FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT E. SHARPSTON

fremsat den 1. juli 2010 [1]

1. Kommissionen har nedlagt påstand om, at Domstolen skal fastslå, at Republikken Malta har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til Rådets forordning (EØF) nr. 3577/92 [2], navnlig dennes artikel 1 og 4, ved at indgå en eksklusiv offentlig tjenesteydelseskontrakt med Gozo Channel Company Ltd (herefter »GCCL«) den 16. april 2004 uden at gennemføre et forudgående udbud.

2. Malta har til sit forsvar i det væsentlige gjort gældende, at forordningen ikke fandt anvendelse på Malta på det pågældende tidspunkt. Malta tiltrådte først Den Europæiske Union den 1. maj 2004, selv om tiltrædelsestraktaten [3] blev undertegnet den 16. april 2003.

3. Kommissionen har på Domstolens opfordring understreget, at en stat er forpligtet til at overholde en traktats vilkår i god tro og i afventning af dens ikrafttræden at afholde sig fra handlinger, der ville berøve traktaten dens formål og hensigt, hvilket er folkeretlige retsprincipper, der er kommet til udtryk i artikel 18 og 26 i Wienerkonventionen om traktatretten [4].

1 — Originalsprog: engelsk.

2 — Af 7.12.1992 om anvendelse af princippet om fri udveksling af tjenesteydelser inden for søtransport i medlemsstaterne (cabotagesejlads) (EFT L 364, s. 7, herefter »forordningen«).

3 — Traktat mellem Kongeriget Belgien, Kongeriget Danmark, Forbundsrepublikken Tyskland, Den Hellenske Republik, Kongeriget Spanien, Den Franske Republik, Irland, Den Italienske Republik, Storhertugdømmet Luxembourg, Kongeriget Nederlandene, Republikken Østrig, Den Portugisiske Republik, Republikken Finland, Kongeriget Sverige, Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland (medlemmer af Den Europæiske Union) og Den Tjekkiske Republik, Republikken Estland, Republikken Cypern, Republikken Letland, Republikken Litauen, Republikken Ungarn, Republikken Malta, Republikken Polen, Republikken Slovenien og Den Slovakiske Republik om Den Tjekkiske Republiks, Republikken Estlands, Republikken Cyperns, Republikken Letlands, Republikken Litauens, Republikken Ungarns, Republikken Maltas, Republikken Polens, Republikken Sloveniens og Den Slovakiske Republiks tiltrædelse af Den Europæiske Union (EUT 2003 L 236, s. 17, herefter »tiltrædelsestraktaten«).

4 — Indgået den 23.5.1969 i Wien, trådt i kraft den 27.1.1980 (*United Nations Treaty Series*, bind 1155, s. 331, herefter »Wienerkonventionen«).

Retsforskrifter

kravet om god tro) anses almindeligvis for at være en del af disse bestemmelser [7]. Selv om de ikke som sådan er bindende for Malta [8], er det nyttigt at anse dem for en formulering af det, som Malta godtager er folkeretlige sædvaneregler, der er bindende for landet.

Wienerkonventionen

5. Artikel 18, der har overskriften »Forpligtelse til ikke at berøve en traktat dens formål og hensigt forud for dens ikrafttræden«, bestemmer:

»En stat er forpligtet til at afholde sig fra handlinger, der ville berøve traktaten dens formål og hensigt, når

4. Wienerkonventionen konsoliderer i vidt omfang den internationale traktatret. Den finder i henhold til artikel 1 anvendelse på traktater mellem stater (og dermed på tiltrædelsestraktaten) og i henhold til artikel 5 på enhver traktat, som er en international organisations stiftelsesdokument (og dermed på de forskellige traktater vedrørende Det Europæiske Fællesskab og Den Europæiske Union) [5]. En række af konventionens bestemmelser afspejler den folkeretlige sædvaneret, der som sådan er en del af Fællesskabets retsorden [6]. Artikel 18 (der indeholder den såkaldte »interimsforpligtelse«) og artikel 26 (som opstiller

a) den har undertegnet traktaten eller udvekslet de instrumenter, der udgør traktaten, under forbehold af ratifikation, accept eller godkendelse, så længe den ikke klart har tilkendegivet, at det er dens hensigt ikke at blive deltager i traktaten, eller

b) den har udtrykt sit samtykke til at være bundet af traktaten, så længe traktaten ikke er trådt i kraft, forudsat at denne ikrafttræden ikke utilbørligt forsinkes.«

5 — Af de nuværende medlemsstater har Frankrig, Malta og Rumænien ikke undertegnet Wienerkonventionen, og selv om alle de andre nu har ratificeret den, tilsluttet sig den eller er indtrådt i den, gjorde Luxembourg og Portugal det først mellem, at tiltrædelsestraktaten blev undertegnet og trådte i kraft, og Irland gjorde det først efter ikrafttrædelsen (jf. De Forenede Nationers traktatsamling på hjemmesiden http://treaties.un.org).

6 — Jf. senest dom af 25.2.2010, sag C-386/08, Brita, Sml. I, s. 1289, præmis 40-42 og den deri nævnte retspraksis.

7 — Ikke alle i litteraturen er imidlertid enige om, i hvilket omfang artikel 18 blot udgør en kodificering snarere end en udvikling af folkeretlig sædvaneret, jf. f.eks. I. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester University Press, 1973, s. 22. En redegørelse vedrørende nogle af sædvanerettens formuleringer findes også i J. Klabbers, »How to defeat a treaty's object and purpose pending entry into force: toward manifest intent«, 34 *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, s. 283, marts 2001.

8 — Jf. fodnote 5 ovenfor.

6. Artikel 26, der har overskriften »*Pacta sunt servanda*«, bestemmer:

»Enhver ikrafttrædende traktat er bindende for dens deltagere og skal opfyldes af dem i god tro.«

EF-traktaten

7. Artikel 226 EF (nu artikel 258 TEUF) bestemmer:

»Finder Kommissionen, at en medlemsstat ikke har overholdt en forpligtelse, der påhviler den i henhold til denne traktat[/disse traktater], fremsætter den en begrundet udtalelse herom efter at have givet den pågældende stat lejlighed til at fremsætte sine bemærkninger.

