

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT ANTONIO LA PERGOLA

föredraget den 23 februari 1999 *

Inledning

1. Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien har ställt förevarande frågor för att utröna huruvida delstaten Tyrolens lagstiftning avseende förvärv av fast egendom är förenlig med gemenskapsrätten och huruvida villkoren är uppfyllda för att käranden i målet vid den nationella domstolen skall kunna göra gällande att Republiken Österrike är utomobligatoriskt skadeståndsansvarig, för det fall de bestämmelser som lagstiftaren i Tyrolen har antagit innebär att skyldigheter som följer av fördraget har åsidosatts. En känslig inledande aspekt av den fråga som har hänskjutits till domstolen är att akten om Österrikes anslutning till unionen uttryckligen tillåter den berörda medlemsstaten att under den föreskrivna övergångsperioden bibehålla den lagstiftning som avses i beslutet om hänskjutande.

överlåtelse av jord- och skogsbruksmark samt utländska medborgares förvärv av fast egendom. På grundval av Bundes-Verfassungsgesetznovelle (lag om författningsändringar, BGBl, nr 276/1992, artikel 1.1) är delstaterna behöriga att införa administrativa kontroller av fastighetstransaktioner, vilket de även har gjort. De interna regler som påstås strida mot skyldigheter som följer av gemenskapsrätten (och således skulle innebära en skyldighet att ersätta den berörde) ingår närmare bestämt i Tiroler Grundverkehrsgesetz (1993 års tyrolska lag om förvärv av fast egendom, nedan kallad TGVG 1993), som var i kraft mellan den 1 januari 1994 och den 1 oktober 1996, samt i den därpå följande Tiroler Grundverkehrsgesetz (1996 års tyrolska lag om förvärv av fast egendom, nedan kallad TGVG 1996), som trädde i kraft den 1 oktober 1996.¹

TGVG 1993

Nationell lagstiftning avseende förvärv av fast egendom

2. Enligt den österrikiska federala konstitutionen är delstaterna behöriga att reglera

3. Enligt 9 § första stycket a och 12 § första stycket a TGVG 1993, måste förvärvaren i förväg ha ett tillstånd av den myndighet som är behörig för att få förvärva den omtvistade egendomen. Tillståndet kan vägras bland annat när för-

* Originalspråk: italienska.

1 — Se *Tiroler LGBl.* 82/1993 respektive *Tiroler LGBl.* 61/1996.

värvararen inte kan göra sannolikt att det inte skall inrättas en fritidsbostad genom det planerade förvärvet (14 § första stycket TGVG 1993). Österrikiska medborgare som avger en förklaring om att det inte skall inrättas en fritidsbostad genom förvärvet är emellertid befriade från kravet på tillstånd (10 § andra stycket TGVG 1993).

TGVG 1996

4. Även enligt den nya regleringen kan tillstånd endast beviljas om det görs sannolikt att det inte skall inrättas en fritidsbostad genom förvärvet (11 § första stycket a).

Enligt 13 § första stycket TGVG 1993 kan utländska medborgare, däribland medborgare i andra medlemsstater, erhålla tillstånd enbart under förutsättning att det planerade förvärvet inte strider mot den österrikiska statens politiska intressen och att det finns ett ekonomiskt, kulturellt eller socialt intresse av att förvärvet sker.

Genom den nya lagen avskaffades den befrielse från tillståndsförfarandet som tidigare föreskrevs för österrikiska medborgare. Tillstånd krävs numera av samtliga förvärvare, oavsett medborgarskap. Tillstånd kan även beviljas genom ett skyndsamt förfarande. Om det är uppenbart att villkoren för utfärdande är uppfyllda skall den behöriga myndigheten enligt artikel 25 § andra stycket utfärda ett tillstånd inom två veckor från det att ansökan ingavs.

Enligt 3 § TGVG 1993, vilken enligt 41 § trädde i kraft den 1 januari 1996, är de bestämmelser som avser utlänningar inte tillämpliga på personer som bevisar att de handlar inom ramen för en av de friheter som säkerställs genom avtalet om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (nedan kallat EES-avtalet).²

Enligt 3 § omfattar den nya lagen såväl österrikiska som utländska medborgare, utan åtskillnad, för det fall fastigheten förvärvas inom ramen för den fria rörligheten för arbetstagare, för etableringsfriheten, för friheten att tillhandahålla tjänster eller för den fria rörligheten för kapital, under förutsättning att någonting annat inte följer av artikel 70 i Österrikes anslutningsakt eller av artikel 40 i EES-avtalet. Vad beträffar utlänningar som inte kan

2 — EGT L 1, 1994, s. 420.

likställas med österrikiska medborgare har, med undantag för de föreskrifter som gäller även för dessa, ett annat specifikt krav som föreskrevs i den tidigare lagstiftningen bibehållits, nämligen att förvärvet inte får strida mot statens politiska intressen och att det måste motiveras av ett ekonomiskt, kulturellt eller socialt intresse (se 13 § första stycket b). Dessa bestämmelser tillämpas emellertid inte om de strider mot internationella avtal.

De åsidosättanden som görs gällande avser i förevarande fall etableringsfriheten och den fria rörligheten för varor.⁴

Gemenskapsrätten

5. Den bestämmelse som är föremål för begäran om tolkning är i förevarande fall artikel 70 i akten om villkoren för Konungariket Norges, Republiken Österrikes, Republiken Finlands och Konungariket Sveriges anslutning till de fördrag som ligger till grund för Europeiska unionen och om anpassning av fördragen (nedan kallad anslutningsakten).³ Regeln har följande ordalydelse:

”Trots skyldigheterna enligt de fördrag som ligger till grund för Europeiska unionen, får Österrike under fem år från dagen för anslutningen behålla sin befintliga lagstiftning om fritidsbostäder.”

Bakgrund

6. Inom ramen för ett förfarande för exekutiv försäljning som inleddes vid Bezirksgericht Lienz (distriktsdomstolen i Lienz), tillslog den 11 augusti 1994 Klaus Konle en fastighet belägen i delstaten Östtyrolen. Vid denna tidpunkt gällde TGVG 1993, varför Klaus Konle hade ingivit sin ansökan om tillstånd och förklarat sig vilja förlägga sitt huvudsakliga hemvist till platsen och där utöva affärsverksamhet i företaget EUVAT GmbH. Klaus Konle hade således avgivit en förklaring som i allt väsentligt liknade den som österrikiska medborgare enligt den tyrolska lagen får avge i stället för ansökan om tillstånd. Bezirkshauptmannschaft, den regionala polismyndigheten i Lienz som i första instans är behörig i fråga om ärenden

4 — Artikel 52 i fördragen har följande lydelse:

”Inom ramen för nedanstående bestämmelser skall inskränkningar för medborgare i en medlemsstat att fritt etablera sig på en annan medlemsstats territorium gradvis avvecklas under övergångstiden. Denna gradvisa avveckling skall även omfatta inskränkningar för medborgare i en medlemsstat som är etablerade i någon medlemsstat att upprätta kontor, filialer eller dotterbolag. Etableringsfriheten skall innefatta rätt att starta och utöva verksamhet som egenföretagare samt rätt att bilda och driva företag, särskilt bolag som de definieras i artikel 58 andra stycket, på de villkor som etableringslandets lagstiftning föreskriver för egna medborgare, om inte annat följer av bestämmelserna i kapitlet om kapital.”

