FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT GIUSEPPE TESAURO

föredraget den 28 november 1995 *

Innehållsförteckning

Bakgrund, nationell lagstiftning, frågorna i begäran om förhandsavgörande ..... I - 1067

a) Mål C-46/93 (Brasserie du pêcheur) ..... I - 1068

b) Mål C-48/93 (Factortame III) ..... I - 1070

Frågeställningens avgränsning och uppläggningen av förslaget till avgörande ..... I - 1074

I — Principen om statens ansvar enligt gemenskapsrätten: grundvalar och räckvidd .... I - 1076

a) Fastställandet av åsidosättande medlemsstaters skadeståndsskyldighet i domstolens rättspraxis: domen i målet Francovich m. fl. och tidigare domar ..... I - 1078

b) Den "gemenskapsrättsliga" principen om ansvar: endast ett medel för att fylla en lucka i skyddet av rättigheter eller en princip med större räckvidd? ..... I - 1082

c) Medlemsstatens skadeståndsskyldighet för lagstiftningsverksamhet ..... I - 1088

II — Förutsättningarna för statens skadeståndsskyldighet ..... I - 1095

1. Lösningen i målet Francovich ..... I - 1097

2. Rättspraxis avseende artikel 215 andra stycket ..... I - 1100

3. De "gemenskapsrättsliga" kriterierna avseende de allmänna förutsättningarna för ansvar ..... I - 1104

a) Den skadevållande handlingen: överträdelse av gemenskapsrättsliga normer I - 1105

— Överträdelsens uppenbara och allvarliga beskaffenhet ..... I - 1106

— Culpa: en nödvändig faktor? ..... I - 1111

b) Förekomsten av en skada ..... I - 1114

* Originalspråk: italienska.

c) Orsakssambandet ..... I - 1116

— Den skadelidandes handlingssätt ..... I - 1117

— Skadeståndstalan och talan om ogiltigförklaring: självständighet eller subsidiaritet? ..... I - 1117

4. De övriga förutsättningarna ..... I - 1120

5. Tidpunkten för skadeståndsskyldighetens uppkomst ..... I - 1123

III — Svaren på frågorna från de nationella domstolarna ..... I - 1124

a) Mål C-46/93 (Brasserie du pêcheur) ..... I - 1124

b) Mål C-48/93 (Factortame III) ..... I - 1126

Förslag till avgörande ..... I - 1128

1. Statens ansvar för överträdelser av gemenskapsrätten och den skyldighet att ersätta enskilda som följer härav har prövats i den välkända domen i målet Francovich m. fl. [1] men väcker alltjämt stort intresse. Den nämnda domen har dock inte klargjort alla aspekter. Många frågetecken kvarstår, varav vissa avser viktiga frågor.

Frågorna från Bundesgerichtshof (mål C-46/93) och High Court of Justice (mål C-48/93), vilka på nytt aktualiserar överträdelser av fördraget som redan har fastställts i tidigare domar av denna domstol, ger en möjlighet att — även om detta inte kan lösa alla de kvarstående svårigheter som är förknippade med denna komplicerade fråga — åtminstone lämna ytterligare klargöranden i detta avseende, särskilt beträffande huruvida staten har något ansvar i andra fall än då ett direktiv inte har införlivats och beträffande de förutsättningar som enligt *gemenskapsrätten* måste föreligga för att den enskilde skall ha rätt till skadestånd.

Domstolen måste till följd av detta bedöma ett antal betydande institutionella aspekter, särskilt förhållandet mellan gemenskapsrätten och de nationella rättsordningarna. Det rör sig följaktligen om ett område där den korrekta funktionen av gemenskapens rättsordning som helhet måste beaktas.

Bakgrund, nationell lagstiftning, frågorna i begäran om förhandsavgörande

2. Jag hänvisar till förhandlingsrapporten för en mer utförlig beskrivning av den nationella

1 — Dom av den 19 november 1991, Francovich och Bonifaci (förenade målen C-6/90 och C-9/90, Rec. s. I-5357).

lagstiftningen och de faktiska omständigheter som har givit upphov till detta förfarande och kommer därför här att begränsa mig till de aspekter som är mest relevanta för resonemanget nedan.

a) *Mål C-46/93 (Brasserie du pêcheur)*

3. Brasserie du pêcheur SA, ett franskt bryggeri med huvudkontor i Schiltigheim (Alsace), har hävdat att det i slutet av år 1981 tvingades att upphöra med att exportera öl till Tyskland, eftersom det öl som det framställde inte uppfyllde de krav på "renhet" som föreskrevs i §§ 9 och 10 i Biersteuergesetz [2] (lag om skatt på öl, nedan kallad BiStG). Som har framgått under förfarandets gång ledde de ihärdiga kontroller som tyska myndigheter utförde hos detaljhandlare och de följande påståendena att ölet inte uppfyllde de fastställda kraven närmare bestämt till att bryggeriets enda berättigade tyska importör vägrade att förnya leveransavtalet.

Till följd av dom av den 12 mars 1987 [3] — i vilken domstolen förklarade att förbudet att saluföra öl som hade importerats från andra medlemsstater och som inte överensstämde med BiStG var oförenligt med artikel 30 i fördraget — väckte Brasserie du pêcheur talan mot Förbundsrepubliken Tyskland och yrkade ersättning med ett belopp om 1 800 000 DM, vilket torde utgöra endast en del av den faktiskt uppkomna skadan, för de skador det hade vållats med anledning av importrestriktionen under perioden 1981—1987. Sedan denna talan hade ogillats av underrätterna, överklagade Brasserie du pêcheur med samma yrkande till Bundesgerichtshof.

4. Med hänsyn till att den ifrågavarande överträdelsen måste anses som en underlåtenhet från lagstiftarens sida, eftersom denne inte hade ändrat BiStG så att den överensstämde med gemenskapsrätten, påpekade Bundesgerichtshof att skadestånd i Tyskland regleras i § 839 i Bürgerliches Gesetzbuch (tyska civillagen) i förening med artikel 34 i Grundgesetz (grundlagen). I första stycket i den senare bestämmelsen föreskrivs följande: "Om någon vid utövandet av en åt honom anförtrodd offentlig befattning brister i en tjänsteplikt som åligger honom i förhållande till tredje man, skall staten eller den myndighet vid vilken han arbetar i princip svara härför". I § 839.1 i Bürgerliches Gesetzbuch föreskrivs däremot att en tjänsteman som med uppsåt eller av vårdslöshet åsidosätter en tjänsteplikt som åligger honom i förhållande till tredje man skall ersätta tredje man för all skada som uppkommer därav. Om han har förfarit vårdslöst svarar han dock för skadan endast om den skadelidande inte har möjlighet att få skadan ersatt på något annat sätt.

2 — Lag av den 14 mars 1952 (*BGBl.* I, s. 148) i dess ändrade lydelse enligt lag av den 14 december 1976 (*BGBl.* I, s. 3341). Det behövs väl knappast nämnas att enligt artikel 10 är begreppet "öl" förbehållet sådant öl som har framställts i överensstämmelse med de tvingande renhetskrav som fastställs i artikel 9 i lagen.

3 — Målet kommissionen mot Tyskland (178/84, Rec. s.1227).

Tillämpningen av de ifrågavarande reglerna beror därför, bortsett från utövandet av en offentlig tjänst och åsidosättande av tjänsteplikt, på det ytterligare kravet att den åsidosatta tjänsteplikten skall kunna "hänföras till tredje man" (*Drittbezogenheit*), vilket innebär att staten endast svarar för åsidosättande av sådan tjänsteplikt vars utövande uttryckligen riktar sig till tredje man och som således har till syfte att skydda en rättighet som tillkommer tredje man. Det är emellertid just detta krav som normalt inte är uppfyllt när det rör sig om rättsstridighet i lagstiftningsverksamhet, inklusive sådan rättsstridighet som detta mål gäller. [4] Som den nationella domstolen har understrukit åtog sig lagstiftaren genom BiStG nämligen förpliktelser med avseende på en gemenskap, vilken dock inte särskilt avser någon person eller grupp av personer som kan anses som tredje man i den mening som avses i de ovan nämnda bestämmelserna. [5]

Den nationella domstolen har för det andra noterat att det i detta fall inte heller kan komma i fråga att staten har ett ansvar för att en offentlig myndighet vidtar en rättsstridig åtgärd som kan likställas med expropriation; en princip som har utvecklats av rättspraxis vid Bundesgerichtshof. [6] Den nationella domstolen har ansett att detta är ofrånkomligt, eftersom den nämnda principen enligt denna rättspraxis inte ger rätt till ersättning för skada som uppkommer till följd av att rättsnormer strider mot överordnade rättsnormer, med vilken rätten till ersättning för skada som orsakats av att en gemenskapsrättslig skyldighet har överträtts kan likställas. Vidare finns det i detta mål i varje fall inte något som helst angrepp på sådana rättsliga intressen för käranden som är skyddade enligt förmögenhetsrättsliga bestämmelser.

5. Bundesgerichtshof, som har ansett att tysk lag inte ger stöd för att bifalla kärandens skadeståndsyrkande, har därför begärt att domstolen skall meddela ett förhandsavgörande för att få klarhet i om principen om statens ansvar för skada som den har vållat enskilda genom överträdelser av gemenskapsrätten, såsom denna kan slutas från domen i målet Francovich m. fl., är tillämplig i det mål som är anhängigt vid den nationella domstolen. Bundesgerichtshof har således ställt följande frågor till domstolen:

"1) Skall den gemenskapsrättsliga principen, enligt vilken medlemsstater är skyldiga att utge ersättning för skada som har vållats enskilda till följd av sådana överträdelser av gemenskapsrätten som kan tillskrivas dessa medlemsstater, tillämpas även när en sådan överträdelse består i underlåtenhet att ändra en nationell, av parlamentet utfärdad formell lag så att denna blir förenlig med överordnad gemenskapsrätt (i detta fall: underlåtenhet att ändra §§ 9 och 10 i den tyska

4 — En bristfällighet i lagstiftningen (*legislatives Unrecht*) regleras av samma regler som beträffande offentliga myndigheters ansvar (*Amtshaftung*). Det är just på grund av detta som ansvaret att ersätta skador som har uppkommit genom en bristfällighet i lagstiftningen — alltjämt en mycket kontroversiell fråga i Tyskland — obestridligen medges när det är fråga om enskilda rättsfall (*Einzelfallgesetze*) eller en lagstiftningsåtgärd såsom en fastighetsbildningsplan (*Bebauungsplan*).

5 — Den situation som uppstår skiljer sig inte mycket från — den som sägs vara speciell för det italienska systemet — åtskillnaden mellan *diritti soggettivi* (enskildas rättigheter) och *interessi legittimi* (skyddsintressen).

6 — Se *BGHZ* (Rättsfallssamling för avgöranden av Bundesgerichtshof i civilrättsliga mål), 90, s. 17, särskilt s. 29 och följande sidor.

Biersteuergesetz så att de blir förenliga med artikel 30 i EEG-fördraget)?

2) Får det i den nationella rättsordningen föreskrivas att rätten till skadestånd skall vara föremål för samma begränsningar som de som gäller när en nationell lag strider mot överordnad nationell rätt, till exempel när en vanlig tysk förbundslag strider mot Grundgesetz i Förbundsrepubliken Tyskland?

3) Får det i den nationella rättsordningen föreskrivas att rätten till skadestånd skall vara beroende av att det föreligger culpa (uppsåt eller vårdslöshet) som kan tillskrivas de statliga myndigheter vilka är ansvariga för underlåtenheten att vidta ändring?

4) Om första frågan skall besvaras med ett ja och andra frågan skall besvaras med ett nej:

a) Får skadeståndsskyldigheten genom den nationella rättsordningen begränsas till ersättning för skada som har vållats särskilda, rättsligt erkända intressen för enskilda, till exempel egendom, eller krävs att full ersättning utges för all ekonomisk skada, inklusive utebliven vinst?

b) Innebär skadeståndsskyldigheten att det måste utges ersättning även för sådan skada som redan hade uppkommit innan det i domen från Europeiska gemenskapernas domstol av den 12 mars 1987 (mål 178/84) förklarades att § 10 i den tyska Biersteuergesetz stred mot överordnad gemenskapsrätt?"

b) *Mål C-48/93 (Factortame III)*

6. Skadeståndstalan med anledning av tillämpningen av Merchant Shipping Act 1988 (lag från år 1988 om handelssjöfart), vilken förs av de 97 kärandena i målet vid den nationella domstolen, är en följd av det välkända fallet Factortame, från vilket jag endast skall anföra det väsentliga.

I den ifrågavarande lagen föreskrevs att ett nytt register skulle upprättas för alla brittiska fiskefartyg och följaktligen även för fartyg som redan fanns upptagna i det tidigare registret. Det nya registreringssystemet, som blev obligatoriskt den 1 april 1989, föreskrev strängare villkor i fråga om nationalitet,

bosättning och hemvist för de fysiska och juridiska personer som utgjorde de faktiska ägarna till fartygen. Om dessa krav inte uppfylldes kunde fiskefartygen inte tas upp i det nya registret och tilläts följaktligen inte att fiska under brittisk flagg.

Det nya registreringssystemet ifrågasattes vid Divisional Court, som genom interimistiskt beslut av den 10 mars 1989 suspenderade tillämpningen av systemet. Beslutet upphävdes senare av Court of Appeal. [7] Samtidigt begärde Divisional Court, genom sin dom av den 25 juli 1991, att domstolen skulle meddela ett förhandsavgörande beträffande de frågor rörande gemenskapsrätten som kärandena hade framställt. [8] Domstolen förklarade i dom av den 25 juli 1991 att det stred mot gemenskapsrätten, särskilt mot artikel 52 i fördraget, att en medlemsstat gentemot ägare av fiskefartyg införde sådana villkor om nationalitet, bosättning och hemvist som föreskrevs genom det nya registreringssystemet i Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland.

Under tiden väckte kommissionen en talan mot Förenade kungariket enligt artikel 169, vilken grundade sig på den brittiska lagens påstådda oförenlighet med gemenskapsrätten, dock endast med avseende på kravet i fråga om nationalitet. Kommissionen ansökte även om ett interimistiskt beslut genom vilket Förenade kungariket anmodades att suspendera tillämpningen av lagen. Domstolen biföll ansökan genom beslut av den 10 oktober 1989. [9] Till följd av detta beslut ändrade Förenade kungariket delvis Merchant Shipping Act med verkan från och med den 2 november 1989. Domstolen förklarade därefter genom dom av den 4 oktober 1991 [10] att Förenade kungariket genom att införa ovan nämnda villkor om nationalitet för fartygens ägare hade brustit i sina skyldigheter enligt artiklarna 7, 52 och 221 i fördraget.

Divisional Court meddelade redan den 2 oktober 1991 ett beslut till följd av domstolens dom i målet Factortame II (C-221/89) om att fiskefartyg tillhörande 79 av kärandena fick registreras samt uppmanade dessa kärande att närmare ange sina skadeståndsyrkanden mot Secretary of State for Transport. Divisional Court tillät därefter, genom beslut av den 18 november 1992, ett antal bolag och flera andra personer att inträda som parter i rättegången och/eller att framställa skadeståndsanspråk samt tillät dessutom Rawlings, kärande nr 37, att ändra sitt skadeståndsanspråk till att även omfatta skadestånd "av påföljdskaraktär" för de offentliga myndigheternas författningsstridiga handlande (*exemplary damages for unconstitutional behaviour*).

7 — För att göra framställningen korrekt erinras om att House of Lords, efter att kärandena överklagat dit, genom beslut av den 18 maj 1989 begärde att Europeiska gemenskapernas domstol skulle meddela ett förhandsavgörande angående två frågor om förekomsten och räckvidden av de nationella domstolarnas behörighet att fatta interimistiska beslut när det är fråga om rättigheter som har uppkommit genom gemenskapsrätten. Europeiska gemenskapernas domstol fastställde i domen The Queen mot Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd m. fl. (Factortame I) (C-213/89, Rec, s. I-2433), att "gemenskapsrätten skall tolkas på så sätt, att en nationell domstol som i ett mål som avser gemenskapsrätt anser att det enda som hindrar den från att fatta ett interimistiskt beslut är en bestämmelse i nationell rätt skall bortse från den bestämmelsen". Den 11 oktober 1990 fastställde House of Lords de interimistiska beslut som hade fattats av Divisional Court i avvaktan på avgörandet av själva saken.

8 — Målet Factortame II (C-221/89, Rec. 1991, s. I-3905).

9 — Målet kommissionen mot Förenade kungariket (C-246/89 R, Rec. 1989, s. 3125).

10 — Målet kommissionen mot Förenade kungariket (C-246/89, Rec. 1991, s. I-4585).

Kärandena har yrkat skadestånd för skilda poster, däribland särskilt för kostnader samt utebliven vinst från den tidpunkt då den nya lagen trädde i kraft (den 1 april 1989) till dess att de kunde återuppta fisket. [11]

7. I engelsk rätt är statens skadeståndsskyldighet en produkt av rättspraxis. I synnerhet har samma kränkningar (enskilda *torts*) som medför skadeståndsskyldighet enligt civilrättsliga regler använts, såvitt de lämpar sig för att även omfatta offentliga myndigheters handlande.

För det första kan skadestånd utdömas om skadan beror på en vårdslös kränkning (*tort of negligence*) som har begåtts under utövande av förvaltnings-eller lagstiftningsverksamhet. [12] Eftersom det emellertid måste vara frågan om en omsorgsplikt (*duty of care*) från den offentliga myndighetens sida och det i rättspraxis på detta område inte finns någon sådan skyldighet vid ren förmögenhetsskada, [13] vilket gör det omöjligt att tilldöma skadestånd för sådan typ av skada, skulle en överträdelse av gemenskapsrätten knappast kunna ge upphov till ansvar. Begreppet omsorgsplikt och dess omfattning är för närvarande under utveckling i brittiska domstolar. [14]

För det andra kan de offentliga myndigheternas ansvar göras gällande vid överträdelse av en lagstadgad skyldighet. I ett sådant fall är emellertid möjligheten att faktiskt få skadestånd väsentligt minskad då den rådande uppfattningen är att möjligheten att utnyttja förvaltningsrättsliga medel som syftar till att säkerställa att lagen följs hindrar att det väcks en skadeståndstalan. [15] Visserligen har det fastslagits att skadeståndsskyldighet kan föreligga vid överträdelser av gemenskapsrätten i just detta sammanhang men endast vid "vanlig civilrättslig talan". [16]

11 — Även om den nationella domstolen endast hänför sig till den 2 november 1989, vid vilket datum den relevanta lagen delvis upphävdes, framhålls att detta upphävande i enlighet med domstolens beslut i målet kommissionen mot Förenade kungariket (C-246/86 R) endast avser de bestämmelser som var diskriminerande på grund av nationalitet. Detta innebär, i likhet med vad kärandena har framhållit i sina skriftliga synpunkter som har framställts i rättegången, att den ifrågavarande författningen förlorade sin skadliga verkan beträffande de övriga villkor som sedermera har förklarats vara diskriminerande (bosättning, hemvist) och vilka utgjorde saken i rättegången i målet Factortame II (C-221/89) så sent som den 11 oktober 1990, när House of Lords till följd av domstolens dom i målet Factortame I fastställde det interimistiska förbudsföreläggande som hade begärts. Se i detta hänseende fotnot 7.

12 — Se till exempel domen i målet Rowling mot Takaro Properties Ltd, 1988, A. C. 473.

13 — Omsorgsplikten inskränker sig till en rad omständigheter som innebär att skadeståndsskyldighet inte följer på varje skadlig och vårdslös åtgärd. Det finns emellertid beslut i senare rättspraxis enligt vilka omsorgsplikten har identifierats med *neighbourhood principle*, vilken i huvudsak motsvarar *neminem laedere*, eftersom den innebär ett förbud mot att skada varje person där det rimligen kan förutses att denne kommer att drabbas (se till exempel domen i målet Donoghue mot Stevenson, 1932, A. C. 562).

14 — Se till exempel domen i målet Lonhro mot Tebbit, 1992, A All ER, s. 280.

15 — Se till exempel målet Thornton mot Kirklees MBC, 1979, Q. B. 626.

16 — Se domen i målet Garden Cottage Foods Ltd mot Milk Marketing Board, 1984, 1 A. C. 130 HL., i vilken dom House of Lords i huvudsak godtog, låt vara genom ett obiter dictum (rättegången gällde tillämpning av interimistiska åtgärder), att skadestånd kunde utgå till en person som hade lidit skada till följd av en handling genom vilken en enskild medborgare eller en offentlig myndighet — i sistnämnda fall dock om myndigheten agerar som ett privaträttsligt subjekt — åsidosätter artiklarna 85 och 86 i fördraget.

När överträdelsen däremot endast faller inom den offentliga rättens område, kan ansvar bara göras gällande vid maktmissbruk i offentlig tjänsteutövning (*misfeasance in public office*). Detta är den enda kränkning som endast omfattar offentliga myndigheter och inte också förhållanden mellan privatpersoner. Kravet på att det skall vara fråga om ett uppsåtligt, rättsstridigt handlande gör emellertid att det endast finns en ytterst liten möjlighet att få skadestånd även om skadan uppkommer genom överträdelser av gemenskapsrätten. Det är därför som Court of Appeal — vilket framhålls i beslutet om hänskjutande — i målet Bourgoin [17] förklarade att staten varken enligt engelsk rätt eller gemenskapsrätt är skyldig att ersätta de som har lidit skada av handlande som har befunnits strida mot gemenskapsrätten, såvida inte ministern i fråga har handlat med vetskap om att den ifrågavarande handlingen var rättsstridig och med uppsåt att vålla kärandena skada. House of Lords har emellertid, till följd av domen i målet Francovich m. fl., ställt sig tveksam till om utgången i målet Bourgoin var riktig. [18]

8. Divisional Court anser att kärandena inte skulle tilldömas skadestånd om engelsk rättspraxis tillämpades. Eftersom det dessutom är osäkert om principen om statens skyldighet att ersätta skada som den har vållat enskilda genom överträdelser av gemenskapsrätten, vilken kan utläsas av domen i målet Francovich m. fl., även skall tillämpas på omständigheterna i målet vid Divisional Court, har den nationella domstolen begärt att domstolen skall meddela ett förhandsavgörande. De frågor som den ställer är följande:

"1) Med beaktande av samtliga omständigheter i detta mål, i vilket

a) det i en medlemsstats lagstiftning föreskrivs villkor om nationalitet, bosättning och hemvist för ägare och nyttjare av fiskefartyg samt för aktieägare och styrelseledamöter i bolag som äger och nyttjar sådana fartyg, och

b) Europeiska gemenskapernas domstol i målen C-221/89 och C-246/89 har förklarat att dessa villkor strider mot artiklarna 5, 7, 52 och 221 i EEG-fördraget,

är de ovan nämnda personerna, som ägde eller nyttjade sådana fartyg, eller styrelseledamöter och/eller aktieägare i bolag som ägde eller nyttjade sådana fartyg, enligt gemenskapsrätten berättigade till ersättning av medlemsstaten för skada som de har vållats till följd av

17 — Bourgoin mot Minister of Agriculture, Fisheries and Food, 1986, 1 Q. B., s. 716 A. C.

18 — Domen i målet Kirklees Metropolitan Borough Council mot Wickes Building Supplies Limited, 1992, 3 W. L. R., s. 170, särskilt s. 188.

samtliga eller någon av ovannämnda överträdelser av EEG-fördraget?

2) Om första frågan besvaras med ett ja, vilka överväganden, om några alls, krävs det då enligt gemenskapsrätten att den nationella domstolen skall göra när den prövar skadeståndsanspråk som avser

a) kostnader och/eller uteblivna vinster och/eller uteblivna inkomster under den period som följde på ikraftträdandet av de ovan nämnda villkoren, under vilken det krävdes att fartygen inte användes för fiske eller att alternativa fiskearrangemang vidtogs och/eller att registrering söktes någon annanstans,

b) förluster till följd av försäljning till underpris av fartygen eller andelarna i dessa eller av andelar i bolag som ägde sådana fartyg,

c) förluster till följd av nödvändigheten att ordna med säkerheter, böter och ombudsarvoden för påstådda förseelser i samband med att fartyg uteslöts ur det nationella registret,

d) förluster till följd av att nämnda personer inte kunde äga eller driva verksamhet med ytterligare fartyg,

e) uteblivna driftsintäkter,

f) kostnader som har uppkommit vid försök att minska förlusterna ovan, och

g) skadestånd 'av påföljdskaraktär' (exemplary damages) i enlighet med vad som har yrkats?"

Frågeställningens avgränsning och uppläggningen av förslaget till avgörande

9. Frågan om statens ansvar för överträdelser av gemenskapsrätten — vilken har en avsevärd betydelse såväl principiellt som i fråga om de konsekvenser det kan få för en medlemsstat om ett brett och generellt ansvar skulle fastställas — är invecklad och långtifrån utan fällor, vilket för övrigt den omfattande debatt vittnar om som har förts i doktrinen under senare år.

