

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

PHILIPPE LÉGER

fremSAT den 11. oktober 2005¹

1. Er det i strid med fællesskabsretten, at en medlemsstats erstatningsansvar for tab, som forvoldes borgere ved en tilsidesættelse af fællesskabsretten, der kan tilregnes en øverste retsinstans, dels er udelukket, når tilsidesættelsen vedrører fortolkningen af retsregler eller bedømmelsen af faktum og beviser, dels — uden for dette område — er begrænset til tilfælde, hvor der er handlet forsættligt eller groft uagtsomt?

ser af fællesskabsretten, som må tilregnes en øverste retsinstans, hvilket princip Domstolen fastslog i dommen af 30. september 2003 i Köbler-sagen².

I — Retsforskrifter

A — Fællesskabsbestemmelser

2. Dette er kernen i det spørgsmål, som Tribunale di Genova (Italien) har forelagt under en sag mellem en søtransportvirksomhed (som er i likvidation) og den italienske stat, der er opstået, fordi staten har ydet en konkurrerende virksomhed direkte subventioner.

4. De relevante fællesskabsbestemmelser i hovedsagen på tidspunktet for de faktiske omstændigheder er EF-traktatens bestemmelser om statsstøtte og om misbrug af dominerende stilling.

3. Med spørgsmålet opfordres Domstolen til at præcisere indholdet af princippet, hvorefter en medlemsstat er ansvarlig for tab, der er forvoldt borgere på grund af tilsidesættel-

5. Som bekendt indeholder traktaten et principielt forbud mod statsstøtte. Således bestemmer EF-traktatens artikel 92, stk. 1 (nu artikel 87, stk. 1 EF), at »[b]ortset fra de i denne traktat hjemlede undtagelser er statsstøtte eller støtte, som ydes ved hjælp af statsmidler under enhver tænkelig form, og som fordrejer eller truer med at fordreje

1 — Originalsprog: fransk.

2 — Sag C-224/01, Sml. I, s. 10239.

konkurrencevilkårene ved at begunstige visse virksomheder eller visse produktioner, uforenelig med fællesmarkedet i det omfang, den påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne«.

6. Traktaten fastsætter flere undtagelser fra hovedreglen. Kun nogle af disse undtagelser kan tænkes at have relevans for hovedsagen.

7. Det er for det første undtagelsen i traktatens artikel 92, stk. 3, litra a) og c), vedrørende støtte med et regionalt formål³. Sådant støtte kan betragtes som forenelig med fællesmarkedet.

8. EF-traktatens artikel 77 (nu artikel 73 EF) indeholder en anden type undtagelse, som er særegen for transportsektoren, vedrørende støtteforanstaltninger, som modsvarer behovet for en samordning af transportvæsenet, eller som udgør godtgørelse for visse forpligtelser, der har sammenhæng med begrebet offentlig tjenesteydelse. Sådanne støtteforanstaltninger er forenelige med traktaten.

9. EF-traktaten indeholder yderligere en undtagelse i artikel 90, stk. 2 (nu artikel 86, stk. 2 EF), vedrørende virksomheder, der har fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse. Sådanne virksomheder »er underkastet [traktatens] bestemmelser; navnlig konkurrencereglerne, i det omfang anvendelsen af disse bestemmelser ikke retligt eller faktisk hindrer opfyldelsen af de særlige opgaver, som er betroet dem«. Denne undtagelse kan kun bringes i anvendelse, såfremt »[u]dviklingen af samhandelen [...] ikke påvirkes i et sådant omfang, at det strider mod Fællesskabets interesse«.

10. Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber har i princippet enekompetence til at træffe afgørelse vedrørende støttens forenelighed med fællesmarkedet, og udelukker dermed en tilsvarende kompetence for de nationale domstole⁴. Der gælder forskellige regler for den kontrol, Kommissionen udøver i så henseende, afhængig af, om der er tale om en eksisterende eller en ny støtte. Eksisterende støtte er underlagt en vedvarende kontrol, efter at den er blevet ydet, til efterprøvelse af, om den fortsat er forenelig med fællesmarkedet, hvorimod der skal foretages en forhåndskontrol med ny støtte allerede på planlægningsstadiet.

3 — Traktatens artikel 92, stk. 3, litra a), vedrører nærmere bestemt »støtte til fremme af den økonomiske udvikling i områder, hvor levestandarden er usædvanlig lav, eller hvor der hersker en alvorlig underbeskæftigelse«, og traktatens artikel 92, stk. 3, litra c), »støtte til fremme af udviklingen af visse erhvervsgrænse eller økonomiske regioner, når den ikke ændrer samhandelsvilkårene på en måde, der strider mod den fælles interesse«.

4 — Jeg har herved ikke taget hensyn til den ændring af kompetencefordelingen mellem Kommissionen og de nationale domstole, som er foretaget ved Rådets forordning (EF) nr. 994/98 af 7.5.1998 om anvendelsen af artikel 92 og 93 i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab på visse former for horisontal statsstøtte (EFT L 142, s. 1), idet denne forordning trådte i kraft efter tidspunktet for de faktiske omstændigheder i hovedsagen.

11. Af hensyn til Kommissionens forhånds-kontrol er der ved EF-traktatens artikel 93, stk. 3 (nu artikel 88, stk. 3 EF), pålagt medlemsstaterne pligt til at underrette Kom-missionen om de nye støtteforanstaltninger, som de påtænker at iværksætte. Ud over denne underretningspligt er medlemssta-terne ifølge samme artikel forpligtet til ikke at gennemføre de nye støtteforanstaltninger, de påtænker iværksat, så længe Kommis-sionen ikke har truffet endelig afgørelse om godkendelse af deres forenelighed med fællesmarkedet. Disse to forpligtelser er kumulative. En ny støtte må derfor anses for ulovlig, når den er ydet uden at være anmeldt til Kommissionen, eller når den er behørigt anmeldt, men tildelt før Kommis-sionen inden for de fastsatte frister har truffet afgørelse vedrørende dens forene-lighed med fællesmarkedet⁵.

12. Disse bestemmelser i traktatens arti-kel 93, stk. 3, har direkte virkning og giver således borgerne rettigheder, som de natio-nale domstole skal beskytte⁶.

5 — Dette resumé af traktatens procedureforskrifter på statsstø-teområdet ændres ikke af Rådets forordning (EF) nr. 659/1999 af 22.3.1999 om fastlæggelse af regler for anvendelsen af EF-traktatens artikel 93 (EFT L 83, s. 1), som trådte i kraft efter tidspunktet for de faktiske omstændigheder i hovedsagen, og som i vidt omfang sammenfatter Domstolens nuværende praksis på området.

6 — Jf. bl.a. dom af 15.7.1964, sag 6/64, Costa, Sml. 1954-1964, s. 531, org.ref.: Rec. s. 1141, af 19.6.1973, sag 77/72, Capolongo, Sml. s. 611, præmis 6, af 11.12.1973, sag 120/73, Lorenz, Sml. s. 1471, præmis 8, af 21.11.1991, sag C-354/90, Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires og Syndicat national des négociants et transfor-mateurs de saumon, Sml. I, s. 5505, herefter »laksedommen«, præmis 11, og af 11.7.1996, sag C-39/94, SFEI m.fl., Sml. I, s. 3547, præmis 39.

13. Hvad angår misbrug af dominerende stilling gælder der et generelt og systematisk forbud herimod. Således bestemmer EF-traktatens artikel 86, stk. 1 (nu artikel 82, stk. 1, EF): »En eller flere virksomheders misbrug af en dominerende stilling på fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf er uforenelig med fællesmarkedet og forbudt i den udstrækning, samhandelen mellem medlemsstater herved kan påvirkes«. Også disse bestemmelser har direkte virkning⁷.

14. Traktatens bestemmelser om statsstøtte og misbrug af dominerende stilling finder også anvendelse inden for transportsektoren, herunder sektoren for søtransport⁸.

B — Nationale retsfor skrifter

15. I Italien findes reglerne om statens ansvar for domstolens virksomhed i lov nr. 117 af 13. april 1988 om erstatning for

7 — Jf. bl.a. dom af 11.4.1989, sag 66/86, Ahmed Saeed Flugreisen og Silver Line Reisebüro, Sml. s. 803, præmis 32.

8 — Hvad angår reglerne om statsstøtte se bl.a. dom af 12.10.1978, sag 156/77, Kommissionen mod Belgien, Sml. s. 1881, præmis 10 og 11. Hvad angår artikel 86 EF om misbrug af dominerende stilling se bl.a. dom af 30.4.1986, forenede sager 209/84-213/84, Asjes m.fl., Sml. s. 1425, præmis 39, 42 og 45.

skade forårsaget ved udøvelse af judicielle funktioner samt dommers civilretlige ansvar (legge n° 117, [sul] risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati)⁹.

16. De omtvistede nationale retsfor skrifter blev vedtaget af lovgiver efter afholdelse af en folkeafstemning i november 1987, hvorved de tidligere lovregler, som gjaldt på området, blev afskaffet¹⁰.

