

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT  
PHILIPPE LÉGER

fremsat den 8. april 2003<sup>1</sup>

Indhold

I —	National ret .....	I - 10245
	A — Princippet om statens erstatningsansvar .....	I - 10245
	B — Det særlige anciennitetstillæg for universitetsprofessorer .....	I - 10246
II —	Faktiske omstændigheder og retsforhandlinger i hovedsagen .....	I - 10246
III —	De præjudicielle spørgsmål .....	I - 10248
IV —	Genstanden for de præjudicielle spørgsmål .....	I - 10249
V —	Princippet om statens erstatningsansvar som følge af de øverste retsinstansters tilsidesættelse af fællesskabsretten .....	I - 10249
	A — Parternes indlæg .....	I - 10249
	B — Stillingtagen .....	I - 10251
	1. Spørgsmålet, om fællesskabsretten pålægger medlemsstaterne en pligt til at erstatte tab, der er forvoldt borgerne ved en tilsidesættelse af fællesskabsretten, som må tilregnes en af de øverste retsinstanser .....	I - 10251
	a) Rækkevidden af det i retspraksis fastslåede princip om statens erstatningsansvar ved tilsidesættelser af fællesskabsretten .....	I - 10252
	i) Francovich m.fl.-dommen .....	I - 10252
	ii) Brasserie du pêcheur og Factortame-dommen .....	I - 10255
	b) De nationale domstoles afgørende betydning for gennemførelsen af fællesskabsretten .....	I - 10259
	c) Retsstillingen i medlemsstaterne med hensyn til statens erstatningsansvar for domstolene .....	I - 10266
	2. De hindringer, som visse af sagens parter har henvist til, er ikke af en sådan karakter, at de kan udelukke, at staten ifalder erstatningsansvar som følge af, at fællesskabsretten er blevet tilsidesat af en af de øverste retsinstanser .....	I - 10268
	a) Domstolenes uafhængighed .....	I - 10268

b) Parallellen mellem den ansvarsordning, der gælder for medlemsstaterne, og den, der gælder for Fællesskabet .....	I - 10269
c) Dømmes nationale retskraft .....	I - 10270
d) Garanti for den nationale rets upartiskhed .....	I - 10273
VI — De materielle betingelser, der skal være opfyldt, for at staten kan ifalde ansvar som følge af en af de øverste retsinstansters tilsidesættelse af fællesskabsretten .....	I - 10274
A — Parternes indlæg .....	I - 10275
B — Stillingtagen .....	I - 10275
1. Karakteren af den tilsidesatte retsregel .....	I - 10276
2. Karakteren af tilsidesættelsen af fællesskabsretten .....	I - 10277
3. Direkte årsagsforbindelse mellem statens tilsidesættelse af sin forpligtelse og de skadelidtes tab .....	I - 10283
VII — Fastlæggelsen af, hvilken ret der er kompetent til at træffe afgørelse i erstatnings-sagen .....	I - 10284
A — Fastlæggelsen af, hvilken national ret der er kompetent .....	I - 10284
B — Domstolens og de nationale retters rolle ved afgørelsen af erstatningssagen .	I - 10285
VIII—Den foreliggende sag .....	I - 10285
IX — Forslag til afgørelse .....	I - 10288

1. Kan en medlemsstat drages til ansvar for en tilsidesættelse af fællesskabsretten, når tilsidesættelsen må tilregnes en af de øverste retsinstanser? Er den pågældende medlemsstat forpligtet til at yde erstatning til borgerne for de tab, de har lidt som følge heraf? Hvis spørgsmålene besvares bekræftende, hvilke betingelser skal da være opfyldt, for at staten ifalder et sådant ansvar?

Domstolen i den foreliggende sag<sup>2</sup>. Det er første gang, Domstolen er blevet anmodet om at præcisere rækkevidden af princippet om, at staten er erstatningspligtig for tab, som er forvoldt private på grund af en tilsidesættelse af fællesskabsretten, der må tilregnes staten. Dette princip blev opstillet af Domstolen i dom af 19. november 1991, Francovich m.fl.<sup>3</sup>, og er blevet videreudviklet adskillige gange efter dom af 5. marts 1996, Brasserie du pêcheur og Factortame<sup>4</sup>, der vedrører statens ansvar

2. Dette er nærmere bestemt de vanskelige spørgsmål, som Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien (Østrig) har forelagt

2 — Disse vanskelige spørgsmål blev tidligere med stor interesse diskuteret i den juridiske litteratur. Jf. bl.a. H. Toner: »Thinking the unthinkable? State Liability for Judicial Acts after Factortame (III)«, *Yearbook of European Law*, 1997/17, s. 165, og G. Anagnostaras: »The principle of State Liability for Judicial Breaches: The impact of European Community Law«, *European Public Law*, vol. 7/2, 2001, s. 281.

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

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

som følge af lovgivers eller administrationens handlinger.

## I — National ret

### A — Princippet om statens erstatningsansvar

3. Det er interessant at bemærke, at der sideløbende med denne sag er indbragt et traktatbrudssøgsmål for Domstolen i sag C-129/00, Kommissionen mod Italien<sup>5</sup>, hvori der navnlig rejses spørgsmål om de nationale domstoles, herunder især Corte suprema di cassazione (Italien), retspraksis. I den pågældende sag er Domstolen forelagt en problemstilling, der er analog med problemstillingen i denne sag: Er en medlemsstat ansvarlig for afgørelser, der træffes af domstolene (eller af nogle af disse) og i givet fald, i hvilket omfang? Det bemærkes i øvrigt, at der også er blevet forelagt et præjudicielt spørgsmål i en nederlandsk sag<sup>6</sup>, hvorved det ønskes oplyst, om en national forvaltningsmyndighed i henhold til fællesskabsretten er forpligtet til at omgøre en afgørelse, som den har truffet, og som er blevet stadfæstet ved en endelig dom, i tilfælde af at fortolkningen af de relevante fællesskabsbestemmelser, der ligger til grund for den pågældende forvaltningsafgørelse, underkendes af Domstolen i forbindelse med en senere præjudiciel dom. Det er relevant at gøre opmærksom på dette præjudicielle spørgsmål, selv om problemstillingen i sagen er ret forskellig fra den, jeg skal tage stilling til i denne dag. Jeg vil inden længe fremsætte et forslag til afgørelse i den pågældende sag.

5 — Sag, som vedrører kriterierne for tilbagesøgning af nationale afgifter, der er opkrævet med urette, idet de er i strid med fællesskabsretten (dom af 9.12.2003. endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser).

6 — Sag C-453/00, Kühne & Heitz (dom af 13.1.2004, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser).

4. I østrigsk ret er princippet om statens erstatningsansvar fastsat i forbundsforfatningen<sup>7</sup> og uddybet i forbundsloven af 18. december 1948<sup>8</sup>. Denne lovs § 2 indeholder følgende bestemmelser:

»1. Når der fremsættes anmodning om erstatning, er det ikke nødvendigt at kunne udpege et bestemt organ som ansvarlig; det er tilstrækkeligt at kunne fastslå, at tabet kun kan være opstået som følge af, at loven er blevet tilsidesat af en af sagsøgtens organer.

2. Skadelidte er ikke berettiget til erstatning, hvis den pågældende kunne have afværget tabet ved appel, f.eks. til Verwaltungsgerichtshof [Østrig<sup>9</sup>].

7 — Forbundsforfatningens artikel 23, stk. 1, bestemmer, at »forbundsstaten, delstaterne, distrikterne, kommunerne og andre offentlige sammenslutninger og organer er erstatningsansvarlige for de tab, som deres organer forvolder i forbindelse med forvaltningen af lovgivningen, hvad enten tabet skyldes en fejlagtig eller ulovlig handling.«

8 — Forbundsloven regulerer det ansvar, der påhviler forbundsstaten, delstater, distrikter, kommuner samt andre offentlige sammenslutninger og organer for tab, opstået som følge af forvaltningen af lovgivningen (BGBl. 1949/20).

9 — Denne ret, kaldet »forvaltningsdomstolen«, er den eneste ret, der er kompetent i forvaltningssager. Der kan anlægges sag ved forvaltningsdomstolen, efter at der er foretaget en intern administrativ kontrol. Dens afgørelser kan ikke appelleres. Selv om domstolen ikke er en højere retsinstans i forhold til nogen anden ret inden for dets kompetenceområde, har den samme rolle som en øverste retsinstans (herefter i øvrigt benævnt »den øverste forvaltningsdomstol«).

3. En afgørelse truffet af Verfassungsgerichtshof [Østrig<sup>10</sup>], af Oberster Gerichtshof [Østrig<sup>11</sup>] eller af Verwaltungsgerichtshof berettiger ikke til erstatning.«

5. Det er i henhold til disse bestemmelser udtrykkeligt udelukket, at staten kan drages til ansvar for de tab, der forvoldes borgerne som følge af afgørelser, truffet af de øverste domstole.

6. Det bemærkes i øvrigt, at erstatnings-sager mod staten skal anlægges ved de førstestansdomstole, der er kompetente i civile og kommercielle sager [Landesgericht (Østrig), Handelsgericht Wien (Østrig)].

*B — Det særlige anciennitetstillæg for universitetsprofessorer*

7. § 50a i Gehaltsgesetz (lønningsloven) af 1956<sup>12</sup>, som ændret i 2001<sup>13</sup>, bestemmer, at en universitetsprofessor er berettiget til et

særligt anciennitetstillæg, som indgår ved beregningen af arbejdsophørs-pensionen. Udbetalingen af tillægget forudsætter bl.a., at den pågældende har 15 års anciennitet som professor ved østrigske universiteter.

**II — Faktiske omstændigheder og retsfor-handlinger i hovedsagen**

8. Gerhard Köbler har siden den 1. marts 1986 som fastansat universitetsprofessor i Innsbruck (Østrig) arbejdet for den østrigske stat i et offentligretligt ansættelsesforhold. Ved skrivelse af 28. februar 1996 indgav han en ansøgning om tildeling af det særlige anciennitetstillæg for universitetsprofessorer til den relevante administrative myndighed. Til støtte for sin ansøgning anførte han, at han havde 15 års anciennitet som fastansat professor ved universiteter i forskellige medlemsstater i Det Europæiske Fællesskab, herunder i Østrig. Ansøgningen blev afslået med henvisning til, at den pågældende ikke opfyldte det anciennitetskrav, der er fastsat i § 50a i lønningsloven fra 1956, nemlig at ancienniteten udelukkende skal være erhvervet i forbindelse med ansættelse ved østrigske universiteter.

9. Gerhard Köbler indbragte afgørelsen for Verwaltungsgerichtshof. Han gjorde gældende, at det anciennitetskrav, som ifølge loven skal være opfyldt for at være berettiget til det pågældende tillæg, er udtryk for

10 — Forfatningsdomstolen.

11 — Den øverste retsinstans i civile og kommercielle sager, i sager om social sikring, i arbejdsretlige sager og i straffesager. Inden for disse retsområder befinder denne retsinstans sig på et højere niveau end domstolene i første og anden instans.

12 — BGBl. 1956/54.

13 — BGBl. 2001 I, s. 34.

en indirekte forskelsbehandling, der er i strid med princippet om arbejdskraftens frie bevægelighed, der sikres i EF-traktatens artikel 48 (efter ændring nu artikel 39 EF) og i Rådets forordning (EØF) nr. 1612/68 af 15. oktober 1968 om arbejdskraftens frie bevægelighed inden for Fællesskabet <sup>14</sup>.

10. På baggrund heraf forelagde den øverste forvaltningsdomstol Domstolen et præjudicielt spørgsmål for at få oplyst, om traktatens artikel 48 og artikel 1-3 i forordning nr. 1612/68 skal fortolkes således, at man i forbindelse med en aflønningsordning, hvor lønnens størrelse bl.a. afhænger af ancienniteten, skal tage hensyn til beskæftigelse, der ud fra et indholdsmæssigt synspunkt har samme værdi, men som tidligere er udøvet i en anden medlemsstat, på samme måde som lignende beskæftigelse, der tidligere er udøvet i inddlandet <sup>15</sup>.

11. Ved skrivelse af 11. marts 1998 spurgte Domstolen den øverste forvaltningsdomstol, om den fandt det nødvendigt at fastholde det præjudicielle spørgsmål, henset til dommen af 15. januar 1998, Schönings-Kougebetopoulou <sup>16</sup>, der var afsagt i mellemtiden. Den nationale ret anmodede parterne om at fremsætte deres bemærkninger hertil, idet den lige fra begyndelsen bemærkede, at Domstolen ved nævnte dom havde taget stilling til det retlige problem, som det pågældende præjudicielle spørgsmål rejste, og at den havde afgjort sagen på

en måde, der støttede de af Gerhard Köbler nedlagte påstande. Den 24. juni 1998 trak forvaltningsdomstolen endelig sit præjudicielle spørgsmål tilbage for derefter at finde modparten for Gerhard Köblers påstand med henvisning til, at det særlige anciennitetstillæg er en loyalitetsydelse, der objektivt set kan begrunde, at de fællesskabsretlige bestemmelser om arbejdskraftens frie bevægelighed fraviges.

12. Den 2. januar 2001 anlagde Gerhard Köbler en erstatningssag mod Republikken Østrig ved Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien <sup>17</sup>. Gerhard Köbler har gjort gældende, at den øverste forvaltningsdomstols dom af 24. juni 1998 er i strid med den direkte anvendelige fællesskabsret. Han er af den opfattelse, at Domstolens praksis ikke er udtryk for, at det omtvistede tillæg skal sidestilles med en loyalitetsydelse. Han har derfor nedlagt påstand om erstatning for det tab, han med urette har lidt som følge af den omhandlede dom, idet han ved dommen har fået afslag på at få udbetalt det særlige anciennitetstillæg, som han mener at have krav på i henhold til fællesskabsretten. Republikken Østrig har påstået sig frifundet for dette erstatningskrav med henvisning til, at den øverste forvaltningsdomstols dom ikke er i strid med fællesskabsretten, og at staten under ingen omstændigheder kan drages til ansvar for afgørelser truffet af de øverste retsinstanser (som Verwaltungsgerichtshof). Republikken Østrig har nærmere anført, at et sådant erstatningsansvar i henhold til østrigsk ret er udtrykkeligt udelukket, hvilket efter dens opfattelse ikke er i strid med fællesskabsretten.

14 — EFT 1968 II, s. 467.

15 — Jf. forelæggelseskendelsen.

16 — Sag C-15/96, Sml. I, s. 47.

17 — Førsteinstans i civile og kommercielle sager.

### III — De præjudicielle spørgsmål

13. Under hensyn til det af parterne anførte har Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien besluttet at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

- »1) Finder Domstolens praksis, hvorefter det for spørgsmålet, om staten pådrager sig ansvar på grund af en tilsidesættelse af fællesskabsretten, er uden betydning, hvilket organ i en medlemsstat denne tilsidesættelse kan tilregnes (jf. f.eks. [...] Brasserie du pêcheur og Factortame-dommen), også anvendelse i et tilfælde, hvor en myndigheds adfærd, der hævdes at være i strid med fællesskabsretten, er en afgørelse fra en af de øverste retsinstanser i en medlemsstat, som Verwaltungsgerichtshof i det foreliggende tilfælde?
- 2) Såfremt spørgsmål 1) besvares bekræftende:

Finder Domstolens praksis, hvorefter det tilkommer den enkelte medlemsstat i sin retsorden at bestemme, hvilken ret der er kompetent til at afgøre retssager, hvor der er spørgsmål om individuelle rettigheder, der hviler på fællesskabsretten (jf. f.eks. Domstolens dom af 17.9.1997, sag C-54/96, Dorsch Consult, Sml. I, s. 4961), også anvendelse i

et tilfælde, hvor en myndigheds adfærd, der hævdes at være i strid med fællesskabsretten, er en dom afsagt af en af de øverste retsinstanser i en medlemsstat, som Verwaltungsgerichtshof i det foreliggende tilfælde?

Er den retsopfattelse, der kommer til udtryk i Verwaltungsgerichtshofs ovennævnte dom, hvorefter det særlige anciennitetstillæg er en form for loyalitetsydelse, i strid med en regel i den umiddelbart anvendelige fællesskabsret, navnlig med forbuddet mod indirekte forskelsbehandling i [traktatens] artikel 48 og Domstolens faste praksis på dette område?

4) Såfremt spørgsmål 3) besvares bekræftende:

Er denne tilsidesatte regel i den umiddelbart anvendelige fællesskabsret en regel, der skaber en subjektiv ret for sagsøgeren i hovedsagen?

5) Såfremt spørgsmål 4) besvares bekræftende:

Råder Domstolen på grundlag af indholdet af anmodningen om præjudiciel afgørelse over alle fornødne oplysninger for, at den selv kan bedømme, om Verwaltungsgerichtshof under de beskrevne faktiske omstændigheder i hovedsagen åbenbart og væsentligt har overskredet det skøn, som den har, eller overlader Domstolen besvarelsen af dette spørgsmål til den forelæggende østrigske ret?«

#### IV — Genstanden for de præjudicielle spørgsmål

14. Den forelæggende ret har nærmere bestemt rejst fire typer af spørgsmål. Den første type angår spørgsmålet om, hvorvidt princippet om, at staten er ansvarlig for tab, der er forvoldt borgerne ved tilsidesættelser af fællesskabsretten, kan udstrækkes til det tilfælde, hvor tilsidesættelsen må tilregnes en af de øverste retsinstanser<sup>18</sup>. Den anden type af spørgsmål vedrører de materielle betingelser, der skal være opfyldt for at ifalde et sådant ansvar<sup>19</sup>. Den tredje type vedrører afgørelsen af, hvilken ret der er kompetent til at tage stilling til, om de nævnte materielle betingelser er opfyldt<sup>20</sup>.

18 — Forelæggelseskendelsens første spørgsmål.

19 — Dette fremgår nærmere bestemt af forelæggelseskendelsens første, tredje og fjerde spørgsmål.

20 — Forelæggelseskendelsens andet og femte spørgsmål.

Den fjerde type af spørgsmål har til hensigt at afklare, om samtlige disse materielle betingelser er opfyldt i den foreliggende sag<sup>21</sup>.

15. Det skal understreges, at alle disse spørgsmål alene angår de øverste domstole og ikke de almindelige domstole. Jeg vil derfor i det følgende udelukkende beskæftige mig med retsstillingen i relation til de øverste domstole og kommer altså ikke ind på retsstillingen i relation til de almindelige domstole.

16. Først skal der tages stilling til det principielle spørgsmål om statens erstatningsansvar. Besvarelsen af dette spørgsmål er afgørende for besvarelsen af de følgende spørgsmål.

#### V — Princippet om statens erstatningsansvar som følge af de øverste retsinstansers tilsidesættelse af fællesskabsretten

##### A — Parternes indlæg

17. Ifølge Gerhard Köbler følger det af Brasserie du pêcheur og Factortame-dommen, at staten kan drages til ansvar for tilsidesættelse af fællesskabsretten, uanset hvilket statsligt organ der er årsag til til-

21 — Forelæggelseskendelsens tredje og fjerde spørgsmål.

sidesættelsen. Dette gælder, uanset om organet må henregnes til den lovgivende, den dømmende eller den udøvende magt. Statens ansvar for domstolenes virksomhed kan ikke begrænses til de almindelige domstole, således at ansvaret ikke skulle omfatte de øverste retsinstanser, da dette ville betyde, at medlemsstaterne kunne indrette deres domstolsordning således, at de kunne undgå ethvert ansvar, hvilket efter Gerhard Köblers opfattelse kunne risikere at føre til nationale forskelle i borgernes retsbeskyttelse.

