FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT ANTONIO LA PERGOLA

fremsat den 23. februar 1999 *

1. De af Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien (Østrig) rejste spørgsmål drejer sig om, hvorvidt de af den østrigske delstat Tyrol vedtagne bestemmelser vedrørende erhvervelse af fast ejendom er forenelige med fællesskabsretten, og om, hvorvidt betingelserne er til stede for, at sagsøgeren i hovedsagen kan gøre et erstatningsansvar uden for kontrakt gældende mod Republikken Østrig, hvis de bestemmelser, der er vedtaget af den tyrolske lovgiver, indebærer en tilsidesættelse af de forpligtelser, der følger af EF-traktaten. Et af de vanskelige underliggende problemer, der er forbundet med de for Domstolen rejste spørgsmål, består i den omstændighed, at akten for Republikken Østrigs tiltrædelse af Den Europæiske Union udtrykkeligt godkender, at den i forelæggelseskendelsen angivne lovgivning opretholdes i den i akten fastsatte overgangsperiode.

Den nationale lovgivning vedrørende erhvervelse af fast ejendom

2. Den østrigske forfatning giver delstaterne kompetence til at lovgive om salg af landbrugs- og skovarealer samt om udlændinges erhvervelse af fast ejendom. I medfør af Bundes-Verfassungsgesetznovelle (lov om ændring af forbundsstatens forfatning, BGBl nr. 276/1992, § 1, stk. 1) er delstaterne bemyndiget til at indføre en administrativ kontrol på området for handel med fast ejendom, og de har truffet de nødvendige foranstaltninger med hensyn hertil. De nationale regler, som hævdes at udgøre den påståede overtrædelse af de forpligtelser, der er fastsat i fællesskabsretten (med deraf følgende pligt til at yde erstatning til skadelidte), er dem, der er fastsat i Tiroler Grundverkehrsgesetz (delstaten Tyrols lov af 1993 om fast ejendom, herefter »TGVG 1993«), som var i kraft fra den 1. januar 1994 frem til den 1. oktober 1996 og Tiroler Grundverkehrsgesetz (delstaten Tyrols lov af 1996 om fast ejendom, herefter »TGVG 1996«), der trådte i kraft den 1. oktober 1996 [1].

TGVG 1993

3. Efter bestemmelsen i § 9, stk. 1, litra a), og § 12, stk. 1, litra a), i TGVG 1993 skal erhververen have opnået en forudgående tilladelse fra den kompetente myndighed til at erhverve den faste ejendom, som det

* Originalsprog: italiensk.

1 — Se henholdsvis Tiroler LGBl nr. 82/1993 og Tiroler LGBl nr. 61/1996.

drejer sig om i det konkrete tilfælde. Tilladelse kan nægtes, hvis ikke erhververen på tilfredsstillende måde godtgør, at den påtænkte erhvervelse ikke sker med det formål at etablere en fritidsbolig (§ 14, stk. 1, i TGVG 1993). Imidlertid er østrigske statsborgere, som har erklæret, at erhvervelsen af den omhandlede ejendom ikke sker for at etablere en fritidsbolig, fritaget fra kravet om tilladelse (§ 10, stk. 2, i TGVG 1993).

Der kan i medfør af § 13, stk. 1, i TGVG 1993 kun gives en udlænding, herunder også statsborgere fra andre medlemsstater, en tilladelse, hvis ikke den strider mod statens økonomiske interesser, og der eksisterer en økonomisk, kulturel eller social interesse i den pågældende udlændings erhvervelse af ejendommen.

Efter ordlyden af § 3, der som fastsat i § 41 trådte i kraft den 1. januar 1996, finder bestemmelserne vedrørende udlændinge ikke anvendelse på personer, der godtgør, at de handler inden for rammerne af de grundrettigheder, der er garanteret ved aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde (herefter »EØS-aftalen«)[2].

2 — EFT 1994 L 1, s. 420.

TGVG 1996

4. Efter den nye lov kan der heller ikke udstedes tilladelse, medmindre det på tilfredsstillende måde godtgøres, at der ikke ved den pågældende erhvervelse vil blive oprettet en fritidsbolig [§ 11, stk. 1, litra a)].

Den nye lov ophæver den undtagelse fra bestemmelserne om tilladelse, der var fastsat i den tidligere gældende lov for østrigske statsborgere. Herefter kræves der tilladelse for samtlige erhververe uden hensyntagen til deres nationalitet. Denne tilladelse kan ligeledes meddeles på grundlag af en fremskyndet procedure. Efter ordlyden af § 25, stk. 2, skal den kompetente myndighed vedtage beslutningen om at meddele tilladelse til erhvervelse af en byggegrund inden for en frist på to uger efter anmodningens indgivelse, såfremt det er åbenbart, at betingelserne for at meddele tilladelse er opfyldt.

Efter bestemmelsen i § 3 behandler den nye lov østrigske og udenlandske statsborgere uden forskel i de tilfælde, hvor ejendommene erhverves inden for rammerne af den frie bevægelighed for arbejdstagere, etableringsfriheden, den frie udveksling af tjenesteydelser og den frie bevægelighed for kapital, men dog betinget af, at der ikke kan udledes en anden løsning på grundlag af artikel 70 i tiltrædelsesakten eller artikel 40 i EØS-aftalen. Derimod gælder det for så vidt angår de udlændinge, der ikke ligestilles med østrigske statsborgere, at ud over de bestemmelser, som ligeledes gælder

for de sidstnævnte, er den anden betingelse i den tidligere gældende lovgivning blevet opretholdt: Erhvervelsen må fortsat ikke være i strid med statens økonomiske interesser, og den skal være begrundet med en økonomisk, kulturel eller social interesse [jf. § 13, stk. 1, litra b)]. Disse bestemmelser finder dog ikke anvendelse, hvis de er i strid med internationale aftaler.

De anvendelige fællesskabsregler

5. Bestemmelsen, som i denne sag ønskes fortolket ved forelæggelse for Domstolen, er artikel 70 i akten vedrørende vilkårene for Republikken Østrigs, Republikken Finlands og Kongeriget Sveriges tiltrædelse og tilpasningerne af de traktater, der danner grundlag for Den Europæiske Union [3]. Den relevante bestemmelse har følgende ordlyd:

»Uanset bestemmelserne i de traktater, som danner grundlag for Den Europæiske Union, kan Republikken Østrig opretholde sin gældende lovgivning om sekundærboliger i en periode på fem år fra tiltrædelsen.«

3 — EFT 1995 L 1, s. 1.

I denne sag vedrører de forpligtelser, der følger af EF-traktaten, og som hævdes at være tilsidesat, etableringsfriheden og de frie varebevægelser [4].

Sagens faktiske omstændigheder

6. Ved en tvangsauktionsprocedure afholdt af Bezirksgericht Lienz den 11. august 1994 modtog Klaus Konle, der er tysk statsborger, tilslag på en fast ejendom, der er beliggende i den østlige del af Tyrol. På auktionstidspunktet var TGVG 1993 gældende, og Konle havde indgivet en ansøgning om tilladelse og deri erklæret, at han påtænkte at benytte den ejendom, som han havde erhvervet, som sin faste bopæl og dertil overføre hovedsædet for sine forretningsaktiviteter i virksomheden EUVAT GmbH. Konle havde som følge heraf indgivet en erklæring, der indholdsmæssigt svarede til dem, som den tyrolske lovgivning tillader, at østrigske statsborgere indgiver i stedet for en ansøgning om tilladelse. Bezirkshauptmannschaft Lienz, som er den kompetente amtskommunale forvaltning

