



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
E. SHARPSTON
fremsat den 22. juni 2017¹

Sag C-413/15

Elaine Farrell

mod

Alan Whitty

**Minister for the Environment, Ireland og Attorney General
Motor Insurers Bureau of Ireland (MIBI)**

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Supreme Court (øverste domstol, Irland))

»Definition af et statsligt organ ved fastlæggelsen af en medlemsstats ansvar, når den ikke har gennemført et direktiv korrekt – betingelserne for, at et privat organ kan anses for at være et statsligt organ«

1. Lige siden Domstolen opstillede princippet om direktivers direkte virkning og fastslog, at det finder anvendelse på »vertikale« tvister mellem borgerne og staten, men afviste at gøre dette princip »horisontalt«, så det omfatter tvister mellem private parter, har det været vigtigt at vide, hvor »statens« grænser går, af hensyn til anvendelsen af princippet om vertikal direkte virkning. Der sættes fokus på dette spørgsmål i denne anmodning om præjudiciel afgørelse fra Supreme Court of Ireland. Er Motor Insurers Bureau of Ireland (det irske organ, der er eneansvarligt for at betale erstatning til sagsøgere, som er kommet til skade ved trafikuheld, hvor den ansvarlige fører ikke er forsikret eller ikke kan identificeres, herefter »MIBI«) et »statsligt organ« ifølge den test, der er fastsat i dommen i sagen Foster m.fl. (herefter »Foster-dommen«)²? Hvis det er tilfældet, er det MIBI snarere end de statslige parter i hovedsagen (dvs. Minister for the Environment (miljøministeren, herefter også »Minister«), Irland og Attorney General (kammeradvokaten), der skal betale erstatning til en person, som har lidt skade ved et trafikuheld, hvor en fører var uden forsikring, men overholdt national ret, fordi Irland ikke havde gennemført de EU-retlige bestemmelser om, at alle passagerer i motorkøretøjer skal være dækket af en forsikring, der tegnes af køretøjets fører, korrekt og rettidigt.

1 – Originalsprog: engelsk.

2 – Dom af 12.7.1990 (C-188/89, EU:C:1990:313).

Retsforskrifter

EU-retten

2. Rådet har siden 1972 vedtaget en række direktiver, som omhandler forpligtelsen til at tegne ansvarsforsikring for motorkøretøjer, med henblik på at garantere, at der ydes erstatning til ofre for trafikulykker, samtidig med at samfærdselsreglerne lempes. Til dette formål blev den tidligere (og ret besværlige) ordning med »det grønne kort« gradvis erstattet af en særlig EU-ordning. Den lovpligtige forsikrings art og omfang blev gradvis udvidet i denne række af direktiver³.

3. Artikel 2 i Rådets direktiv 72/166/EØF (»det første direktiv om motorkøretøjsforsikring«)⁴ bestemte, at medlemsstaterne ikke skulle føre systematisk kontrol med ansvarsforsikring for køretøjer, der var hjemmehørende på en anden medlemsstats område, mens artikel 3, stk. 1, pålagde hver medlemsstat at »[...] [træffe] alle formålstjenlige foranstaltninger for at sikre, at erstatningsansvaret for køretøjer, der er hjemmehørende i det pågældende land, er dækket af en forsikring«. Artikel 3, stk. 1, bestemte ligeledes, at der »inden for rammerne af disse foranstaltninger [træffes] bestemmelse om, hvilke skader der dækkes, samt om forsikringens nærmere vilkår«.

4. Det fremgik af Rådets direktiv 84/5/EØF (»det andet direktiv om motorkøretøjsforsikring«)⁵, at der stadig herskede betydelige forskelle mellem medlemsstaternes lovgivninger med hensyn til omfanget af den lovpligtige forsikring⁶, og at det især var nødvendigt »at indføre bestemmelse om, at et organ skal garantere, at skadelidte opnår erstatning, dersom det køretøj, som har forårsaget uheldet, er uforsikret eller ukendt«⁷.

5. Ifølge artikel 1, stk. 1, skal »[d]en forsikring, der er omhandlet i artikel 3, stk. 1, i [det første direktiv om motorkøretøjsforsikring], [...] dække tingsskade såvel som personskade«.

6. Artikel 1, stk. 4, første og andet afsnit, lyder således:

»Hver medlemsstat opretter eller godkender et organ, der mindst inden for den lovpligtige forsikrings grænser skal erstatte tingsskader og personskader, der forvoldes af et ukendt køretøj eller et køretøj, for hvilket den i stk. 1 omhandlede lovpligtige forsikring ikke er tegnet. Denne bestemmelse griber ikke ind i medlemsstaternes ret til at tillægge eller undlade at tillægge dette organs intervention en subsidiær karakter samt til at give regler for regresretten mellem dette organ, den eller de for uheldet ansvarlige og andre forsikringsselskaber eller organer inden for den sociale sikring, der skal yde skadelidte erstatning for samme skade. Medlemsstaterne må imidlertid ikke tillade, at organet gør udbetalingen af erstatning betinget af, at skadelidte på en eller anden måde godtgør, at den ansvarlige part er ude af stand til eller nægter at betale.

Skadelidte kan under alle omstændigheder henvende sig direkte til dette organ, som på grundlag af de oplysninger, skadelidte giver efter anmodning fra organet, er forpligtet til at give vedkommende et begrundet svar på spørgsmålet om dets intervention.

[...]«

3 – Jf. vedrørende udviklingen af ansvarsforsikring for motorkøretøjer i EU dom af 11.7.2013, Csonka m.fl. (C-409/11, EU:C:2013:512, præmis 26-38 og den deri nævnte retspraksis).

4 – Direktiv af 24.4.1972 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om ansvarsforsikring for motorkøretøjer og kontrollen med forsikringspligtens overholdelse (EFT 1972 II, s. 345, som ændret ved Rådets tredje direktiv af 14.5.1990 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om ansvarsforsikring for motorkøretøjer (»tredje direktiv om motorkøretøjsforsikring«) (EFT 1990, L 129, s. 33).

5 – Rådets andet direktiv af 30.12.1983 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om ansvarsforsikring for motorkøretøjer (EFT 1984, L 8, s. 17), senere ændret ved tredje direktiv om motorkøretøjsforsikring.

6 – Jf. tredje betragtning.

7 – Jf. sjette betragtning.

7. I det tredje direktiv om motorkøretøjsforsikring bestod der stadig betydelige forskelle med hensyn til forsikringsens dækningsomfang⁸, og det var nødvendigt at sikre personer, der lider skade ved uheld forvoldt af motorkøretøjer, ensartet behandling, uanset hvor (i EU) uheldet finder sted⁹. Det fremgik videre, at »der er navnlig lakuner i den i visse medlemsstater gældende lovpligtige forsikringsdækning af passagerer i motorkøretøjer«, og at »[sådanne lakuner bør udfyldes] for at beskytte denne særligt sårbare kategori af potentielle skadelidte«¹⁰. Der blev også peget på en række nødvendige forbedringer af den måde, som det organ, der er oprettet med henblik på at yde erstatning til personer, der lider skade ved ulykker forvoldt af uforsikrede eller ukendte køretøjer, skulle fungere på¹¹.

8. Artikel 1 bestemmer:

»Med forbehold af artikel 2, stk. 1, andet afsnit, i [det andet direktiv om motorkøretøjsforsikring][¹²] skal den i artikel 3, stk. 1, i [det første direktiv om motorkøretøjsforsikring] omhandlede forsikring dække ansvaret for personskader, der ved færdsel med et køretøj forvoldes på andre passagerer end føreren.

[...]«

9. Ifølge artikel 6, stk. 2, i det tredje direktiv om motorkøretøjsforsikring skulle Irland gennemføre dette direktivs artikel 1 i national ret senest den 31. december 1998 for så vidt angår passagerer bag på motorcykler og senest den 31. december 1995 for så vidt angår andre køretøjer.

Irsk ret

10. Section 56 i Road Traffic Act 1961 (færdselsloven, herefter »1961 Act«) krævede i den affattelse, der var gældende på tidspunktet for de faktiske omstændigheder i hovedsagen, at enhver person, der benyttede et motorkøretøj, skulle være dækket af en forsikring for skade på tredjemand på et offentligt sted. I henhold til section 65(1) krævedes der imidlertid ingen forsikring for »undtagne personer«. Førere af erhvervskøretøjer, der ikke var forsynet med sæder bagi, behøvede således ikke at lade sig forsikre mod deres egen uagtsomme kørsel¹³.

11. Ifølge section 78 skal assurandører, der udbyder køretøjsforsikringer i Irland, være medlemmer af MIBI. Dermed er de i praksis også bundet af de aftaler, der indgås mellem MIBI og Irland¹⁴.

8 – Tredje betragtning.

9 – Fjerde betragtning.

10 – Femte betragtning.

11 – Jf. bl.a. 8., 9., 10. og 12. betragtning.

12 – Det bestemmes i artikel 2, stk. 1, første afsnit, at enhver lovbestemmelse eller enhver klausul i en forsikringspolice, som er udstedt i overensstemmelse med artikel 3, stk. 1, i det første direktiv om motorkøretøjsforsikring, og som sigter mod at udelukke visse personers anvendelse af eller kørsel med køretøjet, ikke har nogen indvirkning på krav fra tredjemand, der lider skade ved et uheld. Det bestemmes imidlertid i andet afsnit, at »[d]en [i første afsnit] omhandlede bestemmelse eller klausul kan [...] gøres gældende over for personer, der frivilligt har taget plads i det skadevoldende køretøj, såfremt forsikringsselskabet kan bevise, at de vidste, at køretøjet var stjålet«. Der er, så vidt jeg ved, intet, der tyder på, at denne bestemmelse er relevant for de faktiske omstændigheder i hovedsagen.

13 – Den lovpligtige forsikring gjaldt ikke for dele af køretøjet, der ikke var udstyret til transport af passagerer.

14 – Jf. punkt 19 nedenfor.

MIBI¹⁵

12. MIBI har bl.a. til opgave at behandle erstatningskrav, hvor den ansvarlige fører af et køretøj hverken er forsikret eller i stand til selv at betale erstatning til en person, der er kommet til skade i et trafikuheld. MIBI blev oprettet i november 1954¹⁶ i forlængelse af en aftale mellem Department of Local Government og de assurandører, der tegner motorkøretøjsforsikring i Irland. MIBI er et registreret organ i henhold til irsk ret: et selskab, hvis hæftelse er begrænset til en garantikapital (company limited by guarantee), og som ikke har nogen aktiekapital.

13. Den aftale mellem Irland og assurandørerne, som beskriver MIBI's ansvar og beføjelser, er blevet fornyet en række gange. Det er den aftale, der blev indgået mellem MIBI og Minister for the Environment i 1988, der er relevant for tvisten i hovedsagen¹⁷. I henhold til punkt 2 i denne aftale kan MIBI sagsøges af enhver, der nedlægger påstand om erstatning fra en fører, der ikke er forsikret eller ikke kan identificeres. MIBI kan således sagsøges af en skadelidt part med henblik på at håndhæve aftalen mellem Irland og assurandørerne, selv om denne person ikke er part i denne aftale. I punkt 4 indvilger MIBI i at betale ofre for ulykker forvoldt af førere, der ikke er forsikrede eller ikke kan identificeres. MIBI er desuden betalingspligtig, hvis dommen i en sag, der er anlagt mod en kendt fører, ikke opfyldes fuldt ud inden for 28 dage, og hvis denne dom omfatter »ethvert ansvar for personskade eller tingsskade, som skal være dækket af en godkendt forsikringspolice i henhold til section 56 i [1961 Act]«. Ifølge forelæggelsesafgørelsen findes der ingen lovgivning eller anden form for offentlig ret, som bestemmer, at MIBI skal handle på vegne af førere, der ikke er forsikrede eller ikke kan identificeres. MIBI's eventuelle ret eller forpligtelse til at gøre dette udspringer af MIBI's aftale med Minister.

14. Når der sker en ulykke, hvor en fører ikke er forsikret, vil MIBI forsøge at indgå en aftale med denne fører, hvori føreren giver MIBI den samme fuldmagt til at håndtere sagen, som forsikringsselskabet ville have haft, hvis den pågældende var forsikret. Hvis der indgås en sådan aftale, handler MIBI på samme måde som et almindeligt forsikringsselskab, der behandler et krav på vegne af en fører med forsikring. MIBI vil således enten indgå et forlig eller udøve de rettigheder, hvori den er indtrådt, og forsvare kravet under en retssag. Selv om en fører, der ikke er forsikret, nægter at indgå en sådan aftale, kan MIBI alligevel fortsætte med at handle på vegne af denne fører, hvilket det bemyndiges og forpligtes til i sin privatretlige aftale med Minister. Hvis der ikke indgås en aftale med den uforsikrede fører, kan MIBI kun søge regres for det erstatningsbeløb, som det har udbetalt, eller de omkostninger, som det har afholdt, ved at anlægge sag mod føreren med påstand om uretmæssig berigelse. Kan føreren ikke identificeres, vil MIBI opfylde sine forpligtelser i henhold til aftalen med Minister, men der vil ikke være nogen part, som det kan søge regres mod for den erstatning, som det har udbetalt, eller de omkostninger, som det har afholdt.

15. Ud over aftalen fra 1988 har Minister (på vegne af Irland) og assurandørerne indgået to aftaler mere henholdsvis den 31. marts 2004 og den 29. januar 2009. Disse to aftaler indeholder ganske få ændringer af aftalen fra 1988. Ifølge den forelæggende ret har disse aftaler bragt irsk ret i overensstemmelse med det tredje direktiv om motorkøretøjsforsikring. I disse aftaler er manglerne i den nationale ret vedrørende pligten til at tegne forsikring for passagerer bag i varevogne, der ikke er forsynet med sæder (og for passagerer, som rimeligvis burde have vidst – i modsætning til dem, der faktisk vidste – at et køretøj var stjålet) blevet rettet¹⁸.

15 – Følgende beskrivelse stammer dels fra forelæggelsesafgørelsen og parternes skriftlige indlæg, dels fra besvarelsene af de spørgsmål, som Domstolen stillede under retsmødet.

16 – Ifølge forelæggelsesafgørelsen stammer MIBI's stiftelsesoverenskomst og vedtægter fra juni 1946. Det er uklart, hvad der skete i perioden op til dets »oprettelse« i november 1954, men dette har formentlig ingen betydning for den foreliggende sag. Det ser desuden ud til, at MIBI blev registreret den 26. oktober 1955.

17 – I denne aftale erstattede Minister for Transport (transportministeren) Minister for Local Government (ministeren for lokalforvaltningen) som den statslige part i aftalen. Aftalen fra 1988 var gældende på det tidspunkt, hvor Elaine Farrell blev ramt af ulykken.

18 – Det kan mig bekendt ikke udledes af de faktiske omstændigheder, at denne bestemmelse er relevant for hovedsagen.

16. MIBI modtager ikke økonomisk støtte fra Irland. Det finansieres udelukkende af medlemmerne, dvs. af de assurandører, der tegner ansvarsforsikringer for køretøjer i Irland. Disse assurandører bidrager til en generel fond i det omfang, det er nødvendigt for at opfylde de forpligtelser, som MIBI reelt pålægges i forbindelse med ordningen¹⁹. I det konkrete tilfælde (især hvis den uforsikrede fører tidligere har været forsikret hos en assurandør, der kan identificeres, men har ladet sin forsikring bortfalde) kan en bestemt assurandør blive en »forbundet assurandør«. Assurandøren påtager sig i så fald MIBI's forpligtelser og betaler den eventuelle erstatning og de eventuelle omkostninger. Ifølge den forelæggende ret omfatter de præmier, som assurandørerne opkræver fra offentligheden for motorkøretøjsforsikring, det individuelle forsikringstilbud til den fører, der skal forsikres, samt et element, der afspejler deres forventede udgifter til bidraget til MIBI. Medlemmerne af MIBI (dvs. assurandørerne) finansierer i fællesskab de erstatninger, der udbetales til de skadelidte, og dækker de sagsomkostninger, som MIBI pådrager sig, eller som det skal betale, sammen med MIBI's administrative omkostninger. Den faktiske finansiering sker via en mekanisme baseret på kontingenter, der opkræves hos assurandørerne i forhold til de bruttopræmieindtægter, som de oppebærer ved at drive forsikringsvirksomhed vedrørende køretøjer i Irland (dvs. ud fra deres markedsandel udtrykt i værdi)²⁰.

17. Der kan kun foretages ændringer i MIBI's stiftelsesoverenskomst og vedtægter med den relevante ministers samtykke. Ifølge den forelæggende ret er der ikke tale om et særligt krav, der følger af MIBI's konkrete funktioner, da den samme bestemmelse finder anvendelse på alle selskaber af typen »company limited by guarantee« i medfør af section 28 i Companies Act 1963 (selskabsloven fra 1963).

18. Det fremgår af section 3, sammenholdt med section 8 og 9 i Insurance Act 1963 (forsikringsloven fra 1963), at assurandører skal have en tilladelse for at kunne tegne forsikringer i Irland²¹. I henhold til section 78 i 1961 Act er det en af betingelserne for at opnå en sådan tilladelse, at assurandøren er medlem af MIBI.

19. Fra tid til anden er der behov for ændringer af aftalen mellem MIBI og Minister (f.eks. for at udvide de kategorier af motorkøretøjsforsikringer, som MIBI skal påtage sig ansvaret for, hvis føreren ikke kan identificeres eller ikke har nogen forsikring). Den forelæggende ret har anført, at en assurandør, der er medlem af MIBI, kan opsig sit medlemskab af MIBI, hvis denne assurandør ikke kan tilslutte sig en ændring af vilkårene i aftalen mellem MIBI og Minister. Hvis det sker, opfylder assurandøren imidlertid ikke længere betingelserne for den opnåede tilladelse og vil derfor ikke længere kunne udstede motorkøretøjsforsikringer i Irland.

De faktiske omstændigheder, retsforhandlingerne og de præjudicielle spørgsmål

20. Den 26. januar 1996 var Elaine Farrell passager i en varevogn, der var ejet og blev ført af Alan Whitty. Varevognen var ikke bygget eller udstyret til transport af passagerer bagi køretøjet. Elaine Farrell sad på gulvet i varevognen, da Alan Whitty mistede herredømmet over sit køretøj. Hun kom til skade, og Alan Whitty havde ingen forsikring. I henhold til den daværende irske ret var Alan Whitty

19 – I henhold til punkt 1 i hovedaftalen af 10.3.1955 mellem Department of Local Government og de forsikringselskaber, som driver virksomhed og udbyder lovpligtig motorkøretøjsforsikring i Irland, er disse assurandører forpligtet til at oprette et organ ved navn Motor Insurers Bureau of Ireland, til at være medlemmer af dette organ og til at forsyne dette organ med alle de midler, der er nødvendige for, at det kan varetage sine forpligtelser.

20 – Regulation 16A(2) i European Communities (Non-Life Insurance) (Amendment) (No 2) Regulations, 1991, der blev indsat ved Regulation 10 i European Communities (Non-Life Insurance) (Amendment) Regulations 1992, bestemmer, at MIBI's medlemmer skal finansiere dette organ og den garantifond, der er oprettet i henhold til artikel 1, stk. 4, i det andet direktiv om motorkøretøjsforsikring, i et omfang, der modsvarer deres bruttopræmieindtægter. Disse Regulations gengives nu i det væsentlige i Regulation 34(2) og (3) i European Communities (Non-Life Insurance) Framework Regulations 1994.