18. Ifølge såvel Republikken Østrig som den østrigske regering er fællesskabsretten ikke til hinder for en lovgivning, der udtrykkeligt udelukker, at staten er erstatningsansvarlig i tilfælde af, at de øverste retsinstanser tilsidesætter national ret — herunder fællesskabsretten. Fra østrigsk side har man anført, at en sådan lovgivning ikke gør det umuligt eller urimeligt vanskeligt at gennemføre fællesskabsretten, da parterne kan gøre fællesskabsretten gældende ved de øverste retsinstanser. En sådan lovgivning er berettiget af hensyn til retssikkerheden i forbindelse med behovet for at sikre en endelig afslutning af retsager. Desuden ville et princip om, at staten er ansvarlig for de øverste retsinstanser, efter deres opfattelse forudsætte, at Fællesskabet ligeledes skulle kunne ifalde ansvar for Domstolen, hvilket man vanskeligt kan forestille sig, da Domstolen i en sådan sag på samme tid ville være domstol og part.

19. Den franske regering og Det Forenede Kongeriges regering er i det store og hele af samme opfattelse.

20. Ifølge den franske regering har Domstolen i Brasserie du pêcheur og Factor-tame-dommen hverken direkte eller indirekte fastslået, at retsinstanser er organer, der kan pådrage staten ansvar, såfremt de tilsidesætter fællesskabsretten. Det grundlæggende princip om endelige dommes materielle retskraft er til hinder for, at der indføres en ordning, hvorefter staten er ansvarlig for indholdet af en afgørelse truffet af en af de øverste retsinstanser. Dette princip må gå forud for retten til erstatning. Desuden er den franske regering af den opfattelse, at den søgsmålsordning, der er etableret i medlemsstaterne, suppleret med muligheden for præjudiciel forelægelse i medfør af artikel 234 EF, yder borgerne en tilstrækkelig sikkerhed mod risikoen for fejlagtige fortolkninger af fællesskabsretten. Den franske regering har under retsmødet subsidiært anført, at en ordning, hvorefter staten er ansvarlig for de øverste retsinstanser, bør være undergivet særdeles restriktive betingelser og være aldeles forskellig fra statens ansvar for den lovgivende myndighed eller for administrationen under hensyn til de særlige vilkår, der gælder for udøvelsen af dømmende myndighed.

21. Ifølge Det Forenede Kongeriges regering fremgår det af Brasserie du pêcheur og Factortame-dommen, at Domstolen synes at være åben over for den mulighed, at staten kan drages til ansvar for retsafgørelser. Hvis det forholder sig således, skal staten kun i meget sjældne tilfælde kunne ifalde ansvar for domstolene. Et sådant begrænset ansvar er så meget desto mere påkrævet, når henses til Domstolens praksis om Fællesskabets erstatningsansvar uden for kontrakt i tilfælde af, at kravet om overholdelse af en rimelig frist i forbindelse med en retfærdig rettergang tilsidesættes af



De Europæiske Fællesskabers Ret i Første Instans. En eventuel anerkendelse af en ordning, hvorefter staten er erstatningsansvarlig, ville desuden være i strid med de grundlæggende retssikkerhedsprincipper og især hensynet til dommes retskraft, domstolenes anseelse og uafhængighed, samt forholdet mellem Domstolen og de nationale domstole. Endelig vil det ifølge Det Forenede Kongeriges regering være problematisk, at sager, hvorunder der skal tages stilling til, om en stat er erstatningsansvarlig for sine domstole, henlægges til de nationale retsinstanser i den pågældende medlemsstat, når henses til kravet om upartiskhed, for ikke at tale om, at disse domstole vil forelægge Domstolen præjudicielle spørgsmål desangående, hvilket vil svare til at indføre en appelmulighed ved Domstolen, hvilket ikke har været ønsket af EF-traktatens forfattere.

22. Den tyske og den nederlandske regering har ikke modsat sig tanken om, at en medlemsstat er erstatningsansvarlig for de øverste retsinstanser. Under retsmødet har den nederlandske regering imidlertid gjort gældende, at der her er tale om et spørgsmål, der henhører under national ret og ikke under fællesskabsretten, og at et sådant statsligt ansvar under alle omstændigheder bør være begrænset til helt ekstraordinære situationer. Den tyske regering anbefaler ligeledes en sådan ansvarsordning for rene særtilfælde, inspireret af den, der findes i dens nationale retsorden.

23. Ifølge Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber følger princippet om, at

staten er ansvarlig for alle former for offentlige myndigheder, dels af traktatens bestemmelser (artikel 10 EF og artikel 249, stk. 2 og 3, EF), dels af Domstolens faste praksis, hvorefter det påhviler enhver medlemsstat at sikre, at borgerne opnår erstatning for den skade, de tilføjes ved manglende overholdelse af fællesskabsretten, uanset hvilken offentlig myndighed der er skyld i tilsidesættelsen.

#### B — *Stillingtagen*

24. Jeg vil først undersøge, om fællesskabsretten under sådanne omstændigheder pålægger medlemsstaterne en erstatningspligt over for borgerne, og dernæst om de hindringer, som visse af sagens parter har henvist til, er til hinder for at anerkende en sådan pligt.

1. Spørgsmålet, om fællesskabsretten pålægger medlemsstaterne en pligt til at erstatte tab, der er forvoldt borgerne ved en tilsidesættelse af fællesskabsretten, som må tilregnes en af de øverste retsinstanser

25. Jeg mener, at dette spørgsmål skal besvares bekræftende<sup>22</sup>. Dette svar er

22 — Jeg har allerede kort givet udtryk for denne opfattelse i mit forslag til afgørelse i Hedley Lomas-sagen (dom af 23.5.1996, sag C-5/94, Sml. I, s. 2553, punkt 114).

baseret på tre argumentationsrækker: For det første Domstolens vidtgående fortolkning af princippet om, at staten er erstatningsansvarlig i tilfælde af, at fællesskabsretten tilsidesættes, for det andet de nationale domstoles afgørende betydning for gennemførelsen af fællesskabsretten, navnlig når der er tale om de øverste retsinstanser, og for det tredje retsstillingen i medlemsstaterne, specielt vedrørende kravet om beskyttelse af grundlæggende rettigheder.

a) Rækkevidden af det i retspraksis fastslåede princip om statens erstatningsansvar ved tilsidesættelser af fællesskabsretten

26. Rækkevidden af princippet om statens erstatningsansvar ved tilsidesættelser af fællesskabsretten skal vurderes på baggrund af de to ledende domme, som Domstolen har afsagt på dette område, dvs. for det første Francovich m.fl.-dommen og derefter Brasserie du pêcheur og Factortame-dommen.

i) Francovich m.fl.-dommen

27. Princippet om statens erstatningsansvar blev fastslået af Domstolen i Francovich m.fl.-dommen, der omhandlede den særlige situation, hvor et direktiv, der ikke havde direkte virkning, ikke var blevet gennemført, hvilket forhindrede borgerne i

ved de nationale domstole at påberåbe sig de rettigheder, som i henhold til direktivet tilkom dem<sup>23</sup>. På trods af de meget specielle omstændigheder i sagen, der viste markante »dysfunktioner«, udtalte Domstolen sig i meget generelle vendinger: »Det er et princip i fællesskabsretten, at medlemsstaterne er forpligtet til at erstatte tab, som er forvoldt private som følge af tilsidesættelser af fællesskabsretten, der må tilregnes medlemsstaterne«<sup>24</sup>. Det blev ikke præciseret, hvilket statsligt organ der havde forvoldt tabet.

28. Denne konklusion er baseret på en gennemgang, der også er meget generel. Ifølge Domstolen følger der »af selve traktatens system et princip om, at staten er erstatningsansvarlig for tab, som er forvoldt private på grund af tilsidesættelser af fællesskabsretten, der må tilregnes staten«<sup>25</sup>. Dette princip er på en måde selve indbegrebet af traktatens system og er nødvendigvis knyttet til traktaten. Den omstændighed, at princippet om statens erstatningsansvar er uadskilleligt forbundet med traktatens system, beror på fællesskabsretsordenens særlige karakter.

23 — Rådets direktiv 80/987/EØF af 20.10.1980 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om beskyttelse af arbejdstagerne i tilfælde af arbejdsgiverens insolvens (EFT L 283, s. 23).

24 — Præmis 37.

25 — Dommens præmis 35. Denne præmis er blevet gentaget uændret af Domstolen, bl.a. i Brasserie du pêcheur og Factortame-dommen, præmis 31, dom af 26.3.1996, sag C-392/93, British Telecommunications, Sml. I, s. 1631, præmis 38, Hedley Lomas-dommen, præmis 24, dom af 8.10.1996, forenede sager C-178/94, C-179/94 og C-188/94 — C-190/94, Dillenkofer m.fl., Sml. I, s. 4845, præmis 20, af 17.10.1996, forenede sager C-283/94, C-291/94 og C-292/94, Denkavit m.fl., Sml. I, s. 5063, præmis 47, af 2.4.1998, sag C-127/95, Norbrook Laboratories, Sml. I, s. 1531, præmis 106, af 24.9.1998, sag C-319/96, Brinkmann, Sml. I, s. 5255, præmis 24, af 4.7.2000, sag C-424/97, Haim, Sml. I, s. 5123, præmis 26, af 18.1.2001, sag C-150/99, Stockholm Lindöpark, Sml. I, s. 493, præmis 36, og af 28.6.2001, sag C-118/00, Larsy, Sml. I, s. 5063, præmis 34.

29. Domstolen har fastslået, at »der ved EØF-traktaten er indført en særlig retsorden, som er integreret i medlemsstaternes retssystemer, og som skal anvendes af deres retsinstanter. Retssubjekterne herfor er ikke blot medlemsstaterne, men også disses statsborgere. Fællesskabsretten pålægger således ikke blot borgerne forpligtelser, men giver dem også rettigheder, som dermed bliver en del af de rettigheder, der som helhed tilkommer borgerne. Disse rettigheder består ikke blot, når de udtrykkeligt er inddrømmet i traktaten, men også, når traktaten pålægger private, medlemsstaterne eller Fællesskabets institutioner entydige forpligtelser«<sup>26</sup>.

30. Desuden påhviler »det efter Domstolens faste praksis [...] de nationale retter, som led i deres forpligtelse til at anvende fællesskabsretten inden for deres kompetenceområde, at sikre fællesskabsrettens fulde virkning og at beskytte de rettigheder, som denne tillægger private«<sup>27</sup>.

31. På grundlag af disse to præmisser udleder Domstolen, at »[f]ællesskabsrettens fulde virkning ville blive afsvækket, og beskyttelsen af de i fællesskabsretten anerkendte rettigheder ville blive forringet, såfremt private var afskåret fra at opnå erstatning for en krænkelse af deres rettigheder som følge af en tilsidesættelse af fæl-

lesskabsretten, der må tilregnes en medlemsstat«<sup>28</sup>.

32. Domstolen har i tillæg hertil fastslået, at medlemsstaterne i medfør af EF-traktatens artikel 5 (nu artikel 10 EF) er forpligtet til at bringe ulovlige følgevirkninger af en tilsidesættelse af fællesskabsretten til ophør<sup>29</sup>.

33. Der kan udledes flere grundsætninger fra disse tilkendegivelser.

34. For det første må det, som understreget af generaladvokat Tesauro i forslaget til afgørelse i Brasserie du pêcheur og Factortame-sagen, bemærkes, »at Domstolen i Francovich-dommen ikke lod det blive derved, at det overlades til national ret at drage *alle* de retlige konsekvenser, der følger af tilsidesættelsen af fællesskabsbestemmelsen, men fastslog, at staten efter fællesskabsretten er erstatningspligtig over for borgerne«<sup>30</sup>.

35. Pligten til at yde erstatning er desuden et grundlæggende fællesskabsretligt princip, lige så grundlæggende som princippet om fællesskabsrettens forrang og direkte virkning. Statens pligt til at erstatte skader, der

26 — Francovich m.fl.-dommen, præmis 31. Domstolen henviste til dom af 5.2.1963, sag 26/62, Van Gend en Loos, Sml. 1954-1964, s. 375, org.ref.: Rec. s. 3, og af 15.7.1964, sag 6/64, Costa, Sml. 1954-1964, s. 531, org.ref.: Rec. s. 1141.

27 — Francovich m.fl.-dommen, præmis 32. Domstolen henviste til dom af 9.3.1978, sag 106/77, Simmenthal, Sml. s. 629, præmis 16, og af 19.6.1990, sag C-213/89, Factortame m.fl., Sml. I, s. 2433, præmis 19.

28 — Francovich m.fl.-dommen, præmis 33.

29 — Dommens præmis 36.

30 — Punkt 22.

er forvoldt borgerne ved en tilsidesættelse af fællesskabsretten, bidrager ligesom de to øvrige principper til at sikre fællesskabsrettens fulde virkning ved at give en effektiv retsbeskyttelse af de rettigheder, som borgerne har efter fællesskabsretten. Princippet om statens erstatningsansvar er endvidere en nødvendig udvidelse af det generelle princip om effektiv retsbeskyttelse eller »retten til domstolsprøvelse«, som Domstolen jævnligt har understreget betydningen af, og som er blevet fortolket stadigt mere vidtgående i dens praksis.

36. Efter min opfattelse kan det ræsonnement, som Domstolen har anvendt i Francovich m.fl.-dommen, fuldt ud overføres til det tilfælde, hvor det er de øverste domstole, der har tilsidesat fællesskabsretten. Den fulde virkning af fællesskabsbestemmelserne ville blive draget i tvivl og beskyttelsen af de rettigheder, som de til lægger, ville blive svækket, hvis borgerne ikke havde mulighed for at få erstatning, når deres rettigheder var blevet krænket som følge af en tilsidesættelse af fællesskabsretten, der må tilregnes de øverste domstole.

37. Det er ikke tilstrækkeligt, at borgerne har ret til at gøre fællesskabsretten gældende ved de øverste domstole for at få en effektiv retsbeskyttelse af de rettigheder, der tilkommer dem i henhold til Fællesskabets retsorden, og at disse domstole er forpligtede til at foretage en korrekt anvendelse af fællesskabsretten. Det er også

nødvendigt, at borgerne kan få erstatning, såfremt de øverste domstole afsiger en dom i strid med fællesskabsretten, i det mindste når bestemte betingelser er opfyldt.

38. Når det ikke er muligt at appellere en afgørelse, der er afsagt af de øverste domstole, er det — i sidste instans — kun en erstatningssag, som kan sikre, at den krænkede ret genoprettes, og som endelig kan sikre en effektiv retsbeskyttelse på et passende niveau af de rettigheder, som tilkommer borgerne i henhold til Fællesskabets retsorden<sup>31</sup>.

39. Det er herved nødvendigt at holde sig for øje, at selv om det for borgerne kan være en stor fordel, at staten kan ifalde erstatningsansvar er »[g]enoprettelsen af det økonomiske indhold [...], når alt kommer til alt, en nødløsning, en minimums-afhjælpning sammenlignet med en fuldstændig genopretning i materiel henseende, hvilket er og bliver det bedste beskyttelsesmiddel«<sup>32</sup>. En direkte og umiddelbar beskyttelse efter deres indhold af de rettigheder, som tilkommer borgerne i henhold til Fællesskabets retsorden, vil altid være at foretrække.

31 — Herved adskiller spørgsmålet om statens erstatningsansvar for de øverste retsinstanser sig i væsentlig grad fra spørgsmålet om statens erstatningsansvar for de almindelige domstole eller for samtlige domstole.

32 — Jf. generaladvokat Tesauros forslag til afgørelse i Brasserie du pêcheur og Factortame-sagen, punkt 34.

40. Jeg finder derfor, at princippet om, at staten er erstatningsansvarlig, hvis fællesskabsretten tilsidesættes, bør udvides til det tilfælde, hvor tilsidesættelsen må tilregnes de øverste domstole. En sådan konklusion følger så meget desto mere af Brasserie du pêcheur og Factortame-dommen.

ii) Brasserie du pêcheur og Factortame-dommen

41. I Brasserie du pêcheur og Factortame-dommen har Domstolen på baggrund af Francovich m.fl.-dommen udledt, at princippet om statens erstatningsansvar — da det følger af selve traktatens system — gælder i alle tilfælde, hvor en medlemsstat har overtrådt fællesskabsretten, uanset hvilket organ i medlemsstaten der ved sin handling eller undladelse har været årsag til tilsidesættelsen<sup>33</sup>.

42. Til støtte herfor baserer Domstolen sig ikke længere udelukkende på traktatens system. Domstolen baserer sig ligeledes på

pligten til ensartet anvendelse af fællesskabsretten og på det hensigtsmæssige i, at der sker en tilnærmelse til det erstatningsansvar, der påhviler staten i henhold til folkeretten.

43. For så vidt angår den ensartede anvendelse af fællesskabsretten har Domstolen fastslået, at »[n]år [...] henses til, at den ensartede anvendelse af fællesskabsretten er et grundlæggende krav i Fællesskabets retsorden [...], kan forpligtelsen til at erstatte tab, der er forvoldt borgerne ved tilsidesættelser af fællesskabsretten, ikke være afhængig af interne regler om fordelingen af kompetencen mellem de forfatningsretlige organer«<sup>34</sup>. Efter min opfattelse gælder dette grundlæggende krav i Fællesskabets retsorden med samme styrke for de dømmende instanser som for de lovgivende myndigheder. Overholdelsen af fællesskabsretten — hvilket erstatningsansvaret for staten i vidt omfang bidrager til at sikre<sup>35</sup> — bør ikke variere fra medlemsstat til medlemsstat, afhængig af interne regler om magtfordelingen mellem de forfatningsmæssige organer eller reglerne om de statslige institutioners status og deres virksomhed.

33 — Præmis 32 sammenholdt med præmis 31. Denne formulering har Domstolen gentaget og udvidet i dom af 1.6.1999, sag C-302/97, Konle, Sml. I, s. 3099, præmis 62, Haimdommen, præmis 27, og Larys-dommen, præmis 35, med følgende affattelse: »Det påhviler enhver medlemsstat at sikre, at borgerne opnår erstatning for den skade, de tilføjes ved manglende overholdelse af fællesskabsretten, uanset hvilken offentlig myndighed der er skyld i denne tilsidesættelse, og uanset hvem der i princippet er forpligtet til at betale erstatningen i henhold til den pågældende medlemsstats ret.« Denne præcisering har navnlig adresse til medlemsstater, der er forbundsstater.

34 — Brasserie du pêcheur og Factortame-dommen, præmis 33. Jf. også dom af 21.2.1991, forenede sager C-143/88 og C-92/89, Zuckerfabrik Süderdithmarschen og Zuckerfabrik Soest, Sml. I, s. 415, præmis 26.