4 — Artikel 52 i EF-traktaten er formuleret som følger:
»Inden for rammerne af nedennævnte bestemmelser skal de restriktioner, som hindrer statsborgere i en medlemsstat i frit at etablere sig på en anden medlemsstats område, gradvis ophæves i løbet af overgangsperioden. Denne gradvise ophævelse skal også omfatte hindringer for, at statsborgere i en medlemsstat, bosat på en medlemsstats område, opretter agenturer, filialer eller datterselskaber.
Med forbehold af bestemmelserne i kapitlet vedrørende kapitalen indebærer etableringsfriheden adgang til at optage og udøve selvstændig erhvervsvirksomhed samt til at oprette og lede virksomheder, herunder navnlig selskaber i den i artikel 58, stk. 2, anførte betydning, på de vilkår, som i etableringslandets lovgivning er fastsat for landets egne statsborgere.«
Ordlyden af artikel 73 B, stk. 1, i EF-traktaten er som følger:
»Inden for rammerne af bestemmelserne i dette kapitel er alle restriktioner for kapitalbevægelser mellem medlemsstaterne indbyrdes og mellem medlemsstaterne og tredjelande forbudt.«

på området for overførsel af fast ejendom, gav imidlertid afslag på den omhandlede ansøgning ved afgørelse af 18. november 1994, idet det blev tilkendegivet, at de for udlændinge i § 13 i TGVG 1993 opstillede betingelser ikke var opfyldt. Bezirkshauptmannschaft fremhævede i øvrigt, at Konle ikke i den indgivne ansøgning havde vedlagt det bevis — som meddelelse af tilladelse var betinget af — for, at den konkrete erhvervelse ikke skulle tjene til oprettelse af en fritidsbolig og derimod være i modstrid med formålene med loven om overdragelse af fast ejendom.

Konle påklagede først afgørelsen til Landes-Grundverkehrskommission (den kompetente delstatsmyndighed for sager vedrørende overdragelse af fast ejendom, herefter »LGvK«). Ved afgørelse af 12. juni 1995 stadfæstede LGvK afslaget af 18. november 1994, idet det blev anført, at Konle ikke på tilfredsstillende måde havde bevist, at han ikke påtænkte at oprette en fritidsbolig, eller at han ville udøve sin ret til fri etablering. Konle anlagde herefter sag ved Verwaltungsgerichtshof (Østrigs forvaltningsdomstol). Ved dom af 19. maj 1995 gav denne retsinstans heller ikke Konle medhold. Efter at have udtømt den administrative søgsmålsadgang anlagde Konle sag ved Bundesverfassungsgerichtshof (Østrigs forfatningsdomstol, herefter »VfGH«) på grundlag af den østrigske grundlovs § 144, stk. 1. Ved dom af 25. februar 1997 bestemte VfGH, at Konle skulle omfattes af virkningerne af dens dom af 10. december 1996, hvorved det var blevet bestemt, at TGVG 1993 var forfatningsstridig i sin helhed; forfatningsdomstolen besluttede som følge heraf at annullere LGvK's afgørelse.

Den af Konle anlagte sag, hvorunder han påstod afgørelsen annulleret, blev som følge heraf hjemvist til LGvK, som denne gang anvendte TGVG 1996, der trådte i kraft den 1. januar 1996. De bestemmelser i denne sidste lov, som er relevante i hovedsagen, er blevet behandlet ovenfor. I Konle's sag blev den fremskyndede procedure, der er fastsat i § 25, i øvrigt ikke anvendt. Efter hvad der er blevet oplyst under sagen, blev tilladelsen meddelt i februar 1998. Det er først fra denne dato, at erhvervelsen har kunnet gives retsvirkning.

7. Eftersom Konle fandt, at den foretagne anvendelse af TGVG 1993 og TGVG 1996, der var gået ham imod, indebar en tilsidesættelse af de grundlæggende friheder, som han er garanteret i EF-traktaten, anlagde han også en erstatningssag ved Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien mod Republikken Østrig. Som man kan læse i forelæggelseskendelsen, gør »sagsøgeren... gældende, at der for så vidt angår anvendelsen af TGVG 1993 foreligger forskelsbehandling af ham, og at hans etableringsfrihed og adgang til frie kapitalbevægelser er blevet krænket, derved at det kræves, at han skal godtgøre, at han ikke skaber en fritidsbolig, mens det for østrigere havde været tilstrækkeligt blot at afgive en erklæring i medfør af § 10, stk. 2, i TGVG 1993... Hvad angår... TGVG 1996 har sagsøgeren gjort gældende, at hans grundrettigheder i medfør af fællesskabsretten er blevet krænket, idet han forud for erhvervelsen af en fast ejendom (dvs. forud for tinglysningen af hans ejendomsret) skal underkaste sig en godkendelsesprocedure.« Anvendelsen af denne godkendelsesprocedure forhindrede Konle's erhvervelse i at få

virkning, hvilket forhindrede ham i at få registreret adkomst på ejendommen.

I nærværende sag har Republikken Østrig fastholdt, at de lovregler, der anfægtes, er omfattet af den undtagelse, der er fastsat i artikel 70 i tiltrædelsesakten.

Spørgsmålene

8. Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien har i den af Konle indbragte sag fundet anledning til at forelægge de følgende præjudicielle spørgsmål for Domstolen:

»1) Skal EF-traktatens artikel 6, EF-traktatens 52 ff. (tredje del, afsnit III, kapitel 2) og EF-traktatens artikel 73 B ff. (tredje del, afsnit III, kapitel 4) og artikel 70 i tiltrædelsesakten (akten vedrørende vilkårene for... Republikkens Østrigs... tiltrædelse og tilpasningerne af de traktater, der danner grundlag for Den Europæiske Union) fortolkes således, at fællesskabsretten er blevet overtrådt, og at en grundrettighed, der er sikret sagsøgeren i medfør af EU-retsforskrifter, er blevet tilsidesat, såfremt

a) sagsøgeren under TGVG 1993's gyldighedsperiode blev afkrævet bevis for ikke at ville skabe en fritidsbolig, hvorimod det ved en indlændings erhvervelse af ejendommen ville have været tilstrækkeligt blot at afgive en erklæring i medfør af § 10, stk. 2, for at opnå en tilladelse fra den kompetente myndighed, mens sagsøgeren fik afslag på meddelelse af tilladelsen

b) sagsøgeren i medfør af TGVG 1996 allerede før tinglysningen af hans ejendomsret — på samme måde som det nu også gælder for indlændinge — skal underkaste sig en godkendelsesprocedure, hvor muligheden for at afgive en fyldestgørende erklæring om, at der ikke vil blive skabt en fritidsbolig, nu også er bortfaldet for indlændinges vedkommende?

2) Såfremt spørgsmål 1 besvares bekræftende: Påhviler det i medfør af EF-traktatens artikel 177 også De Europæiske Fællesskabers Domstol at træffe afgørelse om, hvorvidt en tilsidesættelse af fællesskabsretten er 'tilstrækkeligt kvalificeret' (f.eks. som omhandlet i Domstolens dom af 5.3.1996 i sagen Brasserie du pêcheur mod Forbundsrepublikken Tyskland)?

3) Såfremt spørgsmål 1 og 2 besvares bekræftende: Er tilsidesættelsen 'tilstrækkeligt kvalificeret'?

4) Skal EF-traktatens artikel 5 fortolkes således, at princippet om statens ansvar for skader, borgeren har lidt som følge af tilsidesættelse af fællesskabsretten, er overholdt, såfremt den nationale erstatningsret i en føderalt struktureret medlemsstat foreskriver, at skadelidte i forbindelse med overtrædelser, der må tilregnes en delstat, kun kan sagsøge delstaten og ikke forbundsstaten?«.

