FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT V. TRSTENJAK

fremsat den 4. september 2008 [1]

Indhold

I — Indledning . . . . . I - 2126

II — Retsforskrifter . . . . . I - 2127

A — Fællesskabsretlige bestemmelser . . . . . I - 2127

B — Nationale bestemmelser . . . . . I - 2129

III — Faktiske omstændigheder, hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål . . . . . I - 2130

IV — Retsforhandlingerne ved Domstolen . . . . . I - 2133

V — Parternes væsentligste argumenter . . . . . I - 2134

A — Det første spørgsmål . . . . . I - 2134

B — Det andet spørgsmål . . . . . I - 2135

C — Det tredje spørgsmål . . . . . I - 2136

D — Det fjerde spørgsmål . . . . . I - 2138

E — Det femte spørgsmål . . . . . I - 2140

VI — Retlig vurdering . . . . . I - 2142

A — Indledende bemærkninger . . . . . I - 2142

B — Det første spørgsmål . . . . . I - 2143

1. Fortolkningsformer, som finder anvendelse . . . . . I - 2143

2. Individuelle rettigheder i Domstolens praksis . . . . . I - 2144

1 — Originalsprog: tysk.

3. Fortolkning af de omtvistede direktiver . . . . . I - 2146

4. Resultat . . . . . I - 2149

C — Det andet spørgsmål . . . . . I - 2150

1. De grundlæggende friheder som offentligretlige subjektive rettigheder . . . I - 2150

2. Den afledte rets forrang . . . . . I - 2151

3. Resultat . . . . . I - 2153

D — Præliminært spørgsmål forud for det tredje og det fjerde spørgsmål . . . . . I - 2153

1. Den nationale lovgivers kompetence . . . . . I - 2153

2. Krav om ækvivalens og effektivitet . . . . . I - 2154

3. Resultat . . . . . I - 2155

E — Det tredje spørgsmål . . . . . I - 2156

1. Det præjudicielle spørgsmåls relevans . . . . . I - 2156

2. Traktatbrudsproceduren som objektiv legalitetskontrol . . . . . I - 2157

3. Ikke krav om en privilegeret stilling for statens erstatningsansvar . . . . . I - 2158

4. Resultat . . . . . I - 2158

F — Det fjerde spørgsmål . . . . . I - 2159

1. Indledende bemærkninger . . . . . I - 2159

2. Domstolens praksis . . . . . I - 2160

3. Sammenligning med forældelsesreglen i artikel 46 i statutten for Domstolen I - 2161

4. Resultat . . . . . I - 2162

G — Det femte spørgsmål . . . . . I - 2162

1. Om skadelidte har pligt til at afværge skaden . . . . . I - 2162

2. Om det er rimeligt at kræve påberåbelse af den primærretlige beskyttelse I - 2164

3. Rimelighed, når forelæggelse er nødvendig, eller en traktatbrudsprocedure verserer . . . . . I - 2165

VII — Forslag til afgørelse . . . . . I - 2166

I — Indledning

1. Baggrunden for den foreliggende sag er en anmodning om præjudiciel afgørelse i medfør af artikel 234 EF fra Bundesgerichtshof, hvorved denne har forelagt Domstolen fem spørgsmål vedrørende fortolkningen af princippet om, at medlemsstaterne kan ifalde erstatningsansvar uden for kontraktforhold på grund af en tilsidesættelse af fællesskabsretten.

2. Spørgsmålene er rejst i forbindelse med en sag mellem Danske Slagterier, der er brancheorganisation for de danske andelssvineslagterier og svineproducenter (herefter »sagsøgeren«), og Forbundsrepublikken Tyskland (herefter »sagsøgte«). Under sagen har sagsøgeren fremsat krav om erstatning på grund af en mangelfuld gennemførelse af direktiv 64/433/EØF, som affattet ved direktiv 91/497/EØF [2], og af direktiv 89/662/EØF [3].

3. Forelæggelsen vedrører i det væsentlige spørgsmål om betingelserne for, at den pågældende medlemsstat ifalder et fællesskabsretligt erstatningsansvar, om der skal tages hensyn til en eventuel pligt for skadelidte til at afværge skaden ved at iagttage de foreliggende retsmidler, samt om forældelsesregler, der principielt henhører under medlemsstatens ret, finder anvendelse.

2 — Rådets direktiv 91/497/EØF af 29.7.1991 om ændring og kodificering af direktiv 64/433/EØF om sundhedsmæssige problemer vedrørende handel med fersk kød inden for Fællesskabet med henblik på at udvide dets anvendelsesområde til også at omfatte produktion og afsætning af fersk kød (EFT L 268, s. 69).

3 — Rådets direktiv 89/662/EØF af 11.12.1989 om veterinærkontrol i samhandelen i Fællesskabet med henblik på gennemførelse af det indre marked (EFT L 395, s. 13).

II — Retsforskrifter

[…]

A — *Fællesskabsretlige bestemmelser*

b) kød

4. Artikel 5 i direktiv 64/433, som affattet ved direktiv 91/497, bestemmer:

[…]

»(1) Medlemsstaterne drager omsorg for, at embedsdyrlægen erklærer følgende kød uegnet til menneskeføde:

[…]

o) kød, der har en udtalt kønslig lugt.

[…]«

5. Artikel 6 i direktiv 64/433 bestemmer:

»(1) Medlemsstaterne drager omsorg for, at

iii) med forbehold af de tilfælde, der er nævnt i artikel 5, stk. 1, litra o), fra ukastrerede svin, hvis slagtekroppe vejer over 80 kilo, medmindre virksomheden efter en metode, som anerkendes efter fremgangsmåden i artikel 16, eller i mangel af en sådan metode, efter en metode, der er anerkendt af den pågældende kompetente myndighed, kan sikre, at de slagtekroppe, der har en udtalt kønslig lugt, kan udskilles, forsynes med det særlige mærke, der er omhandlet i [Kommissionens] beslutning 84/371/EØF [af 3.7.1984 om fastlæggelse af det særlige mærke for fersk kød som omhandlet i artikel 5, litra a), i direktiv 64/433/EØF (EFT L 196, s. 46)] og underkastes den behandling, der er omhandlet i [Rådets] direktiv 77/99/EØF [af 21.12.1976 om sundhedsmæssige problemer i forbindelse

med handel med kødprodukter inden for Fællesskabet (EFT 1977 L 26, s. 85), som senest ændret ved direktiv 89/662].

[…]

g) de under de foregående afsnit omhandlede behandlinger foretages på oprindelsesvirksomheden eller enhver anden virksomhed, som udpeges af embedsdyrlægen

[…]«

6. Artikel 5 i direktiv 89/662 fastsætter:

»(1) Bestemmelsesmedlemsstaten iværksætter følgende kontrolforanstaltninger:

a) De kompetente myndigheder kan på varens bestemmelsessted ved ikke-diskriminerende veterinær stikprøvekontrol undersøge, om kravene i artikel 3 er opfyldt; de kan i den forbindelse udtage prøver.

Endvidere kan transit- eller bestemmelsesmedlemsstatens kompetente myndigheder, når de ligger inde med oplysninger, som tyder på, at der er sket en overtrædelse, ligeledes foretage kontrol under varernes transport på den pågældende medlemsstat område, herunder kontrol af transportmidlernes overensstemmelse med gældende regler.«

7. Artikel 7 i direktiv 89/662 bestemmer:

»(1) Konstaterer bestemmelsesmedlemsstatens kompetente myndigheder ved en kontrol på forsendelsens bestemmelsessted eller under transporten,

[…]

b) at varerne ikke opfylder betingelserne i EF-direktiverne eller eventuelt nationale normer, hvor der ikke er truffet afgørelse om de i direktiverne foreskrevne EF-normer, kan de, medmindre der fra et sundhedsmæssigt eller veterinærpolitimæssigt synspunkt er noget til hinder herfor, give afsenderen eller dennes repræsentant valget mellem:

— destruktion af varerne eller

— anden anvendelse af varerne, herunder tilbagesendelse med tilladelse fra de kompetente myndigheder i det land, hvor oprindelsesvirksomheden er beliggende.«

8. Artikel 8, stk. 1, i direktiv 89/662 bestemmer:

»(1) I de i artikel 7 omhandlede tilfælde sætter de kompetente myndigheder i en bestemmelsesmedlemsstat sig straks i forbindelse med de kompetente myndigheder i afsendermedlemsstaten. Sidstnævnte myndigheder træffer de nødvendige foranstaltninger og meddeler de kompetente myndigheder i førstnævnte medlemsstat, hvilken kontrol der er udført, hvilke afgørelser der er truffet samt begrundelsen for disse.«

B — *Nationale bestemmelser*

9. Bürgerliches Gesetzbuch (den tyske borgerlige lovbog) indeholder i den affattelse, som var gældende indtil den 31. december 2001 (herefter »BGB i den tidligere affattelse«), følgende bestemmelser:

»§ 195

Den almindelige forældelsesfrist er 30 år.«

»§ 839

(1) Krænker en tjenestemand forsætligt eller uagtsomt en ham over for tredjemand påhvilende tjenestepligt, skal han erstatte tredjemanden den deraf opståede skade. Har tjenestemanden kun handlet uagtsomt, kan der kun rettes krav imod ham, hvis skadelidte ikke kan opnå erstatning på anden måde.

(2) Krænker en tjenestemand ved en dom i en retssag sin tjenestepligt, ifalder han kun ansvar for den herved opståede skade, såfremt tjenesteforsømmelsen er strafbar. Denne bestemmelse finder ikke anvendelse på pligtstridige afslag eller forsinkelser under tjenestens udøvelse.

(3) Der indtræder ikke erstatningspligt, såfremt skadelidte forsætligt eller uagtsomt har undladt at afværge skaden ved anvendelse af et retsmiddel.«

»§ 852

(1) Krav på erstatning for skade opstået som følge af en ulovlig handling forældes tre år efter det tidspunkt, hvor skadelidte har fået kendskab til skaden og den erstatningspligtiges identitet, og uanset et sådant kendskab forældes det 30 år efter, at handlingen blev begået.

(2) Pågår der mellem den erstatningspligtige og den erstatningsberettigede forhandlinger om den skadeserstatning, som skal ydes, suspenderes forældelsesfristen, indtil en af parterne afviser at fortsætte forhandlingerne.

(3) Har den erstatningspligtige ved den ulovlige handling opnået en berigelse på skadelidtes bekostning, er han også efter forældelsesfristens udløb forpligtet til at tilbagegive denne i henhold til bestemmelserne om tilbagegivelse af uberettiget berigelse.«

III — Faktiske omstændigheder, hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

10. Sagsøgeren har på vegne af sine medlemmer krævet erstatning fra sagsøgte under henvisning til, at denne har tilsidesat fællesskabsretten. Sagsøgeren har gjort gældende, at sagsøgte fra begyndelsen af 1993 og frem til 1999 pålagde kød fra ukastrerede svin et de facto-indførselsforbud, hvorved der opstod et tab for sagsøgerens medlemmer på mindst 280 000 000 DEM.

11. Siden 1990'erne har man i Danmark opdrættet ukastrerede hangrise som slagtedyr. Deres kød kan ved opvarmning afgive en stærk lugt eller smag. For at kunne finde og frasortere lugtende kød bliver indholdet af skatol, som er et restprodukt, der dannes i

tarmen under forbrændingen, målt før slagtningen. Efter sagsøgtes opfattelse er lugten imidlertid relateret til hormonet androstenon, mens måling af skatol-indholdet ikke fører til et pålideligt resultat.

12. Ifølge artikel 5, stk. 1, litra o), i direktiv 64/433, som affattet ved direktiv 91/497, drager medlemsstaterne omsorg for, at embedsdyrlægen erklærer kød, der har en udtalt kønslig lugt, uegnet til menneskeføde. Ifølge artikel 6, stk. 1, litra b), nr. iii), drager medlemsstaterne — med forbehold af de tilfælde, der er nævnt i artikel 5, stk. 1, litra o) — omsorg for, at kød fra ukastrerede svin, hvis slagtekroppe vejer over 80 kilo, forsynes med et særligt mærke og underkastes en varmebehandling, medmindre virksomheden efter en anerkendt metode kan sikre, at de slagtekroppe, der har en udtalt kønslig lugt, kan udskilles.

13. Ved skrivelser af 18. og 26. januar 1993 meddelte sagsøgte medlemsstaternes højeste veterinærmyndighed, at »artikel 6, stk. 1, litra b), i direktiv 64/43 gennemføres i tysk ret på en sådan måde, at der uafhængig af vægtgrænsen fastsættes en værdi på 0,5 µg/g androstenon, og såfremt denne værdi overskrides, skal kødet anses for uegnet til menneskeføde i henhold til artikel 5, stk. 1, litra o), og må ikke indføres til Tyskland som fersk kød. I skrivelserne hed det videre, at alle partier svinekød hidrørende fra andre medlemsstater undersøges på bestemmelsesstedet i henhold til artikel 7, stk. 1, litra b), i direktiv 89/662, uanset om kødet er sundhedsmærket, med henblik på at efterprøve, om denne grænseværdi er overholdt. Derfor undersøgte de kompetente tyske myndigheder i tiden derefter adskillige leverancer af svinekød fra Danmark, og såfremt grænseværdien for androstenon var overskredet, blev det påtalt, og kødet sendt tilbage.

14. I et søgsmål anlagt af Kommissionen fastslog Domstolen ved dom af 12. november 1998 i sagen Kommissionen mod Tyskland (sag C-102/96, Sml. I, s. 6871), at sagsøgte havde tilsidesat de nævnte direktivbestemmelser.

15. Sagsøgeren har til støtte for sit erstatningskrav gjort gældende, at de danske svineproducenter og slagteriselskaber på grund af sagsøgtes fællesskabsretsstridige adfærd først nedbragte produktionen af ukastrerede svin og i oktober 1993 næsten indstillede denne fuldstændig. Alligevel blev der fra 1993 til 1999 opdrættet og slagtet ca. 39 mio. ukastrerede svin med henblik på markedsføring i Tyskland. Markedsføring af en sådan mængde ukastrerede svin ville kunne have ført til omkostningsbesparelser på mindst 280 000 000 DEM.

16. I en sag anlagt den 6. december 1999 med påstand om udstedelse af et betalingspålæg tog Landgericht sagsøgerens påstand til følge for tiden efter den 7. december 1996 og afviste kravet som forældet, i det omfang det vedrørte erstatning for skade opstået før den 6. december 1996. Appelretten tog sagsøgerens påstand til følge i det hele. Appelretten gav tilladelse til iværksættelse af revisionsanke, hvorunder sagsøgte har nedlagt påstand om frifindelse i det hele.

17. Bundesgerichtshof er som revisionsankeinstans af den opfattelse, at den foreliggende sag rejser spørgsmål om, hvorvidt de berørte svinekødsproducenter og forhandlere ved en tilsidesættelse af harmoniseringsdirektiver i givet fald kan påberåbe sig rettigheder, som de tildeles i den primære ret. Derudover ser den forelæggende ret et behov for en afklaring hvad angår fællesskabsrettens indvirkning på reglerne om den nærmere udformning af statens fællesskabsretlige erstatningsansvar, der principielt er overladt til medlemsstaterne, navnlig i relation til forældelse og retsvirkningen af en eventuel tilsidesættelse af pligten til at afværge skaden ved anvendelse af retsmidler (»forrang for den primærretlige beskyttelse«).

18. Den 12. oktober 2006 besluttede Bundesgerichtshof derfor at udsætte afgørelsen i revisionsankesagen og forelægge Domstolen følgende spørgsmål til præjudiciel afgørelse:

»1) Giver bestemmelserne i artikel 5, stk. 1, litra o), og artikel 6, stk. 1, litra b), nr. iii), i Rådets direktiv 64/433/EØF af 26. juni 1964 om sundhedsmæssige problemer vedrørende handelen med fersk kød inden for Fællesskabet, som affattet ved Rådets direktiv 91/497/EØF af 29. juli 1991 (EFT L 268, s. 69), sammenholdt med artikel 5, stk. 1, artikel 7 og artikel 8 i Rådets direktiv 89/662/EØF af 11. december 1989 om veterinærkontrol i samhandelen i Fællesskabet med henblik på gennemførelse af det indre marked (EFT L 395, s. 13), svinekødsproducenter og forhandlere en retlig position, som i tilfælde af fejl ved direktivets gennemførelse og anvendelse kan udløse et fællesskabsretligt erstatningsansvar for staten?

2) Kan svinekødsproducenter og -forhandlere — uanset besvarelsen af det første spørgsmål — som grundlag for et fællesskabsretligt erstatningsansvar for staten påberåbe sig, at EF-traktatens artikel 30 (= artikel 28 EF) er blevet tilsidesat, såfremt de ovennævnte direktivers gennemførelse og anvendelse er i strid med fællesskabsretten?

3) Kræver fællesskabsretten, at forældelsesfristen for et fællesskabsretligt erstatningsansvar for staten afbrydes, hvis der

verserer en traktatbrudssag i medfør af artikel 226 EF, eller at fristen suspenderes indtil sagens afslutning, såfremt der ikke i national ret findes et effektivt retsmiddel, hvorved medlemsstaten kan tvinges til at gennemføre et direktiv?