35 — I den kendte Van Gend en Loos-dom undlod Domstolen ikke at understrege, at »agtpågivenheden hos de private, som er interesserede i at beskytte deres rettigheder, medfører en effektiv kontrol, der supplerer den kontrol, som det i artikel 169 og 170 overlades til Kommissionen og medlemsstaterne at drage omsorg for« (Sml. 1954-1964, s. 375, på s. 380).

44. Med hensyn til statens erstatningsansvar efter folkeretten har Domstolen fastslået, at »staten, som ifalder ansvar som følge af tilsidesættelse af en folkeretlig forpligtelse, også efter folkeretten betragtes som en helhed, hvad enten den tilsidesættelse, som er årsag til tabet, må tilregnes den lovgivende, den dømmende eller den udøvende magt«<sup>36</sup>. Domstolen tilføjede, at det så meget desto mere må gælde i Fællesskabets retsorden, som tillægger borgernes retsstilling stor betydning<sup>37</sup>.

45. Som den franske regering har understreget, har Domstolen hermed henvist til princippet om statens enhed. Vi må nu drage den fulde konsekvens heraf i relation til statens ansvar for de øverste domstole. Det er i folkeretten almindeligt anerkendt, at dette princip, der har karakter af en retssædvane, har betydning i to henseender.

46. Princippet er for det første udtryk for, at en ulovlig handling nødvendigvis må tilregnes staten og ikke det statslige organ, der har foretaget handlingen. I folkeretten

er det kun staten og ikke dens organer, der er retssubjekt. Det er således kun staten, der kan ifalde ansvar<sup>38</sup>. Princippet er heller ikke ukendt i fællesskabsretten<sup>39</sup> og i øvrigt heller ikke i national ret<sup>40</sup>. Jeg har således allerede i mit forslag til afgørelse i Hedley Lomas-sagen anført, at »[fællesskabsretten kun] anerkender [...] én ansvarlig (staten), ligesom en traktatbrudssag kun kan have én sagsøgt (staten)«<sup>41</sup>. Det følger heraf, at »[d]et ikke [er] et bestemt statsligt organ, men medlemsstaten som sådan, der skal yde erstatning«<sup>42</sup>.

47. For det andet indebærer princippet om statens enhed, at staten er ansvarlig for de skader, der forvoldes ved enhver handling eller undladelse, der er i strid med dens folkeretlige forpligtelser, uanset hvilken statslig myndighed der har foretaget handlingen eller undladelsen. Dette princip fremgår tydeligt af artikel 4, stk. 1, i udkastet om staters ansvar, som blev udarbejdet af Folkeretskommissionen og som blev godkendt den 28. januar 2002 ved en resolution vedtaget af De Forenede

36 — Brasserie du pêcheur og Factortame-dommen, præmis 34.

37 — I fællesskabsretten kan borgerne — direkte — drage staten til ansvar. Det er ikke tilfældet i folkeretten, da varetagelsen af borgernes interesser sikres af staten, som følger af den diplomatiske beskyttelse af dens statsborgere. Staten kan således kun indirekte drages til ansvar af borgerne.

38 — Jf. herved Nguyen Quoc Dinh, *Droit international public*, LGDJ, 6. udg., fuldstændig omarbejdet af P. Daillier og A. Pellet, 1999 (s. 740-751), og I. Brownlie, *System of the Law of Nations, State Responsibility*, Part I, Clarendon Press-Oxford, 1983 (s. 144).

39 — Jf. fodnote 42 i generaladvokat Tesausros forslag til afgørelse i Brasserie du pêcheur og Factortame-sagen.

40 — Nogle franske forvaltningsdomstole har i medfør af dette princip pålagt staten ansvar for tilsidesættelse af fællesskabsretten, hvorimod de ikke udtrykkeligt har anerkendt dette princip vedrørende ansvar for lovgiverens handlinger. Jf. i denne retning mit forslag til afgørelse i Hedley Lomas-sagen (punkt 118-125).

41 — Punkt 126 sammenholdt med punkt 113.

42 — Forslaget til afgørelse, punkt 112.

Nationers generalforsamling<sup>43</sup>. Det bestemmes heri: Handlinger udført af et hvilket som helst statsligt organ<sup>44</sup> anses i henhold til folkeretten for at være handlinger udført af staten, uanset om det pågældende organ udøver lovgivende, udøvende, dømmende eller anden virksomhed, uanset hvilken stilling det indtager i den statslige organisation og uanset organets art, dvs. om det er et centralt regeringsorgan eller en lokal myndighed<sup>45</sup>.

48. Det er herved interessant at bemærke, at stateres folkeretlige ansvar allerede — relativt tidligt — blev anerkendt i et tilfælde, hvor en endelig domstolsafgørelse stred mod den pågældende medlemsstats folkeretlige forpligtelser<sup>46</sup>. En sådan situation betegnes i folkeretten som en retsnægtelse, dvs. en tilsidesættelse af den sædvaneretlige — og i stadig højere grad traktatbestemte — forpligtelse for stater til

at yde udenlandske statsborgere retsbeskyttelse<sup>47</sup>.

49. Den ordning, som er indført med den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder (herefter »EMRK«), kaster et interessant lys over spørgsmålet om statens ansvar for de øverste domstole. Borgerne kan nemlig direkte ved Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (herefter »EMD«) anlægge sag mod staten med påstand om erstatning for en national domstols handlinger, med henvisning til at kravene til retfærdig rettergang er tilsidesat — in procedendo — eller også med henvisning til, at en materiel bestemmelse er tilsidesat — in iudicando — således at det får betydning for selve domskonklusionen<sup>48</sup>. Under en sådan retssag vil borgerne kunne få tilkendt en erstatning i form af en »passende kompensation«. Det er, som anført af visse af regeringerne, interessant at bemærke, at reglen om, at de nationale muligheder for søgsmål skal være fuldt udnyttet, indebærer, at det vil være en

43 — Jf. bilaget til resolutionen (Dok. A/Res/56/83).

44 — Et statsligt organ defineres i artikel 4, stk. 2, som enhver person eller enhed, der i henhold til den nationale lovgivning anses for et sådant organ.

45 — Disse bestemmelser skal sammenholdes med dem, der inden for de samme rammer blev midlertidigt vedtaget i 1973, og hvorefter »handling udført af et statsligt organ i henhold til folkeretten anses for at være handlinger udført af staten, uanset om det pågældende organ hører under den lovgivende, udøvende, dømmende eller anden myndighed, uanset om dets virksomhed er af international eller national karakter, og uanset om det indtager en overordnet eller en underordnet stilling i den statslige organisation«. Jf. *Annuaire de la Commission de droit international*, 1973, vol. II, s. 197.

46 — Italiensk-venezuelansk domstol, dom af 3.5.1930, Martini-sagen (RSA, vol. II, s. 978). Dommen blev afsagt i forbindelse med en uoverensstemmelse om gennemførelsen af en koncessionsaftale, som Republikken Venezuela havde indgået med en italiensk virksomhed om udnyttelse af kulminer. Den venezuelanske stat blev pålagt ansvar, fordi forbunds- og kassationsdomstolen (Venezuela) havde truffet en afgørelse, som blev fastslået at være delvis uforenelig med en international voldgiftskendelse, afsagt i henhold til en international aftale, som Venezuela var part i.

47 — Begrebet »retsnægtelse« omfatter forskellige tilfælde, f.eks. når udlændinge nægtes adgang til retterne, urimelige forsinkelser eller modsat en usædvanlig fremskyndelse af retssagen, en åbenbar vrangvillighed med en udenlandsk sagsøger eller en statsborger, en endelig dom, der er uforenelig med statens folkeretlige forpligtelser eller er klart uretfærdig, samt afslag på eksekution af en dom til fordel for en udlænding (jf. Nguyen Quoc Dinh).

48 — Det er bl.a. tilfældet i tvister om retten til familietliv og ægteskab (i medfør af EMK's artikel 8), om ejendomsretten (i medfør af artikel 1 i Tillægsprotokol nr. 1) eller vedrørende ytringsfriheden (i medfør af EMK's artikel 10). For så vidt angår ytringsfriheden henvises bl.a. til dom afsagt af EMD den 26.4.1979, Sunday Times mod UK vedrørende en afgørelse truffet af The House of Lords, som med henvisning til begrebet »Contempt of Court« havde forbudt offentliggørelsen af artikler om et lægemiddel, mens der verserede en sag om det pågældende produkt (Serie A nr. 30).

af de øverste retsinstanser, der har afsagt den anfægtede retsafgørelse. Det er derimod ikke givet, at de kontraherende stater i medfør af EMRK's artikel 13 er forpligtet til at give borgerne nationale retsmidler mod en retsafgørelse — herunder mulighed for anlæggelse af en erstatningssag<sup>49</sup>.

50. Disse overvejelser om statens enhed i folkeretten er også velkendte i fællesskabsretten. Det er det princip, der kommer til udtryk i *Brasserie du pêcheur* og *Factoratame-dommen*, præmis 34, hvorefter staten betragtes som en enhed »i Fællesskabets retsorden, eftersom alle statslige instanser, herunder den lovgivende magt, ved udførelsen af deres opgaver er forpligtet til at overholde de normer, der er fastsat i fællesskabsretten«. Det er ved anvendelsen af dette princip, som præciseret af Domstolen i nævnte doms præmis 35, at »den omstændighed, at den pågældende tilsidesættelse efter de interne regler må tilregnes den nationale lovgiver, ikke [kan] rejse tvivl om de krav, der er uadskilleligt forbundet med beskyttelsen af de borgeres rettigheder, som påberåber sig fællesskabsretten og, i dette tilfælde, om retten til ved de nationale retsinstanser at opnå erstatning for det tab, den nævnte tilsidesættelse har forårsaget«.

51. Det fremgår af ovenstående, at Domstolen i *Brasserie du pêcheur* og *Factoratame-dommen* ikke har begrænset sig til

udtrykkeligt at anerkende, at der i Fællesskabets retsorden består et princip om, at staten er erstatningsansvarlig for lovgiver. Den har også — indirekte, men nødvendigvis — udvidet dette princip til domstolens virksomhed, i hvert fald for så vidt angår de øverste domstoles virksomhed<sup>50</sup>. I denne sag får Domstolen således lejlighed til at udtrykkeligt at fastslå det, den allerede indirekte har givet udtryk for.

52. Selv om det antages, at denne udlægning af *Brasserie du pêcheur* og *Factoratame-dommen* ikke følges, kan jeg under ingen omstændigheder se, hvordan Domstolen vil kunne nå til et andet resultat end at fastslå, at staten er ansvarlig for de øverste retsinstanser. Et sådant resultat vil ikke blot være en naturlig videreførelse af Domstolens hidtidige praksis, som netop er blevet beskrevet, men en anerkendelse af et sådant erstatningsansvar forekommer også at være en logisk følge af den omstændighed, at de øverste retsinstanser som én af deres — væsentligste — opgaver skal sikre den direkte, umiddelbare og effektive beskyttelse af de rettigheder, der tilkommer borgerne i henhold til Fællesskabets retsorden. Det samme følger af gældende ret i medlemsstaterne, navnlig hvad angår kravet om beskyttelse af de grundlæggende rettigheder.

49 — Jf. herved L.-E. Pettiti, E. Decaux og P.-H. Imbert, Commentaire article par article de la convention européenne des droits de l'homme, *Economica*, 2. udg., 1999, s. 462.

50 — Jf. også i denne retning, A. Barav, »Responsabilité et irresponsabilité de l'État en cas de méconnaissance du droit communautaire«, *Liber Amicorum* Jean Waline, s. 435; D. Simon, »La responsabilité de l'État saisie par le droit communautaire«, *AJDA*, juli-august 1996, s. 494, og L. Dubouis, »La responsabilité de l'État législateur pour les dommages causés aux particuliers par la violation du droit communautaire et son incidence sur la responsabilité de la Communauté«, *RFDA*, maj-juni 1996, s. 585.



b) De nationale domstoles afgørende betydning for gennemførelsen af fællesskabsretten

som den »naturlige« beskytter af de rettig- heder, der tilkommer borgerne i henhold til fællesskabsretten.

53. De Europæiske Fællesskaber er grund- lagt på retlige normer og har fortrinsvis udviklet og konsolideret sig ad rettens vej. De nationale domstole, der har til opgave at anvende retsreglerne, herunder fælles- skabsreglerne, er en uundværlig brik i Fællesskabets retsorden. De befinder sig i et »knudepunkt« mellem flere retssystemer og har dermed til opgave at yde et vigtigt bidrag til den effektive anvendelse af fæl- lesskabsretten og, endelig, til udviklingen af den europæiske integration. Man forstår derfor, at Domstolen i sin praksis igen og igen har understreget, at de nationale domstole er af afgørende betydning for gennemførelsen af fællesskabsretten. Der kan heraf udledes, at der gradvist er blevet udviklet en egentlig »fællesskabsretlig domstolsetik«<sup>51</sup>. A. Barav har således understreget, at »både princippet om fæl- lesskabsrettens forrang og dens direkte virkning først og fremmest er anvisninger til de nationale domstole«<sup>52</sup>. Som følge af disse to principper<sup>53</sup> opfordres den nation- ale ret dels til at virke som mægler mellem modstridende normer — nationale bestem- melser og fællesskabsbestemmelser — og

54. De nationale domstole har således to opgaver: De skal så vidt muligt fortolke national ret i overensstemmelse med fæl- lesskabsretten og, hvis dette ikke er muligt, tilsidesætte de nationale bestemmelser, der er i strid med fællesskabsretten<sup>54</sup>.

55. For så vidt angår forpligtelsen til at anlægge en fortolkning i overensstemmelse med fællesskabsretten er dette spørgsmål både blevet forelagt Domstolen i relation til den primære fællesskabsret (traktatens bestemmelser)<sup>55</sup> og den afledte ret (navnlig direktiver). Domstolen har i den forbindelse fastslået, at den af et direktiv følgende pligt for medlemsstaterne til at virkeliggøre direktivets mål, og deres forpligtelse i medfør af EF-traktatens artikel 5 (nu arti- kel 10 EF) til at træffe alle almindelige eller særlige foranstaltninger til at sikre opfyl- delsen af denne pligt, påhviler alle myn- dighederne i medlemsstaterne, herunder også domstolene inden for deres kom- petence. Domstolen har heraf draget den konklusion, at »den nationale ret ved anvendelsen af nationale retsfor skrifter [uanset om de er vedtaget før eller efter direktivet] er forpligtet til, i videst muligt omfang, at fortolke dem i lyset af direkti-

51 — Dette udtryk blev anvendt af F. Grévisse og J.C. Bonichot i »Les incidences du droit communautaire sur l'organisation et l'exercice de la fonction juridictionnelle dans les États membres«, *L'Europe et le droit, Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Dalloz 1991, s. 297 ff.

52 — A. Barav, »La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire«, *L'Europe et le droit, Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Dalloz 1991, s. 1 ff.

53 — Disse to grundlæggende principper i Fællesskabets rets- orden blev udviklet i de velkendte domme, der blev afsagt i Vand Gend & Loos- og Costa-sagerne.

54 — Jeg henviser herved ikke til den nationale domstols opgave med hensyn til at vurdere, om en afledt fællesskabsretsakt er gyldig. Jeg fokuserer på den situation, der er omhandlet i hovedsagen, nemlig den nationale domstols anvendelse af en national bestemmelse, der angiveligt er i strid med fællesskabsretten.

55 — Jf. bl.a. dom af 4.2.1988, sag 157/86, Murphy m.fl., Sml. s. 673, præmis 11.

vets ordlyd og formål og at fremkalde det med direktivet tilsigtede resultat, og således handle i overensstemmelse med EF-traktatens artikel 189, stk. 3 (nu artikel 249, stk. 3, EF)«<sup>56</sup>. Domstolen har præciseret, at »[p]rincippet om en direktivkonform fortolkning [...] i særlig grad [gør sig] gældende for en national retsinstans, såfremt en medlemsstat [...] har antaget, at de tidligere gældende nationale retsfor skrifter var i overensstemmelse med det pågældende direktivs krav«<sup>57</sup>, således at medlemsstaten ikke havde ment, at der var behov for at gennemføre direktivet i national ret.

56. Den eneste begrænsning, der påhviler den nationale ret, når den anlægger en fortolkning i overensstemmelse med fællesskabsretten, er, at den ikke må gøre en forpligtelse, der er fastsat i et ikke gennemført direktiv, gældende over for en borger, og at fortolkningen ikke må føre til, at der på grundlag af direktivet og i mangel af en lov til gennemførelse af direktivet fastsættes strafansvar, eller at strafansvaret skærpes for personer, der handler i strid med dets bestemmelser<sup>58</sup>.

57. Domstolen har i Simmenthal-dommen klart fastslået, at der består en forpligtelse

til at tilsidesætte nationale bestemmelser, der er i strid med fællesskabsretten. På grundlag af principperne om fællesskabsrettens direkte anvendelighed og forrang har Domstolen fastlagt et krav om, at »den nationale dommer, der inden for sin kompetence [som et organ i en medlemsstat] har til opgave at anvende fællesskabsrettens bestemmelser, har pligt til at sikre disse reglers fulde virkning, idet han i påkommende tilfælde af egen drift skal undlade at anvende en modstridende — selv nyere — bestemmelse i national lovgivning, uden at han behøver anmode om eller afvente en forudgående ophævelse af denne bestemmelse ad lovgivningsvejen eller ved noget andet forfatningsmæssigt middel«<sup>59</sup>.

58. Det fremgår af Simmenthal-dommen, at der påhviler de nationale retter en vigtig forpligtelse, der svarer til en pligt til at nå et bestemt resultat. De skal umiddelbart sikre beskyttelsen af de rettigheder, der tilkommer borgerne i henhold til Fællesskabets retsorden. Dette krav om en umiddelbar beskyttelse af rettighederne i medfør af fællesskabsretten udfylder en dobbelt målsætning om effektivitet: en effektiv beskyttelse og følgelig en effektiv retsregel i sig selv.

59. Det er i den forbindelse blevet understreget, at selv om den nationale ret som ethvert andet organ i en medlemsstat er forpligtet til at anvende fællesskabsretten, er dens opgave så meget desto vigtigere, fordi retten, »som sidste instans i bestemmelsens gennemførelse«, står som garant

56 — Jf. bl.a. dom af 10.4.1984, sag 14/83, Von Colson og Kamann, Sml. s. 1891, præmis 26, af 13.11.1990, sag C-106/89, Marleasing, Sml. I, s. 4135, præmis 8, af 14.7.1994, sag C-91/92, Faccini Dori, Sml. I, s. 3325, præmis 26, af 26.9.1996, sag C-168/95, Arcaro, Sml. I, s. 4705, præmis 41, og af 11.7.2002, sag C-62/00, Marks & Spencer, Sml. I, s. 6325, præmis 24.

57 — Dom af 16.12.1993, sag C-334/92, Wagner Miret, Sml. I, s. 6911, præmis 21.

58 — Arcaro-dommen, præmis 42, hvori der henvises til dom af 8.10.1987, sag 80/86, Kolpinghuis Nijmegen, Sml. s. 3969, præmis 13 og 14.

