Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
P. CRUZ VILLALÓN
fremsat den 20. marts 2014[1]

Sag C-611/12

Jean-François Giordano
mod

Europa-Kommissionen

»Appel — fangstkvoter — hasteforanstaltninger truffet af Kommissionen — søgsmål vedrørende Den Europæiske Unions ansvar uden for kontraktforhold — erstatningsberettiget tab — reelt og sikkert tab — fortabelse af en mulighed som en integrerende del af det erstatningsberettigede tab«

1. Nærværende appel, som er iværksat af Jean-François Giordano, indgår i en bredere sammenhæng, der ligeledes omfatter appellerne i de forenede sager C-12/13 P og C-13/13 P (Buone m.fl. mod Kommissionen), som jeg behandler i et andet forslag til afgørelse af samme dato. Fælles for alle sagerne er, at de omhandler et krav mod EU om erstatning for tab som følge af vedtagelsen af Kommissionens forordning (EF) nr. 530/2008 om indførelse af hasteforanstaltninger gældende for notfartøjer, der fisker efter tun i Atlanterhavet øst for 45 ° V og i Middelhavet[2].

2. Eftersom genstanden for den foreliggende sag er en af Retten afsagt dom, som adskiller sig fra den dom, der anfægtes i de forenede sager C-12/13 P og C-13/13 P, og da der ligeledes er forskelle i de fremførte appelanbringender, vil jeg i dette forslag til afgørelse først og fremmest – og i forlængelse af den foreslåede afgørelse af nærværende appel – analysere spørgsmålet om det erstatningsberettigede tab. Der vil nærmere bestemt blive foretaget en grundig analyse af, om »fortabelse af en mulighed« kan indregnes i det erstatningsberettigede tab i forbindelse med en sag om Den Europæiske Unions ansvar uden for kontraktforhold.

3. Fortabelsen af en mulighed er i Domstolens retspraksis allerede ved flere lejligheder blevet anerkendt som et erstatningsberettiget tab. Anerkendelsen heraf har imidlertid altid fundet sted inden for særlige sammenhænge, som f.eks. EU's offentlige tjeneste eller EU's offentlige indkøb. I den foreliggende sag får Domstolen lejlighed til at tage stilling til spørgsmålet anskuet ud fra et bredere perspektiv.

1 — Originalsprog: spansk.
2 — Forordning af 12.6.2008, EUT L 155, s. 9.

I – **Retsforskrifter**

4. I artikel 340, stk. 2, TEUF fastsættes de materielle bestemmelser, der finder anvendelse på Unionens ansvar uden for kontraktforhold, på følgende måde:

»For så vidt angår ansvar uden for kontraktforhold skal Unionen i overensstemmelse med de almindelige retsgrundsætninger, der er fælles for medlemsstaternes retssystemer, erstatte skader forvoldt af dets institutioner eller af dets ansatte under udøvelsen af deres hverv.«

5. Fiskeri efter almindelig tun er reguleret på såvel internationalt som europæisk niveau. Unionen har siden 1997 været part i den internationale konvention om bevarelse af tunfiskebestanden i Atlanterhavet, hvis Internationale Kommission for Bevarelse af Tunfiskebestanden i Atlanterhavet (ICCAT) vedtager henstillinger og planer med henblik på at sikre bestanden af den nævnte ressource. Unionen har med henblik på opfyldelse af ICCAT's beslutninger vedtaget en række retsakter, hvoraf navnlig forordning (EF) nr. 520/2007 om tekniske bevarelsesforanstaltninger for visse bestande af stærkt vandrende fiskearter og om ophævelse af forordning (EF) nr. 973/2001 [3] og forordning (EF) nr. 1559/2007 om en flerårig genopretningsplan for almindelig tun i det østlige Atlanterhav og Middelhavet er relevante for den foreliggende sag og om ændring af forordning (EF) nr. 520/2007 [4].

6. De nævnte EU-retlige bestemmelser falder ligeledes ind under anvendelsesområdet for forordning (EF) nr. 2371/2002 om bevarelse og bæredygtig udnyttelse af fiskeressourcerne som led i den fælles fiskeripolitik [5]. Ved denne retsakt indføres der en række generelle foranstaltninger med henblik på bevarelse, forvaltning og udnyttelse af levende akvatiske ressourcer i forbindelse med aktiviteter, som udøves på medlemsstaternes område eller i EF-farvande eller af EU-fiskerfartøjer.

7. Blandt de forskellige foranstaltninger, som foreskrives i forordning nr. 2371/2002, skal nævnes artikel 7 med overskriften »Hasteforanstaltninger truffet af Kommissionen«, hvori følgende bestemmes:

»1. Hvis det konstateres, at der som følge af fiskeriaktiviteter er en alvorlig trussel mod bevarelsen af de levende akvatiske ressourcer eller det marine økosystem, der kræver, at der straks gribes ind, kan Kommissionen efter begrundet anmodning fra en medlemsstat eller på eget initiativ træffe hasteforanstaltninger, der højst må vare i seks måneder. Kommissionen kan træffe en ny afgørelse om at videreføre hasteforanstaltningerne i højst seks måneder.

2. Medlemsstaten sender anmodningen samtidigt til Kommissionen, de øvrige medlemsstater og de relevante regionale rådgivende råd. De kan sende deres eventuelle skriftlige bemærkninger til Kommissionen senest fem arbejdsdage efter modtagelse af anmodningen.

Kommissionen træffer afgørelse senest femten arbejdsdage efter modtagelse af den i stk. 1 nævnte anmodning.

3. Hasteforanstaltningerne træder i kraft øjeblikkeligt. De meddeles til de berørte medlemsstater og offentliggøres i *De Europæiske Fællesskabers Tidende*.

4. Medlemsstaterne kan indbringe Kommissionens afgørelse for Rådet senest ti arbejdsdage efter modtagelse af meddelelsen.

5. Rådet kan med kvalificeret flertal træffe en anden afgørelse senest en måned efter modtagelse af indbringelsen.«

3 — Rådets forordning af 7.5.2007, EUT L 123, s. 3.

4 — Rådets forordning af 17.12.2007, EUT L 340, s. 8.

5 — Rådets forordning af 20.12.2002, EFT L 358, s. 59.

8. I forordning (EF) nr. 40/2008 fastsættes fiskerimuligheder og dertil knyttede betingelser for visse fiskebestande, herunder almindelig tun, for 2008[6]. Forordningen indfører fangstbegrænsninger og fastsætter de mængder af almindelig tun, som EF-fartøjerne måtte fange i 2008 i Atlanterhavet øst for 45 ° V og i Middelhavet. Disse begrænsninger og mængder blev ændret ved Kommissionens forordning (EF) nr. 446/2008[7].

9. I lyset af de på daværende tidspunkt tilvejebragte oplysninger fra Kommissionens kontrollører under kontrolbesøg i medlemsstaterne vurderede Kommissionen, at fiskerimulighederne for tun i Atlanterhavet øst for 45 ° V og i Middelhavet fra notfartøjer, der førte græsk, fransk, italiensk, cypriotisk eller maltesisk flag, måtte anses for at være udtømt den 16. juni 2008. Derimod blev fiskerimulighederne fra notfartøjer, der førte spansk flag, anset for at være udtømt den 23. juni 2008. På denne baggrund besluttede Kommissionen i henhold til artikel 7 i den nævnte forordning nr. 2371/2002 at udstede forordning nr. 530/2008[8]. De tre bestemmelser i forordning nr. 530/2008 har følgende affattelse:

»*Artikel 1*

Fra den 16. juni 2008 er det forbudt at fiske efter tun i Atlanterhavet øst for 45 ° V og i Middelhavet fra notfartøjer, der fører græsk, fransk, italiensk, cypriotisk eller maltesisk flag eller er registreret i en af disse stater.

Fra samme dato er det også forbudt at opbevare om bord, anbringe i bur med henblik på opfedning eller opdræt, omlade, overføre eller lande fisk fra denne bestand fra disse fartøjer.

Artikel 2

Fra den 23. juni 2008 er det forbudt at fiske efter tun i Atlanterhavet øst for 45 ° V og i Middelhavet fra notfartøjer, der fører spansk flag eller er registreret i denne stat.

Fra samme dato er det også forbudt at opbevare om bord, anbringe i bur med henblik på opfedning eller opdræt, omlade, overføre eller lande fisk fra denne bestand fra disse fartøjer.

Artikel 3

1. Medmindre andet fremgår af stk. 2, må EF-operatører fra den 16. juni 2008 ikke acceptere landinger, anbringelse i bur med henblik på opfedning eller opdræt eller omladning i EF-farvande eller -havne af tun fanget i Atlanterhavet øst for 45 ° V og i Middelhavet fra notfartøjer.

