FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT ELEANOR SHARPSTON
föredraget den 1 juli 2010 [1]

1. Kommissionen har yrkat att domstolen ska fastställa att Republiken Malta har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt rådets förordning (EEG) nr 3577/92, [2] särskilt artiklarna 1 och 4 i denna, genom att den 16 april 2004 – utan föregående anbudsförfarande – underteckna ett avtal med Gozo Channel Company Ltd (nedan kallat GCCL) angående ensamrätt att tillhandahålla allmänna sjötransporter.

2. Maltas huvudinvändning är att förordningen vid den aktuella tidpunkten inte var tillämplig på Malta. Anslutningsfördraget [3] hade visserligen undertecknats den 16 april 2003, men Malta anslöt sig till Europeiska unionen först den 1 maj 2004.

3. Kommissionen har, sedan domstolen begärt ett uttalande, understrukit en stats förpliktelse att ärligt följa ett fördrag och, i avvaktan på att det ska träda i kraft, avhålla sig från handlingar som skulle omintetgöra dess ändamål och syfte – internationella rättsprinciper som uttrycks i artiklarna 18 och 26 i Wienkonventionen om traktaträtten. [4]

1 — Originalspråk: engelska.

2 — Rådets förordning (EEG) nr 3577/92 av den 7 december 1992 om tillämpning av principen om frihet att tillhandahålla tjänster på sjötransportområdet inom medlemsstaterna (cabotage) (EGT L 364, s. 7; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 203) (nedan kallad förordningen).

3 — Fördrag mellan Konungariket Belgien, Konungariket Danmark, Förbundsrepubliken Tyskland, Republiken Grekland, Konungariket Spanien, Republiken Frankrike, Irland, Republiken Italien, Storhertigdömet Luxemburg, Konungariket Nederländerna, Republiken Österrike, Republiken Portugal, Republiken Finland, Konungariket Sverige, Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland (Europeiska unionens medlemsstater) och Republiken Tjeckien, Republiken Estland, Republiken Cypern, Republiken Lettland, Republiken Litauen, Republiken Ungern, Republiken Malta, Republiken Polen, Republiken Slovenien, Republiken Slovakien om Republiken Tjeckiens, Republiken Estlands, Republiken Cyperns, Republiken Lettlands, Republiken Litauens, Republiken Ungerns, Republiken Maltas, Republiken Polens, Republiken Sloveniens och Republiken Slovakiens anslutning till Europeiska unionen (EUT L 326, 2003, s. 17) (nedan kallat anslutningsfördraget).

4 — Som undertecknades i Wien den 23 maj 1969 och trädde i kraft den 27 januari 1980 (*United Nations Treaty Series*, volym 1155, s. 331; SÖ 1975:1, s. 1) (nedan kallad Wienkonventionen).

Tillämpliga bestämmelser

Wienkonventionen

4. I Wienkonventionen konsolideras den internationella traktaträtten i stor utsträckning. Konventionen är, enligt artikel 1, tillämplig på traktater mellan stater (och omfattar således anslutningsfördraget) samt, enligt artikel 5, på traktater som utgör stiftelseurkunder för en internationell organisation (och omfattar således de olika gemenskaps- och unionsfördragen).[5] Ett antal av dess bestämmelser återspeglar internationella sedvanerättsliga regler, som i sig hör till gemenskapsrättsordningen.[6] Artikel 18 (som innehåller den så kallade interimsskyldigheten) och artikel 26 (i vilken kravet på ärlighet uttalas) anses allmänt ingå bland dessa regler.[7] Även om artiklarna inte i sig är bindande för Malta,[8] är det lämpligt att ta med dem vid en redovisning av de internationella sedvanerättsliga regler som Malta godtar som tillämpliga på den egna staten.

5. I artikel 18, som har rubriken ”Förpliktelse att ej omintetgöra en traktats ändamål och syfte före dess ikraftträdande”, föreskrivs följande:

”En stat är förpliktad att avhålla sig från handlingar som skulle omintetgöra en traktats ändamål och syfte, när

a) den har undertecknat traktaten eller utväxlat de instrument som utgör traktaten med förbehåll för ratifikation, godtagande eller godkännande, så länge den icke har uttryckt sin avsikt att ej bli part i traktaten; eller

b) den har uttryckt sitt samtycke till att vara bunden av traktaten, så länge traktaten ej har trätt i kraft, förutsatt att ikraftträdandet icke otillbörligt fördröjs.”

5 — Av de nuvarande medlemsstaterna har Wienkonventionen emellertid inte undertecknats av Frankrike, Malta och Rumänien. Även om de övriga nu har ratificerat, anslutit sig eller åtagit sig att följa denna, gjorde Luxemburg och Portugal så först mellan undertecknandet och ikraftträdandet av anslutningsfördraget, och Irland först efter det senare datumet (se United Nations Treaty Collection på webbplatsen http://treaties.un.org).

6 — Se den nyligen meddelade domen av den 25 februari 2010 i mål C-386/08, Brita (REG 2010, s. I-1289), punkterna 40–42 och där angiven rättspraxis.

7 — Alla auktoriteter är emellertid inte överens om i vilken omfattning artikel 18 helt enkelt utgör en kodifiering, snarare än en utveckling, av internationell sedvanerätt. Se till exempel Sinclair, I., *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester University Press, 1973, s. 22. För en redovisning av vissa formuleringar av den sedvanerättsliga regeln, vilka skiljer sig från den i Wienkonventionen, se även Klabbers, J., *How to defeat a treaty's object and purpose pending entry into force: toward manifest intent*, 34 Vanderbilt Journal of Transnational Law, s. 283, mars 2001.

8 — Se fotnot 5 ovan.

6. I artikel 26, som har rubriken ”Pacta sunt servanda”, föreskrivs följande:

”Varje i kraft varande traktat är bindande för dess parter och skall ärligt fullgöras av dem.”

