FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT GIUSEPPE TESAURO

fremsat den 17. maj 1990 *

Høje Domstol.

1. Den besvarelse, Domstolen anmodes om at give af to præjudicielle spørgsmål, som er forelagt af House of Lords i Factortame-sagen, vil ganske givet være med til at bidrage til fastlæggelsen af rammerne for forholdet mellem de nationale domstole og fællesskabsretten. Og — vil jeg gerne tilføje — den vedrører et punkt, som utvivlsomt er af betydning.

Spørgsmålene er klare. I den tid, der går, indtil Domstolen har truffet præjudiciel afgørelse vedrørende fortolkningen af en fællesskabsbestemmelse, der har direkte virkning, tillader Det Forenede Kongeriges retsorden ikke den nationale domstol ved foreløbige forholdsregler at udsætte anvendelsen af den nationale retsforskrift, der påstås at være i strid med fællesskabsretten, og dermed foreløbig at anerkende en borgers rettighed, som der gøres krav på i henhold til fællesskabsretten, men som nægtes ham efter national ret: 1) skal (eller kan) den nationale domstol i denne situation træffe sådanne foranstaltninger på grundlag af fællesskabsretten? 2) i bekræftende fald efter hvilke kriterier?

2. Den tvist, som har givet anledning til forelæggelseskendelsen, vedrører et større antal selskaber inden for fiskerisektoren, som er stiftet efter engelsk ret, men som repræsenterer spanske interesser. Disse selskaber har anfægtet lovligheden efter fællesskabsretten af en britisk lov fra 1988, som ændrede betingelserne for optagelse i registret for fiskerfartøjer, navnlig med hensyn til nationalitet og bopæl for dem, der havde den egentlige ejendomsret (»the beneficial ownership«) til fartøjerne, idet betingelserne bevidst blev skærpet, for så vidt angik udenlandske interesser (også fællesskabsinteresser). Under påberåbelse af en række bestemmelser i Traktaten, der har direkte virkning, har Factortame Ltd m. fl. indgivet en begæring om »domstolsprøvelse« af den pågældende lov, hvorved de søger at opnå, at loven erklæres uanvendelig på dem, fordi den er i strid med fællesskabsbestemmelserne, at der nedlægges forbud mod, at myndighederne anser registreringen af fartøjerne i henhold til den tidligere lov for ophørt, og at der udstedes foreløbige forholdsregler, indtil den endelige afgørelse træffes.

3. Retten i første instans, Divisional Court of The Queen's Bench Division, anmodede Domstolen om en præjudiciel afgørelse vedrørende fortolkningen af de påberåbte bestemmelser i fællesskabsretten og pålagde som en foreløbig forholdsregel Secretary of State for Transport ikke at anvende den nye lov på sagsøgerne, så længe der ikke var truffet endelig afgørelse, eller retten havde afsagt en ny kendelse.

4. Secretary of State for Transport kærede kendelsen om foreløbige forholdsregler, som blev ophævet af Court of Appeal med den begrundelse, at domstolene i Det Forenede Kongerige ikke har beføjelse til ved foreløbige forholdsregler at udsætte anvendelsen af love eller at nedlægge forbud over for Kronen.

5. House of Lords, som sagen blev indbragt for, bekræftede, at domstolene efter engelsk ret ikke har beføjelse til at udsætte anvendelsen af en lov vedtaget af Parlamentet på

* Originalsprog: italiensk.

grund af dens påståede — men ikke beviste — uforenelighed med fællesskabsretten, og forelagde Domstolen de nævnte præjudicielle spørgsmål for i det væsentlige at få oplyst, om det, som ikke er tilladt efter engelsk ret, er påbudt eller tilladt i henhold til fællesskabsretten.

6. Indledningsvis bør det præciseres, at den forelæggende ret erkender, at den er beføjet og forpligtet til at give en bestemmelse i Traktaten eller i afledt fællesskabsret, der har direkte virkning i Det Forenede Kongeriges retsorden, forrang for en national lov, der er i strid hermed, og at dette gælder, når det umiddelbart og let kan ses, at den nationale lov er i modstrid med fællesskabsretten, enten fordi fællesskabsbestemmelsen allerede er blevet fortolket af Domstolen, eller fordi bestemmelsen selv er tilstrækkelig »præcis« i sit indhold. Der opstod imidlertid et problem, fordi man ikke var sikker på, hvordan de fællesskabsbestemmelser, der var relevante under de foreliggende omstændigheder, skulle fortolkes, men tværtimod fandt, at der var »vægtige argumenter både for og imod rettighedernes eksistens«. Dette fik Divisional Court til at anmode Domstolen om at træffe præjudiciel afgørelse vedrørende fortolkningen af disse bestemmelser. De forelagte spørgsmål behandles i en anden sag (sag 221/89), uafhængigt af den foreliggende sag. Desuden skal jeg for fuldstændighedens skyld nævne, at Kommissionen har anlagt sag mod Det Forenede Kongerige i medfør af artikel 169 i anledning af lovs påståede uforenelighed med fællesskabsretten, men alene på grund af nationalitetsaspektet. Under denne sag har Kommissionen også fremsat begæring om foreløbige forholdsregler, der går ud på, at lovens anvendelse udsættes. Domstolen har allerede afsagt en kendelse, der tager begæringen til følge, og loven er da også blevet ændret i den henseende [1].

1 — Kendelse af 10. oktober 1989, sag 246/89 R, Sml. 1989, s. 3125.

7. Jeg finder det også hensigtsmæssigt indledningsvis at anføre, at problemet er opstået i forbindelse med den særlige »domstolsprøvelse«, som kan finde sted i henhold til engelsk ret, og som parterne satte i gang, allerede før den nye lov om skibsregistret var trådt i kraft. I den forbindelse har såvel House of Lords i forelæggelseskendelsen som Det Forenede Kongerige i sit skriftlige indlæg understreget, at hvis spørgsmålet om en konflikt med fællesskabsretten var opstået under en straffesag eller en forvaltningsretlig sag anlagt mod de samme parter for overtrædelse om loven om skibsregistret, ville den nationale domstol meget vel have kunnet *udsætte sagen* (endog en eventuel konfiskationssag med hensyn til fartøjerne), mens man afventede udfaldet af den præjudicielle anmodning til Domstolen om fortolkning af de relevante fællesskabsbestemmelser. Konsekvenserne af Domstolens afgørelse ville i så fald have fået tilbagevirkende kraft for parterne, hvad enten disse konsekvenser var gunstige eller ugunstige i forhold til parternes krav. House of Lords slutter heraf, at i så fald ville »retsforfølgningen eller konfiskationssagen ikke blive forhindret, men blot udsat« (side 9 i forelæggelseskendelsen).

Det er ikke helt klart, ud fra hvilken synsvinkel opmærksomheden blev henledt på forskellen mellem situationen i denne sag (domstolsprøvelse) og den situation, som kunne være opstået under en normal straffesag eller anden sag, som var anlagt på grund af overtrædelse af loven. Det forekommer mig imidlertid, at forskellen ikke er af stor betydning her. Den blotte *udsættelse af en sag* som følge af en forelæggelse for Domstolen i medfør af Traktatens artikel 177 *er ikke en foreløbig forholdsregel* og opfylder

ikke noget krav om foreløbig beskyttelse af de rettigheder, der gøres krav på. Tværtimod rejser en sådan udsættelse i endnu højere grad det samme problem, som fører til kravet om foreløbig beskyttelse, nemlig om sagen, hvis den udsættes, netop bliver »virkningsløs« på grund af forhalingen af den endelige afgørelse.

Det af House of Lords forelagte spørgsmål har derfor betydning, på samme måde og i samme form, med hensyn til begge de processuelle situationer, der er angivet over for Domstolen. Det ville kun forholde sig anderledes, hvis den nationale domstol, uanset hvilken type sag der var tale om, var berettiget til, når sagen udsættes og forelægges for Domstolen i medfør af artikel 177, også at træffe foreløbige forholdsregler af den art, appellanterne har fremsat begæring om i denne sag, og hvis den derfor var beføjet til foreløbig at tillade, at skibene blev registreret på grundlag af den tidligere lov, indtil den endelige afgørelse blev truffet; som det tydeligt fremgik under retsmødet, er dette helt klart udelukket, hvad enten der er tale om en domstolsprøvelse eller en anden form for retssag.