2. Landinger, anbringelse i bur med henblik på opfedning eller opdræt og omladning i EF-farvande eller -havne af tun fanget i Atlanterhavet øst for 45 ° V og i Middelhavet fra notfartøjer, der fører spansk flag eller er registreret i denne stat, tillades indtil den 23. juni 2008.«

II – **Sagens baggrund**

10. Jean-François Giordano er reder for fartøjet »Janvier Giordano«, som er et notfartøj, der fører fransk flag, og som udøver sin fiskerivirksomhed i Middelhavet.

6 — Rådets forordning af 16.1.2008 om fastsættelse for 2008 af fiskerimuligheder og dertil knyttede betingelser for visse fiskebestande og grupper af fiskebestande gældende for EF-farvande og for EF-fartøjer i andre farvande, som er omfattet af fangstbegrænsninger, EUT L 19, s. 1.

7 — Forordning af 22.5.2008 om tilpasning af visse kvoter for atlantisk tun i 2008 i medfør af artikel 21, stk. 4, i Rådets forordning (EØF) nr. 2847/93 om indførelse af en kontrolordning under den fælles fiskeripolitik, EUT L 134, s. 11.

8 — Nævnt ovenfor i punkt 1.

11. I henhold til de EU-retlige bestemmelser rådede Den Franske Republik over fangstkvoter på 4 164 ton for almindelig tun for 2008, hvoraf de 90% tilhørte notfartøjer, der førte fransk flag og udøvede fiskeri i Middelhavet.

12. Ministeriet for landbrug og fiskeri udstedte ved beslutning nr. 2008PS008-LR af 16. april 2008 en særlig fiskeritilladelse til fiskeri af almindelig tun for 2008 til fartøjet »Janvier Giordano«, med en kvote på 132,02 ton. Der kunne i henhold til tilladelsen udøves fiskeri fra den 1. april til den 30. juni 2008.

13. Den 2. juni 2008 indledte fartøjet »Janvier Giordano« sin fangstsæson i Middelhavet, som efterfølgende blev afbrudt den 16. juni 2008 som følge af udstedelsen og ikrafttrædelsen af Kommissionens forordning nr. 530/2008, idet gennemførelsen af denne forordning indebar, at den ovennævnte fiskeritilladelse blev tilbagekaldt ved beslutning af 16. juni 2008 truffet af præfekten for regionen Langedoc-Roussillon.

14. Jean-François Giordano anfægtede den nævnte beslutning fra præfekten ved de franske forvaltningsdomstole. Såvel forvaltningsretten som den administrative appelret i Marseille forkastede Jean-François Giordanos søgsmål med den begrundelse, at det var Kommissionens forordning nr. 530/2008 og ikke præfektens beslutning, som lå til grund for forbudsforanstaltningen.

III – **Retsforhandlingerne ved Retten og den appellerede dom**

15. Den 25. februar 2011 indgik det af Jean-François Giordano anlagte søgsmål vedrørende Unionens ansvar uden for kontraktforhold som følge af det forbud mod fiskeri, som blev vedtaget ved Kommissionens forordning nr. 530/2008, til Rettens Justitskontor.

16. Nogle dage senere, nærmere bestemt den 17. marts 2011, traf Domstolen afgørelse i sagen AJD Tuna Ltd., på baggrund af et præjudicielt spørgsmål om gyldighed, som var blevet forelagt af Prim'Awla tal-Qorti Ċivili på Malta[9]. Der blev i den pågældende sag rejst adskillige spørgsmål vedrørende gyldigheden af den nævnte forordning.

17. Domstolen fastslog i den nævnte dom, at forordningen tilsidesatte princippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet.

18. Som følge heraf blev Jean-François Giordano og Europa-Kommissionen (som sagsøgt) forud for afholdelsen af retsmødet ved Retten anmodet om på retsmødet at fremsætte deres bemærkninger angående AJD Tuna-dommens konsekvenser for den foreliggende sag.

19. Jean-François Giordano nedlagde i sine skriftlige og mundtlige indlæg påstand om, at Retten skulle fastslå, at forordning nr. 530/2008 havde skadet sagsøgerens retsstilling, og at Kommissionen således skulle tilpligtes at betale et beløb på 542 594 EUR i erstatning og renter. Kommissionen nedlagde påstand om, at Retten skulle frifinde sagsøgte for sagsøgerens påstand i sin helhed.

20. Retten forkastede ved dom af 7. november 2012 det af Jean-François Giordano anlagte søgsmål og tilpligtede sagsøgeren at betale sagens omkostninger. Retten skønnede i sin begrundelse bestående af 11 punkter, at Jean-François Giordano ikke havde formået at føre bevis for, at det tab, der hævdedes at være lidt, faktisk var indtrådt.

9 — Dom af 17.3.2011, sag C-221/09, Sml. I, s. 1655.

21. Retten fandt, med støtte i sin egen dom i sagen Cofradía de pescadores »San Pedro« de Bermeo m.fl. mod Rådet[10], at tildelingen af en fangstkvote ikke indebærer en subjektiv ret til et konkret økonomisk beløb, men derimod alene en maksimal fangstmængde, uden at der er nogen garanti for, at der med sikkerhed kan fiskes denne mængde. Retten fastslog som følge heraf, at en ikke opbrugt kvote hverken indebar et reelt eller et sikkert tab, uanset om den manglende anvendelse skyldtes et forbud indført af en offentlig myndighed.

22. Idet en af de tre betingelser for, at Unionen kan ifalde ansvar uden for kontraktforhold, ikke var opfyldt, frifandt Retten sagsøgte for sagsøgerens påstand i sin helhed og tilpligtede sagsøgeren at betale sagens omkostninger.

IV – **Appellen og parternes påstande**

23. Den 8. januar 2013 indgik den af Jean-François Giordano iværksatte appel mod Rettens dom af 7. november 2012 til Domstolens Justitskontor.

24. Jean-François Giordano har nedlagt følgende påstande for Domstolen:

— Den appellerede dom ophæves.

— Det fastslås, at vedtagelsen af Kommissionens forordning nr. 530/2008 af 12. juni 2008 har påført Jean-François Giordano en erstatningsberettiget skade.

— Kommissionen tilpligtes at betale Jean-François Giordano 542 594 EUR i erstatning og renter.

— Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger i forbindelse med den foreliggende appel og sagens behandling i første instans.

25. Kommissionen har nedlagt følgende påstande for Domstolen:

— Appellen afvises.

— Subsidiært: Appellen forkastes.

— Subsidiært: Søgsmålet vedrørende ansvar uden for kontraktforhold forkastes.

— Appellanten tilpligtes at betale sagens omkostninger i forbindelse med den foreliggende appel og sagens behandling i første instans.

V – **Realitetsbehandling**

26. Appellen kan efter Kommissionens opfattelse ikke antages til realitetsbehandling, eftersom to af anbringenderne (det andet og det tredje) angår betingelser for ansvar uden for kontraktforhold, som ikke er blevet behandlet af Retten, mens genstanden for et tredje anbringende (det første) er en analyse af de faktiske omstændigheder, som allerede er blevet foretaget af Retten.

27. Ingen af formalitetsindsigelserne bør tages til følge.

10 — Dom af 19.10.2005, sag T-415/03, Sml. II, s. 4355.

28. Den første af Kommissionens formalitetsindsigelser vedrører formelt set ikke antagelsen til realitetsbehandling, men derimod det andet og det tredje af appellantens anbringender. Det er således alene nødvendigt at bedømme de nævnte appelanbringender, såfremt Domstolen ophæver den appellerede dom og beslutter at foretage en direkte påkendelse af sagens realitet i henhold til artikel 61 i statutten for Domstolen. Kommissionens formalitetsindsigelse angående det andet og det tredje appelanbringende må derfor forkastes.

29. Den anden af Kommissionens formalitetsindsigelser må ligeledes forkastes. Det er Kommissionens opfattelse, at Retten ved at fastslå, at den af sagsøgeren i første instans påberåbte skade hverken var reel eller sikker, foretog en analyse af de faktiske omstændigheder, som i henhold til fast retspraksis ikke kan appelleres. Den tilgang, som Kommissionen har slået til lyd for, stemmer imidlertid ikke overens med de begrænsninger i forbindelse med appelsager, som Domstolen ved flere lejligheder har henvist til, idet forbuddet mod enhver form for analyse af de faktiske omstændigheder omhandler de rent faktuelle vurderinger af de af parterne forelagte udenretlige elementer.

30. Dette er ikke tilfældet i den foreliggende sag, eftersom appellanten ikke har bestridt Rettens vurdering af de faktiske omstændigheder, men derimod det forhold, at Retten har vurderet, at tildelingen af fangstkvoter ikke har nogen juridisk betydning i forbindelse med vurderingen af, om der foreligger en skade. Retten foretog dermed ikke en vurdering af de konkrete omstændigheder, som sagsøgeren havde fremlagt, men derimod en retlig bedømmelse, hvorefter de fangstkvoter, som ikke var blevet anvendt som følge af udefra kommende årsager, ikke indgik i det erstatningsberettigede tab. Denne konstatering, som fremgår af den appellerede doms præmis 18 og 19, er ikke faktuel, men retlig, hvorfor den kan gøres til genstand for prøvelse under en appelsag.

