

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
F. CAPOTORTI
FREMSAT DEN 7. JUNI 1977
(Se samlingen 1977, s. 1222)

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
F. CAPOTORTI
FREMSAT DEN 1. MARTS 1978 ¹

Høje Ret.

1. Dette forslag vedrører som bekendt fem søgsmål, der er anlagt mod Rådet og Kommissionen i medfør af EØF-traktatens artikel 215, stk. 2 af selskaberne Bayerische HNL, Bernd Adleff, F. X. Zollner, Christof Schwaben og Johann Seidl. Sagsøgerne kræver erstatning for det tab, de påstår at have lidt ved anvendelsen af Rådets forordning nr. 563/76 af 15. marts 1976 »om obligatorisk opkøb af skummetmælkspulver som interventionsorganerne ligger inde med, og som skal anvendes i foder«.

Et temmelig vigtigt indledende spørgsmål bør anses for at være løst: den nævnte forordnings ugyldighed. Den er fastslået af Domstolen i dommene af 5. juli 1977 i de præjudicielle sager 114/76, Bela-Mühle, 116/76, Granaria, 119 og 120/76, Ölmühle og Becher (Sml. 1977, s. 1211 ff), som blev behandlet samtidig med de fire nærværende erstatningssager. Jeg behøver derfor ikke at gentage de betragtninger vedrørende spørgsmålet, om forordning nr. 563/76 og højere fællesskabsretsregler kunne forenes, og som jeg fremsatte i mit forslag til afgørelse af 7. juni 1977. Jeg finder det mere hensigtsmæssigt at citere den afsluttende del og mest betydningsfulde præmis i Domstolens dom af 5. juli. Der er tale om præmis 7, der lyder som følger:

»Den ordning, som indførtes ved forordning nr. 563/76, var en midlertidig foranstaltning, som skulle råde bod på følgerne af en vedvarende uligevægt i den fælles markedsordning for mælk og mejeriprodukter;

ordningen kendetegnedes ved, at ikke blot producenterne i mælkesektoren, men tillige og især producenterne i andre landbrugssektorer fik pålagt en økonomisk byrde dels i form af obligatorisk opkøb af visse mængder af et foderprodukt, dels i form af fastsættelse af en købspris for dette produkt, som lå tre gange højere end prisen på de varer, som produktet trådte i stedet for; det obligatoriske opkøb til en så uforholdsmæssig pris udgjorde en diskriminerende fordeling af byrderne mellem landbrugets forskellige sektorer;

ydermere var en sådan forpligtelse ikke nødvendig for at nå det ønskede formål, nemlig at få afsat lagrene af skummetmælkspulver; denne kunne derfor ikke retfærdiggøres som en gennemførelse af formålene for den fælles landbrugspolitik«.

Efter dommen af 5. juli 1977 er skriftvekslingen vedrørende de foreliggende sager gået ind i en ny fase. Domstolen har nemlig anmodet parterne om at fremkomme med ethvert forhold, som kan godtgøre, at der foreligger en

¹ — Oversat fra italiensk.

årsagsforbindelse mellem den forordning, som er blevet erklæret ugyldig, og det påståede tab, samt at supplere den dokumentation, der er egnet til at fastslå, at forordning nr. 563/76 har indflydelse på foderpriserne. Domstolen har ved kendelse af 9. januar 1978 besluttet at forene sag 40/77, som blev anlagt ved stævning af 6. april 1977, med de fire foreliggende sager. Med henblik på retsmødet har Domstolen bestemt, at det skulle angå »enhver følge af ugyldigheden af Rådets forordning nr. 563/76, bortset fra den detaljerede beregning i tal af tabets størrelse«. Parterne har efterkommet opfordringen, og det er klart, at mit forslag holder sig inden for de samme rammer, og ikke indeholder betragtninger over beregningen af tabets størrelse.

2. Da der er tale om at vurdere fællesskabsinstitutionernes ansvar som følge af, at de har udstedt en forordning, der er blevet erklæret ugyldig, finder jeg det hensigtsmæssigt at klargøre to indledende spørgsmål. For det første er forordningers generelle karakter principielt ikke til hinder for, at Fællesskabet kan tilpligtes at erstatte de tab, som er forårsaget ved forordninger, der strider mod højere retsregler. For det andet er en retsakts modstrid med bestemte normer, som bevirker, at den bliver ugyldig, ikke tilstrækkeligt til, at retsaktsens udsteder ifalder ansvar.

Med hensyn til det første spørgsmål vil jeg bemærke, at betragter man de forskellige medlemsstaters nationale ret, ses det let, at der er talrige forskelle, hvad angår statens (eller mindre territoriale enheders) ansvar på grund af retsstridige, generelle retsakter. En typisk generel retsakt er loven, men det er ikke i alle systemerne muligt at tage stilling til lovens overensstemmelse med en højere retsregel; eksempelvis det engelske forfatningssystem udelukker en sådan mulighed. Også i de retsordener, hvor der findes et klart hierarki mellem forfatnings- og lovregler (såsom i Italien

og især i Tyskland), er spørgsmålet om erstatning af de tab, der er forårsaget af en forfatningsstridig lov, langt fra løst. Det bør imidlertid ikke glemmes, at i den enkelte stat er visse retsakter fra den offentlige forvaltning, såsom bekendtgørelser eller visse dekretter fra regeringen eller ministerierne, generelle, dvs. de har bindende virkning »erga omnes«. Det almindeligt anerkendte princip i denne henseende er, at disse retsakter, som enhver administrativ retsakt, skal respektere de grænser, der er sat ved højere retsregler, heriblandt love, og det kan også anses som almindeligt anerkendt, at staten skal yde erstatning for de tab, som er forårsaget af ulovlige bekendtgørelser eller dekretter (selv om betingelserne varierer i de forskellige retsordener).

Herefter synes det nødvendigt at afgøre, hvorvidt fællesskabsforordningerne skal ligestilles med love eller med generelle administrative retsakter. Det må nemlig afgøres, hvor i de nationale retsordener man skal søge disse »almindelige retsgrundsætninger, der er fælles for Medlemsstaternes retsgrundsætninger«, som EØF-traktatens artikel 215 lægger til grund for et ansvar uden for kontraktforhold. Hver af de to løsninger kan støttes på bestemte argumenter. Dersom der henses til den rolle, som Rådets forordninger spiller inden for fællesskabsretsordenen, idet disse fylder de af traktaten fastlagte rammer ud, og ses der hovedsageligt på grundforordningerne og på de forordninger, som indebærer talrige afgørelser vedrørende den økonomiske politik, synes det sikkert, at disse retsakter i højere grad ligner love end administrative retsfor skrifter. Da alle fællesskabsforordninger naturligvis er undergivet Domstolens prøvelsesret, der kan prøve deres lovlighed, dvs. deres overensstemmelse med traktatens trindhøjere normer, kan de lettest sammenlignes med nationale love, når der ses på de retsordener, hvori lovenes forfatningsmæssighed kan prøves ved domstolene. Men selv inden

for disse grænser er analogien langt fra fuldkommen, når der henses til de eksisterende strukturelle forskelle mellem medlemsstaternes retsordener og fællesskabsretsordenen og navnlig til den omstændighed, at Fællesskabets forordninger ikke vedtages i et parlament, hvilket gælder for medlemsstaternes love. Dette forklarer også, hvorfor det inden for fællesskabsordningen har vist sig mere nødvendigt med en domstolskontrol af disse retsakters lovlighed end med hensyn til medlemsstaternes love. På den anden side har annullationssøgsmålet i traktatens artikel 173 udpræget lighed med de rettergangsformer, der efter visse nationale retsordener kan anvendes mod administrative retsakter.

