

## FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

fremSAT den 8. november 2006<sup>1</sup>

### I — Indledning

1. »Denne krig var en langvarig kamp, og under dens forløb blev Grækenland udsat for de værste katastrofer nogensinde: Aldrig før var så mange byer blevet erobret og ødelagt [...]; aldrig havde landet oplevet en sådan landsflygtighed og et sådant blodbad [...]« Således beskrev Thukydide den peloponnesiske krig i det 5. årh. f.Kr.<sup>2</sup>, som så klart udtrykker katastroferne i enhver væbnet konflikt, som påvirker både tabere og vindere.
2. De forskellige kunstarter har givet udtryk for de frygtelige virkninger af krige. »Krigens katastrofer«, Goyas kendte serie på 82 raderinger fra perioden mellem 1810 og 1820, viser den elendighed, der følger af sammenstød, forbrydelser, tortur og virkningerne heraf for det enkelte menneske: bitre vidnesbyrd fyldt med pessimisme, som udgør en social krønike med stærk pacifistisk gennemslagskraft. »Den 3. maj 1808«, også af Goya, og »Guernica« af Picasso viser ligeledes de følelser, som fremkaldes i disse geniale malere af de omfattende ødelæggelser med deres last af død og udslættelse.
3. År senere, i 1859, rejste den schweiziske filantrop, Henry Dunant, gennem Lombardiet, der da var hærget af blod og ild. Han kom til Solferino en aften efter et grusomt slag og konstaterede med gru, at tusinder af sårede soldater lå lemlæstede, forladte, hjælpeløse, dømt til en sikker død. Af dette frygtelige syn fødtes tanken om at grundlægge Røde Kors.
4. Også på det juridiske område har den ulykkelige virkning af væbnede konflikter gjort sig gældende. I det foreliggende tilfælde har en række græske borgere ved en national domstol anlagt sag med påstand om, at Tyskland erstatter den skade, som dens hær forårsagede ved en tragisk episode under Anden Verdenskrig.

1 — Originalsprog: spansk.

2 — Thukydide: Den peloponnesiske krigs historie I-23, oversat af Holger Friis Johansen, Gyldendal 1963.

5. Efetio Patron (appeldomstol i Patras) spørger Domstolen, om denne tvist på grund af det område, den vedrører, hører under anvendelsesområdet for konventionen af 27. september 1968 om retternes kompetence og om fuldbyrdelse af retsafgørelser i borgerlige sager, herunder handelssager<sup>3</sup>, kendt som Bruxelles-konventionen. Endvidere ønsker den oplyst, om staternes immunitet er forenelig med konventionen.

»Denne konvention finder anvendelse på borgerlige sager, herunder handelssager, uanset domsmyndighedens art. Den omfatter i særdeleshed ikke sager om skat, told eller administrative anliggender.

Den finder ikke anvendelse på:

6. Spørgsmålene er forelagt på det fejlagtige grundlag af artikel 234 EF, da det ikke er denne forskrift, der tillægger Domstolen at fortolke nævnte konvention, men protokollen af 3. juni 1971<sup>4</sup>. Denne fejl er imidlertid ikke relevant, da artikel 2 i protokollen, som den tyske regering har påpeget, tillader Efetio at anmode Domstolen om at træffe præjudiciel afgørelse vedrørende fortolkningen af konventionen.

- 1) fysiske personers retlige status samt deres rets- og handleevne, formueforholdet mellem ægtefæller samt arv efter loven eller testamente
- 2) konkurs, akkord og andre lignende ordninger

3) social sikring

## II — Relevante retsforskrifter

7. Bruxelles-konventionen afgrænser sit »anvendelsesområde« i afsnit I, som består af artikel 1, der foreskriver:

4) voldgift.«

8. Afsnit II, der omhandler »kompetence«, knæsætter i artikel 2, stk. 1, det generelle princip om, at »personer, der har bopæl på en kontraherende stats område, uanset deres nationalitet, [skal] sagsøges ved retterne i denne stat«, med de i konventionen fastsatte undtagelser.

3 — EFT 1972 L 299, s. 32; konsolideret udgave i EFT 1998 C 27, s. 1.

4 — Protokollen vedrørende Domstolens fortolkning af konventionen af 27.9.1968 om retternes kompetence og fuldbyrdelse af retsafgørelser i borgerlige sager, herunder handelssager (EFT 1975 L 204, s. 28; konsolideret udgave i EFT 1998 C 27, s. 28).

9. Blandt disse undtagelser findes »specielle kompetenceregler« i artikel 5, der lyder således:

»En person, der har bopæl på en kontraherende stats område, kan sagsøges i en anden kontraherende stat:

[...]

3) i sager om erstatning uden for kontrakt, ved retten på det sted, hvor skadetilføjelsen er foregået

4) i sager, i hvilke der påstås erstatning eller genoprettelse af en tidligere tilstand i anledning af en strafbar handling, ved den ret, hvor straffesagen er anlagt, såfremt denne ret i henhold til sin egen lovgivning kan påkende borgerlige krav

[...]

10. Konventionen indeholder desuden afsnit III, »Anerkendelse og fuldbyrdelse«, afsnit IV, »Officielt bekræftede dokumenter og retsførlig«, V, »Almindelige bestemmelser«, VI »Overgangsbestemmelser«, VII, »Forholdet til andre konventioner«, og VIII, »Afsluttende bestemmelser«.

11. Det skal bemærkes, at Rådets forordning (EF) nr. 44/2001 af 22. december 2000 om retternes kompetence og om anerkendelse og fuldbyrdelse af retsafgørelser på det civil- og handelsretlige område<sup>5</sup> har erstattet Bruxelles-konventionen. Der er stor overensstemmelse mellem de to forskrifter, men de nye bestemmelser gælder ikke i det foreliggende tilfælde.

### III — De faktiske omstændigheder, tvisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

12. Irini Lechouritou m.fl. anlagde sag mod Tyskland ved Polymeles Protodikio Kalavriton (førsteinstans i Kalavrita), med påstand om erstatning for de materielle, moralske og psykologiske skader som følge af den massakre, som Wehrmacht-soldaterne begik den 13. december 1943 i Kalavrita, da de invaderede Grækenland under Den Anden Verdenskrig<sup>6</sup>.

5 — EFT 2001 L 12, s. 1.

6 — Under henvisning til lignende omstændigheder i Distomo den 10.6.1944 anlagde 257 græske borgere erstatningssag mod Tyskland ved en førsteinstansret i Livadia, som afsagde dom den 30.10.1997. Dommen blev bekræftet af den græske højesteret ved dom af 4.5.2000, men blev ikke fuldbyrdet, da der manglede en forudgående tilladelse fra justitsministeren som krævet ved artikel 923 i civilprocesloven. Sagsøgerne anlagde dernæst sag ved Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, som i dom af 12.12.2002, Kalogeropoulou m.fl. mod Grækenland og Tyskland (*Recueil des arrêts et décisions*, 2002-X), analyserede forholdet mellem staters immunitet og den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder og fastslog, at restriktionerne i den græske lovgivning var forholdsmæssige. Den tyske regerings indlæg i denne præjudicielle sag redegør for den diplomatiske krise, der opstod på daværende tidspunkt.

13. Den nævnte ret fastslog i dom nr. 70/1998, at den i henhold til artikel 3, stk. 1, i retsplejeloven savnede kompetence til at påkende sagen, da den sagsøgte stat nyder immunitet.

