FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT JEAN MISCHO

fremsat den 6. maj 1999 *

1. Selskabet Atlanta AG (herefter »appellanten«) har nedlagt påstand om ophævelse af den dom, som Retten i Første Instans har afsagt i sag T-521/93 [1], hvorved Retten frifandt Det Europæiske Fællesskab for selskabets påstand om, at Fællesskabet dømtes til at betale erstatning i henhold til traktatens artikel 215. Appellanten gjorde for Retten en række argumenter gældende, på grundlag af hvilke selskabet mente, at Fællesskabet havde pligt til at betale erstatning på grund af det tab, selskabet havde lidt som følge af anvendelsen af Rådets forordning (EØF) nr. 404/93 af 13. februar 1993 om den fælles markedsordning for bananer [2].

2. Da Retten frifandt Fællesskabet, iværksatte appellanten appel og har påberåbt sig seks anbringender, som jeg vil behandle i rækkefølge.

Anbringendet om den afgørelse, der er truffet af Verdenshandelsorganisationens (WTO) instans til bilæggelse af tvister

3. Appellanten har for første gang i replikken gjort gældende, at den fælles markedsordning for bananer er ulovlig efter fællesskabsretten, fordi Verdenshandelsorganisationens (WTO) instans til bilæggelse af tvister i sin afgørelse af 25. september 1997 har fastslået, at forordning nr. 404/93 for en stor dels vedkommende er uforenelig med WTO's regler.

4. Denne afgørelse, som er bindende for Fællesskabet, indebærer, at dette skal suspendere anvendelsen af den fælles markedsordning. Den er desuden en ny faktisk omstændighed, som betyder, at Domstolen må ophæve den appellerede dom og hjemvise sagen til Retten.

5. Hvad angår den forpligtelse, som Fællesskabet har til straks at suspendere anvendelsen af forordning nr. 404/93, har appellanten ikke gentaget den i påstandene i replikken, hvor appellanten blot gentager påstandene i stævningen om ophævelse af den appellerede dom og hjemvisning af sagen til Retten.

6. Jeg udleder derfor deraf, at appellanten ikke havde til hensigt at fremsætte et nyt

* Originalsprog: fransk.

1 — Dom af 11.12.1996, Atlanta m.fl. mod Det Europæiske Fællesskab (Sml. II, s. 1707, herefter »den appellerede dom«).

2 — EFT L 47, s. 1.

krav i replikken om, at Domstolen suspenderer anvendelsen af forordning nr. 404/93. Når det fremsættes under et erstatningssøgsmål, er det i øvrigt åbenbart, at et sådant krav må afvises.

7. Med hensyn til appellantens påstand om ophævelse af den appellerede dom på grund af WTO-afgørelsen, bemærkes indledningsvis, at den er fremsat under en appel.

8. I henhold til EF-traktatens artikel 168 A (nu artikel 225 EF) er appelsager begrænset til retsspørgsmål. Konkret skal der følgelig tages stilling til, om Retten har tilsidesat fællesskabsretten ved ikke at tage hensyn til, at WTO's regler, således som de er fortolket ved WTO's afgørelse af 25. september 1997, er bindende.

9. Da denne er truffet efter den appellerede dom, er det åbenbart, at det ikke kan kritiseres, at der ikke er taget hensyn til den i dommen.

10. Skønt den nævnte afgørelse er truffet efter, at den appellerede dom blev afsagt, kan den imidlertid være et supplerende argument til støtte for et anbringende, der allerede er fremført og baseret på, at Retten med urette har afslået at fastslå, at Fællesskabet har tilsidesat WTO's regler.

11. Men hertil kræves det yderligere, at et sådant anbringende er blevet anført i appelskriftet, hvilket ikke er sket.

12. Imidlertid er der intet til hinder for, at appellanten under appellen anfægter Rettens udtalelser om, at Atlanta på ingen måde kunne støtte sig på bestemmelserne i den almindelige overenskomst om told og udenrigshandel (herefter »GATT«).

13. Som Rådet har forklaret under retsmødet, kunne appellanten bl.a. have gjort gældende, at der i den appellerede dom skulle have været taget hensyn til følgevirkningerne af, at GATT blev erstattet med WTO-overenskomsten, navnlig til styrkelsen af bestemmelserne om bilæggelse af tvister.

14. Uanset hvilket synspunkt man anlægger, er WTO-afgørelsen derfor uden nogen betydning for Domstolens stillingtagen til, om der kan gives appellanten medhold.

15. Appellanten kan heller ikke påberåbe sig artikel 42 i Domstolens procesreglement, som bestemmer, at nye anbringender

ikke må fremsættes under sagens behandling, medmindre de støttes på retlige eller faktiske omstændigheder, som er kommet frem under retsforhandlingerne.

16. Denne mulighed må fortolkes indskrænkende, fordi der er tale om en undtagelse fra forbuddet mod nye anbringender. Det følger heraf, at den kun kan påberåbes, når den pågældende part ikke kunne fremsætte dette anbringende tidligere, fordi det er knyttet til en ny retlig eller faktisk omstændighed.