Retter den pågældende stat sig ikke efter den fremsatte udtalelse inden for den frist, der er fastsat af Kommissionen, kan denne indbringe sagen for Domstolen.«

8. Det bestemmes i artikel 249, stk. 2, EF (nu artikel 288 TEUF):

»En forordning er almengyldig. Den er bindende i alle enkeltheder og gælder umiddelbart i hver medlemsstat.«

9. I henhold til artikel 254, stk. 1 og 2, EF (nu efter ændring artikel 297 TEUF) træder forordninger i kraft på det heri fastsatte tidspunkt eller, hvis et sådant ikke er angivet, den tyvende dag efter offentliggørelsen i *Den Europæiske Unions Tidende*.

Tiltrædelsestraktat og tiltrædelsesakt

10. I henhold til tiltrædelsestraktatens artikel 1, stk. 1, blev ti nye stater, herunder Malta, »medlemmer af Den Europæiske Union og [...] parter i de traktater, som danner grundlag for Unionen, med de deri foretagne ændringer og tilføjelser«. Artikel 1, stk. 2, fastsatte:

»Vilkårene for optagelsen og de af optagelsen nødvendiggjorte tilpasninger af de traktater, som danner grundlag for Unionen, er indeholdt i den akt, der er knyttet til denne traktat [9]. Bestemmelserne i akten udgør en integrerende del af denne traktat.«

9 — Akt vedrørende vilkårene for Den Tjekkiske Republiks, Republikken Estlands, Republikken Cyperns, Republikken Letlands, Republikken Litauens, Republikken Ungarns, Republikken Maltas, Republikken Polens, Republikken Sloveniens og Den Slovakiske Republiks tiltrædelse og tilpasningerne af de traktater, der danner grundlag for Den Europæiske Union (EUT 2003 L 236, s. 33, herefter »tiltrædelsesakten«).

11. I henhold til artikel 2, stk. 2, trådte tiltrædelsestraktaten, som blev undertegnet i Athen den 16. april 2003, i kraft den 1. maj 2004.

12. Tiltrædelsesaktens artikel 2 bestemte:

»Fra tiltrædelsesdatoen er bestemmelserne i de oprindelige traktater og de retsakter, der er vedtaget af institutionerne og Den Europæiske Centralbank før tiltrædelsen, bindende for de nye medlemsstater og gælder i disse stater på de vilkår, som er fastsat i disse traktater og i denne akt.«

13. Der blev ikke opstillet nogen betingelser for forordningens anvendelse på Malta.

14. Malta deponerede sit ratifikationsinstrument til tiltrædelsestraktaten hos den italienske regering den 30. juli 2003.

Forordning nr. 3577/92

15. Forordningen blev vedtaget af Rådet den 7. december 1992 og offentliggjort i *De Europæiske Fællesskabers Tidende* den 12. december 1992.

16. Artikel 1, stk. 1, bestemmer:

»Fra 1. januar 1993 gælder princippet om fri udveksling af tjenesteydelser inden for søtransport i en medlemsstat (cabotagesejlads) for EF-redere, hvis skibe er registreret i en medlemsstat og fører dennes flag, forudsat at skibene opfylder alle betingelserne for at få adgang til cabotage i denne medlemsstat; dette gælder også skibe registreret i EUROS, så snart Rådet har godkendt dette register.«

17. I henhold til artikel 2, stk. 1, forstås ved »[t]jenesteydelser inden for søtransport i en medlemsstat (cabotagesejlads)« »tjenesteydelser, der sædvanligvis udføres mod betaling«, herunder især i henhold til litra c), andet led, »ø-cabotage: søtransport af passagerer eller gods mellem [...] havne på en enkelt medlemsstats øer«.

18. Artikel 2, stk. 4, definerer »[f]orpligtelser til offentlig tjeneste« som »forpligtelser, som EF-rederen, hvis han tog hensyn til sin egen kommercielle interesse, ikke ville påtage sig eller ikke ville påtage sig i samme omfang eller på samme betingelser«.

19. Artikel 4 bestemmer:

»1. En medlemsstat kan indgå kontrakter om offentlig tjeneste eller pålægge rederier, der deltager i fast fart til, fra og mellem øer, forpligtelser til offentlig tjeneste som betingelse for adgang til at udføre den pågældende transport.

Når en medlemsstat indgår kontrakter om offentlig tjeneste eller pålægger rederier forpligtelser til offentlig tjeneste, skal dette ske uden forskelsbehandling af EF-redere.

2. Når medlemsstaterne pålægger rederier forpligtelser til offentlig tjeneste, skal de begrænse sig til krav om, hvilke havne der skal anløbes, regelmæssighed, kontinuitet, hyppighed, kapacitet, tariffer og bemanding.

Hvis der gives kompensation for forpligtelsen til offentlig tjeneste, skal alle EF-rederier have adgang dertil.

3. Eksisterende kontrakter om offentlig tjeneste kan forblive i kraft, indtil de udløber«.

20. I overensstemmelse med artikel 11 trådte forordningen i kraft den 1. januar 1993. I henhold til artikel 6 blev visse cabotageydelser — i Middelhavet og langs Spaniens, Portugals og Frankrigs kyster og med hensyn til visse spanske, portugisiske og franske øer langs kysten samt de franske oversøiske departementer — undtaget fra forordningens anvendelsesområde indtil forskellige datoer mellem den 1. januar 1995 og den 1. januar 2004.

Faktiske omstændigheder og retsforhandlinger

21. Under de forhandlinger, der gik forud for tiltrædelsestraktatens indgåelse, blev spørgsmålet om Maltas gradvise iagttagelse af fællesskabsreglerne inden for bl.a. søtransport rejst og drøftet ved en række lejligheder.

