FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT F.G. JACOBS

fremsat den 11. juli 2002 [1]

1. Nærværende anmodning om præjudiciel afgørelse, som er indgivet af Oberlandesgericht Innsbruck (Østrig), vedrører i alt væsentligt omfanget af en medlemsstats forpligtelse til at holde vigtige transitstrækninger åbne for trafikken for at kunne sikre de frie varebevægelser inden for Fællesskabet og i særdeleshed spørgsmålet, hvorvidt en medlemsstat med dette som begrundelse om nødvendigt skal forbyde en politisk demonstration til fordel for miljøet, når de personer, der har arrangeret demonstrationen, udøver deres grundlæggende ret til ytringsfrihed og forsamlingsfrihed, og hvorvidt denne medlemsstat i den forbindelse kan ifalde erstatningsansvar begrundet i en tilsidesættelse af fællesskabsretten.

Sagens faktiske og retlige omstændigheder

2. De primære transitstrækninger mellem det nordlige Italien og det sydlige Tyskland — som også benyttes af en stor del af trafikken mellem Italien og de øvrige dele af Nordeuropa — passerer gennem Alperne. Den bjergrige natur i denne region begrænser antallet af mulige veje og forværrer samtidig forureningen fra trafikken. Den vigtigste, hvis ikke den eneste, vej mellem medlemsstaterne, som kan anvendes af lastbiler, uden at det er nødvendigt at køre store omveje, er motorvejen over Brennerpasset, som er en vigtig del af det transeuropæiske transportnet, i de østrigske Alper. Forureningen langs denne vej, som længe har været en kilde til stor bekymring i Østrig, er nu blevet alarmerende høj. [2]

3. Interessekonflikten mellem transport og miljøbeskyttelse i området kommer til udtryk i Alpekonventionen, som blev godkendt af Fællesskabet i 1996 [3]. I betragtningerne til dette dokument fremhæves den miljømæssige og økonomiske betydning, som Alperne har for befolkningen i områ-

1 — Originalsprog: engelsk.

2 — Jf. bl.a. protokol nr. 9 til akt vedrørende vilkårene for Kongeriget Norges, Republikken Østrigs, Republikken Finlands og Kongeriget Sveriges tiltrædelse og tilpasningerne af de traktater, der danner grundlag for Den Europæiske Union (EFT 1994 C 241, s. 361); Europa-Parlamentets og Rådets beslutning nr. 1692/96/EF af 23.7.1996 om Fællesskabets retningslinjer for udvikling af det transeuropæiske transportnet (EFT L 228, s. 1), især afsnit 2.3, 2.8 og 2.10 i bilag I; dom af 26.9.2000, sag C-205/98, Kommissionen mod Østrig, Sml. I, s. 7367, især punkt 5 ff. i forslag til afgørelse fra generaladvokat Saggio; og rapport fra Kommissionen til Rådet vedrørende lastvogne, som kører i transit gennem Østrig (KOM(2000) 862 endelig).

3 — Jf. Rådets afgørelse 96/191/EF af 26.2.1996 om indgåelse af konventionen om beskyttelse af Alperne (»Alpekonventionen«) (EFT L 61, s. 31). Konventionen blev undertegnet i Salzburg den 7.11.1991 og trådte i kraft den 6.3.1995. Den er undertegnet af Fællesskabet og en række medlemsstater og ikke-medlemsstater i alpeområdet, heriblandt Østrig, Tyskland og Italien.

det, og den betydning, de har for andre regioner som gennemgangssted for vigtige kommunikationsveje; dokumentet anerkender, at der er behov for at udbedre de miljømæssige skader, og at dette vil kræve en betydelig indsats og store omkostninger over lang tid, og sigter mod at bringe erhvervsinteresserne i overensstemmelse med de økologiske krav. Artikel 2, stk. 1, foreskriver, at parterne efter forebyggelses-, forureneren betaler- og samarbejdsprincippet skal opretholde en helhedspolitik til bevarelse og beskyttelse af Alperne. Artikel 2, stk. 2, litra j), foreskriver bl.a., at parterne skal træffe passende foranstaltninger til virkeliggørelse af disse mål. Inden for transportområdet er målet:

»at reducere den belastning og de risici, som transport i og på tværs af alpeområdet indebærer, til et niveau, som er acceptabelt for mennesker, dyr og planter og disses levesteder, bl.a. ved at trafikken, navnlig godstransporten, i højere grad omlægges til jernbanetransport, navnlig på grundlag af passende infrastrukturer og gennem incitamenter, der er i overensstemmelse med markedsprincipperne, og som ikke indebærer forskelsbehandling på grundlag af nationalitet« [4].

4 — En mere detaljeret protokol om gennemførelse af Alpekonventionen på transportområdet blev vedtaget i maj 2000, og den 16.1.2001 fremlagde Kommissionen et forslag til Rådets afgørelse om undertegnelse af denne på Fællesskabets vegne (KOM(2001) 18 endelig).

4. De foranstaltninger, som de østrigske myndigheder har truffet til bekæmpelse af forureningen fra vejtransport, omfatter et generelt forbud mod tung lastvognstrafik fra kl. 15 til midnat på lørdage, fra midnat til kl. 22 på søndage og nationale fri- og helligdage [5] og om natten for køretøjer, der overskrider visse støjgrænser, fra kl. 22 til kl. 5. Der findes dog visse undtagelser, især for transport af dyr, let fordærvelige varer og hasteleveringer.

5. Derudover findes der et »økopointsystem« [6] til kontrol og begrænsning af trafikken af lastbiler og deres emissioner af NOx (kvælstofoxider), når de kører i transit gennem landet, og vejafgifterne for Brenner-motorvejen er tilsyneladende betydeligt højere om natten. Køretøjer over 7,5 t må på intet tidspunkt benytte den hovedvej, der løber parallelt med Brenner-motorvejen, men en jernbanelinje, der ligeledes løber parallelt med denne motorvej, kan

5 — Lignende forbud findes i seks andre medlemsstater, men de østrigske regler lader til at være de strengeste (jf. forslag til Rådets direktiv om et transparent, harmoniseret sæt regler for korselsrestriktioner for lastvogne i international transport på bestemte vejstrækninger, KOM(1998) 115 endelig, (EFT 1998 C 198, s. 17), og Kommissionens forklarende notat i forbindelse hermed).

6 — Oprindeligt aftalt mellem Fællesskabet og Østrig i 1992 og nu reguleret af Kommissionens forordning (EF) nr. 3298/94 af 21.12.1994 om de nærmere bestemmelser i forbindelse med ordningen om transitrettigheder (økopointsystemet), angående lastbilers transitkørsel gennem østrigsk territorium, ifølge artikel 11 i protokol nr. 9 til akten vedrørende Kongeriget Norges, Republikken Østrigs, Republikken Finlands og Kongeriget Sveriges tiltrædelse (EFT L 341, s. 20), ændret ved Kommissionens forordning (EF) nr. 1524/96 af 30.7.1996 om ændring af forordning (EF) nr. 3298/94 for så vidt angår økopointsystemet angående lastbilers transitkørsel gennem østrigsk territorium (EFT L 190, s. 13); jf. desuden forslag til Europa-Parlamentets og Rådets forordning om indførelse af et økopointsystem, som finder anvendelse i 2004 på lastvogne, der kører gennem Østrig, KOM(2001) 807 endelig (EFT 2002 C 103 E, s. 230).

benyttes til »piggy-back«- eller »rullende landevejs«-transport af køretøjer gennem korridoren.

6. Eugen Schmidberger Internationale Transporte Planzüge (herefter »Schmidberger«) er et middelstort transportfirma med hjemsted i Rot an der Rot i Sydtyskland. Firmaets lastbiler transporterer tilsyneladende overvejende stål og tømmer mellem dette område og Norditalien og benytter dertil Brenner-motorvejen. De opfylder tilsyneladende støjemissionsnormerne, således at de ikke er omfattet af forbuddet mod natkørsel i Østrig.

7. Den 15. maj 1998 indgav miljøbeskyttelsesforeningen Transitforum Austria Tirol en anmeldelse til de relevante østrigske myndigheder i overensstemmelse med gældende østrigsk lovgivning om, at foreningen agtede at afholde en demonstration på en strækning af Brenner-motorvejen nær den italienske grænse, som ville spærre vejen mellem kl. 11 fredag den 12. juni 1998 og kl. 15 lørdag den 13. juni 1998. Desuden var torsdag den 11. juni en national fridag i Østrig dette år, og de normale weekendbegrænsninger var selvfølgelig gældende for lørdag den 13. og søndag den 14. juni.

8. Ifølge den nationale rets akter var hovedformålet med demonstrationen at kræve, at de nationale myndigheder og fællesskabsmyndighederne skærpede deres indsats for at begrænse og mindske den tunge lastvognstrafik på Brenner-motorvejen og den forurening, som den forårsager.

9. De pågældende lokale myndigheder så ingen grund til at forbyde demonstrationen — selv om de tilsyneladende ikke har foretaget nogen dyberegående undersøgelse af de eventuelle fællesskabsretlige aspekter i sagen — og gav således deres tilladelse. Der foregik tilsyneladende et samarbejde mellem disse myndigheder, politiet, arrangørerne af demonstrationen og automobilforeningerne med henblik på at begrænse de skadelige virkninger af demonstrationen. Offentligheden blev informeret om demonstrationen, der blev foreslået alternative (men længere) strækninger [7], og der blev indsat ekstra tog, således at transportvirksomheder kunne benytte »rullende landevejs«-transport gennem Brenneområdet. Der er dog ikke over for Domstolen blevet gjort rede for de nærmere detaljer ved disse foranstaltninger.

10. Under demonstrationen var motorvejen lukket for al trafik fra kl. 9 om morgenen den 12. juni til kl. 15.30 den 13. juni og åbnede for lastvognstrafik (som opfyldte

7 — Et alternativ via motorvejen over Tauern, som er blevet nævnt under sagen, har vist sig at gøre turen mellem München og Verona omkring 240 km længere (ca. 55-60%); forskellen vil naturligvis afhænge af udgangspunktet og bestemmelsesstedet i de enkelte tilfælde.

støjemissionsnormerne for nattetimerne) kl. 22 den 14. juni. I praksis påvirkede blokaden hovedsagelig køretøjer over 7,5 t, idet lettere køretøjer kunne benytte den parallelle hovedvej langs Brenner-korridoren (selv om denne vej muligvis var mere belastet end normalt på grund af blokaden og i alle tilfælde mindre egnet til fjerntrafik).

11. Schmidberger har anlagt sag mod den østrigske stat ved de østrigske domstole og har i alt væsentligt nedlagt påstand om, at myndighederne ikke har opfyldt deres forpligtelse til at garantere de frie varebevægelser i henhold til EF-traktaten og således ifalder et erstatningsansvar over for firmaet, idet dette blev forhindret i at anvende sine køretøjer på de transitstrækninger, det normalt benytter. Firmaet har krævet erstatning for ventetid, manglende indtjening og merudgifter i den forbindelse.

