FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT VERICA TRSTENJAK

föredraget den 4 september 2008 [1]

Innehållsförteckning

I — Inledning . . . . . I - 2126

II — Tillämpliga bestämmelser . . . . . I - 2127

A — Gemenskapsrätten . . . . . I - 2127

B — Den nationella rätten . . . . . I - 2129

III — Bakgrund, tvisten vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna . . . . . I - 2130

IV — Förfarandet vid domstolen . . . . . I - 2133

V — Parternas huvudsakliga argument . . . . . I - 2134

A — Den första frågan . . . . . I - 2134

B — Den andra frågan . . . . . I - 2135

C — Den tredje frågan . . . . . I - 2136

D — Den fjärde frågan . . . . . I - 2138

E — Den femte frågan . . . . . I - 2140

VI — Rättslig bedömning . . . . . I - 2142

A — Inledande synpunkter . . . . . I - 2142

B — Den första frågan . . . . . I - 2143

1. De tolkningsmetoder som ska tillämpas . . . . . I - 2143

2. Individuella rättigheter i domstolens rättspraxis . . . . . I - 2144

1 — Originalspråk: tyska.

3. Tolkning av de omtvistade direktiven . . . . . I - 2146

4. Resultat . . . . . I - 2149

C — Den andra frågan . . . . . I - 2150

1. De grundläggande friheterna som offentligrättsligt grundade subjektiva rättigheter . . . . . I - 2150

2. Sekundärrättens företräde . . . . . I - 2151

3. Resultat . . . . . I - 2153

D — Inledande fråga till den tredje och den fjärde frågan . . . . . I - 2153

1. Den nationella lagstiftarens behörighet . . . . . I - 2153

2. Kraven på likvärdighet och effektivitet . . . . . I - 2154

3. Resultat . . . . . I - 2155

E — Den tredje frågan . . . . . I - 2156

1. Tolkningsfrågans relevans . . . . . I - 2156

2. Fördragsbrottsförfarande som mekanism för objektiv legalitetskontroll . . . I - 2157

3. Huruvida det saknas behov av att privilegiera ett statligt skadeståndsanspråk I - 2158

4. Resultat . . . . . I - 2158

F — Den fjärde frågan . . . . . I - 2159

1. Inledande synpunkter . . . . . I - 2159

2. Domstolens rättspraxis . . . . . I - 2160

3. Jämförelse med preskriptionsbestämmelsen i artikel 46 i domstolens stadga I - 2161

4. Resultat . . . . . I - 2162

G — Den femte frågan . . . . . I - 2162

1. Huruvida den berörde har en skyldighet att begränsa skadans omfattning I - 2162

2. Huruvida det skäligen kan krävas att rättsskyddet enligt primärrätten utnyttjas . . . . . I - 2164

3. Huruvida det skäligen kan krävas att rättsskydd enligt primärrätten utnyttjas när det finns ett behov av att framställa en begäran om förhandsavgörande eller när ett fördragsbrottsförfarande har inletts . . . . . I - 2165

VII — Förslag till avgörande . . . . . I - 2166

I — Inledning

1. Målet gäller en begäran om förhandsavgörande från Bundesgerichtshof enligt artikel 234 EG, i vilken den hänskjutande domstolen har ställt fem frågor till domstolen som rör tolkningen av principen om medlemsstaternas utomobligatoriska skadeståndsansvar för åsidosättande av gemenskapsrätten.

2. Dessa frågor har uppkommit inom ramen för en tvist mellan Danske Slagterier – en sammanslutning av danska slakthusföretag och svinuppfödare – (nedan kallad klaganden) och Förbundsrepubliken Tyskland (nedan kallad svaranden), i vilken det rör sig om skadestånd som klaganden har yrkat på grund av att direktiv 64/433/EEG, i dess lydelse enligt direktiv 91/497/EEG [2], och direktiv 89/662/EEG [3] har införlivats på ett felaktigt sätt.

3. De avser huvudsakligen förutsättningarna för ett gemenskapsrättsligt skadeståndsansvar för en medlemsstat, en skadelidandes förpliktelse att beakta en eventuell skyldighet att förhindra skada när personen i fråga utnyttjar sitt rättsskydd samt tillämpligheten av preskriptionsregler som i princip omfattas av medlemsstaternas lagstiftning.

2 — Rådets direktiv av den 29 juli 1991 om ändring och konsolidering av direktiv 64/433/EEG om hygienproblem som påverkar handeln med färskt kött inom gemenskapen, för att utvidga det till produktion och utsläppande på marknaden av färskt kött (EGT L 268, s. 69; svensk specialutgåva, område 3, volym 39, s. 58).

3 — Rådets direktiv av den 11 december 1989 om veterinära kontroller vid handeln inom gemenskapen i syfte att fullborda den inre marknaden (EGT L 395, s. 13; svensk specialutgåva, område 3, volym 31, s. 216).

II — Tillämpliga bestämmelser

A — *Gemenskapsrätten*

4. I artikel 5 i direktiv 64/433, i dess lydelse enligt direktiv 91/497, föreskrivs följande:

”1. Medlemsstaterna skall säkerställa att officiella veterinärer förklarar följande vara otjänligt som livsmedel:

…

o) Kött som avger en uttalad könslukt.”

5. I artikel 6 i direktiv 64/433 anges dessutom följande:

”1. Medlemsstaterna skall säkerställa följande:

…

b) Att kött

…

iii) utan att det påverkar de fall som avses i artikel 5.1 o från okastrerade galtar med en slaktvikt över 80 kg, såvida inte anläggningen med en metod som godkänts genom det förfarande som fastställs i artikel 16 eller, om det inte finns någon sådan metod, med en metod som godkänts av den behöriga myndigheten kan garantera att slaktkroppar som avger en uttalad galtlukt kan upptäckas bär ett speciellt märke enligt [kommissionens] beslut 84/371/EEG [av den

3 juli 1984 om fastställande av utformningen av den särskilda märkning av färskt kött som avses i artikel 5 a i direktiv 64/433 (EGT L 196, s. 46; svensk specialutgåva, område 3, volym 17, s. 231)] och genomgår någon av de behandlingar som anges i [rådets] direktiv 77/99/EEG [av den 21 december 1976 om hygienproblem som påverkar handeln med köttprodukter inom gemenskapen (EGT L 26, 1977, s. 85; svensk specialutgåva, område 3, volym 8, s. 56), direktiv senast ändrat genom rådets direktiv 89/662/EEG].

…

g) Att den hantering som avses i föregående punkter utförs på ursprungsanläggningen eller vid annan anläggning som den officiella veterinären utser.

…”

6. I artikel 5 i direktiv 89/662 föreskrivs följande:

”1 Mottagande medlemsstater skall vidta följande åtgärder:

a) Den behöriga myndigheten får på destinationsorten för varorna genom ickediskriminerande veterinära stickprov kontrollera att de krav som uppställs i artikel 3 har uppfyllts. Provtagning får ske samtidigt.

När den behöriga myndigheten i den medlemsstat genom vilken varorna transiteras eller den medlemsstat till vilken varorna avsänts har fått uppgifter som ger anledning till misstanke om att gällande bestämmelser överträtts, får kontroller som innefattar kontroll av transportsättet också utföras under transporten av varor till medlemsstatens territorium.”

7. I artikel 7 i direktiv 89/662 anges följande:

”1. Om den behöriga myndigheten i en medlemsstat i samband med den inspektion som utförs på destinationsorten eller under transporten konstaterar:

b) att varorna inte uppfyller de villkor som fastställts genom gemenskapens direktiv, eller nationella normer när ett beslut om de gemenskapsnormer som föreskrivits genom direktiven inte fattats, och förutsatt att hänsynen till människors och djurs hälsa tillåter det, låta avsändaren eller hans ombud välja mellan att

…

— förstöra varorna eller

— använda dem för något annat ändamål, däribland att sända tillbaka dem efter att ha inhämtat medgivande från den behöriga myndigheten i ursprungslandet."

8. I artikel 8.1 i direktiv 89/662 föreskrivs följande:

"1 I de fall som avses i artikel 7 skall den behöriga myndigheten i den mottagande medlemsstaten utan dröjsmål ta kontakt med de behöriga myndigheterna i den medlemsstat från vilken varorna avsänts. De sistnämnda myndigheterna skall vidta alla nödvändiga åtgärder och meddela den behöriga myndigheten i den förstnämnda medlemsstaten vilka kontroller som utförts, vilka beslut som fattats och motiveringen för dessa."

B — *Den nationella rätten*

9. Den tyska civillagen (Bürgerliches Gesetzbuch, BGB) innehåller i den lydelse som gällde fram till den 31 december 2001 (BGB i dess tidigare lydelse) följande bestämmelser:

"195 §

Den allmänna preskriptionstiden är trettio år."

"839 §

1. Om en offentliganställd tjänsteman uppsåtligen eller av oaktsamhet handlar gentemot tredje man på ett sätt som strider mot hans skyldigheter i tjänsten, är han skyldig att ersätta denne för skada som denne lider till följd därav. Har tjänstemannen endast

handlat av oaktsamhet är han skadeståndsskyldig endast om den skadelidande inte kan utfå ersättning på annat sätt.

2. Om en offentliganställd tjänsteman vid meddelandet av en dom i ett mål handlar på ett sätt som strider mot hans skyldigheter i tjänsten är han endast ansvarig för den skada som uppkommer till följd härav om åsidosättande av dessa skyldigheter består i en brottslig gärning. Denna bestämmelse är inte tillämplig då en offentliganställd tjänsteman åsidosatt sin skyldighet och vägrat utöva tjänsten eller utövat tjänsten för sent.

3. Skadeståndsansvaret bortfaller om den skadelidande avsiktligt eller av vårdslöshet har underlåtit att begränsa skadans omfattning genom att vidta rättsliga åtgärder."

"852 §

1. Rätten till skadestånd för skada som uppkommit till följd av en otillåten handling preskriberas tre år efter den tidpunkt då den skadelidande fick kännedom om skadan och om den ersättningsskyldige, oavsett kännedom trettio år från och med den tidpunkt då handlingen begicks.

2. Pågår förhandlingar mellan den ersättningsskyldige och den ersättningsberättigade förlängs preskriptionen fram till dess att den ena eller den andra parten vägrar att fortsätta förhandlingarna.

3. Om den ersättningsskyldige genom den otillåtna handlingen uppnått en vinst på bekostnad av den skadelidande, ska han även efter preskriptionen utge återbetalning enligt bestämmelserna om återbetalning av felaktigt erlagda belopp med anledning av obehörig vinst."

III — Bakgrund, tvisten vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

10. Klaganden har sedan dess medlemmar överlåtit sina rättigheter på klaganden yrkat skadestånd av svaranden för skador som uppkommit till följd av att gemenskapsrätten har åsidosatts. Klaganden har kritiserat svaranden för att från början av år 1993 till år 1999 ha upprätthållit ett faktiskt förbud mot import av kött från okastrerade galtar från Danmark och därigenom ha orsakat dess medlemmar skador för minst 280 000 000 DEM.

11. I Danmark föds sedan början av 1990-talet okastrerade galtar upp som slaktdjur. När kött från sådana upphettas kan det uppstå

en stark lukt eller smak. För att kött som luktar skulle kunna identifieras och bortsorteras mättes vid slaktningen förekomsten av skatol, en nedbrytningsprodukt som bildas i tarmen. Svaranden anser emellertid att den starka lukten hänför sig till hormonet androstenon varmed mätningen av skatolhalten inte ger ett tillförlitligt resultat.

12. Enligt artikel 5.1 o i direktiv 64/433, i dess lydelse enligt direktiv 91/497, ska medlemsstaterna säkerställa att officiella veterinärer förklarar kött som avger en uttalad könslukt vara otjänligt som livsmedel. Enligt artikel 6.1 b iii ska medlemsstaterna säkerställa att kött, utan att det påverkar de fall som avses i artikel 5.1 o, från okastrerade galtar med en slaktvikt över 80 kg, såvida inte anläggningen med en metod som godkänts kan garantera att slaktkroppar som avger en uttalad galtlukt kan upptäckas, bär ett speciellt märke och genomgår en värmebehandling.

13. Genom skrivelser av den 18 och den 26 januari 1993 meddelade Tyskland de högsta veterinära myndigheterna i medlemsstaterna att artikel 6.1 b iii i direktiv 64/433 i tysk rätt hade införlivats på ett sådant sätt att ett gränsvärde om 0,5 µg/g androstenon gällde oavsett viktgräns och att köttet, om detta värde överskreds, i enlighet med artikel 5.1 o ansågs vara otjänligt som livsmedel och inte fick exporteras till Tyskland som färskt kött. I skrivelserna angavs vidare att samtliga partier griskött från andra medlemsstater enligt artikel 7.1 b i direktiv 89/662/EEG, oavsett om de märkts som tjänliga som livsmedel, skulle undersökas på destinationsorten för att säkerställa att gränsvärdet hade iakttagits. I enlighet därmed undersökte de behöriga tyska myndigheterna därefter ett flertal leveranser av griskött från Danmark varvid de vid överskridna gränsvärden för androstenon påpekade detta samt återsände leveranserna.

14. På talan av kommissionen fastställde domstolen genom dom av den 12 november 1998 i mål C-102/96 (kommissionen mot Tyskland, REG 1998, s. I-6871) att Tyskland hade åsidosatt sina skyldigheter enligt de nämnda direktiven.

15. Klaganden stöder sitt skadeståndsyrkande på att danska svinuppfödare och slakthusföretag till följd av svarandens mot gemenskapsrätten stridande agerande minskade och i oktober 1993 nästan helt hade upphört produktionen av okastrerade galtar. I stället uppföddes och slaktades under tiden 1993–1999 omkring 39 miljoner kastrerade galtar för att kunna marknadsföras i Tyskland. En marknadsföring av motsvarande mängd okastrerade galtar skulle ha inneburit en kostnadsbesparing på åtminstone 280 000 000 DEM.

16. Landgericht fann att talan kunde tas upp till sakprövning i den del som avsåg ansökan om betalningsföreläggande den 6 december 1999 för perioden från den 7 december 1996 och ogillade talan i den del som avsåg ansökan om ersättning för skada som uppkommit fram till den 6 december 1996 med motiveringen att den var preskriberad. Appellationsdomstolen fann att talan kunde tas upp till sakprövning i dess helhet. I sitt överklagande av domen, vilket tillåtits av appellationsdomstolen, yrkade svaranden att talan skulle ogillas i sin helhet.

17. Bundesgerichtshof, till vilken målet överklagades genom en revisionstalan, anser att frågan i förevarande tvist gäller i vilken mån de berörda producenterna och marknadsförarna av griskött vid åsidosättande av direktiv kan åberopa rättigheter som tillkommer dem enligt primärrätten. Det måste också utredas hur gemenskapsrättens principer påverkar utformningen av ett gemenskapsrättsligt skadeståndsansvar för staten, som principiellt åligger medlemsstaterna, och särskilt utformningen av bestämmelserna om preskription och de rättsliga följderna av ett eventuellt åsidosättande av skyldigheten att begränsa skadans omfattning genom att vidta rättsliga åtgärder (”företräde för rättsskydd enligt primärrätten”).

18. Den 12 oktober 2006 beslutade därför Bundesgerichtshof att vilandeförklara avgörandet vad beträffar svarandens överklagande och hänskjuta följande frågor till EG-domstolen för förhandsavgörande:

1) Ger bestämmelserna i artiklarna 5.1 o och 6.1 b iii i rådets direktiv 64/433/EEG av den 26 juni 1964 om hygienproblem som påverkar handeln med färskt kött inom gemenskapen, i dess lydelse enligt rådets direktiv 91/497/EEG av den 29 juli 1991 (EGT L 268, s. 69; svensk specialutgåva, område 3, volym 1, s. 69), jämförda med artiklarna 5.1, 7 och 8 i rådets direktiv 89/662/EEG av den 11 december 1989 om veterinära kontroller vid handeln inom gemenskapen i syfte att fullborda den inre marknaden (EGT L 395, s. 13; svensk specialutgåva, område 3, volym 31, s. 216) producenter och marknadsförare av griskött sådana rättigheter att staten kan ådra sig skadeståndsansvar enligt gemenskapsrätten vid bristande införlivande och tillämpning av direktiven?

2) Kan producenter och marknadsförare av griskött – oberoende av svaret på den första frågan – när nämnda direktiv har införlivats och tillämpats i strid med gemenskapsrätten åberopa att artikel 30 i EG-fördraget (nu artikel 28 EG) har åsidosatts som grund för skadeståndsansvar för staten enligt gemenskapsrätten?

3) Kräver gemenskapsrätten att preskriptionstiden för statens gemenskapsrätts-

liga skadeståndsansvar avbryts när ett fördragsbrottsförfarande enligt artikel 226 EG har inletts eller i varje fall förlängs till dess att nämnda förfarande har avslutats, när ett effektivt nationellt rättsmedel för att tvinga medlemsstaten att införliva ett direktiv saknas?

4) Börjar preskriptionstiden för statens gemenskapsrättsliga skadeståndsansvar, som har uppkommit på grund av att ett direktiv inte har införlivats i tillräcklig omfattning och av att det till följd därav föreligger ett (faktiskt) importförbud, oberoende av tillämplig nationell rätt, att löpa först när direktivet har införlivats fullt ut, eller kan preskriptionstiden i enlighet med den nationella rätten börja löpa redan när skadan uppstår och ytterligare skador kan förutses? Om preskriptionstidens början är beroende av när direktivet har införlivats fullt ut, gäller detta i så fall i allmänhet eller endast när direktivet skapar rättigheter för enskilda?