21 – Section 78 i 1961 Act blev indsat ved Regulation 9 i European Communities (Road Traffic) (Compulsory Insurance) Regulations 1992 med virkning fra den 20.11.1992. Visse »undtagne personer« (først og fremmest regeludstedende myndigheder) skal give tilsagn om, at de vil behandle krav fra tredjemand på tilsvarende vilkår som dem, der er aftalt mellem MIBI og Minister.

ikke forpligtet til at lade sig forsikre mod uagtsom skade på Elaine Farrell. Hun tilhørte en persongruppe, som ganske vist var omfattet af det tredje direktiv om motorkøretøjsforsikring og havde ret til beskyttelse i henhold til dette direktiv, men ikke i henhold til irsk ret. Selv om det tredje direktiv om motorkøretøjsforsikring på det relevante tidspunkt havde gjort denne forsikring lovpligtig, var denne del af direktivet endnu ikke blevet gennemført i irsk ret.

21. Elaine Farrell fremsatte krav om erstatning over for MIBI.

22. MIBI afslog Elaine Farrells erstatningskrav, fordi ansvaret for den personskade, hun havde lidt, ikke var et ansvar, som der krævedes forsikring for efter national ret.

23. Elaine Farrell indbragte kravet for det irske retsvæsen, og High Court anmodede på behørig vis Domstolen om en præjudiciel afgørelse for at få klarlagt fortolkningen af det tredje direktiv om motorkøretøjsforsikring.

24. I Farrell-dommen²² fandt Domstolen, at artikel 1 i det tredje direktiv om motorkøretøjsforsikring skal fortolkes således, at den er til hinder for en national lovgivning, hvorefter den lovpligtige ansvarsforsikring for motorkøretøjer ikke dækker ansvar for personskader forvoldt på personer, der befinder sig i en del af et motorkøretøj, som ikke er bygget til og udstyret med sæder til passagerer. Domstolen fastslog desuden, at denne bestemmelse har direkte virkning. Den overlod det imidlertid til den nationale ret at efterprøve, om en borger kunne påberåbe sig artikel 1 i det tredje direktiv om motorkøretøjsforsikring i forhold til et organ som MIBI²³.

25. Den forelæggende ret har forklaret, at Elaine Farrell nu har modtaget et passende erstatningsbeløb²⁴. Det er dog stadig omtvistet, hvem der er ansvarlig for finansieringen af den udbetalte erstatning, dvs. om det er MIBI eller Minister, Irland, og Attorney General (under ét medlemsstaten). Dette afhænger efter den forelæggende rets opfattelse af, om MIBI er et statsligt organ i Irland eller ej.

26. Den forelæggende ret har på denne baggrund anmodet Domstolen om at klarlægge følgende spørgsmål:

- »1) Skal testen i [Foster-dommen], jf. dommens præmis 20, vedrørende spørgsmålet om, hvad der udgør et statsligt organ i en medlemsstat, forstås således, at betingelserne i denne test skal finde anvendelse
 - a) kumulativt eller
 - b) hver for sig?
- 2) For så vidt som visse særlige forhold, der blev henvist til i [Foster-dommen], subsidiært kan anses for at være forhold, hvortil der skal tages behørigt hensyn ved en overordnet bedømmelse, findes der da et grundlæggende princip bag de særlige forhold, der blev lagt til grund i den nævnte dom, som en ret skal anvende ved afgørelsen af, om et bestemt organ er et statsligt organ?
- 3) Er det tilstrækkeligt, at en medlemsstat har tildelt et organ en omfattende forpligtelse med det angivelige formål at opfylde EU-retlige forpligtelser, for at dette organ kan anses for at være et statsligt organ i medlemsstaten, eller er det herudover nødvendigt, at et sådant organ endvidere har
 - a) særlige beføjelser eller b) fungerer under medlemsstatens direkte kontrol eller tilsyn?»

22 – Dom af 19.4.2007 (C-356/05, EU:C:2007:229) (herefter »Farrell I-dommen«).

23 – Dom af 19.4.2007, Farrell I (C-356/05, EU:C:2007:229, præmis 44).

24 – Den forelæggende ret er ikke bekendt med den præcise erstatning, hvilket heller ikke er relevant for de forelagte spørgsmål.

27. MIBI, Minister, Irland og Attorney General, den franske regering og Europa-Kommissionen indgav skriftlige indlæg og fremsatte mundtlige bemærkninger under retsmødet den 5. juli 2016.

Bedømmelse

Indledende bemærkninger: baggrunden for testen i Foster-dommen

28. Idéen om, at EU-retten ikke kun handler om mellemstatslige relationer, men tillægger borgerne rettigheder, stammer fra dommen i sagen van Gend & Loos²⁵. Ræsonnementet bag direktivers vertikale direkte virkning følger den samme logik. En klar, præcis og ubetinget bestemmelse i et direktiv indebærer en rettighed, som medlemsstaterne enedes om at tillægge borgerne ved kundgørelsen af dette direktiv. Selv om det overlades til medlemsstaten »at bestemme form og midler«, når de gennemfører et direktiv i national ret, er et direktiv »med hensyn til det tilsigtede mål bindende for enhver medlemsstat, som det rettes til« (begge disse bestemmelser findes i artikel 288, stk. 3, TEUF). Medlemsstaten skal selvfølgelig principielt opfylde forpligtelserne i ethvert direktiv og gennemføre det fuldt ud og korrekt inden for den fastsatte gennemførelsesfrist. Herefter bliver direktivet i en vis forstand usynligt, da de rettigheder, der tillægges heri, nu er indarbejdet fuldt ud i den nationale ret.

29. I visse tilfælde sker det imidlertid ikke, og borgerne må i så fald henholde sig til selve direktivet. Domstolen har ved formuleringen af princippet om direktivers vertikale direkte virkning understreget, at en medlemsstat ikke bør have adgang til at forbedre sin retsstilling ved ikke at efterkomme et direktiv, og at en borger derfor kan støtte ret på en klar, præcis og ubetinget betingelse i et direktiv over for medlemsstaten selv²⁶.

30. Det fremgår klart af Domstolens praksis, at det ikke spiller nogen rolle, i hvilken egenskab medlemsstaten har handlet²⁷. Det er heller ikke en forudsætning for, at et direktiv kan have vertikal direkte virkning, at den bestemte del af »staten«, der er sagsøgt i en konkret sag, faktisk er ansvarlig for medlemsstatens manglende gennemførelse af dette direktiv²⁸.

31. Det forholder sig snarere således, at alle ville have været forpligtet til at respektere de rettigheder, som borgerne blev tillagt ved direktivet, hvis medlemsstaten havde gennemført dette direktiv korrekt. Ethvert organ, der udgør en del af staten, bør derfor som minimum være forpligtet til at respektere disse individuelle rettigheder.

32. Når det ikke er muligt at påberåbe sig en rettighed, der har direkte virkning, i et direktiv (fordi den sagsøgte ikke er en stat eller et statsligt organ), anvendes følgende almindelige model. Det bestemmes i et direktiv – ofte i ret generelle vendinger – hvilke rettigheder der skal gennemføres og konkretiseres i national ret. Da rettigheder i henhold til EU-retten skal være effektive, skal der for hver rettighed findes

25 – Dom af 5.2.1963, van Gend & Loos (26/62, EU:C:1963:1), hvorefter »[...] Fællesskabet udgør et nyt folkeretligt system, til hvis fordel staterne, om end inden for begrænsede områder, har indskrænket deres suveræne rettigheder, og hvis retssubjekter ikke blot er medlemsstaterne, men også disses statsborgere; uafhængigt af medlemsstaternes lovgivning pålægger fællesskabsretten derfor ikke blot private forpligtelser, men den skal også give dem rettigheder, som bliver en del af deres juridiske formue; disse rettigheder opstår ikke blot, når de udtrykkeligt er indrømmet i traktaten, men også når traktaten pålægger private såvel som medlemsstater og Fællesskabets institutioner entydige forpligtelser« (s. 379). Det specifikke princip om direkte virkning, som Domstolen opstillede, blev imidlertid ikke mødt med udelte begejstring. I en berømt artikel (»The doctrine of »direct effect«: an infant disease of Community law«, genoptrykt i E.L.Rev. 2015, 40(2), s. 135-153) udtalte dommer Pierre Pescatore på et tidligt tidspunkt, at »retsregler i sagens natur har et praktisk formål. Enhver retsregel har til formål at virke effektivt (den skal, som vi normalt kalder det på fransk, have *effet utile*). En regel uden virkning er ikke en lovregel. [...] Den praktiske virkning, der i alle tilfælde blot svarer til »direkte virkning«, skal betragtes som en almindelig betingelse for enhver lovregel [...] Det må med andre ord formodes, at der foreligger »direkte virkning«. Det skal ikke afgøres på forhånd« (jf. s. 135).

26 – Jf. bl.a. dom af 12.7.1990, Foster (C-188/89, EU:C:1990:313, præmis 16 og den deri nævnte retspraksis).

27 – Dom af 12.7.1990, Foster (C-188/89, EU:C:1990:313, præmis 17 og den deri nævnte retspraksis).

28 – I Marshall-dommen (dom af 26.2.1986, 152/84, EU:C:1986:84) var der således intet, der tydede på, at sygehusmyndighederne havde noget som helst ansvar for den manglende gennemførelse af det omhandlede direktiv.

et tilsvarende retsmiddel (»ubi jus, ibi remedium«). På det første trin skal der derfor ses på den nationale ret, og hvad der (eventuelt) allerede findes dér, som kan udgøre en (delvis) gennemførelse af direktivet²⁹, samtidig med at det undersøges, om der i selve direktivet er angivet et retsmiddel, som skal anvendes i henhold til national ret, hvis den tildelte rettighed krænkes. På det næste trin skal de retsmidler, der foreligger i henhold til national ret, gennemgås for at finde frem til et passende retsmiddel derfra under overholdelse af den nationale procesrets autonomi og ved anvendelse af de efterhånden klassiske ækvivalens- og effektivitetsprincipper inden for rammerne af den overordnede forpligtelse til at fortolke national lovgivning i overensstemmelse med EU-retten (»interprétation conforme«)³⁰. Princippet om statens ansvar bringes kun i anvendelse, hvis den nævnte metode ikke resulterer i en effektiv beskyttelse af den rettighed, der garanteres i EU-retten. Statens erstatningsansvar er således det sidste og ikke det første retsmiddel, der vælges.

33. Den netop beskrevne analysemetode er ofte kompliceret og omstændelig. Det er ikke muligt at foretage en »interprétation conforme« af den eksisterende nationale lovgivning, hvis en sådan fortolkning vil være *contra legem*³¹. En person, der ønsker at rejse erstatningskrav mod medlemsstaten³², er nødt til enten at tilslutte sig medlemsstaten som medsagsøgt (og afholde en del af medlemsstatens omkostninger, hvis vedkommende får medhold i kravet mod den hovedsagsøgte) eller at indlede en ny sag mod medlemsstaten efter forgæves at have krævet erstatning fra den hovedsagsøgte. Medmindre tvisten skyldes manglende gennemførelse af et helt direktiv, kan det ikke uden videre udelukkes, at medlemsstaten er erstatningsansvarlig³³.

29 – Der vil ofte være truffet et lovgivningsmæssigt initiativ, som har resulteret i delvis eller ufuldstændig gennemførelse. Selv om dette ikke er sket, kan der være fastsat regler, som kan fortolkes i lyset af direktivets krav, på det område, der er omfattet af direktivet.

30 – Jeg vil for kortheds skyld anvende det franske udtryk i det følgende.

31 – En redegørelse for princippet om »interprétation conforme«, der er næsten samtidig med Foster-dommen, kan ses i dom af 13.11.1990, *Marleasing* (C-106/89, EU:C:1990:395, præmis 8-14), der selv er baseret på sag 14/83 (dom af 10.4.1984, *von Colson og Kamann*, EU:C:1984:153, præmis 26). En nærmere undersøgelse af det præcise omfang af og grænserne for denne forpligtelse kan ses i den senere dom af 5.10.2004, *Pfeiffer m.fl.* (C-397/01 – C-403/01, EU:C:2004:584, præmis 107-119). Domstolen gjorde det fuldstændig klart i *Dominguez-dommen* (dom af 24.1.2012, C-282/10, EU:C:2012:33), at »[d]e nationale retters forpligtelse til at henholde sig til indholdet af et direktiv, når de fortolker og anvender de relevante nationale retsregler, begrænses [...] af generelle retsprincipper, og det kan ikke tjene som grundlag for en fortolkning *contra legem* af national ret« (præmis 25 og den deri nævnte retspraksis).

32 – Dette erstatningsprincip udspringer af dom *Francovich m.fl.* (af 19.11.1991, C-6/90 og C-9/90, EU:C:1991:428). Ifølge denne dom var bestemmelserne i direktiv 89/987/EØF ubetingede og tilstrækkelig præcise hvad angik indholdet af garantien for betaling af løntilgodehavender, men ikke hvad angik garantistillerens identitet. Domstolen undersøgte derfor, om staten ifaldt erstatningsansvar for tabet. Den fandt, at staten principielt kunne drages til ansvar, og fastsatte tre betingelser for, at der forelå et sådant ansvar (præmis 39-41). Den test, der blev anvendt i denne dom, syntes at indikere, at der forelå et objektivt ansvar, hvis disse betingelser var opfyldt. I dom *Brasserie du pêcheur og Factortame* (af 5.3.1996, C-46/93 og C-48/93, EU:C:1996:79) fastslog Domstolen, at medlemsstaten ifølge dette kriterium var forpligtet til at træffe alle de foranstaltninger, som var nødvendige for at nå det mål, der var fastsat i et direktiv (præmis 46), hvorimod kriteriet under omstændigheder, hvor medlemsstaten havde en vid skønsebeføjelse, var, om overtrædelsen var »tilstrækkelig kvalificeret« (præmis 51), dvs. »om en medlemsstat [...] åbenbart og groft har overskredet grænserne for sine skønsebeføjelser« (præmis 55).

33 – Generaladvokat Jacobs anførte følgende i punkt 30 og 31 i forslaget til afgørelse *Vaneetveld* (C 316/93, EU:C:1994:32):
 »30. Den mulighed, som borgerne efter dommen i [sagen *Francovich m.fl.*] har for at kræve erstatning af den pågældende medlemsstat, når et direktiv ikke er blevet behørigt gennemført, kan efter min opfattelse ikke i tilstrækkelig grad træde i stedet for en umiddelbar håndhævelse af direktivet. Fremgangsmåden ville ofte forudsætte, at den forurettede indbringer to særskilte sager, enten samtidig eller successivt, nemlig én mod den pågældende privatretlige juridiske person og en anden mod de offentlige myndigheder, hvilket næppe er i overensstemmelse med kravet om et effektivt retsmiddel.

31. Jeg mener ikke, at det heroverfor med føje kan gøres gældende, at den omstændighed, at der pålægges privatretlige juridiske personer forpligtelser, vil undergrave retssikkerheden. Tværtimod er det måske betydeligste kendetegn ved den eksisterende retspraksis på området, at den har givet anledning til usikkerhed. For det første har denne praksis ført til en meget vid fortolkning af begrebet medlemsstat, således at direktiver kan gøres gældende selv over for virksomheder, som staten særligt har en deltagelse i eller kontrol over, uanset at sådanne virksomheder er uden ansvar for undladelserne fra de pågældende medlemsstaters side, og uanset at de måtte stå i et direkte konkurrenceforhold til private virksomheder, som de samme direktiver ikke kan gøres gældende over for. Den nævnte praksis har endvidere ført til stor usikkerhed hvad angår rækkevidden af national lovgivning som følge af de nationale retsinstancessers forpligtelse til at strække indholdet af national lovgivning til det yderste med henblik på at tillægge direktiver, der ikke er blevet behørigt gennemført, retsvirkning. Jeg vil endvidere pege på, at når national lovgivning fortolkes udvidende med henblik på at tillægge et direktiv retsvirkning, kan resultatet meget vel blive, at der pålægges borgerne forpligtelser, som i mangel af det pågældende direktiv ikke ville have bestået for dem. Direktiver, der ikke er blevet behørigt gennemført, kan dermed allerede nu give anledning til forpligtelser for borgerne. Når henses hertil, kan det ikke antages at være noget rimeligt modargument, at en umiddelbar håndhævelse af direktiver over for borgerne ville indebære en risiko for retssikkerheden. Tværtimod vil det kunne bidrage til en større retssikkerhed og til en mere sammenhængende retstilstand, såfremt bestemmelser i et direktiv i givet fald kunne gøres gældende umiddelbart over for privatretlige juridiske personer.«

34. Når den nationale ret *intet* indeholder, som kan betragtes som en gennemførelse af den rettighed, der skulle have været tildelt i henhold til direktivet (hvilket er tilfældet her), er der imidlertid to valgmuligheder. Hvis den umiddelbare sagsøgte (her MIBI) med rette kan karakteriseres som enten »staten« eller »et statsligt organ«, kan sagsøgeren direkte påberåbe sig sine rettigheder med direkte virkning i henhold til selve direktivet (vertikal direkte virkning) og opnå erstatning fra denne sagsøgte. I modsat fald ligger erstatningsansvaret hos medlemsstaten i overensstemmelse med det klare princip, som Domstolen opstillede i dommen i sagen Dillenkofer m.fl.³⁴.

Det første spørgsmål

35. Den forelæggende ret ønsker med det første spørgsmål oplyst, om testen i Foster-dommen bør anvendes kumulativt eller ej. Det er et relevant spørgsmål. Præmis 18 i Foster-dommen er formuleret ikke-kumulativt: »[...] Domstolen [har] i række sager statueret, at borgerne kunne støtte ret på ubetingede og tilstrækkelig præcise direktivbestemmelser over for organer *eller* enheder, som var undergivet statslig myndighed *eller* kontrol, *eller* som havde særlige beføjelser ud over dem, der følger af de regler, der finder anvendelse i forholdet mellem borgerne«³⁵. Formuleringen i præmis 20 synes imidlertid at være kumulativ: »Heraf følger, at et organ, som – uanset sin retlige organisationsform – ved en af staten udstedt retsakt har fået til opgave at yde offentlig servicevirksomhed under statens tilsyn, og som med henblik herpå har særlige beføjelser ud over dem, der følger af de regler, der finder anvendelse på forholdet mellem borgerne, i hvert fald hører til de organer, over for hvilke der kan støttes ret på de bestemmelser i et direktiv, der kan have direkte virkning«³⁶.

36. Det første spørgsmål bygger logisk set på en forudsætning om, at de betingelser, som Domstolen identificerede i Foster-dommen, udgør en *udtømmende liste* over de forhold, som der skal tages hensyn til ved besvarelsen af spørgsmålet om, »hvorvidt sagsøgte er et statsligt organ for så vidt angår vertikal direkte virkning«. Hvis testen ikke er kumulativ, er det tilstrækkeligt, at betingelse A *eller* B *eller* C *eller* D vedrørende de faktiske omstændigheder er opfyldt. Hvis den er kumulativ, skal betingelserne A, B, C og D alle være til stede. Det har under alle omstændigheder ingen betydning, om der foreligger endnu en faktor (f.eks. E eller F) eller ej. Det forudsættes med andre ord, at Domstolen i Foster-dommen sigtede mod at identificere – og faktisk identificerede – alle de elementer, der er relevante for bedømmelsen af, om en bestemt sagsøgt er et statsligt organ for så vidt angår vertikal direkte virkning eller ej.

37. Ser man nærmere på Domstolens ræsonnement i Foster-dommen, mener jeg imidlertid, at det fremgår klart, at Domstolen heri *ikke* påtog sig den (umulige) opgave at forudse alle fremtidige faktiske situationer, der kunne rejse spørgsmålet om, »hvorvidt denne sagsøgte er et statsligt organ«. Den tog i stedet udgangspunkt i en række sager, som den allerede havde afgjort, i det omfang det var nødvendigt for at kunne besvare den forelæggende rets spørgsmål i den konkrete sag. Hvis dette er korrekt, må det logisk set betyde, at svaret på det første spørgsmål er, at den test, der formuleres i Foster-dommen, hverken er kumulativ eller ikke-kumulativ.