22. I den sammenhæng blev det i en fælles holdning af 26. oktober 2001 [10] udtalt: »[…] noterer EU sig, at Malta inden den 30. juni 2002 agter at indgå 5-årige aftaler om eksplicitte public service-forpligtelser både med Sea Malta Co. Ltd og [GCCL], og at der efter udløbet af disse aftaler vil gælde

10 — Konference om tiltrædelse af Den Europæiske Union — Malta — dok. 20766/01 CONF-M 80/01.

udbudsprocedurer i overensstemmelse med de relevante fællesskabsregler«. I denne fælles holdning noterede EU sig videre, at »dette kapitel på indeværende stadium ikke kræver yderligere forhandlinger«, men understregede i lyset af overvågningen af fællesskabsreglerne, at man kunne »vende tilbage til [dette kapitel] på et passende tidspunkt [...]«.

23. Konkret blev kontrakten med GCCL [11] om tilvejebringelse af en regelmæssig højhastighedsfærgetjeneste mellem øerne Malta og Gozo ikke undertegnet før den 16. april 2004 (et år efter underskriften på tiltrædelsestraktaten og godt og vel to uger før dens ikrafttræden), og den blev indgået for en periode på seks år, ikke fem år, uden mulighed for forlængelse.

24. Det er ikke bestridt, at kontrakten blev tildelt, uden at EF-rederne fik mulighed for at fremsætte tilbud i henhold til et udbud.

25. Efter en administrativ procedure i overensstemmelse med artikel 226 EF har Kommissionen nu nedlagt påstand om, at det fastslås, at Republikken Malta har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til forordningen, navnlig artikel 1 og 4, ved at undertegne en eksklusiv offentlig tjenesteydelseskontrakt med GCCL den 16. april 2004 uden at gennemføre et forudgående udbud, og at Republikken Malta tilpligtes at betale sagens omkostninger.

26. Malta har nedlagt påstand om, at det fastslås, at forordningen ikke fandt og ikke finder anvendelse på den omtvistede kontrakt, at landet frifindes, og at Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Bedømmelse

27. Maltas forsvar er principalt, at forordningen ikke fandt anvendelse på landet på det relevante tidspunkt. Subsidiært har Malta gjort gældende, at tildelingen af den omtvistede kontrakt i det væsentlige blev godkendt under tiltrædelsesforhandlingerne (selv om den af berettigede årsager blev forsinket) og/eller under alle omstændigheder var berettiget på grund af et reelt behov og var forholdsmæssig i forhold til de forfulgte formål.

28. I dette forslag til afgørelse vil jeg kun behandle det principale argument, som efter min opfattelse giver et tilstrækkeligt grundlag for at frifinde Malta, uden at der er behov for at drøfte Maltas andre anbringende i detaljer.

11 — Det fremgår af de mundtlige bemærkninger, at der også blev indgået en kontrakt med Sea Malta Co. Ltd, men at dette selskab efterfølgende blev afviklet.

29. Den væsentligste hindring for Kommissionens søgsmål er enkel. Den konstatering, som Kommissionen ønsker, kan kun vedrøre tilsidesættelsen af en forpligtelse i henhold til traktaterne, som omfatter forpligtelsen til at overholde en forordning, der er vedtaget i medfør af traktaterne. En sådan forpligtelse kan kun opstå, når den pågældende medlemsstat er bundet af traktaterne og dermed af enhver forordning, der vedtages i medfør heraf. I denne sag ønsker Kommissionen fastslået, at Malta tilsidesatte forordningen ved at træffe visse foranstaltninger på et tidspunkt, før landet blev bundet af EF-traktaten.

30. Kommissionen har efter min opfattelse ikke overvundet denne hindring.

31. Der er imidlertid to mulige indvendinger imod dette synspunkt, som skal behandles. Kan den ønskede konstatering forstås således, at den ikke vedrører den faktiske tildeling af kontrakten den 16. april 2004, men dens fortsatte opretholdelse efter den 1. maj 2004? Kan Malta anses for at have været forpligtet til at overholde forordningen forud for sidstnævnte dato?

32. Inden jeg behandler disse to spørgsmål, forekommer det nyttigt at erindre om visse aspekter ved Domstolens praksis om traktatbrudssager.

Retspraksis om traktatbrudssager

33. Således som Domstolen for det første har gjort det klart, har den administrative procedure i traktatbrudssager til formål at give medlemsstaten lejlighed til at opfylde sine unionsretlige forpligtelser og at tage til genmæle over for Kommissionens klagepunkter. Derfor a) fastlægges sagsgenstanden under den administrative procedure, og b) både den begrundede udtalelse og stævningen til Domstolen skal præcist, utvetydigt og i detaljer angive Kommissionens klagepunkter, således at medlemsstaten og Domstolen kan vurdere præcist, hvorledes medlemsstaten angiveligt har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til traktaten, og således at Domstolen ikke træffer afgørelse ultra petita eller ikke tager stilling til et klagepunkt [12].

34. For det andet skal spørgsmålet, om der foreligger et traktatbrud, afgøres på baggrund af forholdene i medlemsstaten, som de var ved udløbet af fristen i den begrundede udtalelse [13].

12 — Jf. f.eks. blandt mange andre dom af 14.10.2004, sag C-340/02, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 9845, præmis 25-27, af 28.6.2007, sag C-235/04, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 5415, præmis 48, og af 10.9.2009, sag C-457/07, Kommissionen mod Portugal, Sml. I, s. 8091, præmis 67 og 68, og den i disse domme nævnte retspraksis.

13 — Jf. f.eks. dommen af 28.6.2007 i sagen Kommissionen mod Spanien, nævnt ovenfor i fodnote 12, præmis 52.

35. Endelig påhviler det Kommissionen at godtgøre, at det hævdede traktatbrud foreligger, samt at fremlægge de oplysninger for Domstolen, som er nødvendige for, at denne kan efterprøve, om der foreligger et traktatbrud. Kommissionen kan ikke blot påstå i stævningen, at en medlemsstat ved at handle på en bestemt måde har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til en forordningsbestemmelse, hvorved der af denne bestemmelse udledes retsvirkninger, der ikke nødvendigvis følger heraf. Kommissionen skal for at få medhold i sin påstand bevise, at betingelsen for anvendelse af denne bestemmelse faktisk er opfyldt i den pågældende sag [14].