17. Modsætningsvis kan det ikke tillades en part under henvisning til en ny faktisk omstændighed at fremsætte et anbringende på et senere trin af sagens behandling, som parten havde været fuldt ud i stand til at påberåbe sig tidligere.

18. Vi har imidlertid set i det foregående, at appellanten på tidspunktet for appellen kunne have påberåbt sig en argumentation, der var støttet på, at bestemmelserne i GATT, som WTO-overenskomsten har afløst, var bindende.

19. Appellanten har imidlertid fremhævet, at selskabet ikke støtter sig på en eventuel tilsidesættelse af væsentlige bestemmelser i GATT eller WTO. Det påberåbte anbringende er nemlig langt mere begrænset og af en anden art. Det er baseret på, at en afgørelse fra WTO's instans til bilæggelse af tvister er bindende for Fællesskabet. Den tilsidesættelse af gældende ret, som Fællesskabet har begået, består således i at anvende bestemmelser over for appellanten på trods af den bindende virkning, som WTO's instans til bilæggelse af tvisters afgørelse har for Fællesskabet.

20. Det bemærkes imidlertid, at afgørelsens bindende virkning nødvendigvis følger af, at Fællesskabet ved aftale er bundet til WTO som helhed. Den er uløseligt knyttet til den omstændighed, at Fællesskabets adfærd angiveligt er uforenelig med WTO's bestemmelser. Den omstændighed, at der er tale om bestemmelser om bilæggelse af tvister snarere end materielle bestemmelser, er herved uden betydning, så meget desto mere som instansen til bilæggelse af tvisters afgørelse er et resultat af anvendelsen af disse materielle bestemmelser.

21. Det er følgelig ubestrideligt, at appellanten med dette anbringende ønsker at gøre gældende, at der i den appellerede dom ikke er taget hensyn til, at WTO-overenskomsten, som har afløst GATT-overenskomsten, er bindende. Som jeg allerede har nævnt, skulle appellanten have medtaget dette anbringende i sin appel og anfægtet Rettens konklusion om, at appellanten ikke kunne påberåbe sig GATT's bestemmelser.

22. Det følger af det foregående, at dette anbringende må afvises.

23. Subsidiært vil jeg en passant bemærke, at anbringendet under alle omstændigheder savner grundlag. Appellanten kan nemlig ikke med held anfægte Rettens ræsonnement under henvisning til, at forordning nr. 404/93 er uforenelig med WTO-overenskomsten. Retten har under henvisning til Domstolens dom [3] i en sag, som Forbundsrepublikken Tyskland havde anlagt med påstand om annullation af samme forordning, fastslået, at appellanten ikke kunne påberåbe sig en eventuel tilsidesættelse af GATT. Den skulle derfor ikke afgøre, om der forelå en sådan tilsidesættelse i det konkrete tilfælde, og har ikke udtalt sig herom.

24. Selv hvis man desuden skulle følge appellantens fortolkning, hvilket ikke er tilfældet, og acceptere, at anbringendet om tilsidesættelse af afgørelsen af 25. september 1997 ikke kan anses for i virkeligheden at gå ud på, at forordning nr. 404/93 er uforenelig med WTO-overenskomsten som sådan, og at det ikke kunne fremsættes, før instansen til bilæggelse af tvister havde truffet afgørelse, kan dette for så vidt ikke gavne appellanten.

25. Det ville nemlig i så fald være nødvendigt at tage stilling til, om denne afgørelse kan begrunde et sådant ansvar. Det følger af Domstolens praksis [4], at for at Fællesskabet kan pådrage sig ansvar, skal den retsakt, som hævdes at være krænket, have til formål at beskytte private. Der opstår følgelig det spørgsmål, om afgørelsen kan give private den beskyttelse, som appellanten gør krav på.

26. Dette spørgsmål må undersøges på baggrund af WTO's ordning for bilæggelse af tvister, uden at det er nødvendigt at tage stilling til, om Domstolens praksis vedrørende muligheden for at påberåbe sig GATT's bestemmelser skal udvides til WTO-overenskomsten.

27. Det fremgår imidlertid klart af overenskomstens bestemmelser om WTO's forståelse vedrørende bilæggelse af tvister, at en afgørelse fra appelinstansen ikke forpligter den part, hvis lovgivning anses for at være i strid med WTO's bestemmelser, til straks at ændre denne.

28. Artikel 21, stk. 3, i den nævnte forståelse bestemmer udtrykkeligt, at et medlem af WTO har en »rimelig tidsfrist« til at efterkomme appelinstansens afgørelse. I det tilfælde, som vi beskæftiger os med her, er fristen fastsat til 15 måneder, og i denne periode er WTO's regler altså ikke til hinder for, at den fælles markedsordning opretholdes. Så meget desto mindre kan det antages, at de pålægger nogen forpligtelse

3 — Dom af 5.10.1994, sag C-380/93, Tyskland mod Rådet, Sml. I, s. 4973.

4 — Jf. f.eks. dom af 2.12.1971, sag 5/71, Zuckerfabrik Schöppenstedt mod Rådet, Sml. 1971, s. 275, org. ref.: Rec. s. 975.

til at betale erstatning for anvendelse af disse bestemmelser.