Artikel 73b.1 i fördraget har följande lydelse:

”Inom ramen för bestämmelserna i detta kapitel skall alla restriktioner för kapitalrörelser mellan medlemsstater samt mellan medlemsstater och tredje land vara förbjudna.”

3 — EGT C 241, 1994, s. 21, och EGT L 1, 1995, s. 1.

avseende fastighetsförvärv, avlog emellertid ansökan om tillstånd genom beslut av den 18 november 1994, med hänvisning till att de för utlänningar fastslagna villkoren i 13 § TGVG 1993 inte var uppfyllda. Myndigheten ansåg dessutom att Klaus Konle i sin ansökan inte hade bevisat — vilket var en förutsättning för att erhålla tillståndet — att förvärvet i fråga inte var avsett att inrätta en fritidsbostad i strid med syftena med lagen om fastighetsöverlåtelser.

Den berördes överklagande återförvisades således till LGvK, vilken denna gång tillämpade TGVG 1996, vilken hade trätt i kraft den 1 januari 1996. De bestämmelser i sistnämnda lag som är relevanta i målet vid den nationella domstolen har redovisats ovan. I Klaus Konles fall har heller inte det skyndsamma förfarande som föreskrivs i 25 § tillämpats. Såsom har framgått under förfarandet, beviljades tillståndet i februari 1998. Först vid den tidpunkten blev det möjligt att fullborda förvärvet.

Klaus Konle överklagade för det första detta beslut till Landesgrundverkehrskommission beim Amt der Tiroler Landesregierung (den regionala kommission för ärenden avseende fastighetsöverlåtelser som inrättats vid delstaten Tyrolen, nedan kallad LGvK). Genom beslut av den 12 juni 1995 bekräftade LGvK beslutet av den 18 november 1994, eftersom den ansåg att Klaus Konle inte hade bevisat att han inte avsåg att inrätta en fritidsbostad eller att utöva etableringsfriheten. Klaus Konle överklagade detta beslut till Verwaltungsgerichtshof (förvaltningsdomstolen). Även denna ogillade överklagandet genom dom av den 19 maj 1996. Efter att ha uttömt de administrativa rättsmedlen väckte Klaus Konle talan vid Verfassungsgerichtshof (konstitutionsdomstolen, nedan kallad VfGH) med stöd av 144 § första stycket i konstitutionen. Genom dom av den 25 februari 1997 utsträckte VfGH verkningarna av sin dom av den 10 december 1996 till att omfatta även Klaus Konle. I den domen hade TGVG 1993 i sin helhet förklarats vara författningsstridig. Följaktligen beslutade sagda domstol att ogiltigförklara LGvK:s beslut.

7. Klaus Konle, som anser att tillämpningen av TGVG 1993 och TGVG 1996 i hans fall inneburit en överträdelse av de grundläggande friheter som han garanteras genom EG-fördraget, har även väckt talan vid Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien (domstol för tvistemål i Wien) och gjort gällande att Republiken Österrike är skadeståndsansvarig. I beslutet om hänskjutande sägs att sökanden "gör gällande att han till följd av tillämpningen av TGVG 1993 har diskriminerats och att hans fria etableringsrätt och rätt till fria kapitalrörelser har åsidosatts, eftersom det har krävts att han skall bevisa att han inte avser att inrätta en fritidsbostad, medan det för en österrikisk medborgare hade varit tillräckligt att avge den förklaring som avses i 10 § andra stycket i TGVG 1993.... Vad beträffar den nu gällande TGVG 1996 har sökanden gjort gällande att hans grundläggande rättigheter enligt gemenskapsrätten har åsidosatts, eftersom han innan han förvärvat den fasta egendomen (det vill säga innan hans äganderätt inskrivits i fastighetsregistren) skall underkastas ett tillståndsförfarande". Tillståndsförfarandena hade uppskjutit Klaus Konles

förvärv och förhindrat honom från att få fastigheten i sin ägo.

I målet vid den hänskjutande domstolen har Österrike för sin del hävdade att den omtvistade lagstiftningen omfattas av det undantag som föreskrivs i artikel 70 i anslutningsakten.

Frågorna

8. Domstolen i Wien ansåg sig vara tvungen att vid prövningen av Klaus Konles talan underställa domstolen följande tolkningsfrågor:

a) genom att sökanden, medan TGVG 1993 var i kraft, var skyldig att bevisa att han inte skulle inrätta en fritidsbostad för att han skulle kunna få förvärvstillstånd från den behöriga myndigheten, medan en österrikare vid förvärv endast behövde avge en förklaring enligt 10 § andra stycket för att få förvärvstillstånd, och sökanden förvägrades ett sådant tillstånd, och

b) genom att sökanden enligt TGVG 1996 redan innan han kunde beviljas lagfart var skyldig att — vilket nu gäller även för österrikare — genomgå ett tillståndsförfarande, i vilket det inte längre är möjligt heller för österrikare att endast avge en förklaring om att det inte inrättas en fritidsbostad?

”1. Innebär en tolkning av artiklarna 6, 52 och följande artiklar (tredje delen, avdelning III, kapitel 2) och artikel 73b och följande artiklar (tredje delen, avdelning III, kapitel 4) i EG-fördraget samt artikel 70 i anslutningsakten (Akt om villkoren för Republiken Österrikes... anslutning till de fördrag som ligger till grund för Europeiska unionen och om anpassning av fördragen) att gemenskapsrätten och sökandens grundläggande friheter enligt gemenskapsrätten har åsidosatts

2. Om fråga 1 besvaras jakande: Ankommer det på Europeiska gemenskapernas domstol att i förfaranden enligt artikel 177 i EG-fördraget även avgöra huruvida det har skett en ’tillräckligt klar överträdelse av gemenskapsrätten’ (i den mening som avses i domen av den 5 mars 1996 i de förenade målen C-46/93 och C-48/93, Brasserie du pêcheur och Factortame)?

3. Om frågorna 1 och 2 besvaras jakande: Är den aktuella överträdelsen 'tillräckligt klar'?

4. Är lagstiftningen i en medlemsstat med federal struktur, enligt vilken endast en delstat, men inte medlemsstaten, har utomobligatoriskt skadeståndsansvar för delstatens överträdelse av gemenskapsrätten, förenlig med principen om medlemsstaters utomobligatoriska skadeståndsansvar gentemot enskilda vid överträdelse av gemenskapsrätten, vid en korrekt tolkning av artikel 5 i EG-fördraget?"

rikiska regeringen har gjort gällande att varken reglerna i TGVG 1993 eller i TGVG 1996 skulle kunna utgöra ett sådant åsidosättande av fördraget. Båda lagarna skulle nämligen omfattas av bestämmelsen i artikel 70 i anslutningsakten, enligt vilken Republiken Österrike under fem år från dagen för anslutningen får behålla sin befintliga lagstiftning om fritidsbostäder, *trots* skyldigheterna enligt de fördrag som ligger till grund för Europeiska unionen. Denna invändning som Österrike har anfört är av inledande art och skall prövas omgående. Frågan huruvida den tyrolska lagstiftningen är förenlig med fördraget (och om Österrike är skadeståndsansvarigt för det fall denna skulle vara rättsstridig) kan nämligen uppenbarligen besvaras utslutande i fråga om lagstiftning som inte faller inom tillämpningsområdet för artikel 70 i anslutningsakten.