8. Derimod tillægger jeg det betydning, at det økonomiske tab, appellanterne vil lide under sagen, efter det af den forelæggende ret anførte aldrig vil kunne genoprettes i en situation som den, der foreligger her — altså når der ikke kan træffes foreløbige forholdsregler — idet en erstatningssag efter fast national retspraksis er udelukket (jfr. forelæggelseskendelsen side 6). Heraf følger, at selv hvis Domstolen skulle træffe en afgørelse om fortolkningen, der gav appellanterne i hovedsagen medhold, ville der ikke ved den nationale domstols efterfølgende dom kunne tilkendes dem erstatning for det lidte tab, og at sagen derfor under alle omstændigheder kunne være »virkningsløs«.

Det vil ikke sige, at erstatning for et formuetab har afgørende betydning og udgør et reelt alternativ til foreløbig beskyttelse, i betragtning af, at selv om der fandtes bestemmelser herom, ville erstatning ikke altid og under alle omstændigheder i sig selv være tilstrækkelig til at tilfredsstille kravet om foreløbig beskyttelse, et krav som netop opstår på grund af, at en erstatning i penge er utilstrækkelig set i forhold til »nytten« af den senere dom [2]. Det forholder sig snarere således, at den omstændighed, at erstatning er udelukket, kan gøre det umuligt at genoprette det formuetab, der er lidt under sagen.

9. Den engelske domstol har nærmere angivet de principper i fællesskabsretten, som den ønsker fortolket af Domstolen, for at den kan løse problemet på den ene eller den anden måde: den direkte virkning af de påberåbte fællesskabsbestemmelser, forpligtelsen til direkte og umiddelbart at beskytte borgernes rettigheder, retsmidlernes effektivitet i praksis, forpligtelsen til ikke at anvende nationale bestemmelser og/eller praksis, som gør det umuligt at udøve de rettigheder og opnå den beskyttelse, der er tilsagt dem.

Det er ligeledes blevet gjort klart, hvilke formelle hindringer der er for de engelske domstoles udøvelse af beføjelsen til at træffe foreløbige forholdsregler i sager som den foreliggende: formodningen for, at en national lov er gyldig, som gælder, indtil der er truffet endelig afgørelse, herunder en præjudiciel afgørelse truffet af Domstolen om fortolkningen, samt den omstændighed, at Kronen ikke kan pålægges en handlingspligt, hvilket i øvrigt ikke blot gælder med hensyn til foreløbige forholdsregler, men

2 — Jfr. f. eks. Domstolens kendelse af 21. august 1981, sag 232/81 R, Sml. s. 2193, grund 9.

også med hensyn til endelige afgørelser (se side 13 og 20 i Det Forenede Kongeriges indlæg).

10. De principper i fællesskabsretten, som efter det af House of Lords anførte er relevante, og som dets afgørelse vil afhænge af fortolkningen af, er grundlæggende principper, som er nedfældet i en række afgørelser fra Domstolen. Disse principper overholdes under alle omstændigheder — og uden vanskeligheder — af domstolene i Det Forenede Kongerige, med det ene forbehold, som både er grunden til og genstanden for den foreliggende præjudicielle sag. Skal disse principper også fortolkes således, at den nationale domstol skal (eller kan) træffe en foreløbig forholdsregel, som består i, at det pålægges Kronen ikke at anvende en »foranstaltning« (i dette tilfælde en lov vedtaget af Parlamentet), så længe hovedsagen ikke er afgjort, og der ikke er sikkerhed for, men blot en mistanke — om end alvorlig — om, at foranstaltningen er uforenelig med fællesskabsretten? Kort sagt, omfatter de forpligtelser, fællesskabsretten pålægger den nationale domstol med hensyn til beskyttelsen af rettigheder, der direkte er tillagt borgerne, også, at den ved en foreløbig forholdsregel skal udsætte anvendelsen af en national lov, som hævdes at være i konflikt med fællesskabsretten?

11. Ud over en hurtig gennemgang af de relevante fællesskabsretlige principper, som den nationale ret er fortrolig med, kræver besvarelsen af dette spørgsmål, at der foretages en nærmere bestemmelse af det krav, som ligger til grund for den foreløbige beskyttelse — et begreb, som er solidt forankret i den almindelige juridiske litteratur og i medlemsstaternes retsordner — og også er dennes raison d'être.

12. Udgangspunktet for bedømmelsen af problemet er, at der — som det ubestridt er tilfældet i den foreliggende sag — er tale om *fællesskabsbestemmelser med direkte virkning*, hvorved det nu står fast, at der forstås bestemmelser, som umiddelbart giver borgerne rettigheder, som kan betegnes som subjektive og som sådanne kan gøres gældende for de nationale domstole. Det er næppe nødvendigt at understrege, at det er på denne baggrund, at spørgsmålene er forelagt for Domstolen til præjudiciel afgørelse, for så vidt som det er helt uden betydning, hvilke fællesskabsbestemmelser der er tale om, og hvilken fortolkning af disse der er den rigtige. Det er nemlig ikke en fortolkning af de enkelte traktatbestemmelser, sagsøgerne har påberåbt sig i sagen for den nationale domstol, der anmodes om i den foreliggende sag (blot for klarhedens skyld vil jeg nævne, at det drejer sig om Traktatens artikler 7, 52, 58 og 221), men en fortolkning af de ovenfor nævnte principper i fællesskabsretten. Med andre ord anmodes Domstolen ikke om at give sig i kast med en undersøgelse af realiteten i de bestemmelser, appellanterne har påberåbt sig, som er genstand for en anden og særskilt præjudiciel sag, der, som jeg allerede har anført, også verserer for Domstolen (sag 221/89), men om at give en generel besvarelse med hensyn til den foreløbige beskyttelse af rettigheder, borgeren gør krav på i henhold til fællesskabsbestemmelser med direkte virkning.

13. Eftersom disse bemærkninger vil jeg minde om, at bestemmelser i fællesskabsretten, der har direkte virkning, »skal udfolde deres virkninger fuldt ud og ensartet i alle medlemsstater fra deres ikrafttræden og under hele deres gyldighedsperiode«[3], og at »denne virkning gælder ligeledes for enhver dommer, der inden for sin kompetence har til opgave som organ i en medlemsstat at

3 — Jfr. bl. a. dom af 9. marts 1978, Simmenthal, præmis 14, sag 106/77, Sml. s. 629, og dom af 10. juli 1980, Ariete, præmis 5, sag 811/79, Sml. s. 2545.

beskytte rettigheder, som private er udstyret med af fællesskabsretten« (Simmenthal, præmis 16). I sidstnævnte dom har Domstolen desuden fastslået, at det fremgår af princippet om fællesskabsrettens forrang, at de pågældende bestemmelser »ikke blot, alene i medfør af deres ikrafttræden, bevirker, at enhver modstridende bestemmelse i den eksisterende nationale lovgivning uden videre bliver uanvendelig«, men også, »at nye nationale love ikke gyldigt kan udstedes, i det omfang de måtte være uforenelige med fællesskabsreglerne« (Simmenthal, præmis 17).

Det er derfor helt klart, at en fællesskabsbestemmelse, der har direkte virkning i medlemsstaterne, giver borgerne subjektive rettigheder fra sin ikrafttræden og i hele sin gyldighedsperiode, uafhængigt af og endog på trods af en allerede eksisterende eller senere national bestemmelse, som eventuelt nægter borgerne disse rettigheder. Jeg finder det ikke hensigtsmæssigt, og da slet ikke i denne sammenhæng, at indlede en ufrugtbar, dialektisk diskussion om det teoretiske grundlag for et så rodfæstet princip. Det, der har betydning, for så vidt som det er relevant i denne sag, er, at den nationale domstol har pligt til at sikre de rettigheder, fællesskabsbestemmelsen giver, retsbeskyttelse fra bestemmelsens ikrafttræden og i hele dens gyldighedsperiode.

