overtrædelse af en fællesskabsbestemmelse, der tillægger borgeren en præcis retlighed, uden at andre betingelser kommer i betragtning.

80. Når problemet formuleres på denne måde, må det nødvendigvis anerkendes, at staten principielt vil ifalde ansvar i alle tilfælde, hvor der i medfør af fællesskabsretten påhviler denne stat en præcis forpligtelse til at nå et resultat. Dette er netop tilfældet, således som Domstolen allerede har fastslået det i Francovich-dommen, såfremt et direktiv ikke er blevet gennemført inden for den herfor fastsatte frist, forudsat naturligvis, at de andre betingelser, som Domstolen har angivet, er opfyldt. Men det er også tilfældet ved alle de bestemmelser, også traktatbestemmelser, der blot pålægger medlemsstaterne præcise og veldefinerede undladellesforpligtelser (man kan f.eks. tænke på forbuddet mod at indføre ny told, således som det fastsættes i traktatens artikel 12, og mere generelt, på samtlige *standstill*-klausuler), og som samtidig skaber en ret for borgerne.

81. Såfremt medlemsstaterne derimod har et mere eller mindre vidt skøn, eller såfremt de fællesskabsforpligtelser, der påhviler dem, ikke er blevet defineret klart og præcist, vil det samme kun gælde i tilfælde af en åbenbar og grov tilsidesættelse af de grænser, der gælder for udøvelsen af deres virksomhed. Dette vil naturligvis være tilfældet, såfremt den bestemmelse, der påstås at være overtrådt, er en klar bestemmelse, f.eks. i den i Cilfit-dommen⁸¹ angivne forstand, eller fordi den allerede er blevet fortolket af Domstolen i en identisk eller i det mindste lignende sag⁸², hvad enten det er i forbindelse med en præjudiciel afgørelse eller i en dom i henhold til traktatens artikel 169.

Hvad dette sidste punkt angår, er det nemlig næppe nødvendigt at understrege, at der, i modsætning til hvad nogle medlemsstater har

80 — Jeg skal f.eks. bemærke, idet jeg herved gentager, hvad jeg allerede har sagt ovenfor, at selv om der i forbindelse med traktatens artikel 30 med sikkerhed ikke er tale om udøvelse af et vidt skøn fra medlemsstaternes side, må det dog erkendes, at de grænser, som den sætter for staternes handlinger, ikke altid fremtræder som klare og præcise, således som det i øvrigt tydeligt fremgår af udviklingen i retspraksis på området. Derimod kan det skøn, der tilkommer medlemsstaterne i medfør af traktatens artikel 129 A (forbrugerbeskyttelse), ikke under nogen omstændigheder betragtes som et grundlag for at anvende mere restriktive ansvarsbetingelser, såfremt en national bestemmelse f.eks. holdt andre medlemsstaters statsborgere uden for anvendelsesområdet for de nationale bestemmelser herom.

81 — Dom af 6.10.1982, sag 283/81, Sml. s. 3415, præmis 16 og 17.

82 — For en tilsvarende bemærkning, dog for så vidt angår forelæggelsesforpligtelsen i medfør af traktatens artikel 177, stk. 3, se dom af 27.3.1963, forenede sager 28/62, 29/62 og 30/62, Da Costa en Schaaake, Sml. 1954-1964, s. 395, org. ref.: Rec. s. 59.

gjort gældende under nærværende sag, ikke er nogen grund til at gøre det til en betingelse for en erstatnings sag, at der forinden er konstateret en overtrædelse. Der må i så henseende tages hensyn til Kommissionens skøn, når den afgør, hvorvidt der skal anlægges en traktatbrudssag, hvoraf følger, at borgernes muligheder for at opnå erstatning ville blive forringet uden nogen kontrol. Hertil kommer, således som Domstolen selv har fastslået, at »de rettigheder, der tilkommer borgerne, ikke følger af dommen, men af selve de fællesskabsretlige bestemmelser, der har direkte virkning i den interne retsorden«⁸³.

82. Såfremt medlemsstaterne derimod har et vidt skøn, og/eller der er tale om uklare retsfor skrifter, der endnu ikke er blevet behandlet i retspraksis, heller ikke i en lignende sag, må bedømmelsen nødvendigvis være en anden. Det må allerede generelt medgives, at det i disse tilfælde vil være meget vanskeligt at påvise en åbenbar og grov tilsidesættelse af de grænser, der gælder for udøvelsen af staternes virksomhed, i det mindste for så vidt som den pågældende adfærd, ligesom efter retspraksis vedrørende artikel 215, skal svare til en *nærmest vilkårlig*⁸⁴ adfærd.

83 — Dom af 14.12.1982, forenede sager 314/81, 315/81, 316/81 og 83/82, Waterkeyn m.fl., Sml. s. 4337, præmis 16.

84 — Se om anvendelsen af dette begreb dom af 5.12.1979, forenede sager 116/77 og 124/77, Amylum og Tunnel Refineries mod Rådet og Kommissionen, Sml. s. 3497, præmis 19, hvori Domstolen fandt, at der i denne sag »ikke var tale om fejl af en så alvorlig karakter, at de sagsøgte institutioners adfærd kan betegnes som grænsende til vilkårlighed, og derfor af en sådan art, at den pådrager Fællesskabet ansvar uden for kontraktforhold«. Se i samme retning senest den ovenfor i note 69 nævnte dom i sagen Nölle mod Rådet og Kommissionen.

I disse tilfælde bevarer borgeren således muligheden for at gøre krav på en materiel beskyttelse af den retsstilling, som den omhandlede bestemmelse eventuelt giver ham. Såfremt staten ikke inden for en rimelig kort frist bringer den i mellemtiden fastslåede overtrædelse til ophør, kan den skadelidte person naturligvis uden tvivl anlægge en erstatnings sag.

83. Når dette er sagt, kan det naturligvis ikke udelukkes, at den fortolkning af de omtvistede fællesskabsbestemmelser, som de nationale myndigheder har foretaget i forbindelse med deres lovgivningsvirksomhed (eller passivitet), kan vise sig at være *åbenbart urigtig*, for så vidt som den udgør en nærmest vilkårlig adfærd, hvorfor der — også i dette tilfælde — må antages at være erstatningspligt for den medlemsstat, der ikke har opfyldt sine forpligtelser.

For så vidt angår tilfælde, hvor en direktivbestemmelse er blevet gennemført rettidigt, men ukorrekt, skal det i øvrigt ud fra det samme synspunkt bemærkes, at staten kun vil ifalde ansvar, såfremt medlemsstatens gennemførelse af denne bestemmelse er åbenbart forkert⁸⁵.

85 — For en nærmere undersøgelse af dette punkt henvises til forslag til afgørelse i sag C-392/93, British Telecommunications, Sml. I, s. 1631, 1634, som også er fremsat i dag, især punkt 33, 34 og 35.

84. Som konklusion mener jeg, at man med henblik på den her foretagne undersøgelse kan tale om en *åbenbar og grov overtrædelse*, når

- a) forpligtelser, hvis indhold i enhver henseende er klart og utvetydigt, er tilsidesat
- b) Domstolens praksis, enten ved en præjudicial fortolkning eller ved en dom i henhold til traktatens artikel 169, i tilstrækkelig grad har klargjort usikre retsspørgsmål, som er identiske med eller i hvert fald ligner det foreliggende spørgsmål
- c) den fortolkning af de omtvistede fællesskabsbestemmelser, som de nationale myndigheder har foretaget i forbindelse med deres lovgivningsvirksomhed (eller passivitet), er åbenbart forkert.

— Culpa: en nødvendig betingelse?

85. Det skal nu undersøges, om culpa er en nødvendig betingelse, for at medlemsstaterne ifalder ansvar. Vedrørende dette spørgsmål skal jeg allerførst gøre det klart, at jeg ved culpa her forstår en subjektiv betingelse eller,

hvis det foretrækkes, en psykisk eller psykologisk betingelse, der karakteriserer den adfærd, der er udvist af den person, som overtrædelsen og følgelig ansvaret tilregnes — nærmere bestemt som uforsigtig eller skødesløs adfærd eller under alle omstændigheder som det, der traditionelt anses for indholdet af begrebet culpa. Ud fra dette synspunkt er culpa således en *yderligere* betingelse ud over overtrædelsen af den omhandlede bestemmelse, nemlig et konkret subjektivt element, der betegner den adfærd, som bevirker overtrædelsen, men ikke direkte overtrædelsen som sådan eller den generelle retsakt, der har forvoldt tabet.