14. Sagsøgerne appellerede denne afgørelse til Efetio Patron, der den 12. januar 2001 traf en første afgørelse, hvorved den endelige afgørelse blev udsat, indtil Anotato Idiko Dikastirio (den særlige højesteret) havde truffet afgørelse vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt artikel 11 i den europæiske konvention om staternes immunitet, underskrevet i Basel den 16. maj 1972<sup>7</sup>, som Grækenland ikke havde underskrevet, hvori der er fastsat en undtagelse fra immuniteten for strafbare handlinger, der er blevet begået på forum-statens territorium ved udøvelse af statslig højhedsmyndighed af en person, som befandt sig på dette territorium, skal anses for en almindelig anerkendt, folkeretlig regel, og spørgsmålet om, hvorvidt denne undtagelse, i overensstemmelse med international sædvane, omfatter erstatningskrav for skade forvoldt i forbindelse med væbnede sammenstød, som rammer en afgrænset kreds af personer koncentreret på et sted, når disse personer ikke har forbindelse med disse fjendtligheder og ikke deltager i krigshandlinger.

7 — Konvention indgået inden for rammerne af Europarådet, der har været i kraft siden den 11.6.1976 og er bindende for Tyskland, Østrig, Belgien, Cypern, Luxembourg, Nederlandene, Det Forenede Kongerige og Schweiz. På samme dato åbnedes en tillægsprotokol, der var gyldig fra den 22.5.1985, for undertegnelse; den er bindende for Østrig, Belgien, Cypern, Luxembourg, Nederlandene og Schweiz. Teksten og ratifikationer findes på Europarådets adresse: <http://www.conventiones.coe.int/Treaty/fr/Treaties/Html/074.htm>

15. Anotato Idiko Dikastirio fastslog i afgørelse nr. 6/2002 af 17. september 2002, at »der på folkerettens nuværende udviklingstrin fortsat består en almindelig anerkendt, folkeretlig regel, hvorefter en stat ikke kan sagsøges ved andre staters domstole for erstatning for enhver form for retsstridig handling, der fandt sted på forum-statens territorium, og hvori den sagsøgte stats væbnede styrker var involveret, hverken under krig eller i fredstid«.

16. Efetio Patron, der som ethvert andet græsk retsorgan er bundet af Anotato Idiko Dikastirios afgørelse<sup>8</sup>, har fundet et tilknytningspunkt til fællesskabsretten og udsat sagen for at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Hører erstatningssøgsmål anlagt af fysiske personer mod en kontraherende stat som civilretligt ansvarlig for sine væbnede styrkers handlinger eller undladelser under anvendelsesområdet for artikel 1 i Bruxelles-konventionen, når de pågældende handlinger og undladelser fandt sted under besættelsen af det land, hvori sagsøgerne har bopæl, og er i

8 — Artikel 100, stk. 4, i den græske forfatning, sammenholdt med artikel 54, stk. 1, i lov om Anotato Idiko Dikastirio, godkendt ved artikel 1 i lov nr. 345/1976 (FEK A' 141).

åbenlys strid med krigsretten og muligvis kan anses for en forbrydelse mod menneskeheden?

for sagsøgerne, den tyske regering og Kommissionen mundtlige indlæg.

- 2) Er den sagsøgte stats anbringende om immunitet forenelig med Bruxelleskonventionen med den følge, at konventionen i givet fald ikke kan finde anvendelse på handlinger og undladelser, som sagsøgte væbnede styrker har begået, og som fandt sted inden ikrafttrædelsen af den pågældende konvention, nemlig i perioden 1941-1944?»

#### V — Undersøgelse af det første præjudicielle spørgsmål

19. Efetio Patron ønsker i det væsentlige oplyst, om Bruxelleskonventionen, der i henhold til artikel 1 er begrænset til »borgerlige sager, herunder handelssager«, er anvendelig på erstatningssøgsmål anlagt af private mod en kontraherende stat med henblik på at få erstatning for skader forårsaget af besættelsesmagten i en væbnet konflikt.

#### IV — Retsforhandlingerne for Domstolen

##### A — Begrebet »borgerlige sager, herunder handelssager«

17. Sagsøgerne i hovedsagen, den nederlandske, den polske, den tyske og den italienske regering samt Kommissionen har afgivet skriftlige indlæg inden for den i artikel 23 i statuten for Domstolen fastsatte frist.

20. Konventionen følger andre internationale konventioners mønster<sup>9</sup>, og for at

18. Under retsmødet, der blev afholdt den 28. september 2006, afgav repræsentanterne

9 — P. Jenard forklarer i rapporten om konventionen om retternes kompetence og fuldbyrdelse af retsafgørelser i borgerlige sager, herunder handelssager (EFT 1979 C 59, s. 1), at ekspertudvalget, som havde til opgave at udarbejde forslaget, overtog den metode, som var anvendt i de eksisterende konventioner. I den juridiske litteratur er G.A.L. Droz: *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le marché commun (Etude de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968)*, Librairie Dalloz, Paris, 1972, s. 33, af samme mening. Ligeledes generaladvokat Darmon i punkt 19 i forslaget til afgørelse i Sonntag-sagen, som jeg henviser til i det følgende; i punkt 20 anfører han, at det er usædvanligt, at »man i en bilateral sammenhæng udarbejder en udtømmende opregning af områder, som hører ind under borgerlige sager, herunder handelssager«.

undgå problemerne med en opremsning af indhold<sup>10</sup> definerer den ikke, hvad der skal forstås ved »borgerlige sager, herunder handels-sager«; den begrænser sig til en negativ præcisering med bestemmelsen om, at den finder anvendelse »uanset domsmyndigheds art«<sup>11</sup>. Retspraksis har dog fastslået, 1) at begrebet er selvstændigt, og 2) at det udelukker jure imperii-handlinger.

22. Det samme er sket med begrebet »borgerlige sager«<sup>13</sup>, som i LTU-dommen af 14. oktober 1976<sup>14</sup> blev betegnet som et selvstændigt begreb, som bør fortolkes ikke alene ud fra konventionens mål og opbygning, men også ud fra de almindelige principper, som kan udledes af de nationale retssystemer under ét, uden at der bliver tale om en ren henvisning til den ene eller den anden af de berørte staters nationale ret, da afgrænsningen af det materielle anvendelsesområde (*rationae materiae*) har til formål at »sikre, at de rettigheder og forpligtelser, som konventionen medfører for de kontraherende stater og berørte personer, bliver lige og ensartede« (præmis 3)<sup>15</sup>.

## 1. Begrebets selvstændige karakter

21. Generaladvokat Darmon udtaler i forslaget til afgørelse i Rich-sagen<sup>12</sup>, hvor der faldt dom den 25. juli 1991, at fortolkningen af konventionen giver anledning til mange vanskeligheder, da der til denne sags egen kompleksitet kommer anvendelsen af begreber, der er veldefinerede i de nationale retter, dog ofte på forskellig måde, hvilket foranlediger Domstolen til at fremme en selvstændig betydning.

23. Denne karakterisering er blevet gentaget i andre domme, såsom dommen af 14. juli 1977 i sagen Bavaria Fluggesellschaft og Germanair mod Eurocontrol<sup>16</sup>, præmis 4, af 22. februar 1979 i Gourdain-sagen<sup>17</sup>, præmis 3, af 16. december 1980 i Rüffer-sagen<sup>18</sup>, præmis 7 og 8, af 21. april 1993 i Sonntag-sagen<sup>19</sup>, præmis 18, af 14. november

10 — M. Desantes Real: *La competencia judicial en la Comunidad Europea*, Bosch, Barcelona, 1986, s. 79 og 80.

