FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT JEAN MISCHO fremsat den 28. maj 1991 *

Indholdsfortegnelse

Indledning I-5371

Første spørgsmål I-5372

I — Har direktiv 80/987 direkte virkning? I-5372

A — De berettigede I-5373

B — Kravenes omfang I-5374

C — Identifikationen af debitor I-5377

II — Erstatning af privates tab som følge af den manglende gennemførelse af direktiv 80/987 I-5378

A — Sammenfatning I-5379

B — Argumentation I-5380

— Domstolens praksis vedrørende retsforskrifter, som er umiddelbart anvendelige eller har direkte virkning I-5381

— Betydningen af Domstolens domme i sagerne Factortame I og Zuckerfabrik ... I-5388

— Statens erstatningspligt i forbindelse med retsforskrifter, som ikke har direkte virkning I-5390

— Materielle og formelle betingelser for erstatningssøgsmålet I-5395

— Mulige følger af den af mig foreslåede afgørelse I-5399

Andet og tredje spørgsmål I-5401

Forslag til afgørelse I-5402

* Originalsprog: fransk.

Hr. præsident,
De herrer dommere,

Indledning

1. Sjældent har Domstolen skullet afgøre en sag, hvor de negative følger af, at et direktiv ikke er blevet gennemført, har været så chokerende for dem, direktivet berører, som det er tilfældet i denne sag. Hertil kommer, at de juridiske spørgsmål, sagen rejser, langt fra er ligetil. Domstolen anmodes nemlig om at tage stilling til, om et direktiv, som indeholder en række overordentligt komplicerede bestemmelser, kan have direkte virkning. Subsidiært drejer sagen sig om, hvorvidt medlemsstaterne kan ifalde ansvar for ikke at have gennemført et direktiv, ja helt generelt, for at have tilsidesat fællesskabsretten.

2. Rådets direktiv 80/987/EØF af 20. oktober 1980 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om beskyttelse af arbejdstagerne i tilfælde af arbejdsgiverens insolvens (EFT L 283, s. 23) bestemmer, at »medlemsstaterne træffer de nødvendige foranstaltninger for at garantiinstitutioner [som skal oprettes eller udpeges af medlemsstaten] ... sikrer arbejdstagerne betaling af tilgodehavender, der hidrører fra arbejdsaftaler eller ansættelsesforhold, og som vedrører løn for perioden inden en bestemt dato (artikel 3, stk. 1)«. Direktivet giver medlemsstaterne mulighed for at vælge mellem tre forskellige datoer, der vedrører arbejdsgiverens insolvens eller ansættelsesforholdets ophør. Endvidere kan medlemsstaterne begrænse garantiinstitutionernes betalingspligt.

3. Ved dom af 2. februar 1989 i sag 22/87, Kommissionen mod Italien (Sml. s. 143) fastslog Domstolen, at Italien havde tilsidesat sine forpligtelser efter Traktaten ved ikke at have gennemført direktivet til det foreskrevne tidspunkt, som var den 23. oktober 1983. Direktivet er i øvrigt tilsyneladende stadig ikke, den dag i dag, gennemført i national ret.

4. De omstændigheder, som ligger til grund for tvisterne i hovedsagen, er følgende.

Andrea Francovich, som er sagsøger i hovedsagen vedrørende sag C-6/90, havde fra den 16. januar 1983 til den 7. april 1984 arbejdet for virksomheden »CDN Elettronica SnC« i Vicenza, men fik herfor kun udbetalt nogle enkelte acontobeløb af sit vederlag. Han anlagde derfor sag ved Pretura di Vicenza, som dømte den sagsøgte virksomhed til betaling af et beløb på ca. 6 mio. LIT. Da Francovich imidlertid ikke kunne få dette beløb betalt af virksomheden, anlagde han sag mod den italienske stat med påstand om, at den ydede ham de garantier, som er foreskrevet i direktiv 80/987, subsidiært betalte ham erstatning.

Danila Bonifaci og treogtredive andre arbejdstagere, som er sagsøgere i hovedsagen vedrørende sag C-9/90, havde været ansat i virksomheden »Gaia Confezioni Srl«, der blev erklæret konkurs den 5. april 1985, og havde på dette tidspunkt et tilgodehavende på mere end 253 mio. LIT, som var blevet anerkendt som passiv påhvilende konkursboet. Mere end fire år efter konkursen havde sagsøgerne imidlertid endnu ikke fået udbetalt noget beløb og havde fra boets kurator modtaget meddelelse om, at det måtte anses for helt usandsynligt, at de opnåede blot delvis dækning for deres fordringer. Sagsøgerne anlagde herefter sag mod Den Italienske Republik med påstand om, at denne som følge af sin forpligtelse til at gennemføre direktiv 80/987 tilpligtedes at betale sagsøgerne de forfaldne og endnu udækkede lønkrav, i hvert fald for så vidt

angår de tre sidste måneder af ansættelsen, subsidiært betalte dem erstatning.

Under de to sager har Pretura circondariale di Vicenza (sag C-6/90) og Pretura circondariale di Bassano del Grappa (sag C-9/90) forelagt Domstolen tre enslydende præjudicielle spørgsmål, som jeg i det følgende skal gennemgå et efter et.

Første spørgsmål

5. Det første spørgsmål lyder således:

»Kan private, som har lidt tab ved statens undladelse af at gennemføre direktiv 80/987, når denne undladelse ved en dom afsagt af Domstolen er fastslået at udgøre et traktatbrud, efter fællesskabsretten rejse krav om, at staten opfylder forpligtelserne efter direktivets forskrifter, såfremt disse er tilstrækkelig præcise og ubetingede, ved at påberåbe sig dem direkte over for den medlemsstat, som har begået traktatbruddet, for at opnå de garantier, som staten var forpligtet til at tilvejebringe? Kan private under alle omstændigheder kræve det tab erstattet, som de har lidt med hensyn til direktivforskrifter, som ikke er tilstrækkelig præcise og ubetingede?«

6. Med dette spørgsmål rejser de nationale retter tydeligvis to forskellige problemer, som må holdes skarpt ude fra hinanden:

— Kan direktiv 80/987 have direkte virkning til fordel for private?

— Kan private i benægtende fald kræve erstatning af en medlemsstat, som ikke har gennemført direktivet behørigt inden for den fastsatte frist?

I — *Har direktiv 80/987 direkte virkning?*

7. I Busseni-dommen [1] har Domstolen sammenfattet alle hovedpunkterne i retspraksis vedrørende direktivers direkte virkning således:

»Af Domstolens praksis fremgår, at den effektive gennemførelse af en retsakt i direktivform, hvorved Fællesskabets myndigheder har pålagt medlemsstaterne en forpligtelse til at følge en bestemt adfærd, ville blive bragt i fare, såfremt de retsundergivne og de nationale retter var afskåret fra at tage retsakten i betragtning som en del af fællesskabsretten. En medlemsstat, der ikke inden for de fastsatte frister har truffet de foranstaltninger, direktivet foreskriver, kan følgelig ikke over for borgerne påberåbe sig den omstændighed, at den selv har undladt at opfylde sine forpligtelser i henhold til direktivet. Når et direktivs bestemmelser efter deres indhold fremtræder som ubetingede og tilstrækkeligt præcise, kan der i mangel af rettidige gennemførelsesforanstaltninger støttes ret herpå over for enhver national retsforskrift, som strider mod direktivet, ligesom private kan påberåbe sig direktivbestemmelser, som tillægger dem rettigheder i forhold til staten (jf. bl.a. dom af 19.1.1982, sag 8/81, Ursula Becker, Sml. s. 53).«

1 — Dom af 22.2.1990 (sag C-221/88, Busseni, Sml. I, s. 495, præmis 22).

8. For at en arbejdstager kan påberåbe sig direktiv 80/987, når det endnu ikke er gennemført, kræves, at direktivet indeholder ubetingede og tilstrækkelig præcise forskrifter om:

— hvem der er berettiget

— kravenes omfang

— hvem der er debitor

A — *De berettigede*

9. Direktivet indeholder flere forskrifter, som fastlægger, hvilke arbejdstagere der er berettigede.

Således bestemmer artikel 1, stk. 1:

»Dette direktiv finder anvendelse på krav, som arbejdstagere i medfør af en arbejdsaftale eller et ansættelsesforhold har erhvervet i forhold til arbejdsgivere, der er insolvente i henhold til artikel 2, stk. 1.«

Hvad angår definitionen af begreberne »arbejdstager« og »arbejdsgiver« henviser artikel 2, stk. 2, til medlemsstaternes nationale retsregler, således som det i øvrigt blev fastslået i dommen i sag 22/87, præmis 17, 18 og 19).

10. Det fremgår videre af artikel 1, stk. 2, at medlemsstaterne undtagelsesvis kan udelukke krav fra visse kategorier af arbejdstagere fra direktivets anvendelsesområde. For Italiens vedkommende drejer dette sig, som det ses af punkt II. C i direktivets bilag, om følgende kategorier:

— arbejdstagere, der drager fordel af lovbestemte ydelser til sikring af lønnen i tilfælde af økonomisk krise i virksomheden

— skibsbesætninger.

I førnævnte dom i sag 22/87 fastslog Domstolen, at den første af de to nævnte kategorier kun omfatter arbejdstagere, som rent faktisk får udbetalt de pågældende ydelser.

Selv om den anførte bestemmelse formelt blot er en »kan«-bestemmelse for medlemsstaterne, kan man forstå, blandt andet på baggrund af, hvad der blev anført i sag 22/87, at opregningen af disse to bestemte kategorier i direktivets bilag under afsnittet om Italien var udtryk for en fast beslutning om at undtage de pågældende kategorier fra direktivet. På dette punkt behøver de nationale retter derfor blot at efterprøve, om sagsøgerne henhører under en af de to kategorier.

11. Hvad angår den tvivl, som den italienske regering og Kommissionen har udtrykt med hensyn til, om Francovich kan påberåbe sig direktivet, fordi det ikke fremgår klart, om hans tidligere arbejdsgiver virkelig er insolvent, skal jeg bemærke, at arti-

kel 2, stk. 1, indeholder en helt klar definition af begrebet »insolvent«. Det tilkommer derfor den nationale ret at afgøre, om denne betingelse er opfyldt i den foreliggende sag.

12. Under henvisning til det anførte må jeg konkludere, at de bestemmelser i direktivet, som fastlægger, hvem det omfatter, er ubetingede og tilstrækkelig præcise til, at de nationale retter kan afgøre, om de kan anvendes på en bestemt person.

B — *Kravenes omfang*

13. Ifølge direktivets artikel 3 skal garantiinstitutionerne sikre arbejdstagerne betaling af løntilgodehavender for perioden før en bestemt dato. Denne dato kan efter medlemsstatens valg være et af følgende tidspunkter:

»— enten datoen, på hvilken arbejdsgiverens insolvens er indtrådt

— datoen for meddelelsen om den pågældende arbejdstagers opsigelse på grund af arbejdsgiverens insolvens

— eller datoen, enten på hvilken arbejdsgiverens insolvens er indtrådt eller for ophør af den pågældende arbejdstagers arbejdsaftale eller ansættelsesforhold på grund af arbejdsgiverens insolvens«.

14. Hvilket af disse tidspunkter, de italienske myndigheder ville have valgt, såfremt Italien havde gennemført direktivet, kan vi altså ikke vide. Heraf kunne man fristes til at slutte, at artikel 3 ikke er ubetinget, da den forudsætter, at hver af medlemsstaterne træffer et valg.

15. Sagsøgerne i hovedsagen og Kommissionen har imidlertid forsøgt at overbevise Domstolen om, at denne konklusion er fejlagtig, og at de italienske myndigheder i hvert fald var forpligtet til at vælge den af de tre muligheder, som var mindst bebyrdende for garantiinstitutionen.

De anfører herom, at datoen »på hvilken arbejdsgiverens insolvens er indtrådt« logisk set må ligge forud for »datoen for meddelelsen om den pågældende arbejdstagers opsigelse på grund af arbejdsgiverens insolvens«, og forud for »datoen... på hvilken arbejdsgiverens insolvens er indtrådt eller... den pågældende arbejdstagers arbejdsaftale eller ansættelsesforhold [er ophørt] på grund af arbejdsgiverens insolvens«, hvorfor den førstnævnte dato er det alternativ, som giver arbejdstageren mindstegarantien. I dette tilfælde vil arbejdstagerens krav nemlig omfatte en kortere periode end i de to øvrige tilfælde.

16. Det fremgår imidlertid, at medlemsstaterne i henhold til andre af direktivets forskrifter har mulighed for at begrænse de garantier, der tilkommer arbejdstagerne.

Således bestemmer artikel 4, stk. 1, at

»medlemsstaterne kan begrænse den i artikel 3 omhandlede betalingspligt for garantiinstitutionerne«

efter de nærmere regler, som er indeholdt i artikel 4, stk. 2. Hvis medlemsstaten vælger det første alternativ, som jeg før betegnede som mindstegarantien, og udnytter sin mulighed for at begrænse garantiinstitutionens betalingspligt, skal garantiinstitutionen sikre betalingen af tilgodehavender for løn for de sidste tre måneder af arbejdsaftalen eller ansættelsesforholdet, som ligger inden for en periode af seks måneder forud for den dato, på hvilken arbejdsgiverens insolvens er indtrådt.