Prövning i sak

Huruvida artikel 70 i anslutningsakten är tillämplig

9. Klaus Konle har i målet vid den hänskjutande domstolen gjort gällande att den omständigheten att han varit tvungen att genomgå de föreskrivna tillståndsförfarandena, först enligt TGVG 1993, sedan enligt TGVG 1996, åsamkat honom skada till följd av att EG-fördragets regler om etableringsfrihet, fri rörlighet för kapital samt diskrimineringsförbud har åsidosatts. Jag har emellertid redan påpekat att den öster-

10. De tillämpliga bestämmelserna i förevarande mål har, som jag antytt ovan, varit föremål för ändringar. För tillämpningen av det undantag som Österrike beviljats i anslutningsakten är det således nödvändigt att fastslå betydelsen av begreppet befintlig lagstiftning, som kan bibehållas, i kraft av artikel 70. Jag anser att bedömningsgrunden för att korrekt tolka denna bestämmelse klart framgår av domstolens rättspraxis. Artikel 70 är en undantagsbestämmelse och kan inte tolkas på något annat sätt med beaktande av dess syften, och under alla omständigheter skall den tolkas restriktivt, vilket följer av de av domstolens avgöranden som här skall beaktas.⁵ För det

5 — Att undantagsregler skall tolkas restriktivt har nyligen upprepats av domstolen i dom av den 3 december 1998 i mål C-233/97, KappAhl Oy (REG 1998, s. I-8069), punkterna 15 och 21.

första har de avtalslutande parterna givit Österrike befogenheten att för en period på fem år bibehålla sina lagar för att möjliggöra eller åtminstone underlätta anpassningen av den nationella rättsordningen till gemenskapens regler. Undantaget har emellertid medgivits mot bakgrund av att en stegvis anpassning skall ske till gemenskapslagstiftningen, *uttryckligen och utslutande* i förhållande till de regler som gällde vid tiden för anslutningen. Österrike har således inte någon möjlighet att komma i åtnjutande av undantaget om det i fråga om de regler som således angivits i tidsmässigt hänseende senare har blivit föremål för ändringar som inte omfattades av det samtycke som avtalsparterna uttryckt i anslutningsakten, i synnerhet om fråga är om ändringar som medför ytterligare restriktioner av de fria rörligheter som enskilda garanteras genom fördraget.⁶

11. Då detta har konstaterats, skall vi gå in närmare på förevarande mål mot bakgrund av den lagstiftning som redovisats ovan. Jag börjar med 1993 års tyrolska lag (TGVG). Bezirkshauptmannschaft Lienz hade tillämpat denna i förevarande fall för att vägra Klaus Konle det tillstånd han ansökt om.

Avslaget fastställdes inledningsvis, efter överklagande, av Landesgrundverkehrs-kommission och av Verwaltungsgerichtshof. Genom dom av den 10 december 1996 hade emellertid den österrikiska författningsdomstolen förklarat att TGVG 1993 i dess helhet var författningsstridig. Klaus Konle väckte talan vid den domstolen, vilken fastslog att TGVG 1993 inte var tillämplig på den berörde och följaktligen ogiltigförklarade beslutet om avslag från polismyndigheten i Lienz.⁷ För förevarande mål är det således nödvändigt att utröna vilken betydelse den österrikiska författningsdomstolens avgöranden har för att fastslå om TGVG 1993 omfattas av begreppet "befintlig lagstiftning" eller inte. Som jag redan har påpekat, skall detta begreppet hänföras till den lagstiftning som faktiskt var i kraft i Österrike vid tidpunkten för dess anslutning till unionen. De avgöranden avseende lagens rättsstridighet som nämnts ovan har meddelats efter denna tidpunkt. Frågan är vilka verkningar i tiden avgörandena har. Enligt den österrikiska rättsordningen har avgöranden som ogiltigförklarar författningsstridiga lagar i princip omedelbar verkan framåt i tiden. Enligt 140 § femte stycket i konstitutionen har sådana avgöranden verkan precis från den dag då de offentliggörs i "Amtsblatt", för så vitt författningsdomstolen inte fastslagit något annat datum.⁸ I förevarande

6 — Med beaktande av den uttryckliga hänvisningen till befintlig "lagstiftning" går det inte att stödja den tolkning av artikel 70 som Österrike vid sin intervention gav uttryck för, enligt vilken bibehållandet av de befintliga restriktionerna för förvärv av fritidsbostäder i varje fall nödvändigtvis skulle tillåtas från och med den 1 januari 1995 till och med slutet av år 1999. Av samma skäl håller inte heller kommissionens resonemang enligt vilken det av omständigheterna att undantaget föreskrivs i kapitel 2, vars rubrik uttryckligen hänför sig till endast "fri rörlighet för personer, tjänster och kapital" skulle följa att garantier för etableringsfriheten och diskrimineringsförbudet skulle falla utanför det relevanta tillämpningsområdet. Ett sådant synsätt är inte förenligt med regelns ordalydelse och bortser från att rubriken till kapitel 2 ordagrant motsvarar rubriken till Avdelning III i EG-fördraget, i vilken även etableringsfriheten regleras. Vad beträffar icke-diskrimineringsprincipen, utgör den en väsentlig del av regleringen av de grundläggande friheterna. Varje undantag som rör utövandet av dessa friheter inverkar oundvikligen på området för de friheter som följer av fördraget.

7 — Klaus Konle hade väckt talan med stöd av 144 § första stycket i konstitutionen, vilken har följande lydelse: "Författningsdomstolen avgör mål som väcks mot åtgärder som beslutats av förvaltningsmyndigheter... då sökanden anser sig ha åsamkats skada... i fråga om sina rättigheter till följd av tillämpningen av en författningsstridig lag.... Talan kan väckas först efter att samtliga administrativa rättsmedel uttömts."

8 — Se Öhlinger, *Verfassungsrecht*, tredje upplagan, 1997, s. 398 och följande sidor, Peyrou-Pistouley, *La Cour constitutionnelle et le contrôle de la constitutionnalité des lois en Autriche*, 1993, s. 325 och följande sidor, samt Palermo, *Codice di diritto costituzionale austriaco*, Padua, 1998, s. 27. Vad beträffar förfaranden vars föremål utgörs av överklaganden av åtgärder som vidtagits av offentliga myndigheter, hade författningsdomstolen inledningsvis utslutit möjligheten att ge en dom om ogiltigförklaring retroaktivt verkan. Den möjligheten har emellertid medgivits från och med domen VfSlg 10 203, se Öhlinger, a.a., s. 410 och följande sidor.