Påvisningen af culpa i subjektiv forstand — og så meget mere påvisningen af et forsæt — i forbindelse med lovgivningsvirksomhed giver allerede begrebsmæssigt anledning til en række vanskeligheder, for spørgsmålet om culpa som betingelse for statens ansvar har altid givet anledning til dybtgående overvejelser og ført til modstående opfattelser. Man har navnlig fremhævet vanskeligheden ved at påvise en culpøs adfærd fra de offentlige myndigheders side på grundlag af de samme kriterier som dem, der anvendes i civilretten, især fordi de mekanismer, som man har udtænkt for at forklare juridiske personers handlinger, idet de tilskrives den samme adfærd som fysiske personer, ud fra dette synspunkt hævdes at være fuldstændig irrelevante eller i hvert fald utilstrækkelige. Det forekommer da også allerede for en generel betragtning problematisk at påvise en uagtsom adfærd i forbindelse med lovgivers regelfastsættelse eller ligefrem at ville overveje den mulighed, at lovgiver var vidende om overtrædelsen. Til gengæld kan det ikke formodes, at lovgiver altid handler ud fra hensynet til almene interesser.

86. Det må alligevel erkendes, at de fleste nationale retsordener stadig henviser til culpa som ansvarsgrundlag⁸⁶, selv om det i det væsentlige netop er retsaktens retsstridighed, der betragtes som det culpøse forhold. Jeg tænker navnlig på det franske system, hvor der gælder det princip, at »toute illégalité constitue par elle-même une faute«⁸⁷, såvel som på opfattelsen hos Italiens Corte di cassazione, ifølge hvilken »der for så vidt angår retsstridige retsakter i sig selv ses at foreligge culpa ved den krænkelse af retsregler, der følger af retsaktens vedtagelse og af dens gennemførelse«⁸⁸.

trædelse af de legalitetsprincipper, som de offentlige myndigheder skal respektere — til sidst har mistet ethvert subjektivt indhold⁸⁹.

87. Undersøgelsen af, om der foreligger culpa, har sagt på en anden måde forskudt sig fra spørgsmålet om en persons culpa over til culpa for »organisationen«, hvilket har medført, at selv om man ikke slet og ret lader den være sammenfaldende med den omstændighed, at retsaktens er retsstridig, er den under alle omstændigheder forbundet med indholdet af den overtrådte bestemmelse i den forstand, at man lægger vægt på de handlenormer, som forvaltningen skal følge ved udøvelsen af sine institutionelle opgaver. Man tager navnlig hensyn til, at forvaltningens virksomhed skal holde sig inden for de lovmæssige rammer, der gælder for den.

Der er med andre ord sket det, at culpa — som i det mindste formodes at foreligge i alle tilfælde, hvor der vedtages en generel retsakt, der er ulovlig, enten fordi de af de offentlige myndigheder vedtagne retsakter ubestrideligt er frivillige, eller fordi der foreligger en over-

Selv om det således er rigtigt, at ansvaret i de fleste nationale retsordener stadig er betinget af culpa, er det lige så rigtigt, at denne — med nogle enkelte undtagelser⁹⁰ — fastslås

86 — En undtagelse i så henseende udgøres med sikkerhed af den spanske retsorden, hvor der er objektivt ansvar for generelle retsakter (jf. forfatningens artikel 9, stk. 3, og artikel 106, stk. 2, samt artikel 139, stk. 1, i lov af 26.11.1992 om retsregler for den offentlige forvaltning og for forvaltningsprocessen).

87 — Se herom blandt andre Paillet: »La faute du service public en droit administratif français« 1980, s. 176.

88 — Cassazione civile, Sezioni Unite, dom nr. 5361 af 22.10.1984 (i Giustizia civile, 1985, s. 1419), hvori det bl.a. udtales, at »det ses ikke ... hvorledes den frivillige gennemførelse af en forvaltningsakt, der er retsstridig, fordi den er i strid med loven, og hvorved der er gjort indgreb i en subjektiv ret, ikke i sig selv skulle være et culpøst forhold, selv i tilfælde der ikke er grove, især når gennemførelsen direkte vedrører et offentligt organ, der i forbindelse med sin virksomhed er opbygget og tildelt kompetence med henblik på at handle retmæssigt«. Der skal endvidere henvises til dom nr. 5883 af 24.5.1991 (i Resp. civ. prev., 1992, s. 247 ff.), hvori Corte di cassazione udtalte, at beviset for den offentlige forvaltnings culpa kan bestå i »såvel at de almindeligt accepterede normer for forsigtig adfærd ikke er iagttaget, hvilket har ført til en uagtsom eller uovervejret regelfastsættelse, som i overtrædelsen af love og administrative bestemmelser, der skal overholdes af forvaltningen, som skal iagttage de principper om lovmæssighed, upartiskhed og god forvaltning, der fastslås i forfatningens artikel 97«.

89 — Dette er også tilfældet i Belgien, Luxembourg, Grækenland, Portugal og Danmark.

90 — I det engelske system synes administrationens ansvar for generel regelfastsættelse stadig at være (nært) knyttet til culpa som et subjektivt element i adfærd. En fejlbedømmelse fra ministerens side med hensyn til rækkevidden af de beføjelser, der er tillagt ham, kan derfor ikke i sig selv beteges som en uagtsomhed (jf. f.eks. Rowling mod Kakaro Properties Ltd, 1988, 2 WLR, s. 433 ff.); på samme måde udelukker det culpa, og dermed ansvar, såfremt vedkommende myndighed har indhentet en juridisk udtalelse vedrørende det område, hvor den skulle træffe foranstaltninger (jf. således Dunlop mod Woollahra Municipal Council, 1988, 2 WLR, s. 418). Da der i øvrigt ikke kan fås erstatning for rent økonomiske tab (pure economic loss) på basis af en *tort of negligence*, følger det heraf, at det eneste, eller næsten eneste, retsstridige forhold, der kan medføre ansvar, er den ulovlige vedtagelse af retsfor skrifter med hensigt til at skade, dvs. *misfeasance in public office*.

ved hjælp af objektive kriterier⁹¹. Når alt kommer til alt, er det kun ved hjælp af en række kunstgreb, at man i medlemsstaterne selv når frem til at antage et culpaansvar; under alle omstændigheder bliver dette ansvar mere og mere objektivt, dvs. at det i mindre og mindre grad, hvis overhovedet, hænger sammen med et subjektivt element.

88. Jeg mener, at denne løsning, som er fremherskende i de nationale retsordener, og som Domstolen selv har fastslået for så vidt angår fællesskabsinstitutionernes ansvar uden for kontraktforhold⁹², fører til, at man må betragte medlemsstaternes ansvar for overtrædelse af fællesskabsretten som et objektivt ansvar, der ikke er betinget af culpa.

På den anden side mener jeg, i hvert fald for en første betragtning, at selv om man vil betinge et sådant ansvar af culpa, må det nødvendigvis for så vidt angår det her drøftede spørgsmål sættes i forbindelse med den bestemmelse, der menes at være overtrådt, eller ligefrem identificeres med indholdet af denne bestemmelse.

89. Det forekommer mig således klart, at hvis den pågældende bestemmelse indeholder en forpligtelse til at nå et resultat, er der intet grundlag for at gøre ansvaret betinget af, at der foreligger et subjektivt element i statens adfærd, der kan betegnes som culpa i den ovenfor omtalte forstand. Overtrædelsen, det vil i sidste ende sige det retsstridige forhold, foreligger fra og med det tidspunkt, hvor staten ikke har været i stand til at nå det resultat, som den pågældende bestemmelse foreskriver. Staten vil ifalde ansvar på objektivt grundlag, uden culpa, eller hvordan man så vil benævne det.

Hvis den pågældende bestemmelse derimod er en handlenorm i den forstand, at den i det væsentlige foreskriver en pligt til at udvise påpasselighed (for at sige det præcist, en *duty of care*), vil culpa derimod være en væsentlig konkret betingelse. I dette tilfælde er culpa imidlertid ikke længere en subjektiv betingelse, der betegner den adfærd, som er udvist af den stat, der har begået overtrædelsen og dermed påført et retsstridigt tab, men udgør netop genstanden for overtrædelsen. Overtrædelsen af påpasselighedspligten består nemlig netop i en uagtsom adfærd, dvs. en culpøs adfærd, hvoraf følger, at culpa ikke længere er et subjektivt element i adfærd, men genstanden for det retsstridige forhold.

90. Med henblik på at fastslå, at betingelserne er opfyldt for, at der ifaldes ansvar af en stat, der ikke har opfyldt sine forpligtelser i henhold til fællesskabsretten, finder jeg det i sidste ende ikke relevant at foretage en undersøgelse med henblik på at fastslå, at der foreligger culpa som et subjektivt element i den retsstridige adfærd.