17. Ifølge de omtvistede nationale retsfor skrifers artikel 2, stk. 1, kan »den, som har lidt uberettiget skade som følge af en adfærd udvist af en dommer eller en af denne truffet foranstaltning eller afgørelse¹¹, såfremt den pågældende har handlet forsætligt eller groft uagtsomt ved udøvelsen af sine funktioner, eller som følge af en retsnægtelse, sagsøge staten med påstand om erstatning såvel af den økonomiske skade, han har lidt, som hans ikke-økonomiske skade som følge af en berøvelse af den personlige frihed«.

18. Som undtagelse fra dette princip er det fastsat i artikel 2, stk. 2, at »der ikke kan pådrages ansvar for judicial virksomhed, som består i fortolkningen af retsregler samt bedømmelse af faktum og beviser«. En udelukkelse af statens ansvar herfor er tilsyneladende begrundet i ønsket om at bevare domstolenes uafhængighed, som er en grundsætning, der er fastsat i forfatningen¹².

19. Begrebet »grov uagtsomhed« i de omtvistede retsfor skrifers artikel 2, stk. 1's for stand omfatter flere typetilfælde, der er opregnet i samme artikels stk. 3. Ifølge denne »forstås ved grov uagtsomhed:

- a) grov tilsidesættelse af loven som følge af en uundskyldelig forsømmelighed
- b) konstatering af et faktum, som ubestrideligt modsiges af sagens akter, når dette skyldes en uundskyldelig forsømmelighed
- c) benægtelse af et faktum, der ubestrideligt fremgår af sagens akter, når dette skyldes en uundskyldelig forsømmelighed

9 — GURI nr. 88 af 15.4.1988, s. 3, herefter »de omtvistede nationale retsfor skrifter«.

10 — De pågældende bestemmelser fandtes i artikel 55, 56 og 74 i den civile retsplejelov. Ifølge dem var staten erstatningsansvarlig for judicial virksomhed i tilfælde af forsæt, svig eller bedrageri.

11 — De omtvistede retsfor skrifter finder ifølge artikel 1 anvendelse »på alle dommere ved de almindelige domstole, forvaltningsdomstolene, finansdomstolene, de militære domstole og de særlige domstole, som udøver judicial virksomhed, uanset karakteren af de udøvede funktioner, og for andre personer, som deltager i udøvelsen af judicielle funktioner«.

12 — Jf. Corte costituzionale's afgørelse af 19.6.1989 nr. 18, præmis 10, (*Giustizia civile*, 1989, I, s. 769).

d) afgørelse om anordning af en foranstaltning vedrørende den personlige frihed uden for de i lovgivningen fastsatte tilfælde eller uden begrundelse«.

forskrifternes artikel 2, 3 og 4. En kendelse om afvisning kan kæres såvel til anden som tredje instans¹⁴.

II — De faktiske omstændigheder og retsforhandlingerne i hovedsagen

20. Begrebet »rets nægtelse«, som også nævnes i de omtvistede retsforskrifters artikel 2, stk. 1, er defineret i artikel 3, stk. 1, som »en dommers afvisning eller undladelse af at anordne foranstaltninger, som henhører under dennes kompetence — eller forsinkelse hermed — når parten efter udløbet af den lovmæssige frist for anordningen af den pågældende foranstaltning har indgivet begæring om iværksættelse heraf, og der uden gyldig grund ikke træffes nogen foranstaltning inden 30 dage efter datoen for begæringens indgivelse til Justitskontoret [...]«.

21. En sag vedrørende statens ansvar som følge af juridisk virksomhed skal anlægges mod formanden for det italienske ministerråd¹³. Den kompetente ret foretager først en formalitetsprøvelse af det erstatningskrav, som rejses under en sådan sag. Ifølge de omtvistede nationale retsforskrifters artikel 5, stk. 3, afvises kravet fra realitetsbehandling, hvis det er åbenbart ubegrundet eller ikke opfylder de kriterier, som er fastsat i rets-

22. I 1981 anlagde selskabet Traghetti del Mediterraneo i likvidation (herefter »TDM«), der driver søtransport, sag mod en konkurrerende virksomhed, Tirrenia di Navigazione (herefter »Tirrenia«), ved Tribunale di Napoli med påstand om erstatning af det tab, som denne virksomhed havde tilføjet det i perioden 1976-1980 på grund af de lave priser (lavere priser end fremstillingsomkostningerne), som den havde anvendt på cabotagemarkedet mellem det italienske fastland og øerne Sardinien og Sicilien, og som var muliggjort af offentlige subventioner.

23. Til støtte for sin påstand gjorde TDM gældende, at den påtalte handlemåde udgjorde en illoyal konkurrence i den forstand, hvori dette udtryk anvendes i den italienske civillovs artikel 2598, stk. 3, og et misbrug af en dominerende stilling i strid med traktatens artikel 86, stk. 1. Sagsøgeren gjorde også gældende, at der forelå en tilsidesættelse af EF-traktatens artikel 85 (nu artikel 81 EF) samt traktatens artikel 90 og 92.

¹³ — Jf. de omtvistede nationale retsforskrifters artikel 4, stk. 1.

¹⁴ — Jf. de omtvistede nationale retsforskrifters artikel 5, stk. 4.

24. Tribunale di Napoli frifandt ved en afgørelse af 22. april 1993 den sagsøgte virksomhed for erstatningskravet. Sagsøgeren appellerede afgørelsen til Corte d'appello di Napoli, som stadfæstede den ved dom af 7. januar 1997 bl.a. med den begrundelse, at de omtvistede subventioner var ydet til fremme af regionaludviklingen og i hvert fald ikke var til skade for driften af andre færgeforbindelser, som var i konkurrence med dem, der blev drevet af den sagsøgte virksomhed, hvorfor de ydede subventioner ikke var i strid med traktaten.

25. Appelretten fandt det ikke nødvendigt, som TDM havde rejst krav om, at forelægge Domstolen et præjudicielt spørgsmål vedrørende fortolkningen af traktatens bestemmelser om statsstøtte med henblik på en afklaring af, om de omtvistede subventioner var i strid hermed.

26. Efter at TDM var trådt i likvidation, indgav likvidator (herefter tillige benævnt »TDM«) kassationsanke til prøvelse af denne dom. Under kassationsankesagen rejste sagsøgeren på ny krav om indhentning af en præjudiciel afgørelse.

27. Ved dom af 8. oktober 1999 frifandt Corte suprema di cassazione indstævnte uden præjudiciel forelæggelse. Selv om Domstolen ikke under den foreliggende sag er blevet opfordret til at undersøge indholdet

af denne dom for at kunne vejlede den forelæggende ret ved vurderingen af det omtvistede erstatningssøgsmåls berettigelse — hvilket spørgsmål henhører under denne rets enekompetence — finder jeg det ikke hensigtsmæssigt at omtale den pågældende afgørelse, da den har afgørende betydning i hovedsagen.

28. Hvad angår den påståede tilsidesættelse af traktatens bestemmelser om statsstøtte har Corte suprema di cassazione fastslået, at det i visse tilfælde som det i hovedsagen foreliggende ifølge traktatens artikel 90 og 92 er muligt at fravige det principielle forbud mod statsstøtte med det formål at fremme den økonomiske udvikling eller at imødekomme efterspørgslen efter varer og tjenesteydelser, som den frie konkurrence ikke er i stand til at tilfredsstille fuldt ud.

29. Corte suprema di cassazione har herved henvist til, at det inden for den periode, hvor de omtvistede subventioner blev ydet, ikke var muligt at sikre godstransporten mellem det italienske fastland og Italiens vigtigste øer på anden måde end ad søvejen på grund af de herved forbundne omkostninger, hvorfor denne transport måtte overdrages til en offentlig koncessionshaver, som anvendte en af det offentlige fastsat tarif. Selv om dette medførte en konkurrencefordrejning, kunne der ikke efter samme rets opfattelse være tvivl om den omtvistede støttes forenelighed med traktaten, da TDM navnlig ikke havde godtgjort, at Tirrenia havde anvendt støtten til at opnå fortjenester for anden virksomhed end den, hvortil den var ydet.

30. Vedrørende anbringendet om tilsidesættelsen af traktatens artikel 85 og 86 forkastede Corte suprema di cassazione anbringendet med den begrundelse, at skibscabotage endnu ikke var blevet liberaliseret på tidspunktet for de faktiske omstændigheder i sagen, og at det på grund af denne virksomheds begrænsede karakter og ringe geografiske omfang ikke var muligt at afgrænse det relevante marked i traktatens artikel 86's forstand klart.

31. Hvad angår TDM's begæring om forelæggelse af et præjudicielt spørgsmål fandt Italiens øverste retsinstans heller ikke, at en sådan forelæggelse var nødvendig, da den afgørelse, Corte d'appello di Napoli havde truffet i den appellerede dom, var i overensstemmelse med Domstolens praksis, navnlig med dommen af 22. maj 1985 i sagen Parlamentet mod Rådet¹⁵, som vedrørte transportområdet.

32. Efter afsigelsen af Corte suprema di cassationes dom anlagde TDM ved Tribunale di Genova et erstatningssøgsmål mod Den Italienske Republik (som var rettet mod formanden for det italienske ministerråd) med påstand om erstatning af det tab, TDM havde lidt på grund af denne dom.

