# FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT WALTER VAN GERVEN

fremsat den 26. januar 1993 *

*Hr. præsident,*
*De herrer dommere,*

1. Denne sag, der er en anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af House of Lords i England, vedrører artikel 6 i Rådets direktiv 76/207/EØF af 9. februar 1976 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår [1] (herefter benævnt »direktivet«). De pågældende spørgsmål er blevet rejst under en tvist mellem M. H. Marshall (appellanten i hovedsagen) og South West Hampshire Area Health Authority (indstævnte i hovedsagen, herefter benævnt »Health Authority«).

Artikel 6 i direktivet har følgende ordlyd:

»Medlemsstaterne indfører i deres nationale retsorden de nødvendige bestemmelser for at enhver person, der mener sig krænket ved at princippet om ligebehandling som anført i artikel 3, 4 og 5 tilsidesættes i forhold til den pågældende, kan gøre sine rettigheder gældende for retslige instanser efter eventuelt at have indbragt sagen for andre kompetente instanser.«

## Sagens baggrund

2. I en dom af 26. februar 1986 besvarede Domstolen et præjudicielt spørgsmål, der var indgivet af den engelske Court of Appeal, vedrørende direktivets artikel 5, stk. 1. Denne bestemmelse forbyder enhver form for forskelsbehandling på grundlag af køn med hensyn til adgang til beskæftigelse samt arbejdsvilkår. Domstolen fastslog, at en privat kan støtte ret på artikel 5, stk. 1, over for en myndighed i en medlemsstat, der optræder som arbejdsgiver, for således at hindre anvendelsen af nationale bestemmelser, der er uforenelige med denne bestemmelse [2]. M. H. Marshall, der var genstand for en af artikel 5, stk. 1, forbudt forskelsbehandling, var sagsøger i hovedsagen, som førte til denne dom.

Efter dommen af 26. februar 1986 henviste Court of Appeal hovedsagen til Industrial Tribunal, den kompetente retsinstans i sager om forskelsbehandling med hensyn til beskæftigelse, med henblik på fastsættelse af den erstatning, som skulle udbetales til M. H. Marshall. Endnu inden Industrial Tribunal havde behandlet M. H. Marshall's krav, betalte Health Authority hende en godtgørelse på 6 250 UKL. Ifølge section 65(2) i den engelske Sex Discrimination Act 1975 (herefter benævnt »SDA«) var dette den maksimale godtgørelse, der kunne tilkendes af et Industrial Tribunal.

* Originalsprog: nederlandsk.

1 — EFT L 39, s. 40.

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

Industrial Tribunal tilkendte dog M. H. Marshall en erstatning på 19 405 UKL, hvoraf 7 710 UKL i renter [3] og 1 000 UKL for tort. Efter dommen udbetalte Health Authority yderligere 5 445 UKL til M. H. Marshall, således at den samlede udbetalte erstatning beløb sig til 11 695 UKL. Health Authority appellerede dog sagen med hensyn til det tilkendte rentebeløb på 7 710 UKL og fik medhold i appelsagen ved Employment Appeal Tribunal.

M. H. Marshall appellerede den af Employment Appeal Tribunal afsagte afgørelse til Court of Appeal. Hun fik afslag med den begrundelse, at man ikke kan påberåbe sig den direkte virkning af direktivets artikel 6 med henblik på at få tilsidesat det i section 65(2) i SDA fastsatte maksimum.

3. Til slut blev M. H. Marshall's krav forelagt House of Lords, som har forelagt tre præjudicielle spørgsmål for Domstolen. Med hensyn til en udførlig gengivelse af disse spørgsmål samt vedrørende en nærmere redegørelse for omstændighederne i sagen henviser jeg til retsmøderapporten.

Skønt appelsagen ved House of Lords kun vedrører Industrial Tribunal's kompetence til at tilkende renter, fremgår det af de i forelæggelseskendelsen anførte faktiske omstændigheder, at House of Lords ligeledes er af den opfattelse, at sagen også drejer sig om det i section 65(2) i SDA fastsatte maksimumsbeløb. Sagen er nemlig den, at »hvis section 65(2) finder anvendelse på den erstatning, der er tilkendt appellanten, er spørgsmålet om hendes krav på renter endeligt afgjort, idet den del af hendes tab, som ikke var renter, oversteg det lovbestemte maksimumsbeløb« (punkt 12). Med andre ord bliver tilkendelsen af rente allerede gjort umulig, fordi dette maksimum eksisterer, og ikke kun fordi Industrial Tribunal ikke har kompetence til at tilkende renter (en manglende kompetence som i øvrigt ikke er fastslået utvetydigt efter national ret: jf. punkt 8(5) i gengivelsen af de faktiske omstændigheder). Under hensyntagen til disse betragtninger foreslår jeg Domstolen ikke at følge forslaget fra Det Forenede Kongerige og Irland om kun at træffe afgørelse vedrørende gyldigheden af et eventuelt forbud mod at tilkende renter som erstatning, men tillige at undersøge gyldigheden af et lovbestemt erstatningsmaksimum.

**Kan private støtte ret på direktivets artikel 6 for den nationale domstol?**

4. Jeg vil først behandle det tredje præjudicielle spørgsmål. Med dette spørgsmål ønsker House of Lords at få oplyst, om den, der er blevet genstand for en ifølge direktivet forbudt forskelsbehandling, kan støtte ret på direktivets artikel 6 ved nationale domstole i sit eget land og over for en myndighed i sin egen medlemsstat med henblik på at hindre anvendelse af de i national ret fastsatte grænser for tilkendelse af erstatning [4].

3 — I de af House of Lords anførte faktiske omstændigheder nævnes et rentebeløb på 7 700 UKL. Af punkt 11 i de faktiske omstændigheder, hvori der nævnes »et beløb på 5 445 UKL, som er resten af hovedstolen af det beløb Industrial Tribunal havde tilkendt M. H. Marshall«, udleder jeg dog, at det drejer sig om en faktisk fejltagelse. I sit skriftlige indlæg til Domstolen anfører såvel Kommissionen som Det Forenede Kongerige i øvrigt et beløb på 7 710 UKL.

4 — At bestemmelserne i et direktiv under visse betingelser kan påberåbes direkte af private over for myndighederne ved en national domstol, blev allerede i 1982 fastslået af Domstolen. Jf. dom af 19.1.1982, sag 8/81, Becker, Sml. s. 53, præmis 25.

5. *Artikel 6's (vertikale) direkte virkning for så vidt angår domstolsprøvelse.* Spørgsmålet om den direkte virkning af direktivets artikel 6 blev allerede behandlet af Domstolen i Johnston-dommen af 15. maj 1986 [5]. Domstolen sondrede mellem to elementer i artikel 6: medlemsstaternes pligt til at sørge for en effektiv mulighed for domstolsprøvelse og pligten til at fastsætte sanktioner i tilfælde af ulovlig forskelsbehandling. Med hensyn til det første element udtalte Domstolen:

(præmis 18) »Den domstolsprøvelse, der hjemles ved den nævnte bestemmelse (direktivets artikel 6), er udtryk for et almindeligt retsprincip, der ligger til grund for medlemsstaternes fælles forfatningstraditioner. Princippet har endvidere fundet udtryk i artiklerne 6 og 13 i den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder ...

(præmis 19) I medfør af direktivets artikel 6 som fortolket i lyset af den anførte almindelige grundsætning har enhver person adgang til at indbringe et søgsmål for en kompetent ret med henblik på en effektiv prøvelse af retsakter, som anses for stridende mod princippet om ligebehandling af mænd og kvinder, som hjemlet ved direktiv 76/206. Det påhviler medlemsstaterne at sikre, at der kan udøves en effektiv domstolskontrol med overholdelsen af de relevante fællesskabsbestemmelser og af den nationale lovgivning, hvis formål er at gennemføre de rettigheder, som direktivet hjemler.