Bedømmelse

Anvendeligheden af artikel 70 i tiltrædelsesakten

9. Konle har i sagen gjort gældende, at den omstændighed, at han var forpligtet til at følge den godkendelsesprocedure, der først var opstillet i TGVG 1993 og senere i TGVG 1996, har medført et tab for ham, som han hævder at have lidt som følge af en tilsidesættelse af EF-traktatens bestemmelser om etableringsretten, de frie kapitalbevægelser og forbuddet mod forskelsbehandling. Jeg har imidlertid allerede nævnt, at i henhold til den østrigske regering kan hverken de bestemmelser, der er indeholdt i TGVG 1993, eller dem, der findes i TGVG 1996, udgøre den hævdede tilsidesættelse af traktaten. Forholdet er det, at både for så vidt angår den første og den anden lov, ville artikel 70 i tiltrædelsesakten, hvorefter Republikken Østrig kan opretholde sin gældende lovgivning om sekundærboliger i en periode på fem år fra datoen for tiltrædelsen, være anvendelig uafhængigt af de forpligtelser, der er fastsat i de traktater, som Den Europæiske Union er baseret på. Det forhold, som den Republikken Østrig her gør gældende, skal afklares først og forud for yderligere overvejelser. Spørgsmålet vedrørende den tyrolske lovgivnings forenelighed med traktaten (og det eventuelle ansvar for Republikken Østrig i tilfælde af overtrædelse) kan nemlig kun behandles for så vidt angår de bestemmelser, der ikke omfattes af anvendelsesområdet for artikel 70 i tiltrædelsesakten.

10. De bestemmelser, som er anvendelige i denne sag, har, som jeg har anført, undergået forskellige ændringer. Med henblik på anvendelsen af den undtagelse, som er tilladt i henhold til tiltrædelsesakten, er det derfor vigtigt at bestemme betydningen af begrebet gældende lovgivning, som i henhold til artikel 70 kan opretholdes. Jeg mener, at det kriterium, der gør det muligt at forstå den nævnte bestemmelse korrekt, følger klart af Domstolens praksis. Artikel 70 er en undtagelsesregel, der skal fortolkes under hensyntagen til dens formål og under alle omstændigheder indskrænkende, som det kræves i henhold til de domme, det er nødvendigt at have i tankerne [5]. For det første har traktatens parter accepteret, at

5 — Kravet om snæver fortolkning af en undtagelse er senest blevet gentaget af Domstolen i dom af 3.12.1998, sag C-233/97, KappAhl Oy, Sml. I, s. 8069, præmis 15 og 21.

Republikken Østrig i en periode på fem år har mulighed for at opretholde sine egne love med det formål at tillade eller i alle tilfælde lette den nationale lovgivnings tilpasning til fællesskabsreglerne. Dog blev undtagelsen givet med det formål, at der skulle ske en gradvis tilnærmelse af de østrigske og fællesskabsretlige regler, derved at der *alene og udelukkende* blev henvist til de regler, der var gældende på tiltrædelsestidspunktet. Republikken Østrig kan derfor ikke gøre brug af muligheden for at benytte denne undtagelse, hvis de regler, som var gældende på det nævnte tidspunkt, efterfølgende har været genstand for ændringer, som ikke er omfattet af den aftale, der blev indgået af traktatens parter i forbindelse med tiltrædelsesakten, og navnlig ændringer, som indeholder senere begrænsninger i den frie bevægelighed, som traktaten sikrer borgerne [6].

11. Herefter vil jeg behandle sagen i lyset af ændringsforløbet for de love, som jeg har gennemgået ovenfor. Jeg begynder med TGVG 1993. Bezirkshauptmannschaft Lienz havde anvendt denne lov som grundlag for at nægte Konle den nødvendige tilladelse. Denne foranstaltning blev først bekræftet af Landes-Grundverkehrskommission og Verwaltungsgerichtshof i forbindelse med de sager, der blev indbragt for disse to instanser. Ved dom af 10. december 1996 havde den østrigske VfGH imidlertid fastslået, at TGVG 1993 var forfatningsstridig i dens helhed. Konle anlagde sag ved denne ret, som herefter annullerede Bezirkshauptmannschaft Lienz' afslag [7], idet TGVG 1993 var blevet kendt uanvendelig i forhold til Konle. Det, som her er af interesse, er den eventuelle betydning af de af den østrigske forfatningsdomstol afsagte domme med henblik på at fastslå, om TGVG 1993 omfattes af begrebet »gældende lovgivning«. Som jeg allerede har anført, henviser dette begreb til de bestemmelser, der faktisk var gældende i Østrig på tidspunktet for dens tiltrædelse af Den Europæiske Union. De her omhandlede domme, som fastslog en forfatningsstridighed, blev afsagt efter dette tidspunkt. Hvad var imidlertid deres tidsmæssige virkning? Det følger af den østrigske lovgivning, at domme, som annullerer forfatningsstridige love, i princippet finder anvendelse fra og med domstidspunktet. Efter ordlyden af forfatningens § 140, stk. 5, har disse domme mere præcist virkning fra den dag, hvor de offentliggøres i Lovtidende, når ikke forfatningsdomstolen fastsætter en anden dato [8]. I denne sag har dommen af

6 — Henset til henvisningen til den »gældende lovgivning« kan jeg ikke acceptere den fortolkning af artikel 70, der er foreslået af Republikken Østrig — i de bemærkninger den har fremsat som intervenerende regering — i henhold til hvilken fastholdelsen af de eksisterende restriktioner for erhvervelse af fritidsboliger i alle tilfælde ville være tilladt fra den 1.1.1995 til udgangen af 1999. Af de samme grunde kan jeg på den anden side heller ikke godkende Kommissionens opfattelse, hvorefter de garantier, der vedrører etableringsfriheden og princippet om forbud mod forskelsbehandling, ikke er anvendelige — idet undtagelsen er fastsat i kapitel 2, som udtrykkeligt henviser til den »frie bevægelighed for personer, tjenesteydelser og kapital«. Et sådant synspunkt er ikke i overensstemmelse med indholdet af den regel, der er genstand for fortolkning, og tager ikke hensyn til det faktum, at overskriften til kapitel 2 ordret svarer til overskriften til afsnit III i EF-traktaten, som ligeledes regulerer etableringsretten. For så vidt angår princippet om forbud mod forskelsbehandling, så udgør det en afgørende del af bestemmelserne om de grundlæggende friheder: Enhver undtagelse vedrørende udøvelsen af en sådan frihed påvirker uundgåeligt de rettigheder, der følger af traktaten.

7 — Konle anlagde sag på grundlag af forfatningens § 144, stk. 1, i henhold til hvilken »Forfatningsdomstolen træffer afgørelse i sager mod forvaltningsakter truffet af administrative myndigheder... i de tilfælde, hvor klageren gør gældende at have lidt skade... som følge af anvendelsen af en forfatningsstridig lov... Retssagen kan først anlægges, når de øvrige retsmidler er udtømte.«

8 — Jf. Öhlinger, *Verfassungsrecht*, 3. udgave 1997, s. 398 ff.; Peyrou-Pistouley: *la Cour constitutionnelle et le contrôle de la constitutionnalité des lois en Autriche*, 1993, s. 325 ff., og Palermo: *Codice di diritto costituzionale austriaco*, Padova, 1998, s. 27. For så vidt angår sager om anfægtelse af afgørelser vedtaget af en forvaltningsmyndighed, havde forfatningsdomstolen oprindelig udelukket muligheden for at give en annullationsdom tilbagevirkende kraft; denne mulighed er dog blevet anerkendt med dommen i VfSlg 10 203, jf. Öhlinger, s. 410 ff.