33. Til støtte for sin påstand under denne sag har TDM gjort gældende, at den pågældende dom er baseret på en fejlagtig fortolkning af traktatens bestemmelser om

konkurrence og statsstøtte og på den fejlagtige antagelse, at Domstolen har en fast praksis på dette område. Med denne dom har Corte suprema di cassazione efter TDM's opfattelse tilsidesat såvel materielle bestemmelser i fællesskabsretten som den forpligtelse til at forelægge præjudicielle spørgsmål, som påhviler øverste retsinstanser ifølge EF-traktatens artikel 177, stk. 3 (nu artikel 234, stk. 3, EF).

34. På dette punkt gør TDM gældende, at Domstolen, såfremt den havde fået forelagt et præjudicielt spørgsmål, formentlig ville have fortolket de relevante bestemmelser i traktaten på en sådan måde, at Corte suprema di cassazione efterfølgende havde givet TDM medhold i dets påstande. Til godtgørelse heraf henviser TDM navnlig til, at Kommissionen som afslutning på en procedure om efterprøvelse af subventioner, der blev ydet Tirrenia efter den periode, som hovedsagen vedrører (hvilken procedure Kommissionen iværksatte, mens den sag, hvori nævnte dom blev afsagt, endnu var i rede), traf en afgørelse, som fastslog skibscabotages fællesskabsdimension, og hvoraf fremgik vanskelighederne ved at vurdere sådanne subventioners forenelighed med traktatens statsstøtteregler¹⁶. Efter TDM's opfattelse afkræftede de vurderingskriterier,

15 — Sag 13/83, Sml. s. 1513.

16 — Der tænkes på Kommissionens beslutning 2001/851/EF af 21.6.2001 om Italiens statsstøtte til fordel for rederiselskabet Tirrenia di Navigazione (EFT L 318, s. 9). Jeg skal bemærke, at Kommissionen ved denne beslutning erklærede den støtte, som var udbetalt til fordel for denne virksomhed fra den 1.1.1990 til den 31.12.2000 som kompensation for offentlig tjeneste, for forenelig med fællesmarkedet, og at den godkendte den støtte, der var udbetalt fra den 1.1.2001 til den 31.12.2004 på nærmere angivne betingelser. Den omhandlede støtte, der blev betegnet som ny, blev anset for at være omfattet af undtagelsen i artikel 86, stk. 2, EF, men ikke af undtagelserne i artikel 87, stk. 2, og 3, EF.

som Kommissionen anlagde i denne beslutning, og som ifølge TDM bør lægges til grund for vurderingen af de omtvistede subventioners forenelighed med fællesmarkedet, de betragtninger, som Corte suprema di cassazione lagde til grund i den omhandlede dom.

35. Formanden for det italienske ministerråd har bestridt TDM's erstatningskrav, navnlig under henvisning til, at det ifølge de omtvistede nationale retsfor skrifers artikel 2, stk. 2, er udelukket, at staten er erstatningsansvarlig i denne sag, da den heri omhandlede judicielle virksomhed vedrører fortolkningen af retsregler.

36. Heroverfor har TDM gjort gældende, at de omhandlede retsfor skrifter gør det yderst vanskeligt og endog umuligt i praksis for private at opnå erstatning for skade, som staten har forvoldt som følge af judiciel virksomhed. Dette er i strid med de principper, Domstolen har opstillet i dommen af 19. november 1991 i sagen Francovich m.fl.¹⁷ og i dommen af 15. marts 1996 i sagen Brasserie du pêcheur og Factortame¹⁸.

III — Det præjudicielle spørgsmål

37. Tribunale di Genova har under hensyn til de af parterne fremførte argumenter og til,

at den er i tvivl om, hvorvidt princippet om statens erstatningsansvar ved tilsidesættelser af fællesskabsretten også gælder for judiciel virksomhed, besluttet at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Ifalder en [medlems]stat ansvar uden for kontraktforhold i forhold til borgerne for fejl begået af statens dommere ved anvendelsen eller den manglende anvendelse af fællesskabsretten, navnlig såfremt en ret i sidste instans tilsidesætter sin forpligtelse ifølge traktatens artikel 234, stk. 3, til at forelægge Domstolen et præjudicielt spørgsmål?

2) Hvis det må antages, at en medlemsstat ifalder ansvar for fejl begået af statens dommere ved anvendelsen af fællesskabsretten, navnlig såfremt en ret i sidste instans som omhandlet i traktatens artikel 234, stk. 3, undlader at forelægge Domstolen et præjudicielt spørgsmål, er det da til hinder for at antage et sådant ansvar, at der gælder en

17 — Forenede sager C-6/90 og C-9/90, Sml. I, s. 5357.

18 — Forenede sager C-46/93 og C-48/93, Sml. I, s. 1029.

national lovgivning om statens ansvar for fejl begået af domstolene, som

- udelukker ansvar for juridicel virksomhed, der består i fortolkning af retsregler samt bedømmelse af faktum og beviser, og
- begrænser statens ansvar til tilfælde, hvor dommere har handlet forsættligt eller groft uagtsomt,

og er dette uforeneligt med fællesskabsrettens grundsætninger?»

38. Efter afsigelsen af Köbler-dommen (som blev afsagt efter den præjudicielle forelæggelseskendelse i denne sag), som Domstolen oversendte Tribunale di Genova, besluttede denne efter at have hørt parterne i hovedsagen at trække det første præjudicielle spørgsmål tilbage, da dette allerede er besvaret bekræftende ved Köbler-dommen, og at opretholde det andet spørgsmål. Der er herefter kun forelagt ét præjudicielt spørgsmål, nemlig, om »[det er] til hinder for at antage [at en medlemsstat ifalder ansvar for fejl begået af statens dommere], at der gælder en national lovgivning [herom], som udelukker ansvar for juridicel virksomhed, der består i fortolkning af retsregler samt bedømmelse af faktum og beviser, og begrænser statens ansvar til tilfælde, hvor dommere har handlet forsættligt eller groft uagtsomt, og [om dette er] uforeneligt med fællesskabsrettens grundsætninger«.

IV — Meningen med og rækkevidden af det præjudicielle spørgsmål

39. Således som det opretholdte præjudicielle spørgsmål er affattet, er det meget vidt formuleret, da det sigter til al form for juridicel virksomhed, dvs. såvel de øverste retsinstansers som de ordinære retters. Det må imidlertid fastslås, at det erstatningssøgsmål mod staten, som hovedsagen vedrører, kun er rettet mod en afgørelse fra en øverste retsinstant, som ikke kan appelleres, og ikke mod afgørelser fra ordinære retter, som tidligere har truffet en tilsvarende afgørelse i samme sag¹⁹. Det præjudicielle spørgsmål må derfor omformuleres, således at Domstolens svar begrænses til det, som er strengt nødvendigt for afgørelsen af sagen ved den forelæggende ret.

40. Med henblik på en yderligere afgrænsning af det præjudicielle spørgsmåls rækkevidde er det desuden vigtigt at give nogle angivelser vedrørende indholdet af de omtvistede nationale retsforskrifter, hvis påståede uforenelighed med fællesskabsretten er årsag til den præjudicielle forelæggelse.

19 — Som jeg i øvrigt har anført i mit forslag til afgørelse i Köblersagen (jf. punkt 38), er et erstatningssøgsmål mod staten, så længe der ikke findes nogen national appeladgang over for en afgørelse fra en øverste retsinstant, det eneste retsmiddel, som — i sidste instans — kan sikre en genopretning af skaden og dermed i sidste ende yde en effektiv beskyttelse af de rettigheder, som tilkommer borgerne ifølge fællesskabsretten. Det gælder derimod ikke for de afgørelser, som træffes af de ordinære domstole, da der findes nationale retsmidler, som muliggør appel.

41. Tribunale di Genova har anført, at hvis de omhandlede retsforskrifter skulle anvendes i sagen, måtte TDM's påstand klart afvises fra realitetsbehandling (som det gøres gældende af sagsøgte i hovedsagen), da påstanden er baseret på, at en domstol har foretaget en fejlagtig fortolkning af retsregler, idet såvel undladelsen af at forelægge et præjudicielt spørgsmål som anvendelsen af Fællesskabets bestemmelser på den omtvistede situation er resultatet af en sådan fortolkning²⁰.

42. Denne opfattelse beror på et postulat om, at en domstols fortolkningsvirksomhed »uanset om den tiltrædes materielt, i sig selv må anses for lovlig«, hvorfor det i sagens natur er udelukket, at staten er erstatningsansvarlig herfor²¹.

43. Under den mundtlige forhandling har den italienske regering forfægtet en fortolkning af de omtvistede nationale retsforskrifter, som er væsensforskellig fra den, der er anlagt af den forelæggende ret. Efter regeringens opfattelse kan den undtagelse ifølge de nationale retsforskrifters artikel 2, stk. 2, fra hovedreglen om statens erstatningsansvar, som gælder vedrørende fortolkning af retsregler, ikke anvendes, såfremt fortolkningen har medført en grov tilsidesættelse af loven som følge af en uundskyld-

lig forsømmelighed i hehhold til samme artikels stk. 3, litra a). Den sidstnævnte bestemmelse udgør nemlig ifølge regeringen en undtagelse fra reglen i artikel 2, stk. 2, om udelukkelse af statens ansvar, der i sig selv udgør en undtagelse fra hovedreglen om erstatningsansvar i samme artikels stk. 1.