(præmis 58) ... for så vidt som det imidlertid følger af bestemmelsen — fortolket i lyset af den almindelige grundsætning, som den er udtryk for — at enhver person, der mener sig krænket som følge af en forskelsbehandling mellem mænd og kvinder, skal have ret til at indbringe et søgsmål, er bestemmelsen tilstrækkelig præcis og ubetinget til at kunne påberåbes over for en medlemsstat, hvis nationale lovgivning ikke fuldt ud gennemfører bestemmelsen.«

6. *Har artikel 6 ikke nogen (vertikal) direkte virkning for så vidt bestemmelsen indfører et krav om sanktioner, men indeholder den kun en pligt til at fortolke national ret i overensstemmelse med direktivet?* Med hensyn til pligten til at sanktionere en af direktivet forbudt forskelsbehandling fastslog Domstolen derimod i samme dom i Johnston-sagen, at direktivet ikke indebærer en ubetinget og tilstrækkelig præcis forpligtelse, som kan påberåbes af private i mangel af rettidigt vedtagne gennemførelsesforanstaltninger med henblik på at opnå erstatning i medfør af direktivet, dersom denne retsvirkning ikke er påbudt eller hjemlet i den nationale lovgivning [6]. Dermed bekræfter Domstolen to tidligere domme, von Colson-dommen og Harz-dommen [7], hvori allerede forekom den samme præmis (jf. nedenfor, punkt 10).

På grundlag af denne retspraksis ville svaret på det tredje præjudicielle spørgsmål kunne være, at den, der udsættes for en af direktivet forbudt forskelsbehandling *ikke* kan påberåbe sig direktivets artikel 6, heller ikke over for en (offentlig myndighed i en) medlemsstat, for at få den nationale retsinstans til at sætte de af den nationale erstatningslovgivning fastsatte begrænsninger ud af kraft.

5 — Dom af 15.5.1986, sag 222/84, Sml. s. 1651. Jf. tillige dom af 15.10.1987, sag 222/86, Heylens, Sml. s. 4097, præmis 14.

6 — Johnston-dommen, præmis 58.

7 — Domme af 10.4.1984, sag 14/83, von Colson, Sml. s. 1891, præmis 27, og sag 79/83, Harz, Sml. s. 1921, præmis 27.

Af nedenstående (punkt 11) fremgår, at jeg er af en anden opfattelse.

7. Ovenstående betyder ikke, at private, der mærker følgerne af ovennævnte begrænsninger, ikke kan påberåbe sig nogen retsmidler på grundlag af Domstolens praksis. Domstolen har nemlig ad anden vej udvidet beskyttelsen af private ved domstolene betydeligt, navnlig gennem den pligt, der er pålagt de nationale domstole, til at fortolke den nationale ret i overensstemmelse med fællesskabsretten. Til afgrænsning af denne forpligtelse vil jeg først minde om Domstolens praksis, hvori fællesskabsrettens regler præciseres i forbindelse med sanktionering af fællesskabsretlige bestemmelser.

Som udgangspunkt for denne domspraksis gælder, at medlemsstaterne skal sikre den fulde gennemførelse af fællesskabsretten og navnlig af direktiverne. Det medfører, at de skal fastsætte sanktioner i forbindelse med de ved direktiverne indførte forbudsbestemmelser, såvel strafferetligt som forvaltningsretligt og civilretligt. Domstolen støtter denne forpligtelse på den pligt til at sikre fællesskabsrettens anvendelse og effektivitet, som er pålagt medlemsstaterne i medfør af traktatens artikel 5:

»at medlemsstaterne, når der ikke findes en særlig bestemmelse i en fællesskabsforordning, der fastsætter en sanktion for overtrædelse, eller når der i forordningen med hensyn hertil henvises til nationale administrativt eller ved lov fastsatte bestemmelser, i medfør af EØF-traktatens artikel 5 skal træffe alle foranstaltninger, som er egnede til at sikre fællesskabsrettens gennemslagskraft« [8].

Også med hensyn til det direktiv, som sagen drejer sig om, bekræftede Domstolen, at:

»[...] der ikke kan skabes reel chancelighed uden et passende sanktionssystem. Dette resultat fremgår ikke blot af selve direktivets formål, men ganske særligt af dets artikel 6, der — med sit krav om søgsmålskompetence for stillingsansøgere, der er blevet udsat for forskelsbehandling — anerkender, at disse har rettigheder, der kan gøres gældende ad rettens vej« [9].

8. EØF-traktatens artikel 189, stk. 3, overlader det dog til medlemsstaterne at bestemme form og midler for gennemførelsen af direktiver. I forbindelse med den i direktivets artikel 6 indeholdte pligt til at fastsætte sanktioner udtalte Domstolen:

»Sådanne foranstaltninger kan f.eks. omfatte bestemmelser, der pålægger arbejdsgiveren at ansætte den krænkede ansøger, eller som sikrer en passende økonomisk godtgørelse, der efter omstændighederne kan forstærkes gennem en bødeordning. Det må imidlertid fastslås, at direktivet ikke pålægger indførelsen af en bestemt sanktion, men overlader det til medlemsstaterne frit at træffe deres valg blandt de forskellige løsninger, der kan virkeliggøre direktivets formål« [10].

8 — Jf. dom af 21.9.1989, sag 68/88, Kommissionen mod Grækenland, Sml. s. 2965, præmis 23, af 10.7.1990, sag C-326/88, Hansen, Sml. I, s. 2911, præmis 17, og af 2.10.1991, sag C-7/90, Vandevenne, Sml. I, s. 4371, præmis 11. En begyndelse til denne praksis kan allerede findes i dom af 2.2.1977, sag 50/76, Amsterdam Bulb, Sml. s. 137, præmis 32 og 33.

9 — Dommene i von Colson- og Harz-sagen, præmis 22. Jf. tillige præmis 15.

10 — Dommene i von Colson- og Harz-sagen, præmis 18.

Denne frihed for medlemsstaterne er dog ikke ubegrænset. Af direktivets formål og af dets artikel 6 følger nemlig, ifølge det i punkt 7 citerede afsnit, at medlemsstaterne skal sørge for et »passende sanktionssystem«. Som Domstolen fortsætter i dommene i von Colson- og Harz-sagen, er betingelsen for dette:

»at sanktionen skal være egnet til, at domstolene kan sikre en faktisk og effektiv beskyttelse. Sanktionen skal endvidere have en reelt afskrækkende virkning over for arbejdsgiveren. Heraf følger, at når medlemsstaten har valgt at sanktionere overtrædelsen af forbuddet mod forskelsbehandling gennem en erstatning, skal denne i hvert fald stå i et rimeligt forhold til det opståede tab.

Heraf følger, at en national lovgivning, der begrænser erstatningskravet for personer, der har været udsat for forskelsbehandling ved adgang til beskæftigelse, til en rent symbolsk godtgørelse f.eks. dækning af omkostninger i anledning af ansøgningen, ikke imødekommer kravene om en effektiv gennemførelse af direktivet« [11].

Med hensyn til sanktionerne præciserede Domstolen derefter, at sanktionsvalget tilkommer medlemsstaterne, men at sanktionen under alle omstændigheder skal være effektiv, stå i et rimeligt forhold til overtrædelsen og have en afskrækkende virkning [12].

9. Endvidere fastslog Domstolen, at sanktioner for overtrædelser af fællesskabsretten foruden at være »egnede til at sikre fællesskabsrettens gennemslagskraft« tillige skal være »sammenlignelige«, dvs. de skal følge samme materielle og processuelle regler, som gælder for overtrædelser af samme art og grovhed af national ret.

»Endvidere skal de nationale myndigheder være lige så agtpågivende ved overtrædelser af fællesskabsretten, som de er ved gennemførelsen af tilsvarende national lovgivning« [13].

I øvrigt skal ikke kun de egentlige sanktioner opfylde ovennævnte kriterier, »egnede til at sikre fællesskabsrettens gennemslagskraft« og »sammenlignelighed«, men det gælder tillige for de processuelle bestemmelser, der medfører idømmelse af en sanktion. De kan »ikke ... være mindre gunstige end dem, der gælder for tilsvarende nationale søgsmål, og [må] ikke ... være udformet således, at de i praksis umuliggør hævdelse af rettigheder, som hjemles ved Fællesskabets retsorden« [14].

10. Såfremt private ikke ville kunne påberåbe sig direktivets artikel 6 direkte med hensyn til sanktionsbestemmelser (jf. ovenfor i punkt 6, men tillige nedenfor i punkt 11), er det således også den nationale domstol, der har til opgave, i tilfælde af at en direktivbestemmelse, der ikke har direkte virkning, ikke er blevet gennemført rettidigt, men også hvis den ikke er blevet fuldt gennemført eller

11 — Dommene i von Colson- og Harz-sagen, præmis 23 og 24.

12 — Jf. de ovenfor i note 8 nævnte domme, Kommissionen mod Grækenland, præmis 24, Hansen, præmis 17, og Vandevenne, præmis 11.