5) Är nationell lagstiftning enligt vilken skadeståndsansvaret bortfaller om den skadelidande avsiktligt eller av vårdslöshet har underlåtit att begränsa skadans omfattning genom att vidta rättsliga åtgärder allmänt betänklig med hänsyn till att medlemsstaterna med avseende på statens gemenskapsrättsliga skadeståndsansvar inte får fastställa villkor som är mindre förmånliga än de villkor som avser liknande nationella ersättningsanspråk eller utforma villkoren på ett sådant sätt att det i praktiken blir omöjligt eller orimligt svårt att få skadestånd? Ger detta ”företräde för rättsskydd enligt primärrätten” upphov till betänkligheter även när företrädet endast gäller under förutsättning att det skäligen kan krävas att den berörda personen vidtar rättsliga åtgärder? Kan enligt gemenskapsrätten ett sådant krav skäligen inte ställas när det kan förutses att den nationella domstolen inte kan besvara de uppkomna frågor som berör gemenskapsrätten utan att begära ett förhandsavgörande av Europeiska gemenskapernas domstol eller när ett fördragsbrottsförfarande enligt artikel 226 EG redan är anhängiggjort?

IV — Förfarandet vid domstolen

19. Beslutet om hänskjutande inkom till domstolens kansli den 6 november 2006.

20. Klaganden i målet vid den nationella domstolen, den tyska, den grekiska, den polska, den franska, den tjeckiska och den

italienska regeringen samt kommissionen har inkommit med skriftliga yttranden inom den frist som föreskrivs i artikel 23 i domstolens stadga.

21. Vid förhandlingen den 21 maj 2008 deltog ombuden för klaganden i målet vid den nationella domstolen samt ombuden för den tyska, den grekiska, den polska, den franska, den italienska regeringen och Förenade kungarikets regering samt kommissionen i syfte att framföra sina yttranden.

23. Parterna har som skäl för detta påstående huvudsakligen anfört att det av skälen i direktiv 64/433 och direktiv 89/662 nämligen framgår att dessa direktiv syftar till att undanröja veterinära hinder som påverkar den gemensamma marknaden, nämligen å ena sidan genom att harmonisera de grundläggande kraven som rör hälsoskyddet för människor och djur och å andra sidan genom att avskaffa kontroller vid de inre gränserna. Syftet med artikel 5.1 o och artikel 6.1 b i direktiv 64/433 är att skydda konsumenternas hälsa och att harmonisera motsvarande kontroller. Enligt artiklarna 5.1, 7 och 8 i direktiv 89/662 ska medlemsstaterna inom ramen för hälsokontroller förklara att produkter som har kontrollerats i medlemsstater från vilka varorna avsänds är tjänliga som livsmedel och för det fall att de gör en annorlunda bedömning tillämpa det förfarande som föreskrivs i direktivet.

V — Parternas huvudsakliga argument

A — *Den första frågan*

22. Den *tyska regeringen* anser liksom den *grekiska*, *polska*, *franska* och den *italienska regeringen* att det varken av artikel 5.1 o jämförd med artikel 6.1 b i direktiv 64/433 eller bestämmelserna i artiklarna 5, 7 och 8 i direktiv 89/662 framgår att producenter och marknadsförare av griskött har individuella rättigheter, vilket innebär att den första av de tre förutsättningarna för medlemsstaternas ansvar för det bristfälliga införlivandet av de ifrågavarande direktiven inte är uppfylld.

24. Den *tyska regeringen* har påpekat att det till skillnad från vad som var fallet i fråga om de riktlinjer som bedömdes i målen Frankovich och Dillenkofer inte någonstans i de i förevarande mål relevanta direktiven 89/662 och 64/433 anges någon personkrets för vilken särskilda rättigheter ska medges. Enbart den omständigheten att en viss persongrupp har en nära anknytning till föremålet för bestämmelserna innebär inte att den kan förmodas ha subjektiva rättigheter.

25. *Klaganden* i målet vid den nationella domstolen, *kommissionen* och den *tjeckiska regeringen* anser att producenterna och marknadsförarna av griskött har en individuell rätt till skydd mot kontroller som går längre än vad som föreskrivs i direktiven. Klaganden har i detta sammanhang påpekat att medlemsstaterna inte får uppställa krav för saluföringen som går längre än vad som föreskrivs i artikel 6 i direktiv 64/433. Enligt artikel 8 i direktiv 89/662 får de nationella myndigheterna inte tillämpa artikel 7 i samma direktiv utan att ha inlett ett tvistlösningsförfarande. Detta innebär att en enskild beviljas en rättighet att undgå åtgärder från destinationslandet enligt artikel 7. Klaganden anser att artikel 5.1 o i direktiv 91/497 ska säkerställa att frågan om huruvida varor är tjänliga som livsmedel i princip avgörs i ursprungslandet. Syftet med denna bestämmelse är följaktligen att skydda enskilda mot nationella förfaranden som går längre än de som föreskrivs i direktivet.

26. I sin skrivelse har *kommissionen* hänvisat till domstolens dom av den 3 februari 1998 i mål C-102/96, kommissionen mot Tyskland [4], i vilken domstolen fastställde den överträdelse av direktiven 64/433 och 89/662 som är i fråga i detta mål. Enligt kommissionen är syftet med de relevanta bestämmelserna i direktiven att genom att förlägga kontrollerna till den avsändande staten införa ett harmoniserat system för hälsoskyddskontroller som grundas på att de hälsoskyddsgarantier som krävs i de olika medlemsstaterna är likvärdiga. Sagda direktiv tillhör de åtgärder som syftar till att successivt upprätta den inre marknaden. Kommissionen har i detta avseende anfört att domstolen redan i domen i målet Dillenkofer fastslog att omständigheten att ett direktiv även syftar till att upprätta en inre marknad inte utesluter att dess bestämmelser även syftar till att skydda enskilda rättigheter.

B — *Den andra frågan*

27. *Klaganden* i målet vid den nationella domstolen, *kommissionen* och den *grekiska regeringen* anser att producenter och marknadsförare av griskött – oberoende av frågan om de har individuella rättigheter enligt direktivbestämmelserna – kan åberopa ett åsidosättande av artikel 28 EG som grund för skadeståndsansvar för staten när direktiven 64/443 och 89/662 har införlivats och tillämpats i strid med gemenskapsrätten. En harmonisering medför visserligen att medlemsstaterna förlorar rätten att göra gällande rättfärdigandegrunder i enlighet med artikel 30 EG, den utesluter emellertid inte att artikel 28 EG kan tillämpas. Denna bestämmelse kan visserligen konkretiseras genom sekundärrätten, men inte uteslutas. I ett fall som det förevarande överensstämmer det skyddssyfte som ska tillgodoses genom artikel 28 EG med det skyddssyfte som ska tillgodoses genom de här aktuella bestämmelserna i direktiven 64/433 och 89/662. Åsidosättandet av de sekundärrättsliga bestämmelserna utgör följaktligen även ett åsidosättande av den primärrättsliga bestämmelsen.

28. Den *tyska regeringen* anser liksom de *tjeckiska*, *franska*, *polska* och *italienska regeringarna* däremot att enskilda, för det fall att de tillämpliga direktivbestämmelserna inte ger dem individuella rättigheter, inte heller kan åberopa att artikel 28 EG har åsidosatts som grund för en medlemsstats skadeståndsansvar

4 — Dom av den 3 februari 1998 i mål C-102/96, kommissionen mot Tyskland (REG 1998, s. I-6871).

ansvar. Det framgår av domstolens dom, i vilken det fastslogs att de berörda direktiven hade åsidosatts, att sådana åtgärder som är avsedda att upptäcka och bedöma galtars könslukt har harmoniserats genom direktivens bestämmelser. Medlemsstatens åtgärd ska följaktligen inte bedömas mot bakgrund av primärrätten utan i ljuset av de tillämpliga sekundärrättsliga bestämmelserna.

29. Den *tyska regeringen* har framhållit att eftersom lagenligheten av medlemsstatens aktuella åtgärd endast kan bedömas mot bakgrund av sekundärrätten måste samma sak även gälla för prövningen av frågan om åtgärden påverkar individuella rättigheter. Den har i detta avseende anfört att det måste finnas en nödvändig parallellism mellan kriterierna för bedömningen av lagenligheten av den nationella åtgärden och kriterierna för att staten ska anses ha ett skadeståndsansvar enligt gemenskapsrätten. Mot den bakgrunden bör den rättsregel som har åsidosatts och den rättsregel som ger subjektiva rättigheter vara identiska.

30. Den *tyska* och den *polska regeringen* har gjort gällande att de kriterier som är tillämpliga vid prövningen av om sekundärrätten har åsidosatts och vid prövningen av om gemenskapens primärrätt har åsidosatts därutöver är helt olika. Medan underlåtenheten att införliva ett direktiv utgör ett åsidosättande av direktivet ska det prövas om samma beteende hos medlemsstaten, om det antas att det inte har skett någon sekundärrättslig harmonisering, är förenligt med artikel 28 EG och om beteendet eventuellt omfattas av en i primärrätten förankrad rättfärdigandegrund. Dessutom föreligger inga gränsöverskridande omständigheter i förevarande fall och det omfattas därför inte av tillämpningsområdet för artikel 28 EG, eftersom danska svinuppfödare och slakthusföretag inte exporterar sina varor själva. En eventuell förlust utgör enbart en reflexverkan.

C — *Den tredje frågan*

31. *Samtliga regeringar* som har yttrat sig, liksom *kommissionen*, anser att gemenskapsrätten inte innehåller ett krav på att preskriptionstiden för rättigheter som följer av statens gemenskapsrättsliga skadeståndsansvar ska avbrytas när kommissionen har väckt talan om fördragsbrott eller förlängs så länge nämnda förfarande pågår.

32. De nämnda parterna har till stöd för denna slutsats åberopat principen om medlemsstaternas processuella autonomi. Denna princip gör det möjligt för varje medlemsstat att fastställa preskriptionsfristerna och själv bestämma när de ska avbrytas eller förlängas under förutsättning att dessa bestämmelser ur rättighetsinnehavarens perspektiv inte är mindre förmånliga än de som avser nationellt statligt skadeståndsansvar och det i praktiken inte blir omöjligt eller orimligt svårt att göra gällande en rättighet

som följer av gemenskapsrättsliga bestämmelser. Detta framgår dessutom även av domen av den 10 juli 1997 i mål C-261/95, Palmisani (REG 1997, s. I-4025), punkt 40, beträffande preklusionsfrister för rättigheter som följer av statens gemenskapsrättsliga skadeståndsansvar. Presumtionen att preskriptionsfristen varken avbryts eller förlängs när ett fördragsbrottsförfarande har inletts är även förenlig med effektivitetsprincipen. Kommissionen anser att det enligt gemenskapsrätten endast föreligger krav på att preskriptionstiden ska avbrytas eller förlängas när den berörde själv vidtagit rättsliga åtgärder för att efterkomma sin skyldighet att begränsa skadan.

33. Den *tyska* och den *polska regeringen* har dessutom anfört att det i rättspraxis avseende artikel 288.2 EG beträffande gemenskapens ansvar har uppställts mycket restriktiva villkor i detta avseende. Förstainstansrätten har till exempel fastställt att preskriptionen måste avbrytas av rättighetsinnehavaren själv (förstainstansrättens dom av den 16 april 1997 i mål T-20/94, Hartmann mot rådet och kommissionen, REG 1997, s. II-595, punkt 117 och följande punkt). Ett fördragsbrottsförfarande är dessutom en rättslig kontrollåtgärd som sker i det allmännas intresse och som inte i första hand syftar till att skydda individuella rättigheter. Frågan om huruvida ett fördragsbrottsförfarande ska inledas är följaktligen uteslutande underordnad kommissionens skönsmässiga bedömning och en berörd person kan inte framtvinga en sådan talan. Den grekiska regeringen har dessutom påpekat att det inte föreskrivs någon frist för att väcka talan om fördragsbrott.

34. *Samtliga regeringar* som har yttrat sig i förevarande fall samt *kommissionen* är alla av den uppfattningen att den omständigheten att det saknas ett effektivt nationellt rättsmedel för att tvinga medlemsstaten att införliva ett direktiv saknar betydelse för det sätt på vilket rätten att rikta skadeståndskrav mot staten utövas och i synnerhet för preskriptionstiden för detta.

35. *Klaganden* i målet vid den nationella domstolen har innan den tagit ställning till den tredje frågan inledningsvis uttalat sig i frågan om huruvida gemenskapsrätten utgör hinder mot att analogt tillämpa 852 § BGB i dess tidigare lydelse. Den hänskjutande domstolen anser att detta är möjligt. I 852 § BGB i dess tidigare lydelse föreskrivs till skillnad från andra bestämmelser, i vilka längre preskriptionstider anges, en preskriptionstid på tre år. I den tyska rättsordningen är det inte klart vilken nationell preskriptionsbestämmelse som ska tillämpas på statligt skadeståndsansvar enligt gemenskapsrätten. Det finns i detta avseende varken någon lagbestämmelse eller någon rättspraxis från högsta domstolen. I doktrinen råder också oenighet. Det skulle utgöra ett åsidosättande av principerna om rättssäkerhet och effektivitet att för första gången analogt tillämpa 852 § BGB i dess tidigare lydelse, som egentligen avser en offentliganställd tjänstemans personliga skadeståndsansvar. För att en preskriptionstid ska fylla funktionen att garantera rättssäkerheten, måste den fastställas i förväg (dom av den 11 juli 2002 i mål C-62/00, Marks & Spencer, REG 2002, s. I-6325, punkt 39). Dessutom har även likvärdighetsprincipen åsidosatts, eftersom den rättssökande som gör gällande rättigheter som följer av statligt skadeståndsansvar enligt den nationella lagstiftningen är medveten om vilken preskriptionsbestämmelse som är

tillämplig på dennes anspråk, medan den som med stöd av gemenskapsrätten väcker talan mot den tyska staten endast kan spekulera om vilken preskriptionsbestämmelse som kommer att tillämpas analogt.

36. *Klaganden* har vidare gjort gällande att en analog tillämpning av 852 § BGB i dess tidigare lydelse även står i strid med gemenskapsrätten av det skälet att klaganden i målet vid den nationella domstolen, i motsats till vad den hänskjutande domstolen har angett, före år 1997 inte kunde ha någon kännedom om vem som kunde hållas ansvarig. Innan domen av den 1 juni 1999 i mål C-302/97, Konle (REG 1999, s. I-3099), meddelades kunde klaganden inte ha någon kännedom om talan skulle väckas mot medlemsstaten eller de delstater vars myndigheter likaså hade åsidosatt gemenskapsrätten genom åtgärder vid tillämpningen av lagstiftningen.

37. *Kommissionen* har utgått från att den hänskjutande domstolen före den tredje och den fjärde tolkningsfrågan implicit har ställt frågan om huruvida gemenskapsrätten utgör hinder mot en analog tillämpning av preskriptionsbestämmelsen i 852 § BGB i dess tidigare lydelse som gäller för det nationella ansvaret för skada som uppkommit vid utövning av offentlig myndighet. Enligt kommissionen ankommer det på de nationella domstolarna, särskilt mot bakgrund av effektivitetsprincipen, att pröva om de som berörs av ett åsidosättande av gemenskapsrätten har tillräcklig kännedom om de rättigheter som följer av statens gemenskapsrättsliga skadeståndsansvar och om de kan göra dessa gällande. Den hänskjutande domstolen kan endast genom en omfattande prövning av den nationella lagstiftningen och de särskilda faktiska omständigheterna i målet vid den nationella domstolen fastställa om klaganden genom en analog tillämpning av 852 § BGB i dess tidigare lydelse hindras från att få tillräcklig kännedom om sina rättigheter och göra dessa gällande vid den nationella domstolen.

38. Vad gäller den tredje frågan har *klaganden* i målet vid den nationella domstolen påpekat att fördragsbrottsförfarandet enligt artikel 226 EG utgör ett rättsmedel i den mening som avses i tysk lagstiftning, varvid det ska utgås från en mycket vid tolkning av begreppet rättsmedel. Enligt klaganden medför jämförbara rättsmedel i den nationella lagstiftningen, som emellertid inte kunde ha tillämpats på grund av de särskilda egenskaperna hos det skadliga beteendet, också att preskriptionstiden avbryts. Klaganden anser under dessa omständigheter att det av likvärdighetsprincipen följer att fördragsbrottsförfarandet och klagandens klagomål till kommissionen ska tillerkännas samma verkan som ett tyskt rättsmedel i en jämförbar situation.

D — *Den fjärde frågan*

39. I samtliga yttranden som inkommit, med undantag för det yttrande som klaganden i målet vid den nationella domstolen avgett, anges i huvudsak enhälligt att det enligt gemenskapsrätten inte är ett krav på att den preskriptionstid som föreskrivs i den nationella lagstiftningen börjar löpa först när

direktivet i fråga har införlivats fullt ut. Preskriptionstiden kan följaktligen också börja löpa redan när skadan uppstår och ytterligare skador kan förutses, även om detta sker innan direktivet har införlivats fullt ut.