Tildeling af en kontrakt eller opretholdelse heraf?

36. Den konstatering, som Kommissionen ønsker, er utvetydigt, at Malta har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til forordningen ved at indgå en bestemt kontrakt den 16. april 2004.

37. Kommissionen anvendte i sin begrundede udtalelse af 12. december 2006 en praktisk talt identisk ordlyd i forbindelse med påstanden om tilsidesættelse af forpligtelserne. I det dokument anmodede den imidlertid også Malta om at træffe de nødvendige foranstaltninger for at efterkomme den begrundede udtalelse inden for to måneder fra dens modtagelse.

38. Malta kunne bestemt ikke forventes at rejse tilbage i tiden med henblik på *ikke* at indgå den omtvistede kontrakt den 16. april 2004. De nødvendige foranstaltninger for at efterkomme den begrundede udtalelse kunne kun være foranstaltninger, der førte til kontraktens opsigelse eller til en ny tildeling efter en udbudsprocedure, der ikke indebar forskelsbehandling.

39. En sådan situation er ikke usædvanlig i traktatbrudssager vedrørende f.eks. tildeling af specifikke offentlige kontrakter, der er i strid med EU's udbudsregler. I lyset af artikel 258 TEUF og Domstolens praksis skal Kommissionen, når den er af den opfattelse, at en sådan kontrakt er blevet tildelt på et ulovligt grundlag, efter at have givet den pågældende medlemsstat mulighed for at fremsætte sine bemærkninger først anmode medlemsstaten om at afhjælpe ulovligheden (med de midler, som måtte være til rådighed på det tidspunkt) inden en vis dato og kan derefter, hvis medlemsstaten ikke har gjort dette, anlægge sag ved Domstolen, som vil afsige dom under hensyntagen til, om den ulovlige situation fortsat bestod på den af Kommissionen fastsatte dato.

14 — Jf. dom af 3.5.2001, sag C-347/98, Kommissionen mod Belgien, Sml. I, s. 3327, præmis 38 og 39.

40. Dette scenarium indebærer således, at Domstolen enten finder, at medlemsstaten har tilsidesat sine forpligtelser, hvis ulovligheden ikke var afhjulpet på den dato, eller at medlemsstaten skal frifindes, hvis ulovligheden var afhjulpet [15]. I det første tilfælde vil Domstolens konstatering imidlertid stadig være forbundet med den oprindelige ulovlige tildeling og ikke den manglende afhjælpning heraf [16].

41. Selv hvis denne traktatbrudssag i sin helhed søger at sætte en stopper for den situation, der påstås at være ulovlig i lyset af forordningen, eller kritisere Malta for ikke at have sørget herfor inden for den periode, landet havde fået hertil, afhænger sagen nødvendigvis af, at det fastslås, at kontraktens tildeling var ulovlig på datoen for dens indgåelse eller i det mindste blev ulovlig på en efterfølgende dato.

42. Den konstatering, som Kommissionen ønsker her, kræver, at der er sket tilsidesættelse af forpligtelser i henhold til forordningen og ikke i henhold til et andet instrument. For at Kommissionen kan få medhold, skal tildelingen af kontrakten derfor have været forbudt i forordningen — enten den 16. april 2004, da den blev indgået (første hypotese), eller den 1. maj 2004, da Malta blev bundet af forordningen i henhold til tiltrædelsestraktatens artikel 2, stk. 2, og tiltrædelsesaktens artikel 2 (anden hypotese).

43. Den anden hypotese kan forkastes ganske kortfattet.

44. Den omtvistede kontrakt fandtes allerede før den 1. maj 2004, og forordningens artikel 4, stk. 3, tillader udtrykkeligt eksisterende kontrakter om offentlig tjeneste at forblive i kraft, indtil de udløber [17].

45. Jeg kan ikke godtage Kommissionens forslag, der fremkom under retsmødet, og hvorefter artikel 4, stk. 3, kun vedrører kontrakter, der eksisterede den 1. januar 1993, selv i forhold til medlemsstater, der tiltrådte Unionen mere end et årti senere. Bestemmelsen henviser til »eksisterende kontrakter«, ikke til »kontrakter, der eksisterede den 1. januar

15 — Et eksempel på den sidstnævnte situation (dog vedrørende vedtagelsen og opretholdelsen af en bestemmelse med bredere anvendelse snarere end tildelingen af en specifik kontrakt) kan findes i dom af 27.10.2005, sag C-525/03, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 9405, præmis 16.

16 — Et eksempel findes i dom af 5.10.2000, sag C-16/98, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 8315, præmis 1, 12-22 og 113. Man kan sammenligne med situationen i sager om statsstøtte i henhold til artikel 88, stk. 2, EF (nu artikel 108, stk. 2, TEUF og tidligere EF-traktatens artikel 93, stk. 2), hvor det eneste spørgsmål er forpligtelsen i henhold til Kommissionens beslutning om at afhjælpe ulovligheden; jf. f.eks. dom af 2.2.1988, sag 213/85, Kommissionen mod Nederlandene, Sml. s. 281, præmis 7 og 8.

17 — Det kan også bemærkes, at der ikke er nogen traktatbestemmelse, der for kontrakter med fysiske eller juridiske personer har samme virkning, som artikel 307 EF (nu artikel 351 TEUF) har for internationale aftaler. Denne bestemmelse kræver, at nye medlemsstater fjerner uoverensstemmelser mellem internationale aftaler, der er indgået før tiltrædelsen, og traktaterne.