91 — En sådan udvikling kan tillige ses i Nederlandene og i Tyskland, hvor culpa anses for en adfærd, der ikke er i overensstemmelse med pligten til at udvise normal påpasselighed. I tysk teori taler man nu om »Objektivierung des Verschuldens« (se i samme retning Ossenbühl: »Staatshaftungsrecht«, 4. udgave, München, 1991, s. 61).

92 — Efter nogen vaklen i begyndelsen tages der således også i Domstolens praksis alene hensyn til culpa som ensbetydende med retsstridig adfærd.

Jeg skal derfor gentage den overbevisning, som jeg tidligere har givet udtryk for, nemlig at statens adfærd, der er i strid med fællesskabsretten, hvad erstatningspligten angår skal bedømmes på grundlag af objektive elementer.

For så vidt angår nærværende sag er de ovennævnte betingelser efter min mening klart irrelevante, selv om de ofte er blevet anvendt i Domstolens praksis vedrørende ansvar uden for kontraktforhold⁹³.

b) Et tab skal være indtrådt

91. Tabet skal være reelt, dvs. sikkert og aktuelt. Dette er i øvrigt de betingelser, der generelt også stilles i medlemsstaternes retsordener, og det tilkommer den nationale domstol at efterprøve, om disse betingelser er opfyldt.

93. Selv om der således efter visse nationale retsordener er tilfælde, hvor retten til erstatning også afhænger af tabets størrelse, af dettes usædvanligt alvorlige karakter samt af, at det har en speciel karakter i forhold til de skadelidte, står det fast, at denne ordning — og dette skal understreges — vedrører erstatning for tab, der skyldes lovlige retsakter⁹⁴. Problemstillingen er derfor ikke, og kan ikke være, den samme som i nærværende sag.

92. Jeg anser det imidlertid for hensigtsmæssigt, at jeg, om så blot kort, behandler visse betingelser vedrørende arten af tabet, som også er blevet påberåbt eller i det mindste nævnt under nærværende sag, især af den franske regering, som et kriterium for at begrænse omfanget af medlemsstaternes ansvar for overtrædelse af fællesskabsretten. Jeg tænker især på tabets størrelse, idet der angiveligt kræves et betydeligt tab, såvel som på tabets specielle karakter, idet dette — hævdes det — skal vedrøre et begrænset antal personer.

Det ville sikkert være urimeligt at stille det krav til personer, der har lidt skade som følge af retsstridige retsakter, at det tab de har lidt, skal have en usædvanlig og speciel karakter, idet dette vil indebære, at de ikke alene skal bære de følger, der har ringe betydning, men også dem, som de har fælles med en gruppe personer, der ikke reelt er begrænset. Jeg

93 — Se således navnlig den ovenfor i note 66 nævnte dom i sagen HNL mod Rådet og Kommissionen, præmis 7; dom af 4.10.1979, forenede sager 64/76, 113/76, 167/78 og 239/78, 27/79, 28/79 og 45/79, Dumortier Frères m.fl. mod Rådet, Sml. s. 3091, præmis 11, samt dom af 6.12.1984, sag 59/783, Biovilac mod EØF, Sml. s. 4057, præmis 27-30.

94 — Se f.eks. dom afsagt af Frankrigs Conseil d'État den 14.1.1938, Société des produits laitiers »La Fleurette«, *Recueil Lebon*, 1938, s. 25 ff. Den tyske teori om »Sonderopfer«, der er blevet udviklet inden for ekspropriationsretten, og som således også vedrører et på grundlag af almene interesser foretaget formueindgreb, kan også betragtes ud fra denne synsvinkel.

mener kort og godt, at tanken om ansvarsfrihed for mindre tab er en dårlig idé i det tilfælde, som vi her har med at gøre.

der har skabt subjektive rettigheder, er det nemlig stadig et spørgsmål, med hvilken begrundelse den erstatningsberettigedes ret afhænger af antallet af andre, der er blevet udsat for den samme retskrænkelser⁹⁵.

94. I så henseende skal jeg for det første bemærke, at kriteriet om, at det økonomiske tab skal have et vist omfang, ikke kan accepteres, fordi en ulovlig bestemmelse, der udgør en åbenbar og grov overtrædelse og er i strid med en bestemmelse i retssystemet samt i strid med de subjektive rettigheder, som denne sikrer, bør give anledning til erstatning for at genoprette den ligevægt, der er blevet forstyrret af denne ulovlige retsakt, og dette uafhængigt af tabets omfang. Hvis der ellers fremgår en fælles tendens af medlemsstaternes regler om ansvar for de offentlige myndigheders ulovlige retsakter, så er tendensen den, at erstatningen ikke afhænger af tabets omfang.

95. Jeg mener kort sagt ikke, at man kan se bort fra den omstændighed, at ansvaret for retsstridige retsakter og erstatning for retsmæssige retsakter er to fundamentalt forskellige situationer. Det er med sikkerhed ikke uden betydning, at betingelsen om, at tabet er af et vist omfang og af speciel karakter i fransk retspraksis udelukkende stilles i forbindelse med erstatning for tab som følge af lovlige generelle retsakter.

Hertil kommer, at det ikke synes muligt at begrænse staternes ansvar til de tilfælde, hvor der er en specifik afgrænsning af de retsundergivne eller af grupper af retsundergivne, og modsat udelukke det i de tilfælde, hvor den generelle retsakt omfatter en vid kategori af retsundergivne. For selv om man med føje kunne hævde, at man under hensyn til samfundets interesser må udelukke erstatning for tab, der har ramt store persongrupper, navnlig for at undgå tunge finansielle byrder, så er det dog lige så sikkert, at dette synspunkt hviler på rene hensigtsmæssighedsbetragtninger. Eftersom ansvaret er betinget af en grov og åbenbar krænkelse af en højere retsregel,

I øvrigt har Frankrigs Conseil d'État selv, da den i Alivar-sagen anså statens ansvar for overtrædelse af fællesskabsretten for *responsabilité sans faute* — idet de nationale retsfor skrifter var begrundet med hensyn til almene interesser — anset det for bevist, at det påståede tab var usædvanligt og af speciel

95 — Se i samme retning allerede generaladvokat Capotorti's forslag til afgørelse i den tidligere nævnte dom i sagen HNL mod Rådet og Kommissionen, Sml. 1978, s. 1227 ff., især s. 1234 ff.

karakter⁹⁶, hvorfor man i den forbindelse har talt om modificeret *responsabilité sans faute*, i den forstand at det ikke kræves, at tabet er usædvanligt og specielt⁹⁷.

vis også gælde for Fællesskabets ansvar uden for kontraktforhold⁹⁹.

c) Årsagsforbindelsen

96. Alt taget i betragtning anser jeg det for helt klart, at betingelserne vedrørende tabets karakter, som i øvrigt kan føre til at benægte selve retten til erstatning, ikke har nogen hjemmel eller begrundelse, såfremt det påståede tab ikke hænger sammen med en retmæssig adfærd, men med en retsstridig adfærd⁹⁸. Denne konklusion måtte naturlig-

97. Den tredje ansvarsbetingelse, der udtrykkeligt nævnes i *Franovich*-dommen, er kravet om årsagsforbindelse, en afgørende betingelse for culpaansvaret, i medfør af hvilken det påståede tab skal være den direkte følge af det skadegørende forhold, som man tilregner skadevolderen, det vil i den her behandlede sammenhæng sige den ulovlige generelle retsakt.

96 — Dom af 23.3.1984, Société Alivar, i *AJDA*, 1984, s. 396, kommenteret af Genevois. Sagen drejede sig om et krav om erstatning for tab som følge af manglende udstedelse af et eksportcertifikat for kartotter, et formelt krav, der var indført ved en generel administrativ retsforskrift, som Domstolen senere kendte uforenelig med forbuddet mod kvantitative eksportbegrænsninger i traktatens artikel 34. Conseil d'État fastslog, at der i sagen kun kunne ifaldes ansvar *sans faute* og stadfæstede dommen i første instans, som havde givet medhold i erstatningskravet, også uden at undersøge spørgsmålet om tabets usædvanlige og specielle karakter, idet der derimod antoges at foreligge et ansvar *sans faute*. Se endvidere forslaget til afgørelse fra regeringsrepræsentant Laroque i forbindelse med den ovenfor i note 48 citerede dom afsagt af Conseil d'État den 28.2.1992, Arizona Tobacco Products, hvori det netop nævnes, at der i tilfælde af overtrædelse af fællesskabsbestemmelser, ligesom af folkeretlige bestemmelser, skal anvendes et tredje sæt ansvarsregler, der til forskel fra *responsabilité sans faute* ikke kræver, at tabet er usædvanligt, for at der er ret til erstatning.

