FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT GIUSEPPE TESAURO

fremsat den 23. januar 1991 *

Hr. præsident,
De herrer dommere,

1. Sagsøgerne, som er forsikringsselskaber, der driver virksomhed i eksportkreditforsikringssektoren, kræver erstatning for de tab, som de angiver at være påført ved, at Rådets direktiv 87/343/EØF af 22. juni 1987 (EFT L 185, s. 72) trådte i kraft.

Sagt i korthed mener sagsøgerne, at det nævnte direktiv er udtryk for forskelsbehandling og derfor retsstridigt, i det omfang det som led i harmoniseringen af de økonomiske garantier, der kræves af forsikringsselskaberne med henblik på beskyttelse af tredjemænd, har begrænset disse garantier — og følgelig de dertil knyttede omkostninger — til kun at gælde for selskaber i den private sektor under udelukkelse af de eksportkreditforsikringsselskaber og organer, som hører til den offentlige sektor. Direktivet medfører følgelig udgifter, der er diskriminatoriske (for den private sektor), og som består af omkostningerne til tilvejebringelse og forvaltning af de krævede økonomiske midler. Det er netop afhjælpning af det økonomiske tab som følge af denne situation, som er genstand for nærværende erstatningssøgsmål.

Det er klart, at sagen vedrører et delikat område af betydelig normativ og økonomisk betydning. Men ud over den generelle interesse sagen har, skal med det samme påpeges, at den rejser to væsentlige principielle spørgsmål: Det første, som angår formaliteten, vedrører forholdet mellem søgsmål vedrørende ansvar uden for kontrakt i henhold til Traktatens artikel 215 og de nationale retsmidler. Det andet, som angår realiteten, vedrører de grænser, inden for hvilke ligebehandlingsprincippet skal overholdes, såfremt institutionen begrænser harmonisering af betingelserne for udøvelse af en økonomisk virksomhed til én kategori virksomheder og udelukker en anden kategori (i hvert fald delvis) konkurrerende virksomheder fra de harmoniserede reglers anvendelsesområde.

Jeg vil bruge størsteparten af de følgende bemærkninger til at behandle disse to punkter. Før jeg gennemgår disse samt andre væsentlige aspekter, skal jeg dog give en kort beskrivelse af den anfægtede ordnings indhold og navnlig dens tilblivelseshistorie. Jeg skal nemlig fremhæve, at direktivets forhistorie og navnlig institutionernes stillingtagen under udarbejdelsen af bestemmelserne i denne sag har stor betydning, navnlig for konstateringen af, om den pågældende lovgivning er udtryk for forskelsbehandling.

Den retlige sammenhæng og tilblivelseshistorien for direktiv 87/343

2. I 1973 foretog Fællesskabet ved Rådets direktiv 73/239/EØF af 24. juli 1973 (EFT L 228, s. 3) en første samordning af be-

* Originalsprog: italiensk.

stemmelserne om forsikring bortset fra livsforsikring. Direktivet, som navnlig er baseret på Traktatens artikel 57, stk. 2, indeholder, for at give større frihed til etablering og udførelse af tjenesteydelser i denne sektor, bestemmelser om afskaffelse af en række forskelle mellem de nationale lovgivninger om kontrol og harmonisering af bestemmelser om de økonomiske garantier, der kræves af forsikringsvirksomheder til beskyttelse af forsikringstagere og tredjemænd. Navnlig forpligter direktivets artikler 15, 16 og 17 medlemsstaterne til at pålægge de virksomheder, der er etableret på deres område, at oprette henholdsvis »tekniske reserver«, en »solvensmargen« og en »garantifond«. Disse mangfoldige elementer udgør, hvad der kaldes *»forsigtighedsregler«*, som skal garantere virksomhedernes solvens i hele Fællesskabet.

Som Kommissionen har angivet i sit indlæg, bestemtes det i det forslag, som blev fremlagt for Rådet, at disse forsigtighedsregler i eksportkreditforsikringssektoren gjaldt for *alle* de berørte virksomheder, uanset om virksomhederne tilhørte den private sektor eller den offentlige sektor.

Rådet tilsluttede sig ikke denne løsning. Som det fremgår af den fjerde betragtning, mente det, at »visse gensidige forsikringsselskaber« burde »udelukkes fra dette direktivs anvendelsesområde, da de på grund af deres juridiske status opfylder visse sikkerhedsbetingelser og frembyder særlige finansielle garantier«. Det blev således besluttet at udelukke »eksportkreditforsikringsvirksomhed for statens regning eller med statsstøtte« fra direktivets anvendelsesområde [se artikel 2, stk. 2, litra d)]; denne udelukkelse var dog tænkt som rent *foreløbig*, idet den udtrykkeligt kun gjaldt »indtil den senere samordning, der skal gennemføres inden en frist på fire år«.

3. Den senere samordning viste sig i virkeligheden langt vanskeligere end forudset. Da Kommissionen den 13. september 1979 fremlagde et forslag til ændring af direktivet af 1973, gentog den udelukkelsen af transaktioner for statens regning eller med statsstøtte, og den udelod samtidig enhver henvisning til en senere samordning på dette punkt.

Denne indstilling stødte dog på beslutsom modstand såvel fra Det Økonomiske og Sociale Udvalg som fra Europa-Parlamentet. Det førstnævnte beklagede i sin udtalelse af 27. februar 1980, »at Kommissionen, eftersom problemerne vedrørende eksportkreditforsikring i det væsentlige er af politisk karakter, har afstået fra at gennemføre en samordning på området«. Det sidstnævnte fremsatte i beslutning af 17. oktober 1980 følgende vurdering (som jeg gengiver in extenso på grund af dens betydning for behandlingen af denne sag):

»Kreditforsikring

Europa-Parlamentet konstaterer, at Kommissionen foreslår, at eksportkreditforsikringsvirksomhed for statens regning eller med statsgaranti varigt skal holdes uden for det første direktivs anvendelsesområde

bemærker, at dette, således som det foreslås af Kommissionen, vil bevare en forskelsbehandling af den offentlige og den private sektor

henleder opmærksomheden på, at en sådan forskelsbehandling er uforenelig med principper for det fælles marked, for så vidt angår:

— eksport til et andet medlemsland, idet statsgarantier udgør en støtte, der ikke kan accepteres i handelen inden for Fællesskabet

— og eksport til tredjelande, for så vidt som der for den af staten ydede garanti endnu ikke gælder principper, der er fastlagt inden for rammerne af den fælles handelspolitik

mener — på baggrund af det ansvarlige kommissionsmedlems udtalelser[1] over for retsudvalget — at udelukkelsen af kreditforsikringsvirksomhed fra direktivets anvendelsesområde bør begrænses til handelssamkvem med tredjelande, indtil en senere samordning har fundet sted

mener, at en ændring af det foreliggende forslag i denne retning gør det muligt at udvide etableringsfriheden yderligere på det pågældende område, samtidig med at det fortsat vil være nødvendigt

— at fastlægge en fællesskabsholdning til spørgsmålet om eksportstøtte til tredjelande; statsgaranti til eksportforsikringsvirksomhed er et eksempel på denne støtte[2]

— at sikre fuldstændig ensartede konkurrencebetingelser for private og offentlige virksomheder«[3].

På denne baggrund foreslog Europa-Parlamentet at ændre betragtningene til direktivet ved at indsætte en sålydende betragtning:

»Der skal for så vidt angår eksportkreditforsikringsvirksomhed sikres fri konkurrence mellem den offentlige og den private sektors virksomheder; de risici, som ved samhandelen inden for Fællesskabet dækkes af eksportkreditforsikring, adskiller sig ikke i økonomisk henseende fra de risici, som dækkes af kreditforsikring i forbindelse med handeler, der gennemføres på en medlemsstats hjemmemarked; derfor bør kreditforsikringsvirksomhed for statens regning eller med statsgaranti i dette tilfælde henhøre under direktivets anvendelsesområde; der bør for eksportkreditforsikringsvirksomhed inden for rammerne af samhandelen mellem medlemsstaterne og tredjelande senere gennemføres en samordning af de nationale bestemmelser for at få gennemført en fælles eksportpolitik, som er et væsentligt led i den fælles handelspolitik«.

1 — Jf. bilag II til retsudvalgets betænkning (dok. 1-457/80).

2 — Jf. beslutning om harmonisering af eksportstøtteordningerne vedtaget af Europa-Parlamentet den 15.6.1977 (EFT C 163 af 11.7.1977, s. 42) og Cousté-betænkningen (dok. 129/77).

3 — Jf. beslutning om den syvende beretning om konkurrencepolitikken fra Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber vedtaget af Europa-Parlamentet den 13.10.1978 (EFT C 261 af 6.11.1978, s. 48) og Damseaux-betænkningen (dok. 334/78).

Endelig foreslog Europa-Parlamentet at ændre direktivets artikel 2, stk. 2, litra d), således at *alene* eksportkreditforsikringsvirksomhed for transaktioner med destination i tredjelande blev udelukket fra direktivets anvendelsesområde indtil en senere samordning, således at der ellers gjaldt en fælles ordning for offentlige og private erhvervsdrivende.

4. Disse udtalelser foranledigede Kommissionen til at forelægge Rådet et ændret forslag til direktivet, hvori Europa-Parlamentets forslag var optaget. Forslaget blev ledsaget af en skrivelse, hvori Kommissionen med henvisning til det pågældende marked klart giver udtryk for, at den

»fully accepts that everything possible must be done to ensure that competition between the public and private sectors takes place in conditions of neutrality and transparency;«

Den udtaler derefter følgende:

»After consultation with those concerned, it accepts that the application of the present Directive to public sector bodies acting in this area is *practicable* and *will make a useful contribution* to the achievement of these conditions.«

Kommissionen fremhævede endvidere, at neutralitet og gennemsigtighed i konkurrencen var væsentlige formål, herunder for udførsler til tredjelande; den anførte dog i overensstemmelse med Parlamentets udtalelser, at den forsikrede risiko i et sådant tilfælde i høj grad er af politisk karakter, som kun de organer, der drives med statsgaranti, er i stand til at dække.

Kommissionens nye forslag gik altså ud på at anvende samme forsigtighedsregler for den offentlige som den private sektor, bortset fra ved eksportkreditforsikring for udførsler til tredjelande, hvor man under hensyn til den forsikrede risikos overvejende politiske karakter fandt det hensigtsmæssigt at henskyde anvendelse af en fælles ordning til en senere samordning af lovgivninger.

5. Alligevel fraveg Rådet på ny det forslag, som var blevet forelagt det. Det direktiv, der til sidst blev vedtaget den 22. juni 1987, 87/343, udskyder — og denne gang på ubestemt tid — ved en ændring af artikel 2, stk. 2, litra d), i det foregående direktiv 73/239 anvendelse af fælles regler for eksportkreditforsikringsvirksomhed for statens regning eller med statsgaranti til en senere samordning.

Dette er direktivets bestemmelser vedrørende dets anvendelsesområde. Hvad derimod angår retsaktens indhold, opretholder direktiv 87/343 de forsigtighedsregler, der allerede var indført ved direktiv 73/239, men indeholder dog en ny foranstaltning, nemlig »udligningsreserven«, som yderligere skal styrke den økonomiske garantiordning til fordel for tredjemænd.

Formaliteten

6. De sagsøgte institutioner har fremsat to formalitetsindsigelser. Den første angår

søgsmålet i dets helhed; den anden vedrører navnlig et af de krav, som sagsøgerne har fremsat i deres påstande.

Den første formalitetsindsigelse

Den første formalitetsindsigelse er baseret på den betragtning, at søgsmålet i virkeligheden har til formål at berøve direktiv 87/343 enhver retsvirkning snarere end at opnå erstatning for et lidt tab. Der er altså tale om et »maskeret« annullationssøgsmål, som, såfremt det blev admitteret, ville indebære en fordrejning af Fællesskabets processuelle regler.