Det forslag til afgørelse, som generaladvokat Roemer fremsatte den 13. juli 1971 i sagen Zuckerfabrik Schöppenstedt (Recueil 1971, s. 988-989) indeholder interessante betragtninger herom. Generaladvokaten anførte, at spørgsmålet, om søgsmål om erstatning for tab, der er forårsaget af generelle retsakter, kan tages under realitetspåkendelse, besvares bekræftende i Frankrig og Belgien, og at erstatningssøgsmål ikke er udelukket i Italien og Tyskland. Men udover de almindelige retsgrundsætninger, der er fælles for medlemsstaternes retssystemer, har generaladvokaten understreget, at det er hensigtsmæssigt at tage hensyn til »de specielle traktatmål og særegenhederne i fællesskabsstrukturen« og har i denne henseende gjort opmærksom på, at den parlamentariske kontrol i Fællesskabet er mangelfuld, og at bestemmelser om privates retsbeskyttelse ikke må fortolkes snævert, sånår at private har adgang til at anfægte fællesskabsforordninger. Endelig finder jeg den henvisning særlig interessant, som generaladvokat Roemer gav til EKSF-traktatens artikel 34, som bestemmer, at Den Høje Myndighed har pligt til at erstatte den skade, som er forårsaget efter at Domstolen har annulleret en retsakt, der er udstedt af Myndigheden, og har

fundet Fællesskabet ansvarligt, selv om der er tale om »generelle beslutninger«, dvs. forordninger.

Der er imidlertid ikke grund til yderligere at uddybe denne analyse. Jeg finder det faktisk overflødigt at tage stilling til det omhandlede teoretiske spørgsmål, da Domstolen allerede gentagne gange har fastslået, at Fællesskabet kan tilpligtes at erstatte tab, som skyldes ulovlige forordninger. Det kan ikke udledes af denne retspraksis, om Domstolen her har ladet sig inspirere af de almindelige retsgrundsætninger med hensyn til det offentliges ansvar for generelle retsforskrifter, der er fælles for medlemsstaternes retssystemer, eller om Domstolen har lagt generaladvokat Roemers videregående argumentation til grund. Da det efter min opfattelse er særdeles vanskeligt at få de generelle fællesskabsretsakters trinfølge til at stemme overens med rækkefølgen i medlemsstaternes generelle retsakter, er det logisk, at den strengeste løsning med hensyn til det offentliges ansvar foretrækkes, hvad angår EF-Rådet, som på én gang har kompetence til at lovgive og administrere, uden derfor at have det demokratiske mandat, den ret til at udtrykke folkets øverste myndighed, som kan retfærdiggøre, at lovgiver ikke er omfattet af de almindelige ansvarsregler.

De domme, som jeg henviser til, er følgende: dom af 2. december 1971 i sag 5/71, Zuckerfabrik Schöppenstedt (Sml. 1971, s. 275), af 13. juni 1972 i de forenede sager 9 og 11/71, Compagnie d'approvisionnement (Recueil 1972, s. 392), af 24. oktober 1973 i sag 43/72, Merkur (Sml. 1973, s. 1055), af 2. juli 1974 i sag 153/73, Holtz & Willemsen (Sml. 1974, s. 675), af 14. maj 1975 i sag 74/74, Comptoir national technique agricole (CNTA), (Sml. 1975, s. 533) og af 31. marts 1977 i sagerne 54 til 60/76, Compagnie industrielle de Comté de Loheac (Sml. 1977, s. 645).

Det princip, som er blevet stadfæstet i alle disse afgørelser — med små afvigelser i sprogbruget, men med samme væsensindhold — er i dommen af 2. december 1971 udtrykt som følger: »i nærværende sag forudsætter et ansvar for Fællesskabet uden for kontraktsforhold i det mindste, at den angiveligt skadevoldende retsakt er ulovlig; da der er tale om en generel retsakt, som indebærer afgørelser vedrørende den økonomiske politik, kan Fællesskabet kun ifalde nævnte ansvar efter traktatens artikel 215, stk. 2 for det tab, som private har lidt ved denne retsakt, såfremt der foreligger en tilstrækkelig kvalificeret krænkelse af en højere retsregel til beskyttelse af private«.

Disse domme løser efter min mening på fortrinlig vis det principsspørgsmål, som jeg hidtil har behandlet: Fællesskabet kan tilpligtes at erstatte tab, som skyldes ulovlige generelle retsakter. I de ovennævnte domme er der netop tale om generelle retsakter »som indebærer afgørelser vedrørende den økonomiske politik«; der er ingen tvivl om, at forordning nr. 563/76 var en sådan retsakt, idet det udtryk, Domstolen benyttede, i det væsentlige vedrørte retsakter, som var udstedt efter et frit skøn og for en økonomisk sektor. Samtidig fremhæver de omhandlede domme tillige det andet forudgående problem, som jeg nævnte, jeg ville behandle, dvs. den manglende overensstemmelse mellem ugyldighedsgrundene og ansvarsbetingelserne. I den nævnte passage af dommen Zuckerfabrik Schöppenstedt fastslår Domstolen klart og tydeligt, at et ansvar for Fællesskabet uden for kontraktsforhold »i det mindste« forudsætter, at den skadevoldende retsakt er ulovlig, og tilføjer umiddelbart herefter, at dette ansvar for tab, der skyldes forordninger, som indebærer afgørelser vedrørende den økonomiske politik, er afhængig af to yderligere betingelser, nemlig at den overtrådte regel er »en højere retsregel til beskyttelse af private« og at krænkelsen er »tilstrækkelig kvalificeret« (»hinrei-

chend qualifiziert«). Disse forhold skal påvises udover, at det ganske enkelt konstateres, at en forordning er ugyldig, og førend problemerne med hensyn til tabets art, årsagsforbindelsen mellem ulovligheden og tabet og erstatningens størrelse behandles.

3. I nærværende sag kan det med lethed fastslås, at de retsregler, som er blevet krænkede, eller i hvert fald to heraf, faktisk bør kvalificeres som højere retsregler end forordningerne, og at de er egnet til at beskytte private og derhos har et indhold, der giver private subjektive rettigheder. Af især den nævnte syvende præmis til dommen af 5. juli 1977 kan udledes, at Domstolen fandt, at forbudet mod forskelsbehandling var blevet krænkede, idet den statue-rede, at det obligatoriske opkøb, som hjemledes i forordning nr. 563/76, udgjorde »en diskriminerende fordeling af byrderne mellem landbrugets forskellige sektorer«. Jeg finder det uvæsentligt at få konstatere, om Domstolen ved denne afgørelse har lagt forbudet mod forskelsbehandling i EØF-traktatens artikel 40, stk. 3, andet afsnit eller det mere almene forbud mod forskelsbehandling, som hele fællesskabsordningen hviler på, til grund; i begge tilfælde hører den krænkede regel til den kategori regler, der giver private subjektive rettigheder. De nævnte domme har for det andet forudsætningsvis henvist til proportionalitetsprincippet, dvs. princippet om et rimeligt forhold mellem mål og midler, som det følgende sætningsstykke viser: »ydermere var en sådan opkøbsforpligtelse ikke nødvendig for at nå det ønskede formål, ...«. Også dette princip befinder sig ubestrideligt på et højere gyldighedstrin end forordningerne og tilsigter også at beskytte private, som herigennem får en fundamental, subjektiv rettighed. Jeg tillader mig her at henvise til de udførlige betragtninger herom i mit forslag af 7. juni 1977 (6. afsnit) samt til de heri nævnte domme (især dommen af 17. 12.