97 — Se i den forbindelse Simon: »Le Conseil d'État et les directives communautaires: du gallicanisme à l'orthodoxie«, *Revue trimestrielle de droit européen*, 1992, s. 265 ff.

98 — Denne konklusion bekræftes i øvrigt af Europarådets ovennævnte anbefaling af 18.9.1984, hvis princip II, punkt 1, udtrykkeligt omhandler erstatning for tab som følge af lovlige retsakter, idet det fastslås, at »une réparation doit être assurée au cas où il serait manifestement injuste que la personne lésée supporte seule le dommage, compte tenu des circonstances suivantes: l'acte a été pris dans l'intérêt général, seule une personne ou un nombre limité de personnes subit le dommage et l'acte est exceptionnel ou le dommage est le résultat exceptionnel de l'acte«. Se derimod vedrørende en anden opfattelse det tidligere nævnte forslag til afgørelse fra generaladvokat Léger i den sag C-5/94, Lomas, Sml. I, s. 2553.

Det er klart, at det tilkommer den nationale domstol at efterprøve, om denne betingelse er opfyldt. For så vidt det har interesse her, anser jeg det imidlertid for nyttigt at fremsætte nogle bemærkninger vedrørende spørgsmålet om afbrydelse af årsagsforbindelsen og dette i to henseender. Dels er det nemlig ikke uden interesse at klargøre, om det efter fællesskabsretten kan antages, at årsagsforbindelsen afbrydes af eventuelle medvirkende årsager eller ved skadelidtes uagtsomme adfærd; for det andet opstår der i forbindelse med dette punkt det spørgsmål, ganske vist formuleret på en anden måde, om erstatningssøgsmålet er subsidiært i forhold til andre nationale retsmidler.

99 — Faktisk synes det at fremgå af en fortolkning af den ovenfor i note 77 nævnte Mulder-dom, at Domstolen allerede, omend uden at sige det udtrykkeligt, har ændret sin praksis på dette punkt.

— Den skadelidte persons adfærd

Det fremgår af formuleringen af dette princip, at afbrydelsen af årsagsforbindelsen kan skyldes den skadelidtes uagtsomme adfærd, og at en sådan adfærd endvidere også kan bestå deri, at skadelidte ikke har anvendt de retsmidler, der stod til hans rådighed.

98. Jeg skal i denne forbindelse for det første minde om, at Domstolen selv har fastslået, at der findes »en almindelig retsgrundsætning, der er fælles for medlemsstaternes retssystemer, og hvorefter skadelidte på passende måde skal søge at begrænse skadens omfang, idet vedkommende ellers selv må bære tabet«¹⁰⁰.

— Erstatningssag og annullationssøgsmål: selvstændighed eller afhængighed?

Det påhviler således den skadelidte at udvise påpasselighed, dvs. træffe enhver foranstaltning, der er egnet til at undgå tabet eller i hvert fald begrænse dettes omfang¹⁰¹.

100. Såfremt skadelidte kunne undgå tabet ved at anvende retsmidlerne i national ret (f.eks. ved at anfægte den skadevoldende retsakt, der er uforenelig med fællesskabsretten, eller ved over for myndighederne at påberåbe sig en ret, der følger af en direkte anvendelig bestemmelse, som findes i et direktiv), er det rimeligt at spørge, om manglende udnyttelse af sådanne retsmidler ikke har den virkning, at den fornødne årsagsforbindelse mellem overtrædelsen og det lidte tab afbrydes.

99. Det er i øvrigt også dette, der kommer til udtryk i Europarådets førnævnte anbefaling af 18. september 1984, hvis princip III lyder: »*Si par sa faute ou par la non-utilisation des moyens légaux, la victime a contribué au dommage, la réparation peut être réduite en conséquence ou refusée.*«

Spørgsmålet er med andre ord, om den omstændighed, at en person ikke rettidigt anvender retsmidlerne, afskærer vedkommende fra at kunne gøre ansvar gældende over for den »svigtende« stat. Forudgående udnyttelse af de retsmidler, der findes, kunne følgelig tænkes ikke alene at udgøre en betingelse for at gøre ansvar gældende, men også — og lige så velbegrunnet — en formalitetsbetingelse for erstatningssøgsmålet.

100 — Den i note 77 ovenfor nævnte dom i sagen Mulder m.fl. mod Rådet og Kommissionen, præmis 33.

101 — Vedrørende en anvendelse af dette princip i retspraksis om artikel 215 henvises bl.a. til dom af 14.7.1967, forenede sager 5/66, 7/66 og 13/66-24/66, Kampffmeyer m.fl. mod Kommissionen, Sml. 1965-1968, s. 381, især s. 387 f., org. ref.: Rec. s. 317, især s. 341 f., og af 4.10.1979, sag 238/78, Ireks-Arkady mod Rådet og Kommissionen, Sml. s. 2953, præmis 14.

101. Dette spørgsmål er blevet løst på forskellig måde i de forskellige medlemsstater, og der kan i så henseende påvises tre forskellige opfattelser. Efter den første anses de forskellige mulige søgsmålsformer for fuldstændigt uafhængige, og det overlades følgelig til sagsøgeren at vælge den, som han anser for bedst egnet til at beskytte sine interesser ¹⁰². Efter den anden opfattelse er erstatningssagen derimod subsidiær i forhold til annullationssøgsmålet ¹⁰³. Endelig hænger den tredje opfattelse tættere sammen med spørgsmålet om årsagsforbindelsen, for så vidt som det antages, at det offentlige kan fritages for hæftelse for tab, som skadelidte kunne have undgået ved at anvende de retsmidler, der findes, og især ved hjælp af et annullationssøgsmål ¹⁰⁴.

det specielle sigte er fastsat særlige betingelser for dets anvendelse» ¹⁰⁶.

102. Det fremgår især af disse udtalelser, at erstatningssøgsmålets selvstændige karakter opfylder nogle garantihensyn, der hænger sammen med de forskellige formalitetsbetingelser for et annullationssøgsmål og et erstatningssøgsmål. Efter det ved traktaterne skabte retsbeskyttelsessystem kan borgerne nemlig ikke anfægte generelle retsakter og kan kun med vanskelighed få fastslået, at der foreligger passivitet fra fællesskabsinstitutionernes side. Den omstændighed, at erstatningssøgsmålet anerkendes som selvstændigt, gør det således muligt ved hjælp af erstatningen at opnå det, der ikke kan opnås, eller som det i hvert fald ikke har været muligt at opnå, ved hjælp af et annullationssøgsmål.

I Domstolens praksis om ansvar uden for kontraktforhold er det som bekendt, efter at Domstolen oprindeligt anså erstatningssøgsmålet for subsidiært ¹⁰⁵, senere fast antaget, at dette søgsmål er selvstændigt, og at det kan *antages til realitetsbehandling*, uanset om sagsøgeren kan gøre andre retsbeskyttelsesmidler gældende. Domstolen fastslog navnlig, at »erstatningssøgsmålet i henhold til artikel 178 og artikel 215, stk. 2, i traktaten er indført som et selvstændigt retsmiddel med egen særskilt funktion blandt de forskellige søgsmålstyper, og at der af hensyn til

At dette er begrundelsen for, at erstatningssøgsmålet tillægges selvstændig karakter, bekræftes af, at dette søgsmål ikke kan anlægges i de begrænsede tilfælde, hvor borgerne faktisk kan anlægge annullationssøgs-

102 — Dette er f.eks. den løsning, der er valgt i fransk ret.

103 — Denne løsning bruges f.eks. i italiensk og engelsk ret.

104 — Denne mellem løsning anvendes i tysk ret, jf. § 839, stk. 3, i BGB.

105 — Jeg henviser til dom af 15.7.1963, sag 25/62, Plaumann mod Kommissionen, Sml. 1954-1964, s. 411, org. ref.: Rec. s. 199.

106 — Dom af 17.12.1981, forenede sager 197/80, 198/80, 199/80, 200/80, 243/80, 245/80 og 247/80, Ludwigshafener Walzmühle Erling m.fl. mod Rådet og Kommissionen, Sml. s. 3211, præmis 4. I samme dom præciserede Domstolen endvidere, at dette retsmiddel (dvs. erstatningssøgsmålet) »adskiller sig fra annullationssøgsmålet derved, at dets formål ikke er ophævelse af en given foranstaltning, men udliktion af en skade forvoldt af institutionerne under udøvelsen af deres virksomhed; betingelserne for at anlægge et erstatningssøgsmål er fastlagt på baggrund af dette sigte og adskiller sig derfor fra betingelserne for anlæggelse af et annullationssøgsmål».

mål¹⁰⁷, navnlig i forbindelse med retssager vedrørende Fællesskabernes personale¹⁰⁸.