40. I ovannämnda yttranden betonas i detta sammanhang att det i princip ankommer på den nationella lagstiftaren att fastställa när preskriptionstiden för statens gemenskapsrättsliga skadestånd börjar löpa, varvid likvärdighetsprincipen och effektivitetsprincipen måste iakttas. Vad gäller effektivitetsprincipen har det framför allt anförts att det, såsom domstolen fastställde i samband med en talan om återkrav av felaktigt utbetalda avgifter, att det inte står i strid med effektivitetsprincipen när medlemsstaterna föreskriver en preskriptionstid som löpte ut innan ett tillstånd som är förenligt med gemenskapsrätten åstadkoms (dom av den 17 november 1998 i mål C-228/96, Aprile, REG 1997, s. I-7141, punkt 45). Någon annan slutsats följer inte heller av domen av den 25 juli 1991 i mål C-208/90, Emmott (REG 1991, s. I-4269; svensk specialutgåva, volym 11, s. I-393), punkt 23, i vilken domstolen fastslog att den medlemsstat som försummat att i tid införliva ett direktiv inte innan detta har blivit korrekt införlivat kan åberopa att en talan väckts för sent. Detta beslut meddelades, såsom senare klargjordes i domen i målet Aprile, endast mot bakgrund av de särskilda omständigheterna i det enskilda fallet.

41. Under förhandlingen uppgav *Förenade kungariket* huvudsakligen att preskriptionstiden för det gemenskapsrättsliga skadeståndsansvaret ska fastställas enligt nationell rätt, varvid en preskriptionstid på tre år som föreskrivs i tysk lagstiftning inte står i strid med likvärdighetsprincipen och effektivitetsprincipen. Den omständigheten att en nationell preskriptionsbestämmelse är analogt tillämplig på det gemenskapsrättsliga skadeståndsansvaret utgör inte heller hinder mot effektiviteten. Det är dessutom inte ett krav enligt gemenskapsrätten att den preskriptionstid som föreskrivs i nationell lagstiftning först börjar löpa när det ifrågavarande direktivet har införlivats fullt ut.

42. *Klaganden* i målet vid den nationella domstolen har inledningsvis utgått från att de tyska myndigheternas skadliga beteende, i motsats till vad den hänskjutande domstolen har anfört, endast kan klassificeras som en fortlöpande handling, vilket innebär att preskriptionstiden kan börja löpa först när handlingen har upphört eller när skadevållande handlingar har underlåtits. Detta kan nämligen härledas ur domen av den 13 juli 2006 i de förenade målen C-295/04–298/04 (REG 2006, s. I-6619), punkt 77 och följande punkt. Domstolen fastslog att en nationell bestämmelse enligt vilken preskriptionsfristen för att väcka talan om skadestånd börjar löpa den dag då överenskommelsen respektive det samordnade förfarandet etablerades kan medföra att det i praktiken blir omöjligt eller orimligt svårt att utöva rätten att begära ersättning. Under sådana omständigheter är det möjligt att preskriptionsfristen löper ut redan innan överträdelsen har upphört. Var och en som har lidit skada saknar då helt möjlighet att väcka talan.

43. *Klaganden* har vidare den uppfattningen att de principer som utvecklades i domen i målet Emmott undantagsvis även kan tillämpas i förevarande fall, eftersom det även i förevarande mål föreligger särskilda omständigheter. Dessa består i den rättsosäkerhet som följer av det komplicerade sambandet mellan de tillämpliga direktivbestämmelserna. Ett ytterligare särdrag följer av att de tyska myndigheterna inte inledde förfarandet för tvistlösning i enlighet med artikel 8 i direktiv 89/662 vilket också ledde till rättsosäkerhet. De berörda aktörerna på marknaden hade därför praktiskt taget ingen möjlighet att gentemot de tyska myndigheterna direkt åberopa de rättigheter som följer av direktiven.

44. *Klaganden* i målet vid den nationella domstolen har slutligen för det fall att det skadebringande beteende som är föremål för bedömning inte skulle anses som en fortlöpande handling i andra hand gjort gällande att 852 § BGB i dess tidigare lydelse åtminstone måste tolkas i överensstämmelse med gemenskapsrätten, på så sätt att skadestånd endast kan förvägras för den period som går längre tillbaka i tiden än tre år innan talan om statens skadeståndsansvar väcktes.

E — *Den femte frågan*

45. Den *italienska regeringen* anser att det med beaktande av dess yttrande vad gäller den tredje och den fjärde frågan inte är nödvändigt att pröva den femte frågan.

46. Alla *andra regeringar* som har yttrat sig i målet anser i huvudsak att gemenskapsrätten inte utgör hinder mot att tillämpa en nationell bestämmelse som 839 § stycke 3 BGB, enligt vilken skadeståndsansvaret bortfaller om den skadelidande avsiktligt eller av vårdslöshet har underlåtit att begränsa skadans omfattning genom att vidta rättsliga åtgärder. De har åberopat domen i målet Brasserie du Pêcheur av vilken det framgår att den nationella domstolen alltid kan pröva om den skadelidande visar en rimlig aktsamhet för att begränsa skadans omfattning och särskilt om denne har använt sig av alla de rättsmedel som står till hans förfogande.

47. Det har dessutom anförts att en tillämpning av 839 § stycke 3 BGB inte utgör ett åsidosättande av effektivitetsprincipen såvida denna bestämmelse, såsom den *tjeckiska regeringen* har påpekat, inte tolkas på så sätt att det krävs att den skadelidande har använt sig av alla de rättsmedel som står till hans förfogande oberoende av om det med avseende på omständigheterna i fallet är meningsfullt eller inte att använda dem. Det ankommer på de nationella domstolarna att bedöma om det skäligen kan krävas att den skadelidande åberopar rättigheterna i det inte korrekt införlivade direktivet.

48. Den *tyska regeringen* har framhållit att företrädet för rättsskydd enligt primärrätten inte utgör något hinder för effektivitetsprincipen enligt gemenskapsrätten, eftersom statens gemenskapsrättsliga skadeståndsansvar inte bortfaller allmänt, utan endast i de fall där den som har gjort gällande sina rättigheter i strid med sin skyldighet att begränsa skadan har underlåtit att vidta rättsliga åtgärder enligt primärrätten. Den tyska regeringen anser att det inte är oskäligt att kräva att primärrättsliga skyddsåtgärder vidtas vare sig när den nationella domstolen kan förväntas hänskjuta en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 234 EG eller när ett fördragsbrottsförfarande inletts enligt artikel 226 EG.

49. Den *tjeckiska*, den *polska* och den *franska regeringen* anser att den omständigheten att den nationella domstolen inte kan besvara de aktuella gemenskapsrättsliga frågor som berör gemenskapsrätten utan att begära ett förhandsavgörande av domstolen enligt artikel 234 EG eller att ett fördragsbrottsförfarande enligt artikel 226 EG redan är anhängiggjort inte har någon betydelse för om det skäligen kan krävas att det primärrättsliga rättsskyddet ska tas i anspråk.

50. *Kommissionen* anser att gemenskapsrätten utgör hinder mot att tillämpa en nationell bestämmelse som 839 § stycke 3 BGB, eftersom statens gemenskapsrättsliga skadeståndsansvar underkastas ett ytterligare negativt villkor för ansvar. Den nationella domstolen kan, när den ska fastställa den ersättningsgilla skadan, på grund av gemenskapsrätten emellertid alltid undersöka om den skadelidande personen har visat rimlig aktsamhet för att undvika skadan eller för att begränsa dess omfattning.

51. *Klaganden* i målet vid den nationella domstolen har inledningsvis påpekat att 839 § stycke 3 BGB avser offentliganställda tjänstemäns skadeståndsansvar och inte statens skadeståndsansvar i den mån som den ansvarar för tjänstemännens beteende. Eftersom den enskilde i detta sammanhang inte kan åberopa parallella förfaranden i vilka övriga berörda personer deltar skulle en tillämpning av denna bestämmelse konkret medföra att vart och ett av de över 15 000 berörda danska företagen var tvungna att parallellt i alla delstater vidta rättliga åtgärder mot de myndigheter som agerat i strid med sina skyldigheter, vilket vid mer än 50 olika agerande myndigheter skulle innebära mer än 750 000 rättsmedel. Ett sådant villkor för att kunna göra gällande statens gemenskapsrättsliga skadeståndsansvar skulle leda till en försvagning av gemenskapsrättens verkan. Klaganden har sammanfattningsvis vidhållit att den medger att det finns en skyldighet att begränsa skadan. Denna skyldighet ska emellertid gå så långt att den skadelidande måste använda samliga möjliga rättsmedel för att inte förlora sitt gemenskapsrättsliga anspråk.

VI — Rättslig bedömning

A — *Inledande synpunkter*

52. Statens gemenskapsrättsliga skadeståndsansvar skapades och utformades närmare i domstolens rättspraxis. I den vägledande domen av den 19 november 1991 i målet Francovich m.fl. [5] fastställde domstolen att en medlemsstat enligt en gemenskapsrättslig princip är skyldig att ersätta skada som har vållats enskilda till följd av överträdelser av gemenskapsrätten som kan tillskrivas staten. Därav drog domstolen slutsatsen att en medlemsstat även måste ansvara för sådan skada som har vållats enskilda till följd av underlåtenheten att införliva ett direktiv med den nationella rätten inom den föreskrivna fristen. [6]

53. Räckvidden av denna dom framgår först tydligt när man betraktar utvecklingen av statens gemenskapsrättsliga skadeståndsansvar inom ramen för domarnas fortbildning – utgående från principerna om gemenskapsrättens ändamålsenliga verkan –, medlemsstaternas skyldighet till lojalt samarbete enligt artikel 10 EG samt särskilt gemenskapens utomobligatoriska ansvar. [7] Till skillnad från gemenskapens utomobligatoriska ansvar som har sin rättsliga grund i artikel 288 andra stycket EG [8] finns det ännu inte någon uttrycklig bestämmelse om medlemsstaternas ansvar i gemenskapsrätten. Det är i dagens läge emellertid ostridigt att statens gemenskapsrättsliga skadeståndsansvar utgör en väsentlig del av fördragets system och grundar en rätt till skadestånd som direkt grundar sig på gemenskapsrätten. [9]

5 — Dom av den 19 november 1991 i de förenade målen C-6/90 och C-9/90, Francovich m.fl. (REG 1991, s. I-5357; svensk specialutgåva, volym 11, s. I-435), punkt 37. Domstolen har emellertid redan i tidigare domar fastställt att det i princip åligger medlemsstaterna att bära konsekvenserna av skada som har uppstått för den enskilde i strid med gemenskapsrätten gentemot den förfördelade inom ramen för nationella rättsregler om statens ansvar (se dom av den 22 januari 1976 i mål 60/75, Russo, REG 1976, s. 45; svensk specialutgåva, volym 3, s. 1, punkterna 7–9). Wathelet, M./Van Raepenbusch, S., "La responsabilité des État 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, anser att uppkomsten av principen om statens gemenskapsrättsliga skadeståndsansvar redan kunde förutses långt före domen i målet Francovich m.fl.. De har inledningsvis hänvisat till domen av den 15 juli 1964 i mål 6/64, Costa mot E.N.E.L. (REG 1964, s. 1141; svensk specialutgåva, volym 1, s. 211), i vilken domstolen erkände gemenskapsrättens företräde i förhållande till den nationella lagstiftningen, samt i samband med en medlemsstats skadeståndsskyldighet vid överträdelser av gemenskapsrätten till domen av den 16 december 1960 i mål 6/60, Humblet (REG 1960, s. 1125; svensk specialutgåva, volym 1, s. 47), i vilken domstolen erkände medlemsstaternas skyldighet att inom ramen för EKSG-fördraget upphäva verkningarna av rättsstridiga åtgärder.

6 — Domen i målet Francovich m.fl. (ovan fotnot 5), punkt 46.

7 — Principen om statens gemenskapsrättsliga skadeståndsansvar har sin legitima grund i olika källor. Domstolen har i första hand åberopat principen om gemenskapsrättens ändamålsenliga verkan ("effet utile") och behovet av ett effektivt skydd av de rättigheter som gemenskapsrätten tillerkänner medlemsstaternas medborgare eller som de vill tillerkänna till deras fördel. Den har dessutom hänvisat till medlemsstaternas skyldigheter som följer av artikel 10 EG, att undanröja följderna av ett beteende som strider mot gemenskapsrätten, och har på senare tid dessutom hänvisat till en allmän princip som är inneboende i medlemsstaternas rättsordningar och enligt vilken en myndighets rättsstridiga uppträdande medför en skyldighet att ersätta den skada som har uppstått därigenom (se i detta avseende Gellermann, M., *EUV/EGV* (utgiven av Rudolf Streinz), München 2003, volym 57, artikel 288, punkt 38, Wegener, B./Ruffert, M., *Kommentar zu EUV/EGV* (utgiven av Calliess/Ruffert), tredje upplagan, 2007, artikel 288, punkt 36, Hidien, J., *Die gemeinschaftsrechtliche Staatshaftung der EU-Mitgliedstaaten*, Baden-Baden 1999, sidan 12 och följande sida). Lenaerts, K./Arts, D./Maselis, I., *Procedural Law of the European Union*, andra upplagan, London 2006, punkt 3-041, s. 109, anser att domstolens rättspraxis avseende gemenskapens utomobligatoriska ansvar utgör en viktig grund för utformningen av statens gemenskapsrättsliga skadeståndsansvar.

8 — Se avseende gemenskapens utomobligatoriska ansvar enligt artikel 288.2 EG mitt förslag till avgörande av den 28 mars 2007 i mål C-331/05 P, Internationaler Hilfsfonds mot kommissionen (REG 2007, s. I-5475), punkt 72 och följande punkter.

9 — Se domen i målet Francovich m.fl. (ovan fotnot 5), punkt 35, dom av den 5 mars 1996 i de förenade målen C-46/93 och C-48/93, Brasserie du Pêcheur och Factortame (REG 1996, s. I-1029), punkt 31, av den 26 mars 1996 i mål C-392/93, British Telecommunications (REG 1996, s. I-1631), punkt 38, av den 23 maj 1996 i mål C-5/94, Hedley Lomas (REG 1996, s. I-2553), punkt 24, av den 8 oktober 1996 i de förenade målen C-178/94, C-179/94, C-188/94–C-190/94, Dillenkofer m.fl. (REG 1996, s. I-4845), punkt 20, av den 2 april 1998 i mål C-127/95, Norbrook Laboratories (REG 1998, s. I-1531), punkt 106, och av den 4 juli 2000 i mål C-424/97, Haim (REG 2000, s. I-5123), punkt 26.

54. Enligt gemenskapsrätten föreligger en rätt till skadestånd då tre förutsättningar är uppfyllda, nämligen att den rättsregel som har överträtts har till syfte att ge enskilda rättigheter, att överträdelsen är tillräckligt klar och, slutligen, att det finns ett direkt orsakssamband mellan åsidosättandet av medlemsstatens skyldighet och den skada som de drabbade personerna har lidit. [10] I målet Dillenkofer m.fl., [11] vilket särskilt rörde situationer där ett direktiv inte har införlivats, formulerade domstolen det första villkoret något annorlunda – det resultat som föreskrivs i direktivet måste innebära att enskilda tillerkänns rättigheter, och rättigheternas innehåll måste kunna bestämmas på grundval av bestämmelserna i direktivet – men betonade samtidigt att de två formuleringarna i sak har samma innebörd. [12]

55. Vad gäller kompetensfördelningen mellan gemenskapsdomstolarna och de nationella domstolarna ska det påpekas att det i princip ankommer på den nationella domstolen att fastställa huruvida förutsättningarna för medlemsstaternas ansvar för överträdelser av gemenskapsrätten är uppfyllda i det konkreta fallet. [13] Frågan om staten har ansvar och omfattningen av dess ansvar för skador som uppkommer till följd av en sådan överträdelse avser själva tolkningen av gemenskapsrätten som sådan omfattas av domstolens behörighet. [14]

B — *Den första frågan*

1. De tolkningsmetoder som ska tillämpas

56. Syftet med Bundesgerichtshofs första fråga är att få klarhet i huruvida bestämmelserna i artiklarna 5.1 o och 6.1 b iii i direktiv 64/433, i dess lydelse enligt direktiv 91/497/EEG, jämförda med artiklarna 5.1, 7 och 8 i direktiv 89/662, innebär att producenter och marknadsförare av griskött ges subjektiva rättigheter i den mening som det avses i den första förutsättningen för ett gemenskapsrättsligt skadeståndsanspråk mot staten.

57. Detta minimikrav i vilket funktionen med det statliga skadeståndsansvaret, som är att skydda enskilda, kommer till uttryck är

10 — Goffin, L., ”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, sidan 537 och följande sidor, Lenaerts, K./Arts, D./Maselis, I., anfört arbete (ovan fotnot 7), punkt 3-042, s. 109, Knez, R., ”Varstvo pravic posameznika, ki jih vsebuje pravo skupnosti”, *Revizor*, nr 4/5, 2003, årgång 14, s. 105, Ossenbühl, F., *Staatshaftungsrecht*, femte upplagan, München 1998, s. 505, och Guichot, E., *La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos según el Derecho Comunitario*, Valencia 2007, sidan 473 och följande sida, utgår från följande tre förutsättningar: 1. Den rättsregel som har överträtts har till syfte att ge enskilda rättigheter. 2. Överträdelsen är tillräckligt klar. 3. Det finns ett direkt orsakssamband mellan åsidosättandet och den skada som uppkommit. Se bland annat de ovan (i fotnot 9) nämnda domarna i målen Brasserie du Pêcheur och Factortame, punkt 51, Hedley Lomas, punkt 25, och Haim, punkt 36, samt dom av den 4 december 2003 i mål C-63/01, Evans (REG 2003, s. I-14447), punkt 83, och av den 25 januari 2007 i mål C-278/05, Robins m.fl. (REG 2007, s. I-1053), punkt 69.