4) Begynder forældelsesfristen for et fællesskabsretligt erstatningsansvar for staten, der er baseret på en utilstrækkelig gennemførelse af et direktiv og et dertilhørende (de facto) importforbud, uafhængigt af den anvendelige nationale ret, først at løbe, når direktivet er fuldstændig gennemført, eller kan forældelsesfristen i overensstemmelse med national ret allerede begynde at løbe, når de første skadevirkninger er indtrådt, og yderligere skadevirkninger kan forudses? Såfremt direktivets fuldstændige gennemførelse har betydning for, hvornår forældelsesfristen begynder at løbe, gælder dette da generelt eller kun, når direktivet indrømmer enkeltpersoner rettigheder?

5) Henset til, at medlemsstaterne ikke må udforme betingelser for skadeserstatning i medfør af det fællesskabsretlige erstatningsansvar for staten, der er mindre gunstige end dem, der gælder for tilsvarende søgsmål efter national ret, og til, at det ikke i praksis må gøres umuligt eller urimeligt vanskeligt at opnå erstatning, er der da generelle betænkeligheder ved en national lovgivning, hvorefter der ikke indtræder erstatningspligt, hvis skadelidte forsætligt eller uagtsomt har undladt at afværge skaden ved hjælp af et retsmiddel? Foreligger der også betænkeligheder ved denne »forrang for den primærretlige beskyttelse«, når den kun gælder med det forbehold, at den med rimelighed kan kræves anvendt af den berørte part? Er denne allerede urimelig i fællesskabsretlig forstand, hvis den pågældende ret ikke kan forventes at kunne besvare de omhandlede fællesskabsretlige spørgsmål uden forelæggelse for De Europæiske Fællesskabers Domstol, eller når der allerede verserer en traktatbrudsprocedure i medfør af artikel 226 EF?«

IV — Retsforhandlingerne ved Domstolen

19. Forelæggelseskendelsen indgik til Domstolens Justitskontor den 6. november 2006.

20. Der er indgivet skriftlige indlæg inden for den i artikel 23 i statutten for Domstolen fastsatte frist af sagsøgeren i hovedsagen, af

Forbundsrepublikken Tysklands regering, Den Hellenske Republiks regering, Republikken Polens regering, Den Franske Republiks regering, Den Tjekkiske Republiks regering og Den Italienske Republiks regering samt af Kommissionen.

21. Under den mundtlige forhandling den 21. maj 2008 var befuldmægtigede for sagsøgeren i hovedsagen samt befuldmægtigede for Forbundsrepublikken Tysklands regering, Den Hellenske Republiks regering, Republikken Polens regering, Den Franske Republiks regering, Den Tjekkiske Republiks regering og Den Italienske Republiks regering samt for Kommissionen til stede for at afgive indlæg.

V — Parternes væsentligste argumenter

A — *Det første spørgsmål*

22. Den *tyske regering* har ligesom den *græske*, den *polske*, den *franske* og den *italienske regering* forfægtet det synspunkt, at der hverken kan udledes individuelle rettigheder for svinekødsproducenter og forhandlere af artikel 5, stk. 1, litra o), sammenholdt med artikel 6, stk. 1, litra b), i direktiv 64/433, eller af bestemmelserne i artikel 5, 7 og 8 i direktiv 89/662, hvorfor den første af de tre betingelser for, at en medlemsstat ifalder ansvar for den mangelfulde gennemførelse af de omhandlede direktiver, ikke er opfyldt.

23. Som begrundelse herfor har de nævnte procesdeltagere i det væsentlige anført, at det navnlig følger af betragtningerne til direktiv 64/433 og 89/662, at de veterinære hindringer, der har en negativ indflydelse på det indre marked, skal bringes til ophør ved hjælp af disse direktiver, hvilket skal ske dels ved en harmonisering af væsentlige krav med hensyn til beskyttelse af folkesundheden og dyresundheden, dels ved, at kontrollen ved de indre grænser afskaffes. Artikel 5, stk. 1, litra o), og artikel 6, stk. 1, litra b), i direktiv 64/433 har til formål at beskytte forbrugernes sundhed og harmonisere den omhandlede kontrol. Artikel 5, stk. 1, og artikel 7 og 8 i direktiv 89/662 forpligter medlemsstaterne til inden for rammerne af sundhedskontroller at anerkende produkter kontrolleret i afsendermedlemsstaten som egnede til menneskeføde og at anvende den i direktivet fastsatte procedure i tilfælde af forskellige vurderinger.

24. Den *tyske regering* har anført, at til forskel fra de direktiver, som blev bedømt i sagerne Frankovich og Dillenkofer, er der ikke noget sted i de foreliggende direktiver 89/662 og 64/433 nævnt en afgrænset personkreds, for hvilken der skal gælde særlige rettigheder. En bestemt persongruppes tilknytning til det regulerede område kan ikke i sig selv berettige en antagelse om, at et direktiv tillægger subjektive rettigheder.

25. *Sagsøgeren* i hovedsagen, *Kommissionen* og den *tjekkiske regering* er af den opfattelse, at svinekødsproducenter og -forhandlere er bærere af en individuel ret til beskyttelse mod kontrol, der er mere omfattende end forudsat i direktiverne. I denne forbindelse har sagsøgeren anført, at det er forbudt for medlemsstaterne at opstille krav til markedsføringen, der går videre end artikel 6 i direktiv 64/433. Artikel 8 i direktiv 89/662 forbyder nationale myndigheder at anvende samme direktivs artikel 7 uden at gennemføre en tvistbilæggelsesprocedure. Herved får borgerne et krav på ikke at blive pålagt bestemmelseslandets foranstaltninger i henhold til artikel 7. Artikel 5, stk. 1, litra o), i direktiv 91/497 skal efter sagsøgerens opfattelse sikre, at det som udgangspunkt er oprindelseslandet, der fastslår, om produktet er egnet til menneskeføde. Bestemmelsen skal derved beskytte borgerne mod national praksis, der går videre end direktivet.

26. *Kommissionen* har i sit indlæg henholdt sig til Domstolens dom af 3. februar 1998 i sag C-102/96, Kommissionen mod Tyskland [4], hvormed den omhandlede tilsidesættelse af direktiv 64/433 og 89/662 blev fastslået. Ifølge Kommissionen har de afgørende bestemmelser i disse direktiver til formål at oprette en harmoniseret ordning for sundhedskontrol, som bygger på en gensidig anerkendelse af sundhedskravene i alle medlemsstaterne, således at kontrollen henlægges til afsenderstaten. De nævnte direktiver hører til de foranstaltninger, hvorved det indre marked gradvist skal realiseres. Kommissionen har tilføjet, at Domstolen i Dillenkofer-sagen allerede har fastslået, at den omstændighed, at et direktiv også har til formål at realisere det indre marked, ikke udelukker, at dets bestemmelser ligeledes kan tjene til at beskytte individuelle rettigheder.

4 — Sml. I, s. 6871.

B — *Det andet spørgsmål*

27. *Sagsøgeren* i hovedsagen, *Kommissionen* og den *græske regering* har forfægtet det synspunkt, at svinekødsproducenter og -forhandlere, uanset om de kan tilkendes individuelle rettigheder i henhold til direktivbestemmelser, kan påberåbe sig en tilsidesættelse af artikel 28 EF som grundlag for et fællesskabsretligt erstatningsansvar for staten i tilfælde af en fællesskabsretsstridig gennemførelse og anvendelse af direktiv 64/433 og 89/662. En harmonisering fratager ganske vist medlemsstaterne muligheden for at gøre de i artikel 30 EF fastsatte hensyn gældende, men udelukker ikke anvendelsen af artikel 28 EF. Denne bestemmelse kan konkretiseres i den afledte ret, men den kan ikke udelukkes. I et tilfælde som det foreliggende er beskyttelsesformålet i artikel 28 EF i overensstemmelse med hver af de omhandlede bestemmelser i direktiv 64/433 og 89/662. Derfor skal en tilsidesættelse af bestemmelser i den afledte ret samtidig anses for en tilsidesættelse af den primære retsnorm.

28. Den *tyske regering* er ligesom den *tjekkiske*, den *franske*, den *polske* og den *italienske regering* derimod af den opfattelse, at såfremt de direktivbestemmelser, som finder anvendelse, ikke tillægger borgerne individuelle rettigheder, kan de heller ikke påberåbe sig en tilsidesættelse af artikel 28 EF som grundlag for et erstatningskrav mod en

medlemsstat. Det fremgår af den dom, hvormed tilsidesættelsen af de omhandlede direktiver blev fastslået, at foranstaltningerne til fastlæggelse og vurdering af kønslugten allerede var blevet harmoniseret ved direktivernes bestemmelser. Følgelig skal de medlemsstatslige foranstaltninger ikke bedømmes i forhold til den primære ret, men i lyset af de relevante bestemmelser i den afledte ret.

29. Da lovligheden af de omhandlede medlemsstatslige foranstaltninger kun kan vurderes i lyset af den afledte ret, mener den *tyske regering*, at det samme må gælde for prøvelsen af spørgsmålet om, hvorvidt disse foranstaltninger berører individuelle rettigheder. Regeringen har herved tilføjet, at der nødvendigvis må gælde en parallel målestok for vurderingen af en national foranstaltnings lovlighed og for vurderingen af medlemsstatens eventuelle fællesskabsretlige erstatningsansvar. I overensstemmelse dermed skal den tilsidesatte retsnorm være identisk med den retsnorm, som tildeler subjektive rettigheder.

30. Den *tyske* og den *polske* regering har gjort gældende, at der desuden anvendes helt forskellige kriterier ved prøvelsen af en tilsidesættelse af den afledte ret i forhold til en tilsidesættelse af den primære fællesskabsret. Mens en manglende gennemførelse af et direktiv allerede i sig selv udgør en tilsidesættelse af direktivet, skal den samme adfærd fra en medlemsstats side — hvis det antages, at området ikke er blevet harmoniseret i den afledte ret — prøves hvad angår foreneligheden med artikel 28 EF, ligesom den muligvis kan begrundes i et af de berettigede hensyn, som anerkendes i den primære ret. Desuden har det foreliggende tilfælde ikke nogen grænseoverskridende træk og falder dermed ikke ind under artikel 28 EF's anvendelsesområde, eftersom de danske svineproducenter og slagteriselskaber ikke selv eksporterer deres varer. Er der lidt et tab, udgør dette alene en refleksvirkning.

C — *Det tredje spørgsmål*

31. *Samtlige regeringer*, der har afgivet indlæg, er ligesom *Kommissionen* af den opfattelse, at fællesskabsretten ikke kræver, at et af Kommissionen anlagt traktatbrudssøgsmål skal føre til, at en forældelsesfrist for medlemsstatens fællesskabsretlige erstatningsansvar afbrydes eller suspenderes i det tidsrum, sagen varer.

32. Nævnte procesdeltagere begrunder dette med medlemsstaternes processuelle autonomi. Denne tillader hver af medlemsstaterne at fastlægge forældelsesfrister og selv at regulere deres afbrydelse eller suspension under forudsætning af, at de pågældende bestemmelser fra den erstatningsberettigedes synspunkt ikke er mindre gunstige end bestemmelserne om medlemsstatens erstatningsansvar for overtrædelser af national ret, og at det fællesskabsretlige erstatningskrav

ikke i praksis gøres umuligt eller urimelig vanskeligt at gennemføre. Dette følger i øvrigt af dom af 10. juli 1997, Palmisani, (sag C-261/95, Sml. I, s. 4025, præmis 40), vedrørende en præklusiv frist for erstatningskrav mod staten på fællesskabsretligt grundlag. Den antagelse, at forældelsesfristen hverken afbrydes eller suspenderes ved en traktatbrudsprocedure, er også i overensstemmelse med effektivitetsprincippet. Kommissionen har forfægtet det synspunkt, at fællesskabsretten kun kræver, at forældelsesfristen afbrydes eller suspenderes, når den berørte part selv anvender et retsmiddel for herved at opfylde sin tabsbegrænsningspligt.

33. Endvidere har den *tyske* og den *polske regering* anført, at der i retspraksis vedrørende artikel 288, stk. 2, EF om Fællesskabets eget erstatningsansvar er blevet opstillet nogle meget strenge betingelser i denne forbindelse. Retten i Første Instans har således fundet, at det er skadelidte selv, der skal afbryde forældelsesfristen (dom af 16.4.1997, sag T-20/94, Hartmann mod Rådet og Kommissionen, Sml. II, s. 595, præmis 117 f.). Traktatbrudsproceduren er desuden et led i den offentlige interesse i retslig kontrol og har ikke som primært formål at beskytte individuelle rettigheder. Følgelig er spørgsmålet om, hvorvidt der skal anlægges traktatbrudssøgsmål, udelukkende overladt til Kommissionens skøn, uden at den berørte part kan gennemtvinge et sådant søgsmål. Den græske regering har derudover henvist til, der ikke gælder en frist for at anlægge et traktatbrudssøgsmål.

34. *Samtlige regeringer*, der har afgivet indlæg i den foreliggende sag, samt *Kommissionen* er enige om, at den omstændighed, at der ikke findes et nationalt retsmiddel, hvormed en medlemsstat kan tvinges til at gennemføre et direktiv, er uden betydning for de nærmere regler om gennemførelsen af et erstatningskrav mod staten og navnlig for erstatningskravets forældelse.

35. Før *sagsøgeren* i hovedsagen tager stilling til det tredje spørgsmål, anfører denne først nogle bemærkninger vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt fællesskabsretten er til hinder for den analoge anvendelse af BGB's § 852 i den tidligere affattelse, som den forelæggende ret har tiltrådt. BGB's § 852 i den tidligere affattelse fastsætter i modsætning til andre bestemmelser om længere forældelse en forældelsesfrist på tre år. I tysk ret er det uklart, hvilken national forældelsesbestemmelse der skal anvendes på statens fællesskabsretlige erstatningsansvar. Der findes hverken lovregler eller retspraksis fra de øverste domstole herom. I den juridiske litteratur anføres forskellige opfattelser. Hvis BGB's § 852 i den tidligere affattelse, som egentlig vedrører tjenestemænds personlige ansvar, anvendes på det foreliggende tilfælde for første gang, vil det udgøre en tilsidesættelse af retssikkerhedsprincippet, princippet om juridisk klarhed og effektivitetsprincippet. En forældelsesfrist må for at kunne opfylde sit formål om at garantere retssikkerhed være fastlagt på forhånd (dom af 11.7.2002, sag C-62/00, Marks & Spencer, Sml. I, s. 6325, præmis 39). Desuden vil ækvivalensprincippet blive tilsidesat, fordi den borger, som gør krav gældende på grundlag af et nationalt erstatningsansvar for staten, er vidende om, hvilken forældelsesfrist der finder anvendelse, hvor-

imod den borger, der fremsætter erstatningskrav mod den tyske stat støttet på fællesskabsretten, er henvist til at gætte på, hvilken forældelsesregel der vil finde analog anvendelse.

36. Sagsøgeren har endvidere gjort gældende, at fællesskabsretten også er til hinder for en analog anvendelse af BGB's § 852 i den tidligere affattelse, fordi denne som sagsøger i hovedsagen, i modsætning til den forelæggende rets opfattelse, ikke på nogen måde kunne have haft kendskab til den erstatningspligtiges identitet før 1997. Før afsigelsen af dom af 1. juni 1999, Konle (sag C-302/97, Sml. I, s. 3099), kunne sagsøgeren ikke vide, om der skulle fremsættes krav mod medlemsstaten selv eller mod de delstater, hvis myndigheder ved at håndhæve de tyske regler også havde tilsidesat fællesskabsretten.

37. *Kommissionen* går ud fra, at den forelæggende ret allerede før det tredje og det fjerde spørgsmål implicit stiller det spørgsmål, om fællesskabsretten er til hinder for en analog anvendelse af forældelsesbestemmelsen i BGB's § 852 i den tidligere affattelse, der gælder for nationale erstatningskrav på grundlag af en tjenestefejl. Efter Kommissionens opfattelse tilkommer det den nationale ret at efterprøve, navnlig i lyset af effektivitetsprincippet, om borgere berørt af en tilsidesættelse af fællesskabsretten kan opnå et tilstrækkeligt kendskab til de rettigheder, som følger af medlemsstatens fællesskabsretlige erstatningsansvar, og gøre disse rettigheder gældende. Kun en omfattende gennemgang af national ret og af de særlige faktiske omstændigheder i hovedsagen kan sætte den forelæggende ret i stand til at fastslå, om sagsøgeren ved en analog anvendelse af BGB's § 852 i den tidligere affattelse hindres i at opnå et tilstrækkeligt kendskab til sine rettigheder og i at gøre dem gældende for de nationale retter.

38. Med hensyn til selve det tredje spørgsmål har *sagsøgeren* i hovedsagen fastholdt, at traktatbrudsproceduren i medfør af artikel 226 EF er et retsmiddel i tysk rets forstand, hvorved der må gås ud fra et meget vidt retsmiddelbegreb. Sammenlignelige retsmidler i national ret, der på grund af den samlede skadevoldende adfærds særlige karakter imidlertid ikke stod til rådighed i den foreliggende sag, kan ifølge det af sagsøgeren anførte også afbryde forældelsesfristen. På samme måde er det sagsøgerens opfattelse, at ækvivalensprincippet kræver, at enten traktatbrudsproceduren eller sagsøgerens klage til Kommissionen tillægges den samme retsvirkning som et tysk retsmiddel i en sammenlignelig situation.