29. I henhold til artikel 22 i forståelsen vedrørende bilæggelse af tvister kunne de omtvistede bestemmelser i øvrigt opretholdes længere, såfremt parterne i forståelsen vedrørende bilæggelse af tvister indgår en aftale om kompensation. Hvis ikke, er en sådan opretholdelse i øvrigt ikke udelukket, men vil berettige modforanstaltninger fra den klagende part.

30. Det må altså nødvendigvis konstateres, at de rettigheder, som en afgørelse fra appelinstansen har til formål at give private, langt fra har det omfang, som appellanten vil tillægge dem.

31. I modsætning til f.eks. en dom i en traktatbrudssag medfører en sådan afgørelse kun på visse betingelser en forpligtelse til at afhjælpe retsstridigheden for fremtiden.

32. I det foreliggende tilfælde følger det heraf, at appellanten hverken under henvisning til bestemmelserne i forståelsen vedrørende bilæggelse af tvister eller under henvisning til appelinstansens afgørelse kan påberåbe sig, at Fællesskabet har en forpligtelse til at betale erstatning for anvendelse af de pågældende bestemmelser.

Anbringendet om ansvar for en lovlig retsakt

33. Efter appellantens opfattelse er det med urette, at Retten har afvist anbringendet om ansvar for en lovlig retsakt med den begrundelse, at det er fremsat for sent.

34. Appellanten har for det første fremhævet, at selskabet allerede havde fremført denne opfattelse i stævningen ved at gøre gældende, at det var blevet påført et særligt og alvorligt tab (»Sonderopfer«). Der er følgelig ikke her tale om et nyt anbringende, og Retten skulle have behandlet det.

35. Det må imidlertid nødvendigvis fastslås, at alle henvisninger til det »særlige og alvorlige tab« i stævningen indgår i en anden sammenhæng end ansvaret for en lovlig retsakt. Der henvises således til dette begreb til støtte for, at appellantens annullationssøgsmål vedrørende forordning nr. 404/93 kan antages til realitetsbehandling, og til støtte for den opfattelse, at princippet om beskyttelse af den berettigede forventning, proportionalitetsprincippet eller ejendomsretten er tilsidesat.

36. Begrebet »særligt og alvorligt tab« figurerer altså kun i stævningen i sammenhæng med spørgsmålet, om der foreligger en ulovlig retsakt.

37. Dette viser sig særligt klart i stævningens punkt 372, som appellanten og den franske regering har henvist til. Som den sidstnævnte har fremhævet, er det den eneste passus i stævningen vedrørende Fællesskabets ansvar, som indeholder en henvisning til begrebet »Sonderopfer«, og den indgår i en redegørelse med overskriften »Kvalificeret retskrænkelse« i afsnittet om »Rådets og Kommissionens ulovlige adfærd«. Her hævder appellanten i øvrigt, at det påførte tab er retsstridigt, netop fordi det er af særlig og alvorlig karakter, men kommer ikke ind på den mulighed, at det kan begrunde ansvar for en lovlig retsakt.

38. Appellanten har desuden erklæret, at selskabets opfattelse ikke kan anses for et »nyt anbringende« i den betydning, der forudsættes i forbuddet i Rettens procesreglements artikel 48, stk. 2, og i Domstolens procesreglement, artikel 42, stk. 2, men højst for et nyt argument til støtte for et anbringende, der allerede er fremført, og dermed kan antages til realitetsbehandling.

39. Den franske regering har imidlertid med rette henvist til Domstolens praksis, hvorefter forbuddet mod nye anbringender også gælder, når det under et søgsmål om erstatningsansvar påberåbes, at en højere retsregel, som imidlertid ikke nævnes i stævningen, er tilsidesat ved en fællesskabsretsakt [5].

5 — Dom af 11.3.1987, forenede sager 279/84, 280/84, 285/84 og 286/84, Rau m.fl., Sml. s. 1069, præmis 37 og 38.

40. I dette tilfælde har appellanten imidlertid ikke blot påberåbt sig en anden begrundelse for, at der foreligger retsstridigheder, men har opgivet enhver henvisning til begrebet retsstridighed og forsøgt at anvende en lovlig retsakt som ansvarsgrundlag.

41. Da Domstolen har fastslået, at påberåbelse af et andet anbringende til støtte for, at der foreligger retsstridighed, allerede er omfattet af forbuddet mod nye anbringender, er det så meget desto mere klart, at dette forbud gælder for en argumentation, som ændrer det påberåbte ansvarsgrundlag ved at give afkald på enhver henvisning til en eventuel retsstridighed.

42. Appellanten har imidlertid indført, at ansvaret for en lovlig retsakt og ansvaret for en ulovlig retsakt er så ens, at man ikke kan tale om et nyt anbringende i denne sammenhæng.

43. Begge argumenter har nemlig samme formål, nemlig godtgørelse af tabet, er baseret på de samme faktiske omstændigheder og støttes på samme artikel i traktaten, nemlig EF-traktatens artikel 215 (nu artikel 288 EF).