31. Kommissionens anden formalitetsindsigelse må derfor forkastes.

VI – **Appelsagen**

A – *Anbringendet om den »sikre« karakter af den lidte skade*

1. Parternes argumenter

32. Appellanten har bestridt Rettens argumenter om, at der ikke foreligger et sikkert tab. Appellanten har – i modsætning til hvad der blev anført i den appellerede dom – kritiseret Rettens antagelse af, at der nødvendigvis skal være en forbindelse mellem den subjektive ret til at opbruge kvoten og det erstatningsberettigede tab. Det forhold, at der ikke måtte findes en subjektiv ret til at opbruge kvoten, er efter appellantens opfattelse ikke ensbetydende med, at der ikke foreligger en realistisk mulighed for at opbruge den. Det følger efter appellantens opfattelse af praksis, at tunfiskerfartøjerne systematisk opbruger deres kvoter som følge af de begrænsninger, der er indeholdt i de nuværende tilladelser til fiskeri efter almindelig tun.

33. Et notfartøj kan ifølge appellanten opbruge sin årlige fangstkvote på 15 dage. I løbet af de 13 fiskedage, som lå umiddelbart op til det ved forordning nr. 530/2008 indførte forbud, havde fartøjet »Janvier Giordano« således fanget en samlet mængde på 71,571 ton, dvs. 54% af sin kvote. Hvis fangstsæsonen kunne have været opretholdt uden afbrydelse frem til dens lukning den 30. juni 2008, ville kvoten efter appellantens opfattelse være blevet opbrugt. Forordning nr. 530/2008 skulle således have medført et reelt og sikkert tab, hvis opgørelse appellanten har redegjort for i detaljer på baggrund af salgsprisen pr. kilo almindelig tun i fangståret 2008 og den samlede vægt af den resterende ikke-anvendte andel af kvoten. Det lidte tab inklusive renter beløber sig således efter appellantens opfattelse til 542 594 EUR.

34. Appellanten har ligeledes anført, at den lidte skade skal anses for en fortabt mulighed, og at Domstolen i sin retspraksis har anerkendt denne form for skade. Appellanten har til støtte herfor gjort dom af 14. maj 1975, CNTA mod Kommissionen (sag 74/74, Sml. s. 533), gældende. Appellanten har ligeledes henledt opmærksomheden på, at der i EU-lovgivningen foreskrives kompensationsforanstaltninger til fordel for dem, der berøres af afbrydelser i fiskeriaktiviteterne, som gør det vanskeligt at opbruge hele kvoten. Appellanten har som eksempel herpå citeret artikel 21, stk. 4, i forordning (EØF) nr. 2847/93 af 12. oktober 1993[11]. Bestemmelsen indeholder en generel henvisning til »foranstaltninger« med henblik på »passende genopretning af den skade, der er forårsaget« og bekræfter angiveligt, at EU-retten anerkender, at en kvote, der ikke er opbrugt som følge af et påbud om fiskestop, udgør en erstatningsberettiget skade.

35. Kommissionen har tilbagevist appellantens argumenter med to forskellige modargumenter.

36. For det første har Kommissionen bestridt, at det skulle være muligt at påberåbe sig en fortabt mulighed i et tilfælde som i den foreliggende sag. Efter Kommissionens opfattelse fremgår det af Domstolens retspraksis, at fortabelse af en mulighed alene kan give ret til erstatning, hvis det påvises, at der foreligger en ret til, eller i det mindste en legitim forventning om, at opnå en fortjeneste. Jean-François Giordano har efter Kommissionens opfattelse ikke formået at løfte bevisbyrden for hans ret til at opnå et bestemt fangstniveau, ligesom han ej heller har fremlagt oplysninger, som med matematisk nøjagtighed påviser hans reelle muligheder for at opnå et sådant fangstniveau.

37. For det andet har Kommissionen bestridt, at den kvote, som Jean-François Giordano blev tildelt, udgjorde en rettighed, eller at der i EU-lovgivningen på fiskeriområdet foreskrives en ret til kompensation, såfremt en kvote ikke opbruges. Kvotens eneste formål er ifølge Kommissionen at fastsætte en maksimumstærskel for fangst, og ikke at stille garanti for bestemte forventninger om fangst. Denne fangstbegrænsning er i overensstemmelse med den grundlæggende målsætning for den fælles fiskeripolitik, der sigter mod en ligevægt mellem økonomiske aktiviteter og bevarelse af de levende marine ressourcer. På tilsvarende vis har EU-bestemmelserne efter Kommissionens opfattelse til hensigt at sikre stabilitetsprincippet, hvorefter det er medlemsstaterne, som er indehavere af »rettigheden« til et nærmere forudbestemt niveau af fiskerimuligheder. Blot fordi medlemsstaterne har en sådan »rettighed«, er dette ikke ensbetydende med, at der opstår individuelle rettigheder for den enkelte indehaver af en fangstkvote. Det er i denne sammenhæng, at de af appellanten anførte retsregler skal fortolkes, idet de nemlig snarere omhandler medlemsstaternes »ret« til kompensation for ikke anvendte kvoter, og ikke den enkelte kvoteindehavers ret i tilfælde af en pålagt afbrydelse af virksomheden på grund af miljømæssige hensyn eller med henblik på bevarelse af de levende marine ressourcer.

2. Analyse

a) Indledende betragtning

38. I dette anbringende rejses først og fremmest spørgsmålet om, hvorvidt det af sagsøgeren lidte tab har karakter af et »sikkert« tab. Retten skønnede, at sagsøgeren ikke havde lidt noget »sikkert« tab, blot fordi hans tunfangstsæson var blevet afbrudt før tid, eftersom han ikke var indehaver af en subjektiv ret til at opbruge kvoten. Dette er blevet bestridt af sagsøgeren.

11 — Rådets forordning om indførelse af en kontrolordning under den fælles fiskeripolitik, EFT L 261, s. 1.

39. Det fremgår af såvel sagsøgerens som Kommissionens skriftlige indlæg, at situationen i den foreliggende sag har karakter af en fortabt mulighed. Ved at påbyde indstilling af fangstsæsonen to uger inden dens lukning fratog Kommissionen sagsøgeren muligheden for at opbruge sin kvote for 2008. Det er dette forhold, dvs. ikke fortabelsen af en garanteret fortjeneste, men fortabelsen af en mulighed for at opnå en fortjeneste, som Retten afviste, fordi den ikke anså det for et »sikkert« tab i den forstand, hvori udtrykket anvendes i Domstolens retspraksis på området for Unionens ansvar uden for kontraktforhold.

40. Udtrykket »fortabelse af en mulighed« er hidtil blevet udviklet i Domstolens retspraksis på et område, der befinder sig i en gråzone. Dels har Domstolen formelt set anerkendt udtrykket i såvel tvistemål vedrørende EU's offentlige tjeneste som i tvistemål vedrørende EU's offentlige indkøb, i sidstnævnte tilfælde dog i meget snæver forstand [12]. Dels har unionslovgiver på sektorbasis foreskrevet harmoniseringsforanstaltninger, som skal sikre, at medlemsstaterne giver mulighed for at indregne denne form for skade i de erstatningskrav, der fremsættes mod dem [13]. For at føje flere elementer til et i forvejen komplekst billede, er kategorien tabt fortjeneste blevet udvidet gennem retspraksis i en sådan grad, at den i visse tilfælde kan sidestilles med, hvad der mere korrekt må anses for fortabelse af en mulighed.

41. Det er disse elementer, som Domstolen skal tage stilling til, når den skal give et svar i en sag, hvori det anses for hensigtsmæssigt at behandle spørgsmålet om fortabelse af en mulighed ud fra et bredere perspektiv i forbindelse med et tvistemål vedrørende Unionens ansvar uden for kontraktforhold, og mere konkret i lyset af artikel 340, stk. 2, TEUF.

b) Fortabelse af en mulighed samt risikoteorien

42. Fortabelse af en mulighed er et relativt nyt begreb inden for erstatningsretten. Denne type skade har som bekendt ikke været en del af erstatningsretten før slutningen af det tyvende århundrede, hvor begrebet dukkede op samtidig med de såkaldte risikoteorier på det samfundsvidenskabelige område [14].