I detta mål har domstolen att fastställa huruvida en medlemsstat är skadeståndsskyldig gentemot enskilda som har vållats skada till följd av att nationella lagar som strider mot gemenskapsrätten har tillämpats, och i så fall under vilka förutsättningar och för vilken typ av skada. [19]

10. För det första är det således nödvändigt att fastställa om skadeståndsskyldigheten skall begränsas till det fall — redan bedömt i domen i målet *Francovich m. fl.* — av underlåtenhet att införliva ett direktiv vars bestämmelser, låt vara att de i vissa avseenden är tillräckligt tydliga, inte kan åberopas direkt av enskilda för att få den förmån som de har rätt till enligt direktivet, eller om skadeståndsskyldigheten skall utsträckas till att omfatta fall som det förevarande, där den skada som enskilda har lidit har uppkommit genom att en nationell lag har tillämpats som strider mot gemenskapsrättsliga bestämmelser, vilka enskilda kan åberopa direkt vid de nationella domstolarna. I detta avseende anser jag det vara lämpligt att utgå från de tidigare fastslagna förutsättningarna för en medlemsstats skadeståndsskyldighet vid överträdelser av gemenskapsrätten, för att på detta sätt till en del beskriva grundvalen för ansvaret enligt gemenskapsrätten. Jag anser det dessutom vara värdefullt att uppehålla mig vid påståendet att staten, såsom lagstiftare, inte kan ha något ansvar, vilket har framförts (låt vara med viss försiktighet) i detta förfarande för att på en abstrakt och principiell nivå förneka att staten är ansvarig i sådana fall som det här är fråga om.

För det andra är det nödvändigt att fastställa om det är de förutsättningar för ansvar som anges i de respektive nationella rättsordningarna som skall gälla — låt vara med de välkända begränsningar som vid flera tillfällen har fastställts i domstolens rättspraxis — eller om de i stället skall fastställas genom själva gemenskapsrätten, i varje fall beträffande de *materiella förutsättningar* som är tillräckliga för att det av staten skall kunna krävas att den, när den åsidosätter sina skyldigheter, utger ersättning för därigenom vållad skada. Om det är det senare fallet som skall gälla, bör det uppenbarligen klargöras om varje överträdelse som vållar den enskilde skada är tillräcklig eller om någon ytterligare omständighet måste föreligga, vilket de flesta av medlemsstaterna har hävdat i detta mål. Vidare bör det klargöras — om det skulle anses att det krävs en ytterligare omständighet och att denna utgörs av att culpa föreligger — om det även är nödvändigt att andra förutsättningar är uppfyllda, exempelvis de som domstolen har fastställt beträffande utomobligatoriskt ansvar för gemenskapsinstitutionerna (rättspraxis avseende artikel 215). Vad beträffar orsakssambandet måste det dessutom fastställas om det har någon betydelse att den åsidosatta gemenskapsbestämmelsen är sådan att den gör det möjligt för den enskilde att direkt ta tillvara sina rättigheter och därigenom undanröja den faktiska rättsstridigheten. Vidare måste under alla omständigheter fastställas vid vilken tidpunkt skadeståndsskyldigheten uppkommer. Slutligen blir det nödvändigt att analysera dels de *processuella förutsättningarna* för rätten till skadestånd, dels kriterierna för att bestämma skadans omfattning.

19 — Beträffande ett annat mål i vilket det gentemot staten görs gällande skadeståndsskyldighet med anledning av förvaltningsmyndigheters agerande i strid med gemenskapsrätten, se det pågående målet Lomas (C-5/94). I generaladvokat Légers förslag till avgörande av den 20 juni 1995 i det målet beaktas även vissa aspekter som har betydelse i den här rättegången.

11. Det är således dessa aspekter och frågor som jag skall bedöma respektive söka besvara. Den nedan framställda analysen kommer följaktligen att indelas i tre delar. I den första delen kommer principen om statens ansvar enligt gemenskapsrätten att behandlas i syfte att fastställa dess grundval och omfattning, bland annat med avseende på otillåtna handlingar eller otillåten underlåtenhet från lagstiftarens sida och för att bedöma om en skadeståndstalan endast är en sista utväg i den meningen att en sådan talan får väckas endast om den enskilde inte har några andra medel att tillgå för att göra gällande sina rättigheter enligt gemenskapsrätten eller om den nämnda principen har en större räckvidd än så.

Vad beträffar förutsättningarna för ansvar skall jag genast säga att de materiella minimiförutsättningarna måste vara gemensamma — i motsats till vad som gäller för de processuella förutsättningarna — och därför gemenskapsrättsliga. Enligt min mening är detta det enda sättet att undvika att det uppstår en situation där möjligheten att få skadestånd för en given överträdelse inte är säkerställd i samma utsträckning i de olika medlemsstaterna och där således diskriminering av enskilda kan bli följden, vilket en på rättssäkerhet grundad gemenskap inte kan tolerera. I den andra delen i mitt förslag till avgörande kommer jag följaktligen att behandla de förutsättningar som gör det möjligt för enskilda att få skadestånd, det vill säga de förutsättningar som enligt gemenskapsrätten är nödvändiga för att ansvar skall uppkomma, och de begränsningar som enligt gemenskapsrätten föreskrivs i fråga om de processuella förutsättningarna. Enligt min mening regleras de processuella förutsättningarna — i likhet med kriterierna för att bestämma skadans storlek — alltjämt enligt nationell rätt.

Slutligen skall jag analysera de två förevarande målen och således besvara de frågor som har givit upphov till detta förfarande.

I — *Principen om statens ansvar enligt gemenskapsrätten: grundvalar och räckvidd*

12. Föreställningen att staten är ansvarig för skada som har vållats genom lagstiftningsverksamhet framstår inte som anmärkningsvärd. Den grundläggande principen i fråga om utomobligatoriskt ansvar är enligt de flesta *civilrättsliga* regler den om *neminem laedere* — låt vara att den har tolkats och begränsats på skilda sätt — enligt vilken var och en är skyldig att ersätta den skada han vållar genom att iaktta ett handlingssätt som står i strid med en rättslig förpliktelse. [20] Det är onekligen så att det hänvisas till denna princip i olika regler, vilka framför allt har uppstått i rättspraxis, om den offentliga maktens ansvar, trots att ansvaret har vissa speciella och utmärkande kännetecken på grund av den typ av verksamhet som utövas av dessa myndigheter, särskilt vad avser lagstiftningsverksamhet. Den *offentliga maktens* ansvar är också nära, om inte nödvändigt, förknippat med den otillbörligt vållade skadan, eftersom denna måste ha vållats genom det rättsstridiga handlandet. De utgör så att säga två sidor av samma mynt.

20 — Även om denna princip inte har samma allmänna räckvidd i alla rättsordningar — det räcker med att hänvisa till rättsordningen i Förenade kungariket, enligt vilken det finns en gräns för (den begränsade) räckvidden av aktsamhetsplikten — kvarstår inte desto mindre att den, i den mån den hänvisar till föreställningen om en otillbörligt vållad skada, kan tas till utgångspunkt för alla diskussioner om ansvar.

Vad beträffar den offentliga makten är det onekligen så att tendensen oförändrligt har varit att på olika sätt begränsa ansvarets omfattning, med hänsyn till typen av aktivitet som den utövar och de konsekvenser som skulle bli följden av ett generellt fastställande av ansvar och skadeståndsskyldighet. Vidden av denna begränsning, som vid en första bedömning kan sammanfattas med det välkända uttrycket att ansvaret i fråga "varken är allmänt eller absolut", [21] står följaktligen i relation till behovet av att balansera de motsatta och konkurrerande intressen som står på spel; å ena sidan den skadelidandes intresse av att åtminstone få ekonomisk ersättning för den skada som han har lidit till följd av statens verksamhet, särskilt lagstiftningsverksamhet, å andra sidan statens intresse av att inte vara tvungen att undantagslöst och under alla förhållanden svara för skada som dess organ har vållat vid utförandet av de institutionella uppgifter som har anförtrotts dem.

Begränsningen av ansvarets omfattning har givetvis genomgått avsevärda förändringar under tidens lopp i de olika rättsordningarna. Särskilt har uppkomsten av *rättsstaten* medfört att tyngdpunkten alltmer, i varje fall i mer avancerade rättsordningar, har förskjutits från skadevållarens handlande till den skadelidandes rättigheter, i likhet med vad som gäller för skadeståndsansvar i allmänhet. Utifrån denna ståndpunkt har statens ansvar och den resulterande skadeståndsskyldigheten till slut blivit ett medel för att straffa handlande som är rättsstridigt och/eller i varje fall skadevållande och därigenom uppnå ett effektivt skydd av enskildas rättigheter.

21 — Dom av den franska Tribunal des conflits av den 8 februari 1873 i målet Blanco, D. 1873, II, 20.

13. Detta resonemang föranleder en inledande enkel iakttagelse med avseende på principen om statens ansvar för överträdelser av gemenskapsrätten. Redan den omständigheten att det av medlemsstater, om än med förbehåll för villkor som på olika sätt begränsar ansvarets omfattning, kan krävas att de svarar för skada som har vållats genom den offentliga maktens lagstiftningsverksamhet medför att det är orimligt att de undantagslöst och under alla förhållanden inte skall ansvara för överträdelser av gemenskapsrätten som har negativa ekonomiska konsekvenser för enskilda.

Följaktligen måste principen om statens ansvar — i varje fall i den mån denna är en del av medlemsstaternas gemensamma rättstradition [22] — kunna tillämpas även om det otillåtna handlandet består i en överträdelse av en gemenskapsrättslig bestämmelse.

14. Det bör dessutom genast påpekas att medan det huvudsakligen ankommer på staten och således på dess organ att säkerställa att gemenskapsrätten tillämpas på ett korrekt sätt och i synnerhet att de rättigheter som enskilda ges verkligen kan upprätthållas, är det otvivelaktigt så att det tillkommer domstolen — när de rättigheter enligt gemenskapsrätten som enskilda gör anspråk på

22 — För en grundläggande förståelse av de relevanta reglerna i de olika medlemsstaterna se Schockweiler— Wivenes— Godart, "Le régime de la responsabilité extra-contractuelle du fait d'actes juridiques dans la Communauté européenne", i *Revue trimestrielle de droit européen*, 1990, s. 27 och följande sidor, särskilt s. 54.

berörs — att pröva i vilken mån det skydd som ges enligt den nationella rättsordningen är tillräckligt. Denna prövning har vid flera tillfällen utmynnat i att det av den berörda medlemsstaten har krävts att den inför ett rättsligt medel som inte finns tillgängligt i dess rättsordning. [23]

Det skulle därför inte överensstämma med rättspraxis på detta område och de för rättsordningen som helhet utmärkande kännetecknen, särskilt fördelningen av uppgifter mellan gemenskapen och medlemsstaterna, om gemenskapsrätten inte skulle ha några bestämmelser alls i fråga om skadestånd och, utan att någon prövning gjordes, skulle överlämna åt varje nationell rättsordning att reglera denna fråga.

a) Fastställandet av åsidosättande medlemsstaters skadeståndsskyldighet i domstolens rättspraxis: domen i målet Francovich m. fl. och tidigare domar

15. Domen i målet Francovich m. fl., vilken måste vara utgångspunkten för varje diskussion om statens skadeståndsansvar för överträdelser av gemenskapsrätten, utgör alltjämt domstolens mest precisa beslut på detta område. Målet gällde som bekant underlåtenhet att genomföra direktivet om anställdas skydd vid arbetsgivarens insolvens, i vilket föreskrivs att medlemsstaterna skall inrätta en ordning som ger en minimigaranti beträffande krav på utestående lönefordringar. En italiensk domstol frågade domstolen om enskilda som ställs inför en medlemsstats underlåtenhet att genomföra detta direktiv hade rätt att göra gällande gemenskapsbestämmelserna direkt vid de nationella domstolarna för att få sina förmåner och i varje fall yrka skadestånd av medlemsstaten för det fall direktivet inte hade direkt effekt. Domstolen tillfrågades följaktligen inte bara om den direkta effekten av ett antal av direktivets bestämmelser utan även om ersättning för skada till följd av underlåtenheten att genomföra direktivet. [24]

Trots att domstolen fann att de omtvistade bestämmelserna i direktivet var tillräckligt ovillkorliga och klara dels i fråga om vilka personer som skulle ha rätt till ersättning enligt garantin, dels i fråga om innehållet i

23 — Se punkt 43—47 nedan.

24 — Jag skulle vilja påminna om att en italiensk domstol i målet Enichem Base m. fl. mot Comune di Cinisello Balsamo, dom av den 13 juli 1989 (380/87, Rec. s. 2491), frågade domstolen om "den offentliga förvaltningen är förpliktad enligt gemenskapsrätten att utge skadestånd när den genom att vidta en otillåten förvaltningsåtgärd (på ett rättsstridigt sätt) kränker en gemenskapsrättslig rättighet för enskilda (*diritto soggettivo communitario*), vilken efter att ha införlivats i den italienska rättsordningen — allt under det att den behåller sin gemenskapskaraktär — utgör ett skyddsintresse (*interesse legittimo*)" (förhandlingsrapporten i ovannämnda mål, s. 2494 och följande sidor). Varken generaladvokaten eller domstolen besvarade frågan, eftersom den omfattades av svaren som gavs på de andra frågorna. Jag noterar dock att såväl Förenade kungariket som Italien i sina yttranden hävdade att varje rätt till skadestånd uteslutande borde grundas på de materiella och processrättsliga möjligheter som ges enligt nationell rätt.

själva garantin, fann den att enskilda inte kunde åberopa bestämmelserna direkt vid den nationella domstolen för att tillgodogöra sig den förmån som de har rätt till enligt direktivet. Det framgick nämligen inte av bestämmelserna vem som var "gäldenär" och staten kunde inte anses vara en sådan enbart på grund av att den hade underlåtit att införliva direktivet inom föreskriven tid.

16. Efter att ha övergått till frågan om enskilda kan yrka och få ersättning för den skada som de har vållats, påminde domstolen först om gemenskapssystemets grundläggande egenskaper, i synnerhet de uppgifter som har anförtrotts de nationella domstolarna. Den drog härav den koncisa men obestridliga slutsatsen att "principen att en stat är ansvarig för skada som vållas enskilda till följd av överträdelser av gemenskapsrätten som kan tillskrivas staten är nära förbunden med fördragets system" (punkt 35).

Domstolen baserade denna slutsats på två grundläggande drag i gemenskapens rättsordning. Först uttalade den att "gemenskapsreglernas fulla verkan skulle riskeras och skyddet för de rättigheter som dessa ger upphov till försvagas, om enskilda parter inte hade möjlighet att få skadestånd när deras rättigheter kränks genom att en medlemsstat bryter mot gemenskapsrätten" (punkt 33). Domstolen framhöll också att möjligheten att få skadestånd från en medlemsstat är "särskilt nödvändig när gemenskapsreglernas fulla verkan, såsom i detta fall, är avhängig av ett handlande från statens sida och då enskilda vid nationella domstolar, vid underlåtenhet att företa en sådan handling, följaktligen inte kan göra gällande de rättigheter som de tillerkänns enligt gemenskapsrätten" (punkt 34).

För det andra härledde och slöt domstolen sig — såsom den redan hade gjort i domen i målet Humblet [25] — till denna skadeståndsskyldighet från artikel 5 i EG-fördraget, "enligt vilken medlemsstaterna är förpliktade att vidta alla lämpliga åtgärder, både allmänna och särskilda, för att säkerställa att deras skyldigheter enligt gemenskapsrätten fullgörs". Dessa skyldigheter innefattar just "skyldigheten att undanröja de otillåtna följderna av en överträdelse av gemenskapsrätten" (punkt 36).

17. Domstolen beaktade följaktligen de medel som hade gjorts tillgängliga för att förstärka gemenskapsreglernas fulla verkan genom effektiviteten av det rättsliga skydd för de rättsliga förhållanden som har skapats genom dessa bestämmelser samt för att medlemsstaternas underlåtenhet att fullgöra sina skyldigheter inte skulle bli utan konsekvenser.

25 — Målet Humblet mot Belgien, dom av den 16 december 1960 (6/60, Rec. s. 1125 i den franska versionen, särskilt s. 1146 i den franska versionen). Det hänvisades i det målet till artikel 86 i EKSG-fördraget, vilken motsvarar artikel 5 i EG-fördraget.

Det är följaktligen just mot bakgrund av dessa ändamål som domstolen med rätta har använt sig av och betonat den enskildes ställning. Statens ekonomiska ansvar gentemot enskilda för skada som har vållats genom underlåtenhet i lagstiftningsarbetet har således konstruerats av domstolen som ett verktyg för att säkerställa enskildas skydd och därigenom också det korrekta genomförandet av gemenskapsrätten. Detta synsätt har rötter långt tillbaka i tiden vad beträffar såväl vissa bestämda prejudikat om medlemsstaters ansvar och skyldighet att utge skadestånd [26] som den allmänna ramen för det effektiva skyddet av rättigheter som enskilda gör anspråk på enligt gemenskapsbestämmelser. [27]

18. Det bör inte förbises att det sedan början av 1960-talet i domstolens rättspraxis går att finna uttalanden som — om än i förbigående — hänför sig till skyldigheten att utge skadestånd för olika sorters överträdelser av gemenskapsrätten. Jag skulle i första hand vilja hänvisa till den ovannämnda domen i målet Humblet, där domstolen särskilt förklarade att om den "fastställer att lagstiftning eller förvaltningsrättsliga bestämmelser som en medlemsstats organ har antagit strider mot gemenskapsrätten, är medlemsstaten i enlighet med artikel 86 i EKSG-fördraget skyldig att undanröja bestämmelserna i fråga och utge skadestånd för de otillåtna effekter som kan ha uppkommit till följd av dessa". [28]

19. Det är för övrigt just på grund av att medlemsstatens underlåtenhet att uppfylla skyldigheter kan ge upphov till en rätt till skadestånd för enskilda som domstolen vid flera tillfällen har ogillat invändningar mot talans upptagande till prövning, trots att den medlemsstat mot vilken en talan om överträdelse har anhängiggjorts har fullgjort den aktuella skyldigheten inom perioden mellan det motiverade yttrandet och domstolens dom. [29]

26 — Även i doktrinen kunde man hitta åsikter i denna riktning: Pescatore, "Responsabilité des États membres en cas de manquement aux règles communautaires", i *Foro Padano*, 1972, s. 10 och följande sidor; Kovar, "Voies de droit ouvertes aux individus devant les instances nationales en cas de violation des normes et décisions du droit communautaire", i *Les recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européen*, Bryssel, 1978, s. 245 och följande sidor, särskilt s. 272 och följande sidor; Barav, "Damages in the Domestic Courts for Breaches of Community Law by National Public Authorities", i *Non-Contractual Liability of the European Communities*, Europa Instituut University of Leiden, 1988, s. 149 och följande sidor.

27 — Se i detta hänseende punkt 27—32 nedan.

28 — Dom av den 16 december 1960, nämnd i fotnot 25 ovan. Det målet gällde mer specifikt att den belgiska regeringen skulle upphäva vissa bestämmelser och betala tillbaka felaktigt uttagna belopp. Den allmänna formulering som domstolen använde sig av — "utge ersättning för de otillåtna effekterna" — kan emellertid tillräckligt klart omfatta även fall av ersättning för eventuella vållade skador.

29 — Det finns i denna riktning ett mycket klart uttalande om att "en dom av domstolen enligt artiklarna 169 och 171 i fördraget kan ha praktisk betydelse genom att utgöra grunden för det ansvar som en medlemsstat kan ådra sig till följd av dess försummelse gentemot andra medlemsstater, gemenskapen eller enskilda" (dom av den 7 februari 1973, kommissionen mot Italien, 39/72, Rec. s. 101, punkt 11). I samma riktning går uttalandet att intresset av att fullfölja rättegången även efter det att den ifrågavarande överträdelsen har åtgärdats kan bestå i att "fastställa grunden för det ansvar som en medlemsstat kan ådra sig, i synnerhet gentemot enskilda till följd av att den har överträtt sina skyldigheter" (dom av den 20 februari 1986, kommissionen mot Italien, 309/84, Rec. s. 599, punkt 18). Sådana uttalanden tycks vara ganska vanligt förekommande: dom av den 5 juni 1986, kommissionen mot Italien (103/84, Rec. s. 1759, punkt 9), av den 17 juni 1987, kommissionen mot Italien (154/85, Rec. s. 2717, punkt 6), av den 18 januari 1990, kommissionen mot Grekland (C-287/87, Rec. s. I-125, endast publicerad i sammanfattning). Domstolen har vidare förklarat att intresset av att fullfölja talan "kan bestå i att fastställa grunden för det ansvar som en medlemsstat kan ådra sig på grund av underlåtenheten att fullfölja sina skyldigheter gentemot dem som gör gällande rättigheter till följd av denna underlåtenhet", se dom av den 24 mars 1988, kommissionen mot Grekland (240/86, Rec. s. 1835, punkt 14), av den 30 maj 1991, kommissionen mot Tyskland (C-361/88, Rec. s. I-2567, punkt 31), och av den 19 mars 1991, kommissionen mot Belgien (C-249/88, Rec. s. I-1275, punkt 41). Av sådana uttalanden kan man inte sluta sig till att enskilda har en rätt till ersättning för liden skada på grund av en överträdelse av fördraget utan endast möjligheten att den enskilde — inom de gränser som fastställs i nationell rätt — kan göra gällande sin rätt till skadestånd med avseende på en sådan överträdelse.

20. En mer direkt och uttrycklig bekräftelse av medlemsstaternas skyldighet att utge skadestånd till enskilda återfinns i domen i målet Russo mot AIMA [30], i vilken domstolen förklarade att "om en skada har vållats genom en överträdelse av gemenskapsrätten, svarar staten gentemot den skadelidande för effekterna i enlighet med de bestämmelser i den nationella rätten som avser statens ansvar".

21. Utifrån uttalandena ovan står det således helt klart att det av en medlemsstat mycket väl kan begäras att den utger ersättning för den skada som enskilda har lidit och som består i eller följer av en överträdelse av gemenskapsbestämmelser.

Av denna rättspraxis framgår emellertid att detta ansvar måste fastställas av den nationella domstolen "inom ramen för de bestämmelser i den nationella rätten som avser statens ansvar". [31] Det hänvisas följaktligen principiellt till lagstiftningen i varje medlemsstat för att bestämma om staten är skyldig att utge ersättning för skada som har vållats genom underlåtenhet av staten att iaktta en gemenskapsbestämmelse. [32]

22. Denna rättspraxis tycks dock i detta avseende ha övergivits genom domen i målet Francovich m. fl., enligt vilken en medlemsstats skadeståndsskyldighet vid överträdelser av sina skyldigheter har sin grund i gemenskapsrätten, även i fråga om förutsättningarna för skadeståndsskyldigheten.

Domstolen begränsade sig i målet Francovich m. fl. inte till att överlämna åt den nationella domstolen att avgöra *alla* rättsliga följder av överträdelser av de gemenskapsrättsliga bestämmelserna utan förklarade att staten enligt själva gemenskapsrätten var förpliktad att utge skadestånd till enskilda och fastställde — i varje fall i fråga om det fall av ansvar som var aktuellt i *det* målet — de "gemenskapsrättsliga" förutsättningarna för att ansvar skall uppkomma.

30 — Dom av den 22 januari 1976 (60/75, Rec. s. 45, punkt 9).

31 — Dom av den 22 januari 1976, Russo mot AINA (60/75, Rec. s. 45, punkt 9).

32 — Denna ståndpunkt har ytterligare betonats i domen i målet Granaria i vilken domstolen förklarade att "frågan om ersättning av ett nationellt organ för skada som enskilda har vållats genom medlemsstaternas organ och tjänstemän, antingen på grund av en överträdelse av gemenskapsrätten eller genom en mot nationell rätt stridande handling eller underlåtenhet vid tillämpningen av gemenskapsrätt, faller inte inom artikel 215 andra stycket i fördraget och måste bestämmas av de nationella domstolarna i enlighet med den berörda medlemsstatens nationella rätt" (dom av den 13 februari 1979, Granaria mot Hoofdproduktschap voor Akkerbouwprodukten, 101/78, Rec. s. 623, punkt 14).

b) Den "gemenskapsrättsliga" principen om ansvar: endast ett medel för att fylla en lucka i skyddet av rättigheter eller en princip med större räckvidd?

23. Nu måste bedömas om den ståndpunkt som kan urskiljas i rättspraxis före domen i målet Francovich m. fl. (alltjämt) har något stöd eller om en på gemenskapsrätten grundad skyldighet för medlemsstaterna att utge skadestånd kan och måste förekomma även i andra fall än vid underlåtenhet att införliva ett direktiv.

I synnerhet måste det fastställas om det enligt gemenskapsrätten krävs ett säkerställande av rättigheter genom en möjlighet till skadestånd även vid överträdelse av bestämmelser som har direkt effekt eller om denna möjlighet är utesluten på grund av att den enskilde i sådant fall direkt kan åberopa den ifrågavarande bestämmelsen och därigenom se till att den begärda rättigheten på detta sätt säkerställs.

24. Den tyska, den nederländska och den irländska regeringen har under förfarandet uttalat sig till stöd för sistnämnda uppfattning. De har motiverat detta med att gemenskapslagstiftaren inte alls har avsett att inrätta ett allmänt system för medlemsstaters ansvar för överträdelser av gemenskapsrätten. De har hävdat att detta bekräftas särskilt av den omständigheten att medlemsstaterna inte införde någon bestämmelse i denna fråga i Maastrichtfördraget. Den tyska regeringen har ytterligare anfört att det inte skulle vara förenligt med systemet med maktfördelning mellan gemenskapsinstitutionerna och medlemsstaterna såsom detta fastställs i fördraget och inte heller med principen om jämvikt mellan institutionerna om rättspraxis fyllde ut gemenskapsrätten utöver och bortom de fall då detta berättigas av att det finns en normativ lucka.