44. Det er rigtigt, at man ud fra en umiddelbar betragtning kan rejse det spørgsmål, i hvilket omfang de tilsidesættelser af loven, som er omhandlet i de omtvistede nationale retsforskrifters artikel 2, stk. 3, litra a), kan tænkes ikke at vedrøre fortolkning af retsregler som omhandlet i samme artikels stk. 2, således at stk. 3 ikke udgør en undtagelse fra reglen i stk. 2. Kun hvis dette var tilfældet, ville de nævnte regler både udelukke statens ansvar inden for visse områder for juridisk virksomhed (som er omfattet af stk. 2) og begrænse et sådant ansvar inden for andre områder af domstolenes virksomhed (som omfattet af stk. 3). Hvis de former for virksomhed, som er omfattet af hver af disse stykker, ikke var forskellige, men var helt sammenfaldende, kunne man kun opfatte de omtvistede nationale retsforskrifter på den måde, at de udgør en begrænsning af statens ansvar, men ikke, at de også udelukker dette ansvar.

20 — Jf. den franske udgave af forelæggelseskendelsen, s. 7 og 9.

21 — Jf. *ibid.*, s. 7.

45. Det fremgår af Domstolens faste praksis, at det inden for rammerne af den opgavefordeling mellem Domstolen og de nationale retter, som ligger til grund for den præjudicielle forelæggelsesprocedure, alene tilkommer de nationale retter, og ikke Domstolen, at fortolke national ret²².

udelukkes i tilfælde, hvor tilsidesættelsen vedrører fortolkningen af retsregler eller bedømmelsen af faktum og beviser, dels — uden for dette tilfælde — begrænses til tilfælde af forsæt eller grov uagtsomhed.

46. I overensstemmelse med den fortolkning, som den forelæggende ret har anlagt af de omtvistede nationale retsforskrifters artikel 2, stk. 2, går jeg ud fra, at statens ansvar for juridiciel virksomhed er udelukket ifølge denne bestemmelse, når den handlemåde, som en domstol kritiseres for at have udvist, vedrører fortolkningen af retsregler, selv om den har medført en grov tilsidesættelse af loven som følge af en uundskyldelig forsømmelighed. Med andre ord går jeg ud fra, at de omtvistede nationale retsforskrifters artikel 2, stk. 3, litra a), skal anvendes i andre tilfælde af en tilsidesættelse af loven end dem, som er omhandlet i samme artikels stk. 2.

47. Jeg er følgelig af den opfattelse, at den forelæggende ret med sit præjudicielle spørgsmål i det væsentlige ønsker oplyst, om fællesskabsretten er til hinder for, at en medlemsstats erstatningsansvar for tab, som er forvoldt borgere ved en tilsidesættelse, der er begået af en øverste retsinstant, dels

V — Gennemgang

48. Med henblik på besvarelse af dette spørgsmål skal jeg undersøge, om det — i overensstemmelse med den rækkefølge, den forelæggende ret har fulgt ved formuleringen af sit spørgsmål — er foreneligt med fællesskabsretten dels at udelukke, dels begrænse statens erstatningsansvar for en øverste retsinstant.

A — Udelukkelse af statens erstatningsansvar ved en tilsidesættelse af fællesskabsretten, som har sammenhæng med fortolkning af retsregler, og som kan tilregnes en øverste retsinstant

49. Jeg skal erindre om, at Domstolen i Köbler-dommen fastslog, at princippet, hvorefter medlemsstaterne er forpligtet til at erstatte det tab, der er forvoldt borgere på grund af tilsidesættelser af fællesskabsretten, som må tilregnes medlemsstaterne, også

²² — Jf. bl.a. dom af 13.3.1986, sag 296/84, Sinatra, Sml. s. 1047, præmis 11, og af 26.9.1996, sag C-341/94, Allain, Sml. I, s. 4631, præmis 11.

finder anvendelse, når den omhandlede tilsidesættelse skyldes en afgørelse truffet af en ret i sidste instans. Dette skyldes de krav, der er uadskilleligt forbundet med beskyttelsen af de rettigheder, som borgerne påberåber sig i henhold til fællesskabsretten²³.

i sidste instans tilsidesætter fællesskabsretten i forbindelse med fortolkningen af retsregler²⁶.

50. Dette resultat ændres ikke af de argumenter, som er blevet fremført navnlig vedrørende domstolenes uafhængighed eller princippet om dommes retskraft, og som Domstolen udtrykkeligt har tilbagevist²⁴. Selv om Domstolen under hensyn til den dømmende funktions særlige karakter og de legitime krav til retssikkerheden har fundet, at statens erstatningsansvar må begrænses til de »undtagelsesvis[e] [tilfælde, hvor] dommeren [dvs. en ret i sidste instans] åbenbart har tilsidesat gældende ret«²⁵, har den dog fastslået, at hverken princippet om domstolenes uafhængighed eller princippet om retskraft kan begrunde en generel udelukkelse af statens erstatningsansvar ved en tilsidesættelse af fællesskabsretten, som kan tilregnes en sådan ret i sidste instans.

51. Efter min opfattelse kan heller ikke disse principper, uanset om de har forfatningsrang, begrunde en udelukkelse af statens erstatningsansvar i det særlige tilfælde, hvor en ret

52. I modsat fald ville princippet om statens erstatningsansvar for de øverste retsinstanser, som Domstolen fastslog i Köbler-dommen, blive frataget sit indhold eller berøvet sin effektive virkning.

53. Fortolkningen af retsregler udgør nemlig en væsentlig del af domstolenes judicielle virksomhed. Det gælder så meget mere for de øverste retsinstanser, da de traditionelt har til opgave at sikre en ensartet retlig fortolkning på nationalt plan.

54. Det er i øvrigt netop på grund af denne særlige opgave, at de øverste retsinstanser, hvis afgørelser ikke kan appelleres ifølge nationale retsregler, i medfør af artikel 234 EF er forpligtet til at forelægge Domstolen præjudicielle spørgsmål vedrørende fortolkningen af fællesskabsretten for at undgå, at

23 — Jf. Köbler-dommen (præmis 36).

24 — Ibid. (præmis 37-43).

25 — Ibid. (præmis 53).

26 — Jeg skal herved, som anført under punkt 18, minde om, at bestemmelsen i de omtvistede retsforskrifters artikel 2, stk. 2, om udelukkelsen af statens ansvar (der finder anvendelse i dette særlige tilfælde) tilsyneladende blev indført for at bevare domstolenes uafhængighed, som er et i forfatningen fastsat princip.

der opstår afvigende retspraksis inden for Fællesskabet²⁷.

55. Det kan tænkes, at de øverste retsinstanser ved udøvelsen af de traditionelle funktioner, som påhviler dem med hensyn til at sikre en ensartet fortolkning af retsreglerne, begår en tilsidesættelse af den gældende fællesskabsret, som kan pådrage staten et erstatningsansvar, forudsat tilsidesættelsen er åbenbar²⁸. En sådan tilsidesættelse i forbindelse med fortolkningen af retsregler kan opstå i flere situationer, som jeg skal give nogle eksempler på, og som kan forekomme som rene eksempler herpå eller i kombineret form.

56. For det første kan tilsidesættelsen skyldes en fortolkning af national ret, som ikke er i overensstemmelse med den gældende fællesskabsret og i strid med den forpligtelse til en ensartet fortolkning, som ifølge Domstolens faste praksis påhviler alle nationale domstole, og hvis betydning for nylig er fastslået i dommen af 5. oktober 2004 i sagen Pfeiffer m.fl.²⁹, som vedrørte en tvist mellem private om anvendelsen af bestemmelser i

national ret, der var vedtaget til gennemførelse af et direktiv, som tillagde private rettigheder.

57. Den situation, som forelå i Domstolens dom af 9. december 2003 i sagen Kommissionen mod Italien³⁰ (der blev afsagt kort tid efter Köbler-dommen), ligner en sådan tilsidesættelse af fællesskabsretten (som naturligvis forudsætter, at det overhovedet er muligt at fortolke pågældende nationale retsforskrifter i overensstemmelse med fællesskabsretten).

58. Jeg skal erindre om, at Kommissionen i denne sag kritiserede Den Italienske Republik for at have opretholdt en national ordning, som indebar — således som ordningen blev fortolket af de italienske domstole, herunder af Corte suprema di cassazione, og således som ordningen blev anvendt af myndighederne — at det var praktisk talt umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt at få tilbagebetalt afgifter, som var opkrævet i strid med fællesskabsretten, på grund af de beviskrav, som private skulle opfylde for at gennemføre tilbagesøgningen.