14. Det er lige så klart, og i overensstemmelse med samarbejdsprincippet i Traktatens artikel 5, som er den virkelige nøgle til fortolkningen af hele systemet, at reglerne for og mekanismerne til beskyttelse af de rettigheder, fællesskabsreglerne giver borgerne, er og bliver dem, der er fastsat i medlemsstaternes egne retsordener, da der ikke findes harmoniserede processuelle regler. Dette princip, som går igen i Domstolens praksis, bygger imidlertid på en grundlæggende forudsætning, som også er udledt af artikel 5, stk. 2, nemlig at de nationale processuelle regler ikke må være mindre gunstige end dem, der gælder for tilsvarende nationale søgsmål til sikring af beskyttelsen af de rettigheder, der bygger på nationale bestemmelser, og ligeledes, at de ikke i praksis må umuliggøre »hævdelse af rettigheder, som de nationale retter har pligt til at beskytte« [4].

I øvrigt havde Domstolen allerede i Simmenthal-dommen, præmis 22, udtalt, at »enhver bestemmelse i en national retsorden eller enhver lovgivningsmæssig, administrativ eller retslig praksis, som har til følge, at fællesskabsrettens virkning begrænses ved, at den dommer, der er kompetent til at anvende fællesskabsretten, frakendes mulighed for, når han anvender denne, at foretage, hvad der kræves for at udelukke nationale lovgivningsbestemmelser, der måtte udgøre en hindring for fællesskabsreglernes fulde virkning, er derfor uforenelig med de krav, der følger af selve fællesskabsrettens natur« [5]; med andre ord skal den nationale dommer sikre fællesskabsreglernes fulde virkning, enten ved hjælp af de midler, der er fastsat i den nationale retsorden, eller, i mangel heraf, »af egen drift« (Simmenthal, præmis 24).

4 — Dom af 16. december 1976, Rewe-Zentralfinanz mod Landwirtschaftskammer, præmis 5 (sag 33/76, Sml. s. 1989), dom af 16. december 1976, Comet, præmisserne 15 og 16 (sag 45/76, Sml. s. 2043), dom af 10. juli 1980, Ariete, præmis 12 (sag 811/79, Sml. s. 2545), dom af 12. juni 1980, Express Dairy Foods, præmis 12 (sag 130/79, Sml. s. 1887), dom af 27. marts 1980, Denkavit Italiana, præmis 25 (sag 61/79, Sml. s. 1205), dom af 27. februar 1980, Hans Just, præmis 25 (sag 68/79, Sml. s. 501) og dom af 9. november 1983, San Giorgio, præmis 12 ff. (sag 199/82, Sml. s. 3595).

5 — Jeg skal også nævne dommen af 21. september 1989, Kommissionen mod Grækenland (sag 68/88, Sml. s. 2965), hvori Domstolen på ny har fastslået, at medlemsstaterne »i medfør af EØF-Traktatens artikel 5 skal træffe alle foranstaltninger, som er egnede til at sikre fællesskabsrettens gennemslagskraft« (præmis 23).

15. I lyset af Domstolens faste praksis, som den forelæggende ret i øvrigt omhyggeligt har redegjort for, står det derfor fast, at de nationale domstole har pligt til at sikre borgere, som ved direkte anvendelige fællesskabsbestemmelser er tillagt subjektive rettigheder, en *fuldstændig og effektiv retsbeskyttelse*, hvorved det forudsættes, at fællesskabsbestemmelsen regulerer det pågældende forhold fra sin ikrafttræden. Heraf følger, at enhver national bestemmelse eller praksis, som hindrer disse domstole i at give fællesskabsbestemmelserne »fuld virkning«, er i strid med fællesskabsretten.

Denne bemærkning bør ikke forekomme overflødig, blot fordi den dukker op igen og igen i Domstolens praksis, da den besvarelse, jeg foreslår Domstolen at give i den foreliggende sag, netop følger heraf.

16. Det problem, den nationale domstol har rejst, er generelt og ikke nyt, selv om det — da det er blevet overvundet af andre domstole[6] — er første gang, det forelægges Domstolen til afgørelse. Det er måske ikke tilfældigt, at anledningen hertil er den ret specielle processuelle situation, der foreligger i forbindelse med den »domstolsprøvelse« af loven, som kan finde sted i Det Forenede Kongerige. Spørgsmålet vedrører altså ikke blot det engelske retssystem[7] og vedrører ikke blot forholdet mellem en national lov og en fællesskabsbestemmelse, men snarere selve kravet om og selve eksistensen af foreløbig beskyttelse af en rettighed, som ikke er givet, men hvis eksistens er ved at blive afgjort, *i et tilfælde, hvor der er konflikt mellem bestemmelser af forskellig rang*. Denne konflikt udtrykkes, når der er tale om forholdet mellem en national bestemmelse og en fællesskabsbestemmelse — bortset fra de teoretiske eller terminologiske valg og de fremgangsmåder, der anvendes i de forskellige medlemsstater — effektivt ved hjælp af begrebet *primauté*, dvs. den andens »forrang« for den første. Problemet opstår, fordi de to tidspunkter, som normalt markerer et retligt forløb, nemlig det tidspunkt, hvor en rettighed *bliver til* og det tidspunkt, hvor dens eksistens (endeligt) *fastslås* ikke er *sammenfaldende* i en sammensat og kompli-

6 — Ved mere end en lejlighed, hvor en sag er blevet henvist til Domstolen med henblik på en præjudiciel afgørelse i forbindelse med en påstået konflikt mellem en national bestemmelse (lov eller forvaltningsakt) og fællesskabsretten, har den nationale domstol også uden tøven truffet foreløbige forholdsregler, som i det væsentlige kom ud på det samme som en foreløbig udsættelse af anvendelsen af den pågældende bestemmelse: f. eks. ved at træffe bestemmelse om, at en udvisning fra Nederlandene skulle sættes i bero (dom af 17. april 1986, Reed, sag 59/85, Sml. s. 1283), ved midlertidigt at opretholde en ansættelseskontrakt med universitetet i Venedig (dom af 30. maj 1989, Allué, sag 33/88, Sml. s. 1591), eller om udstedelse af en midlertidig opholdstilladelse i Belgien (sag 363/89, som verserer for Domstolen).

7 — Et problem, der svarer til det, der nu foreligger for Domstolen, blev rejst for en række franske domstole, da der blev indført en ny lovgivning om mindstepriser for brændstoffer (og for bøger), som nogle forhandlere ikke overholdt, idet de gjorde gældende, at den var uforenelig med fællesskabsretten. Andre erhvervsdrivende var imod denne fremgangsmåde og begærede forbud nedlagt på grundlag af den nye lovgivning. Ikke så få domstole tog disse begæringer til følge, idet de byggede afgørelse på formodningen om lovgivningens gyldighed, når der blot var mistanke om, at den var uforenelig med Traktaten (f. eks. Tribunal de grande instance, Le Mans, 11.7.1983, *Gazette du Palais*, 1984, 1, somm. s. 121); andre domstole nægtede at træffe de foreløbige forholdsregler netop med den begrundelse, at overtrædelse af en lov, som mistænkes for at være uforenelig med fællesskabsretten, ikke var en »trouble manifestement illicite« (Cour d'appel, Paris, 4.7.1984, *Gazette du Palais*, 1984, 2, 658, kommenteret af Frougeix; Tribunal de grande instance, Pontoise, 22.2.1984, ibidem, 296; jfr. Bertin, »Un trouble manifestement illicite: la lutte contre la vie chère«, *Gazette du Palais*, 1983, doct. 48 samt »Le juge des référés et le droit communautaire«, ibidem, 1984, doct. 48). Cour de cassation tilsluttede sig formelt den anden fremgangsmåde (chambre commerciale, 15.5.1985, *Gazette du Palais*, 1985, 2, panor. s. 346 og 347), men på grundlag af Domstolens dom, som i mellemtiden var afsagt, og som gik ud på, at den anfægtede lov var uforenelig med fællesskabsretten (dom af 10. januar 1985, Association des centrales distributeurs Edouard Leclerc m. fl., sag 229/83, Sml. s. 1, og dom af 29. januar 1985, Henri Cullet og Chambre syndicale des réparateurs automobiles et détaillants de produits pétroliers, sag 231/83, Sml. s. 305). Senere har Cour de cassation, også som følge af en af Domstolens afgørelser (dom af 4. maj 1988, Bodson, sag 30/87, Sml. s. 2479), men i mere generelle vendinger, bekræftet, at det tilkommer den ret, der skal træffe bestemmelse om foreløbige forholdsregler, at undersøge, »si le trouble invoqué était manifestement illicite au regard du traité de Rome« (chambre commerciale, 10.7.1989, Rec. Dalloz 1989, s. 243). Jfr. også Cour de cassation, 22.4.1986, Rec. Dalloz 1986, s. 242).