Det bør præciseres, at Rådet og Kommissionen med deres formalitetsindsigelse udelukkende støtter sig på, at søgsmål om ansvar uden for kontrakt ikke kan være et alternativ til et søgsmål i henhold til artikel 173. Det er dog klart, at indsigelsen således formuleret fremstår som grundløs, simpelthen fordi den pågældende fællesskabsretsakt som sagt er et direktiv, altså en retsakt, som man end ikke kan forestille sig, at sagsøgerne skulle kunne anfægte i henhold til artikel 173, stk. 2.

Det er dog efter min mening klart, at behandlingen af formalitetsspørgsmålet ikke blot kan begrænses til en behandling af forholdet mellem søgsmål vedrørende ansvar uden for kontrakt i henhold til artikel 215 og annullationssøgsmål. Ved en nærmere betragtning har det af de sagsøgte institutioner rejste problem nemlig videre betydning, idet det generelt vedrører grænserne for anlæg af et erstatningssøgsmål i det tilfælde, hvor det hævdede tab ikke skyldes en faktisk omstændighed eller adfærd, som kan tilskrives Fællesskabet, men en *retsakt* — som hævdes at være ulovlig — udstedt af Fællesskabet.

Jeg må dog understrege, at den retsakt, som i dette tilfælde direkte har påført sagsøgerne tab, ikke er direktivet, men snarere de nationale gennemførelsesforanstaltninger, altså nationale retsakter af individuel rækkevidde, som er udstedt i henhold til bestemmelser om gennemførelse af samme direktiv.

Det afgørende er følgelig ikke, om sagsøgerne i stedet for erstatningssøgsmålet skulle have anlagt annullationssøgsmål i henhold til artikel 173, men snarere om de ikke tværtimod for de nationale domstole skulle have anfægtet de nationale foranstaltninger, der er afledt af direktivet, og under dette søgsmål rejst spørgsmålet, om fællesskabsretsakten — direktivet — som var hjemmel for disse foranstaltninger, er ugyldigt.

Som sagt mener jeg, at det af de sagsøgte rejste formalitetsspørgsmål berører dette forhold og gør en behandling deraf nødvendig. Lad mig i hvert fald præcisere, som det er fastslået i den seneste Roquette-dom (dom af 30.5.1989, sag 20/88, Roquette Frères mod Kommissionen, Sml. s. 1553, præmis 14), at spørgsmålet, om et søgsmål om ansvar uden for kontrakt må afvises, fordi de nationale retsinstanser er enekompetente, kan behandles ex officio og dermed skal behandles, uanset hvilken rækkevidde der tillægges den af de sagsøgte fremførte indsigelse.

Søgsmål om ansvar uden for kontrakt og nationale retsmidler

7. Generelt opstår problemet vedrørende forholdet mellem disse to former for søgsmål i det væsentlige, når en national myndighed i henhold til en fællesskabsretsakt træffer en foranstaltning, som medfører økonomiske virkninger, der er ugunstige for en borger.

Domstolen har udtalt, at »en privat, der mener at have lidt skade ved anvendelsen af en generel retsakt, kan, såfremt han anser retsakten for retsstridig, og det påhviler de nationale myndigheder at gennemføre den, gøre indsigelse mod retsaktens gyldighed under en sag ved de nationale domstole mod den myndighed, der gennemfører retsakten«, naturligvis således at forstå, at »den nationale ret kan eller skal herefter på de i artikel 177 nævnte betingelser forelægge Domstolen et spørgsmål vedrørende gyldigheden af den pågældende EF-retsakt« (dom af 12.4.1984, sag 281/82, Unifrex, Sml. s. 1969, præmis 11); følgelig er »allerede denne søgsmålsmulighed... egnet til effektivt at beskytte de pågældende privates interesser« (dom af 5.12.1979, sag 116/77 og 124/77, Amylum, Sml. s. 3497, præmis 14).

Ud fra samme synsvinkel og i endnu mere generelle vendinger har Domstolen statueret, at »erstatningssøgsmålet [skal] ses i lyset af det samlede regelsæt, hvormed Traktaten sikrer borgernes adgang til domstolene, og antagelse af et sådant søgsmål til realitetsbehandling kan efter omstændighederne gøres betinget af, at sagsøgeren har udtømt mulighederne for at gennemføre et annullationssøgsmål vedrørende den nationale myndigheds afgørelse ved de nationale domstole«. Det må dog kræves, at »de berørte personer effektivt kan hævde deres rettigheder ved de nationale domstole, hvilket indebærer, at der ad denne vej kan opnås erstatning for det påståede tab« (se dom af 26.2.1986, sag 175/84, Krohn, Sml. s. 753, præmis 27, og senest dom af 30.5.1989, sag 20/88, Roquette, Sml. s. 1553).

Af disse udtalelser kan det efter min mening udledes — i øvrigt i overensstemmelse med teorien[4] — at når et søgsmål kan indledes på nationalt plan, har et sådant søgsmål forrang frem for et søgsmål i henhold til artikel 215, dog således at erstatningssøgsmålet kan anlægges selvstændigt, altså uafhængigt af, om de nationale retsmidler først er udtømt, når disse retsmidler ikke er egnet til at sikre en effektiv retlig beskyttelse af den retsstilling, der hævdes at være krænket.

Alligevel mener jeg, også på grund af spørgsmålets væsentlighed, at rækkevidden af den pågældende retspraksis ikke alene kan udledes af de anførte generelle udtalelser, men derimod også må undersøges under hensyntagen til de forskellige situationer, denne retspraksis er baseret på. Jeg mener nemlig, at man kun ved denne fremgangsmåde kan

4 — Om erstatningssøgsmålets subsidiære karakter i forhold til søgsmål ved nationale domstole, (i hvert fald) når fællesskabsretsakten har givet anledning til nationale gennemførelsesforanstaltninger, se J. Rideau og J. L. Charrier: *Code des procédures européennes*, Paris 1990, s. 185-186; R. Joliet: *Le droit institutionnel des Communautés européennes. Le contentieux*, Liège 1986, s. 250 ff., M. Waelbroek i Megret, *Le droit de la Communauté économique européenne*, bind 10, første del, s. 276-281.

bestemme de betingelser, der gælder for, at et erstatningssøgsmål kan admitteres, uanset om de nationale retsmidler er udtømt.

En gennemgang af retspraksis[5] viser, at et søgsmål i henhold til artikel 215 i princippet kan admitteres (modsat, men isoleret, dommen af 17.3.1976, sag 67/75-85/75, Lesieur, Sml. s. 391) uafhængigt af, om de nationale retsmidler er udnyttet, når den nationale myndigheds retsakt, som er udstedt på grundlag af fællesskabsbestemmelser (i den afledte ret) bevirker, at en given person nægtes eller fratages en ydelse, bevilling eller andre begunstigelser. Denne retspraksis beror i det væsentlige på den forestilling, at et søgsmål, der indledes for nationale domstole, i det lige omtalte tilfælde, selv om sagen vindes, ikke sikrer en effektiv beskyttelse af de rettigheder, der påberåbes for domstolene. Selv såfremt Domstolen, efter at have fået sagen forelagt af den nationale ret i henhold til artikel 177, erklærer den omtvistede nationale foranstaltning ugyldig, og den derefter annulleres af den nationale ret på grundlag af denne afgørelse, vil et sådant resultat faktisk ikke være til nogen som helst konkret nytte for sagsøgeren. En blot annullation af den (negative) foranstaltning er ikke ensbetydende med en anerkendelse af den ret, der gøres krav på. Det kræves nemlig desuden, at fællesskabslovgivningen — som hjemmel for de nationale myndigheders handling — ændres. Det påhviler følgelig fællesskabslovgiver at drage konsekvenserne af den af Domstolen trufne afgørelse om ugyldighed og at indføre den positive norm, uden hvilken den nationale myndighed ikke kan træffe de foranstaltninger, som den berørte kræver.

5 — Se R. Joliet, a. st., s. 255 ff.

Under sådanne omstændigheder og altså hovedsagelig på grund af, at den afgørelse, der er truffet på nationalt plan, ikke er tilfredsstillende, har Domstolen anerkendt, at et søgsmål i henhold til artikel 215 kan admitteres som alternativ til de nationale retsmidler, skønt den krævede erstatning falder sammen med den ydelse, som sagsøgeren kræver af den nationale myndighed.

Begrundelsen for denne retspraksis, som klart fremgår af generaladvokat Capotorti's forslag til afgørelse i Granaria-sagen[6], er blevet bekræftet af Domstolen i Unifrex-dommen (præmis 12) og senest i dommen af 29. september 1987 (sag 81/86, De Boer Buizen, Sml. s. 3677, præmis 10), hvori det udtales, at »en national rets ophævelse af et afslag på at udstede udførselstilladelse til en distributionsvirksomhed kan således ikke indebære, at virksomheden har krav på udførselstilladelse eller erstatning for det tab, den måtte have lidt. Det samme gælder, hvis gyldigheden af de nævnte bestemmelser underkendes, hvilket kan ske ved nationalt forum, efter at dette spørgsmål har været forelagt Domstolen i medfør af Traktatens artikel 177«.

Domstolen synes derimod at være indstillet på en anden løsning af spørgsmålet, om et

6 — Dom af 28.3.1979 (sag 90/78, Granaria, Sml. s. 1081). Efter at have citeret Domstolens praksis på dette punkt fremsatte generaladvokat Capotorti følgende vigtige bemærkning: »I alle disse domme antog Domstolen søgsmålene til realitetsbehandling uden at kræve, at de nationale retsmidler først var udtømt. Jeg mener, at begrundelsen herfor ligger i, at det drejede sig om tilfælde, hvor sagsøgerne — også selv om den nationale ret havde fastslået retsstridigheden af de fællesskabsforanstaltninger, der lå til grund for tabet — ikke ville have kunnet opnå de krævede ydelser fra den nationale forvaltning uden fællesskabslovgivers forudgående mellemkomst. Derimod har Domstolen i tilfælde, hvor kravet ville kunne efterkommes ved nationale retter og myndigheder, afvist erstatningssøgsmål i henhold til artikel 215.«

erstatningssøgsmål kan admitteres, når de nationale retsmidler sikrer en effektiv beskyttelse, i en sådan grad, at teorien tenderer mod at anerkende, at der findes et egentligt princip om, at søgsmål i henhold til artikel 215 er subsidiære i forhold til nationale retsmidler.

Jeg skal imidlertid præcisere, at denne retspraksis i det væsentlige er baseret på et bestemt konkret tilfælde. Jeg tænker her på det tilfælde, at en borger, der til en national myndighed har betalt en afgift (eller en hvilken som helst anden byrde) i henhold til fællesskabsbestemmelser, og som anser disse bestemmelser for at være retsstridige, anlægger erstatningssøgsmål, hvis genstand er et beløb, der falder sammen med de betalte beløb, som han mener ikke at skulle betale. Under sådanne omstændigheder har Domstolen siden dommen af 25. oktober 1972 (sag 96/71, Haegemann, Sml. 1972, s. 269, org. ref. Rec. s. 1005) statueret, at retssager om privates pålæggelse af de skatter og afgifter, som omhandles i en fællesskabsforordning, »skal i henhold til fællesskabsretten afgøres af de nationale myndigheder og i de former, som er fastsat i medlemsstaternes ret; følgelig skal indsigelser under en sådan sag vedrørende fortolkningen og gyldigheden af forordningsbestemmelser om Fællesskabernes egne indtægter fremføres for de nationale retter, som kan anvende proceduren i henhold til Traktatens artikel 177«. Erstatningskravet, som beløbsmæssigt faldt sammen med de urigtigt opkrævede beløb, blev følgelig afvist.