1970 i sag 25/70, Einfuhr- und Vorratsstelle Getreide/Köster, Sml. 1970, s. 259).

Endeligt er det i det sidste led i den førnævnte syvende præmis i dommene af 5. juli 1977 blevet fastslået, at der forelå en krænkelse af EØF-traktatens artikel 39 — som indeholder formålene for den fælles landbrugspolitik — eller mere nøjagtigt af EØF-traktatens artikel 40, stk. 3, andet led, hvorefter de fælles markedsordninger skal »begrænses til at forfølge de i artikel 39 anførte mål«. I den nævnte præmis siges det nemlig, at det ved forordning nr. 563/76 indførte obligatoriske opkøb »ikke kunne retfærdiggøres som en gennemførelse af formålene for den fælles landbrugspolitik«. Men her opstår dog spørgsmålet, om der er tale om retsregler, der beskytter private ved at give dem subjektive rettigheder. De af den fælles landbrugspolitik omfattede personer får ganske vist herved deres interesser beskyttet, men ikke i form af en tildelelse af subjektive rettigheder. Denne side af den undersøgte situation ændrer imidlertid intet ved de konstateringer, jeg har gjort med hensyn til de to andre krænkede reglers (forbudet mod forskelsbehandling og proportionalitetsprincippet) rækkevidde i forhold til fællesskabsretsordenens subjekter. — Det er tilstrækkeligt, at en forordning er i modstrid med en af disse regler, til at den bliver anset som retsstridig og ugyldig og til at det må erkendes, at der foreligger en krænkelse af en subjektiv og personlig rettighed; det er derfor uden betydning, at en tredje regel, som forordning nr. 563/76 strider imod, beskytter interesser som sådanne uden hjemmel for subjektive rettigheder.

4. Det er langt vanskeligere at fastslå, om der i nærværende sag foreligger en *grov* og tilstrækkeligt kvalificeret krænkelse af fællesskabsretten. Der findes faktisk vidt forskellige opfatteiser af, hvorledes man skal fastlægge dette begreb, den særlige beskaffenhed, som

en krænkelse skal besidde for at pådrage Fællesskabet et ansvar for de tab, som skyldes en retsstridig forordning.

Ifølge den opfattelse, som generaladvokaterne Roemer og Reischl har givet udtryk for, er der tale om en grov, tilstrækkeligt kvalificeret krænkelse, når den er *klar* og *åbenlys* (se de respektive forslag til afgørelse fra de nævnte generaladvokater i sagerne 63 — 69/72, Verhahn, (Sml. 1973, s. 1259) og i sag 153/73, Holtz & Willemsen (Sml. 1974, s. 706)).

Generaladvokat Reischl har ligeledes talt om »utvivlsom overtrædelse« af et princip (der var i sagen som i nærværende sag tale om forbudet mod forskelsbehandling); og om »åbenbar, grov tilsidesættelse af dets grundlæggende indhold (Sml. 1974, s. 705) og har endelig behandlet den påstået diskriminerende behandlings »omfang« (Sml. 1974, s. 705).

Jeg er bange for, at ethvert forsøg på at definere en grov krænkelse gennem begrebet »klarhed« blot er en ændring af terminologien, som ikke er tilstrækkelig til at fjerne tvivlen, og jeg vil navnlig understrege, at spørgsmålet i de to ovennævnte forslag i det væsentlige var, om der var sket en krænkelse af forbudet mod forskelsbehandling. Generaladvokat Roemer mente, at der forelå en sådan, og han udledte heraf, at Fællesskabet var ansvarligt; generaladvokat Reischl udtalte sig i modsat retning og udelukkede, at Fællesskabet kunne tilpligtes at erstatte de tab, som man påstod at have lidt. I ovennævnte dom af 14. maj 1975, CNTA, statue- redes det i øvrigt, at princippet om den berettigede forventning var krænk- et, eftersom en kommissionsforordning ikke indeholdt passende overgangs- stemmelser, og det blev antaget, at Kommissionen havde »tilsidesat en højere retsregel og således pådraget Fællesskabet ansvar« (44. præmis).

Det ville således være fristende at udlede af alt dette, at begrebet en grov, tilstrækkeligt kvalificeret krænkelse er omfattet af begrebet krænkelse af et fællesskabsretligt princip eller netop bliver en overflødig tilføjelse, da det allerede er blevet præciseret, at ansvaret forudsætter, at der er sket en krænkelse af en højere retsregel, som giver private subjektive rettigheder. Jeg var inde på samme tankegang, da jeg i mit forslag til afgørelse af 7. juni 1977 indtog det samme standpunkt som CNTA-dommen. Jeg tror imidlertid, at denne slutning kan vise sig forhastet, og at det derfor er nødvendigt at foretage en dyberegående analyse på grund af den vedholdenhed, med hvilken Domstolen i sin retspraksis har gentaget, at Fællesskabet pådrager sig ansvar for de tab, som er forårsaget ved generelle retsakter, der udgør en tilstrækkeligt kvalificeret krænkelse i den anførte forstand, og tillige fordi følgerne af et sådant ansvar er så alvorlige, at der må udvises betydelig omsorg. Det bør i denne forbindelse huskes, at generaladvokat Roemer i sit ovennævnte forslag anførte, at dommen i sag 5/71 var et udtryk for forsigtighed på den måde, »at krav på skadeserstatning som følge af generelle retsakter vedblivende begrænses til bestemte undtagelsestilfælde«. Jeg tror, at den funktion, som Domstolen har ønsket at tildele kriteriet, krænkelsens »grovhed«, er blevet fastlagt på denne måde.

5. For at blive i de skematiske og generelle vendinger vil jeg sige, at en ulovlig retsakt kan være en særlig grov krænkelse og således fremtræde som tilstrækkeligt kvalificeret, enten på grund af den højere retsregels rang og vigtighed eller på grund af fejlsens grovhed, dvs. skyldgraden i koncipistens adfærd eller formuetabets størrelse. Jeg finder det hensigtsmæssigt at fremsætte nogle betragtninger med hensyn til hver enkelt af disse aspekter, selv om der her er tale om en retsakt, der allerede er fundet i strid med fællesskabsretten.

Det første af de nævnte aspekter synes at være det mindst omtvistede. Det er klart, at en generel retsaks ulovlighed forudsætter, at den strider mod en højere retsregel, og endvidere kræves det ifølge Domstolens praksis som bekendt, især med henblik på ansvaret, at det skal dreje sig om en retsregel til beskyttelse af private: dette viser sig i det endnu snævrere begreb, retsregel, der giver private subjektive rettigheder. Allerede dette udelukker ansvar ved krænkelse af procedureregler eller ved formmangler i de generelle retsregler; retsregler af denne art giver almindeligvis ikke private subjektive rettigheder, selv om der ubestrideligt er mulighed for, at retsakten erklæres ugyldig på grund af procedure-eller formmanglen. Men jeg vil endog stille endnu strengere krav med hensyn til, hvor vigtig retsreglen skal være, for at krænkelsen af den kan siges at være tilstrækkeligt kvalificeret; jeg mener faktisk, at der skal være tale om et princip, en regel af fundamental betydning i fællesskabsretsordenen. Med andre ord bør retskrænkelsens grovhed efter min opfattelse vurderes under hensyn til systemet som helhed og bør derfor sættes i forbindelse med den betydning, retsreglen har på grund af sit indhold og sin funktion i systemet.