De nämnda regeringarna har slutligen hävdat att rätten till skadestånd enbart spelar en sekundär skyddande roll i den meningen att denna endast blir aktuell beträffande bestämmelser som annars inte kan åberopas vid nationella domstolar. Domstolen skulle enligt dessa genom domen i målet Francovich m. fl. i huvudsak ha avsett att fylla ut en lucka i systemet för skydd av rättigheter genom att införa en möjlighet att bestraffa en åsidosättande medlemsstat genom skadestånd. Tvärtom, när en enskild redan är i stånd att direkt göra gällande bestämmelserna i gemenskapsrätten, såsom i de mål som har givit upphov till detta förfarande, är det enligt gemenskapsrätten inte nödvändigt att utkräva skadestånd och det finns inte heller någon grund för att göra gällande detta. Enskilda kan förklaras ha rätt till skadestånd endast om och i den mån detta medges enligt nationell rätt.

25. Jag anser inte att detta betraktelsesätt kan godtas. Det står nämligen klart för det första genom domstolens egen rättspraxis —

i vilken statens ekonomiska ansvar för överträdelser av bestämmelser med direkt effekt har bedömts vid flera tillfällen — att möjligheten till ett materiellt skydd inte utesluter ekonomiskt skydd. [33] Det är visserligen sant att domstolen i dessa fall endast förklarade att det var på medlemsstaten som det ankom att utge ersättning enligt bestämmelserna i nationell rätt för den skada som den hade vållat. Det är emellertid också sant att de frågor som de nationella domstolarna i dessa fall hade ställt inte berörde den särskilda frågan om rätten till skadestånd.

När frågan uttryckligen togs upp i målet Francovich m. fl. preciserade domstolen att ansvarsprincipen är en integrerad princip i gemenskapsrätten. Denna allmänna och principiella bekräftelse omfattar varje överträdelse av gemenskapsrätten och inte bara underlåtenhet att införliva ett direktiv. [34] Domstolen förklarade att rätten till skadestånd — i fall av underlåtenhet att införliva ett direktiv — är "särskilt nödvändig" just därför att enskilda annars skulle fråntas allt skydd i strid med de rättigheter som de ges enligt direktivet. Denna förklaring utesluter emellertid inte att skadeståndsansvar kan föreligga för skada som har vållats genom andra typer av överträdelser, särskilt som domstolen själv fortsatte med att påpeka att *förutsättningarna för rätten till skadestånd beror på den typ av överträdelse* av gemenskapsrätten som har givit upphov till skadan (punkt 38).

26. Inte heller tycker jag att fastställandet av principen om statens ansvar för överträdelser av gemenskapsbestämmelser som har direkt effekt på något sätt står i motsättning till den maktfördelning som fastställts i fördraget mellan gemenskapsinstitutionerna och medlemsstaterna. Jag skulle i detta hänseende endast vilja påpeka att det är själva överträdelsen av gemenskapsrätten som skapar en rubbad jämvikt i den maktfördelning som medlemsstaterna själva fritt har accepterat och samtyckt till. Det krav som eventuellt följer av gemenskapsrätten att utge ersättning för skada som har vållats genom en sådan överträdelse utgör endast ett medel för att återställa den rubbade jämvikten.

Statens ansvar för lagstiftningsverksamhet (den egentlige lagstiftarens eller förvaltningsmyndigheternas) utgör dessutom ur denna synvinkel en naturlig och nödvändig del i gemenskapens rättsordning som har skapats av medlemsstaterna själva genom fördraget. Jag kan inte underlåta att påminna om att det var medlemsstaterna som helt fritt formulerade de fördragsbestämmelser som utgör grundvalen för hela gemenskapsordningen. Medlemsstaterna är alltjämt de avgörande

33 — Jag hänför mig till domen i det ovan nämnda målet Russo mot AIMA, som gällde en förordning om den gemensamma organisationen för jordbruksmarknaden, och till domen av den 12 juli 1990 i målet Foster m. fl. (C-188/89, Rec. s. I-3313, punkt 22), i vilken domstolen förklarade att artikel 5.1 i direktiv 76/207/EEG om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor "kan åberopas för att få skadestånd av ett organ" som har anförtrotts att tillhandahålla en allmän tjänst. Beträffande en överträdelse av artikel 30 i fördraget se även dom av den 5 juni 1986, kommissionen mot Italien (nämnd i fotnot 29 ovan, punkt 9).

34 — Se särskilt punkterna 33, 35 och 37 i domen.

aktörerna i processen för tillskapande av gemenskapsrättsakter. Att fastställa att det finns ett ansvar vid underlåtenhet att uppfylla skyldigheter är följaktligen bara detsamma som att öka gemenskapsordningens effektivitet och innebär inte någon aktivitet som kompletterar eller, än mindre, ersätter lagstiftarens aktivitet.

27. Att så är fallet framgår även vid beaktande av att statens ekonomiska ansvar gentemot individer för skada som har vållats genom en handling eller underlåtenhet i lagstiftningshänseende har konstruerats av domstolen — jag upprepar det — som ett verktyg för att säkerställa skyddet av enskilda och således även att gemenskapsrätten blir korrekt genomförd i alla medlemsstater.

Sammantaget är perspektivet detsamma som det som har antagits i den numera fasta rättspraxis genom vilken den direkta effekten har fastställts i den meningen att bestämmelserna i fördraget och sekundärrättsakter kan åberopas av enskilda direkt vid nationella domstolar, förutsatt naturligtvis att de är tillräckligt klara, precisa och ovillkorliga.

28. Genom att fastställa den direkta effekten i en fördragsbestämmelse som riktar sig till medlemsstaterna och som innebär en skyldighet för dessa, till exempel att undanröja vissa hinder och att inte återinföra dem, identifieras de rättigheter för enskilda som härrör från undanröjandet av dessa hinder — och får betydelse — med den ytterligare konsekvensen att dessa rättigheter kan göras gällande vid nationella domstolar för att få ett lämpligt skydd. Den rättighet som uppstår genom statens skyldighet och som den enskilde skulle ha kunnat åtnjuta om skyldigheten hade uppfyllts korrekt och precist identifieras och stärks därför på detta sätt.

Detta gäller inte bara ur materiell utan även ur processuell synvinkel. Det är tillräckligt att påminna om vad domstolen själv har understrukit, nämligen att "allt direkt domstolsskydd av enskildas rättigheter skulle undanröjas" om det ansågs att garantierna mot en överträdelse av fördragets bestämmelser genom vilka medlemsstaterna åläggs skyldigheter var begränsade till de garantier som ges enligt artikel 169.[35] Slutligen används den enskildes rättsliga ställning, vilken är direkt avhängig av fördragsbestämmelsen, även när det inte är frågan om en felaktig tillämpning av den bestämmelsen, för att garantera ett fullständigt och effektivt skydd av de rättigheter som säkerställs av att staten iakttar den ifrågavarande bestämmelsen.

29. Samma synsätt framträder — till och med ännu tydligare — av den rättspraxis som

35 — Dom av den 5 februari 1963, Van Gend en Loos (26/62, Rec. s. 3, särskilt s. 25 i den franska versionen).

från en given tidpunkt har infört en påföljd för underlåtenhet att införliva eller för ett för sent införlivande av direktiv genom att tilldela dessa direkt effekt, givetvis dock endast i de fall där de nödvändiga förutsättningarna var uppfyllda. [36] Detta bekräftar iakttagelsen att gemenskapssystemet även i fråga om direktiv således har funnit ett effektivt verktyg i den enskildes situation, för att säkerställa genomförandet av direktiven när det erforderliga införlivandet inte har skett.

30. Det är dessutom signifikativt att domstolen åter har fastställt medlemsstatens skadeståndsskyldighet — i samma ordalag som de som användes i domen i målet Francovich m. fl. — i ett fall där saken just gällde möjligheten att i förhållanden mellan enskilda åberopa den direkta effekten av bestämmelser i ett direktiv som inte hade införlivats inom föreskriven tid. [37]

I de fall då ett direktiv inte kan åberopas direkt vid en nationell domstol — antingen på grund av att någon av de bestämmelser som är nödvändiga för att den rättighet som den enskilde ges enligt detta direktiv skall kunna göras gällande saknar direkt effekt eller på grund av att det inte finns någon "horisontell" direkt effekt när det rör sig om direktiv som är precisa och ovillkorliga — utgör således fastställandet av skadeståndsskyldigheten också ett medel som gör det möjligt att förstärka den enskildes rättsliga ställning genom möjligheten att ur i varje fall ekonomisk synvinkel återställa den rubbade jämvikt som har uppkommit genom statens underlåtenhet.

31. Slutligen används den enskildes rättsliga ställning, vilken har uppkommit direkt genom en bestämmelse som har direkt effekt och som binder den medlemsstat som den

36 — Detta är desto mer riktigt som denna direkta effekt redan från början och alltjämt har vad som lämpligen kan kallas en vertikal karaktär, såsom för att underbygga tanken att det snarare rör sig om ett hjälpmedel för att undvika att staterna drar fördel av en underlåtenhet att uppfylla sina skyldigheter samt att det är fråga om en inneboende egenskap hos bestämmelsen. Det är också signifikant att domstolens bedömning i fråga om direktiven inte har upphört att förfinas och få större omfattning. Exempelvis har kategorin av offentliga subjekt gentemot vilka direktivet kan göras gällande utvidgats (se dom av den 22 juni 1989, Fratelli Costanzo, 103/88, Rec. s. 1839, och av den 12 juli 1990, Foster m. fl., nämnd i fotnot 33 ovan). Dessutom har understrukits nödvändigheten av att domstolarna och myndigheterna i medlemsstaterna tolkar den nationella rätten konformt med direktivets lydelse och syfte (se dom av den 10 april 1984, Von Colson och Kamann, 14/83, Rec. s. 1891, och av den 13 november 1990, Marleasing, C-106/89, Rec. s. I-4135, punkt 8). Det är tillräckligt att i detta hänseende påminna om att kriteriet avseende en konform tolkning avser direktiven som sådana, oavsett deras eventuella direkta effekt och oavsett mot vilket subjekt de nationella bestämmelserna åberopas, vilket innebär att det inte är långt till den faktiska verkan som skulle bli följden om precisa och ovillkorliga direktiv skulle ges så kallad horisontell effekt.

37 — Dom av den 14 juli 1994, Faccini Dori (C-91/92, Rec. s. I-3325, punkt 27). Efter att ha påmint om att de berörda kan göra gällande ett direktiv som inte har införlivats genom att direkt vid den nationella domstolen åberopa de bestämmelser däri som har direkt effekt eller, om detta inte är möjligt, genom att begära att de relevanta bestämmelserna i den nationella rätten i möjligaste mån skall tolkas i överensstämmelse med det ifrågavarande direktivet, preciserade nämligen domstolen att "för det fall att det i direktivet angivna resultatet inte skulle kunna uppnås genom tolkning ... åligger gemenskapsrätten medlemsländerna att utge ersättning för de skador som de har vållat enskilda på grund av att de inte har införlivat ett direktiv". Se i denna mening även dom av den 16 december 1993, Wagner Miret (C-334/92, Rec. s. I-6911, punkt 23). I det fallet gällde frågan — trots att det rörde sig om ett direktiv, detsamma som i målet Francovich m. fl., som redan hade införlivats i den nationella rättsordningen — den omständigheten att det i de nationella, relevanta bestämmelserna inte hade tagits hänsyn till en viss kategori av arbetare i förhållande till vilka det ifrågavarande direktivet därför inte hade genomförts.

riktar sig till, för att säkerställa ett fullständigt och effektivt skydd av de rättigheter som följer av denna bestämmelse. För att säkerställa skyddet av de rättigheter som följer av en bestämmelse som inte har direkt effekt i den meningen att den inte kan åberopas direkt vid de nationella domstolarna men som likväl ålägger medlemsstaten en skyldighet används dessutom den enskildes rätt till skadestånd då staten har underlåtit att uppfylla denna skyldighet.

Principen förblir således densamma. För att genomföra en bestämmelse som är förpliktande för staten används den enskildes rättsliga ställning med utnyttjande av i det ena fallet dess *fulla, materiella innehåll* och i det andra fallet dess *ekonomiska innehåll.* Till och med resultatet är identiskt. Dels botas den ifrågavarande medlemsstatens underlåtenhet, dels garanteras den enskilde ett effektivt skydd av de rättigheter som han har enligt gemenskapsbestämmelserna. Det är bestämmelsens effektivitet och således hela systemets effektivitet som förstärks på detta sätt.

32. Det framgår på ett tillräckligt klart sätt av de föregående övervägandena att domen i målet Francovich m. fl., långt ifrån att utgöra ett excentriskt inslag i domstolens rättspraxis, utgör ett inslag som är fullständigt logiskt och konsekvent i förhållande till en princip som utan att ifrågasättas har fastslagits vid upprepade tillfällen i Luxemburg, nämligen den om gemenskapsnormernas effektivitet och således det fulla rättsliga skyddet. [38]

Det rör sig obestridligen om en i alla rättsordningar grundläggande princip, oavsett om det är gemenskapens eller en nationell rättsordning som avses. Det kan inte heller förnekas att efterlevnaden av denna princip i förekommande fall kan kräva att enskilda garanteras rätten till ersättning för liden skada på grund av den offentliga maktens lagstiftningsverksamhet eller underlåtenhet att lagstifta, oavsett om den enskilde förfogar över andra medel än skadeståndstalan för att göra gällande en kränkning av den rättsliga ställning som han enligt gemenskapsrätten är innehavare av.

33. Det numera obestridda fastställandet av medlemsstatens skadeståndsskyldighet gentemot den enskilde vid underlåtenhet att införliva ett direktiv — det vill säga vid underlåtenhet att iaktta en skyldighet som åligger staten (överträdelse av artiklarna 189 och 5 i fördraget), vilken endast indirekt sammanhänger med en överträdelse av en motsvarande rättighet för den enskilde — innebär

38 — I den meningen att "the decision in Francovich is undoubtedly consistent with, and a natural and logical extension of, the Court's case law", och efter att ha erkänt den direkta effekten och medlemsstaternas skyldighet att säkerställa gemenskapsnormernas fulla verkan, "it was but a small step to guarantee their full effect by holding states liable in damages for infringements of those rights for which they were responsible", se Steiner, "From direct effects to Francovich: shifting means of enforcement of Community Law", in *European Law Review*, 1993, s. 3 och följande sidor, särskilt s. 9. Litteraturen om domen i målet Francovich m. fl. är som bekant numera riklig. Bland de senare bidragen se Zenner, "Die Haftung der EG-Mitgliedstaaten für die Anwendung europarechtswidriger Rechtsnormen", München, 1995.

vidare att det finns desto större anledning att just detta skydd måste kunna ges när överträdelsen i fråga *direkt* berör de bestämmelser genom vilka den enskilde får en egen rättslig ställning och som av detta skäl direkt kan åberopas vid de nationella domstolarna.

Tesen att det inte skulle vara möjligt att "gå längre" än att fastställa ett ansvar vid underlåtenhet att införliva ett direktiv kan inte godtas av de skäl som jag har anfört ovan och den tar inte heller hänsyn till den omständigheten att det fall som avses i domen i målet Francovich m. fl. snarare utgör det yttersta målet (och inte det första) för domstolens rättspraxis. Vid närmare betraktelse har domen i målet Francovich m. fl. nämligen tillhandahållit ett skyddsmedel (i varje fall i ekonomiskt hänseende) för de fall det förutsedda skyddet är det som avses i artikel 169, vilket för den enskilde inte är ett direkt skydd. Mot överträdelser av bestämmelser som har direkt effekt finns däremot redan ett skydd som kan åberopas direkt av den enskilde, varför det bara handlar om att förena detta med den nödlösning som det ekonomiska skyddet utgör. I detta fall är det följaktligen inte nödvändigt att ta det "lilla" logiska steg som däremot krävs för att låta en överträdelse av artikel 189 innebära en kränkning av den rättighet som den enskilde eventuellt ges enligt direktivet.

Låt oss inte glömma att de bestämmelser som har direkt effekt enligt fast rättspraxis "på ett enhetligt sätt måste ges full verkan i alla medlemsstater från och med sitt ikraftträdande och under hela sin giltighetstid" [39] och att "denna verkan även berör varje domstol som inom ramen för sin behörighet och i egenskap av organ för en medlemsstat har till uppgift att skydda de rättigheter som enskilda ges enligt gemenskapsrätten". [40] Det står således klart att den enskilde genom en gemenskapsbestämmelse som har direkt effekt ges en egen rättslig ställning redan från och med dess ikraftträdande och under hela dess giltighetstid, oberoende av och till och med trots en tidigare eller senare nationell bestämmelse i vilken denna rättsliga ställning eventuellt förnekas. Av detta följer därför att den nationella domstolen är skyldig att ge ett fullständigt och effektivt domstolsskydd av de rättigheter som den enskilde ges enligt gemenskapsbestämmelsen i fråga.

34. Det kan emellertid inte förnekas att åsidosättandet av en rättsregel ger upphov till en rubbad jämvikt beträffande av en försämring eller undanröjande av den berörda rättsliga ställningen, i detta fall nämligen den som en enskild är innehavare av. Det råder inte heller någon tvekan om att varje enskilds rättsliga ställning eller, om det föredras, varje "rättighet" har ett materiellt innehåll och ett ekonomiskt innehåll som i allmänhet är bestämbart. Att säkerställa domstolsskyddets effektivitet vid överträdelse av en bestämmelse som ger upphov till en rättslig ställning för enskilda är detsamma som att säkerställa återställandet av innehållet i den

39 — Se bland annat dom av den 9 mars 1978, Simmental (106/77, Rec. s. 629, punkt 14), och av den 10 juli 1980, Ariete (811/79, Rec. s. 2545, punkt 5).

40 — Domen i målet Simmenthal, nämnd ovan i den föregående fotnoten, punkt 16.

rättighet som har kränkts genom rättsregelns åsidosättande. I den mån det är en tvingande rättsakt — förvaltningsrättsliga föreskrifter eller en lag — som på ett otillåtet sätt kränker en enskilds rättighet, ankommer det på den som har givit upphov till denna rättsakt att återställa den enskildes rättighet eller i varje fall rättighetens ekonomiska innehåll.

Slutligen utgör återställandet av det ekonomiska innehållet en nödlösning, en minsta gottgörelse jämfört med ett i materiellt hänseende fullständigt återställande, vilket förblir det bästa skyddet. Detta tillvägagångssätt, vilket består i att ogiltigförklara den rättsstridiga rättsakten eller att underlåta att tillämpa en lag som är oförenlig med en överordnad bestämmelse, är oundvikligt i en rättsstat. Ibland är detta dock inte tillräckligt. Det kan då visa sig vara nödvändigt, för att skyddet skall bli faktiskt och effektivt, att även återställa det ekonomiska innehållet i den kränkta rättigheten och att således säkerställa att det utges ersättning för skadan. Återställandet av den kränkta rättigheten i ekonomiskt hänseende utgör således inte ett annorlunda eller kompletterande inslag och än mindre något nytt sådant. Det utgör inte heller en sofistikerad, indirekt utväg i en rättsordning som försöker och måste vara effektiv.

Sammantaget skall principen om statens ekonomiska ansvar tillämpas såväl som en alternativ som kompletterande lösning i förhållande till skyddet i materiellt hänseende. Den skall följaktligen tillämpas beträffande överträdelser av såväl de bestämmelser som inte har direkt effekt — i den meningen att de enskilda inte kan åberopa dessa direkt vid de nationella domstolarna — som av de bestämmelser genom vilka det erbjuds en sådan möjlighet.

c) Medlemsstatens skadeståndsskyldighet för lagstiftningsverksamhet

35. Det tycks mig som om en sådan slutsats inte kan vederläggas av den omständigheten att överträdelser av gemenskapsrätten ibland eller ofta kan tillskrivas lagstiftaren.

Jag påminner i detta hänseende om att det i domen i målet Francovich m. fl., vilket för övrigt inte har ifrågasatts av någon av de medlemsstater som har inkommit med yttranden i detta förfarande, inte görs någon åtskillnad beroende på om skadan har sitt ursprung i en överträdelse som har uppstått genom underlåtenhet av den lagstiftande eller verkställande makten. Det finns säkerligen inte något skäl att anse att en annan slutsats gör sig gällande beträffande de omständigheter som avses i detta fall.

Möjligheten att bevilja ersättning för de ifrågavarande skadorna skulle emellertid, såsom de nationella domstolarna har förklarat i sina respektive beslut om hänskjutande, inte vara tillåten enligt deras nationella rätt just därför att överträdelserna av gemenskapsrätten i detta fall kan tillskrivas lagstiftaren, antingen på grund av att han har underlåtit att ändra en nationell lag som är oförenlig med gemenskapsrätten (mål C-46/93, Brasserie du

pêcheur) eller på grund av att lagstiftaren har antagit en nationell lag som är oförenlig med denna rätt (mål C-48/93, Factortame III). Med beaktande av att det inte är möjligt att väcka en skadeståndstalan med anledning av lagstiftarens handlande eller underlåtenhet skulle således den nationella rätten i sådana fall i huvudsak leda till ett förnekande av själva ansvarsprincipen.

36. Att staten inte har något ansvar för sin verksamhet som lagstiftare har visserligen tidigare varit en ganska utbredd uppfattning. Dess logiska grund bestod i konstaterandet att regenten inte kan "handla rättsstridigt" eller, enligt en modernare och mer demokratisk version, i den parlamentariska suveräniteten. Lagstiftaren skulle med andra ord — i egenskap av det högsta uttrycket för folksuveräniteten och även med beaktande av den demokratiska legitimitet som han åtnjöt — i princip vara undandragen de allmänna reglerna om ansvar.

En sådan uppfattning, vilken gjorde sig gällande främst i de rättsordningar som saknade kontroll av om en lag var förenlig med normer av högre rang, borde emellertid få ett annat innehåll när det finns en överordnad norm som gör det möjligt att granska och eventuellt bestrida lagenligheten av lagstiftarens agerande. Problemet med en eventuell ersättning för skador till följd av en författningsstridig lag är däremot långt ifrån löst, även i de rättsordningar som innefattar inte bara en klar och formell hierarki mellan bestämmelser i grundlagar och lagar utan också en för detta ändamål inrättad kontrollmekanism för en konstant efterlevnad av denna hierarki (till exempel Tyskland, Österrike, Spanien och Italien). [41] Faktum kvarstår emellertid att det i ett sådant fall åtminstone inte kan uteslutas att det ankommer på staten att svara för de skador som har vållats genom lagar som har förklarats vara författningsstridiga.

37. När lagstiftaren vid fullgörandet av sina huvudsakliga uppgifter har att hålla sig inom vissa gränser som föreskrivs genom överordnade normer finns nämligen inget i den allmänna rättsteorin som hindrar att staten kan vara skyldig att utge ersättning för den skada som har vållats genom de lagar varigenom dessa gränser har överträtts. Lagstiftarens ansvar för skada ligger under dessa förhållanden begreppsmässigt inte långt från och är inte heller annorlunda än förvaltningsmyndigheternas ansvar för skador med anledning av deras normgivningsverksamhet, ett ansvar som numera har godtagits på alla håll.

41 — I exempelvis Förbundsrepubliken Tyskland är en sådan möjlighet i sig inte utesluten utan endast i den mån den åsidosatta tjänsteplikten inte kan anses åsyfta en viss tredje man, vilket — i likhet med vad som har angivits ovan — inträffar i de flesta fall där det rör sig om en kränkning som kan tillskrivas lagstiftaren. Möjligheten i fråga medges däremot klart vad beträffar de lagar som inte har allmän giltighet. Enligt den ledande doktrinen borde dessutom den enskildes rätt till ersättning erkännas åtminstone vid kränkning av grundläggande rättigheter (se i detta hänseende bland annat Haverkate, "Amtshaftung bei legislativem Unrecht und die Grundrechtsbildung des Gesetzgebers", i *NJW*, 1973 s. 441). I Italien, där frågan ännu debatteras, har en sådan möjlighet medgivits, till exempel i det särskilda fall där presidentdekret om expropriation som har antagits inom ramen för genomförandet av jordreformen har förklarats strida mot grundlagen. Skyldigheten att utge ersättning ålades för övrigt organet för jordreformen, trots att inget rättsstridigt agerande kunde tillskrivas detsamma. Från detta kan den slutsatsen dras att skadeståndet i ett sådant fall snarare utgör en återbetalning av felaktigt uppburna belopp och som uteslutande avser värdet av den förlorade egendomen (för några mer allmänna synpunkter se i denna fråga Zagrebelsky, "Processo costituzionale", i *Enciclopedia del diritto* XXXVI, 1987, s. 639).

Detta är dock inte allt. Som bekant föreskrivs i de flesta rättsordningar att skadestånd i vissa fall skall utges för den ekonomiska förlust som den enskilde åsamkas på grund av en lagstiftningsåtgärd som är fullt tillåten, eftersom den fullgörs utan att någon gällande norm åsidosätts (jag tänker på fall som förstatligande och expropriation på grund av allmännyttiga intressen). Om det medges att den uppoffring som i det allmännas intresse *lagligen* görs gällande i fråga om den enskildes rättsliga och ekonomiska ställning skall åtföljas av ett rättvist skadestånd, vore det ändå egendomligt om det inte fanns den minsta möjlighet till ersättning när skadan har vållats genom en normativ rättsakt som — på grund av att den är oförenlig med en överordnad norm (i grundlag, gemenskapsrättslig eller som i varje fall har företräde framför den ifrågavarande rättsakten) — är *rättsstridig*.