At et søgsmål om erstatning uden for kontraktforhold er selvstændigt, er i sidste ende ikke alene en hjælp for de borgere, der normalt er afskåret fra at benytte de eksisterende retsmidler, men gavner også dem, der faktisk kan benytte disse retsmidler.

103. I det væsentlige er den tanke, der ligger til grund for praksis i sager vedrørende ansvar uden for kontraktforhold, forblevet den samme, når man går bag om de udtryk, der er blevet anvendt i det enkelte tilfælde, både i forhold til de nationale retsmidler (præjudiciel forelæggelse med henblik på bedømmelse af gyldigheden i forbindelse med et søgsmål, hvorunder den nationale gennemførelsesbestemmelse anfægtes) og i forhold til de direkte søgsmål (annulations- eller passivitetssøgsmål). Målet er at undgå, at erstatningssøgsmålet anvendes til at opnå det samme resultat som det, der kunne være nået — hvis den pågældende fik medhold naturligvis — ved hjælp af et andet søgsmål. Erstatningssøgsmålet må følgelig ikke være et middel til at ophæve virkningerne af en skadevoldende handling, såfremt dette formål også kan nås ved at anvende et normalt annulations-søgsmål, enten et direkte søgsmål eller et søgsmål for national ret med forelæggelse af et præjudicielt spørgsmål for Domstolen med henblik på bedømmelsen af gyldigheden. Det anførte gælder naturligvis med det ene forbehold, at søgsmålet, især for national ret, under alle omstændigheder er egnet til at garantere en effektiv beskyttelse.

104. Det følger af det anførte, for så vidt det har betydning for nærværende sag, at man ikke med rimelighed kan modsætte sig, at medlemsstaterne, såfremt og i det omfang, hvor en sådan betingelse også stilles for tilsvarende søgsmål i henhold til national ret, gør adgangen til at anlægge erstatningssag afhængig af, at der forinden er anlagt et annulations-søgsmål.

I øvrigt synes Domstolen — i det mindste ved første øjekast — at have tiltrådt, at et søgsmål om erstatning for tab som følge af overtrædelser af fællesskabsretten er subsidiært. Således blev et erstatningssøgsmål i *Wagner Miret*-dommen anset for borgerens sidste udvej, dvs. det middel der skal bruges, såfremt han ikke længere har mulighed for at nå et rimeligt resultat på anden måde, heller ikke ved hjælp af den nationale domstols fortolkning i overensstemmelse med fællesskabsretten¹⁰⁹.

107 — Jf. dom af 26.2.1986, sag 175/84, Krohn mod Kommissionen, Sml. s. 753, hvori Domstolen udtalte, at et søgsmål måtte afvises, såfremt »det beløb, der krævedes betalt under en erstatningssag, nøjagtigt svarede til det afgiftsbeløb, som sagsøgeren havde betalt i henhold til en individuel afgørelse, således at der med erstatningspåstanden i virkeligheden tilsigtedes en annullation af den omhandlede individuelle afgørelse« (præmis 33).

108 — Se bl.a. dom af 14.2.1989, sag 346/87, Bossi mod Kommissionen, Sml. s. 303, og af 24.1.1991, sag T-27/90, Latham mod Kommissionen, Sml. II, s. 35.

109 — Dommen nævnt ovenfor i note 37, præmis 23.

4. *De andre betingelser*

105. For så vidt angår de *andre betingelser* for skadeserstatningen skal det allerførst nævnes, at Domstolen i Francovich-dommen efter at have angivet og defineret de betingelser, hvorunder »private [har] et krav på erstatning«, derefter præciserede, at »med dette forbehold gennemføres statens erstatningsansvar for det forvoldte tab efter nationale erstatningsregler« (præmis 42).

Indskuddet »med dette forbehold« betyder klart, at for så vidt angår reglerne om skadeserstatning, der skal ydes i medfør af fællesskabsretten og på grundlag af de betingelser, der er fastsat i denne selv, finder de relevante nationale retsregler herom kun *anvendelse* i det omfang, de er nødvendige med henblik på reguleringen af de *andre betingelser* for erstatningen. Det er kun de nærmere betingelser for gennemførelsen af borgernes erstatningskrav, og især de processuelle betingelser, der reguleres i national ret ¹¹⁰.

110 — Man har således i Italien ved lovdekret nr. 80 af 27.1.1992 (GURI af 13.2.1992, s. 246) vedtaget nogle ad hoc-bestemmelser med henblik på gennemførelsen af Francovich-dommen, og ved disse bestemmelser har man netop villet fastlægge de nærmere betingelser og grænser for skadeserstatningen i anledning af den manglende gennemførelse af direktivet vedrørende arbejdsgiverens insolvens. Det foreskrives bl.a. i disse bestemmelser, at erstatningsøgsmålet skal anlægges mod INPS (Istituto Nazionale Previdenza Sociale), at den herfor kompetente ret er pretore i sin egenskab af dommer i arbejdsretlige tvister, og at den frist, inden for hvilken søgsmålet skal indbringes, er fastsat til et år.

106. For så vidt angår disse processuelle betingelser har Domstolen i øvrigt, stadig i Francovich-dommen, fastslået, at »så længe der ikke er udstedt EF-regler på området, tilkommer det hver enkelt medlemsstat i sin interne retsorden at udpege de kompetente retter og fastsætte procesreglerne for søgsmål med henblik på at sikre den fulde beskyttelse af borgernes rettigheder efter fællesskabsretten« (præmis 42).

Der er herved faktisk tale om en formulering, som ikke er en nyskabelse i Domstolens praksis, og som man sædvanligvis har anvendt vedrørende medlemsstaternes selvstændighed vedrørende processuelle spørgsmål, en selvstændighed der imidlertid ikke, heller ikke på det område, er ubegrænset.

107. I så henseende har Domstolen i Francovich-dommen således bekræftet et princip, der allerede flere gange var blevet udtrykt i generelle vendinger ¹¹¹, nemlig at »de formelle og materielle betingelser i medlemsstaternes nationale lovgivning for erstatning af tab ikke må være mindre gunstige end de betingelser, der gælder for tilsvarende søgsmål på grundlag af national ret, og ikke må være udformet således, at de i praksis gør det umuligt eller urimeligt vanskeligt at opnå erstatning« (præmis 43).

111 — Jf. især dom af 16.12.1976, sag 33/76, Rewe, Sml. s. 1989, samt senest dom af 6.12.1994, sag C-410/92, Johnson, Sml. I, s. 5483, præmis 21.

Også for så vidt angår erstatning for tab begrænser fællesskabsretten således medlemsstaternes frihed til materielt og procesuelt at regulere de *andre betingelser* herfor, og dette er, også her, begrundet med hensynet til at sikre borgerne en faktisk og effektiv beskyttelse ¹¹².

Dette princip indebærer nemlig mindst to konsekvenser: Den første er, at retsbeskyttelsen, når der er tale om rettigheder, som tilkommer borgeren i henhold til fællesskabsbestemmelser, under alle omstændigheder skal være på et passende niveau; den anden er, at det tilkommer Domstolen at kontrollere dette niveau ¹¹³. Heraf følger, at selv om det påhviler medlemsstaterne at sikre den forskriftsmæssige gennemførelse af fællesskabsretten, også med hensyn til den erstatningsretlige beskyttelse, forbeholder Domstolen sig således at efterprøve, om de nationale retsordener sikrer beskyttelsen på et passende niveau.

108. Det bemærkes nærmere, at betingelsen vedrørende *national behandling* — som netop skal forstås på den måde, at retsbeskyttelsen i det mindste skal være den samme som den, der ydes lignende rettigheder, der har hjemmel i nationale bestemmelser — i visse tilfælde kan vise sig at være uden enhver værdi. Man behøver blot at tænke på de i nærværende sag omhandlede tilfælde, hvor national ret ikke indeholder *nogen som helst* bestemmelser på området, da der er tale om et retsmiddel, som ikke findes i de pågældende nationale retsordener. Derimod foreligger der ubestrideligt et mere relevant og bindende krav — på grund af de muligheder det indeholder — i forbindelse med betingelsen om, at den nationale retsorden ikke må gøre det *praktisk umuligt* at udøve de rettigheder, som de nationale retsinstanser skal beskytte i henhold til fællesskabsretten.