Skyldproblemet er langt mere kompliceret. Som det i denne henseende er bekendt, er artikel 40, stk. 1 i ESKF-traktaten affattet anderledes end artikel 215, stk. 2 i EØF-traktaten. I Domstolens praksis vedrørende den sidstnævnte traktat mangler der ikke blot en bekræftelse af, at der nødvendigvis skal foreligge en fejl som betingelse for, at Fællesskabet kan ifalde ansvar uden for kontraktsforhold, men det fremhæves tværtimod, at i medfør af traktatens artikel 215, stk. 2 og de almindelige retsgrundsætninger, som denne bestemmelse henviser til, forudsætter Fællesskabets ansvar opfyldelsen af en række betingelser vedrørende retsstridigheden af den adfærd, der bebrejdes institutio-

nerne, nemlig at der foreligger et økonomisk tab, og at der er årsagsforbindelse mellem adfærden og den påberåbte skade, jf. dommene af 28. april 1971 i sag 4/69, Lütticke (Sml. 1971, s. 73) og af 2. juli 1974 i sag 153/73, Holtz & Willemsen (Sml. 1974, s. 675 ff), hvor den første dom angår en konkret og den anden en generel retsakt. Nævnes bør også dommen af 14. maj 1975 i sag 74/74, CNTA, fordi Fællesskabet i denne afgørelse findes ansvarligt på grund af en generel retsakt, som er uforenelig med princippet om den berettigede forventning. Domfældelsen sker efter en objektiv beskrivelse af Kommissionens adfærd (øjeblikkelig ophævelse af de monetære udligningsbeløb uden overgangsbestemmelser), men uden nogen som helst vurdering af det subjektive skyldspørgsmål. Når alt kommer til alt, ser det således ud til — da der ikke er mulighed for at udlede andre opfattelser af de almindelige principper, der er fælles for medlemsstaternes retssystemer — at det ifølge fællesskabsretten er tilstrækkeligt til, at Fællesskabet ifalder ansvar uden for kontraktsforhold, at institutionerne har handlet frivilligt, hvilket indebærer en formodning for, at der foreligger en ansvarspådragende fejl, når en ulovlig retsakt sættes i kraft. Dette er i øvrigt den løsning, som anvendes med hensyn til de ulovlige administrative retsakter i visse medlemsstaters retsorden, heriblandt Italien, Nederlandene, Belgien og Luxembourg (se desangående meddelelsen »Zur Reform des Staatshaftungsrechts« fra Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 1975, s. 8).

Når dette er sagt, synes jeg næppe det kan antages, at det for at ifalde ansvar for generelle fællesskabsretsakter er nødvendigt at karakterisere krænkelsen ved et yderligere moment, (grov culpa), der ikke spiller nogen rolle som almindelig betingelse for fællesskabsinstitutionernes ansvar. På den anden side bør det i et tilfælde som det her forelig-

gende, hvor fællesskabsinstitutionernes adfærd allerede har været bedømt med henblik på at få fastslået, om den omhandlede forordning var ugyldig, antages, at denne adfærds »uundskydelige« karakter er fastslået. Dette godtgøres i øvrigt ved, at såvel Rådet som Kommissionen i deres redegørelse for de begrundelser, som efter deres opfattelse retfærdiggjorde, at den pågældende bestemmelse blev vedtaget og derved godtgjorde, at der ikke forelå nogen grov culpa fra deres side, har benyttet argumenter, som allerede er prøvet og afvist af Domstolen i de præjudicielle sager 114, 116 og 119-120/76: den alvorlige krise, som findes i mælke-sektoren, nødvendigheden af at træffe foranstaltninger til at råde bod herpå, udviklingen af soyaimporterne fra De forenede Stater etc. Det problem, som blev undersøgt på tidspunktet for diskussionen om den omhandlede generelle retsacts ugyldighed — spørgsmålet om Rådet havde holdt sig inden for sit skøn eller om det havde overskredet grænserne herfor — dækker med andre ord problemet om den trufne foranstaltnings »undskyldelighed«: dersom foranstaltningen fuldt ud havde kunnet retfærdiggøres, havde der ikke været grundlag for at annullere forordningen og derfor var hovedbetingelsen for ansvaret, nemlig at retsakten var ulovlig, ikke opfyldt.

Nu skal det blot fastslås, om begrebet »tilstrækkelig kvalificeret krænkelse« kan forbindes med kriteriet tabets størrelse, formuekrænkelsens omfang. Noget tyder herpå i generaladvokat Roemers ovennævnte forslag af 18. september 1973 (Sml. 1973, s. 1238), idet det anføres, at en givet prisforskrift, som omfatter alle i en bestemt kategori, synes at nærme sig en lovgivningsforanstaltning hvad angår ansvaret, for så vidt som det kan antages, at »den berører deres eksistens direkte«. Lidt senere siger generaladvokat Roemer, at han, hvad angår spørgsmålet, om sagen kan fremmes i realiteten, finder det

tilstrækkeligt, at den kritiserede forskrift har »følger, der berører sagsøgerne væsentligt og truer deres eksistens«. Men generaladvokat Reischl er i sit allerede nævnte forslag til afgørelse af 8. maj 1974 gået imod dette synspunkt og har udelukket, at omfanget af den ulovlige retsakts følger kan opstilles som betingelse for at der kan gøres erstatningsansvar gældende. Han har understreget, at der ikke kan støttes nogen sådan opfattelse hverken på Domstolens praksis eller på en henvisning til begrebet »grov krænkelse«.

I visse nationale retsordener findes der tilfælde, hvor erstatningskravet også er afhængigt af skadens grovhed. For eksempel har det franske Conseil d'Etat i to afgørelser (14. 1. 1938, La Fleurette, Recueil Lebon s. 25; 22. 10. 1943, Établissements Lacausade, ibidem s. 231), givet erstatning for det tab, som er forårsaget af lovbestemmelser, på grund af at disse er af »ualmindelig grov« karakter. Conseil d'Etat har også udtalt sig i samme retning i sagerne Caucheteux og Desmonts, hhv. den 21. januar 1944, 25. januar 1963 (jf. ovennævnte meddelelse fra Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, s. 61 ff). Men som bekendt angår alle disse afgørelser erstatning for tab, som er forårsaget af *lovlige* forskrifter; de bestemmer desuden, at der skal være opfyldt endnu en betingelse, nemlig at tabet skal være individuelt. Helt bortset fra, at det er umuligt at overføre de løsninger, som foretrækkes i en enkelt medlemsstats retsorden, til fællesskabsretten, er problemstillingen altså heller ikke den samme.

Det er et spørgsmål, om begrebet fællesskabslovgivers »grove krænkelse« af en højere retsregel ud fra billighedshensyn kan støttes på kriteriet tabets størrelse. Betragtningerne *for* og *imod* står efter min opfattelse lige. Det kunne på den ene side hævdes, at der, da det drejer sig om et tab, som lides af et stort antal retssubjekter — blandt andre for for-

skelsbehandling — kan kræves af dem, at de yder et vist offer i det almenes interesse, så længe det er inden for grænserne for et tåleligt økonomisk tab. Et sådant tab overstiger ikke de middelsvingningers størrelse, som kan fastslås statistisk, for bestemte varers markedspriser, mens det økonomiske tab som i nærværende sag består i en prisforhøjelse, der skyldes den ugyldige forskrift. Det kunne også grovere siges, at et økonomisk tab, der ikke griber ind i eller føleligt forandrer en virksomheds driftsrytme, synes at være tåleligt. Anvendelsen af disse kriterier forudsætter imidlertid, at der anvendes en abstrakt model på en gennemsnitsvirksomhed. Det, som i virkeligheden er tåleligt for en stor virksomhed, kan ikke være det for en anden, der er mindre modstandsdygtig, men alligevel kan det ikke tænkes, at tabets størrelse bedømmes i forhold til hvert retssubjekt, som gør et erstatningskrav gældende, idet det her drejer sig om at fastlægge en betingelse for et ansvar grundet på en generel retsakt.