38. Det är å andra sidan knappast nödvändigt att framhålla att statens ansvar som lagstiftare är allmänt godtaget i de förhållanden som regleras av internationell rätt. [42] Det finns skäl att bland de åtskilliga exemplen påminna om den princip som har fastställts av den så kallade fasta mellanfolkliga domstolen i Haag, enligt vilken skyldigheten att utge skadestånd är en direkt konsekvens av en skadegörande handling som strider mot den internationella rätten och som kan tillskrivas en stat. Närmare bestämt: "*Det är en princip i internationell rätt att åsidosättandet av en förpliktelse för med sig en skyldighet att i en adekvat form utge skadestånd. Skadeståndet är således ett nödvändigt komplement till en underlåtenhet att tillämpa en konvention, utan att det krävs att detta föreskrivs i själva konventionen.*" [43]

39. Jag är förvisso medveten om det faktum att statens skyldighet att utge ersättning för skador enligt den internationella rätten — även när skadeståndet syftar till att återställa enskildas ekonomiska ställning — gäller i förhållande till en eller flera stater och inte, såsom avses i detta fall, direkt gentemot enskilda.

Det är emellertid inte möjligt att bortse från de speciella kännetecken som är utmärkande för gemenskapens rättsordning. Denna rättsordning är, i det hänseende som nu är aktuellt, fast förankrad i ett fördrag. Fördraget inbegriper, i likhet med andra avtal om upprättande av internationella organisationer, en rad skyldigheter för medlemsstaterna i fråga om dels fullgörandet av de angivna målen, vilka fritt har godtagits, dels inrättandet av en institutionell struktur med befogenheter som, visserligen inte fullständigt men till mycket stor del, är angivna i förväg. Beträffande gemenskapen har emellertid den fördragsmässiga grunden som yttersta målsättning att genomföra en integration, nämligen

42 — I själva verket avser den internationella rätten endast statens ansvar betraktat i dess helhet, det vill säga som enhet. Det blir därför ingen skillnad beroende på om överträdelsen som har givit upphov till skadan kan tillskrivas den lagstiftande, den dömande eller den verkställande makten. Samma betraktelsesätt kan för övrigt urskiljas i domstolens rättspraxis angående artikel 169 i fördraget: Åsidosättande av en gemenskapsrättslig skyldighet skall i varje fall tillskrivas staten oavsett vem den person är som det konkret åligger att uppfylla denna skyldighet (se bland annat dom av den 5 maj 1970, kommissionen mot Belgien, 77/69, Rec. s. 237, punkt 15, av den 18 november 1970, kommissionen mot Italien, 8/70, Rec. s. 961, punkt 9, och av den 26 februari 1976, kommissionen mot Italien, 52/75, Rec. s. 277, punkt 14).

43 — Dom av den 26 juli 1927, Fabriken i Chorzów (CPJI, serie A, nr 8, s. 21), min anmärkning. Samma princip har i det följande bekräftats av Internationella domstolen i sitt rådgivande yttrande av den 30 mars 1950 om tolkningen av fredsfördragen som har ingåtts med Bulgarien, Ungern och Rumänien (CIJ, 1950, s. 228).

att "lägga grunden till en allt fastare sammanslutning mellan de europeiska folken" [44], genom bland annat upprättandet av den gemensamma marknaden. Av detta följer att de traditionella instrumenten — även enligt den internationella rätten — för att uppnå en riktig och precis verkställighet av medlemsstaternas skyldigheter till en mycket stor del har tagit sig uttryck i att enskildas rättsliga ställning ges högsta möjliga direkta betydelse. Detta beror på att staternas och gemenskapsinstitutionernas skyldigheter i huvudsak syftar till att, i ett önskat gemenskapsrättsligt system, skapa rättigheter för enskilda. Det är denna ram som har givits av fördragets upphovsmän och som har konsoliderats av gemenskapslagstiftaren.

40. Domstolen har i en välkänd rättspraxis inskränkt sig till att ta fasta på denna precisa avsikt från fördragets upphovsmän och därefter från lagstiftaren och har påpekat att det genom EG-fördraget har upprättats en särskild rättsordning, "till vars förmån staterna, om än på begränsade områden, har avstått från sina suveräna rättigheter". [45] Subjekten i denna rättsordning är inte endast staterna utan även de enskilda, åt vilka gemenskapsrätten ger rättigheter som ingår i deras rättsliga ställning och som uppkommer inte bara då detta uttryckligen anges i fördraget utan även med anledning av skyldigheter som såväl enskilda, medlemsstater och gemenskapsinstitutioner åläggs genom fördraget.

41. När det rör sig om gemenskapsrättsliga normer — genom vilka enskildas ställning regleras och vilkas företräde framför den nationella rättens bestämmelser har erkänts — måste det därför anses att ett påstående om att den nationelle lagstiftaren saknar ansvar inte är berättigat. Själva idén om att staten för sin lagstiftningsverksamhet har ett ansvar i förhållande till de skyldigheter som åläggs genom gemenskapsrätten, och som således av medlemsstaterna själva på konventionell väg har godtagits eller som har uppkommit genom de efterföljande förfaranden som har föreskrivits i detta syfte, är tvärtom fullt förenlig med — och därigenom också en del av — de väsentliga och typiska kännetecken som är utmärkande för gemenskapens rättsordning.

42. Slutligen har det, inte bara mot bakgrund av domen i målet Francovich m. fl. utan redan på grund av den specifika karaktären i gemenskapens rättsordning, betraktad i sin helhet, ingen betydelse att den otillåtna handlingen kan tillskrivas den lagstiftande eller den verkställande makten.

Vidare blir frågan om den lagstiftande statens ansvar under alla omständigheter inte aktuell när den otillåtna handlingen berör bestämmelser som har direkt effekt. Domstolens uttalande om att "det för övrigt skulle vara motsägelsefullt att fastställa att enskilda vid de nationella domstolarna kan åberopa bestämmelser i ett direktiv som uppfyller de förutsättningar som har angivits ovan för att ifrågasätta förvaltningsmyndigheters handlande, samtidigt som det anses att förvaltningsmyndigheterna inte är skyldiga att vare

44 — Jag hänför mig till ingressen i fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen.

45 — Se särskilt dom av den 5 februari 1963, Van Gend en Loos (nämnd i fotnot 35 ovan), och dom av den 15 juli 1964, Costa mot Enel (6/64, Rec. s. 1141 i den franska versionen).

sig tillämpa direktivets bestämmelser eller undanröja de bestämmelser i den nationella rätten som strider mot dessa" [46] innebär nämligen att det även ankommer på den offentliga förvaltningen att säkerställa skyddet av rättigheter som enskilda har enligt gemenskapsbestämmelser som har direkt effekt. Av denna ståndpunkt följer att det i förekommande fall mycket väl är möjligt att göra gällande den offentliga myndighetens ansvar för att ha vidtagit skadevållande åtgärder vid verkställigheten av en lag som anses oförenlig med gemenskapsrätten eller i varje fall på grund av att myndigheten har tillämpat en sådan lag.

Det är med detta synsätt som exempelvis det franska Conseil d'État [Högsta förvaltningsdomstolen, motsvarande Regeringsrätten och Lagrådet, övers. anmärkn.] tycks ha slutit sig till statens ansvar för culpa (faute) [47] som har begåtts av förvaltningsmyndigheter, åtminstone då dessa har använt sig av ett utrymme för skönsmässig bedömning som de har tilldelats genom en mot gemenskapsrätten stridande nationell lag. [48] I fall av detta slag har visserligen ansvaret trots allt sitt ursprung i lagstiftarens otillåtna handlande, det vill säga i en med gemenskapsrätten oförenlig lag. Det är dock givetvis på den nationella rätten som det tillkommer att fastställa om möjligheten att väcka talan mot dessa myndigheter i processuellt och/eller materiellt hänseende är ett "oumbärligt" medel för att fastställa lagstiftarens ansvar eller om det är det riktiga tillvägagångssättet.

43. Det som enligt gemenskapsrätten krävs, såvitt det har betydelse i detta fall, är att i varje fall de verktyg tillhandahålls som är nödvändiga för att den enskilde skall kunna begära och eventuellt få ersättning för skador som han har lidit till följd av att gemenskapsrätten har överträtts. I detta hänseende är det för övrigt nödvändigt att påpeka att problemet med att erkänna ett rättsligt medel som ännu inte föreskrivs eller godtas enligt medlemsstaternas rättsordningar varken är ett oöverstigligt eller nytt problem på grund av de särskilda förutsättningarna i detta fall men också därför att domstolen redan har behandlat frågan i ett antal historiska och obestridda delar av sin rättspraxis.

Detta bekräftas bland annat av sådana mål som Simmenthal [49] och Factortame I [50], i vilka domstolen ställdes inför frågan om ett visst rättsligt medel som enligt det nationella rättegångssystemet inte kunde användas vid den nationella domstolen kunde eller måste

46 — Dom av den 22 juni 1989, Fratelli Costanzo (103/88, Rec. s. 1839, punkt 31).

47 — Det behöver knappast anges att begreppet *faute*, när det gäller den offentliga myndighetens normgivningsverksamhet, av doktrinen och av fransk rättspraxis på det förvaltningsrättsliga området (där begreppet har utvecklats) förstås som en av den offentliga myndigheten bristfällig hantering, vilken således — vilket kan tyckas förvånande — är oberoende av culpa. En regel som det ofta påminns om är nämligen att "varje rättsstridigt beslut i princip utgör en bristfällighet". I korthet gäller enligt det franska systemet att skillnaden mellan *responsabilité pour faute* och *responsabilité sans faute* inte har någon motsvarighet i skillnaden mellan ansvar för culpa och objektivt ansvar utan snarare i skillnaden mellan ansvar för rättsstridiga handlingar och ansvar för lagenliga handlingar.

48 — Dom av den 28 februari 1992, Arizona Tobacco Products GmbH, i *AJDA*, 1992, s. 210. Cour administrative d'appel de Paris hänvisade däremot i sin dom av den 1 juli 1992, Société Dangeville (*AJDA*, 1992, s. 728, med avvikande mening av Prétot) i allmänna ordalag till statens ansvar för att säkerställa dess skadeståndsskyldighet i en med gemenskapsrätten oförenlig situation som lagstiftaren hade givit upphov till.

49 — Dom av den 9 mars 1978 (106/77, Rec. s. 629).

50 — Dom av den 19 juni 1990 (C-213/89, Rec. s. I-2433).

göras tillgängligt och användas på grund av gemenskapsrätten.

44. I målet Simmenthal rörde det sig om den italienska domstolens befogenhet att själv direkt kunna avstå från att tillämpa en mot gemenskapsrätten stridande nationell bestämmelse, utan att den ifrågavarande bestämmelsens författningsstridighet först måste fastställas av [den italienska] författningsdomstolen. Genom att grunda den nationella domstolens befogenhet och skyldighet att låta bli att tillämpa den mot gemenskapsrätten stridande bestämmelsen på gemenskapsrätten — vilken möjlighet saknades i det nationella systemet och utgjorde raka motsatsen till den italienska författningsdomstolens uttryckliga och upprepade rättspraxis i denna fråga — införde domstolen ett undantag från medlemsstatens självständighet i fråga om de medel för domstolsskydd av de rättigheter som enskilda har enligt gemenskapsrätten. Det är anmärkningsvärt, även i det förevarande sammanhanget, att vad domstolen i målet Simmenthal ansåg oacceptabelt inte var frånvaron av skydd utan en enkel försening av införandet av detta skydd. Domstolen gav därmed företräde åt denna aspekt jämfört med de fördelar i fråga om rättssäkerhet och förutsägbarhet som det system otvivelaktigt hade som tillämpades dessförinnan, vilket var grundat på en lagenlighetskontroll.

I målet Factortame I ställdes frågan, precis som i målet Simmenthal, om det när en nationell domstol inte har någon befogenhet enligt nationell rätt — det gällde i det fallet att tillfälligt suspendera tillämpningen av en nationell lag på grund av att lagen antogs vara oförenlig med gemenskapsrätten, dock utan att detta hade fastställts — en sådan befogenhet kunde grunda sig på själva gemenskapsrätten. Domstolen svarade, såsom i målet Simmenthal, att ett hinder för ett effektivt domstolsskydd av en rättighet som en enskild har enligt de gemenskapsrättsliga normerna måste undanröjas av den nationella domstolen och att således en bestämmelse som utgör ett hinder för rättigheten inte får tillämpas.

45. Slutligen finns betydande undantag från medlemsstaternas självständighet — vilket har bekräftats av domstolen [51] — i fråga om de rättsliga medlen för att bota kränkningar av de rättigheter som ges enligt gemenskapens system: särskilt varje gång som detta visar sig vara nödvändigt för att säkerställa ett korrekt fullgörande av gemenskapsrätten och ett fullständigt och effektivt skydd av de rättigheter som de enskilda har enligt denna rätt.

Det är därför som domstolen i domen i målet Salgoil uttalade, trots att den betonade de nationella domstolarnas skyldighet att för

51 — Se dom av den 7 juli 1981, Rewe (158/80, Rec. s. 1805, punkt 44), i vilken domstolen förklarade att det genom fördraget varken avsågs att skapa nya förfaranden i förhållande till dem som redan fanns i de nationella rättsordningarna eller att begränsa domstolarnas val beträffande de mest lämpliga skydden. Detta uttalande har i själva verket en klart mindre kategorisk räckvidd än vad det först förefaller att ha.

enskilda säkerställa ett direkt och omedelbart skydd av deras intressen, att "det tillkommer rättsordningen i varje medlemsstat att utse behörig domstol och att i detta syfte rättsligen kvalificera dessa rättigheter enligt kriterier i den nationella rätten". [52] I domen i målet Bozzetti försvinner dock denna tvetydighet. Domstolen fastställde nämligen i den domen på nytt skyldigheten att "i varje enskilt fall" säkerställa ett effektivt skydd av enskildas rättigheter och att det endast inom ramen för dessa bestämda gränser ("med detta förbehåll") "inte tillkommer domstolen att ingripa i lösningen av de behörighetsfrågor avseende den nationella domstolsorganisationen som kan uppkomma med anledning av tillkomsten av vissa rättsliga förhållanden som grundar sig på gemenskapsrätten". [53] Den inskjutna satsen "med detta förbehåll" är uppenbarligen den viktigaste nyckeln till tolkningen av detta uttalande, eftersom den anger gränserna för de nationella systemens självständighet. Det tycks mig inte vara en ren slump att punkt 42 i domen i målet Francovich m. fl. innehåller samma inskjutna sats.

46. Låt oss inte heller glömma att till och med gemenskapslagstiftaren har infört undantag från medlemsstaternas självständighet, till exempel i fråga om offentlig upphandling, vilken regleras av gemenskapsrätten och det just i skadeståndshänseende. Jag hänför mig uppenbarligen till rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg-och anläggningsarbeten [54] och till motsvarande direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport-och telekommunikationssektorerna [55].

Gemenskapslagstiftaren, ställd inför ett stort antal olika lösningar i medlemsstaternas rättsordningar, har ingripit inte bara avseende de aspekter som rör det materiella, det vill säga det faktiska skyddet, utan även genom att vid avsaknad av ett faktiskt skydd eller vid ett otillräckligt sådant fastställa ett system — som säkerligen är främmande för ett stort antal nationella rättsordningar — med skadestånd som följd av rättsstridiga förfaranden för prövning av upphandlingsavtal. [56]

47. Slutligen kan det med fog hävdas att medlemsstaternas självständighet i fråga om de rättsliga medel som domstolarna erbjuder vid överträdelse av rättigheter som ges enligt

52 — Dom av den 19 december 1968 (13/68, Rec. s. 661 och särskilt s. 675 och följande sidor i den franska versionen).

53 — Dom av den 9 juli 1985 (179/84, Rec. s. 2301, punkt 17).

54 — EGT nr L 395, s. 33.

55 — EGT nr L 76, s. 14.

56 — Detta fastställande har medfört märkbara förändringar i åtskilliga medlemsstaters system. I det italienska systemet — vilket ändå var ett av de mest beskyddande och åtminstone ett av de få system i vilka det var möjligt att till följd av en ogiltigförklaring av en otillåten förvaltningsåtgärd även få det uppkomna avtalsförhållandet ogiltigförklarat — utgör fastställandet av skadestånd på grund av kränkning av sådana förhållanden som traditionellt inordnas i kategorin för skyddsintressen och inte i den för enskildas rättigheter en riktig *kulturell revolution*, även om det begränsas till enbart förhållanden som regleras av gemenskapsrätten (se Cassazione, 5 mars 1993, nr 2667, i *Foro it.*, 1993, I, 3062).

gemenskapsbestämmelser är nära förbunden med det av gemenskapsrätten eftersträvade resultatet. [57]

Vid medlemsstaternas överträdelse av gemenskapsbestämmelser är emellertid det resultat som måste uppnås — i den mån det är av betydelse i detta mål — för att en tillfredsställande funktion av gemenskapens rättsordning betraktad i sin helhet skall vara säkerställd att under vissa förutsättningar på något sätt åstadkomma ett återställande av den rättsliga ställningen — i varje fall vad beträffar dess ekonomiska innehåll — till den som skulle ha förelegat om staten inte hade åsidosatt den skyldighet som åligger den enligt gemenskapsrätten.

II — *Förutsättningarna för statens skadeståndsskyldighet*

48. Ansvaret kan således föreligga vid varje typ av överträdelse av gemenskapsrätten, inbegripet den där skadan är en följd av överträdelser av bestämmelser i fördraget som har direkt effekt, oberoende av vilket statligt organ (det vill säga även lagstiftaren) som skadan kan tillskrivas. Det återstår därmed endast att pröva frågan under vilka förutsättningar som detta ansvar föreligger

57 — Se, för en delvis annorlunda infallsvinkel, generaladvokaten Jacobs förslag till avgörande av den 15 juni 1995 i de alltjämt pågående förenade målen Van Schijndel och Van Veen (C-430/93 och C-431/93, REG 1995, s. I-4705, I-4707).

och, parallellt därmed, som den enskilde har rätt till skadestånd.

I själva verket består problemet i att — med hänsyn till att det på detta område inte finns någon särskild gemenskapsrättslig reglering — dels ange förutsättningarna för statens ansvar, dels ange om det är konkret möjligt att pröva om dessa förutsättningar föreligger. Dessutom bör det noggrant bedömas om de föreslagna lösningarna går att genomföra i praktiken.

49. Gemenskapsrätten skulle förvisso, såsom vissa medlemsstater har föreslagit under detta förfarande, säkerligen kunna inskränka sig till att fastställa principen om ansvar och skadeståndsskyldighet samtidigt som den åt varje nationell rätt överlåter uppgiften att bestämma förutsättningarna härför samt de processrättsliga och materiella reglerna i detta avseende.

Som jag redan har angivit i början av min analys uppvisar en sådan lösning emellertid betydande olägenheter, av vilka framför allt skall nämnas att det av gemenskapsrätten eftersträvade resultatet — det vill säga ett fullständigt och effektivt skydd av de rättigheter som den enskilde har enligt den gemenskapsrättsliga bestämmelse som antas ha överträtts — inte är säkerställt om inte skadeståndsprincipen fastställs. Själva frågorna från de nationella domstolarna, vilka har ställts just på grund av att den tillämpliga nationella rätten i de förevarande fallen inte medger att något skadestånd beviljas, bekräftar att det här rör sig om en faktisk risk. Hur

det än förhåller sig med detta är det för övrigt helt uppenbart att om det i denna fråga enbart hänvisades till den nationella rätten, skulle detta kunna riskera att ge upphov till ett diskriminerande system där det skydd som medborgarna inom gemenskapen erbjuds vid likadana överträdelser kan skilja sig åt och där vissa medborgare till och med kan komma att sakna allt skydd.

50. Sammantaget är det nödvändigt — för att ett skydd i alla medlemsstater skall säkerställas på ett sätt som, om det inte är helt enhetligt, åtminstone är homogent — att det i själva gemenskapsrätten fastställs i varje fall minimiförutsättningarna för rätten till skadestånd och särskilt de kriterier enligt vilka dessa förutsättningar skall prövas samt de "gemenskapsrättsliga" begränsningarna av de "nationella" förutsättningarna för skadestånd, vare sig dessa är av processuell art eller inte.

Det är för övrigt denna lösning som domstolen har antagit i domen i målet Francovich m. fl., låt vara med vissa till detta fall kopplade specifika drag. Det finns inte någon anledning att anse att denna lösning endast skall tillämpas vid underlåtenhet att införliva ett direktiv och inte vid överträdelse av bestämmelser som har direkt effekt.

51. Jag påminner om att domstolen i domen i målet Francovich m. fl. — även om den angav att staten har att utge skadestånd för vållade skador inom ramen för den nationella rätten — själv har tagit fram och angivit de förutsättningar som är "tillräckliga för att till förmån för enskilda ge upphov till en rätt till skadestånd, vilken grundar sig direkt på gemenskapsrätten" (punkt 41). Den medlemsstat som kan tillskrivas underlåtenheten att införliva ett direktiv är således i varje fall skyldig att utge ersättning för den skada som den enskilde har vållats, förutsatt att de av domstolen uttalade förutsättningarna är uppfyllda.

Detta uttalande skall emellertid inte förstås på så sätt att förekomsten av dessa förutsättningar är tillräcklig för att skadeståndsskyldighet skall föreligga i fråga om alla typer av överträdelser av gemenskapsrätten. Domstolen har nämligen själv angivit att "om således statens ansvar följer av gemenskapsrätten, beror de förutsättningar som skall vara uppfyllda för att en rätt till skadestånd skall uppkomma på den typ av överträdelse som utgör ursprunget till den vållade skadan" (punkt 38).

52. Vilka förutsättningar som är nödvändiga för att medlemsstaternas ansvar skall aktualiseras kan således variera från fall till fall. På samma sätt som i domen i målet Francovich m. fl. måste det emellertid röra sig om förutsättningar som identifieras och anges i själva gemenskapsrätten.

De förutsättningar som har angivits i domen i målet Francovich m. fl. behöver, vid

åsidosättande av bestämmelser i fördraget som har direkt effekt, med andra ord inte vara nödvändiga och/eller tillräckliga för att en rätt till skadestånd skall uppkomma. Det är inte desto mindre nödvändigt att identifiera de förutsättningar som är tillräckliga för att göra det möjligt för den enskilde att få skadestånd. Det är knappast nödvändigt att understryka att de *tillräckliga förutsättningarna*, såsom följer av domen i målet Francovich m. fl., rör de *materiella* förutsättningarna för ansvar.

53. Vid en summarisk analys av de regler i medlemsstaternas rättsordningar som avser den offentliga förvaltningen framgår att det i varje fall kan anses vara en allmänt vedertagen princip att den person skall svara för den skadevållande handlingen som denna kan tillskrivas, förutsatt att det finns ett orsakssamband mellan handlingen och skadan.

De materiella förutsättningarna för ansvaret är mer eller mindre desamma överallt, det vill säga det skall föreligga en faktisk skada samt ett orsakssamband mellan skadan och gärningsmannens handlande. Olikheterna — vilka ibland är betydande och kan avse till exempel beskaffenheten av enskildas skyddade ställning [58] — rör i stället det sätt på vilket dessa förutsättningar bestäms och kriterierna för att de skall anses föreligga.

54. Det är för syftet med denna analys således inte så viktigt att identifiera de allmänna förutsättningarna för ansvar, vilka i själva verket är nästan identiska i de olika rättsordningarna, som att fastställa kriterierna för prövningen av dessa förutsättningar eller, om så föredras, de kriterier som möjliggör en gemensam definition av de ifrågavarande förutsättningarna.

Det synes mig nödvändigt att för detta ändamål först uppehålla mig vid de förutsättningar som domstolen har ansett vara tillräckliga för att vid underlåtenhet att införliva direktiv ge upphov till en rätt till skadestånd till förmån för enskilda.

1. *Lösningen i målet Francovich*

55. Statens skadeståndsskyldighet vid underlåtenhet att lagstifta har erkänts av domstolen när ett direktiv inte har införlivats inom föreskriven tid, förutsatt att följande tre förutsättningar är uppfyllda: "Direktivet måste ha till syfte att ge upphov till rättigheter för enskilda. Det måste vidare vara möjligt att bestämma innehållet i dessa rättigheter på grundval av bestämmelserna i direktivet. Slutligen måste det även föreligga

58 — Det är i detta hänseende tillräckligt att nämna de utmärkande dragen (se emellertid fotnot 5) i den italienska rättsordningen som inte erbjuder någon möjlighet till skadestånd för kränkningar av skyddsintressen. Beträffande "det svåra kapitlet om skyddet vid kränkningar av skyddsintressen" i Italien se Ponzanelli, "L'Europa e la responsabilità civile", i *Foro It.*, 1992, IV, col. 150. I målet Enichem Base m. fl., nämnt i fotnot 24 ovan, avsåg frågan från den nationella domstolen just en kränkning av ett skyddsintresse.

ett orsakssamband mellan statens åsidosättande av sin skyldighet och den uppkomna skadan." [59]

En första fråga gör sig gällande. Är dessa förutsättningar nödvändiga och tillräckliga även i det fall skadan har vållats genom att en bestämmelse i fördraget som har direkt effekt har överträtts?