38. Det er derfor nødvendigt at grave lidt dybere ned i Foster-dommens indhold³⁷.

34 – Dom af 8.10.1996, Dillenkofer m.fl. (C-178/94, C-179/94 og C-188/94 – C-190/94, EU:C:1996:375, præmis 16 og 19-29). Dette er en logisk konsekvens af de udtalelser, som Domstolen fremkom med i dommen i sagen Francovich m.fl. (præmis 39-41) og bekræftede i dommen i sagen Brasserie du pêcheur og Factortame (præmis 46). Det skyldes formentlig disse to valgmuligheder, at Elaine Farrell heldigvis allerede har modtaget erstatning for sine skader (jf. punkt 25 ovenfor).

35 – Min fremhævelse.

36 – Min fremhævelse: Den manglende konjunktion før ordet »og« må nødvendigvis betyde, at de forskellige elementer, der er opregnet forinden, skal forstås kumulativt.

37 – Dette falder mig let, da jeg pudsigt nok var referendar i forbindelse med Foster-sagen og arbejdede sammen med sir Gordon Slynn, der var fungerende præsident for Domstolen under denne sag og primær ophavsmand til dommen.

39. De vigtigste omstændigheder kan beskrives meget enkelt. Fem kvindelige ansatte i British Gas Corporation (herefter »BGC«) var nødt til at gå på pension, da de fyldte 60 år. Dette var i overensstemmelse med BGC's politik, som krævede, at de ansatte tog deres afsked, når de nåede den officielle pensionsalder (på daværende tidspunkt 60 år for kvinder og 65 år for mænd). De ville gerne fortsætte med at arbejde og gjorde gældende ved en arbejdsret, at BGC's politik var i strid med artikel 5, stk. 1, i Rådets direktiv 76/207/EØF, selv om den ikke var forbudt efter de nationale regler³⁸. De hævdede, at de kunne påberåbe sig denne bestemmelse over for BGC.

40. BGC udviser ifølge dommen følgende kendte karakteristika³⁹. I medfør af bestemmelserne i United Kingdom Gas Act 1972, som var gældende for BGC på det relevante tidspunkt, var BGC et ved lov oprettet organ (statutory corporation), som havde til opgave at udvikle og opretholde gasforsyningen i Storbritannien, og som havde monopol herpå. Medlemmerne af BGC's bestyrelse blev udpeget af vedkommende Secretary of State. Sidstnævnte var ligeledes beføjet til at give BGC generelle anvisninger med hensyn til spørgsmål, der berørte nationale interesser, samt anvisninger om organets ledelse. BGC var forpligtet til at aflægge periodiske beretninger til Secretary of State om udførelsen af sine opgaver og om sin ledelse og sine programmer. Disse beretninger blev derefter forelagt for parlamentets to kamre. I medfør af Gas Act 1972 var BGC desuden berettiget til at lade lovforslag fremsætte for parlamentet med vedkommende Secretary of States samtykke. Det fremgik også af de oplysninger, der var indeholdt i retsmøderapporten, at BGC efter engelsk ret betragtedes som »public body« og »public authority«, for så vidt angik anvendelsen af forskellige nationale love.

41. Industrial Tribunal (arbejdsret), Employment Appeal Tribunal (appeldomstol i arbejdsretlige sager) og Court of Appeal (appeldomstol) afviste uden undtagelse de ansattes krav. De ansatte iværksatte appel ved House of Lords, der anmodede om en præjudiciel afgørelse i den sag, der blev registreret som sag C-188/89.

42. Domstolen afviste et indledende argument om formaliteten, hvorefter den tog fat på besvarelsen af det spørgsmål, som den skulle tage stilling til, i dommens præmis 16.

43. Den gennemgik først parametrene. Den mindede først om (præmis 16), at den tilsigtede virkning af direktiver (der pålægger medlemsstaterne en forpligtelse til en bestemt handlemåde) ville blive afsvækket, såfremt borgerne ikke kunne støtte ret herpå, og såfremt de nationale domstole ikke kunne tage dem i betragtning. Dette blev allerede fastslået Becker-dommen i 1982⁴⁰. En medlemsstat, der ikke har gennemført et direktiv inden gennemførelsesfristens udløb, kan »[f]ølgelig« ikke forsvare sig med, at »den ikke har opfyldt de forpligtelser, som direktivet pålægger«, over for et krav fra en borger. Der kan således (dvs. følgelig) støttes ret på direktivbestemmelser med direkte virkning i) »over for enhver national regel, der ikke er i overensstemmelse med direktivet«, eller ii) »bestemmelser, der efter deres indhold tillægger private rettigheder i forhold til staten«.

38 – Direktiv af 9.2.1976 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår (EFT 1976, L 39, s. 40).

39 – De følgende oplysninger stammer fra Foster-dommens præmis 3-7.

40 – Dom af 19.1.1982 (8/81, EU:C:1982:7). Sagsøgte i Becker-sagen var Finanzamt Münster-Innenstadt (skattemyndigheden i den tyske by Münster). Myndigheden var organisatorisk en del af staten og undergivet statslig myndighed og kontrol, og den havde »særlige beføjelser« til at pålægge og opkræve skatter til dækning af godkendte offentlige udgifter.

44. Domstolen mindede dernæst om (præmis 17), at den allerede i Marshall-dommen havde statueret⁴¹, at det for så vidt angår vertikal direkte virkning ikke er afgørende, i hvilken egenskab den sagsøgte stat har handlet (i Marshall-dommen hed det, »uanset i hvilken egenskab staten [havde] handlet, dvs. som arbejdsgiver eller som offentlig myndighed«). Domstolen forklarede også, hvorfor den fandt, at direktiver burde have vertikal direkte virkning over for medlemsstaterne: »*Det er i begge tilfælde væsentligt at hindre, at medlemsstaten kan forbedre sin retsstilling ved ikke at efterkomme [EU-retten]*«⁴².

45. Domstolen gik videre (præmis 18) til at fastlægge, over for hvilke typer sagsøgte borgerne kan støtte ret på »ubetingede og tilstrækkelig præcise direktivbestemmelser« (hvad der kort sagt menes med et statsligt organ for så vidt angår vertikal direkte virkning). Den indledende vending – »[u]d fra disse betragtninger har Domstolen i en række sager statueret, at [...]« – markerer over for læseren, at Domstolen nu vil præsentere en abstrakt regel, hvor alle elementer kan findes i den eksisterende retspraksis.

46. Det er derfor ikke overraskende, at Domstolen umiddelbart efter (præmis 19) underbyggede sin påstand om, at det netop nævnte kunne udledes af den eksisterende retspraksis. Listen over sager i denne præmis indledes med følgende vending: »Domstolen har *således* statueret, at [...]«. De enkelte sager, der er nævnt – Becker-sagen (»afgiftsmyndigheder«)⁴³, Busseni-sagen (»afgiftsmyndigheder«)⁴⁴, Costanzo-sagen (»lokalforvaltninger«)⁴⁵, Johnston-sagen (»forfatningsmæssigt uafhængige offentlige myndigheder, der har fået til opgave at opretholde den offentlige ro og orden«)⁴⁶ og Marshall-sagen (»offentlige sundhedsmyndigheder«)⁴⁷ – kan holdes op mod et eller flere af de individuelle elementer, der indgik i Domstolens abstrakte regel i præmis 18.

47. Jeg vil gerne bemærke, at dommens præmis 18 og 19 lige så vel kunne have været placeret i den omvendte rækkefølge. Det har reelt ingen betydning for ræsonnementet, om man siger, at »i) jeg vil formulere testen således i abstrakte vendinger, og ii) de karakteristika, som jeg har identificeret, kan ses i følgende sager, som Domstolen allerede har afgjort« (den faktiske rækkefølge i disse præmisser), eller »i) Domstolen har allerede truffet afgørelse i en række sager, der udviser visse karakteristika, og ii) jeg vil formulere testen således i abstrakte vendinger« (den omvendte rækkefølge).

41 – Dom af 26.2.1986 (152/84, EU:C:1986:84). Sagsøgte i Marshall-sagen var Southampton and South-West Hampshire Health Authority (den organisation, der på det relevante tidspunkt var ansvarlig for sygehuse og sundhedstjenester i det pågældende geografiske område). Organisatorisk var den ikke en del af staten, men den var undergivet statslig myndighed og kontrol. Det fremgår ikke af dommen, om den havde »særlige beføjelser«, og der er faktisk intet, der tyder på, at den havde sådanne beføjelser (jf. endvidere punkt 49 nedenfor). Den havde klart til opgave at tjene offentlige interesser ved at levere en passende offentlig sundhedspleje i det pågældende område. Funktionelt kunne den derfor anses for at handle på statens vegne.

42 – Min fremhævelse.

43 – Min fremhævelse. Dom af 19.1.1982 (8/81, EU:C:1982:7).

44 – Dom af 22.2.1990 (C-221/88, EU:C:1990:84). Domstolen fastslog i denne dom, at Det Europæiske Kul- og Stålfællesskab (herefter »EKSF«), såfremt der ikke var truffet gennemførelsesforanstaltninger, kunne støtte ret på en henstilling (når fristen for dens gennemførelse var udløbet) over for en medlemsstat, som havde undladt at gennemføre den i national ret. Anerkendelsen af EKSF's krav som privilegerede fordringer havde dog udelukkende retsvirkninger over for den pågældende stat, hvilket kunne medføre, at dennes og EKSF's krav kom i indbyrdes konkurrence. Dette gav således ikke andre kreditorers krav en ringere stilling end staten, idet deres krav skulle fyldestgøres i henhold til den gældende nationale konkursorden uden hensyntagen til henstillingen. Jf. præmis 30 og domskonklusionens punkt 1.

45 – Dom af 22.6.1989 (103/88, EU:C:1989:256). Sagsøgte i Costanzo-sagen var kommunalbestyrelsen i en italiensk kommune. Den var organisatorisk en del af staten, deltog i organisatoriske statslige myndigheds- og kontrolfunktioner, havde de sædvanlige statslige beføjelser (bl.a. til at udstede regler) og havde til formål at tjene offentlige interesser.

46 – Dom af 15.5.1986 (222/84, EU:C:1986:206). Sagsøgte i Johnston-sagen var Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary, dvs. direktøren for politiet i Nordirland. Politiet (repræsenteret ved politidirektøren) beskrives i dommen som en uafhængig offentlig myndighed, der udøver statslig myndighed og kontrol, har »særlige beføjelser« (da staten har monopol på lovlig magtanvendelse) og har til opgave at opretholde den offentlige ro og orden.

47 – Dom af 26.2.1986 (152/84, EU:C:1986:84). Jeg har allerede beskrevet sagsøgte i denne sag (jf. fodnote 42 ovenfor). Jf. endvidere punkt 49 nedenfor vedrørende den omstændighed, at det ikke fremgik, at sagsøgte i denne sag havde »særlige beføjelser«.

48. Domstolen behøvede ikke at gøre andet efter at have opstillet den abstrakte regel. Det tilkom strengt taget den forelæggende ret at besvare det specifikke spørgsmål om, hvorvidt *BGC* var en statslig myndighed ifølge denne test, baseret på de faktiske omstændigheder⁴⁸. Denne ret havde imidlertid spurgt, om »British Gas Corporation [...] [var] et organ af en sådan art, at appellanterne umiddelbart kan påberåbe sig [direktiv 76/207] ved de engelske domstole og tribunals, således at de er berettigede til at kræve erstatning med den begrundelse, at British Gas Corporations politik med hensyn til pensionering var i strid med direktivet«, og Domstolen mente tydeligvis, at den var i besiddelse af tilstrækkelige oplysninger til at kunne give klare anvisninger om, hvordan svaret burde være⁴⁹. De forskellige oplysninger, der var fremlagt om *BGC*, var tilstrækkelige til at vise, at *BGC faktisk opfyldte alle de opregnede kriterier*⁵⁰. Domstolen udtalte derfor (præmis 20), at det »[h]eraf følger«, at et organ, som udviser alle de karakteristika, der er angivet i præmis 18 (samt adskillige supplerende forklaringer), »i hvert fald hører til de organer, over for hvilke der kan støttes ret på de bestemmelser i et direktiv, der kan have direkte virkning«⁵¹.

49. Jeg vil gerne indskyde, at de supplerende forklaringer, der gives i præmis 20, understøtter antagelsen om, at denne præmis vedrører *anvendelsen* af den abstrakte regel i forhold til *BGC*, og ikke antagelsen om, at den indeholder selve testen. For det første henvises der til »*et organ [...] uanset [dets] retlige organisationsform*«, hvilket (måske en smule kursorisk) udvider den test, som var fastsat i den tidligere retspraksis, og som i det væsentlige omfattede *offentlige* myndigheder, til at omfatte andre organer, hvis »retlige organisationsform« kan være delvis offentlig og delvis privat eller udelukkende privat frem for udelukkende offentlig⁵². For det andet tales der om, at det pågældende organ ved en af staten udstedt retsakt »har fået til opgave at *yde offentlig servicevirksomhed*« (»offentlig servicevirksomhed« er ikke nævnt udtrykkeligt i præmis 18). For det tredje har organet fået »*særlige beføjelser* ud over dem, der følger af de regler, der finder anvendelse i forholdet mellem borgerne« (disse beføjelser er også nævnt i præmis 18), »*med henblik herpå*« – dvs. for at kunne yde offentlig servicevirksomhed. For det fjerde havde tre af de organer, som var omhandlet i den i præmis 19 nævnte retspraksis, »særlige beføjelser«, hvilket det fjerde organ (sundhedsmyndigheden i Marshall-sagen) ikke havde. Det stiller spørgsmålstegn ved, om denne betingelse skal betragtes som en nødvendig del af definitionen af, hvad der udgør et statsligt organ for så vidt angår vertikal direkte virkning. *BGC havde* imidlertid sådanne særlige beføjelser⁵³. Disse supplerende forklaringer fortæller (i ret klare vendinger) den nationale ret, at de oplysninger om *BGC*, som Domstolen har kunnet finde i forelæggelsesafgørelsen, er tilstrækkelige til at klassificere *BGC* som et statsligt organ.

50. Udtrykket »i hvert fald hører til« er imidlertid det mest sigende. Det bekræfter, at Domstolen ikke forsøger at formulere en generel test eller at dække alle fremtidige situationer i præmis 20. Domstolen fokuserer på den konkrete sag og siger til den nationale ret: »Uanset hvilke *andre* organer der udgør (eller ikke udgør) statslige organer, er et organ, der udviser *alle* disse karakteristika, et statsligt organ – hvilket er det, retten ønskede oplyst«.

48 – Domstolen havde således allerede (i præmis 15) påpeget, at den havde »kompetence til at træffe præjudiciel afgørelse om, hvilke kategorier af retssubjekter et direktivs bestemmelser kan gøres gældende over for«, men at det tilkom »de nationale domstole at afgøre, om en part i en sag, der er indbragt for de nationale domstole, henhører under en af de således angivne kategorier«.

49 – Det er ikke usædvanligt, at Domstolen giver den forelæggende ret en klar idé om, hvad anvendelsen af de abstrakte anvisninger, som den netop har givet, bør føre til. Et slående eksempel kan findes i »Factortame III-sagen« (dom af 5.3.1996, Brasserie du pêcheur og Factortame, C-46/93 og C-48/93, EU:C:1996:79), der blev afgjort ca. seks år efter Foster-dommen. Domstolen opstillede i denne doms præmis 51 det kriterium, der skal anvendes, når der kræves erstatning fra en medlemsstat på grund for overtrædelse af EU-retten, og angav i præmis 56 generelt »de momenter, den kompetente retsinstans i den forbindelse kan tage i betragtning«. I præmis 58-64 vejledte Domstolen dernæst de to forelæggende retter – henholdsvis Bundesgerichtshof og High Court of Justice, Queen's Bench Division, Divisional Court – om de potentielle svar (»Domstolen anser det [...] for formålstjenligt at henvise til nogle omstændigheder, som de nationale retsinstanser kan tage i betragtning«). De forskellige afgørende momenter, der var angivet i præmis 61-64 vedrørende Det Forenede Kongeriges regerings vedtagelse af Merchant Shipping Act 1988, pegede alle i retning af, at der forelå et ansvar i denne sag. Da sagen blev genoptaget ved den nationale ret, blev dette også fastslået i dommen på trods af denne regerings kraftige protester.

50 – Domstolen synes at have baseret sin konklusion om, at *BGC* havde særlige beføjelser, på den omstændighed, at den havde monopol på gasforsyningen (præmis 3).

51 – Min fremhævelse.

52 – Jf. endvidere punkt 62, 79-105, 114 og punkt 120, nr. 1), nedenfor.

53 – Jf. fodnote 50 ovenfor.

51. Denne fortolkning bekræftes i den del af dommen, der strækker sig fra præmis 20 og frem til domskonklusionen. Domstolen bemærkede i præmis 21, at den allerede i Marshall-dommen⁵⁴ havde fastslået, at artikel 5, stk. 1, i direktiv 76/207 opfyldte testen vedrørende direkte virkning. Præmis 20 og 21 samles herefter (i præmis 22, der gentages i domskonklusionen) for at give den forelæggende ret et præcist svar på det forelagte spørgsmål. Det anses for at være unødvendigt – og faktisk uhensigtsmæssigt – at lade udtrykket »i hvert fald hører til« i præmis 20 indgå i domskonklusionen.

52. Det må konkluderes, at Domstolen ikke havde til hensigt at opregne alle elementer i testen for, hvad der udgør et statsligt organ for så vidt angår vertikal direkte virkning, udtømmende og endegyldigt i Foster-dommen. Den opstillede en abstrakt regel baseret på den eksisterende retspraksis (præmis 18) og anvendte dernæst denne regel og de tilhørende forklaringer til at identificere et organ, som i kraft af sine karakteristika i hvert fald tilhørte kategorien af statslige organer (præmis 20). Andet fastslog Domstolen ikke. Det fremgår hverken af den konkrete test i præmis 18, som er baseret på den allerede eksisterende retspraksis, eller af anvendelsen af denne test, som er beskrevet i præmis 20, at disse skulle være udtømmende, og det strider mod enhver logik og fornuft at betegne dem sådan med tilbagevirkende kraft.

53. Det første spørgsmål bør som følge heraf besvares med, at testen i Foster-dommen vedrørende spørgsmålet om, hvad der udgør et statsligt organ for så vidt angår direktivers vertikale direkte virkning, skal findes i præmis 18 og ikke i præmis 20 i denne dom. Den test, der formuleres i denne dom, skal hverken forstås kumulativt eller ikke-kumulativt. Der er tale om en ikke-udtømmende liste over de forhold, der kan være relevante for en sådan bedømmelse.

54. Før jeg tager fat på det andet spørgsmål, vil jeg kort og i forbifarten se på et ejendommeligt træk ved de elementer, som Domstolen har anvendt ved udformningen af testen, nemlig henvisningen til »særlige beføjelser«. I det oprindelige franske domsudkast, der dannede grundlag for voteringen, taltes der om »pouvoirs exorbitants« – et begreb i den franske forvaltningsret, som ikke helt dækkende blev oversat til »special powers« i den engelske version (o.a.: på dansk »særlige beføjelser«)⁵⁵. Locus classicus for begrebet offentlig servicevirksomhed i den franske forvaltningsret er mig bekendt en afgørelse, som Tribunal des conflits (domstol, der træffer afgørelse om kompetencespørgsmål mellem forvaltningsdomstolene og de civil- og strafferetlige domstole) traf den 8. februar 1873 i Blanco-sagen⁵⁶, og hvori den fastslog, at staten kan drages til ansvar for skader forvoldt af »service public«, og at forvaltningsdomstolene (i modsætning til de ordinære civile domstole) har enekompetence til at behandle sådanne sager⁵⁷. Conseil d'État (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) har i Bureau Veritas-dommen⁵⁸ givet yderligere nyttige anvisninger om det franske retsbegreb »l'exercice des prérogatives de puissance publique [...] conférées pour l'exécution de la mission de

54 – Dom af 26.2.1986 (152/84, EU:C:1986:84).