På den anden side taler det imod en godkendelse af kriteriet det økonomiske tabs størrelse, at en ulovlig bestemmelse, der står i modsætning til en af retsordenens fundamentale regler og som også strider mod de subjektive rettigheder, som den sikrer, burde give anledning til erstatning for i det almenes interesse at genoprette den ved ulovligheden brudte ligevægt uafhængigt af tabets størrelse. Dette er endnu mere klart, når den ulovlige retsakt består i en krænkelse af forbudet mod forskelsbehandling og af princippet om forholdet mellem mål og midler. Det er ikke uden grund, at betingelsen det økonomiske tabs størrelse i fransk retspraksis alene anvendes ved erstatning for tab, der er forårsaget af *gyldige* retsakter.

En eventuel anerkendelse i Domstolens dom af det indtil nu behandlede kriterium ville være en fortolkning af begrebet »grov krænkelse«, som ganske vist ikke er uforenelig med logikken i

systemet med ansvar for generelle retsakter, men som ikke kan udledes af de fælles principper i medlemsstaternes retsordener. Hvis der fremgår en fælles tendens af disse retsordener, i hvert fald med hensyn til ansvar for ulovlige retsakter (også generelle) fra den offentlige forvaltning, går den i retning af, at tabets størrelse er uden indflydelse på ansvaret.

6. Som bekendt er det netop undersøgte spørgsmål i Conseil d'État's praksis forbundet med et andet problem, som netop drejer sig om tabets særlige karakter («individuel tab for sagsøger»). Der er i denne praksis tale om en yderligere betingelse for, at der kan gives erstatning til den person, der har lidt et tab på grund af en lovgivningsakt (samt på grund af en generel retsakt), som er *gyldig*.

Tysk ret har parallelt hermed udviklet teorien om »Sonderopfer«, som der ofte er blevet henvist til i de nærværende sager; denne teori synes at være udviklet med henblik på ekspropriation, da man ønskede at give denne lovmæssige tvangsforanstaltning et materielt indhold ved siden af dens formelle, individuelle karakter.

Når disse betragtninger overføres på det fællesskabsretlige plan, mere specielt anvendes på vort problem om ansvar på grund af tab, som skyldes ugyldige forordninger, opstår der følgende spørgsmål: skal Fællesskabets ansvar begrænses til de tilfælde, hvor det drejer sig om enkelte personer eller grupper af personer og derfor udelukkes i tilfælde, hvor den generelle retsakt rammer et stort antal personer? Jeg ville gerne straks gøre opmærksom på, at det efter min opfattelse er hensigtsmæssigt at diskutere dette problem uden hensyn til denne eller hin opfattelse i den nationale ret — så meget desto mere som ansvaret for ugyldige retsakter og erstatning for gyldige retsakter er to fuldstændigt forskellige ting —, men snarere under hensyntagen til en fællesskabs-

retlig opfattelse, som findes udtrykt i den allerede nævnte artikel 34 i EKSF-traktaten, som begrænser Den Høje Myndigheds pligt til at erstatte den skade, der er sket som følge af — eventuelt generelle — ulovlige beslutninger, til tilfælde, hvor »en virksomhed eller en gruppe af virksomheder [har] lidt en direkte og særlig skade«.

Det bør imidlertid klargøres, inden for hvilke grænser problemet opstår. Det er på den ene side klart, at Fællesskabet ikke kan tilpligtes at erstatte de tab, der er forårsaget alle fællesskabsrettens retssubjekter af en ulovlig generel retsakt. Rent bortset fra, at denne hypotese er helt absurd, kan en sådan retsakt i hvert fald ikke annulleres, fordi den strider mod forbudet mod forskelsbehandling. Det ville på den anden side være utiladeligt at indføre en regel om, at der skal foreligge et »individuel tab«, således at Fællesskabets ansvar for en ugyldig forordning endeligt blev betinget af, at skadelidte rammes direkte og individuelt. På denne måde ville man overføre en betingelse, der stilles i annullations-søgsmål, til erstatnings-søgsmål, hvilket stemmer dårligt overens med den klare sondring mellem de to retsmidler, som Domstolen har fastlagt i sin praksis (se desangående de relevante betragtninger af Fuss, »Zur Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs über die Gemeinschaftshaftung für rechtswidrige Verordnungen«, i Festschrift für Friedrich August Freiherr von der Heydte I, s. 179).

Problemets kerne er således i nærværende sag om de personer, som hører til en generelt beskrevet kategori — opdrætterne af kvæg, svin og høns, der har måttet bære de ved forordning nr. 563/76 pålagte byrder — kan påberåbe sig en ret til erstatning, selv om de er mere talrige end en »gruppe virksomheder«. Det kan hævdes, at selv om forskelsbehandlingen af den omtalte kategori har medført den nævnte forordnings ugyldighed, hindrer til gengæld, at den forskelsbehandlede kategori er

for stor til, at det lidte tab kan anses for at være tilstrækkelig individuelt til at medføre et ansvar. Almene hensyn kunne føre til at udelukke erstatning af det tab, som store grupper af retssubjekter har lidt, navnlig for at undgå, at Fællesskabet skal betale en stor erstatning.

Disse hensigtsmæssighedsbetragtninger finder imidlertid ingen støtte i de argumenter, som kan udledes af den skrevne ret (bortset fra den ovennævnte artikel 34 i EKSF-traktaten, hvori jeg næppe kan se, at der udtrykkes et almindeligt princip, så meget desto mere som Fællesskabets ansvarssystem er blevet fornyet i EØF-traktaten). Det kræves selv i tysk ret ikke, når der er tale om ansvar for ulovlige generelle retsakter, at tabet er af særlig, individuel karakter. Bundesgerichtshof har statueret, at det er tilstrækkeligt, at der på ulovlig vis er forårsaget et økonomisk tab, til at antage et »Sonderopfer« (se Kimminich, Bonner Kommentar, artikel 14 GG, § 241), hvilket efter min opfattelse er grundet på en *betragtning*, der også kan udstrækkes til at gælde fællesskabsretten: hvis det anerkendes, at Fællesskabet er ansvarligt for tab, der er forårsaget ved en generel retsakt, som er erklæret ugyldig i henhold til et princip, der også er generelt, hvorledes skal så kredsens af erstatningsberettigede begrænses, hvis det ikke sker efter omfanget af krænkelsen af princippet og af det direkte tab? Det bør ikke glemmes, at Fællesskabets ansvar på det her behandlede område er betinget af, at der er sket en krænkelse af en højere retsregel hjemlende subjektive rettigheder; det er derfor logisk, at den person, hvis ret er krænkede, er berettiget til erstatning uafhængigt af, hvor mange andre, der har samme krænkede ret (men som stadig befinder sig i den kreds, som den højere retsregel beskytter). Domstolen synes at have ræsonneret på denne måde i den allerede nævnte CNTA-sag ved at kende Fællesskabet ansvarligt for en med prin-

cippet om beskyttelse af den berettigede forventning uforenelig forordning, som ramte alle eksportørerne af raps- eller rypsfø eller olie heraf.