11 — Herved overtog man tendenserne fra folkeretten: »Begrebet »borgerlige sager, herunder handels-sager«, er meget vidt og omfatter ikke alene sager, hvor civil- og handelsdomstole er kompetente, i særdeleshed i de lande, hvor der findes forvaltningsdomstole«, *Conférence de La Haye de Droit international privé, Actes et Documents de la quatrième session (mai-juin 1904)*, s. 84.

12 — Sag C-190/89, Sml. I, s. 3855.

13 — Også andre begreber er blevet kvalificeret som selvstændige, såsom begrebet »kontraktforhold« i artikel 5, stk. 1, i Bruxelles-konventionen, jf. dom af 22.3.1983, sag 34/82, Peters, Sml. s. 987, præmis 9 og 10, af 8.3.1988, sag 9/87, Arcado, Sml. s. 1539, præmis 10 og 11, af 17.6.1992, sag C-26/91, Handte, Sml. I, s. 3967, præmis 10, af 27.10.1998, sag C-51/97, Réunion européenne m.fl., Sml. I, s. 6511, præmis 15, og af 17.9.2002, sag C-334/00, Tacconi, Sml. I, s. 7357, præmis 35.

14 — Sag 29/76, Sml. s. 1541.

15 — Generaladvokat Reischl anfører i punkt 2 i forslaget til afgørelse til denne sag, at emnet langt fra er ukontroversielt, da den juridiske litteratur og national retspraksis giver forskellige løsningsforslag. Alligevel udtaler han sig imod selvstændighedsteorien, som han finder »meget attraktiv«, men som giver anledning til »alvorlige indvendinger«, og går ind for at overlade løsningen til retten i den stat, hvis afgørelse skal fuldbyrdes.

16 — Forenede sager 9/77 og 10/77, Sml. s. 1517.

17 — Sag 133/78, Sml. s. 733.

18 — Sag 814/79, Sml. s. 3807.

19 — Sag C-172/91, Sml. I, s. 1963.

2002 i Baten-sagen<sup>20</sup>, præmis 28, og af 15. maj 2003 i Préservatrice Foncière TIARD-sagen<sup>21</sup>, præmis 20.

2. Udelukkelse af *acta jure imperii*

24. Schlossers rapport om tiltrædelseskonventionen fra 1978<sup>22</sup> understreger nødvendigheden af at give ordlyden af artikel 1 selvstændig betydning og anfører til støtte herfor, at de oprindelige medlemsstats retsordener kender sondringen mellem borgerlige sager, herunder handelssager, på den ene side og offentligtretlige forhold på den anden side, som trods betydelige forskelle i det store og hele også gennemføres efter beslægtede kriterier. Derfor har man ved udformningen af den oprindelige konventionstekst og Jenard-rapporten givet afkald på en konkret beskrivelse af borgerlige sager og handelssager og begrænset sig til at påvise, at også afgørelser truffet af straffeg og forvaltningsretter falder ind under konventionen, såfremt disse retter træffer afgørelse i borgerlige sager og handelssager. Schlosser-rapporten understreger endvidere, at Det Forenede Kongerige og Irland knapt nok kender den sondring mellem privatret og offentlig ret, som er almindelig i de oprindelige medlemsstats retsordener (punkt 23).

25. LTU-dommen udvidede konventionen til at omfatte afgørelse i tvister mellem en offentlig myndighed og en privatperson, forudsat at der ikke er tale om udøvelse af offentligtretlige beføjelser (præmis 4 og 5)<sup>23</sup>.

26. Selv om Domstolen henviste til reglerne om anerkendelse af retsafgørelser (afsnit III), gælder det samme for bestemmelserne om kompetence (afsnit II)<sup>24</sup>, idet artikel 1 er forudsætning for begge afsnits anvendelighed.

27. LTU-dommen begrundede, at Bruxelleskonventionen med den første udvidelse af Fællesskabet ændredes således, at den i særdeleshed ikke omfattede sager om »skat, told eller administrative anliggender«<sup>25</sup>.

20 — Sag C-271/00, Sml. I, s. 10489.

21 — Sag C-266/01, Sml. I, s. 4867.

22 — Rapport om konventionen om Kongeriget Danmarks, Irlands og Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirlands tilslutning til konventionen om retternes kompetence og om fuldbyrdelse af retsafgørelser i borgerlige sager, herunder handelssager, samt af protokollen vedrørende Domstolens fortolkning af denne konvention, udarbejdet af professor Dr. P. Schlosser (EFT 1990 C 189, s. 184).

23 — Denne retspraksis er blevet bekræftet ved dommen i Rüffer-sagen, præmis 8, Sonntag-sagen, præmis 20, Baten-sagen, præmis 30, Préservatrice Foncière TIARD-sagen, præmis 22, og dom af 1.10.2002, sag C-167/00, Henkel, Sml. I, s. 8111, præmis 26.

24 — Generaladvokat Jacobs giver i punkt 21 i forslaget til afgørelse i Henkel-sagen udtryk for samme opfattelse, som Domstolen implicit har overtaget i dommen.

25 — Sætning tilføjet ved artikel 3 i konventionen af 9.10.1978 om Kongeriget Danmarks, Irlands og Kongeriget Storbritannien og Nordirlands tiltrædelse (EFT L 304, s. 1, og — den ændrede tekst — s. 77).

28. De offentlige myndigheder udøver imidlertid ikke deres aktiviteter inden for disse områder, skønt de dog ofte kommer i berøring hermed. Desuden har begreberne »skat«, »told« og »administrative anliggender« begrebsmæssig selvstændighed ligesom »borgerlige sager« og »handelssager« på grund af samme krav om ensartethed og retssikkerhed<sup>26</sup>.

29. I de skriftlige indlæg i denne præjudicielle sag hersker der enighed om, at *acta jure imperii* ikke er omfattet af Bruxelleskonventionens anvendelsesområde<sup>27</sup>. Forskellene opstår ved udlægningen af dem og ved vurderingen af, om de omfatter en stats væbnede styrkers handlinger i en anden stat.

30. Der skal derfor foretages en undersøgelse af a) grundene til udelukkelse af sådanne handlinger, samt b) hvilke kriterier udelukkelsen støttes på i det enkelte tilfælde.

26 — Artikel 2, stk. 1, i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 805/2004 af 21.4.2004 om indførelse af et europæisk tvangsfuldbyrdsdokument for ubestridte krav (EFT L 143, s. 15) giver udtryk for samme filosofi, idet den bestemmer, at »[d]enne forordning finder anvendelse på det civil- og handelsretlige område, uanset domsmyndighedens art. Den omfatter i særdeleshed ikke spørgsmål vedrørende skat, told eller administrative anliggender eller statens ansvar for handlinger og udeladelser under udøvelse af statsmagt (*acta jure imperii*)«. En tilsvarende ordlyd findes i artikel 2, stk. 1, i ændret forslag til Europa-Parlamentets og Rådets forordning om indførelse af en europæisk betalingspåbudsprocedure (KOM(2006) 57 endelig).