43. Overordnet set adskiller fortabelse af en mulighed sig fra andre former for erstatningsberettiget skade ved, at den vedrører en fremtidig fortjeneste, som kun er sandsynlig. Fortabelse af en mulighed omhandler ikke sikre fortjenester, men derimod *muligheder for fortjeneste*, som i sig er reelle, desuagtet deres beløbsstørrelse. Sådanne muligheder for fortjeneste kan af logiske årsager ikke være rent hypotetiske, idet der tværtimod skal være tale om reelle muligheder, som har en øget sandsynlighed for at udmønte sig i en økonomisk gevinst. Det, der kendetegner en fortabt mulighed, og som først og fremmest adskiller begrebet fra tabt fortjeneste, er således en sandsynlighedsfaktor, om end ikke en hvilken som helst grad af sandsynlighed, idet der skal være tale om en *realistisk* sandsynlighed for opfyldelse af forventningen.

44. Ganske vist kan det medføre en betydelig grad af juridisk usikkerhed, hvis der anerkendes en ret til erstatning, blot fordi sandsynligheden for en fremtidig fortjeneste fjernes. Det er derfor ikke så overraskende, at fortabelse af en mulighed i en lang periode ikke var omfattet af medlemsstaternes erstatningsretlige lovgivning, og ej heller i tredjelandes lovgivning, sådan som det eksempelvis er tilfældet med *common law*-landene og de lande, der er inspireret af Kontinental Europa, som f.eks. de

12 — For en oversigt, jf. S. Van Raepenbusch, »La convergence entre les régimes de responsabilité extracontractuelle de l'Union européenne et des États membres«, ERA Forum (2012), og V. Giacobbo-Peyronnel, »L'indemnisation de la perte de chance en droit de la fonction publique de l'Union européenne«, i S. Mahieu (red.) *Contentieux de l'Union européenne – Questions choisies*, Ed. Larcier, 2014.

13 — Jf. f.eks. artikel 2, stk. 7, i Rådets direktiv 92/13/EØF af 25.2.1992, EFT L 76, s. 14, hvori det bestemmes, at »[n]år en person fremsætter et krav om skadeserstatning for så vidt angår omkostningerne i forbindelse med udarbejdelse af et tilbud eller med deltagelse i en udbudsprocedure, skal vedkommende alene bevise, at der er sket overtrædelse af fællesskabsretten vedrørende tilbudsgivning eller de nationale regler til gennemførelse af denne ret, samt at han ville have haft en reel mulighed for at få tildelt ordren, men at denne mulighed blev forspildt på grund af overtrædelsen«.

14 — Jf. C. De Ferra, »De Finetti, la rivoluzione della probabilità«, Assicurazioni, nr. 2, 2002, s. 185-195, og G. Majone, »Foundations of Risk Regulation: Science, Decision-Making, Policy Learning and Institutional Reform«, *European Journal of Risk Regulation*, nr. 1, 2010, s. 5 ff.

latinamerikanske lande [15]. Ikke desto mindre har udbredelsen af risikoteorierne, ud fra hvilke det er muligt at beregne sandsynlighedsgraden for fremtidige hændelser i bestemte faktiske sammenhænge, givet de nationale retsinstanser, samt visse staters lovgivere, mulighed for at medregne sandsynligheden for fremtidige fortjenester som en del af en fysisk eller juridisk persons aktuelle formue [16].

45. En realistisk og beregnelig sandsynlighed for en fremtidig fortjeneste skal kunne indregnes som en integrerende del af det erstatningsberettigede tab. For så vidt som det er muligt at påvise en sådan sandsynlighed for fortjeneste, og såfremt sandsynligheden kan gøres til genstand for kvantificering – f.eks. ved en procentangivelse – ved hjælp af en tilstrækkelig nøjagtig metode, skal denne mulighed for fortjeneste indregnes i den pågældende persons formue. Fortabelsen af denne mulighed som følge af en retsstridig handling skal derfor anses for en integrerende del af den erstatningsberettigede skade.

46. Det område inden for erstatningsretten, hvor udtrykket fortabelse af en mulighed optrådte første gang og på tydeligste vis, var på området for lægeansvar [17]. Når en læge i et tilfælde af dårlig praksis ikke diagnosticerer en alvorlig sygdom, som på tidspunktet for sagens omstændigheder ifølge de officielle statistikker er associeret med en sandsynlighed for overlevelse på 80%, anses dette for en erstatningsberettiget skade, såfremt den dårlige praksis resulterer i patientens dødsfald. Denne slags situationer, hvor man kombinerede et sandsynlighedselement, en øget grad af sandsynlighed, som kan fastslås ved hjælp af tekniske hjælpemidler, og et tydeligt skadevoldende resultat, banede vejen for anerkendelsen af fortabelse af en mulighed inden for erstatningsretten.

47. På tilsvarende vis har udviklingen af avancerede metoder til risikoberegning – fortrinsvis på det økonomiske område – været en medvirkende årsag til, at sandsynlighedselementerne ikke indregnes i en fysisk eller juridisk persons formue på et fremtidigt tidspunkt, men derimod på det aktuelle tidspunkt. Vækstudsigter for en virksomhed, planer om offentlig investering i en sektor, hvor en virksomhed driver forretning, samt forudsigelser om en bestemt børsudvikling er blot nogle få eksempler på forhold, som har en reel indvirkning på de pågældende virksomheders *aktuelle* og ikke fremtidige værdi. Det forhold, at disse perspektiver er betinget af hændelser, hvis sandsynlighed ikke er garanteret, har ingen indvirkning på, om sådanne muligheder (og deres respektive økonomiske værdi) indregnes i vedkommendes aktuelle formue. Fortabelsen af en mulighed som følge af en retsstridig adfærd vil således indebære en erstatningsberettiget skade.

48. Dette er på nuværende tidspunkt situationen i den overvejende del af medlemsstaterne, såvel på området for civilt ansvar uden for kontraktforhold som på området for medlemsstaternes økonomiske ansvar [18]. Fortabelse af en mulighed forekommer ganske vist oftest på sektorområder som f.eks. området for offentlig kontraktindgåelse eller det sundhedsretlige eller handelsretlige område. Dette er imidlertid ikke ensbetydende med, at kategorien ikke på nuværende tidspunkt kan have opnået en tilstrækkelig generel karakter.

15 — Jf. om udviklingen set ud fra en historisk og komparativ synsvinkel, L. Medina Alcoz, *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007, s. 127 ff.

16 — Jf. herom L. Loevinger, »Jurimetrics: Science and Prediction in the Field of Law«, Minnesota Law Review, nr. 46, 1961-1962, s. 269 ff.

17 — Jf. M.L. Truckor, »The Loss of Chance Doctrine: Legal Recovery for Patients on the Edge of Survival«, *University of Dayton Law Review*, nr. 24, 1999, og D.A. Fischer, »Tort Recovery for Loss of a Chance«, *Wake Forest Law Review*, nr. 36, 2001, s. 608 ff.

18 — Jf. den komparative analyse i H. Fleischer, »Schadensersatz für verlorene Chancen im Vertrags- und Deliktsrecht«, JZ 15/16 1999, VVAA, *Les limites de la réparation du préjudice*, Dalloz, Paris, 2009, og L. Medina Alcoz, op.cit., s. 130-167.

c) Domstolens og Rettens retspraksis

49. Beviset for, at fortabelse af en mulighed henhører under de »almindelige retsgrundsætninger, der er fælles for medlemsstaternes retssystemer«, som omhandlet i artikel 340, stk. 2, TEUF, findes i Domstolens retspraksis. Der har således i de senere år været en tydelig tendens til at anerkende fortabelse af en mulighed som et erstatningsberettiget tab. Der er tale om et fremskridt, som har fundet sted med forsigtighed og hovedsageligt på sektorniveau, og hvis hovedtræk vil blive beskrevet i det følgende.

50. Et område, hvor fortabelse af en mulighed udtrykkeligt er blevet anerkendt ved flere lejligheder, er området for EU-personalesager. Siden dommen i sagen Kommissionen mod Girardot [19] har Domstolen således almindeligvis bekræftet Rettens praksis, hvorefter fortabelse af en mulighed på det specifikke område for tvistemål vedrørende tjenestemænd – og dermed på grundlag af artikel 270 TEUF – udgør et »reelt og sikkert« erstatningsberettiget tab. Endvidere er en sådan skade ikke immateriel eller ikke-økonomisk, men derimod materiel [20].

51. Omstændighederne i Girardot-sagen er særdeles repræsentative, eftersom der var tale om en arbejdstager, der var ansat som midlertidigt ansat, og som blev udelukket fra en intern udvælgelsesprøve, fordi hun ikke opfyldte de ufravigelige krav. Sagsøgeren indgav herefter ansøgning til flere forskellige stillinger i samme institution, men blev udelukket fra udvælgelsesproceduren, fordi hun ikke var vedtægtsmæssigt ansat. Hvis sagsøgeren således havde bestået den nævnte interne udvælgelsesprøve, ville hun have opfyldt betingelserne for at få adgang til den anden udvælgelsesprøve.