7. Efter at være nået til dette punkt i den juridiske diskussion finder jeg det hensigtsmæssigt at sammenfatte de resultater i nogle få ord, som jeg er nået til med hensyn til kendetegnene for en »grov«, »tilstrækkeligt kvalificeret« krænkelse:

- a) hvad angår ansvaret for tab, der er forårsaget ved forordninger, må der sikkert tages hensyn til væsentligheden af den krænkede regel; der skal være tale om en forholdsnorm af fundamental betydning inden for det fællesskabsretlige system. Denne betingelse er opfyldt i den foreliggende sag;
- b) der behøver ikke at foreligge »grov culpa«, da culpa-elementet forudsættes i ordningen med ansvar for retsakter fra EØF-institutionerne, navnlig for generelle retsakter, hvilket overflødiggjør en prøvelse af, hvorvidt fællesskabsinstitutionernes afgørelse ved udarbejdelsen af forordning nr. 563/76 er »undskyldelig«. Uanset hvad der kan menes herom, har Domstolen allerede udelukket, at de var »undskyldelige«, da den statuerede, at Rådet havde overskredet grænserne for sit skøn og blandt andet (i sine domme af 5. 7. 1977) fastslået, at den vedtagne foranstaltning ikke var nødvendig for at nå det ønskede mål;
- c) ifølge de principper, som er fælles for medlemsstaternes retsordener forudsætter de offentlige myndigheders ansvar for ulovlige retsakter ikke, at tabet skal være af en vis størrelse. Dersom Domstolen ved en udvidende fortolkning af begrebet tilstrækkeligt kvalificeret krænkelse måtte finde, at grovheden afhang af tabets størrelse, vil det være hensigtsmæssigt at fastlægge en generel regel

om størrelsen af det tab, der skal tåles;

- d) det må med hensyn til de tab, som skyldes uforenelighed med Fællesskabets generelle retsakter og højere retsregler, der giver private rettigheder, principielt fastholdes, at enhver person, hvis ret er blevet krænket, har ret til erstatning, selv om han hører til en stor gruppe retssubjekter. Det, som er nødvendigt og tilstrækkeligt, er, at de berettigede kan udskilles, hvilket synes muligt i nærværende sag, netop fordi forordning nr. 563/76 kun ramte bestemte grupper af handlende.

8. Ved begyndelsen af skriftvekslingens anden del i nærværende sag opfordrede Domstolen parterne til at angive, om sagsøgerne havde mulighed for at genoprette følgerne (de skadelige følger af forordning nr. 563/76) i deres forhold til leverandørerne ved at modsætte sig, at disse overvælter virkningerne af den ved forordningen indførte ordning på foderpriserne. Man ønskede på denne måde at få at vide, om tabet havde kunnet undgås, dersom sagsøgerne havde udvist en anden adfærd.

Sagsøgerne har i deres svar til Domstolen bekræftet, at de ikke var i stand til at modsætte sig prisforhøjelserne, såvel fordi det var umuligt at oprette store reserver grundet den forringelse af kvaliteten, som ville ske i foderet, som på grund af den nedgang i kvægets ydelser, som ville blive resultatet af en ændring af foderet ved udskiftning af leverandør, idet foderets sammensætning varierer fra den ene leverandør til den anden. Endelig var muligheden for at købe hos fjernereliggende leverandører blevet ødelagt ved transportomkostningernes store indvirkning på foderpriserne.

Rådet har hævdet, at det havde været muligt for køberne af foder at modsætte sig prisforhøjelserne; dette kan ifølge Rådet udledes af den omstændighed, at

en virksomhed har nægtet at acceptere disse forhøjelser (og dette forårsagede netop den præjudicielle sag 114/76). Det ser imidlertid i dette særlige tilfælde ud til, at opdrætteren havde kunnet påberåbe sig særlige kontraktbestemmelser mellem ham og hans leverandør, hvorefter han kunne modsætte sig en forhøjelse, der skyldtes en anfægtet regel. Det fremgår ikke, at sagsøgerne her havde samme mulighed.

Kommissionen har på den anden side erkendt, at foderleverandørerne indtager en meget stærk stilling på markedet, og at de små og middelstore opdrætteres muligheder for at modsætte sig prisstigningerne derfor er ret små. Kommissionen mener, at den enkelte opdrætter alligevel havde kunnet forsøge at stå imod gennem deres faglige sammenslutninger eller ved at slå sig sammen. Men Kommissionen erkender endelig, at spørgsmålet ikke kan få nogen afgørende betydning for afgørelsen i de foreliggende sager.

Jeg finder ikke, at det kan siges, at sagsøgerne har udvist en adfærd, der har medvirket til skaden. De forklaringer, som de har givet til retfærdiggørelse af deres adfærd, er faktisk overbevisende; jeg vil tilføje, at forordning nr. 563/76 endnu ikke var blevet erklæret ugyldig på det tidspunkt, hvor sagsøgerne var begyndt at mærke prisforhøjelserne, og at tvivlen med hensyn til en regels gyldighed, hvis den bekræftes ved en retssag, ikke forpligter de interesserede til at anfægte enhver handling fra en andens side, som skyldes reglens anvendelse.

9. De foregående overvejelser har givet mig den opfattelse, at Fællesskabet er ansvarligt for de tab, som er fremkaldt ved anvendelsen af forordning nr. 563/76. Herudover skal de problemer løses, som vedrører tabets art og årsagsforbindelsen mellem den ulovlige retsakt og tabet, idet erstatningens størrelse som nævnt i begyndelsen af dette forslag — for øjeblikket ikke behandles.

Sagsøgerne klager hovedsageligt over, at der som følge af den nævnte forordning skete en forhøjelse af foderpriserne; de blev som købere heraf tvunget til at betale den forhøjede pris og led et tab, som svarer til forhøjelsens størrelse.

Det skal altså undersøges:

- a) om der principielt er mulighed for, at et tab, som ikke rammer hovedadressaterne for forordning nr. 563/76 — foderproducenterne —, men køberne af foderet, skal erstattes;
- b) hvilken indvirkning, som forordning nr. 563/76 har haft på prisforhøjelserne på foder, og hvorvidt den nævnte forordning har været den eneste faktor, der herved har været afgørende;
- c) om køberne kunne overvælte disse prisforhøjelser på deres kunder;
- d) hvilken betydning en undersøgelse af den nævnte forordnings virkninger på produktionsomkostningerne og på de sagsøgende virksomheders fortjenstmargen kan have.

Vedrørende punkt a), finder jeg ikke, at der er nogen mulighed for at godtage de sagsøgte institutioners opfattelse, hvorefter der nærmest ikke skulle være nogen adækvat årsagsforbindelse mellem forordningen og det tab, som sagsøgerne påstår at have lidt, fordi de forskellige led mellem årsag og virkning udelukker en direkte årsagsforbindelse. Den omstændighed, at forordningens bestemmelser umiddelbart var rettet til fabrikanter og importører af foder — og således til andre retssubjekter end dem, som til syvende og sidst kommer til at bære foranstaltningens økonomiske virkning — er med sikkerhed ikke tilstrækkelig til at afvise, at forordningen er årsagen (eller i hvert fald én af årsagerne) til prisforhøjelserne på foder. Det bør endvidere huskes, at den nævnte forordnings artikel 5 bestemmer, at for alle kontrakter, som afsluttes inden dagen for ikrafttrædelsen af denne forordning, bærer de personer

der successivt opkøber de i artikel 2 og 3 nævnte varer (navnlig raps-, ryps- og solsikkefrø, hørfrø og soyabønner eller de proteinvarer, som er opnået ved forarbejdning af disse varer) virkningen af den byrde, som følger af den i denne forordning fastsatte ordning. Køberne af foder var således heller ikke formelt »tredjemand« i forhold til den ved forordningen indførte ordning.