1993«. For at overholde kravene om retssikkerhed kan ordet »eksisterende« kun betyde »eksisterende på den dato, forordningen trådte i kraft« [18]. For stater, som tiltrådte Unionen efter den 1. januar 1993, er den dato datoen for deres tiltrædelse — hvilket Kommissionen selv er enig i. EU-forhandlerne godtog i den fælles holdning af 26. oktober 2001, at en kontrakt, der blev indgået mellem juni 2002 og juni 2007, ville være forenelig med Maltas fremtidige forpligtelser, uden at der var behov for at opstille betingelser for forordningens anvendelse på Malta, hvorved forhandlerne stiltiende anerkendte, at artikel 4, stk. 3, finder anvendelse på en sådan kontrakt.

46. Kommissionens påstand i replikken om, at det var fra den 1. maj 2004, at Malta tilsidesatte sine forpligtelser i henhold til forordningen, kan derfor ikke tages til følge.

47. Under alle omstændigheder vil en konstatering af, at Malta tilsidesatte sine forpligtelser i henhold til forordningen fra den 1. maj 2004, modsige den form for konstatering, som Kommissionen selv har ønsket — og den har ikke mulighed for at forsøge at ændre eller genfortolke den form for konstatering på en senere dato, således som den forsøgte under retsmødet.

48. Det er derfor den første hypotese, jeg nu vender mig mod. Den hypotese omfatter det forhold, at Malta havde en forpligtelse til ikke at indgå kontrakten i afventning af tiltrædelsen.

Forpligtelse forud for tiltrædelsen?

49. Intet i tiltrædelsestraktaten eller tiltrædelsesakten — som Malta undertegnede den 16. april 2003, idet landet deponerede sit ratificeringsinstrument den 30. juli 2003 — gjorde udtrykkeligt forordningen bindende for Malta, inden traktaten trådte i kraft. Det forekommer derimod at være en uomgængelig konklusion på grundlag af tiltrædelsesaktens artikel 2, at forordningen først blev bindende for Malta den dato, nemlig den 1. maj 2004.

50. Det fremgår imidlertid, at Malta under forhandlingsfasen anførte, at landet påtænkte at indgå en femårig kontrakt med GCCL inden den 30. juni 2002, og at en sådan kontrakt kunne godtages af EU som forenelig med tiltrædelsen, men at Malta faktisk indgik den omtvistede kontrakt for seks år den 16. april 2004, hvilken eventualitet hverken var blevet godtaget af eller præsenteret for EU-forhandlerne.

18 — Jf. videre punkt 58 ff. nedenfor.

51. Det første, der skal bemærkes, er, at Kommissionen ikke i stævningen til Domstolen eller i replikken som svar på Maltas svarskrift, hvori spørgsmålet udtrykkeligt var rejst om forordningens anvendelse på Malta på det relevante tidspunkt, påstod, at dens sag på nogen måde eller i noget omfang byggede på, at der fandtes en tidligere forpligtelse, som påhvilede Malta, inden tiltrædelsestraktaten trådte i kraft. Kommissionen anførte derimod klart i replikken, at »det netop var fra denne dato, nemlig tiltrædelsesdatoen, at Republikken Malta tilsidesatte sine forpligtelser i henhold til Rådets forordning (EØF) nr. 3577/92«.

52. Under disse omstændigheder ville Kommissionen klart tilsidesætte sin forpligtelse som sagsøger ved Domstolen til at fremkomme med alle forhold til støtte for dens sag, hvis den efterfølgende støttede sig til, at der bestod en tidligere forpligtelse. En sådan situation ville bestemt være i strid med artikel 42, stk. 2, første afsnit, i Domstolens procesreglement, som bestemmer: »Nye anbringender må ikke fremsættes under sagens behandling, medmindre de støttes på retlige eller faktiske omstændigheder, som er kommet frem under retsforhandlingerne« [19].

19 — Jf. dom af 17.11.1992, sag C-279/89, Kommissionen mod Det Forenede Kongerige, Sml. I, s. 5785, præmis 14-17.

53. Domstolen selv har imidlertid anmodet parterne om, henset til forordningens tidsmæssige anvendelse under denne sags omstændigheder, at fremsætte bemærkninger til den betydning, som forpligtelsen til at handle i god tro i den periode, der går forud for en traktats ikrafttrædelse, skal tillægges.

54. Det kan overvejes, om — hvis Domstolen måtte finde, at der skete en tilsidesættelse som følge af en forpligtelse, som Kommissionen ikke støttede sig til i stævningen eller replikken — dette ikke ville indebære, at Domstolen af egen drift tog et anbringende under påkendelse.

55. Det fremgår af fast retspraksis, at anbringender angående grundlæggende retsprincipper kan og endog skal tages under påkendelse af Domstolen af egen drift, hvis parterne ikke har gjort dem gældende. På den ene side synes det imidlertid ikke som om, Domstolen nogensinde tidligere har gjort det med henblik på at udstrække rækkevidden af Kommissionens påstande i sammenhæng med en traktatbrudssag mod en medlemsstat, og på den anden side vedrører »spørgsmål om grundlæggende retsprincipper«, som EU's retsinstanser påkender på dette grundlag, væsentlige formkrav snarere end væsentlige retlige argumenter [20]. Det ville under alle

20 — Dermed kan f.eks. den manglende overholdelse af en korrekt administrativ procedure forud for sagsanlægget (som er en »væsentlig garanti« i henhold til traktaten, jf. dom af 10.4.2008, sag C-442/06, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 2413, præmis 22 og den deri nævnte retspraksis) påkendes af Domstolen af egen drift, selv hvis medlemsstaten ikke udtrykkeligt selv har gjort den gældende. Vedrørende sondringen i sammenhæng med en appel, jf. dom af 2.2.1998, sag C-367/95 P, Kommissionen mod Sytraval og Brink's France, Sml. I, s. 1719, præmis 67.

omstændigheder være et nyt udgangspunkt for Domstolen at supplere Kommissionens argumenter mod en medlemsstat i en traktatbrudssag. Efter min opfattelse ville en sådan handlemåde ikke være i overensstemmelse med sådanne sagers akkusatoriske, quasi-strafferetlige karakter.