109. Endelig, og stadig vedrørende de andre erstatningsbetingelser, skal jeg på dette sted minde om, at indlæggene under nærværende sag navnlig vedrørte spørgsmålet om de erstatningsberettigede typer af tab og om tabsberegningen. Da disse spørgsmål

112 — Der henvises blandt flere andre til Barav: »Sanction de la non-transposition de la directive CEE relative à l'insolvabilité de l'employeur», *La Semaine juridique*, 1992, nr. 1 og 2, s. 12, og til Kovar: »Voies de droit ouvertes aux individus devant les instances nationales en cas de violation de normes et décisions du droit communautaire», *Les recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européen*, Bruxelles, 1978, s. 245 ff.

113 — Dette fremgår f.eks. allerede af San Giorgio-dommen, hvori Domstolen fastslog, at »[det] findes ... stridende mod fællesskabsretten, at der indføres bevisregler, der gør det praktisk umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt at opnå tilbagebetaling af afgifter opkrævet i strid med fællesskabsretten», dom af 9.11.1983, sag 199/82, Sml. s. 3595, præmis 14. Spørgsmålet om retsbeskyttelsen er passende, er blevet sat i forbindelse med begrundelsen for forvaltningsakten, i den forstand at borgerne også skal gives adgang til at afgøre, om de bør anlægge sag for at beskytte deres rettigheder, hvilket forklarer, at afgørelsen forudsætter et fuldt kendskab til alle de forhold, der skal vurderes, dom af 15.10.1987, sag 222/86, Heylens m.fl., Sml. s. 4097, præmis 15. Jeg skal også nævne Dekker-dommen, hvori Domstolen udtalte, at når den af en medlemsstat valgte sanktion for tilsidesættelse af et forbud mod forskelsbehandling, der fremgår af et direktiv, henhører under en ordning med civilretligt ansvar, er en tilsidesættelse af dette forbud ansvarspådragende, »uden at der kan tages hensyn til ansvarsfrihedsgrunde efter national lovgivning», dom af 8.11.1990, sag C-177/88, Sml. s. 3941, præmis 25. Jeg skal endvidere minde om Emmott-dommen, hvori Domstolen kendte for ret, at de nationale søgsmålsfrister først begynder at løbe fra det tidspunkt, hvor direktivet, som giver de pågældende rettigheder, er blevet forskriftsmæssigt gennemført, dom af 25.7.1991, sag C-208/90, Sml. I, s. 4269, præmis 24. Princippet i Emmott-dommen er dog, af interesse for sagen her, blevet mildnet ved Johnson-dommen, nævnt ovenfor i note 111.

principielt henhører under medlemsstaternes ret, skal jeg kun gøre nogle korte bemærkninger herom.

være egnet til, »at domstolene kan sikre en faktisk og effektiv beskyttelse ... Heraf følger, at når medlemsstaten har valgt at sanktionere overtrædelsen af forbuddet mod forskelsbehandling gennem en erstatning, skal denne i hvert fald stå i et rimeligt forhold til det opståede tab«¹¹⁶.

Det er for det første ganske klart, at erstatningen for tabet ikke må være rent symbolsk, men skal modsvare det lidte tab. Dette krav hænger sammen med selve begrundelsen for erstatningssøgsmålet, som netop er at sikre, at skadelidtes økonomiske situation genoprettes. Det bekræftes i øvrigt såvel i national retspraksis på området som i fællesskabsretspraksis vedrørende traktatens artikel 215¹¹⁴ samt af folkeretlige domme¹¹⁵.

Domstolen har endvidere i *Marshall II*-dommen fastslået, at såfremt en medlemsstat vælger at sanktionere tilfælde af forskelsbehandling ved hjælp af erstatning, »skal en sådan erstatning være fuldstændig og må ikke på forhånd begrænses med hensyn til beløbet«¹¹⁷.

110. Vedrørende dette spørgsmål kan man også finde nyttige tilkendegivelser i en række domme, hvori Domstolen netop har kontrolleret, at der er et passende niveau for den beskyttelse, som de nationale retsordener giver de rettigheder, som tilkommer borgerne i medfør af fællesskabsretten. Således har Domstolen f.eks. i en sag vedrørende den frihed, der tilkommer medlemsstaterne med hensyn til de sanktioner, der finder anvendelse ved krænkelser af forbuddet mod forskelsbehandling på grundlag af køn, understreget, at de omhandlede sanktioner skal

111. Det er næppe nødvendigt at tilføje, at fastlæggelsen af de erstatningsberettigede typer af tab med sikkerhed ikke kan medføre væsentlige problemer, heller ikke for så vidt angår spørgsmålet om ydelsen af en ensartet erstatning i forskellige medlemsstater for det samme tab. Uanset de terminologiske forskelle anerkendes det nemlig i samtlige retsordener, at der ydes erstatning for skadelidtes økonomiske tab, et tab, der med sikkerhed omfatter såvel det lidte tab (damnum emergens) som den mistede fortjeneste (lucrum cessans) samt renter af disse beløb. Hvad nærmere angår den konkrete beregning af tabet er det klart, at da denne nødvendigvis afhænger af de forskellige økonomiske og sociale omstændigheder, der er særegne for den enkelte medlemsstat, må det

114 — Se således den ovenfor i note 77 nævnte dom i sagen Mulder m.fl. mod Rådet og Kommissionen, hvori Domstolen udtrykkeligt udtalte, at »størrelsen af de erstatningsbeløb, som Fællesskabet skal betale, skal ... svare til det tab, det har forårsaget« (præmis 34).

115 — I denne forbindelse skal der henvises til udtalelsen fra Den Faste Domstol for Mellemfolkelig Retspleje i dom afsagt den 13.9.1928, også vedrørende den tidligere nævnte sag vedrørende fabrikken i Chorow, hvorefter »erstatningen så vidt muligt skal fjerne samtlige følger af den retsstridige handling og genoprette den tilstand, som efter al sandsynlighed ville have foreligget, såfremt den nævnte handling ikke var blevet begået« (PCIJ, serie A, nr. 17, s. 47).

116 — Den ovenfor i note 36 nævnte dom i sagen Von Colson og Kamann, præmis 23.

117 — Dom af 2.8.1993, sag C-271/91, Marshall II, Sml. I, s. 4367, præmis 34.

være op til hver enkelt af dem at foretage den på grundlag af de kriterier, der er fastsat herfor i dens egen nationale ret.

Det for fællesskabsretten væsentlige er og bliver, at erstatningen er faktisk og effektiv, det vil sige, at den situation, der ville have foreligget, hvis overtrædelsen ikke var blevet begået, genoprettes, i det mindste for så vidt angår dens økonomiske indhold.

5. Tidspunktet for erstatningspligtens indtræden

112. Medlemsstatens erstatningspligt kan, som jeg allerede har anført, ikke være betinget af, at der foreligger en dom fra Domstolen, der karakteriserer forholdet som et traktatbrud. Selv om der måtte være blevet afsagt en sådan dom, har den følgelig ingen betydning for spørgsmålet om fastlæggelsen af det tidspunkt, fra hvilket at regne staten er forpligtet til at betale erstatning for de tab, der er forvoldt ved en overtrædelse, som må tilregnes den.

Det fremgår i øvrigt af de betingelser, der er foreslået for så vidt angår egenskaberne »åbenbar og grov« som betegnelse for en overtrædelse, at såfremt den overtrådte bestemmelse tillægger borgerne præcise retigheder, hvis indhold kan fastslås, kan den forsømmelige medlemsstats pligt til at betale

erstatning ikke indtræde på noget andet tidspunkt end det, hvor den skadegørende handling har fundet sted. Det samme må gælde i det tilfælde, hvor den overtrådte bestemmelse allerede er præciseret i retspraksis på det tidspunkt, hvor den skadegørende handling indtræder. I de andre tilfælde, dvs. hvor retsstillingen er uklar, er det først, når den nationale retsinstans og/eller Fællesskabets retsinstanser har foretaget en klargørende fortolkning, at den »forsømmelige« stat kan pålægges at erstatte tabene, vel at mærke for så vidt den ikke har bragt overtrædelsen til ophør inden for en rimelig frist, og kun med hensyn til tab, der er indtrådt efter den nævnte fortolkning.

113. De her foreslåede løsninger fører endelig til den konklusion, at der intet grundlag er for at begrænse retten til erstatning til kun at omfatte de skadelidte, der allerede har anlagt en retssag eller rejst et tilsvarende krav ved de nationale domstole.

Jeg finder nemlig, at de tvingende retssikkerhedshensyn, som den tyske regering har anført, allerede er taget i betragtning i tilstrækkeligt omfang derved, at det — såfremt dette også gælder for tilsvarende søgsmål på grundlag af national ret — kan gøres til en betingelse for retten til erstatning, at skadelidte har udtømt alle de retsmidler, der står til hans rådighed for at undgå tabet eller i det mindste begrænse dets omfang. Bortset herfra er det kun de i det nationale retssystem foreskrevne søgsmåls- og forældelsesfrister, der, ligesom for et erstatningssøgsmål på grundlag af national ret, kan bestemme den

frist, inden for hvilken borgerne kan gøre retten til skadeserstatning gældende.