Vedrørende punkt b), De to sagsøgte institutioner hævder, at de prisstigninger på foder, som indtraf i foråret 1976, ikke fuldt ud skyldes virkningen af pligten til at iblande pulvermælk i foderet.

Ifølge Kommissionen er disse stigninger for en stor dels vedkommende opstået af andre grunde, som ikke har nogen forbindelse med forordning nr. 563/76. I betragtning af, at prisstigningen på soya mellem marts og juli 1976 var nået op på næsten det firedobbelte af den prisforhøjelse, som kan antages at være forårsaget af brugen af skummetmælks-pulver ved begyndelsen af anvendelsen af Rådets forordning, spørger Kommissionen, hvilken del af prisforhøjelsen på foder, der virkelig skyldes pligten til at opkøbe mælkepulver, og hvilken del, der bør henføres til stigningen i verdenspriserne på soya. Ifølge det af Kommissionen anførte, har foderproducenterne i øvrigt forsøgt at mindske virkningen af den dobbelte omkostningsforhøjelse ved at benytte indenlandske substitutionsprodukter med proteinindhold, for hvilke der ikke var foreskrevet nogen pligt til at opkøbe mælkepulver.

Sagsøgerne har fremlagt adskillige breve, som deres leverandører har skrevet til dem umiddelbart efter, at forordning nr. 563/76 var trådt i kraft, for at meddele dem, at den ved forordningen indførte ordning nødsagede dem til at forhøje foderpriserne. Den første forhøjelse, som lå på maksimalt 5 %, blev normalt senere nedsat med omtrent en fjerdedel. Det blev under retsmødet forklaret, at denne nedsættelse skyldtes,

at foderproducenterne først havde overvæltet den større byrde, som var fremkommet ved fortabelsen af den i den nævnte forordnings artikel 2 og 3 foreskrevne sikkerhed, mens de herefter nøjedes med at pålægge deres kunder den mindre forhøjelse, som skyldes iblandingen af mælkepulver i foderet. Dette forklarer også, hvorfor det fald i foderpriserne, som indtraf efter, at den ved den nævnte rådsforordning indførte ordning var blevet ophævet, var mindre end de første stigninger.

De sagsøgte har svaret, at det ikke er tilstrækkeligt at fremlægge erklæringer fra leverandørerne, og at sagsøgerne også skal angive, hvorledes prisforhøjelserne blev beregnet i enkeltheder, da foderet havde en forskellig sammensætning alt efter de forskellige typer opdræt.

Når alt kommer til alt, nægter de sagsøgte ikke, at der findes en sammenhæng mellem den her omhandlede rådsforordning og forhøjelsen af foderpriserne. De bestrider snarere, at alle de af sagsøgerne påberåbte forhøjelser skulle skyldes forordningens eksistens. På dette særlige punkt drejer striden sig altså ikke om forhøjelsernes *eksistens*, men snarere om deres *størrelse*.

Dette ændrer dog intet ved, at spørgsmålet er meget væsentligt for afgørelsen af, om der findes en årsagsforbindelse mellem den ulovlige forordning og tabet samt størrelsen af det tab, som skyldes forordningens anvendelse. Jeg finder, at sagsøgerne med føje undskylder de fremlagte bevisers utilstrækkelighed ved at anføre, at det er vanskeligt at fastslå, hvorledes foderproducenterne foretager sine beregninger, og hvorledes hans produkter nøjagtigt er sammensat. De anmoder om, at der som vidner indkaldes de ansvarlige for beregningen af indvirkningen af forpligtelsen til at opkøbe mælkepulver hos de forskellige foderproducenter, og at der oprettes en særlig fortegnelse over disses navne, stilling og adresser.

I virkeligheden er kun fabrikanterne i stand til nøjagtigt at redegøre for, hvorledes de har beregnet indvirkningen af forordning nr. 563/76 på deres omkostninger, når henses til de forskellige elementer, som indgår i foderets sammensætning, af mængdeforholdet og prisforhøjelserne på soya i løbet af den omhandlede periode. Det er overflødigt at tilføje, at svarene kan variere alt efter producenterne og fodertyperne. Alt dette bør efter min opfattelse klargøres ved en mundtlig bevisoptagelse og sagkyndige udtalelser.

Vedrørende punkt c). Skulle det vise sig, at sagsøgerne kunne overvælte den forøgede foderpris på deres kunder er det under alle omstændigheder ikke tilstrækkeligt til at kunne opgøre tabet, at virkningen af pligten påvises. Dette emne er også blevet stærkt diskuteret mellem parterne.

Sagsøgerne hævder, at de, når det én gang er bevist, at der foreligger et tab, som hidrører fra prisforhøjelserne på grund af forordningens ikrafttrædelse, ikke behøver at godtgøre, at de ikke kunne overvælte tabet på kunderne; de sagsøgte bør føre bevis for det modsatte. Efter deres opfattelse er enhver sådan mulighed forbundet med markedsbetingelserne, idet prisen på et produkt er et resultat af udbud og efterspørgsel uafhængigt af omkostningerne.

Sagsøgerne har imidlertid fremlagt en rapport fra de sagkyndige Hülsemeyer og Graser, og de understreger på grundlag af denne rapport, at selv om antallet af virksomheder med fjerkræopdræt og disses respektive størrelse kan give indtryk af, at markedet er behersket af et fåtal, så er produktionsens store ensartethed og den frie adgang for konkurrerende sælgere fra medlemsstaterne til det nationale tyske marked imidlertid i praksis til hinder for, at disse virksomheder kan betragte markedet som oligopolistisk. Uafhængigt heraf, anfører sagsøgerne, at Hülsemeyer-Graser-rapporten har på

grundlag af en nøjagtig undersøgelse af indvirkningen af prisforhøjelsen på foder til daggamle kyllinger og kyllinger påvist, at prissvingningerne på foder ikke har nogen mærkbar indvirkning på rugeæg. Hvis udbudet af daggamle kyllinger derfor ikke har reageret efter ændringen af prisen på foder, må det heraf ud fra reglen om udbud og efterspørgsel sluttes, at priserne på disse varer heller ikke kunne ændres. Det var således med den markedssituation, som gjaldt for de omhandlede produkter, umuligt for de nævnte opdrættere at overvælte de omkostningsstigninger på deres kunder, som de fik på grund af Rådets forordning, i hvert fald i den periode, hvor forordningen var gældende.

Kommissionen kritiserer denne sagkyndige udtalelse ud fra forskellige betragtninger, men bestrider ikke rigtigheden af de forhold, den lægger til grund, og af visse væsentlige økonomiske vurderinger i den. Kommissionen mener, navnlig hvad angår fjerkræopdrættere, at der er en vis margin for prisfastsættelsen, mens den, hvad ægproducenterne angår, erkender, at deres stilling på markedet er svag over for køberne, og at der er en særlig stærk konkurrence inden for denne sektor. Kommissionen bekræfter, at der ved besvarelsen af spørgsmålet, om den ved forordning nr. 563/76 pålagte opkøbsforpligtelse har påvirket ægpriserne, ikke blot bør tages hensyn til de konkrete markedsforskeligheder, men at der også må foretages en større analyse af de økonomiske mekanismer, der er bestemmende for det omhandlede marked.

Det er vanskeligt at tage stilling her, idet disse analyser er yderst tekniske. Jeg vil mene, at Domstolen derfor også bør forlange en sagkyndig udtalelse vedrørende dette spørgsmål, som kan kaste lys over et problem, der er så væsentligt for erstatningens størrelse.