56. Hvorom alting er, har Kommissionen som svar på Domstolens spørgsmål givet udtryk for det synspunkt, a) at Malta som en kommende medlemsstat var forpligtet til at handle i god tro fra datoen for den fælles holdning af 26. oktober 2001, og b) at landet utvivlsomt var forpligtet til at afholde sig fra at handle i strid med EU-retten fra datoen for dets undertegnelse af tiltrædelsestraktaten den 16. april 2003. Ikke desto mindre har Kommissionen anført, at Malta indgik den omtvistede kontrakt under omstændigheder, som antyder ond tro. Kommissionen er i denne henseende af den opfattelse, at kravet om god tro og udtrykket herfor i Wienerkonventionens artikel 18 og 26 er af grundlæggende betydning.

57. Domstolen skal for at fremkomme med den ønskede konstatering imidlertid efter min opfattelse ikke kun finde, at Maltas forpligtelse til ikke at indgå den omtvistede kontrakt den 16. april 2004 fulgte af landets status som kommende medlemsstat, der havde undertegnet og ratificeret tiltrædelsestraktaten, men også — og som et forudgående spørgsmål — at forordningen selv kunne pålægge medlemsstaterne forpligtelser, før den trådte i kraft.

58. Perioden før en forordning, som er en del af fællesskabsreglerne, træder i kraft i en medlemsstat i forbindelse med tiltrædelse, kan sammenlignes med perioden mellem dens vedtagelse eller offentliggørelse og dens ikrafttræden i forhold til en eksisterende medlemsstat. Uanset hvilke forpligtelser, der kan påhvile en kommende medlemsstat i perioden inden tiltrædelse, kan de ikke være større end de forpligtelser, der påhviler en eksisterende medlemsstat i den sammenlignelige periode før den almindelige ikrafttræden. Det er derfor kun, hvis en af de daværende 12 medlemsstater havde tilsidesat sine forpligtelser i henhold til forordningen ved at indgå en tilsvarende kontrakt mellem forordningens vedtagelse og dens offentliggørelse, henholdsvis den 7. eller den 12. december 1992, og dens ikrafttræden den 1. januar 1993, at Malta kan anses for at have tilsidesat sine forpligtelser, i perioden umiddelbart inden landet blev medlemsstat.

59. Det er i denne henseende klart, at en forordning er bindende i sin helhed (og for alle, uanset om det er medlemsstater, institutioner eller privatpersoner) fra datoen for dens ikrafttræden, men ikke før — medmindre det udtrykkeligt er angivet, at bestemmelserne i undtagelsestilfælde har tilbagevirkende

kraft [21]. Reglen i artikel 254, stk. 1 og 2, EF (artikel 297 TEUF), som sikrer, at hver forordning har en klar og konstaterbar ikrafttrædelsesdato, er et væsentligt udtryk for retssikkerhedsprincippet. Hvis forordninger skulle have retsvirkninger inden deres ikrafttrædelsesdato, ville den dato være meningsløs.

60. I den foreliggende sag indeholder forordningen ingen udtrykkelig bestemmelse om tilbagevirkende kraft. Derimod specificerer artikel 11 ikke alene, at ikrafttrædelsesdatoen er den 1. januar 1993, men artikel 1, stk. 1, anfører udtrykkeligt, at princippet om fri udveksling af tjenesteydelser inden for søtransport gælder *fra den 1. januar 1993*, og artikel 4, stk. 3, anfører udtrykkeligt, at *eksisterende* kontrakter om offentlig tjeneste kan forblive i kraft, indtil de udløber. I den sammenhæng (vedrørende de daværende 12 medlemsstater [22]) kan eksisterende kontrakter kun betyde de kontrakter, der eksisterede enten den 1. januar 1993 eller (muligvis hvad angår tjenesteydelser, der midlertidigt er undtaget fra forordningens anvendelsesområde i henhold til artikel 6) den dato, hvor den relevante midlertidige undtagelse ophørte [23].

61. Det er derfor min opfattelse, at en medlemsstat, som sidst i december 1992 måtte have indgået en offentlig tjenesteydelseskontrakt uden et korrekt udbud i henhold til fællesskabsreglerne, ikke kan kritiseres for at tilsidesætte sine forpligtelser i henhold til *forordningens artikel 1 og 4*.

62. Det er korrekt, at medlemsstaterne også har en mere generel forpligtelse til loyalt at samarbejde, der nu er udtrykt i artikel 4, stk. 3, TEU (tidligere artikel 10 EF og endnu tidligere EF-traktatens artikel 5), som indebærer, at de skal træffe alle hensigtsmæssige foranstaltninger til at sikre overholdelse af forpligtelser, der følger af traktaterne, eller forpligtelser, der udspringer af institutionernes handlinger, for at lette gennemførelsen af Fællesskabets (eller Unionens) opgaver og lade være med (eller afholde sig fra) enhver foranstaltning, der kan bringe opnåelsen af traktaternes formål i fare.

63. Det var på denne sidstnævnte forpligtelse, at Domstolen byggede sin afgørelse i sagen

21 — Jf. vedrørende et eksempel på sådanne usædvanlige omstændigheder dom af 9.1.1990, sag C-337/88, SAFA, Sml. I, s. 1.

22 — Jf. også punkt 45 ovenfor.

23 — Jf. punkt 20 ovenfor. Domstolen har ikke taget stilling til dette spørgsmål, men der er antydninger i Domstolens nyere dom af 22.4.2010, sag C-122/09, Enosi Efopliston Aktoploïas m.fl., Sml. I, s. 3667, præmis 15 og 17, og i dens kendelse af 28.9.2006, sag C-285/05, Enosi Efopliston Aktoploïas m.fl., præmis 19, der er nævnt i præmis 10 i dommen i sag C-122/09, af, at en medlemsstat kan have en forpligtelse til ikke at træffe nogen foranstaltninger, der sandsynligvis kan bringe forordningens anvendelse i alvorlig fare efter ophøret af perioden med den midlertidige undtagelse. Jf. videre punkt 63 ff. nedenfor, navnlig punkt 65 og fodnote 25.