mål förklarades TGVG 1993 vara författningsstridig genom dom av den 10 december 1996, vilken fick verkan efter anslutningen till fördraget. Det kvarstår att se vilken slutsats som kan dras av denna omständighet. Har TGVG 1993, den lagstiftning som förelåg vid tiden för anslutningen och som den hänskjutande domstolen är skyldig att beakta eftersom det uttryckligen föreskrivits i ovannämnda artikel 70, tillerkänts någon verkan i tiden som i förevarande fall hänför sig till den dom som VfGH meddelat? Jag anser inte att så är fallet. Domen i fråga skall i det aktuella fallet inte anses vara en *rättskälla*. Jag avser närmare bestämt den ogiltigförklarande verkan *erga omnes* som är kännetecknande för en förklaring om författningsstridighet och som den österrikiska rättsordningen ger ett första exempel på i Europa. Jag anser nämligen att enligt anslutningsakten kan en förklaring om författningsstridighet få betydelse endast då den får *som objektivt resultat att upphäva* de regler som förklarats vara rättsstridiga enligt den nationella rättsordningen. Den tänkbara verkan av "befintlig lagstiftning", som får bibehållas i kraft, skall bedömas mot bakgrund av de ställningstaganden som lett till att domstolen i andra mål avseende medlemsstaternas rättsordningar har fastslagit (eller åtminstone underförstått) att det konstitutionella förfarandet för upphävande av lagar och det förfarande som utmynnar i att en lag undanröjs genom att den förklaras vara författningsstridiga är likvärdiga.⁹ Om så är fallet kan den österrikiska domstolen inverka på befintlig lagstiftning, i den mening som avses i anslutningsakten, i *den mån* och uteslutande *från den tidpunkt* som den får verkan som en åtgärd från

lagstiftaren, även om det rör sig om en "negativ" lagstiftare, som Hans Kelsen uttryckte det.¹⁰ Då detta påpekats, kan vi bortse från omständigheten att samma österrikiska domstol i domen av den 25 februari 1997, med tillämpning av 140 § sjunde stycket i Bundesverfassungsgesetz, fastslog att man gentemot Klaus Konle skulle handla "som om den bestämmelse som förklarats vara författningsstridig (genom domen av den 10 december 1996, vilken meddelades avseende hela 1993 års tyrolska lagstiftning) inte utgjorde en del av rättsordningen vid den tid då omständigheterna i målet utspelade sig".¹¹ Vi får inte bortse från att undantaget endast avser att undanta Österrike från ansvar om det under den tillåtna perioden bibehåller befintliga bestämmelser, även om dessa är oförenliga med gemenskapsrättsliga skyldigheter. Genom att föreskriva detta har de avtalsslutande parterna i anslutningsakten förvisso inte avsett att bibehållandet av den aktuella interna lagstiftningen skulle vara beroende av att föreskrifterna i den berörda medlemsstatens konstitution iakttoogs. Undantaget avser endast överensstämmelsen mellan de regler som man låter kvarstå och gemenskapsrätten. Det skulle heller inte kunna vara annorlunda. I förevarande fall skall således inte det avgörande beaktas, genom vilket författningsdomstolen har fastslagit Klaus Konles rätt att enligt österrikisk rätt inte omfattas av tillämpningen av bestämmelser som förklarats vara rättsstridiga. Jag vill upprepa att för denna prövning kan endast det andra avgörandet anses vara relevant, nämligen det i vilket 1993 års tyrolska lagstiftning i sin helhet kullkastades. Så är fallet just på grund av dess upphävande verkan — vilken

9 — Se dom av den 9 mars 1978 i mål 106/77, Simmenthal (REG 1978, s. 643; svensk specialutgåva, volym 4, s. 75), punkt 24.

10 — H. Kelsen, *Giustizia costituzionale*, Milano, 1981, s. 300.

11 — Punkt III.1 i domskälen.

är likvärdig med en eventuell upphävning lagstiftningsvägen — som har påverkat bibehållandet, i kraft av lagstiftningen i fråga, först från och med det datum då den har givits verkan.

TGVG 1993 kan således anses utgöra befintlig lagstiftning med avseende på tillämpningen av undantaget.¹²

12. Det är i andra hand nödvändigt att beakta att Landesgrundverkehrskommission, till vilken Klaus Konles mål hade återförvisats till följd av författningsdomstolens avgörande av den 25 februari 1997, hade att tillämpa TGVG 1996 som ersatt TGVG 1993. Ovannämnda lag utgör den senaste tyrolska lagstiftningen och trädde i kraft den 1 oktober 1996, det vill säga efter Österrikes anslutning till unionen. Den österrikiska regeringen har anfört att även den lagen omfattas av undantagets tillämpningsområde. TGVG skulle nämligen ha infört endast formella ändringar i systemet enligt TGVG 1993 och i allt väsentligt lämnat dess föreskrifter oförändrade. Denna uppfattning kan emellertid inte stödjas. I TGVG 1996 fastslås nämligen förfaranden som skiljer sig från dem som föreskrevs i TGVG 1993 vid tidpunkten för anslutningen. I stället för förklaringsförfar-

andet (som var förbehållet österrikare och — från och med den 1 januari 1996 — rättssubjekt som på grundval av EES-avtalet åtnjuter rätten till fri rörlighet) föreskrivs i TGVG 1996 en allmängiltig tillståndsplikt och medger även den behöriga administrativa myndigheten att bevilja förvärvare av fast egendom tillstånd genom förkortade förfaranden. I de båda lagarna föreskrivs således kontrollmetoder som är objektivt olika. Att förklaringsförfarandet avskaffats, samtidigt som ett tillståndsförfarande som gäller alla införts, har ytterligare inskränkt möjligheterna att överlåta fast egendom till nackdel för såväl österrikiska medborgare som för dem som kunde likställas med dessa enligt 3 § i 1993 års lag.

Huruvida fördraget har åsidosatts

13. Eftersom TGVG 1996 inte omfattas av undantagets tillämpningsområde, är det nödvändigt att besvara fråga 1 b i begäran om förhandsavgörande, det vill säga huruvida gemenskapsrätten har åsidosatts "genom att sökanden enligt TGVG 1996 redan innan han kunde beviljas lagfart var skyldig att — vilket nu gäller även för österrikare — genomgå ett tillståndsförfarande, i vilket det inte längre är möjligt heller för österrikare att endast avge en förklaring om att det inte inrättas en fritidsbostad" och om det därav följer att även "sökandens grundläggande friheter enligt gemenskapsrätten har åsidosatts". Den hänskjutande domstolen har särskilt hänvisat till artiklarna 6, 52 och följande samt 73b och följande artiklar i fördraget

12 — Eftersom Österrike inte kan hållas skadeståndsansvarigt på grund av tillämpningen av TGVG 1993, är det inte nödvändigt att pröva om, som Klaus Konle hävdar, det i TGVG 1993 föreskrivna systemet med förklaring respektive tillstånd utgör ett åsidosättande av diskrimineringsprincipen och av de grundläggande rättigheterna. Det är heller inte nödvändigt att pröva den invändning som Österrike anför i egenskap av intervenerande regering, enligt vilken Klaus Konle hur som helst inte hade kunnat göra det påstådda åsidosättandet av fördraget gällande. Österrike hävdade nämligen att om Klaus Konle ansåg sig ha haft rätt att, på grundval av gemenskapsrättsliga regler med direkt effekt, begära tillstånd på samma villkor som österrikiska medborgare, borde han följaktligen ha avgivit en förklaring enligt det förfarande som föreskrivs i 10 §.

om icke-diskrimineringsprincipen, etableringsfriheten och den fria rörligheten för kapital.¹³

14. Att det för förvärv av fast egendom krävs att ett tillstånd skall utfärdas av en administrativ myndighet, strider enligt sökanden mot etableringsfriheten och mot den fria rörligheten för kapital. Republiken Österrike har invänt — i den inlägga som den ingav i egenskap av svaranderegering — att de föreskrivna tillståndsförfarandena inte är diskriminerande eller utgör oskäligen restriktioner för utövandet av de friheter som garanteras i fördraget. Artikel 222 i fördraget skulle nämligen lämna medlemsstaternas egendomsordning fullständig och ogravrad.