59. Den pågældende nationale ordning var ikke i sig selv i strid med fællesskabsretten, da den, som angivet af Domstolen, var neutral såvel med hensyn til bevisbyrden for, at afgifterne var blevet overvæltet på andre personer, som med hensyn til, hvilke

27 — Domstolen har præciseret det formål, som forfølges med denne forelæggelsespligt, i dommen af 6.10.1982, sag 283/81, Cilfit, Sml. s. 3415, præmis 7.

28 — Jeg skal senere undersøge det nærmere indhold af denne betingelse for, at staten ifalder erstatningsansvar, og som er præciseret i Köbler-dommens præmis 54-56.

29 — Forenede sager C-397/01 — C-403/01, Sml. I, s. 8835, præmis 110-115.

30 — Sag C-129/00, Sml. I, s. 14637.

bevismidler der kunne anvendes i dette øjemed³¹. Den nationale ordning blev imidlertid fortolket forskelligt af domstolene, idet nogle anvendte den, så den var forenelig med fællesskabsretten, men andre, så den var i strid hermed. Da de sidstnævnte tilfælde ikke var isolerede enkelttilfælde, men forekom i betydeligt omfang, tog Domstolen hensyn hertil ved konstateringen af den omtvistede nationale ordnings rækkevidde. I den forbindelse lagde den særlig vægt på dommene fra Corte suprema di cassazione³², hvis fortolkning af den nationale ordning ikke var i overensstemmelse med fællesskabsretten, men i klar modstrid med Domstolens praksis på området³³.

60. Under hensyn til denne afvigende retspraksis og administrative praksis på området, som godtgjorde, at den pågældende nationale ordning ikke var tilstrækkelig klar til at sikre, at den blev anvendt på en måde, der var forenelig med fællesskabsretten — hvorfor den nationale lovgiver burde have foretaget de nødvendige ændringer eller klargørelser³⁴ — tog Domstolen påstanden om traktatbruddet til følge.

31 — Se dommen i sagen Kommissionen mod Italien (præmis 31).
32 — *Ibid.* (præmis 34 og 35).

33 — Jf. bl.a. dom af 9.2.1999, sag C-343/96, *Dilexport*, Sml. I, s. 579, præmis 52 og 54, som netop vedrorte den pågældende nationale ordning, samt dom af 9.11.1983, sag 199/82, *San Giorgio*, Sml. s. 3595, præmis 14, og af 24.3.1988, sag 104/86, *Kommissionen mod Italien*, Sml. s. 1799, præmis 7 og 11, der vedrorte en tidligere national ordning, der sluttelig blev ophævet, og som udtrykkeligt stillede de samme beviskrav som dem, der blev stillet af visse domstole og af myndighederne ved fortolkningen og anvendelsen af den omtalte nationale ordning, som fulgte efter den.

34 — Jf. i denne retning dommen af 9.12.2003 i sagen *Kommissionen mod Italien* (præmis 33).

61. Selv om tilsidesættelsen af fællesskabsretten i den pågældende sag måtte tilregnes de nationale myndigheder som helhed (domstolene, forvaltningen og den lovgivende myndighed) og ikke blot Corte suprema di cassazione, og selv om den blev behandlet inden for de særlige rammer, som en traktatbrudssag udgør, er sagen dog et interessant eksempel på en tilsidesættelse af fællesskabsretten begået af en ret i sidste instans, som kan pådrage staten erstatningsansvar på grund af en fortolkning, som ikke er i overensstemmelse med fællesskabsretten (idet national ret ikke opfyldte fællesskabsrettens krav), og som er i åbenbar modstrid med Domstolens praksis på området³⁵.

62. I sammenhæng med dette typetilfælde kan endvidere nævnes det tilfælde, hvor en øverste retsinstans anvender en national ordning, som den anser for at være i overensstemmelse med fællesskabsretten, selv om den i medfør af princippet om fællesskabsrettens forrang for national ret burde have tilsidesat den på grund af dens uoprettelige modstrid med fællesskabsretten (hvor enhver fællesskabskonform fortolkning er udelukket). Den tilsidesættelse af fællesskabsretten, som er forbundet hermed, kan bero på en fortolkning af national ret og/eller fællesskabsretten, der f.eks. består i at fortolke national ret på en sådan måde, at dens anvendelse gøres forenelig med fællesskabsretten, men hvor fællesskabsretten

35 — Jeg skal erindre om, at Corte suprema di cassazione tilsyneladende har forladt denne praksis, efter at Domstolen afsagde dom i nævnte sag. Se i denne forbindelse dom af 14.7.2004, nr. 13054, *Soc. Sief m.fl. mod Ministero dell'Economia e delle Finanze m.fl.* (*Foro italiano* 2004, I, s. 2700).

utvivlsomt misfortolkes, således at det er umuligt at forene national ret og fællesskabsret.

63. Dette tilfælde kan ligesom det foregående sammenlignes med det typetilfælde, hvor tilsidesættelsen af fællesskabsretten beror på en fejlagtig fortolkning af en gældende fællesskabsretlig bestemmelse, den være sig materiel eller processuel.

64. Såfremt man udelukkede statens erstatningsansvar for en retlig tilsidesættelse alene med den begrundelse, at den vedrører fortolkningen af retsregler, ville det være ensbetydende med at udelukke statens ansvar i hver enkelt af de tre nævnte tilfælde, hvor der foreligger en tilsidesættelse af fællesskabsretten. En sådan udelukkelse af statens erstatningsansvar i et tilfælde, hvor tilsidesættelsen af fællesskabsretten kan tilregnes en øverste retsinstans, er klart i strid med det princip, Domstolen har fastsat i Köbler-dommen.

65. Blandt disse tilfælde af en tilsidesættelse af fællesskabsretten bør også nævnes den situation, hvor en øverste retsinstans tilsidesætter sin forpligtelse ifølge artikel 234, stk. 3, EF til at forelægge et præjudicielt spørgsmål vedrørende fortolkningen af fællesskabsretten.

66. En tilsidesættelse af denne forpligtelse vil nemlig indebære en risiko for, at den pågældende ret begår en fejl, som falder ind under en af de nævnte kategorier, det være sig en fejl ved fortolkningen af den gældende fællesskabsret, ved vurderingen af de følger, som må drages heraf for en fællesskabskonform fortolkning af national ret, eller ved vurderingen af national rets forenelighed med fællesskabsretten.

67. Domstolen har ved fastlæggelsen af kriterierne for, om en øverste retsinstans åbenbart har tilsidesat gældende ret, taget hensyn til den betydning, som tilsidesættelsen af pligten til præjudiciel forelæggelse har for, om der er begået en tilsidesættelse af fællesskabsretten, nemlig i forbindelse med afgørelsen af, om den første betingelse for, at staten ifalder erstatningsansvar, er opfyldt, og som er, at der foreligger en tilstrækkelig kvalificeret tilsidesættelse af fællesskabsretten.

68. Således fastslog Domstolen i Köbler-dommen, præmis 55, at der bl.a. skal tages hensyn til »hvor klar og præcis den tilsidesatte bestemmelse er, om tilsidesættelsen er forsætlig, om retsvildfarelsen er undskyldelig eller uundskyldelig, den holdning, som en fællesskabsinstitution eventuelt har indtaget, samt om den omhandlede ret har undladt at opfylde sin pligt til at forelægge præjudicielle spørgsmål i medfør af artikel 234, stk. 3, EF«.

69. Tilsidesættelse af pligten til præjudiciel forelæggelse udgør således et af de kriterier, der skal tages hensyn til ved afgørelsen af, om der foreligger en tilstrækkelig kvalificeret tilsidesættelse af fællesskabsretten, som kan tilregnes en ret i sidste instans, hvortil kommer de kriterier, som Domstolen i forvejen har opstillet i dommen *Brasserie du pêcheur* og *Factortame* og i den sidenhen fulgte praksis vedrørende statens ansvar for lovgivers eller forvaltningens handlinger³⁶.

70. Selv om Domstolen ikke har villet opstille et hierarki mellem disse kriterier, hvoraf nogles relevans efter min opfattelse er diskutabel³⁷, er det min opfattelse, at kriteriet om pligten til præjudiciel forelæggelse må tillægges en særlig betydning.

71. For at kunne afgøre, om den pågældende retlige fejl er undskyldelig eller uundskyldelig (dette er efter min opfattelse det afgørende kriterium, som de øvrige kriterier er underordnet)³⁸, må den holdning, den øverste retsinstans har indtaget vedrørende sin forelæggelsespligt, tillægges afgørende betydning.

36 — Vedrørende denne udvikling i retspraksis se punkt 131-137 i mit forslag til afgørelse i *Köbler*-sagen.

37 — Det gælder efter min opfattelse kriteriet om, at tilsidesættelsen skal være forsællig og kriteriet om fællesskabsinstitutionernes handlemåde (dog undtaget det særlige område, som konkurrenceretten og statsstøtteområdet udgør, hvor kriteriet kan tænkes at være relevant). Se herom punkt 154-156 i mit forslag til afgørelse i *Köbler*-sagen.

38 — Jf. herom punkt 139 i mit forslag til afgørelse i *Köbler*-sagen.