55 – Da forelæggelsen stammede fra en domstol i Det Forenede Kongerige, var den engelske version af dommen den »autentiske« tekst, og den foreslåede oversættelse blev derfor gennemgået af dommeren fra Det Forenede Kongerige (sir Gordon Slynn) og hans seniorreferendar (undertegnede) sammen med den daværende leder af Domstolens engelske oversættelsestjeneste. Vi var klar over, at begrebet »særlige beføjelser« ikke afspejlede alle nuancer i det franske udkast, men havde ikke noget bedre forslag på daværende tidspunkt. En gennemgang af en række andre sprogversioner af dommen viser, at udtrykket på spansk blev oversat til »poderes exorbitantes«, på tysk til »besondere Rechte«, på italiensk til »poteri« (det fremgik ikke, at der var tale om »særlige« beføjelser), på nederlandsk til »bijzondere bevoegdheden« og på portugisisk til »poderes exorbitantes«. Dette tydede på, at det var noget lettere at oversætte begrebet til visse sprog end til andre.

56 – Tribunal des conflits' afgørelse af 8.2.1873, sag nr. 12, trykt i *Recueil Lebou* (den franske tekst kan ses her: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007605886>).

57 – Blanco-sagen vedrørte et erstatningskrav fremsat på vegne af en mindreårig, der var kommet til skade i forbindelse med arbejde udført af ansatte ved tobaksmyndighederne i Bordeaux. Den centrale del af den kortfattede afgørelse lyder således: »Det ansvar, der kan pålægges staten for skader forvoldt på borgerne af personer ansat i den offentlige forvaltning, er ikke omfattet af de principper for forholdet mellem borgerne, der er fastsat i Code civil [den borgerlige lovbog]. Dette ansvar er hverken generelt eller absolut. Det er underlagt særlige regler, som afhænger af de tjenstlige krav og af behovet for at forene statslige rettigheder med private rettigheder. Den administrative myndighed har derfor [...] enekompetence til at træffe afgørelse herom«.

58 – Conseil d'États dom af 23.3.1983, SA Bureau Veritas m.fl., sag nr. 33803, 34462. Bureau Veritas-sagen vedrørte en appel iværksat af Bureau Veritas og den franske stat til prøvelse af et retsspørgsmål i en sag anlagt af et luftfartsselskab mod Bureau Veritas, som er det organ, der er bemyndiget til at udstede luftdygtighedsbeviser for luftfartøjer, med påstand om erstatning for skade som følge af Bureau Veritas' forsinkede udstedelse af et sådant bevis. Conseil d'État fastslog, at Bureau Veritas var blevet pålagt at udføre offentlig servicevirksomhed af staten, og at selskabet til dette formål udøvede beføjelser som offentlig myndighed. Staten selv blev som følge heraf ikke draget til ansvar for den skade, der var forvoldt.

service public dont [la société en question] est investie« (udøvelse af beføjelser som offentlig myndighed [...] der er tildelt med henblik på at varetage den public service-opgave, som [det pågældende selskab] er blevet pålagt). Domstolen har imidlertid ikke defineret de »særlige beføjelser« i henhold til EU-retten, der er omhandlet i dens dom i Foster-sagen, men blot bemærket, at der er tale om beføjelser »ud over dem, der følger af de regler, der finder anvendelse i forholdet mellem borgerne«. Dette begreb vil jeg vende tilbage til, når jeg gennemgår det tredje præjudicielle spørgsmål⁵⁹.

Det andet spørgsmål

55. Med det andet spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst – forudsat at de betingelser, der er opregnet i Foster-dommen, skal betragtes som en vifte af faktorer, der skal tages i betragtning (som jeg har anført i mit foreslåede svar på det første spørgsmål), og ikke som en restriktiv kumulativ test – om der findes et grundlæggende princip bag de pågældende særlige faktorer, som en national ret bør anvende på de foreliggende faktiske omstændigheder for at kunne afgøre, om en bestemt sagsøgt er et statsligt organ for så vidt angår vertikal direkte virkning eller ej.

56. Det skal først undersøges, hvorvidt det fremgår klart af den retspraksis, der er skabt efter Foster-dommen, om Domstolen faktisk har anvendt en ikke-kumulativ eller en kumulativ test *efter* afsigelsen af denne dom (i så fald bliver det andet spørgsmål overflødigt), eller om den har lagt særlig vægt på nogle af de elementer, som den lagde til grund i Foster-dommen.

57. Så vidt jeg kan se, kan begge disse spørgsmål uden videre besvares med et »nej«, men jeg vil for en god ordens skyld undersøge den pågældende retspraksis lidt nærmere. Jeg vil gennemgå denne retspraksis kronologisk efter, hvornår de forskellige domme blev afsagt.

58. Den første relevante afgørelse efter Foster-dommen var dommen i sagen Kampelmann m.fl.⁶⁰. Helmut Kampelmann og tre kolleger, sagsøgerne i sag C-253/96 – C-256/96, var ansat hos Landschaftsverband (en kommunal sammenslutning), som bl.a. er ansvarlig for anlæg og vedligeholdelse af veje i regionen Westfalen-Lippe og omfatter en række vejbygningsinspektorer i delstaten⁶¹. Andreas Schade (sag C-257/96) og Klaus Haseley (sag C-258/96) var ansat henholdsvis ved Stadtwerke Witten (de kommunale værker i Witten) og Stadtwerke Altena (de kommunale værker i Altena), som er offentlige virksomheder, der står for de respektive byers energiforsyning⁶². De ønskede at påberåbe sig artikel 2, stk. 2, litra c), nr. ii), i Rådets direktiv 91/533⁶³ umiddelbart over for deres respektive arbejdsgivere i forbindelse med en tvist om deres lønmæssige indplacering. Domstolen konkluderede, at denne bestemmelse havde direkte virkning⁶⁴, hvorefter den fremlagde en udvidet version af den ikke-kumulative liste i Foster-dommens præmis 18⁶⁵ og besvarede den nationale rets andet spørgsmål ved at gentage reglen i Foster-dommens præmis 18⁶⁶.

59 – Jf. punkt 129 ff. nedenfor.

60 – Dom af 4.12.1997 (C-253/96 – C-258/96, EU:C:1997:585).

61 – Dommens præmis 12.

62 – Dommens præmis 17.

63 – Direktiv af 14.10.1991 om arbejdsgiverens pligt til at underrette arbejdstageren om vilkårene for arbejdskontrakten eller ansættelsesforholdet (EFT 1991, L 288, s. 32).

64 – Dommens præmis 45.

65 – »[Et direktiv] kan [derimod] påberåbes over for organer eller enheder, som er undergivet statens myndighed eller kontrol, eller som har uforholdsmæssigt vidtgående beføjelser i forhold til dem, der følger af bestemmelser, som gælder i forholdet til private, som f.eks. lokalforvaltninger eller organer, der, uanset deres retlige form, har til opgave i henhold til en retsakt fra den offentlige myndighed under dennes kontrol at udføre en opgave af offentlig interesse« (præmis 46). I denne præmis i dommen henvises der mærkelig nok hverken til præmis 18 eller til præmis 20 i Foster-dommen, men til præmis 19 i denne dom samt til Costanzo-dommen (dom af 22.6.1989, 103/88, EU:C:1989:256), nærmere bestemt præmis 31 heri (»[...] sådanne direktivbestemmelser [kan], når de opfylder de i Domstolens praksis forudsatte betingelser, [...] påberåbes af borgerne ved de nationale domstole, og [...] samtlige forvaltninger, herunder sådanne lokalforvaltninger som kommuner, er forpligtet til at anvende disse bestemmelser«).

66 – Dommens præmis 47 og domskonklusionens punkt 2.

59. Sagsøgte i sagen *Collino og Chiappero*⁶⁷ var Telecom Italia, den seneste i en række af virksomheder, som den italienske stat havde givet enekoncession for offentlige teletjenester⁶⁸. Sagsøgerne var utilfredse med vilkårene for deres overførsel fra den oprindelige koncessionshaver til den efterfølgende koncessionshaver⁶⁹. Den forelæggende ret bemærkede, at der objektivt set havde fundet en virksomhedsoverførsel sted, men at der i italiensk ret var indført en særlig ordning, som fraveg de almindelige regler for virksomhedsoverførsler, hvilket kunne medføre, at sagsøgernes krav ikke kunne tages til følge. Den forelæggende ret spurgte Domstolen, om undtagelsesreglerne i den italienske lov nr. 58/92 var forenelige med Rådets direktiv 77/187/EØF⁷⁰.

60. Telecom Italia gjorde gældende, at den præjudicielle sag ikke kunne tages under realitetsbehandling, da den forelæggende ret »under alle forhold ikke kan anvende [bestemmelserne i direktiv 77/187] på tvisten i hovedsagen, hvor parterne udelukkende er private«⁷¹. Domstolen erkendte, at et direktiv ifølge fast retspraksis ikke kan have horisontal direkte virkning, hvorefter den imidlertid henviste til princippet om »interprétation conforme« og bemærkede, at borgere, når de i forhold til staten kan støtte ret på et direktiv, kan påberåbe sig dette, uanset i hvilken egenskab staten har handlet, fordi det er væsentligt at hindre, at medlemsstaten kan forbedre sin retsstilling ved ikke at efterkomme fællesskabsretten (nu EU-retten). Domstolen citerede dernæst Foster-dommens præmis 20, overlod det til den nationale ret at efterprøve, om sagsøgerne kunne påberåbe sig direktiv 77/187 direkte, og gik videre til at besvare de materielle spørgsmål, der var forelagt⁷².

61. I sagen *Rieser Internationale Transporte*⁷³ havde den sagsøgende transportvirksomhed krævet tilbagebetaling af vejafgifter for benyttelse af Brenner-motorvejen, som den mente at have betalt for meget. Sagsøgte (herefter »Asfinag«) var det organ, som havde fået til opgave at stå for anlæg, planlægning, drift, vedligeholdelse og finansiering af de østrigske motorveje og motortrafikvejstrækninger, som Brenner-motorvejen er en del af, i henhold til en aftale mellem Asfinag og dennes eneaktionær, den østrigske stat. Transportvirksomheden (og Kommissionen) havde gjort gældende, at de relevante bestemmelser i de omhandlede direktiver kunne gøres gældende over for et organ som Asfinag på grund af de tætte bånd, der eksisterede mellem dette selskab og staten i forbindelse med driften af de østrigske motorveje. Asfinag anfægtede denne fortolkning med henvisning til, at det var etableret som et privatretligt selskab, at dets direktør ikke var undergivet instruktioner fra den østrigske stats myndigheder, at det ikke udførte statslige opgaver, og at det opkrævede vejafgifter for egen regning⁷⁴.

62. Efter at have henvist til de principper for vertikal direkte virkning, der er fastsat i Becker-dommen⁷⁵, Marshall-dommen⁷⁶ og Foster-dommen⁷⁷, gengav Domstolen ordret den test, der opstilles i Foster-dommens præmis 20 og gentages i dommen i sagen *Collino og Chiappero*⁷⁸. Herefter foretog den en grundig analyse af de oplysninger, der fandtes i forelæggelsesafgørelsen⁷⁹. Disse forhold viste ifølge Domstolen, at Asfinag var et organ, som ved en af staten udstedt retsakt havde fået til

67 – Dom af 14.9.2000 (C-343/98, EU:C:2000:441).

68 – Jf. dommens præmis 7-9.

69 – Jf. dommens præmis 10-13.

70 – Direktiv af 14.2.1977 om tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varetagelse af arbejdstagernes rettigheder i forbindelse med overførsel af virksomheder, bedrifter eller dele af bedrifter (EFT 1977, L 61, s. 26).

71 – Dommens præmis 19.

72 – Jf. dommens præmis 20-25. Domstolens anvendelse af Foster-dommens præmis 20 (og bestemmelsen om, at et organ, der opfylder de opregnede kriterier, »i hvert fald hører til« de organer, over for hvilke der kan støttes ret på de bestemmelser i direktiv, der kan have direkte virkning) kan opfattes som et forsigtigt signal til den nationale ret om, at Telecom Italia faktisk var et statsligt organ for så vidt angår vertikal direkte virkning.

73 – Dom af 5.2.2004 (C-157/02, EU:C:2004:76).

74 – Jf. dommens præmis 20 og 21.

75 – Dom af 19.1.1982 (8/81, EU:C:1982:7, præmis 23-25).

76 – Dom af 26.2.1986 (152/84, EU:C:1986:84, præmis 49).

77 – Dom af 12.7.1990 (C-188/89, EU:C:1990:313, præmis 16 og 17).

78 – Dom af 14.9.2000 (C-343/98, EU:C:2000:441, præmis 23).

79 – Jf. dommens præmis 25 og 26.

opgave at yde offentlig servicevirksomhed under statens tilsyn, og som med henblik herpå havde særlige beføjelser ud over dem, som følger af de regler, der finder anvendelse i forholdet mellem borgerne⁸⁰. Domstolen konkluderede derfor, at »et sådant organ – uanset sin retlige organisationsform – [hører] til de organer, over for hvilke der kan støttes ret på de bestemmelser i et direktiv, der kan have direkte virkning«⁸¹.

63. Som jeg har forstået det, gjorde Domstolen fuldstændig det samme i dommen i sagen Riesen Internationale Transporte, som den tidligere havde gjort i Foster-dommen. Domstolen fandt, at den ud fra de foreliggende oplysninger kunne konkludere, at Asfinag opfyldte *alle* de betingelser, der var opregnet i Foster-dommen. Asfinag »hørte« derfor »i hvert fald til« de organer, over for hvilke en sagsøger kunne påberåbe sig direktivers direkte virkning. Hertil kommer, at dommen i sagen Riesen Internationale Transporte gør det fuldstændig klart, at et privatretligt selskab, hvis direktør ikke er undergivet instruktioner fra staten, under alle omstændigheder kan være et statsligt organ for så vidt angår vertikal direkte virkning.

64. Sozialhilfeverband Rohrbach-sagen⁸² vedrørte spørgsmålet om, hvorvidt de ansættelseskontrakter, der var indgået med de beskæftigede i Sozialhilfeverband, et offentligt fælleskommunalt socialhjælpsforbund, var blevet overført til to nye privatretlige anpartsselskaber, hvis eneste deltager var Sozialhilfeverband. Den præjudicielle sag blev afgjort ved begrundet kendelse i overensstemmelse med den nugældende artikel 99 i Domstolens procesreglement. Domstolen synes at have lagt særlig vægt på den omstændighed, at de nye anpartsselskaber kontrolleredes af den eneste deltager, der selv var et statsligt organ. Den undersøgte tilsyneladende ikke, om Sozialhilfeverband havde særlige beføjelser⁸³.

65. I Vassallo-sagen⁸⁴ var den sagsøgte et hospital, og spørgsmålet om, hvorvidt det var et statsligt organ, opstod i forbindelse med en formalitetsindsigelse. Hospitalet anførte, at det hverken henhørte under den italienske stat eller under et ministerium. Det var en selvstændig institution med egen ledelse, der inden for rammerne af driften var forpligtet til at anvende de nationale retsregler, som de ikke kunne ændre eller fravige⁸⁵. Domstolen nøjedes med at fastslå, at den nationale ret ifølge forelæggelsesafgørelsen antog det som godtgjort, at hospitalet var en offentlig institution i den offentlige sektor. Det var tilstrækkeligt til, at Domstolen (ved hjælp af den samme udvidede version af testen vedrørende et statsligt organ, som den havde formuleret i dommen i sagen Kampelmann m.fl.) kunne konkludere, at hospitalets formalitetsindsigelse ikke kunne tages til følge⁸⁶. Jeg har heller ikke i dette tilfælde kunnet konstatere, at Domstolen fokuserede på »særlige beføjelser« i forbindelse med sin analyse. Det er desuden i sig selv usandsynligt (jf. Marshall-dommen), at et offentligt hospital skulle have sådanne beføjelser.

66. I Farrell I-dommen henviste Domstolen til den test, der er beskrevet i Foster-dommens præmis 20 (samt i præmis 23 i dommen i sagen Collino og Chiappero og præmis 24 i dommen i sagen Riesen Internationale Transporte), men ikke til Foster-dommens præmis 18. I umiddelbar forlængelse heraf fastslog Domstolen imidlertid udtrykkeligt, at den ikke var i besiddelse af tilstrækkelige oplysninger til at kunne afgøre, om MIBI var et statsligt organ. Den overlod derfor dette spørgsmål til den nationale ret⁸⁷, der efterfølgende indgav den foreliggende anmodning.

80 – Dommens præmis 27. Jf. endvidere punkt 130 ff. nedenfor vedrørende den betingelse i testen, der vedrører »særlige beføjelser«.

81 – Jf. dommens præmis 28.

82 – Kendelse af 26.5.2005 (C-297/03, EU:C:2005:315).

83 – Jf. vedrørende de faktiske omstændigheder, som Domstolens afgørelse var baseret på, præmis 11 og 12 i den begrundede kendelse. Domstolens kortfattede analyse af det første spørgsmål (det spørgsmål, der er relevant her) findes i præmis 27-30. Der tales ikke om »særlige beføjelser« heri.

84 – Dom af 7.9.2006 (C-180/04, EU:C:2006:518).

85 – Dommens præmis 24.

86 – Jf. dommens præmis 26 og 27.

87 – Dom af 19.4.2007, Farrell I (C-356/05, EU:C:2007:229, præmis 40 og 41).

67. I Dominguez-sagen⁸⁸ skulle Store Afdeling tage stilling til et krav, som en medarbejder i henhold til det omarbejdede arbejdstidsdirektiv (direktiv 2003/88/EF⁸⁹) havde fremsat over for Centre informatique du Centre Ouest Atlantique (databehandlingscentret for Centre Ouest Atlantique), der med Domstolens ord var »et organ, som handler på området for social sikring«⁹⁰. Domstolen nøjedes med at citere Foster-dommens præmis 20 og overlod det til den nationale ret at afgøre, om det var muligt at påberåbe en EU-retlig bestemmelse med direkte virkning (artikel 7, stk. 1, i direktiv 2003/88) over for denne sagsøgte⁹¹. Det fremgik heller ikke udtrykkeligt af denne dom, om den sagsøgte havde særlige beføjelser.

68. I Carratù-sagen⁹² skulle Domstolen tage stilling til tidsbegrænsninger i ansættelseskontrakter. Sagsøgte var Poste Italiane (det italienske postvæsen). Domstolens ræsonnement vedrørende argumentet om et statsligt organ var kortfattet⁹³. Den oplyste, at Poste Italiane var ejet 100% af den italienske stat gennem sin eneaktionær, det italienske økonomi- og finansministerium, og at det var underlagt tilsyn fra staten og Corte dei Conti (revisionsretten), som også var repræsenteret med et medlem i Poste Italianes bestyrelse. På dette grundlag konkluderede Domstolen, at Poste Italiane udviste de kumulative forhold, der blev lagt til grund i Foster-dommen, og derfor hørte til »blandt de enheder«, over for hvilke den vertikale direkte virkning kan påberåbes⁹⁴.

69. Jeg må indrømme, at jeg er mindre sikker på, at jeg helt forstår dommen i Portgás-sagen (Femte Afdeling)⁹⁵, der blev afsagt den samme dag som Carratù-dommen (Tredje Afdeling).