10. december 1996, som fastslog TGVG 1993's forfatningsstridighed, fået virkning efter tiltrædelsen. Det må herefter undersøges, hvilke konklusioner der kan udledes af denne omstændighed. Er den lov, der bestod på tiltrædelsestidspunktet — TGVG 1993 — som den forelæggende ret er bundet til at tage hensyn til, idet dette var udtrykkeligt fastsat i den førnævnte artikel 70, blevet givet en tidsmæssig virkning, som er bestemt af dommen afsagt af VfGH? Svaret er efter min mening benægtende. Den omhandlede dom skal i nærværende sag betragtes som en *retskilde*. Jeg henviser navnlig til udelukkelsen af *erga omnes*-virkningen af domme, der fastslår forfatningsstridighed, som østrigsk ret som bekendt er det første eksempel på i Europa. Efter ordlyden af tiltrædelsesakten kan der kun tages hensyn til en dom om forfatningsstridighed i det tilfælde, hvor den *objektivt resulterer i*, at de regler, der kendes ugyldige, udgår af den østrigske lovgivning. Der er efter min mening grund til at vurdere dommens eventuelle indflydelse på »den gældende lovgivning«, som kan opretholdes, hvis man henser til Domstolens stillingtagen i andre domme, hvor den for så vidt angår medlemsstaternes interne ret har fastslået (eller i det mindste ladet underforstå), at en forfatningssag, som resulterer i ophævelse af en lov, svarer til en sag, der fører til fjernelse af en lov ved at kende den forfatningsstridig [9]. Hvis det forholder sig således, kan VfGH's dom have indflydelse på den gældende lovgivning, som forstået i tiltrædelsesakten, *på betingelse af*, og kun *fra det tidspunkt*, hvor denne dom får virkning som en lovgivningsakt — også selv om der, som Hans Kelsen sagde, er tale om en »negativ« lovgivningsakt [10]. Jeg kan således tage udgangspunkt i den kendsgerning, at den samme ret i sin dom af 25. februar 1997 i overensstemmelse med den østrigske forfatnings § 140, stk. 7, fastslog, at Konle's situation skulle behandles, »som om den bestemmelse, der var blevet kendt forfatningsstridig [ved den tidligere afsagte dom af 10.12.1996, som vedrørte hele TGVG 1993], allerede på tidspunktet for de faktiske omstændigheder, der var grundlag for afgørelsen, ikke længere var en del af national ret« [11]. Herved overser jeg ikke, at den undtagelse, der behandles i sagen, udelukkende tilsigter at fritage den østrigske stat for ansvar, hvis den opretholder gældende bestemmelser i løbet af den godkendte periode, selv om de er uforenelige med de forpligtelser, der følger af fællesskabsretten. Ved at fastslå dette har traktatens parter selvfølgelig ikke haft til hensigt at betinge opretholdelsen af de omhandlede gældende nationale regler af, om de er i overensstemmelse med reglerne i den østrigske forfatning. Undtagelsesklausulen vedrører kun foreneligheden mellem fællesskabsretten og de regler, som Republikken Østrig har opretholdt. Det kan ikke være anderledes. Derfor er der ikke her grund til at tage hensyn til den dom, hvori forfatningsdomstolen bekræftede den ret, som østrigsk lovgivning sikrer Konle, nemlig at der ikke kan anvendes bestemmelser på Konle, som er kendt ugyldige. Jeg gentager, at man med hensyn til bedømmelsen af denne sag kun kan tage hensyn til den anden dom, der kendte TGVG 1993 forfatningsstridig i sin helhed, hvilket igen skyldes, at denne dom har den virkning — som efter min mening svarer til den virkning, som en eventuel ophævelse af den omtvistede lov ville have haft — at den kun er til hinder for opretholdelsen af de

9 — Jf. dom af 9.3.1978, sag 106/77, Simmenthal, Sml. s. 629, præmis 24.

10 — H. Kelsen: *Giustizia costituzionale*, Milano, 1981, s. 300.

11 — Se punkt III—1 i dommens præmisser.

omtvistede bestemmelser fra det tidspunkt, hvorfra dommen finder anvendelse.

TGVG 1993 kan derfor betragtes som en gældende lovgivning i undtagelsesklausulens betydning [12].

12. Det skal for det andet bemærkes, at Landes-Grundverkehrskommision, som Konle-sagen blev hjemvist til efter den dom, der blev afsagt af VfGH den 25. februar 1997, var bundet til at anvende TGVG 1996, som erstattede TGVG 1993. Denne lov, som er den senest gældende i Tyrol, trådte i kraft den 1. oktober 1996; dermed efter Republikken Østrigs tiltrædelse af Den Europæiske Union. Den østrigske regering gør gældende, at den nævnte lov ligeledes omfattes af anvendelsesområdet for undtagelsen. Den anfører, at TGVG 1996 kun gennemførte rent formelle ændringer af ordningen i TGVG 1993 og ikke ændrede den sidstnævnte lovs bestemmelser indholdsmæssigt. Dette anbringende kan i alle tilfælde ikke godtages. TGVG 1996 fastsætter procedurer, der er forskellige fra dem, der var fastsat i TGVG 1993 på tiltrædelsestidspunktet. I stedet for den erklæringsprocedure, der var forbeholdt østrigske statsborgere — og med virkning fra den 1. januar 1996 også gjaldt for de personer, som omfattes af den frie bevægelighed i medfør af EØS-aftalen — fastsætter TGVG 1996 en generel forpligtelse til opnåelse af godkendelse, og den tillader i øvrigt, at de kompetente administrative myndigheder godkender erhvervelse af de omhandlede ejendomme på grundlag af fremskyndede procedurer. Følgelig fastsætter de to love kontrolforanstaltninger, der er objektivt forskellige. Endvidere har ophævelsen af erklæringsproceduren, der skete samtidigt med indførelsen af en godkendelsesprocedure for alle, yderligere begrænset muligheden for at overdrage ejendomme til skade for både østrigske statsborgere og de statsborgere med en anden nationalitet, der på grundlag af § 3 i 1993-loven sidestilles med østrigske statsborgere.

Spørgsmålet, om traktaten er tilsidesat

13. Idet TGVG 1996 ikke omfattes af anvendelsesområdet for den ovenfor nævnte undtagelse, er der grund til at besvare det i forelæggelseskendelsen under punkt 1 b) stillede spørgsmål om, hvorvidt den omstændighed at »sagsøgeren i medfør af TGVG 1996 allerede forud for tinglysningen af hans ejendomsret — på samme måde som det nu også gælder for indlændinge — skal underkaste sig en godkendelsesprocedure, hvor muligheden for at afgive en fyldestgørende erklæring om, at der ikke vil blive skabt en fritidsbolig, nu også er bortfaldet for indlændinges vedkommende«, er ensbetydende med, at »fællesskabsretten er blevet overtrådt«, og har til

12 — Fra det tidspunkt, hvor Republikken Østrigs ansvar ikke kan fastlægges ved anvendelse af TGVG 1993, er der ikke grund til at undersøge, om ordningen med erklæring og tilladelse fastsat i TGVG 1993 udgør en tilsidesættelse af forbuddet mod forskelsbehandling og af de grundlæggende friheder, som Konle gør gældende. Der er heller ikke grund til at undersøge den indsigelse, der er rejst af den østrigske regering — som intervenerende regering — hvorefter Konle under alle omstændigheder ikke ville have haft ret til at gøre den hævdede tilsidesættelse af traktaten gældende. Republikken Østrig har anført, at hvis Konle mente, at han på grundlag af fællesskabsregler med direkte virkning havde ret til at anmode om tilladelse på de samme betingelser som dem, der var gældende for østrigske statsborgere, skulle han som følge heraf have indgivet en erklæring i den form, der er fastsat i § 10.

følge »at en grundrettighed, der er sikret sagsøgeren i medfør af EU-forskrifter, er blevet tilsidesat«. Den forelæggende ret henviser navnlig til EF-traktatens artikel 6 og 52 ff. samt til artikel 73 B ff. vedrørende forbuddet mod forskelsbehandling, etableringsfriheden og den frie bevægelighed for kapital [13].