11 — Domen i målet Dillenkofer m.fl. (ovan fotnot 9), punkt 23.

12 — Se även för ett liknande resonemang generaladvokaten Jacobs förslag till avgörande av den 26 september 2000 i mål C-150/99, Lindöpark (REG 2001, s. I-493), punkt 51.

13 — Se de ovan (i fotnot 9) nämnda domarna i målen Brasserie du Pêcheur m.fl., punkt 22, och British Telecommunications, punkt 41, samt domen i målet av den 18 januari 2001 (ovan fotnot 12), punkt 38.

14 — Domen i målet Brasserie du Pêcheur m.fl. (ovan fotnot 9), punkt 25.

uppfyllt när syftet med gemenskapsbestämmelsen i fråga är att ge en personkrets som kan bestämmas med tillräcklig exakthet en rättighet vars innehåll kan fastställas utifrån den åsidosatta bestämmelsen. [15]

58. Enligt artikel 249 tredje stycket EG riktar sig direktiv i första hand till medlemsstaterna, särskilt som de är avsedda att införlivas. Direktiv kan emellertid vara av sådan karaktär att de skyddar tredje man om det uttryckligen anges att medlemsstaterna ska skapa rättigheter för enskilda. [16] Huruvida en gemenskapsrättslig bestämmelse syftar till att ge subjektiva rättigheter ska fastställas genom tolkning, varvid de tolkningsmetoder som fastställts i domstolens rättspraxis ska tillämpas. [17] Avgörande är härvid ordalydelsen, innebörden i och ändamålet med de relevanta bestämmelserna och gemenskapslagstiftarens överväganden såsom de framgår av skälen i respektive gemenskapsbestämmelse. [18]

2. Individuella rättigheter i domstolens rättspraxis

59. Jag vill inledningsvis påpeka att jag inte delar den uppfattning som klaganden i målet vid den nationella domstolen, den tjeckiska regeringen och kommissionen har framfört, nämligen att de omtvistade bestämmelserna kan ge producenter och marknadsförare av griskött individuella rättigheter. Enligt min

15 — Domen i målet Francovich m.fl. (ovan fotnot 5), punkt 46, och domen i målet Dillenkofer m.fl. (ovan fotnot 9), punkt 46. Enligt Berg, W., *EU-Kommentar* (utgiven av Jürgen Schwarze), Baden-Baden 2000, artikel 288, punkterna 79 och 80, s. 2304, räcker det att syftet med den berörda bestämmelsen, till exempel en direktivbestämmelse, är att ge en bestämd personkrets en rättighet. Är det utrett att en rättsregel har till syfte att ge en rättighet, så ska det prövas om rättighetens innehåll kan fastställas i den berörda regeln. Det krävs att ett visst minimiinnehåll, det vill säga en minimirättighet, framgår av bestämmelsen genom tolkning.

16 — Se Hidien, J. anfört arbete (ovan fotnot 7), s. 48, som har påpekat att direktivet per definition enbart riktar sig till medlemsstaterna som har en skyldighet att uppnå de mål som föreskrivs i direktivet eller en ”obligation de résultat”. I domen i målet Francovich m.fl. påstods den omtvistade rätten till betalning enligt garantin för en utestående lönefordran på grund av arbetsgivarens konkurs först skapas genom införlivande och antagande av motsvarande nationella bestämmelser till förmån för arbetstagare. Domstolen fastställde emellertid att enskilda hade rätt till skadestånd.

17 — Se allmänt, avseende de tolkningsmetoder som erkänts i rättspraxis, dom av den 19 mars 1998 i mål C-1/96, Compassion in World Farming (REG 1998, s. I-1251), punkt 49, och av den 12 november 1998 i mål C-102/96, kommissionen mot Tyskland (REG 1998, s. I-6871), punkt 24. Enligt dessa ska inte bara bestämmelsens ordalydelse beaktas vid tolkningen av en gemenskapsrättslig bestämmelse utan även sammanhanget och de mål som eftersträvas genom det regelverk i vilket bestämmelsen ingår.

18 — Ruffert, M., i Calliess/Ruffert, anfört arbete (ovan fotnot 7), artikel 288, punkt 54, s. 2358, anser att domstolens rättspraxis avseende detta villkor är kortfattad. Domstolen har för det första granskat ordalydelsen och innebörden i och ändamålet med direktivbestämmelser för att fastställa deras skyddssyfte och har särskilt beaktat skälen (se de ovan i fotnot 7 nämnda domarna i målen Dillenkofer, punkt 30 och följande punkter, och domen i målet Norbrook Laboratories, punkt 108). Förstainstansrätten har i sin tur hänvisat till en allmän rättsprincip (diskrimineringsförbudet) (se förstainstansrättens dom av den 6 mars 2003 i mål T-57/00, Banan-Kompaniet mot rådet och kommissionen, REG 2003, s. II-607, punkt 64). Författaren anser att de kriterier som ska tillämpas i fråga om individuella rättigheter vid införlivandet av ett direktiv och direktivens direkta effekt kan överföras till den föreliggande frågeställningen. Enligt dessa föreligger en subjektiv rättighet när en gemenskapsrättslig bestämmelse enligt sitt objektiva syfte skyddar enskildas intressen som i sin tur faktiskt måste föreligga och kunna individualiseras.

uppfattning kan denna slutsats dras på grundval av en helhetsbedömning av domstolens hittillsvarande rättspraxis avseende de rättsliga reglerna angående statens skadeståndsansvar och av de omtvistade gemenskapsbestämmelserna. Innan jag undersöker de sistnämnda vill jag emellertid erinra om vissa fall, i vilka domstolen fastställt en individuell rättighet föreligga, och på så sätt förtydliga skillnaden i förhållande till förevarande fall.

60. För det första ska domen i målet Francovich m.fl. [19] nämnas, i vilken domstolen fastställde att bestämmelserna i direktiv 80/987/EEG [20] var tillräckligt precisa såvitt gäller bestämmandet av såväl vilka personer som omfattas av garantin som den rätt för arbetsstagarna att garanteras utbetalning av sina utestående lönefordringar vid arbetsgivarens insolvens, och därav drog slutsatsen att det förelåg en subjektiv rättighet.

61. I domen i målet Dillenkofer m.fl. [21] fastställde domstolen att direktiv 90/314/EEG [22] om paketresor, semesterpaket och andra paketarrangemang medför individuella rättigheter, eftersom ”paketresenärer tillerkänns rättigheter som innebär att de är garanterade återbetalning av erlagda belopp och hemtransport i händelse av arrangörens obestånd eller konkurs”.

62. I domen i målet Norbrook Laboratories [23] fastställde domstolen att de enskilda, genom att det i direktiv 81/851/EEG [24] föreskrivs att en ansökan om försäljningstillstånd för veterinärmedicinska läkemedel endast kan avslås av de skäl som räknas upp i direktivet, ges rätt att erhålla ett tillstånd, om vissa villkor är uppfyllda. Dessa villkor fastställs på ett noggrant och uttömmande sätt i direktiven 81/851 och 81/852. Därav drog domstolen slutsatsen att innehållet i den rättighet som tillerkänns den som ansöker om försäljningstillstånd med tillräcklig noggrannhet således kan bestämmas på grundval av dessa direktiv.

63. I domen i målet Lindöpark [25] fastställde domstolen slutligen att bestämmelserna i artikel 17.1 och 17.2, jämförda med bestämmelserna i artiklarna 2, 6.1 och 13 B b i sjätte direktivet, i vilka det föreskrivs en avdragsrätt, är så klara, precisa och ovillkorliga att en enskild kan åberopa dem gentemot en medlemsstat vid en nationell domstol.

19 — Domen i målet Francovich m.fl. (ovan fotnot 5), punkt 26.

20 — Rådets direktiv 80/987/EEG av den 20 oktober 1980 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagarna vid arbetsgivarens insolvens (EGT L 283, s. 23; svensk specialutgåva, område 5, volym 2, s. 121).

21 — Domen i målet Dillenkofer m.fl. (ovan fotnot 9), punkt 42.

22 — Rådets direktiv 90/314/EEG av den 13 juni 1990 om paketresor, semesterpaket och andra paketarrangemang (EGT L 158, s. 59; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 53).

23 — Domen i målet Norbrook Laboratories (ovan fotnot 9), punkt 108.

24 — Rådets direktiv 81/851/EEG av den 28 september 1981 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om veterinärmedicinska läkemedel (EGT L 317, s. 1; svensk specialutgåva, område 13, volym 11, s. 182).

25 — Domen i målet Lindöpark (ovan fotnot 13), punkt 33.

64. De direktiv som domstolen tolkade i de ovannämnda målen utmärker sig genom att de antingen ger arbetstagare eller konsumenter civilrättsliga rättigheter i form av rätt till skadestånd, eller ger medborgare offentligrättsliga rättigheter gentemot myndigheter till en viss förmån som definieras i direktivet. Därvid kan, såsom domstolen med rätta fastställde, såväl rättighetsinnehavaren som innehållet i rättigheten fastställas tillräckligt klart av ordalydelsen och syftet med den aktuella bestämmelsen. Såsom framgår av en tolkning av de tillämpliga gemenskapsbestämmelserna förhåller det sig inte på det sättet i förevarande fall.

3. Tolkning av de omtvistade direktiven

65. Det ska inledningsvis fastställas att direktiv 64/433, i dess lydelse enligt direktiv 91/497/EEG, syftar till att upprätta den inre marknaden för färskt kött och samtidigt till att garantera hälsoskyddet. Gemenskapslagstiftaren har enligt andra, tredje och fjärde skälen i direktiv 64/433, genom att använda metoden för tillnärmning av lagstiftningen, velat undanröja de handelshinder som följer av att medlemsstaterna har olika hygienkrav rörande kött för att på så sätt underlätta handeln inom gemenskapen.

66. Genom direktiv 64/433 har det följaktligen införts ett harmoniserat system för hälsoskyddskontroller, som grundas på att de hälsoskyddsgarantier som krävs i de olika medlemsstaterna är likvärdiga, och som samtidigt säkerställer hälsoskyddet samt att produkterna behandlas likvärdigt. Systemet syftar till att förlägga hälsoskyddskontrollerna till den avsändande staten. [26] Det sistnämnda uppnås slutligen med hjälp av direktiv 89/662, i vilket regler för veterinära kontroller vid handeln inom gemenskapen fastslås. Enligt femte skälet i direktiv 89/662 gäller i huvudsak att dessa kontroller, som innan direktivet antogs utfördes vid gränserna mellan medlemsstaterna, ska förläggas inom det färska köttets ursprungsland.

67. Oaktat detta föreskrivs i direktiv 89/662 i artikel 5 en möjlighet för mottagande medlemsstater att göra icke-diskriminerande stickprov för att kontrollera att varorna uppfyller rådande hygienkrav. Det rör sig uppenbarligen om en föreskrift som syftar till att skydda folkhälsan inom ramen för det system som inrättas genom själva direktivet. I artikel 7 ges nämligen möjlighet att förhindra saluföring av kött om oegentligheter konstateras i leveransen. För detta fall föreskrivs emellertid att den medlemsstat som har använt sig av denna möjlighet omedelbart

26 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 6 oktober 1983 i de förenade målen 2/82–4/82, Delhaize Frères (REG 1983, s. 2973), punkt 11, av den 15 december 1993 i de förenade målen C-277/91, C-318/91 och C-319/91, Ligur Carni m.fl. (REG 1993, s. I-6621), punkt 25, och domen i målet kommissionen mot Tyskland av den 12 november 1998 (ovan fotnot 17), punkt 26.

ska inleda det särskilda förfarande som har inrättats genom artikel 8, för att avhjälpa vad som anmärkts på i fråga om varornas överensstämmelse med hygienkraven.

68. Medan de ovannämnda direktiven tydligt ställer målet att upprätta den inre marknaden i centrum, [27] sägs nästan ingenting om den roll som producenter och exportörer av kött ska ha vid veterinära kontroller. Till skillnad från vad svaranden har hävdat under förhandlingen är det nämligen inte endast de rättigheter som producenter av kött har som ska undersökas utan i synnerhet även de rättigheter som exportörer av kött har, i synnerhet som klaganden bedriver en del av sin export av kött till Tyskland via sitt tyska dotterbolag Ess Food. [28] Klaganden bildar följaktligen en ekonomisk enhet som tvärtemot vad motparten har hävdat bedriver en gränsöverskridande ekonomisk verksamhet (produktion i Danmark och marknadsföring i Tyskland).

69. I domen i målet kommissionen mot Tyskland [29] fastställde domstolen att ett direktiv skapar rättigheter och skyldigheter för enskilda när det genom precisa och detaljerade bestämmelser ålägger medlemsstaterna att föreskriva ett antal förbud, system för tillståndsprövning och övervakningsförfaranden. Detta krav är följaktligen endast delvis uppfyllt i förevarande fall. I direktiv 89/662 föreskrivs visserligen en rad förfaranden för kontroll och informationsinhämtning mellan medlemsstaternas behöriga myndigheter, men det är utöver den underförstådda skyldigheten att tolerera veterinära kontroller i ursprungslandet och det ickediskriminerande veterinära stickprov för kontroll i destinationslandet enligt artikel 5.1 a i direktiv 89/662 endast få rättigheter som exakt kan fastställas och som en producent eller marknadsförare av kött i förekommande fall kan åberopa vid de behöriga myndigheterna. Det rör sig därvid uteslutande om en rätt att delta i förfarandet, såsom till exempel avsändarens eller dennes ombuds rätt enligt artikel 7.1 b i direktiv 89/662 att välja mellan att förstöra varorna eller att använda dem för något annat ändamål, däribland att sända tillbaka dem. Vidare föreskrivs i artikel 8.2 i direktiv 89/662 skyldigheter för de behöriga myndigheterna i förhållande till avsändaren eller hans ombud i samband med motiveringen av myndighetens beslut och information om eventuella möjligheter att vidta rättsliga åtgärder.

70. Det är således uppenbart att de ovannämnda bestämmelserna i direktiv 89/662 huvudsakligen begränsar sig till att reglera förfaranderättsliga aspekter av myndigheternas kontroll, varvid producenter och marknadsförare av griskött har en passiv roll på så sätt att de måste tolerera de åtgärder som

27 — Se domen i målet kommissionen mot Tyskland av den 12 november 1998 (ovan fotnot 17), punkt 27, avseende ett fördragsbrottsförfarande mot Förbundsrepubliken Tyskland, i vilken domstolen fastställde att ”sagda direktiv (direktiv 64/433 i dess lydelse enligt direktiv 91/497) samt direktiv 89/662 tillhör de åtgärder som syftar till att successivt upprätta den inre marknaden”.

28 — Se punkt 23 i klagandens inlaga.

29 — Dom av den 28 februari 1991 i mål C-131/88, kommissionen mot Tyskland (REG 1991, s. I-825), punkt 7.

vidtas av de behöriga myndigheterna. Direktiven föreskriver följaktligen inte några sådana rättigheter, vars innehåll kan bestämmas med tillräcklig exakthet, som denna grupp av personer skulle kunna grunda ett skadeståndsanspråk mot staten på.

71. Det går inte heller att ur artikel 5.1 o och artikel 6.1 b iii i direktiv 64/433, i dess lydelse enligt direktiv 91/497, att härleda några individuella rättigheter, eftersom dessa bestämmelser endast medför en skyldighet för nationella myndigheter att förklara att kött som avger en uttalad könslukt är otjänligt som livsmedel. Bestämmelserna i direktivet uppställer samtidigt en skyldighet att förse kött från okastrerade galtar med en slaktvikt på över 80 kg med ett speciellt märke och låta det genomgå en värmebehandling. Det huvudsakliga syftet med direktiven är alltså att harmonisera veterinära kontroller och de principer som avser hälsoskyddet. Denna harmonisering ska uppnås genom att medlemsstaterna på ett riktigt sätt uppfyller de skyldigheter som uppställs i direktivet. Direktiven syftar inte till att skydda producenternas rättigheter och endast medlemsstaterna är skyldiga att agera.