III — *Besvarelser af de nationale retsinstan-
sers spørgsmål*

114. Inden jeg fremsætter nogle nærmere bemærkninger specielt vedrørende de tilfælde, der er genstand for nærværende sag, finder jeg det nyttigt at minde om de konklusioner, som jeg indtil nu er kommet til:

- Det er en tilstrækkelig betingelse for, at der opstår krav på erstatning, at den bestemmelse, der antages at være overtrådt, i enhver henseende er klar og utvetydig, hvilket f.eks. er tilfældet, såfremt en stat ikke efterkommer en klar forpligtelse til at nå et resultat, eller såfremt den ikke tager hensyn til en fast retspraksis på området.
 - Kriterierne for beregning af tabet er fortsat reguleret i national ret, forudsat at de ikke er mindre gunstige end dem, der gælder for tilsvarende søgsmål på grundlag af national ret, og at de ikke gør det urimeligt vanskeligt eller i praksis umuligt at opnå fuld erstatning for de tab, der er følgen af den pågældende overtrædelse.
 - Erstatningspligten foreligger fra det tidspunkt, hvor den skadegørende handling sker, når der er tale om en åbenbar og grov overtrædelse i den ovenfor angivne forstand; i andre tilfælde opstår den først, når den nationale retsinstant og/eller Fællesskabets retsinstanter har truffet afgørelse, det være sig ved en præjudiciel afgørelse eller ved en dom afsagt i henhold til traktatens artikel 169.
 - For at sikre en reel og effektiv beskyttelse af de rettigheder, som en borger har i medfør af fællesskabsretten, kræver denne, at der skal ydes erstatning for tab, som borgeren har lidt på grund af overtrædelse af fællesskabsbestemmelser, som må tilregnes staten.
 - Det er uden enhver betydning, at vedkommende overtrædelse må tilregnes lovgiver, hvorfor man i dette tilfælde ikke kan anvende de restriktive betingelser i henhold til den nationale retsorden vedrørende lovgivers retsstridige lovgivning eller retsstridige passivitet i så henseende.
- a) Sag C-46/93 (Brasserie du pêcheur)
115. Sagen vedrører overtrædelse af en direkte anvendelig traktatbestemmelse,

nemlig artikel 30, en overtrædelse, der må tilregnes lovgiveren, fordi denne har undladt at ændre BiStG for at bringe den i overensstemmelse med den nævnte bestemmelse. Sagsøgerne i hovedsagen påstår som bekendt erstatning for det tab, som selskabet har lidt i perioden fra 1981 til 1987, dvs. fra det tidspunkt, hvor selskabet ikke længere kunne eksportere det af selskabet fremstillede øl til Tyskland, hvilket ifølge sagsøgeren skyldes, at dette øl ikke var i overensstemmelse med kravene i BiStG, og indtil det tidspunkt, hvor Domstolen i medfør af artikel 169 afsagde den dom, hvorved det blev fastslået, at denne lov var uforenelig med traktatens artikel 30.

På baggrund af, hvad der indtil nu er anført, er det fuldstændig klart, at den nationale domstol med henblik på afgørelsen af den sag, der er indbragt for den, skal fastslå, om den forpligtelse, som påhviler staterne ifølge artikel 30, hvis indhold — som jeg allerede har anført — med sikkerhed ikke kan anses for klart og muligt at bestemme i enhver henseende, allerede var blevet klargjort via retspraksis på området på det tidspunkt, hvor tabet indtrådte, og med henblik på en sag som den, der er indbragt for den nævnte ret. Det skal med andre ord fastslås, om det ved slutningen af 1981 allerede var klart, at en lov som BiStG medførte en hindring for de erhvervsdrivendes virksomhed på dette område, der var uberettiget og derfor uforenelig med fællesskabsretten.

såkaldte »Cassis de Dijon«-dom¹¹⁸, dvs. fra februar 1979, var klart, at artikel 30 ikke alene forbød diskriminerende foranstaltninger, men også foranstaltninger, som finder anvendelse uden forskel, men ikke er begrundet i tvingende hensyn. Ved dom af 9. december 1981¹¹⁹, dvs. omtrent på samme tidspunkt, hvor sagsøgeren i hovedsagen blev nødt til at afbryde sine udførsler af øl til Tyskland, fastslog Domstolen endvidere, at en national lovgivning, der forbeholdt betegnelsen »aceto« (eddike) for vineddike, var uforenelig med fællesskabsretten. Der var givetvis intet grundlag for at forvente et andet udfald med hensyn til BiStG, for så vidt som denne forbeholdt betegnelsen »Bier« (øl) for det produkt, der var brygget ved hjælp af de ingredienser, der udtrykkeligt var foreskrevet i denne lov.

Det fremgår imidlertid også af forelæggelseskendelsen, at det af sagsøgeren i hovedsagen fremstillede øl indeholdt tilsætningsstoffer, hvor den omtvistede tyske lovgivning indeholdt et absolut forbud mod forhandling af øl indeholdende tilsætningsstoffer i Tyskland. Selv om Domstolen i dommen af 12. marts 1987 også forkastede den omtvistede lovgivning af denne grund, idet den ikke fandt, at den var begrundet i hensynet til beskyttelse af menneskers sundhed, kunne denne konklusion dog ikke anses for sikker,

116. I den forbindelse skal jeg allerførst erindre om, at det fra og med den berømte

118 — Dom af 20.2.1979, sag 120/78, Rewe, Sml. s. 649.

119 — Sag 193/80, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 3019, præmis 24-28.

når henses til den relevante praksis¹²⁰. For så vidt som det af sagsøgeren i hovedsagen hævdede tab snarere hænger sammen med denne anden side af den omtvistede nationale lovgivning, kan man derfor ikke udelukke en anden løsning.

117. Der skal gøres en sidste bemærkning. Som jeg allerede har nævnt, kan en medlemsstat som betingelse for retten til erstatning, og under forbehold af, at den stiller nøjagtig den samme betingelse for tilsvarende søgsmål på grundlag af national ret, kræve, at skadelidte udviser påpasselighed og derfor anvender de midler, hvorved tabet kan undgås eller i det mindste begrænses.

Efter hvad der fremgår af oplysningerne i sagen, ser det imidlertid ikke ud til, at sagsøgeren i hovedsagen har foretaget sig noget som helst i så henseende. Som sagsøgeren i hovedsagen ganske vist har gjort gældende under behandlingen af nærværende sag, skyldes afbrydelsen af eksporten, at forhandleraftalen med selskabets (tyske) eneimportør

ikke blev forlænget, således at det var praktisk umuligt for selskabet at anfægte nogen som helst retsakt. Under disse omstændigheder tilkommer det selvsagt den nationale domstol at undersøge, om sagsøgeren faktisk ikke havde nogen som helst mulighed for at påberåbe sig traktatens artikel 30 direkte for de nationale retsinstanser.

b) Sag C-48/93 (Factortame III)

118. I Factortame-sagen skal den forelæggende ret derimod tage stilling til, om den fastslåede overtrædelse af traktatens artikel 7, 52 og 221, der må tilregnes lovgiveren, fordi denne har vedtaget en national lov, der er uforenelig med de nævnte artikler, kan betragtes som en åbenbar og grov overtrædelse i den betydning, der er nævnt ovenfor.

Opgaven er med andre ord at fastslå, hvorvidt overtrædelsen af bestemmelser, som tillægger borgeren klare og præcise rettigheder, såsom retten til ikke at blive forskelsbehandlet på grundlag af nationalitet, kan pådrage staten ansvar uanset det skøn, medlemsstaterne har, når de træffer foranstaltninger vedrørende den fælles fiskeripolitik. Jeg mener i så henseende at kunne nøjes med nogle få bemærkninger.

120 — For eksempel udtalte Domstolen i dom af 6.5.1986, sag 304/84, Müller, Sml. s. 1511, at der af medlemsstaterne »skal ... tages stilling til, om forhandlingen af levnedsmidler, som indeholder sådanne tilsætningsstoffer, kan frembyde en fare for den offentlige sundhed, samt om der består et reelt behov for at tilsætte de omhandlede stoffer til bestemte levnedsmidler. Ved vurderingen af disse kriterier skal medlemsstaterne tage hensyn til relevante internationale forskningsresultater, navnlig til arbejdet udført af Fællesskabernes Videnskabelige Komité for Levnedsmidler, idet resultaterne må vurderes i lyset af *kostvanerne i importmedlemsstaten*» (præmis 24; min fremhævelse). I denne dom, der blev afsagt næsten syv år efter, at den af sagsøgeren i hovedsagen påberåbte skadegørende handling havde fundet sted, kendte Domstolen følgelig for ret, at traktatens artikel 30 og 36 ikke er til hinder for en national lovgivning, hvorefter det er forbudt at forhandle levnedsmidler, der er indført fra andre medlemsstater, hvor de lovligt er bragt i omsætning, og som indeholder visse tilsætningsstoffer.