17. Endvidere kan medlemsstaterne efter artikel 4, stk. 3,

»for at undgå betaling af beløb, der overstiger dette direktivs sociale sigte, fastsætte et loft over garantien for betaling af arbejdstagernes tilgodehavender.

Såfremt medlemsstaterne gør brug af denne mulighed skal de underrette Kommissionen om fremgangsmåderne ved fastsættelse af loftet«.

18. Endelig kan medlemsstaterne efter artikel 10 træffe de nødvendige foranstaltninger for at undgå misbrug og for at afvise eller begrænse betalingspligten, såfremt der findes særlige forbindelser mellem arbejdstager og arbejdsgiver, og sammenfaldende interesser, der medfører en stiltiende aftale mellem disse.

19. Kommissionen har anført, at alle disse direktivforskrifter blot giver medlemsstaterne en vis valgfrihed, men at det vil stride mod princippet om direktivers direkte virkning, at en medlemsstat, når de privates rettigheder er præcist fastlagt i direktivet, skulle kunne støtte ret på sit eget traktatbrud og gøre gældende, at den lovligt kunne have givet de private færre rettigheder, hvis den havde gennemført direktivet.

20. Hvad skal man så mene om denne argumentation? Det kan herom for det første konstateres, at Kommissionen ikke har medtaget den anden betingelse, som skal være opfyldt efter Domstolens praksis, nemlig at de påberåbte retsforskrifter er ubetingede. Det er her et spørgsmål, om man i tilfælde, hvor det pågældende kompleks af retsforskrifter indeholder en hovedregel, men samtidig hjemler flere muligheder for begrænsning af hovedreglens virkning, kan udskille hovedreglen fra resten og sige, at den er tilstrækkeligt præcis og ubetinget. Eller må argumentet forstås på den måde, at princippet om, at en medlemsstat ikke kan støtte ret på et traktatbrud, den selv har begået, indebærer, at en bestemmelse »*efter sit indhold* er ubetinget«, selv om den udtrykkeligt overlader medlemsstaten et vist skøn. Et sådant argument kan jeg for mit vedkommende ikke tilslutte mig.

21. Sagsøgerne i hovedsagen har til støtte for deres opfattelse påberåbt sig dommen i Marshall-sagen, mens Kommissionen har henvist til dommene i sagerne Becker samt McDermott og Cotter.

I Marshall-dommens præmis 55 [2] fastslog Domstolen imidlertid netop, at

2 — Dom af 26.2.1986 (sag 152/84, Marshall, Sml. s. 723).

»artikel 5 i direktiv 76/207 *ikke hjemler nogen som helst mulighed for*, at medlemsstaterne kan *begrænse* anvendelsen af princippet om ligebehandling inden for dens egentlige anvendelsesområde *eller gøre den betinget*«.

Et tilsvarende resultat var Domstolen allerede kommet til i Becker-dommens præmis 39[3].

I modsætning hertil er det i den sag, jeg her behandler, klart, at direktivets artikel 4 giver medlemsstaterne mulighed for at begrænse garantiinstitutionernes betalingspligt.

22. I præmis 15 i dommen McDermott og Cotter[4], hvortil Kommissionen har henvist, udtalte Domstolen, at:

»Den omstændighed, at det er overladt til de nationale myndigheder at bestemme form og midler for gennemførelsen af det tilsigtede mål med et direktiv, ikke kan ophæve enhver retsvirkning af de bestemmelser heri, der har en sådan karakter, at de vil kunne påberåbes ved domstolene.«

I samme dom fastslog Domstolen i det væsentlige, at der var to muligheder for at sikre ligebehandling af mænd og kvinder, nemlig enten ved at forbedre de sociale ydelser til kvinder, så de kommer op på samme niveau som mændenes, eller ved at sænke mændenes ydelser til samme niveau som kvindernes. Da Irland ikke havde gennemført direktivet og dermed ikke havde truffet valget mellem disse to muligheder, fandt Domstolen, at den første løsning måtte anvendes. Det endelige mål, som var tilsigtet, nemlig ligebehandling, fremgik klart og ubetinget af direktivet.

23. I den foreliggende sag befinder vi os derimod stadigvæk på det stadium, hvor problemet er at få afgjort, om de af direktivets bestemmelser, som fastlægger de privates rettigheder, er tilstrækkeligt præcise og ubetingede til at kunne påberåbes under en retstvist. Dette er ikke et spørgsmål om valg af den form og de midler, der skal anvendes til opfyldelse af det tilsigtede mål, men i meget vidt omfang et spørgsmål om fastlæggelse af selve målet.

I dommen af 12. december 1990, Kaefer og Procacci[5], udtalte Domstolen, at:

»En bestemmelse er ubetinget, når den ikke overlader medlemsstaterne nogen skønsmæssige beføjelser.«

Såfremt man, trods denne dom, fulgte den argumentation, som sagsøgeren og Kommissionen har fremført, og på grundlag af direktivets bestemmelser skulle forsøge at fastslå den »minimumsforpligtelse«, som medlemsstaterne i hvert fald har (hvilket i sig selv er en interessant tanke), måtte man under alle omstændigheder tage hensyn til valgmuligheden efter artikel 4, stk. 2.

24. Også dette er imidlertid umuligt, da man derved ville sætte sig ud over den særdeles vidtgående skønsbeføjelse, som tilkommer medlemsstaterne efter artikel 4, stk. 3 (beføjelsen til at fastsætte et loft for at undgå udbetaling af beløb, der overstiger

3 — Dom af 19.1.1982 (sag 8/81, Becker, Sml. s. 53).

4 — Dom af 24.3.1987 (sag 286/85, McDermott og Cotter, Sml. s. 1453).

5 — Dom af 12.12.1990 (forenede sager C-100/89 og C-101/89, Peter Kaefer og Andrea Procacci, Sml. I, s. 4647, præmis 26).

direktivets sociale sigte). For mig at se er det følgelig udelukket at fastslå en sådan »minimumsforpligtelse«.

25. Derimod må jeg, for så vidt angår artikel 10 i direktiv 80/987, give Kommissionen medhold i den argumentation, den har fremført med støtte i Becker-dommens præmis 32. Denne sag drejede sig om fortolkningen af artikel 13 B, litra d), 1, i det sjette momsdirektiv, hvorefter

»medlemsstaterne på betingelser, som de fastsætter for at sikre en korrekt og enkel anvendelse af nedennævnte fritagelser, og med henblik på at forhindre enhver mulig form for svig, unddragelse og misbrug... [fritager] ... d) følgende transaktioner: 1. ydelse og formidling af lån...«.

Domstolen fandt, at »betingelserne« i denne bestemmelse

»ikke på nogen måde angår *fastlæggelsen af indholdet* af fritagelsen« (præmis 32).

Også artikel 10 i det foreliggende direktiv 80/987 må siges hovedsagelig at være udstedt med henblik på at forhindre svig og misbrug.

26. Under alle forhold indebærer den vide skønsbeføjelse, som er tillagt medlemsstaterne efter artikel 4, at de direktivbestemmelser, som fastlægger de privates rettigheder efter direktivet, ikke kan anses for ubetingede og tilstrækkeligt præcise.

C — *Identifikationen af debitor*

27. Lad os her først se, hvad der står i direktivet. Artikel 3 bestemmer:

»Medlemsstaterne *træffer de nødvendige foranstaltninger* for at garantiinstitutioner... sikrer... betaling af tilgodehavender«.

Artikel 5 bestemmer:

»Medlemsstaterne fastsætter de *nærmere bestemmelser* vedrørende garantiinstitutionernes *opbygning, finansiering* og *virksomhed* navnlig under iagttagelse af følgende principper:

a) Institutionernes aktiver skal være uafhængige af arbejdsgivernes driftskapital og foreligge på en sådan måde, at der ikke kan gøres udlæg under en procedure i tilfælde af insolvens.

b) Arbejdsgiverne skal bidrage til finansieringen, medmindre denne sikres fuldstændigt af offentlige myndigheder.

c) Institutionens betalingspligt består uanset om forpligtelserne til at bidrage til finansieringen er opfyldt.«

28. Efter min opfattelse fremgår det af disse bestemmelser, at i hvert fald følgende to betingelser skal være opfyldt, for at direktivet kan anses for gennemført i praksis:

— Der skal være oprettet en garantiinstitution — eller skal være udpeget en i forvejen eksisterende institution — som er forpligtet til at udrede de ydelser, der er fastsat i direktivet.

— Der skal være truffet bestemmelse om, hvorledes garantiinstitutionen finansieres, og navnlig om, hvilke opgaver staten vil påtage sig i denne forbindelse.

29. Kommissionen, som særlig har uddybet dette spørgsmål, bestrider ikke, at det påhviler staten at træffe alle disse foranstaltninger, men slutter ikke heraf, at direktivets bestemmelser ikke kan anvendes efter deres indhold.

Det er Kommissionens opfattelse, at garantiinstitutionerne kan identificeres med staten, for så vidt det kan bevises, at det finansielle ansvar for ydelserne i henhold til direktivet i sidste ende påhviler staten. I så fald har den nationale ret nemlig hjemmel til at tilpligte staten at udrede den minimumsgodtgørelse, som er fastsat i direktivet.

I den forbindelse anfører Kommissionen, at muligheden for at identificere garantiinstitutionerne med staten har hjemmel i direktivets artikel 5, litra b), hvorefter »arbejdsgiverne skal bidrage til finansieringen [af garantiinstitutionerne], medmindre denne sikres fuldstændigt af offentlige myndigheder«. Ifølge Kommissionen indeholder direktivet dermed en fakultativ mulighed for at lade staten overtage hele finansieringen af garantiinstitutionerne.

Når der efter direktivet er mulighed for at lade staten bære hele det finansielle ansvar, kan staten ikke efter Kommissionens opfattelse unddrage sig dette ansvar ved at henvise til, at den kunne have ladet andre bære den finansielle byrde helt eller delvis, såfremt den havde efterkommet sin forpligtelse til at gennemføre direktivet.

30. Denne argumentation virker ikke overbevisende på mig. Når der findes to muligheder, må det være den ene eller den anden, som gælder. Enten er det hovedreglen, at finansieringen af garantiinstitutionerne påhviler arbejdsgiverne, og alternativet, at den påhviler de offentlige myndigheder, og i så fald kan Kommissionen ikke med føje hævde, i modsætning til hvad den har anført vedrørende artikel 3 og 4, at det er retsstillingen som følge af alternativet, som må antages at gælde, uanset at staten ikke har besluttet at anvende alternativet. Eller også må medlemsstaten beslutte sig med hensyn til, hvorledes garantiinstitutionen skal finansieres, og i så fald kan den omhandlede retsforskrift ikke anses for ubetinget. Efter min opfattelse må dette sidste være det rigtige. Spørgsmålet, om garantiinstitutionen kan identificeres med staten, må afhænge af en beslutning, som staten først må træffe.

31. Jeg skal derfor foreslå Domstolen at besvare den første del af det første spørgsmål med, at bestemmelserne i direktiv 80/987 ikke er tilstrækkelig præcise og ubetingede til at kunne stifte rettigheder, som private kan påberåbe sig ved domstolene.

II — *Erstatning af privates tab som følge af den manglende gennemførelse af direktiv 80/987*

32. I den anden del af det første spørgsmål, som de to nationale retter har forelagt, for-

udsættes det udtrykkeligt, at de relevante bestemmelser i direktiv 80/987 ikke er tilstrækkelig præcise og ubetingede til at kunne påberåbes direkte ved en national domstol, og der spørges, om private, som har lidt skade på grund af en medlemsstats undladelse af at gennemføre direktivet, i så fald kan kræve det tab erstattet, de måtte have lidt som følge heraf.

33. Da det er nødvendigt at give en indgående redegørelse for de mange facetter af dette problem, skal jeg i første omgang sammenfatte de konklusioner, jeg er nået frem til, og bagefter i detaljer forklare argumentationen, som i det væsentligste er baseret på Domstolens praksis.

A — *Sammenfatning*

1. På fællesskabsrettens nuværende stadium kan den enkelte medlemsstat i princippet selv inden for sin retsorden bestemme hvilken procedure, den vil anvende for at sikre fællesskabsretten dens fulde gennemslagskraft, om end denne kompetence for staten er undergivet visse begrænsninger på grund af medlemsstaternes forpligtelse efter fællesskabsretten til at sikre dennes fulde virkning.

2. Dette gælder ikke blot for de fællesskabsbestemmelser, som har direkte virkning, men for alle bestemmelser, der tillægger private rettigheder. Den omstændighed, at en EF-regel ikke har direkte virkning, betyder ikke, at den ikke har til formål at tillægge private rettigheder, men blot, at disse ikke er tilstrækkelig præcise og ubetingede til umiddelbart at kunne påberåbes og anvendes.

3. Hvis en medlemsstat undlader at gennemføre et direktiv eller ikke gennemfører det korrekt, berøver den fællesskabsretten dens tilsigtede virkning og gør sig dermed endvidere skyldig i en tilsidesættelse af Traktatens artikel 5 og artikel 189, stk. 3, der dels fastslår, at direktiver har bindende virkning, dels pålægger medlemsstaterne at træffe alle de foranstaltninger, som er nødvendige for at gennemføre direktiverne.