13 — Dommene i sagerne Kommissionen mod Grækenland, præmis 24 og 25, Hansen, præmis 17, og Vandevenne, præmis 11. Selv om disse domme vedrører strafferetlige sanktioner, finder kriteriet vedrørende sammenlignelighed dog tillige anvendelse på civilretlige sanktioner: jf. dom af 19.11.1991, forenede sager C-6/90 og C-9/90, Francovich og Bonifaci, Sml. I, s. 5357, præmis 43.

14 — Dom af 25.7.1991, sag C-208/90, Emmott, Sml. I, s. 4269, præmis 16.

ikke er blevet korrekt gennemført, at fortolke de i den nationale ret fastsatte sanktioner i overensstemmelse med de ovenfor omhandlede fællesskabsretlige bestemmelser, der følger af direktivets artikel 6.

Denne forpligtelse for de nationale domstole til »under fuld udnyttelse af det skøn, den råder over i henhold til national ret« [15], så vidt muligt at fortolke nationale bestemmelser — hvad enten de er ældre eller yngre end direktivet [16] — i overensstemmelse med et direktiv, der endog ikke har direkte virkning [17], er ikke helt ubetinget. Den tvinger ikke den nationale domstol til at fortolke national ret, f.eks. en særlig sanktionsbestemmelse, »contra legem« [18]. Derimod skal den nationale domstol fortolke en tvetydig bestemmelse — som efter sigende de bestemmelser, der forbyder Industrial Tribunal at tilkende renter [19] — ifølge fællesskabsretten. Endvidere kan den være forpligtet til, såfremt de nationale fortolkningsregler tillader dette, at sætte en sanktionsbestemmelse i fælles ret i stedet for en særlig sanktionsbestemmelse, der er i strid hermed [20].

11. *Sanktionskravet i direktivets artikel 6 har alligevel direkte virkning.* Den nationale domstol vil altså ikke altid kunne tvinges til ved hjælp af fortolkning at nå frem til det af fællesskabsretten påbudte resultat. Såfremt det i direktivets artikel 6 foreskrevne sanktioneringskrav derfor skal være tilstrækkelig effektivt, skal det, i øvrigt lige som det ligeledes i artikel 6 fastsatte retsbeskyttelseskrav (jf. ovenfor i punkt 5), opfattes som en bestemmelse, der *i det mindste over for medlemsstaterne* har direkte virkning. Jeg mener, at der er al grund til det.

Allerede i dommene i von Colson- og Harzsagen har Domstolen fastslået, at det af direktivets formål og dets artikel 6 følger, at den i direktivet indeholdte chancelighed ikke kan gennemføres uden et passende sanktionssystem (jf. ovenfor i punkt 7). Af Domstolens praksis kan endvidere udledes (ovenfor i punkt 8 og 9), hvilke kriterier der skal tages hensyn til ved gennemførelse af et sådant passende sanktionssystem. Disse tilstrækkelig præcise kriterier udleder Domstolen af fællesskabsretlige principper. Det forekommer mig, at det derved straks kan fastslås, at det af direktivet følgende sanktioneringskrav, takket være disse fællesskabsretlige principper, har direkte virkning over for medlemsstaterne og disses offentlige myndigheder.

I Johnston-dommen blev det nemlig i forbindelse med den i artikel 6 indeholdte forpligtelse til at indføre en effektiv *retsbeskyttelse* anerkendt, at artikel 6 havde direkte virkning, da »bestemmelsen — fortolket i lyset af den almindelige grundsætning, som den er udtryk for« — er tilstrækkelig præcis og ubetinget til at kunne påberåbes »over for en medlemsstat, hvis nationale lovgivning ikke fuldt ud gennemfører bestemmelsen« (jf. ovenfor i punkt 5). Af samme grund er jeg af den opfattelse, at *sanktioneringskravet* i artikel 6 (jf. ovenfor i punkt 6) nu også har

15 — Dommene i von Colson- og Harz-sagen, præmis 28.

16 — Dom af 13.11.1990, sag C-106/89, Marleasing, Sml. I, s. 4155.

17 — Dog under overholdelse af de almindelige retsprincipper, f.eks. retssikkerhedsprincippet og forbuddet mod tilbagevirkende kraft. Jf. dom af 8.10.1987, sag 80/86, Kolpinghuis Nijmegen, Sml. s. 3969, præmis 13.

18 — Y. Galmot og J. C. Bonichot, »La Cour de Justice des Communautés européennes et la transposition des directives en droit national«, Rev. fr. droit adm. 1988, 1, navnlig s. 20 ff.

19 — Jf. i den forbindelse den i ovenstående punkt 3 anførte gengivelse af de faktiske omstændigheder, punkt 8(5).

20 — Således ifølge den tyske domstol Arbeitsgericht Hamm efter Von Colson-dommen i dom af 6.9.1984, *Der Betrieb* (1984), 2700.

direkte virkning over for medlemsstaterne, da de principper i fællesskabsretten, som kravet hviler på, i mellemtiden ligeledes er blevet beskrevet tilstrækkelig præcist i Domstolens ovenfor omtalte praksis (og i den mellemdom, der vil blive afsagt i denne sag) [21]. Domstolens indstilling i dommene i von Colson-, Harz- og Johnston-sagen er således efter min opfattelse ændret.

Anerkendelse af (vertikal) direkte virkning også af det i artikel 6 indeholdte sanktioneringskrav ville naturligvis fremme fællesskabsrettens ensartethed, da det så ikke længere afhænger af de nationale fortolkningsregler, om den nationale domstol har mulighed for at fortolke den nationale ret i overensstemmelse med fællesskabsretten. At en sådan ensartethed vedrørende gennemtvingelse af privates rettigheder, der følger af fællesskabsretten, er et grundlæggende krav i Fællesskabets retsorden, har Domstolen i øvrigt anerkendt i Zuckerfabrik-dommen med hensyn til nationale bestemmelser vedrørende udsættelse af gennemførelsen af nationale forvaltningsakter [22]. På grundlag af dette var Domstolen i den omhandlede dom villig til at beskrive betingelserne for, at nationale dommere kunne udsætte gennemførelsen af nationale forvaltningsakter på en ensartet måde.

12. Under retsforhandlingerne i sagen kom følgende anomali på tale: Arbejdstagere, der er ansat i offentlige myndigheder (i den vide betydning, som Domstolens praksis tillægger dette udtryk), kan påberåbe sig tilstrækkelig præcise og ubetingede direktivbestemmelser til deres fordel over for deres arbejdsgiver — også, som i det foreliggende tilfælde, med henblik på at opnå erstatning [23] — mens arbejdstagere i den private sektor ikke har denne mulighed over for deres arbejdsgiver. Som det fremgår af Harz-dommen [24], kan sidstnævnte arbejdstagere for den nationale domstol kun påberåbe sig den ovennævnte forpligtelse til at fortolke national ret i overensstemmelse med direktivet.

Til løsningen af den foreliggende sag — hvori det drejer sig om en ansat i en offentlig myndighed — er det ikke strengt nødvendigt at gå nærmere ind på dette punkt. For fuldstændighedens skyld tillader jeg mig at bemærke, at det efter min opfattelse ville tjene sammenhængen i Domstolens praksis, såfremt Domstolen nu også ville tilkende tilstrækkelig præcise og ubetingede direktivbestemmelser en *horisontal direkte virkning*. Domstolens praksis vedrørende retsbeskyttelsen af private i forbindelse med ikke rettidigt, ikke fuldt

21 — Af Domstolens praksis fremgår, at med hensyn til bestemmelserne i national ret, skal rækkevidden af en ved lov fastsat bestemmelse fastslås, idet der tages hensyn til den fortolkning, som der ved domsafgørelser er blevet tillagt bestemmelsen. Se i den forbindelse dom af 16.12.1992, forenede sager C 132/91, C 138/91 og C 139/91, Katsikas m.fl., Sml. I, s. 6577, præmis 39, og dom af 16.4.1991, sag C-347/89, Eurim Pharm, Sml. I, s. 1747, præmis 15

22 — Dom af 21.2.1991, forenede sager C 143/88 og C 92/89, Zuckerfabrik, Sml. I, s. 415, præmis 25 ff.

23 — Dom af 12.7.1990, sag C-188/89, Foster, Sml. I, s. 3313, præmis 22.