EG-fördraget

7. I artikel 226 EG (nu artikel 258 FEUF) föreskrivs följande:

”Om kommissionen anser att en medlemsstat har underlåtit att uppfylla en skyldighet enligt [detta fördrag/fördragen], skall kommissionen avge ett motiverat yttrande i ärendet efter att ha givit den berörda staten tillfälle att inkomma med sina synpunkter.

Om den berörda staten inte rättar sig efter yttrandet inom den tid som angivits av kommissionen, får denna föra ärendet vidare till [Europeiska unionens domstol].”

8. Enligt andra stycket i artikel 249 EG (nu artikel 288 FEUF) gäller följande:

”En förordning skall ha allmän giltighet. Den skall till alla delar vara bindande och direkt tillämplig i varje medlemsstat.”

9. Enligt artikel 254.1 och 254.2 EG (nu, efter ändring artikel 297 FEUF) träder förordningar i kraft den dag som anges i dessa eller, i annat fall, den tjugonde dagen efter offentliggörandet.

Anslutningsfördraget och anslutningsakten

10. Enligt artikel 1.1 i anslutningsfördraget blev tio nya stater, inklusive Malta, ”medlemmar i Europiska unionen och parter i de fördrag som ligger till grund för unionen, enligt den lydelse som fördragen har efter ändringar och tillägg”. I artikel 1.2 gjordes följande specificering:

”Villkoren för anslutningen och de anpassningar i unionens grundläggande fördrag som den medför anges i den anslutningsakt som finns bifogad detta fördrag.[9] Bestämmelserna i anslutningsakten skall utgöra en integrerad del av detta fördrag.”

9 — Akt om villkoren för Republiken Tjeckiens, Republiken Estlands, Republiken Cyperns, Republiken Lettlands, Republiken Litauens, Republiken Ungerns, Republiken Maltas, Republiken Polens, Republiken Sloveniens och Republiken Slovakiens anslutning till de fördrag som ligger till grund för Europeiska unionen och om anpassning av fördragen (EUT L 236, 2003, s. 33) (nedan kallad anslutningsakten).

11. Anslutningsfördraget, som undertecknades i Aten den 16 april 2003, trädde enligt artikel 2.2 i kraft den 1 maj 2004.

12. I artikel 2 i anslutningsakten föreskrevs följande:

”Från och med dagen för anslutningen skall bestämmelserna i de grundläggande fördragen och i rättsakter som har antagits av institutionerna och Europeiska centralbanken före anslutningen vara bindande för de nya medlemsstaterna och skall tillämpas i dessa på de villkor som anges i fördragen och i denna anslutningsakt.”

13. Det fastställdes inga villkor beträffande Maltas tillämpning av förordningen.

14. Malta deponerade sitt ratifikationsinstrument till anslutningsavtalet hos Italiens regering den 30 juli 2003.

Förordning nr 3577/92

15. Förordningen antogs av rådet den 7 december 1992 och offentliggjordes i *gemenskapernas officiella tidning* den 12 december 1992.

16. I artikel 1.1 föreskrivs följande:

”Från och med den 1 januari 1993 skall frihet att tillhandahålla tjänster på sjötransportområdet inom en medlemsstat (cabotage) gälla för rederier inom gemenskapen vilkas fartyg är registrerade i en medlemsstat och förs under denna stats flagg, förutsatt att fartygen uppfyller de villkor för att utföra cabotage som gäller i den sistnämnda medlemsstaten, inberäknat fartyg registrerade i Euros så snart detta register godkänts av rådet.”

17. I artikel 2.1 anges att beteckningen ”[s]jötransporttjänster inom en medlemsstat (cabotage)” används med betydelsen ”tjänster som normalt utförs mot ersättning”, vilka omfattar bland annat enligt c) andra strecksatsen ”öcabotage: sjötransport av passagerare eller gods mellan … hamnar på en och samma medlemsstats öar”.

18. I artikel 2.4 definieras ”[f]örpliktelser vid allmän trafik” som ”skyldigheter som rederiet i fråga, om det tog hänsyn till sina egna kommersiella intressen, inte skulle uppfylla över huvud taget eller inte skulle uppfylla i samma utsträckning eller på samma villkor”.

19. I artikel 4 föreskrivs följande:

”1. En medlemsstat får ingå avtal om allmän trafik med rederier som utför regelbundna transporttjänster till, från och mellan öar, eller ange förpliktelser vid allmän trafik som villkor för rätten att tillhandahålla sådana cabotagetjänster.

När en medlemsstat ingår avtal om allmän trafik eller ålägger ett rederi förpliktelser vid allmän trafik skall detta ske på icke-diskriminerande grund med hänsyn till alla rederier inom gemenskapen.

2. När de ålägger rederier förpliktelser vid allmän trafik skall medlemsstaterna begränsa sig till krav om vilka hamnar som skall anlöpas, regelbundenhet, kontinuitet, turtäthet, kapacitet att utföra tjänsten, fraktsatser och bemanning av fartyget.

Om detta är tillämpligt måste en eventuell ersättning för förpliktelser vid allmän trafik vara tillgänglig för alla rederier inom gemenskapen.

3. Existerande avtal om allmän trafik får fortsätta att gälla fram till det datum då de löper ut.”

20. Förordningen trädde i enlighet med artikel 11 i kraft den 1 januari 1993. I artikel 6 stadgades dock undantag från tillämpning av förordningen för diverse sjötransporttjänster – i Medelhavet, längs Spaniens, Portugals och Frankrikes kuster samt beträffande vissa spanska, portugisiska och franska öar längs kusterna samt vissa öar och områden utanför Europa – fram till olika datum mellan den 1 januari 1995 och den 1 januari 2004.

Bakgrund och förfarandet

21. Frågan om Maltas gradvisa anpassning till gemenskapens gällande regelverk, bland annat på sjötransportområdet, kom upp och diskuterades vid en rad tillfällen under de förhandlingar som föregick anslutningsfördraget.