72. Jag delar den uppfattning som klaganden i målet vid den nationella domstolen företrätt, enligt vilken denna bestämmelse ska tolkas på så sätt att medlemsstaterna förbjuds att uppställa krav för marknadsföringen som går längre än de som anges i artikel 6. Denna tolkning företräds av generaladvokaten La Pergola i hans förslag till avgörande av den 3 februari 1998 i mål C-102/96, kommissionen mot Tyskland [30], och bekräftades av

30 — I sitt förslag till avgörande av den 3 februari 1998 i mål C-102/96, kommissionen mot Tyskland (REG 1998, s. I-6871), punkt 8, förklarade generaladvokaten La Pergola att de krav som de tyska myndigheterna har infört i fråga om märkning och värmebehandling av griskött otvivelaktigt strider mot artikel 6.1 b iii. Det är enligt regeln nämligen klart och entydigt att det endast är kött från slaktkroppar med en vikt över 80 kg som ska märkas och värmebehandlas, och detta endast försåvitt anläggningen inte med en gemensam metod eller, om det inte finns någon sådan metod, med en metod som godkänts av den behöriga myndigheten i ursprungslandet kan garantera att ”slaktkroppar som avger en uttalad [könslukt]” kan upptäckas. De tyska myndigheterna kräver emellertid märkning och värmebehandling även av slaktkroppar vars vikt understiger gränsvärdet 80 kg. Dessutom uppställs dessa krav oavsett om myndigheten i ursprungslandet använder sig av en metod som är lämpad för att upptäcka kött som avger en uttalad könslukt. I det omtvistade memorandumet sägs rentav uttryckligen att ”endast professor Claus immun-enzymtest erkänns som sådan särskild undersökning som gör det möjligt att påvisa förekomst av androstenon”. Åsidosättandet av artikel 6.1 b iii är följaktligen uppenbart enligt generaladvokatens uppfattning.

domstolen i dom av den 12 november 1998. [31] Detta kan, såsom den polska regeringen med rätta har gjort gällande i sitt skriftliga yttrande, [32] emellertid inte på något sätt innebära att man ur en skyldighet som åläggs en medlemsstat utan vidare kan härleda en subjektiv rättighet för enskilda. En motsatt tolkning skulle innebära att allt ekonomiskt intresse som marknadsaktörer har och som tillgodoses genom att handelshinder inom gemenskapen undanröjs, skulle uppfattas som en individuell rättighet. Endast den omständigheten att en bestämmelse medför fördelar för medborgare ger emellertid inte upphov till en subjektiv rättighet, utan kan på sin höjd förmedla en förmånlig ”rättsreflex”. [33] Enligt doktrinen om offentligrättsligt grundade subjektiva rättigheter föreligger enskilda subjektiva rättigheter när en rättsligt bindande bestämmelse inte endast är avsedd att tjäna allmänintresset utan åtminstone även enskildas intressen. Vid skadeståndsanspråk mot staten bör man därför mot bakgrund av domstolens hittillsvarande rättspraxis fråga sig om den bestämmelse som har åsidosatts medför en subjektiv rättighet för den drabbade personen, det vill säga en rättsligt skyddad position. [34] Mot bakgrund av vad som har anförts ska denna fråga klart besvaras nekande vad gäller de här aktuella direktiven.

4. Resultat

73. Den första frågan ska följaktligen besvaras så, att bestämmelserna i artikel 5.1 o och artikel 6.1 b iii i direktiv 64/433, i dess lydelse enligt direktiv 91/497, jämförda med artikel 5.1, artikel 7 och artikel 8 i direktiv 89/662, inte ger producenter och marknadsförare av griskött någon sådan rättslig ställning genom vilken staten, vid bristande införlivande och tillämpning av direktiven, kan ådra sig skadeståndsansvar enligt gemenskapsrätten.

31 — Se domen i målet kommissionen mot Tyskland av den 12 november 1998 (ovan fotnot 17), punkterna 32 och 33. Se i detta avseende Aubry-Caillaud, F., *La libre circulation des marchandises – nouvelle approche et normalisation européenne*, Paris, 1998, s. 68, som har påpekat att medlemsstaternas myndigheter vid en fullständig harmonisering inte längre kan uppställa andra krav för marknadsföringen av varor från andra medlemsstater än de som fastställts i gemenskapsrätten.

32 — Den polska regeringens yttrande, punkt 14.

33 — Se, för ett liknande resonemang, Maurer, H., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, elfte upplagan, München, 1997, 8 §, punkt 8, s. 152. Se i samband med statens skadeståndsansvar Nettesheim, M., *Die mitgliedstaatliche Durchführung von EG-Richtlinien*, Berlin, 1999, s. 43, enligt vilken det, för att ett direktiv ska presumeras ge en subjektiv rättighet, krävs att ett skyddsvärt individuellt intresse främjas på ett tydligt sätt. Det räcker inte att den lagstiftning genom vilken direktivet införlivas berör unionsmedborgarens intresse. Det räcker inte heller att den handling som grundar sig på direktivbestämmelsen berör enskilda på ett sätt som främjar deras intressen. Författaren skiljer följaktligen mellan rena ”intressen” och ”rättigheter” (som rättsligt skyddsvärda intressen). Enligt Beljin, S., *Staatshaftung im Europarecht*, Köln, 2000, s. 139, förstås det ursprungligen snävare begreppet subjektiva rättigheter i dag som ett övergripande begrepp för rättigheter i snäv mening och för rättsligt skyddade intressen och rättsförhållanden. Han anser att endast ekonomiska, politiska, estetiska eller övriga intressen ska skiljas från rättsliga intressen. Ett intresse skyddas inte i de fall där det föreligger en ren reflexrättighet, det vill säga den rent faktiska, icke avsedda verkan av en rättsregel, en ren ”reflex”.

34 — Domstolen använder i allmänhet begreppet individuell rättighet men menar emellertid uppenbarligen inget annat än en subjektiv rättighet. Alexy, R., *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, 1985, s. 164, uppfattar begreppet subjektiva rättigheter i rättsteoretiskt hänseende som rättsliga positioner och rättsliga relationer. Han har i detta sammanhang hänvisat till Bernhard Windscheids och Rudolf von Jherings rättsteorier. Enligt Windscheid är en subjektiv rättighet en viljemakt eller ett herravälde som en persons vilja utövar över någon annan persons vilja som rättsordningen har tilldelat. Enligt Jhering är subjektiva rättigheter intressen som ska skyddas rättsligt. Diskussionen av dessa teorier har lett till talrika så kallade kombinationsteorier. För det första definieras den subjektiva rätten som en rättslig makt som tilldelas enskilda av en rättsordning som är ett medel för att tillgodose mänskliga intressen. Georg Jellinek har i sin tur definierat den subjektiva rätten som en mänsklig viljemakt som avser ett värde eller intresse som erkänns och skyddas av rättsordningen. Enligt Maurer, H., anfört arbete (ovan fotnot 33), 8 §, punkt 2, s. 149, är offentligrättsligt grundade subjektiva rättigheter ur den enskildes perspektiv ”den rättsliga makt som enskilda tilldelas genom den offentliga rätten, att av staten kunna kräva ett visst handlande för att verka för sina egna intressen”.

C — *Den andra frågan*

74. För det fall att de aktuella direktiven inte tillerkänner denna grupp av personer några rättigheter, har Bundesgerichtshof ställt sin andra fråga för att få klarhet i huruvida denna grupp såsom grund för skadeståndsansvar för staten kan åberopa åsidosättande av den fria rörligheten för varor enligt artikel 28 EG.

1. De grundläggande friheterna som offentligrättsligt grundade subjektiva rättigheter

75. Det har i domstolens rättspraxis fastställts att individuella rättigheter även kan härledas ur de primärrättsliga bestämmelserna om de grundläggande friheterna. De grundläggande friheterna skapar inte endast objektiva rättigheter utan ger även enskilda rätt att mot de ansvariga rättssubjekten åberopa de normativa åtgärder som de innehåller. De kan betecknas som offentligrättsligt grundade subjektiva rättigheter, eftersom denna rättighet ges i förhållande till de offentliga myndigheterna. [35] De kan följaktligen för det fall att de åsidosätts i princip åberopas som grund för statens skadeståndsansvar. Detta gäller obestridligen för de bestämmelser avseende friheten att tillhandahålla varor som är relevanta i förevarande mål. [36]

76. Domstolen ansåg i domen i målet Brasserie du Pêcheur [37] att den första förutsättningen för statens skadeståndsansvar även är uppfylld när artikel 28 EG har åsidosatts, eftersom det, ”även om det i artikel [28] föreskrivs ett förbud för medlemsstaterna, [inte desto mindre] skapas rättigheter för enskilda vilka de nationella domstolarna måste skydda”.

77. Domstolen bekräftade denna ståndpunkt i domen i målet Hedley Lomas [38] och utvidgade denna samtidigt till handel inom gemenskapen med slaktdjur. Detta mål uppkom på grund av en tvist mellan företaget Hedley Lomas Ltd och Ministry of Agriculture, Fisheries and Food (ministeriet för jordbruk, fiske och livsmedelsfrågor) för England och Wales, till följd av att detta ministerium hade

35 — Se, för ett liknande resonemang, Kingreen, T., i Calliess/Ruffert (utgivare), anfört arbete (ovan fotnot 18), artiklarna 28–30, punkt 9, s. 578. Samma som ovan, *Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts*, Berlin, 1999, sidan 23 och följande sidor.

36 — Müller-Graff, P.-C., *Kommentar über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft* (utgiven av von Hans von der Groeben/Jürgen Schwarze), Baden-Baden, 2003, volym 1, artikel 28, punkt 316, s. 1065, har påpekat att en medlemsstat är skyldig att ersätta skada som har uppkommit för enskilda till följd av att den antingen har vidtagit åtgärder i strid med artikel 28 EG eller har underlåtit att vidta åtgärder till skydd för friheten att tillhandahålla varor mot privata ingrepp om de övriga förutsättningarna för ett gemenskapsrättsligt skadeståndsansvar för staten är uppfyllda.

37 — Domen i målet Brasserie du Pêcheur och Factortame (ovan fotnot 9), punkt 54.

38 — Domen i målet Hedley Lomas (ovan fotnot 9), punkterna 27–29, med hänvisning till dom av den 29 november 1978 i mål 83/78, Pigs Marketing Board (REG 1978, s. 2347; svensk specialutgåva, volym 4, s. 243), punkterna 66 och 67, i vilken domstolen fastställde att ”bestämmelserna i artiklarna 30 och 34 i EEG-fördraget och i förordning nr 2759/75 är direkt tillämpliga och ger upphov till rättigheter för enskilda som det åligger medlemsstaternas domstolar att skydda”.

vägrat att utfärda en licens för export av levande får som var avsedda för slakt till Spanien, en licens som hade sökts av Hedley Lomas Ltd. Beslutet motiverades med att slaktboskapen i denna medlemsstats slakterier utsattes för en behandling som stred mot direktiv 74/577/EEG om bedövning av djur före slakt. Domstolen ansåg att vägran att utfärda en exportlicens utgör en mot artikel 28 EG stridande kvantitativ exportrestriktion, som inte är berättigad genom en tillämpning av artikel 30 EG, och påpekade att artikel 28 EG ger upphov till rättigheter för enskilda. Mot den bakgrunden att Förenade kungariket vid tidpunkten för överträdelsen inte stod inför något normativt val och knappt förfogade över ett utrymme för skönsmässig bedömning, fann domstolen att en överträdelse av primärrätten var tillräcklig för att fastställa att det förelåg en klar överträdelse.

78. Det återstår emellertid att pröva huruvida de skadelidande kan åberopa primärrätten när det har antagits ett direktiv för harmonisering på det berörda området och om detta direktiv inte utgör den slutgiltiga referensramen för bedömningen av medlemsstaternas skyldigheter och, i förekommande fall, för bedömningen av om medlemsstaten kan ådra sig skadeståndsansvar. I detta sammanhang ska det hänvisas till domen i målet kommissionen mot Tyskland, [39] i vilken domstolen nämligen slog fast att bestämmelser som avser fastställande av uttalad könslukt hos okastrerade galtar har harmoniserats.

39 — Domen i målet kommissionen mot Tyskland av den 12 november 1998 (ovan fotnot 17), punkterna 29 och 36.

2. Sekundärrättens företräde

79. Den uppfattning som domstolen företräder i sin fasta rättspraxis, att alla nationella bestämmelser inom ett visst område där det har skett en uttömmande harmonisering på gemenskapsnivå genom ett direktiv inom detta område ska bedömas mot bakgrund av direktivets bestämmelser och inte mot bakgrund av bestämmelserna i EG-fördraget, [40] kan tala mot en möjlighet för att direkt åberopa de garantier för de grundläggande friheterna som återfinns i primärrätten. Domstolen har i detta sammanhang även påpekat att direktiv liksom gemenskapens övriga sekundärrätt ska tolkas mot bakgrund av fördragets bestämmelser om den fria rörligheten för varor.

80. Till skillnad från tidigare rättspraxis tenderar domstolen sedan en kort tid tillbaka att inte endast utesluta åberopandet av de primärrättsligt förankrade rättfärdigandegrunderna i artikel 30 EG, utan också

40 — Dom av den 5 oktober 1977 i mål 5/77, Tedeschi (REG 1977, s. 1555), punkt 35, av den 30 november 1983 i mål 227/82, Van Bennekom (REG 1983, s. 3883), punkt 35, av den 12 oktober 1993 i mål C-37/92, Vanacker och Lesage (REG 1993, s. I-4947), punkt 9, av den 5 oktober 1994 i mål C-323/93, Centre d'insémination de la Crespelle (REG 1994, s. I-5077; svensk specialutgåva, volym 16, s. I-207), punkt 31, dom av den 11 juli 1996 i de förenade målen C-427/93, C-429/93 och C-436/93, Bristol-Myers Squibb m.fl. (REG 1996, s. I-3457), punkt 25, av den 13 december 2001 i mål C-324/99, Daimler Chrysler (REG 2001, s. I-9897), punkt 32, och av den 11 december 2003 i mål C-322/01, Deutscher Apothekerverband (REG 2003, s. I-14887), punkt 64.

tillämpandet, även enbart såsom måttstock, av artikel 28 EG. [41] Sekundärrätten konkretiserar primärrätten och är i denna omfattning den enda måttstocken för medlemsstaternas handlande. [42] Av det skälet kan inte en rättfärdigandegrund åberopas. Denna rättspraxis bekräftades senast i domarna i målen Deutscher Apothekerverband [43], Radlberger Getränkegesellschaft [44] och Denkavit [45 46].

81. I de hittills avgjorda målen rörde det sig om att pröva om en nationell bestämmelse var förenlig med gemenskapsrätten eller om en viss medlemsstat hade uppfyllt sina skyldigheter enligt det berörda direktivet. Jag anser emellertid inte att domstolens slutsatser, att direktivet är den enda måttstocken, också kan tillämpas i förevarande fall.

82. I förevarande fall avser de direktiv som svaranden har åsidosatt endast förfarandet vid veterinära kontroller. Om ett direktiv begränsar sig till att i detalj reglera frågor rörande förfarandet, [47] så kan man enligt min uppfattning inte anta att gemenskapslagstiftaren genom dessa direktiv även avsett att utforma unionsmedborgarnas rättigheter och därmed hindra dem från att åberopa deras rätt att fritt omsätta varor enligt artikel 28 EG.

83. Vid den här föreslagna tolkningen finns det inte heller någon risk för att de förutsättningar för statens skadeståndsansvar, som uppställts i rättspraxis, kringgås. Ett åsidosättande av bestämmelserna i ett direktiv som till sin natur är sådant att det gäller förfarandet och därför inte medför några subjektiva rättigheter utlöser nämligen inte i sig ett gemenskapsrättsligt skadeståndsansvar för staten. Det ska i stället noggrant prövas om åsidosättandet av bestämmelserna rörande förfarandet också medför ett åsidosättande av unionsmedborgarens subjektiva rätt att komma in på marknaden enligt artikel 28 EG. Detta ska i förevarande mål prövas av den nationella domstolen. I motsats till vad den tyska regeringen har gjort gällande innebär således inte det förhållandet att en direktivbestämmelse har åsidosatts automatiskt att artikel 28 EG har åsidosatts, vilket innebär att det inte finns någon risk för ett oöverskådligt skadeståndsansvar för medlemsstaterna.

41 — Domen i målet Deutscher Apothekerverband (ovan fotnot 40), punkt 65, dom av den 14 december 2004 i mål C-309/02, Radlberger Getränkegesellschaft (REG 2004, s. I-11763), punkt 53, och av den 13 januari 2005 i mål C-145/02, Denkavit (REG 2005, s. I-51), punkt 22.

42 — Se även Kingreen, T., i Calliess/Ruffert (utgivare), anfört arbete (ovan fotnot 35), artiklarna 28–30, punkt 18, som anser att sekundärrätten är ett medel i vilket den för unionsrättsordningen avgörande formuleringen och kontureringen av garantierna för de grundläggande friheterna sker i konkreta avgränsade rättigheter och skyldigheter.

43 — Domen i målet Deutscher Apothekerverband (ovan fotnot 40), punkt 65.

44 — Domen i målet Radlberger Getränkegesellschaft (ovan fotnot 41), punkt 53.

45 — Domen i målet Denkavit (ovan fotnot 41), punkt 22.

46 — Kingreen, T., anfört arbete (ovan fotnot 35), s. 151, samma som ovan i Calliess/Ruffert (utgivare), anfört arbete (ovan fotnot 18), artiklarna 28–30, punkt 18, har påpekat att domstolen för det mesta behandlar förhållandet mellan de grundläggande friheterna och sekundärrätten som ett problem avseende rättfärdigande av hinder. I avsaknad av behörighet för medlemsstaterna kan rättfärdigandegrunder inte åberopas om och i den mån situationen regleras sekundärrättsligt. Han har emellertid påpekat att domstolen särskilt i nyare rättspraxis även har diskuterat frågan mot bakgrund av tillämpningsområdet.

47 — Se punkt 71 i detta förslag till avgörande.

3. Resultat

84. Den andra frågan ska följaktligen besvaras så, att danska producenter och marknadsförare av griskött, såsom grund för gemenskapsrättsligt skadeståndsansvar för staten, kan åberopa ett åsidosättande av friheten att tillhandahålla varor enligt artikel 28 EG. Det ankommer emellertid på den nationella domstolen att pröva om åsidosättandet av direktivbestämmelser som inte ger några subjektiva rättigheter medför ett åsidosättande av en unionsmedborgares rätt att komma in på marknaden enligt artikel 28 EG.