12. Den østrigske stat har først og fremmest fremført til sit forsvar, at myndighederne efter at have afvejet de berørte parters interesser traf en rimelig beslutning. De havde helt korrekt konkluderet, at demonstranterne i dette tilfælde kunne få lov til at udøve deres umistelige demokratiske ret til forsamlingsfrihed uden at skabe alvorlige eller vedvarende forhindringer for fjerntrafikken.

13. Schmidbergers sag blev i første omgang afvist med den begrundelse, at bevisbyrden vedrørende tabet ikke var opfyldt i overensstemmelse med gældende østrigsk lov. Ifølge Landesgericht Innsbruck var der intet bevis for, at demonstrationen havde forhindret en planlagt tur, og retten fandt det derfor ikke nødvendigt at undersøge nærmere, om staten kunne ifalde et erstatningsansvar efter fællesskabsretten, hvis en skade havde været påvist.

14. Efter at sagen er blevet anket, har Oberlandesgericht imidlertid vurderet, at den ikke kan afvises uden en nærmere undersøgelse af en række vigtige fællesskabsretlige aspekter, omkring hvilke den anmoder Domstolen om at træffe en kendelse:

»1) Skal principperne om frie varebevægelser efter artikel 28 EF (tidligere EF-traktatens artikel 30) ff. eller andre bestemmelser i fællesskabsretten fortolkes således, at en medlemsstat ubetinget er forpligtet til at holde vigtige transitstrækninger fri for alle begrænsninger og forhindringer — eller i det mindste i det omfang dette med rimelighed kan forlanges — således at medlemsstaten bl.a. skal nægte at give tilladelse til, at der afholdes en i forvejen anmeldt politisk demonstration på en transitstrækning, eller at demonstrationen i det mindste efter-

følgende skal opløses, hvis eller når den kan holdes et andet sted end på transitstrækningen uden at vække mindre opmærksomhed i offentligheden?

2) Foreligger der en tilstrækkelig grov tilsidesættelse af fællesskabsretten til, at en medlemsstat kan ifalde ansvar i henhold til fællesskabsrettens principper, forudsat også de øvrige betingelser herfor er opfyldt, såfremt denne medlemsstat har undladt at foretage en henvisning i sine nationale retsforskrifter vedrørende forsamlingsretten og forsamlingsfriheden gående ud på, at der ved en afvejning af forsamlingsfriheden og offentlighedens interesse også skal tages hensyn til fællesskabsrettens principper, navnlig de grundlæggende friheder, herunder særlig bestemmelserne om de frie varebevægelser, når denne undladelse medfører, at der gives tilladelse til at holde en politisk demonstration, som varer 28 timer, hvilket i kombination med et nationalt, generelt forbud mod helligdagskørsel medfører, at en vigtig transitstrækning for vejgodstransporten inden for Fællesskabet spærres i fire dage, bl.a. for størstedelen af lastbiltrafikken, bortset fra en kort afbrydelse på nogle få timer?

3) Foreligger der en tilstrækkelig grov tilsidesættelse af fællesskabsretten til, at medlemsstaten kan ifalde ansvar i henhold til fællesskabsrettens principper, forudsat også de øvrige betingelser herfor er opfyldt, såfremt en myndighed i denne medlemsstat har truffet en beslutning, hvorefter bestemmelserne i fællesskabsretten, navnlig bestemmelserne om de frie varebevægelser samt den almindelige forpligtelse til loyalt samarbejde i henhold til artikel 10 EF (tidligere EF-traktatens artikel 5) ikke er til hinder for at holde en politisk demonstration på 28 timer, som i kombination med et nationalt, generelt forbud mod helligdagskørsel medfører, at en vigtig transitstrækning for vejgodstransporten inden for Fællesskabet spærres i fire dage, bl.a. for størstedelen af lastbiltrafikken, bortset fra en kort afbrydelse på nogle få timer, hvilket har til følge, at der ikke udstedes forbud mod demonstrationen?

4) Skal et bestemt formål, som forfølges med en politisk demonstration, hvortil myndighederne har givet tilladelse, nemlig at sikre et sundt miljø og at henlede opmærksomheden på den sundhedsfare, befolkningen udsættes for ved en stadig stigende lastbiltrafik, prioriteres højere end de frie varebevægelser i henhold til artikel 28 EF?

5) Foreligger der et tab, som en stat ifalder erstatningsansvar for, hvis skadelidte kan godtgøre, at alle forudsætningerne for at opnå en fortjeneste er opfyldt, dvs. i det foreliggende tilfælde godtgøre, at han havde mulighed for at udføre grænseoverskridende varetrans-

porter med de lastbiler, der tilhører ham, men at disse blev blokeret i fire dage på grund af en demonstration, der varede 28 timer, men ikke kan påvise, at en nærmere angivet transport er faldet bort?

6) Såfremt spørgsmål 4 besvares benægtende:

Skal den forpligtelse til loyalt samarbejde, som påhviler de nationale myndigheder, navnlig de nationale domstole, i henhold til artikel 10 EF (tidligere EF-traktatens artikel 5), samt effektivitetsprincippet fortolkes således, at nationale, materiel- eller procesretlige forskrifter, som begrænser muligheden for at rejse et på fællesskabsretten baseret krav, såsom det her i sagen omhandlede erstatningskrav over for staten, ikke skal anvendes, så længe der ikke er skabt fuldstændig klarhed over indholdet af det fællesskabsretlige krav, om nødvendigt efter indhentning af en præjudiciel afgørelse fra Domstolen?«

15. Der er indgivet skriftlige indlæg og afgivet mundtlige indlæg for Domstolen af Schmidberger og den østrigske regering, både i dens egenskab af part i sagen ved den nationale domstol og, i overensstemmelse med artikel 20 i Domstolens statut, i dens egenskab af medlemsstat, af den græske, den italienske og den nederlandske regering samt af Kommissionen. Den finske regering har også afgivet mundtlige indlæg under retsmødet.

Formaliteten — Nationale bestemmelser om bevis for, at der foreligger skade — spørgsmål 5 og 6

16. I sagen ved den nationale ret har Schmidberger nedlagt påstand om betaling af erstatning for den skade, som hævdes at være forårsaget af den østrigske stats tilsidesættelse af sin forpligtelse til at sikre frie varebevægelser i overensstemmelse med artikel 28 EF. Selv om mange af de argumenter, der er fremlagt for Domstolen, har drejet sig om, i hvilket omfang og på hvilken måde denne forpligtelse skal bringes i overensstemmelse med udøvelsen af visse grundlæggende rettigheder, har den østrigske regering rejst et muligvis endnu mere grundlæggende problem i denne sag vedrørende bevis for, at der foreligger en skade, som betingelse for erstatning, idet den har rejst tvivl om, hvorvidt den præjudicielle anmodning kan antages til realitetsbehandling, og dette spørgsmål bør behandles først.

17. Den østrigske regering har i det væsentlige gjort gældende, at eftersom Schmidberger ikke har været i stand til at påvise, at der foreligger en konkret skade, er der ingen grund til at stille spørgsmålet, om de øvrige betingelser for statens erstatningsansvar er opfyldt.

18. Der er to aspekter i det spørgsmål eller den række af spørgsmål, der rejses her, nemlig på den ene side spørgsmålet, om den præjudicielle anmodning kan antages til realitetsbehandling, og på den anden side spørgsmålet, om en national bestemmelse eller nationale bestemmelser, som kan medføre afvisning af en erstatningssag uden en fuldstændig undersøgelse af påstandens indhold, er forenelige med fællesskabsretten. Den østrigske regering har rejst dette punkt i forbindelse med den nationale rets spørgsmål 5, og det er ligeledes relevant i forbindelse med spørgsmål 6. Jeg vil derfor først se nærmere på spørgsmål 5 og 6 umiddelbart efter at have behandlet spørgsmålet, om forelæggelseskendelsen i sig selv kan antages til realitetsbehandling, da disse spørgsmål er tæt forbundet med hinanden.

19. Inden denne undersøgelse vil jeg dog give en kort redegørelse for Domstolens retspraksis i den forbindelse.

En medlemsstats ansvar i forbindelse med tilsidesættelse af fællesskabsretten: ret til erstatning

20. Siden Francovich m.fl.-dommen [8] står det klart, at medlemsstater kan ifalde erstatningsansvar over for en skadelidt i forbindelse med tilsidesættelse af fællesskabsretten. De bestemmelser, der gælder i forbindelse med dette ansvar, er nærmere forklaret i en række sager — måske mest omfattende i Brasserie du pêcheur-dommen [9]. Det fremgår af disse domme, at bestemmelserne svarer til bestemmelserne vedrørende Fællesskabets ansvar uden for kontraktforhold i henhold til artikel 288 EF, således som de er blevet udviklet i Domstolens praksis [10].

21. Fællesskabsretten tillægger borgeren ret til erstatning, når tre forudsætninger er opfyldt, nemlig at den lovbestemmelse, der er overtrådt, skal have til formål at tillægge borgerne rettigheder; overtrædelsen skal være tilstrækkelig kvalificeret; og der skal være en direkte årsagsforbindelse mellem overtrædelsen af den forpligtelse, der påhviler staten, og den skadelidtes tab [11].

22. Disse tre forudsætninger er nødvendige og tilstrækkelige til, at borgerne har en ret til erstatning, som følger direkte af fællesskabsretten, selv om staten også kan ifalde ansvar efter mindre restriktive betingelser i henhold til national ret. Staten skal gennemføre sit erstatningsansvar for det forvoldte tab efter nationale erstatningsregler, dog således, at betingelserne i medlems-

8 — Domstolens dom af 19.11.1991, forenede sager C-6/90 og C-9/90, Sml. I, s. 5357.

9 — Dom af 5.3.1996, forenede sager C-46/93 og C-48/93, Brasserie du pêcheur og Factortame m.fl., Sml. I, s. 1029, herefter »Brasserie du pêcheur«-dommen.

10 — Præmis 41-43 i Brasserie du pêcheur-dommen.

11 — Samme dom, præmis 47 og 51.

staternes nationale lovgivning for erstatning af tab ikke må være mindre gunstige end de betingelser, der gælder for tilsvarende søgsmål på grundlag af national ret, og ikke må være udformet således, at de i praksis gør det umuligt eller urimeligt vanskeligt at opnå erstatning [12].