24 — I den i denne dom afgjorte sag blev den forskelsbehandling, som sagsøgeren gjorde indsigelser imod, begået af et privat retligt selskab, nemlig et tysk GmbH.

eller ikke korrekt gennemførte direktiver giver stort set et tilfredsstillende billede. Når henses til den særlige egenart af domstolenes fortolkningsprocesser, der er forskellige fra sag til sag, er billedet dog ikke fri for forvridninger og mangel på sammenhæng. Jeg vil nævne tre. For det første medfører den vide fortolkning af begrebet medlemsstat, at (vertikale) direktivbestemmelser har direkte virkning over for offentlige myndigheder og virksomheder, men ikke over for private institutioner eller virksomheder (som de førstnævnte ofte er i hård konkurrence med) [25], og dette skønt »denne« medlemsstats undladelse i forbindelse med gennemførelsen af direktiver hverken kan tilskrives offentlige myndigheder og virksomheder eller private institutioner eller virksomheder. For det andet: På grund af forpligtelsen til at fortolke national ret i overensstemmelse med direktiverne pålægges de nationale domstole pligt til at gå til det yderste af de muligheder og beføjelser, som de har, for — i tilfælde af at den nationale lovgiver har undladt dette — at gennemføre direktivet korrekt i national ret [26]. Det kan give anledning til problemer i forbindelse med afgrænsning af domstolenes kompetence i den pågældende nationale ret. For det tredje: I henhold til Domstolens dom i Francovich-sagen [27] kan der under visse omstændigheder kræves erstatning af medlemsstaten på grund af en ikke korrekt gennemførelse af direktiver. Denne i sig selv gunstige udvikling fjerner dog ikke den omstændighed, at private, der er ansat i en medlemsstat, hvor direktivet er blevet gennemført korrekt, og som således allerede er bundet af de forpligtelser, som direktivet medfører for dem, er ringere stillet i forhold til private (måske deres konkurrenter), som arbejder i en medlemsstat, hvor direktivet endnu ikke er blevet korrekt gennemført.

Det forekommer mig, at denne mangel på sammenhæng og disse forvridninger kan rettes ved også at anerkende, at tilstrækkelig præcise og ubetingede direktivbestemmelser har direkte virkning over for private, som direktivet pålægger forpligtelser, såfremt det havde været korrekt gennemført [28].

13. *Konklusion.* På grundlag af ovenstående betragtninger foreslår jeg Domstolen at besvare det tredje præjudicielle spørgsmål således. Det sanktioneringskrav, der følger af direktivets artikel 6 — således som det i mellemtiden er blevet præciseret i Domstolens praksis i medfør af almindelige principper i fællesskabsretten — kan af private i hvert fald påberåbes direkte over for medlemsstaten og dennes offentlige myndigheder og virksomheder. I tilfælde af at Domstolen ikke accepterer en sådan direkte virkning, kan den nationale domstol alligevel så vidt muligt fortolke og anvende den nationale ret i overensstemmelse med den i artikel 6 fastsatte sanktionsbestemmelse, som præciseret i Domstolens praksis.

25 — Jf. bl.a. den allerede nævnte Foster-dom.

26 — Jf. om de problemer, der opstår som følge heraf i Storbritannien: G. de Búrca, »Giving Effect to European Community Directives«, *The Modern Law Review*, 1992, 215-240.

27 — Jf. note 13.

28 — Jf. i samme retning F. Emmert, »Horizontale Drittwirkung von Richtlinien? Lieber ein Ende mit Schrecken als ein Schrecken ohne Ende«, *Europäische Wirtschafts- & Steuerrecht — EWS* 1992, s. 56 ff. I den artikel gendrives den misforståelse, at tilkendelse af en horisontal direkte virkning ved udløbet — ikke før — af fristen for gennemførelsen, ville fjerne den i EØF-traktatens artikel 189 fastlagte sondring mellem forordninger og direktiver.

Er et ifølge lovgivningen fastsat erstatningsmaksimum foreneligt med direktivets artikel 6?

14. Section 65(1) i Sex Discrimination Act 1975 bestemmer, at et Industrial Tribunal kan afsige dom vedrørende erstatning, når det erklærer en klage over forskelsbehandling på grundlag af køn med hensyn til beskæftigelse for begrundet. I henhold til section 65(2) i SDA må en sådan erstatning dog ikke overskride et vist maksimum. Da M. H. Marshall's krav blev behandlet af Industrial Tribunal, androg dette beløb 6 250 UKL. I mellemtiden er det blevet sat op flere gange, således at det nu andrager 10 000 UKL.

Med det første spørgsmål ønsker House of Lords at få oplyst, om en sådan maksimumsgrænse er forenelig med direktivets artikel 6. Med det andet spørgsmål ønsker House of Lords at få oplyst, om en behørig gennemførelse af artiklen kræver, at den erstatning, der tilkendes, ikke er mindre end det faktisk påførte tab, og at erstatningen skal omfatte renter fra det tidspunkt, da den ulovlige forskelsbehandling fandt sted, til det tidspunkt, hvor erstatningen betales.

15. Inden disse spørgsmål besvares, vil jeg pege på forholdet mellem de to kriterier, som Domstolen har anvendt med hensyn til nationale bestemmelser til sanktionering af forskrifter i fællesskabsretten. Disse kriterier blev i ovenstående (punkt 9) kaldt kriteriet om, at de skal være tilstrækkeligt egnede til at sikre fællesskabsrettens gennemslagskraft, og kriteriet om sammenlignelighed. De to kriterier er kumulative. Det er med andre ord ikke tilstrækkeligt, at en overtrædelse af fællesskabsretten gribes an på samme måde som en lignende overtrædelse i den nationale ret, såfremt det fremgår, at de sanktioner, der er fastsat for overtrædelse af fællesskabsretten såvel som af den nationale ret, ikke evner at sikre en faktisk og effektiv retsbeskyttelse eller ikke er tilstrækkeligt afskrækkende, og de derfor ikke står i et passende forhold til det tab, der er lidt. Dette følger efter min opfattelse af kravet om ensartet anvendelse af fællesskabsretten (jf. ovenfor i punkt 11), i medfør af hvilket den samme overtrædelse i fællesskabsretten skal sanktioneres tilstrækkeligt effektivt og afskrækkende i *alle* medlemsstater.

Jeg vil herefter omtale de to kriterier hver for sig i forbindelse med den foreliggende sag.

16. *Kriteriet om, at de skal være tilstrækkeligt egnede til at sikre fællesskabsrettens gennemslagskraft.* Om dette kriterium har Domstolen anført, at »når medlemsstaten har valgt at sanktionere overtrædelsen af forbudet mod forskelsbehandling gennem erstatning, skal denne i hvert fald stå i et rimeligt forhold til det opståede tab«. »En rent symbolsk godtgørelse, f.eks. dækning af omkostninger i anledning af ansøgningen«, opfylder ikke dette krav (jf. afsnittet i von Colson-dommen og i Harz-dommen, der er citeret i slutningen af punkt 8).

Af udtrykket om, at sanktionering af overtrædelsen af forbuddet mod forskelsbehandling »i hvert fald« skal stå i et rimeligt forhold til det opståede tab, ser det ud til, at Kommissionen udleder, at nationale bestemmelser, der indeholder en maksimumsgrænse som den i section 65(2) i SDA, ikke kan

opfylde de af Domstolen opstillede kriterier. Dette argument finder jeg ikke overbevisende [29]. Som Irland og Det Forenede Kongerige bemærker, kan det ikke være meningen kategorisk at udelukke enhver begrænsning af erstatninger, i hvert fald ikke da det nu viser sig, at en række direktiver — som Kommissionen selv har opregnet i sit skriftlige indlæg — ligeledes har fastsat en lignende maksimumsgrænse [30]. Ved at anføre, at erstatningen »i hvert fald« skal stå i et rimeligt forhold til det opståede tab, vil Domstolen tværtimod sige, at det ikke er tilstrækkeligt med symbolske erstatninger, hvilket i øvrigt også fremgår af den umiddelbart derpå følgende, og ovenfor citerede, præmis i ovennævnte domme.

17. At erstatningen skal stå »i et rimeligt forhold« til det opståede tab betyder efter min opfattelse dog også, at Domstolen — *på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin* og således i mangel af bestemmelser vedrørende harmonisering af de forskellige nationale ansvarsbestemmelser — er villig til at tage til takke med mindre end fuld erstatning for det opståede tab. Godtgørelsen skal med andre ord stå i et rimeligt forhold til det opståede tab, men den behøver ikke være lige så stor som tabet.