52. Retten fastslog i sin dom af 31. marts 2004 [21], at den første udelukkelse af sagsøgeren var ulovlig, hvorefter den ved en mellemdom fastslog, at sagsøgeren som følge af den ulovlige udelukkelse var blevet frataget muligheden for at få adgang til en efterfølgende udvælgelsesprøve [22]. Sagsøgeren havde ansøgt om ni af stillingerne i det andet stillingsopslag. Retten fandt, at sagsøgeren på uberettiget vis var blevet frataget en realistisk mulighed for at opnå en af de nævnte stillinger. Domstolen stadfæstede Rettens bedømmelse i appelsagen.

53. I henhold til præmis 115 i Rettens dom i Girardot-sagen »kan det ikke lægges til grund, at Kommissionen […] efter den første fase af ansættelsesproceduren i vedtægtens artikel 29, stk. 1, med sikkerhed ville have accepteret én af Marie-Claude Girardots ansøgninger, og følgelig at denne sidstnævnte havde alle muligheder for at opnå en kontrakt som midlertidigt ansat […] *Det må dog lægges til grund, at Marie-Claude Girardot i hvert fald havde en realistisk mulighed herfor, som hun blev berøvet som følge af, at hendes ansøgninger blev afslået af Kommissionen*, uden at der foreligger bevis for, at de blev behandlet af Kommissionen« [23].

54. Det blev på baggrund af denne betragtning konkluderet, at Marie-Claude Girardot havde lidt et erstatningsberettiget tab, hvis beløbsstørrelse ikke svarede til den indtjening, hun ville have oppebåret som midlertidigt ansat, men derimod blev fastsat af Retten efter ret og billighed ved at multiplicere det pågældende beløb med 0,5. Domstolen bekræftede udtrykkeligt den af Retten udtænkte og anvendte beregningsmetode.

19 — Dom af 21.2.2008, sag C-348/06 P, Sml. I, s. 833.

20 — Jf. bemærkninger af V. Giacobbo-Peyronnel, op.cit.

21 — Dommen i sag T-10/02, Girardot mod Kommissionen, Sml. Pers. I-A, s. 109, og II, s. 483.

22 — Dom af 6.6.2006, sag T-10/02, Girardot mod Kommissionen, Sml. Pers. I-A-2, s. 129, og II-A-2, s. 609).

23 — Min fremhævelse.

55. En lignende argumentation, om end denne gang på grundlag af artikel 340, stk. 2, TEUF, kan ses i retspraksis på området for EU's offentlige indkøb. I de tilfælde, hvor en tilbudsgiver på ulovlig vis udelukkes fra et offentligt udbud fra en EU-institution, kan det vise sig umuligt at genåbne udbudsproceduren. Under disse omstændigheder har Retten ved flere lejligheder anerkendt, at den afviste tilbudsgiver har ret til at kræve en erstatning svarende til »den mistede mulighed for at få tildelt kontrakten« [24] samt – hvis det med sikkerhed kan godtgøres, at tilbudsgiveren burde tildeles kontrakten – indtægtstabet. Retten har ved flere lejligheder fremhævet, at »den mistede mulighed for at få tildelt kontrakten kan tillægges en økonomisk værdi« [25].

56. Det følger af det ovenstående, at fortabelse af en realistisk mulighed på grund af en ulovlig handling på området for såvel tjenestemænd som EU's offentlige indkøb udgør en erstatningsberettiget skade. Denne teori er endnu ikke blevet almindeligt anerkendt inden for EU's erstatningsretlige område, men det kan af visse af Domstolens afgørelser udledes, at der ikke er tale om et fremmed begreb i denne institutions almindelige retspraksis.

57. Først og fremmest skal fremhæves en tidlig tendens i Domstolens retspraksis fra midten af halvfjerdserne, hvori det tydeligt fastslås, at kravet om et »sikkert« tab ikke kan henvise til en absolut sikkerhed [26]. Denne konstatering er ikke tilfældig, men er fremsat med henblik på at adskille betingelserne for erstatningssøgsmål i EKSF-traktatens artikel 34 og 40 fra de lempeligere betingelser i EØF-traktaten. Ved at anerkende, at tabet skal være »sikkert«, men ikke med absolut sikkerhed, henholdt Domstolen sig til det videre indhold af den tidligere artikel 215 TEF. Denne præcisering havde imidlertid ikke nogen direkte indvirkning på sagsøgernes konkrete situation, eftersom fremsættelsen heraf fandt sted under punktet vedrørende sagens antagelse til realitetsbehandling. Dette var således også tilfældet med en række andre sager i halvfjerdserne og firserne, hvori Domstolen lempede kravet om, at tabet skulle have en »sikker« karakter, med henblik på at fastslå sagsøgerens søgsmålsinteresse, hvorefter den efterfølgende, i forbindelse med påkendelsen af sagens realitet, forkastede sagen som følge af, at der ikke forelå en ulovlig handling [27].

58. På tilsvarende vis har Domstolen i andre sager haft lejlighed til i forbindelse med realitetspåkendelsen at tage stilling til, om et tab har en »sikker« karakter, med en tilgang svarende til den i det foregående punkt beskrevne. Domstolen fastslog således i sagen Ireks-Arkady mod Rådet og Kommissionen [28], at Fællesskabet havde pådraget sig ansvar som følge af, at produktionsrestitutionerne til kvældemel blev ophævet. Denne ophævelse var tidligere blevet kendt retsstridig i Domstolens dom i sagen Ruckdeschel m.fl., idet det blev fastslået, at der forelå en ubegrundet forskelsbehandling mellem kvældemel og kvældet stivelse, som således var i strid med lighedsprincippet. Om end Rådet genindførte produktionsrestitutionerne til kvældemel, skete dette med tilbagevirkende kraft fra datoen for afsigelsen af dommen i sagen Ruckdeschel m.fl.

59. Domstolen fastslog således i dommen i sagen Ireks-Arkady mod Rådet og Kommissionen, dvs. i forbindelse med behandlingen af et søgsmål vedrørende ansvar uden for kontraktforhold anlagt af kvældemelsproducenterne på et tidspunkt efter dommen i sagen Ruckdeschel m.fl., at Rådet åbenbart og groft havde overskredet de grænser, som det er forpligtet til at overholde ved udøvelsen af sin skønsbeføjelse. Den af sagsøgeren påberåbte skade hidrørte ifølge Domstolen fra Rådets ophævelse af de restitutioner, som skulle have været udbetalt til kvældemelsproducenterne i perioden fra datoen for

24 — Dom af 20.9.2011, sag T-461/08, Evropaïki Dynamiki mod EIB, Sml. II, s. 6367.

25 — Kendelse afsagt af præsidenten den 25.4.2008, sag T-41/08, Vakakis mod Kommissionen, præmis 66 og 67, og af 20.1.2010, sag T-443/09, Agriconsulting Europe mod Kommissionen, præmis 32, samt dommen i sagen Evropaïki Dynamiki mod EIB, præmis 66.

26 — Dom af 2.6.1976, forenede sager 56/74-60/74, Kampffmeyer mod Rådet og Kommissionen, Sml. s. 711, præmis 7 og 8.

27 — Jf. bl.a. dom af 2.3.1977, sag 44/76, Eier-Kontor mod Rådet og Kommissionen, Sml. s. 393, præmis 8, og af 14.1.1987, sag 281/84, Zuckerfabrik Bedburg mod Rådet og Kommissionen, Sml. s. 49, præmis 14.

28 — Dom af 4.10.1979, sag 238/78, Sml. s. 2955.

restitutionernes ophævelse til datoen for offentliggørelsen af dommen i sagen Ruckdeschel m.fl.[29]. Selv om Domstolen i sin afgørelse redegjorde for vanskelighederne ved at foretage en nøjagtig opgørelse af skadens størrelse, var det ikke nogen hindring for at idømme Fællesskabet ansvar, at skaden ikke var fuldstændig sikker.

60. Ræsonnementet i dommen i sagen Ireks-Arkady mod Rådet og Kommissionen er ikke enkeltstående i retspraksis. Senest skulle Domstolen i sagen Agraz m.fl. mod Kommissionen[30] tage stilling til, om Kommissionens skønsbeføjelse med hensyn til fastsættelse af minimumspris og støttebeløb for produkter forarbejdet på basis af tomater for produktionsåret 2000/2001 var til hinder for, at det tab, som producenterne af de pågældende varer i flere forskellige medlemsstater havde lidt, kunne anses for et »sikkert« tab. Kommissionen havde i den pågældende sag ikke taget hensyn til prisen på kinesiske tomater ved fastsættelsen af støttebeløbet, hvilket ellers var et krav i henhold til EU-lovgivningen på området. Retten fastslog, at forordningen om fastsættelse af støttebeløbet var ulovlig, idet den skønnede, at der var begået en alvorlig formel fejl af den ovenfor angivne årsag. Eftersom Kommissionen råder over en vidtgående skønsbeføjelse ved fastsættelsen af støttebeløb, fandt Retten imidlertid, at der ikke var tale om et »sikkert« tab.