På tilsvarende måde krævede sagsøgeren i dommen af 27. januar 1976 (sag 46/75, IBC, Sml. s. 65) erstatning for det tab, som var blevet påført ham på grund af de italienske toldmyndigheders anvendelse af en række bestemmelser i en forordning vedrørende monetære udligningsbeløb; på grund af forordningen, hvis lovlighed blev bestridt, skulle sagsøgeren betale beløb, som sagsøgeren anså for at være højere end dem, der skulle betales; erstatningssøgsmålet havde netop til formål at opnå tilbagebetaling af disse beløb i form af erstatning.

Domstolen afviste sagen med følgende begrundelse:

»Sagen angår reelt beslutninger, som er truffet af italienske myndigheder i henhold til fællesskabsbestemmelser, som af sagsøgeren anses for at være ulovlige, og vedrører således spørgsmålet om, hvorvidt de nationale myndigheder, der skal anvende og gennemføre fællesskabsbestemmelserne om monetære udligningsbeløb, lovligt har opkrævet de omtvistede beløb, og den har til formål at søge de beløb, der hævdes at være opkrævet med urette, tilbagebetalt fra Fællesskabet i stedet for fra de nationale myndigheder.

Bestemmelserne i disse regelsæt indeholder kriterierne for beregning af de til udjævning mellem importafgiften og udligningsbeløbenes gyldige beløb, og efterlader ingen tvivl om, at den konkrete vurdering og opkrævningen af de skyldige beløb henhører under de nationale myndigheder.

Det tilkommer derfor de kompetente nationale domstole efter den procedure, der gælder i henhold til national ret, og efter eventuelt at have udnyttet artikel 177 i Traktaten, navnlig for så vidt angår gyldigheden af de anvendte fællesskabsbestemmelser, at træffe afgørelse i henhold til fællesskabsretten om lovligheden af sådanne gennemførelsesakter.«

Denne retspraksis blev videreudviklet ved dommen af 12. december 1979 (sag 12/79, Wagner, Sml. s. 3657). Jeg vil først kort repetere de faktiske omstændigheder. Virksomheden Wagner blev af BALM nægtet annullation af en eksportlicens for sukker. For at undgå at trække sagen i langdrag og risikoen for en sag for de nationale domstole, der indebar en forelæggelse for Domstolen, besluttede selskabet ikke at anfægte afgørelsen. Desuden besluttede virksomheden, i betragtning af, at licensen snart udløb (hvilket ville have medført tab af sikkerhedsstillelsen), under alle omstændigheder at foretage eksporten. Denne transaktion blev imidlertid foretaget på mindre gunstige økonomiske betingelser end dem, som ville have været gældende, såfremt licensen — således som man havde ansøgt om — var blevet annulleret. Den manglende annullation indebar nemlig, at der ikke kunne tages hensyn til en forudgående ændring af vekselkurserne i landbrugssektoren. Denne *tabte fortjeneste* var genstand for erstatningskravet, som endnu engang var baseret på den betragtning, at BALM's nægtelse var baseret på ulovlige fællesskabsretlige bestemmelser.

I dommen, hvorved sagen blev afvist, udtalte Domstolen følgende:

»Erstatningssøgsmålet efter Traktatens artikler 178 og 215 er indført som et selvstændigt retsmiddel med en særlig funktion inden for retsmiddelsystemet, og er undergivet betingelser, der er tilpasset dets særlige formål. Dets formål er ikke, at Domstolen skal efterprøve gyldigheden af beslutninger truffet af de nationale organer, hvem gennemførelsen af den fælles landbrugspolitik er pålagt, eller at Domstolen skal vurdere de finansielle konsekvenser af sådanne beslutningers eventuelle ugyldighed.

Sagsøgeren har udformet sagen som en sag mod Fællesskabet om ansvar uden for kontrakt, idet sagsøgeren gør gældende, at det omhandlede afslag fra BALM udelukkende skyldtes Kommissionens adfærd. Ifølge sagsøgeren er den lidte skade forårsaget af denne adfærd, idet de nationale myndigheder ikke har haft andet valg end at anvende fællesskabsbestemmelserne og herved følge de anvisninger, som tilstilles dem af Kommissionen.

Det følger af Domstolens dom af 31. marts 1977 i ovennævnte sag 88/76, at forordning (EØF) nr. 1579/76 ikke retmæssigt har kunnet anvendes på en anmodning om annullation indgivet den 1. juli 1976. Det tilkommer dog de nationale retter at træffe afgørelse i henhold til fællesskabsretten om, hvorvidt BALM's afslag var korrekt, hvilket må ske i den nationale retsplejes former og efter en eventuel anvendelse af Traktatens artikel 177.

I virkeligheden ønsker sagsøgeren med nærværende søgsmål at opnå en erstatning for den skade, der opstod ved, at det ikke er lykkedes sagsøgeren at afbøde virkningerne af BALM's afslag. Uanset hvilke grunde der end har fået sagsøgeren til ikke at gøre dette afslag til genstand for søgsmål ved de nationale retter, kan Domstolen ikke realitetsbehandle en erstatningssag som den foreliggende, der er anlagt mod Fællesskabet, uden at krænke det samlede system af søgsmålsveje, som er indført for bl.a. at beskytte virksomhederne mod en fejlagtig anvendelse af foranstaltninger truffet inden for rammerne af den fælles landbrugspolitik.

Det er derfor et uvedkommende anbringende, der som sådan ikke kan tages til følge, når sagsøgeren gør gældende, at et sagsanlæg mod afslaget ville have haft til følge, at eksportlicensen ikke ville blive benyttet og sikkerheden forfalde, inden sagen blev endeligt afgjort, hvilket var en sådan økonomisk risiko, at en virksomhed af mellemstørrelse, som sagsøgeren, fornuftigvis ikke kunne acceptere den. Når sagsøgeren nemlig besluttede sig for at undgå en sådan risiko, har sagsøgeren dermed også givet afkald på den mulighed, der var for, at den retsstridighed, sagsøgeren beklager sig over, blev bragt af vejen.«

8. Naturligvis kan den citerede retspraksis fortolkes anderledes alt efter de hensyn, man mener har ligget til grund for den.

Såfremt man nemlig mener, at Domstolen i det væsentlige har ladet sig lede af ønsket om at undgå en forveksling mellem erstatningssøgsmålet efter fællesskabsretten og de sager om tilbagebetaling af det urigtigt erlagte, som skal føres for de nationale domstole, må det logisk sluttes, at erstatningssøgsmålet kun skal afvises, når det hævdede tab falder nøjagtigt sammen med det beløb, der er betalt i henhold til den nationale gennemførelsesbestemmelse, som hævdes at være ulovlig. I et sådant tilfælde må erstatningssøgsmålet imidlertid afvises, idet Fællesskabet ellers ville blive påført en forpligtelse til at godtgøre det formuetab, som den pågældende har lidt, skønt det naturligvis påhviler den nationale myndighed at tilbagebetale de beløb, der er opkrævet uden hjemmel.

Jeg mener dog, at denne retspraksis kan fortolkes bredere. Jeg mener nemlig, at den giver grundlag for at konkludere, at søgsmål i henhold til artikel 215 generelt må afvises, når de har til formål at opnå samme resultat, som kunne have været opnået ved hjælp af et søgsmål for de nationale domstole. I praksis vil dette sige, at erstatningssøgsmålet ikke kan anvendes med det formål at eliminere eller på nogen måde neutralisere virkningerne af en retsakt, der indeholder et klagepunkt, når et sådant formål kan opnås ved at anfægte retsakten for de nationale domstole (og herved rejse spørgsmålet om gyldigheden af de fællesskabsbestemmelser, der ligger til grund for den), på den ene betingelse — som angivet ovenfor — nemlig at de nationale retsmidler er egnede til at sikre en effektiv beskyttelse.

Domstolens generelle udtalelser om nødvendigheden af at respektere den særlige funktion, som de i Traktaten nævnte forskellige retsmidler har i retsbeskyttelsessystemet som helhed — navnlig den nævnte Wagner-dom — bekræfter efter min mening dette resultat.

I Wagner-sagen havde virksomheden nemlig ikke som erstatning krævet tilbagebetaling af det urigtigt erlagte, men havde krævet erstatning for den manglende fortjeneste, der skyldtes afslaget på annullation af licensen. I denne sag tog Domstolen naturligvis hensyn til, at sagsøgeren kunne have nået et tilsvarende resultat ved at anfægte afslaget for de nationale domstole. Den har altså villet undgå, at søgsmål i henhold til artikel 215 skulle kunne anvendes som alternativ løsning til de nationale retsmidler, selv om disse retsmidler i visse tilfælde — som netop i Wagner-sagen — indebærer større

risici for den pågældende. Med andre ord synes Domstolen at lade sig lede af det kriterium, som er perfekt defineret af generaladvokat Capotorti i den nævnte Granariasag, og hvorefter erstatningssøgsmål må afvises, »hvor kravet ville kunne efterkommes ved nationale retter og myndigheder«.

Denne fortolkning er efter min mening også i overensstemmelse med opbygningen af Fællesskabets retsbeskyttelsessystem. Det bør i denne forbindelse nævnes, at denne sag vedrører et tilfælde af ansvar uden for kontrakt, som er opstået, ikke på grund af faktisk adfærd, men på grund af en retsakt, der hævdes at være ulovlig. I et sådant tilfælde er legalitetskontrollen af retsakten altså en væsentlig forudsætning for prøvelsen af, om der er et ansvarsgrundlag, og af den deraf følgende erstatningspligt. Da retsordenen fastsætter særlige procedurer for udøvelsen af denne kontrol, vil det imidlertid være helt uberettiget at se bort herfra og som alternativ at anvende erstatningssøgsmålet, som hverken er bestemt eller tænkt som middel til prøvelse af retsakters lovlighed.

Som Domstolen har fremhævet, er formålet med søgsmål i henhold til artikel 215 i virkeligheden alene erstatning, og navnlig ikke at give mulighed for prøvelse af gyldigheden af beslutninger truffet af nationale organer på grundlag af ulovlige fællesskabsretsakter. Når der er tale om institutionernes retsakter udstedt som led i udøvelsen af en skønsbeføjelse, er der kun mulighed for erstatning, såfremt de udtømmende betingelser, der er fastsat i HNL-dommen, er opfyldt (dom af 25.5.1978, forenede sager 83/76, 94/76, 4/77, 15/77 og 40/77, Sml. s. 1209). Heraf følger, at den kontrol, der udøves inden for rammerne af artikel 215, netop på grund af sit formål ikke er en udtømmende legalitetskontrol, men er begrænset til at fastslå, om der foreligger en tilstrækkeligt kvalificeret tilsidesættelse af en højere retsnorm til beskyttelse af private; prøvelsen af retsakten er følgelig begrænset til en konstatering af disse forhold, og det er kun såfremt disse grundlæggende betingelser er opfyldt, at der kan gives sagsøgeren medhold under et sådant søgsmål.

Selv hvis en sag anlagt i henhold til artikel 215 vindes, er konstateringen af ulovligheden fortsat rent underordnet og har absolut ikke samme virkning, som hvis der statueres ugyldighed i henhold til artikel 177. Det er herved tilstrækkeligt at anføre, at sidstnævnte — mindst — indebærer, at den fællesskabsretsakt, der er erklæret ugyldig under den præjudicielle forelæggelse, ikke finder anvendelse, hvilket indebærer annullation af den nationale gennemførelsesforanstaltning, som anfægtes for den forelæggende ret. Desuden har Domstolen, når den træffer afgørelse i henhold til artikel 177, ikke begrænset sig til at statuere ugyldighed, men har anerkendt (se konklusionen i dommene af 19.10.1977, sag 117/76 og 16/77, Ruckdeschel, Sml. s. 1753, og af 29.6.1988, sag 300/86, Van Landschoot, Sml. s. 3443), at fællesskabsmyndighederne har en forpligtelse til at træffe de foranstaltninger (tilbagekaldelse eller ændring), der er nødvendige for at afhjælpe den konstaterede retsstridighed, rent bortset fra det tilfælde, hvor Domstolen efter at have konstateret, at en forordning var ugyldig — på grund af tilsidesættelse af lighedsprincippet — for så vidt forordningen ikke bestemte, at visse grupper erhvervsdrivende skulle fritages for medansvarsafgift, har statueret, at de *nationale myndigheder*, indtil fællesskabslovgiver havde truffet de nødvendige foranstaltninger til genindførelse af ligebehandling, ikke blot fortsat skulle anvende fritagelsen i henhold

til den bestemmelse, der var erklæret ugyldig, men desuden skulle lade den gælde for de erhvervsdrivende, der var ramt af den konstaterede forskelsbehandling (se den nævnte Van Landschoot-dom).