14. Ifølge sagsøgeren er det forhold, at erhvervelse af fast ejendom betinges af udstedelse af en administrativ tilladelse, i strid med etableringsfriheden og de frie kapitalbevægelser. Heroverfor anfører Republikken Østrig — i det skriftlige indlæg, som den har afgivet som intervenerende regering i denne retssag — at de fastsatte godkendelsesprocedurer ikke har en diskriminerende karakter og ikke indebærer restriktioner, der hindrer udøvelsen af de friheder, som traktaten garanterer. Artikel 222 i EF-traktaten ændrer ikke de ejendomsordninger, der findes i medlemsstaterne.

Jeg kan for mit vedkommende ikke dele den østrigske regerings synspunkt, når den gør gældende, at de anfægtede bestemmelser, allerede fordi de vedrører det område, som artikel 222 omhandler, ikke nødvendigvis skal undersøges for at fastslå, om de er i overensstemmelse med traktaten og derfor er undergivet Domstolens bedømmelse [14]. Hvis det forholdt sig således, ville det overhovedet ikke have været nødvendigt at fastsætte den undtagelse, der findes i tiltrædelsesaktens artikel 70. Retten til at erhverve fast ejendom følger faktisk af de friheder, der er garanteret i traktaten, såvel som af retten til frit at tage ophold og bopæl i en anden medlemsstat inden for de grænser, der er fastsat i EF-traktatens artikel 8 A. Når de nationale bestemmelser, der er fremhævet i forelæggelseskendelsen, hverken er omfattet af eller hjemlet som følge af undtagelsen, er der ikke nogen grund til, at Domstolen ikke skulle efterprøve deres overensstemmelse med bestemmelserne i fællesskabsretten og navnlig med betingelserne for, at man kan begrænse udøvelsen af den frihed, der er garanteret i traktaten.

15. På dette grundlag vil jeg begynde med at spørge, om de regler, der er genstand for denne undersøgelse, begrænser etableringsfriheden på en urimelig måde. Domstolen har — som Kommissionen ligeledes har mindet om — fastslået, at »retten til at erhverve, udnytte og afhænde fast ejendom på en anden medlemsstats område [er] et nødvendigt supplement til etableringsfriheden, således som det fremgår af traktatens artikel 54, stk. 3, litra e), og 77af den almindelige plan for ophævelse af begrænsninger i etableringsfriheden af 18. decem-

13 — Vedrørende artikel 6 har Domstolen allerede præciseret, at den kun »anvendes selvstændigt på forhold omfattet af fællesskabsretten, for hvilke traktaten ikke indeholder særlige bestemmelser om forbud mod forskelsbehandling«. Se dom af 30.5.1989, sag 305/87, Kommissionen mod Grækenland, Sml. s. 1461, præmis 13.

14 — Ved fortolkningen af artikel 222 har Domstolen fastslået, at »selv om traktatens artikel 222 ikke griber ind i medlemsstaternes ret til at indføre en ordning, hvorefter offentlige myndigheder kan ekspropriere, er en sådan ordning imidlertid omfattet af det grundlæggende princip om forbud mod forskelsbehandling, der ligger til grund for traktatens kapitel om etableringsretten«. Jf. dom af 13.12.1979, sag 44/79, Hauer, Sml. s. 3727, præmis 17, af 6.11.1984, sag 182/83, Fearon, Sml. s. 3677, præmis 7, og af 17.7.1997, forenede sager C-248/95 og C-249/95, SAM Schiffahrt og Stapf, Sml. I, s. 4475, præmis 72.

ber 1961« [15]. En ordning med forudgående godkendelse med henblik på erhvervelse som den, der er fastsat i TGVG 1996, kan derfor udgøre en hindring for udøvelsen af etableringsfriheden. Det er rigtigt, at de regler, der her er anvendelige, ikke indeholder nogen henvisning til de forskellige adressaters nationalitet og anvendes uden forskel. Bestemmelserne kan alligevel være i modstrid med de kriterier, der fremgår af Domstolens praksis, hvorefter sådanne foranstaltninger skal være retfærdiggjort af tvingende almene hensyn, som er egnede til at garantere gennemførelsen af det formål, som de forfølger, og skal anvendes på en ikke diskriminerende måde [16].

16. Det første punkt, der skal undersøges, er følgelig, om den omtvistede godkendelsesordning er begrundet med tvingende hensyn, som er undergivet den tyrolske lovgivers skøn. Efter min mening kan man ikke nægte, at der findes vigtige grunde, der retfærdiggør de bestemmelser, som er genstand for nærværende sag. Disse grunde fremgår af forarbejderne til loven om opførelse af fritidsboliger (Tiroler Raumordnungsgesetz 1994), som den her omtvistede lovgivning om handel med fast ejendom er nøje forbundet med [17]. VfHG har i sin dom vedrørende Tiroler Raumordnungsgesetz anerkendt betydningen af de hensyn, som den tyrolske lovgiver har fremhævet [18]. Der er grundlæggende tale om hensyn til landsplanlægningen, som er begrundet i de forhold, der særligt karakteriserer den berørte region: Knaphed på beboelsesegnede områder og nødvendigheden af at begrænse deres benyttelse; presserende behov for at sikre tilstrækkeligt med boliger for den fast bosiddende befolkning set over for risikoen for, at en eventuel stigning i det allerede meget betydelige antal fritidsboliger medfører en voldsom prisstigning på ejendomme, der vil gøre erhvervelse endnu vanskeligere; fordelen ved at spare senere udgifter til bymæssig udbygning og andre omkostninger, som vil blive overført på områdets beboere, hvis ikke efterspørgslen efter fritidsboliger var reguleret på en passende måde. Der blev ligeledes taget hensyn til sådanne krav på fællesskabsplan på tidspunktet for Republikken Østrigs tiltrædelse af Unionen. Det er rigtigt, at medlemsstaterne har erklæret, at »gældende fællesskabsret er ikke til hinder for, at den enkelte medlemsstat træffer nationale, regionale eller lokale foranstaltninger vedrørende sekundærboliger, forudsat dels at de er nødvendige under hensyn til udnyttelse af landområder, planlægning og miljøbeskyttelse, dels at de i overensstemmelse med gældende fællesskabsret finder anvendelse på medlemsstaternes borgere uden at indebære direkte eller indirekte forskelsbehandling« [19].

15 — Jf. dommen i sagen Kommissionen mod Grækenland (præmis 22); denne bedømmelse tager udgangspunkt i, at de i traktaten på etableringsrettens område fastsatte garantier ikke kun vedrører »de særlige regler om udøvelse af erhvervsvirksomhed, men også reglerne om forskellige generelle muligheder, som er fornødne ved udøvelsen af denne virksomhed«. Domstolen gentog i den forbindelse de betragtninger, der findes i dommen af 14.1.1988, sag 63/86, Kommissionen mod Grækenland, Sml. s. 29.

16 — Disse principper, som i begyndelsen blev udviklet på området for den frie bevægelighed for varer, er ligeledes blevet anvendt med henvisning til andre friheder. Se blandt andre domme på området for etableringsfriheden dom af 30.11.1995, sag C-55/94, Gebhard, Sml. I, s. 4165, præmis 37, og på området for tjenesteydelser dom af 9.7.1997, sag C-222/95, Parodi, Sml. I, s. 3899, præmis 21.

17 — Se bilaget til de stenografiske referater fra Landtag i Tyrol, ellevte lovgivningsperiode, sjette samling, fjerde møde af 6., 7., og 8.7.1993, s. 45 ff.

18 — Jf. VfGH's dom af 28.11.1996, punkt 3.3.3.2.

19 — Jf. EFT 1994 C 241, s. 382. Man kan imidlertid ikke anerkende en selvstændig værdi af en sådan erklæring. Domstolen har også for nylig gentaget, at en fælles erklæring, ligesom en individuel stillingtagen, kun kan tages i betragtning, når dens indhold finder udtryk i formuleringen af den bestemmelse, som der er grund til at fortolke (se præmis 23 i den ovenfor nævnte dom i KappAhl Oy-sagen). Den førnævnte erklæring gentager i øvrigt de krav om proportionalitet og om anvendelse uden skønsmæssige kriterier, der er nævnt af Domstolen.