44. Jeg mener dog, at disse ligheder er så generelle, at man ikke deraf kan drage den konklusion, at der her er tale om et og samme anbringende.

45. Langt mere afgørende er efter min mening derimod forskellene mellem de to argumenter. Som Kommissionen har fremhævet, og i modsætning til hvad appellanten har anført, er disse to typer ansvar baseret på helt forskellige begrundelser.

46. Ansvaret for en ulovlig retsakt følger af tre omstændigheder: Ulovligheden, tabet og årsagsforbindelsen mellem disse to. Når tabet er et resultat af den ulovlige retsakt, behøver det ikke at være særligt og alvorligt.

47. Ansvaret for en lovlig retsakt beror derimod alene på den omstændighed, at retsakten har fremkaldt et bestemt tab. Det er tabets karakteristika, som udgør ansvarsgrundlaget, når der ikke er tale om en ulovlig retsakt.

48. Som Kommissionen har anført, udelukker disse to ansvarsbegreber følgelig gensidigt hinanden og supplerer ikke hinanden, som appellanten har anført.

49. Jeg vil tilføje, som Rådet i øvrigt har bemærket, viser appellantens egne skriftlige indlæg, at denne ikke altid har en så vid opfattelse af begrebet anbringende. Således betegner appellanten med rette selv de forskellige principper, som hævdes tilsidesat, som selvstændige anbringender.

50. Hvis appellanten imidlertid anvendte de kriterier på sammenhængende måde, som selskabet søger at gøre gældende i forbindelse med ansvaret for en lovlig retsakt, skulle det beskrive alle disse principper som, i bedste fald, blot argumenter til støtte for samme anbringende.

51. Jeg er heller ikke overbevist af de argumenter, som appellanten vil udlede af en formålsfortolkning af forbuddet mod nye anbringender i procesreglementet.

52. Appellanten er nemlig af den opfattelse, at denne bestemmelse har til formål at undgå dels, at procesfristerne omgås, dels at en parts rettigheder krænkes. I dette tilfælde er der imidlertid ingen frist, der er blevet omgået, fordi appellanten har kunnet anlægge en ny sag på grundlag af ansvaret for en lovlig retsakt. At tillade appellanten at fremføre dette anbringende under den verserende sag ville følgelig ikke blot være muligt, men endog ønskeligt ud fra et procesøkonomisk synspunkt.

53. Desuden er de indstævntes stilling på ingen måde blevet påvirket.

54. Denne argumentation er ensbetydende med at berettige, at der fremsættes et anbringende i replikken, med den betragtning, at der stadig er duplikken og rets-

mødet tilbage til at drøfte dette anbringende. Herved ses der således bort fra, at formålet med disse bestemmelser i procesreglementet netop er at give sagsøgte lejlighed til allerede i svarskriftet at tage stilling til samtlige de anbringender, der fremføres mod sagsøgte.

55. Desuden er det også til hinder for den foreslåede fortolkning, at procesreglementets ordlyd klart udelukker, at der fremføres nye anbringender under omstændigheder som de her foreliggende. Appellanten har følgelig søgt at gøre en fortolkning gældende, som er contra legem.

56. Det følger af det foregående, at det er med rette, at Retten har afvist anbringendet om ansvar for en lovlig retsakt som fremført for sent. Det er derfor ikke nødvendigt at behandle de forskellige argumenter, der er fremført vedrørende dette anbringendes realitet.

Anbringendet om tilsidesættelse af retten til kontradiktion

57. Den opfattelse, som appellanten her har fremført, viser, at på samme måde som selskabet ikke ser nogen forskel mellem ansvar for en ulovlig retsakt og objektivt ansvar, har det heller ikke opholdt sig ved forskellen mellem en normativ retsakt og en individuel retsakt.

58. Appellanten har nemlig gjort gældende, at det er med urette, at Retten har antaget, at retten til at blive hørt under en administrativ procedure, der drejer sig om en bestemt person, ikke kan overføres til en lovgivningsprocedure, der fører til, at der træffes generelle foranstaltninger.

59. Appellanten mener derimod, at de processuelle rettigheder, som en privat har til at forsvare sig mod et indgreb, aldrig kan være afhængige af dette indgrebs form, og at dette princip er fastslået ved traktatens artikel 173, stk. 4.

60. Appellanten har tilføjet, at Retten har fremsat sin opfattelse i form af ikke beviste erklæringer og følgelig ikke har begrundet sin afgørelse.

61. Appellantens opfattelse kan ikke overbevise mig.

62. EF-traktatens artikel 173 (efter ændring nu artikel 230 EF), stk. 4, som appellanten henviser til til støtte for sin argumentation, kan nemlig ikke under-

bygge denne. Denne bestemmelse fastslår det princip, at en privat kun kan anlægge annullationssøgsmål til prøvelse af en retsakt, som berører personen umiddelbart og individuelt.

63. Man kan ikke logisk deraf udlede, som appellanten gør, at der kan stilles samme krav til retten til kontradiktion, når der er tale om sådanne retsakter, som når der er tale om normative retsakter.