59 — Præmis 24 sammenholdt med præmis 16. Allerede dom af 19.12.1968, sag 13/68, Salgoil, Sml. 1965-1968, s. 553, org.ref.: Rec. s. 661, indeholdt momenter, der pegede i den retning.

for, at bestemmelsen overholdes<sup>60</sup>. Den nationale ret indtager endvidere en så meget mere strategisk« position, som den har til opgave at sammenholde affattelsen af den nationale retsregel med fællesskabsretten og at drage de nødvendige konsekvenser heraf. Den nationale ret er således ikke nødvendigvis »blot la bouche de la loi« [»lovens talerør«], som det førhen er blevet udtrykt af Montesquieu. Den skal tværtimod anlægge en kritisk vurdering af de nationale bestemmelser, således at den, inden den anvender bestemmelserne, sikrer sig, at de er i overensstemmelse med fællesskabsretten. Hvis den nationale ret skønner, at der ikke kan anlægges en fortolkning i overensstemmelse med fællesskabsretten af den nationale bestemmelse, er den forpligtet til at udelukke dens anvendelse og endog anvende bestemmelserne i fællesskabsretten i stedet for de nationale bestemmelser, således at en norm udskiftes med en anden norm, medmindre dette — også — ville medføre en forringelse af borgernes retsstilling<sup>61</sup>.

60. Denne praksis har i vidt omfang bidraget til, at den nationale rets opgaver har fået større betydning, at dens autoritet i staten er blevet styrket, hvilket i visse nationale retsordener har afstedkommet

ændringer af forfatningskarakter. For de nationale retters vedkommende indebærer dette nødvendigvis samtidig, at de skal bestræbe sig på at tilpasse sig en større og mere kompliceret retlig sammenhæng som følge af de vanskeligheder, som sammenknytningen mellem national ret og fællesskabsretten kan give anledning til. Det skal imidlertid understreges, at de nationale retsinstanter ikke er fuldstændig overladt til sig selv, men at de kan hente hjælp fra Domstolen, takket være det retlige samarbejde i form af forelæggelse af præjudicielle spørgsmål.

61. I forlængelse af Simmenthal-dommen har Domstolen i Factortame m.fl.-dommen<sup>62</sup> fastslået, at en national retsinstant skal tilsidesætte enhver national bestemmelse, der er til hinder for, at den om nødvendigt træffer foreløbige forholdsregler til beskyttelse af de rettigheder, som borgerne påstår at have i henhold til fællesskabsretten. Der var i den pågældende sag tale om, at der skulle træffes foreløbige forholdsregler, mens man afvæntede, at den nationale retsinstant tog stilling til, om borgerne havde de rettigheder i henhold til fællesskabsretten, som de påstod, idet afgørelsen herom selv blev udsat for at afvente Domstolens besvarelse af et præjudicielt spørgsmål, som den pågældende ret havde stillet om fortolkningen af de relevante fællesskabsbestemmelser. Denne dom viser, at Domstolen bestræber sig på at undgå, at borgerne lider et — eventuelt uopretteligt — tab som følge af, at den nationale ret anvender nationale retsnormer, som med god grund kan antages at være uforenelige med fællesskabsretten. Kravet om, at de rettigheder, der tilkommer borgerne i henhold til fællesskabsretten,

60 — Jf. M. Wathelet og S. Van Raepenbusch, »La responsabilité des États membres en cas de violation du droit communautaire. Vers un alignement de la responsabilité de l'État sur celle de la Communauté ou l'inverse?«, *Caliers de droit européen*, 1-2, 1997, s. 13, på s. 17.

61 — Det fremgår af dom af 11.6.1987, sag 14/86, Pretore di Salò, Sml. s. 2545, præmis 20, at et »direktiv [...] ikke i sig selv og uden hensyn til national lovgivning i en medlemsstat til gennemførelse af direktivet kan være grundlag for at afgrænse eller skærpe strafansvaret for tilsidesættelse af direktivets bestemmelser«. Jf. ligeledes dom af 26.2.1986, sag 152/84, Marshall, Sml. s. 723, præmis 48, og Kolpinghuis Nijmegen-dommen, præmis 9 og 13. Domstolen har præciseret, at denne praksis skal hindre, at en medlemsstat kan forbedre sin retsstilling ved ikke at efterkomme fællesskabsretten. Jf. Faccini Dori-dommen, præmis 22, dom af 7.3.1996, sag C-192/94, El Corte Inglés, Sml. I, s. 1281, præmis 16, og Arcaro-dommen, præmis 36 og 42.

62 — Præmis 23.

skal sikres en umiddelbar beskyttelse, er bestemt ikke uden betydning, idet Domstolen pålægger de nationale retsinstanser en særdeles effektiv og funktionsdygtig opgave, der ligner den, der tilkommer den ret, der behandler en sag om foreløbige forholdsregler.

62. De nationale retsinstansers betydning for beskyttelsen af rettigheder i henhold til Fællesskabets retsorden kommer særlig tydeligt til udtryk i forbindelse med tvister om tilbagesøgning af beløb, der er erlagt med urette. Domstolen har siden 1983 fastslået, at »retten til at opnå tilbagebetaling af afgifter opkrævet af en medlemsstat i strid med fællesskabsretten er en virkning af og et supplement til de rettigheder, der er tillagt de retsundergivne ved fællesskabsbestemmelserne om forbud mod afgifter med tilsvarende virkning som told eller, efter omstændighederne, mod en diskriminerende anvendelse af interne afgifter«<sup>63</sup>. Retten til tilbagebetaling indebærer, at der på nationalt plan stilles relevante retsmidler til rådighed, således at borgerne kan få hele det beløb tilbage, som er erlagt med urette. Dette indebærer en parallel forpligtelse for den nationale ret til at pålægge administrationen at tilbagebetale de omtvistede beløb til de berørte.

63. Denne praksis er et betydeligt fremskridt for definitionen af de nationale retters opgaver. De nationale retsinstanser er således ikke blot forpligtet til at frigøre sig fra den nationale lovgivning — der er i strid med fællesskabsretten — for at kunne give

medhold i en påstand om tilbagebetaling (i forlængelse af Simmenthal-dommen), men de er endvidere forpligtet til at pålægge administration at tilbagebetale beløbet<sup>64</sup>.

64. Med Francovich m.fl.- og Brasserie du pêcheur og Factortame-dommene er man kommet et afgørende skridt videre. Domstolen har som bekendt i disse domme fastlagt princippet om, at staten er erstatningsansvarlig for tab, der er forvoldt borgerne ved tilsidesættelser af fællesskabsretten, som må tilregnes staten. Det følger heraf, at borgerne er berettigede til erstatning, hvis de ved en national ret kan påvise, at staten er erstatningsansvarlig. Dette erstatningsansvar er et nyttigt supplement til retten til tilbagebetaling af beløb, der er erlagt med urette, i de tilfælde, hvor det tab, der er forvoldt af et statsligt organ, ikke skyldes, at det har gennemført et krav om betaling af et pengebeløb, og tabet derfor ikke kan genoprettes ved, at beløbet tilbagebetales. Erstatningsansvaret gør det ligeledes muligt at komme ud over begrænsningerne ved pligten til at anlægge en fortolkning i overensstemmelse med fællesskabsretten og ved direktivernes retlige rækkevidde<sup>65</sup>.

65. Man skal endelig holde sig for øje, at de nationale retsinstanser i visse tilfælde af

63 — Dom af 9.11.1983, sag 199/82, San Giorgio, Sml. s. 3595, præmis 12.

64 — En sådan mekanisme, hvorefter der kan gives administrationen et retligt påbud, er i visse medlemsstater langt fra gennemført som følge af det traditionelle princip om magtfordelingen.

65 — Domstolen har præciseret, at »såfremt de med direktivet tilsigtede mål ikke kan nås gennem fortolkning, er medlemsstaterne ifølge [...] Francovich m.fl.-dommen [...] forpligtet til at erstatte tab, som er forvoldt private som følge af undladelsen af at gennemføre direktivet«. Jf. bl.a. Facchini Dori-dommen, præmis 27, og El Corte Inglés-dommen, præmis 22. Denne praksis vedrører sager, hvor direktivet ikke havde direkte virkning, da det ikke havde nogen direkte horisontal virkning (dvs. mellem private).

egen drift skal inddrage anbringender, der støttes på Fællesskabets retsorden, såfremt ingen af parterne har gjort sådanne anbringender gældende<sup>66</sup>.

66. Det er på baggrund af ovennævnte retspraksis ikke vanskeligt at nå frem til, at Domstolen tillægger de nationale retter en afgørende betydning for gennemførelsen af fællesskabsretten og for beskyttelsen af de rettigheder, som borgerne har i henhold til fællesskabsretten. Nogle ynder i øvrigt at betegne de nationale retsinstanter med et almindeligt anvendt udtryk som »fællesskabsrettens ordinære retsinstanter« (»juge communautaire de droit commun«). Dette udtryk skal ikke forstås bogstaveligt, men i overført betydning. Når en national ret skal tage stilling til et fællesskabsretligt spørgsmål, er det som et organ i en medlemsstat<sup>67</sup> og ikke — efter at være tillagt en dobbeltrolle — som et fællesskabsretligt organ.

67. Den vigtige opgave den nationale ret har ved gennemførelsen af fællesskabsretten

66 — Domstolen har fastslået, at fællesskabsretten under visse omstændigheder (især hvis der ikke er mulighed for behandling i to instanser) er til hinder for, at der anvendes en national processuel bestemmelse, som afskærer den nationale ret fra under en sag, der henhører under dens kompetence, af egen drift at tage stilling til, om en national retsakt er forenelig med en bestemmelse i fællesskabsretten, når denne bestemmelse ikke af borgeren er blevet påberåbt inden for en vis frist. Jf. dom af 14.12.1995, sag C-312/93, Peterbroeck, Sml. I, s. 4599, præmis 21). Domstolen har videre fastslået, at når domstolene efter national ret af egen drift skal inddrage anbringender, der støttes på en bindende national regel, som parterne ikke har påberåbt sig, må en sådan forpligtelse også gælde, såfremt der er tale om bindende fællesskabsregler. Den har tilføjet, at det samme må gælde, såfremt national ret blot giver domstolene mulighed for — og altså ikke pligt til — af egen drift at anvende den bindende retsregel. Jf. dom af 14.12.1995, forende sager C-430/93 og C-431/93, Van Schijndel og Van Veen, Sml. I, s. 4705, præmis 13 og 14.

67 — Simmenthal-dommen, præmis 16.

kommer endelig til udtryk ved, at »retten til domstolsprøvelse« anerkendes som et almindeligt fællesskabsretligt princip. Domstolen har således fastslået, at »domstolsprøvelse[n] [...] er udtryk for et almindeligt retsprincip, der ligger til grund for medlemsstaternes fælles forfatnings-traditioner [...] og som] endvidere [har] fundet udtryk i artikel 6 og 13 i den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder«<sup>68</sup>.

68. »Retten til domstolsprøvelse« er en naturlig følge af retsstatsprincippet. Generaladvokat Darmon har således i forslaget til afgørelse i Johnston-sagen anført, at »[I] egalitetsprincippet er fundamentalt for retsstatsideen, men det udelukker ikke, at man anerkender hensynet til beskyttelse af den offentlige orden. Disse to grundlæggende hensyn må tværtimod ses i sammenhæng, for at man dels kan sikre statens eksistens, dels forhindre vilkårlige foranstaltninger. I denne forbindelse fremstår domstolskontrollen som en grundret: princippet om domstolsprøvelsen udgør en del af retsstatsideen«<sup>69</sup>. Generaladvokaten konkluderede, at »[D]et Europæiske Fællesskab udgøres af stater, der hylder denne idé, og det bygger derfor nødvendigvis på retsprincippet. Til grund for Fællesskabets oprettelse såvel som for dets virke ligger det princip — man kunne kalde det fælles-

68 — Dom af 15.5.1986, sag 222/84, Johnston, Sml. s. 1651, præmis 18. Det er flere gange fastslået, at dette er et grundlæggende princip. Jf. bl.a. dom af 3.12.1992, sag C-97/91, Oleificio Borelli mod Kommissionen, Sml. I, s. 6313, præmis 14, af 11.1.2001, sag C-1/99, Kolisa Italia, Sml. I, s. 207, præmis 46, af 11.1.2001, sag C-226/99, Siples, Sml. I, s. 277, præmis 17, af 27.11.2001, sag C-424/99, Kommissionen mod Østrig, Sml. I, s. 9285, præmis 45, og af 25.7.2002, sag C-50/00 P, Unión de Pequeños Agricultores mod Rådet, Sml. I, s. 6677, præmis 39.

69 — Punkt 3.

skabspagten — at medlemsstaterne i lige høj grad vil efterleve fællesskabsretten«<sup>70</sup>. Det kan konkluderes, at »retten til domstolsprøvelse« både er »en landvinding og et retsstatsprincip«<sup>71</sup>.

69. Disse betragtninger er i dag i høj grad kommet til udtryk i artikel 6, stk. 1, i traktaten om Den Europæiske Union, der er et resultat af Maastricht-traktaten, idet det heri er bestemt, at »Unionen bygger på principperne om frihed, demokrati og respekt for menneskerettighederne og de grundlæggende frihedsrettigheder samt retsstatsprincippet, der alle er principper, som medlemsstaterne har til fælles«.

70. Jeg er af den opfattelse, at den omstændighed, at medlemsstaterne i lige høj grad vil efterleve fællesskabsretten, hvilket følger af, at Fællesskabet, der bygger på retsstatsprincippet, består af stater, der hylder dette princip, betyder, at medlemsstaterne skal kunne drages til ansvar, såfremt fællesskabsretten tilsidesættes, uanset om tilsidesættelsen skyldes et organ, der hører under den lovgivende, den udøvende eller den dømmende magt. Det er svært at se, hvordan en medlemsstat, a priori, skulle kunne unddrage sig ethvert ansvar for de øverste retsinstancesses afgørelser, når disse retsinstancesser netop har til

opgave at anvende og sikre overholdelsen af fællesskabsretten. Det ville være et fuldstændigt uløseligt paradoks. Det følger heraf, at de særlige opgaver, der udføres af domstolene, til forskel fra dem, der udføres af administrationen eller af lovgiver, måske kan begrunde, at der etableres en særlig ansvarsordning, men de vil under ingen omstændigheder kunne begrunde, at det, a priori, kan udelukkes, at der eksisterer et princip om, at staten er erstatningsansvarlig for de øverste retsinstancesses afgørelser.

71. Denne konklusion følger af den fremtrædende rolle, som de øverste retsinstancesser har i gennemførelsen af fællesskabsretten.

72. De øverste retsinstancesser skal i overensstemmelse med deres traditionelle opgave, hvorefter de skal sikre en ensartet fortolkning af loven, påse, at de øvrige nationale retsinstancesser foretager en korrekt og effektiv gennemførelse af fællesskabsretten. De skal derfor i ganske særlig grad være opmærksomme på, om de nationale retsregler er i overensstemmelse med fællesskabsretten og drage de nødvendige konsekvenser heraf.

73. Erfaringen viser i øvrigt, at de øverste retsinstancesser regelmæssigt befinder sig i en situation, hvor de skal foretage en sådan vurdering, og således må underkaste de nationale bestemmelser en fortolkning i overensstemmelse med fællesskabsretten, eller endog tilsidesætte dem som følge af, at de er uforenelige eller i modstrid med fæl-

70 — Punkt 3.

71 — Jf. J. Rideau, *Le droit au juge dans l'Union européenne*, LGDJ, Paris, 1998, og navnlig F. Picod, »Le droit au juge en droit communautaire«, s. 141-170.

lesskabsretten. Domstolens praksis vedrørende de pågældende retlige problemer yder helt sikkert et nyttigt bidrag til deres behandling heraf<sup>72</sup>. Endvidere udviser visse af de øverste retsinstanser stor påpasselighed for så vidt angår pligten til af egen drift at anvende fællesskabsretten<sup>73</sup>.

sinstanser en fremtrædende rolle i gennemførelsen af det retlige samarbejde, som den præjudicielle procedure er udtryk for. I artikel 234 EF er det således bestemt, at de retter, hvis afgørelser ikke kan appelleres, har pligt til at indbringe et præjudicielt spørgsmål for Domstolen, mens de øvrige nationale retter blot har mulighed for at indbringe sagen<sup>74</sup>.

74. Det skal endvidere bemærkes, at traktatens forfattere har tillagt de øverste ret-

72 — Det viser bl.a. Cour de cassations (Frankrig) praksis med hensyn til opretholdelse af arbejdskontrakter, såfremt der sker ændringer i arbejdsgiverens retlige forhold. De bestemmelser, der skulle regulere den situation, nemlig artikel L 122-12 i code du travail (lov om ansættelsesforhold), blev af Cour de cassation i forbindelse med en praksisændring undergivet en udvidende fortolkning i overensstemmelse med den fortolkning, Domstolen havde anlagt af Rådets direktiv 77/187/EØF af 14.2.1977 om tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varetagelse af arbejdstagerens rettigheder i forbindelse med overførsel af virksomheder, bedrifter eller dele af bedrifter (EFT L 61, s. 26). Jf. Cour de cassations dom af 16.3.1990 (Bull. civ. Ass. Plén. nr. 3) efter Domstolens dom af 10.2.1988, sag 324/86, Tellerup, Sml. s. 739, samt adskillige andre domme afsagt af Cour de cassation, f.eks. dom af 22.1.2002 (Bull. civ. 2002, V, nr. 25, s. 22), efter Domstolens dom af 26.9.2000, sag C-175/99, Mayeur, Sml. I, s. 7755. Man kan ligeledes nævne eksemplet om Bundesgerichtshofs (Tyskland) praksis vedrørende retten til opsigelse af dørsalgsaftaler. De tyske bestemmelser herom er blevet fortolket udvidende i overensstemmelse med Domstolens fortolkning af Rådets direktiv 85/577/EØF af 20.12.1985 om forbrugerbeskyttelse i forbindelse med aftaler indgået uden for fast forretningssted (EFT L 372, s. 31). Jf. Bundesgerichtshofs dom af 9.4.2002 (XI ZR 91/99, *Neue Juristische Wochenschrift* 2002, s. 1881) efter Domstolens dom af 13.12.2001, sag C-481/99, Heininger, Sml. I, s. 9945.

73 — Domstolen har fastslået, at der ikke gælder nogen pligt til af egen drift at anvende fællesskabsretten, såfremt det ville betyde, at den nationale ret skulle gå ud over den afgrænsning af sagen, som parterne har foretaget, eller lægge faktiske forhold til grund, som parterne ikke har fremført for retten (jf. Van Schijndel og Van Veen-dommen, præmis 20-22). Sidstnævnte præcisering er af væsentlig interesse for de øverste retsinstanser, idet de normalt udelukkende er berettigede til at tage stilling til jus og ikke til faktum. Når det er sagt, er denne begrænsning af de øverste retsinstansers kompetence ikke til hinder for, at nogle af de øverste retsinstanser udøver en mere vidtgående kontrol af anbringender, der indeholder såvel jus som faktum, og således kritiserer en lavere retsinstans for ikke i tilstrækkeligt omfang at have vurderet, om domsresultater, under hensyn til visse faktiske forhold, som de øverste retsinstanser ikke selv er i stand til at tage stilling til, ville have været et andet, hvis retten havde anvendt de fællesskabsretlige bestemmelser. Jf. herved G. Canivet, »Le rôle de la Cour de cassation française dans la construction d'une Europe du droit«, i: *L'Europe du droit, Conférence des notariats de l'Union européenne*, Bruxelles, 2002, s. 153.