Vedrørende punkt d). Under nærværende sags behandling er de negative virk-

ninger af forordning nr. 563/76 også blevet undersøgt i forbindelse med udviklingen i sagsøgernes produktionsomkostninger og fortjenstmargen. Jeg vil gerne understrege, at disse vurderinger efter min opfattelse ikke har nogen som helst indflydelse på tabets art eller på den måde, dets størrelse skal fastlægges på; som sagt har tabet bestået i en forhøjelse af sagsøgernes byrde på grund af en stigning i foderpriserne som følge af den nævnte forordning, og fastsættelsen af tabets størrelse kræver navnlig, at de to problemer løses, som vedrører andre faktorerers indflydelse på prisforhøjelsen på foder og den eventuelle overvæltning af byrden på sagsøgernes kunder. Det er faktisk under en anden synsvinkel interessant at fastslå, i hvilket omfang forordning nr. 563/76 har påvirket sagsøgernes produktionsomkostninger og fortjenstmargener, nemlig i det tilfælde, at kravet om den grove krænkelse, som Rådet skal have gjort sig skyldig i, kan forbindes med størrelsen af det af sagsøgerne lidte tab.

Jeg har allerede undersøgt denne teoretiske mulighed og har ment at måtte forkaste den af de ovennævnte grunde. Ikke desto mindre forekommer det mig, at visse af de af parterne fremsatte betragtninger kan være nyttige for så vidt som de supplerer de pågældendes økonomiske vurderinger.

Det er en kendsgerning, at parterne er uenige såvel om fastsættelsen af størrelsen af sagsøgernes produktionsomkostninger som om vurderingen af omfanget af disses stigning. De sagsøgte synes ikke at erkende, at der er sket en større stigning end 1 %, medens sagsøgerne ansætter denne til gennemsnitligt 2 %. Selv om det forholdt sig som i det sidstnævnte tilfælde, ville tabet ikke kunne betragtes som alvorligt, som de sagsøgte påstår. Sagsøgerne hævder til gengæld, at en omkostningsstigning af denne art er væsentlig i betragtning af den meget lille fortjenstmargen, som er typisk for sektoren.

Jeg kan faktisk ikke nøjes med den blotte konstatering af den lave procentdel, som udgøres af indvirkningen af forpligtelsen til at opkøbe skummetmælk på de endelige omkostninger for sagsøgernes produkter. For at fastslå det reelle omfang af denne indvirkning på en virksomheds økonomi, bør der henses til, hvilken forbindelse denne stigning i produktionsomkostningsniveauet har med fortjenstmargenen. Denne vurdering bør ske for hver enkelt virksomhed taget for sig; da jeg vil udtale mig i generelle vendinger, bør sektorens veldrevne virksomheders gennemsnitsfortjenstmargen tages som referencepunkt.

Dette referencepunkt mangler; parternes udtalelser bestyrkes ikke af overbevisende beviser. Ifølge sagsøgerne opsluger produktionsomkostningsstigningen som følge af ikrafttrædelsen af forordning nr. 563/76 i visse tilfælde hele den årlige fortjenstmargen og medfører endog større tab end dette, hvilket er tilfældet for sagsøger i sag 83/76, som anfører at have lidt et tab, som er langt større end den gennemsnitlige årlige fortjeneste. Sagsøger i sag 40/77 hævder, at den nævnte forordning praktisk talt har reduceret hans fortjeneste til nul i forordningens anvendelsesperiode og sagsøger i sag 94/76 bekræfter det samme. Kun sagsøgerne i sagerne 4/77 og 15/77 har lidt et tab på grund af forordningen, som er forholdsmæssigt mindre, da de ifølge deres oplysninger har registreret en nedgang i deres årlige fortjeneste på omtrent 20 %.

De sagsøgte bekræfter, at ægproducenterne til gengæld har fået eksportlettelser på grund af en rundhåndet og vid anvendelse af restitutionssystemet. Men det er et spørgsmål, hvorvidt og i hvilket omfang disse fordele er blevet givet i forbindelse med den ved den omhandlede forordning pålagte byrde. Med andre ord viser intet forhold, at disse fordele, som allerede eksisterede før vedtagelsen af forordning nr.

563/76, og som bestod efter denne, ville have været anderledes, dersom den omhandlede forordning ikke var blevet udstedt.

Hvad angår det system med fællesskabsafgifter, som kun Kommissionen henviser til, gør sagsøgerne opmærksom på, at det kun kan bidrage til at bremse konkurrencen fra tredjelands produkter. Sagsøgerne understreger herved på den anden side, at den omkostningsstigning, som blev forårsaget af forpligtelsen til at opkøbe mælkepulver slet ikke var blevet taget i betragtning ved fastsættelsen af størrelsen af importafgiften for kyllinger og heraf afledte produkter, idet afgiften kun forandres ved ændringer i forskellene i priserne på foderkorn på fællesskabsmarkedet og verdensmarkedet, hvorimod den ikke påvirkes af svingninger inden for andre sektorer.

Når man endelig diskuterer produktionsomkostningsstigningen og fortjenstnedgangen for de pågældende virksomheder, opstår spørgsmålet om virkningen af prisforhøjelserne på soya. Dersom disse forhøjelser virkelig har haft langt større indflydelse på omkostningerne for sagsøgernes produkter end forpligtelsen til at opkøbe mælkepulver ifølge forordning nr. 563/76, bør det også bemærkes, at de omhandlede virksomheder måske kunne bære disse forhøjelser ved at nedsætte deres fortjenstmargen i samme omfang, men at indvirkningen af forpligtelsen til at opkøbe mælkepulver — netop som følge heraf — kunne tynde virksomhedens økonomi alvorligt.

Med hensyn til de objektive faktorer, som har haft en negativ indflydelse på de omhandlede virksomheders situation, er ansvaret for Rådet, som ved at vedtage og opretholde den nævnte bestemmelse har øget sektorens virksomheders økonomiske vanskeligheder, så meget desto klarere som dette ikke var nødvendigt for at nå de tilstræbte mål, hvilket Domstolen har fastslået.

På sagens nuværende stadium finder jeg det imidlertid ikke muligt at udtale mig definitivt om de meget vanskelige tekniske og økonomiske forhold ved denne indviklede situation. Jeg udleder

heraf, at dersom Domstolen skulle antage, at kriteriet, en tilstrækkelig kvalificeret krænkelse, afledes af tabets størrelse, så kan denne ikke gøres op nu uden yderligere bevisførelse.

10. Jeg vil således foreslå, at Domstolen med hensyn til erstatningskravet mod Rådet og Kommissionen fra firmaet Bayerische HNL, fra Bernd Adleff, fra firmaet F. X. Zollner, fra Christof Schwab og Johann Seidl træffer følgende afgørelse:

- a) Rådets forordning (EØF) nr. 563/76, der allerede er annulleret i medfør af dommene i de præjudicielle sager 114, 116, 119 og 120/76, har på tilstrækkelig kvalificeret vis tilsidesat de trindhøjere retsregler, forbudet mod forskelsbehandling og princippet om forholdet mellem mål og midler, der giver private rettigheder, såvel som EØF-traktatens artikel 40, stk. 3, andet afsnit og artikel 39.
- b) Fællesskabet har følgelig pligt til at erstatte de tab, som sagsøgerne har lidt ved anvendelsen af den omhandlede forordning.
- c) Størrelsen af de tab, som skal erstattes, bør fastslås ved fortsættelse af sagen, medmindre parterne inden seks måneder efter nærværende doms afsigelse meddeler Domstolen, at de er nået til enighed om erstatningens størrelse.