61. Domstolen fraveg i dommen i sagen Agraz m.fl. mod Kommissionen Rettens afgørelse og fastslog, at tomatproducenterne havde lidt et »sikkert« tab. Domstolen fastslog følgende: »Da eksistensen af det tab, som appellanterne påstår at have lidt, langt fra er hypotetisk eller blot eventuel, er den uomtvistelig. På trods af, at der er en vis usikkerhed med hensyn til tabets nøjagtige opgørelse, kan det i øvrigt opgøres økonomisk«[31]. Domstolen tillagde det ingen betydning, at der ikke forelå vanskeligheder i afsætningen af fællesskabsproduktionen i det omhandlede produktionsår, eller at den systematiske administrationsordning gjorde det muligt at sikre afsætningen af fællesskabsproduktionen i løbet af det pågældende produktionsår. Eftersom der var fastsat et retsstridigt støttebeløb, blev tomatproducenter fra flere forskellige medlemsstater frataget muligheden for at afsætte produkterne på de mest gunstige vilkår. Denne omstændighed indebar efter Domstolens opfattelse, at sagsøgerne kunne kræve erstatning for en erstatningsberettiget materiel skade, desuagtet at der ikke var fuldstændig vished om skadens omfang.

d) Sammenfatning og forslag til afgørelse

62. På baggrund af det ovenstående er det min opfattelse, at der allerede er sket en betydelig udvikling af Domstolens retspraksis, og at der bør foretages en undersøgelse heraf i et mere generelt perspektiv. Det fremgår af ovenstående analyse, at fortabelsen af en mulighed ikke blot udgør et erstatningsmæssigt privilegium for de ansatte ved institutionerne, men at der derimod er tale om en selvstændig kategori med forgreninger i adskillige dele af EU-retten. Hvis det endvidere tages i betragtning, at der er tale om en kategori, som findes i et omfattende antal medlemsstater, kan det let konstateres, at fortabelse af en mulighed som en integrerende del af den erstatningsberettigede skade er omfattet af »de almindelige retsgrundsætninger, der er fælles for medlemsstaternes retssystemer«, således som det er foreskrevet i artikel 340, stk. 2, TEUF.

63. Fortabelse af en mulighed anerkendes imidlertid ikke uden videre i den ovenfor beskrevne retspraksis. Tværtimod ses der i de nævnte domme en vis påpasselighed med hensyn til anerkendelsen af denne type tab, idet der opstilles adskillige vanskeligt opfyldelige betingelser herfor.

29 — Dom af 19.10 197, forenede sager 117/76 og 16/77, Sml. s. 1753.

30 — Dom af 9.11.2006, sag C-243/05 P, Sml. I, s. 10833.

31 — Dommen i sagen Agraz m.fl. mod Kommissionen, præmis 42.

64. For det første skal fortabelsen af muligheden være »realistisk«, således som det bemærkes i Girardot-dommen. Selv om der findes forskellige teknikker til at måle sandsynligheden, bør Domstolen anvende et kriterium, som er baseret på en altovervejende sandsynlighed for en fremtidig ulempe. Fortabelsen af muligheden skal under alle omstændigheder være tilstrækkelig forudsigelig til at kunne påvises ved hjælp af de konventionelle bevismidler.

65. For det andet svarer en realistisk fortabelse af en mulighed ikke til en opstået skade, som kan bekræftes med absolut sandsynlighed, for i så fald ville der ikke være tale om fortabelse af en mulighed, men derimod om en tabt fortjeneste. Bemærk, at i størsteparten af de sager, som Unionens retsinstanser har behandlet på området, er opgørelsen af den fortabte mulighed blevet foretaget ved en mellemdom eller – i forbindelse med appelsager – ved en ny dom i første instans efter hjemvisning af sagen. Dette forklarer, hvorfor Domstolen hidtil kun har haft begrænsede muligheder for at videreudvikle sin retspraksis på området.

66. For det tredje medfører fortabelsen af en mulighed ikke en ret til at blive godtgjort for det *fuldstændige* tab af den forventede indtjening, som er blevet forhindret. Marie-Claude Girardot kunne ikke fremsætte krav om det fulde beløb af den løn, som hun ville have opnået, hvis hun var blevet ansat, ligesom den afviste tilbudsgiver heller ikke kunne kræve det fulde kontraktbeløb på de i tilbuddet angivne vilkår. Domstolen og Retten har fulgt medlemsstaternes praksis ved altid at anerkende et tab, som i større eller mindre grad er mindre end den mulige fortjeneste, hvis opnåelse er blevet forhindret. Retten valgte i Girardot-sagen således en metode, som udtrykkeligt blev bekræftet af Domstolen, hvorved der anvendtes en multiplikationskoefficient på 0,5 på det løntab, som Marie-Claude Girardot havde lidt. Denne koefficient afspejler, i form af en procentsats, den mulighed, som Marie-Claude Girardot ville have haft for at opnå en af stillingerne, i dette tilfælde 50%.

67. For det fjerde må bevisbyrden for muligheden i den konkrete sag naturligvis påhvile sagsøgeren, eftersom det tilkommer denne at bevise ikke blot, at den fortabte mulighed var realistisk, men også hvilken grad af sandsynlighed der faktisk har foreligget. Fremkomsten af avancerede metoder til beregning af sandsynligheden for fremtidig fortjeneste, herunder tabt fremtidig fortjeneste, gør det muligt for parterne at føre sådanne beviser – navnlig inden for det finansretlige område – i forbindelse med den nøjagtige økonomiske opgørelse af den fortabte mulighed.

68. Jeg kan kort sagt ikke se nogen grund til generelt at udelukke, at fortabelsen af en mulighed udgør en integrerende del af det erstatningsberettigede tab i henhold til artikel 340, stk. 2, TEUF. Udviklingen i den komparative ret, videreudviklingen af Domstolens praksis samt de bevismidler, som parterne i dag har til rådighed, gør det muligt for Domstolen at fastslå, at der i henhold til EU-erstatningsretten skal ydes godtgørelse for fortabelse af realistiske muligheder som følge af en institutions ulovlige handling.

69. I lyset af ovenstående betragtninger vil jeg i det følgende foretage en analyse af Jean-François Giordanos anbringende om den »sikre« karakter af tabet i den foreliggende sag.

e) Bedømmelse af det anbringende, der er genstand for analysen

70. Retten skønnede i den appellerede dom, at appellanten ikke havde lidt et sikkert tab, fordi unionslovgiver ikke havde tildelt nogen subjektiv ret til at opbruge kvoten. På dette grundlag, hvorefter den subjektive ret til kvoten og til at opbruge denne knyttes tæt sammen med den tredje betingelse for Unionens ansvar uden for kontraktforhold, dvs. foreliggelsen af et erstatningsberettiget tab, fastslog Retten, at det af Jean-François Giordano lidte tab ikke var »sikkert«, hvorefter den frifandt sagsøgte.

71. Til støtte for sin argumentation citerede Retten »analogt« sin dom i sagen Cofradía de pescadores »San Pedro« de Bermeo m.fl. mod Rådet [32], hvorved det blev fastslået, at fastsættelsen af en kvote ved en EU-retsakt ikke indebærer, at indehaveren tillægges nogen rettighed, men alene har til formål at fastsætte en maksimumstærskel for fangst [33].

72. Det er vigtigt at bemærke, at dommen i sagen Cofradía de pescadores »San Pedro« de Bermeo m.fl. mod Rådet blev appelleret til Domstolen, og at denne i det store og hele bekræftede Rettens ræsonnement [34]. Domstolen tog imidlertid alene stilling til, om kvoten medfører en rettighed, for så vidt som der foreligger en ulovlig handling, og ikke får så vidt angår tabet. Domstolen nåede ligesom Retten frem til den konklusion, at de foranstaltninger, der var kendt ulovlige, var i strid med visse EU-retlige bestemmelser, nærmere bestemt stabilitetsprincippet og akten vedrørende vilkårene for Kongeriget Spaniens og Republikken Portugals tiltrædelse, »som ikke har til formål at tillægge borgerne subjektive rettigheder« [35]. Tilsidesættelsen af disse bestemmelser indebar således ikke, at appellanterne blev tillagt en ret til erstatning i henhold til den tidligere artikel 288 EF (nu artikel 340, stk. 2, TEUF).

73. Domstolen udtalte sig imidlertid i sin dom i den nævnte sag på intet tidspunkt om, hvorvidt der var opstået et »sikkert« tab som følge af tilsidesættelsen. Det gjorde Retten derimod i den her appellerede dom, idet den skønnede, at det af appellanterne lidte tab, som følge af den ikke-eksisterende subjektive rettighed og uforudsigeligheden med hensyn til fremtidige fangster, ikke var »sikkert« og derfor ikke var erstatningsberettiget.