Själv anser jag mig inte kunna dela den österrikiska regeringens uppfattning att de omtvistade tyrolska reglerna, av den enda anledning att de avser det ämne som berörs i artikel 222, inte omfattas av skyldigheten att överensstämman med fördraget eller av den därpå följande skyldigheten att omfat-

tas av denna domstols prövning.¹⁴ Om så vore fallet, hade det heller inte varit nödvändigt att föreskriva det undantag som anges i artikel 70 i anslutningsakten. Tillgången till fast egendom följer förvisso av de friheter som garanteras genom fördraget, förutom av själva rätten till vistelse och bosättning i en annan medlemsstat, inom de ramar som erkänns i artikel 8a i fördraget. Om de regler i nationell rätt som anges i beslutet om hänskjutande inte omfattas och motiveras av undantaget, finns det inte något skäl att utesluta att domstolen skulle kunna pröva om de överensstämmer med föreskrifterna i gemenskapsrätten, närmare bestämt med de villkor som ställs för att utövandet av de friheter som garanteras genom fördraget skall få inskränkas.

15. Då detta har klargjorts, måste frågan ställas om de aktuella reglerna inskränker etableringsfriheten utan fog. Domstolen har klargjort — vilket även kommissionen har erinrat om — att "rätten att förvärva, att nyttja och att avyttra fast egendom i en annan medlemsstat är ett nödvändigt komplement till etableringsfriheten, såsom framgår av artikel 54.3 e i fördraget och

13 — Domstolen har vad den förstnämnda artikeln beträffar redan preciserat att "artikel 6 i fördraget [är] avsedd att tillämpas oberoende enbart i situationer som regleras av gemenskapsrätten och där inte fördraget innehåller särskilda regler om icke-diskriminering". Se dom av den 30 maj 1989 i mål 305/87, kommissionen mot Grekland (REG 1989, s. 1461).

14 — Domstolen har i sin tolkning av artikel 222 fastslagit att "även om artikel 222 i fördraget inte påverkar medlemsstaternas rätt att införa ett system för statlig expropriation, så omfattas ett sådant system ändå av den grundläggande regeln om icke-diskriminering som ligger till grund för fördragets kapitel om etableringsrätt". Se dom av den 13 december 1979 i mål 44/79, Hauer (REG 1979, s. 3727; svensk specialutgåva, volym 4, s. 621), punkt 17, samt av den 17 juli 1997 i de förenade målen C-248/95 och C-249/95, SAM Schiffahrt och Stapf (REG 1997, s. I-4475), punkt 72.

av det allmänna systemet för att avveckla restriktioner för etableringsfriheten av den 18 december 1961".¹⁵ Ett system med förhandstillstånd för förvärv som det som föreskrivs i TGVG 1996 kan således utgöra ett hinder för utövandet av etableringsfriheten. I förevarande fall tar förvisso bestämmelserna i regleringen inte hänsyn till de olika mottagarnas medborgarskap och är i det avseendet allmänt tillämpliga. De kan emellertid inte strida mot de kriterier som uppställts i gemenskapens rättspraxis, enligt vilka åtgärder av denna art skall vara motiverade av tvingande allmänna intressen som är lämpade för och står i proportion till sitt syfte och i varje fall inte tillämpas på diskriminerande sätt.¹⁶

16. Inledningsvis måste således kontrolleras om det omtvistade tillståndssystemet grundas på tvingande hänsyn som den tyrolska lagstiftaren har att bedöma. Det går inte att förneka att det finns skäl som kan motivera bestämmelserna i fråga, och att dessa även är tungt vägande. Skälen står att finna i förarbetena till lagstiftningen om uppförande av fritidsbostäder, Tiroler Raumordnungsgesetz 1994, till vilken den aktuella regleringen av fastighetsöverlåtelse

ser är nära knuten.¹⁷ Den österrikiska författningsdomstolen har medgivit betydelsen av den tyrolske lagstiftarens målsättningar i sin dom avseende Tiroler Raumordnungsgesetz.¹⁸ Det rör sig huvudsakligen om regionalpolitiska syften som bestäms av särskilda förhållanden inom den berörda regionen: Att den beboeliga ytan är begränsad eller att det är nödvändigt att begränsa användningen av sådana ytor; att det finns ett trängande behov av att garantera en tillräcklig tillgång på bostäder för den bofasta befolkningen med hänsyn till risken att en eventuell ökning av ett redan betydande antal fritidsbostäder får fastighetspriserna att stiga och gör det svårare att förvärva fastigheter; att det är nödvändigt att göra besparingar i fråga om ytterligare urbaniseringskostnader och andra kostnader som skulle uppkomma för de regionala myndigheterna om efterfrågan på fritidsbostäder inte begränsades på lämpligt sätt. Dessa krav har dessutom beaktats av gemenskapen vid tiden för Österrikes anslutning till unionen. Medlemsstaterna har nämligen avgivit en förklaring enligt vilken "[i]ngenting i gemenskapsrätten hindrar enskilda medlemsstater från att vidta nationella, regionala eller lokala åtgärder beträffande fritidsbostäder i fall då åtgärderna är nödvändiga för markanvändning, planläggning och miljöskydd och tillämpas i överensstämmelse med gemenskapsrätten utan någon direkt eller indirekt diskriminering av medborgare i medlemsstater".¹⁹

15 — Dom av den 30 maj 1989 i det ovannämnda målet C-305/87, kommissionen mot Grekland (punkt 22). Sagda kvalificering utgår från förutsättningen att fördragets garantier för etableringsfriheten inte endast avser "specifika regler avseende utövandet av yrkesverksamhet, utan även regler som avser olika allmänna befogenheter som är lämpliga för att kunna bedriva verksamheten" och hänvisar i detta avseende till de påpekanden som gjordes i dom av den 14 januari 1988 i mål 63/86, kommissionen mot Italien (REG 1988, s. 29).

16 — Dessa principer, som ursprungligen utarbetades i fråga om den fria rörligheten för varor, har tillämpats även på andra friheter. Se bland annat, i fråga om etableringsfriheten, dom av den 30 november 1995 i mål C-55/94, Gebhard (REG 1995, s. I-4165), punkt 37, samt, i fråga om tjänster, dom av den 9 juli 1997 i mål C-222/95, Parodi (REG 1997, s. I-3899), punkt 21.

17 — Se bilagan till Tyrolens Landtags stenografirapporter, elfte mandatperioden, sjätte sessionen, fjärde sittningen, av den 6, 7 och 8 juli 1993, s. 45 och följande sidor.

18 — Verfassungsgerichtshofs dom av den 28 november 1996, punkt 3.3.3.2.

19 — En sådan förklaring kan emellertid inte medges ett autonomt värde. Domstolen har nämligen nyligen erinrat om att en gemensam förklaring, på samma sätt som ett enskilt ställningstagande, endast kan beaktas då dess innehåll finner något uttryck i den lagstiftning som skall tolkas (se domen i det ovannämnda målet av den 3 december 1998, C-233/97, Kappahl Oy, punkt 23). Även i förklaringen erinras för övrigt om de kriterier avseende proportionalitet och tillämpning utan skönsmässig bedömning som domstolen har lagt fast.