17. Selv om man i teorien kan sige, at de kritiserede restriktive bestemmelser kan betegnes som tvingende almene hensyn, vil de dog kun være retfærdiggjort, hvis de i overensstemmelse med betingelserne i Domstolens praksis ikke er uforholdsmæssige: Der skal være tale om bestemmelser, der er tilpasset i forhold til det formål, der forfølges af den nationale lovgiver, og som ikke går videre end nødvendigt af hensyn til gennemførelsen af det tilsigtede mål [20]. Jeg vil med hensyn hertil fremkomme med nogle bemærkninger.

Det er først hensigtsmæssigt at henvise til indholdet af den nationale retsorden, som den forelæggende ret skal tage hensyn til ved anvendelsen af den gældende godkendelsesordning, og derfor også i forbindelse med afgørelsen af spørgsmålet om, hvorvidt ordningen, som den nu er udformet, er eller ikke er i strid med de *standarder*, der fremgår af Domstolens praksis.

VfGH har i dommen vedrørende Tiroler Raumordnungsgesetz fastslået, at forbuddet mod fritidsboliger er i strid med proportionalitetsprincippet, og at det er for vidtgående set i forhold til overholdelsen af hensynene til miljøbeskyttelse og landsplanlægning, der som nævnt begrundede de førnævnte bestemmelser [21]. VfGH fastslog, at sådanne almene hensyn kun kan retfærdiggøre de omhandlede restriktive foranstaltninger på klart afgrænsede områder, når de er blevet vedtaget med virkning for en hel region. På hvilken måde skal de således definerede kriterier anvendes i denne sag? Det er klart, at de for den nationale forfatningsdomstol påberåbte kriterier er forskellige og uafhængige af de fællesskabsretlige kriterier. Det må følgelig antages, at VfGH's dom kan have betydning for anvendelsen af de bestemmelser, som forelæggelseskendelsen henviser til. Det tilkommer den nationale ret at undersøge, om tilsidesættelsen af forbuddet mod forskelsbehandling, som er fastslået af forfatningsdomstolen, indebærer, at der er sket en overtrædelse af de forpligtelser, der følger af traktaten. Når henses til kriterierne i Domstolens praksis, er det min egen opfattelse, at dette er tilfældet, og jeg vil straks anføre grunden hertil. Godkendelsesordningen, som finder anvendelse i sagen, vedrører erhvervelse af ejendomme, der er beregnet til helårsbeboelse, men skal — for så vidt det er relevant i denne sag — tjene til at hindre erhververen i at omgå retten til at etablere en fritidsbolig i Tyrol. Men det tilkommer den ret, der behandler hovedsagen, at afgøre, om den ejendom, som skal købes, er beliggende i en zone, hvor forbuddet mod etablering af en fritidsbolig i henhold til VfGH's dom ikke er begrundet. Hvis det forholder sig således, vil kravet om, at købet er betinget af en kompleks godkendelsesprocedure, efter min mening udgøre en klar overtrædelse af proportionalitetsprincippet, når der henses til de forfulgte mål: Begrænsningen af etableringsfriheden vil være klart vilkårlig eller ulovlig, når henses til de formål, som forfatningen bemyndiger lovgiveren i delstaten Tyrol til at forfølge.

18. Hvad angår de bedømmelseskriterier, der kan være relevante i forbindelse med

20 — Jf. bl.a. dom af 23.11.1989, sag C-145/88, Torfaen Borough Council, Sml. s. 3851, præmis 15.

21 — Jf. den ovenfor nævnte dom afsagt af VfGH den 28.11.1996, punkt 3.3.3.2.

det her behandlede spørgsmål i sagen, har Domstolen i øvrigt formuleret klare og brugbare retningslinjer i sin dom i sagen Bordessa m.fl. Dommen er ligeledes af særlig interesse med henblik på denne sag, for så vidt angår de præventive administrative kontrolforanstaltninger, hvis virkning begrænser den frie bevægelighed, der er garanteret i traktaten [22]. Denne dom, der blev afsagt på området for de frie kapitalbevægelser, indeholder en afgrænsning mellem den godkendelsesordning, som Domstolen kritiserede — som følge af den suspensive virkning, som den indfører i tilblivelsen af de retsakter, der skal udstedes, og den skønsbeføjelse, der er overladt til den administrative myndighed inden for en sådan ordning — og den forudgående erklæring, som ville tillade at udøve en kontrol, der er lige så effektiv med henblik på gennemførelsen af det tilsigtede mål, men som ville være mindre restriktiv i forhold til den frihed, som de erhvervsdrivende skal have [23]. Domstolen fastslog ligeledes i dommen i sagen Sanz de Lera m.fl. vedrørende de frie varebevægelser og i Parodi-dommen vedrørende tjenesteydelser [24], at der kun var grund til at beskytte det af lovgiver tilsigtede formål inden for de fastsatte grænser, men ikke uden for disse grænser. En tilsvarende vurdering af den proportionale karakter af den her omtvistede foranstaltning kan derfor foretages i relation til etableringsfriheden, som det vil blive præciseret nedenfor.

19. Det tilkommer nødvendigvis den nationale ret at vurdere, om indgrebet i etableringsfriheden, som kan følge af anvendelsen af den i sagen fastsatte administrative kontrolprocedure, er for vidtgående — og som følge heraf ikke lovligt i henhold til fællesskabsretten. Dette er imidlertid ikke til hinder for, at Domstolen kan og skal give den forelæggende ret de vurderingskriterier, som den finder anvendelige med henblik på at vise, hvorledes betingelsen om, at den konkrete foranstaltning ikke må gøre indgreb i den i traktaten garanterede frihed på en urimelig måde, vil kunne opfyldes.

Retten skal for det første tage hensyn til bevisbyrdens konkrete funktion, idet meddelelse af tilladelse er betinget af, at køberen beviser, at han ikke påtænker at gøre den erhvervede ejendom til en fritidsbolig.

For det andet kan den manglende proportionalitet af den i sagen vedtagne foranstaltning ligeledes fastslås på en anden måde. I betragtning af ændringsforløbet vedrørende den lovgivning, sagen drejer sig om, mener jeg, at ordningen med forudgående erklæring, som oprindeligt var forudset som en af de mulige ordninger — foruden tilladelse — og som nu er fuldstændigt ophævet, giver et klart udgangspunkt for at bedømme, om den vedtagne foranstaltning er forholdsmæssig. Kommissionen har i sit indlæg for Domstolen anført, at lovgiver i 1993 havde fundet, at den forudgående erklæring både var et effektivt kontrolmiddel og en egnet måde til at undgå, at ejendomme blev erhvervet som fritidsboliger. Forholdet er det, at den forudgående erklæringsprocedure kun blev

22 — Jf. Domstolens dom af 23.2.1995, forenede sager C-358/93 og C-416/93, Bordessa m.fl., Sml. I, s. 361, præmis 21, som henviser til dom af 31.1.1984, forenede sager 282/82 og 26/83, Luisi og Carbone, Sml. s. 377.

23 — Præmis 24 og 27.