23. Det tilkommer den nationale retsorden i hver enkelt medlemsstat at fastsætte kriterier, der gør det muligt at fastlægge erstatningens omfang, som dog skal stå i passende forhold til det lidte tab, for at sikre en effektiv beskyttelse af den skadelidtes rettigheder. Kriterierne må ikke være mindre gunstige end dem, der gælder for tilsvarende søgsmål på grundlag af national ret, og må ikke være udformet således, at de i praksis gør det umuligt eller urimeligt vanskeligt at opnå erstatning. Den nationale retsinstans kan undersøge, om den skadelidte på passende måde har søgt at undgå eller begrænse tabet eller skaden, men tab af chancer for fortjeneste kan ikke fuldstændig udelukkes fra de tab, der kan kræves erstattet, da en sådan udelukkelse specielt ved tvister af økonomisk eller forretningsmæssig karakter ville gøre det umuligt at erstatte tabet [13].

24. Borgeren er således ifølge fællesskabsretten tillagt en ret til erstatning, når tre forudsætninger er opfyldt. Håndhævelsen af disse rettigheder afhænger imidlertid, såfremt visse betingelser er opfyldt, hovedsagelig af de nationale retsinstanser og nationale procesretlige bestemmelser. Det nationale system skal i særdeleshed respektere ækvivalensprincippet (de kriterier, der gælder, må ikke være mindre gunstige end de betingelser, der gælder for tilsvarende søgsmål på grundlag af national ret) og effektivitetsprincippet (det må ikke i praksis være umuligt eller urimeligt vanskeligt at opnå erstatning).

Forelæggelseskendelsen og parternes argumenter

25. Med spørgsmål 5 i forelæggelseskendelsen ønsker den nationale ret i alt væsentligt oplyst, om en virksomhed i Schmidbergers position skal have ret til at kræve erstatning, hvis den kan godtgøre, at den ville have kunnet opnå en fortjeneste, hvis den påståede tilsidesættelse af fællesskabsretten ikke havde fundet sted (naturligvis under forudsætning af at det kan fastslås, at der foreligger en tilsidesættelse), men ikke kan godtgøre, at tilsidesættelsen faktisk hindrede den i at opnå en specifik fortjeneste. Den nationale ret har i begrundelsen desuden klart givet udtryk for usikkerhed omkring bestemmelserne i fællesskabsretten om vurderingen af tabets størrelse, dvs. om det er tilladt i de nationale bestemmelser kun at give ret til erstatning for en specifik skade, som kan identificeres og opgøres i tal, eller om det også er muligt at give erstatning, for eksempel med et fast beløb, for perioder med ventetid uden mulighed for indtjening, selv om der ikke kan påvises et tab af specifikke indtjeningsmuligheder.

12 — Samme dom, præmis 66 og 67.

13 — Samme dom, præmis 82-87. Jf. desuden dom af 8.3.2001, forenede sager C-397/98 og C-410/98, Metallgesellschaft m.fl., Sml. I, s. 1727, præmis 91.

26. Med spørgsmål 6 ønskes det i alt væsentligt oplyst, om en national ret, for hvilken der indbringes et søgsmål om erstatning for påståede tab, der kan tilskrives statens tilsidesættelse af fællesskabsretten, kan afvise dette søgsmål uden først at undersøge de fællesskabsretlige aspekter, hvis betingelserne for retten til erstatning i de nationale bestemmelser ikke kan opfyldes. Den forelæggende ret stiller dette spørgsmål af hensyn til de nationale myndigheders, herunder domstolenes, pligt til at sikre, at traktatforpligtelserne i henhold til artikel 10 EF opfyldes, og nødvendigheden af, at effektivitetsprincippet respekteres i forbindelse med sådanne søgsmål. Den forelæggende ret ønsker især svar på spørgsmålet, om de østrigske bestemmelser vedrørende dokumentation for et erstatningssøgsmål, som lå til grund for afvisningen af Schmidbergers søgsmål i førsteinstansen, eventuelt er for strenge til at være i overensstemmelse med effektivitetsprincippet og måske uretmæssigt udelukker søgsmål, som der er grundlag for i fællesskabsretten.

27. Den østrigske regering har understreget, at det tilkommer den nationale lovgivning at fastsætte kriterierne for beregningen af omfanget af erstatning under forudsætning af, at ækvivalensprincippet og effektivitetsprincippet respekteres. Ifølge østrigsk lov foreligger der kun ret til erstatning for reelle, ikke hypotetiske, skader. Schmidbergers sag blev afvist i første instans, fordi der ikke var påvist en sådan reel skade. Dette kriterium anvendes på samme måde for søgsmål i henhold til national ret som for søgsmål i henhold til fællesskabsretten, så der er ikke tale om en tilsidesættelse af ækvivalensprincippet. Det kan heller ikke hævdes, at dette kriterium gør en påstand om ret til erstatning umulig eller urimeligt vanskelig, eftersom det længe har været anvendt i Østrig uden at give anledning til problemer eller kritik. Den omstændighed, at det ikke er blevet påvist, at der foreligger en reel skade, udgør en absolut hindring for en erstatningssag, så den forelæggende rets spørgsmål er uden betydning for sagens afgørelse eller er i hvert fald blevet rejst for tidligt, hvis sagen sendes tilbage til Landesgericht for at få fastslået yderligere faktiske omstændigheder.

28. Schmidberger har hævdet, at virksomheden er i stand til at bevise, at syv konkrete transporter blev forhindret af blokaden, men at det under alle omstændigheder må være muligt at få kompensation for tab af fortjeneste i en sag mod staten om tilsidesættelse af fællesskabsretten. For at sikre en effektiv beskyttelse af skadelidtes rettigheder kan udgangspunktet for en sådan kompensation være faste beløb afhængigt af længden af ventetider uden mulighed for fortjeneste. Ved at afvise søgsmålet i den foreliggende sag alene på grundlag af nationale bestemmelser uden at undersøge, om sagen var berettiget i henhold til fællesskabsretten, har den nationale domstol i første instans helt omgået fællesskabsretten. En sådan omgåelse fra en national domstols side udgør en tilsidesættelse af forpligtelsen til at samarbejde i henhold til artikel 10 EF, som kræver, at de nationale domstole til fulde undersøger de fællesskabsretlige aspekter og om nødvendigt anmoder Domstolen om en præjudiciel afgørelse, inden de afviser et sådant søgsmål.

Gennemgang

a) Den præjudicielle anmodnings antagelse til realitetsbehandling

29. Jeg deler ikke den østrigske regerings tvivl med hensyn til dette spørgsmål.

30. I henhold til Domstolens faste praksis tilkommer det udelukkende den nationale ret at vurdere, såvel om en præjudiciel afgørelse er nødvendig som relevansen af de spørgsmål, den forelægger Domstolen; når disse spørgsmål vedrører fortolkningen af fællesskabsretten, er Domstolen principielt forpligtet til at træffe afgørelse herom. Den kan dog i særlige undtagelsestilfælde med henblik på at efterprøve sin egen kompetence undersøge de omstændigheder, hvorunder den nationale domstol har forelagt sagen, men kan kun afslå at træffe afgørelse vedrørende et præjudicielt spørgsmål, når det klart fremgår, at den ønskede fortolkning savner enhver forbindelse med realiteten i hovedsagen eller dennes genstand, når problemet er af hypotetisk karakter, eller når Domstolen ikke råder over de faktiske og retlige oplysninger, som er nødvendige for, at den kan foretage en saglig korrekt besvarelse [14]. I denne sag har den østrigske regering i det væsentlige gjort gældende, at problemet er af hypotetisk karakter.

31. Den østrigske regering har imidlertid selv anført, at det muligvis kan blive nødvendigt at fastslå yderligere faktiske omstændigheder. Da sådanne omstændigheder kunne være overflødige, hvis det skulle vise sig, at der ikke kan findes grundlag for et sådant søgsmål i fællesskabsretten, er det følgelig ikke urimeligt, at den forelæggende ret ønsker at få klarlagt alle de aspekter af fællesskabsretten, som kunne være relevante i den foreliggende sag, før den træffer beslutning, om yderligere beviser skal undersøges. Domstolens besvarelser kan få betydning, når denne afgørelse skal træffes, eller være afgørende på et senere tidspunkt i retsforhandlingerne. Set i sammenhæng med sagen er spørgsmålene ikke af hypotetisk karakter, selv om det muligvis senere vil vise sig, at de ikke alle vil være til hjælp, når der skal træffes en afgørelse. Desuden tilkommer det den nationale ret at afgøre, på hvilket stadium af retsforhandlingerne en anmodning om en præjudiciel afgørelse skal forelægges Domstolen [15].

b) Spørgsmål 5 og 6

32. Disse spørgsmål vedrører anvendelsen af nationale bestemmelser om dokumentation for de af sagsøgeren lidte tab og især risikoen for, at de kan forhindre en yderligere undersøgelse af et erstatningssøgsmål i henhold til fællesskabsretten.

14 — Jf. i den henseende den nyligt afsagte dom af 19.2.2002, sag C-35/99, Arduino, Sml. I, s. 1529, præmis 24 og 25 samt den deri angivne retspraksis.

15 — Jf. f.eks. dom af 30.3.2000, sag C-236/98, JämO, Sml. I, s. 2189, præmis 28-34, især præmis 30 og 32 samt den deri angivne retspraksis.

33. Som anført ovenfor reguleres sådanne søgsmål af national ret dog med forbehold af, at ækvivalensprincippet og effektivitetsprincippet respekteres. Eftersom det ikke er hævdet, at der er tale om forskelsbehandling hverken med hensyn til retsmidlerne eller proceduren, foreligger der ikke nogen overtrædelse af ækvivalensprincippet. Det er således tilstrækkeligt at vurdere, om effektivitetsprincippet er overholdt. Følgende redegørelse kan måske være en støtte for den nationale ret i dens behandling af sagen.

34. Fællesskabsretten kræver erstatning, når tre betingelser er opfyldt: (i) der skal foreligge en tilstrækkelig kvalificeret overtrædelse fra statens side (ii) af en lovbestemmelse, som har til formål at tillægge borgeren rettigheder, og (iii) der skal være en direkte årsagsforbindelse mellem overtrædelsen og den skadelidtes tab. I den tredje betingelse er indbygget kravet om eksistensen af en skade [16]; hvis der ikke foreligger en skade, eller det ikke kan godtgøres, at der foreligger en skade, vil ethvert søgsmål om erstatning blive afvist. Derfor er det vigtigt for at kunne overholde effektivitetsprincippet, at nationale bestemmelser ikke gør det umuligt eller urimeligt vanskeligt at opnå erstatning for, eller bevise eksistensen af, en bestemt type skade. Hvis dette er tilfældet, må de ikke anvendes, hverken før eller efter de øvrige fællesskabsretlige aspekter er taget i betragtning.

35. Der er i den forbindelse ingen grund til at undersøge de tre betingelser for statens erstatningsansvar i en bestemt rækkefølge. Eftersom de er kumulative, vil søgsmålet blive afvist, hvis en af dem ikke er opfyldt. Hvis der ikke kan påvises en skade (og/eller en årsagsforbindelse), er det ikke nødvendigt at behandle spørgsmålet, om en fællesskabsretlig bestemmelse, som har til formål at tillægge borgeren rettigheder, er blevet tilsidesat, eller hvorvidt denne overtrædelse var tilstrækkelig kvalificeret. Tværtimod ville de procesøkonomiske hensyn tale imod en sådan fremgangsmåde.