22. I en gemensam ståndpunkt av den 26 oktober 2001 [10] anfördes i detta sammanhang följande: ”… EU noterar att Malta avser att ingå avtal om ensamrätt att tillhandahålla allmän trafik både med Sea Malta Co. Ltd och [med GCCL] för en giltighetstid för var och en om fem år från den 30 juni 2002 samt att upphandlingsförfarande ska tillämpas i enlighet med relevant gemenskapsrättsligt

10 — Conference on accession to the European Union – Malta – dok. 20766/01 CONF-M 80/01.

regelverk när dessa kontrakt upphör". I den gemensamma ståndpunkten noterade EU vidare att "kapitlet på detta stadium inte kräver ytterligare förhandlingar", men framhöll att den kunde komma att "återvända till detta kapitel vid lämpligt tillfälle" för att kontrollera att det gemenskapsrättsliga regelverket iakttogs.

23. I själva verket undertecknades inte avtalet med GCCL [11], angående tillhandahållande av en reguljär förbindelse med höghastighetsfärja mellan öarna Malta och Gozo, förrän den 16 april 2004 (ett år efter undertecknandet av anslutningsfördraget och cirka två veckor före dess ikraftträdande) och ingicks för en tid om sex, inte fem, år utan möjlighet till förlängning.

24. Det råder enighet mellan parterna om att tilldelningen av kontraktet skedde utan att gemenskapens rederier hade beretts möjlighet att inkomma med anbud.

25. I enlighet med det administrativa förfarande som föreskrivs i artikel 226 EG har kommissionen nu yrkat att domstolen ska dels fastställa att Republiken Malta har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt förordningen, särskilt artiklarna 1 och 4, genom att – utan föregående anbudsförfarande – den 16 april 2004 underteckna ett avtal med GCCL om ensamrätt att tillhandahålla allmänna sjötransporter, dels förplikta Republiken Malta att ersätta rättegångskostnaderna.

26. Malta har yrkat att domstolen ska dels fastställa att förordningen varken var eller är tillämplig på det omtvistade avtalet och ogilla talan, dels förplikta kommissionen att bära rättegångskostnaderna.

Bedömning

27. Malta har i första hand invänt att förordningen inte var tillämplig på Malta vid den relevanta tidpunkten. I andra hand har Malta anfört att tilldelningen av det omtvistade kontraktet i huvudsak beslutades under loppet av anslutningsförhandlingarna (men den blev av godtagbara skäl fördröjd) och/eller var under alla omständigheter berättigad på grund av ett verkligt behov och stod i proportion till det eftersträvade målet.

28. Jag ska i detta förslag till avgörande endast behandla förstahandsinvändningen, som enligt min uppfattning utgör en tillräcklig grund för att ogilla kommissionens talan. Det finns därför inte anledning att i detalj diskutera Maltas övriga invändningar.

11 — Det framgår av rättegångshandlingarna att ett avtal också ingicks med Sea Malta Co. Ltd, men att detta företag senare avvecklades.

29. Det främsta hindret för kommissionens ansökan är uppenbart. Ett yrkande av det slag som här är aktuellt kan gälla endast en underlåtelse att uppfylla en skyldighet enligt fördragen, vilken omfattar skyldigheten att iaktta en förordning som antagits i enlighet med fördragen. En sådan skyldighet kan uppkomma endast när medlemsstaten i fråga är bunden av fördragen och således av en förordning som antagits i enlighet med dessa. Yrkandet i det förevarande målet gäller emellertid att Malta skulle ha underlåtit att iaktta förordningen genom att vidta en viss åtgärd vid en tidpunkt innan Malta blev bundet av EG-fördraget.

30. Kommissionen har enligt min uppfattning inte tagit sig över detta hinder.

31. Det finns emellertid två möjliga invändningar mot detta synsätt, vilka måste behandlas. Kan yrkandet tolkas så, att det inte hänför sig till den faktiska tilldelningen av kontraktet den 16 april 2004, utan till det förhållandet att avtalet fortsatte att gälla efter den 1 maj 2004? Och kan Malta anses ha blivit bundet att iaktta förordningen före detta senare datum?

32. Innan jag undersöker någon av dessa frågor kan det vara lämpligt att påminna om vissa aspekter av domstolens rättspraxis angående fördragsbrottsförfaranden.

Rättspraxis angående fördragsbrottsförfaranden

33. För det första är, såsom domstolen har klarlagt, det administrativa förfarandets syfte vid talan om fördragsbrott att ge medlemsstaten möjlighet att dels fullgöra sina skyldigheter enligt unionsrätten, dels bemöta anmärkningar framställda av kommissionen. Följaktligen gäller a) att föremålet för talan avgränsas genom det administrativa förfarandet och b) att kommissionens anmärkningar måste vara utformade precist, tydligt och i detalj både i det motiverade yttrandet och i ansökan till domstolen, så att medlemsstaten och domstolen kan bedöma exakt på vilket sätt medlemsstaten påstås ha underlåtit att uppfylla en av sina skyldigheter enligt fördragen och för att undvika att domstolen dömer utöver vad som har yrkats eller att den inte prövar en anmärkning. [12]

34. För det andra måste frågan huruvida en medlemsstat har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter bedömas mot bakgrund av den situation som rådde i medlemsstaten vid utgången av den frist som har angetts i det motiverade yttrandet. [13]

12 — Se, bland många andra exempel, dom av den 14 oktober 2004 i mål C-340/02, kommissionen mot Frankrike (REG 2004, s. I-9845), punkterna 25–27, av den 28 juni 2007 i mål C-235/04, kommissionen mot Spanien (REG 2007, s. I-5415), punkt 48, och av den 10 september 2009 i mål C-457/07, kommissionen mot Portugal (REG 2009, s. I-8091), punkterna 67 och 68, tillsammans med den rättspraxis som omnämns i dessa domar.

13 — Se, till exempel, domen i målet kommissionen mot Spanien (ovan fotnot 12), punkt 52.