17. Även om de restriktiva bestämmelser som skall prövas i förevarande mål i teorin kan tillskrivas tvingande skäl av allmänt intresse, är de emellertid endast motiverade enligt de regler som uppställs i domstolens rättspraxis om de uppfyller proportionalitetsprincipens krav. Åtgärderna måste vara faktiskt lämpade för det mål som den nationelle lagstiftaren önskar uppnå och får inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå det.²⁰ Jag vill i det avseendet göra några påpekanden.

Det är lämpligt att först erinra om de omständigheter i intern rätt som den hänskjutande domstolen måste beakta då den tillämpar det rådande tillståndssystemet och således då den kontrollerar om detta system, i sin nuvarande utformning, strider mot den *standard* som föreskrivs i domstolens rättspraxis.

Den österrikiska konstitutionsdomstolen fastslog i sin dom avseende Tiroler Raumordnungsgesetz att förbudet mot fritidsbostäder åsidosätter proportionalitetsprincipen, eftersom det är alltför omfattande i förhållande till de miljö- och regionalpolitiska syften som den tyrolska lagstiftningen, som påpekats ovan, bygger på.²¹ Sagda domstol ansåg att dessa skäl av allmänt intresse kunde berättiga de restriktiva bestämmelserna i fråga endast i fråga om väl definierade områden, medan de

däremot antagits för hela regionen utan åtskillnad. På vilket sätt är detta relevant för förevarande mål? Det är tydligt att de bedömningsgrunder som åberopats vid konstitutionsdomstolen skiljer sig från och är autonoma i förhållande till gemenskapsrättens bedömningsgrunder. Jag vill emellertid understryka att sagda domstols avgörande kan få återverkningar på tillämpningen av den lagstiftning som avses i beslutet om hänskjutande. Det är den hänskjutande domstolens sak att kontrollera om det åsidosättande av proportionalitetsprincipen som fastslagits av konstitutionsdomstolen eventuellt medför att de skyldigheter som följer av fördraget har åsidosatts. Med hänsyn till kriterierna enligt domstolens rättspraxis, anser jag att så är fallet och jag kommer genast att förklara varför. Det tillståndssystem som skulle tillämpas i förevarande fall gäller i fråga om förvärv av fastigheter som är avsedda för huvudsakligt hemvist men syftar, vad förevarande fall beträffar, uppenbarligen till att hindra att förvärvaren kringgår förbudet mot att skaffa sig en fritidsbostad i Tyrolen. Den domstol som har att avgöra huvudmålet skall kontrollera om den fastighet som köpet avser befinner sig i ett område där förbudet mot fritidsbostäder är oberättigat i enlighet med konstitutionsdomstolens dom. Om så är fallet, anser jag att tillämpningen av restriktionerna i tillståndsförfarandet på förvärvet skulle innebära ett radikalt åsidosättande av proportionalitetsprincipen med hänsyn till de mål som eftersträvas. Den skyldighet som knutits till etableringsfriheten går rentav utöver, eller är oförenlig med, de mål som den tyrolske lagstiftaren enligt konstitutionen hade rätt att eftersträva.

20 — Se bland annat dom av den 23 november 1989 i mål 145/88, Torfaen (REG 1989, s. 3851; svensk specialutgåva, volym 10), punkt 15.

21 — Verfassungsgerichtshofs ovannämnda dom av den 28 november 1996, punkt 3.3.3.2.

18. Vad beträffar de kriterier för prövning som kan vara användbara i förevarande

mål, har domstolen för övrigt angivit klara och lämpliga principiella uppgifter i domen i målet Bordessa m.fl. Det avgörandet är av särskilt intresse för det aktuella målet, eftersom det avsåg förfaranden för administrativ förhandskontroll, vars verkan är att begränsa rörelsefriheter som garanteras i fördraget.²² Det rör sig om en dom avseende fri rörlighet för kapital, i vilken det görs en åtskillnad mellan tillståndssystemet, som domstolen kritiserade för att det uppsköt den rättshandling som var föremål för tillståndet och för det utrymme för skönsmässig bedömning som tillerkändes den administrativa myndigheten inom ramen för förfarandet, och systemet med förhandsförklaring, vilket till skillnad från det förra hade möjliggjort en lika effektiv kontroll avseende det eftersträfvade målet men med mindre omfattande inskränkningar av de friheter som näringsidkarna måste åtnjuta.²³ Att lagstiftarens mål måste eftersträvas inom ramarna för vad som är nödvändigt för att uppnå detsamma påpekade domstolen även i domen i målet Sanz de Lera m.fl., i fråga om fri rörlighet för varor, och i domen i målet Parodi, i fråga om tjänster.²⁴ Liknande bedömningar kan således även avse etableringsfriheten, vilket kommer att preciseras nedan.

19. Det är nödvändigtvis de nationella domstolarna som skall bedöma om det

ingrepp i etableringsfriheten som kan följa av tillämpningen av den i förevarande fall föreskrivna administrativa kontrollen är överdrivet och därigenom oberättigat med hänsyn till gemenskapsrätten. Detta hindrar emellertid inte att domstolen kan och måste ge dessa domstolar alla nödvändiga bedömningsgrunder som den anser kan vara lämpliga för att klargöra hur kriteriet avseende icke-överdrivna ingrepp skall uppfyllas i enlighet med fördraget.

För det första måste den nationella domstolen beakta hur bevisbördan konkret tillämpas, eftersom det för att tillstånd skall utfärdas krävs att köparen bevisar att han inte avser att använda fastigheten som fritidsbostad.

För det andra kan åsidosättandet av proportionalitetsprincipen konstateras i det aktuella fallet i ett annat betydande avseende. Låt oss se på händelserna bakom lagstiftningen i den aktuella tvisten. Vi kommer att se att en klar bedömningsgrund för att bedöma om de vidtagna åtgärderna är proportionerliga utgörs av systemet med förhandsförklaring, vilket först föreskrevs som ett alternativ till tillståndet och som numera helt har avskaffats. Kommissionen har vid domstolen påpekat att *samme lagstiftare* år 1993 hade ansett att förhandsförklaringen var ett effektivt kon-

22 — Se dom av den 23 februari 1995 i de förenade målen C-358/93 och C-416/93, brottmål mot Bordessa m.fl. (REG 1995, s. I-361), punkt 23, vilka hänvisar till dom av den 31 januari 1984 i de förenade målen 286/82 och 26/83, Luisi och Carbone (REG 1984, s. 377; svensk specialutgåva, volym 7, s. 473).

23 — Punkterna 24 och 27.

24 — Se dom av den 14 december 1995 i de förenade målen C-163/94, C-165/94 och C-250/94 (REG 1995, s. I-4821), punkt 23, respektive av den 9 juli 1997 i mål C-222/95 (REG 1997, s. I-3899), punkt 21.

trollsystem för att förhindra att den förvärvade fastigheten användes som fritidsbostad. Faktum är emellertid att förklaringsförfarandet endast föreskrevs till förmån för österrikiska medborgare. Utlänningar, var tvungna att erhålla ett tillstånd, även om de var gemenskapsmedborgare. I 1996 års lagstiftning har den skillnaden i systemet avskaffats, genom att det föreskrivs att tillstånd krävs för förvärvet i samtliga fall, oavsett förvärvarens medborgarskap. Även om ett förenklat förfarande medges i vissa fall, ställs under alla omständigheter genom det nya systemet hårdare krav för övriga medlemsstaters medborgares förvärv av fastigheter och utövande av rätten till bosättning. Det vill säga att det är svårare i förhållande till det tidigare gällande systemet med förhandsförklaring som samme lagstiftare hade ansett vara *fullständigt tillämpligt när det gällde att uppnå de nödvändiga målen i fråga om kontroll* och som denne således hade kunnat bibehålla i kraft med nödvändiga ändringar och anpassningar för att utsträcka det till att gälla alla gemenskapsmedborgare. Jämfört med den lösning som har valts, hade en sådan lösning varit åtminstone lika lämpad för de eftersträfvade målsättningarna och inneburit mindre ingrepp i den etableringsfrihet som garanteras genom fördraget.