70. Portgás var på det relevante tidspunkt et portugisisk aktieselskab, der havde enekoncession på offentlig gasforsyning som omhandlet i artikel 2 i Rådets direktiv 93/38/EØF⁹⁶. Det modtog EU-medfinansiering fra Den Europæiske Fond for Regionaludvikling, som det bl.a. anvendte til finansiering af indkøb af gasmålere. I forlængelse af en revision krævede en offentlig portugisisk instans (forvaltningsorganet for Programa Operacional Norte (det operationelle program Nord)) tilbagebetaling af denne økonomiske støtte med den begrundelse, at Portgás ikke havde levet op til de relevante EU-regler i direktiv 93/38 vedrørende sådanne offentlige indkøb. Disse regler var endnu ikke blevet gennemført i portugisisk ret. Var Portgás et statsligt organ for så vidt angår direktivers vertikale direkte virkning, og kunne den portugisiske stat i bekræftende fald selv gøre det pågældende direktiv, der ikke var gennemført, gældende mod Portgás?

88 – Dom af 24.1.2012 (C-282/10, EU:C:2012:33).

89 – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 4.11.2003 om visse aspekter i forbindelse med tilrettelæggelse af arbejdstiden (EUT 2003, L 299, s. 9).

90 – Dommens præmis 36.

91 – Dommens præmis 39 og 40.

92 – Dom af 12.12.2013 (C-361/12, EU:C:2013:830).

93 – Den følgende beskrivelse af sagen er udelukkende baseret på dommens præmis 29-31.

94 – Domstolen henviste interessant nok ikke direkte til Foster-dommen, men baserede sig på Kuso-dommen (dom af 12.9.2013, C-614/11, EU:C:2013:544) (en sag, der blev pådømt uden forslag til afgørelse), hvori Foster-dommens præmis 20 er citeret. Domstolen fokuserede tilsyneladende heller ikke specifikt på den betingelse i testen i Foster-dommen, der vedrører »særlige beføjelser«.

95 – Dom af 12.12.2013 (C-425/12, EU:C:2013:829).

96 – Direktiv af 14.6.1993 om samordning af fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation (EFT 1993, L 199, s. 84), som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 98/4/EF af 16.2.1998 (EFT 1998, L 101, s. 1).

71. Generaladvokat Wahl undersøgte to spørgsmål i forbindelse med sin vurdering: i) Over for hvem og ii) af hvem kan direktivbestemmelser med direkte virkning påberåbes »vertikalt«? Han tog udgangspunkt i Foster-dommens præmis 20, der efter hans opfattelse havde »stadfæstet« den test, som Domstolen fastsatte i denne sag⁹⁷. Han konkluderede, at den omstændighed, at Portgás havde koncession på levering af en offentlig ydelse og var en ordregivende myndighed i henhold til artikel 2 i direktiv 93/38, ikke nødvendigvis betød, at selskabet måtte anses for at være en del af staten. Da den forelæggende ret ikke havde »fremsendt tilstrækkelige oplysninger om Portgás til, at det [kunne] afgøres, om det pågældende selskab på tidspunktet for de omtvistede omstændigheder havde særlige beføjelser og var underlagt de offentlige myndigheders kontrol, [påhvilede] det således i henhold til den regel, der blev fastslået i [Foster-dommen], og den synsvinkel, Domstolen traditionelt har anlagt i lignende sager«, den forelæggende ret at undersøge, om alle disse betingelser var opfyldt⁹⁸. Hvis Portgás var en del af staten, mente han imidlertid ikke, at der var noget til hinder for, at direktivbestemmelser med direkte virkning blev påberåbt over for Portgás⁹⁹.

72. I dommen fastslog Domstolen først, at de relevante bestemmelser i direktiv 93/38 faktisk var ubetingede og tilstrækkelig præcise til at have direkte virkning¹⁰⁰. Dernæst citerede den Foster-dommens præmis 20, der gentages i dommen i sagen Collino og Chiappero (præmis 23), dommen i sagen Rieser Internationale Transporte (præmis 24), Farrell I-dommen (præmis 40) og Dominguez-dommen (præmis 39)¹⁰¹. Af denne retspraksis udledte den, at »selv om en privatperson er omfattet af et direktivs personelle anvendelsesområde, kan [det] ikke som sådan gøres gældende over for [denne person] ved de nationale domstole« (jeg er enig i denne konklusion, men mener, at den bygger på Faccini Dori-dommen¹⁰² og ikke på den nævnte retspraksis).

73. Domstolen bemærkede umiddelbart herefter, at »[...] den omstændighed alene, at en privat virksomhed, som er eneste koncessionshaver til levering af en offentlig ydelse, indgår i den kategori af enheder, der udtrykkeligt er omfattet af direktiv 93/38's personelle anvendelsesområde, ikke [har] til følge, at direktivets bestemmelser kan gøres gældende over for den pågældende virksomhed«¹⁰³. Denne konklusion er jeg enig i, men af en lidt anden grund. Efter min opfattelse er det kun det materielle anvendelsesområde for direktiv 93/38, der beskrives i artikel 2. Det er klart, at denne bestemmelse består af to led: artikel 2, stk. 1, litra a) (offentlige myndigheder eller offentlige virksomheder) og artikel 2, stk. 1, litra b) (ordregivere, som *ikke* er offentlige myndigheder eller offentlige virksomheder, men udøver en eller flere af de former for virksomhed, der er omhandlet i stk. 2, »og som driver virksomhed på grundlag af særlige eller eksklusive rettigheder, der er indrømmet af en kompetent myndighed i en medlemsstat«). Jeg har vanskeligt ved at se, at denne

97 – Jf. punkt 35 i forslaget til afgørelse og fodnote 16 hertil. Jeg har allerede præciseret, at jeg anser præmis 18 og ikke præmis 20 for at være den vigtigste præmis i Foster-dommen. Det skal i denne forbindelse påpeges, at generaladvokat Wahl (i punkt 43 i sit forslag til afgørelse) har henvist til generaladvokat van Gervens forslag til afgørelse Foster (C-188/89, EU:C:1990:188) som (eneste) kilde til antagelsen om, at »[d]en omstændighed, at en privat virksomhed som eneste koncessionshaver har fået til opgave at levere en offentlig ydelse, er [...] ikke tilstrækkelig til, at bestemmelserne i et direktiv, der ikke er gennemført i national ret, kan gøres gældende over for dette selskab. Det skal kunne fastslås, at den pågældende virksomhed har særlige beføjelser og er underlagt de offentlige myndigheders kontrol«. Da Domstolen ikke lagde den konkrete antagelse til grund i Foster-dommen, er det vanskeligt at se, hvordan den nævnte kilde bringer sagen videre.

98 – Jf. punkt 45 i forslaget til afgørelse. Generaladvokat Wahl støttede, hvad han beskrev som »den synsvinkel, Domstolen traditionelt har anlagt«, på »bl.a. [dommen i sagen] Collino og Chiappero, præmis 24, Farrell-dommen, præmis 41, og Dominguez-dommen, præmis 40«. Dermed mente generaladvokaten måske blot, at »det overlades til den nationale ret at træffe afgørelse om de faktiske omstændigheder« (hvilket Domstolen gjorde i alle de tre sager, som han henviste til). Hvis han mente, at der findes en »traditionel synsvinkel«, hvor det kræves, at alle de betingelser, der er opregnet i Foster-dommens præmis 20, er opfyldt, for at et organ kan anses for at være et statsligt organ, vil jeg minde om, at det som allerede nævnt (i punkt 43-54) ikke er min opfattelse, at der bevidst og konsekvent er blevet anlagt en sådan synsvinkel i Domstolens praksis.

99 – Jf. punkt 62-66 i generaladvokat Wahls forslag til afgørelse.

100 – Jf. dommens præmis 19 og 20.

101 – Jf. min grundige gennemgang af disse sager i det foregående. De forskellige præmisser, der er nævnt i Portgás-dommens præmis 24, citerer Foster-dommens præmis 20 (og det fremgår klart af ordvalget i dem alle, at et organ, der opfylder alle de nævnte kriterier, tilhører kategorien af »statslige organer«). De nævnte kilder støtter – efter min mening – ikke antagelsen om, at Foster-dommens præmis 20 skal betragtes som en endelig definition, som omfatter alle organer, der er statslige organer.

102 – Dom af 14.7.1994 (C-91/92, EU:C:1994:292, præmis 19-25, navnlig præmis 24 og 25).

103 – Jf. dommens præmis 25.

beskrivelse af det materielle anvendelsesområde (som besvarer følgende spørgsmål: »Hvem skal overholde dette direktiv, når det er gennemført?«) automatisk besvarer et andet spørgsmål, der lyder således: »Hvis dette direktiv *ikke* er blevet gennemført, kan dets bestemmelser med direkte virkning da påberåbes over for alle organer, der angives at være omfattet af dets anvendelsesområde?«

74. Domstolen bemærkede dernæst, at »[d]et kræves [...], at den nævnte offentlige tjenesteydelse udføres under statens tilsyn, og at den nævnte virksomhed har særlige beføjelser ud over dem, som følger af de regler, der finder anvendelse i forholdet mellem borgerne«, hvilket den baserede på dommen i sagen Rieser Internationale Transportes præmis 25-27. Jeg har allerede kommenteret denne sag¹⁰⁴. Disse tre præmisser i dommen i sagen Rieser Internationale Transporte vedrørte *anvendelsen* af Foster-dommens præmis 20 på de specifikke omstændigheder i sagen Rieser Internationale Transporte, og de førte til den konklusion (i præmis 28, som ikke er nævnt i Portgás-dommen), at »et sådant organ – uanset sin retlige organisationsform – [hører] til de organer, over for hvilke der kan støttes ret på de bestemmelser i et direktiv, der kan have direkte virkning«¹⁰⁵. De støtter ikke som sådan antagelsen om, at alle de betingelser, der er opregnet i Foster-dommens præmis 20, altid skal være til stede, for at et organ med rette kan klassificeres som et statsligt organ.

75. I præmis 27-30 gennemgik Domstolen herefter de oplysninger, der forelå om Portgás. Den konkluderede, at den ikke var i besiddelse af alle de oplysninger, der var nødvendige for at træffe afgørelse om, hvorvidt Portgás *var* et statsligt organ, og at det derfor tilkom den nationale ret at foretage den nødvendige analyse (præmis 31, der indeholder en omformuleret version af Foster-dommens præmis 20)¹⁰⁶. Den anden del af dommen vedrørte spørgsmålet om, hvorvidt staten selv kunne gøre et direktiv, som ikke var gennemført, gældende over for et statsligt organ. Dette spørgsmål besvarede Domstolen i lighed med generaladvokaten bekræftende¹⁰⁷.

76. Efter min opfattelse synes Femte Afdeling at have baseret sig på en mangelfuld forståelse af, hvilken test der bør anvendes, i Portgás-sagen. Dens insisteren på, at alle de betingelser, der er opregnet i Foster-dommens præmis 20, skal være til stede, synes heller ikke at komme til udtryk andetsteds i Domstolens retspraksis siden Foster-dommen.

77. Jeg må efter denne gennemgang af retspraksis efter Foster-dommen konkludere, at Domstolen ikke umiddelbart har valgt en restriktiv kumulativ test for, hvad der udgør et statsligt organ for så vidt angår direktivers vertikale direkte virkning. Domstolen har ganske vist henvist oftere til Foster-dommens præmis 20 end til denne doms præmis 18, men ser man på udfaldet, har den ikke insisteret vedholdende på, at alle de elementer, der nævnes heri, skal være til stede. Den har snarere – som i Foster-dommen – udstukket specifikke afgørende retningslinjer for den nationale ret i de tilfælde, hvor den fandt, at den rådede over tilstrækkelige oplysninger til at gøre det (navnlig i dommen i sagen Rieser Internationale Transporte). I andre tilfælde har den overladt det til den nationale EU ret at afgøre, om testen er opfyldt¹⁰⁸.

78. Hvis jeg ikke har ret i min vurdering, vil Domstolen i den foreliggende præjudicielle sag få lejlighed til at foretage den nødvendige præcisering, da Store Afdeling nu skal tage stilling til spørgsmålet om, hvordan det defineres, hvad der udgør et statsligt organ for så vidt angår direktivers vertikale direkte virkning.

104 – Jf. punkt 61-63 ovenfor.

105 – Min fremhævelse.

106 – Denne omformulerede version gentages med få ændringer i domskonklusionens punkt 2. Jf. endvidere punkt 129 ff. nedenfor vedrørende den betingelse i testen, der vedrører »særlige beføjelser«.

107 – Juridiske eksperter har efterfølgende spekuleret på, om det sidstnævnte problem faktisk er uden forbindelse med spørgsmålet om direktivers (vertikale eller horisontale) direkte virkning, hvilket både generaladvokaten og Domstolen syntes at mene (de lagde i stedet vægt på medlemsstatens forpligtelse til at sikre, at et direktiv overholdes). Jf. f.eks. A. Albors-Llorens, »The direct effect of EU Directives: fresh controversy or a storm in a tea-cup? Comment on Portgás«, (2014) EL.Rev, s. 851.

108 – Jf. punkt 58, 60, 65, 66 og 67 ovenfor.

Inspiration fra andre områder af EU-retten

79. På dette trin vil jeg undersøge nærmere, om der kan være hjælp at hente inden for tre områder af EU-retten – statsstøtte, reglerne om levering af tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse (»SGEI«) og offentlige indkøb – hvor Domstolen allerede har skullet forholde sig til problemer, som begrebsmæssigt er beslægtet med det foreliggende problem med, hvordan man kan videreudvikle testen i Foster-dommen vedrørende spørgsmålet om, hvad der udgør et statsligt organ for så vidt angår direktivers vertikale direkte virkning. Alle disse områder vedrører begreber som offentlig myndighed og levering af tjenesteydelser mod betaling, og staten indgår i alle tilfælde i relationer med forskellige former for organer eller virksomheder. Jeg påstår ikke, at de regelsæt, der gælder inden for disse områder af EU-retten, uden videre eller fuldt ud kan overføres på den foreliggende situation. De kan imidlertid være med til at belyse, hvilke kriterier der bør anvendes ved sondringen mellem »staten og dens organer« og »private parter«.

– Statsstøtte (artikel 107 TEUF)

80. Det er ofte nødvendigt at vurdere, om en bestemt foranstaltning udgør statsstøtte efter artikel 107 TEUF. Den test, som skal vise, om en bestemt foranstaltning, der begunstiger en virksomhed, er af »statslig oprindelse«, anvendes i denne sammenhæng til at afgøre, om denne foranstaltning skal betragtes som »statsstøtte eller støtte, som ydes ved hjælp af statsmidler«. En foranstaltnings statslige oprindelse beror dels på begrebet om, at foranstaltningen kan tilregnes staten, dels på begrebet om anvendelse af statsmidler.

81. Når en offentlig myndighed giver en støttemodtager en fordel, skal foranstaltningen pr. definition tilregnes staten, selv om den pågældende myndighed juridisk er uafhængig af andre offentlige myndigheder¹⁰⁹. Som det fremgår af Domstolens faste praksis, sondres der ikke mellem tilfælde, hvor støtten ydes direkte af staten, og tilfælde, hvor støtten ydes af offentlige eller private organer, som staten opretter eller udpeger med henblik på at administrere støtten¹¹⁰. Det samme gælder, hvis en offentlig myndighed sætter et privat eller offentligt organ til at forvalte en foranstaltning, der indrømmer en fordel. Det bør ikke være muligt efter EU-retten at omgå statsstøttereglerne ved at oprette selvstændige institutioner, som foretager støttetildelingen¹¹¹.

109 – Jf. Kommissionens meddelelse om begrebet statsstøtte i artikel 107, stk. 1, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (herefter »Kommissionens statsstøttemeddelelse«). Denne meddelelse blev senest ajourført i juni 2016 (EUT 2016, C 262, s. 1).

110 – Dom af 16.5.2002, Frankrig mod Kommissionen (C-482/99, EU:C:2002:294, præmis 23).

111 – Dom af 16.5.2002, Frankrig mod Kommissionen (C-482/99, EU:C:2002:294, præmis 23 og den deri nævnte retspraksis) og af 20.11.2003, GEMO (C-126/01, EU:C:2003:622, præmis 23). Jf. endvidere dom af 12.12.1996, Air France mod Kommissionen (T-358/94, EU:T:1996:194, præmis 62). Jf. endelig generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse UTECA (C-222/07, EU:C:2008:468, punkt 124).

82. Hvis fordelene indrømmes af en offentlig virksomhed, er det mindre klart, at foranstaltningen må tilregnes staten¹¹². I sådanne tilfælde er det nødvendigt at tage stilling til, om de offentlige myndigheder på den ene eller den anden måde må anses for at have været impliceret i vedtagelsen af denne foranstaltning. Den omstændighed, at en foranstaltning er truffet af en offentlig virksomhed, er ikke i sig selv tilstrækkelig til, at denne foranstaltning kan tilregnes staten¹¹³. Det er imidlertid ikke nødvendigt at bevise, at de offentlige myndigheder i den konkrete sag specifikt har tilskyndet den offentlige virksomhed til at træffe den pågældende foranstaltning¹¹⁴.

83. På grund af de tætte forbindelser, der nødvendigvis er mellem staten og de offentlige virksomheder, er der en reel risiko for, at der på uigennemskuelig vis tildeles statsstøtte gennem disse virksomheder i strid med traktatens regler om statsstøtte¹¹⁵. Hertil kommer, at det normalt – netop på grund af de privilegerede forbindelser mellem staten og de offentlige virksomheder – vil være meget vanskeligt for tredjemand at påvise i det konkrete tilfælde, at en sådan virksomheds foranstaltninger blev truffet efter anvisning fra de offentlige myndigheder¹¹⁶.

84. Det vil af disse grunde kunne *udledes af en bedømmelse af sagens omstændigheder som helhed* og den sammenhæng, hvori foranstaltningen er truffet, om en foranstaltning truffet af en offentlig virksomhed kan tilregnes staten¹¹⁷.

85. Hvad angår anvendelse af statsmidler er det generelt kun fordele, der tildeles direkte eller indirekte med statsmidler, som kan udgøre statsstøtte efter artikel 107, stk. 1, TEUF. Det fremgår imidlertid af retspraksis, at midler fra private organer under visse omstændigheder også kan betragtes som statsmidler i henhold til artikel 107, stk. 1, TEUF. Midlernes oprindelse er ikke relevant, såfremt de er under offentlig kontrol og dermed står til rådighed for de nationale myndigheder, inden de overføres direkte eller indirekte til støttemodtagerne¹¹⁸. Det er ikke nødvendigt, at midlerne bliver den offentlige myndigheds ejendom¹¹⁹.

86. Hvis en virksomhed eller et organ modtager finansiering fra statsbudgettet, og denne finansiering sker på sådanne vilkår, at den må kvalificeres som statsstøtte i henhold til artikel 107 TEUF, er det da tilstrækkeligt til at gøre modtageren til et statsligt organ for så vidt angår direktivers vertikale direkte virkning? Det mener jeg ikke. Jeg mener således ikke, at en privat bank eller en kulmine, som har modtaget støtte med henblik på omstrukturering, bliver et statsligt organ i Foster-dommens forstand. I den anden ende af spektret har jeg også vanskeligt ved at se, at den omstændighed, at en

112 – Jf. i denne retning dom af 16.5.2002, Frankrig mod Kommissionen (C-482/99, EU:C:2002:294, præmis 24). En relevant definition af, hvad der menes med en offentlig virksomhed, kan findes i Kommissionens direktiv 2006/111/EF af 16.11.2006 om gennemskueligheden af de økonomiske forbindelser mellem medlemsstaterne og de offentlige virksomheder og om den finansielle gennemskuelighed i bestemte virksomheder (EUT 2006, L 318, s. 17). Det fremgår af dette direktivs artikel 2, litra b), at der ved »offentlige virksomheder« forstås »enhver virksomhed, på hvilke de offentlige myndigheder direkte eller indirekte kan have en dominerende indflydelse som følge af ejerforhold, kapitalindskud eller de regler, der gælder for virksomheden«.