ceret sammenhæng som den, et moderne retsbeskyttelsessystem kræver.

17. Der findes et grundlæggende og generelt middel, der kan opveje, at disse to tidspunkter ikke er sammenfaldende. Ganske vist er det kun den endelige fastslåelse af rettighedens eksistens, der giver den dens fulde og sikre indhold, i den forstand, at selve rettigheden og/eller den måde, hvorpå den udøves, definitivt bliver uanfægtelig (res judicata i materiel forstand), men denne virkning indtræder fra det tidspunkt, hvor rettigheden blev gjort gældende, ved at domstolsprøvelsen blev sat i gang. Virkningen af, at det fastslås, at rettigheden består, det, der med et uheldigt, men betegnende udtryk kaldes dens tilbagevirkende kraft, er kun konsekvensen af reglens funktion og af dens natur og måde at virke på, som faktisk afføder en subjektiv rettighed, der kan betegnes som sådan fra dens ikrafttræden og under hele dens gyldighedsperiode, bortset fra, at der kan indtræde en forsinkelse, før rettigheden får sin fulde og effektive virkning, når det er nødvendigt, at dens eksistens forinden fastslås af en domstol, og især når der kræves en forudgående prøvelse af gyldigheden af den bestemmelse, som hævdes at finde anvendelse. Det er næppe nødvendigt at tilføje, at det ikke ville forholde sig anderledes, hvis man gik ud fra det modsatte synspunkt og antog, at rettigheden ikke eksisterede, og at det var det, der skulle fastslås.

Det er vigtigt at understrege, at på det tidspunkt, hvor begæringen fremsættes, eksisterer rettigheden allerede (eller den eksisterer ikke), og den bestemmelse, som giver (eller nægter) borgeren rettigheden, er lovlig eller ulovlig. Domstolsprøvelsen bevirker blot, at fastslåelsen af rettighedens eksistens, dvs. dens fulde og effektive virkning, udskydes til et senere tidspunkt med det forbehold, at selve fastslåelsen af rettigheden har »tilbagevirkende kraft«. Dette gælder naturligvis både, når fastslåelsen af rettigheden indebærer en vurdering af forbindelsen mellem de faktiske forhold og den bestemmelse, der påberåbes, og når den nationale domstol skal afgøre, hvilken af to eller flere evt. modstridende bestemmelser der skal finde anvendelse. Selv i det sidstnævnte tilfælde, hvor rettighedens eksistens også kan fastslås ved hjælp af en legalitetskontrol, forholder det sig således, at den bestemmelse, som retten fastslår finder anvendelse (i stedet for den anden, som den erklærer ulovlig eller uforenelig) i virkeligheden fandt anvendelse fra det tidspunkt, hvor begæringen blev indgivet, eftersom det eneste, der manglede på det tidspunkt, var, at rettighedens eksistens blev fastslået, og ikke dens opståen. Det har Domstolen netop fremhævet, da den udtalte, at »den fortolkning, som Domstolen i medfør af sin kompetence efter artikel 177 giver en fællesskabsretlig regel, belyser og om fornødent præciserer, hvorledes og i hvilket omfang reglen henholdsvis skal forstås og anvendes, eller burde have været forstået og anvendt fra sin ikrafttræden« [8].

18. Det ovenfor nævnte generelle middel mod det manglende sammenfald af rettighedens eksistens og dens opståen bevirker ikke altid, at hovedformålet med retsbeskyttelsen nås. Sommetider fastslås rettighedens eksistens for sent til, at den rettighed, der gøres krav på, kan udøves fuldt ud og med fordel, hvilket sandsynligvis oftere vil være tilfældet, jo mere sammensat og kompliceret, og sandsynligvis også rigere på garantier, den procedure er, som fører til den endelige fastslåelse af rettigheden. Følgen heraf er, at såvel nytten som effektiviteten af retsbeskyttelsen i et sådant tilfælde kan gå tabt, og at det princip, som længe har stået fast i den juridiske litteratur, og hvorefter *nødvendigheden af at føre sag for at opnå sin ret ikke bør komme den, som har ret, til skade,* kan blive tilsidesat.

8 — Dom af 10. juli 1980. Mireco, præmis 7 (sag 826/79, Sml. s. 2559).

Den foreløbige beskyttelse har netop dette objektive formål, nemlig at sikre, at den tid, det tager at fastslå rettighedens eksistens, ikke fører til, at rettigheden uopretteligt mister sit indhold, ved at det bliver umuligt at udøve den: kort sagt at nå det grundlæggende formål i enhver retsorden, som *retsbeskyttelsens effektivitet* er. Formålet med den foreløbige beskyttelse er så vidt muligt at undgå, at den skade, der opstår ved, at fastslåelsen af rettigheden og dens opståen ikke er sammenfaldende, påvirker effektiviteten af og selve formålet med at fastslå rettigheden, hvilket Domstolen netop også fastslog, da den knyttede den foreløbige beskyttelse sammen med et krav om, at *den dom, der skal afsiges, får fuld virkning*[9], eller til nødvendigheden af at »opretholde den nuværende situation, indtil der er truffet afgørelse med hensyn til sagens realitet«[10].

19. Nu da den foreløbige beskyttelses funktion er blevet bragt i fokus, ses det, at denne beskyttelse er et grundlæggende og uundværligt instrument i ethvert retssystem, for så vidt som den tilsigter i hvert enkelt tilfælde og altid på en effektiv måde at nå det formål at fastslå rettigheden og mere generelt at gennemføre retsreglen, hver gang sagens varighed kan være til hinder for, at dette formål nås, og dermed bevirke, at dommen ikke får effektiv virkning.

Desuden opstår kravet om foreløbig beskyttelse, som det allerede er nævnt, på samme måde, både når fastslåelsen af rettens eksistens også omfatter de faktiske forhold og dermed afgørelsen af, hvilken bestemmelse, der rettelig skal anvendes, det vil sige, når uvisheden om begæringens udfald vedrører »de faktiske omstændigheder« — selv om udtrykket måske ikke er så velvalgt — og når det er et spørgsmål om at vælge mellem to eller flere bestemmelser, som kan finde anvendelse (f. eks. et kvalifikationsspørgsmål), uanset om de begge formodes at være gyldige, eller om en af dem anses for at være uforenelig med den anden, som er af højere rang eller i hvert fald har forrang.