35. Slutligen har kommissionen bevisbördan för det påstådda fördragsbrottet och ska förse domstolen med de uppgifter som den behöver för att kunna kontrollera om fördragsbrott föreligger. Kommissionen kan i sin ansökan inte begränsa sig till att påstå att en medlemsstat, genom att handla på visst sätt, har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt en bestämmelse i en förordning och därvid tillskriva denna bestämmelse rättsverkningar som inte nödvändigtvis följer av densamma. Den måste, för att dess sak ska anses styrkt, visa att villkoren för att tillämpa bestämmelsen verkligen är uppfyllda i målet. [14]

Tilldelning av kontraktet eller dess fortsatta giltighet

36. Kommissionens yrkande grundar sig klart och tydligt på att Malta skulle ha underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt förordningen genom att ingå ett visst avtal den 16 april 2004.

37. I kommissionens motiverade yttrande av den 12 december 2006 användes en praktiskt taget identisk ordalydelse beträffande påståendet om att skyldigheter inte hade uppfyllts. Detta dokument innehöll även en uppmaning till Malta att, inom två månader från dagen för mottagandet, vidta de åtgärder som krävdes för att efterkomma det motiverade yttrandet.

38. Malta kunde uppenbarligen inte förväntas resa bakåt i tiden för att *inte* underteckna det omtvistade kontraktet den 16 april 2004. Det motiverade yttrandet kunde inte efterkommas på annat sätt än genom åtgärder som resulterade i att avtalet hävdes eller att ett nytt kontrakt tilldelades efter ett icke-diskriminerande anbudsförfarande.

39. En sådan situation är inte ovanlig vid fördragsbrottsförfaranden som gäller till exempel tilldelning av specifika offentliga kontrakt i strid med de unionsrättsliga upphandlingsbestämmelserna. Mot bakgrund av artikel 258 FEUF och domstolens rättspraxis ska kommissionen, i fall där den anser att ett sådant kontrakt har tilldelats olagligt, efter att ha givit den berörda medlemsstaten tillfälle att inkomma med sina synpunkter, först uppmana medlemsstaten att avhjälpa olagligheten (genom vilka som helst medel som på det stadiet är tillgängliga) senast ett visst datum. Om medlemsstaten inte gör det, får kommissionen därefter väcka talan vid domstolen, som har att ta ställning till huruvida den olagliga situationen fortfarande rådde vid utgången av den frist som kommissionen hade föreskrivit.

14 — Se dom av den 3 maj 2001 i mål C-347/98, kommissionen mot Belgien (REG 2001, s. I-3327), punkterna 38 och 39.

40. Detta scenario innebär således att domstolen antingen finner att medlemsstaten har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter, om olagligheten inte har åtgärdats senast detta datum, eller att den ogillar kommissionens talan, om olagligheten har åtgärdats. [15] I det förra fallet ska domstolens fastställelse dock hänföras till den ursprungliga olagliga tilldelningen och inte till misslyckandet med att åtgärda den. [16]

41. Oavsett om syftet med det aktuella fördragsbrottsförfarandet som helhet är att få en situation som påstås strida mot förordningen att upphöra eller att rikta klander mot Malta för att det inte, inom föreskriven tid, har lyckats få situationen att upphöra, kan detta syfte således med nödvändighet endast uppnås under förutsättning att tilldelningen av kontraktet bedöms ha varit olaglig vid den tidpunkt då avtalet ingicks eller åtminstone blev olaglig vid någon därefter följande tidpunkt.

42. Till grund för det aktuella yrkandet framförs påstående om underlåtelse att fullgöra skyldigheter enligt förordningen, däremot inte enligt något annat instrument. För att talan ska vinna framgång måste tilldelningen av kontraktet följaktligen ha varit otillåten enligt förordningen – antingen den 16 april 2004, då avtalet ingicks (första hypotesen) eller den 1 maj 2004, då förordningen blev bindande för Malta enligt artikel 2.2 i anslutningsfördraget och artikel 2 i anslutningsakten (andra hypotesen).

43. Den andra hypotesen kan avfärdas ganska kortfattat.

44. Det omtvistade avtalet existerade redan före den 1 maj 2004. I artikel 4.3 i förordningen tillåts uttryckligen existerande avtal om allmän trafik att gälla fram till det datum då de löper ut. [17]

45. Jag kan inte godta kommissionens påstående vid förhandlingen, att artikel 4.3 endast gäller avtal som existerade den 1 januari 1993, även i förhållande till medlemsstater som anslöt sig till unionen mer än ett decennium senare. I bestämmelsen nämns ”[e]xisterande avtal” inte ”avtal som existerade den 1 januari 1993”. För att uppfylla rättssäkerhetskraven

15 — Ett exempel på den senare typen (låt vara angående fråga om att godkänna och upprätthålla ett beslut med bredare räckvidd och inte om att tilldela ett visst kontrakt) kan ses i dom av den 27 oktober 2005 i mål C-525/03, kommissionen mot Italien (REG 2005, s. I-9405), punkt 16.

16 — Ett exempel kan ses i dom av den 5 oktober 2000 i mål C-16/98, kommissionen mot Frankrike (REG 2000, s. I-8315), punkterna 1, 12–22 och 113. Man kan i motsats härtill ställa situationen i förfaranden om statligt stöd enligt artikel 88.2 EG (nu artikel 108.2 FEUF och tidigare artikel 92.3 i EG-fördraget). Den enda frågan där gäller en skyldighet till följd av kommissionens beslut att rätta till en olaglighet. Se till exempel dom av den 2 februari 1988 i mål C-213/85, kommissionen mot Nederländerna (REG 1988, s. 281), punkterna 7 och 8.