56. Med bortseende för tillfället från orsakssambandet, en obligatorisk förutsättning för ansvar vid kränkning, skall jag först påminna om att den första förutsättningen — enligt vilken det i direktivet föreskrivna resultatet skall innefatta uppkomsten av rättigheter till förmån för enskilda — avser identifieringen av den enskildes rättsliga ställning, vilken kan ge upphov till en rätt till ersättning när den kränks. Det finns skäl att med beaktande av rättspraxis på området anse att domstolen härmed har avsett att göra en allmän hänvisning till alla rättsliga ställningar som för enskilda skyddas av gemenskapsrätten. Det rör sig följaktligen per definition om en förutsättning som alltid är uppfylld beträffande bestämmelser som har direkt effekt.

Den andra förutsättningen, vilken vid den första anblicken tycks utgöra ett förtydligande av den första, understryker nödvändigheten av att den rättighet som följer av direktivet har ett precist innehåll, det vill säga är bestämbart till sitt innehåll, vilket får till följd att den ifrågavarande förutsättningen i princip också skall anses uppfylld i fråga om de bestämmelser i fördraget som har direkt effekt. [60] Det är lämpligt att på detta stadium understryka att innehållet i den rättighet för enskilda som var aktuell i målet Francovich m. fl., liksom i de förenade målen C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 och C-190/94 (Dillenkofer m. fl.), i vilka jag skall avge förslag till avgörande denna dag, fullkomligt sammanfaller med det ekonomiska innehållet i samma rättighet som de har enligt de ifrågavarande gemenskapsbestämmelserna, det vill säga det överensstämmer med den skada för vilken skadestånd kan utgå. [61] Detta betyder givetvis inte att nämnda förutsättning måste förstås som att en eventuell ersättning för den skada som enskilda har lidit är beroende av möjligheten att på grundval av den bestämmelse som har överträtts identifiera det exakta innehållet i den ekonomiska skada som den enskilde har lidit. Det är tvärtom tillräckligt att överträdelsen av den ifrågavarande bestämmelsen, enligt vilken den enskilde ges en rättighet vars innehåll kan identifieras på ett precist sätt, har kränkt den skadelidandes ekonomiska intressen. Om detta inte vore fallet skulle skadeståndet nämligen inskränkas till enbart de fall där den bestämmelse som har överträtts just har till syfte att tillerkänna enskilda en "ekonomisk" rättighet.

57. Av de ovan anförda synpunkterna kan en första slutsats dras. De förutsättningar som

59 — De tre förutsättningar som domstolen har angivit i domen i målet Francovich m. fl. (punkt 40) återges här ordagrant såsom de har bekräftats och sammanfattats av domstolen i domen i målet Faccini Dori, nämnd i fotnot 37 ovan, punkt 27.

60 — Beträffande denna aspekt se punkt 75 nedan.

61 — Jag påminner om att det i målet Francovich m. fl. rörde sig om belopp som arbetare har rätt till vid arbetsgivarens insolvens. I målet Dillenkofer m. fl. rör det sig om belopp som köpare av paketresor har betalt för resor som aldrig har blivit av.

domstolen har angivit i domen i målet Francovich m. fl. är givetvis nödvändiga — eftersom de är kopplade till den rättsliga ställning som den enskilde måste vara innehavare av för att kunna göra gällande en rätt till skadestånd — även när det rör sig om bestämmelser i fördraget som har en direkt effekt. Frågan infinner sig därför om de alltid är tillräckliga.

För att klargöra denna fråga finns det anledning att undersöka de skäl som har föranlett domstolen att inskränka sig till de nämnda förutsättningarna [i domen i målet Francovich m. fl.] i stället för att även klargöra exempelvis de kriterier som gör det möjligt att fastställa att den aktuella överträdelsen av gemenskapsrätten utgör ett rättsstridigt handlande som kan ge upphov till ansvar för staten. Domstolen hänförde sig vid det tillfället, såsom jag redan har angivit, nämligen uttryckligen till en enda av de klassiska förutsättningarna för ansvar, nämligen orsakssambandet. Den har däremot inte bidragit med någon ytterligare precisering avseende rättsstridigheten av skadevållarens handlande eller skadans existens. Domstolen har i detta hänseende inte heller begärt någon bekräftelse av den nationella domstolen.

58. Det val som domstolen således har gjort i domen i målet Francovich m. fl. förefaller mig helt enkelt bero på den omständigheten att det i detta fall redan vid första anblicken var klart att de två förutsättningar förelåg som jag nyss har påmint om. Det fanns nämligen inte någon som helst tvekan om att statens underlåtenhet var rättsstridig. Det genom direktivet eftersträvade resultatet — beträffande vilket staten inte hade något utrymme för egen skönsmässig bedömning, i varje fall inte i fråga om tidsfristen inom vilken direktivet skulle införlivas — hade inte uppnåtts. Det förelåg inte heller någon osäkerhet i fråga om att skadan verkligen förelåg, vilken i huvudsak sammanföll med det belopp som kärandena skulle ha haft rätt till om direktivet hade införlivats inom den givna tidsfristen.

Det är på grund av dessa omständigheter som domstolen, med hänsyn till att den tidigare i domen hade konstaterat att den enskilde inte kunde åberopa direktivet direkt vid den nationella domstolen, begränsade sig — vad gäller skadeståndsskyldigheten för den åsidosättande medlemsstaten — till att ange att det måste vara möjligt att identifiera en precis och exakt rättighet till förmån för enskilda.

59. Sammanfattningsvis kan det inte förnekas att målet Francovich m. fl. nästan utgjorde ett skolexempel på när statens ansvar och skadeståndsskyldighet föreligger. Den omständigheten att domstolen i detta fall inte ansåg det vara nödvändigt att ange gränserna för statens ansvar, särskilt genom att inte uttryckligen ange de *gemenskapsrättsliga* kriterierna avseende statens rättsstridiga handlande, måste följaktligen bedömas uteslutande i förhållande till de särskilda omständigheter som förelåg i det fall som den då hade att pröva. Det är i detta hänseende signifikativt att åsikterna i doktrinen

har varit olika, till och med motstridiga. Somliga har gjort gällande att domstolen på detta sätt endast ville rikta in sig på allvarliga eller felaktiga överträdelser. [62] Andra anser däremot att det av den ifrågavarande domen följer att varje överträdelse av gemenskapsrätten ger upphov till ett ansvar och en skadeståndsskyldighet. [63]

60. Varje annan tolkning av domen i målet Francovich m. fl. skulle innebära att varje överträdelse av gemenskapsrätten som kränker de ekonomiska intressena hos ett subjekt som är innehavare av en rättslig ställning enligt den överträdda bestämmelsen i sig automatiskt skulle medföra en rätt till skadestånd.

Slutligen är den omständigheten att domen i målet Francovich m. fl. inte innehåller någon klar definition av de kriterier som krävs enligt gemenskapsrätten för att anse att statens ansvar föreligger nära förknippad med att det var fråga om ett ovanligt enkelt fall. Domstolens uttalande om att förutsättningarna för rätten till skadestånd varierar beroende på "typen av den överträdelse av gemenskapsrätten som utgör orsaken till den vållade skadan" skall således förstås inte bara som att de allmänna förutsättningarna för ansvar varierar beroende på typen av överträdelse utan även i den meningen att de kännetecken som är utmärkande för en bestämd typ av överträdelse, såsom underlåtenhet att införliva ett direktiv inom föreskriven tid, kan vara sådana att en fördjupad analys vad beträffar förekomsten av en eller flera av de ifrågavarande förutsättningarna blir överflödig.

Detta förefaller mig emellertid inte vara det av domstolen eller gemenskapsrätten önskade resultatet. Ett sådant resultat skulle för övrigt inte vara rimligt, med hänsyn till att ansvaret — i likhet med vad som har framställts ovan — på grund av den offentliga myndighetens normgivningsverksamhet i alla rättstraditioner på ett eller annat sätt är begränsat. Dessutom går domstolens egen rättspraxis i fråga om gemenskapsinstitutionernas utomobligatoriska ansvar på grund av deras normgivningsverksamhet i en annan riktning.

2. Rättspraxis avseende artikel 215 andra stycket

61. Trots att detta inte är rätt tillfälle för att analysera och ifrågasätta denna rättspraxis, anser jag det vara nödvändigt att åtminstone framhålla nödvändigheten av en klar och fördjupad reflexion i frågan. Under detta förfarande har medlemsstaterna nämligen konstant hänvisat till ifrågavarande rättspraxis och hävdat att de kriterier som har utvecklats i denna praxis även skall tillämpas vid

62 — Bland andra Temple Lang, "New Legal Effects Resulting from the Failure of States to Fulfill Obligations under European Community Law: The Francovich Judgment", i *Fordham International Law Journal*, 1992-1993, s. 1 och följande sidor, påpekar att underlåtenheten att införliva ett direktiv utgör en uppsåtlig handling som är överlagd och av detta skäl även "felaktig".

63 — För att det skulle röra sig om ett strikt ansvar för vilket "felet" inte tillmäts någon betydelse, se till exempel Caranta, "Governmental Liability after Francovich", i *The Cambridge Law Journal*, 1993, s. 272 och följande sidor, samt Tatham, "Les recours contre les atteintes portées aux normes communautaires par les pouvoirs publics en Angleterre", i *Cahiers de droit européen*, 1993, s. 597 och följande sidor.

fastställandet av medlemsstaternas ansvar på grund av överträdelser av gemenskapsrätten.

Denna ståndpunkt förefaller inte vara helt utan grund om det beaktas dels att det i fråga om ersättning för skador som gemenskapsinstitutionerna har vållat vid utövningen av sina funktioner i artikel 215 andra stycket hänvisas till de gemensamma, allmänna rättsprinciperna i medlemsstaternas rättsordningar, dels att denna rättspraxis — vid avsaknad av enhetliga regler i frågan — följaktligen skulle kunna och borde utgöra en lämplig referensram för gemensamma regler om statens ansvar.

62. Domstolen tycks — i varje fall vid en första anblick och i strid med vad som föreslagits av generaladvokat Mischo i dennes förslag till avgörande av domen i målet Francovich m. fl. — inte ha avsett att göra statens ansvar beroende av samma restriktiva förutsättningar som i rättspraxis har uppställts i fråga om gemenskapens ansvar.

Innan jag kommer till prövningen av var och en av de allmänna förutsättningarna för ansvaret, förefaller det mig likväl vara lägligt att göra några anmärkningar för att bedöma om och i vilken utsträckning en överträdelse av en gemenskapsrättslig rättighet som kan tillskrivas staten är jämförbar med en överträdelse som har begåtts av gemenskapsinstitutionerna och om, slutligen, de kriterier som har utvecklats i rättspraxis på detta område — åtminstone då det föreligger två liknande situationer — kan bilda en lämplig referensram eller inte.

63. Jag skall för detta ändamål först påpeka att det av en konstant rättspraxis framgår "att gemenskapens utomobligatoriska ansvar med anledning av dess lagstiftningsverksamhet är beroende av att det föreligger olika förutsättningar vad beträffar rättsstridigheten av en av institutionernas rättsakter, skadans existens och förekomsten av ett orsakssamband mellan själva handlingssättet och den åberopade skadan". [64] De materiella förutsättningarna är således desamma — och det skulle inte kunna förhålla sig på något annat sätt — även i fråga om gemenskapsinstitutionernas ansvar.

I samma rättspraxis har emellertid förutsättningar framställts, särskilt vad beträffar institutionernas rättsstridiga handlande, som är till den grad restriktiva att de gör det extremt svårt att faktiskt förplikta en gemenskapsinstitution att utge ersättning för den vållade skadan. [65]

64. De gränser som har fastställts i rättspraxis angående talan enligt artikel 215 i fördraget härrör i själva verket från en utbredd uppfattning enligt vilken en av lagstiftaren

64 — Se i denna mening exempelvis dom av den 8 december 1987, Grands Moulins de Paris mot rådet och kommissionen (50/86, Rec. s. 4833, punkt 7).

65 — Det finns nämligen hittills endast åtta fall där gemenskapsinstitutionerna har förpliktats att utge skadestånd.

vållad skada i princip inte kan medföra skadestånd. Domstolen har dessutom förklarat den restriktiva ståndpunkt som har antagits, genom att uppge att "den lagstiftande makten i sina åtgärder — även då det finns en domstolskontroll av dess rättsakters lagenlighet — inte får hindras av risken att ådra sig skadeståndsansvar när den i det allmännas intresse antar normativa bestämmelser som kan komma att skada enskildas intressen". [66]

Denna ståndpunkt har emellertid tillämpats på olika sätt och med egendomliga resultat.

65. Gränserna för gemenskapens ansvar har nämligen åberopats och tillämpats inte endast i fråga om sådana normativa rättsakter som kräver ett brett utrymme för skönsmässig bedömning för den berörda institutionen utan även i fråga om rättsakter som faller inom området för verkställighetsföreskrifter (kommissionens verkställighetsförordningar är typiska sådana). [67] I huvudsak har de restriktiva kriterier som har utvecklats i fråga om bedömningen av gemenskapens ansvar med anledning av normativa rättsakter av allmän räckvidd även tillämpats av domstolen i de fall där skadan är en följd av en enskild åtgärd som inte innebär ett val av ekonomisk politik av sådant slag att det erfordras största möjliga skydd av institutionernas utrymme för skönsmässig bedömning.

Det kan inte förnekas att det vore riktigare att tillämpa olika ansvarssystem beroende på om det är fråga om en verksamhet som verkligen har karaktär av lagstiftning eller om det är fråga om ett verkställighetsförfarande. Den makt som har givits till gemenskapsinstitutionerna skiljer sig nämligen väsentligt åt i de båda fallen. [68] Mer allmänt sett legitimeras den omständigheten att det måste vara fråga om en nära nog godtycklig handling för att gemenskapens utomobligatoriska ansvar skall uppkomma av att gemenskapen, såsom på jordbrukspolitikens område, förfogar över ett stort utrymme för skönsmässig bedömning. Detta krav är emellertid inte berättigat om villkoren för utövningen av den befogenhet som kommissionen har tillerkänts är klart och precist definierade. [69] I det senare fallet bör nämligen en överträdelse av

66 — Dom av den 25 maj 1978, HNL mot rådet och kommissionen (förenade målen 83/76, 94/76, 4/77, 15/77 och 40/77, Rec. s. 1209, punkt 5).

67 — Se till exempel dom av den 19 september 1985, Asteris m. fl. mot kommissionen (194/83— 206/83, Rec. s. 2815, punkterna 21 och 22), i vilken domstolen bedömde att gemenskapen inte hade något ansvar med anledning av att kommissionen vid tillämpningen av en rådsförordning på ett oriktigt sätt hade beviljat ett gemenskapsrättsligt stöd för produktionen av tomatkoncentrat. Se dessutom dom av den 26 juni 1990, Sofrimport mot kommissionen (C-152/88, Rec. s. I-2477), i vilken domstolen förvisso erkände gemenskapens ansvar vad avser en i huvudsak till enskilda riktad kommissionsförordning om verkställighet av en annan kommissionsförordning som i sin tur avsåg verkställighet av en rådsförordning, men där den använde sig av samma strikta kriterier som dem som används för normativa rättsakter vilka innebär val av ekonomisk politik.

68 — Se i detta hänseende förslaget till avgörande av Biancarelli i mål T-120/89, Stahlwerke Peine-Salzgitter mot kommissionen, avgjort genom förstainstansrättens dom av den 27 juni 1991 (Rec. s. II-279 och särskilt s. II-340), i vilket det förklaras att av särskild vikt för frågor om ansvar är "huvudsakligen det utrymme för skönsmässig bedömning som kommissionen åtnjuter då den fattar sitt beslut och det mer eller mindre komplicerade ekonomiska sammanhang som utmärker detta beslutsfattande".

69 — Denna fråga har nyligen uppkommit och debatterats i ett mål vid förstainstansrätten avseende antidumpningstullar, i vilket sökanden hävdade att gemenskapens ansvar borde bedömas olika beroende på om den överträdelse som läggs institutionerna till last avser regler som hänger samman med uppskattningen av invecklade ekonomiska förhållanden eller, såsom i det aktuella fallet, förfaranderegler vilka institutionerna är förpliktade att följa. Rätten ansåg sig emellertid inte kunna godta denna tes utan inskränkte sig till att kortfattat förklara att förordningarna om antidumpningsåtgärder är normativa rättsakter som innebär val av ekonomisk politik (dom av den 18 september 1995, Nölle mot rådet och kommissionen, T-167/94, REG s. II-2589 punkt 44— 52).

normen i fråga under alla förhållanden anses vara av sådan art att den ger upphov till ansvar för gemenskapen. [70]

66. Om det slutligen på grund av rättsfallet Francovich m. fl. finns skäl att anse att en skada som orsakats av en bestämmelse i nationell lagstiftning som strider mot en gemenskapsrättslig bestämmelse kan ge upphov till skadestånd, är det inte lätt att förstå varför en skada som orsakats av en gemenskapsrättsakt *som är oförenlig med just denna gemenskapsbestämmelse* endast kan ge upphov till skadestånd om de restriktiva förutsättningar som domstolen (hitintills) har fastställt är uppfyllda. [71] I en gemenskap som bygger på rättssäkerhet och som har kommit att ägna skyddet för enskilda en allt större uppmärksamhet och mottaglighet även i fråga om skadestånd bör dessutom minst lika stor uppmärksamhet ägnas de fall i vilka enskilda har vållats skada genom en otillåten handling som kan tillskrivas gemenskapsinstitutionerna själva. [72]

I detta perspektiv förefaller det inte heller som om man med fog skulle kunna göra gällande att överflyttningen av förutsättningarna för en talan enligt artikel 215 till den nationella skadeståndsrätten skulle kunna utgöra en tillbakagång i förhållande till den situation som finns i vissa rättsordningar. Med hänsyn till kraven på skydd av enskildas rättigheter enligt gemenskapens rättsordning kan det inte tillåtas att det domstolsskydd som kan fås på gemenskapsnivå skall hämta inspiration från kriterier som är mer restriktiva och definitivt mindre generösa än de som gäller i åtminstone vissa medlemsstater. [73]

67. Föregående överväganden föranleder mig att anse att det — givetvis i jämförbara situationer — inte finns skäl att tillämpa olika kriterier beroende på om den ifrågavarande överträdelsen av gemenskapsrätten kan tillskrivas en stat eller en gemenskapsinstitution. Däremot kan och borde olika situationer leda till skilda slutsatser vad beträffar de kriterier som används för att pröva om förutsättningarna för ansvar föreligger, vare sig dessa hänför sig till medlemsstaterna eller gemenskapsinstitutionerna.

Vid första anblicken förefaller det mig i synnerhet fullt rimligt att medlemsstaternas ansvar är beroende av samma restriktiva förutsättningar som de som tillämpas på

70 — Se i samma betydelse även förslaget till avgörande av generaladvokat Darmon avseende mål C-55/90, Cato mot kommissionen (Rec. s. I-2533, särskilt s. I-2561).

71 — Denna fråga väcktes även i målet Bourgoin när detta var anhängigt vid Court of Appeal, Civil Division, den 29 juli 1985 (*Common Market Law Report* 1986, s. 267), vilket har analyserats av Simon-Barav, "La responsabilité de l'administration nationale en cas de violation du droit communautaire", i *RMC*, 1987, s. 165 och särskilt s. 170 och följande sidor, Olivier, "Enforcing Community Rights in the English Courts", i *The Modern Law Review*, 1987, s. 881, särskilt s. 899 och följande sidor.

72 — Se i denna mening exempelvis Cartabia, "Omissioni del legislatore, diritti sociali e risarcimento dei danni", i *Giurisprudenza Costituzionale*, 1992, s. 505 och följande sidor.

73 — Se i denna fråga FIDE-kongressens arbeten 1992: FIDE, "La sanction des infractions au droit communautaire", volym II, Lissabon, 1992.

gemenskapsinstitutionerna när dessa förfogar över ett brett handlingsutrymme eller då gränserna för utrymmet för skönsmässig bedömning inte är klart definierade i gemenskapsbestämmelserna, även inom de områden som (även) faller under deras behörighet. Detta bör gälla — jag vill vara fullständigt klar på denna punkt — oavsett om den "överträdda" bestämmelsen har direkt effekt eller inte.

Däremot borde medlemsstaternas ansvar mycket lättare kunna medges, i likhet med gemenskapsinstitutionernas ansvar, när överträdelsen inte förknippas med utövningen av ett utrymme för skönsmässig bedömning.

68. Det krävs således ett system med differentierat ansvar beroende på om gemenskapsinstitutionerna (och de nationella myndigheterna) förfogar över ett stort utrymme för skönsmässig bedömning eller inte. Detta är enligt min mening det mest korrekta och logiska sättet för att uppnå en nödvändig harmonisering av förutsättningarna för ansvar, eftersom det vore minst sagt anmärkningsvärt att i fråga om liknande situationer göra fastställandet av staternas ansvar för överträdelse av gemenskapsrätten beroende av andra, mindre strikta, förutsättningar än de som domstolen erkänner i fråga om gemenskapsinstitutionernas ansvar.

I en gemenskap som bygger på rättssäkerhet — vilken har ambitionen att rättsakterna liksom systemets huvudaktörers verksamhet utan några privilegier skall underkastas domstolskontroll — kan kravet på ett effektivt skydd av de rättigheter som de enskilda har enligt gemenskapsrätten i liknande situationer inte variera beroende på om det är en medlemsstat eller gemenskapen som är orsaken till skadan.

69. I den följande analysen skall därför, såsom referenspunkt för fastställandet av medlemsstaternas skadeståndsskyldighet, även bedömas de förutsättningar som domstolen har definierat i rättspraxis avseende artikel 215. Detta innebär givetvis inte en "blind" överflyttning av dessa (restriktiva) förutsättningar till det område som jag nu behandlar. Det skall nämligen inte förbises att medlemsstaterna i princip åtnjuter ett mycket begränsat utrymme för skönsmässig bedömning, varför de ifrågavarande förutsättningarna i detta sammanhang mycket lättare kan ge upphov till ansvar. Jag anser samtidigt att det inte kan uteslutas att den eventuella bristen på precision av statens skyldighet kan vara av sådant slag att den påkallar att sådana kriterier tillämpas, även då denna stat på det ifrågavarande området inte åtnjuter något betydande utrymme för skönsmässig bedömning.

3. *De "gemenskapsrättsliga" kriterierna avseende de allmänna förutsättningarna för ansvar*

70. Efter att ha anfört detta övergår jag nu till prövningen av de enskilda materiella

förutsättningarna för ansvar, vilken inleds med en analys av den skadevållande handlingen, det vill säga — i den mån det nu är av betydelse — överträdelsen av gemenskapsbestämmelser som har direkt effekt.

a) Den skadevållande handlingen: överträdelse av gemenskapsrättsliga normer

71. Fastställandet av gränserna för ansvaret förknippas i första hand och i huvudsak med definitionen av vad som är ett rättsstridigt handlande. Det är dock klart att det skadevållande handlandet, i detta fall den normativa rättsakten, måste strida mot reglerna i rättsordningen. För att en sådan motsättning skall kunna vara av sådant slag att den ger upphov till ansvar och således till skadestånd använder sig medlemsstaterna emellertid av olika begrepp, [74] vilkas betydelse inte alltid överensstämmer och vilkas faktiska tillämpning således kan leda till olika lösningar i fall då samma bestämmelse överträds. Detta bekräftar, i den mån detta alltjämt är erforderligt, nödvändigheten av att fastställa kriterier — särskilt vad avser den skadevållande handlingen — som gör det möjligt att komma fram till en gemensam definition.

Beträffande den offentliga förvaltningens normgivningsverksamhet har ett första försök i denna riktning gjorts vid Europarådet genom en rekommendation i vilken det i princip I uttalas: "Doit être assurée la réparation des dommages causés par un acte dû à un manquement des pouvoirs publics à la conduite à laquelle, selon le droit, on peut raisonnablement s'attendre de leur part à l'égard de la personne lésée. Le manquement est présumé en cas de violation d'une norme juridique établie." [75] I enlighet med denna rekommendation räcker det således inte endast med att rättsakten är rättsstridig, det krävs dessutom — utom i det fall där den bestämmelse som har överträtts är klar — att det agerande som myndigheterna kritiseras för inte är "rimligt".

72. Vad beträffar domstolens rättspraxis i fråga om utomobligatoriskt skadestånd står klart att den ifrågavarande rättsaktens ogiltighet inte är tillräcklig för att ge upphov till ansvar för gemenskapen när den åberopade skadan följer av en normativ rättsakt som innebär val av ekonomisk politik. Gemenskapens ansvar kan då det rör sig om rättsakter av sådant slag [76] nämligen inte aktualiseras om det inte föreligger en *tillräckligt klar överträdelse av en överordnad rättsregel* [77] till skydd för enskilda.

74 — För att inskränka mig till några rättsordningar är det tillräckligt att tänka på *illecito* i italiensk rätt, på det franska *faute*, på det tyska *Verschulden*, på *breach of duty of care* eller, ytterligare, på *misfeasance in public office* i engelsk rätt.

75 — Rekommendation R (84) 15 av den 18 september 1984.

76 — Enligt ifrågavarande rättspraxis tycks emellertid, såsom redan har anförts, samtliga av gemenskapens normativa rättsakter innebära val av ekonomisk politik.

77 — Se särskilt dom av den 25 maj 1978, HNL mot rådet och kommissionen, nämnd i fotnot 66 ovan, punkt 4, och av den 19 maj 1992, Mulder m. fl. mot rådet och kommissionen (förenade målen C-104/89 och C-37/90, Rec. s. I-3061, punkt 12).