64. De eksempler fra retspraksis, som appellanten nævner, og som bl.a. vedrører antidumpingforanstaltninger, er heller ikke overbevisende. Der er nemlig gennemgående tale om retsakter, som Domstolen har anset for at berøre de private sagsøgere umiddelbart og individuelt. Disse kunne derfor anfægte de nævnte retsakter og bl.a. gøre retten til kontradiktion gældende.

65. Det er netop på grund af den måde, hvorpå de sagsøgende virksomheder blev berørt af de anfægtede retsakter, at det var nødvendigt at beskytte retten til kontradiktion. Det sidstnævnte begreb kan derfor kun komme på tale, når en virksomheds individuelle stilling er umiddelbart berørt.

66. Når en virksomhed derimod berøres af en normativ retsakt på samme måde som alle erhvervsdrivende i samme kategori, er forbindelsen mellem dens individuelle situation og den anfægtede retsakt af en anden art. Indgrebet i dens rettigheder har ikke længere individuel karakter på en sådan måde, at virksomheden kan anses for at være inddraget i en administrativ procedure og således har ret til kontradiktion.

67. Ved kendelse af 21. juni 1993 (sag C-280/93, derefter sag T-521/93)[6] har Domstolen imidlertid afvist det annullationssøgsmål, der var anlagt til prøvelse af forordning nr. 404/93, med den begrundelse, at sagsøgerne ikke var umiddelbart og individuelt berørt af denne retsakt.

68. De kunne derfor ikke under henvisning til retten til kontradiktion kræve at blive hørt, da forordning nr. 404/93 blev udstedt.

69. Det er derfor med rette, at Retten har fundet, at »under en procedure for udstedelse af en fællesskabsretsakt i henhold til en artikel i traktaten er de eneste høringsforpligtelser, der påhviler fællesskabslovgiver, dem, der er foreskrevet i den pågældende artikel«.

70. Dette anbringende må derfor ligeledes forkastes.

6 — Ikke trykt i Samling af Afgørelser.

Anbringendet om tilsidesættelse af forbuddet mod forskelsbehandling og princippet om fri erhvervsudøvelse

71. Appellanten har anført, at Retten skulle være nået til det resultat, at anvendelsen af forordning nr. 404/93, selv hvis den, som appellanten udtrykker det, var valide in abstracto, på appellantens konkrete situation alligevel var ulovlig, fordi den var i strid med forbuddet mod forskelsbehandling og princippet om fri erhvervsudøvelse.

72. Det er interessant at indordne denne opfattelse i udviklingen af appellantens argumentation. Denne har støttet sit søgsmål for Retten på, at den anfægtede retsakt er ulovlig. Efter at Domstolen havde afsagt domme med det modsatte resultat, støttede appellanten sig i replikken på ansvaret for en lovlig retsakt. Efter at Retten havde fastslået, at dette anbringende var fremført for sent, og uden at give afkald på denne opfattelse, kombinerer appellanten nu de to opfattelser ved at acceptere, at forordning nr. 404/93 er gyldig på et abstrakt plan, men samtidig anfægte den konkrete anvendelse deraf.

73. Man er derfor stærkt fristet til at give Kommissionen ret, når den skriver, at »appellantens argumentation ... viser, at denne opfattelse er en juridisk konstruktion, der alene er bestemt af søgsmålets formål og derfor rent imaginær«.

74. Under alle omstændigheder er det med rette, at Rådet har gjort gældende, at den ovenfor gengivne argumentation i praksis er ensbetydende med at påberåbe sig objektivt ansvar for Fællesskabet. I begge tilfælde står vi nemlig over for en lovlig lovgivningsakt, som dog alligevel måtte medføre en erstatningspligt. Dette ville i det ene tilfælde følge direkte af tabets særlige og alvorlige karakter, og i det andet ville det følge indirekte, fordi tabets særlige og alvorlige karakter ville bevirke, at anvendelsen af forordning nr. 404/93 på appellanten ville være ulovlig og derfor ville medføre ansvar for lovgiver.

75. Når det er sagt, deler jeg ikke Rådets opfattelse, hvorefter denne konstatering i sig selv er tilstrækkelig til at antage, at anbringendet er identisk med det forrige og derfor må afvises. Det må nemlig undersøges, om dette anbringende, selv om det fører til samme resultat som det foregående anbringende, er baseret på et andet grundlag og dermed må antages til realitetsbehandling.

76. Det teoretiske grundlag for appellantens interessante opfattelse er en forståelse i to etaper af beskyttelsen af grundrettigheder.

77. Det må først fastslås, om bestemmelserne i en normativ retsakt er generelt og abstrakt forenelige med grundrettighederne. Hvis dette er tilfældet, må det undersøges, om den konkrete og individu-

elle anvendelse af de anfægtede bestemmelser på den konkrete og individuelle situation, som en borger befinder sig i, er forenelig med denne borgers grundrettigheder.

78. Som Kommissionen har fremhævet, er det rigtigt, at man kan opfatte beskyttelsen af grundrettighederne således, at den sker på to niveauer.