D — *Det fjerde spørgsmål*

39. I samtlige indleverede indlæg bortset fra indlægget fra sagsøgeren i hovedsagen er der i det væsentlige enighed om, at fællesskabsretten ikke kræver, at forældelsesfristen i national ret først begynder at løbe, når det pågældende direktiv er fuldstændigt gennemført. Forældelsesfristen kan således også

allerede begynde at løbe, når den første skadevirkning indtræder, og yderligere skadevirkninger kan forudses, selv hvis dette tidspunkt skulle ligge før direktivets fuldstændige gennemførelse.

40. I denne sammenhæng anføres i de nævnte indlæg, at det principielt tilkommer de nationale retter under overholdelse af ækvivalensprincippet og effektivitetsprincippet at afgøre, hvornår forældelsesfristen for krav støttet på statens fællesskabsretlige erstatningsansvar begynder at løbe. Hvad angår effektivitetsprincippet anføres navnlig, at som Domstolen har fastslået i forbindelse med sager om refusion af ikke-skyldige afgifter, er det ikke i strid med dette princip, at medlemsstaterne fastsætter en præklusiv frist, som allerede er udløbet, før der er tilvejebragt en retstilstand, som er i overensstemmelse med fællesskabsretten (dom af 17.11.1998, sag C-228/96, Aprile, Sml. I, s. 7141, præmis 45). Der kan ikke udledes et andet resultat af dom af 25. juli 1991, Emmott (sag C-208/90, Sml. I, s. 4269, præmis 23), hvori Domstolen fastslog, at indtil direktivet er korrekt gennemført, kan den medlemsstat, som undlader dette, ikke påberåbe sig, at en sag er anlagt for sent. Denne afgørelse blev, som det senere præciseres i Aprile-dommen, alene truffet på grund af de særlige omstændigheder i det konkrete tilfælde.

41. Det *Forenede Kongerige* har under den mundtlige forhandling i det væsentlige anført, at forældelsen af det fællesskabsretlige erstatningskrav skal vurderes efter national ret, hvorved den 30-årige forældelsesfrist, der er fastsat i tysk ret, ikke er i strid med ækvivalensprincippet og effektivitetsprincippet. Effektivitetsprincippet er heller ikke til hinder for, at en national forældelsesbestemmelse finder analog anvendelse på det fællesskabsretlige erstatningsansvar. I øvrigt kræver fællesskabsretten ikke, at forældelsesfristen i national ret først begynder at løbe, når det pågældende direktiv er blevet fuldstændig gennemført.

42. *Sagsøgeren* i hovedsagen finder for det første, at de tyske myndigheders skadeforvoldende adfærd i modsætning til den forelæggende rets opfattelse kan kvalificeres som en vedvarende handling, hvilket medfører, at forældelsesfristen først kan begynde at løbe, når handlingen ophører, eller når yderligere skadevoldende adfærd undlades. Dette kan udledes af dom af 13. juli 2006, Manfredi (forenede sager C-295/04 — C-298/04, Sml. I, s. 6619, præmis 77 ff.). Domstolen har heri fastslået, at en national bestemmelse, hvorefter forældelsesfristen for at anlægge erstatningssag begynder at løbe den dag, hvor kartellet eller den samordnede praksis for første gang realiseres, i praksis kan gøre det umuligt at gøre erstatningskravet gældende. Under sådanne omstændigheder kan forældelsesfristen allerede være udløbet, før overtrædelsen bringes til ophør, således at en skadelidt ikke længere kan anlægge sag.

43. Endvidere er sagsøgeren af den opfattelse, at de i Emmott-dommen opstillede principper undtagelsesvis også kan finde anvendelse på det foreliggende tilfælde, fordi der også her foreligger særlige omstændigheder. Bl.a. kan der peges på den retlige usikkerhed, som er en følge af det komplekse sammenspil mellem de anvendelige direktivbestemmelser. En anden særlig omstændighed viser sig ved, at de tyske myndigheder ikke har gennemført tvistbilæggelsesproceduren i henhold til artikel 8 i direktiv 89/662, hvilket ligeledes har ført til retlig usikkerhed. Derfor har de berørte markedsdeltagere i praksis ikke haft mulighed for at påberåbe sig deres rettigheder i medfør af direktivet direkte over for de tyske myndigheder.

44. Endelig har sagsøgeren i hovedsagen, for det tilfælde at den skadevoldende adfærd ikke kan anses for en vedvarende handling, subsidiært gjort gældende, at BGB's § 852 i den tidligere affattelse i alle tilfælde må skulle fortolkes i overensstemmelse med fællesskabsretten, således at erstatning kun er udelukket for det tidsrum, der ligger mere end tre år før fremsættelsen af erstatningskravet mod staten.

E — *Det femte spørgsmål*

45. Henset til den *italienske regerings* bemærkninger vedrørende det tredje og det fjerde spørgsmål finder denne regering det ikke nødvendigt at komme ind på det femte spørgsmål.

46. Samtlige øvrige regeringer, som er procesdeltagere, har i det væsentlige forfægtet den opfattelse, at fællesskabsretten ikke er til hinder for anvendelse af en national bestemmelse som BGB's § 839, stk. 3, hvorefter der ikke indtræder erstatningspligt, når den skadelidte forsætligt eller uagtsomt har undladt at afværge skaden ved anvendelse af et retsmiddel. De henviser til Brasserie du Pêcheur-dommen, hvoraf det følger, at den nationale ret til enhver tid kan efterprøve, om skadelidte på en passende måde har bestræbt sig på at begrænse skadens omfang og navnlig anvendt alle de retsbeskyttelsesmidler, der står til hans rådighed.

47. De anfører endvidere, at anvendelsen af BGB's § 839, stk. 3, ikke tilsidesætter effektivitetsprincippet, medmindre denne bestemmelse, således som den *tjekkiske regering* har anført, skal fortolkes således, at skadelidte skal have anvendt alle de retsbeskyttelsesmidler, der står til rådighed, uanset om anvendelsen heraf forekommer relevant eller ej i forhold til sagens omstændigheder. Det påhviler den nationale ret til at vurdere, om det kan forlanges af skadelidte, at han påberåber sig rettigheder i et direktiv, som ikke er gennemført korrekt.

48. Den *tyske regering* har understreget, at det ikke er i strid med princippet om fællesskabsrettens effektivitet at give den primærretlige beskyttelse forrang, idet statens fællesskabsretlige erstatningsansvar ikke udelukkes generelt, men alene i de tilfælde, hvor den person, som gør et erstatningskrav gældende, i strid med sin tabsbegrænsningspligt har forsømt at påberåbe sig den primærretlige beskyttelse. Regeringen mener ikke, at det er urimeligt at stille krav om anvendelse af den primærretlige beskyttelse, hverken hvis den nationale ret må forventes at forelægge sagen i medfør af artikel 234 EF, eller hvis der gennemføres en traktatbrudsprocedure i henhold til artikel 226 EF.

49. Den *tjekkiske*, den *polske* og den *franske regering* er af den opfattelse, at den omstændighed, at den nationale ret formentlig ikke kan besvare de omhandlede fællesskabsretlige spørgsmål uden en forelæggelse for Domstolen i medfør af artikel 234 EF, eller den omstændighed, at der allerede verserer en traktatbrudsprocedure i henhold til artikel 226 EF, ikke har nogen betydning for, om det er rimeligt at stille krav om anvendelse af den primærretlige beskyttelse.

50. *Kommissionen* mener, at fællesskabsretten er til hinder for anvendelse af en national bestemmelse som BGB's § 839, stk. 3, eftersom der fastsættes en yderligere betingelse for at gennemføre et fællesskabsretligt erstatningskrav mod medlemsstaten. I stedet kan den nationale ret ved afgørelsen af, hvilket tab der skal erstattes på grundlag af fællesskabsretten, til hver en tid undersøge, om den skadelidte på passende måde har søgt at undgå skaden eller begrænse dens omfang.

51. *Sagsøgeren* i hovedsagen har for det første henvist til, at BGB's § 839, stk. 3, vedrører tjenestemænds personlige erstatningsansvar og ikke vedrører statens erstatningsansvar, for så vidt som denne skal indestå for sine tjenestemænds handlinger. Da de retsundergivne ikke i denne henseende kan påberåbe sig de øvrige berørte parters parallelle sager, medfører anvendelsen af denne bestemmelse konkret, at hver af de over 15 000 berørte danske virksomheder parallelt skal fremsætte krav i alle delstaterne mod den pågældende enhed af de retsstridigt handlende myndigheder, hvilket med langt over 50 forskellige handlende myndigheder ville betyde mere end 750 000 retsmidler. En sådan betingelse for at gøre et fællesskabsretligt erstatningsansvar gældende mod staten vil svække fællesskabsrettens effektive virkning. Sagsøgeren har sammenfattende fastholdt, at denne også selv anerkender, at der består en tabsbegrænsningspligt. Denne pligt kan dog ikke række så vidt, at skadelidte skal anvende ethvert tænkeligt retsmiddel for ikke at miste sit fællesskabsretlige krav.

VI — Retlig vurdering

A — *Indledende bemærkninger*

52. Medlemsstaternes fællesskabsretlige erstatningsansvar er som retsinstitut opstået og nærmere fastlagt gennem Domstolens praksis. I den skelsættende dom af 19. november 1991 i sagen Frankovich m.fl. [5] har Domstolen fastslået, at en medlemsstat i henhold til et uomtvisteligt fællesskabsretligt princip er forpligtet til at erstatte private ethvert tab, de har lidt som følge af statens tilsidesættelse af fællesskabsretten. Heraf har Domstolen udledt, at en medlemsstat også ifalder ansvar for privates tab som følge af, at et direktiv ikke er blevet gennemført i national ret inden for den fastsatte frist [6].

53. Rækkevidden af denne dom bliver først tydelig, når man betragter, hvordan retsområdet for statens fællesskabsretlige erstatningsansvar inden for rammerne af dommeres efteruddannelse har udviklet sig med udgangspunkt i principperne om fællesskabsrettens effektive virkning, medlemsstaternes loyale samarbejdspligt efter artikel 10 EF samt navnlig Fællesskabets ansvar uden for kontraktforhold [7]. Bortset fra Fællesskabets ansvar uden for kontraktforhold, der som retsinstitut har hjemmel i artikel 288, stk. 2, EF [8], indeholder fællesskabsretten endnu ikke en udtrykkelig bestemmelse om medlemsstaternes erstatningsansvar. Ikke desto mindre er det i dag uomtvistet, at medlemsstaternes fællesskabsretlige ansvar er en naturlig følge af den retsorden, som er oprettet ved traktaten, og at det afføder et erstatningskrav, som har grundlag direkte i fællesskabsretten [9].

5 — Dom af 19.11.1991, forenede sager C-6/90 og C-9/90, Frankovich m.fl., Sml. I, s. 5357, præmis 37. Ganske vist havde Domstolen allerede i tidligere domme udtalt, at medlemsstaterne på grundlag af de nationale retsregler om statens erstatningsansvar grundlæggende er forpligtede til i forhold til skadelidte at påtage sig konsekvenserne af tab, som er opstået for private som følge af en overtrædelse af fællesskabsretten (jf. dom af 22.1.1976, sag 60/75, Russo, Sml. s. 45, præmis 7-9). M. Wathelet og S. Van Raepenbusch er i artiklen »La responsabilité des États membres en cas de violation du droit communautaire. Vers un alignement de la responsabilité de l'État sur celle de la Communauté ou l'inverse?«, *Cahiers de droit européen*, nr. 1-2 (1997), s. 15, af den opfattelse, at det allerede længe før dommen i sagen Francovich m.fl. kunne forudses, at der ville opstå et princip om et fællesskabsretligt erstatningsansvar for medlemsstaterne. Forfatterne henviser først til dom af 15.7.1964, sag 6/64, Costa mod ENEL, Sml. 1954-1964, s. 531, org.ref. Rec. s. 1141, hvori det blev anerkendt, at fællesskabsretten har forrang for national ret, samt, i henseende til en erstatningspligt for medlemsstaterne for overtrædelser af fællesskabsretten, til dom af 16.12.1960, sag 6/60, Humblet, Sml. 1954-1964, s. 207, org.ref. Rec. s. 1125, hvori der inden for rammerne af EKSF-traktaten for første gang blev fastslået en pligt for medlemsstaterne til at råde bod på virkningerne af ulovlige foranstaltninger.

6 — Dommen i sagen Frankovich m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 5, præmis 46.

7 — Det fundament, som legitimerer princippet om medlemsstaternes fællesskabsretlige erstatningsansvar, skal findes i forskellige begrundelseselementer. For det første henviser Domstolen til princippet om fællesskabsrettens effektive virkning (»effet utile«) tillige med nødvendigheden af en effektiv beskyttelse af de rettigheder, som fællesskabsretten tillægger fællesskabsborgerne, eller som er fastsat til deres fordel. Desuden fremhæver Domstolen medlemsstaternes pligt ifølge artikel 10 EF til at bringe de ulovlige følgevirkninger af en tilsidesættelse af fællesskabsretten til ophør og henviser i senere domme også til en i medlemsstaternes retsordener iboende almindelig grundsætning, hvorefter offentlige organers ulovlige adfærd medfører en pligt til at erstatte tab forårsaget herved (jf. M. Gellermann: *EUV/EGV* [udgivet af Rudolf Streinz], München 2003, bind 57, artikel 288, punkt 38, B. Wegener/M. Ruffert: *Kommentar zu EUV/EGV* [udg. af Calliess/Ruffert], 3. Oplag, 2007, artikel 288, punkt 36, J. Hidien: *Die gemeinschaftsrechtliche Staatshaftung der EU-Mitgliedstaaten*, Baden-Baden 1999, s. 12 ff. K. Lenaerts/D. Arts/I. Maselis: *Procedural Law of the European Union*, 2. oplag, London 2006, punkt 3-041, s. 109, betragter retspraksis vedrørende Fællesskabets ansvar uden for kontraktforhold som et vigtigt grundlag for udformningen af medlemsstaternes fællesskabsretlige erstatningsansvar som retsinstitut.

8 — Jf. med hensyn til Fællesskabets ansvar uden for kontraktforhold som retsinstitut i medfør af artikel 288, stk. 2, EF mit forslag til afgørelse af 28.3.2007, sag C-331/05 P, Internationaler Hilfsfonds mod Kommissionen, Sml. I, s. 5475, punkt 72 ff.

9 — Jf. dommen i sagen Francovich m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 5, præmis 35, dom af 5.3.1996, forenede sager C-46/93 og C-48/93, Brasserie du pêcheur og Factortame, Sml. I, s. 1029, præmis 31, af 26.3.1996, sag C-392/93, British Telecommunications, Sml. I, s. 1631, præmis 38, af 23.5.1996, sag C-5/94, Hedley Lomas, Sml. I, s. 2553, præmis 24, af 8.10.1996, forenede sager C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 og C-190/94, Dillenkofer m.fl., Sml. I, s. 4845, præmis 20, af 2.4.1998, sag C-127/95, Norbrook Laboratories, Sml. I, s. 1531, præmis 106, og af 4.7.2000, sag C-424/97, Haim, Sml. I, s. 5123, præmis 26.

54. Det anerkendes i fællesskabsretten, at der foreligger et erstatningskrav, såfremt tre betingelser er opfyldt, nemlig at den bestemmelse, der er tilsidesat, har til formål at tillægge borgerne rettigheder, at tilsidesættelsen er tilstrækkelig kvalificeret, og at der er en direkte årsagsforbindelse mellem statens tilsidesættelse af sin forpligtelse og de skadelidtes tab [10]. I dommen i sagen Dillenkofer m.fl. [11] vedrørende tilfælde, hvor der ikke var truffet foranstaltninger til gennemførelse af et direktiv inden for den fastsatte frist, formulerede Domstolen den første betingelse på en lidt anden måde — at det mål, der tilsigtes med direktivet, indebærer, at borgerne tillægges rettigheder, hvis indhold kan fastslås på grundlag af selve direktivets bestemmelser — idet Domstolen præciserede, at de to formuleringer reelt havde den samme betydning [12].

55. For så vidt angår kompetencefordelingen mellem Fællesskabets retsinstanser og de nationale domstole bemærkes, at det i princippet tilkommer de nationale domstole at tage stilling til, om betingelserne for medlemsstaternes erstatningsansvar på grund af tilsidesættelser af fællesskabsretten er opfyldt i det konkrete tilfælde [13]. Spørgsmålet om eksistensen og omfanget af en stats ansvar for tab, der skyldes en sådan tilsidesættelse, vedrører derimod fortolkningen af selve fællesskabsretten, der som sådan henhører under Domstolens kompetence [14].

B — *Det første spørgsmål*

1. Fortolkningsformer, som finder anvendelse

56. Med Bundesgerichtshofs første spørgsmål ønskes det fastslået, om bestemmelserne i artikel 5, stk. 1, litra o), og artikel 6, stk. 1, litra b), nr. iii), i direktiv 64/433, som affattet ved direktiv 91/497, sammenholdt med artikel 5, stk. 1, artikel 7 og 8 i direktiv 89/662 giver svinekødsproducenter og -forhandlere subjektive rettigheder i den forstand, hvori dette udtryk forstås i den første betingelse for at anerkende et fællesskabsretligt erstatningsansvar for staten.