Dette synspunkt modsiges ikke, men det støttes derimod af dommen i Francovich-sagen, som Domstolen for nylig har afsagt i forbindelse med medlemsstaternes ansvar ved overtrædelse af fællesskabsretten i almindelighed og navnlig i forbindelse med ikke korrekt gennemførelse af direktiver. I sidstnævnte henseende har Domstolen i denne dom fastlagt nogle ensartede minimumsbetingelser for medlemsstaternes ansvar. En af disse betingelser er, at »der er årsagsforbindelse mellem statens tilsidesættelse af sin forpligtelse og de skadelidtes tab« [31]. Deraf kan dog ikke udledes nogen ensartede regler vedrørende tabets art eller omfang. Tværtimod, i dommen henviser Domstolen udtrykkeligt — »så længe der ikke er udstedt EF-regler på området« — til de nationale erstatningsregler for at gennemføre erstatningsansvaret for det forvoldte tab [32]. Det gælder, som det fremgår af den følgende præmis, navnlig for »de formelle og materielle betingelser i medlemsstaternes nationale lovgivning for erstatning af tab«. I den forbindelse fastslås det dog, at disse regler »ikke må være mindre gunstige end de betingelser, der gælder for tilsvarende søgsmål på grundlag af national ret, og ikke må være udformet således, at de i praksis gør det umuligt eller urimeligt vanskeligt at opnå erstatning« [33].

Sidstnævnte til de nationale ansvarsordninger stillede betingelser fra Francovich-dommen er i virkeligheden ikke forskellige fra de ovennævnte kriterier vedrørende »sammenlignelighed« og »egnede til at sikre fælles-

29 — Ordvalget »i hvert fald« (»in any event«, »en tout cas«) er efter min opfattelse absolut ikke synonymt med »i hvert (enkelt) tilfælde« (»in each (particular) case«, »dans chaque cas (particulier)«).

30 — Det drejer sig om direktiv 80/987/EØF af 20.10.1980 (EFT L 283, s. 23), 85/374/EØF af 25.7.1985 (EFT L 210, s. 29) og 90/314/EØF af 13.6.1990 (EFT L 158, s. 59) henholdsvis vedrørende arbejdstagernes lønkrav i tilfælde af arbejdsgiverens insolvens, produktansvar og pakkerejser.

31 — Dommen i Francovich og Bonifaci-sagen, anført i note 13, præmis 40.

32 — A.st., præmis 42.

33 — A.st., præmis 43.

skabsrettens gennemslagskraft« [34]. Med hensyn til det sidste kriterium, der undersøges her, stemmer det i Francovich-dommen anførte efter min opfattelse overens med det ovennævnte synspunkt, at en »rimelig erstatning« — jeg gentager det: på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin — ikke nødvendigvis er fuld erstatning. Tilkendelsen af en »rimelig erstatning« er efter min opfattelse ikke af en sådan karakter, at det i praksis er »umuligt eller urimeligt vanskeligt at opnå erstatning«. Fastsættelsen af en rimelig erstatning (i stedet for fuld erstatning) i en (i dette tilfælde særskilt) national bestemmelse kan nemlig kun betragtes som en »materiel betingelse for erstatning af tab«, hvor Francovich-dommen henviser til medlemsstaternes nationale retsorden. Da en sådan rimelig godtgørelse, som beskrevet i nedenstående, ikke gør, at det »i praksis er umuligt eller urimeligt vanskeligt« at opnå erstatning af det påførte tab, opfylder den derfor fællesskabsretten [35].

18. Fastsættelsen af nationale maksimumsbeløb for erstatninger er efter min opfattelse ikke uforeneligt med fællesskabsretten på dens nuværende udviklingstrin. Det er dog en betingelse, at grænsen sættes tilstrækkelig højt til, at sanktionen ikke fratages sin karakter af at »være effektiv, stå i et rimeligt forhold til overtrædelsen og have en afskrækkende virkning« og ikke hindre den i »at stå i et rimeligt forhold« til det normale tab, der er en følge af en overtrædelse.

Jeg mener dog ikke, at det er tilstrækkeligt med denne generelle analyse. For med større sikkerhed at kunne fastslå, at den finansielle erstatningssanktion, som en medlemsstat har valgt, står i et rimeligt forhold til det påførte tab, skal den være af en sådan art, at tabet godtgøres i et rimeligt forhold *under hensyntagen til* de vigtigste skadeselementer, der traditionelt tages hensyn til i bestemmelser vedrørende erstatningsansvar. Jeg tænker i den forbindelse på tab af materielle aktiver (»damnum emergens«), tabt arbejdsfortjeneste (»lucrum cessans«), ideel skade og tab på grund af den tid, der er gået [36]. Den sidstnævnte skadepost vil jeg behandle mere udførligt i det følgende.

Med hensyn til disse fire skadeselementer indebærer det ikke, at en national lovgivning, som ikke udtrykkeligt har fastsat bestemmelser for hver enkelt af disse elementer, er uforenelig med fællesskabsretten. Jeg er dog af den opfattelse, at den nationale domstol ved bedømmelsen af det rimelige forhold mellem erstatningen og tabet skal tage hensyn til de enkelte elementer. Det tilkommer nemlig denne domstol, når der ikke er fastsat mere præcise bestemmelser i fællesskabsretten, at foretage en konkret bedømmelse af forholdets karakter, under hensyntagen til de

34 — Dette er i øvrigt kun logisk. Sagen er den, at den af direktivets artikel 6 krævede sanktioneringsordning kan betragtes som en »lex specialis« — nemlig i forbindelse med erstatning for en af direktivet forbudt forskelsbehandling — hvorimod »Francovich«-ansvaret navnlig med hensyn til ikke-korrekt gennemførelse af direktiver udgør »lex generalis«.

35 — Dette hindrer ikke, at nationale retssystemer, som i øvrigt også EØF traktatens artikel 215, som oftest som hovedregel har fastsat bestemmelser om pligt til fuld (eller næsten fuld, jf note 41) erstatning. Jeg er dog af den opfattelse, at fællesskabsretten på sit nuværende udviklingstrin ikke er til hinder for, at der i en national retsorden fastsættes en lov bestemt begrænsning for så vidt angår specielle erstatnings krav, på betingelse af, at de i teksten omhandlede kriterier om at være egnede til at sikre fællesskabsrettens gennemslagskraft og om sammenlignelighed respekteres.

36 — Ifølge gengivelsen af de faktiske omstændigheder, der er anført i forelæggelseskendelsen, kan en torterstatning (»injury to feelings«) og tilkendelse af renter afgøres af en almindelig domstol.

begrænsninger, der i den nationale lovgivning er fastsat for denne erstatning. Såfremt begrænsningerne er af en sådan art, at én af de fire skadeselementer (for så vidt de er relevante i betragtning af overtrædelsens karakter) normalt ikke eller næsten ikke giver ret til erstatning, kan det ikke om denne erstatning i sin helhed siges, at den står i et rimeligt forhold til det påførte tab.

19. I det foreliggende tilfælde har Industrial Tribunal opgjort M. H. Marshall's faktiske tab til 19 405 UKL, hvoraf 1 000 UKL for ideel skade, 8 220 UKL for tabt arbejdsfortjeneste, 2 475 UKL for bl.a. pensionstab og 7 710 UKL for renter af de økonomiske tabsposter. Med hensyn til sidstnævnte renter drejer det sig, så vidt jeg kan se, om rente, der er forfalden i tiden fra det tidspunkt, hvor den ulovlige forskelsbehandling fandt sted, indtil Industrial Tribunal's dom af 21. juni 1988.

Det maksimale erstatningsbeløb, som M. H. Marshall kan få tilkendt i henhold til section 65(2) var 6 250 UKL, dvs. ca. en tredjedel af tabet inklusive renter indtil Industrial Tribunal's dom eller halvdelen af tabet eksklusive renter. Dette er utvivlsomt et beløb, der er større end et symbolsk beløb. Men om den anvendte grænse også tillader en godtgørelse, som står i et rimeligt forhold til det påførte tab, således som det forlanges i direktivets artikel 6, tør jeg dog godt sætte spørgsmålstegn ved. Beløbet udelukker nemlig erstatning på grundlag af enten mindst ét af de ovennævnte elementer, nemlig alle renter, der er forfaldne indtil Tribunal's domsafsigelse (og, så meget desto mere, rente af beløbet for perioden derefter, jf. nedenfor i punkt 26), eller de tre øvrige elementer.