Specielt når fastslåelsen af rettighedens eksistens — som i den foreliggende sag — ikke blot indebærer et valg mellem to eller flere bestemmelser, der kan finde anvendelse, men også en forudgående prøvelse af en bestemmelses gyldighed eller dens forenelighed med en anden, der er af højere rang, eller som i hvert fald har forrang, er

9 — Jfr. f. eks. kendelse af 12. december 1968, Renkens (sag 27/68, Rec. 1969, s. 275). Jfr. også generaladvokat Capotorti's forslag til afgørelse i de forenede sager 24 og 97/80 R, Sml. 1980, s. 1337. Stort set de samme vendinger er brugt i kendelserne af 8. april 1965 (sag 68/65 R, Rec. 1966, s. 185), 14. december 1982 (sag 260/82 R, Sml. s. 4371), 13. december 1984 (sag 269/84 R, Sml. s. 4333), og 16. marts 1988 (sag 44/88 R, Sml. s. 1669).
Den nødvendige sammenhæng mellem retsbeskyttelsens effektivitet og den foreløbige beskyttelse er, som man ved, især blevet fremhævet i den italienske juridiske litteratur (Chiovenda, *Istituzioni di diretto processuale civile*, I, Napoli, 1933, nr. 12, og tidligere *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1906, s. 137 ff., Calamandrei, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936) og i tysk juridisk litteratur (Hellwig, *System des deutschen Zivilprozeßrechts*, Leipzig, 1913, II, s. 22 ff.). Princippet om, at *sagens varighed ikke bør komme den, der har ret, til skade*, findes også i en anden formulering i en dom afsagt af Tribunal arbitral mixte germano-polonais den 29.7.1924: »Par les mesures conservatoires, les tribunaux cherchent à remédier aux lenteurs de la justice, de manière qu'autant que possible l'issue du procès soit la même que s'il pouvait se terminer en un jour«, Rec. déc. TAM, V, 455. Se også Bundesverfassungsgericht, 19.6.1973, i JNW 1973, s. 34, 1491 ff. (»Der Sinn dieses besonderen Verfahrens besteht darin, einen effektiven Gerichtsschutz gegenüber Maßnahmen der Exekutive zu sichern und durchzusetzen ... Das Verfahrensgrundrecht des Art. 19 Abs. 4 bb garantiert nicht nur das formelle Recht und die theoretische Möglichkeit, die Gerichte anzurufen, sondern auch die Effektivität des Rechtsschuzes; der Bürger hat einen substantiellen Anspruch auf eine tatsächlich wirksame gerichtliche Kontrolle«). Se endelig Corte Costituzionale n°. 190 af 28.6.1985, hvori det hedder, at »esige rispetto il principio, per il quale la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione, di cui la dottrina non solo italiana fin dagli inizi del corrente secolo ha dimostrato la validità« (*Foro italiano*, 1985, I, s. 1881). Om baggrunden og grundlaget for den foreløbige beskyttelse i Frankrig, se Debbasch, *Procédure administrative contentieuse et procédure civile*, Paris, 1962, s. 300 ff.

10 — Kendelse af 5. august 1983, sag 118/83 R, Sml. s. 2583, grund 37.

forskellen kun tilsyneladende, især når det er en domstol, som har fået tildelt en speciel kompetence hertil, som skal foretage prøvelsen. Dette er nemlig også en del af det typiske formål med en retssag, som er at fastslå eksistensen af og dermed gennemføre en rettighed, således at kravet om en foreløbig beskyttelse af borgerens rettigheder stadig er det samme, fordi det også i dette tilfælde drejer sig om at fastslå, hvilke retsregler der er relevante (og gyldige), og fortolke og anvende dem i den pågældende sag.

20. Heraf følger, at den såkaldte formodning for gyldighed, som er knyttet til loven og forvaltningsakten, lige så vel som til fællesskabsretsakten, indtil det tidspunkt, hvor det fastslås ved en domstol, at den er uforenelig med en regel af højere rang, eller som i hvert fald har forrang, *i det omfang, hvori der er hjemmel til en sådan prøvelse,* ikke er en formel hindring for den foreløbige beskyttelse af subjektive rettigheder. Netop fordi der er tale om en formodning, der som sådan kan tilsidesættes ved den endelige fastslåelse, er der tværtimod et behov for at råde bod på, at den endelige afgørelse, der fastslår rettighedens eksistens, kan komme for sent og/eller være til ingen nytte for den vindende part.

Det er ubestrideligt, at en bestemmelse, hvad enten den findes i en lov vedtaget af Parlamentet eller en fællesskabsretsakt, i en forvaltningsakt eller i hvert fald i en retsakt af lavere rang, må formodes at være lovlig. Men det kan ikke og bør ikke nødvendigvis betyde, at en domstol er afskåret fra midlertidigt at suspendere bestemmelsens virkninger for så vidt angår en konkret sag, når der, indtil der træffes en endelig afgørelse vedrørende dens lovlighed i forhold til eller forenelighed med en bestemmelse af højere rang, eller som har forrang, er risiko for, at der kan tilføjes en af de omhandlede rettigheder uoprettelig skade, og når der er mistanke (uden at det dog er fastslået, hvor begrundet den er) om, at den endelige afgørelse kan føre til, at den pågældende lov eller forvaltningsakt kendes ulovlig.

21. Formodningen om, at en lov eller forvaltningsakt er lovlig, kan og bør kort sagt ikke betyde, at selve muligheden for foreløbig beskyttelse udelukkes, *når den pågældende retsakts lovlighed kan gøres til genstand for en domstolsprøvelse.*

Langt fra at være i modstrid med princippet om loves eller forvaltningsakters lovlighed, som giver sig udtryk i en formodning, der altid kan tilsidesættes i den endelige afgørelse, eliminerer den foreløbige beskyttelse faktisk risikoen for, at en sådan formodning kan føre til det urimelige resultat — som bestemt ingen retsorden ønsker — at domstolskontrollens funktion og navnlig prøvelsen af loves gyldighed bliver illusorisk. At mene noget andet ville være det samme som principielt at benægte muligheden for en foreløbig beskyttelse, ikke blot i forhold til love, men i det hele taget, i betragtning af, at enhver retsakt fra en offentlig myndighed, hvad enten den er normativ i ordets egentlige betydning eller individuel, formodes at være lovlig, indtil domstolsprøvelsen af dens lovlighed er afsluttet.

22. I en processuel situation som den, der foreligger her, hvori en bestemmelse hævdes at være uforenelig med en anden, som er af højere rang eller har forrang, er det, som det allerede er blevet fremhævet, væsentligt at *huske på, at begge bestemmelser rent hypotetisk finder anvendelse i sagen fra det tidspunkt, hvor begæringen indgives.* Det gælder især, eftersom den endelige afgørelse, som har retsvirkning fra begæringens indgivelse, ikke vil ændre noget med hensyn til eksi-

stensen (eller ikke-eksistensen) af den rettighed, der gøres krav på, fordi de pågældende bestemmelser rent hypotetisk er lovlige og gældende (eller ulovlige og ikke-gældende), og der for begges vedkommende er en formodning om, at de er lovlige, mens det kun er det tidspunkt, hvor den endelige afgørelse træffes, der udsættes på grund af den tid sagen varer. Indtil da foreligger der — præcist defineret — en situation med et *»ydre skin af ret«*, som netop er grunden til de foreløbige forholdsregler, og *som dækker hele den normative ramme, der rent hypotetisk kan være relevant.* Der er altså ikke tale om, at der foreligger vished (med den tilsvarende formodning for lovlighed) med hensyn til den ene bestemmelse og uvished med hensyn til den anden, *men om, at reglerne som helhed, altså såvel den ene som den anden af de pågældende bestemmelser, har et skin af ret,* og det tilkommer domstolene at tage stilling til, om dette skin er af en sådan art, at den rettighed, der gøres krav på, foreløbig skal beskyttes eller nægtes beskyttelse, på grundlag af materielle kriterier, der hænger sammen med den omtvistede bestemmelses større eller mindre skin af lovlighed (fumus boni juris, eller hvordan man end vil betegne dette begreb), samt muligheden af, at en af de pågældende rettigheder skades, ved at man må afvente sagens udfald (periculum in mora).

23. Bemærkningerne i det foregående underbygges i høj grad af, at der i alle medlemsstaterns retsordener (den danske retsorden udgør til dels en undtagelse) findes regler om foreløbig beskyttelse af rettigheder, som nægtes i medfør af en bestemmelse af lavere rang, og som der gøres krav på i medfør af en bestemmelse af højere rang, om end disse regler har forskellig form og der stilles forskellige krav i forbindelse med sagernes varighed.