27 — Forslagene til fremtidige fællesskabsregler udelukker også disse handlinger. Således udelukker det ændrede forslag til Europa-Parlamentets og Rådets forordning om lovvalgsregler for forpligtelser uden for kontraktforhold (»Rom II«) [KOM(2006) 83 endelig] i artikel 1, stk. 1, »g) forpligtelser uden for kontraktforhold, der udspringer af statens ansvar for handlinger begået under udøvelse af offentlig myndighed (»acta jure imperii«).

a) Grundene til udelukkelsen

31. I LTU-dommen, der understreger den selvstændige karakter af begrebet »borgerlige sager, herunder handelssager«, og relevansen af at fortolke det efter de angivne parametre, henviste Domstolen til faktorer, som karakteriserer retsforholdet mellem parterne i tvisten eller genstanden for tvisten, som kan begrunde udelukkelse fra Bruxelleskonventionens anvendelsesområde. Domstolen sondrede herved mellem de situationer, hvor myndighederne udøver en offentligretlig beføjelse, og dem, hvor de handler som ethvert andet retssubjekt (præmis 4)<sup>28</sup>.

32. Der er desuden andre stærkere og mere generelle grunde til, at *acta jure imperii* — til forskel fra *acta jure gestionis* —<sup>29</sup> ikke falder ind under Bruxelleskonventionen.

33. I Schlosser-rapporten påpeges, at »i de oprindelige medlemsstaters retsorden deltager staten som sådan eller enheder med offentlige funktioner, såsom kommuner og provinser, i retsforhold på to måder«, alt efter om de styres af offentligretlige eller privat-

28 — Generaladvokat Reischl henviser i forslaget til afgørelse i LTU-sagen til over- og underordnet stilling som elementer i offentligretlige forhold.

29 — M. Desantes Real, s. 84.



retlige bestemmelser, hvor offentligretlige handlinger anses for at være et udtryk for suveræniteten.

ræne handlinger, eller fordi retsbeskyttelsen bliver mere overbevisende<sup>30</sup>.

34. Set på en anden måde understreger generaladvokat Léger i forslaget til afgørelse i sagen *Préservatrice Foncière TIARD* undtagelserne i konventionens artikel 1, stk. 2, vedrørende områder, »der unddrages partsautonomien og berører ordre public« (punkt 53), og på grundlag heraf mener han, at »Bruxelles-konventionens forfattere har villet, at en medlemsstats enekompetence principielt svarer til den kompetence, der tilkommer samme stats administrative og dømmende myndigheder. Når disse områder udgør tvistens hovedgenstand, er det denne stats retter, der anses for at være i den bedste position til at løse dem. Hensynet til at styrke retsbeskyttelsen, som er et af Bruxelles-konventionens formål, sikres således ved, at der udpeges et nationalt retssystem, som har den fulde kompetence [...]« (punkt 54), et *rèsonnement*, der efter generaladvokat Légers mening også bør følges for så vidt angår »de områder, der henhører under offentlig ret, hvor staten udøver sine særlige offentligretlige beføjelser« (punkt 55).

35. Sammenfattende omfatter konventionen ikke de områder, hvor staten udøver offentligretlige beføjelser og ikke handler privatretligt, hvad enten det drejer sig om suve-

36. Problemet består — som generaladvokat Jacobs anfører i forslaget til afgørelse i *Henkel-sagen* — i, at »det ikke altid er ligetil at sondre mellem tilfælde, hvor staten og dens uafhængige organer handler i deres egenskab af privatretlige retssubjekter, og de tilfælde, hvor de handler som offentligretlige retssubjekter« (punkt 22), i særdeleshed for så vidt som der i »common law«-lande ikke gøres forskel mellem offentlig og privat ret, idet begrebet »civil law« omfatter alt det, som ikke udgør »criminal law«<sup>31</sup>. For at identificere en offentligretlig handling er de kontraherende staters retsordninger, der ofte er forskellige og upræcise<sup>32</sup>, ikke brugbare, selv om de peger på mulige løsninger.

30 — Dikotomien privatret/offentlig ret som kriterium for at afgrænse Bruxelles-konventionen fremgår tydeligt af *Jenard-rapporten*, hvor udelukkelsen af social sikkerhed begrundes således: »et område, som i bestemte lande, såsom Forbundsrepublikken Tyskland, hører under offentlig ret, og i andre bevæger sig i græzonen mellem privatret og offentlig ret«. I *Evrigenis- og Kerameus-rapporten om Den Helleniske Republiks tiltrædelse af konventionen* (EFT 1986 C 298, s. 1) udskilles fra de civile og handelsretlige områder de områder, hvor offentlig ret finder anvendelse, som ikke er omfattet af konventionens anvendelsesområde. Ifølge Domstolen kan sondringen baseres på kriteriet om udøvelse af offentlig myndighed, som i den kontinentale retslære gør det muligt at udskille de områder, der hører under offentlig ret (punkt 28). I den juridiske litteratur, jf. M. Desantes Real, s. 79-81.

31 — P.S. James: *Introduction to the English Law*, 10. udg., Ed. Butterworth's, London, 1979, s. 4 ff., F. Knoepfler: *La House of Lords et la définition de la matière civile et commerciale*, Mélanges Grossen, Neuchâtel, 1992, s. 9.

32 — C. Tirado Robles: *La competencia judicial en la Unión Europea (Comentarios al Convenio de Bruselas)*, Bosch, Barcelona, 1995, s. 14.

b) Kriterier, som udelukkelsen støttes på

37. På baggrund af, at de anvendte begreber er selvstændige, og henset til grundene til, at *acta jure imperii* ikke er omfattet af Bruxelles-konventionen, hjælper en kort gennemgang af retspraksis med til at fastslå de kriterier, der er bestemmende for udelukkelsen af sådanne handlinger.

38. LTU-dommen afviste konventionens anvendelighed på en privat enheds betaling for nogle afgifter, som den skulle erlægge til et offentligt organ for tvungen og eneste tilladte benyttelse af dette organs anlæg og tjenesteydelser. Ifølge dommen defineres det materielle anvendelsesområde hovedsageligt ved »de faktorer, som karakteriserer retsforholdet mellem parterne i tvisten eller [...] genstanden for denne tvist« (præmis 4).

39. Lignende argumenter findes i Rüffer-dommen vedrørende et regressøgsmaal anlagt af den nederlandske stat mod en flodskipper, der var ejer af et tysk flodmotorskib, som havde påsejlet et andet motorskib, med henblik på at inddrive omkostningerne i forbindelse med fjernelse af vraget, da dette rydningsarbejde i henhold til en international traktat henhørte under den nederlandske stats flodpolitimæssige opgaver. Det var afgørende, at »inddrivelsen af de nævnte omkostninger sker på grundlag af en fordring, som har sit udspring i en handling

foretaget under udøvelsen af offentlig myndighed« (præmis 15), da det afgørende ikke er arten af søgsmålet eller inddrivelsesformen, men arten af den ret, som ligger til grund for søgsmålet.