75. Vigtigheden af den forelæggelsespligt, der fremgår af artikel 234 EF, er blevet klart fastslået af Domstolen i dom af 6. oktober 1982, Cilfit m.fl.<sup>75</sup>. En sådan forpligtelse har til formål at undgå, at der inden for Fællesskabet opstår afvigende retspraksis vedrørende fællesskabsretlige spørgsmål<sup>76</sup>. Det påhviler de øverste retsinstanser at forelægge præjudicielle spørgsmål for Domstolen for at undgå, at der opretholdes eller opstår en afvigende retspraksis mellem medlemsstaterne og navnlig mellem de almindelige retsinstanser i den medlemsstat, hvor den øverste retsinstans er beliggende.

74 — Denne generelle ordning er blevet modificeret for visse af de særlige områder, der i medfør af Amsterdam-traktaten er blevet inddraget under fællesskabsrettens anvendelsesområde. Det er tilfældet for alle de områder, der hører under EF-traktatens afsnit IV (visum, asyl, indvandring og civilretligt samarbejde). Artikel 68, stk. 1, EF bestemmer således, at det kun er de retter, hvis afgørelser ikke kan appelleres, der er kompetente til at forelægge præjudicielle spørgsmål inden for disse nye områder af fællesskabsretten. Til denne enekompetence skal føjes, at der for disse retters vedkommende er en pligt til at indbringe sagen for Domstolen. Denne ordning styrker yderligere de øverste retsinstansers afgørende betydning for gennemførelsen af fællesskabsretten.

75 — Sag 283/81, Sml. s. 3415.

76 — Dommens præmis 7.

76. Ovennævnte viser, hvor afgørende en betydning de nationale retsinstanser — og først og fremmest de øverste retsinstanser — har for gennemførelsen af fællesskabsretten og beskyttelsen af borgernes rettigheder i henhold til fællesskabsretten. Når de har en sådan afgørende betydning, må det til gengæld nødvendigvis indebære, at der anerkendes et princip om, at staten er erstatningsansvarlig for de øverste retsinstanser. At dette er nødvendigt, kan man yderligere overbevise sig om — hvis der skulle være behov for det — ved at se på retsstillingen i medlemsstaterne i så henseende.

c) Retsstillingen i medlemsstaterne med hensyn til statens erstatningsansvar for domstolene

77. Så vidt vides, anerkender samtlige medlemsstater princippet om, at staten er erstatningsansvarlig for domstolenes virksomhed. Alle — undtagen for nærværende Irland<sup>77</sup> — anerkender et sådan princip, for så vidt angår egentlige retsafgørelser, som tilsidesætter nationale retsregler, og navnlig hvis der er tale om krænkelse af grundlæggende rettigheder.

78. Rækkevidden af dette princip varierer dog afhængig af karakteren af den tilsidesatte retsregel og/eller af, hvilken ret der har truffet afgørelsen.

79. For så vidt angår retsreglens karakter er det kun Det Forenede Kongerige og Kongeriget Nederlandene, der klart begrænser statens erstatningsansvar til de tilfælde, hvor der sker en tilsidesættelse af EMRK's artikel 5 (ved frihedsberøvelse) eller artikel 6 (vedrørende garantier for en retfærdig rettergang, in procedendo, dvs. i forbindelse med sagens behandling og ikke garantier in indicando, dvs. for selve afgørelsens retlige indhold.

80. Alle andre medlemsstater<sup>78</sup> — undtagen Den Helleniske Republik, Den Portugisiske Republik og Den Franske Republik, hvor den situation, der er under udvikling, er mere nuanceret — anerkender princippet om, at staten er erstatningsansvarlig, uanset hvilken retsregel der er tilsidesat.

81. Med hensyn til, hvilken ret der har truffet afgørelsen, er det kun Republikken Østrig og Kongeriget Sverige, der begrænser statens erstatningsansvar til afgørelser, der hidrører fra de almindelige domstole, og undtager afgørelser, truffet af de øverste retsinstanser. Den svenske lovgivning, hvorefter staten ikke ifalder erstatningsansvar for de øverste retsinstanser, ser ud til at være udtryk for, at der ikke findes nogen passende national retsinstans, der i givet

<sup>77</sup> — Mens det forventes, at et lovforslag træder i kraft (*European Convention on Human Rights Bill*, 2001).

<sup>78</sup> — Kongeriget Belgien, Kongeriget Danmark, Forbundsrepublikken Tyskland, Kongeriget Spanien, Den Italienske Republik, Storhertugdømmet Luxembourg, Republikken Østrig, Republikken Finland og Kongeriget Sverige.



fald kunne behandle en sådan erstatnings-sag. Et erstatningsansvar er imidlertid ikke udelukket, hvis den øverste retsinstans selv omstøder eller ændrer en afgørelse.

82. Af denne retssammenligning fremgår, at princippet om, at staten er erstatningsansvarlig — for afgørelser, hvorved de øverste retsinstanser tilsidesætter en retsregel — på trods af de bestående forskelle i dag generelt anerkendes af medlemsstaterne, eller at der i det mindste er en stærk tendens i den retning.

83. Anerkendelsen af princippet kommer ikke blot til udtryk i positive retsregler (forfatning eller lovgivning), men også i retspraksis. Det er interessant at bemærke, at Kongeriget Belgien er den eneste medlemsstat, hvor det generelle princip om, at staten er erstatningsansvarlig for domstolenes virksomhed, er anerkendt som følge af en dom. Princippet blev fastslået i en dom af 19. december 1991, afsagt af Cour de cassation (Belgien) i De Keyser-sagen<sup>79</sup>, i en retssag mellem en borger og den belgiske stat, hvorunder det blev påstået, at en tidligere afsagt retskraftig dom havde tilsidesat princippet om offentlighed og kontradiktion, idet retten af egen drift havde erklæret et selskab konkurs. Den pågældende øverste retsinstans havde fastslået, at »principperne om magtens tre-

deling, den dømmende myndigheds og dommernes uafhængighed samt dommes materielle retskraft ikke indebærer, at staten generelt skulle være unddraget en forpligtelse til i medfør af førnævnte bestemmelser (artikel 1382 og 1383 i code civil) at erstatte det tab, der er forvoldt tredjemand, som følge af fejl begået af staten eller af statens organer i forbindelse med administrationen af retsvæsenet, herunder i forbindelse med varetagelsen af opgaver, der direkte hører under domstolenes virksomhed«.

84. Det er endelig interessant at bemærke, at dette princip om erstatningsansvar, der i Italien fremgår af lovgivningen, for nylig er blevet anvendt i en afgørelse, truffet af Tribunale di Roma (Italien) den 28. juni 2001, i en sag, hvor Corte suprema di cassazione havde tilsidesat fællesskabsretten<sup>80</sup>.

85. Det fremgår af denne retssammenlignende undersøgelse, at princippet om, at staten er erstatningsansvarlig for de øverste retsinstanser, kan anses for anerkendt som et almindeligt princip i fællesskabsretten. Det følger af fast retspraksis, at Domstolen for at anerkende eksistensen af et almindeligt retsprincip ikke kræver, at reglen skal findes i alle de nationale retsordener. Det er ligeledes uden betydning, at rækkevidden af reglen samt betingelserne for dens anvend-

79 — *Journal des tribunaux*, 1991, s. 141. Jf. også de interessante konklusioner, som generaladvokat Velu drager i den pågældende sag (*Journal des tribunaux*, 1992, s. 142-152), samt de kommentarer, som dommen har givet anledning til i den europæiske retsteori (bl.a. i *European Review of Private Law* 2, 1994, s. 111-140).

80 — *Giurisprudenza di merito*, 2002, s. 360.

delse varierer fra medlemsstat til medlemsstat. Domstolen konstaterer blot, at princippet er alment anerkendt, og at der af medlemsstaternes nationale ret, på trods af indbyrdes forskelle, kan udledes fælles kriterier<sup>81</sup>.

86. Af det ovenfor anførte om rækkevidden af princippet om statens erstatningsansvar, om de nationale retsinstansers betydning, og om gældende ret i medlemsstaterne fremgår, at fællesskabsretten pålægger medlemsstaterne en erstatningspligt i tilfælde af, at de øverste retsinstanser tilsidesætter fællesskabsretten. Denne konklusion anfægtes ikke af, at der angiveligt, ifølge visse af sagens parter, skulle eksistere visse hindringer for en sådan erstatningspligt.

2. De hindringer, som visse af sagens parter har henvist til, er ikke af en sådan karakter, at de kan udelukke, at staten ifalder erstatningsansvar som følge af, at fællesskabsretten er blevet tilsidesat af en af de øverste retsinstanser

87. Republikken Østrig og den østrigske, den franske og Det Forenede Kongeriges regering har gjort gældende, at der skulle eksistere flere hindringer. Som hindringer er

anført hensynet til domstolenes uafhængighed, den omstændighed, at den ansvarsordning, der gælder for medlemsstaterne, skal tilnærmes den, der gælder for Fællesskabet, dommes materielle retskraft og den omstændighed, at de nationale retter, der skal tage stilling til et erstatnings-søgsmaal, skal være upartiske. Jeg vil i det følgende gennemgå disse argumenter i ovennævnte rækkefølge.

#### a) Domstolenes uafhængighed

88. Det bemærkes, at argumentet om domstolenes uafhængighed ikke har nogen betydning i fællesskabsretten, hvilket det heller ikke har i folkeretten. I folkeretten står det fast, at en stat ikke med henvisning til de særlige kendetegn ved dens forfatningsmæssige organisation kan undgå at ifalde ansvar. Denne situation er blot et specifikt udtryk for det generelle princip, hvorefter »[e]n deltager [...] ikke [må] påberåbe sig bestemmelser i sit interne retssystem til retfærdiggørelse af sin undladelse af at opfylde en traktat«<sup>82</sup>. Det følger heraf, at »en handling udført af et statsligt organ — selv hvis det er uafhængigt af den udøvende myndighed — skal anses for at være udført af den pågældende stat«<sup>83</sup>.

82 — Jf. artikel 27 i Wienerkonventionen om traktatretten.

83 — Jf. Den Internationale Domstols vejledende udtalelse af 29.4.1999 vedrørende en uoverensstemmelse mellem FN og den malaysiske stat som følge af, at myndighederne, bl. a. de retslige myndigheder, i den pågældende stat havde tilsidesat en persons retlige immunitet, selv om den pågældende var berettiget til immunitet i henhold til konventionen fra 1946 om rettigheder og immuniteter (præmis 63).

81 — Jf. herved mit forslag til afgørelse i sag C-87/01 P, Kommissionen mod CEMR, der verserer for Domstolen, punkt 51-53.

89. Det samme gør sig gældende i fællesskabsretten. Det fremgår af Domstolens faste praksis, »at en medlemsstat [...] ikke kan påberåbe sig bestemmelser, fremgangsmåder eller forhold i sin nationale retsorden til støtte for, at forpligtelser og frister, der følger af en bestemmelse i fællesskabsretten, ikke overholdes«<sup>84</sup>. Domstolen har på det grundlag i henhold til fast praksis fastslået, at »medlemsstaterne efter traktatens artikel 169 ifalder ansvar, uanset hvilket statsorgan der ved sin handling eller undladelse har været årsag til traktatbruddet, endog selv om der er tale om en forfatningsmæssigt uafhængig institution«<sup>85</sup>.

merne personligt kan drages til ansvar, end i forhold til en ordning, hvor staten kan drages til ansvar<sup>86</sup>.

91. Det må i øvrigt konstateres, at sådanne overvejelser — hvor berettigede de end måtte være — ikke har været til hinder for, at der i et flertal af medlemsstater er etableret en sådan statslig ansvarsordning.

90. Man kan i øvrigt spørge sig selv, om det ikke vil være mere relevant at rejse spørgsmålet om domstolenes uafhængighed i forhold til en ordning, hvorefter dom-

b) Parallellen mellem den ansvarsordning, der gælder for medlemsstaterne, og den, der gælder for Fællesskabet

92. Det er korrekt, at fastlæggelsen af de materielle betingelser for den ansvarsordning, der gælder for medlemsstaterne, ikke er uden indflydelse på betingelserne for, hvornår Fællesskabet kan ifalde ansvar. Domstolens praksis har bevæget sig i retning af en indbyrdes tilnærmelse, hvilket bl.a. er kommet til udtryk i Brasserie du pêcheur og Factortame-dommen<sup>87</sup>, der omhandlede medlemsstaternes ansvar, og derefter i dom af 4. juli 2000, Bergaderm og Goupil mod Kommissionen<sup>88</sup>, der omhandlede Fællesskabets ansvar.

84 — Jf. bl.a. dom af 26.2.1976, sag 52/75, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 277, præmis 14, af 12.2.1987, sag 390/85, Kommissionen mod Belgien, Sml. s. 761, præmis 7, og af 12.3.1987, sag 9/86, Kommissionen mod Belgien, Sml. s. 1331, præmis 5, samt nyere praksis i dom af 8.3.2001, sag C-276/98, Kommissionen mod Portugal, Sml. I, s. 1699, præmis 20, og af 7.11.2002, sag C-352/01, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 10263, præmis 8.

85 — Jf. bl.a. dom af 5.5.1970, sag 77/69, Kommissionen mod Belgien, Sml. 1970, s. 47, org.ref.: Rec. s. 237, præmis 15, og af 18.11.1970, sag 8/70, Kommissionen mod Italien, Sml. 1970, s. 187, org.ref.: Rec., s. 961, præmis 9, der omhandlede et traktatbrud forårsaget af en parlamentarisk institution. Dette skal sammenholdes med Domstolens faste praksis om de nationale retsinstansers pligt til at fortolke national ret i overensstemmelse med et direktiv med henvisning til, at »den pligt for medlemsstaterne, der følger af et direktiv, til at virkeliggøre dets mål, og pligten i medfør af EF-traktatens artikel 5 (nu artikel 10 EF) til at træffe alle almindelige eller særlige foranstaltninger til at sikre opfyldelsen af denne pligt, påhviler alle myndighederne i medlemsstaterne, herunder også domstolene inden for deres kompetence« (jf. Marks & Spencer-dommen, præmis 24. Jf. endvidere dom af 14.12.2000, C-344/98, Materfoods og HB, Sml. I, s. 11369, præmis 49).

86 — Det var det, Cour de cassation (Belgien) nåede frem til i De Keyser-dommen, i overensstemmelse med forslaget til afgørelse fra generaladvokat Velu vedrørende dette punkt (*Journal des tribunaux*, 1992, s. 142).

87 — Præmis 42.

88 — Sag C-352/98 P, Sml. I, s. 5291, præmis 39-47.

93. Der er i øvrigt allerede blevet anlagt en sag om fællesskabsretsinstitutters virke, hvorunder det blev påstået, at Retten havde tilsidesat princippet om en rimelig frist<sup>89</sup>. Denne påstand blev pådømt af Domstolen, da den er den øverste retsinstitutt i Fællesskabets retsorden.

c) Dommes nationale retskraft

95. Indholdet af dette begreb skal præciseres, inden det afgøres, hvilke konsekvenser der kan udledes heraf.

94. Man kan imidlertid ikke på den baggrund konkludere, at ansvarsordningen for medlemsstaterne og ansvarsordningen for Fællesskabet kan anses for at være fuldstændigt sammenfaldende. På fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin kan Fællesskabet ikke ifalde ansvar for en afgørelse truffet af Domstolen, da den er den øverste retsinstitutt i Fællesskabets retsorden. Det ville utvivlsomt forholde sig anderledes f. eks. i tilfælde af, at Det Europæiske Fællesskab, eller i virkeligheden Den Europæiske Union, tiltrådte EMRK og accepterede at være undergivet juridisk kontrol fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol med hensyn til beskyttelsen af grundlæggende rettigheder i forbindelse med gennemførelsen af fællesskabsretten<sup>90</sup>.

96. Res judicata pro veritate habetur: En dom anses for at være i overensstemmelse med sandheden. Dette princip, der stammer fra romerretten, er anerkendt i alle medlemsstater<sup>91</sup>, såvel som i Fællesskabets retsorden. Princippet indebærer, at en retsafgørelse — som har afgjort en tvist — kun kan anfægtes under anvendelse af de ved lov fastsatte appelmuligheder. Det følger heraf, at såfremt appelmulighederne er udtømte, kan en sådan (retskraftig) afgørelse ikke anfægtes ved anlæggelse af en tilsvarende sag (den får altså formel retskraft eller materiel retskraft). Som det er blevet fremhævet af flere regeringer, er princippet baseret på behovet for at sikre stabile retsforhold ved at forhindre, at der uden videre kan anlægges en ny sag om den samme tvist. Det skal således varetage to formål: retssikkerhed og retsplejehensyn.

89 — Jf. herved dom af 17.12.1998, sag C-185/95 P, Baustahl-gewebe mod Kommissionen, Sml. I, s. 8417, og af 15.10.2002, forenede sager C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P — C-252/99 P og C-254/99 P, Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 8375.

90 — Jf. herom Domstolens udtalelse af 28.3.1996 vedrørende et forslag om Fællesskabets tiltræden af den europæiske menneskerettighedskonvention (udtalelse 2/94, Sml. I, s. 1759, præmis 20, 21, 34 og 35).

91 — Jf. generaladvokat Jacobs' forslag til afgørelse i Peterbroeck-sagen (punkt 23). En sådan regel er også anerkendt i medlemsstaterne på det strafferetlige område via princippet non bis in idem (negativ retsvirkning) (jf. dom af 11.2.2003, forenede sager C-187/01 og C-385/01, Gözütok og Brügger, Sml. I, s. 1345).

97. Hvilken konklusion kan der udledes heraf i relation til gennemførelsen af fællesskabsretten? Kan medlemsstaterne med henvisning til princippet om dommes materielle retskraft modsætte sig, at der anlægges erstatningssager mod staten som følge af, at en afgørelse, der er truffet af en af de øverste retsinstanter, tilsidesætter fællesskabsretten? Da der ikke er nogen fællesskabslovgivning på området, skal svaret søges ud fra princippet om de nationale systemers processuelle autonomi og de grænser, dette princip nødvendigvis må underkastes af hensyn til princippet om ækvivalens og effektivitet.

98. Det skal indledningsvis anføres, at det i henhold til fast praksis »i princippet [tilkommer] de nationale retter at efterprøve, om de processuelle regler, der i national ret skal sikre, at de rettigheder, borgerne har i henhold til fællesskabsretten, beskyttes, er i overensstemmelse med ækvivalensprincippet«<sup>92</sup>, dvs. at reglerne ikke må være mindre gunstige end dem, der gælder for tilsvarende sager i henhold til national ret. Det er de nationale retter, der er bedst egnet til at foretage en sådan vurdering, idet efterprøvelsen forudsætter et relativt indgående kendskab til de nationale processuelle regler. Domstolen sørger dog almindeligvis for at give de nationale ret-

sinstanser visse anvisninger med henblik på denne vurdering<sup>93</sup>.