Det står frem for alt fast, at gennemførelsen af en forvaltningsakt, som ligesom en lov også formodes at være lovlig, således at et sagsanlæg ikke har opsættende virkning (undtagen i visse sjældne tilfælde), meget vel kan udsættes ved en foreløbig forholdsregel, indtil den endelige afgørelse om dens lovlighed er truffet.

I de retsordener, hvor en domstolsprøvelse af en lovs gyldighed kan finde sted, forekommer det ganske givet sjældnere, at en lov midlertidigt ikke anvendes.

Ofte opstår spørgsmålet om en lovs forfatningsmæssighed i forbindelse med en sag, som anlægges til prøvelse af en forvaltningsakt, som er udstedt i medfør af denne lov, således at der ikke opstår behov for at undlade at anvende loven som sådan; i nogle retsordener er dette den eneste situation, der kan forekomme.

I andre lande, og navnlig i de lande, hvor det ikke er flere retsinstanser, men kun en enkelt, der kan foretage prøvelsen af en lovs gyldighed (i henhold til forfatningen), er der derimod hjemmel til, eller det er i hvert fald almindelig praksis, foreløbigt at udsætte anvendelsen af loven ved en foreløbig forholdsregel. For eksempel kan Bundesverfassungsgericht i Tyskland foreløbig udsætte anvendelsen af en lov i en kontekst (Verfassungsbeschwerden), som ikke er så forskellig fra »domstolsprøvelsen« i den engelske retsorden [11]; det samme gælder de ordinære domstole, som så har pligt til at forelægge sagen for Bundesverfassungsgericht [12].

Forholdene i Italien er af særlig relevans, for så vidt som de ordinære domstole ikke blot ikke har kompetence til at fastslå, at en

11 — Bundesverfassungsgericht, 16.10.1977, Schleyer, i *Foro Italiano*, 1978, IV, s. 222; Bundesverfassungsgericht, 19.6.1962, i BVerfGE, Band 14, s. 153.

12 — Bundesverfassungsgericht, 5.10.1977, i BverfGE, Band 46, s. 43.

lov er forfatningsstridig, og derfor må henvise spørgsmålet til Corte Costituzionale, men der ikke engang udtrykkeligt er givet denne domstol eller de ordinære domstole (eller forvaltningsdomstolene) beføjelse til at træffe foreløbige forholdsregler (gående ud på, at en lov ikke skal anvendes) i den tid, der går, indtil afgørelsen om gyldigheden er truffet. På trods heraf har mange ordinære domstole [13], med støtte af størstedelen af den juridiske litteratur [14], indtaget det standpunkt, at der kan træffes foreløbige forholdsregler, hvorved anvendelsen af en lov udsættes — naturligvis kun for så vidt angår sagens parter — indtil Corte Costituzionale har truffet afgørelse. Sidstnævnte domstol har, selv om den aldrig har udtalt sig om det specielle punkt, der behandles her [15], ikke undladt på den ene side at fastslå, at der er en uløselig forbindelse mellem den foreløbige beskyttelse og retsbeskyttelsens effektivitet [16], og på den anden side, at der findes et generelt princip og en »regel om rationalitet« i retsordenen, hvorefter domstolene, når de nødvendige betingelser (fumus og periculum i mora) er opfyldt, har beføjelse til at træffe passende foranstaltninger med henblik på forløbig at sikre, at afgørelsen vedrørende realiteten får retsvirkning [17].

13 — Pret. Bari, ord. 4.2.1978, *Foro Italiano*, 1978, I, 1807; Pret. La Spezia, ord. 29.3.1978, *Foro Italiano*, 1979, I, 285; Pret. Pisa, ord. 30.7.1977, *Foro Italiano*, 1977, I, 2354; Pret. Pavia, ord. 14.3.1977, *Riv. giur. lav.* 1977, II, 640; Pret. Voltri, ord. 1.9.1977, *Riv. giur. lav.* 1977, II, 639; Pret. La Spezia, ord. 23.11.1978, *Foro Italiano*, 1979, I, 1921 ff.

14 — Verde, »Considerazioni sul procedemento d'urgenza«, i *Studi Andrioli*, Napoli 1979, s. 446 ff.; Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, 1976, II, s. 1391; Campanile, *Procedimento d'urgenza e incidente di legittimità costituzionale*, Riv. dir. proc. 1985, s. 124 ff.; Zagrebelsky, »La tutela d'urgenza«, i *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali*, Padova, 1988, s. 27 ff.; Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli 1984, II, s. 1408.

15 — Se dog med hensyn til spørgsmålet om, hvorvidt der kan træffes foreløbige forholdsregler, indtil kompetencespørgsmålet er afgjort, Corte Costituzionale nr. 73 af 6.6.1973, *Foro Italiano*, 1973, I, s. 1657; jfr. også Cass. Sezioni Unite, 1.12.1978, nr. 5678, *Foro Italiano*, 1978, I, s. 2704.

16 — Corte Costituzionale, 27.12.1974, nr. 284, *Foro Italiano*, 1975, I, s. 263.

17 — Corte Costituzionale, 28.6.1985, nr. 190, *Foro Italiano*, 1985, I, s. 1881. Se også med hensyn til visse relevante aspekter Corte Cassazione, Sez. Unite Civile, 1.12.1978, nr. 5678, *Foro Italiano*, 1978, I, s. 2704; Consiglio di Stato, Ad. plen., 14.4.1972, nr. 5, *Foro Italiano*, 1972, III, s. 105; idem, 8.10.1982, nr. 17, *Foro Italiano*, 1983, II, s. 41.

Det er også betydningsfuldt, at det franske Conseil Constitutionnel — om end i en anden sammenhæng — har erklæret en lov forfatningsstridig, som ikke indeholdt bestemmelser om, at domstolene midlertidigt kunne udsætte fuldbyrdelsen af en forvaltningsafgørelse, en udsættelse, der i øvrigt blev defineret som en »garantie essentielle des droits de la défense« [18].

24. Hvis vi nu retter opmærksomheden mod forholdet mellem nationale bestemmelser og fællesskabsbestemmelser, er der ingen tvivl om, at der gennem Domstolens præjudicielle fortolkning og de nationale domstoles »direkte« kompetence er blevet indført en mekanisme, som i det væsentlige går ud på en prøvelse af en national bestemmelses lovlighed i forhold til (eller om man vil, forenelighed med) en fællesskabsbestemmelse, i betragtning af, at de nationale domstole har kompetence til endeligt at erklære den førstnævnte uforenelig med den sidstnævnte. Hvis de nationale domstole derfor kan, ja endog skal, tilsidesætte en national lov, som er i strid med en fællesskabsbestemmelse, der har direkte virkning, når det endeligt er fastslået, at dette er tilfældet (eller i hvert fald i det væsentlige nå frem til denne virkning), må de også — når betingelserne herfor er opfyldt — kunne gøre det som en foreløbig forholdsregel, når det ikke er helt sikkert eller »en fastslået kendsgerning«, at der foreligger uforenelighed, men der hertil eventuelt kræves en fortolkning i en præjudiciel afgørelse fra Domstolen. Ellers kan den retsbeskyttelse af de rettigheder, fællesskabsbestemmelsen giver borgeren, og som — som Domstolen har fastslået ved flere lejligheder, og House of Lords også rigtigt har påpeget — de nationale domstole har en præcis forpligtelse til at sikre, blive gjort illusorisk.

18 — Afgørelse 86-224 DC, af 23. januar 1987, JORF af 25.1.1987, s. 925.