4. Såfremt Domstolen ved en dom, afsagt i medfør af Traktatens artikel 169, 170 og 171, fastslår, at en medlemsstat har tilsidesat denne forpligtelse, følger det af princippet om dommes retskraft og af Traktatens artikel 171, at medlemsstaten dels er forpligtet til at træffe alle de foranstaltninger, som er egnet til at bringe traktatbruddet til ophør — og ikke må lægge nogen hindringer i vejen herfor — dels skal sikre, at EF-rettens bestemmelser opnår den tilsigtede virkning. Endvidere kan medlemsstaten forpligtes til at erstatte det tab, den har forvoldt private på grund af sin retsstridige handlemåde.

5. Efter fællesskabsretten bør en medlemsstat i hvert fald kunne ifalde ansvar, når betingelserne er opfyldt for, at Fællesskabet kan pådrage sig ansvar som følge af en EF-institutions tilsidesættelse af fællesskabsretten. Når der er tale om et direktiv, som burde have været gennemført ved udstedelse af generelle retsregler, er det således tilstrækkeligt, at de relevante bestemmelser i direktivet har til formål at beskytte privates interesser. Betingelsen om, at der skal foreligge en tilstrækkeligt kvalificeret overtrædelse af en retsregel af højere rang, må i

denne forbindelse anses for opfyldt, når Domstolen i en dom, afsagt i henhold til Traktatens artikel 169, 170 og 171, har fastslået, at en medlemsstat har gjort sig skyldig i traktatbrud.

6. I øvrigt er erstatningssøgsmål, som anlægges mod en medlemsstat ved de nationale domstole, på fællesskabsrettens nuværende stadium undergivet nationale retsforskrifter, navnlig for så vidt angår spørgsmålet om vurderingen af tabets omfang og hvilken procedure, der skal følges, dog på den betingelse, for det første, at de nationale procedureforskrifter ikke er mindre gunstige end dem, der gælder for tilsvarende søgsmål på grundlag af national ret, og for det andet, at de ikke er udformet på en sådan måde, at de gør det praktisk talt umuligt at få tabet erstattet. Det betyder, at de mest hensigtsmæssige af de nationale retsmidler, som findes i forvejen, i hvert fald skal anvendes på en sådan måde, at de opfylder disse krav, og at der tilmed må indføres et egnet retsmiddel, hvis et sådant ikke findes.

7. Erstatningssøgsmål er af en anden karakter end søgsmål, hvorunder der rejses krav om betaling af pengebeløb i henhold til direktivbestemmelser, som har direkte virkning. Det skal ikke opfattes sådan, at man ad omveje herved kan opnå samme resultat, som hvis direktivbestemmelserne havde direkte virkning. Tabet kan fastsættes af den nationale ret ud fra et billighedsskøn (»ex aequo et bono«), hvorved den ganske vist kan bruge direktivets bestemmelser som referenceramme.

8. I betragtning af den usikkerhed, der hidtil har hersket angående spørgsmålet om medlemsstaters ansvar som følge af tilsidesættelse af fællesskabsretten, og de økonomiske virkninger, som Domstolens dom kunne have med hensyn til gamle tilsidesættelser, bør retsvirkningerne af dommen begrænses i tid.

B — *Argumentation*

34. Sagsøgerne i hovedsagen og Kommissionen har subsidiært ønsket, at den italienske stat ved dommen kendes erstatningspligtig.

Under den mundtlige forhandling understregede Kommissionen, at den ikke under nærværende sag opfordrer Domstolen til at afgøre spørgsmål, om der ifaldes erstatningsansvar for undladelse af at gennemføre et direktiv, som ikke har direkte virkning. Kommissionens indlæg er derimod baseret på en detaljeret og minutiøs gennemgang af det foreliggende direktiv og dets specielle karakter.

Kommissionen mener, at der må anlægges en sondring mellem betalingssøgsmål og erstatningssøgsmål. Efter Kommissionens opfattelse kan der ikke gennemføres et betalingssøgsmål, medmindre følgende tre typer af retsforskrifter har »direkte virkning«:

— retsforskrifterne vedrørende fastlæggelsen af den personkreds, som kan rejse krav efter direktivet

— retsforskrifterne vedrørende fastlæggelsen af kravenes omfang

— retsforskrifterne vedrørende fastlæggelsen af, hvem der er debitor for disse krav.

Under et erstatningssøgsmål mod en stat er det derimod ikke efter Kommissionens opfattelse nødvendigt at godtgøre, at den tredje type af retsforskrifter har direkte virkning, da debitor i dette tilfælde pr. definition er staten.

35. Bortset fra, at jeg finder det uhensigtsmæssigt at tale om »direkte virkning« i relation til hver af disse tre typer af retsforskrifter, vurderet for sig, og at det ville være mere korrekt at anvende udtrykket »ubetinget og tilstrækkelig præcis bestemmelse«, er det ikke lykkedes mig at forstå Kommissionens ræsonnement. Selv om man nemlig delte dens opfattelse af, at de berettigedes krav er ubetingede og præcist afgrænset efter direktivet, undgår man ikke en gang for alle — altså generelt og uden direkte relation til den foreliggende sag — at skulle tage stilling til, om medlemsstaterne kan ifalde erstatningsansvar for manglende gennemførelse af et direktiv.

Efter min opfattelse er det foreliggende problem, om en national domstol efter fællesskabsretten generelt kan være forpligtet til at kende en stat erstatningsansvarlig i et tilfælde, hvor en privat har lidt tab på grund af undladelsen af at gennemføre direktiv, som ikke har direkte virkning.

36. Den tyske, britiske, italienske og nederlandske regering har i deres indlæg for Domstolen gjort gældende, at medlemsstaterne ikke efter fællesskabsretten er forpligtet til at betale erstatning, hverken på grund af manglende gennemførelse af et direktiv som det foreliggende eller på grund af tilsidesættelse af EF-forskrifter, som er umiddelbart anvendelige eller har direkte virkning. Da de til støtte herfor i det hele henviser til Domstolens praksis vedrørende sådanne forskrifter, skal jeg først gennemgå denne praksis.

— Domstolens praksis vedrørende retsforskrifter, som er umiddelbart anvendelige eller har direkte virkning

37. Det fremgår af Domstolens praksis vedrørende sådanne forskrifter, at de nationale retter

»i medfør af det i Traktatens artikel 5 angivne princip om samarbejde... skal sikre den retsbeskyttelse som for de retsundergivne følger af den direkte virkning af fællesskabsrettens bestemmelser«,

og at det derfor

»i mangel af fællesskabsbestemmelser på dette område tilkommer... hver enkelt medlemsstat i sin interne retsorden at udpege de kompetente retter og fastsætte procesreglerne for sagsanlæg til sikring af beskyttelsen af de rettigheder, som fællesskabsrettens direkte virkning afføder for de retsundergivne...« [6].

38. Beskyttelsen skal imidlertid være »effektiv«, hvilket Domstolen fastslog i dom af 9. juli 1985, sag 179/84, Bozzetti (Sml. s. 2301, præmis 17), med henvisning til sin

6 — Jf. herom bl.a. dommene af 16.12.1976 (sag 33/76, Rewe, Sml. s. 1989, præmis 5, og sag 45/76, Comet, Sml. s. 2043, præmis 12 og 13).

tidligere dom af 19. december 1968, sag 13/68, Salgoil, (Sml. 1965-1968, s. 553, se s. 559), hvorefter der skal være en »direkte og umiddelbar« beskyttelse. Formålet hermed er at sikre fællesskabsrettens »fulde virkning«, hvorfor enhver bestemmelse i en national retsorden eller enhver lovgivningsmæssig, administrativ eller retlig praksis, som begrænser fællesskabsrettens virkning og forhindrer den i at få fuld gennemslagskraft, er uforenelig med de krav, der følger af selve fællesskabsrettens natur[7].

39. De nationale domstole har derfor pligt til at sikre private en effektiv beskyttelse af deres rettigheder efter fællesskabsretten og skal herved

»undlade at anvende enhver modstridende bestemmelse i national lov, hvad enten denne er vedtaget før eller efter fællesskabsreglen«[8].

Dette gælder ikke blot for de nationale love, men for enhver bestemmelse i den nationale retsorden, som det blev fastslået i dom af 15. juli 1964, sag 6/64, Costa (Sml. 1952-1964, s. 530, se s. 536), hvori det hedder:

»Den af Traktaten affødte ret, der hidrører fra en autonom retskilde, [må] på grund af sin selvstændige natur retsligt... gå forud for en *hvilken som helst national bestemmelse*, idet den ellers ville miste sin fællesskabskarakter, og idet selve retsgrundlaget for Fællesskabet ellers ville blive bragt i fare.«

40. Når der eksempelvis i medfør af nationale retsforskrifter, som strider mod umiddelbart anvendelige EF-regler, er opkrævet visse beløb af private, er medlemsstaterne ifølge Domstolens praksis i sager om tilbagesøgning af de fejlagtigt opkrævede beløb forpligtet til at påse, at beløbene tilbagebetales, og denne forpligtelse beror på den direkte virkning af den EF-regel, som er tilsidesat[9]. Med andre ord består:

»retten til at få tilbagebetalt beløb, som en medlemsstat har opkrævet i strid med fællesskabsrettens bestemmelser... som *en følge af* og i tilslutning til de *rettigheder, borgerne besidder i kraft af fællesskabsrettens bestemmelser...*« [10]

41. Jeg kan ikke se, at der er afgørende forskel på et tilbagesøgningssøgsmål og et erstatningssøgsmål, da begge vedrører genopretningen af en skade, som er forvoldt ved tilsidesættelse af fællesskabsretten. Domstolen har i øvrigt fastslået, at en EF-regels direkte virkning kan danne grundlag for et erstatningssøgsmål, hvorom jeg f.eks. kan henvise til dommen af 12. juli 1990 (sag C-188/89, Foster, Sml. I, s. 3313).

42. Heraf ses, at erstatningen af det tab, som en privat har lidt, fordi en EF-regel med direkte virkning er tilsidesat, har grundlag i selve EF's retssystem. Hvis der findes andre retsmidler, som kan sikre EF-rettens fulde gennemslagskraft, kan disse

7 — Jf. dom af 19.6.1990 (sag C-213/89, Factortame I, Sml. I, s. 2433, præmis 20 og 21), og af 9.3.1978 (sag 106/77, Simmenthal, Sml. s. 629, præmis 21).

8 — Jf. dom af 9.3.1978 (sag 106/77, Simmenthal, Sml. s. 629, præmis 21).

9 — Jf. bl.a. dom af 29.6.1988 (sag 240/87, Deville, Sml. s. 3513, præmis 11).

10 — Jf. bl.a. dom af 2.2.1988 (sag 309/85, Barra, Sml. s. 355, præmis 17).

benyttes, men som Domstolen fastslog i dom af 9. juli 1985 (sag 179/84, Bozzetti, Sml. s. 2301, præmis 17),

»er medlemsstaterne forpligtet til i den nationale retsorden at fastlægge, hvilke domstole der er kompetente i tvister, der vedrører borgernes af fællesskabsretten følgende rettigheder, *idet det herved er forudsat, at medlemsstaterne er forpligtet til konkret at sikre, at disse rettigheder effektivt beskyttes*«.

Hvis erstatning altså er det eneste middel til at sikre en effektiv retsbeskyttelse, er den pågældende medlemsstat efter EF-retten forpligtet til at tilvejebringe hensigtsmæssige retsmidler for borgerne, som kan sikre erstatningskravets opfyldelse.

43. De fire regeringer, som har afgivet indlæg for Domstolen, har imidlertid anført, at Domstolen i sin praksis ikke blot har henvist til national ret vedrørende de nærmere regler for gennemførelse af eventuelle erstatningssøgsmål mod en medlemsstat, men at også det principielle spørgsmål om, hvorvidt der overhovedet kan anlægges erstatningssag, afhænger af national ret. De fire regeringer anfører nærmere, at hvis national ret er bestemmende, når der er tale om en EF-regel med direkte virkning, må den være så meget mere bestemmende, når der er tale om en EF-regel, som ikke har direkte virkning.

Således forsøgte de befuldmægtigede for den britiske og den tyske regering under den mundtlige forhandling først at tilbagevise de argumenter, som Kommissionen havde anført til støtte for sin opfattelse med henvisning til dom af 22. januar 1976 (sag 60/75, Russo, Sml. s. 45), og hvori Domstolen udtalte, at:

»Såfremt et sådant tab er opstået som følge af en overtrædelse af fællesskabsretten, påhviler det den pågældende stat i forhold til skadelidte at påtage sig de heraf følgende konsekvenser på grundlag af de nationale retsregler om statens erstatningsansvar« (præmis 9).

Russo-sagen vedrørte en forordning om en fælles markedsordning, som var blevet tilsidesat.