36. Den forelæggende ret ønsker oplyst, om Schmidberger, selv om firmaet ikke har været i stand til at godtgøre, at en bestemt transport blev forhindret, skal have mulighed for at indgive et søgsmål om erstatning for tab af fortjeneste, hvis firmaet blot kan påvise, at det ville have haft mulighed for fortjeneste, hvis det ikke havde været for denne påståede overtrædelse af fællesskabsretten. Det er imidlertid vanskeligt at vejlede den nationale domstol på den mest hensigtsmæssige måde uden mere præcise oplysninger om indholdet og virkningerne af de nationale bestemmelser, som kan

16 — Principielt må det formodes, at skaden i nogen grad har karakter af en økonomisk skade, som kan værdiansættes eller beregnes, i hvert fald tilnærmelsesvis. Spørgsmålet, om et erstatningskrav også kan komme på tale, når der foreligger en ikke-økonomisk skade såsom smerte eller skade på omdømme, er tilsyneladende endnu ikke undersøgt; i praksis forekommer det dog usandsynligt, at en sådan skade skulle kunne opstå som følge af statens tilsidesættelse af en bestemmelse i fællesskabsretten, som har til formål at tillægge borgeren rettigheder.

være til hinder for indgivelsen af dette søgsmål [17].

37. Ikke desto mindre står det klart, at en erhvervsdrivende, der forhindres i at udøve virksomhed, lider et økonomisk tab og principielt skal have mulighed for at opnå erstatning herfor. Hvis Schmidberger blev forhindret i at udøve virksomhed på grund af de østrigske myndigheders tilsidesættelse af fællesskabsretten, må østrigsk lovgivning ikke udelukke erstatning.

38. Schmidbergers påstande om, at det blev forhindret i at udføre en række transporter, som kan påvises, blev åbenbart hovedsagelig afvist af Landesgericht med den begrundelse, at firmaets anbringender blev ændret under retssagen, og fordi datoen på en række af de fremlagte dokumenter var blevet rettet, efter de var udfærdiget, hvilket mindskede troværdigheden af firmaets påstande.

39. Oberlandesgerichts frygt for, at håndhævelsen af forpligtelsen ifølge østrigsk ret til fuldt ud og på korrekt måde at angive alle nødvendige kendsgerninger til støtte for en påstand og fremlægge en fuldstændig og korrekt argumentation muligvis kunne hindre en undersøgelse af det fællesskabsretlige aspekt, forekommer mig ikke at være relevant i forbindelse med så specifikke anbringender. Hvis en sagsøger baserer et søgsmål på annulleringen af et antal konkrete kontrakter, er det vanskeligt at se, hvordan et krav om, at han skal føre sin sag og fremlægge tilstrækkeligt bevis på korrekt måde, på nogen måde kan gøre det urimeligt vanskeligt at gøre et krav gældende.

40. Derudover tilkommer det den pågældende nationale ret at vurdere parternes troværdighed. Der er intet, der tyder på, at der er anvendt kriterier, som kunne gøre det urimeligt vanskeligt at gøre et krav gældende, eller at der er blevet anvendt andre kriterier end rettens uvildige og objektive vurdering.

41. Den omstændighed, at der ikke kan fremlægges bevis for, at konkrete kontrakter er blevet annulleret, er imidlertid ikke ensbetydende med, at Schmidberger ikke kan have lidt et tab. Den forelæggende ret har foreslået, at et sådant tab måske kunne godtgøres ved hjælp af en revisionsberetning eller ved vidneudsagn fra sagsøgerens regnskabsfører. Disse beviser kunne også være af værdi, når omfanget af eventuelle tab skulle fastslås.

42. Landesgericht afviste tilsyneladende Schmidbergers tilbud om at fremskaffe en

17 — Det lader til, at der i § 1293 i den østrigske borgerlige lovbog (ABGB) skelnes mellem faktisk skade og tabt fortjeneste (damnum emergens og lucrum cessans), og at denne forskel kan være af betydning ved bevisførelsen. Jf. U. Magnus (red.), *Unification of Tort Law: Damages* (2001), Kluwer/European Centre of Tort and Insurance Law, s. 10 og 11.

skriftlig erklæring fra firmaets skatterådgiver med den begrundelse, at en sådan erklæring ikke ville være en ekspertudtalelse, men blot en redegørelse for rådgiverens informationer og vurdering, som ikke ville kunne bekræftes uden yderligere beviser, og at den under alle omstændigheder skulle fremlægges direkte og mundtligt for domstolen i overensstemmelse med principperne i østrigsk civilprocesret.

43. Et krav om, at beviser skal føres direkte og mundtligt for domstolen vil næppe gøre det urimeligt vanskeligt at gøre et krav gældende — dette forekommer faktisk at være den mest sædvanlige fremgangsmåde i retssager i mange retssystemer. At det er umuligt at fremlægge en bestemt type beviser vil dog under visse omstændigheder kunne anses for at være en hindring. Hvis et vidneudsagn fra en regnskabsfører er den eneste måde, hvorpå et økonomisk tab i en bestemt periode kan påvises, vil en bestemmelse, der hindrer fremlæggelse af sådanne beviser, være til hinder for et erstatningskrav. Dette ville imidlertid kun være tilfældet, hvis der ikke fandtes nogen anden måde at påvise de samme kendsgerninger på, som ikke var urimeligt byrdefuld.

44. I den forbindelse bør det erindres, at bevisbyrden almindeligvis ligger hos sagsøgeren. Det kan imidlertid ikke accepteres, at processuelle regler gør denne bevisbyrde så vanskelig, at søgsmål, der er berettiget ifølge fællesskabsretten, umuliggøres som f.eks. i San Giorgio-dommen [18], hvori Domstolen fastslog, at når en afgift er blevet opkrævet i strid med fællesskabsretten, er en formodning eller bevisregel, der pålægger den afgiftspligtige byrden ved at bevise, for at opnå tilbagebetaling, at afgiften ikke er blevet overvæltet på andre retssubjekter, eller udelukkelse af ethvert andet bevismiddel, ikke acceptabelt.

45. Et andet konkret spørgsmål, som den forelæggende ret har rejst, drejer sig om, hvorvidt der kan gives en erstatning udregnet for eksempel på grundlag af et fast beløb for hver time, hver enkelt lastbil holdt stille, hvis det kan påvises, at fortjenstmuligheder er mistet, men hvor det ikke er muligt med sikkerhed at fastlægge den nøjagtige størrelse af tabet.

46. Det tilkommer ikke Domstolen at påtvinge de nationale retssystemer en bestemt metode til beregning af erstatning. Lad mig blot erindre om, at erstatningen skal stå i passende forhold til det tab, der er lidt. Det almindelige princip for beregning af økonomisk erstatning indebærer en sammenligning mellem den skadelidtes situation, som den er nu, og hvordan den (rent hypotetisk) ville have været, hvis den pågældende skade ikke var indtruffet [19]. Hvis det i praksis er umuligt at foretage en sådan nøjagtig beregning, forekommer det rimeligt at anvende en form for abstrakt beregnet fast beløb under forudsætning af, at det »står i passende forhold til det lidte tab«.

18 — Dom af 9.11.1983, sag 199/82, Sml. s. 3595, især præmis 14.

19 — Jf. Magnus, s. 195 ff. samt de deri anførte henvisninger.

47. I forbindelse med spørgsmålene omkring bevisførelse skal det bemærkes, at en sagsøger i Schmidbergers situation skal påvise en årsagsforbindelse mellem den pågældende overtrædelse og det lidte tab, og overvejelser som de ovenstående vil gælde ved vurderingen af spørgsmålet, om de pågældende nationale bestemmelser er acceptable.

48. Endelig, hvis alle betingelser for erstatning er opfyldt, vil det helt klart ikke være i strid med effektivitetsprincippet, at den nationale ret tager Schmidbergers egen handlemåde med i betragtningerne ved at undersøge, om firmaet på passende måde har søgt at undgå eller begrænse tabet eller skaden [20] især ved at undersøge muligheden for at anvende andre tilgængelige veje eller transportformer.

49. Svarene på spørgsmål 5 og 6 kan sammenfattes således:

— Når en sagsøger kan påvise, at han har lidt tab eller skade, som gennem en direkte årsagsforbindelse kan tilskrives en tilstrækkelig kvalificeret overtrædelse af en bestemmelse i fællesskabsretten, som har til formål at tillægge borgeren rettigheder, har denne i henhold til fællesskabsretten ret til erstatning fra staten.

— Et sådant tab eller en sådan skade omfatter tab af mulighed for en fortjeneste, hvis alle øvrige betingelser for at opnå erstatning er opfyldt.

— Nationale bestemmelser, der begrænser mulighederne for at kræve erstatning for et sådant tab eller en sådan skade eller gør det umuligt eller urimeligt vanskeligt for sagsøger at fastslå eksistensen eller omfanget af en skade, må ikke anvendes, hverken før eller efter en undersøgelse af de øvrige fællesskabsretlige aspekter.

— Når en sagsøger, selv om sådanne bestemmelser ikke findes, imidlertid ikke er i stand til at fastslå eksistensen af et tab eller en skade, behøver den nationale ret, der behandler kravet, ikke at tage de øvrige fællesskabsretlige aspekter i betragtning.

— Erstatningen skal stå i passende forhold til det lidte tab, men kan beregnes på grundlag af et fast beløb, hvis det ikke er muligt nøjagtigt at fastsætte den økonomiske værdi af tabet.

20 — Muligheden for dette er udtrykkeligt fastslået i Brasserie du pêcheur-dommen, præmis 84.

Frie varebevægelser og politiske demonstrationer — »En tilstrækkelig kvalificeret overtrædelse« af fællesskabsretten — spørgsmål 1-4

50. Med de fire første spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere oplysninger om en række spørgsmål, som hænger sammen, og som vil blive aktuelle, hvis det kan fastslås, at der foreligger en skade og en direkte årsagsforbindelse, og der skal træffes afgørelse, om de østrigske myndigheder har gjort sig skyldige i en tilstrækkelig kvalificeret overtrædelse af fællesskabsretten og dermed ifalder et erstatningsansvar over for Schmidberger.