40. Sonntag-dommen vedrørte en straffesag, der var anlagt, fordi en elev i en tysk offentlig skole var omkommet under en skoleudflugt til Italien, hvor der også blev anlagt et civilt søgsmaal mod den ledsagende lærer om erstatning af den skade, der var forvoldt. Dommen anerkendte, at konventionen fandt anvendelse, fordi erstatningskravet »har civilretlig karakter« (præmis 19), fordi: a) Selv om læreren har stilling som tjenestemand og handler som sådan, »udøver han [...] ikke altid offentligretlige beføjelser« (præmis 21), b) i de fleste af de kontraherende staters retssystemer indebærer tilsynet med eleverne ikke beføjelser, der er underkastet andre regler end dem, der gælder i forholdet mellem borgerne (præmis 22)<sup>33</sup>, c) i et sådant tilfælde har en lærer ved en offentlig skole »samme funktioner« i forhold til eleverne som en lærer ved en privat skole (præmis 23), d) retspraksis<sup>34</sup> havde fastslået, at en lærer ikke udøver offentlig myndighed, selv når han bedømmer elevernes præstationer og deltager i afgørelsen om deres oprykning til næste klasse (præmis 24), e)

33 — I forslaget til afgørelse i denne sag illustrerer generaladvokat Darmon udformningen i de kontraherende staters retssystemer af et civilt søgsmaal som følge af en lovovertrædelse og sondrer mellem »common law« landene (punkt 28) og de kontinentale lande, blandt hvilke han nævner lovgivningen i Danmark, Spanien, Belgien, Italien, Portugal, Nederlandene, Frankrig, Luxembourg, Tyskland og Grækenland (punkt 30-39).

34 — Dom af 3.7.1986, sag 66/85, Lawrie-Blum, Sml. s. 2121, præmis 28.

selv om lærerens opsyn med eleverne efter national ret i den kontraherende stat, læren kommer fra, betegnes som udøvelse af offentlig myndighed, er det uden betydning (præmis 25), og det samme gælder, selv om ulykken er omfattet af en offentligretlig socialforsikring (præmis 27 og 28).

41. Henkel-dommen genoptog en af overvejelserne i Sonntag-dommen og afviste, at et søgsmål rejst af en privat forbrugerbeskyttelsesorganisation med påstand om, at en erhvervsdrivende tilpligtes at undlade at anvende urimelige kontraktvilkår, indebærer »udøvelse af beføjelser, som er særligt vidtgående i forhold til de almindelige retsregler, som finder anvendelse på forbindelserne mellem privatpersoner« (præmis 30).

42. Baten-dommen lod begrebet »borgerlige sager« omfatte et regressøgsmaal, hvorved »et offentligretligt organ over for en privatperson søger at inddrive beløb, som organet i form af social bistand har udbetalt [...], for så vidt som grundlaget og de nærmere regler for iværksættelsen af søgsmålet er reguleret af de almindeligt gældende retsregler«. Domstolen tilføjede, at såfremt regressøgsmalet støttes på bestemmelser, hvorved lovgiver har tillagt det offentligretlige organ en selvstændig beføjelse, kan søgsmålet ikke anses for omfattet af begrebet »borgerlige sager« (præmis 37)<sup>35</sup>.

35 — Generaladvokat Tizzano forklarer, at under de givne omstændigheder udøver kommunen ikke offentligretlige magtbeføjelser, idet den hverken har beføjelse til at afgøre, hvilke personer den søger regres hos for de afholdte udgifter, eller til at afgøre kravets størrelse, men heller ikke for så vidt angår inddrivelse af den udbetalte bistand — kommunen kan kun kræve, at tredjemand betaler (punkt 35). Retsforholdet mellem de to retssubjekter adskiller sig derfor ikke fra de normale fordringsforhold, der findes mellem retligt ligestillede personer, og som pr. definition er borgerligretlige forhold (punkt 36).

43. Préservatrice Foncière TIARD-dommen omhandlede Nederlandenes krav om betaling af toldskyld fra en kautionist for den hovedforpligtede. Domstolen fastslog, at en sag anlagt af en kontraherende stat mod et privatretligt retssubjekt om opfyldelse af en privatretlig kaution, som er indgået med henblik på at gøre det muligt for en anden at stille en af staten krævet og defineret sikkerhed, er omfattet af Bruxelles-konventionen, dog på en betingelse, der er fastlagt på grund af knapheden på oplysninger i de præjudicielle spørgsmål, nemlig at det sker »under forudsætning af at retsforholdet mellem kreditor og kautionisten, således som det følger af kautionsaftalen, ikke indebærer, at staten udøver beføjelser, der rækker ud over, hvad der gælder efter de retsregler, som finder anvendelse i forholdet mellem borgerne« (præmis 36).

44. På samme måde kom Blijdenstein-dommen<sup>36</sup> af 15. januar 2004 til det resultat, at konventionen fandt anvendelse på et af en offentlig myndighed iværksat regressøgsmaal for at inddrive beløb, som den i henhold til offentlig ret har udbetalt i form af uddannelsesstøtte til en ung underholdsberettiget kvinde, i hvis underholdskrav myndigheden var indtrådt i henhold til civilretlige bestemmelser (præmis 21).

45. Endelig fastslog Frauil-dommen<sup>37</sup> af 5. februar 2004, at et søgsmål iværksat af en

36 — Sag C-433/01, Sml. I, s. 981.

37 — Sag C-265/02, Sml. I, s. 1543.

kautionsist, som havde betalt toldskyld i overensstemmelse med en kautionsaftale indgået med en tredjemand, som havde påtaget sig at betale den for importørens regning, »ikke [er] et udtryk for udøvelse af nogen form for særlige beføjelser ud over dem, som følger af de regler, der finder anvendelse mellem borgerne« (præmis 21).

til grundlaget for, arten af og de nærmere regler for iværksættelse af søgsmålet<sup>39</sup>.

## B — Undersøgelse af det foreliggende tilfælde

### 1. Indledende bemærkninger

46. Af denne retspraksis fremgår det, at for at afgøre, hvilke handlinger der er *acta jure imperii* og dermed ikke omfattet af Bruxelles-konventionen, skal der tages hensyn til 1) den offentlige karakter af et af et retsforholds medlemmer, samt 2) oprindelsen og kilden til et iværksat søgsmål, nærmere bestemt forvaltningens udøvelse af vidtgående beføjelser eller beføjelser, som ikke finder anvendelse mellem borgerne. Det »personlige« kriterium peger hen på et formelt aspekt<sup>38</sup>, og kriteriet »underordnet stilling« henviser

47. Vurderingen af offentlige beføjelsers rolle er afhængig af omstændighederne i hver enkelt sag, hvilket har givet den juridiske litteratur anledning til at drøfte Domstolens rolle i de domme, den har afsagt<sup>40</sup>.

48. Et af kritikpunkterne går ud på, at Domstolen ikke har begrænset sig til at angive kriterierne for en selvstændig kvalificering af begrebet i artikel 1 i Bruxelles-konventionen og at anvende dem på tvister mellem offentlige myndigheder og private, men at den har valgt en — undertiden omstridt — løsning.

38 — Det indebærer, at Bruxelles-konventionen omfatter tilfælde, hvor der opstår forhold mellem private, selv om det er sket på grundlag af en offentligretlig bestemmelse, jf. P. Gothot og D. Holleaux: *La Convención de Bruselas de 27 septiembre 1968 (Competencia judicial y efectos de las decisiones en el marco de la CEE)*, La Ley, Madrid, 1986, s. 9, og Y. Palomo Herrero: *Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales según el Convenio de Bruselas de 27-09-68*, Colex, Madrid, 2000, s. 61. Kriteriet svarer til den kontinentale opfattelse af offentlig ret, nemlig at uden en offentlig forvaltnings medvirken kan der ikke være tale om et offentligretligt forhold (E. García de Enterría og T.R. Fernández: *Curso de Derecho Administrativo*, bind I, 9. udg., Civitas, Madrid, 1999, s. 42 ff.). Jeg skal ikke undlade at gøre opmærksom på nødvendigheden af, at i lyset af problemerne med afgrænsning af denne ret i en stadig større Union skal det personlige kriterium nuanceres på fællesskabsområdet, ved at fratage det relevans eller give en videre fortolkning af, hvad der forstås ved »offentlig part« i modsætning til »privat part« (A. Dashwood, R. Hacon, R. White: *A Guide to the Civil Jurisdiction and Judgement Convention*, Ed. Kluwer, Deventer/Antwerpen/London/Frankfurt/Boston/New York, 1987, s. 10, Y. Donzallaz: *La Convention de Lugano du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, bind I, Staempfli, Bern, 1996, s. 336 og 337).