Även om det således är riktigt att den skadevållande rättsaktens rättsstridighet i varje fall är nödvändig för att det skall föreligga ett utomobligatoriskt ansvar, bör dock genast tilläggas att detta ansvar — för skador som har vållats genom rättsakter som innebär val av ekonomisk politik — är beroende av två andra förutsättningar, nämligen att den bestämmelse som har överträtts är "en överordnad rättsregel till skydd för enskilda" och att överträdelsen är "tillräckligt klar" ("grave", "hinreichend qualifiziert", "sufficiently serious breach").

73. Efter att ha anfört detta vill jag påpeka att alla medlemsstater som i detta förfarande har inkommit med yttranden har uteslutit en exakt överensstämmelse mellan grunderna för rättsaktens ogiltighet och förutsättningarna för ansvar genom att hävda att inte varje överträdelse av gemenskapsrätten kan ge upphov till statens ansvar och således till en skyldighet att utge skadestånd till enskilda.

När det gäller att erkänna en åsidosättande stats skadeståndsskyldighet har tonvikten således lagts på dels de kriterier som har utvecklats i rättspraxis avseende artikel 215, således huvudsakligen vad avser begreppet allvarlig och uppenbar överträdelse, dels culpa såsom nödvändig förutsättning för att (som allvarlig) "beteckna" överträdelsen av rättsregeln eller, och under alla omständigheter, som en nödvändig och naturlig förutsättning för ansvaret.

— Överträdelsens uppenbara och allvarliga beskaffenhet

74. Det krävs således, om än med största försiktighet och med beaktande av nödvändiga distinktioner beträffande gemenskapens ansvar, en prövning av om den ifrågavarande överträdelsen, när det är fråga om medlemsstaternas ansvar, måste vara uppenbar och allvarlig samt givetvis ett angivande av vad som skall förstås med överträdelsens uppenbara och allvarliga beskaffenhet.

Såsom har angivits ovan definieras enligt ifrågavarande rättspraxis detta kriterium som att "gemenskapens ansvar skulle i en normgivningssituation som kännetecknas av utövandet av ett stort utrymme för skönsmässig bedömning, vilket är nödvändigt för genomförandet av den gemensamma jordbrukspolitiken, inte kunna aktualiseras annat än undantagsvis, i fall där den berörda institutionen på ett uppenbart och allvarligt sätt har felbedömt gränserna för sin maktutövning" [78], förutsatt givetvis att den ifrågavarande överträdelsen avser en överordnad rättsregel till skydd för enskilda.

75. Sistnämnda krav förefaller, för vad som är av vikt i detta fall, vara det minst kontroversiella. Det är nämligen klart att den

78 — Dom av den 8 december 1987, Grands Moulins de Paris mot rådet och kommissionen (nämnd i fotnot 64 ovan), punkt 8. Se även bland andra dom av den 18 april 1991, Assurances du Crédit mot rådet och kommissionen (C-63/89, Rec. s. I-1799, punkt 12), och, slutligen, dom av den 14 september 1995, Lefebvre m. fl. mot kommissionen (T-571/93, REG s. II-2379, punkt 32).

bestämmelse som har överträtts måste vara av sådant slag att den ger enskilda en egen rättslig ställning för att dessa skall kunna göra gällande en rätt till skadestånd. Det är dessutom i denna mening som de två första förutsättningarna — som domstolen har fastställt i domen i målet Francovich m. fl. — skall förstås. Dessa förutsättningar är, såsom redan har angivits, både nödvändiga och tillräckliga i fråga om bestämmelser som har direkt effekt.

Beträffande bestämmelser i fördraget som har direkt effekt förefaller det mig vara lämpligt att göra ytterligare några påpekanden. I synnerhet bör det här klargöras att den omständigheten att dessa bestämmelser ibland syftar till att även skydda andra intressen, även allmänna, i sig inte kan utesluta att det rör sig om bestämmelser till skydd för enskilda.

76. Det behövs, vad beträffar den omständigheten att den bestämmelse som har överträtts skall vara en *överordnad* rättsregel, påminnas om att rättsstridigheten av en normativ rättsakt definitionsmässigt innebär att denna rättsakt är oförenlig med en rättslig norm av högre rang. Detta uttryck har använts i rättspraxis avseende artikel 215, inte för att sanktionera varje överträdelse av de gränser som föreskrivs genom bestämmelser med högre rang, även om de är avsedda att skydda enskilda, utan endast överträdelser av allmänna principer i rättsordningen och således, slutligen, för att beteckna den ifrågavarande överträdelsen som allvarlig.

Jag skall i detta hänseende genast ange att det inte förefaller mig vara lämpligt att föreslå samma lösning även vad beträffar statens ansvar med anledning av en överträdelse av gemenskapsrätten. Om det är riktigt att medlemsstaternas skadeståndsskyldighet syftar till att garantera enskilda ett effektivt skydd av de rättigheter som dessa har enligt gemenskapsbestämmelserna, blir det inte lätt att finna skäl som skulle berättiga att detta skydd begränsades till endast de fall som avser överträdelse av en särskild kategori av bestämmelser, låt vara att de är grundläggande för gemenskapens rättsordning.

77. Om man ser saken ur den skadelidandes synvinkel är det nämligen alldeles uppenbart att varje överträdelse av en gemenskapsrättslig bestämmelse, enligt vilken den berörde tilldelas en egen rättslig ställning, skall kunna ge upphov till skadestånd. Överträdelse av en bestämmelse i en förordning borde därför för den enskilde inte få någon annan verkan än den som följer av överträdelse av en bestämmelse i fördraget. Det förefaller mig dessutom vara än mer olämpligt att göra åtskillnad mellan bestämmelserna i fördraget, genom att exempelvis fastställa att överträdelser av endast vissa av dem, det vill säga de grundläggande bestämmelserna, och inga andra, skulle ge upphov till den ifrågavarande medlemsstatens ansvar. [79]

79 — Det skulle nämligen kvarstå att ange vilka de bestämmelser är som — med beaktande av deras räckvidd och för att säkerställa deras fulla verkan — också förtjänar ett skydd genom att kunna ge upphov till skadeståndsskyldighet. Är principen om förbud mot diskriminering på grund av hemvist, vilken tveklöst är grundläggande för att säkerställa en faktisk frihet att tillhandahålla tjänster, lika eller mindre grundläggande än förbudet mot diskriminering på grund av nationalitet?

Slutligen förefaller det mig, i fråga om den aspekt som hitintills har undersökts, vara tillräckligt om den enskilde genom den bestämmelse som har överträtts ges en rättighet vars innehåll är bestämbart och precist. Det är knappast nödvändigt att ange att detta borde gälla även vad avser gemenskapsinstitutionernas ansvar.

78. Efter att detta har klargjorts, är det nu nödvändigt att precisera det i detta sammanhang relevanta begreppet "allvarlig och uppenbar överträdelse".

Det förefaller mig — för att identifiera de gränser inom vilka rättsstridigheten kan ge upphov till ansvar — som om omfattningen av utrymmet för skönsmässig bedömning kan och måste vara den avgörande faktorn, oavsett vilken rang som den överträdda bestämmelsen har (norm i fördraget eller sekundärrätten, vilken i varje fall har företräde framför den nationella rätten) och som den rättsakt har som strider mot denna (antagen av den lagstiftande eller den verkställande makten). Storleken av det utrymme för skönsmässig bedömning som staten åtnjuter sammanfaller för övrigt, åtminstone i de flesta av dessa fall, med graden av klarhet och precision i fråga om den skyldighet som åligger staten. Det är utan tvekan möjligt att skyldigheter som inte är helt klara — det vill säga vilkas yttre gränser är obestämda — kan föreligga även i de fall där det utrymme för skönsmässig bedömning som har givits till staterna är litet eller obetydligt. Följden av detta blir i sådana fall att de gränser som gäller för statens handlande redan på grund härav inte kan vara särskilt väl definierade, varför situationen i huvudsak knappast skiljer sig från den där staterna fått ett betydande utrymme för skönsmässig bedömning.

79. Detta innebär att staten, även i fall som rör bestämmelser med direkt effekt, kan begå överträdelser som ändå inte kan betecknas som *uppenbara och allvarliga*. Jag skall ge ett exempel angående två bestämmelser i fördraget som har direkt effekt. Förbudet mot diskriminering på grund av nationalitet (artikel 6 i fördraget) fastställer på ett precist och noggrant sätt den enskildes rättighet, vilken helt enkelt består av rätten att inte bli diskriminerad. Något alternativt innehåll finns inte. Detsamma kan inte sägas om den bestämmelse i vilken det föreskrivs ett förbud mot kvantitativa restriktioner samt åtgärder med motsvarande verkan (artikel 30 i fördraget), med hänsyn till de olikartade situationer som kan tänkas uppstå på detta område. I det senare fallet kan den enskildes rättighet — vilken i sig är alldeles klar — att inte hindras i sin verksamhet genom bestämmelser som är oförenliga med fördragsbestämmelsen nämligen begränsas till följd av bestämmelserna i artikel 36 i fördraget eller, i fråga om bestämmelser som tillämpas lika för alla, till följd av tvingande krav som staten har åberopat och som tjänar ett syfte som anses förtjänt av att skyddas av gemenskapsrätten. Av detta följer att den statliga åtgärden i fråga, vilken i princip är oförenlig med gemenskapsrätten, säkerligen skulle kunna undandra sig tillämpningsområdet för artikel 30 eller omfattas av de undantag som avses i artikel 36 i fördraget. Det behöver knappast understrykas att det i detta avseende kan vara nödvändigt att den nationella domstolen och/eller gemenskapernas domstolar har fastställt huruvida så är fallet eller inte.

Det bör dessutom förtydligas att det i detta avseende inte i sig är avgörande om staterna beträffande ett bestämt ämnesområde förfogar över ett stort utrymme för skönsmässig bedömning eller inte. Av större vikt är

snarare hur stort sådant utrymme de åtnjuter beträffande den specifika bestämmelse som ger upphov till rättigheten i fråga för den enskilde. [80] Det är just därför som utrymmet för skönsmässig bedömning måste motsvara graden av precision beträffande den skyldighet som staterna har ålagts genom bestämmelsen.

80. Efter att frågan har angivits på detta sätt måste det medges att statens ansvar i princip kommer att aktualiseras varje gång som staten enligt gemenskapsrätten har en precis skyldighet att uppnå ett resultat. Det är just detta fall — vilket domstolen redan har bedömt i domen i målet Francovich m. fl. — som föreligger när ett direktiv inte har införlivats inom den härför föreskrivna tiden, förutsatt givetvis att de andra förutsättningarna som har fastställts av domstolen föreligger. Detta är emellertid även fallet med alla de bestämmelser, också i fördraget, vilka inskränker sig till att ålägga medlemsstaterna precisa och väl bestämda skyldigheter att inte företa en viss handling (det räcker med att tänka på förbudet mot att införa nya tullar enligt artikel 12 i fördraget eller — på ett mer allmänt plan — alla så kallade klausuler om *standstill* med vilka samtidigt följer en rättighet till förmån för enskilda.

Sammantaget bör — på alla dessa områden och beträffande alla de bestämmelser som inte ger medlemsstaterna något betydande utrymme för skönsmässig bedömning i den betydelse som avses ovan — ansvar och skadeståndsskyldighet föreligga redan i och med att en gemenskapsbestämmelse överträds genom vilken enskilda ges en precis rättighet med ett bestämbart innehåll, utan att andra faktorer behöver tas med i bedömningen.

81. Då staterna däremot förfogar över ett mer eller mindre omfattande utrymme för skönsmässig bedömning eller då de gemenskapsrättsliga skyldigheter som ankommer på dem inte har fått någon klar och precis definition, gör sig samma lösning gällande endast i fall av uppenbara och allvarliga överträdelser av de gränser som föreskrivs för staternas handlande. Detta skulle uppenbarligen vara fallet om den bestämmelse som har överträtts är en klar bestämmelse, i den mening som har angivits i rättsfallet Cilfit [81], eller därför att den redan har tolkats av domstolen med anledning av omständigheter som är identiska eller i varje fall kan jämställas med omständigheterna i det senare fallet, [82] antingen detta har skett genom ett förhandsavgörande eller genom en dom med tillämpning av artikel 169 i fördraget.

Beträffande den senare frågan är det väl knappast nödvändigt att understryka att det, tvärtemot vad vissa medlemsländer har gjort

80 — Jag skall till exempel återkomma till det som redan har anförts i detta hänseende genom att påpeka att även om artikel 30 i fördraget säkerligen inte är förbunden med medlemsstaternas utövning av ett brett utrymme för skönsmässig bedömning, måste det emellertid erkännas att de gränser som i artikeln sätts för staternas handlande inte alltid framstår som klara och precisa, såsom för övrigt klart framgår av utvecklingen i rättspraxis på området. Det utrymme för skönsmässig bedömning som medlemsstaterna förfogar över i enlighet med artikel 129a i fördraget (konsumentskydd), skulle inte i något fall kunna anses vara av sådant slag att det medför tillämpning av strängare förutsättningar för ansvar om till exempel en nationell bestämmelse utesluter medborgare från andra medlemsstater från att dra fördel av de nationella bestämmelserna på området.

81 — Dom av den 6 oktober 1982 (283/81, Rec. s. 3415, punkterna 16 och 17).

82 — För en motsvarande iakttagelse, men avseende skyldigheten att föra en fråga vidare enligt artikel 177 tredje stycket i fördraget, se dom av den 27 mars 1963, Da Costa en Schaake (förenade målen 28/62—30/62, Rec s. 59 i den franska versionen).

gällande under detta förfarande, inte finns någon anledning att göra en skadeståndstalan beroende av att det först har fastställts att en överträdelse föreligger. Det är nämligen lämpligt att i detta hänseende ta hänsyn till det utrymme för skönsmässig bedömning som kommissionen åtnjuter när det gäller att besluta om det finns skäl eller inte att inleda ett förfarande för att undersöka om en överträdelse föreligger, vilket skulle få till följd att enskildas möjligheter att få ersättning skulle drabbas utan att någon kontroll vore möjlig. Vidare har domstolen själv angivit att "de rättigheter som enskilda har följer inte av denna dom [genom vilken underlåtenhet fastställs] utan av just de bestämmelser i gemenskapsrätten som har direkt effekt i den nationella rättsordningen". [83]

82. Synsättet måste emellertid vara ett annat då medlemsstaterna förfogar över ett stort utrymme för skönsmässig bedömning och/eller då det rör sig om en tveksam rättslig ram som ännu inte har klargjorts av rättspraxis, inte ens i fråga om ett liknande fall. Det måste medges att det, redan teoretiskt sett, under sådana omständigheter svårligen kan anses att det är fråga om en uppenbar och allvarlig överträdelse av de gränser som gäller för medlemsstaternas handlande, särskilt i den mån det ifrågavarande handlandet, på samma sätt som i rättspraxis enligt artikel 215, konstateras vara ett *nästan godtyckligt* agerande. [84]

Av detta följer att den enskilde i dessa fall endast har möjlighet att åberopa det materiella skyddet av den rättsliga ställning som han kan ha tillerkänts genom bestämmelsen i fråga. Om medlemsstaten inte inom en skälig frist upphör med den överträdelse som har fastställts, kan den skadelidande likväl väcka en skadeståndstalan även i de fallen.

83. Det kan förvisso inte uteslutas att den tolkning av gemenskapsbestämmelserna i fråga som de nationella myndigheterna gör i sitt normativa handlande (eller underlåtenhet) kan visa sig vara *uppenbart felaktig*, när det är fråga om ett nästan godtyckligt handlande, vilket får till följd att det även i detta fall borde gå att fastställa att den överträdande medlemsstaten är skadeståndsskyldig.

I förhållande till de fall där införlivande av en bestämmelse i ett direktiv har skett inom vederbörlig tid men på ett felaktigt sätt bör det dessutom på samma sätt påpekas att statens ansvar endast aktualiseras om genomförandet av denna bestämmelse, av den ifrågavarande medlemsstaten, är uppenbart felaktigt. [85]

83 — Dom av den 14 december 1982, Waterkeyn m. fl. (314/81— 316/81 och 83/82, Rec. s. 4337, punkt 16).

84 — Se för fastställandet av detta begrepp dom av den 5 december 1979, Amylum m. fl. mot rådet och kommissionen (116/77 och 124/77, Rec. s. 3497, punkt 19), i vilken domstolen påpekade att det i det fallet "inte rörde sig om fel av en sådan betydelse att det skulle kunna sägas att ... gemenskapsinstitutionernas handlingar ... som sådana skulle gränsa till godtycke och därför vara av sådan art att de ger upphov till gemenskapens utomobligatoriska ansvar". Se i samma betydelse, ur senare rättspraxis, dom av den 18 september 1995, Nölle mot Rådet och kommissionen, T-167/94, nämnd i fotnot 69 ovan.

85 — Se för en fördjupad analys av denna aspekt förslaget till avgörande i mål C-392/93 (British Telecommunications plc, REG 1996, s. I-1631, I-1634), vilket också föredras i dag, särskilt punkt 33— 35.

84. Slutligen anser jag att det för syftet med denna analys kan talas om en *uppenbar och allvarlig överträdelse* då

a) skyldigheter överskrids som har ett i alla delar klart och precist innehåll,

b) domstolens rättspraxis tillräckligt har klargjort, antingen genom en tolkning i ett förhandsavgörande eller genom en dom enligt artikel 169 i fördraget, oklara rättsliga situationer som är identiska eller i varje fall motsvarar de som är aktuella i det förekommande fallet,

c) de nationella myndigheternas tolkning av gemenskapsbestämmelserna i deras normativa handlande (eller underlåtenhet) är uppenbart felaktig.

— Culpa: en nödvändig faktor?

85. För närvarande återstår att uppskatta om culpa är en nödvändig faktor för att grunda medlemsstaternas ansvar. Det är i detta hänseende lämpligt att först ange att det med culpa här avses en subjektiv faktor eller, om det föredras, psykisk eller psykologisk, vilken — just i den försumliga eller vårdslösa betydelsen eller i varje fall i den betydelse som begreppet culpa av tradition brukar ges — utmärker handlandet hos den person överträdelsen och följaktligen ansvaret tillskrivs. Med detta synsätt är culpa således en faktor som *tillkommer* utöver överträdelsen av den ifrågavarande bestämmelsen, såsom en subjektiv faktor som kännetecknar det agerande som har givit upphov till överträdelsen, däremot inte direkt överträdelsen i sig eller den normativa rättsakt genom vilken skadan vållas.

Sökandet efter culpa i dess subjektiva betydelse — och med desto mer rätt uppsåtet — i normgivningsverksamheten stöter på ett stort antal svårigheter redan på begreppsplanet. Culpa har såsom förutsättning för statens ansvar alltid varit föremål för grundliga analyser och framkallat motstridiga bedömningar. I synnerhet har man framhållit svårigheten att identifiera ett vårdslöst handlande av den offentliga makten med tillämpning av de kriterier som har utvecklats på privaträttens område, speciellt eftersom de mekanismer som har tänkts ut för att förklara juridiska personers handlande genom att tillskriva dem samma handlande som fysiska personer ur denna synvinkel visade sig fullständigt oanvändbara eller i varje fall otillräckliga. Det förefaller onekligen problematiskt att, redan på ett abstrakt plan, identifiera ett vårdslöst handlande i lagstiftarens normgivningsaktivitet, eller till och med att föreställa sig att denne har begått överträdelsen med uppsåt. Det måste ändå antas att lagstiftaren alltid och under alla omständigheter handlar med allmännyttans intresse för ögonen.

86. Det måste likväl erkännas att de flesta rättsordningar ännu hänför sig till culpa som grund för ansvar, [86] även då detta i huvudsak likställs med rättsaktens rättsstridighet. Jag tänker i synnerhet på den franska rättsordningen, i vilken den princip tillämpas att "varje rättsstridighet i sig utgör ett fall av culpa" [87], och den ståndpunkt som intas av italienska Corte di cassazione enligt vilken "när det gäller rättsstridiga rättsakter culpa automatiskt kan urskiljas i den överträdelse av bestämmelser som följer av att rättsakten antas och verkställs" [88].

Culpa — som åtminstone kan presumeras föreligga var gång som det antas en rättsstridig rättsakt, vare sig det beror på den klart frivilliga beskaffenheten av de rättsakter som myndigheterna har antagit eller på åsidosättandet av de legalitetsprinciper som myndigheterna är förpliktade att följa — har med andra ord kommit att förlora all subjektiv konnotation. [89]

87. Med andra ord har man således, från att ha sökt culpa hos människan, övergått till att söka den hos "organisationen", med den konsekvensen att även om man inte helt enkelt låter den sammanfalla med rättsaktens rättsstridighet den i varje fall förknippas med innehållet i den bestämmelse som har överträtts i den meningen att det fästs vikt vid de handlingsregler som myndigheten är skyldig att följa vid utövningen av sina institutionella uppgifter. I synnerhet tas hänsyn till att myndighetens handlande omfattas av de gränser för lagenlighet som det åligger den att följa.

Om det visserligen är korrekt att ansvaret i de flesta rättsordningar alltjämt grundar sig på förekomsten av culpa, är det lika sant att detta med några undantag [90] fastställs enligt

86 — Ett undantag utgörs i detta hänseende säkerligen av den spanska rättsordningen, i vilken ansvaret för normativa rättsakter är objektivt (se artiklarna 9.3 och 106.2 i grundlagen samt artikel 139.1 i lagen av den 26 december 1992 om rättssystemet för offentlig förvaltning och förvaltningsprocessen).

87 — Se i detta hänseende, bland andra, Paillet, "La faute du service public en droit administratif français", 1980, s. 176.

88 — Cassazione civile, Sezioni Unite, dom nr 5361 av den 22 oktober 1984 (i Giustizia civile, 1985, s. 1419), i vilken det bland annat fastställs att "det inte kan förstås ... hur den frivilliga verkställigheten av en administrativ rättsakt som är otillåten för att den inte följer lagen och som har kränkt enskildas rättigheter inte i sig skulle kunna utgöra grunderna för culpa, även i de mindre allvarliga fallen, speciellt då denna direkt berör en offentlig struktur som — inom gränserna för sin aktivitet — är organiserad och behörig att verka i enlighet med rätten". Dessutom bör nämnas dom nr 5883 av den 24 maj 1991 (i Resp. civ. prev., 1992, s. 247 och följande sidor), i vilken Corte di cassazione har förklarat att beviset för att den offentliga förvaltningen har gjort sig skyldig till culpa kan bestå "i såväl överträdelse av de allmänt vedertagna omsorgsreglerna — vilket ger upphov till en försumlig eller vårdslös regleringsaktivitet — som i överträdelse av lagar och regleringar som den offentliga förvaltningen åläggs att följa genom att iaktta principerna om legalitet, opartiskhet och riktig handläggning vilka anges i artikel 97 i grundlagen".

89 — Detta är också fallet beträffande Belgien, Luxemburg, Grekland, Portugal och Danmark.

90 — I det engelska systemet tycks nämligen förvaltningens ansvar på grund av normgivningsverksamhet alltjämt vara fast förknippat med felet såsom subjektiv del i handlandet. Det är därför som en felaktig bedömning av ministern angående räckvidden av de befogenheter som han har tilldelats inte i sig kan anses vårdslös (se till exempel Rowling mot Takaro Properties Ltd., 1988, 2 W. L. R., s. 433 och följande sidor). Culpa, och därigenom även ansvaret, är på samma sätt utesluten då myndigheten i fråga har ansökt om ett rättsligt yttrande angående den fråga i vilken det ankommer på denna att ingripa (se i denna mening Dunlop mot Woollahra Municipal Council, 1988, 2 W. L. R., s. 418). Med tanke på den inte ersättningsbara beskaffenheten hos de rent ekonomiska förlusterna (*pure economic loss*) inom ramen för *tort of negligence*, följer för övrigt härav att det bara, eller nästan bara, är det uppsåtliga antagandet av rättsstridiga bestämmelser — nämligen *misfeasance in public office* — som kan ge upphov till ansvar.

objektiva kriterier. [91] Slutligen medges ansvaret för culpa, i medlemsstaterna själva, endast med stöd av en rad påhittade konstruktioner. Ansvaret blir i varje fall alltmer objektivt, det vill säga allt mindre eller inte alls förbundet med en subjektiv del.

88. Jag anser att denna lösning, som är gällande i de nationella rättsordningarna och som domstolen själv har antagit vad beträffar gemenskapsinstitutionernas utomobligatoriska ansvar, [92] leder till att medlemsstaternas ansvar för överträdelse av gemenskapsrätten skall ses som ett objektivt ansvar, oberoende av culpa.

Dessutom, även om man skulle vilja basera detta ansvar på culpa, förefaller det mig åtminstone vid en första anblick som om detta, i nu aktuellt hänseende, måste vara förbundet med den bestämmelse som antas vara kränkt eller rent av identifieras med dess innehåll.

89. Det tycks mig nämligen vara uppenbart att om bestämmelsen i fråga innefattar en skyldighet avseende resultat hindrar ingenting att uppkomsten av en ansvarssituation görs beroende av att det i statens agerande finns en subjektiv faktor som kan betecknas som culpa i den mening som har angivits ovan. Överträdelsen, det vill säga den otillåtna handlingen, uppkommer från den tidpunkt då staten inte har lyckats uppnå det med den ifrågavarande bestämmelsen eftersträvade resultatet. Staten har då ett objektivt ansvar, oberoende av culpa eller hur man vill beteckna detta.