113 – Dom af 16.5.2002, Frankrig mod Kommissionen (C-482/99, EU:C:2002:294, præmis 52). Jf. også dom af 26.6.2008, Air France mod Kommissionen (T-442/03, EU:T:2008:228, præmis 93-100).

114 – Dom af 16.5.2002, Frankrig mod Kommissionen (C-482/99, EU:C:2002:294, præmis 53). Det er heller ikke nødvendigt at påvise i det konkrete tilfælde, at den offentlige virksomheds adfærd ville have været anderledes, såfremt den havde handlet selvstændigt: jf. dom af 25.6.2015, SACE og Sace BT mod Kommissionen (T-305/13, EU:T:2015:435, præmis 48).

115 – Dom af 16.5.2002, Frankrig mod Kommissionen (C-482/99, EU:C:2002:294, præmis 53).

116 – Dom af 16.5.2002, Frankrig mod Kommissionen (C-482/99, EU:C:2002:294, præmis 54).

117 – Dom af 16.5.2002, Frankrig mod Kommissionen (C-482/99, EU:C:2002:294, præmis 55) (min fremhævelse). De omstændigheder, der eventuelt kan danne grundlag for tilregnelser, er opregnet i afsnit 3.1.1 i Kommissionens statsstøttemeddelelse. Der er bl.a. tale om den offentlige virksomheds integration i den offentlige forvaltning, det forhold, at den virksomhed, gennem hvilken støtten blev ydet, var forpligtet til at tage hensyn til direktiver fra staten, hvilke aktiviteter den offentlige virksomhed udøvede, og om den opererede på markedet i normal konkurrence med private aktører.

118 – Jf. bl.a. dom af 17.7.2008, Essent Netwerk Noord m.fl. (C-206/06, EU:C:2008:413, præmis 70), og af 16.5.2000, Frankrig mod Ladbroke Racing og Kommissionen (C-83/98 P, EU:C:2000:248, præmis 50).

119 – Jf. dom af 12.12.1996, Air France mod Kommissionen (T-358/94, EU:T:1996:194, præmis 65-67), vedrørende støtte, som blev tildelt af Caisse des Dépôts et Consignations, og som var finansieret af frivillige indskud fra private borgere, der kunne haves når som helst. Retten fastslog, at der var tale om statsmidler, fordi Caisse des Dépôts et Consignations kunne disponere over det overskud, som forskellen mellem indskud og hævninger efterlod, som om det permanent stod til bankens rådighed. Jf. også dom af 16.5.2000, Frankrig mod Ladbroke Racing og Kommissionen (C-83/98 P, EU:C:2000:248, præmis 50).

virksomhed eller et organ betales med offentlige midler for at levere varer eller tjenesteydelser, i sig selv gør denne virksomhed eller dette organ til et statsligt organ. En virksomhed, der er ansvarlig for at levere kontorartikler til et statsligt ministerium i henhold til en kontrakt, som er indgået efter en offentlig indkøbsprocedure, vil således ikke falde ind under denne definition.

– Tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse

87. Virksomheder, der har fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse som omhandlet i artikel 106, stk. 2, TEUF, er »underkastet traktaternes bestemmelser, navnlig konkurrencereglerne, i det omfang anvendelsen af disse bestemmelser ikke retligt eller faktisk hindrer opfyldelsen af de særlige opgaver, som er betroet dem«¹²⁰. Hvis disse virksomheder falder ind under denne bestemmelse, kan det ikke ud fra den omstændighed, at de modtager midler fra staten eller nyder særlige eller eksklusive rettigheder, konkluderes, at denne ordning udgør (forbudt) statsstøtte. De fire betingelser, der anvendes ved afgørelsen af, om en given virksomhed leverer tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, blev fastsat i den velkendte Altmark-dom¹²¹.

88. Som den første betingelse i Altmark-dommen (den eneste af de fire betingelser, der er relevant for den aktuelle diskussion) skal »den pågældende virksomhed faktisk være pålagt at opfylde forpligtelser til offentlig tjeneste, og disse forpligtelser skal være klart defineret«. Retten har senere opstillet to supplerende krav, nemlig at »der foreligger en offentlig myndighedsakt, der pålægger de omhandlede erhvervsdrivende en [SGEI]-opgave, samt [at denne opgave er af generel] og bindende karakter«, og at »medlemsstaten skal anføre årsagerne til, at den finder, at den omhandlede tjenesteydelse, på grund af dens særlige karakter, fortjener at kvalificeres som en [SGEI]-ydelse, og at den adskiller sig fra andre økonomiske aktiviteter«¹²².

89. Denne retspraksis, sammenholdt med Kommissionens praksis vedrørende virksomheder, der hævder, at de udfører tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse¹²³, viser, at sådanne tjenesteydelser indebærer *aktiviteter inden for rammerne af statens offentlige opgaver, som staten af en eller anden årsag har besluttet at overdrage til en tredjepart*. Set fra en lidt anden vinkel kan det siges, at medlemsstaternes offentlige myndigheder (på nationalt, regionalt eller lokalt plan afhængig af kompetencefordelingen efter national ret) klassificerer de tjenesteydelser, der skal leveres, som værende af almen interesse og derfor undergivet bestemte forpligtelser til offentlig tjeneste. Begrebet tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse dækker både økonomiske aktiviteter og levering af ikke-økonomiske tjenesteydelser¹²⁴.

90. En virksomhed, der leverer en tjenesteydelse af almindelig økonomisk interesse, kendetegnes især ved, at den gennemfører noget, der tjener et almennyttigt formål, og som ikke ville blive gennemført (eller ville blive gennemført på andre vilkår hvad angår objektiv kvalitet, sikkerhed, rimelig pris, ligebehandling og universel adgang) på det frie marked, hvis det offentlige ikke greb ind (»teorien om

120 – Denne bestemmelse omfatter også virksomheder, »som har karakter af fiskale monopoler«. Den sidstnævnte kategori er efter min opfattelse ikke relevant for den aktuelle diskussion.

121 – Dom af 24.7.2003, Altmark Trans og Regierungspräsidium Magdeburg (C-280/00, EU:C:2003:415, præmis 89 ff.) (herefter »Altmark-dommen«).

122 – Jf. dom af 12.2.2008, BUPA m.fl. mod Kommissionen (T-289/03, EU:T:2008:29, præmis 172) (min fremhævelse). Jf. også dom af 10.12.1991, *Merci convenzionali Porto di Genova* (C-179/90, EU:C:1991:464, præmis 27).

123 – Jf. arbejdsdokument fra Kommissionens tjenestegrene af 29.4.2013, »Vejledning i anvendelsen af EU's regler om statsstøtte, offentlige indkøb og indre marked på tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, især sociale tjenesteydelser af almen interesse« (SWD(2013) 53 final/2). Jf. også Kommissionens meddelelse om Den Europæiske Unions rammebestemmelser for statsstøtte i form af kompensation for offentlig tjeneste (2011) (EUT 2012, C 8, s. 15).

124 – Kommissionens meddelelse af 20.12.2011 til Europa-Parlamentet, Rådet, Det Europæiske Økonomiske og Sociale Udvalg og Regionsudvalget, »En kvalitetsramme for tjenesteydelser af almen interesse i Europa«, KOM(2011) 900 endelig, s. 3.

markedssvigt»¹²⁵. Et oplagt eksempel kunne være et apotek, der er placeret i et fjerntliggende landdistrikt. Domstolen har derfor fastslået, at tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse er tjenesteydelser, der har særlige karakteristika i forhold til tjenesteydelser inden for andre økonomiske aktiviteter¹²⁶. Ifølge fast retspraksis har de offentlige myndigheder i medlemsstaterne en stor skønsbeføjelse med hensyn til definitionen af det, de anser for at være tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, og Kommissionen kan kun stille spørgsmålstegn ved en medlemsstats definition af disse tjenesteydelser i tilfælde af en åbenbar fejl¹²⁷. Det er værd at lægge mærke til (men ikke overraskende), at omfanget og tilrettelæggelsen af tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse varierer betydeligt fra medlemsstat til medlemsstat alt efter den enkelte medlemsstats historie og traditioner for offentlige indgreb. Tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse er derfor meget forskelligartede. Brugernes behov og præferencer vil afhænge af de geografiske, sociale og kulturelle forhold. Det tilkommer derfor (med rette) de offentlige myndigheder i hver medlemsstat at fastlægge arten og omfanget af det, de betragter som en tjenesteydelse af almen interesse.

91. Tjenesteydere, der leverer tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, er nødt til at acceptere visse krav eller specifikke opgaver, som de ikke ville blive pålagt, hvis de skulle levere tilsvarende tjenesteydelser på kommercielle vilkår. En ikke-udtømmende opregning af disse kan omfatte følgende: at levere de pågældende tjenesteydelser generelt til alle, der beder om dem (i stedet for at vælge sine kunder frit), altid at skulle levere disse tjenesteydelser (i stedet for frit at vælge, hvorvidt, hvornår og hvor de skal leveres) og at skulle levere en tjenesteydelse, uanset om det giver økonomisk mening at levere denne tjenesteydelse til en bestemt kunde eller under bestemte omstændigheder. Til gengæld vil den virksomhed, der leverer den pågældende tjenesteydelse af almindelig økonomisk interesse, som regel få tildelt visse eksklusive rettigheder, og den betaling, den modtager fra staten, vil overstige den pris, der ville blive betalt for den leverede tjenesteydelse på normale markedsvilkår.

92. Leveringen af den pågældende tjenesteydelse af almindelig økonomisk interesse vil i visse tilfælde også medføre, at der tillægges særlige beføjelser som omhandlet i Foster-dommen (f.eks. beføjelsen til at anvende tvangsmidler over for enkeltpersoner), *men det vil ikke altid være tilfældet*. Dette vigtige spørgsmål vender jeg tilbage til¹²⁸.

125 – Ibidem, s. 3. Jf. også Kommissionens meddelelse om forsyningspligtigheder i Europa (EFT 2001, C 17, s. 4), punkt 14, hvoraf det fremgår, at »hvis de offentlige myndigheder mener, at visse tjenesteydelser er af almen interesse, og at markeds kræfterne ikke kan sikre en tilfredsstillende opfyldelse af de pågældende behov, kan de fastsætte specifikke krav til varetagelse af almene interesser i form af en forsyningspligt«. Jf. hvad specifikt angår statsstøtte i sektoren for bredbåndsnet Kommissionens meddelelse om EU-retningslinjer for statsstøttereglerne anvendelse i forbindelse med hurtig etablering af bredbåndsnet (EUT 2013, C 25, s. 1), punkt 20, hvoraf det fremgår, at »Kommissionen [er] af den opfattelse, at etableringen af en parallel konkurrencedygtig og offentligt støttet bredbåndsinfrastruktur i områder, hvor private investorer i forvejen har investeret i en bredbåndsinfrastruktur (eller er ved at udbygge nettet yderligere) og allerede leverer konkurrencedygtige bredbåndstjenester med en tilstrækkelig bredbåndsdekning, ikke kan betragtes som en SGEI efter EUF-traktatens artikel 106, stk. 2«. Jf. også dom af 16.9.2013, Colt Télécommunications France mod Kommissionen (T-79/10, ikke trykt i Sml., EU:T:2013:463, præmis 154), hvori Retten fastslog, at »der skal foreligge et markedssvigt, for at en aktivitet kan kvalificeres som [en tjenesteydelse af almindelig økonomisk interesse]«.

126 – Dom af 10.12.1991, *Merci convenzionali porto di Genova* (C-179/90, EU:C:1991:464, præmis 27), af 17.7.1997, *GT-Link* (C-242/95, EU:C:1997:376, præmis 53), og af 18.6.1998, *Corsica Ferries France* (C-266/96, EU:C:1998:306, præmis 45).

127 – Jf. bl.a. generaladvokat Tizzano's forslag til afgørelse *Ferring* (C-53/00, EU:C:2001:253, punkt 51). Jf. også dom af 15.6.2005, *Olsen mod Kommissionen* (T-17/02, EU:T:2005:218, præmis 216 og den deri nævnte retspraksis); jf. endvidere Kommissionens meddelelse om anvendelsen af Den Europæiske Unions statsstøtteregler på kompensation for levering af tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse (EUT 2012, C 8, s. 4), punkt 46.

128 – Jf. punkt 129 ff. nedenfor.

– Offentlige indkøb

93. I EU's regler om offentlige indkøb er begrebet »staten« og dens organer sammenfaldende med begrebet »ordregivende myndighed«. Dette er afgørende for, om en kontrakt skal tildeles i henhold til reglerne om offentlige indkøb, eller om den kan tildeles efter en anden procedure¹²⁹.

94. I artikel 2, stk. 1, i direktiv 2014/24 defineres en »ordregivende myndighed« som »staten, regionale eller lokale myndigheder, offentligretlige organer, sammenslutninger af en eller flere af disse myndigheder eller et eller flere af disse offentligretlige organer«. I henhold til artikel 2, stk. 1, nr. 4), skal der ved »offentligretlige organer« forstås »organer med følgende karakteristika: a) De er oprettet specielt med henblik på at *imødekomme almenhedens behov, dog ikke behov af industriel eller kommerciel karakter*, b) de er en *juridisk person*, og c) de *finansieres for størstedelens vedkommende af staten*, regionale eller lokale myndigheder eller af andre offentligretlige organer, *eller er underlagt ledelsesmæssig kontrol af disse myndigheder eller organer*, eller de har et *administrations-, ledelses- eller tilsynsorgan*, hvor mere end halvdelen af medlemmerne udpeges af staten, regionale eller lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer«¹³⁰.

95. Disse kumulative betingelser¹³¹ gælder ikke kun for organets *retlige status* (dets status som juridisk person) og dets *organisatoriske tilknytning* til staten (i kraft af finansiering eller kontrol), men også for den ordregivende myndigheds *offentlige opgaver* (at imødekomme almenhedens behov, dog ikke behov af industriel eller kommerciel karakter).

96. Denne definition kan umiddelbart virke mere snæver end den klassiske test i Foster-dommen. I praksis har Domstolen imidlertid fortolket den bredt og fleksibelt og under hensyn til de særlige omstændigheder i den enkelte sag.

97. I dommen i sagen University of Cambridge fastslog Domstolen således, at »[s]elv om den måde, som et givent organ finansieres på, kan være afslørende for, om der består en nær tilknytning mellem organet og en anden ordregivende myndighed, må det alligevel fastslås, at dette kriterium ikke kan være eneafgørende. Det er ikke enhver betaling, der foretages af en ordregivende myndighed, som har til formål at skabe eller forstærke et specifikt underordnings- eller afhængighedsforhold. Kun de ydelser, der finansierer eller støtter den berørte virksomheds aktiviteter ved et økonomisk bidrag uden særlig modydelse, kan kvalificeres som »offentlig finansiering«¹³². Det fulgte heraf, at »udtrykket »hvis drift [...] finansieres af [en eller flere ordregivende myndigheder]«, jf. artikel 1, litra b), andet afsnit, tredje tankestreg, i direktiv 92/50, 93/36 og 93/37, skal fortolkes således, at det omfatter stipendier eller tilskud, der betales af en eller flere ordregivende myndigheder med det formål at støtte forskningsarbejde, såvel som støtte til studerende, som de regionale uddannelsesmyndigheder betaler til universiteterne, og som svarer til undervisningsgebyr for navngivne studerende. Derimod udgør de

129 – Jf. artikel 1, stk. 1, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26.2.2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF (EUT 2014, L 94, s. 65). Det påpeges i artikel 1, stk. 4, at »[d]ette direktiv [ikke] berører [...] medlemsstaternes frihed til i overensstemmelse med EU-retten at fastsætte, hvad de betragter som tjenesteydelser af almen økonomisk interesse, og bestemme, hvordan disse tjenesteydelser skal organiseres og finansieres, i overensstemmelse med reglerne om statsstøtte, og hvilke specifikke forpligtelser der bør gælde for dem. Ligeledes berører dette direktiv ikke offentlige myndigheders ret til at beslutte, om, hvordan og i hvilket omfang de ønsker selv at udføre offentlige funktioner i henhold til artikel 14 i TEUF og protokol nr. 26«.

130 – Min fremhævelse.

131 – Domstolen bekræftede, at de tre betingelser alle skal være opfyldt samtidig, i dom af 15.1.1998, Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl. (C-44/96, EU:C:1998:4, præmis 21). Jf. endvidere dom af 16.10.2003, Kommissionen mod Spanien (C-283/00, EU:C:2003:544, præmis 69).

132 – Dom af 3.10.2000, University of Cambridge (C-380/98, EU:C:2000:529, præmis 21).

betalinger, der foretages af en eller flere ordregivende myndigheder enten i forbindelse med en tjenesteydelsesaftale, der omfatter forskningsarbejde, eller som modydelse for andre tjenesteydelser såsom rådgivning eller tilrettelæggelse af konferencer, ikke en offentlig finansiering i de nævnte direktivers forstand«¹³³.

98. I Mannesmann Anlagenbau-dommen fandt Domstolen, at et organ som Österreichische Staatsdruckerei, som drev virksomhed med heatset-rotationstryk, og som var oprettet ved lov og udøvede aktiviteter for både at imødekomme almenhedens behov og behov af kommerciel karakter, skulle anses for et offentligretligt organ og dermed for en ordregivende myndighed. Bygge- og anlægskontrakter af enhver art, som dette organ indgik, skulle derfor anses for offentlige bygge- og anlægskontrakter¹³⁴. Domstolen fandt i det væsentlige, at når en del af de opgaver, der udføres af et organ, er af almen interesse, er dette organ omfattet af udbudsdirektivets anvendelsesområde i forbindelse med alle sine udbud.

99. I Adolf Truley-dommen pointerede Domstolen, at begrebet »almenhedens behov« skulle gives en selvstændig og ensartet fortolkning i hele Den Europæiske Union, og at det skulle fortolkes under hensyntagen til den sammenhæng, direktivet indgår i, og det formål, der forfølges med det¹³⁵. Domstolen præciserede sit standpunkt i dommen i sagen Kommissionen mod Spanien, hvori den bemærkede, at »spørgsmålet, om der er tale om almenhedens behov uden for det industrielle eller forretningsmæssige område eller ej, skal bedømmes under hensyn til samtlige relevante retlige og faktiske omstændigheder, herunder de omstændigheder, der var afgørende i forbindelse med oprettelsen af det pågældende organ, og de betingelser, der regulerer dets virksomhed, som f.eks., om der er konkurrence på markedet, om selskabet forfølger et indtjeningsmæssigt hovedformål, om det bærer de risici, der er forbundet med udøvelsen af denne virksomhed, samt om virksomheden eventuelt finansieres af det offentlige«¹³⁶.

100. Almenhedens behov, som er afgørende for spørgsmålet om, hvorvidt et organ varetager en offentlig opgave, er »i almindelighed [...] behov, der for det første opfyldes på en anden måde end ved udbuddet af goder eller tjenesteydelser på markedet, og som staten for det andet af hensyn til almenvellet vælger selv at imødekomme, eller med hensyn til hvilke den ønsker at bevare en afgørende indflydelse«¹³⁷.