Et yderligere tegn på, at det anvendte maksimum ikke tillader en rimelig erstatning, ser jeg også i tillægsbeløbet på 5 445 UKL, som Health Authority har betalt af billighedshensyn. Med denne tillægsbetaling står erstatningen i det foreliggende tilfælde måske i et rimeligt forhold til det tab, der er påført indtil tidspunktet for Industrial Tribunal's dom (nemlig i forholdet knap 2 til 3), men det er således ikke det lovbestemte maksimum, der har ført til dette resultat. Et andet tegn på, at den sanktion, der var gældende på tidspunktet for hændelsen, var utilstrækkelig, vil man kunne udlede af den omstændighed, at personer, der på nuværende tidspunkt i Det Forenede Kongerige afskediges som udtryk for en forskelsbehandling, kan anvende væsentlige nye retshåndhævelsesmidler [37].

20. *Kriteriet vedrørende sammenligneligheden.* Som allerede nævnt i ovenstående skal dette kriterium efterprøves kumulativt med det foregående kriterium. Det betyder, at såfremt der ved overtrædelser af samme art af national lov tilkendes en større erstatning — f.eks. fuld erstatning — end den af fællesskabsretten krævede rimelige erstatning, skal denne større erstatning også gælde for overtrædelser af fællesskabsretten. For at kunne afgøre, om de britiske bestemmelser (ikke også) på dette område lader noget tilbage at ønske, vil jeg først lige komme lidt ind på det sanktionsapparat, der er fastsat i henhold til SDA på tidspunktet for hændelsen.

Mens direktivet kun handler om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til

37 — Af indlægget fra Det Forenede Kongerige — der på dette punkt ikke bestrides af nogen af de andre parter — fremgår navnlig, at de nu også kan kræve, at de genansættes. Såfremt en henstilling af denne art fra retten ikke efterkommes, har de krav på ekstra erstatning på op til 10 650 UKL.

adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår, omfatter SDA også andre områder. En udlejer, der kun ønsker at indgå kontrakt med personer af ét bestemt køn, ser således ud til at kunne dømmes i henhold til bestemmelserne i SDA, men ikke i henhold til direktivet. Selv om SDA således dækker flere områder, sondres der i disse bestemmelser mellem forskelsbehandling med hensyn til beskæftigelse og forskelsbehandling på andre områder. For den førstnævnte form for forskelsbehandling er der værneting ved Industrial Tribunal [38], som kun kan tilkende en lovbestemt maksimal erstatning, og som endvidere ikke har kompetence til — i hvert fald ikke i henhold til loven — at tilkende renter. Andre former for forskelsbehandling kan påkendes af en County Court, der kan ikende de samme sanktioner som en High Court [39], hvilket i det konkrete tilfælde betyder, at der ikke er fastsat noget lovbestemt maksimum for en eventuel erstatning, og at der kan tilkendes renter [40]. For disse øvrige tilfælde af forskelsbehandling gælder princippet om fuld erstatning derfor [41].

21. Ved første øjekast ville man heraf kunne udlede, at Det Forenede Kongerige reagerer mindre effektivt på overtrædelser af fællesskabsretten (forskelsbehandling på grundlag af køn *med hensyn til beskæftigelse*) end på overtrædelser af nationale bestemmelser af samme art (forskelsbehandling på grundlag af køn *på andre områder*). En sådan konklusion er efter min opfattelse ikke berettiget. Der er nemlig en fyldestgørende forklaring på den af Det Forenede Kongerige anvendte sondring. De i 1965 oprettede Industrial Tribunals behandler nemlig alle klager vedrørende uberettiget afskedigelse (»unfair dismissal«), en i lovgivningen beskreven forbrydelse (»statutory tort«), der blev indført ved Employment Protection (Consolidation) Act 1978. Klager vedrørende racediskrimination med hensyn til beskæftigelse behandles således også ved et Industrial Tribunal, og den erstatning, der i sådanne tilfælde kan tilkendes, er undergivet de samme maksimalgrænser som dem i SDA's section 65(2) [42].

I stedet for at vælge en ordning, hvori alle klager vedrørende forskelsbehandling *på grundlag af køn* (uanset om det vedrører beskæftigelse eller et andet område) behandles af én domstol, har den lovgivende myndighed i Det Forenede Kongerige valgt en regulering, hvori alle klager på grund af uberettiget afskedigelse *med hensyn til beskæftigelse* behandles af én domstol i henhold til specielle formelle og materielle bestemmelser. Det drejer sig i den forbindelse om uberettiget afskedigelse med hensyn til beskæftigelse, uanset om forskelsbehandlingen ved afskedigelsen er sket på grundlag af køn, race eller et andet ulovligt kriterium, eller om den af anden grund er ulovlig, og tillige uanset om

38 — Section 63(1) i SDA.

39 — Section 66(4) i SDA.

40 — Ifølge Kommissionens skriftlige indlæg kan såvel Industrial Tribunals som County Courts også anvende andre former for sanktioner (f.eks. et påbud om at genansætte den person, der har været udsat for forskelsbehandling, selv om et sådant påbud dog sjældent gives).

41 — Princippet om fuld erstatning (eller næsten fuld erstatning, der er nemlig fortsat forskelle mellem de nationale retssystemer, f.eks. i forbindelse med torterstatning eller i forbindelse med uforudsete tab) er efter min opfattelse fælles ret i medlemsstaterne. Det hindrer ikke, at der i alle lande og også i selve fællesskabsretten (jf. note 30) forekommer begrænsninger af forskellige grunde for specielle erstatningskrav, således som dette f.eks. er tilfældet i Det Forenede Kongerige med hensyn til de i den foreliggende sag omhandlede bestemmelser. En større ensartethed på dette område kan kun opnås gennem Fællesskabets lovgivende myndighed.

42 — Jf. section 54 i Race Relations Act 1976.

klagen støtter på national ret eller på fællesskabsretten. Disse to valgmuligheder forekommer mig at være ligeværdige. Af det valg, som Det Forenede Kongerige har truffet, kan derfor heller ikke udledes, at fællesskabsretten i det pågældende land skulle være udstyret med mindre effektive sanktionsmuligheder end den nationale ret.

Med hensyn til kriteriet vedrørende sammenlignelighed konkluderer jeg derfor, at den i henhold til SDA's section 65(2) fastsatte begrænsning af erstatningsbeløbet ikke er i strid med direktivets artikel 6.

**Er en eventuel manglende kompetence til at tilkende rente forenelig med direktivets artikel 6?**

22. Af den til de præjudicielle spørgsmål hørende gengivelse af de faktiske omstændigheder fremgår, at »Industrial Tribunal på det pågældende tidspunkt ikke havde beføjelse til — eller det ikke klart fremgik af de pågældende bestemmelser i engelsk lovgivning, om det havde beføjelse til — at tilkende renter oven i eller som en bestanddel af erstatningen for ulovlig kønsdiskrimination med hensyn til beskæftigelse.«

Indledningsvis vil jeg minde om, at en national domstol, der fastslår, at den nationale lovgivning ikke er entydig, i hvert fald skal fortolke og anvende denne lovgivning på en sådan måde, at det er i overensstemmelse med bestemmelserne i direktiver, i det foreliggende tilfælde med direktivets artikel 6. At denne pligt også gælder for nationale bestemmelser, der allerede fandtes før direktivet, på et område som senere omfattes af direktivet, er en selvfølge (jf. ovenfor i punkt 10). Denne forpligtelse gælder også, såfremt direktivets artikel 6 om sanktionering ikke havde haft direkte virkning (vertikal eller horisontal). Såfremt den i artikel 6 fastsatte sanktionsbestemmelse har direkte virkning, som det er gjort gældende ovenfor (i punkt 11 ff.), skal anvendelse af bestemmelser, der er i strid med denne artikel, naturligvis i hvert fald undlades.

23. *Rente af erstatningen i modsætning til procesrente.* Det præjudicielle spørgsmål vedrører, som det fremgår af det i punkt 22 citerede afsnit, renter, der tilkendes som renter »oven i eller som en bestanddel af erstatningen«. Med den anden del af det andet præjudicielle spørgsmål ønsker House of Lords ganske rigtigt at få oplyst, om en korrekt gennemførelse af direktivets artikel 6 kræver, at den tilkendte erstatning omfatter renter af erstatningsbeløbet fra det tidspunkt, da den ulovlige forskelsbehandling blev begået, til tidspunktet for udbetalingen af erstatningen.