D — *Inledande fråga till den tredje och den fjärde frågan*

85. Såväl den tredje som den fjärde frågan avser gemenskapsrättens verkan på de nationella preskriptionsbestämmelserna. Av beslutet om hänskjutande [48] framgår emellertid att Bundesgerichtshof inledningsvis har begärt att en inledande fråga besvaras, närmare bestämt frågan om huruvida de gemenskapsrättsliga likvärdighets- och effektivitetsprinciperna utgör hinder mot att tillämpa den treåriga preskriptionsfristen i 852 § stycke 1 BGB i dess tidigare lydelse.

48 — Bundesgerichtshofs begäran om förhandsavgörande av den 12 oktober 2006, s. 20, punkt 24.

1. Den nationella lagstiftarens behörighet

86. Det ska först noteras att gemenskapsrätten, med undantag för artikel 46 i domstolens stadga, inte reglerar frågor avseende preskription av skadeståndsanspråk när det gäller gemenskapens utomobligatoriska skadeståndsansvar.

87. Av domstolens fasta rättspraxis [49] följer i stället att följderna av den vållade skadan ska gottgöras inom ramen för den nationella rätten. I avsaknad av gemenskapsrättsliga föreskrifter ska det nämligen i varje medlemsstats rättsordning anges vilka domstolar som är behöriga och vilka förfaranden för att väcka talan vid domstol som är avsedda att säkerställa ett fullständigt skydd för de rättigheter som enskilda erhåller genom gemenskapsrätten.

88. Av det skälet har domstolen uttryckligen erkänt att medlemsstaterna är behöriga att i lag fastställa preklusionsfrister för väckande av talan i skattemål. [50] Det ligger således nära

49 — Domen i målet Francovich m.fl. (ovan fotnot 5), punkterna 37 och 42.

50 — Dom av den 10 juli 1997 i mål C-261/95, Palmisani (REG 1997, s. I-4025), punkterna 27 och 28, av den 17 juli 1997 i de förenade målen C-114/95 och C-115/95, Texaco och Olieselskabet Danmark (REG 1997, s. I-4263), punkt 46, av den 2 december 1997 i mål C-188/95, Fantask (REG 1997, s. I-6783), punkterna 47–49, och av den 15 september 1998 i mål C-231/96, Edis (REG 1998, s. I-4951), punkterna 33 och 34.

till hands att erkänna att medlemsstaterna även är behöriga att fastställa frister för när statens gemenskapsrättsliga skadeståndsansvar är preskriberat, [51] oavsett om de i den nationella rättsordningen snarare hänför sig till de materiella eller till processuella förutsättningarna för talan eller skadeståndsansvar. [52]

2. Kraven på likvärdighet och effektivitet

89. Dessutom fastslog domstolen att rimliga tidsfrister för talan fastställs av rättssäkerhetshänsyn vilket innebär att preklusions- eller preskriptionsfrister i princip är förenliga med gemenskapsrätten i den mån förutsättningarna för deras tillämpning uppfyller likvärdighetsprincipen och effektivitetsprincipen. [53]

90. Med likvärdighetsprincipen avses att de materiella och formella förutsättningar som fastställs i nationell lagstiftning i fråga om skadestånd inte får vara mindre förmånliga än dem som avser liknande ersättningsanspråk av nationell karaktär. Effektivitetsprincipen ska i sin tur definieras så att de inte får utformas på ett sådant sätt att det blir praktiskt taget omöjligt eller orimligt svårt att få skadestånd. [54]

51 — Se, för ett liknande resonemang, Pestalozza, C., "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, enligt vilken det är den tyska lagstiftningen som gäller för gemenskapsrättsliga anspråk när varken gemenskapsrätten eller artikel 34 i den tyska grundlagen innehåller mer detaljerade bestämmelser. Han har i detta sammanhang hänvisat till de civilrättsliga bestämmelserna avseende medansvar och preskriptionsbestämmelserna. Gellermann, *EUV/EGV* (utgiven av Rudolf Streinz), München, 2003, volym 57, artikel 288, punkt 56, anser att frågan efter vilken tid rätten till ersättning preskriberas ska bedömas mot bakgrund av motsvarande bestämmelser i den nationella lagstiftningen. Han anser att artikel 46 i domstolens stadga inte kan tillämpas, eftersom skadeståndsansvar visserligen krävs enligt gemenskapsrätten, men att dess konkreta utformning emellertid framgår av den nationella rätten. Det ankommer således på medlemsstaterna att närmare fastställa preskriptionstiden, varvid endast kraven på effektivitet och kraven i diskrimineringsförbudet ska uppfyllas. Se, för ett liknande resonemang, även Hidien, J., anfört arbete (ovan fotnot 7), s. 21. Enligt Kischel, U., "Gemeinschaftsrechtliche Staatshaftung zwischen Europarecht und nationaler Rechtsordnung", *Europarecht*, häfte 4, 2005, s. 450, omfattas preskriptionsfrister av medlemsstaternas processuella autonomi, oavsett om dessa frister ska klassificeras som procesuella eller materiella enligt den nationella rättsuppfattningen.

52 — Enligt tysk lagstiftning skiljer sig preklusionsfrister och preskription från varandra genom deras verkningar. Såvitt avser preklusionsfristen upphör rätten vid fristens utgång, preskriptionen ger däremot endast upphov till en rätt att vägra att utge en förmån. Utgången av preklusionsfristen ska beaktas *ex officio* i en tvist, utgången av preskriptionsfristen ska emellertid endast beaktas om utgången av fristen har åberopats. Medan preskriptionstiden endast omfattar anspråk (194 § BGB), beträffar preklusionsfristen även andra rättigheter, framför allt subjektiva rättigheter, genom vilken rättsinnehavaren ensidigt kan skapa, ändra eller avsluta ett rättsförhållande, undantagsvis emellertid även anspråk (se Palandt/Heinrichs, H., *Bürgerliches Gesetzbuch*, 64:e upplagan, München, 2005, sammanfattningen före 194 §, punkt 13).

53 — Se dom av den 16 december 1976 i mål 33/76, Rewe (REG 1976, s. 1989; svensk specialutgåva, volym 3, s. 261), punkt 5, och av den 16 december 1976 i mål 45/76, Comet (REG 1976, s. 2043), punkterna 13 och 16, domen i målet Francovich m.fl. (ovan fotnot 5), punkt 43, dom av den 14 december 1995 i mål C-312/95, Peterbroeck (REG 1995, s. I-4599), punkt 14 och följande punkt, domen i målet Palmisani (ovan fotnot 50), punkt 27, dom av den 1 juni 1999 i mål C-126/97, Eco Swiss (REG 1999, s. I-3055), punkt 45, av den 22 februari 2001 i de förenade målen C-52/99 och C-53/99, Camarotto och Vignone (REG 2001, s. I-1395), punkterna 28 och 30, av den 20 september 2001 i mål C-453/99, Courage och Crehan (REG 2001, s. I-6297), punkt 29, och av den 13 juli 2006 i de förenade målen C-295/04–C-298/04, Manfredi (REG 2006, s. I-6619), punkt 62. Se, för ett liknande resonemang, även Von Bogdandy, A., *Das Recht der Europäischen Union* (utgiven av Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf), volym I, München, 2007, artikel 10, punkterna 48, 54 och 54a.

54 — Domen i målet Francovich m.fl. (ovan fotnot 5), punkterna 41–43, domen i målet Norbrook Laboratories (ovan fotnot 9), punkt 111, och dom av den 30 september 2003 i mål C-224/01, Köbler (REG 2003, s. I-10239), punkt 58.

91. Den konkreta kontrollen av om en nationell processuell regel uppfyller dessa förutsättningar ankommer i princip på de nationella domstolarna, som har till uppgift att i enlighet med den samarbetsprincip som föreskrivs i artikel 10 EG säkerställa det rättsliga skydd som för de enskilda följer av gemenskapsrättens direkta effekt. Om en nationell domstol således konstaterar att en nationell regel i det avseendet inte överensstämmer med gemenskapsrätten måste den avstå från att tillämpa den. [55]

92. Den abstrakta kontrollen av de ovannämnda förutsättningarna ankommer emellertid på EG-domstolen, som inom ramen för det i artikel 234 EG reglerade förfarandet för förhandsavgörande har till uppgift att säkerställa en enhetlig tillämpning av gemenskapsrätten. [56]

93. Såvitt avser iakttagandet av likvärdighetsprincipen finns det enligt min mening inte några tvivel vad gäller fastställandet av den treåriga preskriptionsfrist som föreskrivs i 852 § stycke 1 BGB i dess tidigare lydelse, eftersom gemenskapsrättsliga situationer enligt uppgifter från den hänskjutande domstolen uppenbarligen behandlas på samma sätt som interna situationer.

94. Såvitt avser iakttagandet av effektivitetsprincipen framgår det inte på vilket sätt en treårsfrist skulle medföra att det blir orimligt svårt eller till och med omöjligt att göra gällande de rättigheter som följer av gemenskapsrätten, [57] särskilt som domstolen för det första i princip utgår från att nationella preklusions- eller preskriptionsfrister är förenliga med gemenskapsrätten och för det andra i domen i målet Palmisani [58] till och med fastställde att en preklusionsfrist på ett år, för att väcka talan om skadestånd, var tillåten enligt då gällande gemenskapsrätt. Samma sak gäller en preklusions- eller preskriptionsfrist på två, [59] tre [60] respektive fem [61] år, som föreskrivs för talan om återbetalning av felaktigt inbetalda belopp.

3. Resultat

95. Därmed kan det fastställas att de gemenskapsrättsliga principerna om likvärdighet och effektivitet inte utgör hinder mot att tillämpa en frist på tre år, efter vars utgång

55 — För ett liknande resonemang, se generaladvokaten Cosmas förslag till avgörande av den 23 januari 1997 i mål C-261/95, Palmisani (REG 1997, s. I-4025), punkt 20.

56 — Se förslag till avgörande av generaladvokaten Cosmas i målet Palmisani (ovan fotnot 55), punkt 21, samt domen i detta mål (ovan fotnot 50), punkt 33.

57 — Denna uppfattning företräds även i doktrinen. Se till exempel Gellermann, anfört arbete (ovan fotnot 7), artikel 288, punkt 56, Hidien, J., anfört arbete (ovan fotnot 7), s. 72, Schwarzenegger, P., *Staatshaftung – Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben und ihre Auswirkungen auf nationales Recht*, Wien, 2001, s. 137, Ossenbühl, F., *Staatshaftungsrecht*, femte upplagan, München, 1998, s. 520, som anser att en preskriptionsfrist på tre år inte strider mot gemenskapsrätten. Se dessutom *Draft Common Frame of Reference* som *Study Group on a European Civil Code* och *Research Group on EC Private Law (Acquis Group)* utarbetat i vilken en treårig preskriptionstid föreskrivs i del III 7:201 (se *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference, Interim Outline Edition*, utgiven av Christian von Bar m.fl., München, 2008, s. 185).

58 — Domen i målet Palmisani (ovan fotnot 50).

59 — Domen i målet Camarotto och Vignone (ovan fotnot 53), punkt 30.

60 — Domen i målet Edis (ovan fotnot 50).

61 — Dom av den 17 juli 1997 i mål C-90/94, Haahr Petroleum (REG 1997, s. 4085), punkt 49, och domen i målet Fantask (ovan fotnot 50), punkt 49.

statens gemenskapsrättsliga skadeståndsansvar är preskriberat.

E — *Den tredje frågan*

1. Tolkningsfrågans relevans

96. Syftet med Bundesgerichtshofs tredje fråga är att få klarhet i huruvida preskriptionstiden för statens skadeståndsansvar till följd av skada som uppkommit på grund av att ett direktiv inte införlivats korrekt avbryts eller förlängs, när kommissionen mot den berörda staten har inlett ett fördragsbrottsförfarande enligt artikel 226 EG, för det fall att det i den nationella lagstiftningen saknas ett effektivt nationellt rättsmedel för att tvinga medlemsstaten att införliva direktivet.

97. Av begäran om förhandsavgörande framgår att fördragsbrottsförfarandet enligt artikel 226 EG mot Förbundsrepubliken Tyskland inleddes den 27 mars 1996 och avslutades genom en fastställelsedom av den 12 november 1998. De skadelidande, som redan 1993 hade kännedom om skadan, gjorde emellertid först sitt skadeståndsanspråk gällande i december 1999 genom att väcka talan. Om man såsom Bundesgerichtshof utgår från den treåriga preskriptionsfrist som föreskrivs i 852 § stycke 1 BGB i dess tidigare lydelse, som enligt tysk lagstiftning gäller för ansvar för skada som uppkommit vid utövning av offentlig myndighet, [62] och inriktar sig på kännedomen om de omständigheter som medför att det skäligen kan krävas att skadeståndstalan väcks, skulle preskriptionsfristen enligt Bundesgerichtshofs uppfattning började löpa i mitten av 1996. [63] Det kan följaktligen inte uteslutas att skadeståndsansvaret kan ha preskriberats. Det är

62 — Enligt fast rättspraxis ska medlemsstaterna för att kunna garantera att gemenskapsrätten tillämpas fullt ut inte bara se till att den nationella lagstiftningen står i överensstämmelse med gemenskapsrätten, utan därutöver anta rättsregler som kan skapa en situation som är tillräckligt precis, klar och öppen för att enskilda ska kunna få full kännedom om sina rättigheter och göra dem gällande vid de nationella domstolarna (se, för ett liknande resonemang, med avseende på direktiven, dom av den 28 februari 1991 i mål C-360/87, kommissionen mot Italien, REG 1991, s. I-791, punkt 12, och av den 15 juni 1995 i mål C-220/94, kommissionen mot Luxemburg, REG 1995, s. I-1589, punkt 10). Se vidare dom av den 18 januari 2001 i mål C-162/99, kommissionen mot Italien, REG 2001, s. I-541, punkterna 22–25, och av den 6 mars 2003 i mål C-478/01, kommissionen mot Luxemburg, REG 2003, s. I-2351, punkt 20). Såsom jag anfört i mitt förslag till avgörande av den 13 september 2007 i mål C-319/06, kommissionen mot Luxemburg, REG 2007, s. I-4323, punkt 75, gäller denna princip i ännu högre grad när individer enligt den nationella lagstiftningen åläggs skyldigheter och påförs påföljder vid överträdelser. Jag anser att den rättsliga situationen emellertid även måste vara klar vad gäller de tillämpliga preskriptionsbestämmelserna så att en skadelidande som skadats genom en åtgärd av en medlemsstat som strider mot gemenskapsrätten ska kunna göra gällande ett skadeståndsanspråk mot staten innan det preskriberas. Bundesgerichtshof har utgått från att 852 § stycke 1 BGB i dess tidigare lydelse är tillämplig och således uppenbarligen från att bestämmelserna om ansvar för skada som uppkommit vid utövning av offentlig myndighet med den treåriga preskriptionstiden är tillämpliga på statens gemenskapsrättsliga skadeståndsansvar enligt tysk lagstiftning och inte att till exempel principer avseende så kallade expropriationsliknande ingripanden med den trettioåriga preskriptionstiden finner motsvarande tillämpning. Den har härvid i punkt 23 i begäran om förhandsavgörande hänvisat till den härskande uppfattningen i doktrinen. Se även Schulze, G., ”Staatshaftung (Art. 288 EGV, § 839 BGB)”, *Zivilrecht unter europäischem Einfluss* (utgiven av Martin Gebauer/Thomas Wiedmann), Stuttgart, 2005, kapitel 16, punkt 29, s. 649, som utgår från att de straffrättsliga bestämmelserna om ansvar för skada som uppkommit vid utövning av offentlig myndighet är tillämpliga.

63 — Se Bundesgerichtshofs begäran om förhandsavgörande av den 12 oktober 2006, punkterna 33 och 42. Bundesgerichtshof har till stöd för sitt resonemang hänvisat till tysk rättspraxis från högsta domstolen avseende beräkning av preskriptionstider för skadeståndskrav samt till den härskande uppfattningen i doktrinen. Den har utgått från att det skäligen kunde krävas att klaganden väckte skadeståndstalan redan i mitten av år 1996 och att fristen därför började löpa från denna tidpunkt. Den anser för det första att den skadelidandes kännedom om skadan (punkt 34) är avgörande, för det andra emellertid att även den omständigheten är avgörande att skadorna orsakades av flera upprepade handlingar och inte hade sitt ursprung i en enda varaktig handling (punkt 42).

för utgången i målet vid den nationella domstolen således relevant huruvida den omständigheten att kommissionen väckt en fördragsbrottstalan har haft någon inverkan på preskriptionstiden.

2. Fördragsbrottsförfarande som mekanism för objektiv legalitetskontroll

98. Det ska inledningsvis erinras om att uppkomsten av ett skadeståndsanspråk mot en medlemsstat enligt domen i målet Brasserie du Pêcheur [64] inte är beroende av att den berörda överträdelsen har bedömts i ett förfarande enligt artikel 226 EG.