57. Denne minimumsbetingelse, der udtrykker erstatningsansvarets funktion som en individualbeskyttelse, er opfyldt, når den

10 — L. Goffin: »À propos des principes régissant la responsabilité non contractuelle des États membres en cas de violation du droit communautaire«, *Cahiers de droit européen*, nr. 5-6 (1997), s. 537 ff., K. Lenaerts/D. Arts/I. Maselis, a.st. (fodnote 7), punkt 3-042, s. 109, R. Knez: »Varstvo pravic posameznika, ki jih vsebuje pravo skupnosti«, *Revizor*, nr. 4/5 (2003), årgang 14, s. 105, F. Ossenbühl: *Staatshaftungsrecht*, 5. oplag, München, 1998, s. 505, og E. Guichot: *La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos según el Derecho Comunitario*, Valencia, 2007, s. 473 og 474, går ud fra tre betingelser: (1) Den bestemmelse, der er tilsidesat, har til formål at tillægge borgerne rettigheder, (2) tilsidesættelsen er tilstrækkelig kvalificeret, og (3) der består en årsagsforbindelse mellem overtrædelsen og den skadelidtes tab. Jf. bl.a. de i fodnote 9 nævnte domme i sagerne Brasserie du Pêcheur og Factortame (præmis 51), Hedley Lomas (præmis 25) og Haim (præmis 36) samt dom af 4.12.2003, sag C-63/01, Evans, Sml. I, s. 14447, præmis 83, og af 25.1.2007, sag C 278/05, Robins m.fl., Sml. I, s. 1053, præmis 69.

11 — Dommen i sagen Dillenkofer m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 9, præmis 23.

12 — Jf. i denne retning også generaladvokat Jacobs i forslaget til afgørelse af 26.9.2000, sag C-150/99, Lindöpark, Sml. I, s. 493, punkt 51.

13 — Jf. de ovenfor i fodnote 9 nævnte domme i sagerne Brasserie du Pêcheur m.fl., præmis 22, og British Telecommunications-dommen, præmis 41, samt dommen af 18.1.2001 i Lindöpark-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 12, præmis 38.

14 — Brasserie du Pêcheur-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 9, præmis 25.

pågældende fællesskabsnorm har til formål at indrømme en tilstrækkelig bestemt personkreds en rettighed, hvis indhold lader sig fastslå på grundlag af den tilsidesatte norm [15].

58. I henhold til artikel 249, stk. 3, EF er adressaterne for et direktiv i første række medlemsstaterne, navnlig da direktiver skal gennemføres. Imidlertid kan direktiver have karakter af regler til beskyttelse af tredjemand, i det omfang de udtrykkeligt forpligter medlemsstaterne til at etablere individuelle rettigheder [16]. Hvorvidt en fællesskabsretlig bestemmelse er rettet mod at indrømme subjektive rettigheder i denne forstand, må undersøges ved en fortolkning af bestemmelsen under anvendelse af de former for fortolkning, som Domstolen har anerkendt i praksis [17]. Det afgørende er i denne forbindelse de relevante bestemmelsers ordlyd, hensigt og formål samt fællesskabslovgivers betragtninger, således som disse kan udlægges på grundlag af de pågældende fællesskabsnormers præambler [18].

2. Individuelle rettigheder i Domstolens praksis

59. Indledningsvis skal det anføres, at jeg ikke ligesom sagsøgeren i hovedsagen, den tjekkiske regering og Kommissionen deler den opfattelse, at svinekødsproducenter og -forhandlere kan tillægges individuelle rettigheder i medfør af de omtvistede bestemmelser. Efter min opfattelse fører en samlet vurdering af Domstolens hidtidige praksis vedrørende medlemsstaternes erstatningsansvar samt af de omtvistede fællesskabsbestemmelser til dette resultat. Inden jeg

15 — Dommen i sagen Francovich m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 5, præmis 46, og dommen i sagen Dillenkofer m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 9, præmis 46. Ifølge W. Berg: EU-Kommentar (udg. af Jürgen Schwarze), Baden-Baden, 2000, artikel 288, punkt 79 og 80, s. 2304, er det allerede tilstrækkeligt, såfremt den pågældende norm, eventuelt en direktivbestemmelse, har til formål at tilstå en fastlagt personkreds en rettighed. Kan det fastslås, at en norm har til formål at tillægge en rettighed, skal det efterprøves, om den pågældende rettigheds indhold lader sig bestemme på grundlag af den pågældende norm. Der skal ved en fortolkning af normen kunne udledes et vist minimumsindhold, dvs. en minimumsret.

16 — Jf. J. Hidien, a.st. (fodnote 7), s. 48, som henviser til, at et direktiv pr. definition udelukkende retter sig til medlemsstaterne, som skal opfylde dets mål (»obligation de résultat«). I sagen Francovich m.fl. skulle det omtvistede krav på en ydelse til dækning af løntilgodehavender i anledning af arbejdsgiverens insolvens først etableres ved gennemførelse og udstedelse af tilsvarende nationale bestemmelser til fordel for arbejdstageren. Desuagtet bekræftede Domstolen, at borgerne havde krav på erstatning.

17 — Se generelt vedrørende de i retspraksis anerkendte former for fortolkning dom af 19.3.1998, sag C-1/96, Compassion in World Farming, Sml. I, s. 1251, præmis 49, og af 12.11.1998, sag C-102/96, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 6871, præmis 24. Herefter skal der ved fortolkningen af fællesskabsbestemmelserne ikke blot tages hensyn til ordlyden, men også til den sammenhæng, hvori bestemmelserne indgår, og de mål, der forfølges med den ordning, som de udgør en del af.

18 — M. Ruffert i Calliess/Ruffert a.st. (fodnote 7), artikel 288, punkt 54, s. 2358, mener ikke, at Domstolens praksis vedrørende denne betingelse er særlig givtig. Domstolen undersøger for det første ordlyden samt hensigten og formålet med direktivbestemmelserne i forhold til sigtet med beskyttelsen, idet den navnlig henholder sig til betragtningerne (jf. den i fodnote 7 nævnte dom i sagen Dillenkofer m.fl., præmis 30 ff., og Norbrook Laboratories-dommen, præmis 108). Retten i Første Instans henviser på den anden side til et almindeligt princip (forbuddet mod forskelsbehandling (jf. Rettens dom af 6.3.2003, sag T-47/00, Banan-Kompaniet mod Rådet og Kommissionen, Sml. II, s. 607, præmis 64). Forfatterens synspunkt er, at de kriterier, som tages i betragtning ved spørgsmål om individuelle rettigheder ved direktivers gennemførelse og om direktivers direkte virkning, kan overføres på den foreliggende problemstilling. Herefter foreligger der en subjektiv rettighed, når en fællesskabsretlig bestemmelse i henhold til dennes objektive formål beskytter borgernes interesser, der til gengæld skal være reelle og kunne individualiseres.

behandler sidstnævnte aspekt, vil jeg imidlertid omtale nogle konkrete tilfælde, hvor Domstolen har bekræftet, at der forelå individuelle rettigheder, for på denne måde at anskueliggøre, at det foreliggende tilfælde adskiller sig herfra.

60. Først og fremmest vil jeg omtale dommen i sagen Francovich m.fl. [19], hvori Domstolen fandt, at bestemmelserne i direktiv 80/987/EØF [20] var tilstrækkeligt præcise med hensyn til fastlæggelsen af personkredsen og af arbejdstagerens ret til en garanti på dækning af sine tilgodehavender ved arbejdsgiverens insolvens, hvorfor den udledte, at der forelå en subjektiv rettighed.

61. Endvidere har Domstolen i dommen i sagen Dillenkofer m.fl. [21] anerkendt individuelle rettigheder i henhold til direktiv 90/314/EØF [22] om pakkerejser, eftersom dette direktiv har til formål at »tillægge[…] deltagere i en pakkerejse ret til garanti for tilbagebetaling af erlagte beløb og for hjemtransport i tilfælde af insolvens eller konkurs hos arrangøren af pakkerejsen«.

62. I Norbrook Laboratories-dommen [23] har Domstolen fastslået, at følgen af, at der kun kan gives afslag på en ansøgning om markedsføringstilladelse af veterinærmedicinske præparater efter direktiv 81/851/EØF [24] af de grunde, som er nævnt i direktivet, er, at borgerne efter direktivet har ret til at få meddelt en tilladelse, såfremt visse nærmere angivne betingelser er opfyldt. Disse betingelser er angivet præcist og udtømmende i direktiv 81/851 og 81/852. Heraf udledte Domstolen, at indholdet af den ret, som tilkommer en person, der ansøger om en markedsføringstilladelse, derfor kan fastslås tilstrækkelig klart på grundlag af direktiverne.

63. Endelig har Domstolen i Lindöpark-dommen [25] fastslået, at sjette direktivs artikel 17, stk. 1 og 2, sammenholdt med artikel 2, artikel 6, stk. 1, og artikel 13, punkt B, litra b), tillægger en fradragsret, der er så tilstrækkelig klar, præcis og ubetinget, at en borger kan påberåbe sig denne over for en medlemsstat ved en national domstol.

19 — Dommen i sagen Frankovich m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 5, præmis 26.

20 — Rådets direktiv 80/987/EØF af 20.10.1980 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om beskyttelse af arbejdstagerne i tilfælde af arbejdsgiverens insolvens (EFT L 283, s. 23).

21 — Dommen i sagen Dillenkofer m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 9, præmis 42.

22 — Rådets direktiv 90/314/EØF af 13.6.1990 om pakkerejser, herunder pakkeferier og pakketure (EFT L 158, s. 59).

23 — Norbrook Laboratories-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 9, præmis 108.

24 — Rådets direktiv 81/851/EØF af 28.9.1981 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om veterinærmedicinske præparater (EFT L 317, s. 1).

25 — Lindöpark-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 13, præmis 33.

64. De direktiver, som Domstolen har fortolket i de nævnte sager, er karakteriseret ved, at de enten tillægger arbejdstagere eller forbrugere civilretlige krav i form af erstatningskrav eller i form af borgeres offentligretlige krav mod forvaltningen på en ganske bestemt ydelse, der er fastlagt i direktivet. Som Domstolen rammende har fastslået, lader både rettighedens indehaver og rettighedens indhold sig tilstrækkeligt klart fastlægge ud fra de pågældende bestemmelsers ordlyd samt hensigt og formål. Dette er imidlertid ikke tilfældet i den foreliggende sag, hvilket følger af en fortolkning af de omhandlede fællesskabsbestemmelser.

3. Fortolkning af de omtvistede direktiver

65. For det første må det konstateres, at direktiv 64/433, som affattet ved direktiv 91/497, har til formål at virkeliggøre det indre marked for fersk kød, samtidig med at sundhedsbeskyttelsen sikres. Ifølge anden, tredje og fjerde betragtning til direktiv 64/433 anvender fællesskabslovgiver lovharmonisering for at lette handelen inden for Fællesskabet ved at fjerne de handelshindringer, der skyldes »forskellene mellem medlemsstaternes sundhedsforskrifter for kød«.

66. Direktiv 64/433 har således indført en harmoniseret ordning for sundhedsmæssig kontrol, der beror på gensidig anerkendelse af de sundhedsretlige krav i alle medlemsstater, og som sikrer sundhedsbeskyttelsen samt en ensartet behandling af varerne. Ved denne ordning henlægges den sundhedsmæssige kontrol til afsenderlandet [26]. Sidstnævnte sker endelig ved hjælp af direktiv 89/662, der fastlægger reglerne for veterinærkontrol ved handel inden for Fællesskabet. Denne kontrol, som tidligere fandt sted ved medlemsstaternes indre grænser, omlægges hovedsagelig ifølge femte betragtning til direktiv 89/662 til det ferske køds oprindelsesland.

67. Uagtet dette giver direktiv 89/662 i medfør af artikel 5 bestemmelsesmedlemsstaten mulighed for at gennemføre ikkediskriminerende stikprøvekontroller for at undersøge, om varerne er i overensstemmelse med de gældende sundhedsretlige bestemmelser. Det er åbenbart, at der er tale om en bestemmelse, som skal sikre den offentlige sundhed inden for rammerne af den ordning, som er indført ved direktivet. Direktivet indeholder nemlig i medfør af artikel 7 en beføjelse til at forbyde markedsføring af kød, når der er konstateret mangler ved forsendelsen. I disse tilfælde bestemmes det dog, at en stat, der gør brug af denne mulighed, straks

26 — I denne retning dom af 6.10.1983, forenede sager 2/82-4/82, Delhaize Frères, Sml. s. 2973, præmis 11, og af 15.12.1993, forenede sager C-277/91, C-318/91 og C-319/91, Ligur Carni, Sml. I, s. 6621, præmis 25, samt dommen af 12.11.1998, i sagen Kommissionen mod Tyskland, nævnt ovenfor i fodnote 17, præmis 26.

skal indlede den særlige procedure i artikel 8, således at klagepunkterne for så vidt angår varernes overensstemmelse med de sundhedsretlige bestemmelser kan afhjælpes.

68. Mens målet om virkeliggørelsen af det indre marked tydeligt sættes i centrum [27] i de nævnte direktiver, anføres der stort set intet om den rolle, som tilfalder kødproducenter og -eksportører i forbindelse med veterinærkontroller. I modsætning til hvad sagsøgte har anført under den mundtlige forhandling, skal det ikke blot undersøges, hvilke rettigheder kødproducenterne har, men i særdeleshed også, hvilke rettigheder der gælder for eksportørerne, navnlig da sagsøgeren afvikler en del af sin kødeksport til Tyskland via sit tyske datterselskab ESS FOOD [28]. Sagsøgeren udgør hermed en økonomisk enhed, som i modsætning til det af sagsøgte anførte driver grænseoverskridende økonomisk virksomhed (produktion i Danmark og markedsføring i Tyskland).

69. Domstolen har i dommen i sagen Kommissionen mod Tyskland [29] udtalt, at når et direktiv ved præcise og detaljerede bestemmelser pålægger medlemsstaterne at fastsætte regler om forbud, godkendelse og kontrol, skaber det rettigheder og forpligtelser for borgerne. Dette er imidlertid kun delvist opfyldt i det foreliggende tilfælde. Direktiv 89/662 fastsætter ganske vist en række procedurer mellem de kompetente nationale myndigheder med henblik på kontrol og tilvejebringelse af oplysninger, men bortset fra en indirekte pligt til stiltiende anerkendelse af veterinærkontrollen i oprindelseslandet, henholdsvis den i medfør af artikel 5, stk. 1, litra a), i direktiv 89/662 tilladte ikkediskriminerende stikprøvekontrol i bestemmelseslandet, er det ikke desto mindre kun enkelte rettigheder, som en kødproducent eller -forhandler i givet fald kan påberåbe sig over for de kompetente myndigheder, der tydeligt lader sig fastlægge. Det drejer sig herved udelukkende om processuelle rettigheder, såsom afsenders eller dennes repræsentants ret i medfør af artikel 7, stk. 1, litra b), i direktiv 89/662 til at vælge mellem destruktion af varerne eller anden anvendelse heraf, herunder tilbagesendelse. Endvidere fastsætter artikel 8, stk. 2, i direktiv 89/662 pligter for de kompetente myndigheder over for afsenderen eller dennes repræsentant i relation til begrundelsen af myndighedernes afgørelser og meddelelser om eventuelle klagemuligheder.

70. Det fremgår heraf, at de nævnte bestemmelser i direktiv 89/662 i det væsentlige er begrænset til en regulering af de processuelle aspekter i forbindelse med myndighedernes kontrol, og at svinekødsproducenter og -forhandlere tildeles en passiv rolle, for så vidt som de må tåle de kompetente myndig-

27 — Jf. dom af 12.11.1998, Kommissionen mod Tyskland, nævnt ovenfor i fodnote 17, præmis 27, i en traktatbrudssag mod Forbundsrepublikken Tyskland, hvori Domstolen fastslog, at »de nævnte direktiver (direktiv 64/433, som affattet ved direktiv 91/497, og direktiv 89/662) er en del af en række foranstaltninger, der gradvis skal virkeliggøre det indre marked«.

28 — Se punkt 23 i sagsøgerens processkrift.

29 — Dom af 28.2.1991, sag C-131/88, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 825, præmis 7.

heders foranstaltninger. Følgelig tillægges de ikke rettigheder, der indholdsmæssigt er tilstrækkeligt bestemte til at danne grundlag for et erstatningskrav mod staten for denne persongruppe.

71. Der kan heller ikke udledes individuelle rettigheder på baggrund af artikel 5, stk. 1, litra o), eller artikel 6, stk. 1, litra b), nr. iii), i direktiv 64/433, som affattet ved direktiv 91/497, eftersom disse bestemmelser alene fastsætter en pligt for de nationale myndigheder til at erklære kød, der har en udtalt kønslig lugt, uegnet til menneskeføde. Samtidig fastsættes i direktivets bestemmelser en pligt til at foretage særlig mærkning af kød fra ukastrerede svin, hvis slagtekroppe vejer over 80 kilo, og underkaste det en varmebehandling. Hovedformålet med direktivet er altså en harmonisering af veterinærkontrolforanstaltninger og af principperne for sikring af den offentlige sundhed. Denne harmonisering skal opnås ved, at medlemsstaterne behørigt opfylder de forpligtelser, som er fastsat i de nævnte direktiver. Direktiverne har ikke til formål at beskytte producenternes rettigheder og indeholder alene en handlepligt for medlemsstaterne.