17 — Det kan även anmärkas att det inte finns någon fördragsbestämmelse som, med avseende på avtal mellan fysiska eller juridiska personer, har samma verkan som artikel 307 EG (nu artikel 351 FEUF) när det gäller internationella avtal. I den mån internationella avtal, som ingåtts före medlemsstatens anslutning, inte är förenliga med fördragen, krävs det enligt artikeln att den berörda medlemsstaten ska undanröja det som är oförenligt med fördragen.

kan ”[e]xisterande” betyda endast ”existerande det datum då förordningen trädde i kraft”.[18] För stater som anslöt sig till unionen efter den 1 januari 1993 gäller detta senare datum som datumet för deras anslutning – en uppfattning som kommissionen instämmer i. Genom att, i den gemensamma ståndpunkten av den 26 oktober 2001, godta att ett avtal med giltighetstid från juni 2002 till juni 2007 var förenligt med Maltas framtida skyldigheter, utan att några villkor behövde uppställas beträffande tillämpningen av förordningen, medgav EU:s förhandlare i själva verket, underförstått, att artikel 4.3 skulle tillämpas på ett sådant avtal.

46. Kommissionens påstående i sitt genmäle, att det var från den 1 maj 2004 som Malta inte uppfyllde sina skyldigheter enligt förordningen, kan därför inte godtas.

47. En bedömning att Malta hade underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt förordningen från och med den 1 maj 2004 skulle under alla omständigheter stå i strid med vad kommissionen har yrkat. Dessutom står det inte kommissionen fritt att begära att i efterhand få ändra sitt yrkande eller ge det en annan innebörd, vilket kommissionen tycktes försöka göra vid förhandlingen.

48. Jag övergår därför nu till den första hypotesen. Denna hypotes innebär att Malta hade en skyldighet att inte ingå avtalet i avvaktan på anslutning.

Skyldighet före anslutning

49. Varken i anslutningsfördraget eller anslutningsakten – som Malta hade undertecknat den 16 april 2003 med deponering av sitt ratifikationsinstrument den 30 juli 2003 – finns något uttryckligt stöd för att Malta skulle vara bundet av förordningen innan fördraget trädde i kraft. Tvärtom tycks det vara ofrånkomligt att dra någon annan slutsats av artikel 2 i anslutningsakten än att förordningen blev bindande för Malta först detta datum, nämligen den 1 maj 2004.

50. Det framgår emellertid att Malta under förhandlingsfasen uppgav att det avsåg att ingå ett avtal med GCCL gällande fem år från den 30 juni 2002 samt att ett sådant avtal accepterades av EU som förenligt med anslutning. I själva verket ingick Malta emellertid det omtvistade avtalet den 16 april 2004 för en tid om sex år, en möjlighet som varken hade godtagits av eller ens presenterats för EU:s förhandlare.

18 — Se vidare punkt 58 och följande punkter nedan.

51. Det bör till att börja med noteras att kommissionen inte på någon punkt i sin ansökan till domstolen eller i sitt genmäle på Maltas invändningar uttryckligen har väckt frågan om förordningens tillämplighet på Malta vid tidpunkten för de omständigheter som ligger till grund för målet i den nationella domstolen och gjort gällande att dess talan på något sätt eller i någon mån grundade sig på en skyldighet som skulle ha ålegat Malta innan anslutningsfördraget trädde i kraft. Tvärtom har kommissionen i sitt genmäle klart och tydligt anfört att ”det var precis från detta datum, nämligen datumet för anslutningen, som Republiken Malta inte uppfyllde sina skyldigheter enligt rådets förordning (EEG) nr 3577/1992”.

52. Kommissionen skulle uppenbart brista i sin skyldighet att, i egenskap av sökande vid domstolen, ange samtliga de omständigheter som är nödvändiga för att styrka dess sak, om den i efterhand åberopade förekomsten av en tidigare skyldighet. En sådan situation skulle direkt strida mot artikel 42.2 första stycket i rättegångreglerna för domstolen. Där stadgas följande: ”Nya grunder får inte åberopas under rättegången, såvida de inte föranleds av rättsliga eller faktiska omständigheter som framkommit först under förfarandet.” [19]

19 — Se dom av den 17 november 1992 i mål C-279/89, kommissionen mot Förenade kungariket (REG 1992, s. I-5785), punkterna 14–17.

53. Domstolen har emellertid, med avseende på förordningens tillämpning i tiden (*ratione temporis*) i det aktuella målet, begärt att parterna ska uttala sig om vilken betydelse som ska tillmätas skyldigheten att handla ärligt under tiden innan ett anslutningsavtal träder i kraft.

54. Om domstolen skulle besluta att ett fördragsbrott hade förekommit på grundval av en skyldighet som inte hade åberopats av kommissionen i dess ansökan eller genmäle, kan man fråga sig om inte domstolen därigenom hade gjort en prövning ex officio.

55. Det är fast rättspraxis att grunder som hänför sig till den allmänna ordningen kan, och till och med ska, prövas av domstolen ex officio, när de inte har åberopats av parterna. Domstolen tycks emellertid aldrig någonsin ha gjort det tidigare i syfte att ge större räckvidd åt kommissionens påståenden i samband med ett fördragsbrottsförfarande mot en medlemsstat. Tvärtom hänför sig unionsdomstolens prövning ex officio av ”den allmänna ordningen” till väsentliga formföreskrifter och inte till frågan om lagligheten i sak. [20] En sådan prövning skulle i alla händelser utgöra en hittills okänd metod för

20 — Som exempel kan domstolen således ex officio pröva frågan om underlåtelse att iaktta ett korrekt genomförande av det administrativa förfarandet (som utgör en ”grundläggande garanti” som åsyftas genom fördraget – se dom av den 11 april 2008 i mål C-442/06, kommissionen mot Italien (REG 2008, s. I-2413), punkt 22 och där angiven rättspraxis), även om medlemsstaten inte uttryckligen har åberopat denna grund. För den skillnad som görs i samband med ett överklagande, se dom av den 2 april 1998 i mål C-367/95 P, kommissionen mot Sytraval och Brink's France (REG 1998, s. I-1719), punkt 67.

domstolen att komplettera kommissionens argumentation mot en medlemsstat i mål om fördragsbrott. Enligt min uppfattning skulle tillvägagångssättet inte vara förenligt med den ackusatoriska, halvt straffrättsliga naturen i detta förfarande.