Følgelig er såvel rækkevidden som virkningerne af legalitetsprøvelsen af retsakter væsentligt forskellige, alt efter om den udøves inden for de hertil bestemte rammer, nemlig forelæggelse i henhold til artikel 177, eller inden for de — langt snævrere — rammer, der er fastsat i artikel 215. Det er følgelig efter min mening i overensstemmelse med såvel almene hensyn som borgerens særlige interesser, at lovligheden af de fællesskabsretsakter, som ligger til grund for de skadevoldende nationale foranstaltninger, vurderes uden begrænsning såvel med hensyn til prøvelsens rækkevidde som med hensyn til virkningernes omfang. De rette rammer for en sådan vurdering »inden for det ved Traktaten indførte retsbeskyttelsessystem« kan kun være forelæggelse foretaget af den nationale ret, for hvilken den nationale gennemførelsesforanstaltning er blevet anfægtet.

Den fortolkning, som jeg anlægger her, bestyrkes naturligvis — og afsvækkes ikke — af, at Domstolen undtagelsesvis har admitteret et erstatningssøgsmål, når de nationale retsmidler viste sig uegnede til at sikre en effektiv retsbeskyttelse (skønt det må antages på baggrund af nyere retspraksis, herunder den nævnte Van Landschoot-dom, at en sag anlagt ved en national domstol i *næsten alle* tilfælde er det mest *egnede* middel til at sikre en effektiv beskyttelse af borgernes rettigheder). I et sådant tilfælde er formålet med søgsmålet nemlig ikke at opnå et resultat svarende til, hvad der kan opnås ved nationale retsmidler, men et resultat, som det er umuligt at opnå på nationalt plan.

Desuden er det klart, at såfremt ophævelse af den anfægtede nationale foranstaltning ikke er tilstrækkelig til at fjerne alle de skadelige følger, som den har haft, vil det stadig være muligt at anlægge et erstatningssøgsmål for at få erstatning for disse følger. Hvis f.eks. en suspension af en importlicens besluttet af en national myndighed i henhold til en fællesskabsforordning således er blevet annulleret af en national domstol, efter at grundforordningen er blevet kendt ugyldig, vil det endvidere være muligt i henhold til artikel 215 at kræve erstatning for f. eks. omkostninger afholdt i mellemtiden til oplagring eller konservering af varen eller som følge af dennes forringelse. Imidlertid må det fremhæves, at sagen først kan anlægges, efter at der inden for de rette rammer er truffet afgørelse om de foranstaltninger, der indeholder et klagepunkt, og at den følgelig angår tab, som allerede er indtrådt, og som kan opgøres.

Tilbage står et sidste punkt: Nogle har anført, at udtømningen af de nationale retsmidler tvinger sagsøgerne til en møjsommelig »rundrejse gennem retsinstanserne«[7], som kun kan blive endnu længere, såfremt førsteinstansen ikke forelægger sagen for Domstolen.

Jeg har allerede delvis besvaret denne indvending med, at det også er i sagsøgerens særlige interesse på nationalt niveau direkte at anfægte den afgørelse, der indeholder et klagepunkt (idet muligheden for at kræve erstatning i henhold til artikel 215 for senere tab fortsat står åben).

Med hensyn til den nationale procedures — formodede længere — varighed eller dens — formodede større — kompleksitet

7 — Se M. Waelbroeck, a. st., s. 281.

mener jeg, at der under alle omstændigheder er tale om en risiko, der er mere teoretisk end reel. Den omfattende kontrolordning, der er fastsat i artikel 177, er trods sin opdeling i forskellige niveauer udformet som en fuldstændig og sammenhængende ordning, der er blevet knæsat og udbygget i takt med udviklingen. Der er ingen grund til at tro, at en sådan konstruktion ikke kan sikre en fuldstændig beskyttelse af de berørte, hvorfor der ikke er behov for at gøre erstatningssøgsmålet til en »alternativ« løsning (efter de berørtes valg) til det retsmiddel, der specielt er beregnet for prøvelse af retsakters lovlighed. Dette gælder så meget desto mere, som det i Foto-Frost-dommen (dom af 22.10.1987, sag 314/85, Sml. s. 4199) er fastslået, at forelæggelse er *obligatorisk*, såfremt den nationale ret anser den fællesskabsretsakt for ulovlig, som ligger til grund for den nationale foranstaltning, der er forelagt denne ret til prøvelse; denne betragtning beror ligeledes på, at der i samme dom tilsyneladende gives de nationale retter mulighed for (som sikrende foranstaltning) at suspendere virkningerne af den fællesskabsretsakt, hvis gyldighed skal prøves, hvilket i behørigt omfang mindsker risikoen for, at en forlængelse af processen kan skade den ret, som sagsøgeren gør krav på.

9. Så meget om princippet. Jeg vil nu behandle det foreliggende tilfælde og først konstatere, at sagsøgerne under erstatningssøgsmålet påberåber sig, at reglerne i direktiv 87/343 om udligningsreserven er ulovlige på grund af tilsidesættelse af lighedsprincippet.

Det må først undersøges, om sagsøgerne kan udnytte nationale retsmidler, som giver dem mulighed for at rejse spørgsmålet om den tilgrundliggende fællesskabsretsakts gyldighed.

I hvert fald hvad angår Det Forenede Kongerige, der som sagt er et af de lande, hvor Les Assurances du crédit driver virksomhed, og som følgelig er et af de tre markeder, hvor den skade, der er genstand for nærværende sag, er indtrådt, havde sagsøgerne mulighed for at anlægge sag i form af »judicial review« ved de nationale retter for som en præventiv foranstaltning at få konstateret, at gennemførelsesbestemmelserne til direktivet var ulovlige, fordi de var baseret på en fællesskabsretsakt, der var i strid med lighedsprincippet, og samtidig anmode om præjudiciel forelæggelse for Domstolen af spørgsmålet om samme direktivs gyldighed. Et ganske nyt eksempel på denne fremgangsmåde findes i dommen af 13. november 1990 (sag C-331/88, Fedesa, Sml. I, s. 4023), som vedrørte en for en britisk ret verserende tvist, under hvilken sagsøgerne havde anfægtet gyldigheden af »hormondirektivet« og de nationale gennemførelsesbestemmelser hertil.

Men selv om der ikke er mulighed for *direkte* at anfægte de nationale gennemførelsesbestemmelser til et direktiv (f.eks. på grund af disse bestemmelsers lovgivningsmæssige art og i mangel af anfægtelige administrative bestemmelser), er situationen med hensyn til mulighederne for retsbeskyttelse på nationalt plan næppe mere kompliceret. I denne forbindelse skal jeg bemærke, at direktiv 73/239, som er den lovgivningsmæssige ramme for det omtvistede direktiv, i artikel 20 ff. opregner en række foranstaltninger, som de nationale kontrolmyndigheder kan træffe, såfremt forsikringsvirksomhederne ikke efterkommer forsigtighedsreglerne og andre dermed sammenhængende forpligtelser. Navnlig fastsætter direktivet som »ekstrem« foranstaltning tilbagekaldelse af tilladelsen (artikel 22), idet det samtidig bestemmes, at hver medlemsstat kan fast-

sætte adgang til domstolsprøvelse (artikel 22, stk. 3). Direktivet bestemmer endvidere, at der kan træffes mindre vidtgående foranstaltninger, herunder begrænsninger i den frie rådighed over aktiver (artikel 20, stk. 1) og generelt »alle egnede foranstaltninger til bevarelse af de sikredes interesser« (artikel 20, stk. 4). Der er dog efter min mening ikke tvivl om, at sagsøgerne ved at undlade helt eller delvis at oprette den reserve, der omhandles i direktiv 87/343, eller i hvert fald i forbindelse med oprettelse af denne reserve at træffe de nødvendige administrative eller regnskabsmæssige foranstaltninger, kunne have bevirket, at kontrolmyndigheden traf en af de nævnte foranstaltninger, og dernæst kunne have indbragt spørgsmålet om en sådan foranstaltnings gyldighed for domstolene under henvisning til, at den var baseret på ulovlige fællesskabsbestemmelser. De kunne desuden på dette trin have krævet suspension af gennemførelsen af den foranstaltning, der var truffet over for dem, indtil den endelige afgørelse forelå. Jeg mener derfor, at selv i dette tilfælde havde sagsøgerne adgang til at anlægge sag ved de nationale domstole.

I denne forbindelse må den indsigelse forkastes, at sagsøgerne i et sådant tilfælde skulle være tvunget til at overtræde direktivets bestemmelser og således tage risikoen for mere eller mindre alvorlige konsekvenser. Der er nemlig her tale om en situation, som opstår regelmæssigt, når man vil bestride lovligheden af fællesskabsbestemmelser eller nationale bestemmelser, som pålægger byrder, forpligtelser og andre restriktioner, og som ikke direkte kan anfægtes af den bebyrdede part. I øvrigt sker det meget ofte, at anmodninger om præjudiciel afgørelse, som Domstolen skal tage stilling til, vedrører sager anlagt af de nationale myndigheder mod personer, som har overtrådt de fastsatte bestemmelser; når disse bestemmelser nemlig ikke direkte kan anfægtes, f. eks. under et søgsmål i form af »judicial review«, er det normale middel til at opnå, at en retsinstans træffer afgørelse om de nationale bestemmelsers forenelighed med fællesskabsretten eller — som her — om gyldigheden af de fællesskabsbestemmelser, der er hjemmel for de nationale bestemmelser, netop ikke at opfylde en af de foreskrevne forpligtelser, men foranledige en præjudiciel forelæggelse som led i den heraf følgende retssag.

Det er rigtigt, at et sådant forløb kan indebære risici (som dog i de alvorligste tilfælde er begrænsede af muligheden for suspension af eventuelle gennemførelsesforanstaltninger), men det er også rigtigt, at disse risici — hvilket bekræftes af den nævnte Wagner-dom — er et iboende element i ethvert søgsmål, og at det til syvende og sidst tilkommer den berørte at træffe afgørelse på grundlag af de fordele og ulemper, som er forbundet med en bestemt domstolsprocedure. Rent bortset fra, at selv disse (begrænsede) risici i det foreliggende tilfælde i øvrigt syntes at kunne være undgået, hvis blot man indledte et søgsmål i form af »judicial review« ved en britisk domstol.

Når det er sagt, må jeg tilføje, at sagsøgerne med nærværende erstatningssøgsmål forsøger at opnå et resultat, der helt svarer til det, som de kunne have opnået via en af de nævnte nationale procedurer. I det foreliggende tilfælde har søgsmålet i henhold til artikel 215 nemlig intet andet formål end som erstatning at opnå, at Fællesskabet giver kompensation for den økonomiske byrde ved oprettelsen og forvaltningen af

den i direktiv 87/343 foreskrevne reserve. Med andre ord, søgsmålet har i det væsentlige til formål at neutralisere eller at eliminere de økonomiske virkninger af den retsakt, som sagsøgerne anser for diskriminatoriske over for dem. Men det er netop dette formål, som kunne og skulle have været opnået ved en præjudiciel forelæggelse med det formål at få fastslået, om retsakten har diskriminatoriske virkninger, og følgelig om den er ugyldig.