99. Den särskilda funktionen med fördragsbrottsförfarandet talar enligt min uppfattning dessutom mot att talan om fördragsbrott medför en förlängning eller ett avbrott av preskriptionstiden för skadeståndsanspråket. Till skillnad från förfarandet vid den nationella domstolen syftar fördragsbrottsförfarandet enligt artikel 226 nämligen inte till att skydda individuella intressen utan utgör i stället ett förfarande för objektiv legalitetskontroll, [65] som tillåter kommissionen att i gemenskapens allmänna intresse vidta åtgärder mot ett åsidosättande av objektiv gemenskapslagstiftning av medlemsstaterna utan att kommissionens eller unionsmedborgarnas rättigheter behöver ha åsidosatts. [66]

100. Kommissionen är i och med detta, med hänvisning till dess roll som fördragets övervakare, ensam behörig att avgöra om det är lämpligt att inleda ett fördragsbrottsförfarande, och på grund av vilken handling eller vilken underlåtenhet av medlemsstaten detta i så fall ska ske. [67] Kommissionens befogenhet att företa skönsmässig bedömning innebär att enskilda inte har rätt att kräva att institutionen intar en viss ståndpunkt. Enskilda kan i än mindre grad kräva att institutionen ska inleda ett förfarande enligt artikel 226 EG eller väcka talan vid domstolen. De har inte heller rätt att inlämna en ansökning om ogiltigförklaring mot dess vägran att agera enligt artikel 230 fjärde stycket EG. [68]

64 — Domen i målet Brasserie du Pêcheur och Factortame (ovan fotnot 9), punkt 54.

65 — Cremer, W., i Calliess/Ruffert (ovan fotnot 18), artikel 226, punkt 2, s. 1979, talar om ett ”förfarande för objektiv rättskontroll”. Lenaerts, K., ”The rule of law and the coherence of the judicial system of the European Union”, *Common Market Law Review*, 2007, häfte 6, s. 1636, har erinrat om att fördragsbrottsförfarandet enligt artikel 226 EG syftar till att få domstolen att fastställa att en handling från en medlemsstat utgör ett åsidosättande av gemenskapsrätten. Förfarandet omnämns med rätta att det inte skyddar individuella intressen.

66 — Dom av den 4 april 1974 i mål 167/73, kommissionen mot Frankrike (REG 1974, s. 359; svensk specialutgåva, volym 2, s. 257), punkt 15, av den 10 maj 1995 i mål C-422/92, kommissionen mot Tyskland (REG 1995, s. I-1097), punkt 16, och av den 11 augusti 1995 i mål C-431/92, kommissionen mot Tyskland (REG 1995, s. I-2189), punkt 21.
Se i detta sammanhang mitt förslag till avgörande av den 28 mars 2007 i mål C-503/04, kommissionen mot Tyskland (REG 2007, s. I-6153), punkt 55. Kommissionen behöver därför enligt fast rättspraxis (se dom av den 8 december 2005 i mål C-33/04, kommissionen mot Luxemburg, REG 2005, s. I-10629, punkt 65, av den 1 februari 2001 i mål C-333/99, kommissionen mot Frankrike, REG 2001, s. I-1025, punkt 23, av den 2 juni 2005 i mål C-394/02, kommissionen mot Grekland, REG 2005, s. I-4713, punkterna 14 och 15, och av den 10 april 2003 i de förenade målen C-20/01 och C-28/01, kommissionen mot Tyskland, REG 2003, s. I-3609, punkt 29) vid utövandet av de befogenheter som den har tilldelats enligt artikel 226 EG inte visa att den har ett berättigat intresse av att få saken prövad. Kommissionen ska nämligen i gemenskapens allmänna intresse på eget initiativ övervaka medlemsstaternas tillämpning av gemenskapsrätten samt försöka få eventuella fördragsbrott fastställda i syfte att få dessa överträdelser att upphöra.

67 — Domen av den 11 augusti 1995 i mål C-431/92, kommissionen mot Tyskland (ovan fotnot 66), punkt 22.

68 — Se dom av den 14 februari 1989 i mål 247/87, Star Fruit mot kommissionen (REG 1989, s. 291), punkt 11, av den 17 maj 1990 i mål C-87/89, Société nationale interprofessionnelle de la tomate m.fl. mot kommissionen (REG 1990, s. I-1981), punkt 6, förstainstansrättens dom av den 9 januari 1996 i mål T-575/93, Koelman mot kommissionen (REG 1996, s. II-1), punkt 71.

101. Den omständigheten att enskilda inte kan framtvinga ett fördragsbrottsförfarande samt den osäkerhet som följer därav om en sådan åtgärd vidtas och den exakta tidpunkten vid vilken den vidtas, utgör enligt min mening ett hinder mot att koppla förlängningen eller avbrottet av preskriptionstiden till kommissionens väckande av en fördragsbrottstalan, eftersom funktionen med förlängningen av preskriptionstiden genom vidtagande av rättsliga åtgärder just är att förhindra att borgenären förlorar sin rätt på grund av försutten tid trots att denne redan gjort gällande sin rätt i domstol. [69] Detta förutsätter emellertid att borgenären faktiskt vidtar rättsliga åtgärder. Om kommissionens fördragsbrottstalan emellertid inte utgör ett ”vidtagande av rättsliga åtgärder” i egentlig mening, eftersom den, såsom framgått av ovanstående, inte syftar till att skydda individuella intressen, kan jag inte se varför den skulle kunna leda till att preskriptionsfristen avbryts eller förlängs.

3. Huruvida det saknas behov av att privilegiera ett statligt skadeståndsanspråk

102. Det är enligt min mening irrelevant om, såsom den hänskjutande domstolen har anfört i detta sammanhang, det saknas ett effektivt nationellt rättsmedel genom vilket den skadelidande direkt kan tvinga medlemsstaten, det vill säga inte genom statligt skadeståndsansvar, att avhjälpa den överträdelse som gett upphov till statens skadeståndsansvar.

103. Det ska i detta sammanhang nämligen beaktas att likvärdighets- och effektivitetsprincipen visserligen avser att hindra att gemenskapsrättsliga situationer behandlas sämre. Enligt principerna är det emellertid inte ett krav att de ska behandlas förmånligare i förhållande till interna situationer. Om ett fördragsbrottsförfarande hade rättsverkningar för ett nationellt förfarande skulle detta emellertid innebära att det behandlas förmånligare på grund av den förlängning och det avbrott av preskriptionstiden som uppkommer därvid.

4. Resultat

104. Den tredje frågan ska följaktligen besvaras så, att det vare sig enligt de gemenskapsrättsliga principerna om medlemsstaternas skadeståndsansvar eller enligt artikel 226 EG är ett krav att den preskriptionstid som föreskrivs i den nationella lagstiftningen för statens gemenskapsrättsliga skadeståndsansvar avbryts när ett fördragsbrottsförfarande enligt artikel 226 EG har inletts eller förlängs till dess att nämnda förfarande har avslutats.

69 — Enligt Palandt/Heinrichs, H., anfört arbete (ovan fotnot 52), 204 §, punkt 1, och sammanfattningen före 194 §, punkt 10, måste borgenären på grund av syftet och ändamålet med preskriptionen ha möjlighet att hindra att en rättighet preskriberas genom att göra gällande denna rättighet. Om han underlåter att göra detta så är den rättsförslut som uppkommer på grund av preskriptionen motiverad.

F — *Den fjärde frågan*

1. Inledande synpunkter

105. Den fjärde frågan har ställts för att få klarhet i huruvida preskriptionstiden för statens skadeståndsansvar, som har uppkommit på grund av att ett direktiv inte har införlivats korrekt, oberoende av tillämplig nationell rätt, börjar löpa först när direktivet har införlivats fullt ut, eller om preskriptionstiden i enlighet med den nationella rätten kan börja löpa redan när skadan uppstår och ytterligare skador kan förutses. Om preskriptionstidens början är beroende av när direktivet har införlivats fullt ut, har den hänskjutande domstolen frågat om detta i så fall gäller generellt eller endast när direktivet medför rättigheter för enskilda.

106. I avsaknad av en tillämplig gemenskapsbestämmelse för beräkning av preskriptionsfrister ska den nationella lagstiftningen beaktas, varvid såväl likvärdighets- som effektivitetsprincipen ska beaktas. Det förekommer inget i beslutet om hänskjutande som tyder på att statens gemenskapsrättsliga skadeståndsansvar i processuellt hänseende skulle behandlas annorlunda enligt tysk lagstiftning än motsvarande skadeståndsanspråk som endast avser nationell rätt. Den hänskjutande domstolen är följaktligen fortfarande behörig att göra en noggrann undersökning i det konkreta fallet.

107. Inom ramen för den fjärde frågan är det huvudsakligen kravet på effektivitet som följaktligen ska granskas. Det ska således undersökas om det i praktiken blir omöjligt eller orimligt svårt att genomföra individuella rättigheter som följer av gemenskapsrätten om den dag från vilken preskriptionsfristen ska börja löpa inte fastställs till den dag då ett direktiv har blivit korrekt införlivat med nationell rätt.

108. Med undantag för klaganden i målet vid den nationella domstolen företräder uppenbarligen ingen av deltagarna i förfarandet denna uppfattning. Den härskande uppfattningen är i stället att gemenskapsrätten inte innebär att en medlemsstat är skyldig att reglera preskriptionsfristerna på så sätt att preskriptionsfristen först börjar löpa när ett direktiv har blivit korrekt införlivat med nationell rätt. Jag anser att denna uppfattning är att föredra även mot bakgrund av domstolens hittillsvarande rättspraxis och mot bakgrund av en jämförelse av preskriptionsbestämmelsen i artikel 46 i domstolens stadga.

2. Domstolens rättspraxis

109. Domstolen har i samband med krav på återbetalning av avgifter som uppburits i strid med ett direktiv fastställt att även nationella preklusionsfrister som börjar löpa innan det aktuella direktivet har införlivats på ett korrekt sätt, är förenliga med gemenskapsrätten. [70]

110. Domstolen har i domen i målet Emmott [71] visserligen fastställt att en felande medlemsstat fram till dess att direktivet har blivit införlivat på korrekt sätt inte kan åberopa att en talan, som har väckts av en enskild i syfte att tillvarata dennes rättigheter som följer av bestämmelserna i ett direktiv, har väckts för sent, och att en frist för väckande av talan som föreskrivs i den nationella lagstiftningen således först kan börja löpa vid denna tidpunkt.

111. Domstolen har i sin senare rättspraxis [72] emellertid klargjort att den lösning som valdes i domen i det ovannämnda målet Emmott motiverades av omständigheter som var utmärkande för det målet och under vilka preskriptionen medförde att käranden i målet vid den nationella domstolen helt berövades möjligheten att göra gällande sin rätt till likabehandling med stöd av ett gemenskapsdirektiv.

112. Dessutom framgår det inte av handlingarna i målet att de tyska myndigheternas beteende tillsammans med den omtvistade preskriptionsfristen i 852 § stycke 1 BGB i dess tidigare lydelse i förevarande fall liksom i domen i målet Emmott skulle ha lett till att klaganden inte hade någon möjlighet att göra gällande sina rättigheter vid de nationella domstolarna.

70 — Se till exempel dom av den 15 september 1998 i mål C-260/96, Spac (REG 1998, s. I-4997), punkt 32, i vilken domstolen fastställde att ”gemenskapsrätten under sådana omständigheter som i målet vid den nationella domstolen inte är till hinder för att en medlemsstat mot talan om återbetalning av avgifter som har tagits ut i strid med ett direktiv åberopar en nationell preskriptionstid som började löpa den dag då avgifterna inbetalades, även om detta direktiv den dagen ännu inte hade införlivats på ett korrekt sätt med den nationella rätten”.

71 — Dom av den 25 juli 1991 i mål C-208/90, Emmott (REG 1991, s. I-4269; svensk specialutgåva, volym 11, s. I-393), punkterna 21 och 24. Detta beslut motiverades med att de enskilda inte har beretts möjlighet att fullt ut få kännedom om sina rättigheter så länge som ett direktiv inte har blivit korrekt införlivat med nationell rätt. Följaktligen kan endast ett korrekt införlivande av direktivet medföra att denna ovisshet upphör. Domstolen har härav dragit slutsatsen att en frist för väckande av talan enligt nationell rätt kan börja löpa först från den tidpunkten.

72 — Dom av den 15 september 1998 i de förenade målen C-279/96, C-280/96 och C-281/96, Ansaldo Energia m.fl. (REG 1998, s. I-5025), punkterna 19–21, domen i målet Spac (ovan fotnot 70), punkterna 27–32, och domen i målet Fantask (ovan fotnot 50), punkterna 50–52, domen i målet Texaco och Olieselskabet Danmark (ovan fotnot 50), punkt 48, domen i mål C-90/94, Haahr Petroleum (ovan fotnot 61), punkt 52, dom av den 6 december 1994 i mål C-410/92, Johnson (REG 1994, s. I-5483), punkt 26, och av den 27 oktober 1993 i mål C-338/91, Steenhorst-Neerings (REG 1993, s. I-5475), punkt 19.

3. Jämförelse med preskriptionsbestämmelsen i artikel 46 i domstolens stadga

113. Principerna om tidsgränser för att göra gällande rättigheter som uppkommer till följd av Europeiska gemenskapernas skadeståndsskyldighet enligt artikel 288 andra stycket EG [73] tyder också på att det inte strider mot effektivitetsprincipen att preskriptionsfristen för statligt skadeståndsansvar börjar löpa även innan det aktuella direktivet har införlivats korrekt.

114. Det har i gemenskapens rättspraxis nämligen erkänts att den preskriptionsfrist som föreskrivs i artikel 46 i stadgan inte kan börja löpa förrän samtliga förutsättningar för skadeståndsskyldigheten är uppfyllda och i synnerhet – när skadeståndsskyldigheten grundas på en normgivningsakt – inte innan de skadebringande verkningarna av denna akt har uppstått. [74] Härvid beaktas den tidpunkt vid vilken klaganden får kännedom om den skadegörande händelsen som avgörande. [75]

115. Det kan mot denna bakgrund inte hävdas att det i praktiken blir omöjligt eller orimligt svårt att göra gällande skadeståndsanspråk mot staten om det fastställs att preskriptionsfristen ska börja löpa vid en tidpunkt före det att direktivet har införlivats fullt ut. Gemenskapsrätten innebär på dess nuvarande stadium följaktligen inte ett krav på att det först är den tidpunkt vid vilken direktivet har införlivats fullt ut som ska anses avgörande. [76] Den exakta tidpunkten för när preskriptionstiden ska börja löpa ska i stället regleras i den nationella rätten.

73 — Det verkar finnas skäl att även beakta principerna om utomobligatoriskt skadeståndsansvar i samband med fastställandet av preskriptionsfrister, särskilt som domstolen grundade sig på dessa principer vid utformningen av statens gemenskapsrättsliga skadeståndsansvar (se Lenaerts, K./Arts, D./Maselis, I., anfört arbete, ovan fotnot 7). Gemenskapens ansvar och statens gemenskapsrättsliga skadeståndsansvar präglas på samma sätt av rättspraxis och har utvecklats parallellt av domstolen. Av den funktionella samstämmigheten mellan de båda ansvarsordningarna följer nödvändigtvis, med förbehåll för medlemsstaternas behörighet vid införlivandet av det gemenskapsrättsliga skadeståndsansvaret för staten i nationell rätt, en överensstämmelse vad gäller bedömningen. Detta har vid konkretiseringen av de faktiska villkoren lett till en ömsesidig påverkan av rättspraxis (se, för ett liknande resonemang, även Schulze, G., anfört arbete, ovan fotnot 62, kapitel 16, punkterna 2 och 3, s. 638).

74 — Se dom av den 27 januari 1982 i de förenade målen 256/80, 257/80, 265/80, 267/80 och 5/81, Birra Wührer m.fl. mot rådet och kommissionen (REG 1982, s. 85), punkt 10, och domen i mål 51/81, De Franceschi mot rådet och kommissionen (REG 1982, s. 117), punkt 10, enligt vilka preskriptionsfristen för gemenskapens skadeståndsansvar inte kan börja löpa förrän samtliga förutsättningar för skadeståndsskyldigheten är uppfyllda och i synnerhet inte innan den skada som ska ersättas har blivit definitiv, samt förstainstansrättens dom av den 16 april 1997 i mål T-20/94, Hartmann mot rådet och kommissionen (REG 1997, s. II-595), punkt 107, av den 9 december 1997 i de förenade målen T-195/94 och T-202/94 (REG 1997, s. II-2247), Quiller och Heusmann, punkt 114. Se dessutom generaladvokaten Sharpstons förslag till avgörande av den 22 november 2007 i mål C-51/05 P, kommissionen mot Cantina sociale di Dolianova (REG 2008, s. I-5341), punkt 94. Enligt Rengeling, H.-W./Middeke, A./Gellermann, M., *Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union*, München, 2003, 9 §, punkt 57, s. 202, börjar fristen för utomobligatoriskt skadeståndsansvar först löpa när samtliga förutsättningar för skadeståndsskyldigheten är uppfyllda och särskilt när den skada som ska ersättas har blivit definitiv. Härvid ska den tidpunkt vid vilken klaganden får kännedom om den händelse som har orsakat skadan anses som avgörande.

75 — Se domen av den 7 november 1985 i mål 145/83, Adams (REG 1985, s. 3539; svensk specialutgåva, volym 8, s. 327), punkterna 50 och 51.

76 — Se, för ett liknande resonemang, även Schwarzenegger, P., anfört arbete (ovan fotnot 57), s. 137, enligt vilken den tidpunkt för när preskriptionstiden ska börja löpa ska fastställas i den nationella rätten.