25. Det bringer mig tilbage til den konkrete sag, som er blevet forelagt for Domstolen af House of Lords. Den ret, appellanterne i hovedsagen gør krav på, og som den nationale lov nægter dem, støttes på en række bestemmelser i Traktaten, der har direkte virkning, altså på bestemmelser, som har forrang for den nationale lov; det er imidlertid ikke givet, at de skal fortolkes på den måde, der gøres gældende, og det er derfor nødvendigt med en præjudiciel afgørelse fra Domstolen. I mellemtiden ser den nationale domstol en hindring for foreløbig beskyttelse af de rettigheder, der gøres krav på, i den formodning for, at loven er lovlig, som gælder, indtil der er truffet endelig afgørelse.

For så vidt som den engelske domstol — som det er ubestridt, og som den selv har understreget — når den endelige afgørelse er truffet, kan og skal give den »visse« fællesskabsbestemmelse, som har direkte virkning, forrang, bør den også, *når de nødvendige betingelser er opfyldt*, kunne træffe bestemmelse om foreløbig beskyttelse af de rettigheder, der gøres krav på på grundlag af »uvisse« fællesskabsbestemmelser, og som nægtes appellanterne i henhold til den nationale bestemmelse.

Problemet er ikke formelt, men materielt. Formodningen for lovlighed afskærer ikke domstolen fra at træffe en sådan afgørelse, i betragtning af, at formodningen kan tilsidesættes i den endelige afgørelse, som det også er tilfældet i det engelske retssystem i medfør af *European Communities Act* 1972, ligesom formodningen for en hvilken som helst underordnet bestemmelses lovlighed i forhold til en overordnet bestemmelse ikke er til hinder for en foreløbig beskyttelse. Dette har den forelæggende ret selv påpeget i forelæggelseskendelsen i forbindelse med muligheden for at udsætte anvendelsen af en retsakt af lavere rang, som mistænkes for at være i strid med loven.

26. Med andre ord bør denne vurdering finde sted på grundlag af materielle kriterier og ikke — som Det Forenede Kongerige har foreslået — på grundlag af et formelt kriterium, såsom formodningen for lovens gyldighed.

At give den nationale lov fortrinsret, blot fordi det endnu ikke endeligt er blevet fastslået, at den er uforenelig med fællesskabsbestemmelsen — *altså på grundlag af en blot tilsyneladende forenelighed* — kan være det samme som at berøve fællesskabsbestemmelserne den effektive retsbeskyttelse, der skal gives dem »fra deres ikrafttræden og under hele deres gyldighedsperiode«. Paradoksalt nok ville den rettighed, en fællesskabsbestemmelse (tilsyneladende) giver, generelt få en mindre eller mindre effektiv beskyttelse end den rettighed, den nationale bestemmelse (også tilsyneladende) giver. Dette ville være ensbetydende med, at den rettighed, den almindelige lovgivning giver, kan få en foreløbig beskyttelse, mens denne beskyttelse nægtes den rettighed, fællesskabsbestemmelsen, eller i hvert fald en bestemmelse af højere rang, giver rettigheden, i kraft af den formodning for lovlighed, som gælder for loven, som om den samme formodning — som når alt kommer til alt ikke er andet end et »skin« — ikke også gjaldt for den bestemmelse, der har forrang.

Jeg vil gerne gøre det klart, at jeg ikke hermed mener, at den nationale domstol altid og under alle omstændigheder skal give en rettighed, som fællesskabsretten tilsyneladende giver, fortrinsret for en rettighed, der tilsyneladende kan udledes af national ret, men blot, at den skal have mulighed for at gøre det, når de faktiske og retlige omstæn-

digheder kræver det; kort sagt må den ikke og bør den ikke kunne støde på formelle hindringer for en eventuel begæring om foreløbige forholdsregler, der bygger på direkte anvendelige fællesskabsbestemmelser.

27. Det nytter heller ikke noget heroverfor at henvise til den formodning for lovlighed, som gælder med hensyn til fællesskabsretsakterne, og som flere gange er blevet fremhævet af Domstolen, idet dette argument ender med at bevise det modsatte. Det er næppe nødvendigt at henvise til Traktatens artikel 185, som udtrykkelig bestemmer, at Domstolen »hvis den skønner, at forholdene kræver det, [kan] udsætte gennemførelsen af den anfægtede retsakt«.

Hertil kommer, at Domstolen — selv om ordningen med hensyn til kontrol af fællesskabsretsakternes gyldighed er stærkt centreret om Domstolen (også i forbindelse med den præjudicielle procedure i henhold til artikel 177) — ikke har undladt at understrege, at »undtagelser fra reglen om, at de nationale retter ikke er kompetente til selv at fastslå ugyldigheden af fællesskabsretsakter, under bestemte betingelser kan finde anvendelse i sager om foreløbige forholdsregler« [19].

28. Det er heller ikke på det formelle, men snarere på det materielle plan, at man bør vurdere muligheden af, at den foreløbige beskyttelse (også) kan opnås ved, at der pålægges myndighederne en pligt til at *handle*. Jeg ville for eksempel finde det urimeligt at forestille sig et påbud, som resulterer i en indblanding i myndighedernes eller endog Parlamentets diskretionære beføjelser (at udstede en retsakt eller vedtage en lov), mens jeg anser det for fuldt ud rimeligt og »ortodokst« at foreskrive en konkret adfærd, som ikke er diskretionær, eller — som i den foreliggende sag — midlertidigt og alene med virkning for parterne at udsætte anvendelsen af loven eller forvaltningsakten, indtil domstolen er i stand til endeligt at bestemme, at den ene eller den anden skal anvendes eller ikke anvendes.

29. Det svar, jeg vil foreslå Domstolen at give på House of Lords' første spørgsmål, er altså bekræftende i den forstand, *at den nationale domstol, når betingelserne herfor er opfyldt, i henhold til fællesskabsretten bør kunne træffe bestemmelse om foreløbig beskyttelse af rettigheder, som borgeren gør krav på i medfør af fællesskabsretlige bestemmelser, der har direkte virkning, indtil sagen er endeligt afgjort, herunder den præjudicielle sag for Domstolen.* Jeg vil også foreslå Domstolen udtrykkeligt at kæde denne beføjelse/pligt for den nationale domstol sammen med det *krav om en effektiv retsbeskyttelse*, som gælder såvel for fællesskabsbestemmelser som for nationale bestemmelser.

30. Jeg behøver næppe at tilføje, at denne besvarelse ikke er det samme som at påbyde andre retsmidler eller procedurer end dem, der allerede findes i medlemsstaternes nationale ret, men blot indbærer, at disse skal 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« [20]. Jeg vil dernæst endnu en gang minde om, at det omhandlede princip, hvorefter reglerne om retsbeskyttelsen af de rettigheder, der affødes af fællesskabsbestemmelserne, udeluk-

19 — Dom af 22.10.1987, Foto-Frost, præmis 19, sag 314/85, Sml. s. 4199.

20 — Dom af 7.7.1981, »smørture« (sag 158/80, Sml. s. 1805).

kende er dem, der er fastsat i national ret, ikke gælder, når disse regler »i praksis umuliggør hævdelse af rettigheder, som de nationale retter har pligt til at beskytte«[21].

31. Som det også fremgår af forelæggelseskendelsen og af Det Forenede Kongeriges indlæg, kendes den foreløbige beskyttelse af en rettighed, indtil den endeligt er fastslået, faktisk i det engelske processuelle system, når der foreligger periculum in mora og kravet umiddelbart forekommer berettiget (Divisional Court traf faktisk de foreløbige forholdsregler, der var fremsat begæring om). Følgelig er der ikke her tale om en procedure, som ikke findes i den nationale retsorden, men blot om at anvende den allerede eksisterende procedure til at beskytte en rettighed, der gøres krav på i medfør af en bestemmelse i fællesskabsretten, der har direkte virkning. Det samme kan siges om det forhold, at der ikke kan pålægges myndighederne en handlepligt, idet der i virkeligheden blot er tale om at træffe bestemmelse om, at en lov foreløbig ikke skal anvendes på parterne, idet det dog naturligvis står fast, at de bærer risikoen for, at den endelige afgørelse kan blive ugunstig for dem.