I øvrigt synes den omstændighed, at sagsøgerne i denne sag i mindre grad søger erstatning for tabet end en neutralisering af retsaktens virkninger, at fremgå af, at sagsøgerne, såfremt Domstolen giver dem medhold, i praksis vil opnå en form for permanent ret til kompensation for den økonomiske byrde i forbindelse med reserven. Tabet kan nemlig identificeres som omkostningerne ved oprettelse og forvaltning af reserven, således at en dom, der giver sagsøgerne medhold, i virkeligheden indebærer en slags fritagelse for sagsøgerne for at oprette reserven og ikke erstatning for et præcist tab.

Det bør endelig anføres, at et søgsmål ved de nationale domstole i det foreliggende tilfælde ikke blot ville have gjort det muligt at opnå samme resultat som nærværende erstatningssøgsmål, men desuden ville have sikret en effektiv og mere vidtgående retsbeskyttelse. Faktisk har Domstolen, som jeg allerede har haft lejlighed til at påpege, gentagne gange i medfør af artikel 177 udtalt sig om den diskriminerende karakter af forordninger, som pålagde bestemte grupper erhvervsdrivende byrder (eller omvendt forbeholdt dem fordele). En dom, der fastslår ugyldighed, medfører, at de nationale gennemførelsesbestemmelser bortfalder, samt at fællesskabsinstitutionerne har pligt til at afhjælpe de konstaterede ulovligheder (bortset fra, at Domstolen også kan præcisere, hvilke foranstaltninger disse samme nationale myndigheder er forpligtet til at træffe som følge af dommen, indtil den pågældende fællesskabsordning bliver ændret). Der er derfor ingen tvivl om, at en præjudiciel forelæggelse, der er centreret om spørgsmålet om direktivets gyldighed, havde givet sagsøgerne en mere vidtgående beskyttelse af deres ret (til ikke at blive pålagt diskriminatoriske byrder) end den, de forsøger i en anden form at opnå ved som alternativ at anlægge sag i henhold til artikel 215.

Sammenfattende mener jeg, at nærværende søgsmål i virkeligheden har til formål at anfægte det omtvistede direktivs virkning, og at det altså netop har til formål at opnå det resultat, som skulle have været tilstræbt ved anvendelse af de nationale retsmidler. Jeg foreslår derfor, at sagen afvises.

Den anden formalitetsindsigelse

10. Sagsøgerne har i stævningen blandt andet nedlagt påstand om, at det pålægges institutionerne at iværksætte alle nødvendige foranstaltninger til at bringe de anfægtede retsstridige forhold til ophør. De sagsøgte institutioner har fremsat indsigelse om, at denne påstand må afvises, og har gjort gældende, at Domstolen ikke har kompetence til at give sådanne pålæg.

Jeg mener, at denne indsigelse må tages til følge.

I modsætning til hvad sagsøgerne har anført, har Domstolen ikke en sådan kompe-

tence i henhold til artikel 178. Selv om denne bestemmelse bemyndiger Domstolen til at afgøre tvister om skadeserstatninger, giver den den ikke mulighed for at afsige domme, som pålægger fællesskabsinstitutionerne at udstede positive retsakter om et bestemt forhold. Ifølge et princip, der er rodfæstet i alle retsordener, er der en klar adskillelse mellem den dømmende og den lovgivende magt, således at domstolene ikke kan blande sig i de normative valg, som henhører under de institutioners skøn, som har fået tildelt denne kompetence. I øvrigt bekræfter fast retspraksis, som er blevet knæsat i personalesager, men som klart er inspireret af de principielle betragtninger, jeg lige har nævnt, at det ikke tilkommer Domstolen at give administrationen pålæg, og at eventuelle forpligtelser for administrationen alene kan følge af annullation af dens retsakter (se dom af 26.1.1989, sag 224/87, Koutchoumoff, Sml. s. 99, dom af 21.11.1989, sag C-41/88 og C-78/88, Bekker, Sml. s. 3807, og dom af 14.2.1990, sag C-37/88, Schneemann, Sml. I, s. 369).

Endvidere bør det anføres, at sagsøgerne i replikken i hvert fald delvis har ændret rækkevidden af deres påstand i stævningen. De kræver nemlig tilsyneladende i det væsentlige, at Domstolen efter at have fastslået, at den omtvistede ordning er diskriminatorisk, statuerer, at der påhviler institutionerne en *forpligtelse* til at træffe de nødvendige foranstaltninger til genindførelse af ligebehandling.

Som jeg har anført tidligere, følger en forpligtelse af denne art imidlertid af, at en retsakt erklæres ugyldig, men ikke af en dom, der giver medhold i en erstatningspåstand, idet konstateringen af retsaktens ugyldighed i en sådan dom er af rent underordnet karakter. Desuden bekræfter sagsøgernes påstand herom på ny, at de fejlagtigt har anvendt en uegnet procedure i den forstand, at det formål, som de tilstræber, kunne og skulle have været forfulgt ved et søgsmål anlagt på nationalt plan, hvorved de burde have anfægtet gyldigheden af den ordning, som de anser for ulovlig.

Jeg kan heller ikke acceptere det andet argument, som sagsøgerne fremfører i replikken, og hvorefter Domstolen under alle omstændigheder kan give pålæg i det foreliggende tilfælde i henhold til Traktatens artikel 186. Ikke alene er der ingen henvisning til denne bestemmelse i påstandene i stævningen, men desuden og navnlig fremgår det klart af stævningen, at sagsøgerne ikke har begæret foreløbige forholdsregler på grund af uopsættelighed, men at de tværtimod ønsker *definitive* forholdsregler, som består i, at fællesskabsbestemmelserne om eksportkreditforsikring ændres i den retning, de angiver.

Jeg må også afvise den betragtning — som ligeledes fremsættes for første gang i replikken — hvorefter Domstolen kan give pålæg i henhold til Traktatens artikel 176, stk. 2. En fortolkning af denne bestemmelse i den af sagsøgerne hævdede retning vil efter min opfattelse fuldstændig fordreje dens rækkevidde. I virkeligheden bestemmer artikel 176, stk. 2, blot, at den, der har lidt et tab på grund af en retsakt, der (allerede) er annulleret i henhold til artikel 173, bevarer

muligheden for at anlægge sag ved Domstolen for at opnå erstatning for det senere lidte tab; dette betyder dog ikke, at Domstolens kompetence under erstatningssøgsmålet ændres, en kompetence, der — som nævnt gentagne gange — er begrænset til at dømme til betaling af et beløb i erstatning og ikke omfatter kompetence til at pålægge institutionerne at træffe foranstaltninger med et bestemt indhold.

terne har besluttet ikke at pålægge de offentlige forsikringsvirksomheder nogen byrde, der kan sammenlignes med de i direktiverne fastsatte reserver, beror på et valg, som medlemmerne selv og ikke Fællesskabet må pålægges det retlige ansvar for. Til syvende og sidst er der nemlig intet, der forhindrer medlemsstaterne i at fastsætte forsigtighedsregler for de offentlige forsikringer, der svarer til dem, der er fastsat i direktivet for private forsikringer.

Realiteten

11. Vedrørende realiteten har de sagsøgte institutioner for det første fremsat en foreløbig indsigelse. De har anført, at Fællesskabet i det foreliggende tilfælde ikke havde udstedt diskriminatoriske bestemmelser. Ved udstedelsen af det første direktiv var man blot blevet klar over, at det endnu ikke var muligt at harmonisere de nationale bestemmelser om eksportkreditforsikring for statens regning eller med statsgaranti. Derfor gennemførte man alene en delvis harmonisering ved at regulere den private sektor (navnlig ved at fastsætte bestemmelser for de forskellige økonomiske garantier, der skal beskytte tredjemænd) og ved til gengæld at overlade det til medlemsstaterne at fastsætte bestemmelser for offentlig forsikringsvirksomhed i denne sektor.

Rådet og Kommissionen har desuden erkendt, at en begrænsning af anvendelsen af de fælles forsigtighedsregler til kun at omfatte den private sektor i virkeligheden betyder, at de offentlige forsikringsgivere fortsat ikke blev pålagt nogen økonomisk garantiforpligtelse. Institutionerne har imidlertid anført, at de blot har accepteret en sådan faktisk situation, men ikke fremkaldt den, og at den omstændighed, at medlemsstaterne har besluttet ikke at pålægge de offentlige forsikringsvirksomheder nogen byrde, der kan sammenlignes med de i direktiverne fastsatte reserver, beror på et valg, som medlemmerne selv og ikke Fællesskabet må pålægges det retlige ansvar for. Til syvende og sidst er der nemlig intet, der forhindrer medlemsstaterne i at fastsætte forsigtighedsregler for de offentlige forsikringer, der svarer til dem, der er fastsat i direktivet for private forsikringer.

Efter min opfattelse må den af de sagsøgte fremsatte indsigelse forkastes, idet den medfører risiko for, at den kan have den — uacceptable — konsekvens, at såfremt kun en sektor harmoniseres på et bestemt område, er EF-lovgiver fritaget for kravet om at respektere ligebehandlingsprincippet.

Jeg vil hermed henvise til, at dette princip har fundamental betydning, ikke blot fordi det er hovedgrundlaget for de nuværende retsordener, men også af en mere speciel grund. Fællesskabslovgivningen er nemlig en lovgivning, som i det væsentlige vedrører økonomiske forhold og økonomisk aktivitet. At fastsætte forskellige regler på dette område for situationer, der svarer til hinanden, er ikke blot ensbetydende med ulighed for loven, men medfører ydermere uundgåeligt konkurrencefordrejninger, som er absolut uforenelige med den filosofi, der ligger til grund for fællesmarkedet.

Hvis vi nu betragter dette problem, vil man bemærke, at fællesskabslovgiver navnlig skal sørge for ligebehandling *ved at definere* det personelle anvendelsesområde for de af denne indførte ordninger, især når disse

ordninger har til formål — eller på den ene eller den anden måde indebærer — at der indføres byrder (eller fordele) for bestemte erhvervsdrivende. Risikoen for, at en ordning, der indeholder forskellige regler for forskellige personer, vil fremkalde uberettigede konkurrencefordrejninger, forekommer i et sådant tilfælde åbenbar, såvel med hensyn til en almindelig ligevægt på markedet som de direkte ramte borgeres situation.

Der er her tale om generelle betragtninger. De sagsøgte har imidlertid heroverfor anført, at situationen må bedømmes anderledes, når den pågældende fællesskabsretsakt ikke er en forordning, men et direktiv om delvis harmonisering. De sagsøgtes argumentation er i korthed følgende.

Såfremt der er tale om en forordning, der har til formål at fastsætte byrder (eller fordele) for bestemte økonomiske erhvervsdrivende med udelukkelse af andre grupper (f.eks. fordi der fastsættes en fritagelse for medansvarsafgift for visse grupper kornproducenter med udelukkelse af andre) må en sådan forskelsbehandling uden videre tilskrives fællesskabslovgiver, som følgelig må stå til ansvar. I et sådant tilfælde er det fællesskabsnormen, som fastsætter den ordning, der gælder for forskellige grupper, hvoraf nogle bebyrdes, andre ikke (eller hvoraf nogle begunstiges, andre ikke).