79. Først er grundrettighederne nemlig bindende for lovgiver, når den normative retsakt udstedes. De er dernæst bindende for de myndigheder, der skal gennemføre forordningen.

80. Selv hvis dennes bestemmelser er i overensstemmelse med grundrettighederne, kan det ske, at de individuelle gennemførelsesforanstaltninger, som træffes af de myndigheder, der skal anvende bestemmelserne, er i strid med grundrettighederne. Det er disse foranstaltninger, som borgeren skal anfægte for at få konstateret deres ugyldighed.

81. Denne ugyldighed virker på ingen måde tilbage på forordningens bestemmelser. Det er nemlig kun, hvis den tilsidesættelse af grundrettigheder, der følger af gennemførelsesforanstaltningerne, er en direkte og nødvendig følge af forordningens bestemmelser, at disses gyldighed påvirkes. Men i et sådant tilfælde ville det ikke have været muligt forudgående at fastslå, at disse bestemmelser var forenelige med grundrettighederne.

82. Det kan nemlig ikke tænkes, at en forordning abstrakt er gyldig, mens den ikke er det, når den anvendes i et konkret tilfælde.

83. Når Domstolen fastslår, at en forordning er forenelig med en given højere retsregel, sker det ikke med en sådan grad af abstraktion, at denne forordning ved sin anvendelse kan medføre en tilsidesættelse af netop denne regel. Hvis det nemlig var tilfældet, ville det ikke kunne ses, hvilken betydning Domstolens konstatering ville have, idet den ville have en sådan grad af abstraktion, at den i virkeligheden ville være tømt for ethvert indhold.

84. De principper, som appellanten har påberåbt sig i dette tilfælde, illustrerer dette til fuldkommenhed. Domstolen har f.eks. fastslået med hensyn til forbuddet mod forskelsbehandling, at forordning nr. 404/93 ikke var i strid med dette forbud.

85. Hvis ordene skal have en mening, betyder denne konstatering, så abstrakt den end er, at der ikke findes noget tilfælde, hvor bestemmelserne i forordning nr. 404/93 er i strid med dette forbud. Jeg kan derfor ikke se, hvordan en sagsøger, uanset hvordan hans individuelle situation kan se ud, kan hævde, at forordningens

bestemmelser, når de anvendes på ham, uden hensyn til nogen eventuelt ulovlig gennemførelsesforanstaltning er i strid med forbuddet mod forskelsbehandling. Såfremt der forelå en sådan situation, ville Domstolen simpelt hen ikke have kunnet fastslå, at forordningen var forenelig med dette forbud.

86. Det samme gælder for princippet om fri erhvervsudøvelse.

87. Det er derfor med rette, at Retten under henvisning til Domstolens praksis vedrørende forordning nr. 404/93 har forkastet de anbringender, der støttes på disse to principper.

88. Dette anbringende må derfor forkastes.

Anbringendet om tilsidesættelse af princippet om beskyttelse af den berettigede forventning

89. Appellantens argumentation om en tilsidesættelse af princippet om beskyttelse af den berettigede forventning viser en fortolkning af dette princips art, som ikke er i overensstemmelse med den, der kan udledes af Domstolens praksis.

90. Appellanten har nemlig henvist til sin situations særlige træk for deraf at udlede en berettiget forventning om, at der ville blive anvendt en overgangsordning, hvorved appellanten ville undgå de skadelige virkninger af, at forordning nr. 404/93 trådte i kraft. Appellanten har navnlig påberåbt sig omfanget af sine nu truede investeringer, at det er umuligt at finde alternative forsyningskilder og at det er nødvendigt at opfylde befragtningskontrakter.

91. Alle disse betragtninger har imidlertid ingen betydning i denne sammenhæng. Det fremgår nemlig klart af retspraksis, at det ikke er de særlige træk ved en erhvervsdrivendes situation, der medfører anvendelse af princippet om beskyttelse af den berettigede forventning, men alene myndighedens adfærd. Det er, fordi denne adfærd har været egnet til hos de erhvervsdrivende at fremkalde en forventning om foranstaltninger, som den nævnte myndighed vil kunne træffe, at disse kan påberåbe sig, at denne berettigede forventning beskyttes.

92. I dette tilfælde har appellanten imidlertid ikke fremført, og har i øvrigt heller ikke kunnet fremføre noget indicium for en sådan adfærd fra lovgivers side. Tværtimod bekræfter selve ordlyden af »bananprotokollen«, som er et bilag til gennemførelseskonventionen vedrørende de oversøiske landes og territoriers associering med Fællesskabet og en integrerende del af traktaten, dennes overgangskarakter. Desuden har de erhvervsdrivende aldrig kunnet være i tvivl om, at fuldførelsen af det indre

marked måtte indebære, at de ordninger for import af bananer, der var forskellige alt efter medlemsstat, måtte ophøre.

93. Det følger heraf, at det er med rette, at Retten har forkastet appellantens argument om tilsidesættelse af princippet om beskyttelse af den berettigede forventning under henvisning til Domstolens faste praksis, hvorefter

»en erhvervsdrivende ... heller ikke [kan] gøre gældende, at han har en velerhvervet rettighed eller blot en berettiget forventning om opretholdelse af en bestående situation, som kan ændres ved beslutninger truffet af fællesskabsinstitutionerne inden for rammerne af deres skøn ...« [7].