Inter-Environnement Wallonie [24], hvorefter den medlemsstat, som direktivet retter sig til, inden for den periode, som er fastsat i direktivet for dets gennemførelse, ikke må træffe foranstaltninger, der kan bringe virkeliggørelsen af det i direktivet foreskrevne resultat i alvorlig fare.

64. Det er imidlertid ikke min opfattelse, at den nu faste retspraksis blot kan overføres fra direktiver til forordninger. Et direktiv specificerer typisk en dato for sin ikrafttræden og en dato for, hvornår medlemsstaterne skal have gennemført det. Det er i perioden mellem disse datoer, at Domstolens praksis kræver, at medlemsstaterne skal afholde sig fra at træffe foranstaltninger, der kan bringe det foreskrevne resultat i alvorlig fare. Domstolen har aldrig udtalt, at der også findes en sådan forpligtelse i den tidligere periode mellem et direktivs vedtagelse og/eller offentliggørelse og dets ikrafttræden. Dette ville efter min opfattelse igen gøre ikrafttrædelsesdatoen meningsløs.

65. Hvad angår forordninger er der ingen overgangsperiode for gennemførelse, kun en periode mellem vedtagelsen og/eller offentliggørelsen og ikrafttrædelsen, når en forordning bliver bindende i sin helhed. Den periode, som dommen i sagen Inter-Environnement Wallonie vedrører, findes derfor ikke for så vidt angår forordninger [25].

66. Jeg vil ikke gå så vidt som til at antyde, at der aldrig kan være omstændigheder, hvorunder en medlemsstat kan være skyldig i en tilsidesættelse af pligten til loyalt at samarbejde som følge af en handling, der blev foretaget på et tidspunkt, hvor et direktiv eller en forordning eksisterede, men endnu ikke var trådt i kraft. Det forekommer mig imidlertid, at kriteriet om, at handlingen skal »bringe den pågældende foranstaltnings effektive virkning i alvorlig fare« i så fald skal fortolkes særligt strengt. Det er muligvis kun en handling, som ikke kan omgøres inden fristen for direktivets gennemførelse, eller som på en eller anden måde kan forhindre forordningen i at blive anvendt på en sådan måde, at den opfylder sit formål, der kan udgøre en tilsidesættelse af pligten til loyalt at samarbejde under sådanne omstændigheder [26].

24 — Dom af 18.12.1997, sag C-129/96, Sml. I, s. 7411, præmis 45 og domskonklusionens punkt 2. Jf. også generaladvokat Jacobs' forslag til afgørelse, navnlig punkt 33 og 39 ff.

25 — Jeg godtager den mulighed — selv om den endnu er ubekræftet — at en midlertidig undtagelse fra eller fravigelse af anvendelsen af en forordning (og navnlig den foreliggende forordning) kan indebære en forpligtelse, der er tilsvarende forpligtelsen i dommen i sagen Inter-Environnement Wallonie (jf. punkt 60 og fodnote 23 ovenfor), men den foreliggende sag vedrører en situation, hvor der ikke fandtes en sådan undtagelse eller fravigelse, da forordningen trådte i kraft i den pågældende medlemsstat.

26 — Jf. også generaladvokat Jacobs' forslag til afgørelse i sagen Inter-Environnement Wallonie, jf. fodnote 24 ovenfor, punkt 42 ff.

67. Selv om det er korrekt, at der ikke er en *de minimis*-regel i traktatbrudssager [27] — Domstolen finder, at der er tale om en tilsidesættelse, uanset hvor lille eller isoleret den er — forekommer det mig, at det ville være hensigtsmæssigt med en anden standard i de tilfælde, hvor den påståede tilsidesættelse skulle være sket gennem handlinger, der blev foretaget, inden den pågældende foranstaltning trådte i kraft.

68. Hvad angår den i denne sag omtvistede forordning kan det have været nødvendigt for Kommissionen at fastslå, f.eks. at den pågældende handling udelukkede enhver mulighed for overholdelse af forordningens bestemmelser i en længere periode efter dens ikrafttræden, eller at den omfattede en række foranstaltninger, der samlet og systematisk underminerede dens anvendelse eller blev truffet for bevidst og/eller med den åbenbare hensigt at lade hånt om forordningens bestemmelser.

69. Indgåelsen af en enkelt kontrakt, uanset at den klart ville have været forbudt i henhold til forordningen, når denne er trådt i kraft, bør efter min opfattelse derimod ikke anses for tilstrækkeligt — i sig selv og uden yderligere skærpende omstændigheder — til at begrunde, at det fastslås, at en medlemsstat har tilsidesat sin pligt til loyalt at samarbejde, *hvis kontrakten blev indgået, inden forordningen trådte i kraft*. Et hvilket som helst andet synspunkt ville indebære, at man benægter ikke blot betydningen af ikrafttrædelsesdatoen, men også den udtrykkelige bestemmelse i artikel 4, stk. 3.

70. Herudover burde Kommissionen efter min opfattelse i et sådant tilfælde først og fremmest have nedlagt påstand om, at det fastslås, at der foreligger en tilsidesættelse af pligten til loyalt samarbejde snarere end en tilsidesættelse af forordningens artikel 1 og 4, som ikke var i kraft, da kontrakten blev indgået. Det er korrekt, at Domstolen lejlighedsvist har udtalt, at en medlemsstat har tilsidesat denne generelle forpligtelse, når der ikke synes at være nedlagt påstand herom [28], men, så vidt jeg ved, ikke som et alternativ til at fastslå en tilsidesættelse af en specifik bestemmelse, som er blevet gjort gældende, men ikke fastslået, eller i et tilfælde, hvor en sådan bestemmelse ikke allerede var i kraft på tidspunktet for den handling, som indebar en tilsidesættelse.