39 — H. Gaudemet-Tallon: *Les Conventions de Bruxelles et de Lugano (Compétence internationale, reconnaissance et exécution des jugements en Europe)*, LGDJ, Paris, 1993, s. 20 og 21, bemærker, at selv om kriteriet ikke er uden logik og anvendes i folkeretten, fjerner det ikke hindringerne for grænse-uddragningen mellem offentlig og privat ret.

40 — Bl.a. P. Schlosser: »Der EuGH und das Europäische Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen«, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1977, s. 457 ff. Jf. desuden kommentarerne til LTU-dommen af A. Huet: *Journal du droit international*, 1977, s. 707 ff., samt G.A.L. Droz: *Revue critique de droit international privé*, 1977, s. 776 ff.

49. Det præjudicielle spørgsmål består imidlertid af en tidsmæssig sekvens, som omfatter tre successive faser: den første, hvor den nationale domstol afgør, at der er tale om et fællesskabsretligt problem, den mellemliggende, hvor Domstolen behandler det, og det afsluttende, hvor den nationale domstol afgør tvisten i hovedsagen i lyset af de givne henvisninger<sup>41</sup>. Vanskelighederne opstår, hvis den ligevægt, der hersker i dialogen mellem retsorganerne, brydes<sup>42</sup>, hvis et af dem<sup>43</sup> overskrider sine beføjelser<sup>44</sup> i udførelsen af sine funktioner.

50. Risikoen for overskridelse af beføjelserne i denne sag kan undgås ved, at der abstraheres fra de faktiske omstændigheder, og det søges at løse det opståede fortolkningsspørgsmål på en måde, der kan være til hjælp for ethvert af Unionens retsorganer, som befinder sig i en tilsvarende situation. Endvidere skal de fremsatte spørgsmål forsynes med en strengt retlig fokus for at udelukke følelser, som selv om de er forståelige, slører fornuften.

41 — P. Pescatore: »Las cuestiones prejudiciales«, i G.C. Rodríguez Iglesias og D. Liñán Noguera: *El Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Civitas, Madrid, 1993, s. 546.

42 — J.M. Peláez Marón: »Funciones y disfunciones del control jurisdiccional en el marco de la Comunidad Europea«, *Gaceta Jurídica de la CEE*, nr. 52, serie D-9, 1988, s. 233-259.

43 — K.N. Kakouris i »La mission de la Cour de Justice des Communautés européennes et l'ethos du juge«, *Revue des affaires européennes*, nr. 4, 1994, s. 35-41, henviser til den bevidste, ærlige og moralske holdning hos Domstolen og hver enkelt af dens dommere — »ethos«.

44 — I punkt 35 i mit forslag til afgørelse i den sag, hvori der blev afsagt dom den 17.6.2004, sag C-30/02, *Recheio-Cash & Carry*, Sml. I, s. 6051, tilkendegiver jeg min manglende forståelse, fordi dommen af 24.9.2002, sag C-255/00, *Grundig Italiana*, Sml. I, s. 8003, på afgiftsområdet fastsatte en minimumsfrist, der ansås for tilstrækkelig til at sikre effektiv mulighed for søgsmål på grundlag af fællesskabsretten, idet den herved påtog sig den nationale domstols suveræne kompetence til at afgøre tvisten i hovedsagen. I fodnote 44 til nævnte forslag til afgørelse påpeger jeg den samme fejl i andre domme.

51. Efetio Patron har løst sin opgave til fulde. For at give retten et fyldestgørende svar er det imidlertid nødvendigt, at de faktiske forhold generaliseres yderligere, og at der som udgangspunkt tages de skader, der er forvoldt private af en medlemsstats soldater på en anden stats territorium under en krig, samt at der derved ses bort fra faktorer, som individualiserer erstatningskravet, bl.a. tidsaspektet<sup>45</sup>.

## 2. De væbnede styrkers handlinger under krigen

52. Eftersom søgsmålet er iværksat mod en stat, er det unødvendigt at rette opmærksomheden mod det første af de nævnte kriterier — en af parternes offentlige karakter — hvorfor jeg koncentrerer undersøgelsen om det andet kriterium — anvendelsen af særligt vidtgående beføjelser.

### a) Den foreslåede opfattelse

53. Uanset at der siden oldtiden er udarbejdet rettesnore, formaninger og regler om de

45 — I denne forbindelse har den polske regering — ganske vist vedrørende det andet præjudicielle spørgsmål — anført en subtil vurdering i sit indlæg, hvor den påpeger, at den forelæggende ret nævner handlinger og udeladelser, der er foregået før konventionens ikrafttræden, »nærmere bestemt mellem årene 1941 og 1944«, men ikke stiller noget fortolkningsspørgsmål, der, som regeringen bemærker, skulle besvares i overensstemmelse med konventionens artikel 54, som forpligter til at tage hensyn til det tidspunkt, hvor søgsmålet er anlagt.

krigsførendes adfærd i en væbnet konflikt<sup>46</sup>, er krig stadigvæk et exceptionelt fænomen.

hierarkisk organisation, hvis top udgøres af nationens højeste myndigheder<sup>48</sup>.

54. Den nederlandske regering karakteriserer krigshandlinger — med undtagelse af operationer, der udføres af isolerede grupper, som indebærer andre problemer — som typiske udtryk for statens magt.

- De styres af nogle principper, der er højtideligt proklameret i normer af højeste rang i hvert land, som desuden fastsætter grænserne, målene og betingelserne for krigsaktiviteterne, som bliver mere specifikke, jo længere ned i hierarkiet man kommer.

55. Der er flere grunde, der støtter denne påstand:

- De har beføjelser, som ikke tilkendes de øvrige borgere, der skal følge militærets ordrer, og som betaler ulydighed med hårde sanktioner.

— Hærene indgår i statens struktur. Underordnet en streng disciplin adlyder de deres overordnede<sup>47</sup> inden for en

56. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol<sup>49</sup>, næsten alle de stater, der har

46 — I biblen indeholder 5. Mosebog et sandt katalog af henstillinger under overskriften »Byernes erobring« bl.a. med krav om, at når der rykkes frem til angreb på en by, skal byen først tilbydes fred (Biblia de Jerusaleén, Deuteronomio, kapitel 20, vers 10, ed. E. Nacar og A. Colunga, direkte udgave af de oprindelige sprog, Ed. Desclee de Brouwer, Bilbao, 1975, s. 212). I dag er den såkaldte »humanitære folkeret« anerkendt som bestanddel af folkeretten; den er udviklet i Genève-konventionen af 12.8.1949 om behandling af krigsfanger (konvention III) og beskyttelse af civilbefolkning i krigstid (konvention IV), samt ved tillægsprotokollerne, vedtaget den 8.6.1977, om beskyttelse af ofre for internationale væbnede konflikter (protokol I) og beskyttelse af ofre for ikke-internationale væbnede konflikter (protokol II). Konventionsteksten findes på flere sprog under afsnittet folkeret på internetsiden for FN's Højkommissariat for Menneskerettigheder <http://www.ohchr.org>

47 — Under retsmødet bekræftede sagsøgerne i hovedsagen, at soldaterne handlede efter ordre fra deres overordnede.