44. Ganske vist henviste Domstolen i dommen til »nationale retsregler om statens erstatningsansvar«, men fastslog dog samtidig, at det *påhviler* den pågældende stat i forhold til skadelidte at påtage sig konsekvenserne for denne af, at fællesskabsretten er overtrådt. For mig at se har Domstolen hermed fastslået, at der principielt påhviler staten pligt til at erstatte tabet, selv om det er overladt til national ret, hvilke nærmere regler der skal gælde herfor. Såfremt Domstolen hermed havde villet sige, at også det principielle erstatningsspørgsmål måtte afgøres efter national ret, ville den utvivlsomt have udtrykt dette i klarere vendinger, dels fordi det i et af de præjudicielle spørgsmål udtrykkeligt blev spurgt, om der findes et sådant princip i fællesskabsretten (jf. det

femte spørgsmål, Sml. 1976, s. 47), dels fordi såvel sagsøgeren i hovedsagen [11] som Kommissionen [12] havde givet klart udtryk for, at der måtte antages at gælde et sådant princip.

45. Heller ikke de øvrige domme, som regeringerne har henvist til, navnlig under den mundtlige forhandling, skal efter min mening nødvendigvis fortolkes som anført af dem. Det er i øvrigt betegnende at lægge mærke til, at det er de samme domme, som sagsøgerne og Kommissionen på den ene side og den britiske og nederlandske regering på den anden side har henvist til i deres skriftlige indlæg til støtte for deres afvigende, for ikke at sige indbyrdes modsatte synspunkter [13].

46. Lad os først se på dommen af 16. december 1976 (sag 33/76, Rewe, Sml. s. 1989, præmis 5). Den indeholder ganske vist den udtalelse, jeg tidligere har citeret, og som efter nogles mening viser, at spørgsmålet om en stats ansvar for tilsidesættelse af sine EF-retlige forpligtelser på EF-rettens nuværende udviklingstrin udelukkende skal afgøres efter national ret. Det fremgår imidlertid klart af udtalelsen, at Domstolen udelukkende henviste til medlemsstaternes nationale ret, for så vidt angår spørgsmålet om fastlæggelsen af de domstole, der skal have kompetence på området, og de procesregler, der skal gælde for de omhandlede sager. Heraf må forudsætningsvis udledes, at der principielt påhviler medlemsstaterne, og i særdeleshed de nationale domstole, en forpligtelse fra første færd til at sikre beskyttelsen af de rettigheder, som EF-retten tillægger private.

Der er her to forhold, som yderligere bekræfter, at nationale retsregler ikke kan ændre ved princippet om, at medlemsstaterne har pligt til at sikre beskyttelsen af de rettigheder, som tilkommer private efter EF-retten. Det første forhold er, at Domstolen i samme dom fastslog, at procesreglerne i national ret ikke må

»[umuliggøre] indtaling af rettigheder, som de nationale retter har pligt til at beskytte«.

Det andet forhold er, at Domstolen med sin henvisning til, at Traktatens artikel 100, 101 og 102 samt artikel 235 åbner mulighed for i givet fald at træffe de nødvendige forholdsregler til at råde bod på forskellene i medlemsstaternes love eller administrative bestemmelser på området, efter min opfattelse forudsætningsvis har fastslået, at spørgsmålet om staternes ansvar må afgøres efter EF-retten. Det må derfor i hvert fald anses for anerkendt af Domstolen, at hvis ikke EF-retten kan give hjemmel til indførelse af andre retsmidler end dem, der findes i forvejen efter national ret, kan den i hvert fald give hjemmel til at udforme eller fortolke de eksisterende retsmidler på en sådan måde, at de kan benyttes til beskyttelse af de rettigheder, som tilkommer private efter EF-retten.

11 — Under sagen gjorde Russo således gældende, at der principielt består erstatningspligt, men at »de nærmere regler for erstatningen fortsat bør henhøre under den nationale dommers kompetence« (Sml. 1976, s. 50, venstre kolonne, tredjesidste afsnit).

12 — Kommissionen gjorde gældende, at
»den nationale ret skal fastsætte de retsmidler, som gør det muligt at beskytte de rettigheder, der følger af fællesskabsreglerne«,
og at
»princippet om nyttevirkning samt princippet om en ensartet anvendelse af fællesskabsretten [kræver], at denne beskyttelse skal være egnet og effektiv, uden at dette ændrer ved fællesskabsrettens neutralitet i forhold til det valgte middel« (Sml. 1976, s. 52, venstre kolonne, første og tredje afsnit).

13 — Jf. for sagsøgernes vedkommende, dom af 9.11.1983 (sag 199/82, San Giorgio, Sml. s. 3595), for Kommissionens og den nederlandske regerings vedkommende, dom af 13.2.1979 (sag 101/78, Granaria, Sml. s. 623), og for den britiske regerings vedkommende, dom af 7.7.1981 (sag 158/80, Rewe, Sml. s. 1805).

47. Jeg tror ikke, at denne konklusion skal ændres som følge af Domstolens dom af 7. juli 1981 i en anden Rewe-sag (sag 158/80, Sml. s. 1805). Selv om Domstolen heri udtalte,

»at det *ikke* har været *meningen* (med Traktaten) at skabe andre søgsmålsmuligheder ved de nationale domstole med henblik på gennemførelsen af fællesskabsretten, end dem, som findes i national ret« (præmis 44),

fastslog den dog samtidig, at

»den retsbeskyttelsesordning, som er gennemført ved Traktaten, ... indebærer..., *at enhver søgsmålstype, som findes i national ret,* skal kunne anvendes til sikring af overholdelsen af de fællesskabsregler, som har direkte virkning, under de samme formalitetsbetingelser og efter de samme regler for sagens videre behandling, som gælder, når der er tale om at sikre overholdelsen af national ret«.

Jeg er derfor af den opfattelse, at når der anlægges erstatningssag mod en medlemsstat under anbringende af, at staten har tilsidesat rettigheder, som umiddelbart tilkommer private i kraft af en EF-regel, kan staten ikke afvise erstatningskravet med henvisning til, at de offentlige myndigheder i den pågældende stat, og navnlig den lovgivende magt, ikke kan ifalde noget erstatningsansvar efter national ret. Blot der nemlig findes en sådan søgsmålstype, som et erstatningssøgsmål udgør, kan medlemsstaten ikke berøve de private deres rettigheder ved at henvise til, at den, som kræves til ansvar, er erstatningsfri efter national ret, og derved berøve EF-forskrifter med direkte virkning deres fulde virkning.

Det foreliggende spørgsmål må i øvrigt ses i en helt anden sammenhæng end den, hvori teorien om den nationale lovgivers ansvarsfrihed for de her omhandlede forhold er udviklet. Kommissionen anførte derfor med rette under den mundtlige forhandling, at der næppe findes nogen situation i national ret, hvor lovgiver ikke blot må antages at være forpligtet til at vedtage en lov — og hvor det kan fastslås temmelig nøje, hvad det påhviler lovgiver at gøre — men hvor lovgiver ydermere er forpligtet at handle inden for en bestemt frist. Efter min opfattelse er det ikke for meget at sige, at lovgiver med hensyn til gennemførelsen af direktiver nærmest befinder sig i en situation, som svarer til den, forvaltningsmyndighederne står i, når de skal gennemføre en lov.

48. Der kan heller ikke anføres noget argument fra Domstolens henvisning til de formalitets- og øvrige betingelser, som gælder under en sag om national ret. Dels opstår disse problemer vedrørende formaliteten og sagens øvrige behandling kun i relation til et konkret og allerede eksisterende retsmiddel. Dels må henvisningen ses på baggrund af de særlige omstændigheder, som forelå i Rewesagen (sag 158/80), og navnlig den omstændighed, at Domstolen i samme dom udtrykkeligt anførte, at der i den type af tilfælde, som forelå i sagen tilkom enhver berørt person en søgsmålsadgang efter national ret, hvilket i det konkrete tilfælde var tysk ret (se dommens præmis 40). Domstolen kunne derfor nøjes med at fastslå, at søgsmålsadgangen i et sådant tilfælde skal kunne udøves på de samme betingelser, når sagen drejer sig om EF-ret.

Der synes heller ikke i det foreliggende tilfælde at være nogen tvivl om, at der findes de nødvendige hensigtsmæssige retsmidler i national ret.

49. Af det anførte følger, at den nævnte dom ikke kan anføres til støtte for den opfattelse, at medlemsstaterne ikke under nogen omstændigheder har en forpligtelse efter fællesskabsretten til at tilvejebringe retsmidler, som giver borgerne mulighed for at sikre en effektiv beskyttelse af deres rettigheder efter fællesskabsretten i de tilfælde, hvor der enten ikke findes de nødvendige retsmidler i forvejen, eller når disse ikke kan anvendes efter de samme betingelser, som gælder på nationalt plan. I øvrigt forudsætter Traktatens artikel 215, stk. 2, at der findes sådanne retsmidler.

50. Heller ikke de to andre domme, som navnlig den tyske regering har henvist til, leverer nogen overbevisende argumenter mod denne opfattelse. Ganske vist fastslog Domstolen i dom af 13. februar 1979 (sag 101/78, Granaria, Sml. s. 623), at

»spørgsmålet, om en national myndighed skal erstatte skader, som medlemsstaternes organer og embedsmænd har forvoldt private ved anvendelse af fællesskabsretten, det være sig ved en krænkelse af fællesskabsretten eller ved en handling eller undladelse i strid med den nationale ret, ... ikke [er] omfattet af Traktatens artikel 215, stk. 2, men skal bedømmes af de nationale domstole på grundlag af den pågældende medlemsstats nationale ret«.

Der forelå imidlertid nogle særlige omstændigheder i Granaria-sagen, som der bør tages hensyn til for at kunne foretage en korrekt bedømmelse af dommens retsvirkninger. For det første vedrørte dommen reelt spørgsmålet, om ansvar for tab forvoldt ved generelle EF-forskrifter, som er kendt ugyldige. Spørgsmålet, om en national myndighed skulle betale erstatning, opstod kun, fordi den havde truffet gennemførelsesbestemmelser til en EF-forordning, som senere viste sig at være ulovlig. For det andet fastslog Domstolen utvetydigt, at den nationale myndighed var forpligtet til at anvende forordningen, så længe den ikke var blevet erklæret ugyldig. Samme betragtning anlagde generaladvokat Capotorti, hvilket i øvrigt foranledigede ham til at bemærke, at der

»i virkeligheden... ikke [er] tale om, at en medlemsstat i nærværende sag har krænket fællesskabsretten«

og at der

»derfor heller ikke [er] grund til at antage, at medlemsstaten er ifaldet ansvar« (Sml. 1979, s. 644, se 2. afsnit i venstre kolonne).

Endelig fremhævede Domstolen, at selv om den pågældende forordning var ugyldig, kunne Fællesskabet ikke af denne grund alene pådrage sig noget ansvar efter Traktatens artikel 215, stk. 2. Under disse omstændigheder er det helt konsekvent, at en national domstol bedømmer et spørgsmål om de nationale myndigheders erstatningsansvar på grundlag af national ret, så meget mere som EF-Domstolen er enekompetent til at afgøre, om Traktatens artikel 215, stk. 2, kan bringes i anvendelse. Desuden står det fast siden afsigelsen af dommen af 27. september 1988 (forenede sager 106/87-120/87, Asteris m.fl., Sml. s. 5515, præmis 18, 19 og 20), at såfremt Fællesskabet ikke ifalder noget erstatningsansvar som følge af en ulovlig retsakt, fordi det ulovlige

forhold ikke er tilstrækkeligt kvalificeret, kan de nationale myndigheder — hvis virksomhed har været begrænset til at gennemføre retsakten, og som det er udelukket at drage til ansvar for ulovligheden — af samme grund ikke være erstatningspligtige, men højst ifalde erstatningsansvar på et andet grundlag end EF-retsaktens ulovlighed. Denne dom er også interessant, fordi den er en illustration af, hvorledes fællesskabsretten påvirker muligheden for at udnytte de nationale retsmidler. Når Domstolen har afvist, at Fællesskabet kan ifalde erstatningsansvar efter Traktatens artikel 215, vil der således heller ikke kunne gennemføres noget erstatningskrav mod medlemsstaten på det samme grundlag, som erstatningskravet mod Fællesskabet er rejst, og som Domstolen har afvist (se også dommens præmis 29).

51. Hvad angår dommen af 9. november 1983 (sag 199/82, San Giorgio, Sml. s. 3595), henviste Domstolen ganske vist til sin traditionelle praksis, hvorefter de materielle og formelle betingelser for krav om tilbagesøgning af nationale afgifter, som er opkrævet i strid med fællesskabsretten, er reguleret af bestemmelserne i den nationale lovgivning, forudsat de ikke er mindre gunstige end dem, der gælder tilsvarende nationale søgsmål, og ikke er udformet på en sådan måde, at det i praksis er umuligt at håndhæve de rettigheder, som hjemles ved Fællesskabets retsorden. Det er dog for mig at se af større betydning for den foreliggende sag, at Domstolen først fastslog,

»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« (præmis 12).