51. Den forelæggende ret ønsker for det første oplyst (spørgsmål 1), om en medlemsstat er forpligtet ifølge artikel 28 EF til at holde vigtige transitstrækninger åbne for trafikken for at kunne sikre frie varebevægelser, og i hvilket omfang den har pligt til at forbyde politiske demonstrationer, der blokerer disse transitstrækninger. Dernæst ønsker den forelæggende ret i forbindelse med de faktiske omstændigheder i hovedsagen oplyst, om enten (spørgsmål 2) den omstændighed, at der ikke findes en retlig bestemmelse, som kræver, at princippet om frie varebevægelser skal tages i betragtning ved afvejningen af forsamlingsfriheden og offentlighedens interesse, eller (spørgsmål 3) den omstændighed, at en myndighed afgør, at der ikke findes nogen bestemmelse i fællesskabsretten, som er til hinder for afholdelsen af en sådan demonstration, kan udgøre en så tilstrækkelig kvalificeret overtrædelse af fællesskabsretten, at medlemsstaten ifalder et erstatningsansvar. Endelig ønsker den oplyst (spørgsmål 4), om en demonstration, hvis formål er miljøbeskyttelse, skal prioriteres højere end fællesskabsbestemmelserne om frie varebevægelser.

52. Spørgsmål 2 og 4 kan til en indledning for en stor del besvares ganske kort.

53. Som især den græske regering og Kommissionen har påpeget, og som den forelæggende ret selv har bemærket, er de nationale myndigheder for det første under alle omstændigheder forpligtet til at handle i overensstemmelse med EF-traktatens bestemmelser. Traktatbestemmelser, som har direkte virkning, behøver ikke vedtages specielt i den nationale lovgivning. I kraft af fællesskabsrettens forrang går disse bestemmelser desuden forud for enhver bestemmelse i national lovgivning, som er uforenelig dermed [21]. I nærværende sag er det således kun den omstændighed, at der blev givet tilladelse til demonstrationen, der kan udgøre en tilsidesættelse af disse bestemmelser fra de nationale myndigheders side, og ikke den omstændighed, at lovgiver har undladt at angive nødvendigheden af at tage traktaten i betragtning.

54. Selv om der helt klart må lægges stor vægt på beskyttelse af sundhed og miljø i

21 — Jf. f.eks. dom af 28.6.2001, sag C-118/00, Larsy, Sml. I, s. 5063, præmis 50-53.

alpeområdet, foreligger der for det andet ikke nogen direkte konflikt mellem denne beskyttelse og de frie varebevægelser i det spørgsmål, der skal afgøres her. Efter min opfattelse er demonstrationens formål uden betydning ved vurderingen af medlemsstatens eventuelle erstatningsansvar. Det vil fremgå af nedenstående, at selv om en medlemsstat kan gøre sig skyldig i tilsidesættelse af fællesskabsretten, når hindringer for de frie varebevægelser skyldes private aktioner[22], så er dette et resultat af medlemsstatens egen manglende indgriben for at forhindre disse aktioner. Så for så vidt som spørgsmålet om formål spiller nogen rolle, er det udelukkende myndighedernes formål med at tillade demonstrationen, der skal tages i betragtning, og det lader til, at myndighederne handlede ud fra hensynet til demonstranternes grundlæggende ret til ytringsfrihed og forsamlingsfrihed. Det konkrete formål med udøvelsen af disse rettigheder er uden betydning.

55. Der er således ingen grund til at besvare den forelæggende rets fjerde spørgsmål i den form, det er stillet her. Nationale myndigheders mulighed for at tage demonstranternes grundlæggende rettigheder i betragtning er imidlertid et spørgsmål, der også er blevet rejst af den forelæggende ret, og som diskuteres indgående i indlæggene til Domstolen, og det kræver en nærmere undersøgelse.

56. De spørgsmål, der skal tages op, er derfor, om:

i) en midlertidig lukning af en vigtig transitstrækning, som skyldes en privat demonstration, som har fået tilladelse af myndighederne i en medlemsstat, skal betragtes som en begrænsning af de frie varebevægelser, som kan henføres til medlemsstaten og således er omfattet af artikel 28 EF ff.

ii) en sådan begrænsning af de frie varebevægelser ikke desto mindre kan begrundes i demonstranternes grundlæggende rettigheder

iii) det, hvis en overtrædelse af artikel 28 EF ff. kan påvises, vil udgøre en tilstrækkelig kvalificeret overtrædelse fra den pågældende medlemsstats side, som dermed ifalder et erstatningsansvar for eventuelle skader i forbindelse dermed.

22 — Dom af 9.12.1997, sag C-265/95, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 6959, især præmis 31 og 32. Jf. i en anden sammenhæng dom af 21.9.1989, sag 68/88, Kommissionen mod Grækenland, Sml. s. 2965, præmis 22-28. Punkt 68 ff. nedenfor indeholder mere fuldstændige overvejelser vedrørende dette.

Begrænsning af de frie varebevægelser

57. I henhold til artikel 3, stk. 1, litra c), EF skal Fællesskabet udgøre »et indre marked ved fjernelse af hindringerne for den frie bevægelighed for varer [...] mellem medlemsstaterne«.

58. Ifølge artikel 14, stk. 2, EF indebærer dette indre marked »et område uden indre grænser med fri bevægelighed for varer«.

59. Under afsnittet »Frie varebevægelser« forbyder artikel 28 EF kvantitative indførselsrestriktioner såvel som alle foranstaltninger med tilsvarende virkning mellem medlemsstaterne, og artikel 29 EF forbyder kvantitative udførselsrestriktioner såvel som alle foranstaltninger med tilsvarende virkning.

60. Artikel 10 EF bestemmer:

»Medlemsstaterne træffer alle almindelige eller særlige foranstaltninger, som er egnede til at sikre opfyldelsen af de forpligtelser, som følger af denne traktat, eller af retsakter foretaget af Fællesskabets institutioner. De letter Fællesskabet gennemførelsen af dets opgaver.

De afholder sig fra at træffe foranstaltninger, der er egnede til at bringe virkeliggørelsen af denne traktats målsætning i fare.«

61. Der er to problemstillinger, som er relativt ukomplicerede.

62. For det første omfatter princippet om de frie varebevægelser i henhold til artikel 3, stk. 1, litra c), EF, artikel 14, stk. 2, EF og artikel 28 EF ff. både import, eksport og varer i transit. Med hensyn til varer i transit er dette indbygget i artikel 30 EF og understøttes af Domstolens praksis[23]. I nærværende sag er det derfor ikke relevant, om lukningen af Brenner-motorvejen ramte import eller eksport til og fra Østrig eller kun godstransport i transit gennem Østrig.

63. For det andet kan en medlemsstats midlertidige blokade af en vigtig transitstrækning muligvis udgøre en begrænsning af de frie varebevægelser. Domstolen har

23 — Jf. f.eks. dom af 26.9.2000, sag C-23/99, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 7653.

fastslået, at artikel 28 EF tilsigter at afskaffe enhver direkte eller indirekte, aktuel eller potentiel hindring for import i samhandelen inden for Fællesskabet[24]. Domstolen har ligeledes fastslået, at foranstaltninger, der forsinker varebevægelserne mellem medlemsstaterne, begrænser de frie varebevægelser[25]. Jeg er enig med den østrigske regering i, at der ikke er tale om en absolut forpligtelse til at sikre, at varer, selv på vigtige transitstrækninger, til enhver tid og for enhver pris kan passere uden hindring, således at det altid vil udgøre en tilsidesættelse af fællesskabsretten, hvis denne forpligtelse ikke opfyldes. Forsinkelser, der f.eks. skyldes nødvendigt vejarbejde, er almindelige hændelser i forbindelse med vejtransporter, hvis årsag kan være uundgåelig. Årsagen til den pågældende midlertidige blokade af Brenner-motorvejen var imidlertid ikke en almindelig hændelse i forbindelse med vejtransporter, og blokaden var ikke uundgåelig. Den pågældende blokade skulle derfor principielt kunne udgøre en begrænsning af de frie varebevægelser.

64. Der er muligvis endnu to punkter, der kræver en nærmere undersøgelse, nemlig spørgsmålet, hvorvidt virkningerne af den pågældende blokade var tilstrækkelig omfattende til, at forbuddet i traktaten træder i kraft, og hvorvidt den pågældende blokade kan tilskrives de østrigske myndigheder.

Bagatelreglen

65. Generelt siger man, at der ikke findes nogen bagatelregel i forbindelse med artikel 28 EF. Men som jeg tidligere har gjort opmærksom på[26], har Domstolen accepteret, at visse restriktive virkninger kan være så usikre og indirekte, at de ikke kan betragtes som en foranstaltning, der er egnet til at hindre samhandelen. Jeg vil mene, at de også kan være så ubetydelige og forbigående, at de falder ind under den samme kategori. For eksempel ville det sandsynligvis være udelukket, at en kortvarig forsinkelse i trafikken på en vejstrækning, der af og til anvendes til transporter mellem medlemsstaterne, på nogen måde skulle kunne være omfattet af artikel 28 EF. En længere afbrydelse på en vigtig transitstrækning kan imidlertid give anledning til en anden vurdering.

66. I nærværende sag ved vi ikke nøjagtigt, i hvilket omfang handelen over Alperne faktisk blev forhindret af forsinkelser og ekstra omkostninger. Så vidt det vides, er det kun Schmidberger, der har klaget over blokaden, dog indtil videre uden at kunne påvise, at der er indtrådt nogen reel skade. Der passerer imidlertid årligt cirka 33 mio. tons gods gennem Brenner-passet, hovedsagelig i forbindelse med samhandel inden

24 — Jf. f.eks. dommen af 9.12.1997 i sagen Kommissionen mod Frankrig, anført i fodnote 22, præmis 29.

25 — Dommen af 26.9.2000 i sagen Kommissionen mod Frankrig, anført i fodnote 23, præmis 22.

26 — I mit forslag til afgørelse i sag C-379/98, Preussen Elektra, Sml. 2001 I, s. 2099, punkt 204; jf. dom af 18.6.1998, sag C-266/96, Corsica Ferries France, Sml. I, s. 3949, præmis 31, af 21.9.1999, sag C-44/98, BASF, Sml. I, s. 6269, præmis 16, og af 13.1.2000, sag C-254/98, TK-Heimdienst, Sml. I, s. 151, præmis 30.

for Fællesskabet[27]. Dette udgør, især i betragtning af restriktionerne for kørsel i weekender og nattetimer, en ikke ubetydelig handelsaktivitet selv i løbet af en 28-timers periode, hvor vejen normalt ville have været åben. Desuden bør det erindres, at stort set hele Italiens landtransportbaserede handel med resten af Fællesskabet skal foregå på en af de meget få veje gennem Alperne.

67. Hvis der kan siges at eksistere en bagatelregel, er det min opfattelse, at en blokade som den pågældende på baggrund af ovenstående må anses for at være for omfattende en hindring for de frie varebevægelser til at kunne falde ind under denne regel.

— Spørgsmålet, om blokaden kan tilskrives de østrigske myndigheder

68. Den begrænsning, som denne sag handler om, er først og fremmest et resultat af enkeltpersoners selvstændige og frivillige handlinger og kun sekundært af den omstændighed, at de østrigske myndigheder har givet tilladelse til demonstrationen. Kan blokaden af Brenner-motorvejen (også) tilskrives disse myndigheder?