72. Selv om den tilsidesatte retsregel ikke er særlig klar og præcis, er den retlige fejl ikke uden videre undskyldelig, da den øverste retsinstans netop i så fald bør forelægge et præjudicielt spørgsmål, idet den ikke kan gå ud fra, at afgørelsen vedrørende det pågældende retsspørgsmål ikke efterlader rimelig tvivl i den i *Cilfit*-dommen anvendte betydning³⁹, så meget mere, hvis der ikke findes nogen praksis fra Domstolen, som kan afklare retten om det pågældende spørgsmål⁴⁰.

73. Hvis den tilsidesatte retsregel derimod er klar og præcis, er den retlige fejl så meget mindre undskyldelig, som den øverste retsinstans, såfremt den påtænker at fravige den — f.eks. i tilfælde, hvor retsreglen efter dens opfattelse er i modstrid med andre retsregler, som det er vanskeligt at fortolke eller anvende i kombination med den tilsidesatte

39 — Jf. dommens præmis 16-20.

40 — Denne vurdering anfægtes efter min opfattelse ikke af Domstolens betragtninger i *Köbler*-dommen (præmis 120-124) vedrørende tilsidesættelsen af visse bestemmelser i fællesskabsretten, som Domstolen ikke anså for at være særlig klare eller præcise. Efter Domstolens opfattelse kan det ganske vist under hensyn til samarbejdet mellem domstolene, som er det afgørende hensyn bag mekanismen for præjudiciel forelæggelse, være mindre alvorligt at trække et præjudicielt spørgsmål tilbage end helt at undlade en forelæggelse, således at den pågældende retlige fejl (som formentlig kunne være undgået, hvis spørgsmålet var blevet opretholdt) er mere undskyldelig end helt at undlade en forelæggelse. Ud fra et strengt juridisk og retspolitisk synspunkt kan man dog rejse spørgsmål vedrørende relevansen af en sådan sondring, når den pågældende ret i sidste instans, som det var tilfældet i sagen, trak sit præjudicielle spørgsmål tilbage på grund af en fejlagtig fortolkning af en dom, som Domstolen havde tilsendt den efter at have forelagt spørgsmålet, når en sådan fejlagtig fortolkning kunne være undgået (og utvivlsomt også de fejlagtige konklusioner, der blev draget heraf for tvistens afgørelse) blot ved en opmærksom gennemlæsning af dommen (som var utvetydig). Domstolens vurdering på dette punkt, som afsvækker betydningen af kriteriet om tilsidesættelsen af forelæggelsespligten, beror tilsyneladende i vidt omfang på betragtninger vedrørende de særlige omstændigheder i sagen, hvorfor det må antages, at den ikke har gyldighed i videre omfang.

regel — også bør forelægge et præjudicielt spørgsmål, hvis den ikke finder, at den påtænkte afgørelse af det pågældende retsspørgsmål er utvivlsom. Det gælder navnlig i tilfælde, hvor den pågældende øverste retsinstans påtænker at fravige Domstolens praksis på området⁴¹.

74. Efter min opfattelse viser disse eksempler, hvorledes en øverste retsinstans' tilsidesættelse af pligten til præjudiciel forelæggelse kan spille ind ved den vanskelige vurdering af, om den pågældende retlige fejl er undskyldelig — hvilken vurdering skal foretages for at afgøre, om tilsidesættelsen er tilstrækkelig kvalificeret til at pådrage staten erstatningsansvar.

75. Den omstændighed, at Domstolen i Köbler-dommens præmis 55 tillige har nævnt tilsidesættelsen af pligten til præjudiciel forelæggelse — og hvis betydning for vurderingen af, om den pågældende retsvildfarelse er undskyldelig, jeg just har

41 — Som anført i punkt 141 i mit forslag til afgørelse i Köblersagen, er de domme, som afsiges af Domstolen, navnlig i præjudicielle sager, naturligvis bindende for de nationale domstole, hvor der er tale om fortolkningen af fællesskabsretlige bestemmelser, hvorfor de nationale domstole, hvis de ønsker at fravige Domstolens praksis, ikke har andre muligheder end at forelægge Domstolen et præjudicielt spørgsmål og i den forbindelse fremføre de nye synspunkter, som kunne tænkes at medføre, at Domstolen gav en forskellig besvarelse af et tidligere afgjort spørgsmål.

understreget i det foregående — er efter min opfattelse til hinder for at udelukke statens erstatningsansvar i det tilfælde, hvor den tilsidesættelse af fællesskabsretten, som kan tilregnes en øverste retsinstans, har sammenhæng med en tilsidesættelse af pligten til præjudiciel forelæggelse.

76. Dette er imidlertid tilsyneladende formålet med en national ordning som den i hovedsagen omhandlede. En tilsidesættelse af pligten til præjudiciel forelæggelse har nemlig på flere punkter sammenhæng med den virksomhed, som består i fortolkningen af retsregler. Som tidligere angivet er der ikke blot risiko for, at en sådan undladelse medfører en tilsidesættelse af fællesskabsretten, som vedrører fortolkningen af sådanne retsregler, men den kan også i sig selv bero på en fejlagtig fortolkning af fællesskabsretten eller en fejlagtig fortolkning af Domstolens praksis på området. En tilsidesættelse af fællesskabsretten, som en øverste retsinstans har begået i strid med sin forelæggelsespligt medfører altså ikke noget erstatningsansvar for staten ifølge en sådan national ordning.

77. Holder man sig imidlertid alene til Köbler-dommens præmis 55, som præciserer rækkevidden af princippet om statens erstatningsansvar ved en tilsidesættelse af fællesskabsretten, som kan tilregnes en øverste retsinstans, må heraf sluttes, at det er i strid med dette princip, såfremt det bestemmes i en national ordning (således som det fremgår

at være tilfældet med den i hovedsagen omhandlede), at statens erstatningsansvar udelukkes, såfremt den pågældende tilsidesættelse har sammenhæng med en tilsidesættelse af pligten til præjudiciel forelæggelse.

78. Det gælder efter min opfattelse også i det særlige tilfælde (som utvivlsomt er sjældent⁴²), hvor den tilsidesættelse af fællesskabsretten, som en privat — der ikke har fået medhold i sine krav — gør gældende, at en øverste retsinstans har begået, alene skyldes tilsidesættelsen af pligten til præjudiciel forelæggelse.

79. Som jeg tidligere har anført i punkt 144 i mit forslag til afgørelse i Köbler-sagen, kan man ikke på forhånd udelukke, at staten ifalder ansvar, såfremt en retsinstans åbenbart tilsidesætter sin pligt til at forelægge et præjudicielt spørgsmål, selv om det i en sådan situation kan være meget vanskeligt at bevise — som jeg også tidligere har fremhævet (i samme forslags punkt 149-150) — at der består en direkte årsagsforbindelse mellem tilsidesættelsen af forelæggelsespligten og det påståede tab.

⁴² — Det er tænkeligt, at en privat foretrækker at støtte et erstatningssøgsmål mod staten på en tilsidesættelse af pligten til præjudiciel forelæggelse frem for en tilsidesættelse af en bestemmelse i fællesskabsretten, hvorom der burde være forelagt et præjudicielt fortolkningsspørgsmål, såfremt det er lettere at godtgøre, at der foreligger en klar tilsidesættelse af pligten til præjudiciel forelæggelse end en klar tilsidesættelse af den pågældende materielle retsforbuds.

80. Alle disse betragtninger godtgør efter min opfattelse, at det er i strid med det i Köbler-dommen fastsatte princip om, at staten ifalder ansvar for tilsidesættelser af fællesskabsretten, som kan tilregnes en ret i sidste instans, at udelukke et sådant ansvar (i medfør af en national ordning) i det tilfælde, hvor tilsidesættelsen vedrører fortolkningen af retsregler.

81. Jeg må derfor konkludere, at det er i strid med princippet om statens ansvar for tilsidesættelser af fællesskabsretten, som kan tilregnes en ret i sidste instans, at udelukke et sådant ansvar ifølge national ret alene med den begrundelse, at den pågældende tilsidesættelse vedrører fortolkningen af retsregler.

B — Udelukkelse af statens ansvar, når den tilsidesættelse af fællesskabsretten, som kan tilregnes en ret i sidste instans, vedrører bedømmelse af faktum og beviser

82. Det kan for det første spørges, om udelukkelsen af statens ansvar, når den pågældende judicielle virksomhed vedrører bedømmelsen af faktum og beviser, har betydning for princippet om statens ansvar ved tilsidesættelser af fællesskabsretten, som kan tilregnes en ret i sidste instans.

83. Det er almindelig antaget, at de øverste retter i modsætning til de ordinære retter kun tager stilling til retsspørgsmål og ikke både til faktiske og retlige spørgsmål. De kan således principielt hverken vurdere rigtigheden af de påberåbte omstændigheder eller relevansen, indholdet eller rækkevidden af de beviser, der fremlægges til støtte herfor, da denne vurdering i sagens natur alene tilkommer de retsinstanser, som træffer afgørelse vedrørende faktum. Følgelig omfatter de øverste retters kontrol med de ordinære retters afgørelser i princippet alene retlige og ikke faktiske vildfarelser⁴³.

sumption under bestemte retsregler⁴⁴. Alt dette sker som led i en efterprøvelse af retlige fejl, det være sig den foregående rets behørig konstatering af de faktiske omstændigheder eller de retlige følger, som denne har draget deraf (disse retsfølger kan i øvrigt skyldes en fejlagtig fortolkning af det begreb, som svarer til den pågældende retlige kategori).