48 — P. Baroja henviser i sin roman *Miserias de la guerra*, Caro Raggio, Madrid, 2006, der først er offentliggjort for nylig på grund af censuren under Franco-regimet, til anarkisten Durrutis rolle i den spanske borgerkrig, som han anså for »at have ret som militærmand, men ikke som anarkist«, eftersom »krig kun kan føres med en streng og hård disciplin. At ville føre krig med anarkister, som forlanger at kunne diskutere deres overordnede ordrer, er det rene vanvid« (s. 192).

49 — I dom af 21.11.2001, McElhinney mod Irland, § 38 (*Recueil des arrêts et décisions*, 2001-XI) hedder det, at »les textes mentionnés [...] montrent en outre que cette tendance paraît concerner essentiellement les dommages corporels »assurables«, c'est-à-dire ceux causés par des accidents de la circulation ordinaires, et non des problèmes relevant de la sphère centrale de souveraineté des États, tels que les actes d'un soldat sur le territoire d'un État étranger; ceux-ci peuvent, par nature, soulever des questions sensibles touchant aux relations diplomatiques entre États et à la sécurité nationale« (præmis 38).

afgivet indlæg i denne præjudicielle sag, og Kommissionen mener, at militærets handlinger er udtryk for statsuveræniteten.

i) Statens ansvar i folkeretten

57. Erstatning for skader forvoldt under en krig af en af de krigsførende parter tropper hører derfor ikke ind under »borgerlige sager« som omhandlet i artikel 1 i Bruxelles-konventionen, der ikke er anvendelig<sup>50</sup>.

59. De nævnte indlæg henviser hyppigt til de højste spørgsmåls internationale dimension, et aspekt, som sagsøgerne i hovedsagen kobler sammen med staternes ansvar for de retsstridige handlinger.

b) De fremsatte indvendinger

58. Kvalificeringen af hærens handlinger som *acta jure imperii* drøftes i nogle af indlæggene i denne præjudicielle sag med overvejelser over i) statens internationale ansvar, ii) handlingernes ulovlighed, iii) magtudøvelsens territorialitet og iv) Bruxelles-konventionens bestemmelser. Jeg vil straks sige, at ingen af disse overvejelser efter min mening indebærer en ændring af, hvad der hidtil er anført.

60. Denne dimension har stor interesse. FN's Folkeretskommission udtalte i sin første mødeperiode i 1949, at dette område var egnet til at kodificere, og i 2001 under den 53. mødeperiode vedtog den et »forslag til bestemmelser om statsansvar for folkeretsstridige handlinger«<sup>51</sup>. Der er desuden en tæt forbindelse mellem dette ansvar og stateres immunitet, som i anden halvdel af det sidste århundrede videreudvikledes, således at den blev relativiseret og begrænset til *acta jure imperii*, og der er desuden en tendens til at begrænse den, også for sådanne handlinger, når der er tale om krænkelse af menneskerettighederne<sup>52</sup>.

50 — Til denne løsning er også nogle højesteretter i de kontraherende stater kommet, uden at stille præjudicielle spørgsmål, såsom Corte di Cassazione, i afgørelse af 12.1.2003, og den tyske Bundesgerichtshof, i afgørelse af 26.6.2003.

51 — Indholdet og kommentarerne fra denne folkeretskommission findes på <http://untreaty.un.org/ilc/reports/2001/english/chp4.pdf>.

52 — J. Bröhmer: *State Immunity and the Violation of Human Rights*, Kluwer Law International, Haag, 1997, s. 143 ff., viser, at den normative udvikling af menneskerettighederne indebærer en begrænsning af statsimmuniteten, selv når den regelovertrædende stat handlede *jure imperii*. J. Gaudreau: *Immunité de l'Etat et violations des droits de la personne: une approche jurisprudentielle*, HEI publications-Institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales, Genève, 2005, analyserer udviklingen i de nationale og internationale domstoles retspraksis i nævnte henseende.

61. Denne form for ansvar følger egne sædvaneregler eller skriftlige regler, som kræver overtrædelse af en folkeretlig forpligtelse. Det er således ikke omfattet af privatreten eller hører ind under »borgerlige sager« som omhandlet i artikel 1 i Bruxelles-konventionen, men derimod under »folkeretlige sager«.

62. Som svar på et spørgsmål, som jeg stillede under retsmødet, anførte sagsøgerne i hovedsagen, at grundlaget for deres påstand fandtes i artikel 3 i Haag-konventionen IV<sup>53</sup>.

## ii) Handlingernes retsstridighed

63. Sagsøgerne i hovedsagen samt den polske regering har gjort gældende, at *acta jure imperii* ikke omfatter retsstridige handlinger. Militære operationer, som strider mod retsordenen, falder ikke ind under den kategori, en opfattelse, som minder mig om det længe stærkt afsvækkede aksiom »the King can do no wrong«<sup>54</sup>.

53 — Jeg tror, at de ville citere artikel 3 i Genève-konventionen IV, nævnt i fodnote 46. De henviste desuden marginalt til artikel 913, 914 og 932 i den græske borgerlige lovbog.

54 — Efter en gradvis ændring af princippet afskaffedes det endeligt i engelsk ret ved Crown Proceedings Act fra 1947.

64. Jeg kan ikke tilslutte mig denne indvending. Handlingernes retsmæssighed påvirker ikke kvalificeringen af dem, men derimod deres følger som forudsætning for opståen af ansvar eller i givet fald for tilpasning af det.

65. At hævde det modsatte ville indebære, at myndighederne kun benytter den offentlige myndighed, når de udøver den på forsvarlig vis og udelader, at de, som det undertiden sker, ikke handler sådan. Det ville ligeledes give anledning til ulemper med hensyn til at afgøre, hvem der er ansvarlig, for så vidt som der, da det ikke drejer sig om *acta jure imperii* eller pr. definition om *acta jure gestionis*, kun ville være mulighed for at tillægge de faktiske ophavsmænd ansvaret for skaden og ikke den administration, som de indgår i; i hovedsagen er kravet, som den tyske regering anfører, gjort gældende over for staten og ikke over for soldaterne.

66. Retsstridigheden, uanset grad, herunder også forbrydelser mod menneskehed, anfægter således ikke den anførte opfattelse.

## iii) Magtudøvelsens territorialitet

67. Ifølge den polske regering udøves offentlig myndighed inden for en stats



territorium, hvorfor dens væbnede styrkers handlinger uden for grænserne ikke kan anses for et udtryk for en sådan myndighed.

68. Heller ikke denne indvending finder jeg acceptabel. Territoriet afgrænser rummet for udøvelse af suverænitet i den forstand, at uden for dette område har en stats handlinger ingen retsvirkning. Ikke desto mindre findes der mindst to særtilfælde: ved en invasion og når et lands hær, uden at der sker besættelse, intervenserer i et andet land. Det sidstnævnte tilfælde, som ikke har noget at gøre med hovedsagen, giver anledning til særlige vanskeligheder, som i dag er yderst relevante, for hvilke der undersøges løsningsmuligheder, som inddrager den krænkede stats samtykke eller opfyldelse af et mandat fra det internationale samfund i overvejelserne.