69. I dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig[28] tog Domstolen stilling til de franske myndigheders manglende indgriben over for voldshandlinger begået af enkeltpersoner og militante bevægelser inden for det franske landbrug, som var rettet mod landbrugsprodukter fra andre medlemsstater. Der var bl.a. tale om standsning og tilbageholdelse af lastbiler, der i Frankrig transporterede landbrugsprodukter fra andre medlemsstater, og destruktion af disses last, om vold mod lastbilchaufførerne, om trusler mod franske supermarkeder, der forhandlede landbrugsprodukter fra andre medlemsstater, og om beskadigelse af sådanne varer på hylderne i forretninger i Frankrig[29].

70. Domstolen konstaterede, at artikel 28 EF ikke alene forbyder statslige foranstaltninger, men sammenholdt med artikel 10 EF ligeledes finder anvendelse i de tilfælde, hvor en medlemsstat undlader at træffe de fornødne foranstaltninger til at gribe ind over for hindringer for de frie varebevægelser, som skyldes enkeltpersoner i medlemsstaten. På baggrund af medlemsstaternes enekompetence for så vidt angår opretholdelsen af den offentlige orden og den indre sikkerhed råder disse over et skøn med hensyn til vurderingen af, hvilke foranstaltninger der i en bestemt situation må anses for de mest egnede, men Domstolen har, med respekt for dette skøn, kompe-

27 — Tal fra 1999, opgivet i *Lack of coherence in forecasting traffic growth — The case of Alpine Traffic* (CEMT/CM(2001)21), rapport forelagt for Ministerrådet for den europæiske konference for transportministrene i Lissabon den 29. og 30.5.2001, s. 59 og s. 72.

28 — Se fodnote 22.

29 — Præmis 2 i dommen.

tence til at efterprøve, om de trufne foranstaltninger er egnede [30].

71. Domstolen konstaterede, at de i denne sag omhandlede episoder omfattede alvorlige strafbare forseelser, som med jævne mellemrum fandt sted i mere end ti år, at de franske myndigheder gentagne gange var blevet gjort opmærksom på deres forpligtelse til at sikre de frie varebevægelser, og at der var truffet meget få forebyggende foranstaltninger eller blevet gennemført meget få straffeaktioner, selv om myndighederne ofte havde forhåndsviden om episoderne, og ophavsmændene ofte kunne identificeres [31].

72. Domstolen afviste det franske argument, ifølge hvilket man frygtede, at en mere bestemt indgriben fra myndighedernes side ville give anledning til alvorlige og voldsomme reaktioner, og den udtalte, at »medmindre den pågældende medlemsstat godtgør, at en indgriben fra dens side vil få følger for den offentlige orden, som den ikke vil kunne afbøde ved hjælp af de midler, der står til dens rådighed, er medlemsstaten forpligtet til at træffe alle egnede foranstaltninger til at sikre fællesskabsrettens retsvirkninger og gennemslagskraft, således at fællesskabsretten i alle erhvervsdrivendes interesse gennemføres korrekt« [32].

73. Derfor fastslog Domstolen, at den franske regering havde tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 28 EF, sammenholdt med artikel 10 EF (og de fælles markedsordninger for landbrugsprodukter), »idet den har undladt at træffe alle nødvendige og adækvate foranstaltninger med henblik på, at private aktioner ikke hindrer den frie bevægelighed for frugt og grøntsager«.

74. Det kan tilføjes, at Rådet efter dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig — og nogle måneder efter tidspunktet for de faktiske omstændigheder i nærværende sag — vedtog forordning (EF) nr. 2679/98 [33], som afklarer medlemsstaternes forpligtelser, når de frie varebevægelser hindres af privates handlinger.

75. Denne forordning omfatter hindringer mod de frie varebevægelser, som kan tilskrives en medlemsstat, for så vidt som hindringen skyldes medlemsstatens handling eller passivitet, som kan udgøre en tilsidesættelse af artikel 28 EF ff., og som a) medfører en alvorlig forstyrrelse af de frie varebevægelser gennem fysisk eller anden hindring, forsinkelse eller omdirigering af import til, eksport fra eller transport gennem en medlemsstat, b) volder alvorlig skade for de krænkede personer og c) kræver øjeblikkelig handling for at forhin-

30 — Præmis 30-35 i dommen. (Det sidste punkt er helt klart relevant i traktatbrudssager, men i forbindelse med et nationalt erstatningssøgsmål er Domstolens rolle en ganske anden; jf. punkt 113 nedenfor).

31 — Præmis 40-53 i dommen.

32 — Præmis 56 i dommen.

33 — Rådets forordning af 7.12.1998 om det indre markeds funktion med hensyn til fri bevægelighed for varer mellem medlemsstaterne (EFT L 337, s. 8).

dre, at forstyrrelsen eller skaden vedvarer, breder sig eller forværres. »Passivitet« omfatter tilfælde, hvor de kompetente myndigheder i en medlemsstat stillet over for hindringer forårsaget af privates handlinger, undlader at træffe de fornødne og relevante foranstaltninger, som står i deres magt, for at fjerne hindringen og sikre varernes frie bevægelighed på deres område [34].

76. Hvis en hindring forekommer, skal den berørte medlemsstat træffe alle fornødne og relevante foranstaltninger for i overensstemmelse med traktaten at sikre varernes frie bevægelighed på dens område, og den skal informere Kommissionen [35]. Dog »må [denne forordning] under ingen omstændigheder fortolkes, så den griber ind i udøvelsen af de grundlæggende rettigheder som anerkendt i medlemsstaterne, herunder retten eller friheden til at strejke« [36].

77. Schmidberger har i høj grad baseret sit indlæg på dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig, som firmaet anser for at være en i høj grad sammenlignelig sag. I nærværende sag blev en vigtig transitstrækning lammet i fire dage (når begrænsningerne i weekenden og på fri- og helligdage medregnes), hvilket forårsagede en åbenbar hindring for samhandelen inden for Fællesskabet. Schmidberger har understreget, at lastbiler blev forhindret i at anvende Brenner-motorvejen i denne periode, og anfører, at det er uden betydning, at der ikke, som i sagen Kommissionen mod Frankrig, blev anvendt vold. Det er sandsynligt, at sådanne hændelser vil gentage sig med regeringens godkendelse, således som det var tilfældet på den samme helligdag i 2000.

78. De øvrige, som har afgivet indlæg for Domstolen, mener, at de to sager er forskellige. Selv om en blokade af en vigtig transitstrækning principielt hindrer de frie varebevægelser, er omstændighederne i nærværende sag meget forskellige fra omstændighederne i sagen Kommissionen mod Frankrig. Kun en enkelt vejstrækning blev spærret, det skete ved en enkelt lejlighed og i en forholdsvis kort periode; hverken formålet med denne blokade eller virkningerne af den var hindring af import af varer af en bestemt slags eller en bestemt oprindelse, og der forekom ingen strafbare handlinger.

79. Det er sandt, at der er flere væsentlige forskelle mellem de to sager. I nærværende sag forekom der ingen voldshandlinger eller strafbare handlinger, protesten var ikke rettet mod produkter fra andre medlemsstater, men mod varetransporter i almindelighed, og Brenner-motorvejen har ikke været spærret jævnligt i en periode på over ti år.

80. På den anden side indeholder artikel 28 ff. EF et objektivt forbud mod begræns-

34 — Artikel 1.
35 — Artikel 3 og 4.
36 — Artikel 2.

ninger af varehandelen. Hvilke intentioner, der ligger til grund for en hindring eller kvalificeringen af en hindring i national ret, er i princippet uden betydning. De begrænsende virkninger på samhandelen inden for Fællesskabet kan være de samme, når de skyldes en blokade af en vigtig transitstrækning, som ikke er specielt rettet mod udenlandske produkter, eller når de skyldes handlinger, der tillades af national ret. Desuden skal det erindres, at artikel 28 EF også finder anvendelse for foranstaltninger, der blot potentielt kan hindre varehandelen inden for Fællesskabet. Der er ingen tvivl om, at der fremover vil kunne arrangeres lignende blokader af Brennermotorvejen. Desuden har jeg i det ovenstående forklaret, hvorfor virkningerne af den pågældende begrænsning efter min opfattelse ikke var ubetydelige.

81. Derfor er det min opfattelse, at forskellene mellem sagen Kommissionen mod Frankrig og nærværende sag hovedsagelig skal tages i betragtning med hensyn til begrundelsen for den pågældende blokade (jf. nedenstående redegørelse) og ikke har nogen indflydelse på spørgsmålet, om begrænsningen kan tilskrives de østrigske myndigheder.

82. Med hensyn til dette spørgsmål har Domstolen i sagen Kommissionen mod Frankrig fastslået, at artikel 28 EF ikke alene forbyder statslige foranstaltninger, der i sig selv medfører restriktioner for samhandelen mellem medlemsstaterne, men også kan finde anvendelse i tilfælde, hvor en medlemsstat har undladt at træffe de fornødne foranstaltninger til at gribe ind over for hindringer for de frie varebevægelser, som skyldes forhold, der ikke kan tilskrives staten.

83. Ingen af de parter, der har afgivet indlæg i nærværende sag, har gjort gældende, at medlemsstaterne ikke skulle være omfattet af en generel forpligtelse til at holde vigtige transitstrækninger åbne for de frie varebevægelser. Denne forpligtelse får en særlig betydning, når en medlemsstat gennemskæres af hovedtransitforbindelserne for fællesskabshandelen mellem to andre medlemsstater, som er en del af det transeuropæiske transportnet. I nærværende sag forhindrede de østrigske myndigheder ikke en hindring for de frie varebevægelser, som skyldtes private aktioner.

84. Selv om myndighedernes handlemåde ikke direkte er omfattet af artikel 28 EF, må den følgelig i det mindste være omfattet af artikel 28 ff. EF sammenholdt med artikel 10 EF.

Begrundelse

85. For at der er tale om overtrædelse af traktaten, er det ikke tilstrækkeligt, at der principielt foreligger en begrænsning i hen-

hold til artikel 28 EF ff., som kan tilskrives medlemsstaten. En sådan begrænsning kan være begrundet ud fra artikel 30 EF eller i henhold til Domstolens praksis i forbindelse med Cassis de Dijon-dommen [37].

86. Ifølge artikel 30 EF er artikel 28 EF ikke til hinder for »restriktioner vedrørende [...] transit, som er begrundet i hensynet til den offentlige sædelighed, den offentlige orden, den offentlige sikkerhed [...]« under forudsætning af, at de ikke udgør »et middel til vilkårlig forskelsbehandling eller en skjult begrænsning af samhandelen mellem medlemsstaterne«. I henhold til retspraksis i tilknytning til Cassis de Dijon-dommen skal begrænsninger, der ikke i sagens natur udgør forskelsbehandling, accepteres, hvis de er nødvendige af tvingende hensyn til den almene interesse.