74. Det er på baggrund af det ovenstående min opfattelse, at Retten i den her appellerede dom ikke fulgte en retspraksis fra Domstolen, da den skønnede, at det af Jean-François Giordano lidte tab ikke var »sikkert«, men derimod anvendte en retspraksis vedrørende den ulovlige karakter af den foranstaltning, der forårsagede tabet [36]. Ved at anvende denne retspraksis begik Retten efter min opfattelse en retlig fejl.

75. I sagen Cofradía de Pescadores »San Pedro« de Bermeo m.fl. mod Rådet blev der således fremsat et krav om erstatning for et tab som følge af en tilsidesættelse af stabilitetsprincippet og akten vedrørende vilkårene for Kongeriget Spaniens og Republikken Portugals tiltrædelse. Domstolen bekræftede med rette, at disse bestemmelser ikke indebærer, at indehaverne af fangstkvoter tillægges en subjektiv ret, men at de blot indfører en ordning for fordeling af de levende akvatiske ressourcer blandt medlemsstaterne, og at den videre udvikling heraf kræver, at der vedtages et betydeligt antal EU-retlige og nationale bestemmelser.

76. Som der vil blive redegjort for i det følgende, og som jeg ligeledes har haft lejlighed til at forklare nærmere i mit forslag til afgørelse i sagen Buono m.fl. mod Kommissionen, udgør den ulovlige handling, der ligger til grund for tabet i den foreliggende sag, imidlertid en tilsidesættelse af princippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet, og det følger af fast retspraksis, at der i tilfælde af tilsidesættelse af dette princip netop er tale om en krænkelse af en højere norm, som tillægger borgerne rettigheder. Retten begik dermed en fejl, da den skønnede, at en tilsidesættelse som den, der fandt sted i sagen Cofradía de pescadores »San Pedro« de Bermeo m.fl. mod Kommissionen, var sammenlignelig med tilsidesættelsen i den foreliggende sag, som vedrører intet mindre end princippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet.

32 — Nævnt ovenfor i fodnote 10.

33 — Dommen i sagen Cofradía de pescadores »San Pedro« de Bermeo m.fl. mod Rådet, præmis 118.

34 — Domstolens dom af 22.11.2007, sag C-6/06 P, Cofradía de pescadores »San Pedro« de Bermeo m.fl. mod Rådet.

35 — Domstolens dom i sagen Cofradía de pescadores »San Pedro« de Bermeo mod Rådet, præmis 56.

36 — Bemærk, at der i den appellerede dom foretages en »analog« citering af dommen i sagen Cofradía de Pescadores »San Pedro« de Bermeo m.fl. mod Rådet, vel vidende, at den ikke omhandler det samme spørgsmål.

77. Ved på denne måde at sammenkæde de to sager nåede Retten i den appellerede dom frem til den konklusion, at det af Jean-François Giordano lidte tab ikke var »sikkert«. Jeg er imidlertid ikke enig i dette ræsonnement.

78. Det fremgår af sagens akter, at Jean-François Giordano var i besiddelse af en fiskeritilladelse, som var udstedt af præfekten, med en dertilhørende fangstkvote på 132,02 ton. Der kunne i henhold til tilladelsen udøves fiskeri fra den 1. april til den 30. juni 2008. Som følge af den nævnte forordning blev fiskeriet efter almindelig tun i de farvande, hvor Jean-François Giordano drev fiskeri, afbrudt med virkning fra den 16. juni. Det fremgår af sagens akter, at Jean-François Giordano frem til dette tidspunkt havde fanget en samlet mængde på 71,571 ton. Som følge af forordning nr. 530/2008 havde Jean-François Giordano således ikke mulighed for at fange de resterende 60,449 ton, som han rådede over i henhold til sin tilladelse.

79. I lyset af de kriterier, der er opstillet i punkt 38-69 i dette forslag til afgørelse, står det klart, at Jean-François Giordano blev frataget en mulighed for at opnå en fremtidig fortjeneste, dvs. den fortjeneste, som han ville have opnået, hvis han havde haft mulighed for at opbruge sin fangstkvote. Blot fordi man ikke har ret til en kvote, er dette ikke ensbetydende med, at tabet ikke er sikkert, på samme måde som det forhold, at en institution råder over en skønsmargin, ikke nødvendigvis indebærer, at en skade forårsaget af institutionen ikke kan have en sikker karakter. Retten har fejlagtigt sammenkædet kravet om, at tabet skal være sikkert, med kravet om, at der skal være tildelt en rettighed, således som det kræves ifølge Domstolens praksis i forbindelse med bedømmelsen af den ulovlige handling. Der er tale om en sammenkædning, som ikke alene ligger fjernt fra det traditionelle skadesbegreb i Domstolens retspraksis, men som endvidere gør det vanskeligt, og i visse tilfælde helt umuligt, at få oprejsning til trods for, at der er lidt et relevant økonomisk tab.

80. Domstolen var tydelig i sine udtalelser i dommen i sagen Agraz m.fl. mod Kommissionen, som omhandlede en situation, hvor der ganske vist forelå et økonomisk tab, men hvor den sandsynlighedsmæssige usikkerhed var betydelig. Efter at have konstateret, at Kommissionen rådede over en vid skønsmargin, hvilket ikke er nogen garanti for, at der i fremtiden træffes en afgørelse til fordel for sagsøgerens interesser, fastslog Domstolen, at »[p]å trods af, at der er en vis usikkerhed med hensyn til tabets nøjagtige opgørelse, kan det i øvrigt opgøres økonomisk« [37]. Som jeg allerede har redegjort for i punkt 64 i dette forslag til afgørelse, er det vigtigste under alle omstændigheder, at sandsynligheden for at have opnået fortjenesten er *realistisk*.

81. Som jeg har redegjort for tidligere, nøjedes Retten i den appellerede dom med at fastslå, at tabet ikke er »sikkert«, fordi kvoten ikke medfører nogen subjektiv rettighed. Denne antagelse i kombination med den omstændighed, at Jean-François Giordano blev frataget muligheden for at opnå en fortjeneste, hvis økonomiske værdi var uomtvistelig, er tilstrækkelig til, at der må gives medhold i det af Jean-François Giordano fremførte anbringende, og at dommen i første instans således må ophæves.

B – *De øvrige anbringender*

82. På baggrund af det ovenstående er de resterende anbringender irrelevante, og jeg foreslår derfor Domstolen at tage appellen delvist til følge ved at give medhold i det første appelanbringende vedrørende den fejlagtige fortolkning af artikel 340, stk. 2, TEUF med hensyn til den »sikre« karakter af det af appellanten lidte tab.

37 — Dommen i sagen Agraz m.fl. mod Kommissionen, præmis 42.

VII – **Sagens endelige afgørelse**

83. I artikel 61 i statutten for Domstolen bestemmes, at hvis »Domstolen [giver] appellanten medhold, ophæver den den af Retten trufne afgørelse«, og Domstolen kan »selv træffe endelig afgørelse, hvis sagen er moden til påkendelse«.

84. Domstolen er efter min opfattelse i stand til at træffe delvis afgørelse i sagen.

85. Det følger i denne forbindelse af fast retspraksis, at der, for så vidt angår Unionens erstatningsansvar uden for kontraktforhold i forbindelse med dets institutioners og organers ulovlige adfærd, anerkendes en ret til erstatning, såfremt tre betingelser er opfyldt, nemlig at den retsregel, der er tilsidesat, har til formål at tillægge borgerne rettigheder, og at tilsidesættelsen er tilstrækkelig kvalificeret, at der er påvist et tab, og endelig, at der er en direkte årsagsforbindelse mellem Unionens tilsidesættelse og de skadelidtes tab [38].

A – *Den tilsidesatte retsregel, som har til formål at tillægge borgerne rettigheder, samt om tilsidesættelsen heraf er tilstrækkelig kvalificeret*

86. Som det tidligere er blevet anført, er den foreliggende sag kendetegnet ved, at den retsregel, som er blevet tilsidesat, er selve princippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet, således som Domstolen har fastslået i sin dom i AJD Tuna-sagen. Der findes en omfattende retspraksis på dette område, idet det er tilstrækkeligt, at der har foreligget en krænkelse af dette centrale EU-princip, når det skal vurderes, om tilsidesættelsen er tilstrækkelig kvalificeret [39].

87. Det er imidlertid alene det nævnte princip, som er blevet tilsidesat, og ingen andre af de af appellanten påberåbte retsregler, eftersom Domstolen tidligere har haft lejlighed til at tage stilling til den mulige tilsidesættelse af principperne om bl.a. proportionalitet, berettiget forventning og ejendomsret, som forordning nr. 530/2008 måtte have forårsaget. Den eneste kritik, der efter Domstolens udtømmende analyse i den nævnte AJD Tuna-dom kan rettes mod denne forordning, er med hensyn til princippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet. Jean-François Giordano blev i strid med det nævnte princip tvunget til at udøve sin fiskerivirksomhed i en uge mindre end de notfartøjer, der førte spansk flag.