69. I det førstnævnte særtilfælde er der tale om en tidsbegrænset eller definitiv tilegnelse, som, selv om den er kritisk, indebærer en udvidelse af den invaderendes område. Man kan ikke se bort fra dette og forfalde til den fiktion, at når grænsen først er overskredet, er de angribende tropper uden for deres befalingsmænds magt, da de forbliver under ledelse eller kontrol af den stat, som de tilhører, hvorved den hierarkiske underordning opretholdes<sup>55</sup>.

55 — I den humanitære folkeret finder Genève-konventionen IV fra 1949 om beskyttelse af civilbefolkningen i krigstid, nævnt i en tidligere fodnote, anvendelse på »alle tilfælde af hel eller delvis besættelse af en af De Høje Kontraherende Parters territorium, selv om en sådan besættelse ikke møder væbnet modstand« (artikel 2, afsnit 2).

iv) Bruxelles-konventionens bestemmelser

70. Nogle indvendinger bygger på en systematisk fortolkning af konventionen, enten direkte som den italienske regerings fortolkning, som udtrykkeligt afviser, at den fremsatte klage kan anses for at høre under »borgerlige sager«, eller indirekte som forelæggelseskendelsens fortolkning, når den henviser til artikel 5, stk. 3.

71. Påberåbelsen af denne bestemmelse er uden større betydning, da anvendelsen af bestemmelserne forudsætter anvendeligheden af konventionen selv, hvilket afhænger af artikel 1.

72. Bruxelles-konventionen sonderer mellem den ordning, som den indfører, og som udgøres af bestemmelser om retternes kompetence, anerkendelse og fuldbyrdelse af retsafgørelser, og kriterierne for anvendelighed af nævnte ordning — territoriale, tidsmæssige og materielle — som er forudsætninger for systemets anvendelighed. Hvis de ikke er til stede, som det er tilfældet i den foreliggende sag, er enhver anden undersøgelse overflødig.

73. Kalfelis-dommen af 27. september 1988<sup>56</sup> har ladet udtrykket »erstatning uden

56 — Sag 189/87, Sml. s. 5565.

for kontrakt« i artikel 5, nr. 3, omfatte ethvert krav om erstatningsansvar, som ikke er knyttet til et »kontraktforhold« i artikel 5, nr. 1's forstand (præmis 18)<sup>57</sup>. At udøvelsen af offentligretlige magtbeføjelser imidlertid udelukker, at søgsmålet er omfattet af konventionens rationae materiae, afhænger ikke af det iværksatte søgsmål, men af dets grundlag, art og nærmere regler for gennemførelse, da selvstændigheden af begreberne i artikel 1 ellers ville være i fare. Reguleringen af erstatning for skader som følge af den offentlige forvaltnings funktion varierer desuden betydeligt de kontraherende stater imellem på grund af forskellene mellem »common law«-systemerne og de kontinentale systemer samt på grund af forskellene mellem de sidstnævnte indbyrdes<sup>58</sup>.

## VI — Undersøgelse af det andet præjudicielle spørgsmål

74. Den forelæggende ret spørger endvidere Domstolen, om staters immunitet er forenelig med Bruxelles-konventionen, og såfremt svaret er bekræftende, hvorvidt det indebærer, at konventionen ikke finder anvendelse.

75. I henhold til den løsning, jeg foreslår på det første præjudicielle spørgsmål, er enhver overvejelse vedrørende det andet spørgsmål overflødig.

57 — I samme retning dommen i sagen Réunion européenne m.fl., præmis 22, og Henkel-dommen, præmis 36, dom af 26.3.1992, sag C-261/90, Reichert og Kocher, Sml. I, s. 2149, præmis 16, og af 11.7.2002, sag C-96/00, Gabriel, Sml. I, s. 6367, præmis 33.

58 — Som eksempler på denne forskel kan nævnes: i Tyskland § 839 i Bürgerliches Gesetzbuch, sammenholdt med artikel 34 i grundloven, i Østrig artikel 23 i forbundsforfatningen og forbundsloven af 18.12.1948 om forbundsstatens, ländernes, distrikternes, byrådenes og andre offentligretlige organers ansvar for skader forvoldt med anvendelse af lovene, i Belgien artikel 1382 ff. i code civil, på Cypern artikel 146 og 172 i forfatningen, i Spanien artikel 9 og 106 i forfatningen samt artikel 139 ff. i lov 30/1992 af 26.11.1992 om retsordningen for de offentlige administrationer og den fælles administrative procedure, i Estland artikel 25 i forfatningen og lov af 2.5.2001 om statens ansvar, i Finland artikel 118 i forfatningen og lov 412/1974 om civilretligt ansvar, i Grækenland artikel 105 i den indledende lov til den borgerlige lovbog, i Ungarn artikel 349 i den borgerlige lovbog, i Italien codice civile regler om culpaansvar, i Nederlandene artikel 6:162 i den borgerlige lovbog, i Polen artikel 77 i forfatningen og artikel 417 ff. i den borgerlige lovbog, i Slovenien artikel 26 i forfatningen og artikel 63 i lov om forvaltningsretspleje, i Sverige lov af 2.6.1972 om skader, i Den Tjekkiske Republik artikel 36 i chartret om de grundlæggende rettigheder og friheder. Denne oprensning viser forskellene, idet der er stater, hvor princippet er bekræftet på højeste normative niveau, nogle, hvor det er sket ved specifikke bestemmelser, andre, som henviser til privatretten, uden at glemme dem, der ikke er nævnt, hvor princippet er opstået gennem retspraksis.

76. Hvis Domstolen alligevel beslutter at behandle spørgsmålet, bør den tage i betragtning, at immuniteten udgør en procesrestriktion<sup>59</sup> for at hindre, at en stats ret udtaler sig om en anden stats ansvar, eftersom, som den italienske regering påpeger i sine indlæg, par in parem non habet imperium [ingen har domsret over sin lige], i det mindste ikke i forbindelse med acta jure imperii, hvilket hindrer, at en sådan sag anlægges.

59 — Sådan betegnede Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol det i tre domme af 21.11.2001, Al-Adsani mod Det Forenede Kongerige, § 48, McElhiney mod Irland, § 25, og Fogarty mod Det Forenede Kongerige, § 26, *Recueil des arrêts et décisions*, 2001-XI.

77. Jurisdiktion er en forudsætning for kompetencen, idet førstnævnte bestemmer, hvilke retsinstanser inden for et territorium der skal løse en konkret sag. De to begreber overlapper hinanden i stort omfang, men er hverken uforenelige eller modstridende.

78. Staters immunitet befinder sig således på et plan forud for Bruxelles-konventionen, for hvis det ikke er muligt at anlægge sag, er det ikke interessant at kende det retsorgan, der er ansvarligt for at behandle sagen. Endvidere ligger undersøgelsen af, om der foreligger immunitet i det foreliggende tilfælde og dens betydning for menneskerettighederne uden for Domstolens beføjelser.

## VII — Forslag til afgørelse

79. På baggrund af det ovenstående foreslår jeg, at Domstolen besvarer Eftio Patrons præjudicielle spørgsmål således:

»Et erstatningssøgsmaal anlagt af fysiske personer fra en stat, der har tiltrådt konventionen af 27. september 1968 om retternes kompetence og om fuldbyrdelse af retsafgørelser i borgerlige sager, herunder handelssager, med henblik på at få erstatning for de skader, som forårsagedes af en anden kontraherende stats væbnede styrker ved invasion af dens territorium under en væbnet konflikt, falder ikke under anvendelsesområdet for nævnte konvention, heller ikke selv om disse handlinger udgør forbrydelser mod menneskeheden.«