99. Flere medlemsstater har som bekendt anerkendt, at borgerne er berettigede til at anlægge erstatningssager mod staten, når nationale retsregler er blevet tilsidesat ved en afgørelse truffet af en af de øverste retsinstanter. Medlemsstaterne er i henhold til ækvivalensprincippet forpligtet til at behandle tilsvarende sager, der anlægges på grundlag af fællesskabsretten, på samme måde.

100. Det skal desuden under alle omstændigheder understreges, at ingen af medlemsstaterne er berettigede til at tillægge princippet om materiel retskraft en videre anvendelse i erstatningssager i henhold til fællesskabsretten end i tilsvarende sager i henhold til national ret.

101. Ifølge den traditionelt herskende opfattelse træder den formelle retskraft — og følgelig den materielle retskraft — kun i funktion under visse omstændigheder, nemlig når der på tre punkter — sagens genstand, sagens causa og parterne — er sammenfald mellem den allerede afgjorte

92 — Jf. bl.a. dom af 10.7.1997, sag C-261/95, Palmisani, Sml. I, s. 4025, præmis 33, af 1.12.1998, sag C-326/96, Levez, Sml. I, s. 7835, præmis 39, og af 16.5.2000, sag C-78/98, Preston m.fl., Sml. I, s. 3201, præmis 56.

93 — Jf. den i fodnote 92 nævnte retspraksis.

sag og en efterfølgende retssag. Den materielle retskraft er således i princippet relativ og ikke absolut<sup>94</sup>. Det må derfor fastslås, at en tvist — som tvisten i hovedsagen — der har til formål at opnå erstatning for et tab, der er en følge af en tilsidesættelse af fællesskabsretten, hvorved staten sagsøges, ikke opfylder de tre (kumulative og ikke alternative) krav om sammenfald.

102. Dette er i øvrigt grunden til, at reglen om materiel retskraft ikke har været til hinder for, at flere medlemsstater har etableret en ordning, hvorefter staten kan ifalde ansvar for indholdet af retsafgørelser.

103. Det følger heraf, at medlemsstaterne i medfør af ækvivalensprincippet ikke a priori er berettigede til under henvisning til princippet om materiel retskraft at modsætte sig, at der anlægges en sådan erstatningssag mod staten. Det gør sig desto mere

gældende når henses til effektivitetsprincippet<sup>95</sup>.

104. Det skal anføres, at medlemsstaterne er forpligtede til at erstatte tab, som er forvoldt borgerne som følge af tilsidesættelser af fællesskabsretten, der må tilregnes medlemsstaterne. Dette princip blev af Domstolen fastslået i Francovich m.fl.-dommen<sup>96</sup> og er siden da blevet gentaget bl.a. i Brasserie du pêcheur og Factortame-dommen<sup>97</sup>. Medlemsstaterne er således forpligtede til ikke i praksis at gøre det umuligt eller urimeligt vanskeligt at få ret til erstatning, da der er tale om en ret, der følger af Fællesskabets retsorden. Hvis der ikke kan anlægges en sag med henblik på at opnå erstatning, er det åbenbart, at man nægter eksistensen af en sådan ret og derved uundgåeligt tilsidesætter effektivitetsprincippet, der begrænser medlemsstaternes processuelle autonomi.

105. Det følger heraf, at princippet om materiel retskraft i de fleste medlemsstater ikke vil være til hinder for, at der indføres en erstatningspligt for tab, der er forvoldt ved, at en af de øverste retsinstanser har

94 — Den materielle retskraft er i princippet relativ. Vedrørende fransk ret henvises til artikel 1351 i code civil. D. Tomasin, *Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile* (der indeholder elementer af komparativ ret), Paris, 1975, og Couchez, »Procédure civile«, Armand Colin, 11. udg. 2000, s. 165. Vedrørende spansk ret henvises til A. Oliva Santos, *Sobre la cosa juzgada (Civil, contencioso administrativo y penal, con examen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)*, Editorial Centro de Estudios Ramón Arceas, SA, s. 44-57. I tysk ret henvises til ZPO's § 322 og VwGO's § 121. I østrigsk ret henvises til ZPO's § 411. En absolut retskraft gælder almindeligvis kun for afgørelser om annullation af en retsakt i forbindelse med en legalitetskontrol. Jf. bl.a. R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 2. udg., Montchrestien, Paris, 1990, s. 587-600. Denne regel kan sammenlignes med den, der gælder i Fællesskabets retsorden i forbindelse med annullations-søgsmål i medfør af artikel 230 EF.

95 — Effektivitetsprincippet indebærer, at procesreglerne for sagsanlæg til sikring af beskyttelsen af de rettigheder, som tilkommer borgerne i henhold til fællesskabsretten, ikke må udformes således, at de i praksis umuliggør eller gør det urimeligt vanskeligt at udøve disse rettigheder.

96 — Præmis 37.

97 — Præmis 36.

truffet en afgørelse, hvorved fællesskabsretten er tilsidesat<sup>98</sup>.

strækkelig upartiskhed i forhold til de krav, der stilles i EMRK's artikel 6, stk. 1<sup>99</sup>.

106. Princippet om fællesskabsrettens forrang gør det så meget desto mere påkrævet at nå til denne konklusion. En national retsregel, som reglen om materiel retskraft, bør ikke være til hinder for, at en borger kan anlægge en erstatningssag i henhold til fællesskabsretten.

108. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol har i fast praksis fastslået, at »en dommers upartiskhed skal undergives såvel en subjektiv vurdering, hvor en sådan dommers personlige overbevisning i den pågældende situation søges fastlagt, som en objektiv vurdering, der skal sikre, at dommeren er en tilstrækkelig garant for, at enhver rimelig tvivl kan udelukkes«, idet det præciseres, »at ydre forhold kan vise sig af betydning for sagen«<sup>100</sup>.

d) Garanti for den nationale rets upartiskhed

109. Dette ømtålelige spørgsmål er derfor givetvis ikke ukendt for de medlemsstater, der allerede har indført en ordning, hvorefter staten kan ifalde ansvar for domstolene, herunder for de øverste retsinstanter.

107. Jeg erkender, at det er berettiget at spørge sig selv, om den nationale ret — som skal påkende erstatningssagen mod staten som følge af en afgørelse truffet af en af de øverste retsinstanter — besidder en til-

110. Desuden bemærkes, som det senere vil fremgå, at det ikke tilkommer Domstolen at udtale sig om udpegningen af de kompetente retter på området, idet dette spørgsmål ene og alene hører under medlemsstaternes autonomi.

98 — En sådan konklusion strider ikke mod det, Domstolen har fastslået i dom af 1.6.1999, sag C-126/97, Eco Swiss, Sml. I, s. 3055, præmis 43-48. I denne sag begrænsede de nationale processuelle regler muligheden for at rejse krav om ophævelse af en voldgiftskendelse, hvis gyldighed var blevet bestridt med henvisning til artikel 85 EF, idet det blev præciseret, at kendelsen, der var en udvikling af en af voldgiftsretten afsagt delkendelse, havde fået retskraft, fordi der ikke inden for den fastsatte frist var anlagt en sag om kendelsens ophævelse. Selv om Domstolen anerkendte den processuelle regel med henvisning til de retsprincipper, der regulerer det nationale domstolsystem, som f.eks. retssikkerhedsprincippet og det heraf følgende princip om retskraft, kan man dog ikke heraf udlede, at det skulle forholde sig på samme måde i forbindelse med en erstatningssag, da en sådan ikke nødvendigvis har til formål at omgøre, ændre eller ophæve en retsafgørelse.

99 — Dette krav om domstolens upartiskhed findes også i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (artikel 47).

100 — Jf. bl.a. dom af 1.10.1982, Piersak (serie A, nr. 11, § 31), af 26.10.1984, De Cubber (serie A, nr. 86), af 24.5.1989, Hauschildt (serie A, nr. 154, § 46), eller af 8.2.2000, Mc Gonnell (serie A, nr. 2112). Jf. herved mit forslag til afgørelse i sagen Baustahlgewebe mod Kommissionen (punkt 67).

111. Endelig kunne retternes upartiskhed sikres ved at trække på de kilder, der ligger i det retlige samarbejde i form af proceduren med forelæggelse af præjudicielle spørgsmål. For at fjerne enhver berettiget tvivl om rettens upartiskhed kunne man forestille sig, at den nationale ret valgte at forelægge et præjudicielt spørgsmål og således overlod det til Domstolen at vurdere, om den berørte øverste retsinstans faktisk havde tilsidesat fællesskabsretten og, såfremt det var tilfældet, i hvilket omfang. En sådan fremgangsmåde ville have to fordele, idet man derved kunne fjerne enhver berettiget tvivl om den nationale rets upartiskhed og give den nationale ret anvisninger vedrørende afgørelsen af denne ømtålelige sag, for således at undgå risikoen for, at der opstår fejl ved behandlingen af den påståede fejl.

112. Under disse omstændigheder vil Domstolens rolle — som en international ret, der er uafhængig af de nationale domstole — kunne sammenlignes med den rolle, som Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol har i forbindelse med behandlingen af klager fra enkeltpersoner. Det vil imidlertid være overdrevet at konkludere, at en sådan situation vil føre til indførelsen af en sidste appelmulighed, dvs. at Domstolen ophøjes til at være den højeste retsinstans. Det drejer sig ikke om at etablere en automatisk præjudiciel forelæggelse, men snarere at være opmærksom på, at der findes en forelæggelsesmulighed. Jeg lægger ikke andet i denne form for præjudiciel forelæggelse, end at det er udtryk for et retligt samarbejde, der er inspireret af en fornuftig dialog og en gensidig tillid mellem dommerne indbyrdes.

113. Argumentet om garantierne for den nationale rets upartiskhed er, lige så lidt som argumenterne om domstolenes uafhængighed, parallellen til Fællesskabets ansvarsordning eller den materielle retskraft, til hinder for, at der anerkendes et princip om, at staten er erstatningsansvarlig, såfremt en af de øverste retsinstanser tilsidesætter fællesskabsretten.

114. Det første præjudicielle spørgsmål bør herefter besvares med, at princippet, hvorefter medlemsstaterne er erstatningspligtige for tab, der er forvoldt borgere som følge af en tilsidesættelse af fællesskabsretten, der kan tilregnes dem, finder anvendelse, når det påtalte traktatbrud kan tilskrives en af de øverste retsinstanser.

**VI — De materielle betingelser, der skal være opfyldt, for at staten kan ifalde ansvar som følge af en af de øverste retsinstansers tilsidesættelse af fællesskabsretten**

115. Inden der fremsættes bemærkninger om det foreliggende tilfælde, er det vigtigt at skitsere ordningen for statens erstatningsansvar for en af de øverste retsinstanser.



A — *Parternes indlæg*

116. De parter, der har udtalt sig om dette spørgsmål, har været fortalere for en særlig restriktiv ansvarsordning, der skulle være begrænset til sjældne eller snarere meget sjældne tilfælde.

117. Ifølge den tyske regering skal staten kun kunne ifalde erstatningsansvar, såfremt den øverste retsinstans' afgørelse objektivt set er uholdbar og er en følge af en bevidst tilsidesættelse af fællesskabsretten.

118. Ifølge den nederlandske regering skal statens erstatningsansvar imødegå det tilfælde, hvor der sker en åbenbar og alvorlig tilsidesættelse af pligten til at forelægge præjudicielle spørgsmål for Domstolen i forbindelse med udarbejdelsen af en dom. Regeringen har nærmere anført, at en påstået tilsidesættelse af forelæggelsespligten skal vurderes under hensyntagen til den situation, der eksisterede på tidspunktet for domsafsigelsen. Denne opfattelse er delvis i overensstemmelse med Gerhard Köblers opfattelse.

119. Efter Kommissionens opfattelse kan staten kun ifalde erstatningsansvar, hvis tilsidesættelsen af fællesskabsretten er tilstrækkelig kvalificeret, f.eks. i tilfælde af at en af de øverste retsinstanser åbenbart misbruger sine beføjelser, eller klart tilsidesætter indholdet og rækkevidden af

fællesskabsretten. En sådan tilsidesættelse kunne bl.a. omfatte et tilfælde, hvor retten ikke har iagttaget pligten til at forelægge præjudicielle spørgsmål for Domstolen.

B — *Stillingtagen*

120. Her kommer jeg umiddelbart til at tænke på følgende spørgsmål: Skal de materielle betingelser for et sådant erstatningsansvar fastlægges i henhold til national ret eller fællesskabsretten?

121. Jeg mener, at slet og ret at henholde sig til national ret vil have alvorlige ulemper for sammenhængen i den effektive beskyttelse af borgernes rettigheder i henhold til fællesskabsretten, herunder retten til erstatning. Som det blev fremhævet af generaladvokat Tesauro i forslaget til afgørelse i *Brasserie du pêcheur* og *Factor-tame-sagen*, indebærer »en blot henvisning til national ret [...] den risiko, at man siger god for en diskriminerende ordning, i det omfang der i forbindelse med den samme overtrædelse ydes fællesskabsborgerne en forskellig beskyttelse eller endog nogle af dem ingen beskyttelse«<sup>101</sup>. Han konkluderede på den baggrund følgende: »For at sikre en beskyttelse i alle medlemsstater, der er, om ikke fuldstændig identisk, så i det mindste ensartet, er det kort og godt nødvendigt, at det er fællesskabsretten selv, der fastsætter i det mindste de minimums-

101 — Punkt 49.

betingelser, der er afgørende for retten til erstatning«<sup>102</sup>. Jeg er helt enig. Det var den opgave, Domstolen påtog sig i *Brasserie du pêcheur* og *Factortame*-dommen, der drejede sig om statens erstatningsansvar for lovgiver og var en videreudvikling af *Francovich* m.fl.-dommen.

forbindelse mellem statens tilsidesættelse af sin forpligtelse og de skadelidtes tab«<sup>103</sup>. Det er nødvendigt at fastslå indholdet og rækkevidden af disse tre materielle betingelser, når der er spørgsmål om statens ansvar for de øverste retsinstanser, idet man skal være opmærksom på, at der er tale om minimumsbetingelser. De udelukker ikke, at staten kan ifalde ansvar efter mindre restriktive betingelser i henhold til national ret<sup>104</sup>.

122. Det skal derfor undersøges, hvilke »fællesskabsretlige« minimumsbetingelser der skal være opfyldt, for at staten kan ifalde erstatningsansvar for de øverste retsinstanser. Skal man stille sig tilfreds med helt og holdent at overføre de betingelser, som Domstolen har udviklet i relation til statens ansvar for lovgiver eller administrationen? Efter min opfattelse skal dette spørgsmål besvares benægtende, når henses til de særlige kendetegn ved domstolenes virksomhed. Det er på den anden side nødvendigt at sikre en vis sammenhæng med de ordninger, der er fastsat for de to øvrige statslige organer, og som er blevet anvendt gentagne gange.

## 1. Karakteren af den tilsidesatte retsregel

123. Domstolen har med en formulering, der er blevet almindeligt anvendt, fastlagt et princip, hvorefter »fællesskabsretten [anerker] en ret til erstatning, såfremt tre betingelser er opfyldt, nemlig at den bestemmelse, der er overtrådt, har til formål at tillægge borgerne rettigheder, at tilsidesættelsen er tilstrækkelig kvalificeret, og endelig, at der er en direkte årsags-

124. Det er almindeligt anerkendt, at kravet om, at den retsregel, der er overtrådt, skal have til formål at tillægge borgerne rettigheder, ikke nødvendigvis forudsætter, at den pågældende retsregel har direkte virkning. Det er tilstrækkeligt, at retsreglen tillægger borgerne rettigheder, og at indholdet af disse rettigheder kan fastslås med tilstrækkelig bestemthed (på grundlag af bestemmelserne i den pågældende retsakt)<sup>105</sup>. Det er ikke nødvendigt, at den pågældende retsregel har direkte virkning, men dette er tilstrækkeligt til at opfylde kravet. Efter min opfattelse kan dette krav vedrørende statens ansvar for lovgiver eller administrationen overføres til de tilfælde, hvor der er tale om et ansvar for de øverste retsinstanser.

103 — Jf. *Brasserie du pêcheur* og *Factortame*-dommen, præmis 51.

104 — Dommens præmis 66 og 74.

105 — Jf. bl.a. *Francovich* m.fl.-dommen, præmis 40 og 44, *Dillenkofer* m.fl.-dommen, præmis 33-46, og dom af 15.6.1999, sag C-140/97, *Rechberger* m.fl., Sml. I, s. 3499, præmis 22 og 23.

125. Jeg er desuden af den opfattelse, at statens ansvar for de øverste retsinstanser ikke bør begrænses til de tilfælde, hvor det er en højere retsregel, der er tilsidesat, således at der ikke kan pålægges ansvar ved tilsidesættelse af andre regler. Der kan anføres flere argumenter til støtte herfor.

myndighed, der har forårsaget skaden, er en national myndighed eller en fællesskabsmyndighed«<sup>108</sup>, bør beskyttelsen heller ikke variere mellem de forskellige statslige organer, dog med forbehold af visse tilpasninger, som følger af den berørte virksomheds særlige karakter.

126. For det første er det langt fra enkelt at fastslå, om en retsregel er en højere norm, især inden for et retssystem som fællesskabsretten, hvor man ikke kender til et hierarki mellem normerne<sup>106</sup>.

129. Efter disse præciseringer om arten af den tilsidesatte fællesskabsbestemmelse skal det nu fastslås, hvilke betingelser der skal være opfyldt, for at tilsidesættelsen af fællesskabsretten er erstatningspådragende.

127. Desuden er det krav om, at den tilsidesatte retsregel skal være en højere norm, som af Domstolen blev udviklet for nogle år siden i relation til Fællesskabets ansvar uden for kontrakt, for nylig blevet opgivet af Domstolen i sagen Bergaderm og Goupil mod Kommissionen, hvilket betyder, at man i dag kan tale om, at der er sket en tilnærmelse mellem de to ansvarsordninger (for Fællesskabet og for medlemsstaterne)<sup>107</sup>.

## 2. Karakteren af tilsidesættelsen af fællesskabsretten

130. Det fremgår af Francovich m.fl.-dommen, at »[m]edens princippet om statens ansvar således følger af fællesskabsretten, afhænger betingelserne for, at der kan kræves erstatning på dette grundlag, af den tilsidesættelse af fællesskabsretten, der har forvoldt tabet«<sup>109</sup>.

128. I betragtning af sammenhængen mellem ansvarsordningerne vil det i hvert fald forekomme besynderligt at indføre et sådant krav på nuværende tidspunkt. Ligesom »[b]eskyttelsen af borgernes rettigheder i henhold til fællesskabsretten [...] nemlig ikke [kan] variere, alt efter om den

131. Indholdet af betingelsen vedrørende karakteren af den pågældende tilsidesættelse er blevet præciseret i Brasserie

106 — Jf. i denne retning generaladvokat Tesaurus forslag til afgørelse i Brasserie du pêcheur og Factortame-sagen, punkt 71 og 72.

107 — Præmis 42.

108 — Jf. Brasserie du pêcheur og Factortame-dommen, præmis 42.

109 — Præmis 38.

du pêcheur og Factortame-dommen. Domstolen har i forlængelse af sin praksis vedrørende betingelserne for, hvornår Fællesskabet ifalder ansvar uden for kontrakt som følge af dets lovgivningsvirksomhed, sondret mellem følgende to situationer.