87. Visse begrænsninger, som for eksempel de omfattende begrænsninger for vejtransport i weekender eller om natten, som findes i flere medlemsstater (og for hvilke Kommissionen forsøger at fastsætte visse harmoniseringsregler), kan være berettiget af miljø- eller sundhedsmæssige grunde. På den anden side står det klart, at der ikke forelå noget berettiget formål af almen interesse, der kunne begrunde de franske myndigheders passivitet i sagen Kommissionen mod Frankrig.

37 — Dom af 20.2.1979, sag 120/78, Rewe, Sml. s. 649, præmis 8.

88. I nærværende sag mente de østrigske myndigheder, at de var nødt til at give tilladelse til demonstrationen, fordi demonstranterne udøvede deres grundlæggende ret til ytringsfrihed og forsamlingsfrihed i henhold til den østrigske forfatning.

89. Det er tilsyneladende første gang, en medlemsstat har påberåbt sig nødvendigheden af at beskytte de grundlæggende rettigheder som begrundelse for en begrænsning af en af de traktatfæstede frihedsrettigheder [38]. Sådanne sager er muligvis sjældne, fordi begrænsninger af de traktatfæstede frihedsrettigheder normalt ikke indføres for at beskytte borgernes grundlæggende rettigheder, men ud fra et bredere formål af almen interesse såsom folkesundhed eller forbrugerbeskyttelse. Man kan dog forestille sig, at disse sager bliver mere hyppige i fremtiden. Mange af de begrundelser, som Domstolen hidtil har anerkendt, kan også formuleres ud fra hensynet til de grundlæggende rettigheder [39].

90. Det er vigtigt først at skelne klart mellem de spørgsmål, der er rejst i den foreliggende sag, og dem, der er rejst i tidligere sager.

38 — Dette udtryk bør dog ikke forveksles med det, der er anvendt i den europæiske menneskerettighedskonvention, hvis fulde betegnelse er »konventionen til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder«.

39 — Jf. sag C-36/02, Omega, som i øjeblikket verserer ved Domstolen.

91. I ERT-dommen [40] henviste Domstolen til Cinéthèque-dommen [41] og Demirel-dommen [42] og fastslog:

»Når [...] [nationale] retsforskrifter [...] falder inden for anvendelsesområdet for fællesskabsretten, skal Domstolen i forbindelse med en præjudiciel forelæggelse give alle de oplysninger med hensyn til fortolkningen, som kræves, for at den nationale ret kan vurdere, om disse retsforskrifter er i overensstemmelse med de grundrettigheder, som Domstolen skal beskytte, således som de navnlig fremgår af den europæiske menneskerettighedskonvention.«

92. På baggrund af denne generelle formulering fastslog Domstolen i ERT-dommen, at en medlemsstat, som påberåber sig en af de accepterede begrundelser (såsom hensynet til den offentlige orden, den offentlige sikkerhed eller befolkningens sundhed) for at begrænse en traktatfæstet frihedsrettighed (f.eks. den frie udveksling af tjenesteydelser), skal overholde de grundlæggende rettigheder, som er anerkendt i fællesskabsretten.

93. Domstolen havde også før ERT-dommen fastslået, at det påhviler medlemsstaterne at overholde sådanne grundlæggende rettigheder, når de gennemfører fællesskabsbestemmelser [43].

94. Nærværende sag adskiller sig fra de øvrige sager, idet en medlemsstat her har påberåbt sig nødvendigheden af at respektere grundlæggende rettigheder i medfør af dens forfatning som begrundelse for en begrænsning af en traktatfæstet frihedsrettighed.

95. Efter min opfattelse skal Domstolen i en sådan sag følge den samme totrinsmetode som den, der anvendes ved vurderingen af de traditionelle begrundelser såsom den offentlige orden eller den offentlige sikkerhed, som ligeledes er grundet i den særlige situation i den pågældende medlemsstat. Det skal derfor undersøges,

a) om de østrigske myndigheder ved at henvise til de særlige grundlæggende rettigheder i den pågældende østrigske lovgivning fællesskabsretligt set forfølger et lovligt formål af almen interesse, som kan begrunde en begrænsning af en traktatfæstet frihedsrettighed,

og

40 — Dom af 18.6.1991, sag C-260/89, Sml. I, s. 2925.

41 — Dom af 11.7.1985, forenede sager 60/84 og 61/84, Sml. s. 2605.

42 — Dom af 30.9.1987, sag 12/86, Sml. s. 3719.

43 — Dom af 13.7.1989, sag 5/88, Wachauf, Sml. s. 2609, præmis 19.

b) i bekræftende fald, om den pågældende begrænsning står i et rimeligt forhold til det forfulgte formål.

— Det forfulgte formål

96. Det kan ved første blik forekomme overdrevent og uretmæssigt påtrængende at rejse tvivl, om en medlemsstat, som henholder sig til en bestemt grundlæggende rettighed i henhold til den nationale retsorden, forfølger et lovligt formål af almen interesse.

97. Lad os imidlertid for en stund forestille os (rent hypotetisk) en retsorden i en medlemsstat, som udtrykkeligt anerkender en grundlæggende ret til beskyttelse mod illoyal konkurrence fra andre virksomheder og især fra virksomheder, der er etableret i udlandet. Eller en national retspraksis, som anerkender en lignende rettighed, idet den anses for at være et aspekt af den grundlæggende økonomiske frihedsrettighed eller den grundlæggende ejendomsret. Det bør desuden erindres, at selv om der eksisterer en grundlæggende enighed om de centrale rettigheder, der skal betragtes som grundlæggende, og som er afspejlet i den europæiske menneskerettighedskonvention, afviger optegnelserne over grundlæggende rettigheder i medlemsstaternes forfatninger fra hinanden på en række punkter, som ofte afspejler den enkelte medlemsstats historiske og særlige politiske baggrund.

98. Det kan derfor ikke automatisk udelukkes, at en medlemsstat, som påberåber sig nødvendigheden af at beskytte en rettighed, der i den nationale retsorden er anerkendt som en grundlæggende rettighed, ikke desto mindre forfølger et formål, som fællesskabsretligt set må betragtes som ulovligt.

99. Nærværende sag er dog mindre kompliceret.

100. Som nævnt har de østrigske myndigheder påberåbt sig de grundlæggende rettigheder til ytringsfrihed og forsamlingsfrihed, således som de følger af den østrigske retsorden.

101. I Fællesskabets retsorden beskytter Domstolen de samme eller lignende rettigheder som en del af de almindelige retsgrundsætninger. I henhold til Domstolens faste praksis, »[...] hører disse grundrettigheder til de almindelige retsgrundsætninger, som Domstolen skal beskytte. I den forbindelse lægger Domstolen de forfatningsmæssige traditioner i medlemsstaterne til grund samt de anvisninger i form af internationale traktater om beskyttelse af menneskerettighederne, som medlemsstaterne har været med til at udarbejde, eller som de senere har tiltrådt. [...] Den euro-

pæiske menneskerettighedskonvention er herved af særlig betydning«[44]. Artikel 6, stk. 2, EU bekræfter, at Unionen skal respektere de grundlæggende rettigheder, således som de garanteres ved konventionen, og således som de følger af medlemsstaternes fælles forfatningsmæssige traditioner. Artikel 10 i den europæiske menneskerettighedskonvention garanterer ytringsfrihed, herunder »meningsfrihed og frihed til at modtage eller meddele oplysninger eller tanker, uden indblanding fra offentlig myndighed og uden hensyn til landegrænser«. Konventionens artikel 11 garanterer ligeledes retten til frit at deltage i fredelige forsamlinger og foreningsfrihed. Ytringsfriheden og forsamlingsfriheden er for nylig igen blevet bekræftet i artikel 11 og 12 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder[45].

102. Når en medlemsstat søger at beskytte grundlæggende rettigheder, som er anerkendt i fællesskabsretten, mener jeg, at denne medlemsstat nødvendigvis må forfølge et lovligt formål. Fællesskabsretten kan ikke forbyde en medlemsstat at forfølge formål, som Fællesskabet selv er forpligtet til at forfølge.

103. De østrigske myndigheder har således forfulgt et lovligt formål af almen interesse, som kan begrunde en begrænsning af en grundlæggende frihed, da de søgte at beskytte demonstranternes grundlæggende rettigheder til forsamlingsfrihed og ytringsfrihed.

— Proportionalitet

104. Det næste spørgsmål drejer sig om, hvorvidt den omstændighed, at der blev givet tilladelse til demonstrationen, kan begrundes med hensyn til proportionalitetsprincippet.

105. Når en medlemsstat påberåber sig nødvendigheden af at beskytte en given grundlæggende rettighed, bør der efter min mening foretages en normal proportionalitetskontrol. Situationen kan sammenlignes med sager, som involverer den nationale offentlige orden eller offentlige sikkerhed. I begge situationer drejer det sig om den ensartede anvendelse og effektiviteten af de grundlæggende frihedsrettigheder, som er fastsat i traktaten.

106. Når begrænsningen imidlertid som i den foreliggende sag primært forårsages af enkeltpersoner, er der måske ikke grund til at foretage en alt for streng proportionalitetskontrol. Spørgsmålet handler mindre om, hvad de østrigske myndigheder har gjort, end om, hvorvidt de har undladt at hindre andres handling, og om hvilke for-

44 — ERT-dommen, anført i fodnote 40, præmis 41. Foruden disse almene udtalelser kan der med hensyn til ytringsfrihed og forsamlingsfrihed henvises f.eks. til dom af 8.7.1999, sag C-235/92 P, Montecatini mod Kommissionen, Sml. I, s. 4539, præmis 137, eller til dom af 6.3.2001, sag C-274/99 P, Connolly mod Kommissionen, Sml. I, s. 1611, præmis 37 ff.

45 — Højtidelig proklamation fra Europa-Parlamentet, Rådet og Kommissionen i Nice den 7.12.2000 (EFT C 364, s. 1).

anstaltninger de skulle have truffet i den henseende. Selv om det påhviler en medlemsstat aktivt at sikre, at en traktatfæstet grundlæggende frihedsrettighed ikke hindres af enkeltpersoner, har medlemsstaten uden tvivl et vist skøn med hensyn til vurderingen af, hvornår der skal træffes foranstaltninger, og hvilke foranstaltninger der må anses for mest egnede til at begrænse eller fjerne den pågældende hindring[46].

107. I den foreliggende sag tyder en række omstændigheder på, at de østrigske myndigheder ikke har overskredet grænserne for dette skøn, og at den omstændighed, at der blev givet tilladelse til demonstrationen, ikke medførte en begrænsning af de frie varebevægelser, som var uforholdsmæssig i forhold til det forfulgte formål[47].