Der er — efter de sagsøgtes opfattelse — tale om en helt anden situation, når der udstedes et direktiv om delvis harmonisering som det i denne sag omhandlede. I et sådant tilfælde har fællesskabslovgiver alene fastsat fælles regler, som gælder for de erhvervsdrivende, der hører til harmoniseringsdirektivets personelle anvendelsesområde. Derimod gælder der ingen fællesskabsbestemmelser for de retssubjekter, der falder uden for direktivets anvendelsesområde: disse er fortsat alene omfattet af de nationale love. Disse kan i øvrigt have et indhold svarende til indholdet af de harmoniserede bestemmelser eller tværtimod afvige fra disse. Såfremt bestemmelserne har forskelligt indhold, kan det endog føre til forskelsbehandling, da der rent faktisk anvendes en dobbelt ordning på erhvervsdrivende, der til syvende og sidst er konkurrenter. Men denne forskelsbehandling skyldes — stadig ifølge de sagsøgtes opfattelse — udelukkende lovgivningsmæssige valg truffet af medlemsstaterne, og det er derfor disse, der er ansvarlige for en eventuel tilsidesættelse af lighedsprincippet.

Selv om jeg må anerkende ræsonnementets dialektiske kvalitet, mener jeg dog, at det i det væsentlige er baseret på en fiktion. Det tager nemlig ikke hensyn til den omstændighed, at sagsøgerne i det foreliggende tilfælde ser forskelsbehandlingen i den delvise harmoniserings vilkårlighed og ikke i indholdet i de nationale bestemmelser, som (lovligt) anvendes i de (endnu) ikke harmoniserede sektorer. Lad mig forklare dette nærmere. Hvad de sagsøgte har fortiet, er at fra det øjeblik fællesskabslovgiver, som skal harmonisere betingelserne for udøvelse af en virksomhed (som f.eks. eksportkreditforsikring), *begrænser* de harmoniserede normers anvendelsesområde til en enkelt gruppe erhvervsdrivende (de private forsikringsvirksomheder), *bemyndiger* fællesskabslovgiver netop derved de nationale myndigheder til at fastsætte normer med et afvigende indhold for de øvrige grupper (de offentlige forsikringsvirksomheder), der er udelukket fra harmoniseringen.

Det er derfor alene på grund af det af fællesskabslovgiver trufne valg med hensyn til afgrænsningen af direktivets personelle anvendelsesområde, at der er indført en dobbelt ordning, som består i anvendelse af fællesskabsnormer på den ene side og nationale normer på den anden side. Lad mig tilføje — for at gøre det endnu mere klart — at hvis denne dobbelte ordning dernæst indebærer, at den private sektor i henhold til direktivet pålægges en byrde som f.eks. udligningsreserven, mens den offentlige sektor, som er omfattet af de nationale normer, ikke pålægges nogen økonomisk byrde, kan en sådan forskelsbehandling kun tilskrives fællesskabslovgiver, i det omfang denne har *tilladt*, at den nationale lovgiver anvender normer, der afviger fra fællesskabsnormerne.

Dette er endnu mere åbenbart i det foreliggende tilfælde, hvis man betragter den omtvistede ordnings *tilblivelseshistorie*, som er gengivet ovenfor. Siden udstedelsen af det første direktiv på området har fællesskabsinstitutionerne nemlig været fuldt ud klar over, at der i medlemsstaterne ikke var pålagt den offentlige sektor nogen økonomisk garantiforpligtelse. Som den har præciseret, har Kommissionen *accepteret* denne tingenes tilstand. Dermed har Rådet, ved kun at fastsætte fælles forsigtighedsregler — om end kun midlertidigt — for den private sektor, tilladt, hverken mere eller mindre, at den offentlige sektor forbliver fritaget for enhver byrde af denne art.

Sammenfattende mener jeg, at de sagsøgte institutioner i dette tilfælde ikke til deres forsvar kan anføre, at den anfægtede forskelsbehandling ikke kan tilskrives Fællesskabet.

En sådan opfattelse ville desuden have en absurd konsekvens, nemlig at forskelsbehandlingen selv — såfremt den skulle være objektivt begrundet — ikke kan tilskrives nogen: Den kan ikke tilskrives medlemsstaterne, når disse lovligt kunne indføre eller opretholde deres retsregler, fordi direktivet kun delvis harmoniserede dette område (medmindre man vil antage, at medlemsstaterne selv i tilfælde af delvis harmonisering under alle omstændigheder er forpligtet til på de områder, der er overladt til deres kompetence, at fastsætte regler af et indhold svarende til indholdet af de ved direktivet fastsatte regler på de harmoniserede områder, hvilket naturligvis ville være fejlagtigt, fordi det ville være ensbetydende med, at man ved en tilsnigelse ændrede en delvis harmonisering til en fuldstændig harmonisering); men den kan heller ikke tilskrives Fællesskabet, når dette mener ikke at skulle være ansvarlig for forskelsbehandling, som vedrører begrænsningen af direktivets personelle anvendelsesområde. Dette vil kort sagt sige, at såfremt Rådet delvis harmoniserer betingelserne for udøvelse af en bestemt virksomhed og herved pålægger en bestemt gruppe erhvervsdrivende byrder og samtidig udelukker andre grupper af konkurrerende erhvervsdrivende fra harmoniseringen — og altså fra de pågældende byrder — kan en sådan situation *aldrig* undersøges ud fra synsvinkelen overholdelse af lighedsprincippet.

Den hævdede forskelsbehandlings rækkevidde

12. Efter at have tilbagevist de sagsøgtes indledende indsigelse og før jeg undersøger, om den omtvistede ordning er diskriminatorisk, må den hævdede forskelsbehandlings rækkevidde først afklares.

Artikel 2, stk. 2, litra d), i direktiv 73/239 bestemmer, at dette ikke vedrører eksportkreditforsikrings*virksomhed* for statens regning eller med statsgaranti. Artikel 1 i direktiv 87/343 har samme ordlyd. Strengt taget er det altså virksomheden — og ikke virksomhedens *udøvere* — som fortsat ikke er omfattet af de harmoniserede bestemmelsers anvendelsesområde.

Sondringen er dog efter min mening uden større betydning. For det første er det klart, at virksomhed for statens regning eller med statsgaranti kun kan udøves af organer og kontorer, der — om end på forskellig måde — hører under den offentlige sektor, og som i deres egenskab af institutioner udøver eksportkreditforsikringsvirksomhed. Udelukkelsen af denne virksomhed fra direktivets anvendelsesområde begunstiger altså kun offentlige forsikringsvirksomheder.

Det må desuden tilføjes, at i nogle medlemsstater — og det gælder netop Det Forenede Kongerige samt Grækenland, Italien og Irland — må de pågældende offentlige forsikringsvirksomheder kun handle *for statens regning*, idet enhver virksomhed, der udøves *for deres egen regning*, er udelukket. I disse tilfælde falder den ved direktivet indførte udelukkelse af *virksomhed* fuldstændig sammen med udelukkelsen af *udøvere* af virksomhed, når de sidstnævnte kun kan udøve virksomhed for statens regning.

I andre lande er situationen kun tilsyneladende en anden. I Belgien forsikrer den offentlige forsikringsvirksomhed samtlige transaktioner *for egen regning*. Andre steder, f.eks. i Frankrig, udøver den offentlige forsikringsvirksomhed en del af sin virksomhed *for egen regning*. Som det fremgår af de svar, som Kommissionen har givet Domstolen, finder direktivets regler imidlertid ikke længere anvendelse i et sådant tilfælde. Der kan højst blive tale om — hvis det er fastsat — at forsigtighedsregler fastsat i nationale bestemmelser eventuelt kan finde anvendelse. Dette beror tilsyneladende på, at de kontorer og organer, som virker på eksportkreditforsikringsmarkedet, selv når de handler *for egen regning*, alligevel har en *statsgaranti*, da de — ganske vist på forskellige måder og efter forskellige ordninger — har offentlig økonomisk dækning (f.eks. bestrider den offentlige forsikringsvirksomhed i Frankrig — Coface — med hensyn til virksomhed, som den udfører for egen regning, at selv de nationale regler finder anvendelse, og anfører herved netop, at *samtlige* dens forpligtelser under alle omstændigheder er garanteret af offentlige midler). Hvis det desuden anerkendtes, at direktivet i de stater (som f.eks. Frankrig eller Belgien), hvor den offentlige forsikringsvirksomhed ligeledes eller kun virker *for egen regning*, nødvendigvis må finde anvendelse på disse transaktioner, måtte det nødvendigvis konkluderes, at disse stater i årevis har tilsidesat fællesskabsretten, fordi det — som det er blevet bemærket — står fast, at disse transaktioner i givet fald er omfattet af nationale bestemmelser, men aldrig har været omfattet af direktivets bestemmelser. Til syvende og sidst må direktivets artikel 2, stk. 2, litra d), som ændret ved det omtvistede direktiv følgelig forstås således, at bestemmelsen udelukker den *offentlige sektor* for eksportkreditforsikring fra de fælles forsigtighedsregler, der er fastsat for den private sektor. I øvrigt har Kommissionen i svarskriftets punkt 10 præciseret, at »den som udgangspunkt havde en situation, hvor medlemsstaternes kontrolkompetence, herunder forsigtighedsreglerne, gjaldt for den *private sektor*, men ikke for den *offentlige sektor*«; se-

nere, i punkt 11, har Kommissionen tilføjet, at på grund af betænkeligheder i Rådet havde dette besluttet ikke at »pålægge den *offentlige sektor* de samme forsigtighedsregler«. Europa-Parlamentet har udtrykt sig i helt tilsvarende vendinger i sin nævnte beslutning af 17. oktober 1980.

13. Dette er altså den reelle rækkevidde af den her omhandlede ordning, og det er på dette grundlag, det må undersøges, om der foreligger en ulovlig forskelsbehandling.

Af hensyn til klarheden finder jeg det hensigtsmæssigt først at give følgende plan for gennemgangen.

Det må for det første undersøges, om der er konkurrence mellem de erhvervsdrivende, der er omfattet af en anden ordning, og i bekræftende fald i hvilket omfang.

Når det er konstateret, at der er en sådan konkurrence, må det fastslås, om forskelsbehandlingen til skade for de private erhvervsdrivende (eller den virksomhed, som de udfører) er berettiget af objektive grunde.

Hvis det konstateres, at den omtvistede ordning ikke er objektivt begrundet (eller i hvert fald behæftet med andre legalitetsmangler), må det endelig fastslås, om betingelserne er opfyldt for at fastslå, at Fællesskabet har pådraget sig ansvar uden for kontrakt, og for at tilkende sagsøgerne den erstatning, de kræver.

Konkurrencen mellem den private sektor og den offentlige sektor inden for eksportkreditforsikring

14. I en rapport om en sagkyndig undersøgelse, som er vedlagt stævningen, har sagsøgerne anført, at konkurrencen mellem den private sektor og den offentlige sektor kun er udelukket med hensyn til eksportkreditforsikring for transaktioner på lang sigt. Der er derimod livlig konkurrence med hensyn til kommercielle risici på kort eller mellemlang sigt i forbindelse med eksport inden for Fællesskabet (eller i hvert fald til OECD-lande). Derimod er konkurrencen »marginal« med hensyn til den politiske risiko eller i hvert fald for eksport til udviklingslande. Disse generelle konklusioner støttes af detaljerede analyser af de tre berørte markeder (Det Forenede Kongerige, Frankrig og Belgien), som jeg ikke vil gentage her for ikke yderligere at tynge fremstillingen.

De sagsøgte institutioner har ikke på nogen måde bestridt, at der er dele af markedet, hvor der er konkurrence mellem den private sektor og den offentlige sektor. Domstolen har stillet et særligt spørgsmål herom, og Kommissionen har i sit svar bekræftet rigtigheden af det af sagsøgerne anførte.

I bilag II til dette svar har Kommissionen anført følgende:

»Med undtagelse af nogle marginale eksempler (pool de souscription PARIS, som i Frankrig forsikrer den politiske risiko) er der mellem de organer, som virker med

statsstøtte, og de private forsikringsgivere i det væsentlige konkurrence med hensyn til den økonomiske risiko på kort sigt i forbindelse med eksport til OECD-lande. De private virksomheder har indtil nu ikke på afgørende måde vist evne til uden statsgaranti at forsikre den politiske risiko eller den økonomiske risiko på lang sigt«.