132. For det første den situation, hvor en tilsidesættelse af fællesskabsretten i sig selv kan være tilstrækkelig til at bevise, at der foreligger en tilstrækkelig kvalificeret tilsidesættelse, fordi medlemsstaten på det tidspunkt, da den begik tilsidesættelsen, ikke havde et lovgivningspolitisk valg, men derimod havde et stærkt begrænset skøn. Det er tilfældet, når fællesskabsretten inden for et område, der er reguleret af fællesskabsretten, pålægger den nationale lovgiver forpligtelser til at nå et bestemt mål eller til at udvise en bestemt adfærd (f.eks. gennemførelsen af et direktiv inden for en bestemt frist)<sup>110</sup> eller til at undlade en bestemt adfærd. Domstolen har flere gange anvendt denne vidtgående udlægning af statens ansvar især som følge af en manglende gennemførelse af et direktiv<sup>111</sup>, en gennemførelse, der tilsidesætter direktivets tidsmæssige virkning<sup>112</sup>, og et administrativt afslag på at udstede en eksportlicens, selv om en sådan udstedelse burde være sket næsten automatisk, når henses til, at der eksisterede harmoniseringsdirektiver på det pågældende område<sup>113</sup>.

133. For det andet den situation, hvor en medlemsstat handler inden for et område, hvor den har et vidt skøn, og derfor kun kan ifalde ansvar, hvis tilsidesættelsen er tilstrækkelig kvalificeret, dvs. at medlemsstaten ved normfastsættelsen åbenbart og groft har overskredet grænserne for sine beføjelser<sup>114</sup>.

134. Man kan imidlertid rejse spørgsmålet, om denne sondring stadig kan tillægges betydning, når henses til den seneste udvikling i Domstolens praksis vedrørende statens ansvar for lovgiver eller administrationen.

135. I den første situation, der er henvist til i Brasserie du pêcheur og Factortame-dommen, dvs. den situation, hvor medlemsstaterne har et stærkt begrænset eller intet skøn, lægger Domstolen ved vurderingen af, om tilsidesættelsen er tilstrækkelig kvalificeret, i stadig mindre grad vægt på den blotte konstatering af, at der er begået en overtrædelse af fællesskabsretten. Domstolen lægger derimod i stadig højere grad vægt på kriterier svarende til dem, der finder anvendelse i den anden af de situationer, der er henvist til i Brasserie du pêcheur og Factortame-dommen, dvs. den situation, hvor medlemsstaterne har et vidt skøn.

110 — Jf. Francovich m.fl.-dommen, præmis 46, hvori der henvises til den manglende gennemførelse i sagen.

111 — Dillenkofer m.fl.-dommen, præmis 26.

112 — Rechberger m.fl.-dommen, præmis 51.

113 — Hedley Lomas-dommen, præmis 18, 28 og 29.

114 — Jf. Brasserie du pêcheur og Factortame-dommen, præmis 45, 47, 51 og 55.

136. Domstolen har således fastslået, at »selve den omstændighed, at en medlemsstat har begået en tilsidesættelse af fællesskabsretten, kan udgøre en tilstrækkelig kvalificeret tilsidesættelse, men ikke nødvendigvis gør det«<sup>115</sup>. Domstolen tilføjede, at »[f]or at afgøre, om en sådan tilsidesættelse af fællesskabsretten udgør en tilstrækkelig kvalificeret tilsidesættelse, skal den nationale ret, der skal tage stilling til en erstatningspåstand, tage hensyn til alle de momenter i den konkrete sag, der er blevet forelagt den«<sup>116</sup>. Domstolen præciserede følgende: »Disse momenter er bl.a.: hvor klar og præcis den tilsidesatte bestemmelse er, om tilsidesættelsen<sup>117</sup> er begået eller tabet er forvoldt forsætligt eller uagtsomt, om en eventuel retsvildfarelse er undskyldelig eller uundskyldelig, den omstændighed, at en fællesskabsinstitutions holdning kan have været medvirkende til vedtagelsen eller opretholdelsen af nationale foranstaltninger eller praksis i strid med fællesskabsretten«<sup>118</sup>. Det er bemærkelsesværdigt, at disse momenter er fuldstændigt identiske med dem, der er anført i *Brasserie du pêcheur* og *Factortame-dommen*, i en

situation, hvor lovgiver er blevet anset for at have et vidt skøn<sup>119</sup>.

137. Denne praksis er blevet bekræftet i *Larsy-dommen*<sup>120</sup>, der vedrørte en belgisk administrations afgørelse om tildeling af en alderspension til en selvstændig erhvervsdrivende. Domstolen lagde vægt på at præcisere, at den nationale institution i sagen ikke stod over for et valg af generelle retsakter<sup>121</sup>.

138. Under disse omstændigheder mener jeg ikke, at det i henhold til Domstolens gældende praksis er nødvendigt at tage stilling til, om staten har et vidt skøn, når den udøver domstolsvirksomhed. Det er derimod nødvendigt at fastslå, om de momenter, som Domstolen har opstillet ved vurderingen af, om der er begået en tilstrækkelig kvalificeret tilsidesættelse af fællesskabsretten, som kan tilregnes lovgiver eller administrationen, helt eller delvist kan overføres til de tilfælde, hvor tilsidesættelsen kan tilregnes en af de øverste retsinstanser.

139. Det afgørende moment er efter min opfattelse, om en eventuel retsvildfarelse er undskyldelig eller uundskyldelig. Dette kan dels afhænge af, hvor klar og tydelig den

115 — *Haim-dommen*, præmis 41. Tvisten i hovedsagen angik en tandlæge, der havde anlagt sag mod sammenslutningen af sygeforsikringsanerkendte tandlæger, fordi sammenslutningen havde afslået at optage Haim i tandlægerregistret med henblik på senere at blive anerkendt som tandlæge for en sygeforsikring. Haim havde anlagt en erstatningssag mod staten som følge af administrationens afslag for at få erstatning for uberettiget tab af fortjeneste. Domstolen præciserede ikke, om man befandt sig i den første eller i den anden af de situationer, der var henvist til i *Brasserie du pêcheur* og *Factortame-dommen*. Domstolen overlod det til den forelæggende ret at træffe afgørelse herom, idet den præciserede, at eksistensen og udstrækningen af det skøn, der tilkommer den pågældende medlemsstat, afgøres i forhold til fællesskabsretten og ikke i forhold til national ret (præmis 40).

116 — *Dommens* præmis 42.

117 — Der blev også taget hensyn til dette moment i *Rechberger m.fl.-dommen* (præmis 50 og 51) i relation til gennemførelsen af et direktiv, som indebar, at direktivets tidsmæssige virkning blev tilsidesat (sammenholdes med *Dillenkofer m.fl.-dommen*), og i *Stockholm Lindöpark-dommen* (præmis 39 og 40). I de to domme præciserede Domstolen, at den berørte medlemsstat ikke havde haft et lovgivningspolitisk valg. Man befandt sig således i den første af de situationer, der var henvist til i *Brasserie du pêcheur* og *Factortame-dommen*.

118 — *Haim-dommen*, præmis 43.

119 — Præmis 56.

120 — Præmis 39.

121 — Præmis 41.

tilsidesatte retsregel er, dels af Domstolens praksis på området. Der kan gives flere eksempler.

seringer, der er nødvendige for at kunne afgøre den pågældende sag<sup>123</sup>.

140. Staten vil således f.eks. kunne ifalde ansvar i et tilfælde, hvor en af de øverste retsinstanser afsiger en dom, der er i strid med bestemmelser i fællesskabsretten, selv om der ikke er tvivl om deres indhold og rækkevidde. Det vil være tilfældet, når de pågældende bestemmelser på alle måder er affattet klart og tydeligt, uden at være tve-tydige, således at de reelt ikke giver mulighed for nogen fortolkning, men blot uden videre kan anvendes.

141. Staten vil f.eks. ligeledes kunne ifalde ansvar i et tilfælde, hvor en af de øverste retsinstanser afsiger en dom, der åbenlyst tilsidesætter Domstolens praksis, således som den foreligger på det tidspunkt, hvor den pågældende dom afsiges. De domme, som Domstolen har afsagt, navnlig i præjudicielle sager, binder naturligvis de nationale domstole, når de fortolker de fællesskabsretlige bestemmelser<sup>122</sup>. De må ikke lade Domstolens praksis ude af betragtning. De er udelukkende berettiget til at stille et præjudicielt spørgsmål for at få de præci-

142. Staten kan derimod ikke ifalde ansvar som følge af, at en af de øverste retsinstanser har afsagt en dom, der er i strid med en retspraksis, som Domstolen har fastlagt efter dommens afsigelse, mens dommen er i overensstemmelse med den retspraksis, der var gældende på daværende tidspunkt, ikke mindst når det så ud til, at den pågældende retspraksis lå fast. I et sådant tilfælde ville man, selv om der var begået en fejl, ikke kunne laste den øverste retsinstans for fejlen, uanset hvilken forpligtelse den måtte have tilsidesat, da den med rette havde henholdt sig til den praksis, der var gældende på domsafsigelsestidspunktet. En sådan fortolkning er efter min opfattelse ikke uforenelig med den tids-mæssige virkning af præjudicielle domme om fortolkningsspørgsmål.

123 — En national ret kan eller skal forelægge et præjudicielt spørgsmål, selv om den allerede tidligere under den samme sag har forelagt et sådant spørgsmål. Dette blev understreget i Milch-, Fett- und Eierkontor-dommen, præmis 3. Domstolen har fastslået, at det kan være berettiget at foretage en ny præjudiciel forelæggelse, »såfremt den nationale retsinstans har vanskeligt ved at forstå eller at anvende dommen, såfremt den forelægger Domstolen et nyt retsspørgsmål eller fremfører nye synspunkter, på grundlag af hvilke Domstolen kan tænkes at ville ændre sin besvarelse af et tidligere afgjort spørgsmål« (jf. Pretore di Salò-dommen, præmis 12, og kendelse af 5.3.1986, sag 69/85, Wünsche, Sml. s. 947, præmis 15). Denne mulighed har været anvendt flere gange af de nationale domstole. Jf. bl.a. dom af 13.7.1978, sag 8/78, Milac, Sml. s. 1721, af 16.12.1981, sag 244/80, Foglia, Sml. s. 3045, af 12.11.1992, forenede sager C-134/91 og C-135/91, Keramina — Keramische und Finanz-Holding og Vioktimatiki, Sml. I, s. 5699, og Denavit m.fl.-dommen.

122 — Jf. bl.a. dom af 24.6.1969, sag 29/68, Milch-, Fett- und Eierkontor, Sml. 1969, s. 33, org.ref.: Rec. s. 163, præmis 3, og af 3.2.1977, sag 32/76, Benedetti, Sml. s. 163, præmis 26.

143. Det fremgår som bekendt af fast retspraksis<sup>124</sup>, at Domstolens fortolkning af en fællesskabsretlig regel belyser og præciserer betydningen og rækkevidden af den pågældende regel, således som den burde have været forstået og anvendt fra sin ikrafttræden, hvilket betyder, at den således fortolkede regel kan og skal anvendes af retten endog i forbindelse med retsforhold, *der er stiftet og består* før afsigelsen af den præjudicielle dom. Men efter min mening må man endvidere kræve, at sådanne retsforhold ikke er blevet *endeligt fastlagt* ved en dom, ikke mindst når der er tale om en dom, der ikke kan appelleres. Hvis de pågældende retsforhold er blevet endeligt fastlagt ved en dom, afsagt af de øverste retsinstanser, vil retssikkerhedsprincippet være til hinder for, at der anlægges nogen form for erstatningssag mod staten af den grund<sup>125</sup>.

144. Man kan endelig, efter min opfattelse, ikke på forhånd udelukke, at staten kan ifalde ansvar, såfremt en af de øverste retsinstanser åbenbart tilsidesætter sin pligt til at forelægge et præjudicielt spørgsmål, f.

124 — Jf. bl.a. dom af 27.3.1980, sag 61/79, *Denkavit italiana*, Sml. s. 1205, præmis 16, af 11.8.1995, forenede sager C-367/93 — C-377/93, *Rodors m.fl.*, Sml. I, s. 2229, præmis 42, af 13.2.1996, forenede sager C-197/94 og C-252/94, *Bautiaa og Société française maritime*, Sml. I, s. 505, præmis 47, og af 15.9.1998, sag C-231/96, *Edis*, Sml. I, s. 4951, præmis 15.

125 — Domstolen har i øvrigt af retssikkerhedshensyn anerkendt, at dens domme kan være undergivet visse tidsmæssige begrænsninger, hvorefter visse rimelige, præklusive søgsmålsfrister skal være overholdt (jf. *Edis*-dommen, præmis 20 og den heri nævnte retspraksis). Det er interessant at bemærke, at generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomer i den pågældende sag, i punkt 24 i forslaget til afgørelse, understregede, at »[Domstolens] domme [ikke] har [...] nogen form for supratemporal retsvirkning«. Han præciserede, at »deres virkninger [skal] anvendes på retsforhold, som endnu kan anfægtes eller omgøres efter national ret, og som derfor kan forelægges en national ret til afgørelse«.

eks. i et tilfælde, hvor Domstolen ikke i sin praksis har behandlet det pågældende retsspørgsmål på det tidspunkt, hvor den nationale ret afsiger dom i sagen.

145. Domstolen har hidtil aldrig udtrykkeligt taget stilling til dette spørgsmål<sup>126</sup>.

146. Pligten til at forelægge præjudicielle spørgsmål for Domstolen er som bekendt af grundlæggende betydning. Den bidrager i vidt omfang til at sikre en ensartet anvendelse af fællesskabsretten samt til en effektiv beskyttelse af borgernes rettigheder i henhold til fællesskabsretten. Det var utvivlsomt disse overvejelser, Domstolen havde i tankerne, da den i *Cilfit m.fl.-dommen*<sup>127</sup> fastslog rækkevidden af den forelæggelsespligt, der er fastsat i traktaten.

147. Pligten til at forelægge præjudicielle søgsmål for Domstolen indgår som en del af »retten til domstolsprøvelse«. Det følger af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols faste praksis, at »retten til at få en sag prøvet ved Domstolen ved forelæggelsen af et præjudicielt spørgsmål [...] ikke [er] nogen ubetinget ret [...], men det kan

126 — I 1975 tilkendegav Domstolen i udtalelsen om Den Europæiske Union, at det ville være hensigtsmæssigt — i traktaten — at have en passende garanti til beskyttelse af borgernes rettigheder i tilfælde af en tilsidesættelse af EF-traktatens artikel 177 (nu artikel 234 EF). Den lod det imidlertid stå åbent, om denne garanti skulle bestå i en appeladgang til Domstolen for parterne i hovedsagen, et obligatorisk traktatbrudssøgsmål eller en erstatningssag mod den pågældende stat anlagt af den krænkede part (EF-Bull., suppl. 9/75, s. 18).

127 — Præmis 13-17.

ikke udelukkes, at en national ret, der skal træffe afgørelse som sidste instans, og som undlader at forelægge et præjudicielt spørgsmål, derved tilsidesætter princippet om en retfærdig rettergang, som fastlagt i konventionens artikel 6, stk. [1], navnlig hvis undladelsen forekommer ganske vilkårlig«<sup>128</sup>. Som det i øvrigt blev anført under retsmødet, findes der i Tyskland en særlig pendant til »retten til domstolsprøvelse«<sup>129</sup>.

148. Hvis en af de øverste retsinstanser åbenbart tilsidesætter forelæggelsespligten, vil det således være både logisk og fornuftigt at nå frem til, at dette i sig selv er ansvarspådragende for staten.

149. I en sådan situation vil det dog under en erstatningssag mod staten kunne vise sig vanskeligt at bevise, at der består en direkte

årsagsforbindelse mellem tilsidesættelsen af forelæggelsespligten og det påståede tab. Et sådant bevis for årsagsforbindelsen forudsætter, at borgeren er i stand til at dokumentere, at den manglende forelæggelse er den direkte årsag til, at der er lidt et reelt og sikkert — og ikke blot et hypotetisk — tab, som ikke ville være opstået, såfremt den øverste retsinstans havde besluttet at forelægge et præjudicielt spørgsmål.

150. Det vil uden tvivl være relativt let at føre et sådant bevis, når der er tale om et rent ikke-økonomisk tab, som f.eks. at en chance for at få medhold i det påståede er forpasset<sup>130</sup>.

151. Når der er tale om et økonomisk tab, vil det sandsynligvis ikke være så let. For at kunne bevise, at der består en årsagsforbindelse mellem et sådant tab og tilsidesættelsen af forelæggelsespligten, skal den borger, der angiveligt har lidt et tab, kunne godtgøre, at den øverste retsinstans ville have givet ham medhold i hans påstande, hvis retsinstansen faktisk havde forelagt et præjudicielt spørgsmål. Hvis ikke Domstolen kort tid efter den øverste retsinstans' domsafsigelse afsiger en dom

128 — Jf. bl.a. afgørelse af 23.3.1999 om, hvorvidt André Desmots stævning mod Frankrig kunne admittes (nr. 41358/98, præmis 2), af 25.1.2000, Peter Moosbrugger mod Østrig (nr. 44861/98, præmis 2), og dom af 22.6.2000, Coëme m.fl. mod Belgien (nr. 32492/96, 32547/96, 33209/96 og 33210/96, § 114), samt afgørelse af 4.10.2001 om, hvorvidt Nicolas Calena Santiagos stævning mod Spanien kunne admittes (nr. 60350/00), og af 13.6.2002 om, hvorvidt Lamber Bakkers stævning mod Østrig kunne admittes (nr. 43454/98, præmis 2). I alle disse sager har Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol fastslået, at det ikke var et udslag af vilkårlighed, at der ikke var sket forelæggelse.

129 — Den tyske forfatningsdomstol finder, at EF-Domstolen er en »lovmæssigt dømmende myndighed«, jf. artikel 101 i den tyske forfatning. Heraf følger, at når en af de øverste retsinstanser undlader at stille et præjudicielt spørgsmål og derved tilsidesætter artikel 234, stk. 3, EF, er forfatningsdomstolen berettiget til at tilsidesætte en sådan dom som forfatningsstridig. Jf. f.eks. Bundesverfassungsgerichts kendelse af 9.1.2001 vedrørende en afgørelse truffet af Bundesverwaltungsgericht i en sag om ligestilling mellem mænd og kvinder inden for lægeerhvervet (BvR 1036/99).

130 — Jf. herved Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols praksis i forbindelse med enkeltpersoners søgsmål om, at EMRK's artikel 6, stk. 1, er tilsidesat (bl.a. dommen i sagen Coëme m.fl. mod Belgien, §§ 155-158). Ifølge Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol kan man ikke gøre sig overvejelser om, hvad der ville have været resultatet af en retssag, der var i overensstemmelse med konventionens artikel 6, og på dette grundlag give medhold i en påstand om erstatning af den materielle skade. Derimod anerkender Menneskerettighedsdomstolen, under hensyn til omfanget af det ikke-økonomiske tab, der er lidt, at det er utilstrækkeligt blot at konstatere, at de nævnte bestemmelser er tilsidesat, hvilket gør det berettiget at tilkende et bestemt beløb i erstatning.



om det pågældende retlige problem, som støtter borgerens påstande, vil det være vanskeligt at forestille sig, hvordan man skulle kunne føre bevis for en sådan årsagsforbindelse.