88. Kravet om, at der skal foreligge en tilsidesættelse af en retsregel, som har til formål at tillægge borgerne rettigheder, og at denne tilsidesættelse skal være tilstrækkelig kvalificeret, er således opfyldt.

B – *Direkte årsagsforbindelse mellem Unionens tilsidesættelse og den skadelidtes tab*

89. På tilsvarende vis er det min opfattelse, at der findes en direkte årsagsforbindelse mellem Unionens tilsidesættelse og den skadelidtes tab, for det står klart, at afbrydelsen af Jean-François Giordanos virksomhed alene skyldtes forordning nr. 530/2008.

90. Det er imidlertid vigtigt at tilføje en nuance, som afgrænser erstatningsansvarets omfang.

38 — Jf. bl.a. Domstolens dom af 4.7.2000, sag C-352/98 P, Bergaderm og Goupil mod Kommissionen, Sml. I, s. 5291, præmis 42, af 10.12.2002, sag C-312/00 P, Kommissionen mod Camar og Tico, Sml. I, s. 11355, præmis 53, og af 10.7.2003, sag C-472/00 P, Kommissionen mod Fresh Marine, Sml. I, s. 7541, præmis 25.

39 — Jf. bl.a. dom af 25.5.1978, forenede sager 83/76, 94/76, 4/77, 15/77, og 40/77, HNL m.fl. mod Rådet og Kommissionen, Sml. s. 1209, præmis 5, dommen i sagen Ireks-Arkady m.fl. mod Kommissionen, præmis 11, samt dom af 15.9.1982, sag 106/81, Kind mod EØF, Sml. s. 2885, præmis 22-25, og af 18.4.1991, sag C-63/89, Assurances du crédit mod Rådet og Kommissionen, Sml. I, s. 1799, præmis 14-23.

91. Den ulovlige handling, hvorved Jean-François Giordano blev påført et tab, bestod som anført ovenfor i en tilsidesættelse af princippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet, idet de notfartøjer, der førte spansk flag, uden begrundelse modtog en særbehandling i forhold til de øvrige notfartøjer. Ved at gøre de spanske notfartøjers fangstsæson en uge længere, blev Jean-François Giordano frataget en værdifuld fangstperiode, som andre fartøjer fik adgang til.

92. Eftersom det af appellanten påberåbte erstatningsansvar er baseret på en ulovlig handling, og det i foregående punkt er blevet afvist, at der findes andre kritikpunkter for så vidt angår forordning nr. 530/2008, er det min opfattelse, at der alene findes en årsagsforbindelse mellem det lidte tab og den forskelsbehandlende foranstaltning, dvs. den ekstra uges fiskeri til fordel for de notfartøjer, der førte spansk flag. Den forskelsbehandling, som Domstolen i nævnte AJD Tuna-dom kendte ulovlig, stillede appellanten ringere, men kun i en uge og ikke i den efterfølgende uge, hvor samtlige notfartøjer, herunder også de spanske, blev forhindret i at udøve deres virksomhed.

93. Den omstændighed, at Unionens ansvar uden for kontraktforhold hovedsageligt bygger på skadens ulovlige karakter, således som det er blevet påberåbt af appellanten i den foreliggende sag, indebærer således, at årsagsforbindelsen skal begrænses til en sammenkædning mellem det retsstridige forhold og det lidte tab, men ikke til andre forhold, som ikke er retsstridige, uanset hvor tæt de måtte være knyttet til sagens omstændigheder. Eftersom det konstaterede retsstridige forhold vedrører den uge, hvor appellanten på uberettiget vis blev frataget muligheden for at udøve en økonomisk aktivitet, er det dette tidsrum, som er relevant med hensyn til ansvaret uden for kontraktforhold i forbindelse med ulovlig adfærd.

94. Jeg foreslår derfor Domstolen at begrænse årsagsforbindelsen, således at den omfatter perioden fra den 16. til den 23. juni 2008, hvori appellanten – til forskel fra de spanske notfartøjer – på ulovlig vis fik forbud mod at udøve sin fiskerivirksomhed ved forordning nr. 530/2008.

95. Kravet om, at der skal foreligge en direkte årsagsforbindelse mellem Unionens tilsidesættelse og den skadelidtes tab, er således opfyldt, så længe tabet begrænses til tidsrummet fra den 16. til den 23. juni 2008.

C – *Reelt og sikkert tab*

96. Endelig er det nødvendigt at fastslå, om der er påvist et tab, og om tabet er reelt og sikkert.

97. Som der er gjort rede for i punkt 49-61 i dette forslag til afgørelse, er det i Domstolens retspraksis ved flere lejligheder blevet anerkendt, at et tabs sikre karakter ikke nødvendigvis behøver at være fuldstændig, men at tabet kan anses for sikkert i tilfælde af en realistisk fortabelse af en mulighed, som er en direkte følge af en ulovlig handling fra Unionens side. Jeg vil ikke på nuværende tidspunkt gentage, hvad jeg allerede har redegjort for i detaljer i punkt 38-69 i dette forslag til afgørelse, men jeg skal blot erindre om, at en realistisk fortabelse af en mulighed udgør et reelt og sikkert tab, som er erstatningsberettiget.

98. Det fremgår af sagens akter, at Jean-François Giordano var i besiddelse af en fiskeritilladelse, som gav ham lov til at udøve en økonomisk aktivitet frem til den 30. juni 2008. Endvidere var fangstkvoterne i de foregående år for en reder som Jean-François Giordano almindeligvis blevet opbrugt, hvilket ikke er blevet bestridt af Kommissionen.

99. Den omstændighed, at der var alvorlige tegn på, at fiskerizonerne ville blive udtømt inden fangstsæsonens udløb, forhindrede tilsyneladende ikke de notfartøjer, der førte spansk flag, i at fortsætte fiskeriet fra den 16. til den 23. juni 2008, endog i de samme farvande, hvor de notfartøjer, der førte fransk flag – herunder Jean-François Giordanos fartøj – plejede at fiske.

100. Netop fordi fortabelsen af en mulighed ikke omfatter hele den mistede indtjening, bekræfter de af Kommissionen fremførte argumenter blot, at sandsynligheden for, at Jean-François Giordano kunne have fortsat med at bruge kvoten i ugen fra den 16. til den 23. juni 2008, ikke var fuldstændig sikker, men det er på ingen måde ensbetydende med, at den fortabte mulighed ikke var realistisk.

101. Parterne i første instans havde imidlertid ikke lejlighed til nærmere at drøfte Jean-François Giordanos nøjagtige sandsynlighed for at opnå en fortjeneste i det pågældende tidsrum i 2008. Dette spørgsmål, som er nært forbundet med opgørelsen af det lidte tab, blev i forbindelse med sagens behandling ved Retten ikke drøftet i de her fremførte vendinger.

102. Jeg foreslår følgelig, at Domstolen hjemviser sagen til Retten med henblik på, at den tager stilling til den nøjagtige opgørelse af det af appellanten lidte tab på grundlag af de ovenstående betragtninger.

VIII – **Sagens omkostninger**

103. På trods af mit forslag om delvist at hjemvise sagen til Retten er det min opfattelse, at de væsentligste dele af hovedspørgsmålet i den foreliggende appelsag er blevet besvaret. Jeg foreslår derfor i overensstemmelse med procesreglementets artikel 138, stk. 1, og artikel 184, stk. 2, at Domstolen tilpligter Kommissionen at betale sagens omkostninger i forbindelse med den foreliggende appel.

II.

Forslag til afgørelse

104. På grundlag af ovenstående betragtninger foreslår jeg Domstolen at bestemme følgende:

»Appellen tages delvist til følge, idet der gives medhold i det første appelanbringende vedrørende den fejlagtige fortolkning af artikel 340, stk. 2, TEUF med hensyn til den »sikre« karakter af det af appellanten lidte tab, og følgelig:

1) ophæves Rettens dom af 7. november 2012 i sag T-114/11

2) tages det af Jean-François Giordano anlagte søgsmål vedrørende ansvar uden for kontraktforhold til følge, og det fastslås, at Unionen har pådraget sig ansvar uden for kontraktforhold ved at have vedtaget Kommissionens forordning nr. 530/2008 af 12. juni 2008, idet det findes bevisliggjort, at de i artikel 340, stk. 2, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde fastsatte betingelser for ansvar uden for kontraktforhold er opfyldt

3) hjemvises sagen til Retten med henblik på, at den tager stilling til den nøjagtige opgørelse af det af Jean-François Giordano lidte tab

4) tilpligtes Kommissionen at betale sagens omkostninger i første instans i sag T-114/11 af 7. november 2012 samt i appelsagen.«