94. Det følger af det foregående, at det ikke er nødvendigt at gennemgå appellantens argumentation om, at Retten har fortolket betingelserne for anvendelse af princippet indskrænkende ved at kræve, at lovgiver skal have givet »præcise løfter« snarere end at fremkalde »begrundede forhåbninger«.

95. Under alle omstændigheder har appellanten, som vi har set, intet fremført, der kan give grundlag for at antage, at der foreligger en adfærd fra lovgivers side, som falder ind under et af disse begreber.

7 — Jf. dommen i sagen Tyskland mod Rådet, præmis 80.

Anbringendet om Rådets angiveligt ulovlige delegation af lovgivningskompetence til Kommissionen

96. Appellanten har anført, at Rådet selv skulle have defineret begrebet erhvervsdrivende i forordning nr. 404/93. Dette begreb er nemlig et af de væsentlige led i den fælles markedsordning for bananer, som er indført ved denne forordning, og kan ikke anses for blot at være en gennemførelsesforanstaltning, som Rådet kunne overlade det til Kommissionen at definere.

97. Desuden har Retten, ved ikke at udtale et ord om dette selvstændige anbringende, ifølge appellanten ikke opfyldt sin forpligtelse til at begrunde, at anbringendet blev forkastet.

98. »Anbringenderne om tilsidesættelse af bestemmelserne vedrørende lovgivningsproceduren« behandles af Retten i den appellerede doms præmis 77 og 78 efter at være blevet beskrevet således i præmis 75, første punktum:

»Med hensyn til anbringendet om tilsidesættelse af bestemmelser vedrørende lovgivningsproceduren har sagsøgerne reelt gjort gældende, at Rådet ikke har respekteret Kommissionens initiativret, og at Parlamentet skulle have været hørt på ny, efter at Kommissionens oprindelige forslag var blevet ændret.«

99. Det må nødvendigvis konstateres, at selv om der er knyttet begrænsningen »reelt« til denne beskrivelse, kan der ikke deri findes nogen henvisning til det af appellanten fremførte anbringende.

100. Ved sin prøvelse heraf har Retten i dommens præmis 77 kun henvist til dommen i sagen Tyskland mod Rådet, præmis 27-43. Disse vedrører tre spørgsmål: tilsidesættelse af Kommissionens initiativret, manglende begrundelse og manglende fornyet høring af Parlamentet.

101. Der er derimod ingen henvisning til anbringendet om ulovlig delegation af kompetence fra Rådet til Kommissionen, hvilket næppe er overraskende, da den tyske regering ikke synes at have påberåbt sig dette anbringende for Domstolen.

102. I modsætning til den franske regering mener jeg imidlertid, at Retten ikke kunne antage, at sagsøgerne havde frafaldet dette anbringende. I det indlæg, som de indgav den 16. januar 1996 på Rettens anmodning om de følger, som dommen i sagen Atlanta Fruchthandelsgesellschaft m.fl. [8] måtte have for den verserende sag, og som den franske regering har henvist til, bekræftede sagsøgerne, at de fastholdt samtlige deres anbringender. De tilføjede ganske vist, at de ville »koncentrere sig« om fire af disse punkter. Dette indebærer imidlertid også modsætningsvis, at de fastholdt de øvrige anbringender.

103. Jeg mener derfor, at det er med urette, at Retten ikke har taget stilling til anbringendet om en ulovlig delegation af kompetence fra Rådet til Kommissionen. Den appellerede dom bør derfor ophæves, for så vidt den angår Atlanta, den eneste af sagsøgerne, der har appelleret.

104. Sagen er imidlertid tilstrækkeligt godt oplyst med hensyn til dette anbringende til, at Domstolen selv kan træffe afgørelse. Der er følgelig ingen grund til at hjemvise sagen til Retten.

105. En gennemgang af forordning nr. 404/93 viser en række omstændigheder, som den franske regering har fremhævet, og som kan give tilstrækkelig klarhed over begrebet erhvervsdrivende i denne forordnings forstand. Det bør i øvrigt bemærkes, at dette udtryk er almindeligt brugt inden for de fælles markedsordninger. Rådet behøvede derfor ikke at give det en almen definition.

106. Det bestemmes således i artikel 19, stk. 1, andet afsnit, i forordning nr. 404/93, at disse erhvervsdrivende skal være »etablerede i Fællesskabet«, som »for egen

8 — Dom af 9.11.1995, sag C-466/93, Sml. I, s. 3799.

regning har markedsført en minimumsmængde bananer af ovennævnte oprindelse, der skal fastsættes senere«.

107. Denne oprindelse fremgår bl.a. af trettende betragtning til forordning nr. 404/93, hvori det præciseres, at »toldkontingentet [bør] forvaltes således, at der skelnes mellem på den ene side erhvervsdrivende, der tidligere har markedsført bananer fra tredjelande og ikke-traditionelle AVS-bananer, og på den anden side erhvervsdrivende, der tidligere har markedsført bananer produceret i Fællesskabet samt traditionelle AVS-bananer, samtidig med at der afsættes en mængde til nye erhvervsdrivende, der for nylig har nedsat sig, eller agter at nedsætte sig som handlende inden for denne sektor«.