I samme dokument har Kommissionen præciseret, at:

— Med hensyn til *Det Forenede Kongerige konkurrerer* den offentlige forsikringsvirksomhed ECGD (Export Credit Guarantee Department, en selvstændig regeringsinstitution direkte under statssekretariatet for handel) *med forskellige private virksomheder*, heriblandt les Assurances du crédit de Namur, med hensyn til økonomiske risici på kort sigt (og eventuelt på mellemlang sigt) samt marginalt den politiske risiko.

— Med hensyn til *Frankrig konkurrerer* den offentlige forsikringsgiver Coface (et aktieselskab, der indirekte kontrolleres af staten) *med de private virksomheder*, herunder les Assurances du crédit de Namur, med hensyn til de økonomiske risici på kort sigt (blandt de private virksomheder forsikrer PARIS-koncernen i øvrigt den politiske risiko uden statsgaranti).

— Med hensyn til *Belgien konkurrerer* den offentlige forsikringsgiver OND *med de private virksomheder*, heriblandt les Assurances du crédit de Namur, med hensyn til de økonomiske risici generelt og fra 1986 med hensyn til den politiske risiko.

Til disse summariske konstateringer skal jeg som yderligere bekræftelse føje de udtalelser, der er fremsat af ØSU og af Europa-Parlamentet under udarbejdelsen af direktiv 87/343 samt af Kommissionen selv i dens skrivelse i bilaget til forslaget til ændring af samme direktiv, som er omtalt i beskrivelsen af direktivets tilblivelseshistorie, og som jeg vil vende tilbage til.

På grundlag af disse omstændigheder anser jeg det for fastslået hinsides enhver tvivl (og uden at det er nødvendigt at undersøge, om der består potentielle konkurrenceforhold), at den private sektor og den offentlige sektor konkurrerede i transaktioner på de ovennævnte dele af markedet.

Det står ligeledes fast, at direktiv 87/343 har forstærket de økonomiske krav til den private sektor ved indførelsen af udligningsreserven; den offentlige sektor er derimod fortsat udelukket fra den fælles ordning (med den praktiske følge, at den i det væsentlige ikke er pålagt nogen tilsvarende faktisk byrde).

Der er altså tale om en dobbelt ordning, som kan fremkalde ulige behandling af konkurrerende erhvervsdrivende. Det må derfor undersøges, om denne forskellighed i reglerne er objektivt berettiget.

Berettigelsen af forskelsbehandlingen

15. Som berettigelse for, at den offentlige sektor er udelukket fra direktivets anvendelsesområde, har de sagsøgte institutioner i det væsentlige fremført to grunde.

Den første, som også er den eneste, der nævnes i begrundelsen til direktiv 87/343 (jf. anden betragtning), er, at den offentlige sektor ikke kræver beskyttelsesregler til fordel for de forsikrede, da den handler med statsgaranti og altså med økonomisk dækning fra staten.

Den anden grund er, at det har vist sig *vanskeligt* at inddrage den offentlige sektor under direktivets anvendelsesområde, såvel på grund af forskelle i de i hver medlemsstat virksomme organisationers retlige status og økonomiske struktur som på grund af arten af den virksomhed, der udøves af disse organisationer, og som indebærer, at der hyppigt må træffes udenrigspolitiske valg.

Med hensyn til det første argument er en præcisering imidlertid straks påkrævet. Det står nemlig fast, at medlemsstaterne finansierer eksportkreditforsikring i forbindelse med risici, som ikke normalt dækkes af private forsikringsgivere (politisk risiko f.eks.). I disse tilfælde konkurrerer de offentlige organisationer imidlertid ikke med de private organisationer, men driver supplerende virksomhed ved at stille en tjenesteydelse til rådighed, som markedet ikke selv er i stand til at tilvejebringe.

Situationen er dog en ganske anden på de områder, hvor der er konkurrence. På disse områder finder jeg det nemlig særdeles tvivlsomt, om medlemsstaterne lovligt kan tilbyde de offentlige forsikringsvirksomheder økonomisk dækning. En sådan indgriben kan nemlig vise sig at være uforenelig med de regler om offentlig støtte og om adfærd, som staten skal overholde i forbindelse med de offentlige virksomheder eller i hvert fald de virksomheder, der er under dens indflydelse.

Det er rigtigt, at Kommissionen indtil nu ikke har truffet nogen beslutning om denne uforenelighed i henhold til Traktatens artikel 90 og artikel 93. Men det er også rigtigt, at der endnu ikke er blevet ført bevis for det modsatte; i øvrigt har Europa-Parlamentet i den nævnte beslutning fastslået, efter at have bemærket, at udelukkelsen fra direktivets anvendelsesområde af transaktioner udført for statens regning eller med statsgaranti »vil bevare en forskelsbehandling af den offentlige og den private sektor«, at med hensyn til eksport til et andet medlemsland »[udgør] statsgarantien... en støtte, der ikke kan accepteres i handelen inden for Fællesskabet«; endelig har Kommissionen som svar på Domstolens spørgsmål bekræftet, at spørgsmålet, om artiklerne 90 og 92 kan anvendes på økonomiske relationer mellem medlemsstaterne og de pågældende organisationer, »p.t. behandles indgående«, og har desuden ytret tvivl med hensyn til betingelserne for anvendelse af artikel 90, stk. 1, men dog bekræftet, at de offentlige økonomiske garantier »kan være omfattet af artikel 92«.

Jeg mener dog, at det generelt må udelukkes, at en forskelsbehandling af erhvervsdri-

vende kan være berettiget af en forskellig situation, der beror på omstændigheder eller betingelser, hvis lovlighed fremstår som tvivlsom.

Alt taget i betragtning tages der i direktivet hensyn til, at de pågældende offentlige organisationer handler med økonomisk dækning fra staten, men direktivet er til gengæld tavst med hensyn til den omstændighed, at de konkurrerende private virksomheder ikke har en tilsvarende dækning; direktivet siger altså intet om den omstændighed, at statens økonomiske intervention i sig selv er diskriminatorisk og fører til en konkurrencefordrejning, idet den alene omfatter de offentlige organisationer, en diskrimination, som burde være objektivt begrundet, hvilket den tværtimod overhovedet ikke er, selv om den klart er i strid med princippet om ligebehandling af private virksomheder og offentlige virksomheder, som er fastslået i Traktatens artikel 90.

Jeg finder med andre ord, at man i dette tilfælde simpelthen vil berettige en forskelsbehandling mellem konkurrerende erhvervsdrivende med en anden forskelsbehandling af de samme erhvervsdrivende, hvis berettigelse dog heller ikke på nogen måde er angivet.

Ud over de rent retlige betragtninger mener jeg, at et sådant resultat er i strid med sund fornuft, idet det faktisk fører til, at man anerkender lovligheden af en dobbelt fordrejning til skade for private forsikringsgivere: Disse lider for det første skade, fordi de er tvunget til at konkurrere med virksomheder, som har økonomisk dækning fra staten, og de lider yderligere skade, fordi samme situation bruges af Rådet som berettigelse for en regel, der pålægger den private sektor, men ikke den offentlige sektor, de byrder, der er nødvendige for at oprette reserverne.

16. Det er måske netop på grund af denne uoverensstemmelse, at de sagsøgte under sagen i højere grad har lagt vægt på den anden begrundelse for at udelukke den offentlige sektor fra direktivets anvendelsesområde.

De har i korthed anført, at det i betragtning af de karakteristika, der kendetegner organisationer, som driver virksomhed for statens regning eller med statsgaranti, viste sig umuligt at indføre en ensartet ordning ved direktiv 87/343.

Mod dette argument kan der dog fremføres en række indsigelser.

For det første har institutionerne anført, at hindringen for indførelse af en sådan ordning var, at virksomhederne i den offentlige sektor i de forskellige lande havde forskellig status og forskellig økonomisk struktur. Kommissionen har navnlig anført, at disse virksomheder i seks medlemsstater (Belgien, Danmark, Italien, Det Forenede Kongerige, Luxembourg og Portugal) er offentligretlige institutioner, mens der i fem andre medlemsstater (Spanien, Irland, Frankrig, Nederlandene og Grækenland) er tale om privatretlige selskaber, og endelig at der i en anden medlemsstat (Forbundsrepublikken Tyskland) er tale om et blandet privatretligt og offentligretligt konsortium. Desuden har Kommissionen anført, at de pågældende or-

ganisationer i visse tilfælde handler for egen regning.

Bortset herfra har de sagsøgte ikke oplyst, hvorfor sådanne karakteristika berettigede til *uden videre* at udelukke den offentlige sektor fra direktivet.

Det er rigtigt, at der foreligger forskellige situationer i de forskellige medlemsstater. Men denne forskel skal et harmoniseringsdirektiv netop eliminere, hvorfor dette ikke i sig selv kan anses for en uoverstigelig hindring. Fra det øjeblik, det var blevet besluttet at begrænse harmoniseringen til en enkelt gruppe virksomheder, skulle Rådet altså have retfærdiggjort denne begrænsning — der som nævnt fører til en konkurrencefordrejning — under henvisning til *andre særlige* vanskeligheder end dem, som man normalt møder, når forskellige nationale ordninger skal harmoniseres. Det er uacceptabelt, at Rådet forsøger at begrunde, at der ikke er indført en ensartet ordning, ved blot at henvise til, at dette ville have indebåret et indgreb i bestemmelser, der ikke var ensartede; Rådet burde tværtimod have præciseret, *hvorfor* et sådant indgreb i praksis viste sig umuligt.

Men det er ikke det hele. Det må nemlig bemærkes, at Kommissionen på et givet tidspunkt selv havde anført, ikke blot at en ensartet ordning var nødvendig for at sikre konkurrencens neutralitet og transparens, men også havde fremhævet, at det var *praktisk muligt* at udvide den harmoniserede ordning til den offentlige sektor (se den nævnte skrivelse). Europa-Parlamentet og ØSU havde i øvrigt allerede — som nævnt flere gange — draget tilsvarende konklusioner; dette dementerer — efter min opfattelse — på den mest kategoriske måde, at der skulle have været reelle, selv tekniske, vanskeligheder ved at indføre en ordning, som var den samme for samtlige berørte virksomheder.

Under sådanne omstændigheder mener jeg derfor ikke, at det kan antages, at grunde, som har at gøre med den offentlige sektors organisationers struktur eller status, kan berettige til at udelukke disse organisationer fra direktivet. Desuden, selv hvis det erkendes, at der er vanskeligheder af teknisk art ved at indføre en ensartet ordning, kan disse vanskeligheder — som under alle omstændigheder ikke er uoverstigelige — i intet tilfælde berettige en forlængelse på ubestemt tid af en diskriminatorisk ordning.

Med hensyn til bemærkningen om, at de offentlige organisationer i deres valg tager udenrigspolitiske hensyn, vil jeg blot bemærke, at disse vurderinger foretages på dele af markedet, hvor de private virksomheder ikke opererer (risiko på lang sigt og politisk risiko), og hvor der derfor ikke er nogen konkurrence. Dette betyder dog ikke, at det i andre sektorer, hvor der er konkurrence, og hvor politiske betragtninger har ringe eller ingen betydning, ikke er muligt eller nødvendigt at indføre en ensartet ordning.

Sammenfattende mener jeg, at direktiv 87/343 indebærer en forskelsbehandling, for så vidt det på ubestemt tid udelukker den offentlige sektor for eksportkreditforsikring fra de fælles forsigtighedsreglers anvendelsesområder. Når den konstaterede forskelsbehandling medfører en skade for den pri-

vate sektor i forhold til den offentlige sektor, mener jeg desuden, at der her ligeledes er tale om en tilsidesættelse af Traktatens artikel 90, stk. 1, som fastslår det almindelige lighedsprincip, idet medlemsstaterne og institutionerne herved pålægges at overholde princippet om ligebehandling af private og offentlige virksomheder.