Ved besvarelsen af dette spørgsmål skal to tidsperioder, og dermed også to slags rente, efter min opfattelse holdes ude fra hinanden. På den ene side er der den rente, der herefter benævnes procesrente, der som regel [43] begynder at løbe *fra* afsigelsen af dommen (såfremt den i givet fald stadfæstes ved appelinstansen), hvori det erstatningsbeløb, der er forskyldt på det pågældende tidspunkt, er fastsat. Det er renten *af* den af domstolen i denne dom fastsatte erstatning. På den anden side er der den rente, der herefter benævnes renteerstatning, som er en del af den samlede erstatning for den begåede ulovlighed, og

43 — Jeg siger som regel, da det også forholdes, at processuelle renter begynder at løbe fra det tidspunkt, hvor sagen anlægges.

hvor beløbet som sagt fastsættes af domstolen. Om der skal betales en sådan rente afhænger af, i hvilket omfang den domstol, der afsiger dom om erstatningsbeløbet, har kunnet tage hensyn til udviklingen af tabet *indtil* domsafsigelsen (i første instans, eventuelt i appelinstansen). Såfremt tabsopgørelsen blev afsluttet på et tidligere tidspunkt, f.eks. fordi der ikke forelå pålidelige oplysninger til fastsættelse af tabet indtil domsafsigelsen eller, som i det foreliggende tilfælde, fordi tabet kun vedrører en periode, der allerede (forlængst) er tilbagelagt på tidspunktet for domsafsigelsen [44], så vil domstolen — og det har Industrial Tribunal gjort i dette tilfælde — tillægge erstatningsbeløbet renter indtil tidspunktet for domsafsigelsen. Denne rente tilkendes som *en del af* tabet.

Jeg understreger denne forskel, da jeg mener, at besvarelsen af spørgsmålet er afhængig af, hvilken slags rente det drejer sig om. Inden jeg vil gå nærmere ind på det, vil jeg først kort undersøge, om der af Domstolens praksis kan udledes noget om tilkendelse af renter [45].

24. *Domstolens praksis vedrørende tilkendelse af renter.* Først vil jeg gå nærmere ind på retspraksis vedrørende tilkendelse af renter i sager i medfør af EØF-traktatens artikel 178 og 215. Den faste praksis lader ikke herske nogen tvivl om *tilladeligheden* af et rentekrav. Domstolen udtaler således i Sofrimport-dommen følgende:

»Da dette rentekrav er gjort gældende i forbindelse med Fællesskabets ansvar uden for kontraktforhold efter artikel 215, stk. 2, må det vurderes på grundlag af de retsgrundsætninger, der er fælles for medlemsstaternes retssystemer, og som artiklen henviser til. Disse retssystemer anerkender i almindelighed rentekrav. Under hensyntagen til de kriterier, som Domstolen har lagt til grund i tilsvarende sager opstår forpligtelsen til betaling af renter den dag, nærværende dom afsiges, såfremt dommen statuerer pligt til erstatning af skaden« [46].

I denne afgørelse siges intet om, hvorvidt det drejer sig om renteerstatning eller procesrente i den betydning, som jeg har beskrevet i ovenstående. Efter min opfattelse drejer det sig om en blanding af de to typer (og derfor

44 — Det af Industrial Tribunal fastsatte økonomiske tab vedrørte hovedsagelig, bortset fra renter, M. H. Marshall's tabte arbejdsfortjeneste for perioden mellem afskedigelsen, der var udtryk for forskelsbehandling, da hun var 62 år, og det tidspunkt, da hun ville være fyldt 65 (dvs. tidspunktet for pensionsalderens indtræden, såfremt der ikke havde foreligget nogen forskelsbehandling), samt mistet pension som følge af afskedigelse i utide.

45 — Hidtil har jeg undgået udtrykket »morarente«. Dette udtryk er mere generelt. Det omfatter nemlig begge de ovennævnte typer af rente, både renteerstatning og procesrente, og henviser til alle typer af rente, der er tilkendt på grund af den tid, der er gået, både før og efter domsafsigelsen.

46 — Dom af 26.6.1990, sag C-152/88, Sofrimport mod Kommissionen, Sml. I, s. 2477, præmis 32, senere bekræftet af dom af 19.5.1992, forenede sager C-104/89 og C-37/90, Mulder, Sml. I, s. 3061, præmis 35. Se for den tid domme af 4.10.1979, sag 238/78, Ireks-Arkady mod Rådet og Kommissionen, Sml. s. 2955, præmis 20, forenede sager 241/78, 242/78 og 245/78-250/78, DGV mod Rådet og Kommissionen, Sml. s. 3017, præmis 22, forenede sager 261/78 og 262/78, Interquell Stärke-Chemie mod Rådet og Kommissionen, Sml. s. 3045, præmis 23, og forenede sager 64/76, 113/76, 167/78, 239/78, 27/79, 28/79 og 45/79, Dumortier Frères mod Rådet, Sml. s. 3091, præmis 25, dom af 19.5.1982, forenede sager 64/76, 113/76, 167/78, 239/78, 27/79, 28/79 og 45/79, Dumortier Frères mod Rådet, Sml. s. 1733, præmis 11, af 18.5.1983, sag 256/81, Pauls Agriculture mod Rådet og Kommissionen, Sml. s. 1707, præmis 17, og af 13.11.1984, forenede sager 256/80, 257/80, 265/80, 267/80, 5/81, 51/81 og 282/82, Birra Wührer mod Rådet og Kommissionen, Sml. s. 3693, præmis 37.

om morarenter generelt [47]), da renterne regnes fra den dag, da dommen er afsagt, hvori *forpligtelsen* til at betale erstatning er blevet fastslået, dvs. en dag, der i artikel 215-sager ikke nødvendigvis falder sammen med den dag, da Domstolen selv i mangel af en aftale mellem parterne om erstatningsbeløbet, fastslår *omfanget* af tabet.

Det skal endvidere bemærkes, at størrelsen af de tilkendte renter i den anførte retspraksis varierer. Oprindelig blev der anvendt en rentefod på 6%, senere blev den i ovennævnte dom i Sofrimport-sagen (præmis 32) sat til 8%. I den i noten anførte Mulder-dom (præmis 35) blev dertil føjet, »medmindre sagsøgerne har nedlagt påstand om en lavere sats«. I en anden sag, som vedrørte en udsættelse af fuldbyrdelsen i henhold til EKSF-traktatens artikel 39 (og altså ikke et krav i henhold til EØF-traktatens artikel 178 og 215) bestemte Domstolens præsident, at betingelsen for en udsættelse var, at:

»sagsøgeren forud stiller en bankgaranti for betaling af den ... pålagte bøde og eventuelle morarenter, der, for så vidt angår denne kendelse, er lig med Banque de France's diskonto forhøjet med 1%« [48].

25. Selv om Domstolens praksis i tjenestemandsager er undergivet de særlige regler i tjenestemandsvedtægten, vil jeg alligevel ikke lade den helt ude af betragtning, da der jo også tages hensyn til andre bestemmelser i fællesskabsretten.

Det fremgår således navnlig af disse domme, at for så vidt angår tilkendelse af renter kan overvejelser med hensyn til rimelighed spille en rolle. Allerede i en dom fra 1978 [49] udtalte Domstolen f.eks. følgende:

»(præmis 35) må det være rimeligt at fastsætte den dato, fra hvilken morarenterne skal beregnes, til den 1. september 1968 ...

(præmis 37) endelig findes det efter sagens omstændigheder rimeligt ved erstatningens beregning at anvende en rentesats på 8% pro anno i de ovennævnte år, navnlig under hensyn til, at denne sats ikke er usædvanlig, samt til *den betydelige forsinkelse, hvormed behandlingen* af ulykkens følger *blev afviklet*« (min fremhævelse).

Endvidere bekræfter disse domme, at en part, der i henhold til Domstolens afgørelse har ret til erstatning, også kan gøre krav på morarenter. Kommissionen nævner i den forbindelse Samara-sagen [50]. Denne sag drejede sig om en af Domstolen ved dom af 15. januar 1985 [51] ophævet afgørelse truffet af Kommissionen vedrørende indplacering af en tjenestemand i en bestemt lønklasse og på et bestemt løntrin. Kommissionen fuldbyrdede kun delvist og med forsinkelse

47 — Jf. note 45.

48 — Kendelse afsagt af Domstolens præsident den 5.7.1983, sag 78/83 R, Usinor mod Kommissionen, Sml. s. 2183, punkt 1 i konklusionen.

49 — Dom af 16.3.1978, sag 115/76, Leonardini mod Kommissionen, Sml. s. 735.

50 — Dom af 17.2.1987, sag 21/86, Samara mod Kommissionen, Sml. s. 795.