Heraf kan efter min opfattelse klart sluttes, at en medlemsstat *har pligt til* at sikre, at borgerne råder over de nødvendige retsmidler til at kunne gennemføre et krav om tilbagesøgning af afgifter, der er opkrævet i strid med fællesskabsretten, således at de har mulighed for at udnytte deres rettigheder efter fællesskabsretten fuldt ud. Dette bekræftes endvidere af selve domskonklusionen i førnævnte dom, hvori Domstolen kendte for ret, at en medlemsstat ikke må gøre tilbagesøgningen af sådanne afgifter afhængig af bevisregler, som i praksis gør det umuligt at gennemføre kravet,

»endog i det tilfælde, at tilbagebetalingen af andre afgifter og skatter opkrævet i strid med national ret er undergivet samme strenge betingelser«.

Også selv om samtlige nationale skatter og afgifter er undergivet sådanne strenge betingelser kan dette ifølge Domstolen ikke påberåbes som begrundelse for at nægte tilbagebetaling af afgifter, som er opkrævet i strid med fællesskabsretten (se præmis 17).

52. Der er således ingen af de domme, som de procesdeltagende regeringer har påberåbt sig, som støtter den opfattelse, at national ret i den enkelte medlemsstat skal lægges til grund ved afgørelsen af ikke blot efter hvilke betingelser, en medlemsstats erstatningsansvar skal bedømmes, men også *om* medlemsstaten i det konkrete tilfælde kan kendes erstatningsansvarlig og tilpligtes at betale det tab, som er forvoldt private, fordi den har tilsidesat de rettigheder, som tilkommer private efter EF's regler.

— Betydningen af Domstolens domme i sagerne Factortame I og Zuckerfabrik

53. I øvrigt er der for mig at se, siden Domstolen afsagde sin dom af 19. juni 1990 (sag C-213/89, Factortame I, Sml. I, s. 2433), ikke længere tvivl om, at der i visse tilfælde efter fællesskabsretten direkte kan være tillagt de nationale retsinstanser den nødvendige kompetence til at sikre en effektiv beskyttelse af privates rettigheder efter EF's regler, selv om de nationale retsinstanser ikke har nogen tilsvarende kompetence på nationalt plan [14]. Det fremgår nemlig af denne dom, at nationale domstole efter fællesskabsretten er forpligtet til at udsætte gennemførelsen af en national retsforskrift, som formodentligt strider mod fællesskabsretten, selv om de nationale domstole ikke efter national ret har nogen beføjelse til at anordne foreløbige forholdsregler, som indebærer, at fuldbyrdelsen af nationale retsforskrifter udsættes.

54. Jeg skal tilføje, at det fremgår af Domstolens dom af 21. februar 1991 (forenede sager C-143/88 og C-92/89, Zuckerfabrik Süderdithmarschen og Zuckerfabrik Soest, Sml. I, s. 415), at der i fællesskabsretten endog kan fastsættes betingelser for udøvelse af den kompetence, som nationale domstole i kraft af fællesskabsretten er udstyret med. I denne dom fastslog Domstolen nemlig for det første, at

»den foreløbige retsbeskyttelse, som fællesskabsretten sikrer parterne i sager ved de nationale domstole, kan ikke være forskellig, alt efter om det gøres gældende, at nationale retsregler er uforenelige med fællesskabsretten, eller at afledede fællesskabsretsakter er ugyldige, eftersom begge anbringender støttes på selve fællesskabsretten« (præmis 20).

Domstolen behandlede herefter spørgsmålet om, hvornår de nationale retter kan anordne en sådan foreløbig retsbeskyttelse (dvs. i det konkrete tilfælde udsætte gennemførelsen af en national forvaltningsakt, som var udstedt på grundlag af en EF-forordning) med den begrundelse, at der er tvivl om forordningens gyldighed. Domstolen fastslog i den forbindelse, at der er forskel i medlemsstaternes nationale ret på betingelserne for at udsætte gennemførelsen af forvaltningsakter, og at disse forskelle kan indebære en

»risiko for, at fællesskabsretten ikke anvendes ensartet« (præmis 25).

Domstolen fastslog imidlertid, at en ensartet anvendelse af fællesskabsretten er

»et grundlæggende krav i Fællesskabets retsorden«,

hvoraf følger,

»at der i alle medlemsstater i alt fald må gælde ensartede betingelser for at udsætte gennemførelsen af forvaltningsakter, der har hjemmel i en fællesskabsforordning, under en sag om foreløbige forholdsregler, selv om

14 — Herom kan henvises til D. Simon og A. Barav: »Le droit communautaire et la suspension provisoire des mesures nationales — Les enjeux de l'affaire Factortame«, *Revue du marché commun*, nr. 340, oktober 1990, s. 591, se s. 596. Se endvidere D. Curtin: »Directives: the effectiveness of judicial protection of individual rights«, *Common Market Law Review 27*, 1990, s. 709, se s. 735.

denne, for så vidt angår begæringens indgivelse og sagens oplysning, behandles efter national procesret« (præmis 26).

Endelig fastsatte Domstolen de ensartede betingelser, som den fandt måtte gælde i sådanne tilfælde, hvorved den tog udgangspunkt i de gældende betingelser for at anordne forholdsregler om udsættelse i henhold til EØF-Traktatens artikel 185.

55. Ganske vist drejede Zuckerfabrik-sagerne sig om udsættelsen af en national *forvaltningsakt*, som var udstedt i medfør af en EF-forordning, og som begæredes udsat, fordi der var tvivl om forordningens gyldighed. I dommens præmis 20, som jeg har citeret ovenfor, drog Domstolen dog udtrykkeligt en parallel mellem den situation, som forelå i Zuckerfabrik-sagen, og den, som forelå i Factortame I-sagen, der drejede sig om udsættelsen af en *national lov* på grund af tvivl om dennes forenelighed med fællesskabsretten. Som jeg tidligere har været inde på, har de nationale domstole i et sådant tilfælde beføjelse, og endog pligt, efter fællesskabsretten til at udsætte en national lov, selv om de ikke efter national ret har en lignende beføjelse eller pligt i tilsvarende situationer, hvor der ikke er tale om EF-ret. Det er derfor ikke udelukket, at de af Domstolen i Zuckerfabrik-dommen fastsatte *betingelser for at udsætte* gennemførelsen af en national forvaltningsakt også finder anvendelse ved udsættelsen af en national lov, som er i strid med fællesskabsretten [15]. Da princippet om fællesskabsrettens forrang gælder, uanset hvilken rangfølge de nationale retsforskrifter indtager i normhierarkiet, mener jeg, at man i hvert fald principielt ikke bør behandle nationale lovgivningsforanstaltninger anderledes end nationale foranstaltninger af lavere rang. Dette bekræftes for mig at se af den omstændighed, at Domstolen, som tidligere nævnt, ved fastsættelsen af betingelserne for at udsætte gennemførelsen af en retsakt har taget udgangspunkt i sin egen praksis i henhold til EØF-Traktatens artikel 185, hvorefter enhver retsakt, som anfægtes under en sag ved Domstolen, herunder forordninger i henhold til artikel 189, vil kunne udsættes.

56. Den del af Domstolens praksis, som jeg har gennemgået ret udførligt i det foregående, vedrører som anført direkte anvendelige EF-regler og kan altså ikke uden videre overføres til situationer, hvor borgerne ikke har mulighed for at påberåbe sig deres rettigheder efter EF's regler direkte ved de nationale domstole. Det har imidlertid været nødvendigt at gennemgå denne del af Domstolens praksis, fordi de regeringer, som har afgivet indlæg for Domstolen, har påberåbt sig de nævnte domme til støtte for det, efter min opfattelse fejlagtige, synspunkt, at EF-retten ikke indeholder nogen hjemmel for private til at anlægge sag ved de nationale domstole med påstand om erstatning af tab, som de har lidt ved, at en medlemsstat har tilsidesat sine EF-retlige forpligtelser og navnlig har undladt at gennemføre et direktiv i national ret. *Da grundlaget for denne del af Domstolens praksis imidlertid er EF-reglernes direkte virkning*, står det *spørgsmål* tilbage, om der findes andre *grundlæggende hensyn*, som tilsiger, at de nationale domstole bør have kompetence til at tage en erstatningspåstand til følge i forbindelse med EF-regler, som ikke har nogen direkte virkning.

15 — Denne opfattelse vil i hvert fald løse de problemer, som endnu består, da Domstolen ikke præciserede nærmere i Factortame I-dommen, hvilke betingelser der gælder for udøvelse af den i dommen fastslåede kompetence. Jf. herom førnævnte artikel af D. Simon og A. Barav, se navnlig s. 597.

— Statens erstatningspligt i forbindelse med retsforskrifter, som ikke har direkte virkning

57. Vedrørende dette spørgsmål er der først grund til, som anført af sagsøgerne i hovedsagerne og Kommissionen, at omtale den praksis, Domstolen følger i traktatbrudssager, og som går ud på, at der godt kan være en retlig interesse i at opnå en dom, der fastslår et traktatbrud, selv om traktatbruddet er bragt til ophør, om end dette først er sket efter udløbet af fristen i den begrundede udtalelse, som afgives i henhold til Traktatens artikel 169. Den retlige interesse heri kan nemlig bestå i at

»fastlægge grundlaget for det ansvar, en medlemsstat som følge af traktatbruddet kan pådrage sig over for andre medlemsstater, Fællesskabet eller privatpersoner« [16].

Selv om denne udtalelse er holdt i meget generelle vendinger, indeholder den dog en klar angivelse af, at private kan påberåbe sig en dom, der fastslår et traktatbrud som grundlag for at anlægge erstatningssag mod den medlemsstat, som har tilsidesat sine forpligtelser. Under alle omstændigheder kan det for mig at se ikke være afgørende for det principielle erstatningsspørgsmål, at Domstolen kun omtalte det som en mulighed, at staten kan ifalde erstatningsansvar. Hermed kan Domstolen nemlig tænkes at ville angive, at det ikke er tilstrækkeligt, at staten har gjort sig skyldig i en ulovlig handlemåde, men at der også skal være opfyldt en række andre betingelser, for at den kan pådrage sig et erstatningsansvar. Af relevans er det således, at Domstolen, som tidligere nævnt, ved dom af 2. februar 1989 (sag 22/87, Sml. 143), afsagt i henhold til Traktatens artikel 169, fastslog, at Italien havde tilsidesat sin forpligtelse til at gennemføre direktiv 80/987 i national ret.

16 — Jf. herom senest dom af 19.3.1991 (sag C-249/88, Kommissionen mod Belgien, Sml. I, s. 1275, præmis 41).

58. Endvidere bør omtales følgende udtalelse fra Domstolen, hvori den henviste til sin kendelse af 28. marts 1980 (forenede sager 24/80 og 97/80-R, Kommissionen mod Frankrig, Sml. s. 1319, præmis 16):

»... konstateringen i en retskraftig dom af, at den pågældende medlemsstat har tilsidesat sine fællesskabsretlige forpligtelser, [medfører,] at de kompetente myndigheder har absolut forbud mod at anvende en national retsforskrift, der er kendt uforenelig med Traktaten, og at de i påkommende tilfælde er forpligtet til at vedtage enhver bestemmelse til fremme af den fulde gennemførelse af fællesskabsretten« [17].

Der kan drages to slutninger af det foregående. For det første, at en dom om et traktatbrud har retskraft for alle den berørte medlemsstats organer og derfor skal følges ikke blot af den udøvende magt, men også af lovgiver og domstolene. For det andet, at såfremt det er et uhensigtsmæssigt middel at lade den nationale retsforskrift, som strider mod fællesskabsretten, forblive uanvendt eller dette middel ikke er tilstrækkeligt til at sikre fællesskabsrettens fulde virkning, er alle de nævnte myndigheder forpligtet til at træffe alle andre foranstaltninger, som er nødvendige for at sikre EF-retten dens fulde virkning.

59. Det ses ikke, hvorfor denne konklusion ikke også skulle gælde for forholdsregler til at sikre erstatning af det tab, som er opstået ved, at en medlemsstat har tilsidesat sine forpligtelser efter fællesskabsretten. Det er i

17 — Se herom tillige dom af 13.7.1972 (sag 48/71, Kommissionen mod Italien, Sml. 1972, s. 135, præmis 7). Det bør fremhæves, at Domstolen i denne dom udtrykkeligt tog til efterretning, at Italien havde bragt traktatbruddet til ophør med virkning fra det tidspunkt, da dette var indtrådt (12 se præmis 11 og domskonklusionens punkt 1).

den forbindelse interessant at lægge mærke til, at første gang Domstolen fastslog, at der kan bestå en retlig interesse i at opnå en fældende dom, afsagt i henhold til Traktatens artikel 169 eller artikel 171 — nemlig med henblik på at få konstateret, om der er grundlag for at pålægge medlemsstaten et erstatningsansvar — skete det som begrundelse for at forkaste en indsigelse fra den sagsøgte medlemsstat, som havde gjort gældende, at det ikke havde noget formål at forfølge traktatbrudssagen, fordi

»det ikke længere [var] fysisk muligt med tilbagevirkende kraft at opfylde de forpligtelser, som skulle være opfyldt i den periode, der er nævnt i de pågældende fællesskabsbestemmelser« (jf. dom af 7.2.1973, sag 39/72, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 101, præmis 8).

Den erstatningspligt, som medlemsstaten kan pålægges, vil således i givet fald kunne afbøde virkningerne af, at det er udelukket at give de gennemførelsesforanstaltninger, hvormed den forsømmelige medlemsstat påtænker at efterkomme sine forpligtelser, tilbagevirkende kraft.