119. Selv om det er rigtigt, således som det er gjort gældende af Det Forenede Kongerige, at medlemsstaterne har et vist skøn, når de træffer foranstaltninger vedrørende den fælles fiskeripolitik, så er det lige så rigtigt, at dette normalt sker under vedvarende kontrol af Kommissionen, som medlemsstaterne skal underrette om de foranstaltninger, som de fastsætter. Som det fremgår af sagen, havde Kommissionen i nærværende sag rettidigt underrettet Det Forenede Kongerige om, at de krav om nationalitet, fast ophold og bopæl, der fastsattes i Merchant Shipping Act 1988 med hensyn til registrering af fiskerfartøjer i det nye skibsregister, måtte anses for uforenelige med fællesskabsretten.

Hertil kommer, at det i Domstolens praksis vedrørende etableringsretten fast er antaget, at nationale bestemmelser, der medfører forskelsbehandling på grundlag af nationalitet, er uforenelige med fællesskabsretten; Domstolen har ligeledes netop anset det for uforeneligt med fællesskabsretten at stille krav om bopæl for besætningen på fiskerfartøjer¹²¹. Endelig bemærkes, at den omtvistede lovgivning, eftersom den vedrører registrering af fiskerfartøjer, ikke regulerer de nærmere betingelser for anvendelsen af de natio-

nale kvoter for fiskeriet, hvorfor den heller ikke kan være berettiget på dette grundlag.

120. Alt taget i betragtning mener jeg ikke, at der kan være nogen tvivl med hensyn til, at den pågældende overtrædelse er åbenbar og grov, og dermed med hensyn til retten til erstatning for de personer, der har lidt tab som følge af denne overtrædelse.

Jeg bemærker endelig, at sagsøgerne i hovedsagen, således som det vil være Domstolen fuldt bekendt, har gjort alt, hvad de kunne, for at prøve at undgå det tab, der derefter indtrådte. De har således udfoldet bestræbelser herpå allerede før ikrafttrædelsen af de nationale bestemmelser, som senere blev erklæret for uoverensstemmende med fællesskabsretten, idet de som en foreløbig foranstaltning begærede og opnåede, at anvendelsen af de omtvistede bestemmelser blev udsat, en foranstaltning, der blev annulleret af Court of Appeal og derefter stadfæstet af House of Lords efter Domstolens dom af 19. juni 1990 (Factortame I).

121. For så vidt angår den nationale domstols andet spørgsmål er det i lyset af det tidligere anførte næppe nødvendigt at minde om, at fastlæggelsen af de tabstyper, der kan erstattes, og beregningen af tabet fortsat reguleres i national ret, hvorved det dog under alle omstændigheder skal være muligt at yde fuld erstatning for de skadelidtes tab.

121 — Dom af 14.12.1989, sag C-3/87, Agegate, Sml. I, s. 4459, præmis 22-26. Ganske vist er denne dom afsagt efter ikrafttrædelsen af Merchant Shipping Act, men den er ældre end Factortame II-dommen, på grundlag af hvilken House of Lords opretholdt den foreløbige foranstaltning, der var begæret af sagsøgerne i hovedsagen. I øvrigt var der i sagen tale om en betingelse, der blev stillet, for at fiskerfartøjerne kunne afskrive deres fangster på de nationale fiskekvoter, mens der i nærværende sag er tale om en foranstaltning, der direkte udelukker registrering af fiskerfartøjer og dermed selve udøvelsen af den fri etableringsret.

En af sagsøgerne i hovedsagen har nedlagt påstand om tillige at få tilkendt eksemplarisk erstatning, således som det hjemles i national ret i tilfælde af det offentliges forfatningsstridige adfærd (*exemplary damages for institutional behaviour*), hvilket imidlertid bør behandles særskilt. Herom er det i nærværende sag tilstrækkeligt at bemærke, at det følger af princippet om, at de i national lovgivning fastsatte betingelser for beskyttelse af

de rettigheder, der følger af fællesskabsretten, ikke må være mindre gunstige end de betingelser, der gælder for tilsvarende søgsmål på grundlag af national ret, at det påhviler en medlemsstat, når de i den nationale lovgivning fastsatte betingelser herfor er opfyldt, også at yde en sådan erstatning til de berørte borgere, og følgelig også, selv om der er tale om en form for erstatning, der ikke kendes i de andre medlemsstaters retsordener.

Forslag til afgørelse

122. I lyset af de anførte betragtninger foreslår jeg herefter Domstolen at besvare de spørgsmål, der er forelagt henholdsvis af Bundesgerichtshof og af High Court of Justice, Queen's Bench Division, Divisional Court, som følger:

a) i sag C-46/93 (*Brasserie du pêcheur*):

- »1) En medlemsstat er forpligtet til at yde erstatning for tab, der er forvoldt borgerne ved overtrædelser af fællesskabsretten, som må tilregnes staten, herunder såfremt overtrædelserne skyldes den omstændighed, at lovgiver har undladt at ændre en national lov for at bringe den i overensstemmelse med fællesskabsretten, forudsat at statens forpligtelse, der er grundlaget for borgerens ret, i enhver henseende er klar eller klart fastlagt ved retspraksis på området.

- 2) En medlemsstat må ikke undergive retten til erstatning for tab, der skyldes overtrædelser af fællesskabsretten, de samme begrænsninger som dem, der gælder i tilfælde af lovgivers overtrædelse af nationale forfatningsbestemmelser, såfremt disse begrænsninger har til følge, at det i praksis bliver umuligt at gennemføre retten til erstatning.

- 3) Statens forpligtelse til at yde erstatning må ikke gøres betinget af, at der foreligger et subjektivt element (uagtsomhed eller forsæt) i forbindelse med overtrædelsen af den omhandlede bestemmelse, såfremt overtrædelsen er åbenbar og grov i den ovenfor angivne forstand.
- 4) a) Det tilkommer den nationale retsorden at fastlægge, hvilke typer tab der kan erstattes, og kriterierne for beregningen af tabet, forudsat at de betingelser, der stilles i så henseende, ikke er mindre gunstige end dem, der gælder for tilsvarende søgsmål på grundlag af national ret, og at de ikke kan gøre det urimeligt vanskeligt eller i praksis umuligt for borgeren at opnå fuld erstatning af de lidte tab; dette ville være tilfældet, såfremt national ret begrænsede erstatningen til at omfatte goder, der er beskyttet i henhold til loven, såsom ejendomsretten, og modsat udelukkede enhver adgang til erstatning for tabt fortjeneste.
- b) Statens forpligtelse til at yde erstatning for tab, der er forvoldt borgerne, opstår på det tidspunkt, hvor den skadegørende handling finder sted, såfremt den overtrådte bestemmelse er klar i den ovenfor angivne forstand, eller, såfremt retsstillingen er uafklaret, fra det tidspunkt, hvor denne er afklaret ved en afgørelse fra EF-Domstolen, enten ved en præjudiciel afgørelse eller ved en dom afsagt i henhold til traktatens artikel 169.«

b) i sag C-48/93 (Factortame III):

- »1) En medlemsstat har pligt til at yde erstatning for tab, der påføres borgerne ved overtrædelser af fællesskabsretten, som kan tilregnes den, også såfremt overtrædelsen skyldes den omstændighed, at lovgiver har vedtaget en national lov, der er uforenelig med fællesskabsretten, forudsat at statens forpligtelse, der er grundlaget for borgerens ret, således som det er tilfældet i nærværende sag, i enhver henseende er klar eller er klart fastlagt ved retspraksis på området.

- 2) Det tilkommer den nationale retsorden at fastlægge, hvilke typer tab der kan erstattes, og kriterierne for beregning af tabet, forudsat at de betingelser, der stilles i så henseende, ikke er mindre gunstige end dem, der gælder for tilsvarende søgsmål på grundlag af national ret, og at de ikke kan gøre det urimeligt vanskeligt eller i praksis umuligt for borgeren at opnå fuld erstatning af de lidte tab. I det omfang den nationale retsorden tillige giver hjemmel for tildeling af eksemplarisk erstatning, skal bestemmelserne herom uden nogen som helst forskelsbehandling også finde anvendelse i tilfælde af overtrædelse af rettigheder, som borgerne har i henhold til fællesskabsretten.«