101. Her vil det være på sin plads at gøre status og stille spørgsmålet om, hvorvidt alle organer eller virksomheder, som er blevet betroet en offentlig opgave i overensstemmelse med den første betingelse i Altmark-dommen, eller som har fået overdraget at levere tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, skal anses for at være statslige organer. Hvis et af disse udsagn gør sig gældende (og uanset om dette er tilstrækkeligt til eller blot nødvendigt for at falde ind under denne definition), er det da også en betingelse, at den offentlige opgave er klart defineret som sådan i de relevante love eller administrative bestemmelser? Et sådant yderligere krav vil i høj grad kunne forbedre retssikkerheden både for det organ eller den virksomhed, der er tale om, og for den borger, der ønsker at påberåbe sig princippet om direktivers vertikale direkte virkning. Skal et organ, der udgør et statsligt organ i forbindelse med visse aktiviteter, som det udøver, anses for at være et statsligt organ i forbindelse med alle sine aktiviteter, eller vil dette være for vidtrækkende?

102. Jeg vil gerne komme med to illustrationer, som kan være med til at vise, hvilke praktiske problemer der opstår, når man anvender testen i Foster-dommen i dens nuværende udformning.

133 – Dom af 3.10.2000, University of Cambridge (C-380/98, EU:C:2000:529, præmis 26). Domstolen fastslog videre, at kvalifikationen af et organ såsom universitetet som en »ordregivende myndighed« skulle foretages årligt, og det regnskabsår, i løbet af hvilket udbudsproceduren for en konkret kontrakt var iværksat, skulle betragtes som den periode, der var bedst egnet ved beregningen af dette organs finansiering (præmis 40 og 41).

134 – Dom af 15.1.1998, Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl. (C-44/96, EU:C:1998:4, præmis 35).

135 – Dom af 27.2.2003, Adolf Truley (C-373/00, EU:C:2003:110, præmis 33-40).

136 – Dom af 16.10.2003, Kommissionen mod Spanien (C-283/00, EU:C:2003:544, præmis 81).

137 – Dom af 10.5.2001, Agorà og Excelsior (C-223/99 og C-260/99, EU:C:2001:259, præmis 37).

103. I mit første eksempel er X et selskab, der leverer sikkerhedsydelse. Det har indgået to kontrakter. Den ene kontrakt er indgået med et stort privat advokatfirma, som gerne vil sikre sig, at der er truffet passende sikkerhedsforanstaltninger for dets kontorer. Den anden er indgået med den statslige forvaltning, som har »udliciteret« en række vagtopgaver i et mellemsikret fængsel. Objektivt set er de ydelser, der faktisk leveres i de to situationer, reelt identiske. Den første kontrakt er en almindelig privatretlig kontrakt mellem to private enheder. Den anden kontrakt indebærer, at X udfører en offentlig opgave, som staten har pålagt dette selskab. X er bemyndiget til at udøve statslig myndighed og nyder særlige rettigheder (navnlig retten til at frihedsberøve personer).

104. I mit andet eksempel er Y et selskab, der driver færgefart. Det sejler på to ruter. Den ene rute er en populær rute med mange potentielle kunder både med hensyn til fragt og passagerer. To andre selskaber konkurrerer med Y på denne rute, men den er alligevel lønsom, og Y kan – afhængig af efterspørgslen – vælge, hvor intensiv færgefarten skal være. Ruten er en god forretning. Den anden rute går mellem fastlandet og en lille fjertliggende ø. Færgefarten er øens livline til omverdenen. Den har traditionelt været underlagt den lokale myndigheds kontrol, men den lokale myndighed har nu sendt kontrakten i udbud med det formål at udpege en (enkeltstående) tjenesteyder. Denne rute er på ingen måde en god forretning. Den ordregivende myndighed har betinget sig, at færgefarten sikres året rundt, i al slags vejr og uafhængig af det antal passagerer eller den mængde fragt, der vil være om bord på det bestemte fartøj under den bestemte overfart. Y afgiver bud og får tildelt kontrakten. På den første rute er Y en almindelig kommerciel operatør. På den anden rute udfører Y en offentlig opgave. Færgefarten til øen må klart betegnes som en tjenesteydelse af almindelig økonomisk interesse. De vilkår, som den lokale myndighed har fastsat, betyder, at kontrakten rent kommercielt ikke særlig attraktiv. Selv om Y har anmodet om særbehandling eller eneret i en eller anden form eller særlige beføjelser, er dette ikke afgørende for udførelsen af den pågældende tjenesteydelse af almindelig økonomisk interesse, og det er ikke sikkert, at denne anmodning er blevet efterkommet.

105. Disse to illustrationer viser, at det samme organ afhængig af de præcise omstændigheder kan være et statsligt organ i forhold til visse aktiviteter, men ikke et statsligt organ i forhold til andre aktiviteter. Det er vigtigt at påpege, at denne sondring *ikke* er baseret på, i hvilken *egenskab* organet handler. Det fremgår klart af Marshall- og Foster-dommen, at dette ikke er afgørende. X og Y handler således hver især i den samme egenskab i de to situationer, jeg har beskrevet i de to eksempler. Den vigtigste forskel på de to eksempler er, at organet i den ene situation handler rent kommercielt, hvorimod det samme organ i den anden situation varetager en offentlig opgave. Det ses også af disse to illustrationer, at X er i besiddelse af »særlige beføjelser«, når det udfører sin offentlige opgave, hvilket Y ikke er.

106. På denne baggrund vil jeg nu vende tilbage til den forelæggende rets andet spørgsmål.

107. Jeg mener for det første, at det centrale underliggende princip fremgår klart af fast retspraksis. Efter dette princip kan en borger påberåbe sig præcise og ubetingede bestemmelser i et direktiv over for staten, uanset i hvilken egenskab staten har handlet, fordi »det er [...] væsentligt at hindre, at medlemsstaten kan forbedre sin retsstilling ved ikke at efterkomme [EU-retten]«¹³⁸.

138 – Jf. bl.a. dom af 15.2.1986, Marshall (152/84, EU:C:1986:84, præmis 49), af 12.7.1990, Foster (C-188/89, EU:C:1990:313, præmis 17), og af 14.9.2000, Collino og Chiappero (C-343/98, EU:C:2000:441, præmis 23). I forslaget til afgørelse af 18.9.2013, Portugás (C-425/12, EU:C:2013:623, punkt 30), anførte generaladvokat Wahl (med henvisning til Marshall-dommens præmis 47), at »[...] anerkendelse af direktivers direkte virkning i sidste ende hviler på to mål, der supplerer hinanden indbyrdes: behovet for effektivt at garantere de rettigheder, som borgerne har i henhold til disse retsakter, og ønsket om at sanktionere de nationale myndigheder, der har undladt at overholde den obligatoriske virkning og sikre en effektiv anvendelse af disse«. Jeg er fuldstændig enig i den første del af denne antagelse. Da det fremgår klart af de efterfølgende afgørelser, men også af Marshall-dommen selv, at organer, der var helt uden skyld i (og indflydelse på) statens manglende gennemførelse af direktivet, alligevel skal overholde bestemmelser, der har direkte virkning, i dette direktiv i henhold til princippet om vertikal direkte virkning, hvis de anses for at være statslige organer, kan jeg imidlertid ikke tilslutte mig den anden del af antagelsen fuldt ud.

108. For det andet behøver jeg næppe at påpege, at det ofte har en pris, når borgerne tillægges rettigheder. Beskyttelse af arbejdstagernes rettigheder indebærer eksempelvis, at arbejdsgiveren forpligtes til at beholde den pågældende arbejdstager eller udbetale erstatning for afbrydelse af ansættelseskontrakten.

109. For det tredje må begrebet statsligt organ for så vidt angår vertikal direkte virkning være et selvstændigt EU-retligt begreb. Dette begreb har direkte betydning for, hvem der kan gøre krav på rettigheder med direkte virkning, der tillægges i et direktiv, som en medlemsstat ikke har gennemført korrekt og rettidigt. Det grundlæggende krav om, at EU-retten skal anvendes ensartet i hele Den Europæiske Union¹³⁹, er til hinder for, at der vedtages definitioner, hvis omfang kan variere afhængig af de forskellige definitioner, der er indeholdt i de forskellige nationale retssystemer, med hensyn til betydningen af »offentlig tjeneste« eller »særlige beføjelser« eller klassificeringen af »staten« i den nationale forfatningsret.

110. For det fjerde er den EU-retlige definition af, hvad der udgør et statsligt organ, nødt til at være affattet i abstrakte vendinger, netop fordi der er så stor forskel på den nationale terminologi og de nationale definitioner.

111. For det femte har meget ændret sig siden 1990, hvor Domstolen afsagde sin dom i Foster-sagen. I mange medlemsstater er antallet af opgaver, som de ikke længere udfører »internt«, steget markant. De enheder, som de overdrager disse opgaver til, er også blevet meget mere forskellige. Selv om privatiseringen af statsejede aktiver og dermed af de opgaver, der tidligere lå hos staten (som omhandlet i Marshall-sagen), slet ikke er afsluttet, er det nu også blevet muligt at lade disse opgaver overgå til et »offentlig-privat partnerskab« ved »kontraktualisering« eller koncession.

112. Lad os først se på, hvad der *ikke* er afgørende for denne definition.

113. Det fremgår først og fremmest klart af Foster-dommen selv og af den efterfølgende retspraksis (navnlig dommen i sagen Rieser Internationale Transporte og i Sozialhilfverband Rohrbach-sagen), at sagsøgtets retlige organisationsform ikke er relevant¹⁴⁰.

114. Det er dernæst også klart, at »staten« ikke behøver at stå for den daglige kontrol eller ledelse af dette organs drift¹⁴¹. Under disse omstændigheder har henvisningen i den tidligere test til et organ, der er »under statens tilsyn«, efter min opfattelse mistet sin betydning.

115. Det er også klart, at det pågældende organ regnes for et statsligt organ, hvis staten *faktisk* ejer eller kontrollerer dette organ¹⁴². Dette er efter min opfattelse helt legitimt: Staten skal i så fald betale for overholdelsen af de rettigheder, der tillægges i det direktiv, som den burde have gennemført i national ret.

116. Det siger næsten sig selv, at alle dele af »statsapparatet« – kommunale, regionale eller lokale myndigheder og lign. – er statslige organer. Organisatorisk kan de ganske enkelt betragtes som en del af staten og bør derfor uden videre behandles som sådan¹⁴³.

139 – Jf. bl.a. dom af 21.5.1985, Schul Douane-Expeditieur (47/84, EU:C:1985:216, præmis 17), af 3.7.2012, UsedSoft (C-128/11, EU:C:2012:407, præmis 40), af 9.11.2016, Wathelet (C-149/15, EU:C:2016:840, præmis 29), og af 2.3.2017, J.D. (C-4/16, EU:C:2017:153, præmis 24).

140 – Jf. navnlig punkt 35, 49 og 62 ovenfor.

141 – Jf. punkt 65 ovenfor.

142 – Jf. punkt 68 ovenfor.

143 – Det fremgik allerede af de forudgående retsafgørelser, der var nævnt i Foster-dommens præmis 19, at visse organer, der strukturelt var en del af staten, skulle behandles som staten selv. Der var navnlig tale om afgiftsmyndigheder (dom af 19.1.1982, Becker, 8/81, EU:C:1982:7, og af 22.2.1990, Busseni, C-221/88, EU:C:1990:84) og lokalforvaltninger (dom af 22.6.1989, Costanzo, C-103/88, EU:C:1989:256).

117. Henvisningen i den tidligere test til et organ, der er »undergivet statslig myndighed«, behøver efter min opfattelse ikke belyses nærmere på dette trin. Det fremgår efter min opfattelse klart af retspraksis efter Foster-dommen, at der hermed menes, at staten har fastlagt, under hvilke omstændigheder og vilkår det pågældende organ kan handle.

118. Spørgsmålet om finansiering er endelig ikke relevant. Et organ behøver ikke at være finansieret af staten for at være et statsligt organ¹⁴⁴.

119. De øvrige centrale betingelser i den vifte, der udgør testen vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt et givet organ er et statsligt organ for så vidt angår direktivers vertikale direkte virkning eller ej, håndterer dette spørgsmål fra et funktionelt perspektiv (»udover det pågældende organ fungerer, der i en vis forstand er »statslignende«?)¹⁴⁵. Der er efter min opfattelse – i hvert fald hvad angår testen i Foster-dommen og den efterfølgende retspraksis – tale om følgende betingelser: i) Om staten har pålagt det pågældende organ at udføre en offentlig opgave, som staten ellers selv kunne have valgt at udføre direkte, og ii) om staten har udstyret dette organ med visse yderligere beføjelser, for at det kan varetage sin opgave effektivt (dvs. har givet det »særlige beføjelser ud over dem, der følger af de regler, der finder anvendelse i forholdet mellem borgerne«). Den første af disse betingelser omfatter vidt forskellige offentlige opgaver lige fra drift af sygehuse og uddannelsesinstitutioner til vedligeholdelse af fængsler og levering af vigtige tjenesteydelser i fjerntliggende dele af landet. Den anden betingelse er ofte en naturlig følge af, at der overdrages en offentlig opgave til et sådant organ.

120. Jeg foreslår derfor, at Domstolen som svar på det andet spørgsmål fastslår, at den nationale ret bør tage hensyn til følgende kriterier ved afgørelsen af, om en bestemt sagsøgt er et statsligt organ for så vidt angår direktivers vertikale direkte virkning:

- 1) Det pågældende organs retlige organisationsform er ikke relevant.
- 2) Det er ikke nødvendigt, at staten står for den daglige kontrol eller ledelse af dette organs drift.
- 3) Hvis staten ejer eller kontrollerer det pågældende organ, skal dette organ anses for et statsligt organ, uden at det er nødvendigt at undersøge, om andre kriterier er opfyldt.
- 4) Kommunale, regionale eller lokale myndigheder eller tilsvarende organer betragtes automatisk som statslige organer.
- 5) Det pågældende organ behøver ikke at være finansieret af staten.
- 6) Hvis staten både har givet det pågældende organ til opgave at yde offentlig servicevirksomhed, som staten ellers selv eventuelt ville skulle yde direkte, og har udstyret dette organ med visse yderligere beføjelser, for at det kan udføre sin opgave effektivt, skal det pågældende organ under alle omstændigheder betragtes som et statsligt organ.

Den nationale ret bør i forbindelse med sin analyse tage hensyn til det vigtige underliggende princip om, at en borger kan påberåbe sig præcise og ubetingede bestemmelser i et direktiv over for staten, uanset i hvilken egenskab staten har handlet, fordi det er væsentligt at hindre, at staten kan forbedre sin retsstilling ved ikke at efterkomme EU-retten.

144 – Jf. punkt 61 og 62 ovenfor.

145 – I Foster-dommens præmis 19 pegede Domstolen på to organer, der funktionelt var statslige organer, nemlig forfatningsmæssigt uafhængige offentlige myndigheder, der har fået til opgave at opretholde den offentlige ro og orden (dom af 15.5.1986, Johnston, 222/84, EU:C:1986:206), og offentlige sundhedsmyndigheder (dom af 26.2.1986, Marshall, 152/84, EU:C:1986:84).

121. Jeg vil tage stilling til, om det, når staten har givet et organ til opgave at yde offentlig servicevirksomhed som beskrevet i punkt 120, nr. 6), ovenfor, er *nødvendigt*, at den ligeledes har tildelt »særlige beføjelser«, i nedenstående svar på det tredje spørgsmål.

Det tredje spørgsmål

122. Med det tredje spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om den omstændighed, at en medlemsstat har tildelt et organ (såsom MIBI) en omfattende forpligtelse med det angivelige formål at opfylde EU-retlige forpligtelser, er tilstrækkelig til, at dette organ kan kvalificeres som et statsligt organ for så vidt angår vertikal direkte virkning. Er det subsidiært nødvendigt, at et sådant organ er blevet tildelt i) særlige beføjelser eller ii) fungerer under medlemsstatens direkte kontrol eller tilsyn, for at en borger kan påberåbe sig en bestemmelse med direkte virkning i et direktiv over for dette organ?

123. Det skal indledningsvis påpeges, at direktiver kan antage meget forskellige former. Nogle – f.eks. de forskellige beskæftigelsesdirektiver – medfører generelle rettigheder og forpligtelser for alle arbejdstagere og alle arbejdsgivere med enkelte begrænsede undtagelser¹⁴⁶. Andre opstiller parametre for, hvordan visse rettigheder, der følger af EU-retten, skal udøves¹⁴⁷, eller hvordan visse økonomiske sektorer skal reguleres¹⁴⁸. Andre igen kræver, at medlemsstaten pålægger et specifikt organ visse opgaver, som skal udføres som følge af de forpligtelser og rettigheder, der er tildelt i direktivet.

124. Det er tilfældet her. Det er klart, at forpligtelsen til at sikre, at førere var forsikret mod den risiko, der var årsag til Elaine Farrells ulykke, kan findes direkte i EU-retten, nemlig i artikel 1 i det tredje direktiv om motorkøretøjsforsikring. Artikel 1, stk. 4, første afsnit, i det andet direktiv om motorkøretøjsforsikring krævede tidligere, at medlemsstaterne indførte en mekanisme til håndtering af tilfælde, hvor en fører, der ikke var forsikret mod en risiko, som han var forpligtet til at tegne en forsikring for, var skyld i en ulykke. De to forpligtelser krævede samlet set, at Irland skulle sikre, at en førers erstatningsansvar over for en passager i Elaine Farrells situation ville blive overtaget enten af førerens egen assurandør eller (hvis føreren ikke kunne identificeres eller ikke var forsikret) af det organ, som Irland havde givet til opgave at fyldestgøre sådanne krav.

125. Som medlemsstat kunne Irland have valgt at gennemføre den sidstnævnte forpligtelse på forskellige måder. Den kunne således have overladt det til en statslig instans (f.eks. transportministeriet) at fyldestgøre krav, som involverer ofre for ulykker forvoldt af førere uden forsikring. Den kunne have oprettet et nyt særskilt offentligretligt organ og have overdraget ansvaret til dette organ. Eller den kunne gøre det, den faktisk endte med at gøre, nemlig at vælge et eksisterende privatretligt organ med relevante lignende forpligtelser og pålægge dette privatretlige organ endnu flere forpligtelser i medfør af artikel 1 i det tredje direktiv om motorkøretøjsforsikring.

126. Hertil kommer, at der – som Kommissionen med rette har påpeget – er tale om en usædvanlig sag, da MIBI netop har til formål at håndtere krav fra ofre for ulykker forvoldt af førere uden forsikring. Det er i *denne specifikke sammenhæng*, at der opstår tvivl om, hvorvidt MIBI *også* er forpligtet til at fyldestgøre det konkrete krav, selv om Irland på det relevante tidspunkt havde undladt at gennemføre alle sine EU-retlige forpligtelser korrekt i national ret og (endnu) ikke havde overdraget ansvaret for at fyldestgøre det konkrete krav til MIBI. I denne henseende adskiller den foreliggende sag

146 – Jf. f.eks. Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/73/EF af 23.9.2002 om ændring af Rådets direktiv 76/207/EØF om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, fremmelse samt arbejdsvilkår (EFT 2002, L 269, s. 15).

147 – Jf. f.eks. direktivet om erhvervsfaglige kvalifikationer (Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2005/36/EF af 7.9.2005 om anerkendelse af erhvervsfaglige kvalifikationer (EUT 2005, L 255, s. 22)), senest ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2013/55/EF af 20.11.2013 om ændring af direktiv 2005/36/EF og forordning (EU) nr. 1024/2012 om det administrative samarbejde ved hjælp af informationssystemet for det indre marked (»IMI-forordningen«) (EUT 2013, L 354, s. 13). Generelle oplysninger om anvendelsen af denne ordning med gensidig anerkendelse kan ses på http://ec.europa.eu/growth/single-market/services/free-movement-professionals_da

148 – Jf. f.eks. Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/21/EF af 7.3.2002 om fælles rammebestemmelser for elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (EFT 2002, L 108, s. 33), som ændret ved forordning (EF) nr. 544/2009 og direktiv 2009/140/EF.

sig fra situationer som den, der lå til grund for Marshall-dommen¹⁴⁹, hvor den sagsøgte *af andre grunde og i en helt anden sammenhæng* skulle betragtes som et statsligt organ og derfor var forpligtet til at respektere de arbejdsretlige rettigheder med direkte virkning, som M.H. Marshall havde i henhold til artikel 5, stk. 1, i direktiv 76/207. I det foreliggende tilfælde er den rettighed med direkte virkning, som Elaine Farrell har gjort gældende (erstatning for de skader, hun blev påført som passager i et motorkøretøj) i henhold til artikel 1 i det tredje direktiv om motorkøretøjsforsikring, netop den *type* rettighed – hvor føreren ikke kan identificeres eller ikke er forsikret – som Irland allerede havde overdraget det resterende ansvar for til MIBI.