71. Hvis det synspunkt, som jeg således er nået til vedrørende en hypotetisk sag med en medlemsstat, der indgår en sammenlignelig kontrakt i slutningen af december 1992, er korrekt, hvad betyder det så for sagen med en medlemsstat, såsom Malta, der indgik den omtvistede kontrakt i perioden ikke kun før, forordningen fandt anvendelse på

27 — Jf. f.eks. dom af 7.2.1984, sag 166/82, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 459, præmis 24, af 15.6.2000, sag C-348/97, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 4429, præmis 62, eller af 14.4.2005, sag C-157/03, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 2911, præmis 44.

28 — Jf. f.eks. dom af 12.7.2007, sag C-507/04, Kommissionen mod Østrig, Sml. I, s. 5939.

landets område, men også inden traktaterne trådte i kraft, og landet blev en af Unionens medlemsstater?

72. Malta kan i hvert fald ikke have haft en større forpligtelse i april 2004 end den hypotetiske medlemsstat i december 1992. Om noget kan den kun være mindre. Interimsforpligtelsen i henhold til den internationale traktatret kan, selv om der ikke er fuldstændig enighed om dens nøjagtige betydning, ikke kræve overholdelse af en traktat, før den træder i kraft, på nøjagtigt samme vilkår som efter, at den træder i kraft — ellers ville ikrafttrædelsesdatoen igen være meningsløs.

73. Selv om, således som jeg har bemærket, Wienerkonventionens ordlyd ikke som sådan er bindende for Malta, og selv om reglens formulering har været omskiftelig gennem årene og været forskellig fra en forfatter til en anden [29], synes det klart, at interimsforpligtelsen ikke forhindrer en signatarstat i at foretage enhver handling, som ville have været uforenelig med traktaten, hvis den allerede havde været i kraft, men snarere i at foretage enhver handling, som på en hvilken som helst måde ville ramme traktatens kerneområde.

74. Jeg vil i den forbindelse ikke argumentere for, at interimsforpligtelsen, der påhviler en stat, som har undertegnet og ratificeret en traktat om tiltrædelse af Den Europæiske Union, blot indebærer, at staten skal afholde sig fra sådanne handlinger, som kan tilintetgøre hele genstanden for og formålet med EU-traktaterne eller med tiltrædelsestraktaten — enhver handling, der kan gøre dette, skulle bestemt være vidtrækkende — men det er min opfattelse, at en enkeltstående handling, der ikke er helt forenelig med en af de forestående forpligtelser ved medlemskab af Unionen, sædvanligvis ikke indebærer, at staten efterfølgende kan sagsøges i en traktatbrudssag.

75. I den foreliggende sag forekommer det mig, uden at der er noget behov for overhovedet at undersøge Maltas forklaring på uoverensstemmelsen mellem datoerne i den fælles holdning af 2001 og begyndelses- og slutdatoerne i den endeligt indgåede kontrakt [30], at

29 — Klabbers (nævnt i fodnote 7 ovenfor) citerer forskellige kilder, der giver udtryk for forpligtelsen som værende »at afholde sig fra handlinger, der kan gøre en parts præstationer umulige eller vanskeligere«, »ikke at gøre noget mellem undertegnelsen og ratificeringen, som kan skade traktatens formål«, ikke at »gøre noget, som kan berøre en handling, som en anden part kan foretage, hvis og når traktaten træder i kraft«, »forud for ratificeringen at afholde sig fra enhver handling, der tilsigter i det væsentlige at skade værdien af den aftale, der er undertegnet« eller ikke at foretage en »handling i ond tro, der bevidst tilsigter at fratage den anden part fordele, som han lovligt håbede at opnå ved traktaten, og som den tager i betragtning«.

30 — Malta har i det væsentlige anført, i) at landet var forpligtet til at afvente gennemførelsen af GCCL's omstrukturering og leveringen af tre nye fartøjer, inden det korrekt kunne vurdere det behov for støtte, som ruten krævede, og ii) at det ved fastsættelse af kontraktens varighed fulgte Kommissionens retningslinjer (KOM(2003) 595 endelig), som kun anser en varighed for at være uforholdsmæssig, hvis den overstiger seks år. Jeg vil i denne henseende ikke sige andet, end at en sådan begrundelse, hvis den blev undersøgt, efter min opfattelse ikke uden videre kunne forkastes.

Domstolen ikke skal tage Kommissionens påstand til følge.

76. Sagen omfatter en enkelt kontrakt. Maltas hensigt om at indgå kontrakten for en periode på ca. tre år eller længere efter datoen for Maltas tiltrædelse af Unionen blev gjort klar under tiltrædelsesforhandlingerne. Kommissionen havde på daværende tidspunkt ingen indvendinger mod denne hensigt og må formodes — eftersom den hverken sørgede for opstilling af betingelser i tiltrædelsesakten vedrørende forordningens anvendelse på Malta eller vendte tilbage til kapitlet under forhandlingerne — at have godtaget, at en sådan kontrakt var forenelig med forordningen. Det, Kommissionen nu har gjort indvendinger mod, er, at perioden i den kontrakt, der faktisk blev indgået, var længere (mindre end tre år) end forudsat i den fælles holdning af 26. oktober 2001. Det omtvistede er derfor ikke en handling, der kan bringe forordningens generelle anvendelse i Malta på lang sigt i alvorlig fare, men en handling, der undtager en særlig ø-cabotagesejlads fra dens anvendelsesområde i en begrænset periode (som dog er længere end den periode, der oprindeligt blev meddelt og godtaget).

77. Dette udgør efter min opfattelse ikke en adfærd, der — *henset til at hverken forordningen eller traktaterne var i kraft i Malta på det relevante tidspunkt* — kan begrunde, at det fastslås, at Malta har tilsidesat sine forpligtelser *i henhold til forordningen* i medfør af en pligt, som landet måtte have som kommende medlemsstat til ikke at skade formålet med og genstanden for traktaterne eller forordningens fremtidige anvendelse.

Forslag til afgørelse

78. På baggrund af ovenstående betragtninger er det min opfattelse, at Domstolen bør frifinde sagsøgte og pålægge Kommissionen at betale sagens omkostninger, således som Malta har nedlagt påstand om i henhold til artikel 69, stk. 2, i Domstolens procesreglement.