152. Det vil efter min opfattelse gå for vidt at kræve, at den nationale ret, der skal tage stilling til en påstand om erstatning for det påståede økonomiske tab, skulle forelægge et præjudicielt spørgsmål for Domstolen for at få at vide, hvilket svar den ville have givet, såfremt den faktisk havde fået forelagt et sådant spørgsmål.

153. Ovennævnte redegørelse og de dér anførte eksempler viser, at det ved afgørelsen af, om den øverste retsinstans har begået en tilsidesættelse, der er tilstrækkelig kvalificeret til, at staten kan ifalde ansvar, er nødvendigt at undersøge, om retten har befundet sig i en undskyldelig eller en uundskyldelig retsvildfarelse.

154. Jeg er af den opfattelse, at der er visse momenter, som det herved hverken er nødvendigt eller hensigtsmæssigt at bruge megen tid på, såsom hvordan fællesskabsinstitutionerne har forholdt sig, og hvorvidt tilsidesættelsen af fællesskabsretten er forsætlig eller uagtsom.

155. For så vidt angår fællesskabsinstitutionernes (eller i det mindste Kom-

missionens) adfærd er det, i modsætning til hvad der er tilfældet for så vidt angår statens ansvar for lovgiver eller administrationen, vanskeligt at nå frem til, at dette moment skulle have nogen betydning for afgørelsen af, om staten ifalder ansvar for den øverste retsinstans. De øverste retsinstanser får nemlig ikke uden videre kendskab til Kommissionens adfærd, såsom at Kommissionen har indledt en traktatbrudsprocedure, der f.eks. rejser spørgsmål om de nationale bestemmelser forenelighed med fællesskabsretten.

156. Med hensyn til spørgsmålet om, hvorvidt tilsidesættelsen af fællesskabsretten er forsætlig eller uagtsom, må det erkendes, at det vil være særdeles vanskeligt at udtale sig om et sådant subjektivt moment, ikke mindst hvis den pågældende retsafgørelse hidrører fra et dommerkollegium, hvilket sandsynligvis vil være tilfældet. Det ville i så fald, efter min mening, være problematisk at anmode en national dommer om at undersøge, om en af dennes kolleger skulle have haft til hensigt at tilsidesætte en retsregel.

3. Direkte årsagsforbindelse mellem statens tilsidesættelse af sin forpligtelse og de skadelidtes tab

157. Dette aspekt blev allerede behandlet i forbindelse med tilsidesættelsen af forplig-

telsen til at forelægge et præjudicielt spørgsmål for Domstolen. Det er tilstrækkeligt, at der består en direkte årsagsforbindelse mellem den pågældende tilsidesættelse og et faktisk og sikkert — økonomisk eller ikke-økonomisk — tab.

hvilken rolle henholdsvis den nationale ret og Domstolen har ved afgørelsen af en erstatningssag, der er anlagt mod staten som følge af dens ansvar for de øverste retsinstanser.

158. Den forelæggende ret skal derfor gøres opmærksom på, at såfremt en medlemsstats tilsidesættelse af fællesskabsretten må tilregnes en af de øverste retsinstanser, er de skadelidte berettigede til erstatning på betingelse af, at den tilsidesatte fællesskabsretsakt har til formål at tillægge borgerne rettigheder, at tilsidesættelsen er tilstrækkelig kvalificeret, og at der består en direkte årsagsforbindelse mellem tilsidesættelsen og det tab, som borgerne har lidt. Med forbehold af disse betingelser finder den nationale erstatningsret anvendelse på statens pligt til at erstatte de tab, der er lidt ved en tilsidesættelse af fællesskabsretten, som må tilregnes staten, idet de betingelser, der er fastsat i national ret, ikke må være mindre gunstige end dem, der gælder for tilsvarende sager i henhold til national ret, og heller ikke må være udformet på en sådan måde, at de i praksis gør det umuligt eller urimeligt vanskeligt at få erstatning.

#### VII — Fastlæggelsen af, hvilken ret der er kompetent til at træffe afgørelse i erstatningssagen

159. Dette punkt vedrører både fastlæggelsen af, hvilken national ret der er kompetent til at træffe afgørelse i sagen, og

#### A — Fastlæggelsen af, hvilken national ret der er kompetent

160. Med det andet præjudicielle spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om medlemsstaterne frit kan bestemme, hvilke nationale retsinstanser der er kompetente til at behandle en erstatningssag, der er anlagt mod staten som følge af dens ansvar for de øverste retsinstanser.

161. Det bemærkes, at det i henhold til Domstolens faste praksis »er medlemsstaterne selv, der er forpligtet til i deres nationale retsorden at fastlægge, hvilke domstole der er kompetente i tvister, der vedrører borgernes rettigheder, der følger af fællesskabsretten, idet det herved er forudsat, at medlemsstaterne er forpligtet til konkret at sikre, at disse rettigheder effektivt beskyttes«<sup>131</sup>. Domstolen konkluderede følgende: »Bortset fra på dette

131 — Dette princip blev fastslået i dom af 9.7.1985, sag 179/84, Bozzetti, Sml. s. 2301, præmis 17, der på dette punkt henviser til Salgoil-dommen (især Rec. s. 675). Princippet er blevet bekræftet i bl.a. dom af 18.1.1996, sag C-446/93, SEIM, Sml. 1, s. 73, præmis 32, og Dorsch Consult-dommen, som den forelæggende ret har henvist til.

punkt tilkommer det ikke Domstolen at medvirke ved afgørelsen af [...] kompetenceproblemer inden for det nationale domstolssystem«<sup>132</sup>.

162. Som svar på den forelæggende rets spørgsmål på dette punkt skal det præciseres, at dette princip om institutionel autonomi, forudsat at det sikrer en effektiv retsbeskyttelse, også finder anvendelse ved eventuelle erstatningsager, som borgerne måtte anlægge mod medlemsstaterne som følge af deres ansvar for de øverste retsinstanser.

#### B — Domstolens og de nationale retters rolle ved afgørelsen af erstatningssagen

163. Med det femte spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om det i den foreliggende sag er den, der skal træffe afgørelse i erstatningssagen, eller om det er en opgave for Domstolen.

164. Det skal anføres, at Domstolen i *Brasserie du pêcheur* og *Factortame*-dommen har fastslået, at den ikke kan »sætte sin vurdering i stedet for de nationale retsinstansers, der alene er kompetente til at fastlægge de faktiske omstændigheder i

hovedsagerne og til at tage stilling til, hvor kvalificerede de omhandlede tilsidesættelser af fællesskabsretten er«<sup>133</sup>. Domstolen har imidlertid anset det »for formålstjenligt at henvise til nogle omstændigheder, som de nationale retsinstanser kan tage i betragtning«<sup>134</sup>. Denne praksis er blevet bekræftet i flere domme<sup>135</sup>. Princippet er fuldt ud anvendeligt i en sag, hvor staten søges draget til ansvar for en af de øverste retsinstansers tilsidesættelse af fællesskabsretten. Jeg vil derfor nøjes med at anføre nogle bemærkninger vedrørende den foreliggende sag.

#### VIII — Den foreliggende sag

165. Med det tredje og det fjerde præjudicielle spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om de materielle betingelser, der skal være opfyldt for, at staten kan pålægges erstatningsansvar, er opfyldt i den foreliggende sag.

166. Indledningsvis skal det anføres, at den retsregel, der ifølge påstanden er tilsidesat, dvs. traktatens artikel 48, har direkte virkning, og den har således nødvendigvis til formål at tillægge borgerne rettigheder<sup>136</sup>. Artikel 48, stk. 1, fastslår princippet om arbejdskraftens frie bevægelighed. Denne

133 — Præmis 58.

134 — Jf. ovenfor.

135 — Jf. bl.a. *Konle*-dommen (præmis 59), *Haim*-dommen (præmis 44) og *Stockholm Lindöpark*-dommen (præmis 38).

136 — Jf. bl.a. dom af 4.12.1974, sag 41/74, *Van Duyn*, Sml. s. 1337, præmis 5-8, og af 15.12.1995, sag C-415/93, *Bosman*, Sml. I, s. 4921, præmis 129.

132 — *Bozzetti*-dommen.

frihed forudsætter i henhold til bestemmelsens stk. 2 bl.a. afskaffelse af enhver i nationaliteten begrundet forskelsbehandling af medlemsstaternes arbejdstagere, for så vidt angår beskæftigelse, aflønning og øvrige arbejdsvilkår. Disse traktatbestemmelser er gennemført ved og uddybet i forordning nr. 1612/68.

167. Det skal videre præciseres, at Domstolen har fastslået, at forbuddet mod forskelsbehandling, der er fastsat i artikel 39, stk. 2, EF og gennemført ved forordning nr. 1612/68, finder anvendelse på »enhver statsborger i en medlemsstat, som har gjort brug af sin ret i henhold til arbejdskraftens frie bevægelighed, og som har haft beskæftigelse i en anden medlemsstat [...] uanset sin bopæl og sit statsborgerskab«<sup>137</sup>. Den omstændighed, at den borger, der støtter ret på forbuddet mod forskelsbehandling, er statsborger i den berørte medlemsstat og ikke i en anden medlemsstat, har således ifølge Domstolen ikke betydning for anvendelsen af det pågældende princip<sup>138</sup>. I henhold til denne praksis kan Gerhard Köbler således støtte ret på forbuddet mod forskelsbehandling af arbejdstagere, som fastsat i artikel 39, stk. 2, EF.

168. I henhold til Domstolens faste praksis forbyder ligebehandlingsprincippet ikke blot åbenbar forskelsbehandling begrundet

i nationalitet, men desuden enhver form for skjult forskelsbehandling, som ved anvendelsen af andre sonderingskriterier reelt fører til samme resultat<sup>139</sup>. I O'Flynn-dommen præciserede Domstolen, at »[n]ationale retsforskrifter må [...] antages at medføre indirekte forskelsbehandling, når de heri indeholdte betingelser, selv om de gælder uden forskel efter nationalitet, først og fremmest berører vandrende arbejdstagere, eller dog overvejende berører sådanne arbejdstagere, eller når de heri indeholdte betingelser gælder uden forskel, men lettere kan opfyldes af indenlandske end af vandrende arbejdstagere eller navnlig risikerer at ramme vandrende arbejdstagere«<sup>140</sup>.

169. Når henses til nævnte praksis, er det åbenbart, at der foreligger et tilfælde af indirekte forskelsbehandling, idet udbetalingen af det særlige anciennitetstillæg forudsætter 15 års anciennitet som professor på — udelukkende — østrigske universiteter. Det forholder sig nemlig således, at denne betingelse navnlig risikerer at ramme vandrende arbejdstagere, dvs. at den rammer arbejdstagere, der har udnyttet deres ret til fri bevægelighed. Det er tilfældet for dem, der ligesom Gerhard Köbler har forladt deres oprindelsesmedlemsstat for at arbejde i en anden medlemsstat, og som derefter vender tilbage for at fortsætte deres karriere.

137 — Jf. dom af 22.11.1995, sag C-443/93, Vougioukas, Sml. I, s. 4033, præmis 38-42. Der henvises ligeledes til dom af 23.2.1994, sag C-419/92, Scholz, Sml. I, s. 505, præmis 9.

138 — Scholz-dommen, præmis 8.

139 — Jf. bl.a. dom af 12.2.1974, sag 152/73, Sotgiu, Sml. s. 153, præmis 11, af 21.11.1991, sag C-27/91, Le Manoir, Sml. I, s. 5531, præmis 10, af 10.3.1993, sag C-111/91, Kommissionen mod Luxembourg, Sml. I, s. 817, præmis 9, Scholz-dommen, præmis 7, og dom af 23.5.1996, sag C-237/94, O'Flynn, Sml. I, s. 2617, præmis 17.

140 — Præmis 18.

170. Det er efter min opfattelse vanskeligt at nå frem til, at Verwaltungsgerichtshof har begået en undskyldelig fejl ved at fastslå, at en sådan bestemmelse, der medfører en indirekte forskelsbehandling, med rimelighed kan anses begrundet i et ønske om at ville belønne en ansat for dennes loyalitet over for sin arbejdsgiver.

172. Man kan i den foreliggende sag beklage, at Verwaltungsgerichtshof ikke foretog en vurdering af, om kravet om forholdsmæssighed var overholdt. Det er nemlig vanskeligt at forestille sig, at det omtvistede anciennitetskrav skulle stå i et rimeligt forhold til den anførte begrundelse. Kravet går utvivlsomt ud over, hvad der er nødvendigt for at opnå det anførte formål<sup>143</sup>.

171. Selv om det antages, at denne påberåbte begrundelse i det foreliggende tilfælde kunne anses for at være relevant, fordi de østrigske universiteter hører under en enkelt arbejdsgiver, i modsætning til det, der var tilfældet i Schöning-Kougebetopoulou-dommen, skulle den øverste retsinstant have undersøgt, om det pågældende anciennitetskrav stod i et rimeligt forhold til et sådant formål. Domstolen har gentagne gange fremhævet dette generelle krav om forholdsmæssighed<sup>141</sup>. Domstolen henviste også til kravet om forholdsmæssighed i præmis 21 i Schöning-Kougebetopoulou-dommen, som den oversendte til den øverste retsinstant efter modtagelsen af dennes forelæggelseskendelse, selv om Domstolen i sagen fastslog, at begrundelsen om at ville belønne de ansattes loyalitet over for en bestemt arbejdsgiver ikke kunne tillægges nogen betydning. I den pågældende sag var det således ved afgørelsen af hovedsagen ikke nødvendigt at undersøge, om det omtvistede krav om anciennitet stod i et rimeligt forhold til den anførte begrundelse<sup>142</sup>.

173. Denne øverste retsinstant skulle desuden enten have fastholdt sit præjudicielle spørgsmål eller have suppleret det for at få præciseret rækkevidden af Schöning-Kougebetopoulou-dommen. Når henses til formuleringen i Cilfit m.fl.-dommen kan man vanskeligt forestille sig, at retsinstanten var helt overbevist om dels, at den — formodede korrekte — anvendelse af fællesskabsretten fremgik med en sådan klarhed, at der ikke forelå nogen rimelig tvivl om afgørelsen af det pågældende spørgsmål, og dels, at hverken de øvrige medlemsstaters retter eller Domstolen ville være i tvivl om afgørelsen<sup>144</sup>.

141 — Jf. bl.a. dom af 2.8.1993, forenede sager C-259/91, C-331/91 og C-332/91, Allué m.fl., Sml. I, s. 4309, præmis 15, O'Flynn-dommen, præmis 19, samt dom af 12.3.1998 — afsagt nogle måneder inden afsigelsen af Verwaltungsgerichtshofs dom — sag C-187/96, Kommissionen mod Grækenland, Sml. I, s. 1095, præmis 19.

142 — Jf. Schöning-Kougebetopoulou-dommen, præmis 26 og 27.

143 — Det har Domstolen i øvrigt tidligere fastslået i relation til en østrigsk lovgivning, der ligeledes begrænsede den frie bevægelighed for personer, men i mindre omfang. I henhold til den pågældende lovgivning blev der ved den lønmæssige indplacering af lærere taget hensyn til beskæftigelsesperioder tilbagelagt i andre medlemsstater, men under betingelser der var strengere end dem, der fandt anvendelse på beskæftigelsesperioder tilbagelagt i Østrig. Domstolen afviste den påberåbte begrundelse om, at man ville belønne de ansattes loyalitet over for en bestemt arbejdsgiver, da der var tale om en gruppe af arbejdsgivere, og fastslog herefter, at den anfægtede restriktion, der var udtryk for en forskelsbehandling, under ingen omstændigheder stod i rimeligt forhold til det formål, der påstås varetager (jf. dom af 30.11.2000, C-195/98, Österreichischer Gewerkschaftsbund, Sml. I, s. 10497, præmis 50).

144 — Jf. Cilfit m.fl.-dommen, præmis 16.

174. De spørgsmål, som den forelæggende ret har stillet, bør derfor besvares med, at artikel 39 EF skal fortolkes således, at den har til formål at tillægge borgerne rettigheder. Under de i hovedsagen foreliggende omstændigheder må den af Verwaltungsgerichtshof begåede fejl i relation til indholdet og rækkevidden af denne traktatbestemmelse anses for uundskyldelig og pådrager derfor staten et erstatningsansvar.

## IX — Forslag til afgørelse

175. På baggrund af det foranstående foreslår jeg Domstolen, at den besvarer de præjudicielle spørgsmål, som Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien har stillet, på følgende måde:

- »1) Princippet, hvorefter medlemsstaterne er erstatningspligtige for tab, der er forvoldt borgere som følge af tilsidesættelser af fællesskabsretten, der kan tilregnes staten, finder anvendelse, når det påtalte traktatbrud kan tilskrives en af de øverste retsinstanser.
  
- 2) Såfremt en medlemsstats tilsidesættelse af fællesskabsretten må tilregnes en af de øverste retsinstanser, er de skadelidte berettigede til erstatning på betingelse af, at den tilsidesatte fællesskabsretsakt har til formål at tillægge borgerne rettigheder, at tilsidesættelsen er tilstrækkelig kvalificeret, og at der består en direkte årsagsforbindelse mellem tilsidesættelsen og det tab, som borgerne har lidt. Med forbehold af disse betingelser finder den nationale

erstatningsret anvendelse på statens pligt til at erstatte de tab, der er lidt ved en tilsidesættelse af fællesskabsretten, som må tilregnes staten, idet de betingelser, der er fastsat i national ret, ikke må være mindre gunstige end dem, der gælder for tilsvarende sager i henhold til national ret, og heller ikke må være udformet på en sådan måde, at de i praksis gør det umuligt eller urimeligt vanskeligt at få erstatning.

- 3) Princippet, hvorefter det tilkommer medlemsstaterne selv i deres nationale retsorden at fastlægge, hvilke domstole der er kompetente i tvister, der vedrører borgernes rettigheder, der følger af fællesskabsretten — forudsat at der sikres en effektiv retsbeskyttelse — finder anvendelse ved eventuelle erstatningssager, som borgerne måtte anlægge mod en medlemsstat, fordi en af de øverste retsinstanser angiveligt har tilsidesat fællesskabsretten.
  
- 4) Det er de nationale retsinstanser, der er kompetente til at afgøre, om de materielle betingelser for at drage staten til ansvar for de øverste retsinstanser er opfyldt, herunder navnlig om den retsvildfarelse, der er årsag til den omtvistede tilsidesættelse af fællesskabsretten, er undskyldelig eller uundskyldelig. Ved denne afgørelse kan retsinstanserne tage hensyn til Domstolens bemærkninger om dette spørgsmål.
  
- 5) Artikel 39 EF skal fortolkes således, at den har til formål at tillægge borgerne rettigheder. Under de i hovedsagen foreliggende omstændigheder må den af den pågældende øverste retsinstans begåede fejl i relation til indholdet og rækkevidden af denne traktatbestemmelse anses for uundskyldelig og pådrager derfor staten et erstatningsansvar.«