24 — Jf. henholdsvis dom af 14.12.1995, forenede sager C-163/94 og C-164/94, Sanz de Lera m.fl., Sml. I, s. 4821, præmis 23, og Parodi-dommen, præmis 21.

fastsat til fordel for de østrigske statsborgere. De erhvervelser, der blev foretaget af udlændinge, selv om de var fællesskabsstatsborgere, forblev betinget af en tilladelse. 1996-loven fjernede forskellen mellem de anvendte ordninger ved at kræve, at enhver erhvervelse, uafhængigt af erhververens nationalitet, skal være betinget af en tilladelse. Selv om en forenklet procedure er tilladt i visse situationer, så opstiller den nye ordning under alle omstændigheder strengere betingelser for erhvervelse af de berørte ejendomme, og dermed gøres det vanskeligere for statsborgere fra andre medlemsstater at udøve retten til fri etablering: Hermed forstår jeg, at ordningen gør de stillede betingelser strengere, hvis de sammenlignes med et forudgående erklæringssystem, som den samme lovgiver havde betragtet som *værende fuldstændigt tilpasset til at opfylde det nødvendige kontrolformål*, og som lovgiver derfor kunne have fastholdt med de ændringer og tilpasninger, der krævedes for at lade den omfatte alle fællesskabsstatsborgere. Denne løsning kunne i det mindste lige så godt have opfyldt det tilsigtede formål, som den der gælder i dag, og denne løsning ville have grebet mindre ind i etableringsfriheden, som er garanteret i traktaten.

Efter min mening gør de sidstnævnte betragtninger det muligt at fastslå, at de restriktive foranstaltninger, der blev vedtaget af den tyrolske lovgiver i 1996, med rette kan kritiseres, hvis man undersøger dem — som fællesskabsretten kræver det — i forhold til proportionalitetsprincippet. Derfor må jeg konkludere, at der i denne henseende foreligger en tilsidesættelse af etableringsfriheden.

20. Endelig skal det undersøges, om de omhandlede foranstaltninger anvendes på en diskriminerende måde. TGVG 1996 afskaffede, som jeg har anført, den erklæringsprocedure, der tidligere var forbeholdt østrigske statsborgere, og henførte alle erhvervelser under godkendelsesproceduren. § 25, stk. 2, bestemmer imidlertid, at »hvis betingelserne for udstedelse af en tilladelse klart er opfyldt«, skal den kompetente myndighed træffe en beslutning om tilladelse inden for en frist på to uger efter ansøgningens indgivelse, som ikke kan anfægtes af en Landesgrundverkehrsreferent. Ifølge sagsøgeren gør det forhold, at der ved siden af den almindelige godkendelsesprocedure findes en forenklet procedure, det ligeledes muligt at fastholde den diskriminatoriske politik, som TGVG 1993 havde tilladt gennemført helt frem til den 1. januar 1996 til skade for statsborgere fra Fællesskabets medlemsstater. Og nøjagtigt fra denne dato trådte den § 3 i kraft, som — ved anvendelse af EØS-aftalen og tiltrædelsesakten for Republikken Østrig — udvidede den ordning, der var forudset for østrigske statsborgere, til også at omfatte de personer, som gjorde den frie bevægelighed gældende, der er fastsat i EØS-aftalen. Det forhold, at dette nøjagtigt var den østrigske lovgivers hensigt, kan ifølge Konle ligeledes bevises ved forholdet mellem den førnævnte bestemmelse og TGVG 1996. I kommentaren til denne paragraf (§ 25), som indeholder den forenklede procedure, er procedurens indførelse sammenlignet med den erklæring,

som tidligere var forbeholdt østrigske statsborgere [25]. Konle gør gældende, at den direkte forskelsbehandling således er blevet erstattet af en skjult forskelsbehandling, som er godkendt af lovteksten.

21. Der er ikke grund til her at afgøre, om »den forenklede procedure kun finder anvendelse på østrigske statsborgere« [26]. Denne antagelse modsiges formentlig af den sammenfatning af de anvendelige bestemmelser, som er blevet foretaget af den forelæggende ret, og hvoraf det følger, at godkendelsesordningen for fremtidige erhvervelser er gældende uden forskel — uafhængigt af ethvert nationalitetskriterium — for alle dem, der har til hensigt at erhverve en fast ejendom opført i Tyrol. Derimod findes der ikke noget forhold, som gør det muligt at påstå, at den østrigske forvaltning foretager en forskelsbehandling i praksis forstået på den måde, at den lader tilladelse til eller afvisning af muligheden for at få adgang til den forenklede procedure afhænge af, om ansøgeren er østrigsk statsborger eller statsborger fra en anden medlemsstat i Fællesskabet. Hvis det var tilfældet, ville vi selvfølgelig stå over for en åbenbar overtrædelse af fællesskabsforpligtelserne. Men jeg gentager, at der er tale om en teoretisk mulighed, der er fremført som en del af Konle's argumentation, og som ikke er blevet konkretiseret i den sammenfatning af de faktiske og retlige omstændigheder, som den forelæggende ret har givet. På grundlag af de forhold, der fremgår af sagsakterne, er Domstolen ikke i stand til at vurdere, om de forhold, der regulerer den såkaldt forenklede procedure, og den praksis, der anvendes inden for denne procedure, er udtryk for indirekte forskelsbehandling.

22. Den forelæggende ret spørger i øvrigt Domstolen, om de omhandlede nationale bestemmelser er i strid med fællesskabsbestemmelserne om de fri kapitalbevægelser. Der er efter min mening ikke grund til at behandle spørgsmålet på dette grundlag. Republikken Østrigs erstatningsansvar er omtvistet i hovedsagen. Ved afgørelsen af, om betingelserne for det hævdede ansvar — som jeg vil behandle herefter — er opfyldt, er det nødvendigt og tilstrækkeligt, at der er sket en tilsidesættelse af reglerne om etableringsfriheden. Henset til den besvarelse, som jeg mener, der skal gives denne del af spørgsmålet, bliver det overflødigt ligeledes at analysere den eventuelle indflydelse, som bestemmelserne vedrørende de frie kapitalbevægelser kan have i denne sag.

25 — Se Landtag i Tyrol, referater fra tolvte lovgivningsperiode, sjette samling, fjerde møde den 3. og 4.7.1996, bilag I (Betænkning om lovforslag fremsat af regeringen. Kommentarer til § 11 og § 25 i TGVG 1996, s. 13). I de yderligere oplysninger, som Domstolen anmodede om, har Republikken Østrig præciseret, at rapporterne om lovforslaget ikke udgjorde egentlige retskilder. De vil i øvrigt kun kunne benyttes til at fortolke loven, når formuleringen af en lov giver anledning til tvivl, hvilket ikke er tilfældet for den lov, der her er genstand for behandling.

26 — For at vise, at forbuddet mod at oprette fritidsboliger er anvendt på en måde, der reelt er uafhængig af arten af den procedure, der følges for at give tilladelse, har Republikken Østrig, som svar på et spørgsmål fra Domstolen, angivet de sanktioner, der anvendes i de tilfælde, hvor tilladelsen er udstedt og det viser sig, at ejendommen benyttes som fritidsbolig. Der kan navnlig fastsættes en bøde på 500 000 ATS [§ 36, stk. 6, litra c), i TGVG 1996]. Der er ligeledes fastsat bestemmelser, som begrænser overførsel og benyttelse af den omhandlede ejendom.

Republikken Østrigs erstatningsansvar

23. De spørgsmål, der vedrører ansvaret, skal nu undersøges. Domstolen spørges i det andet og tredje spørgsmål, om den inden for rammerne af proceduren i traktatens artikel 177 er kompetent til at vurdere, om en tilsidesættelse af fællesskabsretten er tilstrækkeligt kvalificeret eller ej, og, hvis dette besvares bekræftende, om den i sagen eventuelt ulovlige foranstaltning, der er vedtaget af Republikken Østrig, udgør en sådan tilsidesættelse.