72. Jeg kan tilslutte mig den af sagsøgeren i hovedsagen anførte retsopfattelse, hvorefter disse bestemmelser skal fortolkes således, at de forbyder medlemsstaterne at stille krav til markedsføringen, der går ud over artikel 6. Generaladvokat La Pergola har i forslaget til afgørelse af 3. februar 1998 i sag C-102/96, Kommissionen mod Tyskland [30], talt for

30 — I forslaget til afgørelse af 3.2.1998 i sag C-102/96, Kommissionen mod Tyskland (Sml. I, s. 6871, punkt 8), anfører generaladvokat La Pergola, at der kan ikke være nogen tvivl om, at de krav, som de tyske myndigheder har stillet vedrørende mærkning og varmebehandling af svinekød, strider mod artikel 6, stk. 1, litra b), nr. iii). Bestemmelsens ordlyd er nemlig klar og utvetydig: Det er kun slagtekroppe, der vejer over 80 kg, som skal forsynes med det særlige mærke og underkastes varmebehandling, og dette skal kun ske, såfremt virksomheden ikke på grundlag af en fælles metode eller — i mangel af en sådan metode — efter en metode, der er anerkendt af den pågældende kompetente myndighed i oprindelseslandet, kan sikre, at »de slagtekroppe, der har en udtalt kønslig lugt, kan udskilles«. De tyske myndigheder kræver derimod også mærkning og varmebehandling af slagtekroppe, der vejer mindre end de nævnte 80 kg. De tyske myndigheder kræver i øvrigt, at denne fremgangsmåde følges uafhængigt af, om myndighederne i oprindelseslandet anvender en metode, der er egnet til at udskille det kød, der har en udtalt kønslig lugt. I den omstridte skrivelse angives det således, at »som metode til påvisning af androstenon anerkendes kun den modificerede immunoenzymtest ifølge professor Claus som specifik metode«. Artikel 6, stk. 1, litra b), nr. iii), er således efter generaladvokatens opfattelse åbenlyst blevet tilsidesat.

denne fortolkning, som blev bekræftet af Domstolen i dommen af 12. november 1998 [31]. Som den polske regering med rette har anført i sit skriftlige indlæg [32], kan dette dog på ingen måde føre til, at der på grundlag af en pligt, som pålægges en medlemsstat, uden videre kan udledes en subjektiv rettighed for borgerne. En sådan fortolkning ville føre til, at enhver økonomisk interesse for de markedsdeltagere, som tilgodeses ved, at hindringerne for handelen inden for Fællesskabet fjernes, skulle opfattes som en individuel rettighed. Den omstændighed, at en retsforskrift giver en borger fordele, kan netop heller ikke i sig selv afføde en subjektiv rettighed, men højst medføre en gunstig retlig refleksvirkning [33]. Efter læren om offentligretlige subjektive rettigheder foreligger der en subjektiv rettighed, når en retligt bindende norm ikke blot er bestemt til at varetage almenhedens interesse, men i hvert fald tillige den enkelte borgers interesse. Fremsættes et erstatningskrav mod staten, skal det således i overensstemmelse med Domstolens hidtidige praksis undersøges, om den tilsidesatte retsnorm indrømmer skadelidte en subjektiv rettighed, forstået som en retligt beskyttet position [34]. I betragtning af det ovenfor anførte vedrørende de direktiver, der omhandles i den foreliggende sag, må dette klart afvises.

4. Resultat

73. Følgelig skal det første præjudicielle spørgsmål besvares med, at bestemmelserne i artikel 5, stk. 1, litra o), og artikel 6, stk. 1, litra b), nr. iii), i direktiv 64/433, som affattet ved direktiv 91/497, sammenholdt med artikel 5, stk. 1, artikel 7 og 8 i direktiv 89/662, ikke giver svinekødsproducenter og -forhandlere en retlig position, som i tilfælde af fejl ved direktivets gennemførelse og anvendelse vil kunne udløse et fællesskabsretligt erstatningsansvar for staten.

31 — Jf. dommen af 12.11.1998 i sagen Kommissionen mod Tyskland, nævnt ovenfor i fodnote 17, præmis 32 og 33. Se herom F. Aubry-Caillaud: *La libre circulation des marchandises — nouvelle approche et normalisation européenne*, Paris, 1998, s. 68, som henviser til, at de nationale myndigheder i tilfælde af en fuldstændig harmonisering ikke længere kan stille andre krav ved markedsføringen af varer fra andre medlemsstater end dem, som er fastsat i fællesskabsretten.

32 — Den polske regerings skriftlige indlæg, punkt 14.

33 — I denne retning H. Maurer: *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 11. oplag, München, 1997, § 8, punkt 8, s. 152. Jf. i forbindelse med medlemsstaters erstatningsansvar M. Nettesheim: *Die mitgliedstaatliche Durchführung von EG-Richtlinien*, Berlin, 1999, s. 43, som mener, at et direktiv for at tillægge en subjektiv rettighed »på en kvalificeret måde [skal fremme] en beskyttelsesværdig individuel interesse«. Det er ikke tilstrækkeligt, at »gennemførelsesbestemmelsen vedrører borgerens interessesfære«. Det er heller ikke tilstrækkeligt, at den handling, der foranlediges af direktivbestemmelsen, »berører borgerens anliggender på en måde, der er fremmende for hans interesser«. Forfatteren sondrer således mellem rene »interesser« og »rettigheder« (som retligt beskyttelsesværdige interesser). Ifølge S. Beljin: *Staatshaftung im Europarecht*, Köln, 2000, s. 139, bliver begrebet subjektive rettigheder, der oprindeligt var snævrere, i dag forstået som et overbegreb for rettigheder i snæver forstand og for retligt beskyttede interesser og retlige positioner. Forfatteren mener, at retlige interesser skal adskilles fra »rene økonomiske, politiske, æstetiske eller andre interesser«. Der er ingen retlig beskyttelse af en interesse, hvor der blot foreligger en retlig refleksvirkning, hvilket er den rent faktiske og ikke normativt tilsigtede virkning af en retsnorm, dvs. alene retsnormens »refleks«.

34 — Domstolen anvender som regel begrebet »individuelle rettigheder«, men anvender øjensynligt dette synonymt med »subjektive rettigheder«. R. Alexy: *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, 1985, s. 164, forstår ved subjektive rettigheder i retsteoretisk forstand retlige positioner og relationer. Han henviser herved til Bernhard Windscheids og Rudolf von Jherings retsteoretiske tilgang, Ifølge Windscheid er en subjektiv rettighed »en/et af retsordenen tillagt viljesmagt eller viljesherredømme«. Ifølge Jhering er subjektive rettigheder »retligt beskyttede interesser«. Diskussioner af disse teorier har ført til talrige såkaldte kombinationsteorier. For det første bliver en subjektiv rettighed defineret som en retlig magt, som borgeren er tillagt i henhold til retsordenen med det formål at være et middel til varetagelse af menneskelige interesser. For Georg Jellineks vedkommende defineres den som »en af retsordenen anerkendt og beskyttet menneskelig viljesmagt rettet mod et gode eller en interesse. Ifølge H. Maurer, a.st. (fodnote 33), § 8, punkt 2, s. 149, er en subjektiv offentlig ret set fra borgerens synspunkt »en i henhold til offentlig ret tildelt retlig magt for borgeren til med henblik på en varetagelse af sine egne interesser at forlange en bestemt adfærd fra staten«.

C — *Det andet spørgsmål*

74. Såfremt de omhandlede direktiver ikke tillægger nævnte personkreds nogle rettigheder, ønsker den forelæggende ret herefter med sit andet spørgsmål oplyst, om denne kreds som grundlag for et fællesskabsretligt erstatningsansvar for staten kan påberåbe sig, at de frie varebevægelser i henhold til artikel 28 EF er blevet tilsidesat.

1. De grundlæggende friheder som offentligretlige subjektive rettigheder

75. Det er anerkendt i Domstolens praksis, at der også kan udledes individuelle rettigheder på baggrund af den primære rets bestemmelser om de grundlæggende friheder. De grundlæggende friheder etablerer ikke blot en objektiv rettighed, men indrømmer også borgerne en retlig beføjelse til at gøre bestemmelsens normative indhold gældende over for de forpligtede retssubjekter. Eftersom denne retsstilling indrømmes over for offentlige myndigheder, kan man anvende betegnelsen offentligretlige subjektive rettigheder [35]. Som en logisk konsekvens kan de, i tilfælde af, at de tilsidesættes, principielt udgøre et grundlag for et erstatningsansvar for staten. Dette er utvivlsomt tilfældet for så vidt angår bestemmelserne om de frie varebevægelser, som er omhandlet i den foreliggende sag [36].

76. I Brasserie du Pêcheur-dommen [37] fandt Domstolen således, at den første betingelse for, at medlemsstaten ifaldt erstatningsansvar, også var opfyldt i et tilfælde af tilsidesættelse af artikel 28 EF, fordi »selv om der ved artikel [28] pålægges medlemsstaterne et forbud, afføder bestemmelsen nemlig ikke desto mindre rettigheder for borgerne, som de nationale retsinstanser skal beskytte«.

77. Domstolen bekræftede sin udtalelse i Hedley Lomas-dommen [38] og udvidede denne til tillige at omfatte handel med slagtesvin inden for Fællesskabet. Anledningen til denne sag var en tvist mellem virksomheden Hedley Lomas Ltd og Ministry of Agriculture, Fisheries and Food (ministeriet for landbrug, fiskeri og fødevarer) for England og Wales som følge af, at ministeriet havde meddelt

35 — I denne retning T. Kingreen i Calliess/Ruffert (udg.), a.st. (fodnote 18), artikel 28-30, punkt 9, s. 578, samme: *Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts*, Berlin, 1999, s. 23 ff.

36 — I P.-C. Müller-Graff: *Kommentar über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft* (udg. af Hans von der Groeben/Jürgen Schwarze), Baden-Baden 2003, bind 1, artikel 28, punkt 316, s. 1065, henvises der således til, at en medlemsstat har pligt til at erstatte skade, der er forvoldt en borger ved, at medlemsstaten enten har truffet foranstaltninger i strid med artikel 28 EF eller ikke har truffet foranstaltninger til at sikre de frie varebevægelser mod begrænsninger foretaget af private, og for så vidt som de øvrige betingelser for at ifalde et fællesskabsretligt erstatningsansvar er opfyldt.

37 — Brasserie du Pêcheur-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 9, præmis 54.

38 — Hedley Lomas-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 9, præmis 27-29, med henvisning til dom af 29.11.1978, sag 83/78, Pigs Marketing Board, Sml. s. 2347, præmis 66-67, hvori Domstolen fastslog, at »bestemmelserne i EØF-traktatens artikel 30 og 34 samt forordning nr. 2759/75 har direkte virkning og tillægger private rettigheder, som medlemsstaternes retter skal beskytte«.

afslag på Hedley Lomas' ansøgning om en licens til eksport af levende får til slagtning i Spanien. Afslaget var begrundet med, at dyrene i de spanske slagterier blev behandlet på en måde, der var i strid med Rådets direktiv 74/577/EØF af 18. november 1974 om bedøvelse af dyr inden slagtning. Domstolen fandt, at afslaget på udstedelse af en eksportlicens var en kvantitativ udførselsrestriktion i strid med artikel 28 EF, som ikke kunne begrundes i medfør af artikel 30 EF, og præciserede, at artikel 28 EF tillægger borgerne rettigheder. Under henvisning til, at Det Forenede Kongerige på det tidspunkt, hvor den begik overtrædelsen, ikke stod over for et valg af generelle retsakter og ikke rådede over noget skøn, fandt Domstolen, at tilsidesættelsen af den primære ret i sig selv var tilstrækkelig til at fastslå, at der forelå en kvalificeret krænkelse.

78. Tilbage er imidlertid fortsat spørgsmålet, om skadelidte kan påberåbe sig den primære ret, når der er udstedt et harmoniseringsdirektiv på det pågældende område, og om dette direktiv ikke er den endegyldige referenceramme ved vurderingen af medlemsstaternes forpligtelser, samt i givet fald ved vurderingen af, om medlemsstaten eventuelt ifalder et erstatningsansvar. I denne forbindelse skal jeg henvise til dommen i sagen Kommissionen mod Tyskland [39], hvori Domstolen har fastslået, at bestemmelserne til konstatering af en udtalt kønslig lugt hos ukastrerede svin er blevet gjort til genstand for en fællesskabsharmonisering.

39 — Dommen af 12.11.1989 i sagen Kommissionen mod Tyskland, nævnt ovenfor i fodnote 17, præmis 29 og 36.

2. Den afledte rets forrang

79. Domstolens faste praksis taler imod, at man umiddelbart kan påberåbe sig de grundlæggende friheder, som garanteres i den primære ret. Det følger af denne praksis, at når et bestemt område er blevet genstand for en udtømmende harmonisering på fællesskabsplan, skal en national bestemmelse inden for dette område bedømmes på grundlag af dette direktivs bestemmelser og ikke på grundlag af EF-traktatens bestemmelser [40]. Domstolen har i denne forbindelse tillige understreget, at direktiver såvel som den samlede afledte ret skal fortolkes i lyset af EF-traktatens bestemmelser om de frie varebevægelser.

80. Til forskel fra tidligere har Domstolen i nyere praksis haft tendens til udtrykkeligt at udelukke ikke blot de berettigede hensyn, som er forankret i den primære rets artikel 30 EF,

40 — Dom af 5.10.1977, sag 5/77, Tedeschi, Sml. s. 1555, præmis 35, af 30.11.1983, sag 227/82, Van Bennekom, Sml. s. 3883, præmis 35, af 12.10.1993, sag C-37/92, Vanacker og Lesage, Sml. I, s. 4947, præmis 9, af 5.10.1994, sag C-323/93, Centre d'insémination de la Crespelle, Sml. I, s. 5077, præmis 31, af 11.7.1996, forenede sager C-427/93, C-429/93 og C-436/93, Bristol-Myers Squibb m.fl., Sml. I, s. 3457, præmis 25, af 13.12.2001, sag C-324/99, Daimler Chrysler, Sml. I, s. 9897, præmis 32, og af 11.12.2003, sag C-322/01, Deutscher Apothekerverband, Sml. I, s. 14887, præmis 64.

men også selve artikel 28 EF som prøvelseskriterium [41]. Den afledte ret konkretiserer den primære ret og er i dette omfang den eneste målestok for medlemsstaternes adfærd [42]. Der kan således ikke anføres berettigede hensyn. Denne opfattelse blev senest bekræftet i Deutscher Apothekerverband-dommen [43], Radlberger Getränkegesellschaft-dommen [44] og Denkavit-dommen [45] [46].

81. I tidligere retspraksis vedrørte prøvelsen spørgsmålet, om en national lovgivning var forenelig med fællesskabsretten, eller hvorvidt en bestemt medlemsstat havde efterkommet sine forpligtelser i henhold til det pågældende direktiv. Jeg mener imidlertid ikke, at de konklusioner, Domstolen nåede frem til, hvorefter direktivet er den eneste referenceramme, tillige kan finde anvendelse i det foreliggende tilfælde.

82. I det foreliggende tilfælde vedrører de direktiver, som sagsøgte har tilsidesat, udelukkende de processuelle aspekter i forbindelse med veterinærkontrol. Såfremt et direktiv alene indeholder detaljerede procedureforskrifter [47], kan det efter min opfattelse ikke antages, at fællesskabslovgiver ved dette direktiv samtidig tillægger unionsborgerne rettigheder og dermed ønsker at fratage dem deres mulighed for at påberåbe sig retten til frie varebevægelser i henhold til artikel 28 EF.

83. Anlægges en sådan fortolkning, er der desuden ingen risiko for, at de betingelser for medlemsstaternes erstatningsansvar, som er fastslået i Domstolens praksis, vil blive omgået. En tilsidesættelse af en bestemmelse i et direktiv, som på grund sin processuelle karakter ikke tillægger subjektive rettigheder, udløser nemlig ikke per se et fællesskabsretligt erstatningsansvar for staten. Det skal derudover efterprøves, om tilsidesættelsen af disse processuelle bestemmelser også fører til en tilsidesættelse af unionsborgernes subjektive ret til adgang til markedet i medfør af artikel 28 EF. I det foreliggende tilfælde skal den nationale ret efterprøve dette. I modsætning til den tyske regerings opfattelse fører en overtrædelse af et direktiv således ikke automatisk til en tilsidesættelse af artikel 28 EF, hvorfor der ikke nødvendigvis er en risiko for, at medlemsstaternes erstatningsansvar bliver uoverskueligt.

41 — Deutscher Apothekerverband-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 40, præmis 65, samt dom af 14.12.2004, sag C-309/02, Radlberger Getränkegesellschaft, Sml. I, s. 11763, præmis 53, og af 13.1.2005, sag C-145/02, Denkavit, Sml. I, s. 51, præmis 22.

42 — Således også T. Kingreen i Calliess/Ruffert (udg.), a.st. (fodnote 35), artikel 28-30, punkt 18, som anfører, at den afledte ret er »det medium, hvorigennem der sker en for Unionens retsorden bestemmende eksakt formulering og konturgivning af de garanterede grundlæggende friheder i form af konkrete og afgrænsede rettigheder og pligter«.

43 — Deutscher Apothekerverband-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 40, præmis 65.