56. Det får vara hur det vill med den saken. Kommissionen har i sitt svar på domstolens fråga anfört såsom sin uppfattning att a) Malta, i egenskap av blivande medlemsstat var skyldigt att handla ärligt från och med dagen för den gemensamma ståndpunkten den 26 oktober 2001 och b) att Malta tveklöst var skyldigt att avstå från att handla i strid med gemenskapsrätten från och med dagen för dess undertecknande av anslutningsfördraget den 16 april 2003. Kommissionen har vidare anfört att Malta icke desto mindre ingick det omtvistade avtalet under omständigheter som tyder på ett oärligt handlande. Kommissionen har i detta avseende ansett att kravet på att handla ärligt och det sätt på vilket detta uttrycks i artiklarna 18 och 26 i Wienkonventionen har en grundläggande betydelse.

57. För att bifalla kommissionens talan måste domstolen emellertid, enligt min uppfattning, finna inte endast att Maltas skyldighet att inte ingå det omtvistade avtalet den 16 april 2004 härrörde från dess status såsom blivande medlemsstat, som hade undertecknat och ratificerat anslutningsfördraget, utan även – och som en föregående omständighet – att förordningen i sig kunde medföra skyldigheter för medlemsstater innan den trädde i kraft.

58. Tidsfristen innan en förordning, som ingår i unionens regelverk, träder i kraft i en blivande medlemsstat är jämförbar med tidsfristen mellan förordningens antagande eller offentliggörande och dess ikraftträdande i en existerande medlemsstat. Vilka skyldigheter som än kan åligga en blivande medlemsstat under tiden före anslutningen, kan dessa inte vara större än de som åligger en existerande medlemsstat under den jämförbara tidsfristen före ett ordinärt ikraftträdande. Det är följaktligen endast om en av de då tolv medlemsstaterna hade brustit i sina skyldigheter enligt förordningen genom att ingå ett motsvarande avtal mellan antagandet eller offentliggörandet av förordningen, den 7 respektive den 12 december 1992, och dess ikraftträdande den 1 januari 1993, som det kan övervägas huruvida Malta brast i sina skyldigheter under den tidsfrist som omedelbart föregick medlemskapet.

59. Det står i detta avseende klart att en förordning är bindande i sin helhet (för alla, oavsett om de är medlemsstater, institutioner eller individer) från dagen för dess ikraftträdande, men inte dessförinnan – såvida inte dess bestämmelser, under exceptionella omständigheter, har uttrycklig retroaktiv

verkan. [21] Genom regeln i artikel 254.1 och 254.2 EG (artikel 297 FEUF) säkerställs att varje förordning anger en otvetydigt konstaterbar tidpunkt för ikraftträdandet. Denna regel är ett viktigt uttryck för rättssäkerhetsprincipen. Om förordningar fick verkningar innan de trädde i kraft, skulle denna tidpunkt vara meningslös.

60. I det aktuella målet innehåller förordningen ingen uttrycklig bestämmelse om retroaktiv verkan. Tvärtom anges i artikel 11 att förordningen träder i kraft den 1 januari 1993. Dessutom anges uttryckligen i artikel 1.1 att frihet att tillhandahålla tjänster på sjötransportområdet ska gälla *från och med den 1 januari 1993* och i artikel 4.3 att *existerande* avtal om allmän trafik får fortsätta att gälla fram till det datum då de löper ut. I detta sammanhang (med avseende på de dåvarande tolv medlemsstaterna [22]) kan existerande avtal endast betyda de avtal som existerade antingen den 1 januari 1993 eller (möjligen, med avseende på de tjänster som enligt artikel 6 var tillfälligt undantagna från tillämpning av förordningen) vid det datum då det relevanta tillfälliga undantaget upphörde [23].

61. Jag anser därför att en medlemsstat, som i slutet av december 1992 hade ingått ett avtal angående offentliga tjänster utan att genomföra ett gemenskapsrättsligt anbudsförfarande i vederbörlig ordning, inte hade kunnat klandras för att underlåta att uppfylla sina skyldigheter *enligt artiklarna 1 och 4 i förordningen.*

62. Det är sant att medlemsstaterna även har en mera allmän förpliktelse att samarbeta lojalt, nu uttryckt i artikel 4.3 FEU (f.d. artikel 10 EG och dessförinnan artikel 5 i EG-fördraget), som innebär att alla lämpliga åtgärder ska vidtas för att säkerställa att de skyldigheter fullgörs som följer av fördragen eller unionens institutioners akter, att hjälpa gemenskapen (unionen) att fullgöra sina uppgifter och avstå från varje åtgärd som kan äventyra fullgörandet av gemenskapens (unionens) mål.

63. Det var på denna sistnämnda skyldighet som domstolen grundade sitt ställnings-

21 — Se, angående ett exempel på sådana exceptionella omständigheter, dom av den 9 januari 1990 i mål C-337/88, SAFA, REG 1990, s. I-1.

22 — Se även punkt 45 ovan.

23 — Se punkt 20 ovan. Domstolen har inte avgjort denna fråga, men det finns viss ledning i dess nyligen meddelade dom av den 22 april 2010 i mål C-122/09, Enosi Efopliston Aktoploïas m.fl. (REG 2010 s. I-3667), punkterna 15 och 17, samt i dess beslut av den 28 september 2006 i mål C-285-05, Enosi Efopliston Aktoploïas m.fl., punkt 19, citerad i punkt 10 i domen i mål C-122/09, av den innebörden att en medlemsstat kan vara skyldig att avhålla sig från att vidta åtgärder som kan allvarligt äventyra förordningens tillämpning efter den tillfälliga undantagsfristens utgång. Se vidare punkt 63 och följande punkter nedan, särskilt punkt 65 och fotnot 25.

tagande i domen i målet Inter-Environnement Wallonie [24]. Domstolen slog fast att medlemsstater, till vilka ett direktiv riktar sig, under införlivandefristen måste avhålla sig från att vidta åtgärder som allvarligt äventyrar det i direktivet föreskrivna resultatet.