127. Det tredje spørgsmål har ikke desto mindre generel betydning for EU-rettens anvendelse i hele Den Europæiske Union. Jeg vil derfor opfordre Store Afdeling til ikke at besvare det snævert (f.eks. med henvisning til, at alle motorkøretøjsassurandører i Irland skal være medlemmer af MIBI, hvilket kan betragtes som en variant af spørgsmålet om særlige beføjelser¹⁵⁰) og i stedet se på det (større) principielle problem, som den forelæggende ret har rejst.

128. Som jeg angav i mit svar på det andet spørgsmål, er det tilstrækkeligt til at gøre det pågældende organ til et statsligt organ, at det har fået særlige beføjelser eller er underlagt medlemsstatens direkte kontrol eller tilsyn. Den forelæggende ret ønsker med sit tredje spørgsmål oplyst, om det er nødvendigt, at en af disse betingelser indgår i basisligningen. Er det subsidiært tilstrækkeligt, at forpligtelsen til at udføre opgaver, som medlemsstaten ellers skulle have udført selv, er blevet overdraget til det pågældende organ?

129. Begrebet »særlige beføjelser« får særlig betydning i denne sammenhæng. Hvis man vil forstå, hvilken funktion dette begreb har, er det nødvendigt at vende tilbage til Foster-dommen.

130. Som jeg nævnte i punkt 52 ovenfor, var det ikke Domstolens hensigt at fastsætte en udtømmende og endegyldig test. Den opstillede i stedet en regel baseret på den eksisterende retspraksis.

131. Domstolen bemærkede således i Foster-dommens præmis 18, at den i en række sager havde statueret, at der kunne opstå vertikal direkte virkning i forhold til organisationer eller organer, som var »undergivet statslig myndighed *eller* kontrol, *eller* som havde særlige beføjelser«¹⁵¹. Den henviste til fire sager i præmis 19. Tre af disse sager vedrørte organer (afgiftsmyndigheder, lokalforvaltninger og det offentlige sygehus), som var undergivet statslig myndighed eller kontrol, og som opfyldte testen af disse grunde. De to første kunne også have opfyldt testen på grund af de beføjelser, som de naturligvis havde, men det kunne det offentlige sygehus ikke. Den fjerde sag (Johnston-sagen) vedrørte en forfatningsmæssigt uafhængig offentlig myndighed, der havde fået til opgave at opretholde den offentlige ro og orden. Denne myndighed var faktisk blevet tillagt særlige beføjelser til dette formål.

132. Det ser ud til, at Domstolen med henvisningen til Johnston-dommen valgte en sag, hvor den test, som Domstolen netop havde fastsat, ikke (som i de andre tre eksempler) var opfyldt, fordi det pågældende organ var »undergivet statslig myndighed eller kontrol«, men fordi det nød »særlige rettigheder«. Domstolen fremhævede i denne forbindelse et væsentligt element i den konkrete sag.

149 – Dom af 26.2.1986 (152/84, EU:C:1986:84).

150 – Hertil kommer de (ret usædvanlige) regler, der giver MIBI ret til at forhandle med de skadelidte og håndtere retssager, *selv om* der ikke foreligger nogen særlig kontrakt eller fuldmagt herom. Kravet om, at alle motorkøretøjsassurandører skal være medlemmer af MIBI, sikrer både lige vilkår i konkurrenceretlig henseende og betyder, at MIBI på længere sigt aldrig vil mangle penge til at fyldestgøre yderligere krav, som det ikke havde regnet med. MIBI vil blot justere de bidrag, som det opkræver fra sine medlemmer, og medlemmerne vil tilsvarende justere det beløb, som de indregner i de individuelle forsikringsaftaler, der indgås, for at finansiere deres bidrag til MIBI.

151 – Dom af 12.7.1990 (C-188/89, EU:C:1990:313) (min fremhævelse).

133. Det er i denne sammenhæng interessant at bemærke, at udtrykket »særlige beføjelser« faktisk ikke optræder i Johnston-dommen. Domstolen talte i stedet om »en [...] offentlig myndighed, der af staten har fået til opgave at opretholde den offentlige ro og orden«¹⁵². Den tilføjede, at et sådant organ »ikke [kan] forbedre sin retsstilling som følge af, at den stat, den repræsenterer, ikke har overholdt [EU-retten]«.

134. Jeg vil gerne fremsætte en række yderligere bemærkninger på dette trin.

135. For det første defineres det ikke i Foster-dommen (eller i den efterfølgende retspraksis), hvad der faktisk menes med »særlige beføjelser«. Det fremgår blot, at der er tale om beføjelser »ud over dem, som følger af de regler, der finder anvendelse i forholdet mellem borgerne«. Da testen i Foster-dommen skal anvendes ensartet i hele Den Europæiske Union, er dette udtryk – hvis det fortsat skal indgå i testen – nødt til at være et selvstændigt EU-retligt begreb. Selv om der er gået 20 år, efter at Foster-dommen blev afsagt, er dette udtryk, der stammer fra et nationalt retssystem¹⁵³, stadig ikke blevet et klart og selvstændigt EU-retligt begreb.

136. For det andet har min gennemgang af retspraksis efter Foster-dommen¹⁵⁴ ikke vist, at man konsekvent undersøger og finder frem til, hvilke særlige beføjelser der foreligger i hver enkelt sag. Organer, der er ansvarlige for anlæg af veje eller energiforsyning¹⁵⁵, en enekoncessionshaver for offentlige teletjenester¹⁵⁶, et privat selskab, der står for de nationale motorveje¹⁵⁷, fælleskommunale socialhjælpsforbund¹⁵⁸, et offentligt sygehus¹⁵⁹, et regionalt socialsikringskontor¹⁶⁰ og postvæsenet i en medlemsstat¹⁶¹ var alle blevet pålagt offentlige opgaver. Det er langt vanskeligere at udlede af de faktiske omstændigheder, der er beskrevet i dommene, at disse organer også havde særlige beføjelser. I Portgás-dommen¹⁶² bemærkede Domstolen udtrykkeligt, at selv om der var indrømmet særlige og eksklusive rettigheder i henhold til en koncessionsaftale, indebar det *ikke*, at det pågældende organ nødvendigvis havde særlige beføjelser. Den overlod det til den nationale ret at efterprøve dette konkrete spørgsmål¹⁶³.

137. For det tredje er det ganske vist ofte nødvendigt at have visse yderligere beføjelser for at kunne varetage en offentlig opgave, men det betyder ikke, at det altid er nødvendigt. Tilstedeværelsen af sådanne beføjelser ses måske tydeligst i forbindelse med tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse. Staten har i dag mulighed for at indrømme særlige eller eksklusive rettigheder inden for mange økonomiske sektorer (f.eks. telekommunikation, vand, gas og elektricitet)¹⁶⁴.

138. Jeg må konkludere, at det er unødvendigt og dermed uberettiget at kræve, at det pågældende organ også skal have »særlige beføjelser« for at være et statsligt organ.

152 – Dom af 15.5.1986 (222/84, EU:C:1986:206, præmis 56).

153 – Jf. punkt 54 ovenfor.

154 – Jf. punkt 58 ff. ovenfor.

155 – Jf. dom af 4.12.1997, Kampelmann m.fl. (C-253/96 – C-258/96, EU:C:1997:585), og punkt 58 ovenfor.

156 – Jf. dom af 14.9.2000, Collino og Chiappero (C-343/98, EU:C:2000:441), samt punkt 59 og 60 ovenfor.

157 – Jf. dom af 5.2.2004, Rieser Internationale Transporte (C-157/02, EU:C:2004:76), og punkt 61-63 ovenfor. Ifølge dommens præmis 12 fik Asfinag ved den aftale, som var indgået mellem dette selskab og den østrigske stat (og som også beskrives som en »kontrakt«), ret til »i eget navn og for egen regning, at opkræve vejafgifter og brugsafgifter for at finansiere sine udgifter«. Domstolen fokuserede i den efterfølgende analyse på den statslige kontrol (præmis 25) og den omstændighed, at Asfinag »ikke har kompetence til på egen hånd at fastsætte det vejafgiftsbeløb, der skal opkræves. Dette beløb fastsættes ved lov« (præmis 26). Domstolen konkluderede dernæst, at Asfinag var et statsligt organ, *uden* at angive, hvilke særlige beføjelser det havde (præmis 27).

158 – Jf. kendelse af 26.5.2005, Sozialhilfverband Rohrbach (C-297/03, EU:C:2005:315), og punkt 64 ovenfor.

159 – Jf. dom af 7.9.2006, Vassallo (C-180/04, EU:C:2006:518), og punkt 65 ovenfor.

160 – Jf. dom af 24.1.2012, Dominguez (C-282/10, EU:C:2012:33), og punkt 67 ovenfor.

161 – Jf. dom af 12.12.2013, Carratú (C-361/12, EU:C:2013:830), og punkt 68 ovenfor.

162 – Dom af 12.12.2013, Portgás (C-425/12, EU:C:2013:829). Jf. endvidere punkt 69-76 ovenfor.

163 – Dom af 12.12.2013, Portgás (C-425/12, EU:C:2013:829, præmis 30 og 31).

164 – Jf. punkt 112 ovenfor.

139. Det er imidlertid vigtigt at understrege, at personer eller organer, der udøver virksomhed af almen interesse, ikke altid vil være statslige organer. Jeg vil gerne komme med følgende bemærkninger i denne forbindelse.

140. For det første skal der være tale om et »organ«, og dermed mener jeg en juridisk person. En fysisk person kan ikke være et statsligt organ.

141. For det andet kan et organ varetage en lang række funktioner, hvoraf nogle er forbundet med en opgave, som det er blevet pålagt af staten, mens andre ikke er. I så fald kan det kun være et statsligt organ for så vidt angår den første kategori af aktiviteter. Den tilgang, som jeg går ind for, adskiller sig derfor fra den, som Domstolen har valgt i sager om offentlige indkøb¹⁶⁵. Et organ, der er en »ordregivende myndighed« i henhold til reglerne om offentlige indkøb, skal således altid følge med i og rette sig efter reglerne inden for dette specifikke område af EU-retten¹⁶⁶, hvorimod et organ, der er et statsligt organ for så vidt angår direktivers vertikale direkte virkning, potentielt er underlagt et langt større og mindre klart afgrænset antal EU-regler, som en privat borger kan gøre gældende over for det. Det virker derfor uhensigtsmæssigt at anvende en så unuanceret tilgang her.

142. For det tredje skal den opgave, der er pålagt, være kerneaktiviteten for det pågældende organ eller i givet fald for den pågældende del af dette organ.

143. For det fjerde skal det pågældende organ udøve en aktivitet, der er af almen interesse. Der skal være tale om en opgave, som det er blevet pålagt af den pågældende medlemsstat, og som medlemsstaten selv ville have udført, hvis den ikke skulle udføres af dette organ.

144. I denne henseende dækker begrebet »opgave« aktiviteter, som ikke har et rent kommercielt formål. Der skal med andre ord foreligge et element af offentlig servicevirksomhed. Driften af det nationale postvæsen og forpligtelsen til at uddele post til alle adresser i landet falder således ind under denne kategori. Det samme gør sig ikke gældende ikke for en lokal kurer tjeneste, som har et rent kommercielt formål.

145. Det bør indskydes, at medlemsstaterne har forskellige opfattelser af, hvad der udgør en opgave af almen interesse¹⁶⁷. En medlemsstat kan f.eks. betragte det som en pligt at sikre, at alle dens borgere er forbundet til et fiberoptisk bredbåndsnet, mens en anden vurderer, at dette alene bør styres af markeds kræfterne. I det førstnævnte tilfælde vil et organ, der pålægges denne opgave, være et statsligt organ. I det sidstnævnte tilfælde vil den private virksomhed, der udbyder de samme tjenester, ikke være et sådant organ.

146. Af hensyn til retssikkerheden for det pågældende organ og for de borgere, der måtte ønske at rejse et krav mod det, er det efter min opfattelse vigtigt, at den offentlige opgave er klart defineret som sådan i de relevante love eller administrative bestemmelser.

147. Jeg foreslår som følge heraf, at Domstolen besvarer det tredje spørgsmål med, at de kriterier, der er angivet i svaret på det andet spørgsmål, også gælder, når en medlemsstat har tildelt et organ en omfattende forpligtelse med det angivelige formål at opfylde EU-retlige forpligtelser. Det er ikke nødvendigt, at dette organ har særlige beføjelser ud over dem, som følger af de regler, der finder anvendelse i forholdet mellem borgerne.

165 – Jf. punkt 98 ovenfor.

166 – Jf. herved dom af 3.10.2000, University of Cambridge (C-380/98, EU:C:2000:529, præmis 40).

167 – Jf. punkt 90 ovenfor.

Efterskrift

148. Udarbejdelsen af dette forslag til afgørelse og formuleringen af svarene på de tre præjudicielle spørgsmål har nødvendigvis været centreret om det (omtvistede) spørgsmål om, hvorvidt Domstolen i Faccini Dori-dommen¹⁶⁸ med rette valgte ikke at anerkende direktivers horisontale direkte virkning¹⁶⁹ i strid med anbefalingen fra generaladvokat Lenz i denne sag¹⁷⁰ og de argumenter, som to andre generaladvokater havde fremført i tidligere sager¹⁷¹. Min arbejdshypotese har været, at Domstolen ikke vil finde det hensigtsmæssigt at genåbne denne debat her.

149. Jeg finder det imidlertid nødvendigt at bemærke, at for så vidt som sagsøgte *retlige organisationsform* – siden selve Foster-dommen – har været uden betydning for spørgsmålet om, hvorvidt den sagsøgte er et statsligt organ, har Domstolen allerede anerkendt, at et privatretligt organ kan være forpligtet til at respektere rettigheder med direkte virkning, som er indeholdt i et direktiv, og som påberåbes af en privat borger. Dermed har Domstolen reelt allerede selv bakket op om en begrænset form for horisontal direkte virkning.

150. Der findes – i det væsentlige – tre tilgange, som kan anvendes (og er blevet anvendt) for at udfylde det tomrum, der skyldes den manglende generelle horisontale direkte virkning: i) at vælge en bred tilgang til spørgsmålet om, hvad der udgør et statsligt organ, ii) at udvide rammerne for princippet om »interprétation conforme« og iii) alternativt at pålægge staten erstatningsansvar. Den nuværende situation er utilfredsstillende i forhold til at sikre en effektiv beskyttelse af individuelle rettigheder. Det skaber vanskeligheder for sagsøgerne og usikkerhed for de sagsøgte. Jeg vil gerne tilslutte mig de tidligere generaladvokaters opfordring til Domstolen om at foretage en kritisk gennemgang og revurdering af den begrundelse, der blev givet i Faccini Dori-dommen¹⁷² for ikke at anerkende horisontal direkte virkning¹⁷³.

Forslag til afgørelse

151. Jeg foreslår på baggrund af det ovenfor anførte, at Domstolen besvarer de spørgsmål, som Supreme Court of Ireland har forelagt, således:

»1) Testen i dommen i sagen Foster m.fl.¹⁷⁴ vedrørende spørgsmålet om, hvad der udgør et statsligt organ for så vidt angår direktivers vertikale direkte virkning, skal findes i præmis 18 og ikke i præmis 20 i denne dom. Den test, der formuleres i denne dom, skal hverken forstås kumulativt eller ikke-kumulativt. Der er tale om en ikke-udtømmende liste over de forhold, der kan være relevante for en sådan bedømmelse.

168 – Dom af 14.7.1994 (C-91/92, EU:C:1994:292).

169 – Jf. følgende eksempler på de mange kritiske vurderinger af denne retspraksis: T. Tridimas, »Black, White and Shades of Grey: Horizontality Revisited«, (2002) 21 Y.B.E.L., s. 327, A. Dashwood, »From Van Duyn to Mangold via Marshall: reducing Direct Effect to Absurdity«, (2006-7) 9 C.Y.E.L.S., s. 81, M. Dougan, »When worlds collide! Competing Visions of the Relationship between Direct Effect and Supremacy«, (2007) 44 C.M.L.Rev., s. 931, P. Craig, »The Legal Effects of Directives: Policy, Rules and Exceptions«, (2009) 34 E.L.Rev, s. 349, og M. de Moi, »Dominguez: A Deafening Silence«, (2012) 8 European Constitutional Law Review, s. 280.

170 – Forslag til afgørelse af 9.2.1994 (C-91/92, EU:C:1994:45, punkt 47).

171 – Jf. generaladvokat van Gervens forslag til afgørelse Marshall II (C-271/91, EU:C:1993:30, punkt 12), og generaladvokat Jacobs' forslag til afgørelse Vaneetveld (C-316/93, EU:C:1994:32, punkt 15 ff.). Generaladvokat Trstenjak har senest berørt de grundlæggende problemer flere steder i sit forslag til afgørelse Dominguez (C-282/10, EU:C:2011:559).

172 – Dom af 14.7.1994 (C-91/92, EU:C:1994:292).

173 – Jeg vil herved henvise til generaladvokat Jacobs' bemærkninger i punkt 30 og 31 i forslag til afgørelse Vaneetveld (C-316/93, EU:C:1994:32), der er gengivet i fodnote 33 ovenfor.

174 – Dom af 12.7.1990 (C-188/89, EU:C:1990:313).

- 2) Den nationale ret bør tage hensyn til følgende kriterier ved afgørelsen af, om en bestemt sagsøgt er et statsligt organ for så vidt angår direktivers vertikale direkte virkning:
- i) Det pågældende organs retlige organisationsform er ikke relevant.
 - ii) Det er ikke nødvendigt, at staten står for den daglige kontrol eller ledelse af dette organs drift.
 - iii) Hvis staten ejer eller kontrollerer det pågældende organ, skal dette organ anses for et statsligt organ, uden at det er nødvendigt at undersøge, om andre kriterier er opfyldt.
 - iv) Kommunale, regionale eller lokale myndigheder eller tilsvarende organer betragtes automatisk som statslige organer.
 - v) Det pågældende organ behøver ikke at være finansieret af staten.
 - vi) Hvis staten både har givet det pågældende organ til opgave at yde offentlig servicevirksomhed, som staten ellers selv eventuelt ville skulle yde direkte, og har udstyret dette organ med visse yderligere beføjelser, for at det kan udføre sin opgave effektivt, skal det pågældende organ under alle omstændigheder betragtes som et statsligt organ.

Den nationale ret bør i forbindelse med sin analyse tage hensyn til det vigtige underliggende princip om, at en borger kan påberåbe sig præcise og ubetingede bestemmelser i et direktiv over for staten, uanset i hvilken egenskab staten har handlet, fordi det er væsentligt at hindre, at staten kan forbedre sin retsstilling ved ikke at efterkomme EU-retten.

- 3) De kriterier, der er angivet i svaret på det andet spørgsmål, gælder også, når en medlemsstat har tildelt et organ en omfattende forpligtelse med det angivelige formål at opfylde EU-retlige forpligtelser. Det er ikke nødvendigt, at dette organ har særlige beføjelser ud over dem, som følger af de regler, der finder anvendelse i forholdet mellem borgerne.«