44 — Radlberger Getränkegesellschaft-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 41, præmis 53.

45 — Denkavit-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 41, præmis 22.

46 — T. Kingreen: a.st. (fodnote 35), s. 151, samme, i Calliess/Ruffert (udg.), a.st. (fodnote 18), artikel 28-30, punkt 18, anfører, at Domstolen hovedsagelig behandler forholdet mellem de grundlæggende friheder og den afledte fællesskabsret som en problemstilling vedrørende hindringens eventuelle berettigelse. På grund af medlemsstaternes manglende kompetence kan de berettigede hensyn ikke påberåbes, når og i det omfang det pågældende område er reguleret i den afledte ret. Forfatteren henviser dog til, at Domstolen navnlig i nyere praksis også diskuterer spørgsmålet som en problematik i relation til anvendelsesområdet.

47 — Jf. dette forslags punkt 71.

3. Resultat

84. Følgelig skal det andet præjudicielle spørgsmål besvares med, at de danske svinekødsproducenter og -forhandlere som grundlag for et fællesskabsretligt erstatningsansvar for den pågældende medlemsstat kan påberåbe sig, at artikel 28 EF er blevet tilsidesat. Det tilkommer imidlertid den nationale ret at efterprøve, om en overtrædelse af bestemmelserne i et direktiv, der ikke tillægger subjektive rettigheder, fører til en tilsidesættelse af unionsborgernes ret til adgang til markedet i medfør af artikel 28 EF.

D — *Præliminært spørgsmål forud for det tredje og det fjerde spørgsmål*

85. Både det tredje og det fjerde spørgsmål vedrører fællesskabsrettens indflydelse på nationale bestemmelser om forældelse. Det fremgår imidlertid af forelæggelseskendelsen [48], at den forelæggende ret forinden anmoder om en besvarelse af et præliminært spørgsmål, nemlig hvorvidt de fællesskabsretlige principper om retsbeskyttelsens effektivitet og ækvivalens er til hinder for den treårige forældelsesfrist i BGB's § 852, stk. 1, i den tidligere affattelse.

48 — Bundesgerichtshofs forelæggelseskendelse af 12.10.2006, s. 20, præmis 24.

1. Den nationale lovgivers kompetence

86. Indledningsvis skal jeg bemærke, at bortset fra de i artikel 46 i statutten for Domstolen nævnte tilfælde vedrørende Fællesskabets erstatningsansvar uden for kontraktforhold regulerer fællesskabsretten ikke spørgsmål om forældelse af erstatningsansvar.

87. Endvidere følger det af Domstolens faste praksis [49], at statens erstatningsansvar for det forvoldte tab gennemføres efter den nationale retsorden. I mangel af en fællesskabsretlig regulering er det således i de enkelte medlemsstaters nationale retsordener, at der skal træffes bestemmelse om den kompetente ret og udformes en søgsmålsprocedure på en sådan måde, at borgerne opnår fuld beskyttelse af deres rettigheder affødt af fællesskabsretten.

88. På denne baggrund har Domstolen udtrykkeligt anerkendt, at lovbestemte præklusive frister for at gøre indsigelse i skattesager [50] falder ind under medlemsstaternes kompetence. Det er derfor nærliggende også at anerkende, at medlemsstaterne har

49 — Dommen i sagen Francovich m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 5, præmis 37 og 42.

50 — Dom af 10.7.1997, sag C-261/95, Palmisani, Sml. I, s. 4025, præmis 27 og 28, af 17.7.1997, forenede sager C-114/95 og C-115/95, Texaco og Olieselskabet Danmark, Sml. I, s. 4263, præmis 46, af 2.12.1997, sag C-188/95, Fantask, Sml. I, s. 6783, præmis 47-49, og af 15.9.1998, sag C-231/96, Edis, Sml. I, s. 4951, præmis 33 og 34.

kompetence til at fastsætte en frist for, hvornår statens fællesskabsretlige erstatningsansvar forældes [51], uanset om denne frist i medlemsstatens retsorden er omfattet af de materielle eller af de processuelle betingelser for at kunne anlægge søgsmål, henholdsvis gøre et ansvar gældende [52].

2. Krav om ækvivalens og effektivitet

89. Domstolen har desuden udtalt, at det af retssikkerhedshensyn principielt er foreneligt med fællesskabsretten at fastsætte rimelige søgsmålsfrister, såsom præklusive frister og forældelsesfrister, for så vidt som reglerne om deres anvendelse overholder ækvivalens- og effektivitetsprincippet [53].

90. Ved ækvivalensprincippet forstås, at de processuelle og materielle betingelser, som er fastsat i medlemsstaternes erstatningsret, ikke må være mindre gunstige end dem, der gælder for tilsvarende søgsmål, som kun vedrører national ret. Hvad effektivitetsprincippet angår defineres dette således, at disse betingelser heller ikke må være udformet på en sådan måde, at det gøres praktisk talt umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt at opnå erstatning [54].

51 — I denne retning C. Pestalozza: »Roß und Reiter: Art. 34 GG und die gemeinschaftsrechtliche Staatshaftung«, *Gemeinwohl und Verantwortung: Festschrift für Hans Herbert von Arnim zum 65. Geburtstag*, Berlin, 2000, s. 291, som antager, at da hverken fællesskabsretten eller den tyske grundlovs artikel 34 træffer nærmere bestemmelser herom, gælder den almindelige tyske ret. Forfatteren henviser herved til de civilretlige bestemmelser om egen skyld samt til forældelsesreglerne. Gellermann, *EUV/EGV* (udgivet af Rudolf Streinz), München, 2003, bind 57, artikel 288, punkt 56, mener, at spørgsmålet om erstatningskravets forældelse skal besvares i henhold til de relevante regler i national ret. Efter denne forfatters opfattelse kan artikel 46 i statutten for Domstolen ikke anvendes, fordi erstatningsansvaret, selv om det pålægges i medfør af fællesskabsretten, følger af national ret i sin konkrete udformning. Derfor er den nærmere fastsættelse af forældelsesfrister stadig forbeholdt medlemsstaterne, hvorved alene effektivitetsprincippet og princippet om forbud mod forskelsbehandling skal overholdes. Se tilsvarende endvidere J. Hidien, a.st. (fodnote 7), s. 71. Ifølge U Kischel: »Gemeinschaftsrechtliche Staatshaftung zwischen Europarecht und nationaler Rechtsordnung«, *Europarecht*, hæfte 4, 2005, s. 450, falder forældelsesfrister ind under medlemsstaternes processuelle autonomi, uanset om de efter national retsopfattelse skal henføres til den processuelle eller materielle ret.

52 — Efter tysk ret har præklusive frister en anden virkning end forældelsesfrister. For præklusive frister ophører retten ved fristens udløb, hvorimod forældelsen alene afføder en ret til at nægte at erlægge ydelsen. Under en retssag påses det ex officio, om en præklusiv frist er udløbet, hvorimod forældelse skal gøres gældende af parterne. Mens forældelsesreglerne kun omfatter krav (BGB's § 194), vedrører den præklusive frist også andre rettigheder, især konstitutive rettigheder, men dog undtagelsesvist også krav (jf. Palandt/H. Heinrichs: *Bürgerliches Gesetzbuch*, 64. oplag, München 2005, Überblick vor § 194, punkt 13).

53 — Jf. domme af 16.12.1976, sag 33/76, Rewe, Sml. s. 1989, præmis 5, og sag 45/76, Comet, Sml. s. 2043, præmis 13 og 16, dommen i sagen Francovich m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 5, præmis 43, dom af 14.12.1995, sag C-312/95, Peterbroeck, Sml. I, s. 4599, præmis 14 f., Palmisani-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 50, præmis 27, dom af 1.6.1999, sag C-126/97, Eco Swiss, Sml. I, s. 3055, præmis 45, af 22.2.2001, forenede sager C-52/99 og C-53/99, Camarotto og Vignone, Sml. I, s. 1395, præmis 28 og 30, af 20.9.2001, sag C-453/99, Courage og Crehan, Sml. I, s. 6297, præmis 29, og af 13.7.2006, forenede sager C-295/04 — C-298/04, Manfredi, Sml. I, s. 6619, præmis 62. I denne retning også A. Von Bogdandy: *Das Recht der Europäischen Union* (udg. af Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf), bind I, München, 2007, artikel 10, punkt 48, 54 og 54a.

54 — Dommen i sagen Francovich m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 5, præmis 41-43, og Norbrook Laboratories-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 9, præmis 111, samt dom af 30.9.2003, sag C-224/01, Köbler, Sml. I, s. 10239, præmis 58.

91. Den konkrete kontrol med en national processuel regels overensstemmelse med ovenstående betingelser hører principielt under de nationale retters kompetence, der i medfør af det i artikel 10 EF angivne princip om samarbejde skal sikre beskyttelsen af de rettigheder, som fællesskabsrettens direkte virkning medfører for borgerne. Dersom den nationale ret konstaterer, at en national regel ikke er forenelig med fællesskabsretten i så henseende, skal den tilsidesætte denne regel [55].

92. Den abstrakte kontrol af ovennævnte betingelser hører under Domstolen, der inden for rammerne af et præjudicielt spørgsmål, som forelægges i medfør af artikel 234 EF, skal sikre en ensartet anvendelse af fællesskabsretten [56].

93. For så vidt angår overholdelsen af ækvivalensprincippet er der efter min opfattelse ingen betænkeligheder ved at fastsætte en treårig forældelsesfrist som den, der følger af BGB's § 852, stk. 1, i den tidligere affattelse, idet den forelæggende ret har oplyst, at fællesskabsretlige sager utvivlsomt behandles på samme måde som nationale sager.

94. Med hensyn til overholdelsen af effektivitetsprincippet er det ikke klart, hvorvidt en treårsfrist gør det mere vanskeligt eller endog umuligt at gennemføre krav, der følger af fællesskabsretten [57], navnlig idet Domstolen dels går ud fra, at nationale præklusive frister og forældelsesfrister principielt er i overensstemmelse med fællesskabsretten, dels har fastslået i Palmisani-dommen [58], at det på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin er tilladt at fastsætte en etårig præklusiv frist med henblik på anlæggelse af erstatningssøgsmål. Tilsvarende gælder for præklusive frister eller forældelsesfrister på henholdsvis to [59], tre [60] og fem år [61] med hensyn til søgsmål om tilbagesøgning af beløb erlagt i urigtig formening om skyld.

3. Resultat

95. Herefter må det fastholdes, at de fællesskabsretlige principper om retsbeskyttelsens ækvivalens og effektivitet ikke er til hinder for, at der med hensyn til en medlemsstats

55 — Som allerede anført af generaladvokat Cosmas i forslaget til afgørelse af 23.1.1997, sag C-261/95, Palmisani, Sml. I, s. 4025, punkt 20.

56 — Jf. generaladvokat Cosmas' forslag til afgørelse i Palmisani-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 55, punkt 21, samt dommen i denne sag, nævnt ovenfor i fodnote 50, præmis 33.

57 — Dette synspunkt anføres også i den juridiske litteratur. Se herom Gellermann, a.st. (fodnote 7) artikel 288, punkt 56, J. Hidien: a.st. (fodnote 7), s. 72, P. Schwarzenegger: *Staatshaftung — Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben und ihre Auswirkungen auf nationales Recht*, Wien, 2001, s. 137, F. Ossenbühl: *Staatshaftungsrecht*, 5. oplag, München, 1998, s. 520, som ikke anser en treårig forældelsesfrist for betænkelig i forhold til fællesskabsretten. Se endvidere det af *Study Group on a European Civil Code* og *Research Group on EC Private Law (Acquis Group)* udarbejdede *Draft Common Frame of Reference*, som i del III 7:201 fastsætter en forældelsesfrist på tre år (jf. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law — Draft Common Frame of Reference, Interim Outline Edition* (udg. af Christian von Bar m.fl.), München, 2008, s. 185).

58 — Palmisani-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 50.

59 — Camarotto og Vignone-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 53, præmis 30.

60 — Edis-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 50.

61 — Dom af 17.7.1997, C-90/94, Haahr Petroleum, Sml. I, s. 4085, præmis 49, og Fantask-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 50, præmis 49.

fællesskabsretlige erstatningsansvar anvendes en treårig forældelsesfrist.

E — *Det tredje spørgsmål*

1. Det præjudicielle spørgsmåls relevans

96. Med Bundesgerichtshofs tredje spørgsmål ønskes en besvarelse af, om en forældelsesfrist vedrørende statens erstatningsansvar for tab, der er opstået som følge af en mangelfuld gennemførelse af et direktiv, afbrydes eller suspenderes, når Kommissionen i medfør af artikel 226 EF indleder et traktatbrudssøgsmål mod den pågældende stat, såfremt der ikke i national ret findes et effektivt retsmiddel, hvormed medlemsstaten kan tvinges til at gennemføre et direktiv.

97. Det fremgår af forelæggelseskendelsen, at traktatbrudssøgsmålet i medfør af artikel 226 EF mod Forbundsrepublikken Tyskland blev indledt den 27. marts 1996 og afsluttedes med dom af 12. november 1998. Selv om skadelidte allerede i 1993 blev bekendt med de første skadevirkninger, gjorde denne først i december 1999 et erstatningskrav gældende ad rettens vej. Såfremt man som antaget af Bundesgerichtshof lægger den treårige forældelsesfrist til grund, der i tysk ret gælder for erstatningsansvar på grundlag af en tjenestefejl i henhold til BGB's § 852 i den tidligere affattelse [62], og hvis man tager i betragtning, at det med rimelighed kunne forventes, at et erstatningsansvar på grundlag af en tjenestefejl var blevet gjort gældende, begyndte forældelsesfristen efter den forelæggende rets opfattelse at løbe fra medio 1996 [63]. Det kan således ikke udelukkes, at der muligvis er indtrådt forældelse af erstatningsansvaret. Derfor er det af relevans for hovedsagens afgørelse, om Kommissionens traktatbrudssøgsmål skal anses for at

62 — Ifølge fast retspraksis skal medlemsstaterne for at sikre den fulde anvendelse af direktiver ikke blot bringe deres lovgivning i overensstemmelse med fællesskabsretten, men derudover skabe en så klar, præcis og gennemskuelig retstilstand, at borgeren i fuldt omfang kan kende sine rettigheder og håndhæve disse ved de nationale domstole (jf. i samme retning med hensyn til direktiver dom af 28.2.1991, sag C-360/87, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 791, præmis 12, og af 15.6.1995, sag C-220/94, Kommissionen mod Luxembourg, Sml. I, s. 1589, præmis 10, se endvidere dom af 18.1.2001, sag C-162/99, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 541, præmis 22-25, og af 6.3.2003, sag C-478/01, Kommissionen mod Luxembourg, Sml. I, s. 2351, præmis 20). Som jeg anførte i mit forslag til afgørelse af 13.9.2007, sag C-319/06, Kommission mod Luxembourg, Sml. I, s. 4323, punkt 75, må dette princip så navnlig gælde, når nationale regler pålægger individer forpligtelser og truer med sanktioner, hvis de ikke opfyldes. Efter min opfattelse skal retstilstanden dog også være klar for så vidt angår de gældende forældelsesfrister, således at en borger, der har lidt tab som følge af en medlemsstats fællesskabsstridige adfærd, kan gøre et erstatningsansvar gældende over for staten, før dette forældes. Bundesgerichtshof går ud fra, at BGB's § 852, stk. 1, i den tidligere affattelse finder anvendelse, og lægger dermed også til grund, at det efter tysk ret er bestemmelserne om erstatningsansvar på grundlag af en tjenestefejl (den treårige forældelsesfrist) og ikke princippet om det såkaldte »indgreb, der må sidestilles med en ekspropriation« (den trediveårige forældelsesfrist), som finder tilsvarende anvendelse på statens fællesskabsretlige erstatningsansvar. Bundesgerichtshof henviser herved i forelæggelseskendelsens præmis 23 til den fremherskende opfattelse i den juridiske litteratur. Se også G. Schulze: »Staatshaftung (Art. 288 EGV, § 839 BGB)«, *Zivilrecht unter europäischem Einfluss* (udg. af Martin Gebauer/Thomas Wiedmann), Stuttgart, 2005, kapitel 16, punkt 29, s. 649, som mener, at de erstatningsretlige tjenesteansvarsbestemmelser finder anvendelse.

63 — Jf. Bundesgerichtshofs forelæggelseskendelse af 12.10.2006, præmis 33 og 42. Bundesgerichtshof støtter sine overvejelser på tysk højesteretspraksis vedrørende beregning af forældelsesfrister i erstatningssager såvel som på den fremherskende opfattelse i den juridiske litteratur. Bundesgerichtshof lægger til grund, at sagsøgeren allerede medio 1996 med rimelighed kunne forventes at anlægge erstatningssag, og at fristen derfor begyndte at løbe på dette tidspunkt. Retten henviser dels til, at skadelidte havde kendskab til skadevirkningerne (præmis 34), dels til den omstændighed, at tabet blev forvoldt ved flere gentagne handlinger og ikke kan henføres til en enkelt vedvarende handling (præmis 42).

have indvirkning på forældelsesfristens beregning.

2. Traktatbrudsproceduren som objektiv legalitetskontrol

98. Indledningsvis skal jeg erindre om, at i henhold til Brasserie du Pêcheur-dommen [64] er et erstatningskrav mod en medlemsstat ikke betinget af, at den pågældende overtrædelse er blevet konstateret under en procedure i medfør af artikel 226 EF.