51 — Dom af 15.1.1985, sag 266/83, Samara mod Kommissionen, Sml. s. 189.

dommen, hvorefter Domstolen ved dom af 17. februar 1987 tilkendte Samara morarenter af den højere løn, som hun i henhold til den nye indplacering på et højere løntrin var berettiget til:

»(præmis 9) For at opfylde dommen korrekt og således sikre sagsøgeren den retsstilling, hun havde ret til ifølge vedtægten, skal der derfor tages hensyn til det tab, hun har lidt, fordi hendes retsstilling først blev sikret efter et vist tidsrum, og hun derfor ikke til normal forfaldstid har kunnet disponere over de beløb, hun havde krav på. Følgelig bør der ydes sagsøgeren morarenter, som fastsættes til 8% p.a. fra de respektive forfaldsdatoer, til betaling sker.«

26. *Kræver direktivets artikel 6, at der tilkendes renter?* Domstolens ovenfor omtalte praksis viser i hvert fald, at tilkendelse af renter på grund af den tid, der går fra den dag, da det retsstridige forhold, som medfører pligt til at betale erstatning, fastslås af domstolen, og derfor i hvert fald fra afsigelsen af den dom, hvori erstatningsbeløbet fastsættes, er tilladt efter fællesskabsretten. Men er der også pligt til det?

På dette punkt er sondringen mellem renteerstatning og procesrenter af betydning. Jeg vil først omtale de sidstnævnte (som Industrial Tribunal ikke har truffet nogen afgørelse om). Af det i direktivets artikel 6 indeholdte krav om retsbeskyttelse — som ifølge Domstolens gældende praksis i hvert fald har direkte virkning over for medlemsstaterne, jf. ovenfor i punkt 5 — følger efter min opfattelse, at der er en ubegrænset pligt til at betale processuelle renter fra det tidspunkt, da den første domstol har fastslået erstatnings*beløbet* for det lidte tab, såfremt afgørelsen senere endeligt stadfæstes. Med hensyn til denne type af renter må der derfor ikke indføres et lovbestemt maksimum til begrænsning af erstatningsbeløbet. Som det fremgår af Domstolens udtalelse i den allerede anførte Johnston-dom (jf. ovenfor i punkt 6), er »den domstolsprøvelse, der hjemles ved den nævnte bestemmelse (direktivets artikel 6) ... et almindeligt retsprincip ... [hvorefter] enhver person [har] adgang til at indbringe et søgsmål for en kompetent ret« vedrørende en af direktivet forbudt forskelsbehandling. Dette fællesskabsretlige princip kræver efter min opfattelse ligeledes, for så vidt den nationale retsorden tillader en person at appellere den første domstols afgørelse, at han skal kunne gøre dette uden økonomiske problemer. Det betyder, at han skal have kompensation for den forsinkelse med udbetalingen af erstatningsbeløbet, som er en følge af appellen. En anden afgørelse ville betyde, at en part, der kræver erstatning, ville blive straffet økonomisk, såfremt hun ønsker at appellere en utilfredsstillende afgørelse, og at hun eventuelt endda ville kunne blive tvunget til ikke at gøre det ud fra overvejelser, der ikke er af retlig karakter. En anden afgørelse ville også betyde, at den part i sagen, der i første instans blev dømt til at betale erstatning, i hvert fald tilskyndes til at appellere på grund af den finansielle fordel, som denne part kan have deraf.

I det foreliggende tilfælde er ovenstående særlig relevant. Allerede i dom af 26. februar 1986 fortolkede Domstolen bestemmelsen i direktivets artikel 5, stk. 1, således, at det

kunne udledes, at M. H. Marshall havde været udsat for forskelsbehandling. Som følge heraf henviste Court of Appeal den 22. juli 1986 sagen til Industrial Tribunal med henblik på fastsættelse af den erstatning, hun skulle have tilkendt. Den 21. juni 1988 fastsatte Industrial Tribunal erstatningsbeløbet til 19 405 UKL, et beløb der senere blev revideret af Court of Appeal under anvendelse af det lovbestemte maksimum, for så vidt beløbet ikke allerede var blevet udbetalt af Health Authority (jf. ovenfor i punkt 2). I den foreliggende sag drejer det sig om anvendelsen af dette lovbestemte maksimum. Såfremt det fastslås, at denne begrænsning med urette er blevet anvendt, skal der efter min opfattelse i hvert fald betales procesrenter af det uretmæssigt reducerede beløb (medmindre tabet på grund af forsinket udbetaling er blevet godtgjort ved en senere domstolsafgørelse eller på anden måde), og det skal ske fra det tidspunkt, hvor Industrial Tribunal's afgørelse blev afsagt.

Den vedrører nemlig det tab, som M. H. Marshall har lidt indtil den dag, da Tribunal's afgørelse blev afsagt.

Disse renter er en del af — i ordets fulde betydning — det tab, som M. H. Marshall har lidt som følge af og fra tidspunktet for den fastslåede forskelsbehandling indtil det tidspunkt, da tabet blev opgjort af Industrial Tribunal. I forbindelse med tabet har jeg i ovenstående generelt anført, at et af den nationale lovgivning fastsat erstatningsmaksimum, bl.a. i betragtning af den omstændighed, at det ikke tillader godtgørelse af et vigtigt skadeselement gennem tilkendelse af renteerstatning, ikke er i stand til at give den, der udsættes for forskelsbehandling, den af direktivets artikel 6 krævede rimelige godtgørelse.

27. Dermed er det præjudicielle spørgsmål, således som det er formuleret af House of Lords, kun delvist blevet besvaret. Spørgsmålet vedrører nemlig alle renter, der er forskyldt fra datoen for den ulovlige forskelsbehandling, indtil betaling sker. Derfor mangler jeg at behandle spørgsmålet om, i hvilket omfang fællesskabsretten indeholder en forpligtelse til at tilkende renteerstatning som *en del af* det erstatningsbeløb, som er blevet fastsat i første instans. Som anført ovenfor, udgør de af Industrial Tribunal tilkendte renter på 7 710 UKL en sådan rentegodtgørelse.

28. For fuldstændighedens skyld vil jeg godt lige sige noget om rentesatsen. Det er i princippet, så længe der ikke er vedtaget fællesskabsretlig lovgivning, et anliggende, hvorom der træffes afgørelse af den nationale domstol. Den anvendte rentesats skal dog, for at den kan udgøre en rimelig godtgørelse, være i overensstemmelse med det tab af købekraft, som den erstatningsberettigede har haft i det pågældende tidsrum. Det betyder, at satsen efter min opfattelse kan være forskellig fra land til land, idet det er knyttet til inflationen i det pågældende land og den dér sædvanlige forrentning af kapital.

## Forslag til afgørelse

29. Herefter skal jeg foreslå Domstolen at besvare de præjudicielle spørgsmål fra House of Lords i den rækkefølge, hvori de er blevet behandlet i ovenstående, således:

»1) Såfremt det fremgår, at den nationale lovgivning i en medlemsstat ikke indeholder nogen passende sanktionsordning, som påkrævet såvel i henhold til formålet i Rådets direktiv 76/207/EØF af 9. februar 1976 som af dets artikel 6, kan den, der har været udsat for en af direktivet forbudt forskelsbehandling i hvert fald over for offentlige myndigheder i medlemsstaten støtte ret på artikel 6 direkte.

2) Såfremt den nationale lovgivning i en medlemsstat har fastsat bestemmelser om betaling af erstatning som en oprejsning, der kan gennemføres ved rettens hjælp, for den, der har været udsat for en af direktiv 76/207/EØF forbudt forskelsbehandling, gør medlemsstaten sig, på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin, ikke automatisk skyldig i undladelse af at efterkomme forpligtelsen til gennemførelse af direktivets artikel 6, ved at indsætte et maksimum for erstatningsbeløbet i den nationale lovgivning.

3) Et sådant maksimum er dog uforeneligt med artikel 6 i direktiv 76/207/EØF, såfremt det medfører, at erstatningsbeløbet, når der tages hensyn til de vigtigste erstatningselementer, herunder rente, ikke står i et rimeligt forhold til det påførte tab. Endvidere må et sådant maksimum ikke føre til, at fællesskabsretten sanktioneres mindre energisk end tilsvarende national ret.

4) Det i artikel 6 i direktiv 76/207/EØF indeholdte krav om retsbeskyttelse, der kan påberåbes direkte af private, medfører, at i tilfælde af appel af en afgørelse er renter forskyldt fra det tidspunkt, da den første domstol har fastslået beløbet af det påførte tab, såfremt afgørelsen senere bliver endeligt stadfæstet.«