24. Den første del af spørgsmålet bør efter min mening besvares bekræftende. Domstolen spørges reelt, om det tilkommer Domstolen eller den nationale ret at afgøre, om der i denne sag er sket en tilstrækkelig kvalificeret tilsidesættelse af fællesskabsretten — som udgør en af betingelserne for at gennemføre en sag om erstatning mod en medlemsstat, som ikke har opfyldt sine forpligtelser[27]. Det forekommer mig, at svaret på dette spørgsmål kan udledes af Domstolens praksis. Domstolen har i flere tilfælde bekræftet, at det tilkommer de nationale retter[28] at afgøre, om de betingelser, som anerkendelsen af medlemsstaternes erstatningsansvar er betinget af, er opfyldt. Dette forstås nemt, hvis man tager det forhold i betragtning, at den retlige beskyttelse af borgeren i det fællesskabsretlige retssystem netop er betroet disse retter. Dette betyder dog ikke, at Domstolen ikke selv skal angive udstrækningen af de principper og fællesskabsretlige regler, som de nationale retter efterfølgende skal anvende i det enkelte tilfælde. Denne centraliserede kontrolfunktion, som den kan betegnes, er forbeholdt Domstolen, og den er begrundet i nødvendigheden af at garantere en korrekt og ensartet fortolkning af fællesskabsretten, som skabes ved den fortsatte dialog mellem EF-Domstolen og de nationale retter inden for rammen af den velkendte ordning med retligt samarbejde, som er gennemført ved det præjudicielle system, som er reguleret i traktatens artikel 177. Derfor kan kun Domstolen ved en generel fortolkning fortolke det begreb, der er relevant i sagen, og på grundlag heraf definere udstrækningen af en »tilstrækkeligt kvalificeret« overtrædelse ved at opstille de kriterier, som en borger kan anvende for at beskytte sin ret til erstatning over for en medlemsstat; og det tilkommer altid Domstolen at angive, hvordan disse betingelser skal forstås. Det tilkommer herefter den nationale ret at sikre, at den sag, som den behandler, opfylder de krite-

27 — Jf. dom af 5.3.1996, forenede sager C-46/93 og C-48/93, Brasserie du pêcheur og Factortame, Sml. I, s. 1029, præmis 51.

28 — Jf. dommen i Brasserie du pêcheur-sagen, præmis 58, hvori Domstolen bl.a. påpeger, at »Domstolen ikke sætter sin vurdering i stedet for de nationale retsinstansers, der alene er kompetente til at fastlægge de faktiske omstændigheder i hovedsagerne og til at tage stilling til, hvor kvalificerede de omhandlede overtrædelser af fællesskabsretten er«. Princippet om, at det tilkommer de nationale retter at undersøge, om de betingelser, der gælder for medlemsstaternes erstatningsansvar, er opfyldt, er blevet bekræftet selv i de tilfælde, hvor Domstolen har vurderet, at den var i besiddelse af alle de elementer der var nødvendige for, at den kunne vurdere, om faktum i sagen skulle kvalificeres som en tilstrækkeligt klar tilsidesættelse af fællesskabsretten. Jf. dom af 26.3.1996, sag C-392/94, British Telecommunications, Sml. I, s. 1631, præmis 41, og af 17.10.1996, forenede sager C-283/94, C-291/94 og C-292/94, Denkavit m.fl., Sml. I, s. 5069, præmis 49.

rier, der er fastlagt af Domstolen. Der består naturligvis altid en mulighed for, at den samme ret i tilfælde af fornyet tvivl kan henvende sig til Domstolen præjudicielt for gennem fortolkning at opnå afklaring af et senere opstået forhold, der er nødvendigt for sagens afgørelse.

25. Herefter vil jeg behandle karakteren af den omhandlede tilsidesættelse, som den forelæggende ret anmoder om præcisering af. Domstolen har med hensyn hertil allerede anført visse momenter, som den kompetente ret skal tage i betragtning ved undersøgelsen af, om tilsidesættelse er »tilstrækkeligt kvalificeret«. Det skal undersøges, »hvor klar og præcis den tilsidesatte bestemmelse er, hvor vidt et skøn, den tilsidesatte bestemmelse overlader de nationale myndigheder eller fællesskabsmyndighederne, om tilsidesættelsen er begået eller tabet er forvoldt forsætligt eller uagtsomt, om en eventuel retsvildfarelse er undskyldelig eller uundskyldelig, den omstændighed, at en fællesskabsinstitutions holdning kan have været medvirkende til undladelsen, vedtagelsen eller opretholdelsen af nationale foranstaltninger eller praksis i strid med fællesskabsretten. En tilsidesættelse af fællesskabsretten er under alle omstændigheder åbenbart kvalificeret, når den har varet ved til trods for, at der er afsagt en dom, der fastslår traktatbruddet, en dom i en præjudiciel sag, eller der foreligger en fast praksis ved Domstolen på det pågældende område, hvoraf det fremgår, at den omtvistede adfærd har karakter af en overtrædelse« [29]. Der er herved, som generaladvokat Tesauro bemærker, tale om tilfælde, hvor de grænser, der gælder for en medlemsstats handlefrihed, ikke er klart definerede [30].

26. I denne sag må det anses for vanskeligt at definere de fællesskabsforpligtelser, som den tyrolske lovgivning om fritidsboliger skal undersøges i forhold til, idet netop problemet med fastlæggelsen af rækkevidden af undtagelsesklausulen i artikel 70 i tiltrædelsesakten, som her er forelagt Domstolen, gør sig gældende. Og henset til omstændighederne i denne sag er den i sagen påberåbte fællesskabsbestemmelse ikke anvendelig med den grad af klarhed og præcision, som Domstolen stiller som betingelse for den pågældende medlemsstats forpligtelse til at erstatte de eventuelle tab, der er lidt af borgerne. Selv om de nationale regler skal anvendes i overensstemmelse med traktaten, så kan den retlige fejl, der under de foreliggende omstændigheder er begået af Republikken Østrig, betragtes som undskyldelig af de ovenfor anførte grunde. Dette er tilstrækkeligt til at udelukke, at tilsidesættelsen af de forpligtelser, som gælder for Østrig i henhold til traktaten, er tilstrækkeligt kvalificerede.

Det fjerde spørgsmål

27. Den besvarelse, som jeg har foreslået i relation til det andet og det tredje spørgsmål, betyder, at der ikke er grund til, at jeg besvarer det fjerde spørgsmål.

29 — Brasserie du pêcheur-dommen, præmis 56 og 57.

30 — Se punkt 78 i forslaget til afgørelse.

Forslag til afgørelse

28. Set i lyset af de ovenfor anførte betragtninger, foreslår jeg Domstolen at besvare de af Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien stillede spørgsmål som følger:

»1) En national lovgivning som TGVG 1996 kan ikke betragtes som omfattet af den undtagelse, der er fastsat i artikel 70 i tiltrædelsesakten. En lovgivning af denne art, som opstiller en procedure for opnåelse af tilladelse, inden ejendomsretten kan indskrives i de registre, der vedrører fast ejendom, kan udgøre en hindring for udøvelsen af etableringsfriheden.

Hensynene til landsplanlægningen og beskyttelsen af miljøet udgør tvingende almene hensyn. En national lovgivning, som bygger på disse hensyn, skal opfylde de betingelser, der er fastsat i Domstolens retspraksis: Den skal derfor anvendes uden forskelsbehandling og være tilpasset til det forfulgte formål uden at gå videre end det, der er nødvendigt med hensyn hertil.

De eventuelle begrænsninger af de i traktaten garanterede friheder, der opstilles i en national lovgivning af hensyn til landsplanlægningen og beskyttelsen af miljøet, kan kun betragtes som forholdsmæssige i forhold til det forfulgte formål, hvis de er begrænset til de zoner, hvor disse hensyn virkeligt er nødvendige, og hvis det i øvrigt ikke er muligt at opnå sådanne formål ved foranstaltninger, der er mindre indgribende.

2) og 3)

Selv om det i princippet tilkommer de nationale retter at undersøge, om betingelserne for en medlemsstats erstatningsansvar er opfyldt, kan

Domstolen inden for rammerne af den procedure, der er fastsat i EF-traktatens artikel 177, tydeliggøre de principper, som disse betingelser er udviklet på grundlag af.

En tilsidesættelse kan ikke betragtes som tilstrækkeligt kvalificeret, når de omhandlede fællesskabsbestemmelser ikke er tilstrækkeligt klare og præcise.«