84. Hermed er den bedømmelse af faktum og beviser, som foretages af de ordinære retter, dog ikke fuldstændig unddraget de øverste retters kontrol, da de bl.a. påser overholdelse af bevisregler (om antagelse af forskellige former for bevis eller om bevisbyrde) og efterprøver rigtigheden af den retlige kvalifikation af de faktiske omstændigheder, dvs. undersøger, om faktum i sagen, som dette er beskrevet i den anfægtede dom, henhører under den retlige kategori, hvortil den foregående ret har henført det, med den heraf følgende sub-

85. En sådan kontrol genfindes i fællesskabsretten.

86. For det første er de procedureregler, som i national ret skal sikre beskyttelsen af de rettigheder, der tilkommer borgerne ifølge fællesskabsretten, ganske vist i vidt omfang omfattet af princippet om medlemsstaternes selvbestemmelsesret i processuelle spørgsmål, under forudsætning af, at principperne om ligeværdighed og effektivitet overholdes, men der findes dog visse fællesskabsbestemmelser om bevis. Det gælder f.eks. de regler, der er indeholdt i flere direktiver vedrørende

43 — Jf. herom bl.a. hvad angår ordningen i Frankrig, J. Boré, og L. Boré, *La cassation en matière civile*, Dalloz, tredje udg., 2003, s. 223 og s. 262-278; en retssammenlignende undersøgelse af det franske og det tyske retssystem, F. Ferrand, *Cassation française et Révision allemande*, PUF, 1993, s. 42 og 161; vedrørende det italienske retssystem se G. Di Federico, *Manuale di ordinamento giudiziario*, CEDAM, 2004, s. 83-85. Vedrørende en tilsvarende appelordning på EF-plan, se M. Wathelet og S. Van Raepenbusch, »Le contrôle sur pourvoi de la Cour de justice des Communautés européennes, dix ans après la création du Tribunal de première instance«, *Mélanges en l'honneur de M. Schockweiler*, 1999, s. 605-633.

44 — Jf. herom hvad angår det franske retssystem bl.a. J. Boré, og L. Boré, *ibid.*, s. 274 og 275, samt s. 279-294; hvad angår det franske og tyske retssystem, F. Ferrand, *ibid.*, s. 135 og 163; og hvad angår det italienske retssystem T. Ascarelli, »Le fait et le droit devant la Cour de cassation italienne«, *Le Fait et le droit, Etudes de logique juridique*, Bruylant, Bruxelles, 1961, s. 113 ff., og F. Mazzarella, *Analisi del giudizio civile di cassazione*, CEDAM, tredje udgave, 2003, s. 86.

bevisbyrden ved forskelsbehandling⁴⁵. Det påhviler de øverste retsinstanser at påse, at de retter, der pådømmer sagen i realiteten, overholder disse regler.

87. Desuden — og navnlig — findes der mange begreber i fællesskabsretten, der kræver en efterprøvelse af den retlige kvalifikation af de faktiske omstændigheder. Det gælder navnlig på statsstøtteområdet.

88. Som jeg tidligere har angivet, påhviler gennemførelsen af ordningen for kontrol med statsstøtte såvel Kommissionen som de nationale domstole (med forbehold af de ved forordning nr. 974/98 indførte ændringer)⁴⁶ hver af dem med deres særskilte og indbyrdes supplerende kompetence. Det er således Kommissionens opgave at undersøge en støttes forenelighed med fællesmarkedet, mens de nationale domstole er forpligtet til at sikre beskyttelsen af de rettigheder, som tilkommer private som følge af den direkte virkning af bestemmelserne i traktatens artikel 93, stk. 3, indtil Kommissionen har

truffet endelig afgørelse vedrørende støttens forenelighed med fællesmarkedet.

89. Ved udførelsen af denne opgave skal de nationale domstole på flere punkter forestå en retlig kvalifikation af de faktiske omstændigheder. For det første skal de undersøge, om den omtvistede foranstaltning er en statsstøtte i traktatens artikel 92, stk. 1's forstand, dvs. om modtageren eller modtagerne heraf opnår en fordel ved hjælp af offentlige midler⁴⁷. Endvidere skal de nationale domstole afgøre, om den pågældende statsstøtte henhører under den gruppe af foranstaltninger, som er ulovlige ifølge traktatens artikel 92, stk. 1, dvs. om den dels fordrejer konkurrencevilkårene, dels påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne. Hvis den nationale domstol når til den konklusion, at den pågældende foranstaltning er omfattet af det principielle forbud i denne artikel, skal den endvidere afgøre, om foranstaltningen er omfattet af undersøgelsesproceduren i traktatens artikel 93, stk. 3, og i

45 — Se artikel 8 i Rådets direktiv 2000/43/EF af 29.6.2000 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af alle uanset race eller etnisk oprindelse (EFT L 180, s. 22) og artikel 10 i Rådets forordning 2000/78/EF af 27.11.2000 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv (EFT L 303, s. 16), der må ses som en fortsættelse af Rådets direktiv 97/80/EF af 15.12.1997 om bevisbyrden i forbindelse med forskelsbehandling på grundlag af køn (EFT 1998 L 14, s. 6).

46 — Jf. forslaget punkt 10-12 med tilhørende fodnoter.

47 — Når henses til den rækkevidde, Domstolen har tillagt kriteriet om den fordel, modtageren af en sådan subvention opnår, i dommen af 24.7.2003 i sagen Altmark Trans og Regierungspräsidium Magdeburg (sag C-280/00, Sml. I, s. 7747, præmis 83-94), kan denne kvalifikation være vanskelig for en national domstol, navnlig når der er tale om statslige subventioner, der er ydet som kompensation for udgifter i forbindelse med de forpligtelser til offentlig tjeneste, som er pålagt en virksomhed. Jeg skal i den forbindelse minde om, at Domstolen i sagen SFEI m.fl. (præmis 50) fremhævede, at »[h]vis den nationale ret er i tvivl om, hvorledes den skal klassificere de omhandlede statsstøtteforanstaltninger, kan den anmode Kommissionen om nærmere oplysninger herom«, hvorved Domstolen præciserede, at Kommissionen »[i] meddelelsen om samarbejdet mellem de nationale domstole og Kommissionen på statsstøtteområdet af 23.11.1995 [...] udtrykkeligt [har] opfordret de nationale domstole til at sætte sig i forbindelse med Kommissionen, når de møder vanskeligheder ved anvendelsen af traktatens artikel 93, stk. 3, og har redegjort for karakteren af de oplysninger, som den kan angive«. Domstolen tilføjede i samme forbindelse, at »[d]en nationale ret kan eller skal i øvrigt forelægge Domstolen et præjudicielt spørgsmål om fortolkning af traktatens artikel 92, jf. traktatens artikel 177, stk. 2 og 3« (præmis 51).

bekræftende fald undersøge, om der er tale om en ny støtte (som er omfattet af denne procedure) eller om en eksisterende støtte (som er undtaget herfra).

skabsret i overensstemmelse med de kriterier, der er fastsat i Köbler-dommen.

90. Først når den nationale domstol har foretaget disse vurderinger, kan den træffe afgørelse vedrørende den omtvistede foranstaltnings lovlighed og drage alle de nødvendige retsfølger, såfremt traktatens artikel 93, stk. 3, er tilsidesat⁴⁸.

93. Af disse betragtninger slutter jeg, at det er i strid med princippet om, at staten ifalder ansvar for tilsidesættelser af fællesskabsretten, som kan tilregnes en ret i sidste instans, generelt at udelukke et sådant ansvar i medfør af national ret alene med den begrundelse, at den pågældende tilsidesættelse vedrører bedømmelse af faktum og beviser.

91. Alle disse retlige vurderinger af faktum er undergivet de øverste retsinstansers kontrol inden for et område som det i hovedsagen omhandlede.

94. Jeg skal herefter undersøge, om det er i strid med dette princip, at statens ansvar ved nationale retsregler begrænses (når det ikke er udelukket) til tilfælde, hvor der er handlet forsætligt eller groft uagtsomt.

92. Det kan dog tænkes, at de øverste retsinstanser ved efterprøvelsen af retlige fejl selv begår en retlig fejl, som kan pådrage staten ansvar, såfremt der foreligger en åbenbar tilsidesættelse af gældende fælles-

C — Begrænsning af de tilfælde, hvor staten ifalder ansvar for en tilsidesættelse af fællesskabsretten, som kan tilregnes en øverste retsinstans, til tilfælde, hvor der er handlet forsætligt eller groft uagtsomt

48 — Et overblik over disse retsfølger findes i punkt 125 i mit første forslag til afgørelse i sagen Altmark Trans og Regierungspräsidium Magdeburg. I den forbindelse skal jeg understrege, at den nationale domstol skal træffe afgørelse om den omtvistede foranstaltnings lovlighed, selv om Kommissionen i sin endelige beslutning erklærer denne forenelig med fællesmarkedet. Ifølge fast retspraksis medfører en sådan beslutning fra Kommissionen nemlig ikke, at gennemførelsen af støtteforanstaltninger, som i strid med traktatens artikel 93, stk. 3, ikke er anmeldt, lovliggøres efterfølgende. Jf. herom bl.a. dommen i lakse-sagen (præmis 16 og 17); samt dom af 21.10.2003, forenede sager C-261/01 og C-262/01, Van Calster m.fl., Sml. I, s. 12249, præmis 62 og 63, og af 21.7.2005, sag C-71/04, Xunta de Galicia, Sml. I, s. 7419, præmis 31.