116. Mot denna bakgrund anser jag att det inte är nödvändigt att ta ställning till den andra delen av tolkningsfrågan.

4. Resultat

117. Den fjärde frågan ska därför besvaras så, att det enligt gemenskapsrätten på dess nuvarande stadium i vart fall inte är ett krav att preskriptionstiden för statens gemenskapsrättsliga skadeståndsansvar, som har uppkommit på grund av att ett direktiv inte har införlivats i tillräcklig omfattning och av att det till följd därav föreligger ett (faktiskt) importförbud, först börjar löpa när direktivet har införlivats fullt ut.

G — *Den femte frågan*

1. Huruvida den berörde har en skyldighet att begränsa skadans omfattning

118. Den femte frågan har först och främst ställts för att få klarhet i huruvida de rättigheter som klaganden har gjort gällande enligt 839 § stycke 3 BGB i dess tidigare lydelse kan uteslutas på grund av att klaganden avsiktligt eller av vårdslöshet har underlåtit att begränsa skadans omfattning genom att vidta rättsliga åtgärder, och huruvida det strider mot likvärdighetsprincipen och effektivitetsprincipen att eventuellt åberopa denna bestämmelse.

119. Såsom domstolen klargjorde i domen i målet Brasserie du Pêcheur [77] kan den nationella domstolen, för att fastställa den skada som kan ersättas, undersöka om den skadelidande har visat rimlig aktsamhet för att förhindra skadan eller för att begränsa dess omfattning och särskilt om denne i god tid har använt sig av alla de rättsmedel som står till dennes förfogande.

120. Med hänvisning till domen i målet Mulder m.fl. fastställde domstolen dessutom att den skadelidande enligt en allmän princip som är gemensam för medlemsstaternas rättsordningar ska, med risk för att annars

77 — Domen i målet Brasserie du Pêcheur och Factortame (ovan fotnot 9), punkt 84.

själv behöva stå för skadan, i rimlig utsträckning försöka begränsa skadans omfattning. [78]

121. Domstolen har därför anfört att den omständigheten, att den skadelidande i rimlig utsträckning försökt förhindra skadan eller begränsa den och särskilt att denne i god tid har använt sig av alla de rättsmedel som står till dennes förfogande, kan beaktas vid bedömningen av skadeståndsansvaret. Såsom Bundesgerichtshof med rätta har konstaterat i punkt 49 i beslutet om hänskjutande har domstolen därutöver inte endast övervägt en minskning av ansvaret till följd av medansvar utan även en fullständig förlust av rättigheten.

122. Denna rättspraxis leder emellertid inte nödvändigtvis till den slutsatsen att den skadelidandes underlåtenhet på primärrättslig nivå att vidta rättsliga åtgärder för att förhindra intrång från statens sida på motsvarande sätt som i tysk rätt i allmänhet ska leda till att han mister sin rättighet. Det kan utgås från att denna möjlighet endast kommer att övervägas i undantagsfall, och att ett åsidosättande av skyldigheten att förhindra skada i regel i stället endast kommer att medföra en minskning av skadeståndsansvaret. [79]

123. För detta talar också den omständigheten att en skyldighet att begränsa skadan även har erkänts inom ramen för gemenskapens utomobligatoriska ansvar enligt artikel 288 andra stycket EG och att underlåtenheten att beakta denna medför en minskning eller till och med en fullständig förlust av rätten till skadestånd i förhållande till graden av medansvar. [80]

124. Det finns i princip inga betänkligheter mot att skadeståndsanspråk gentemot staten inte kan göras gällande på ett effektivt sätt såvitt dessa gemenskapsrättsliga principer beaktas vid tolkningen och tillämpningen av den nationella lagstiftningen och att utöver den fullständiga förlusten av rättigheten även möjligheten att minska skadeståndsanspråket medges. Det finns vad gäller likvärdighetsprincipen inte några betänkligheter beträffande tillämpningen av 839 § stycke 3 BGB,

78 — Ibidem, punkt 85, med hänvisning till dom av den 19 maj 1992 i de förenade målen C-104/89 och C-37/90 (REG 1992, s. I-3061; svensk specialutgåva, volym 12, s. I-55), punkt 33.

79 — Se till exempel Hatje, A., "Die Haftung der Mitgliedstaaten bei Verstößen des Gesetzgebers gegen europäisches Gemeinschaftsrecht", *Europarecht*, häfte 3, 1997, s. 305, som i dogmatiskt hänseende har utgått från att den berördes underlåtenhet på primärrättslig nivå att vidta rättsliga åtgärder för att förhindra intrång från statens sida i princip inte ska leda till att han mister sin rättighet, utan först och främst endast ska påverka omfattningen av rätten till ersättning. Se, för ett likande resonemang, även Beljin, S., anfört arbete (ovan fotnot 33), s. 67, som inte tror att domstolen avser att beakta medansvaret i så pass stor utsträckning som det har gjorts i den tyska lagstiftningen. Han anser att domstolen utgår från en gemenskapsrättslig rättsprincip med gemenskapsrättsligt innehåll, vilket innebär att inte allt som föreskrivs i 254 § och 839 § stycke 3 BGB ska beaktas, utan endast ska beaktas i den mån det är förenligt med den allmänna gemenskapsrättsliga principen.

80 — Se domen i målet Adams (ovan fotnot 75), punkt 53. Rengeling, H.-W./Middeke, A./Gellermann, M., anfört arbete (ovan fotnot 74), 9 §, punkterna 55 och 56, s. 201.

eftersom även det nationella ansvaret för skada som uppkommit vid utövning av offentlig myndighet gäller med förbehåll för företrädet för rättsskyddet enligt primärrätten.

125. Följaktligen utgör gemenskapsrätten i princip inte hinder mot att tillämpa en nationell bestämmelse i vilken det liksom i 839 § stycke 3 BGB föreskrivs ansvarsbefrielse för det fall att det inte har vidtagits rättsliga åtgärder enligt primärrätten. [81]

81 — Se, för ett liknande resonemang, även Gellermann, anfört arbete (ovan fotnot 7), artikel 288, punkt 54. Berg, W., anfört arbete (ovan fotnot 15), artikel 288, punkt 93, s. 2308, anser att den berörda i fråga om direkt tillämpliga bestämmelser i gemenskapsrätten därför alltid först och främst måste försöka göra gällande dessa bestämmelser på rättslig väg när de verkställande organen vägrar att tillerkänna honom hans rättigheter. Det finns endast utrymme för skadeståndsanspråk om detta misslyckas. I princip gäller företrädet för rättsskydd enligt primärrätten även för skadeståndsansvar till följd av lagstiftarens handlande eller underlåtenhet. Enligt Papier, H.-J., ”Staatshaftung bei der Verletzung von Gemeinschaftsrecht”, *Handbuch zum europäischen und deutschen Umweltrecht, volym 1, Allgemeines Umweltrecht*, Köln, 1998, punkt 44, s. 1470, finns det ingenting som talar för att principen om företräde för rättsskydd enligt primärrätten i förvaltningsärenden som kommer till uttryck i 839 § stycke 3 BGB inte ska gälla vid ett åsidosättande av gemenskapsrätten i strid med en offentliganställd tjänstemans skyldigheter i tjänsten. Genom det av domstolen utvecklade gemenskapsrättsliga ansvaret överlåts åt medlemsstaterna att bringa de följdverkningar av en överträdelse av gemenskapsrätten som kan tillskrivas medlemsstaten att upphöra inom ramen för den nationella skadeståndsrätten. Von Danwitz, T., ”Die Eigenverantwortung der Mitgliedstaaten für die Durchführung von Gemeinschaftsrecht – Zu den europarechtlichen Vorgaben für das nationale Verwaltungs- und Gerichtsverfahrensrecht”, *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1998, s. 425, fotnot 40, anser att ansvarsbegränsning, det vill säga en skyldighet att minska eller förhindra skadan, även ska vara tillåten i fortsättningen. Han har i detta avseende hänvisat till generaladvokaten Tesauros förslag till avgörande av den 28 november 1995 i de förenade målen C-46/93 och C-48/93, Brasserie du Pêcheur och Factortame (REG 1996, s. I-1029), punkt 98 och följande punkter och punkt 104, särskilt till fotnot 104 i vilken generaladvokaten uttryckligen hänvisade till 839 § stycke 3 BGB. Dörr, C., ”Der gemeinschaftsrechtliche Staatshaftungsanspruch in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs”, *Deutsches Verwaltungsblatt*, 2006, s. 603, har påpekat att den tredje avdelningen för civilrättsliga mål vid Bundesgerichtshof anser att det inte föreligger några principiella invändningar mot att tillämpa de principer som ligger till grund för 254 § och 839 § stycke 3 BGB, avseende medansvar och nödvändigheten av att förhindra en eventuell skada genom att vidta rättsliga åtgärder, på statens gemenskapsrättsliga skadeståndsansvar.

2. Huruvida det skäligen kan krävas att rättsskyddet enligt primärrätten utnyttjas

126. En annan bedömning uppkommer inte heller efter en genomgång av domen i målet Metallgesellschaft [82], i vilken hänsyn endast togs till de särskilda omständigheterna i det konkreta fallet och i vilken domstolen huvudsakligen preciserade sin rättspraxis på så sätt att den berörde inte får tvingas använda rättsmedel som inte gynnar sina yrkande.

127. Enligt min mening kompletterar domen i målet Metallgesellschaft domen i målet Brasserie du Pêcheur genom att den inkorporerar frågan om det skäligen kan krävas att rättsskydd enligt primärrätten utnyttjas. Den återspeglar i detta avseende således den uppfattning som den tyska [83] och den tjeckiska [84] regeringen samt klaganden [85] med rätta har framfört, enligt vilken det av effektivitetsskäl inte kan krävas att den skadelidande använder alla de rättsmedel som står till förfogande, vare sig om det med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet förefaller meningsfullt att tillämpa dessa eller inte.

82 — I dom av den 8 mars 2001 i de förenade målen C-397/98 och C-410/98, Metallgesellschaft m.fl. (REG 2001, s. I-1727), punkt 106, fastställde domstolen att det skulle bli omöjligt eller orimligt svårt att utöva rättigheter för enskilda som följer av de direkt tillämpliga bestämmelserna i gemenskapsrätten om enskildas anspråk på återbetalning eller skadestånd på grund av åsidosättande av gemenskapsrätten skulle ogillas eller nedsättas enbart på grund av att de inte hade ansökt om att omfattas av den rättsliga förmånen, som de enligt nationell lagstiftning inte kunde beviljas, för att få till stånd en omprövning av medlemsstatens avslag genom att utnyttja härför avsedda rättsmedel, med stöd av principerna om gemenskapsrättens företräde och direkta effekt. Detta konstaterande förklaras av att ett alternativt rättsmedel inte hade gjort det möjligt för klaganden i målet vid den nationella domstolen att förhindra eller begränsa skadan.

83 — Den tyska regeringens yttrande, punkt 185.

84 — Den tjeckiska regeringens yttrande, punkt 38.

85 — Klagandens yttrande i målet vid den nationella domstolen, punkt 275.

3. Huruvida det skäligen kan krävas att rättsskydd enligt primärrätten utnyttjas när det finns ett behov av att framställa en begäran om förhandsavgörande eller när ett fördragsbrottsförfarande har inletts

128. Den vidare frågan, om huruvida det är oskäligt att kräva att rättsskydd enligt primärrätten ska utnyttjas när det kan förutses att den nationella domstolen inte kan besvara de uppkomna frågor som berör gemenskapsrätten utan att begära ett förhandsavgörande av domstolen enligt artikel 234 EG eller när ett fördragsbrottsförfarande enligt artikel 226 EG redan har inletts, ska bedömas mot bakgrund av vad jag anfört avseende den tredje frågan.

129. Såsom jag redan anfört ovan [86] kan ett fördragsbrottsförfarande enligt artikel 226 EG på grund av sin särskilda funktion som mekanism för objektiv legalitetskontroll i allmänhetens intresse inte betraktas som ”rättsskydd” i egentlig mening. [87] Följaktligen kan varken ingivandet av klagomål till kommissionen eller kommissionens väckande av fördragsbrottstalan ersätta ett ianspråktagande av rättsskydd enligt primärrätten. Det kan därför inte anses oskäligt att kräva att rättsskydd enligt primärrätten utnyttjas när ett fördragsbrottsförfarande har inletts enligt artikel 226 EG.

130. En annan bedömning är påkallad för det fall att rättsskyddet enligt primärrätten utnyttjas när det kan förutses att den nationella domstolen kommer att begära ett förhandsavgörande enligt artikel 234 EG. I det fallet kommer frågan om huruvida begäran om förhandsavgörande ska framställas i allmänhet att ställas inom ramen för ett förfarande på medlemsstatsnivå, som syftar till att säkerställa det rättsliga skyddet enligt primärrätten. Effektiviteten av detta rättsskydd minskas emellertid inte genom att den nationella domstolen kan framställa en begäran om förhandsavgörande till EG-domstolen. Enligt min mening är det snarare tvärtom. Förfarandet för förhandsavgöranden som föreskrivs i artikel 234 EG utgör nämligen ett medel för samarbete mellan EG-domstolen och de nationella domstolarna, genom vilket EG-domstolen tillhandahåller de nationella domstolarna de uppgifter om tolkningen av gemenskapsrätten som de behöver för att kunna avgöra anhängiga tvister. [88]

131. Dessutom har förfarandet för begäran om förhandsavgörande utöver funktionen att säkerställa rättssäkerheten även en stor betydelse för det individuella rättsskyddet, eftersom det säkerställer den ändamålsenliga verkan med de rättigheter som enskilda tillerkänns genom gemenskapsrätten. [89] De grundläggande strukturella principerna om gemenskapsrättens företräde och direkta effekt samt det gemenskapsrättsliga statliga skadeståndsansvaret, som är aktuellt i målet

86 — Punkterna 98–101 i detta förslag till avgörande.

87 — Preiß-Jankowski, M., ”Die gemeinschaftsrechtliche Staatshaftung im Lichte des Bonner Grundgesetzes und des Subsidiaritätsprinzips”, *Juristische Schriftenreihe*, volym 94, Bremen, 1997, s. 88, har påpekat att rätten till ett verksamt rättsligt skydd för medborgaren till och med kräver att det avstås från en uttrycklig dom om fördragsbrott. Den enskilde har nämligen för det första inget inflytande över om ett sådant förfarande inleds och för det andra skulle ett sådant förfarande avsevärt fördröja skadeståndsprocessen.

88 — Se bland annat dom av den 16 juli 1992 i mål C-83/91, Meilicke (REG 1992, s. I-4871; svensk specialutgåva, volym 13, s. I-105), punkt 22, och av den 5 februari 2004 i mål C-380/01, Schneider (REG 2004, s. I-1389), punkt 20.

89 — Wegener, B., i Callies/Ruffert, anfört arbete (ovan fotnot 7), artikel 234, punkt 1.

vid den nationella domstolen, utvecklades i samband med begäran om förhandsavgörande från nationella domstolar. Den polska och den tjeckiska regeringen har följaktligen rätt i att sannolikheten att en tolkningsfråga ställs till domstolen i sig inte kan räcka för att dra slutsatsen att det inte skäligen kan krävas att ett rättsmedel ska användas.

VII — Förslag till avgörande

132. Mot bakgrund av vad som ovan anförts föreslår jag att domstolen ska besvara de frågor som Bundesgerichtshof har ställt på följande sätt:

1. Bestämmelserna i artikel 5.1 o och artikel 6.1 b iii i direktiv 64/433, i dess lydelse enligt direktiv 91/497, jämförda med artikel 5.1, artikel 7 och artikel 8 i direktiv 89/662, ger inte producenter och marknadsförare av griskött någon sådan rättslig ställning genom vilken staten, vid bristande införlivande och tillämpning av direktiven, kan ådra sig skadeståndsansvar enligt gemenskapsrätten.

2. Danska producenter och marknadsförare av griskött kan, såsom grund för gemenskapsrättsligt skadeståndsansvar för staten, åberopa ett åsidosättande av friheten att tillhandahålla varor enligt artikel 28 EG. Det ankommer emellertid på den nationella domstolen att pröva om åsidosättandet av direktivbestämmelser som inte ger några subjektiva rättigheter medför ett åsidosättande av en unionsmedborgares rätt att komma in på marknaden enligt artikel 28 EG.

3. Det är vare sig enligt de gemenskapsrättsliga principerna om medlemsstaternas skadeståndsansvar eller enligt artikel 226 EG ett krav att den preskriptionstid som föreskrivs i den nationella lagstiftningen för statens gemenskapsrättsliga skadeståndsansvar avbryts när ett fördragsbrottsförfarande enligt artikel 226 EG har inletts eller förlängs till dess att nämnda förfarande har avslutats.

4. Enligt gemenskapsrätten på dess nuvarande stadium är det inte ett krav att preskriptionstiden för statens gemenskapsrättsliga skadeståndsansvar, som har uppkommit på grund av att ett direktiv inte har införlivats i tillräcklig omfattning och av att det till följd därav föreligger ett (faktiskt) importförbud, först börjar löpa när direktivet har införlivats fullt ut.

5. Gemenskapsrätten utgör inte hinder mot en nationell bestämmelse, enligt vilken en enskild inte kan kräva skadestånd för skada om han avsiktligt eller av vårdslöshet har underlåtit att begränsa skadans omfattning genom att använda ett alternativt rättsmedel, oavsett om den nationella domstolen inom ramen för detta rättsmedel sannolikt inte hade kunnat besvara de uppkomna frågor som berör gemenskapsrätten utan att begära ett förhandsavgörande av domstolen eller när ett fördragsbrottsförfarande redan har inletts.