64. Jag anser emellertid inte att denna numera fasta rättspraxis rätt och slätt kan föras över från direktiv till förordningar. I ett direktiv specificeras typiskt sett en tidpunkt då det träder i kraft och en tidpunkt då medlemsstaterna måste ha införlivat det. Det är under tidsfristen mellan dessa tidpunkter som det enligt domstolens rättspraxis krävs att medlemsstaterna avhåller sig från att vidta åtgärder som allvarligt äventyrar det föreskrivna resultatet. Domstolen har aldrig slagit fast att en sådan skyldighet existerar, inte ens under den tidigare fristen mellan antagandet och/eller offentliggörandet av ett direktiv och den tidpunkt då det träder i kraft. Att göra det skulle, enligt min uppfattning, i sin tur innebära att göra tidpunkten för dess ikraftträdande meningslös.

65. När det gäller förordningar finns det ingen övergångsfrist för införlivande i nationell rätt, endast en frist mellan antagandet och/eller offentliggörandet och ikraftträdandet, varefter förordningen blir bindande i sin helhet. Den tidsfrist som avses i rättspraxis som bygger på domen i målet Inter-Environnement Wallonie existerar därför inte i fråga om förordningar. [25]

66. Jag vill inte gå så långt som att påstå att det aldrig skulle kunna föreligga omständigheter under vilka en medlemsstat kan anses ha underlåtit att uppfylla sin förpliktelse att samarbeta lojalt till följd av en handling, som har begåtts vid en tidpunkt då ett direktiv eller en förordning existerade men ännu inte hade trätt i kraft. I ett sådant fall anser jag emellertid att det skulle vara nödvändigt med en synnerligen strikt tolkning av kriterierna för den handling som ”allvarligt äventyrar” den efterstävade effekten. Möjligen skulle det då krävas att handlingen inte kunde upphävas före utgången av direktivets införlivandefrist eller att den på något sätt hindrade att förordningen tillämpades på ett sådant sätt att dess syfte uppnåddes, för att det skulle föreligga en underlåtelse att uppfylla förpliktelsen om lojalt samarbete. [26]

67. Även om det förhåller sig så att det inte finns några minimiregler beträffande för-

24 — Dom av den 18 december 1997 i mål C-129/96 (REG 1997, s. I-7411), s. 45 i domskälen och punkt 2 i domslutet. Se även generaladvokaten Jacobs förslag till avgörande, särskilt punkt 33 samt punkt 39 och följande punkter.

25 — Jag godtar den – hittills obekräftade – möjligheten att en tillfällig inskränkning i eller ett tillfälligt undantag från tillämpningen av en förordning (och särskilt den här aktuella förordningen) kan medföra en skyldighet av det slag som anges i rättspraxis som bygger på domen i målet Inter-Environnement Wallonie (se punkt 60 och fotnot 23 ovan). Det förevarande målet gäller dock en situation i vilken någon sådan inskränkning eller något sådant undantag inte existerade när förordningen trädde i kraft i medlemsstaten.

26 — Se även generaladvokaten Jacobs förslag till avgörande i målet Inter-Environnement Wallonie, ovan fotnot 24, punkt 42 och följande punkter.

dragsbrott [27] – domstolens bedömning att en skyldighet har åsidosatts görs oavsett hur litet eller avgränsat fördragsbrottet än är – anser jag att en annorlunda norm skulle vara lämplig i fall där fördragsbrottet påstods ha inträffat genom en handling som hade begåtts innan ifrågavarande regelverk trädde i kraft.

68. Vad gäller den i målet aktuella förordningen skulle det förmodligen ha krävts att kommissionen visade till exempel att handlingen i fråga uteslöt varje möjlighet till överensstämmelse med förordningens bestämmelser under avsevärd tid efter dess ikraftträdande, ingick i en serie handlingar vilka tillsammans och systematiskt underminerade dess tillämpning eller hade begåtts av vårdslöshet och/eller i direkt uppsåt att trotsa dess bestämmelser.

69. Däremot skulle enligt min uppfattning ett ingående av ett enstaka avtal, även om detta uppenbart stred mot förordningen när denna väl hade trätt i kraft – i sig och i avsaknad av ytterligare försvårande omständigheter – inte utgöra en tillräcklig grund för att anse att medlemsstaten hade underlåtit att uppfylla sin förpliktelse att samarbeta lojalt, *om avtalet hade ingåtts innan förordningen trädde i kraft*. Att inta en annan ståndpunkt skulle innebära att förneka inte endast betydelsen av tidpunkten för ikraftträdandet, utan även den uttryckliga bestämmelsen i artikel 4.3.

70. Dessutom borde kommissionen i ett sådant fall, enligt min uppfattning, ha yrkat först och främst att domstolen skulle fastställa att medlemsstaten hade underlåtit att uppfylla sin förpliktelse om lojalt samarbete och inte att den hade åsidosatt artiklarna 1 och 4 i förordningen, som inte var i kraft när avtalet ingicks. Det är sant att domstolen vid enstaka tillfällen har fastställt att en medlemsstat har underlåtit att uppfylla denna allmänna förpliktelse när något yrkande härom inte tycks ha framställts, [28] men, enligt min kännedom, varken som alternativ till fastställelse av ett påstått men inte bevisat fördragsbrott mot en närmare preciserad bestämmelse eller i ett fall där en sådan bestämmelse inte redan var i kraft vid tidpunkten för den handling som innebar ett fördragsbrott.