108. Artikel 15, stk. 5, i forordning nr. 404/93, således som den var gældende ved sagens anlæg, definerer begrebet »markedsføring« som markedsføring i alle led med undtagelse af produktets overgang til den endelige forbruger.

109. Endelig fremgår det af femtende betragtning til forordningen, at »i forbindelse med fastsættelsen af de supplerende kriterier, som de erhvervsdrivende skal opfylde, skal Kommissionen lade sig lede af princippet om, at licenser skal udstedes til fysiske eller juridiske personer, som har påtaget sig den handelsmæssige risiko ved markedsføring af bananer, samt af behovet for at undgå at forstyrre normale handelsmæssige forbindelser mellem personer i forskellige led i markedsføringskæden«.

110. Rådet har altså opfyldt sine forpligtelser som lovgiver, fordi det har fastsat de væsentligste dele af det område, som skal reguleres, således som det har pligt til ifølge retspraksis[9]. Det har ikke gjort mere end at overlade Kommissionen beføjelser til gennemførelse af regler, som det har fastsat i overensstemmelse med EF-traktatens artikel 145 (nu artikel 202 EF).

111. Det må følgelig konkluderes, at dette anbringende ligeledes må forkastes.

De øvrige betingelser for Fællesskabets ansvar uden for kontrakt

112. Appellanten gør gældende, at Retten blandt betingelserne for ansvar for en ulovlig retsakt kun har prøvet betingelsen om retsaktens ulovlighed, skønt de øvrige betingelser var opfyldt.

9 — Jf. f.eks. dom af 17.12.1970, sag 25/70, Köster og Beradt, Sml. 1970, s. 259, org. ref.: Rec. s. 1161, præmis 6.

113. Som Retten med rette har henvist til, går fast retspraksis ud på, at det er en forudsætning for, at Fællesskabet kan pådrage sig ansvar uden for kontrakt, at tre betingelser er opfyldt, nemlig at der foreligger en ulovlig adfærd, at der faktisk er indtrådt et tab, og at der er årsagsforbindelse mellem disse to omstændigheder.

114. Da Retten har fastslået, at den første betingelse ikke var opfyldt, behøvede den ikke at undersøge de øvrige.

De faktiske omstændigheder, som appellanten har påberåbt sig

115. Appellanten har med en vis ihærdighed beskrevet de faktiske omstændigheder, som efter appellantens opfattelse er kendetegnende for dennes situation. Uden formelt at udlede et anbringende heraf, synes appellanten imidlertid at gøre gældende, at Retten ikke har taget hensyn til dem.

116. Det bør i denne forbindelse nævnes, at disse omstændigheder, i modsætning til hvad appellanten hævder, ikke er ubestridt. Den franske regering har nemlig udtrykkeligt bestridt, såvel at det overhovedet foreligger et tab, som at det er specielt for sagsøgerne i sagen for Retten, sammenlignet med alle andre importører af »tredjelandsbananer«, og endelig også, at der er sammenhæng mellem tabet og udstedelsen af forordning nr. 404/93.

117. Desuden har disse betragtninger ingen betydning. Uanset hvor alvorligt og særligt det hævdede tab er, kan det ikke give mulighed for at overvinde den hindring i form af afvisning, som det af appellanten anførte er stødt på.

118. Af de ovenfor angivne grunde kan disse betragtninger heller ikke rejse tvivl om, at forordning nr. 404/93 er blevet anvendt på lovlig måde.

119. Jeg vil tilføje, at den omstændighed, som appellanten har påberåbt sig, at den sammenfletning af markederne, som lovgiver tilsigter, ikke har fundet sted, ikke i sig selv kan rejse tvivl om gyldigheden af forordning nr. 404/93, når der ikke foreligger et åbenbart urigtigt skøn fra lovgivers side. Hvis de foranstaltninger, som denne har truffet, ikke er behæftet med en sådan urigtighed, kan den omstændighed, at de ikke har haft den tilsigtede virkning, ikke påvirke deres gyldighed.

120. Endelig vil jeg henvise til, at appellanten er af den opfattelse, at en del af markedet er lukket for denne, fordi der foreligger langfristede leveringskontrakter. Denne betragtning kan heller ikke påvirke gyldigheden af forordning nr. 404/93, men må derimod henhøre under traktatens konkurrenceregler, hvilket appellanten i øvrigt må formodes at være vidende om.

Forslag til afgørelse

121. I betragtning af det foregående foreslår jeg Domstolen følgende afgørelse:

— Retten i Første Instans' dom af 11. december 1996, Atlanta m.fl. mod Det Europæiske Fællesskab (sag T-521/93), ophæves, for så vidt den frifinder Det Europæiske Fællesskab.

— Det Europæiske Fællesskab frifindes i det af Atlanta AG anlagte erstatningssøgsmål.

— Atlanta AG betaler sagens omkostninger.