Om bestämmelsen i fråga är en handlingsregel i den meningen att det i denna i huvudsak föreskrivs en omsorgsplikt (en *duty of care*, för att vara exakt), skulle culpa däremot i detta fall vara en avgörande faktor. I sådant fall utgör culpa emellertid inte längre en subjektiv faktor som kännetecknar statens handlande, vilket har lett till överträdelsen och således till den otillbörliga skadan. Åsidosättandet av omsorgsplikten består just i ett vårdslöst handlande, således i ett culpöst beteende, med den konsekvensen att culpa inte längre är en subjektiv del av handlandet utan själva det otillåtna handlandet.

90. För att slutligen anse att det är frågan om en ansvarssituation där staten har åsidosatt skyldigheter som åligger den enligt gemenskapsrätten, förefaller det mig knappast nödvändigt att företa en prövning för att fastställa att det föreligger culpa som utgör en subjektiv del av det otillåtna handlandet.

91 — En utveckling av detta slag kan också urskiljas i Nederländerna och i Tyskland, där "culpa" anses utgöras av ett handlande som inte är förenligt med skyldigheter att iaktta normal omsorg. I detta hänseende talas i den tyska doktrinen numera om "Objektivierung des Verschuldens" (se om detta Ossenbühl, "Staatshaftungsrecht", fjärde upplagan, München, 1991, s. 61).

92 — Efter en inledande tveksamhet, även i domstolens rättspraxis, har nämligen culpa uteslutande betraktats som synonym till otillåtet handlande.

Jag upprepar följaktligen min tidigare uttryckta övertygelse om att statens mot gemenskapsrätten stridande handlande för ändamålet med skadeståndet måste bedömas i förhållande till objektiva faktorer.

Enligt min mening bör, vad avser detta fall, relevansen av nämnda villkor säkerligen kunna uteslutas, även om dessa ofta har tillämpats i domstolens rättspraxis i fråga om utomobligatoriskt ansvar. [93]

b) Förekomsten av en skada

91. Det måste röra sig om en faktisk skada, det vill säga säker och aktuell. Detta är för övrigt också de krav som i allmänhet ställs i medlemsstaternas rättsordningar och det tillkommer den nationella domstolen att kontrollera om dessa förutsättningar är uppfyllda i det enskilda fallet.

92. Det förefaller mig dock lämpligt att, låt vara kort, uppehålla mig vid vissa villkor i fråga om typen av skada, vilka även har åberopats eller i varje fall påmints om under detta förfarande, i synnerhet av den franska regeringen, såsom ett kriterium som syftar till att minska området för medlemsstaternas ansvar med anledning av överträdelser av gemenskapsrätten. Jag kommer särskilt att behandla skadans allvar, i den meningen att det borde röra sig om en betydande skada, samt skadans speciella beskaffenhet, i den meningen att den bör avse ett begränsat antal personer.

93. Även om det är sant att det i viss nationell rätt finns fall i vilka rätten till skadestånd även är beroende av skadans allvar, av dess onormalt allvarliga beskaffenhet samt av dess speciella beskaffenhet i förhållande till de skadelidande, är det också lika sant att detta synsätt — det bör understrykas — härrör från skadestånd till följd av lagliga handlingar. [94] Frågeställningen är således inte — och kan inte heller vara — densamma som i detta fall.

Det vore sannerligen orimligt att av enskilda som har lidit skada genom rättsstridiga handlingar kräva att denna skada skall ha en onormal och speciell beskaffenhet, med den konsekvensen att de själva får stå inte bara för effekter av mindre omfattning utan även för sådana effekter som är gemensamma för en personkategori som inte alls är begränsad.

93 — Se i detta hänseende bland andra dom av den 23 maj 1978, HNL mot rådet och kommissionen (nämnd i fotnot 66 ovan), punkt 7, av den 4 oktober 1979, Dumortier Frères m. fl. mot rådet (64/76, 113/76, 167/78 samt 239/78, 27/79, 28/79 och 45/79, Rec. s. 3091, punkt 11), och av den 6 december 1984, Biovilac mot EEG (59/83, Rec. s. 4057, punkt 27—30).

94 — Se till exempel franska Conseil d'Etat, dom av den 14 januari 1938, "La Fleurette", *Receuil Lebon*, 1938, s. 25 och följande sidor. Den tyska teorin om "*Sonderopfer*", vilken har utarbetats i fråga om expropriation och som således också hänför sig till den ekonomiska kränkning som följer av lagliga handlingar som har vidtagits i det allmännas intresse, bör också inordnas i denna punkt.

Sammantaget anser jag att idén om ansvarsfrihet för mindre skador i det förevarande fallet är en dålig idé.

94. Jag skall i detta hänseende först påpeka att det finns ett hinder mot att fastställa kriteriet om den ekonomiska skadans allvar, nämligen den omständigheten att en rättsstridig åtgärd som utgör en uppenbar och allvarlig överträdelse, och som står i strid med en bestämmelse i systemet och även med de enskildas rättigheter som bestämmelsen skall säkerställa, måste ge upphov till skadestånd för att kunna återställa den balans som har rubbats av den rättsstridiga handlingen, och detta oavsett skadans svårighet. Om det finns någon gemensam ståndpunkt i medlemsstaternas rättsordningar i fråga om ansvar för otillåtet handlande av de offentliga förvaltningsmyndigheterna utgörs denna av att skadeståndet inte är beroende av skadans allvar.

Till detta kommer det faktum att det inte förefaller vara möjligt att begränsa staternas ansvar till de fall där det finns särskilt bestämda rättssubjekt eller grupper av rättssubjekt och att ansvaret skulle vara uteslutet om den normativa rättsakten avser en bred kategori av rättssubjekt. Om det är sant att det på goda grunder kan göras gällande att krav med anledning av det allmännas intresse medför att ersättning utesluts för de skador som har lidits av breda personkategorier, bland annat för att undvika tunga ekonomiska bördor, är det nämligen lika sant att en sådan konstruktion bygger på enkla lämplighetshänsyn. Det skulle nämligen återstå, med hänsyn till att ansvaret är beroende av en allvarlig och uppenbar överträdelse av en överordnad rättsregel genom vilken rättigheter skapas för enskilda, att fråga sig på grundval av vilket skäl som innehavaren av en rätt till skadestånd skulle gottgöras i förhållande till övriga innehavare av samma kränkta rättighet. [95]

95. Sammantaget förefaller det mig som att det inte kan bortses från den omständigheten att ansvaret för otillåtna handlingar och skadeståndet för otillåtna handlingar är två fall som i grund och botten är olika. Det är säkerligen inte utan betydelse att det i fransk rättspraxis inte finns någon förutsättning som avser skadans allvar och speciella beskaffenhet utom i fråga om ersättning för skada som har vållats genom lagliga normativa handlingar.

Franska Conseil d'État har för övrigt självt, då det i målet Alivar uttalade att statens ansvar för överträdelser av gemenskapsrätten utgjorde *responsabilité sans faute* [ansvar oberoende av culpa], eftersom de nationella åtgärderna var berättigade av allmänintresset, ändå bevisat att skadan var onormal och av

95 — Se i samma betydelse förslaget till avgörande av generaladvokat Capotorti som avgavs i domen HNL mot rådet och kommissionen (83/76 och 94/76, 4/77, 15/77 och 40/77, Rec. 1978, s. 1227 och följande sidor, särskilt s. 1234 och följande sidor).

speciell beskaffenhet, [96] så att det i detta hänseende talades om ett *ansvar oberoende av culpa* som var så avpassat att det inte var nödvändigt att skadan antog en onormal och speciell beskaffenhet. [97]

96. Det förefaller mig slutligen vara alldeles klart att förutsättningarna i fråga om skadans beskaffenhet, vilka för övrigt kan leda till att till och med rätten till skadestånd förnekas, inte har någon grundval eller något existensberättigande då den åberopade skadan inte förknippas med en tillåten aktivitet utan med en otillåten sådan. [98] Denna slutsats borde även gälla i de fall som avser gemenskapens utomobligatoriska ansvar. [99]

c) Orsakssambandet

97. Den tredje förutsättningen för ansvaret, vilken uttryckligen behandlas i domen i målet Francovich m. fl., är den som avser orsakssambandet — ett tvingande krav för skadeståndsansvar — i enlighet med vilket den åberopade skadan måste vara en direkt följd av den skadegörande handling som dess upphovsman tillskrivs, i detta fall, av den rättsstridiga, normativa handlingen.

Det är klart att det tillkommer den nationella domstolen att kontrollera om denna förutsättning är uppfylld. Jag anser emellertid att det i detta fall är lämpligt att göra några påpekanden i fråga om avbrott i orsakssambandet och detta ur två synvinklar. Det är nämligen inte överflödigt att först klargöra huruvida det är möjligt att enligt gemenskapsrätten anse att orsakssambandet kan brytas av konkurrerande skadeorsaker eller av den skadelidandes eget vårdslösa handlingssätt. Denna problemställning aktualiserar även frågan, om än i annan form, om huruvida skadeståndstalan är subsidiär i förhållande till andra nationella rättsliga medel.

96 — Dom av den 23 mars 1984, Société Alivar, i *AJDA*, 1984, s. 396, anmärkning av Genevois. Fallet rörde en begäran om ersättning för skada till följd av att ett exportintyg för potatis inte hade utfärdats, en formalitet som infördes genom en allmän förvaltningsföreskrift, och som domstolen sedan förklarade vara oförenligt med förbudet mot kvantitativa exportrestriktioner vilket uppställs i artikel 34 i fördraget. Conseil d'État förklarade att det i detta fall endast kunde vara fråga om ett ansvar *oberoende av culpa* och fastställde domen från första instans i vilken skadeståndsyrkandet hade bifallits utan prövning av skadans onormala och speciella beskaffenhet därför att det hade godtagits ett ansvar *oberoende av culpa*. Se dessutom förslaget till avgörande av Commissaire du gouvernement Laroque inför domen från Conseil d'État av den 28 februari 1992, Arizona Tobacco Products, nämnd i fotnot 48 ovan, i vilket det just uttalas att fall då gemenskapsrättsliga normer överträds, i likhet med internationella normer, ger upphov till ett tredje ansvarssystem i vilket det, till skillnad från *ansvar oberoende av culpa*, inte krävs att skadan har en exceptionell beskaffenhet för att en rätt till skadestånd skall uppkomma.

97 — Se i denna fråga Simon, "Le Conseil d'État et les directives communautaires: du gallicanisme à l'orthodoxie?", i *Revue trimestrielle de droit européen*, 1992, s. 265 och följande sidor.

98 — Denna slutsats bekräftas dessutom av den ovan nämnda rekommendationen från Europarådet av den 18 september 1984, i vilken det i princip II, punkt 1, uttryckligen föreskrivs ersättning för skador till följd av rättsenliga handlingar, med angivande av att "ett skadestånd måste tillförsäkras i de fall där det med hänsyn till följande omständigheter vore uppenbart orättfärdigt att den skadelidande ensam måste bära skadan: handlingen har vidtagits i det allmännas intresse, endast en person eller ett begränsat antal personer har vållats skada och handlingen är exceptionell eller skadan utgör det exceptionella resultatet av handlingen". Se däremot för en annan åsikt det ovan nämnda förslaget till avgörande av generaladvokat Léger, föredraget den 20 juni 1995 i det målet Lomas (C-5/94, REG 1996, s. I-2553).

99 — Av domen av den 19 maj 1992 i målet Mulder m. fl., nämnd i fotnot 77 ovan, tycks det som om domstolen redan har reviderat sin uppfattning, låt vara underförstått, i den aktuella frågan.

— Den skadelidandes handlingssätt

98. I detta avseende skall först erinras om att domstolen har fastslagit att det utgör "en allmän princip som är gemensam för medlemsstaternas rättsordningar, (den) enligt vilken den skadelidande, för att inte själv behöva stå för skadan, måste visa att han har handlat med rimlig aktsamhet för att begränsa skadans omfattning". [100]

Den skadelidande har således en skyldighet att handla aktsamt, vilket innebär att han skall vidta de åtgärder som kan medföra att skadan undviks eller i varje fall att dess omfattning begränsas. [101]

99. I denna riktning går även Europarådets ovan nämnda rekommendation av den 18 september 1984, i vilken det i princip III uttalas att *"Si par sa faute ou par la non utilisation des moyens légaux, la victime a contribué au dommage, la réparation peut être réduite en conséquence ou refusée"*.

100 — Dom av den 19 maj 1992, Mulder m. fl. mot rådet och kommissionen (nämnd i fotnot 77 ovan), punkt 33.

101 — För att se hur denna princip har tillämpats i rättspraxis enligt artikel 215 se bland annat dom av den 14 juli 1967, Kampffmeyer mot kommissionen (förenade målen 5/66, 7/66 och 13/66—24/66, Rec. s. 287, särskilt s. 309 och följande sidor) och av den 4 oktober 1979, Ireks-Arkady mot rådet och kommissionen (238/78, Rec. s. 2955, punkt 14).

Det följer av den omständigheten att en sådan princip fastställs, att orsakssambandet kan brytas av ett vårdslöst handlingssätt av den skadelidande och att ett sådant handlingssätt i sin tur kan bestå av att den skadelidande inte har utnyttjat de rättsliga möjligheter som han förfogar över.

— Skadeståndstalan och talan om ogiltigförklaring: självständighet eller subsidiaritet?

100. Om den skadelidande kunde ha undvikit skadan genom att utnyttja nationella rättsliga medel (exempelvis genom att vid domstol angripa en skadevållande rättsakt som är oförenlig med gemenskapsrätten eller genom att gentemot den offentliga förvaltningen åberopa en rättighet som följer av en direktivbestämmelse som har direkt effekt), finns det anledning att fråga sig om inte underlåtenheten att utnyttja sådana möjligheter innebär att det nödvändiga orsakssambandet mellan överträdelsen och den uppkomna skadan bryts.

Det är med andra ord fråga om huruvida underlåtenhet att i rätt tid utnyttja rättsliga medel för att angripa rättsakten utesluter möjligheten att åberopa den "överträdande" medlemsstatens ansvar eller inte. Om så vore fallet skulle detta innebära att ett utnyttjande av de materiella möjligheterna, förutom en förutsättning för ansvar, även skulle utgöra en förutsättning — och med lika stor rätt — för att skadeståndstalan skall kunna tas upp till prövning.

101. Detta problem har lösts på olika sätt i olika medlemsstater. Det är möjligt att urskilja tre klart skilda ståndpunkter. Den första innebär att de olika möjliga rättsliga medlen anses vara fullständigt självständiga sinsemellan, varför den berörde kan välja det som han anser bäst kan ta tillvara hans intressen. [102] Den andra ståndpunkten innebär däremot att talan om skadeståndsansvar är beroende av att det även förs talan om ogiltigförklaring. [103] Den tredje ståndpunkten, slutligen, är närmare knuten till orsakssambandet, eftersom den tillåter att förvaltningsmyndigheterna inte behöver svara för de skador som den berörde skulle ha kunnat undvika genom att utnyttja materiella rättsliga medel, särskilt talan om ogiltigförklaring. [104]

Det är välkänt att domstolen i sin rättspraxis i fråga om utomobligatoriskt ansvar — efter att till en början ha hävdat att skadeståndstalan är subsidiär [105] — så småningom har kommit att slå fast att en sådan talan är självständig och således oberoende av om sökanden kan utnyttja andra möjligheter för att få domstolsskydd. Domstolen har särskilt uttalat att "talan om skadestånd enligt artiklarna 178 och 215 andra stycket i fördraget utgör en självständig talemöjlighet som spelar en särskild roll i systemet för rättsliga medel för angripande av rättsakter, vilken är underkastad processuella villkor som har föreskrivits med hänsyn till denna talans särskilda ändamål". [106]

102. Av dessa uttalanden framgår i synnerhet att skadeståndstalans självständiga karaktär svarar mot de krav på säkerställande som är kopplade till de olika krav som gäller för upptagande till prövning av talan om ogiltighetsförklaring jämfört med skadeståndstalan. Enskilda kan nämligen inte enligt fördragets skyddssystem angripa rättsakter som är av allmän karaktär och de kan endast med stora svårigheter åstadkomma en fastställelse av att gemenskapsinstitutionerna har varit överksamma. Om det fastställs att skadeståndstalan är en självständig talan blir det möjligt att genom skadestånd uppnå det som inte kan uppnås — eller i vart fall inte har varit möjligt att uppnå — genom talan om ogiltigförklaring.

Att det är detta som är själva kärnfrågan i fastställandet av skadeståndstalans självständighet bekräftas av att denna självständighet är utesluten i de begränsade fall då enskilda faktiskt kan utnyttja sig av förvaltningsrättsliga medel, [107] i synnerhet i fråga om

102 — Det är denna lösning som exempelvis den franska rättsordningen har antagit.

103 — Det är denna typ av lösning som gäller i exempelvis den italienska respektive den engelska rättsordningen.

104 — Denna kompromisslösning har antagits i den tyska rättsordningen i enlighet med artikel 839 tredje stycket i civillagen (Bürgerliches Gesetzbuch).

105 — Hänvisningen avser dom av den 15 juli 1963, Plaumann mot kommissionen (25/62, Rec. s. 199).

106 — Dom av den 17 december 1981, Ludwigshafener Walzmühle Erling m. fl. mot rådet och kommissionen (förenade målen 197/80— 200/80, 243/80, 245/80 och 247/80, Rec. s. 3211, punkt 4). I samma dom har domstolen även slagit fast att en sådan talan (den om ansvar) "skiljer sig från den om ogiltigförklaring på det sättet att den inte tar sikte på upphävandet av en viss bestämmelse utan på ersättning för skada som har vållats av institutionerna vid fullgörandet av deras uppgifter. Förutsättningarna för en talan om ansvar har fastställts på grundval av dessa mål och skiljer sig därför från förutsättningarna för en talan om ogiltigförklaring".

107 — Se dom av den 26 februari 1986, Krohn mot kommissionen (175/84, Rec. s. 753), i vilken domstolen har förklarat att talan skall avvisas då "talan om skadestånd avser en summa som motsvarar det avgiftsbelopp som har betalats av sökanden för verkställighet av ett särskilt beslut, vilket får till följd att skadeståndsyrkandet i verkligheten avser upphävande av detta särskilda beslut" (punkt 33).

rättstvister avseende anställda vid gemenskapernas institutioner. [108]

Att talan om utomobligatoriskt ansvar är självständig gynnar således inte bara de enskilda, vilka vanligtvis är förhindrade att använda materiella rättsliga medel, utan även de som med framgång kan åberopa sådana medel.

103. Det kriterium som har inspirerat rättspraxis på området för talan om utomobligatoriskt ansvar har i huvudsak förblivit detsamma, oberoende av de teser som har framförts från gång till gång, såväl beträffande de nationella rättsliga medlen (hänskjutande till förhandsavgörande angående en fråga om giltigheten av en nationell verkställighetsföreskrift) som beträffande de direkta angreppen (talan om ogiltighetsförklaring eller med anledning av underlåtenhet att lagstifta). Syftet härmed är att undvika att skadeståndstalan utnyttjas för att uppnå samma resultat som skulle ha kunnat uppnås — på ett ändamålsenligt sätt, givetvis — genom en annan typ av talan. Skadeståndstalan kan således inte utgöra ett medel för att neutralisera skadeverkningarna av en rättsakt, när detta syfte lika väl kan uppnås genom en ordinär talan om ogiltighetsförklaring, antingen denna förs direkt [vid Europeiska gemenskapernas domstol, övers. anmärkn.] eller vid en nationell domstol genom en begäran om förhandsavgörande från domstolen beträffande giltigheten. Detta gäller dock med det förbehållet att det rättsliga medlet, särskilt det nationella, måste vara ägnat att säkerställa ett effektivt skydd.

104. Detta innebär, såvitt är av intresse för denna analys, att medlemsstaterna inte rimligen kan vara förhindrade, om och i den mån som den angivna förutsättningen erfordras även för liknande nationella anspråk, att göra en talan om ansvar beroende av att det dessförinnan har väckts en talan om ogiltighetsförklaring.

Dessutom förefaller det — åtminstone vid första anblicken — som om domstolen redan har bekräftat att skadeståndstalan är subsidiär när det är fråga om skador till följd av överträdelser av gemenskapsrätten. I domen i målet Wagner Miret har nämligen skadeståndstalan ansetts vara den sista utväg som står den enskilde till buds, det vill säga en utväg som endast skall användas när det inte är möjligt att på något annat sätt uppnå ett tillfredsställande resultat, inte ens genom att den nationella domstolen tolkar de ifrågavarande nationella bestämmelserna så att dessa stämmer överens med gemenskapsbestämmelserna i fråga. [109]

108 — Se bland andra dom av den 14 februari 1989, Bossi mot kommissionen (346/87. Rec. s. 303), och av den 24 januari 1991, Latham mot kommissionen (T-27/90, Rec. s. II-35).

109 — Dom av den 16 december 1993 (nämnd i fotnot 37 ovan), punkt 23.

4. *De övriga förutsättningarna*

105. Vad beträffar de *övriga förutsättningarna* för skadestånd bör först erinras om att domstolen i domen i målet Francovich m. fl., efter att ha fastställt och avgränsat de förutsättningar som är "tillräckliga för att ge upphov till en rättighet till skadestånd för enskilda", förtydligade att "det är, med detta förbehåll, inom ramen för bestämmelser om ansvar i den nationella rätten som staten är skyldig att gottgöra följderna av den vållade skadan" (punkt 42).

Det är tydligt att det med den inskjutna satsen "med detta förbehåll" menas — vad avser bestämmelser om skadestånd på grundval av gemenskapsrätten, vilket uppkommer vid förutsättningar som bestäms i den rätten — att bestämmelserna på detta område i den nationella rätten *är tillämpliga* enbart i den mån de är nödvändiga för att bestämma de *övriga förutsättningarna* för skadestånd. De utgör således enbart former för förverkligandet av enskildas rätt till skadestånd och regleras av den nationella rätten, i synnerhet i fråga om de processuella förutsättningarna. [110]

106. Vad beträffar de sistnämnda förutsättningarna har domstolen, alltjämt i domen i målet Francovich m. fl., förklarat att det "i avsaknad av gemenskapsrättsliga bestämmelser tillkommer den nationella rättsordningen i respektive medlemsstat att bestämma behörig domstol och fastställa de processuella formföreskrifterna för de rättsliga medel som är avsedda att säkerställa skyddet för de rättigheter som tillkommer enskilda i kraft av gemenskapsrätten" (punkt 42).

Det handlar vid närmare eftertanke inte om en ny formulering i domstolens rättspraxis utan om en formulering som ofta används i samband med medlemsstaternas självständighet i processuella frågor, vilken dock inte är utan gränser ens på det området.

107. Domstolen har nämligen i detta avseende i domen i målet Francovich m. fl. bekräftat en princip som redan uttryckts i allmänna ordalag vid flera tillfällen, [111] dvs. att "de formella och materiella förutsättningar som fastställts i de olika nationella rättsordningarna i fråga om skadestånd, inte får vara mindre förmånliga än de som avser liknande anspråk av nationell karaktär och inte heller utformade på så sätt att det i praktiken blir omöjligt eller orimligt svårt att få skadestånd" (punkt 43).

110 — Det är på detta sätt som exempelvis Italien, genom förordning [decreto legislativo] nr 80 av den 27 januari 1992 (GURI av den 13 februari 1992, s. 246), för att rätta sig efter domen i målet Francovich m. fl. har antagit ad hoc-bestämmelser för att just bestämma de tillvägagångssätt och begränsningar som skall gälla i fråga om skadestånd vid underlåtenhet att genomföra direktivet om [tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagarna vid] arbetsgivarens insolvens. I dessa bestämmelser föreskrivs bland annat att talan som syftar till att få skadestånd skall föras gentemot INPS (Istituto Nazionale Previdenza Sociale), att förstainstansdomare [pretore] som är domare i arbetstvister skall vara behöriga att pröva sådan talan samt att talan måste väckas inom en tidsfrist om ett år.

111 — Se särskilt dom av den 16 december 1976, Rewe (33/76, Rec. s. 1989), samt, senast, dom av den 6 december 1994, Johnson (C-410/92, Rec. s. I-5483, punkt 21).

Gemenskapsrätten begränsar således även i fråga om skadestånd den frihet som lämnats medlemsstaterna att i processuellt och materiellt hänseende bestämma de *övriga förutsättningarna* som följer härav. Anledningen till detta är återigen behovet av att säkerställa ett faktiskt och effektivt skydd för enskilda. [112]

108. Denna begränsning av den *nationella regleringen* — varmed menas att domstolsskyddet måste vara åtminstone likvärdigt med det som föreskrivs för liknande rättsliga anspråk enligt nationella bestämmelser — kan ibland visa sig vara fullständigt meningslös. Det är tillräckligt att tänka på de nu aktuella fallen, i vilka den nationella rätten inte innehåller *några som helst* regler på detta område och det alltså är fråga om ett rättsligt medel som inte är tillåtet i de ifrågavarande nationella rättsordningarna. Av otvivelaktigt större betydelse — på grund av de möjligheter den innefattar — är i stället den begränsningen att den nationella regleringen inte får göra det *i praktiken omöjligt* att utöva de rättigheter som de nationella domstolarna är skyldiga att skydda på grund av gemenskapsrätten.