95. Jeg skal minde om, at Domstolen i Köbler-dommens præmis 53 har begrænset de tilfælde, hvor staten ifalder ansvar for en

tilsidesættelse af fællesskabsretten, der skyldes en afgørelse truffet af en national ret i sidste instans, til de »undtagelsesvis[e] [tilfælde, hvor denne] åbenbart har tilsidesat gældende ret«⁴⁹.

96. Denne formulering er forskellig fra den, som Domstolen anvendte i sagen *Brasserie du pêcheur* og *Factortame* for tilfælde, hvor en medlemsstat handler inden for et område, hvor den råder over en vid skønsbeføjelse. Heri fastslog Domstolen nemlig, at en stat i dette tilfælde kun er erstatningsansvarlig, såfremt »en medlemsstat [...] åbenbart og groft har overskredet grænserne for sine skønsbeføjelser«⁵⁰.

97. Man kan spørge, hvad meningen er med at ændre denne formulering, når Domstolen i *Köbler*-dommen (præmis 55 og 56), alligevel fuldstændig gentog de kriterier, som den havde fastsat i *Brasserie du pêcheur* og *Factortame*-dommen (præmis 56 og 57), for afgørelsen af, om den nævnte betingelse vedrørende karakteren af den pågældende tilsidesættelse er opfyldt. Som jeg tidligere har angivet, nøjedes Domstolen med at tilføje kriteriet om tilsidesættelsen af pligten til præjudiciel forelæggelse.

98. Har den omstændighed, at Domstolen ikke udtrykkeligt henviste til grovheden af den pågældende tilsidesættelse, sammenhæng med, at den siden dommen af 4. juli 2000 i sagen *Bergaderm* og *Goupil* mod Kommissionen⁵¹ har opgivet den betingelse, som den opstillede for nogle år siden for, at Fællesskabet ifalder ansvar uden for kontrakt, om, at der skal foreligge en tilsidesættelse af en højere retsregel? Når det betænkes, at denne betingelse for, at Fællesskabet kan ifalde ansvar, ikke i *Brasserie du pêcheur* og *Factortame*-dommen blev udvidet til også at gælde for medlemsstaternes ansvar, samtidig med, Domstolen i samme dom gentog kravet om, at den pågældende tilsidesættelse skal være grov (som også var opstillet i forbindelse med Fællesskabets ansvar), er det et spørgsmål, om Domstolen ikke i *Köbler*-dommen ønskede at undgå, at dette krav vedrørende den pågældende tilsidesættelses grovhed fortolkes som et krav vedrørende karakteren af den tilsidesatte retsregel, da denne regels såkaldte højere eller grundlæggende karakter kunne medvirke til at anse tilsidesættelsen for at være grov. Dette spørgsmål er endnu ubesvaret.

99. Uanset hvorledes man bør fortolke den udvikling, der er sket i de formuleringer, Domstolen har anvendt i sin praksis, skal jeg på dette sted minde om, at der ved vurderingen af, hvorvidt betingelsen om statens ansvar hvad angår karakteren af den tilsidesættelse af fællesskabsretten, som kan tilregnes en øverste retsinstans, er opfyldt,

49 — Min fremhævelse.

50 — Præmis 55, min fremhævelse.

51 — Sag C-352/98 R, Sml. I, s. 5291 (se præmis 13 og 39-47).

ifølge Domstolen navnlig skal tages hensyn til, »hvor klar og præcis den tilsidesatte bestemmelse er, om tilsidesættelsen er forsættelig, om retsvildfarelsen er undskyldelig eller uundskyldelig, den holdning, som en fællesskabsinstitution eventuelt har indtaget, samt om den omhandlede ret har undladt at opfylde sin pligt til at forelægge præjudicielle spørgsmål i medfør af artikel 234, stk. 3, EF⁵². I den forbindelse har Domstolen endvidere fastslået, at »[e]n overtrædelse af fællesskabsretten [under alle omstændigheder er] åbenbar og dermed tilstrækkelig kvalificeret, når den omhandlede afgørelse åbenbart tilsidesætter Domstolens praksis på det pågældende område«⁵³.

100. Selv om begreberne forsæt og grov uagtsomhed kan have et forskelligt indhold i medlemsstaternes retssystem, kan man i fortsættelse af Domstolens praksis i *Brasserie du pêcheur* og *Factortame-dommen*⁵⁴ og i betragtning af de kriterier, Domstolen har fastsat i *Köbler-dommens* præmis 55 og 56, gå ud fra, at visse af de omstændigheder, som knytter sig til disse begreber inden for et nationalt retssystem, kan være relevante for vurderingen af, om en øverste retsinstans åbenbart har tilsidesat gældende ret.

101. Selv om en stat kan ifalde ansvar efter mindre restriktive betingelser i henhold til national ret end dem, Domstolen har opstillet i *Köbler-dommen*⁵⁵, ville opstillingen af en supplerende, og dermed strengere, betingelse være ensbetydende med at drage det erstatningsansvar i tvivl, som har grundlag i *Fællesskabets retsorden*⁵⁶.

102. Ligesom Kommissionen slutter jeg af udviklingen i retspraksis — uden dog at opgave mit forbehold vedrørende relevansen af kriteriet om den pågældende tilsidesættelses forsættelige karakter, som Domstolen slutte­lig gentog i *Köbler-dommen* (hvilket jeg tager til efterretning)⁵⁷ — at statens ansvar for tilsidesættelser af fællesskabsretten, som kan tilregnes den øverste retsinstans, ikke kan gøres betinget at forsæt eller grov uagtsomhed, såfremt dette indebærer en skærpelse af kravet om en åbenbar tilsidesættelse af gældende ret (i den i *Köbler-dommens* præmis 55 og 56 anvendte for­stand)⁵⁸.

52 — Jf. *Köbler-dommen* (præmis 55).

53 — *Ibid.* (præmis 56).

54 — Jf. præmis 78 i *Brasserie du pêcheur* og *Factortame-dommen* vedrørende muligheden for at gøre en medlemsstats ansvar betinget af culpa. Det er nærliggende at sammenstille begrebet culpa med begrebet forsæt (i betydningen forsættelig eller bevidst tilsidesættelse) eller grov uagtsomhed (i betydningen uforsættelig tilsidesættelse).

55 — Se *Köbler-dommens* præmis 57, som ligger på linje med præmis 66 i *Brasserie du pêcheur* og *Factortame-dommen*.

56 — *Ibid.*

57 — Jf. det forbehold, som jeg har givet udtryk for i punkt 156 i mit forslag til afgørelse i *Köbler-dommen*. Selv om jeg fastholder dette forbehold, går jeg dog ikke så vidt som at foreslå en ændring af praksis på dette punkt.

58 — En tilsvarende betragtning genfindes i præmis 79 i *Brasserie du pêcheur* og *Factortame-dommen*.

103. Det præjudicielle spørgsmål, som den forelæggende ret har opretholdt i sagen, bør følgelig besvares med, at det er i strid med princippet om, at staten ifalder ansvar for tilsidesættelser af fællesskabsretten, som kan tilregnes en øverste retsinstant, generelt at udelukke et sådant ansvar i medfør af national ret alene med den begrundelse, at den pågældende tilsidesættelse vedrører for-

tolkning af retsregler eller bedømmelse af faktum og beviser, men er ikke i strid med dette princip, at et sådant ansvar betinges af, at den pågældende øverste retsinstant har handlet forsætligt eller groft uagtsomt, forudsat denne betingelse ikke indebærer en skærpelse af kravet om en åbenbar tilsidesættelse af gældende ret.

VI — Forslag til afgørelse

104. På grundlag af samtlige af disse betragtninger skal jeg foreslå Domstolen at besvare det præjudicielle spørgsmål, som Tribunale de Genova har opretholdt, på følgende måde:

»Det er i strid med princippet om, at staten ifalder ansvar for tilsidesættelser af fællesskabsretten, som kan tilregnes en øverste retsinstant, generelt at udelukke et sådant ansvar i medfør af national ret alene med den begrundelse, at den pågældende tilsidesættelse vedrører fortolkning af retsregler eller bedømmelse af faktum og beviser, men det er ikke i strid med dette princip, at et sådant ansvar betinges af, at den pågældende øverste retsinstant har handlet forsætligt eller groft uagtsomt, forudsat denne betingelse ikke indebærer en skærpelse af kravet om en åbenbar tilsidesættelse af gældende ret.«