60. Den anden slutning, der kan drages af det foregående er, at en medlemsstat vil berøve fællesskabsretten dens tilsigtede virkning, hvis den undlader at opfylde sine forpligtelser, herunder at gennemføre et direktiv. Dette må for mig at se også gælde for EF-regler, som ikke er direkte anvendelige, herunder direktivbestemmelser, som ikke har direkte virkning. Den omstændighed, at et direktiv ikke har direkte virkning, er jo ikke ensbetydende med, at det ikke har til formål at tillægge private rettigheder, men blot, at disse rettigheder ikke er tilstrækkeligt præcise og ubetingede til at kunne påberåbes og håndhæves, medmindre den medlemsstat, som direktivet er rettet til, har truffet de nødvendige gennemførelsesforanstaltninger. Man må i den forbindelse heller ikke glemme, at et direktiv er bindende med hensyn til det tilsigtede mål, og at dette mål netop kan tænkes at være, at tillægge private rettigheder.

61. Hertil kommer, at fællesskabsretten vil blive anvendt forskelligt, såfremt nogle medlemsstater opfylder deres forpligtelser og gennemfører de direktiver, som er rettet til dem, i national ret, men andre ikke. Hvad angår et direktiv, som ikke har direkte virkning, vil det grundlæggende krav om fællesskabsrettens ensartede anvendelse i det mindste blive delvis efterlevet, hvis de private, som berøves deres rettigheder, fordi direktivet ikke gennemføres, opnår en tilnærmelsesvis fuld erstatning herfor.

62. Endelig har Domstolen allerede fastslået, at formålet med Traktatens artikel 169, 170 og 171 er at få bragt traktatbrud *effektivt* til ophør, såvel deres *fortidige som deres fremtidige* virkninger. Ganske vist bemærkede Domstolen i sin dom af 12. juli 1973 (sag 70/72, Kommissionen mod Tyskland, Sml. s. 813, præmis 13), at

»det tilkommer fællesskabsmyndighederne, der har til opgave at sikre Traktatens overholdelse, at bestemme det omfang, hvori den medlemsstaten påhvilende forpligtelse i givet fald kan konkretiseres i begrundede udtalelser... i medfør af artikel 169... eller i en til Domstolen indgivet stævning«.

Denne præcisering ændrer dog ikke princippet, men blev anført af Domstolen som begrundelse for at forkaste en formalitetsindsigelse, som begrundedes med, dels at

»Domstolen inden for rammerne af en sag mod en medlemsstat må indskrænke sig til at fastslå ikke-overholdelsen af en forpligtelse uden at kunne dømme medlemsstaten til at træffe bestemte forholdsregler«,

dels at

»det tilkommer alene den pågældende medlemsstat at bestemme de foranstaltninger, som gennemførelsen af Domstolens dom indebærer med henblik på at ophæve følgerne af ikke-overholdelsen« (præmis 10).

Den omstændighed, at en dom om et traktatbrud kun er retskonstaterende, kan således ikke fritage medlemsstaten fra dens forpligtelse efter Traktatens artikel 171 til at

»gennemføre de til dommens opfyldelse nødvendige foranstaltninger«

og dermed til eventuelt at måtte erstatte tabet som følge af traktatbruddet.

63. Dette fremgår i hvert fald af Domstolens dom af 16. december 1960 (sag 6/60, Humblet, Sml. 1954-1964, s. 207), hvori Domstolen understregede, at domme i traktatbrudssager er retskonstaterende og tilføjede, at

»hvis Domstolen konstaterer, at en ved lov eller administrativt tilblevet retsakt, som hidrører fra myndighederne i en medlemsstat, strider mod fællesskabsretten, er denne stat i medfør af EKSF-Traktatens artikel 86 (som er den bestemmelse, der svarer til EØF-Traktatens artikel 171) forpligtet til både at ophæve den pågældende retsakt og at råde bod på de ulovlige virkninger, den eventuelt har frembragt«.

64. Den dom, Domstolen senere afsagde den 14. december 1982 (forenede sager 314/81-316/81 og 83/82, Waterkeyn m.fl., Sml. s. 4337), yder ikke efter min opfattelse støtte for det modsatte synspunkt. I denne dom udtalte Domstolen, at

»domme, der er afsagt i medfør af artiklerne 169-171, har i første række... til formål at fastslå medlemsstaternes pligter«

og at

»borgernes rettigheder følger af selve fællesskabsrettens bestemmelser, når disse har direkte virkning i medlemsstaternes interne retsorden...« (præmis 15).

Heraf synes det ved første øjekast at kunne sluttes, at private ikke kan støtte ret på en dom, der fastslår et traktatbrud. Ved nærmere eftersyn fremgår det imidlertid af dommen, at Domstolen med sin besvarelse af det i sagen forelagte spørgsmål vedrørende retsvirkningerne af en tidligere afsagt dom i en traktatbrudssag blot har villet fastslå, at private ikke behøver afvente en traktatbrudsdom for at kunne gøre deres rettigheder gældende, når der er tale om EF-reg-

ler, som er direkte anvendelige, men kan støtte ret direkte på EF-reglerne. Dette bekræftes for mig at se af, at Domstolen som svar på det forelagte spørgsmål først fastslog, at

»medlemsstaternes retter [i den stat som har begået traktatbruddet] [er] forpligtet til i medfør af artikel 171 at lægge Domstolens dom til grund«

og dernæst præciserede dette ved at tilføje følgende:

»idet det dog bemærkes, at de rettigheder, der tilkommer borgerne, ikke følger af dommen, men af selve de fællesskabsretlige bestemmelser, der har direkte virkning i den interne retsorden«.

I øvrigt er de krav, som en privat kan rejse under et erstatningssøgsmål, *ikke identisk med de rettigheder, som er fastsat i selve den tilsidesatte EF-forskrift, men højst krav, der træder i stedet for* de rettigheder, den private ulovligt er blevet berøvet.

65. De to sidstnævnte domme er også vigtige af andre grunde. I Waterkeyn-dommen fastslog Domstolen nemlig, at

»alle den berørte medlemsstats organer er [i medfør af Traktatens artikel 171] forpligtet til at sikre gennemførelsen af Domstolens dom inden for deres respektive kompetenceområder« (præmis 14).

Dette er blot en følge af, at

»medlemsstaterne efter artikel 169 i Traktaten ifalder ansvar, *uanset til hvilket statsorgan undladelsen kan henføres*, og at en medlemsstat ikke kan påberåbe sig bestemmelser, praksis eller øvrige forhold i dens interne retsorden, til støtte for, at forpligtelser og frister i fællesskabsdirektiverne ikke overholdes« [18]

eller til støtte for ikke at overholde fællesskabsretten som helhed. Endvidere har Domstolen udtrykkeligt fastslået i Humbletdommen, at forpligtelsen til at ophæve en national retsakt, som strider mod fællesskabsretten, og at erstatte det tab, denne retsakt måtte have medført, følger af selve Traktaten, der har lovkraft i medlemsstaterne som følge af, at den er blevet ratificeret, og har forrang for national ret (Sml. 1954-1964, s. 207). En medlemsstat kan derfor ikke påberåbe sig princippet om lovgivers ansvarsfrihed for generelle retsakter — uanset om dette princip har rang af forfatning [19] — som begrundelse for at unddrage sig sine traktatmæssige forpligtelser til

18 — Jf. dom af 26.2.1976 (sag 52/75, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 277, præmis 14).

19 — Jf. herom, ud over dommen af 15.7.1964 i sag 6/64, Costa (Sml. 1954-1964, s. 531), navnlig dommen af 17.12.1970 i sag 11/70, Internationale Handelsgesellschaft (Sml. 1970, s. 235, præmis 3), hvori det hedder: »Dersom nemlig den af Traktaten, dvs. af en autonom retskilde flydende ret skulle vige for *nationale retsregler, af hvad art disse end måtte være*, ville den miste sin karakter af fællesskabsret, og det retlige grundlag for selve Fællesskabet ville blive bragt i fare; derfor påvirkes en fællesskabsakts gyldighed eller virkning i en medlemsstat ikke af, at det gøres gældende, at den krænker de fundamentale rettigheder, som de er udformet i statens forfatning, eller *grundsætninger i en national forfatningsstruktur.*»

at træffe alle de foranstaltninger, som er nødvendige for at sikre fællesskabsretten dens fulde virkning, om nødvendigt ved at erstatte det tab, private har lidt, ved at medlemsstaten har tilsidesat sine EF-retlige forpligtelser[20]. Som Domstolen har fastslået i anden sammenhæng, nemlig vedrørende nationale budgetlovsprocedurer, påhviler det tværtimod medlemsstaten

»i overensstemmelse med [dens] almindelige forpligtelser... i henhold til Traktatens artikel 5... i sin interne retsorden [at] drage konsekvenserne af sin tilknytning til Fællesskabet, og, dersom der er behov for det, tilpasse sin finanslovsprocedure således, at denne ikke udgør en hindring for... opfyldelse af de forpligtelser, som påhviler den inden for Traktatens rammer«[21].

Dette må efter min opfattelse gælde så meget mere, som det ikke altid — og ikke i alle medlemsstater — henhører under den lovgivende magts kompetence at gennemføre direktiverne, og at det derfor ville medføre forskelligheder, såfremt medlemsstaterne kunne skubbe ansvaret fra sig ved at henvise til princippet om lovgivers ansvarsfrihed for generelle retsakter. Der kan nemlig her tænkes at opstå forskelligheder ikke blot fra den ene medlemsstat til den anden afhængig af, om der gælder et sådant princip i den pågældende medlemsstat, eller om det tilkommer lovgiver at gennemføre direktiverne, men også forskelligheder inden for den enkelte medlemsstat afhængig af, om lovgiver er kompetent til at gennemføre visse, men ikke alle direktiver. Jeg skal i den forbindelse tilføje, at Domstolen i førnævnte kendelse af 28. marts 1980 (Sml. s. 1333, punkt 16) allerede udtrykkeligt havde fastslået, at

»konstateringen i en retskraftig dom af, at den pågældende medlemsstat har tilsidesat sine fællesskabsretlige forpligtelser, [medfører, at medlemsstaten] ... er forpligtet til at træffe alle egnede foranstaltninger til fjernelse af undladelsen, uden at der heroverfor kan anføres nogen hindring«.

66. Jeg tror, at man efter alt det anførte kan konkludere, at såfremt Domstolen har fastslået, at en medlemsstat har tilsidesat sine forpligtelser ved ikke at gennemføre direktivbestemmelser i national ret, selv om disse ikke har direkte virkning, er medlemsstaten forpligtet til at tilvejebringe hensigtsmæssige retsmidler for de borgere, som har rettigheder efter direktivet, så de har mulighed for at hævde disse, om fornødent ved at anlægge erstatningssag mod staten.

67. Man kan imidlertid også rejse det spørgsmål, om der ikke inden for den kategori af direktiver, som ikke har direkte virkning, bør foretages en sondring mellem dem, som tilsigter at pålægge staten forpligtelser, og dem, som tilsigter at pålægge private virksomheder forpligtelser, med den følge, at det i sidstnævnte tilfælde er udelukket, at staten ifalder noget ansvar. I dette tilfælde er staten jo, når alt kommer til alt, kun ansvarlig for direktivets gennemførelse

20 — R. Kovar har herom anført: »Den lovgivende magts ansvar følger af selve fællesskabsrettens forrang. Den nationale retstilstand må derfor tilpasses, så den fuldt ud sikrer beskyttelsen af de rettigheder, som er anerkendt at tilkomme EF-landenes statsborgere.« (se »Voies de droit ouvertes aux individus devant les instances nationales en cas de violation des normes et décisions du droit communautaire« i *Le recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européen*, Bruxelles, Larcier, 1978, s. 245, se s. 274).
Forfatteren anlægger de samme betragtninger på domstolenes faktiske erstatningsansvar og anfører, at når EF-Domstolen har fastslået, at en dom, som er afsagt af en national domstol, og som har fået retskraft, strider mod fællesskabsretten,»skal det tab, som er opstået som følge heraf, erstattes« (s. 275).

21 — Jf. dom af 8.2.1973 (sag 30/72, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 161, præmis 11).

og ikke for de omstændigheder, som er den direkte årsag til det tab, borgeren lider, eksempelvis, at han ikke får udbetalt sin løn, at en kvinde får udbetalt for lav løn eller at et produkt er defekt.

Pålægger direktivet derimod staten selv forpligtelser (eller et organ, som må identificeres med staten), gør staten sig på to måder skyldig i en forsømmelse, nemlig ved for det første ikke at have gennemført direktivet, og ved for det andet ikke at have opfyldt de forpligtelser, den er pålagt ved direktivet.

68. Jeg mener dog ikke, at man kan anlægge denne sondring, da hele det ræsonnement, som jeg har udviklet i det foregående, er baseret på den forudsætning, at enhver undladelse af at gennemføre et direktiv i sig selv udgør en tilsidesættelse af Traktatens artikel 5 og 189, dvs. et retsstridigt forhold, som indebærer en culpøs handling, der skal erstattes af staten, såfremt det påfører private et tab.