Denna princip får åtminstone två konsekvenser. För det första måste det rättsliga skyddet av rättigheter som görs gällande av enskilda med stöd av gemenskapsrätten i varje fall uppnå en lämplig nivå. För det andra ankommer det på Europeiska gemenskapernas domstol att pröva om denna nivå har uppnåtts. [113] Även om det är sant att det tillkommer medlemsstaterna att säkerställa att gemenskapsrätten blir korrekt genomförd, även i fråga om skydd genom skadestånd, har domstolen således på detta sätt förbehållit sig att pröva om det skydd som de nationella rättsordningarna erbjuder ligger på en lämplig nivå.

109. Slutligen skall det, alltjämt i fråga om de övriga förutsättningarna för skadestånd, erinras om att det under det förevarande förfarandets gång bland annat har diskuterats vilka skadekategorier som är ersättningsgilla samt hur skadans omfattning skall bestämmas. Jag förutsätter att dessa frågor i princip

112 — Se i denna fråga bland många andra exempelvis Barav, "Sanction de la non-transposition de la directive CEE relative à l'insolvabilité de l'employeur" i *La Semaine juridique*, 1992, nr 1—2, s. 12, samt Kovar, "Voies de droit ouvertes aux individus devant les instances nationales en cas de violation de normes et décisions du droit communautaire" i *Les recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européen*, Bryssel, 1978, s. 245 och följande sidor.

113 — Detta framgår exempelvis redan av domen i målet San Giorgio, i vilken domstolen slagit fast att "det är oförenligt med gemenskapsrätten att uppställa sådana beviskrav som får till följd att det blir praktiskt omöjligt eller överdrivet svårt att få återbetalning av skatter som utkrävts i strid med gemenskapsrätten" (dom av den 9 november 1983, 199/82, Rec. s. 3595, punkt 14). Man har inte heller försummat att koppla lämpligheten av det rättsliga skyddet till att förvaltningsbeslut måste vara motiverade, i den meningen att det står klart att den enskilde även skall ha möjlighet att besluta om han skall använda sig av de rättsliga skyddsmedlen eller inte. Därav följer att det är nödvändigt att vid detta val ha kännedom om alla relevanta omständigheter (dom av den 15 oktober 1987, Heylens m. fl. (C-222/86, Rec. s. 4097, punkt 15). Det bör även erinras om domen i målet Dekker, i vilken domstolen har slagit fast att när en medlemsstat — för att beivra underlåtenhet att iakta ett förbud mot diskriminering som följer av ett direktiv — väljer en påföljd som faller inom regleringen av det civilrättsliga ansvaret, är överträdelsen av detta förbud avgörande för upphovsmannens fulla ansvar "utan att hänsyn får tas till de fall av befrielse från ansvar som föreskrivs i den nationella rätten" (dom av den 8 november 1990 i målet C-177/88, Rec. s. 3941, punkt 25). Därefter skall erinras om domen i målet Emmott, i vilken har slagits fast att de frister för preskription av talan som föreskrivs i den nationella rättsordningen börjar löpa först när direktivet — som har givit upphov till de rättigheter som avses med talan — korrekt har införlivats (dom av den 25 juli 1991 (C-208/90, Rec. s. I-4269, punkt 24). Rättspraxis enligt domen i målet Emmott har emellertid ändrats i mildrande riktning, i det avseende som är relevant för detta mål, genom den i fotnot 111 ovan nämnda domen av den 6 december 1994 i målet Johnson.

bör lämnas åt den nationella rätten i medlemsstaterna att avgöra, varför jag i detta avseende skall nöja mig med att lämna några korta anmärkningar.

Det är till en början uppenbart att skadeståndet inte kan vara enbart symboliskt utan i stället bör motsvara den vållade skadan. Detta är ett krav som är förbundet med ansvarstalans existensberättigande, vilket just består i att återställandet av den skadelidandes ekonomiska ställning därmed säkerställs. Att så är fallet finner stöd både i nationell rättspraxis på detta område och i gemenskapsrättslig rättspraxis avseende artikel 215 i fördraget [114] samt i rättspraxis i fråga om internationella förhållanden [115].

110. Det kan även urskiljas en del i detta avseende relevanta uttalanden i vissa domar, i vilka domstolen just har prövat om det skydd som de nationella rättsordningarna erbjuder beträffande rättigheter som görs gällande av enskilda med stöd av gemenskapsrätten ligger på en lämplig nivå. Domstolen har på så sätt, exempelvis i fråga om den frihet som lämnats medlemsstaterna beträffande val av påföljder för att beivra brott mot förbudet mot diskriminering på grund av kön, inte underlåtit att betona att påföljderna i fråga måste kunna "säkerställa ett faktiskt och effektivt domstolsskydd ... Härav följer att om medlemsstaten beslutar sig för att beivra överträdelser av förbudet mot diskriminering genom en skadeståndsmöjlighet, måste denna under alla omständigheter vara lämplig med hänsyn till den lidna skadan". [116]

Domstolen har i domen i målet Marshall II förtydligat att när en medlemsstat väljer att införa skadestånd som påföljd för diskriminering "måste ett sådant skadestånd täcka hela skadan och kan således inte vara begränsat i förväg med avseende på prövningen av dess storlek". [117]

111. Det behövs väl knappast tilläggas att fastställandet av vissa kategorier av ersättningsgilla skador på intet vis kan innebära någon större svårighet, inte heller i fråga om skadeståndets enhetlighet i olika medlemsstater för en och samma skada. Trots de terminologiska skillnaderna erkänns nämligen i samtliga nationella rättsordningar att den ekonomiska skada som den skadelidande drabbas av är ersättningsgill. En sådan skada innefattar med säkerhet såväl de faktiska kostnaderna som utebliven vinst samt ränta härpå. Vad därefter särskilt beträffar den konkreta bedömningen av skadans omfattning är det uppenbart — bland annat med hänsyn till att denna måste ta i beaktande de olika ekonomiska och sociala förhållandena i

114 — Se i denna betydelse den i fotnot 77 ovan nämnda domen av den 19 maj 1992, Mulder m. fl. mot rådet och kommissionen, i vilken domstolen uttryckligen har fastställt att "storleken av det skadestånd som gemenskapen har att utge skall motsvara den skada som den har vållat" (punkt 34).

115 — Det är i detta avseende lämpligt att erinra om Fasta mellanfolkliga domstolens i Haag uttalande i domen av den 13 september 1928, vilken även den gällde det ovan nämnda fallet Fabriken i Chorzów, om att "skadeståndet skall i den mån det är möjligt undanröja alla följder av den rättsstridiga handlingen och återställa den faktiska situation som sannolikt skulle ha förelegat om denna handling inte hade ägt rum" (CPJI, serie A, nr 17, s. 47).

116 — Dom av den 10 april 1984, Von Colson och Kamann (nämnd i punkt 36 ovan), punkt 23.

117 — Dom av den 2 augusti 1993, Marshall II (C-271/91, Rec. s. I-4367, punkt 34).

varje medlemsstat — att det tillkommer respektive medlemsstat att tillämpa de kriterier som i detta avseende har fastställts i nationell rätt.

Sammanfattningsvis är det av vikt enligt gemenskapsrätten att skadeståndet är faktiskt och effektivt, det vill säga att den situation som skulle ha förelegat om överträdelsen inte hade ägt rum återställs, åtminstone i ekonomiskt hänseende.

5. *Tidpunkten för skadeståndsskyldighetens uppkomst*

112. Medlemsstatens skadeståndsskyldighet kan, såsom anförts ovan, inte vara beroende av att det i dom av domstolen har fastställts att den ifrågavarande överträdelsen föreligger. En sådan dom har, även sedan den har meddelats, inte någon avgörande betydelse när det gäller att bestämma från vilken tidpunkt som staten är skyldig att ersätta skador som har vållats genom en överträdelse som kan tillskrivas den.

De föreslagna förutsättningarna för hur en "uppenbar och allvarlig" överträdelse skall vara beskaffad gör det för övrigt klart att när enskilda i den bestämmelse som har överträtts tillerkänns bestämbara och precisa rättigheter, måste den åsidosättande medlemsstatens skadeståndsskyldighet föreligga från den tidpunkt då den skadevållande händelsen ägde rum. Samma lösning är nödvändig när den bestämmelse som har överträtts redan hade klarlagts i rättspraxis vid den tidpunkt då den skadevållande händelsen ägde rum. I andra fall, det vill säga när det handlar om tveksamma rättsliga situationer, är det enbart efter att en nationell domstol och/eller Europeiska gemenskapernas domstol har klarlagt frågan som den "överträdande" staten kan förpliktas att ersätta skadorna, givetvis enbart i den mån som den inte inom rimlig tid har hunnit undanröja överträdelsen och enbart beträffande skador som har uppkommit efter klargörandet.

113. Av de här föreslagna lösningarna följer slutligen den slutsatsen att det inte finns något som helst skäl till att begränsa rätten till skadestånd till sådana skadelidande som redan har inlett ett rättsligt förfarande eller åberopat ett motsvarande anspråk vid de nationella domstolarna.

Jag anser nämligen att de tvingande rättssäkerhetsskäl som har åberopats av den tyska regeringen redan åtnjuter tillräckligt skydd genom att rätten till skadestånd kan göras beroende av den förutsättningen, om den även gäller för liknande anspråk av nationell karaktär, att den skadelidande har utnyttjat alla honom till buds stående rättsliga medel för att undvika skadan eller i vart fall begränsa dess omfattning. I annat fall skulle den tidsfrist inom vilken enskilda får åberopa rätten till ersättning för lidna skador enbart avgöras av de i den nationella rättsordningen

föreskrivna tidsfristerna för preskription och förverkande.

III — Svaren på frågorna från de nationella domstolarna

114. Innan jag lämnar några mer specifika synpunkter på de fall som är föremål för detta förfarande, anser jag lämpligt att erinra om de slutsatser som jag hittills har dragit:

— För att ett faktiskt och effektivt skydd skall säkerställas av de rättigheter som enskilda gör gällande i kraft av gemenskapsrätten, krävs enligt gemenskapsrätten att enskilda garanteras ersättning för de skador som de lidit till följd av sådana överträdelser av gemenskapsbestämmelser som kan tillskrivas staten.

— Att överträdelsen i fråga kan tillskrivas lagstiftaren saknar all betydelse. Detta innebär att de restriktiva förutsättningar som gäller enligt den nationella rättsordningen för [skadestånd med anledning av] lagstiftarens rättsstridiga normgivningsaktivitet eller passivitet inte får tillämpas.

— För att en rätt till skadestånd skall uppkomma är det tillräckligt att den bestämmelse som antas ha överträtts till alla delar är precis och entydig. Detta är fallet exempelvis när en medlemsstat underlåter att uppfylla en precis skyldighet att nå ett resultat eller när staten inte tar hänsyn till en fast rättspraxis på ett visst område.

— Kriterierna för bestämmande av skadans omfattning skall alltjämt regleras av den nationella rätten, under förutsättning att de inte är mindre förmånliga än de som gäller för liknande anspråk av nationell karaktär och att de inte gör det orimligt svårt eller i praktiken omöjligt att erhålla full ersättning för skador som har vållats genom den ifrågavarande överträdelsen.

— Skadeståndsskyldigheten uppkommer — när det rör sig om en uppenbar och allvarlig överträdelse i den mening som har angivits ovan — från den tidpunkt då den skadevållande händelsen ägde rum och i annat fall endast efter en fastställelse av en nationell domstol och/eller gemenskapernas domstolar, antingen genom ett förhandsavgörande eller genom en dom meddelad med tillämpning av artikel 169 i fördraget.

a) Mål C-46/93 (Brasserie du pêcheur)

115. Detta fall gäller en överträdelse av en bestämmelse i fördraget som har direkt

effekt, nämligen artikel 30. Överträdelsen kan tillskrivas lagstiftaren, eftersom denne har underlåtit att ändra BiStG så att den stämmer överens med bestämmelsen i fråga. Jag erinrar om att käranden i målet vid den nationella domstolen yrkar ersättning för skador som han lidit under perioden 1981—1987, det vill säga från den tidpunkt som det inte har varit möjligt för honom att fortsätta att exportera öl av egen framställning till Tyskland — vilket enligt käranden i målet vid den nationella domstolen berodde på att detta öl inte uppfyllde de krav som ställdes i BiStG — till dagen för den dom i vilken domstolen med tillämpning av artikel 169 förklarade att denna lag var oförenlig med artikel 30 i fördraget.

Med hänsyn till de anmärkningar som har gjorts ovan står det klart att den nationella domstolen för att avgöra det vid den anhängiga målet måste avgöra om den skyldighet som staterna har enligt artikel 30 — vars innehåll i enlighet med vad som ovan har angivits med all säkerhet inte kan anses i alla delar vara precist och bestämbart — redan vid tidpunkten för skadans uppkomst hade klarlagts av rättspraxis beträffande sådana omständigheter som de som är aktuella i det vid den nationella domstolen anhängiga målet. Det handlar med andra ord om att pröva om det redan vid slutet av år 1981 stod klart att en sådan lag som BiStG innebar ett otillåtet hinder för de ekonomiska aktörernas verksamhet på detta område och således var oförenlig med gemenskapsrätten.

116. I detta syfte skall först erinras om att det i och med den välkända domen "Cassis de Dijon" [118], således från februari 1979, stod klart att det var oförenligt med artikel 30 inte bara att ha diskriminerande bestämmelser utan också att ha bestämmelser enligt vilka alla behandlades lika, men som inte var motiverade av tvingande hänsyn. Därtill skall tilläggas att domstolen genom dom av den 9 december 1981 [119], således mer eller mindre samtidigt med att käranden i målet vid den nationella domstolen tvingades att upphöra med export av öl till Tyskland, konstaterade att en nationell lagstiftning enligt vilken beteckningen "vinäger" var förbehållen enbart vinäger gjord på vin var oförenlig [med gemenskapsrätten]. Det finns med all säkerhet inte något skäl att anse att utgången skulle bli en annan i fråga om BiStG, eftersom beteckningen "öl" enligt denna skall vara förbehållen produkter som har bryggts på de i denna lag formellt föreskrivna ingredienserna.

Av beslutet om hänskjutande framgår dock också att det öl som bryggdes av käranden i fråga innehöll tillsatser medan de ifrågavarande tyska bestämmelserna innehöll ett totalt förbud mot att på tyskt territorium saluföra öl med tillsatser. Även om domstolen i sin dom av den 12 mars 1987 även i detta avseende förkastade lagstiftningen i fråga — på grund av att den inte befanns motiverad av intresset att skydda människors hälsa — måste det dock erkännas att en sådan slutsats, med hänsyn till rättspraxis på

118 — Dom av den 20 februari 1979, Rewe (120/78, Rec. s. 649).

119 — Mål 193/80, kommissionen mot Italien (Rec. s. 3019, punkt 24—28).

området, inte kunde anses vara fast etablerad. [120] Om den skada som den skadelidande åberopar är särskilt förbunden med denna andra aspekt av de nationella bestämmelserna i fråga, kan det därför inte uteslutas att utgången kan bli annorlunda.

117. Det är nödvändigt att göra en sista anmärkning. Jag har redan anfört att en medlemsstat — när det gäller rätt till skadestånd, och endast om den uppställer samma krav för liknande anspråk av nationell karaktär — får kräva att den skadelidande visar prov på aktsamhet och således utnyttjar lämpliga mekanismer för att undvika att skadan uppkommer eller i varje fall begränsa dess omfattning.

Av handlingarna i akten förefaller det som om käranden i det nationella målet inte på något sätt har agerat på detta sätt. Det är dock sant, vilket hävdats av nämnda kärande under detta förfarande, att avbrottet i exporten berodde på att leveransavtalet med den ende (tyske) importören inte förnyades, vilket medförde att det var omöjligt för käranden i fråga att inleda något som helst rättsligt förfarande. Under sådana omständigheter tillkommer det uppenbarligen den nationella domstolen att pröva om käranden i fråga verkligen inte har haft någon möjlighet att göra gällande artikel 30 i fördraget vid de nationella domstolarna.

b) Mål C-48/93 (Factortame III)

118. Vad beträffar fallet Factortame måste den hänskjutande domstolen i stället pröva om den konstaterade överträdelsen av artiklarna 7, 52 och 221 i fördraget — en överträdelse som kan tillskrivas lagstiftaren, eftersom denne har antagit en nationell lag som är oförenlig med artiklarna i fråga — kan anses utgöra en uppenbar och allvarlig överträdelse i den mening som har angivits ovan.

Det handlar med andra ord om att avgöra om överträdelsen av bestämmelser enligt vilka enskilda tillerkänns klara och precisa rättigheter, såsom rätten att inte bli diskriminerad på grund av nationalitet, är sådan att den — trots det utrymme för skönsmässig bedömning som medlemsstaterna faktiskt åtnjuter i fråga om antagandet av bestämmelser på den gemensamma fiskeripolitikens område — kan ge upphov till ansvar för staten. Jag anser att det i detta avseende är tillräckligt med några få anmärkningar.

120 — Se exempelvis dom av den 6 maj 1986, Müller (304/84, Rec. s. 1511), i vilken domstolen slog fast att det ankommer på medlemsstaterna "att avgöra om försäljningen av livsmedel med tillsatser kan utgöra en fara för allmän hälsa och om det finns något verkligt behov av att tillsätta de ifrågavarande ämnena i vissa livsmedel. När medlemsstaterna tillämpar dessa kriterier skall de ta hänsyn till rönen från den internationella vetenskapliga forskningen och i synnerhet till arbetena från Vetenskapliga livsmedelskommittén, även om dessa måste bedömas *mot bakgrund av de särskilda matvanor som råder i den importerande medlemsstaten*" (punkt 24, min kursivering). Domstolen fastställde således i den domen, vilken meddelades hela fem år efter det att den av sökanden åberopade skadevållande handlingen ägde rum, att det inte är oförenligt med artiklarna 30 och 36 att ha nationella bestämmelser som innebär att försäljning av livsmedel som har importerats från andra medlemsstater, där de lagligen har sålts, och som innehåller vissa tillsatser är förbjuden.

119. Även om det är sant, som den brittiska regeringen har gjort gällande, att medlemsstaterna åtnjuter ett visst utrymme för skönsmässig bedömning när det gäller att anta bestämmelser angående den gemensamma fiskeripolitiken, sker detta normalt under ständig kontroll av kommissionen, vilken staterna nämligen är skyldiga att underrätta om vilka bestämmelser som de antar. I det förevarande fallet hade kommissionen, såsom framgår av handlingarna i målet, i god tid informerat den brittiska regeringen om att kraven på nationalitet, bosättning och hemvist i 1988 års Merchant Shipping Act för registrering av fiskefartyg i det nya sjöfartsregistret ansågs vara oförenliga med gemenskapsrätten.

Härtill kommer att det i domstolens rättspraxis i fråga om etableringsrätt konsekvent har fastslagits att det är oförenligt med gemenskapsrätten att ha nationella bestämmelser som medför diskriminering på grund av nationalitet. Likaså har domstolen bedömt att just kriteriet avseende bosättning för besättningarna på fiskefartygen var oförenligt med gemenskapsrätten. [121] Slutligen var ändamålet med bestämmelserna i fråga, eftersom de avsåg fiskefartyg, inte att reglera tillvägagångssätten för utnyttjande av de nationella fiskekvoterna, varför de knappast kan anses motiverade av sådana hänsyn.

120. Sammantaget förefaller det mig som om det inte kan råda något tvivel om att överträdelsen i fråga är av uppenbar och allvarlig beskaffenhet, det vill säga de personer som har lidit skada till följd av denna överträdelse har rätt till skadestånd.

Jag vill slutligen framhålla, såsom domstolen väl känner till, att kärandena i målet vid den nationella domstolen har gjort vad som stått i deras makt för att försöka undvika den uppkomna skadan. De har faktiskt agerat i detta syfte redan innan de nationella bestämmelser som sedermera har förklarats oförenliga [med gemenskapsrätten] trädde i kraft, genom att begära och bli beviljade ett interimistiskt beslut om att de omtvistade bestämmelserna inte fick tillämpas. Beslutet upphävdes dock av Court of Appeal, men fastställdes av House of Lords till följd av Europeiska gemenskapernas domstols dom av den 19 juni 1990 (Factortame I).

121. Vad gäller den nationella domstolens andra fråga är det mot bakgrund av de ovan redovisade övervägandena knappast nödvändigt att erinra om att fastställandet av vilka kategorier av skador som är ersättningsgilla och bestämmandet av skadans omfattning alltjämt skall regleras genom nationell rätt, men att det därvid måste vara möjligt för de skadelidande att få full ersättning för de uppkomna skadorna.

121 — Dom av den 14 december 1989, Agegate (C-3/87, Rec. s. I-4459, punkt 22—26). Även om denna dom ligger i tiden efter ikraftträdandet av Merchant Shipping Act ligger den dock i tiden före domen i målet Factortame II, vilken föranledde House of Lords att fastställa de interimistiska förbudsförelägganden som kärandena hade begärt. Det handlade i det fallet för övrigt om ett villkor som hade införts för att fiskefartygens fångster skulle kunna fördelas på de nationella fiskekvoterna, medan det i det förevarande fallet handlar om en bestämmelse som till och med hindrar att fiskefartygen registreras och därmed själva utövandet av etableringsfriheten.

En särskild analys förtjänar emellertid yrkandet av en av kärandena i målet vid den nationella domstolen om att bli tillerkänd skadestånd "av påföljdskaraktär" (*exemplary damages*), vilket utgår enligt den nationella rätten vid författningsstridiga handlingar av de offentliga myndigheterna. Det är i detta avseende tillräckligt att konstatera att en medlemsstat är skyldig att bevilja berörda enskilda skadestånd när de i den nationella rätten föreskrivna förutsättningarna är uppfyllda, enligt principen om att de förutsättningar som föreskrivs i nationella bestämmelser — för att rättsliga ställningar som har skapats av gemenskapsrätten skall skyddas — inte får vara mindre förmånliga än de som gäller för liknande anspråk av nationell karaktär. Denna skyldighet föreligger även i det fall då det är fråga om en skadeståndsmöjlighet som är helt okänd i övriga medlemsstaters rättsordningar.

Förslag till avgörande

122. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen skall besvara de frågor som har ställts i respektive mål från Bundesgerichtshof och från High Court of Justice, Queen's Bench Division, Divisonal Court, enligt följande:

a) i mål C-46/93 (Brasserie du pêcheur):

1) En medlemsstat är skyldig att ersätta skador som har vållats enskilda genom överträdelser av gemenskapsrätten som kan tillskrivas denna stat — även i de fall då överträdelsen består i att lagstiftaren har underlåtit att ändra en nationell lag så att denna blir förenlig med gemenskapsrätten — under förutsättning att den skyldighet som har ålagts staten och från vilken den enskildes rättighet härrör till alla delar är precis eller att den klart har fastställts i rättspraxis på området.

2) En medlemsstat får inte underkasta rätten till skadestånd för överträdelser av gemenskapsrätten samma begränsningar som gäller för fall av överträdelser av grundlagsbestämmelser som kan tillskrivas lagstiftaren, om dessa restriktioner får till resultat att det i praktiken blir omöjligt att få rätt till skadestånd.

3) Statens skadeståndsskyldighet kan inte göras beroende av en subjektiv faktor (dolus eller culpa) som kan åtfölja överträdelsen av normen, när denna överträdelse är allvarlig och uppenbar i den mening som har angivits ovan.

4) a) Det tillkommer den nationella rättsordningen att fastställa de kategorier av skador som inte är ersättningsgilla samt kriterierna för bestämmande av skadans omfattning, under förutsättning att dessa inte är mindre förmånliga än de som gäller för liknande anspråk av nationell karaktär och inte gör det orimligt svårt eller i praktiken omöjligt för den enskilde att få full ersättning för de lidna skadorna. Detta skulle vara fallet om skadeståndets räckvidd i den nationella rätten var begränsat till att omfatta enbart sådana tillgångar vilka, såsom egendom, är skyddade i lag, medan varje möjlighet till ersättning för utebliven vinst var utesluten.

b) Statens skyldighet att ersätta skador som har vållats enskilda uppkommer från den tidpunkt då den skadevållande händelsen äger rum, om den åsidosatta bestämmelsen är klar i ovan angiven mening eller, om det är fråga om tveksamma juridiska situationer, från den tidpunkt då dessa har klarlagts i gemenskapsrättslig praxis, antingen genom ett förhandsavgörande eller genom en dom som har meddelats med tillämpning av artikel 169 i fördraget.

b) i mål C-48/93 (Factortame III):

1) En medlemsstat är skyldig att ersätta skador som har vållats enskilda genom överträdelser av gemenskapsrätten som kan tillskrivas staten — även i de fall då överträdelsen består i att lagstiftaren har antagit en nationell lag som är oförenlig med gemenskapsrätten — under förutsättning att den skyldighet som har ålagts staten och från vilken den enskildes rättighet härrör till alla delar är precis eller att den klart har fastställts i rättspraxis på området.

2) Det tillkommer den nationella rättsordningen att fastställa de kategorier av skador som inte är ersättningsgilla samt kriterierna för bestämmande av skadans omfattning, under förutsättning att dessa inte är mindre förmånliga än de som gäller för liknande anspråk av nationell karaktär och inte gör det orimligt svårt eller i praktiken omöjligt för den enskilde att få full ersättning för de lidna skadorna. För det fall den nationella rättsordningen innehåller bestämmelser om skadestånd "av påföljdskaraktär", skall dessa bestämmelser tillämpas utan någon som helst diskriminering även beträffande överträdelser av rättigheter som görs gällande av enskilda i kraft av gemenskapsrätten.