Jag anser att även sistnämnda överväganden tyder på att restriktiva åtgärder som de som vidtogs år 1996 av den tyrolske lagstiftaren med fog kan kritiseras, om man prövar om — vilket man skall göra enligt domstolens rättspraxis — de är proportio-

nerliga. Jag måste således dra slutsatsen att etableringsfriheten med hänsyn till detta förefaller ha åsidosatts.

20. Det kvarstår slutligen att bedöma om åtgärderna i fråga tillämpas på ett diskriminerande sätt. Genom TGVG 1996 har, som nämnts ovan, det förfarande med förklaringar som tidigare förbehölls österrikiska medborgare upphävts, och samtliga former av förvärv har underkastats tillståndsförfarandet. I 25 § andra stycket TGVG 1996 föreskrivs emellertid att tillståndet skall beviljas inom två veckor från ansökan om det "är uppenbart att villkoren för utfärdande är uppfyllda" genom ett omotiverat beslut som inte kan prövas av Landesgrundverkehrsreferent. Genom att ett förenklat tillståndsförfarande föreskrivs, vid sidan om det ordinarie, blir det enligt sökanden möjligt att faktiskt bibehålla den diskriminerande politik, som TGVG 1993 gjorde det möjligt att tillämpa fram till den 1 januari 1996, till skada för gemenskapsmedborgarna. Det datumet trädde nämligen 3 § i kraft, vilken — med genomförande av EES-avtalet och anslutningsakten till detta — utsträckte det system som föreskrevs för österrikiska medborgare till rättssubjekt som utnyttjar sin rätt till fri rörlighet enligt EES-avtalet. Att detta faktiskt var lagstiftarens avsikt framgår även, enligt Klaus Konles ombud, av redogörelsen för TGVG 1996. I kommentaren till den bestämmelse (25 §) i vilken det skyndsamma förfarandet föreskrivs, kopplas införandet av förfarandet till upphävandet av den förklaring som

tidigare förbehölls österrikiska medborgare.²⁵ Således skulle direkt diskriminering ha ersatts med dold diskriminering, vilken skulle möjliggöras genom lagens ordalydelse.

beroende på om den berörde är österrikisk medborgare eller medborgare i någon annan medlemsstat. Om så vore fallet, skulle det vara fråga om ett uppenbart brott mot gemenskapsrättsliga skyldigheter. Men jag upprepar att det rör sig om en teoretisk möjlighet som redovisats av Klaus Konles ombud och som inte finner stöd i det faktiska och rättsliga sammanhang som den hänskjutande domstolen har beskrivit. Med stöd av handlingarna i målet kan domstolen således inte bedöma om det förekommer indirekt diskriminering genom den lagbestämmelse som gäller det så kallade förkortade förfarandet eller genom den praxis som avser tillämpningen av institutet.

21. Detta är inte ett lämpligt forum för att avgöra om "det förenklade förfarandet endast tillämpas på österrikiska medborgare", såsom Klaus Konles ombud har hävdad under förfarandet.²⁶ Att så skulle kunna vara fallet verkar motsägas av den beskrivning av den tillämpliga lagstiftningen som den hänskjutande domstolen har givit, av vilken framgår att systemet med förvärvstillstånd numera gäller utan åtskillnad för samtliga som avser att förvärva en fastighet i Tyrolen, helt utan några krav som avser medborgarskap. Ingenting tyder emellertid på att de österrikiska myndigheterna skulle utöva någon faktisk diskriminering vid tillämpningen av lagen genom att bevilja eller förvägra tillämpningen av det förkortade förfarandet

22. Den hänskjutande domstolen frågar dessutom domstolen om de nationella bestämmelserna i fråga strider mot gemenskapsregler som har antagits till skydd för den fria rörligheten för kapital. Jag anser inte att den delen av frågan behöver besvaras. I målet vid den nationella domstolen är nämligen Österrikes skadeståndsansvar omtvistat. För att villkoren för skadeståndsansvar skall vara uppfyllda — jag kommer att diskutera de kraven nedan — är det nödvändigt och tillräckligt att regler om etablering har åsidosatts. Med beaktande av det svar som jag anser mig tvungen att ge på den delen av frågan, är det överflödigt att pröva även den betydelse som bestämmelserna om fri rörlighet för kapital eventuellt kan ha i förevarande mål.

25 — Se protokollen från Tyrolens Landtag, tolfte mandatperioden, sjätte sessionen, fjärde sittningen, av den 3 och 4 juli 1996, bilaga I (redogörelse för regeringens lagförslag, Kommentarer till 11 § och 25 § i TGVG 1996, s. 13). Då Österrike givit klargöranden som domstolen begärt, har sagda stat preciserat att redogörelserna för lagförslaget inte utgör rättskällor. Dessutom kan de användas för att tolka lagar endast då lagens avfattning ger upphov till tveksamhet, vilket inte är fallet med denna lagstiftning.

26 — För att bevisa att förbudet mot att inrätta fritidsbostäder faktiskt tillämpas oberoende av vilket förfarande som används för att bevilja tillståndet, har Österrike som svar på en fråga från domstolen förklarat vilka sanktioner som kan förekomma om fastigheten, efter att förvärvstillstånd har beviljats, används som fritidsbostad. Närmare bestämt föreskrivs ett bötesbelopp om 500 000 ÖS (36 § punkt 6 c i TGVG 1996). Dessutom föreskrivs begränsningar för överlåtelse och utnyttjande av fastigheten.

Österrikes skadeståndsansvar

23. Det är nu nödvändigt att pröva frågorna avseende skadeståndsansvaret. Den hänskjutande domstolen har ställt den andra och den tredje frågan för att få klarhet i om den är behörig, inom ramen för förfarandet enligt artikel 177, att bedöma om ett åsidosättande av gemenskapsrätten är tillräckligt klart och, om så är fallet, om villkoren är uppfyllda för att Österrike eventuellt skall ha handlat rättsstridigt.