69. Da selve grundlaget for et erstatningssøgsmål mod staten for manglende opfyldelse af dens EF-retlige forpligtelser altså beror på fællesskabsretten, står endnu det problem tilbage at undersøge, hvilke materielle og formelle betingelser, et sådant søgsmål da skal opfylde.

— Materielle og formelle betingelser for erstatningssøgsmålet

70. Jeg skal vedrørende dette spørgsmål foreslå Domstolen at antage en tilsvarende løsning, som den gjorde i dom af 21. februar 1991 i den tidligere nævnte Zuckerfabrik-sag. I denne sag fastsatte Domstolen som bekendt — under henvisning til det afgørende hensyn til en ensartet anvendelse af fællesskabsretten — af egen drift en række betingelser, som de nationale domstole skal overholde, når de udsætter gennemførelsen af en national retsakt, der er udstedt i medfør af en EF-forordning. Domstolen tog herved udgangspunkt i de betingelser, der gælder for dens egne afgørelser i sager, hvor en af EF-institutionernes retsakter begæres udsat i henhold til EØF-Traktatens artikel 185. Som begrundelse herfor henviste Domstolen til nødvendigheden i, at der er »sammenhæng i bestemmelserne om foreløbige forholdsregler« til beskyttelse af borgernes rettigheder i henhold til EF's regler, hvorefter der skal være hjemmel for de nationale domstole til at udsætte fuldbyrdelsen af en national forvaltningsakt, som er udstedt på grundlag af en retsakt fra en EF-institution, hvis lovlighed anfægtes, på de samme betingelser, som gælder, når Domstolen selv udsætter gennemførelsen af en sådan retsakt (jf. præmis 18 og 27 i Zuckerfabrik-dommen). Domstolen nøjedes dog med at fastsætte de ensartede betingelser, der skal gælde for at udsætte fuldbyrdelsen af en retsakt, og henviste i øvrigt til national ret, for så vidt angår procedurereglerne (jf. dommens præmis 26).

71. Hvad angår den foreliggende sag, synes det mest rimeligt, at der gælder de samme betingelser, når de nationale domstole tilkender erstatning på grund af en medlemsstats tilsidesættelse af fællesskabsretten, som når Domstolen tilkender erstatning på grund af en EF-institutions tilsidesættelse af fællesskabsretten. Hermed undgås, at en medlemsstat ifalder ansvar på grund af et statsorgans tilsidesættelse af fællesskabsretten, hvis en EF-institution ikke i et tilsvarende tilfælde ville ifalde erstatningsansvar uden for kontrakt ved en sådan tilsidesæt-

telse. Dette må efter min opfattelse gælde så meget mere, som de regler, Domstolen har opstillet på grundlag af Traktatens artikel 215, stk. 2, må antages at bygge på almindelige retsgrundsætninger, som er fælles for medlemsstaternes retssystemer. Denne retsstilling kan man i øvrigt for mig at se udlede allerede af Domstolens udtalelse i præmis 18 i førnævnte dom af 27. september 1988, Asteris m.fl. Heri antog Domstolen nemlig, at når det ved dom er fastslået, at Fællesskabet ikke ifalder noget ansvar efter Traktatens artikel 215, stk. 2, på grund af ulovligheden af en ulovlig retsakt fra en EF-institution, er dommen

»til hinder for, at en national myndighed, som blot har gennemført fællesskabsbestemmelserne, men ikke er ansvarlig for den mangel, som disse er behæftet med, drages til ansvar på samme grundlag«.

72. Jeg skal dog her for klarhedens skyld fremhæve, at selv om der foreligger en situation, hvor den nationale domstol efter den af mig foreslåede løsning *ikke er forpligtet* til at kende staten erstatningspligtig for tilsidesættelse af fællesskabsretten, nemlig når Fællesskabet ikke i en tilsvarende situation ville ifalde noget erstatningsansvar uden for kontrakt for en EF-institutions tilsidesættelse af fællesskabsretten, kan den ikke desto mindre fastslå, at staten ifalder et sådant ansvar efter mindre strikte erstatningsregler, såfremt national ret indeholder hjemmel dertil. De nationale domstole er med andre ord forpligtet til at kende staten erstatningspligtig *i hvert fald* i de tilfælde, hvor Fællesskabet ifalder ansvar.

73. Betingelserne herfor har Domstolen præciseret i dom af 28. april 1971 (sag 4/69, Lütticke, Sml. 1971, s. 73), og siden hen fastslået gentagne gange i sin praksis (se herom f.eks. dom af 14.1.1987, sag 281/84, Zuckerfabrik Bedburg, Sml. s. 49, præmis 17). De lyder således:

»ifølge Traktatens artikel 215, stk. 2, og de generelle retsgrundsætninger, hvortil der henvises i denne bestemmelse, forudsætter Fællesskabets ansvar, at der er opfyldt en række betingelser for så vidt angår tabets indtræden, årsagssammenhængen mellem denne adfærd og det påberåbte tab, og retsstridigheden af institutionernes adfærd«.

Da de to første betingelser ikke er særegne for de erstatningsregler, som gælder for EF's institutioner[22], og ikke kommer direkte på tale i den foreliggende sag, som drejer sig om, under hvilke betingelser medlemsstaternes handlinger — eller snarere deres undladelser — kan påføre dem et ansvar, er det i denne sag for mig at se kun nødvendigt at uddybe betingelsen om, at den handlemåde, som tabet beror på, skal være retsstridig. Af interesse er navnlig den situation, hvor den retsakt, som det påståede tab beror på, er en generel retsakt, da gennemførelsen af direktiver i national ret normalt skal ske ved udstedelse af generelle retsakter, uanset om disse i øvrigt udstedes af den udøvende eller af den lovgivende magt. For at gennemføre de her i sagen relevante bestemmelser i Rådets direktiv 80/987 i italiensk ret havde det under alle omstændigheder været nødvendigt at udstede generelle retsakter.

22 — Jf. herom R. Joliet: *Le droit institutionnel des Communautés européennes — Le contentieux*, Liège, 1981, s. 259.

74. Spørgsmålet er altså, om det er tilstrækkeligt for, at en stat kan pådrage sig erstatningsansvar, at den har gjort sig skyldig i en retsstridig handlemåde. Hvad angår anvendelsen af begreberne »retsstridigt forhold« og »fejl«, har Domstolens praksis gennemgået en vis udvikling, hvorom jeg kan henvise til den afhandling om spørgsmålet, som er skrevet af dommer ved EF-Domstolen, Schockweiler[23]. Dommen af 18. april 1991 (sag C-63/89, Les assurances du crédit et Compagnie belge d'assurance crédit SA mod Rådet og Kommissionen, Sml. I, s. 1799, præmis 12 og 13) udgør utvivlsomt det sidste trin i denne udvikling. I denne dom hedder det:

»Som Domstolen har statueret med hensyn til Fællesskabernes ansvar for generelle retsakter, der indebærer beslutninger vedrørende den økonomiske politik, ved hvis udarbejdelse fællesskabsinstitutionerne ligeledes har et vidt skøn, er et koordineringsdirektivs ulovlighed derfor ikke i sig selv tilstrækkeligt til at pådrage Fællesskabet et ansvar uden for kontrakt. Et sådant ansvar kan kun pådrages, såfremt der foreligger en tilstrækkeligt kvalificeret krænkelse af en højere retsregel til beskyttelse af private, og såfremt de pågældende institutioner åbenbart og groft har overskredet grænserne for udøvelsen af deres beføjelser.

Det må derfor undersøges, om de anfægtede direktiver er ulovlige, og i bekræftende fald, om den *fejl, der følger af denne ulovlighed*, opfylder de ovenfor nævnte betingelser og således kan pådrage Fællesskabet ansvar.«

23 — »Le régime de la responsabilité extracontractuelle du fait d'actes juridiques dans la Communauté européenne«, af F. A. Schockweiler i samarbejde med G. Wivenes og J. M. Godart, *Revue trimestrielle de droit européen*, januar-marts 1990, s. 27, se s. 54 ff.

75. Af dette sidste afsnit mener jeg at måtte slutte, at Domstolen opfatter begreberne »ulovlighed« og »fejl« som synonymer, når der er tale om generelle retsakter. Heraf følger, at uanset om det efter national ret kræves, at der ikke blot skal foreligge et ulovligt forhold, men også være ført bevis for, at der er begået en fejl, behøver den nationale domstol ikke (når der er tale om generelle retsakter), efterprøve, om der er begået en sådan fejl, men kan nøjes med at undersøge, om de øvrige af de betingelser, Domstolen stiller i sin praksis, er opfyldt.

76. Når Domstolen har fastslået ved en *dom i en traktatbrudssag*, at et direktiv ikke er blevet gennemført eller er mangelfuldt gennemført, burde efterprøvelsen af, om disse betingelser er opfyldt, således ikke volde de nationale domstole uoverstigelige problemer. En sådan dom må udgøre fornødent grundlag til at fastslå, at der foreligger en »*tilstrækkeligt kvalificeret krænkelse af en højere retsregel*«. Enhver mangelfuld gennemførelse af et direktiv udgør nemlig en tilsidesættelse af de grundlæggende bestemmelser i Traktatens artikel 5 og artikel 189, stk. 3, hvorefter medlemsstaterne er forpligtet til at træffe alle de foranstaltninger, som er nødvendige for en korrekt gennemførelse af direktiver i national ret (hvis der er tale om et direktiv, der forpligter medlemsstaterne til at præstere visse ydelser, udgør den manglende gennemførelse af direktivet desuden en tilsidesættelse af denne forpligtelse).

Man kan i øvrigt endog rejse det spørgsmål, om denne betingelse behøver være opfyldt i det foreliggende tilfælde. I Domstolens praksis er kriteriet om, at der skal foreligge en tilstrækkeligt kvalificeret krænkelse af en højere retsregel nemlig kun nævnt i domme, som vedrører de »*politisk-økonomiske valg*«, EF-institutionerne skal træffe. I denne del af

sin praksis stiller Domstolen den betingelse, at den pågældende EF-institution i de tilfælde, hvor den råder over en *vid skønsbeføjelse*[24], *åbenbart og groft har overskredet grænserne* for sin beføjelse. Såfremt der er tale om gennemførelse af direktiver, som er bindende for medlemsstaterne med hensyn til det tilsigtede mål, men overlader dem selv at vælge form og midler, kan der derimod ikke siges at foreligge et »politisk-økonomisk valg« eller en »vid skønsbeføjelse«.

Under alle omstændigheder kan Domstolen altså fastslå, at en manglende eller mangelfuld gennemførelse af et direktiv udgør et retsstridigt forhold, som påfører staten et ansvar, hvis også alle de øvrige betingelser herfor er opfyldt.

77. Jeg kommer herefter til betingelsen om, at den tilsidesatte EF-regel skal være en »*regel til beskyttelse af private*«. Denne betingelse må nødvendigvis vurderes på baggrund at de direktivforskrifter, som er omhandlet her i sagen, og som ikke er blevet korrekt gennemført. Allerede ud fra mere generelle betragtninger kan man dog vanskeligt forestille sig en situation, hvor en privat skulle kunne gøre gældende at have lidt tab på grund af en retsregels tilsidesættelse, hvis ikke denne retsregel har til formål at beskytte hans interesser[25]. I øvrigt kan der ikke i den foreliggende sag være tvivl om, at de relevante bestemmelser i direktiv 80/987 vitterligt har til formål at beskytte privates interesser, nærmere betegnet arbejdstagernes interesser i det tilfælde, hvor arbejdsgiveren er blevet insolvent, således som det fremgår af selve direktivets titel og dets første betragtning.

78. *Hvad angår de formelle eller processuelle betingelser,* er det dog, som anført i det foregående, reglerne i de enkelte medlemsstaters lovgivning, som skal følges. En sådan generel henvisning til national ret, som Domstolen foretog allerede i Russo-dommen, kan ganske vist undertiden føre til forskelle, f.eks. med hensyn til forældelse. Så længe der imidlertid ikke er vedtaget EF-regler på området, hvorved der er indført ensartede betingelser — og som i givet fald vil kunne vedtages i henhold til Traktatens artikel 100, 101 og 102 samt artikel 235[26] — må man finde sig i disse ulemper, ligesom det er tilfældet med de ulemper, som beror på, at procedurerne for tilbagesøgning af uretmæssigt opkrævede beløb er undergivet nationale retsregler. For at begrænse disse ulemper til et absolut og acceptabelt minimum bør der i øvrigt stilles de samme to betingelser for at anvende de formelle og processuelle regler i national ret, som Domstolen stiller i sin praksis til de materielle og formelle regler for tilbagebetaling af nationale afgifter, som er opkrævet uretmæssigt, nemlig at de »ikke må være mindre gunstige end dem, der gælder for tilsvarende nationale søgsmål, og at de ikke må udformes således, at de i praksis umuliggør hævdelse af rettigheder, som hjemles ved Fællesskabets retsor-

24 — Vedrørende kriteriet om »generelle retsakter«, som er »kendetegnet ved udøvelsen af en vid skønsbeføjelse«, se bl.a. dom af 30.5.1989 (sag 20/88, Roquette, Sml. s. 1553, præmis 23).