71. Om jag har rätt i den uppfattning som jag således har kommit fram till beträffande det hypotetiska fall som gäller en medlemsstat som i slutet av december 1992 ingick ett avtal av motsvarande slag som det Malta ingick, uppkommer frågan om betydelsen härav för bedömningen i målet. Malta ingick det omtvistade avtalet under den tidsfrist som inföll inte endast innan förordningen

27 — Se, till exempel, dom av den 7 februari 1984 i mål 166/82, kommissionen mot Italien (REG 1984, s. 459), punkt 24, av den 15 juni 2000 i mål C-348/97, kommissionen mot Tyskland (REG 2000, s. I-4429), punkt 62, eller av den 14 april 2005 i mål C-157/03, kommissionen mot Spanien (REG 2005, s. I-2911), punkt 44.

28 — Se, till exempel, dom av den 12 juli 2007 i mål C-507/04, kommissionen mot Österrike (REG 2007, s. I-5939).

blev tillämplig på dess territorium, utan även innan fördragen trädde i kraft och Malta blev en medlemsstat i unionen.

72. Den skyldighet som ålåg Malta i april 2004 kan åtminstone inte ha varit större än den som ålåg de hypotetiska medlemsstaterna i december 1992. Om det fanns någon, kan den endast ha varit mindre. Det råder visserligen inte någon fullständig enighet om den exakta innebörden av interimsskyldigheten enligt internationell traktaträtt. Denna skyldighet kan emellertid inte innebära att kraven på att ett fördrag efterlevs ska vara exakt desamma såväl före som efter fördragets ikraftträdande. Annars skulle i sin tur tidpunkten för ikraftträdande bli meningslös.

73. Även om, som jag har anmärkt, Wienkonventionen i sig inte är bindande för Malta och även om regelns formulering har varit flytande över åren och har varierat från den ena auktoriteten till den andra,[29] tycks det klart att interimsskyldigheten inte hindrar en undertecknande stat från att utföra varje handling som skulle vara oförenlig med fördraget om detta redan hade varit i kraft, utan i stället hindrar den från att utföra en handling som i något avseende skulle drabba ett grundläggande moment i fördraget.

74. Jag hävdar i detta sammanhang inte att interimsskyldigheten för en stat som har undertecknat och ratificerat ett fördrag om anslutning till Europeiska unionen består i att endast avstå från en sådan handling som skulle kunna omintetgöra EU-fördragens eller anslutningsfördragets hela ändamål och syfte. Varje handling som kunde åstadkomma det måste verkligen vara långtgående. Jag anser dock att en enstaka handling, som inte fullt ut överensstämmer med en av de ännu inte gällande förpliktelserna till följd av medlemskap i unionen, normalt sett inte ska utsätta staten för ett följande fördragsbrottsförfarande.

75. Det finns i det aktuella målet inget behov av att behandla Maltas invändningar i syfte att förklara skillnaden mellan de datum som omnämns i den gemensamma ståndpunkten av år 2001 och det slutligen ingångna avtalets begynnelse- och slutdatum,[30] eftersom jag

29 — Klabbers (omnämnd i fotnot 7 ovan) citerar olika källor, enligt vilka denna skyldighet innebär att ”avstå från att vidta en åtgärd som skulle göra att det blev omöjligt eller svårare för en annan part, som var ålagd samma skyldigheter, att uppfylla dessa”, ”att inte göra någonting mellan undertecknandet och ratificeringen som skulle äventyra fördragets syfte”, att inte ”göra någonting som skulle försvåra en åtgärd som en annan part vidtagit, om och när fördraget träder i kraft”, att ”före ratificeringen avstå från varje handling som syftar till att påtagligt försämra fördragets värde efter undertecknandet” eller att inte utföra en ”handling illojalt i avsikt att beröva en annan part de fördelar som den på goda grunder och med rätta hade hoppats uppnå genom avtalet”.

30 — Malta har i huvudsak anfört i) att det var förpliktat att invänta att en omstrukturering av GCCL blev klar och att tre nya fartyg levererades, innan det kunde göra en korrekt bedömning av nivån på det stöd som krävdes för rutten och ii) att det vid fastställandet av avtalets giltighetstid följde kommissionens riktlinjer (COM(2003) 595 slutlig), enligt vilka en giltighetstid anses oproportionerlig endast om den överstiger sex år. Jag vill inte säga mer än att en sådan motivering inte bara skulle kunna viftas bort vid en eventuell prövning.

anser att domstolen inte ska bifalla kommissionens talan.

76. Målet handlar om ett enstaka avtal. Maltas avsikt att ingå detta avtal för en tidsperiod som sträckte sig cirka tre år eller mer bortom tidpunkten för Maltas anslutning till unionen hade klargjorts under anslutningsförhandlingarna. Kommissionen gjorde vid denna tid inte någon invändning mot Maltas avsikt och måste – eftersom den varken såg till att något villkor infördes i anslutningsavtalet angående förordningens tillämpning på Malta eller återvände till kapitlet under förhandlingarna – anses ha godtagit att ett sådant avtal var förenligt med förordningen. Det som kommissionen nu har anmärkt på är att giltighetstiden för det avtal som faktiskt träffades sträckte sig (något mindre än tre år) längre än som var avsett i den gemensamma ståndpunkten av den 26 oktober 2001. Vad saken gäller är därför inte en handling som på allvar kan äventyra en generell tillämpning av förordningen på Malta i det långa loppet, utan en handling varigenom ett visst öcabotage undantas från dess tillämpningsområde för en begränsad tidsperiod (låt vara en ganska mycket längre tidsperiod än den som ursprungligen meddelades och godtogs).

77. Jag anser att detta inte utgör ett förfarande som, *mot bakgrund av att varken förordningen eller fördragen var i kraft på Malta vid den relevanta tiden*, utgör skäl för att fastställa att Malta underlät att uppfylla sina skyldigheter *enligt förordningen*, till följd av någon förpliktelse som det, i egenskap av blivande medlemsstat, kan ha haft att inte motverka fördragens ändamål och syfte eller förordningens framtida tillämpning.

Förslag till avgörande

78. Mot bakgrund av vad jag har anfört ovan föreslår jag att domstolen ogillar talan samt, såsom Malta har yrkat och i enlighet med artikel 69.2 i rättegångsreglerna, förpliktar kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.