24. Jag anser att den första delen av frågan måste besvaras jakande. Domstolen har i allt väsentligt ombetts ge svar på frågan huruvida åsidosättandet av gemenskapsrätten är tillräckligt klart — vilket är en av förutsättningarna för att ett skadeståndsanspråk skall kunna ställas på en medlemsstat som gjort sig skyldig till fördragsbrott²⁷ — skall avgöras av domstolen eller av de nationella domstolarna. Jag anser att svaret framgår av domstolens rättspraxis. Domstolen har nämligen vid flera tillfällen själv förklarat att det är de nationella domstolarna som är behöriga att kontrollera om villkoren för att fastslå att medlemsstaterna är skadeståndsansvariga

är uppfyllda.²⁸ Detta är lätt att förstå, med beaktande av att domstolsskyddet av enskilda inom gemenskapens rättssystem ankommer på just de nationella domstolarna. Detta innebär emellertid inte att domstolen inte själv skall precisera räckvidden av de gemenskapsrättsliga principer och regler som de nationella domstolarna sedan skall tillämpa i de konkreta fallen. Denna så att säga centraliserade kontrollfunktion förbehålls domstolen och är knuten till omständigheten att det är nödvändigt att garantera att gemenskapsrätten tillämpas och tolkas enhetligt, vilket sker tack vare den oavbrutna dialogen mellan gemenskapsdomstolarna och de nationella domstolarna inom ramen för det välkända samarbetsförfarande som utgörs av systemet med förhandsavgöranden som regleras av artikel 177 i fördraget. Endast domstolen kan således genom en allmän tolkning klargöra det i förevarande mål relevanta begreppet, det vill säga definiera räckvidden för den "tillräckligt klara" överträdelsen, genom att fastslå vilka villkor som måste vara uppfyllda för att en enskild skall kunna kräva en medlemsstat på skadestånd. Det är även domstolen som skall precisera hur dessa villkor skall tolkas. Därefter är det de nationella domstolarnas uppgift att kontrollera om de villkor avseende begreppet som domstolen har klargjort är uppfyllda i det enskilda fall som de har att avgöra. Självfallet rubbas inte den omständigheten att samma dom-

27 — Se dom av den 5 mars 1996 i de förenade målen C-46/93 och C-48/93, Brasserie du pêcheur (REG 1996, s. I-1029), punkt 51.

28 — Se domen i de ovannämnda förenade målen C-46/93 och C-48/93, Brasserie du pêcheur (punkt 58), i vilken det bland annat påpekas att "domstolen inte [kan] ersätta de nationella domstolarnas bedömningar med sin bedömning, eftersom endast de senare är behöriga att fastställa de faktiska omständigheterna i de mål som är anhängiga vid dessa och att kvalificera de ifrågakvarande överträdelsorna av gemenskapsrätten". Principen att det är de nationella domstolarna som är behöriga att kontrollera om villkoren för att medlemsstatens skadeståndsansvar skall uppkomma är uppfyllda har bekräftats även i situationer då domstolen har ansett sig förfoga över samtliga relevanta omständigheter för att kvalificera överträdelsen. Se dom av den 26 mars 1996 i mål C-392/93, British Telecommunications (REG 1996, s. I-1631), punkt 41, samt dom av den 17 oktober 1996 i de förenade målen C-283/94, C-291/94 och C-292/94, Denavit (REG 1996, s. I-5063), punkt 49.

stol, om den hyser några tvivel, alltid kan vända sig till domstolen genom en begäran om förhandsavgörande för att erhålla ytterligare tolkningsdata som är lämpliga för att avgöra målet.

25. Låt oss nu se på den överträdelse som den hänskjutande domstolen har begärt klargöranden kring. Domstolen har redan angivit vissa omständigheter som de nationella domstolarna måste beakta vid sin bedömning av om en överträdelse är "tillräckligt klar". Av betydelse är "grad[en] av klarhet och precision, omfattningen av det utrymme för skönmässig bedömning som i den överträdde regeln lämnas åt de nationella eller de gemenskapsrättsliga myndigheterna, det begångna fördragsbrottets eller den vållade skadans avsiktliga eller oavsiktliga karaktär, den ursäktliga eller ousäktliga karaktären av en eventuell rättsvillfarelse, den omständigheten att en av en gemenskapsinstitution intagen ståndpunkt har kunnat bidra till underlåtenheten [att införa bestämmelser i enlighet med gemenskapsrätten] samt antagandet eller upprätthållandet av bestämmelser eller nationell praxis som strider mot gemenskapsrätten. En överträdelse av gemenskapsrätten är i vilket fall som helst uppenbart klar då den har fortsatt, trots att det har avkunnats en dom i vilken det ifrågasatta fördragsbrottet fastställs eller det finns ett förhandsavgörande eller en fast rättspraxis från domstolen i frågan, av vilka det framgår att agerandet i fråga utgör en överträdelse".²⁹ Generaladvokaten Tesauro påpekade att det rör sig om fall i vilka de gränser som

gäller för statens handlande inte framstår som väl definierade.³⁰

26. I förevarande fall är det nödvändigt att beakta att definitionen av de gemenskapsrättsliga skyldigheter som skall ligga till grund för bedömningen av den tyrolska lagstiftningen om fritidsbostäder är svår att ange, just på grund av att det blir nödvändigt att avgöra, som i förevarande mål, vilken räckvidden är av det i artikel 70 i anslutningsakten fastslagna undantaget. I förevarande fall är den omtvistade gemenskapslagstiftningen inte tillämplig med den grad av klarhet och precision som enligt gemenskapsrätten krävs för att medlemsstaten skall vara skyldig att ersätta de skador som enskilda eventuellt åsamkas. Även om de nationella reglerna skall tillämpas fördragskonformt, kan den rättsvillfarelse som Österrike gjort sig skyldig till under sådana omständigheter anses vara ursäktlig. Detta är tillräckligt för att utesluta att överträdelserna av de skyldigheter som åligger sagda stat enligt fördraget skulle vara tillräckligt klara.

Den fjärde frågan

27. Det svar jag föreslår på den andra och den tredje frågan gör det överflödigt att besvara den fjärde frågan.

29 — Dom av den 5 mars 1996 i de ovannämnda förenade målen C-46/93 och C-48/93 (punkterna 56 och 57).

30 — Se punkt 78 i förslaget till avgörande.

Förslag till avgörande

28. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen ger följande svar på de frågor som har ställts av Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien:

- 1) Nationell lagstiftning liknande TGVG 1996 kan inte anses omfattas av det undantag som föreskrivs i artikel 70 i anslutningsakten. Sådan lagstiftning kan, genom att ålägga ett tillståndsförfarande redan innan äganderätten skrivs in i fastighetsregistren, utgöra hinder för utövandet av etableringsfriheten.

Att garantera regional- och miljöpolitiska syften utgör tvingande hänsyn av allmänt intresse. Nationell lagstiftning som har sådana syften måste emellertid uppfylla de villkor som uppställs i domstolens rättspraxis. Den skall således tillämpas på ett icke-diskriminerande sätt, vara lämplig för den eftersträlvade målsättningen och inte vara mer omfattande än vad som är nödvändigt i sammanhanget.

Eventuella begränsningar av de rättigheter som garanteras genom fördraget och som beror på lagstiftning som har regional- och miljöpolitiska syften kan endast anses uppfylla proportionalitetsprincipens krav i den mån som de begränsas till de områden där de ovannämnda kraven verkligen är tvingande och det heller inte är möjligt att uppnå de aktuella syftena med mindre restriktiva åtgärder.

- 2) och 3)

Även om det i princip ankommer på de nationella domstolarna att bedöma villkoren för att utomobligatoriskt skadeståndsansvar skall uppkomma för en

medlemsstat, klargör domstolen inom ramen för förfarandet enligt artikel 177 i fördraget de grundläggande principer som skall ligga till grund för att definiera villkoren i fråga.

En överträdelse kan inte anses vara tillräckligt klar om gemenskapslagstiftningen i fråga inte är tillräckligt klar och precis.