99. Desuden taler traktatbrudsprocedurens særlige funktion efter min opfattelse imod at tillægge et traktatbrudssøgsmål en suspenderende eller afbrydende virkning ved beregningen af erstatningsansvars forældelse. Til forskel fra nationale retlige procedurer tjener traktatbrudsproceduren i medfør af artikel 226 EF således ikke til beskyttelse af individuelle interesser, men er snarere en procedure med henblik på objektiv legalitetskontrol [65], som bemyndiger Kommissionen til at skride ind over for medlemsstater i Fællesskabets almene interesse, uden at Kommissionens eller unionsborgernes rettigheder behøver at være blevet tilsidesat [66].

100. På grundlag af sine beføjelser og sin forpligtelse til at overvåge, at traktaten overholdes, er Kommissionen herefter enekompetent til at afgøre, hvorvidt det må anses for formålstjenligt at indlede en traktatbrudsprocedure, og til at fastlægge, på grundlag af hvilken handlemåde eller undladelse fra den pågældende medlemsstats side denne procedure bør iværksættes [67]. Kommissionens skønsbeføjelse indebærer, at borgerne ikke kan afkræve denne en bestemt stillingtagen. Navnlig kan borgerne ikke forlange, at der indledes en traktatbrudsprocedure i medfør af artikel 226 EF, eller at der anlægges søgsmål ved Domstolen. Det er endvidere udelukket at anlægge annullationssøgsmål i medfør af artikel 230, stk. 4, EF til prøvelse af Kommissionens afvisning heraf [68].

64 — Brasserie du Pêcheur og Factortame-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 9, præmis 54.

65 — W. Cremer i Calliess/Ruffert, a.st. (fodnote 18), artikel 226, punkt. 2, s. 1979, taler om en »Objektiv legalitetskontrolprocedure«. K Lenaerts: »The rule of law and the coherence of the judicial system of the European Union«, *Common Market Law Review*, 2007, hæfte 6, s. 1636, anfører, at traktatbrudsproceduren i medfør af artikel 226 EF har til formål at give Domstolen kompetence til at fastslå, at en medlemsstat ved sin adfærd har tilsidesat fællesskabsretten. Beskyttelsen af individuelle interesser bliver med rette ikke nævnt som et formål med denne procedure.

66 — Dom af 4.4.1974, sag 167/73, Kommissionen mod Frankrig, Sml. s. 359, præmis 15, af 10.5.1995, sag C-422/92, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 1097, præmis 16, og af 11.8.1995, sag C-431/92, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 2189, præmis 21.
Se i denne forbindelse mit forslag til afgørelse af 28.3.2007, sag C-503/04, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 6153, punkt 55. Det fremgår af fast retspraksis, at Kommissionen ved udøvelsen af sine beføjelser i henhold til artikel 226 EF ikke skal påvise en retlig interesse i søgsmålet (jf. dom af 8.12.2005, sag C-33/04, Kommissionen mod Luxembourg, Sml. I, s. 10629, præmis 65, af 1.2.2001, sag C-333/99, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 1025, præmis 23, af 2.6.2005, sag C-394/02, Kommissionen mod Grækenland, Sml. I, s. 4713, præmis 14 og 15, og af 10.4.2003, forenede sager C-20/01 og C-28/01, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 3609, præmis 29). Det er således Kommissionens opgave af egen drift og i den almene interesse at påse, at medlemsstaterne anvender fællesskabsretten, og at drage omsorg for, at det bliver fastslået, at eventuelle tilsidesættelser af heraf udspringende forpligtelser foreligger, med henblik på at bringe sådanne tilsidesættelser til ophør.

67 — Dommen i sagen Kommissionen mod Tyskland (sag C-431/92, nævnt ovenfor i fodnote 66, præmis 22).

68 — Jf. dom af 14.2.1989, sag 247/87, Star Fruit mod Kommissionen, Sml. s. 291, præmis 11, og af 17.5.1990, sag C-87/89, Société nationale interprofessionnelle de la tomate m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 1981, præmis 6. Rettens dom af 9.1.1996, sag T-575/93, Koelman mod Kommissionen, Sml. II, s. 1, præmis 71.

101. Borgernes manglende adgang til retligt at gennemtvinge en traktatbrudsprocedure samt den heraf følgende uvished om, hvorvidt, og i så fald hvornår, der vil blive indledt en sådan procedure, udelukker efter min opfattelse, at et traktatbrudssøgsmål indledt af Kommissionen kan føre til en suspension eller afbrydelse af forældelsesfristen. Suspension eller afbrydelse af forældelsesfrister ved retsforfølgelse skal netop forhindre, at en fordringshaver mister sit krav på grund af den tid, der er medgået, selv om han allerede har gjort sit krav gældende ad rettens vej [69]. Dette forudsætter imidlertid, at fordringshaveren reelt har iværksat retsforfølgelse. Hvis det ikke udgør »retsforfølgelse« i egentlig forstand, at Kommissionen indleder en traktatbrudsprocedure, fordi denne procedure, som allerede anført, ikke tjener til beskyttelse af individuelle interesser, kan jeg ikke se, hvorledes den skulle kunne suspendere eller afbryde forældelsesfristen.

3. Ikke krav om en privilegeret stilling for statens erstatningsansvar

102. Hvorvidt der, således som den forelæggende ret har gjort opmærksom på i denne sammenhæng, mangler et nationalt effektivt retsmiddel, hvormed skadelidte direkte, og altså ikke i forbindelse med et erstatningsansvar for staten, kan tvinge medlemsstaten til at afhjælpe den tilsidesættelse, som udløser erstatningsansvaret, er efter min opfattelse uden betydning.

103. Herved skal det tages i betragtning, at ækvivalensprincippet og effektivitetsprincippet ganske vist retter sig mod at undgå, at fællesskabsretlige forhold stilles ringere. Imidlertid kræver disse principper ikke, at fællesskabsretlige forhold stilles bedre end nationale forhold. Såfremt en traktatbrudsprocedure indrømmedes retsvirkninger i en national sag, ville dette imidlertid netop føre til en forbedret stilling for fællesskabsretlige forhold på grund af den dermed forbundne suspension eller afbrydelse af forældelsesfristen.

4. Resultat

104. Herefter skal det tredje præjudicielle spørgsmål besvares med, at de fællesskabsretlige principper vedrørende medlemsstaternes fællesskabsretlige erstatningsansvar og artikel 226 EF ikke kræver, at den i national ret fastsatte forældelse af statens fællesskabsretlige erstatningsansvar afbrydes, hvis der verserer en traktatbrudssag i medfør af artikel 226 EF, eller suspenderes indtil sagens afslutning.

69 — Ifølge Palandt/H. Heinrichs, a.st. (fodnote 52), § 204, punkt 1, og Überblick vor § 194, punkt 10, skal fordringshaveren på grund af hensigten og formålet med forældelsesreglerne have mulighed for at forhindre forældelse ved at gøre kravet gældende. Forspilder fordringshaveren denne mulighed, er den retsfortabelse, som indtræder ved forældelsen, berettiget.

F — *Det fjerde spørgsmål*

1. Indledende bemærkninger

105. Med det fjerde præjudicielle spørgsmål ønskes oplyst, om forældelsesfristen for statens fællesskabsretlige erstatningsansvar på grund af en mangelfuld gennemførelse af et direktiv, uafhængigt af den anvendelige nationale ret, først begynder at løbe, når direktivet er fuldstændig gennemført, eller om denne frist i overensstemmelse med national ret allerede begynder at løbe, når de første skadevirkninger er indtrådt, og yderligere skadevirkninger kan forudses. Såfremt direktivets fuldstændige gennemførelse har betydning for, hvornår forældelsesfristen begynder at løbe, ønsker den forelæggende ret oplyst, om dette gælder generelt eller kun, når direktivet indrømmer borgerne rettigheder.

106. I mangel af en relevant fællesskabsregulering af forældelsesfristers beregning er den nationale ret afgørende herfor, men både ækvivalensprincippet og effektivitetsprincippet skal overholdes. Der er intet i forelæggelseskendelsen, som tyder på, at statens fællesskabsretlige erstatningsansvar efter tysk ret behandles processuelt anderledes end tilsvarende erstatningskrav, som kun vedrører national ret. Det henhører imidlertid fortsat under den forelæggende rets kompetence at foretage en nøjere prøvelse heraf i de konkrete tilfælde.

107. Følgelig vil jeg inden for rammerne af det fjerde spørgsmål hovedsagelig komme ind på kravet om effektivitet. Det skal således undersøges, om gennemførelsen af de ved fællesskabsretten tillagte individuelle rettigheder i praksis gøres umuligt eller urimelig vanskeligt, hvis ikke forældelsesfristens begyndelse fastsættes til det tidspunkt, hvor et direktiv gennemføres korrekt i national ret.

108. Bortset fra sagsøgeren i hovedsagen er der ingen af procesdeltagerne, som klart er af denne opfattelse. Den overvejende opfattelse er snarere, at fællesskabsretten ikke kræver, at de nærmere regler om forældelsesfrister udformes således, at forældelsesfristen først begynder at løbe på tidspunktet for et direktivs korrekte gennemførelse i national ret. I lyset af Domstolens hidtidige praksis og ud fra en sammenligning med forældelsesbestemmelserne i artikel 46 i statutten for Domstolen forekommer denne opfattelse mig at være hensigtsmæssig.

2. Domstolens praksis

109. Domstolen har i forbindelse med sager vedrørende refusion af afgifter opkrævet i strid med et direktiv fastslået, at nationale præklusive frister, som begynder at løbe selv før den korrekte gennemførelse af det pågældende direktiv, er forenelige med fællesskabsretten [70].

110. Domstolen har ganske vist i Emmott-dommen [71] fastslået, at indtil et direktiv er korrekt gennemført, kan en medlemsstat, som undlader at gennemføre direktivet, ikke påberåbe sig, at en sag, som en borger har anlagt imod den med det formål at sikre rettigheder, som dette direktiv giver ham, er anlagt for sent, og at en søgsmålsfrist efter national ret først kan begynde at løbe fra dette tidspunkt.

111. Domstolen har dog i senere praksis [72] præciseret, at afgørelsen i Emmott-sagen var begrundet i denne sags særlige omstændigheder, idet en afvisning af sagsøgerens krav ville være ensbetydende med, at hun var fuldstændig afskåret fra at påberåbe sig sin ret til ligebehandling efter direktivet.

112. Endvidere fremgår det ikke af den foreliggende sags akter, at de tyske myndigheders adfærd, sammenholdt med den omtvistede forældelsesfrist i BGB's § 852, stk. 1, i den tidligere affattelse, i det foreliggende tilfælde har ført til, at sagsøgeren ligesom i Emmott-sagen var fuldstændig afskåret fra at påberåbe sig sine rettigheder for de nationale domstole.

70 — Se f.eks. dom af 15.9.1998, sag C-260/96, Spac, Sml. I, s. 4997, præmis 32, hvori Domstolen fastslog, at »under omstændigheder som de i hovedsagen foreliggende er fællesskabsretten ikke til hinder for, at en medlemsstat afskærer tilbagebetalingskrav vedrørende afgifter, der er opkrævet i strid med et direktiv, under henvisning til en national, præklusiv frist, der regnes fra det tidspunkt, hvor de pågældende afgifter blev betalt, selv om direktivet på det pågældende tidspunkt endnu ikke var blevet korrekt gennemført i national ret«.

71 — Dom af 25.7.1991, sag C-208/90, Emmott, Sml. I, s. 4269, præmis 21 og 24. Denne afgørelse blev begrundet med, at borgerne ikke er i stand til at skaffe sig fuldt kendskab til deres rettigheder, så længe et direktiv ikke er blevet korrekt gennemført i national ret. Tilsvarende kan kun en korrekt gennemførelse af direktivet bringe denne uvished til ophør. På denne baggrund udledte Domstolen, at en søgsmålsfrist efter national ret først kan begynde at løbe fra dette tidspunkt.

72 — Dom af 15.9.1998, forenede sager C-279/96 — C-281/96, Ansaldo Energia m.fl., Sml. I, s. 5025, præmis 19-21, Spac-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 70, præmis 27-32, Fantask-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 50, præmis 50-52, dommen i sagen Texaco og Olieselskabet Danmark, nævnt ovenfor i fodnote 50, præmis 48, og Haahr Petroleum-dommen (sag C-90/94, nævnt ovenfor i fodnote 61, præmis 52), samt dom af 6.12.1994, sag C-410/92, Johnson, Sml. I, s. 5483, præmis 26, og af 27.10.1993, sag C-338/91, Steenhorst-Neerings, Sml. I, s. 5475, præmis 19.

3. Sammenligning med forældelsesreglen i artikel 46 i statutten for Domstolen

113. Princippet om, at muligheden for at gøre krav gældende på grundlag af Det Europæiske Fællesskabs erstatningsansvar i henhold til artikel 288, stk. 2, EF kan begrænses tidsmæssigt, tyder også på, at det ikke er i strid med effektivitetsprincippet, såfremt en forældelsesfrist for en medlemsstats erstatningsansvar begynder at løbe, før det pågældende direktiv er gennemført korrekt [73].

114. I Fællesskabets retsinstansers praksis anerkendes det således, at forældelsesfristen i artikel 46 i statutten for Domstolen ikke begynder at løbe, før alle betingelserne for erstatningspligtens indtræden er opfyldt, og navnlig ikke — i tilfælde hvor Fællesskabets ansvar har sin oprindelse i en generel retsakt — før retsaktens skadevoldende følger har vist sig [74]. Herved er det det tidspunkt, hvor skadelidte har fået kendskab til det forhold, der er årsag til skaden, som skal tages i betragtning [75].

115. På denne baggrund kan det ikke antages, at en fastsættelse af forældelsesfristens begyndelse til et tidspunkt, som ligger før den fuldstændige gennemførelse af direktivet, i praksis gør det umuligt eller urimeligt vanskeligt at gennemføre erstatningskrav mod staten. På sit nuværende udviklingstrin kræver fællesskabsretten således ikke, at det først er det tidspunkt, hvor direktivet er fuldstændig gennemført, som skal tages i betragtning. Desuden reguleres forældelsesfristers nøjagtige begyndelsestidspunkt fortsat i den nationale ret [76].

73 — Det forekommer mig berettiget også at tage hensyn til principperne for erstatningsansvaret uden for kontraktforhold i forbindelse med fastsættelse af forældelsesfrister, navnlig eftersom Domstolen henviste til disse principper, da den definerede medlemsstaternes fællesskabsretlige erstatningsansvar som retsinstitut (jf. K. Lenaerts/D. Arts/I. Maselis, a.st. (fodnote 7). Fællesskabets erstatningsansvar og medlemsstaternes fællesskabsretlige erstatningsansvar er begge dommerskabte principper og blev udviklet parallelt af Domstolen. Bortset fra at medlemsstaterne har kompetencen til at gennemføre deres fællesskabsretlige erstatningsansvar i national ret, har disse ansvarsformer en funktionel parallelitet, hvoraf nødvendigvis må følge en ens bedømmelse. Ved konkretiseringen af erstatningsbetingelserne har dette således ført til, at de i retspraksis udstukne retningslinjer har haft gensidig indflydelse på hinanden (se også G. Schulze, a.st. (fodnote 62), kapitel 16, punkt 2 og 3, s. 638).

74 — Jf. domme af 27.1.1982, forenede sager 256/80, 257/80, 265/80, 267/80 og 5/81, Birra Wührer m.fl. mod Rådet og Kommissionen, Sml. s. 85, præmis 10, og sag 51/81, De Franceschi mod Rådet og Kommissionen, Sml. s. 117, præmis 10, hvorefter forældelsesfristen for erstatningskrav mod Fællesskabet ikke kan begynde at løbe, før alle de betingelser, som er en forudsætning for erstatningspligten, er opfyldt, og navnlig ikke før det tab, der skal erstattes, er kendt. Jf. også Rettens dom af 16.4.1997, sag T-20/94, Hartmann mod Rådet og Kommissionen, Sml. II, s. 595, præmis 107, og af 9.12.1997, forenede sager T-195/94 og T-202/94, Quiller og Heusmann, Sml. II, s. 2247, præmis 114. Se endvidere generaladvokat Sharpstons forslag til afgørelse af 22.11.2007, sag C-51/05 P, Kommissionen mod Cantina sociale di Dolianova, Sml. I, s. 5341, punkt 94. Ifølge H.-W. Rengeling/A. Middeke/M. Gellermann: *Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union*, München, 2003, § 9, punkt 57, s. 202, begynder forældelsesfristen for erstatningsansvaret uden for kontraktforhold først at løbe, når alle de betingelser, som er en forudsætning for erstatningspligten, er opfyldt, og navnlig når det tab, der skal erstattes, er kendt. Herved er det afgørende at tage det tidspunkt i betragtning, hvor skadelidte har fået kendskab til det forhold, der er årsag til skaden.

75 — Jf. dom af 7.11.1985, sag 145/83, Adams, Sml. s. 3539, præmis 50 og 51.

76 — I denne retning også P: Schwarzenegger, a.st. (fodnote 57), s. 137, hvorefter fastsættelsen af forældelsesfristers begyndelsestidspunkt sker i national ret.