Hvis dette ikke var tilfældet, ville der på den anden side under alle omstændigheder stadig bestå en præcis forpligtelse til at yde en foreløbig beskyttelse, når betingelserne er opfyldt, idet man ellers netop ville stå i den situation (jeg skal igen nævne Simmenthalsagen), hvor der foreligger processuelle regler, som umuliggør »hævdelse af rettigheder, som de nationale retter har pligt til at beskytte«. Dette ville være så meget desto mere alvorligt, som det må tages i betragtning — som det også er nævnt i forlæggelseskendelsen — at den endelige fastslåelse af den rettighed, der er gjort krav på, i det engelske retssystem ikke engang medfører, at de, der har gjort krav på den pågældende rettighed, kan opnå erstatning for de tab, de har lidt under sagen; det er klart, at dette i sig selv kan give anledning til bekymring, når henses til de nationale domstoles pligt til at sikre fællesskabsbestemmelsernes fulde virkning.

32. Det forekommer mig heller ikke velbegrundet (som Irland og Det Forenede Kongerige har gjort i deres indlæg) at fremføre det modargument, at borgerne er tilstrækkeligt beskyttet ved, at Kommissionen under en traktatbrudssag i medfør af artikel 169 kan anmode Domstolen om at træffe foreløbige forholdsregler, hvilket, som anført, faktisk også skete i denne sag med hensyn til de nationalitetskrav i den engelske lovgivning, som Domstolen skal tage stilling til. I den henseende skal jeg blot henvise til dommen i Van Gend & Loos-sagen, hvori Domstolen fastslog, at hvis garantierne mod medlemsstaternes overtrædelse af en fællesskabsbestemmelse, der har direkte virkning, »begrænses til procedurerne i artiklerne 169 og 170, vil dette udelukke enhver umiddelbar beskyttelse af deres statsborgeres individuelle rettigheder«[22].

33. Besvarelsen af House of Lords' første spørgsmål kan derfor kun være bekræftende i den forstand, at den nationale domstols pligt til at sikre en effektiv retsbeskyttelse af de rettigheder, fællesskabsretten tillægger borgerne, nødvendigvis, når betingelserne

21 — Jfr. følgende domme: Comet, sag 45/76, jfr. ovenfor, præmis 16, Rewe, sag 33/76, jfr. ovenfor, præmis 15, Express Dairy Food, sag 130/79, jfr. ovenfor, præmis 12, Denkavit italiano, sag 61/79, jfr. ovenfor, præmis 25, Mireco, sag 826/79, jfr. ovenfor, præmis 13.

22 — Dom af 5. februar 1963, sag 26/62, Sml. 1954-1964, s. 375.

herfor er opfyldt, må omfatte en foreløbig beskyttelse af de rettigheder, der gøres krav på, indtil de fastslås endeligt.

Desuden ønskes det med det første spørgsmål oplyst, om fællesskabsretten *forpligter* den nationale domstol til at indrømme den foreløbige beskyttelse eller giver den *beføjelse* til at indrømme den, således at det andet spørgsmål om de kriterier, den nationale domstol skal anvende, er betinget af, at der gives et benægtende svar med hensyn til forpligtelsen og et bekræftende svar med hensyn til beføjelsen.

Bortset fra formuleringen af spørgsmålene og af Domstolens svar herpå mener jeg, at det er nødvendigt at gøre sig det helt klart, hvad realiteten er. For det første mener jeg ikke, at der foreligger et alternativ i ordets egentlige forstand, når der tales om en »forpligtelse« og en »beføjelse«, i betragtning af, at der er tale om en judiciel virksomhed, som den nationale domstol anmodes om at udøve, og som ifølge selve sin natur indebærer en vurdering af de faktiske og retlige omstændigheder i den enkelte, konkrete sag. Følgelig kan man anvende udtrykket »forpligtelse« i overensstemmelse med Domstolens praksis i den forstand, at den nationale domstol opfylder denne forpligtelse gennem sin bedømmelse i den enkelte sag af de betingelser, som normalt skal være opfyldt, for at der kan træffes foreløbige forholdsregler.

I den forbindelse mener jeg ikke blot, at det naturligvis er den nationale domstol, der skal afgøre, om betingelserne for foreløbig beskyttelse er opfyldt, men også, at disse betingelser skal være og forblive dem, der er fastsat i de enkelte, nationale retssystemer, eftersom der ikke er sket en harmonisering på fællesskabsplan. I øvrigt forekommer emnet mig ikke at give fantasien noget særligt spillerum eller at åbne mulighed for revolutionerende opdagelser, eftersom det længe har været fastslået i den juridiske litteratur og i positiv ret, herunder den engelske, at fumus boni juris (eller hvad begrebet end benævnes) og periculum in mora er de to grundlæggende forudsætninger for foreløbig beskyttelse. Hovedvægten kan være lagt enten på den ene eller på den anden, alt efter hvilket retssystem der er tale om, eller det kan tænkes, at fumus falder sammen med, at kravet ikke åbenbart må være ugrundet eller umiddelbart skal være velbegrundet osv., eller det kan tænkes, at der ved bedømmelsen af periculum in mora også tages udtrykkeligt hensyn til den offentlige interesse ud over til den traditionelle og nødvendige afvejning af parternes interesser (for at undgå, at den samme foreløbige forholdsregel tilføjer den anden part uoprettelig skade). Alt dette indgår i den forsigtige vurdering, der foretages af de nationale domstole, som foretager en nøje vurdering af, om det er hensigtsmæssigt eller nødvendigt at indrømme eller nægte en foreløbig forholdsregel til foreløbig beskyttelse af de rettigheder, der gøres krav på. Og det er næppe nødvendigt at påpege, at domstolene, når de overvejer, om der foreligger fumus boni juris, vil tage muligheden af, at den nationale bestemmelse kan blive erklæret uforenelig med fællesskabsretten, i betragtning.

Alt taget i betragtning vil jeg specielt for så vidt angår det andet spørgsmål foreslå, at Domstolen besvarer dette på en måde, som er i overensstemmelse med dommen i Comet-sagen, nemlig at »forholdsregler og frister« for den foreløbige beskyttelse i mangel af harmonisering er og forbliver dem, der er fastsat i de nationale retsordener, forudsat at de ikke i praksis umuliggør »hævdelse af rettigheder, som de nationale retter har pligt til at beskytte«.

Det tilkommer derfor den nationale domstol at drage de slutninger, der må drages heraf for så vidt angår afgørelsen i hovedsagen, på grundlag af de forhold, der er angivet i indledningen til spørgsmålene, og som Domstolen naturligvis ikke kan tage stilling til.

34. Efter det således anførte skal jeg foreslå Domstolen at besvare de spørgsmål, der er forelagt af House of Lords, således:

»1) Den forpligtelse, de nationale domstole efter fællesskabsretten har til at sikre en effektiv retsbeskyttelse af de rettigheder, fællesskabsbestemmelserne direkte tillægger borgeren, omfatter en forpligtelse til, om nødvendigt, og såfremt de faktiske og retlige betingelser herfor er opfyldt, at sikre de rettigheder, deri gøres krav på i henhold til sådanne fællesskabsbestemmelser, en foreløbig og uopsættelig beskyttelse i den tid, der går, indtil rettighederne endeligt er fastslået, og Domstolen eventuelt har truffet præjudiciel afgørelse vedrørende fortolkningen.

2) I mangel af en harmonisering på fællesskabsplan tilkommer det den enkelte medlemsstats retsorden at fastsætte de processuelle regler og betingelser for den foreløbige beskyttelse af de rettigheder, borgerne har i henhold til direkte anvendelige fællesskabsbestemmelser, på betingelse af, at disse regler og betingelser ikke gør det umuligt foreløbigt at udøve de rettigheder, der påberåbes, og at de ikke er mindre gunstige end dem, der er fastsat med henblik på at beskytte rettigheder, der støttes på nationale bestemmelser, idet enhver national bestemmelse eller praksis, som har denne virkning, er urforenelig med fællesskabsretten.«