108. For det første var den pågældende afbrydelse et enkelt isoleret tilfælde af relativ kort varighed, og den eneste påstand, der er fremsat om en lignende afbrydelse, vedrører et andet isoleret tilfælde cirka to år senere. Blokaden i den foreliggende sag drejede sig om en periode på 28 timer, i hvilket tidsrum motorvejen ellers ville have været åben. Det var muligvis tilsigtet fra demonstranternes side, at demonstrationen tidsmæssigt blev lagt op ad andre tidsrum, hvor motorvejen under alle omstændigheder ville være lukket for visse typer godstransport, men den pågældende blokade kan ikke kunstigt udvides til også at gælde disse tidsrum. (Og det kan i øvrigt påpeges, at restriktionerne vedrørende weekender, offentlige fri- og helligdage og nattetimerne i sig selv lader til at være helt i overensstemmelse med Østrigs — og Fællesskabets — forpligtelser i henhold til Alpekonventionen.)

109. For det andet blev der truffet foranstaltninger med henblik på at begrænse virkningerne af den pågældende forstyrrelse. Det lader til, at disse foranstaltninger blev taget meget seriøst og har medført en ikke ubetydelig anvendelse af ressourcer, selv om Domstolen ikke har haft fuldstændig adgang til detaljerede oplysninger, og Schmidberger har rejst tvivl om den østrigske regerings påstand om, at det var muligt at benytte »rullende landevejs«-transport.

110. For det tredje ville omfattende begrænsninger af demonstrationen i sig selv let have kunnet fratage demonstranterne de rettigheder, som myndighederne har tilstræbt at beskytte. Schmidberger og den nationale ret har foreslået, at demonstrationen kunne have været afholdt i nærheden af motorvejen eller begrænset tidsmæssigt, så den ikke havde medført nogen væsentlig forsinkelse. Demonstranterne kunne imidlertid ikke have fået deres budskab så tydeligt ud, hvis de ikke havde spærret motorvejen længe nok til, at demonstrationen »kunne mærkes«. Demonstranternes krav om, at de østrigske

46 — I henhold til dommen af 9.12.1997 i sagen Kommissionen mod Frankrig, I Det Forenede Kongerige har House of Lords givet udtryk for det samme synspunkt i dommen i sagen R mod Chief Constable of Sussex ex parte International Traders Ferry Ltd, [1999] 2 AC 418.

47 — Her bør det erindres, at selve formålet med demonstrationen ikke er relevant i forbindelse med spørgsmålet om beskyttelse af ytringsfriheden og forsamlingsfriheden; jf. punkt 54 ovenfor.

myndigheder og fællesskabsmyndighederne træffer foranstaltninger, ville kun have givet svag genlyd, hvis de overhovedet var blevet hørt, hvis de var blevet tvunget til at afholde demonstrationen på en mark ved siden af motorvejen eller kun havde fået tilladelse til at standse trafikken rent symbolsk.

111. Reaktionerne på sådanne begrænsninger kunne muligvis have forårsaget mere omfattende forstyrrelser end dem, der var planlagt med en demonstration, der foregik under kontrollerede forhold i samarbejde med myndighederne. At der blev givet tilladelse til demonstrationen medførte blot en midlertidig hindring af de frie varebevægelser. Den kontinuerlige handel gennem Brennerpasset blev ikke bragt i fare på samme måde, som demonstranternes frihedsrettigheder var blevet bragt i fare, hvis de ikke havde fået tilladelse til at demonstrere.

112. I lyset af disse omstændigheder kan det klart antages, at der i den foreliggende sag ikke var tale om en overtrædelse af artikel 28 EF.

Tilstrækkelig kvalificeret tilsidesættelse

113. Det bør imidlertid ikke glemmes, at det her ikke drejer sig om et anerkendelsessøgsmål, hvor det skal afgøres, om den pågældende medlemsstat har tilsidesat bestemmelserne i traktaten. Hovedsagen vedrører et erstatningskrav, hvor det ikke er nok, at der fastslås en tilsidesættelse af fællesskabsretten, denne tilsidesættelse skal også være »tilstrækkelig kvalificeret«.

114. Det afgørende kriterium for, om en tilsidesættelse af fællesskabsretten kan anses for tilstrækkelig kvalificeret, er, om en medlemsstat, især ved udøvelsen af sine lovgivningsmæssige beføjelser, åbenbart og groft har overskredet grænserne for sine beføjelser — et spørgsmål, som det principielt tilkommer den nationale ret at træffe afgørelse om. Domstolen har dog angivet, hvilke kriterier der kan anvendes. Som eksempler på de momenter, der kan tages i betragtning, skal bl.a. nævnes følgende: Hvor klar og præcis den tilsidesatte bestemmelse er, hvor vidt et skøn der er overladt til de nationale myndigheder, om overtrædelsen er begået eller tabet er forvoldt forsætligt eller uagtsomt, og om en eventuel retsvildfarelse er undskyldelig eller uundskyldelig. En overtrædelse, der har varet ved til trods for, at der er afsagt en dom, der fastslår denne, eller som er åbenbar i henhold til Domstolens faste praksis, vil altid anses for tilstrækkelig kvalificeret, og hvor der ikke er overladt noget skøn til de nationale myndigheder, vil en overtrædelse af fællesskabsretten altid medføre et erstatningsansvar for den berørte medlemsstat[48].

48 — Brasserie du pêcheur-dommen, præmis 55-57. Jf. også f.eks. dom af 26.3.1996, sag C-392/93, British Telecommunications, Sml. I, s. 1631, præmis 42, og af 8.10.1996, forenede sager C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 og C-190/94, Dillenkofer m.fl., Sml. I, s. 4845, præmis 25.

115. Dette er et område, hvor retspraksis hovedsagelig har drejet sig om vedtagelsen, opretholdelsen eller håndhævelsen af bestemmelser eller manglende vedtagelse af disse, snarere end individuelle forvaltningsakter som i den foreliggende sag. Der er imidlertid to punkter, som står klart: Spørgsmålet opstår kun, når en medlemsstat har overskredet grænserne for sine skønsbeføjelser i henhold til fællesskabsretten, og begrebet »tilstrækkelig kvalificeret« vedrører den måde, hvorpå den har gjort dette.

116. Det afgørende spørgsmål er derfor, om de østrigske myndigheder, da de gav tilladelse til demonstrationen, så åbenbart og groft har overskredet grænserne for deres skønsbeføjelser, at der foreligger en tilstrækkelig kvalificeret tilsidesættelse af fællesskabsretten i henhold til retspraksis i Brasserie du pêcheur-dommen.

117. Efter min mening følger det af de ovenstående betragtninger vedrørende proportionalitet, hvoraf det fremgår, at det ud fra omstændighederne i den foreliggende sag er højst tvivlsomt, om de østrigske myndigheder overhovedet har overtrådt fællesskabsretten, at en sådan overtrædelse under alle omstændigheder ikke ville være tilstrækkelig kvalificeret til at udløse et erstatningsansvar for Republikken Østrig. Især viser den relativt kortvarige afbrydelse af trafikken ved en enkelt lejlighed samt de foranstaltninger, der blev truffet af myndighederne med henblik på at begrænse de skadelige virkninger af demonstrationen, at de østrigske myndigheder ikke åbenbart og groft har overskredet deres skønsbeføjelser.

118. Sammenfattende er jeg på grundlag af omstændighederne i sagen af den opfattelse, at den nationale domstol er beføjet til at fastslå, at de østrigske myndigheders tilladelse

— med henblik på at give borgere mulighed for at udøve deres ret til ytringsfrihed og forsamlingsfrihed

— til en demonstration, som ville spærre én ud af flere vigtige transitstrækninger gennem Alperne i et tidsrum på 28 timer ved en enkelt lejlighed

— idet der på forhånd blev truffet fornødne foranstaltninger for at sikre, at denne afbrydelse af godstransporten ikke blev unødigt omfattende, uden derved at fratage demonstrationen dens virkning,

ikke udgør en tilstrækkelig kvalificeret tilsidesættelse af fællesskabsretten til, at staten ifalder et erstatningsansvar over for borgere, der har lidt tab eller skade som en direkte følge af demonstrationen.

Forslag til afgørelse

119. På baggrund af ovenstående betragtninger foreslår jeg, at Domstolen besvarer de spørgsmål, som er blevet forelagt af Oberlandesgericht Innsbruck, således:

— Når en sagsøger kan påvise, at han har lidt tab eller skade, som gennem en direkte årsagsforbindelse kan tilskrives en tilstrækkelig kvalificeret tilsidesættelse af en bestemmelse i fællesskabsretten, som har til formål at tillægge borgeren rettigheder, har denne ret til erstatning fra staten.

— Et sådant tab eller en sådan skade omfatter tab af mulighed for en fortjeneste, hvis alle øvrige betingelser for at opnå erstatning er opfyldt.

— Nationale bestemmelser, der begrænser mulighederne for at kræve erstatning for et sådant tab eller en sådan skade eller gør det umuligt eller urimeligt vanskeligt for sagsøger at fastslå eksistensen eller omfanget af en skade, må ikke anvendes.

— Når en sagsøger, selv om sådanne bestemmelser ikke findes, imidlertid ikke er i stand til at fastslå eksistensen af et tab eller en skade, behøver den nationale ret, der behandler kravet, ikke at tage de øvrige fællesskabsretlige aspekter i betragtning.

— En erstatning skal stå i passende forhold til det lidte tab, men kan beregnes på grundlag af et fast beløb, hvis det ikke er muligt nøjagtigt at fastsætte den økonomiske værdi af tabet.

— Den omstændighed, at en medlemsstat ikke har angivet i den nationale lovgivning, at bestemmelser i traktaten, som har direkte virkning, skal tages i betragtning, kan ikke udgøre en overtrædelse af fællesskabsretten.

— Det specifikke formål med en lovlig politisk demonstration er uden betydning for afgørelsen af spørgsmålet, om den omstændighed, at medlemsstatens myndigheder har givet tilladelse til demonstrationen, udgør en tilstrækkelig kvalificeret tilsidesættelse af fællesskabsretten til, at medlemsstaten ifalder erstatningsansvar.

— Den nationale ret bør i lyset af omstændighederne i den foreliggende sag, som er fremlagt for Domstolen, fastslå, at tilladelsen

  — med henblik på at give borgere mulighed for at udøve deres ret til ytringsfrihed og forsamlingsfrihed

  — til en demonstration, som ville spærre én ud af flere vigtige transitstrækninger gennem Alperne i et tidsrum på 28 timer ved en enkelt lejlighed

— idet der på forhånd blev truffet de fornødne foranstaltninger til at sikre, at denne afbrydelse af godstransporten ikke blev unødigt omfattende, uden derved at fratage demonstrationen dens virkning,

ikke udgør en tilstrækkelig kvalificeret tilsidesættelse af fællesskabsretten til, at staten ifalder erstatningsansvar over for borgere, der har lidt tab eller skade som en direkte følge af demonstrationen.