25 — Det er efter fællesskabsretten tilstrækkeligt, at skadelidte har »en interesse«, og ikke nogen betingelse, at han har subjektive rettigheder. Se herom, ud over de af Kommissionen nævnte domme i Vloeberghs- og Kampffmeyer-sagerne (jf. retsmøderapportens punkt 17), tillige R. Joliet: *Le droit institutionnel des Communautés européennes — Le contentieux*, Liège, 1981, s. 268, og M. Waelbroeck i J. Mégret: *Le droit de la Communauté économique européenne*, volume 10, bind 1, Bruxelles, 1983, s. 292.

26 — Se herom, for så vidt angår sager om tilbagesøgning af nationale afgifter, der er opkrævet i strid med fællesskabsretten, domme af 16.12.1976 (sag 33/76, Rewe, Sml. s. 1989, præmis 5, og sag 45/76, Comet, Sml. s. 2043, præmis 14).

den« (se præmis 12 i førnævnte dom i San Giorgio-sagen, Sml. 1983, s. 4595) [27].

79. Hvad angår tvisterne i hovedsagerne følger det af det anførte, at den italienske stat ifølge fællesskabsretten er forpligtet efter til efter nationale procedurebestemmelser at erstatte det tab, som private har lidt som følge af, at direktivet ikke er gennemført i italiensk ret.

80. Det er herefter et spørgsmål, om der er nogen modstrid mellem denne konklusion og min antagelse om, at de i direktivet indeholdte bestemmelser vedrørende fastlæggelsen af arbejdstagernes rettigheder overlader medlemsstaterne et skøn, som indebærer, at de ikke er ubetingede og tilstrækkeligt præcise.

Jeg mener ikke, at der består en sådan modstrid, da der under en erstatningssag ved de nationale domstole tilkommer disse et vist skøn, som de ikke har med hensyn til direktiver, der har direkte virkning. Såfremt det står klart under en retssag, at sagsøger henhører under den kategori af personer, som er beskyttet efter direktivet, vil de nationale domstole, i videst muligt omfang med støtte i direktivet, kunne fastsætte erstatningen ud fra et billighedsskøn (»ex aequo et bono«). De nationale domstole vil herved kunne tage hensyn til de valgmuligheder, som er indeholdt i direktivets artikel 3, og de undtagelsesbeføjelser, der findes efter artikel 4, og må på dette grundlag bestræbe sig på at fastsætte godtgørelsen til et efter deres skøn rimeligt beløb.

27 — Som dommer ved EF-Domstolen, F. A. Schockweiler, med rette har bemærket i en for nylig udgivet artikel (»Le dommage causé par suite d'une violation du droit communautaire par l'autorité publique et sa réparation en droit luxembourgeois« i *Pasicrisie luxembourgeoise*, 1990, nr. 2, s. 35, se s. 40):
»denne sidste betingelse kunne tænkes at ville foranledige de medlemsstater, som måtte være berørt heraf, til at ændre eller justere deres regler om offentlige myndigheders erstatningsansvar«.

81. Denne afgørelse vil, hvad angår den foreliggende sag, blive lettere af, at den lovgivende magt i Italien i mellemtiden har tilkendegivet, hvilke valg der påtænkes truffet blandt de eksisterende muligheder efter direktivet. Under den mundtlige forhandling ved Domstolen erklærede den italienske regerings befuldmægtigede således, at der ved lov nr. 428 af 29. december 1990 (»den såkaldte EF-lov 1990«) blev givet den italienske regering beføjelse til, inden for det år, som følger efter året for lovens ikrafttrædelse, at udstede et lovdekret til fuldstændig gennemførelse af direktiv 80/987. Lovens artikel 48 indeholder de kriterier, den italienske regering skal følge. Så vidt jeg har forstået, skal den garantiinstitution, som det påhviler at effektuere forpligtelserne efter direktivet (og som udelukkende skal finansieres af arbejdsgiverne uden indgreb fra staten), efter denne bestemmelse indfri arbejdstagernes udækkede lønkrav for de sidste tre måneder af ansættelsesforholdet, som ligger inden for en periode på seks måneder forud for den dato, på hvilken arbejdsgiverens insolvens er indtrådt.

— Mulige følger af den af mig foreslåede afgørelse

82. Tilbage står at undersøge, om den afgørelse, som jeg foreslår Domstolen at træffe, vil have sådanne følger, at det er nødvendigt at begrænse den i tid.

83. Vedrørende dette spørgsmål må jeg for det første fastslå det beklagelige i, at EF-lovgiver ikke selv har fastsat regler for medlemsstaternes erstatningsansvar, som følger af en tilsidesættelse af fællesskabsretten, således som Domstolen tidligere har opfordret Rådet til i det forslag, som Domstolen i 1975 fremsatte for den daværende rådsfor-

mand, Leo Tindemans [28]. Det er i hvert fald ikke for sent at gøre dette.

Medens en regulering afventes, bliver problemet imidlertid forelagt Domstolen af de nationale retter, og som jeg har redegjort for i det foregående, mener jeg ikke, at Domstolen har andet valg her end at fastslå, at grundlaget for den italienske stats forpligtelse til at erstatte tabet findes i selve fællesskabsretten.

84. Strengt taget anmodes Domstolen alene om at afgøre en sag vedrørende et konkret direktiv, som ved en dom i en traktatbrudssag er fastslået ikke at være gennemført af den medlemsstat, hvori problemet er rejst. Det kunne derfor, såfremt Domstolen besvarer det forelagte spørgsmål på den måde, jeg har foreslået, se ud, som om dette højst vil kunne have økonomiske følger for den italienske stat, og disse vil endvidere ikke kunne gå længere tilbage end til den 23. oktober 1983, altså til den dato, da direktivet burde have været gennemført. Jeg skal i denne forbindelse i øvrigt bemærke, at alle medlemsstaterne let vil kunne undgå overhovedet at komme i en tilsvarende situation fremover, da de blot behøver at gennemføre direktiverne rettidigt.

85. Man må imidlertid være opmærksom på, at de betragtninger, som jeg har foreslået Domstolen at lægge til grund for sin afgørelse af dette spørgsmål, går videre end rammerne for den foreliggende sag.

De vil nemlig have gyldighed for alle de tilsidesættelser af fællesskabsretten, som medlemsstaterne i fortiden har gjort sig skyldige i, det være sig ved en tilsidesættelse af Traktaten, af forordninger eller af direktiver, uanset om disse i øvrigt har direkte virkning eller ej.

Det må her endvidere tages i betragtning, at de principper for afgørelsen, som jeg har foreslået, hidtil har været stærkt omtvistede. I indlæggene fra repræsentanterne for de fire medlemsstater, der er parter i sagen, har vi således kunne høre, at disse medlemsstater tillægger de i mit forslag nævnte domme en betydeligt mere begrænset rækkevidde, end jeg mener, de har.

86. Dette er grunden til, at jeg tror, Domstolen gør rigtigt i at tage den italienske regerings subsidiære krav til følge og begrænse virkningen af Domstolens dom i tid [29]. Medlemsstaterne har nemlig haft føje til at antage, at de udelukkende kunne pådrage sig erstatningsansvar for tilsidesættelser af fællesskabsretten efter de herom gældende bestemmelser i national ret, og at manglende gennemførelse af et direktiv uden direkte virkning ikke ville kunne udløse noget ansvar på dette grundlag. Under disse forhold tilsiger bydende retssikkerhedshensyn, at der ikke gribes ind i retsforhold, som har udtømt deres virkninger i fortiden, da dette vil kunne have meget betydelige økonomiske følger for medlemsstaterne. Med andre ord går mit forslag til Domstolen ud på, at det fastslås, at de principper, som Domstolen måtte anerkende i dommen, ikke har gyldighed for tab, der er indtruffet forud for dommens afsigelse. Der bør dog gøres undtagelse for personer, som har anlagt sag eller indgivet en hermed ligestillet klage inden tidspunktet for dommens afsigelse.

28 — Se *De Europæiske Fællesskabers Bulletin*, supplement nr. 9/75, s. 19.

29 — Jf. herom senest dom af 17.5.1990 (sag C-262/88, Barber, Sml. I, s. 1889, på s. 1955).

87. På grundlag af samtlige de anførte betragtninger skal jeg herefter foreslå Domstolen at besvare anden del af det første spørgsmål, som er forelagt af de to italienske retter på følgende måde:

»Fællesskabsretten skal fortolkes således, at private kan anlægge sag mod en medlemsstat ved de nationale domstole med krav om erstatning af det tab, de har lidt ved, at bestemmelserne i direktiv 80/987 ikke — hvilket Domstolen har fastslået ved dom om traktatbrud — er gennemført i national ret.

Det princip, som ligger til grund for nærværende dom, og hvorefter en medlemsstat efter fællesskabsretten kan ifalde ansvar for en tilsidesættelse heraf, kan ikke påberåbes af private, som har lidt tab på et tidspunkt, der ligger forud for tidspunktet for dommens afsigelse, medmindre de har anlagt sag eller indgivet en hermed ligestillet klage inden dette tidspunkt.«

Andet og tredje spørgsmål

88. Det andet og det tredje spørgsmål lyder således:

»2) Skal artikel 3, jf. artikel 4, i Rådets direktiv 80/987 fortolkes således, at en stat, som ikke har udnyttet adgangen efter artikel 4 til at begrænse sin betalingspligt, selv er forpligtet til at indfri arbejdstagernes tilgodehavender i det omfang, det er foreskrevet i artikel 3?

3) Er staten i benægtende fald forpligtet til at yde den berettigede arbejdstager en vis minimumsgaranti efter direktiv 80/987, for at direktivets betingelser vedrørende arbejdstagerens løntilgodehavende kan anses for opfyldt?«

89. Da min konklusion, som nævnt i det foregående, er, at direktivets bestemmelser ikke har direkte virkning, må disse to spørgsmål efter min opfattelse anses for bortfaldet.

Subsidiært skal jeg dog gøre opmærksom på, at direktivets artikel 3 og 4 efter min opfattelse bør anskues som en helhed.

90. Før jeg afslutter mit forslag til afgørelse, vil jeg gerne gøre nogle generelle bemærkninger om direktiver, som ikke gennemføres inden for de foreskrevne frister. Det vil måske blive indvendt af nogle, at hele den juridiske konstruktion, jeg har foreslået, er alt for kompliceret, og at det er en bedre løsning at antage, at et direktiv, som ikke er gennemført i national ret, altid vil kunne påberåbes af private for de nationale domstole, selv om dets bestemmelser ikke er tilstrækkelig præcise og ubetingede, og selv om direktivet pålægger private virksomheder eller andre private forpligtelser (den såkaldt horisontale virkning).

91. Hvad angår dette sidste spørgsmål, er det dog min opfattelse, at det er uforeneligt med artikel 189's ordlyd at fastsætte som hovedregel, at et direktiv er bindende for enhver fysisk eller juridisk person, som medlemsstaterne *ifølge direktivet skal pålægge* forpligtelser eller byrder.

Dette må, så vidt jeg kan se, være endnu mindre muligt, når staten har et vist skøn med hensyn til de forpligtelser, den kan pålægge fysiske eller juridiske personer, dvs. når direktivets bestemmelser ikke er ubetingede og præcise, for så vidt angår omfanget af de rettigheder, som stiftes ved direktivet.

92. Den beføjelse, som jeg foreslår, at der bør tilkomme de nationale domstole — nemlig med hensyn til at tilkende erstatning ud fra et billighedsskøn, i videst muligt omfang med støtte i direktivet, selv når direktivets bestemmelser overlader medlemsstaterne et vist skøn — kan afbøde de strenge betingelser for, at der er direkte virkning. Endvidere kan den omstændighed, at der påhviler medlemsstaterne pligt til at betale erstatning, give de berettigede efter direktivet en vis, i det mindste tilnærmelsesvis, oprejsning, uden at man kommer i konflikt med princippet om, at et direktiv, som ikke er gennemført, ikke kan være bindende for private fysiske eller juridiske personer. Endelig har den foreslåede løsning den store fordel, at den virker som en kraftig impuls for medlemsstaterne til at gennemføre direktiver rettidigt.

Forslag til afgørelse

93. På grundlag af de anførte betragtninger, skal jeg foreslå Domstolen at besvare de tre forelagte spørgsmål på følgende måde:

»1) Bestemmelserne i direktiv 80/987 er ikke tilstrækkelig præcise og ubetingede til at kunne stifte rettigheder, som private kan påberåbe sig ved domstolene.

2) Fællesskabsretten skal fortolkes således, at private kan anlægge sag mod en medlemsstat ved de nationale domstole med krav om erstatning af det tab, de har lidt ved, at bestemmelserne i direktiv 80/987 ikke — hvilket Domstolen har fastslået ved dom om traktatbrud — er gennemført i national ret.

3) Det princip, som ligger til grund for nærværende dom, og hvorefter en medlemsstat efter fællesskabsretten kan ifalde ansvar for en tilsidesættelse heraf, kan ikke påberåbes af private, som har lidt tab på et tidspunkt, der ligger forud for dommens afsigelse, medmindre de har anlagt sag eller indgivet en hermed ligestillet klage inden dette tidspunkt.

4) Under hensyn til besvarelsen af det første spørgsmål er det ufornødent at besvare det andet og det tredje spørgsmål.«