116. Henset til det ovenfor anførte, er det ufornødent at tage stilling til det præjudicielle spørgsmåls anden del.

4. Resultat

117. Herefter skal det fjerde præjudicielle spørgsmål besvares med, at fællesskabsretten i hvert fald ikke på dens nuværende udviklingstrin kræver, at forældelsesfristen for statens fællesskabsretlige erstatningsansvar, der er baseret på en utilstrækkelig gennemførelse af et direktiv og et dertil hørende (de facto) importforbud, først begynder at løbe, når direktivet er fuldstændig gennemført.

G — *Det femte spørgsmål*

1. Om skadelidte har pligt til at afværge skaden

118. Med det femte præjudicielle spørgsmål spørges først, om det krav, sagsøgeren har gjort gældende, kan udelukkes i medfør af BGB's § 839, stk. 3, under henvisning til, at sagsøgeren forsætligt eller uagtsomt har undladt at afværge skaden ved hjælp af et retsmiddel, og om en eventuel påberåbelse af denne bestemmelse strider mod ækvivalens- og effektivitetsprincippet.

119. Som Domstolen præciserede i Brasserie du Pêcheur-dommen [77], kan den nationale ret ved afgørelsen af, hvilket tab der skal erstattes, undersøge, om skadelidte på passende måde har søgt at undgå skaden eller begrænse dens omfang, og navnlig, om skadelidte i rette tid har anvendt alle de retsmidler, der stod til hans disposition.

120. Med henvisning til dommen i sagen Mulder m.fl. har Domstolen desuden fastslået, at ifølge en almindelig retsgrundsætning, der er fælles for medlemsstaternes retssystemer, skal skadelidte på passende

77 — Brasserie du Pêcheur-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 9, præmis 84.

måde søge at begrænse skadens omfang, idet vedkommende ellers selv må bære tabet [78].

121. Domstolen har altså anerkendt, at der ved vurderingen af et erstatningskrav kan tages hensyn til, om den skadelidte på passende måde har søgt at afværge eller begrænse skaden, og navnlig, om skadelidte i rette tid har anvendt alle de retsmidler, der stod til hans disposition. Som Bundesgerichtshof med rette har bemærket i forelæggelseskendelsens præmis 49, har Domstolen ikke alene behandlet spørgsmål om nedsættelse af erstatningen på grund af egen skyld, men også tilfælde, hvor erstatningskravet fuldstændig bortfaldt.

122. Imidlertid skal det ikke nødvendigvis på grundlag af denne retspraksis konkluderes, at skadelidtes undladelse af at gøre brug af statsligt begrænsede afværgende retsmidler på det primærretlige plan ligesom i tysk ret generelt skal føre til, at kravet fortabes. Man må snarere gå ud fra, at denne mulighed kun skal overvejes i undtagelsestilfælde, mens en overtrædelse af pligten til at afværge skaden normalt kun vil føre til en nedsættelse af erstatningskravets størrelse [79].

123. Herfor taler også den omstændighed, at der inden for rammerne af Fællesskabets erstatningsansvar uden for kontraktforhold efter artikel 288, stk. 2, EF anerkendes en tabsbegrænsningspligt, og at en manglende overholdelse heraf medfører en nedsættelse eller endog en fuldstændig fortabelse af erstatningskravet i forhold til graden af medansvar [80].

124. Der er principielt ingen betænkeligheder i relation til effektivitetsprincippet ved gennemførelsen af erstatningskrav mod staten, for så vidt som dette fællesskabsretlige princip overholdes ved fortolkningen og anvendelsen af den nationale ret, og der ved siden af kravets fuldstændige fortabelse også gives mulighed for blot at nedsætte erstatningskravets størrelse. For så vidt angår ækvivalensprincippet er anvendelsen af

78 — Ibidem, præmis 85 med henvisning til dom af 19.5.1992, forenede sager C-104/89 og C-37/90, Mulder m.fl. mod Rådet og Kommissionen, Sml. I, s. 3061, præmis 33.

79 — F.eks. A. Hatje: »Die Haftung der Mitgliedstaaten bei Verstößen des Gesetzgebers gegen europäisches Gemeinschaftsrecht«, *Europarecht*, hæfte 3, 1997, s. 305, der i dogmatisk henseende lægger til grund, at hvis den person, som gør et erstatningskrav gældende, undlader at benytte statsligt begrænsede afværgende retsmidler på det primærretlige plan, kan dette principielt ikke bevirke, at kravet fortabes, men højst få betydning for erstatningskravets størrelse. Tilsvarende også S. Beljin, a.st. (fodnote 33), s. 67, der ikke mener, at Domstolen har haft en lige så vidtgående hensyntagen til egen skyld-betragtninger som i tysk ret i tankerne. Forfatteren er af den opfattelse, at Domstolen tager udgangspunkt i en fællesskabsretlig retsgrundsætning med et fællesskabsretligt indhold, således at det ikke er det fulde indhold af BGB's § 254 og § 839, stk. 3, som finder anvendelse, men alene den del, som er i overensstemmelse med denne almindelige fællesskabsretlige grundsætning.

80 — Jf. Adams-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 75, præmis 50. H.-W. Rengeling/A. Middeke/M. Gellermann, a.st., (fodnote 74), § 9, punkt 55 og 56, s. 201.

BGB's § 839, stk. 3, ikke betænkelig, eftersom det tilsvarende nationale erstatningsansvar på grundlag af en tjenestefejl også gælder med forbehold for, at den primærretlige beskyttelse har forrang.

125. Følgelig er fællesskabsretten principielt ikke til hinder for anvendelse af en national ordning, der ligesom BGB's § 839, stk. 3, fastsætter, at erstatningsansvar er udelukket i tilfælde af en culpøs undladelse af at anvende den primærretlige beskyttelse [81].

81 — Se også Gellermann, a.st. (fodnote 7), artikel 288, punkt 54. W. Berg, a.st. (fodnote 15), artikel 288, punkt 93, s. 2308, er af den opfattelse, at hvis der er tale om direkte anvendelige fællesskabsbestemmelser, skal den berørte part altid først forsøge at gennemføre disse bestemmelser ad rettens vej, hvis forvaltningen har nægtet ham hans rettigheder. Kun hvis dette mislykkes, levnes plads til erstatningskrav. I modsat fald er der kun tale om erstatning for det tab, som den berørte part har lidt på tidspunktet for retssagen. Principielt gælder den primærretlige beskyttelses forrang også for erstatningskrav på grund af lovgivers handlinger eller undladelser. Ifølge H.-J. Papier: »Staatshaftung bei der Verletzung von Gemeinschaftsrecht«, *Handbuch zum europäischen und deutschen Umweltrecht, bind 1, Allgemeines Umweltrecht*, Köln, 1998, punkt. 44, s. 1470, er der intet, som taler for, at princippet om den forvaltningsretlige primærretlige beskyttelses forrang, som kommer til udtryk i BGB's § 839, stk. 3, ikke skal kunne gælde i tilfælde af tjenestepligtstridige overtrædelser af fællesskabsretten. Det fællesskabsretlige erstatningsansvar, der som retsinstitut er udviklet i Domstolens praksis, overlader det til hver medlemsstat inden for rammerne af den nationale erstatningsret at afhjælpe virkningerne af de tilsidesættelser af fællesskabsretten, som kan tilregnes den pågældende medlemsstat. T. Von Danwitz: »Die Eigenverantwortung der Mitgliedstaaten für die Durchführung von Gemeinschaftsrecht — Zu den europarechtlichen Vorgaben für das nationale Verwaltungs- und Gerichtsverfahrensrecht«, *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1998, s. 425, fodnote 40, forfægter den opfattelse, at ansvarsbegrænsninger i form af en pligt til at begrænse eller afværge skaden fortsat skal være tilladt. Forfatteren henviser herved til generaladvokat Tesauros forslag til afgørelse af 28.11.1995, forenede sager C-46/93 og C-48/93, Brasserie du Pêcheur og Factortame, Sml. I, s. 1029, præmis 98 f. og 104, særligt til fodnote 104, hvori sidstnævnte udtrykkeligt har refereret til BGB's § 839, stk. 3. C. Dörr: »Der gemeinschaftsrechtliche Staatshaftungsanspruch in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs«, *Deutsches Verwaltungsblatt*, 2006, s. 603, anfører, at Bundesgerichtshofs III. civile afdeling ikke ser nogle betænkeligheder ved, at den retsopfattelse, der ligger til grund for BGB's § 254 og § 839, stk. 3, dvs. betragtninger om egen skyld og om pligten til med et retsmiddel at afværge en mulig skade, finder anvendelse på medlemsstaternes fællesskabsretlige erstatningsansvar.

2. Om det er rimeligt at kræve påberåbelse af den primærretlige beskyttelse

126. En gennemgang af dommen i sagen Metallgesellschaft m.fl. [82] kan ikke føre til en anden bedømmelse end den ovenfor anførte. I denne dom blev der taget hensyn til de særlige omstændigheder i det pågældende tilfælde, og Domstolen præciserede i det væsentlige blot sin praksis med en udtalelse om, at den berørte part ikke må være henvist til de retsbeskyttelsesmuligheder, som ikke fremmer vedkommendes sag.

127. Efter min opfattelse supplerer dommen i sagen Metallgesellschaft m.fl. Brasserie du Pêcheur-dommen, idet den medtager et forhold, som kan betegnes »den primærretlige beskyttelses rimelige anvendelse«. Det afspejler for så vidt den opfattelse, som med rette er blevet anført af den tyske [83] og den tjekkiske regering [84] samt af sagsøgeren [85], hvorefter det ikke med henvisning til effektivitetsprincippet kan forlanges af skadelidte, at denne skal have anvendt alle de retsbeskyttelsesmidler, der står til rådighed, uanset om brugen heraf forekommer relevant eller ej i forhold til sagens omstændigheder.

82 — I dom af 8.3.2001, forenede sager C-397/98 og C-410/98, Metallgesellschaft m.fl., Sml. I, s. 1727, præmis 107, har Domstolen fastslået, at udøvelsen af de rettigheder, som fællesskabsrettens umiddelbart anvendelige bestemmelser tillægger borgerne, ville blive gjort umulig eller uforholdsmæssigt vanskelig, hvis deres krav om tilbagebetaling eller deres krav om erstatning på grundlag af tilsidesættelser af fællesskabsretten ikke kunne imødekommes eller blev nedsat alene med den begrundelse, at de pågældende ikke havde anmodet om en retlig fordel, som de rent faktisk slet ikke havde ret til efter den nationale lovgivning, udelukkende med henblik på at anfægte medlemsstatens afslag ved hjælp af de bestående retsmidler og for at påberåbe sig fællesskabsrettens forrang og direkte virkning. Denne udtalelse kan forklares med, at i denne sag ville et alternativt retsmiddel for sagsøgeren i hovedsagen ikke have gjort det muligt at afværge eller begrænse skaden.

83 — Den tyske regerings skriftlige indlæg, punkt 185.

84 — Den tjekkiske regerings skriftlige indlæg, punkt 38.

85 — Skriftligt indlæg fra sagsøgeren i hovedsagen, punkt 275.

3. Rimelighed, når forelæggelse er nødvendig, eller en traktatbrudsprocedure verserer

128. Det yderligere spørgsmål, om det er urimeligt at skulle påberåbe sig den primærretlige beskyttelse, hvis den pågældende ret ikke kan forventes at kunne besvare de omhandlede fællesskabsretlige spørgsmål uden forelæggelse for De Europæiske Fællesskabers Domstol, eller der allerede verserer en traktatbrudsprocedure i medfør af artikel 226 EF, skal i lyset af min besvarelse af det tredje præjudicielle spørgsmål også vurderes.

129. Som jeg allerede har anført ovenfor [86], kan en traktatbrudsprocedure i medfør af artikel 226 EF på grund af dennes særlige funktion som en objektiv legalitetskontrol i almenhedens interesse ikke betragtes som »retsbeskyttelse« i egentlig forstand [87]. Følgelig kan hverken en klage til Kommissionen eller et traktatbrudssøgsmål anlagt af Kommissionen erstatte påberåbelsen af den primærretlige beskyttelse. Derfor er det ikke urimeligt at skulle påberåbe sig den primærretlige beskyttelse, når der verserer en traktatbrudsprocedure i medfør af artikel 226 EF.

130. Der skal anlægges en anden vurdering i det tilfælde, hvor den primærretlige beskyttelse påberåbes, når den nationale ret må forventes at forelægge sagen i medfør af artikel 234 EF. I dette tilfælde vil spørgsmålet, om en forelæggelse er nødvendig, normalt blive rejst i forbindelse med en sag på medlemsstatsplan, der er blevet anlagt til opfyldelse af pligten vedrørende den primærretlige beskyttelse. Denne retsbeskyttelses effektive virkning bliver imidlertid ikke ringere af, at den nationale ret kan anmode Domstolen om en præjudiciel afgørelse. Efter min opfattelse er det modsatte snarere tilfældet. Forelæggelsesproceduren efter artikel 234 EF er ifølge fast retspraksis således et middel til samarbejde mellem Domstolen og de nationale retter, som giver Domstolen mulighed for at forsyne de nationale retter med de elementer vedrørende fortolkningen af fællesskabsretten, som er nødvendige for, at de kan afgøre den for dem verserende tvist [88].

131. Dertil kommer, at forelæggelsesproceduren foruden at sikre retsenhed også har en meget stor betydning for beskyttelsen af individuelle rettigheder, idet den sikrer, at de rettigheder, borgerne er tillagt i medfør af fællesskabsretten, får den tilsigtede virkning [89]. De grundlæggende strukturelle principper om fællesskabsrettens forrang og direkte virkning såvel som det i hovedsagen omhandlede princip om medlemsstaternes fællesskabsretlige erstatningsansvar blev udviklet i forbindelse med præjudicielle fore-

86 — Punkt 98-101 i dette forslag til afgørelse.

87 — M. Preiß-Jankowski: »Die gemeinschaftsrechtliche Staatshaftung im Lichte des Bonner Grundgesetzes und des Subsidiaritätsprinzips«, *Juristische Schriftenreihe*, bind 94, Bremen, 1997, s. 88, henviser til, at borgernes effektive retsbeskyttelse endog kræver, at der gives afkald på at anvende en konkret traktatbrudsdom. For det første er borgeren ikke herre over, hvorvidt en sådan procedure skal indledes, og for det andet ville dette forsinke erstatningssagen betydeligt.

88 — Jf. bl.a. dom af 16.7.1992, sag C-83/91, Meilicke, Sml. I, s. 4871, præmis 22, og af 5.2.2004, sag C-380/01, Schneider, Sml. I, s. 1389, præmis 20.

89 — B. Wegener i Callies/Ruffert, a.st. (fodnote 7), artikel 234, punkt 1.

læggelser fra nationale retter. Derfor kan jeg tilslutte mig den polske og den tjekkiske regerings retsopfattelse, hvorefter den omstændighed, at Domstolen formentlig skal behandle et præjudicielt spørgsmål, ikke i sig selv er tilstrækkelig til at konkludere, at det ikke er rimeligt at kræve anvendelse af et retsmiddel.

VII — Forslag til afgørelse

132. På baggrund af de anførte betragtninger foreslår jeg Domstolen at besvare Bundesgerichtshofs anmodning om præjudiciel afgørelse således:

»1) Bestemmelserne i artikel 5, stk. 1, litra o), og artikel 6, stk. 1, litra b), nr. iii), i direktiv 64/433, som affattet ved direktiv 91/497, sammenholdt med artikel 5, stk. 1, artikel 7 og 8 i direktiv 89/662, giver ikke svinekødsproducenter og -forhandlere en retlig position, som i tilfælde af fejl ved direktivets gennemførelse og anvendelse vil kunne udløse et fællesskabsretligt erstatningsansvar for staten.

2) De danske svinekødsproducenter og -forhandlere kan som grundlag for et fællesskabsretligt erstatningsansvar for den pågældende medlemsstat påberåbe sig, at artikel 28 EF er blevet tilsidesat. Det tilkommer imidlertid den nationale ret at efterprøve, om en overtrædelse af bestemmelserne i et direktiv, der ikke tillægger subjektive rettigheder, fører til en tilsidesættelse af unionsborgernes ret til adgang til markedet i medfør af artikel 28 EF.

3) De fællesskabsretlige principper vedrørende medlemsstaternes fællesskabsretlige erstatningsansvar og artikel 226 EF kræver ikke, at den i national ret fastsatte forældelse af medlemsstatens fællesskabsretlige erstatningsansvar afbrydes, hvis der verserer en traktatbrudssag i medfør af artikel 226 EF, eller suspenderes indtil sagens afslutning.

4) På dens nuværende udviklingstrin kræver fællesskabsretten ikke, at forældelsesfristen for statens fællesskabsretlige erstatningsansvar, der er baseret på en utilstrækkelig gennemførelse af et direktiv og et dertil hørende (de facto) importforbud, først begynder at løbe, når direktivet er fuldstændig gennemført.

5) Fællesskabsretten er ikke til hinder for en national ordning, hvorefter en borger ikke kan kræve erstatning for en skade, når han forsætligt eller uagtsomt har undladt at afværge denne ved hjælp af et alternativt retsmiddel, heller ikke selv om den pågældende ret inden for rammerne af dette retsmiddel formentlig ikke kunne have besvaret de omhandlede fællesskabsretlige spørgsmål uden en forelæggelse for Domstolen, eller selv om en traktatbrudsprocedure allerede verserer.«