Andre grunde til det omtvistede direktivs ulovlighed

17. I betragtning af den konklusion, som jeg er nået til med hensyn til tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet, skal jeg alene gøre nogle meget korte bemærkninger om de øvrige klagepunkter, som sagsøgerne har fremført vedrørende direktivets lovlighed; dette gælder så meget mere, som det fremgår klart af sagen, at hovedvægten i sagsøgernes argumentation i nærværende søgsmål er, at direktivet medfører forskelsbehandling, mens de øvrige argumenter kun er fremstillet kortfattet eller til syvende og sidst falder sammen med dem, der er fremført vedrørende tilsidesættelsen af lighedsprincippet.

Med hensyn til tilsidesættelsen af Traktatens artikel 90, stk. 1, og artikel 52 har sagsøgerne gjort gældende, at forskelsbehandlingen af den private sektor skader de private forsikringsselskabers etableringsfrihed. Uden at det er nødvendigt at rejse spørgsmålet, om det er muligt i dette tilfælde at påvise en tilsidesættelse af artikel 52, mener jeg imidlertid, at det er tilstrækkeligt at bemærke, at det nødvendige grundlag for denne kritik under alle omstændigheder findes i det omtvistede direktivs diskriminatoriske karakter, og at Domstolen følgelig, når den skal træffe afgørelse om kravet på erstatning, blot kan fastslå, at den hævdede forskelsbehandling foreligger, uden dernæst også at skulle undersøge denne forskelsbehandlings virkninger på etableringsretten med hensyn til den pågældende virksomhed.

Sagsøgerne har desuden gjort gældende, at den garanti, som staten giver forsikringsvirksomhederne i den offentlige sektor, er støtte som omhandlet i artikel 92. Jeg har allerede anført, at det forekommer meget tvivlsomt, om den offentlige garanti er forenelig med fællesskabsbestemmelserne om støtte. I denne betragtning ligger, at den hævdede forskelsbehandling, selv om den ikke har nogen objektiv begrundelse, dog ikke i sig selv er en mangel ved direktivet. Støttens forenelighed med fællesskabsretten som sådan må under alle omstændigheder undersøges efter den hertil fastsatte procedure.

Hvad i øvrigt angår spørgsmålet, om der foreligger magtmisbrug derved, at de supplerende garantier, der er indført ved direktiv 87/343, ikke skyldes reelle hensyn til beskyttelse af tredjemænd, men udelukkende politisk pression udøvet af en medlemsstat, skal jeg alene bemærke, at der blot er tale om en påstand, som ikke støttes at noget bevis, og som følgelig kan lades ude af betragtning.

Hvad endelig angår klagepunktet om, at fællesskabsinstitutionerne har gjort sig skyldige i ulovlig passivitet ved at afholde sig fra at indføre en ensartet ordning for begge sektorer før udløbet af den frist på fire år, der er fastsat ved direktiv 73/239, skal jeg blot bemærke, at denne frist har programmæssig karakter og derfor ikke afføder nogen forpligtelse for institutionerne til at handle. Dette har sagsøgerne i øvrigt selv erkendt, idet de i replikken har ændret deres argumentation på dette punkt og anført, at institutionerne har handlet ulovligt, fordi

de ikke, selv efter udløbet af fristen på fire år, har indført nogen foranstaltning for at bringe en uberettiget ulige behandling til ophør. Det står dog alligevel fast, at fra det øjeblik, da institutionerne faktisk har udstedt en retsakt — direktiv 87/343 — er denne passivitet fra institutionernes side bragt til ophør, selv om retsakten har et andet indhold end det af sagsøgerne ønskede. Fra dette tidspunkt må den anfægtede ulige behandling alene tilskrives direktivet, som positivt bekræfter, at der gælder forskellige ordninger for de to sektorer, og ikke undladelsen i form af en manglende indførelse af ensartede regler. Kritikken af institutionernes hævdede passivitet kan altså i sit fulde omfang identificeres som anbringendet vedrørende den diskriminatoriske karakter af direktiv 87/343, som jeg har behandlet tidligere.

Fællesskabets ansvar

18. Siden Schöppenstedt-dommen (dom af 2.12.1971, sag 5/71, Sml. s. 975, præmis 11) har Domstolen uændret statueret, at »Fællesskabet kan kun ifalde ansvar for en generel retsakt, som indebærer valg af økonomisk politisk karakter, såfremt der foreligger en tilstrækkeligt kvalificeret krænkelse af en højere retsregel til beskyttelse af private« [8].

Der kan dog i dette tilfælde ikke være nogen tvivl om, at direktiv 87/343 er en generel retsakt, som supplerer den ved direktiv 73/239 indførte ordning, og som følgelig indgår i fællesskabsordningen om betingelser for adgang til markedet og udøvelse af direkte forsikringsvirksomhed bortset fra livsforsikring.

Når dette er sagt, må det imidlertid anføres, at inden for rammerne af definitionen af denne ordnings anvendelsesområde gælder der en uoverskridelig grænse for fællesskabslovgivers skøn, idet denne skal respektere tvingende krav om overholdelse af ligebehandlingsprincippet, der — som det fremgår af den nævnte HNL-dom — må betragtes som en »højere retsregel til beskyttelse af private«.

I det foreliggende tilfælde fremgår det, at lighedsprincippet er blevet tilsidesat, samt navnlig, at denne tilsidesættelse er særligt åbenbar. Rådet har nemlig ved på ubestemt tid — ved sit direktiv 87/343 — at holde den offentlige sektor ude fra den harmoniserede ordning, fuldstændig ignoreret de opfattelser, som de øvrige institutioner havde fremført, og som samstemmende understregede både, at det var *nødvendigt* at bringe situationen med den dobbelte ordning til ophør, fordi den var diskriminatorisk og medførte konkurrencefordrejninger, og at et sådant resultat teknisk *kunne* nås ved blot ved at udvide de forsigtighedsregler til den offentlige sektor, som allerede var fastsat for den private sektor; disse opfattelser harmonerede i øvrigt fuldstændig med, hvad der allerede var bestemt i direktivet fra 1973, hvorefter den dobbelte ordning var en ren overgangsordning, som skulle afskaffes inden for en frist på fire år.

8 — Se dommene af 25.5.1978 (forenede sager 83/76, 94/76, 4/77, 15/77 og 40/77, HNL, Sml. s. 1209); 4.10.1979 (sag 238/78, Ireks-Arkady, Sml. s. 2955); (sag 241/78, 242/78 og 245/78-250/78, DGV, Sml. s. 3017); (sag 261/78 og 262/78, Interquell-Chemie, Sml. s. 3045); 5.12.1979 (sag 116/77 og 124/77, Amylum, Sml. s. 3497); 17.12.1981 (sag 197/80-200/80, 243/80, 245/80 og 247/80, Ludwigshafener Walzmühle, Sml. s. 3211); 6.12.1984 (sag 59/83, Biovilac, Sml. s. 4057); 19.9.1985 (sag 194/83-206/83, Asteris, Sml. s. 2815); 30.5.1989 (sag 20/88, Roquette Frères, Sml. s. 1553) og 26.6.1990 (sag C-152/88, Sofrimport, Sml. I, s. 2477).

Det er rigtigt, at denne frist ikke kan tillægges bindende karakter; men den kan dog ikke anses for helt uden betydning; den tjener i det mindste til at vise, at Rådet siden 1973 har været opmærksom på risikoen for konkurrencefordrejning som følge af en manglende ensartet ordning, og derfor havde fundet det nødvendigt at fastsætte en kort frist for at foretage den nødvendige koordination af retsregler.

Det må imidlertid bemærkes, at Rådet ti år efter udløbet af denne frist har udelukket, at der indledes nogen koordination på området — selv delvis og gradvis — og har begrænset sig til slet og ret og — tilmed — på ubestemt tid at videreføre udelukkelsen af den offentlige sektor fra de fælles regler.

Jeg mener derfor, at Rådet vilkårligt har forlænget en diskriminatorisk ordning på ubestemt tid, som allerede har bestået for længe, og at det herved »åbenbart og groft har overskredet grænserne for udøvelsen af sine beføjelser« (HNL-dommen, præmis 6).

Desuden bør det anføres, at det i dette tilfælde er udelukket, at skaden som følge af forskelsbehandlingen skulle have ramt »meget store grupper af erhvervsdrivende« (se HNL-dommen, præmis 7); den rammer tværtimod en begrænset og veldefineret gruppe virksomheder.

Endelig finder jeg, at den omstændighed, at den private sektor er omfattet af en ordning, der pålægger den økonomiske garantier, mens dens vigtigste konkurrent er fritaget for denne byrde, under alle omstændigheder må anses for en skade, som er videregående end »omfanget af de økonomiske risici, som er forbundet med virksomhed i de pågældende ... sektorer« (a.st.).

Endelig mener jeg, at der på den ene side ikke foreligger almene hensyn, som i dette tilfælde kan berettige, at Rådet har valgt at forlænge den dobbelte ordning for eksportkreditforsikring på ubestemt tid, og på den anden side at denne ulige behandling fører til en bebyrdelse af private interesser, som ikke blot er betydelige fra et økonomisk synspunkt, men som også må anses for beskyttelsesværdige i henhold til fællesmarkedets grundlæggende principper.

Det omtvistede direktiv indeholder følgelig en »alvorlig krænkelse af en højere retsregel til beskyttelse af private« og kan derfor pådrage Fællesskabet ansvar uden for kontrakt.

Tabet

19. Som det fremgår af den sagkyndige udtalelse, der er vedlagt stævningen, kræver sagsøgerne udtrykkeligt erstatning for det tab, der er en følge af ikrafttrædelsen af direktiv 87/343, det vil sige det tab, der er fremkaldt af, at den i dette direktivs artikel 1 omhandlede udligningsreserve skal oprettes alene af de private virksomheder og ikke af de offentlige virksomheder.

Erstatningskravet støttes på, at de private virksomheder, netop på grund af konkurrencen med de offentlige virksomheder, umuligt kan overføre den byrde, som opret-

telsen og forvaltningen af reserven repræsenterer, på præmierne og altså overvælte den på forsikringstagerne. Heraf følger, at disse virksomheder må bære denne byrde i fuldt omfang, hvilket altså indebærer mindre afkast af den investerede kapital.

Det er klart, at der er tale om et i vidt omfang hypotetisk ræsonnement, som dog er baseret på den antagelse — at det er umuligt at overvælte byrden på forsikringstagerne — hvilket er fuldt ud troværdigt, da der er ført bevis for, at der er konkurrence mellem de to grupper virksomheder. Ræsonnementets rigtighed er i øvrigt ikke blevet bestridt af de sagsøgte institutioner ved nogen form for bevis.

Jeg mener derfor, at sagsøgerne har godtgjort, at de er blevet påført et økonomisk tab ved det omtvistede direktivs ikrafttræden. Med hensyn til tabets størrelse finder jeg det hensigtsmæssigt, at Domstolen opfordrer parterne til at blive enige om opgørelsen af beløbet inden for en bestemt frist, ved hvis udløb Domstolen træffer afgørelse.

Konklusion

20. På grundlag af samtlige de foregående betragtninger foreslår jeg Domstolen:

— at afvise sagen

såfremt erstatningskravet imidlertid admitteres:

— at statuere, at Fællesskabet er ansvarligt for de tab, der er forvoldt ved ikrafttrædelsen af direktiv 87/343, idet fastsættelsen af erstatningens størrelse henvises til overenskomst mellem parterne eller i mangel heraf til Domstolens senere afgørelse.